

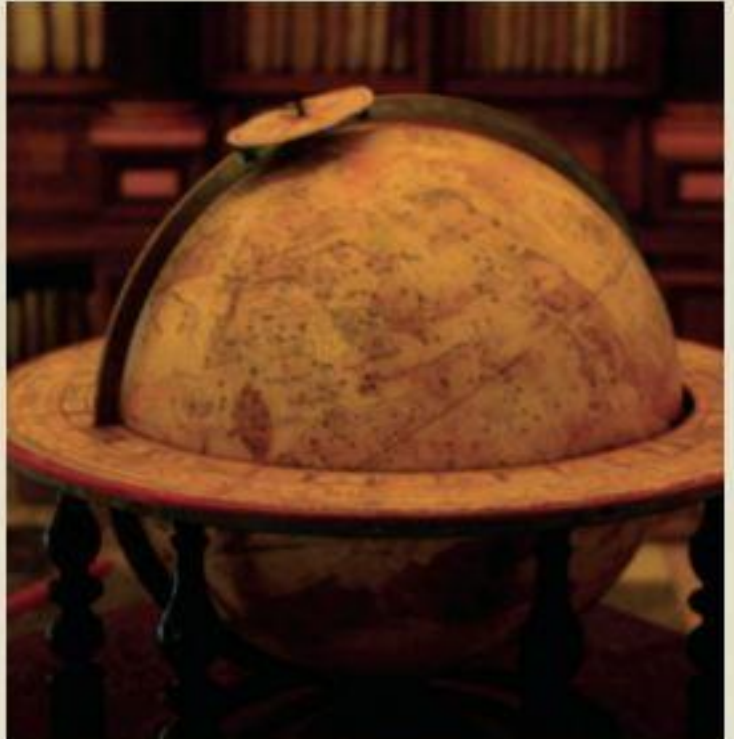


ISSN: 2146-1376

OCAK 2013
SAYI:8
YIL:3

KÜRESEL BAKIŞ

Çeviri Hukuk Dergisi



8

Üç Ayda Bir Yayınlanır



KÜRESEL BAKIŞ

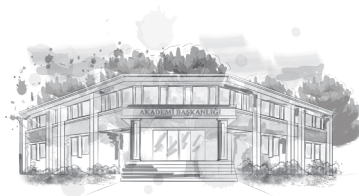
ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanır)



YIL: 3, SAYI: 8, OCAK 2013

ISSN: 2146-1376



SAHİBİ

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

GENEL EDİTÖR

Murat KÖSE
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
Anayasa Mahkemesi Raportörü

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: 0.312 489 81 80 **Faks:** 0.312 489 81 01

E-posta: taa@taa.gov.tr
general_editor@yahoo.com
kureselbakis@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr
www.humanlawjustice.gov.tr
*

BASKI

Kalkan Matbaacılık
Büyük Sanayi 1.Cad. No: 99/32 İskitler-ANKARA
Tel: 0.312 341 92 34 • Fax- 0.312 384 57 46

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

* 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.

* 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.

* Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, “makalesinin Türkçe’ye çevrilerek yayımlanmasına izin verdiğini” gösteren yazının yanı sıra, makale, çevrilmeden önceki haliyle şayet herhangi bir yerde (dergi, vs.) yayımlanmışsa, buralardan da söz konusu makalenin Türkçe’ye çevrilerek yayımlanabileceğini gösteren izin yazısının(e-posta yolu ile de alınmış olabilir.) Türkiye Adalet Akademisi Enformasyon Genel Koordinatörlüğüne ulaştırılması gerekmektedir.

* Çevirilerin öncelikle general_editor@yahoo.com adresine veya kureselbakis@taa.gov.tr adresine gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.

* 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.

* 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.

* Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, mobil telefon numarası, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.

* Yazarlara ve hakemlere “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.

* Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

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

DANIŐMA 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 Tercan
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 Feyziöğlu
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 Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçın
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

Gecikmelere Bakış: Çocuğa Cinsel Saldırı Davalarında Adli Dezavantaj	1
<i>Yazar: David Hamer</i>	
<i>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Ramazan Akçan</i>	
Avrupa Yargı Kurulları Ağı: Yargı, Toplum ve Medya Raporu (2011-2012)	31
<i>Çeviren: Hasan Dursun</i>	
Avrupa Yargı Yetkisi Düzenlemesi'nde Davalı Çokluğu.....	71
<i>Yazar: Zheng Sophia Tang</i>	
<i>Çeviren: Mahmut Erdemli</i>	
Avrupa Birliğı Adalet Divanı Büyük Daire'nin Avusturya Veri Koruma Komisyonu'nun Bağımsızlığı Hakkında Verdiğı Karar	109
<i>Çeviren: Ulvi Altınışık</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski Beşinci Daire'nin Pesukic / İsviçre Kararı	125
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Süleymanoğlu / Türkiye Kararı	141

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:



GEÇİKMELERE BAKIŞ: ÇOCUĞA CİNSEL SALDIRI DAVALARINDA ADLİ DEZAVANTAJ*

David Hamer**

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Ramazan Akçan***

Konu: Suç delili

Diğer İlgili Konu: Ceza hukuku

Anahtar Sözcükler: Avustralya; Çocuk cinsel suçları; Suç delili; Gecikme; Adli delil; Masumiyet karinesi

GİRİŞ

Çocuk cinsel saldırı suçlarının olaylardan yıllar sonra yargılamaları son yıllarda giderek daha yaygın hale gelmiştir. Böylesi vakalarda kanıtla dair sorunların nispeten daha az sayıda olacağı düşünülebilmektedir. Bu durumlarda, tipik olarak teknik nitelik taşımayan ve az sayıda delil barından “sıklıkla iç ilişkiler ortamından köken alan basit bir ihtilaf” ile karşılaşılmaktadır (1). Ek olarak, önceden yapılan yasal müdahalenin yargılamayı olumlu yönde etkileyeceği, kolaylaştıracağı kanısı hâkimdir. Aksi halde, cinsel saldırı alanındaki uygulama sorunlarının yanı sıra gecikme ve delil yetersizliği savcılığın ağır ispat yükümlülüğünü yerine getirmesini son derece zorlaştıracaktır (2).

Tabii ki her iki beklentinin de hatalı olabileceği göz önüne alınmalıdır. İngiltere ve Avustralya’da gecikmeli kovuşturmalar ciddi bir delil hukuku yükü meydana getirmiş olup bu durum savcılık ve yargılama değil sanık yararına olmuştur. Hukuk, söz konusu gecikmenin iki olası sonucuna işaret etmektedir; Şikâyetçinin güvenilirliğine zarar verebilir ve sanık açısından adli dezavantaj oluşturur. Son dönemde yapılan reformlarla sanık ve savcılık tarafsız bir şekilde değerlendirilmekle birlikte özellikle adli dezavantaj alanında dengesizlik devam etmektedir.

* Çeviriden önceki adı *Trying delays: forensic disadvantage in child sexual assault trials*, yayımcısı Sweet & Maxwell and its Contributors olan makale, *Criminal Law Review* adlı dergide [Crim. L.R. 2010, 9, 671-689] yayımlanmıştır. Makale, bu dergiden temin edilmek suretiyle Türkçe’ye çevrilmiştir. Makalenin Türkçe’ye çevirilerek *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*’nde yayımlanmasına izin veren yazar David Hamer’a, *Criminal Law Review Dergisi*’ne ve yayımcı Sweet & Maxwell and its Contributors’a teşekkür ederim.

** Associate Professor in The University of Sydney

*** Yrd. Doç. Dr. Ramazan Akçan, Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

Bu makalede adli dezavantaj konusunda daha dengeli bir uygulamaya değinilecektir. Gecikme nedeniyle kanıtların kaybolması sanığın aklanması ya da suçlanmasına neden olabilmektedir. Bu durumu sanığın lehine yorumlamaya gerek yoktur. Delillerin kaybolması mahkemenin gecikmiş şikâyetleri değerlendirmesini zorlaştırmaktadır ve mahkemenin pozitif bir bulguya direnmesi doğaldır. Ancak, şikâyetçinin iddialarının yeterince güvenilir olduğu durumlarda, mahkemenin isteksizliğini aşması gerekmektedir. Gecikmiş şikâyet vakalarında verilen mahkûmiyet kararları savcılığın delillerinin tamamlanmış olmasına değil, mevcut delillerin gücüne dayanmalıdır.

GÜVENİLİRLİK, ADLİ DEZAVANTAJ VE DENGE

Potansiyel adli dezavantaja ek olarak şikâyetteki gecikme de müştekinin güvenilirliği hakkında soru işaretleri uyandırmaktadır. Geleneksel olarak hukuk “müştekiye yönelik belirgin bir şüphelik” göstermektedir (3). Jüriler genelde “müştekinin uygun zamanda ve mantıklı bir sürede şikâyet etmemiş olması” durumunu “müştekiye inanıp inanmama hususunu değerlendirmelerinde” bir kıstas olarak göz önüne almaktadırlar (4). Spigelman C.J.’nin ifade edildiği gibi, bu uygulama yargı erdeminin bir ürünü olmasından ziyade “hemen hepsi erkek olarak yargıçların deneyimsizliğini yansıtmaktadır” (5).

Yasa zaman içerisinde gelişmiştir. Avustralya yargıçları artık yasal olarak “jüriyi, bir cinsel saldırı mağdurunun şikâyet etme konusunda gecikme veya tereddüt etmesinin haklı gerekçeleri olabileceği hususunda bilgilendirmek” ile yükümlü kılınmışlardır (6). Crofts’ta (7) Yüksek Mahkeme, halen adilane bir dengeyi sağlamak için geleneksel uyarının gerekli olabileceğini ifade etmektedir (8).

İngiltere’de Yargı Araştırmaları Kurulu (JSB) da dengeli bir yaklaşım önermektedir: “Bu konuların neden daha erken gün yüzüne çıkmadığını göz önünde bulundurma hakkına sahipsiniz. Bu müştekinin güvenilirliği üzerine bir yansıma mı? Ya da bu sanığın davranışlarından mı kaynaklanıyor?” (9).

Bu makale, gecikmiş şikâyet vakalarından - adli dezavantajdan kaynaklanabilecek diğer önemli bir konu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Gecikme,

“sadece müştekinin delillerinin doğasındaki zayıflık hakkında değil, aynı zamanda gecikme nedeniyle sanığın iddialara cevap vermesindeki güçlük bağlamında” kaygı uyandırmaktadır (10).

İstisnai olarak bir mahkeme sanığın karşılaştığı zorlukların adil bir yargılamayı imkânsız hale getirecek kadar büyük olduğu kanaatine ulaşır, ancak çoğu durumda bu sorun yargılama sürecinde halledilmektedir **(11)**. JSB'nin gecikmiş kovuşturmalar için önerileri şöyle devam etmektedir:

“Söz konusu olaya ve yargılamaya bir de sanık açısından bakmanız gerekmektedir, zira iddia edilen olay üzerinden geçen süre ne kadar uzunsa sanığın ithamlara cevap vermesi o kadar zor olacaktır. Bu durumu, yargılama sonucunda sanığın suçundan emin olduğunuz takdirde de karar verme aşamasında sanık lehine göz önünde bulundurunuz”.

Ortak hukuk kapsamında Avustralya uyarıları Longman ile uyuşmalıdır **(12)**. Birçok yüksek mahkeme:

“Jüriye, üzerinden yirmi ya da daha fazla yıl zaman geçen olaylarda, özellikle müştekinin delillerinin yeterince test edilemediği durumlarda, şayet jüri delileri çok dikkatlice incelememiş, şartları kendi içerisinde değerlendirmemiş, mahkeme uyarılarını dikkate alarak delillerin doğruluğu konusunda tatmin olmamış ise sadece söz konusu delile göre mahkûmiyet kararı vermesinin tehlikeli olacağı yönünde uyarılması gerektiği” düşüncesine destek vermektedir **(13)**.

Muhtemelen Longman ikazının gücü nedeniyle, Avustralya mahkemeleri gecikmenin tamamen adil bir yargılama yapılmasını engellediği savına destek vermede İngiliz mahkemelerine göre daha az istekli olmuştur **(14)**.

Müştekinin güvenilirliği ve adli dezavantaja dair dengesiz yasal uygulamalar nedeniyle özellikle Avusturalya'da yoğun tartışmalar ve temyiz durumları ortaya çıkmıştır **(15)**. Longman ikazı “yargıca gizlice bir aklama cesareti verdiği **(16)** ve orta dereceli mahkemeler tarafından artan yoğunlukta yumuşatıldığı **(17)**” gerekçeleri ile eleştirilmiştir. İngiliz mahkemelerinin aksine **(18)**, Avustralya Yüksek Mahkemesi duruşmalarda savunma tarafından talep edilmemiş olsa bile bir talimat gerekebileceğini öngörmektedir **(19)**.

Avustralya yargılama sistemindeki son düzenlemelerle “ortak hukukta var olan müşteki ve sanık arasında denge sağlanmaya” çalışılmıştır **(20)**. Uniform Delil Hukuku Bölüm 165B(2)'e **(21)** göre bir yargıç jüriyi sadece “sanığın talebi üzerine” “önemli adli dezavantaj” konusunda bilgilendirmelidir **(22)**. Bölüm 165B(4)'e göre “bu amaçla özel bir form veya ifade kullanılmasına gerek olmadığı” ancak

yargıcın “jüriye, sadece gecikme ya da adli dezavantaja dayanarak sanığı mahkûm etmenin tehlikeli olduğu yönünde hiçbir şekilde telkinde bulunmaması” gerektiği ifade edilmektedir (23). Bu durum Avustralya hukukunu bir ölçüde İngiliz hukuku ile uyumlu hale getirmekle beraber aşağıda ele alındığı gibi sorunun kalbine inememektedir.

Dengesiz adli dezavantaj uygulaması yeni düzenlemenin kabulünden sonra ancak yürürlüğe girmesinden önce sonuçlandırılan son Victorian davasında *Taylor* (No.2), (24) göze çarpmıştır (25). Sanık, 14 yaşında bir erkek çocuğa karşı cinsel suç işleme iddiası ile olaydan 20 yıl sonra, hem müştekinin güvenilirliğine hem de adli dezavantaja dair değerlendirme hataları olduğu tartışmasına rağmen mahkûm edilmiştir. Müşteki güvenilirliğine dair değerlendirmeler savcılığın lehine idi. Mahkemenin yargıcı jüriye söz konusu gecikme noktasında “iyi gerekçeler olabileceğini” ifade etmiştir:

“Bu durumdaki bir çocuk, cezalandırılma korkusu, inanılmama korkusu, kafa karışıklığı, suçluluk duygusu gibi çok çeşitli sebeplerden dolayı şikayet etme hususunda isteksiz olmuş olabilir” (26).

4

Ancak duruşma yargıcı “Böyle bir gecikme nedeniyle müştekinin kanıtlarının güvenilirliği üzerinde şüphe oluşturabileceği” konusuna dikkat çekmekte başarısız oldu (27). Böylelikle mahkeme sanığın “adil bir yargılama yapılmadığı” konusundaki iddiasını reddetti (28).

Adli dezavantaj temelinde bir yargılamanın önemli ölçüde sanık yararına olduğu görülmektedir. Bu “geleneksel Longman yaklaşımı” (29) olup, bir vakada duruşma yargıcı sanığın gecikme nedeniyle gerekçelerini “kesin bir şekilde aktarmadığını” ifade etmektedir (30). Ancak, yargıç, sanığın diğer gerekçelerini aktarmasındaki zorluğa ve “müştekinin iddia edilen tecavüz suçuna yakın bir zamanda tıbbi açıdan değerlendirmesini” talep etme fırsatına sahip olmamasından bahsetmemesi noktasında eleştirilmiştir (31). Bu mahkeme özellikle yargıcın,

“polisin, olayı bütüncül olarak inceleme, olayı tam olarak araştırma, fiziksel delilleri ve şahitleri belirleme şansına sahip olmadığı”nı ifade etmesi bağlamında kritik öneme haizdi (32).

Yargılamanın zorluklarına atıfta bulunmak Longman ikazı ile “alakasız” (33), “anlamsız” (34), olmakla beraber bu ikazı “çok belirsiz” (35) hale getirmeyi

amaçlamaktadır. Diğer yandan yargılamanın hakkaniyeti ile başvuranın çıkarları arasında bir denge sağlanmaya çalışılması hatalı olacaktır (36).

Taylor (No.2)'daki dengesiz adli dezavantaj uygulamaları yelpazenin sonuna doğru yer tutmaktadır ancak çokta nadir değildir. İngiliz mahkemeleri genellikle daha ılımlı olmakla beraber halen tarafsızlıktan biraz uzaktır. Yinede aşağıda ifade edeceğim gibi, gecikme kaynaklı adli dezavantajın dengeli bir yaklaşım gerektiren simetrik bir husus olduğuna dair çok güçlü mantıksal bir tartışma mevcuttur.

GECİKME KAYNAKLI DELİL KAYBI

Gecikme nedeniyle delillerin kaybolduğu gerçeği yadsınamaz. Ancak, bu durum delil kaybının sanık açısından olumsuz sonuçlara neden olup olmadığı sorusundan ayrılmalıdır. Burada ilk kısımda sözü edilen durum ele alınacak, ikinci soruya bir sonraki bölümde değinilecektir.

Dellilerin kaybolması çok yönlü bir sorundur. Bu kayıp kesin olarak kanıtlanmalı mı yoksa varsayım yeterli mi? Sınırlı delil kayıpları dikkate alınmalı mı? Delil kaybı durumu ulaşılabilir deliller tarafından ne ölçüde telafi edilebilmektedir?

Kesin ve Varsayılmış Delil Kaybı

Penney Lewis, Avustralya mahkemelerinin özellikle uzun gecikme durumlarında delil kaybını varsaydıklarını ancak İngiltere’de delil kaybı “ispat edilmelidir” demektedir (37). Otoriteler bu geniş farklılığı desteklemektedir, ancak, Avustralya’da yasama reformu ile bir yakınlaşma sağlanarak her iki yargı sistemi de orta yolu bulmuşlardır.

İngiliz mahkemeleri savunmanın kesin delil kayıplarını vurgulamasını onaylamaktadır. Yakın zamanda görülen *Joynson* (38) vakasında, mahkeme aradan geçen on yıllar içinde konuyla ilgili son derece önemli belgelerin imha edildiğine vurgu yapmıştır. Örneğin, iddia edilen olay döneminde aynı sanık veya aynı okulun başka bir öğretmeni ile ilgili şikâyet olup olmadığı hususu belli değildi. Bu durumu ortaya koyabilecek olan Sosyal Güvenlik Departmanının kayıtları kaybolmuştu. Temyiz mahkemesi (Ceza Dairesi) temyizi kabul ederken “önemli gecikmeye ve bu gecikmenin spesifik iddialara dair olası sonuçlarına” vurgu yapmıştır (39). Nitekim Mahkeme “tespit edilen belirgin önyargının hükümsüz kılınması veya güçlü bir talimatla zararsız hale getirilmesi gerekliliği”ne (40) hükmetmiş ve yeniden yargulamaya gerek görmeksizin mahkûmiyet kararını bozmuştur (41).

Avusturalya mahkemeleri adli dezavantajı ele alırken spesifite/özgüllük önemsenmemektedir. “Uyarının etkin olduğundan emin olmak için, duruşma yargıcı, savunmanın gecikme nedeniyle karşılaştığı özel zorluklara ikincil tehlikeye dikkat çekmek durumundadır” (42). Diğer yandan, ortak hukukta spesifik önyargılara delil göstermek her zaman gerekli değildir. “Aşırı gecikme bulunan durumlarda, kesin olarak ortaya konamazsa bile sanığın bu gecikmeden zarar göreceği kanısı yaygındır” (43). Avustralya karinesi eleştirilere kaynaklık etmiştir. James Wood, C.J. at CL in NSW, dava dışı olarak “dengenin çok başlı olduğu” (44) gerekçesi ile aşağıdaki yasal reformları önermektedir (45). “Belirgin adli dezavantajın tek kaynağının gecikme olduğu şeklinde algılanmaması gerektiği”ni öngören Bölüm 165B(6)(b) Uniform Delil Hukukuna eklenmiştir (46).

Bu karinenin gevşekliği haklı endişelere neden olmakla birlikte, yeni hüküm de çok katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Zira gecikme nedeniyle, unutulmuş, kaybolan ya da artık elde edilemeyen deliller asla gün ışığına çıkmayabilir (47). Kaybolan deliller “gerçek olup olmadığına dair bir emare dahi bırakmayabilir” (48). Burada müştekinin çapraz sorgusu önem arz etmektedir. NSW Ceza Temyiz Mahkemesi’nin birçok kez işaret ettiği gibi; gecikme nedeniyle müştekinin delili “belirsiz ve detaylardan yoksun” olabileceği, sanık açısından da “çapraz sorguda çelişkilere ve güvensizliğe” yol açabilir (49). Ancak, açıkça, kaybolmuş çelişkileri tespit etmek ve ortadan kaldırmak tamamen mümkün olmayacaktır.

Daha genel olarak, gecikmiş şikâyetlerdeki tutarsızlık kaçınılmaz olarak tutarsız bir savunmayı (kapsamlı ret) sonuç verecektir (50). Kesinliği tercih etmesine rağmen, İngiliz Temyiz Mahkemesi (Cesa Dairesi) “dezavantaj olasılığının sadece iddianın çelişkiye neden olacak kadar kesin olduğu durumlarda ortaya çıktığı” kanaatinin doğru olmadığını vurguladı (51). İddia edilen suç ile mahkeme arasında çok uzun bir süre olduğu durumlarda açık bir ikazın yapılması uygundur (52). Bu durum Avustralya karinesine göre “bir hukuk kuralı ya da vazgeçilmez uygulama” (53) olarak kabul görmezken, İngiliz hukuku da, delil kaybını kesin olarak ortaya koymayı gerektirmemektedir.

Delil Kaybının Önemi

Delil kaybı olduğu varsayıldığı ya da kanıtlandığı zaman, bu kaybın kayda değer önemde olup olmadığı sorgulanmalıdır (54). Birçok vakada, olay tazeliğini

koruduğu erken dönemlerde saptanabilen birtakım küçük detaylar gecikme durumunda anlaşılabilir. Fakat,

“Adil bir duruşma her zaman mükemmel bir duruşma değildir. Tüm olası tanıklar ifade veremediği ve tüm delillerin elde edilemediği durumlar bile bir mahkemenin haksız karar verdiğini göstermemektedir” (55).

“W” (56) olayında, sanığın karısı aradaki dönemde ölmüştü. Hâlbuki onun açıklık getirebileceği -ulaşılabilir olup olmadığı, evlilik içi cinsel yaşam kalitesi-gibi çeşitli detaylar mevcuttu. Fakat Lord Bingham bu durumu “önyargı kıvılcımı”nı tetikleyen “çok uç” bir durum olarak niteledi (57).

Kayıp adli ve tıbbi delil durumlarında ileri derecede realizme ihtiyaç duyulmaktadır. *Hancock* (58) olayında, sanık halı üzerindeki semen lekelerine adli inceleme yaptırma ve şahsın bakireliğini ne zaman kaybettiğine dair tıbbi delil elde etme fırsatını kaçırdığını iddia etti. İfade edilen deliller dava için çok önem arz edebilirdi, ancak bu deliller hiç elde edilmedi. Hiçbir muayene ve inceleme yapılmamıştı. Sanık “geçen zaman içerisinde önemli tanıkların ulaşılabilir olabileceğine” değinmedi (59). O “olayın üzerinden geçen zamanın kendisi için haksız yargı” oluşturduğu hususuna dikkat çekmeyi başaramadı (60). Bu yaklaşım, *AM*deki Miller JA’nın hayal kırıklığına neden olan mükemmeliyetçiliğine tercih edilmektedir (61). Miller JA sanığın,

“1. Müştekinin kıyafetlerinin adli incelemesini, 2. İddia edilen olay yerinin adli incelemesini, 3. Semenle bulaşık peçete olup olmadığına dair çöp incelemesini yaptırabilmesi ” nedeniyle haksızla uğradığına dikkat çekti (62).

Böylesi hiperbolik adli inceleme beklentileri “CSI-etkisi” bulgularını andırmaktadır (63).

Cinsel saldırı davalarında, kayıp delil durumlarının önemi değerlendirilirken, gecikme olsun ya da olmasın,

“ifadelerin müşteki ve sanık arasında kelimesi kelimesine çelişkilerle karakterize olduğu” gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Böylesi vakalarda, sorun şu ki cinsel saldırı olduğu şeklindeki temel iddiayı doğrulayacak bağımsız bir mekanizma yoktur (64).

Adli deliller hızlıca kontamine olabilir ve bozulabilir. Birçok vakada, sanık ve müşteki ya bir aile ortamında beraber kalmakta ya da çocuğun ailesi sanığa aynı

ortamda bulunabilecek çok fırsat sunmaktadır (65). Sanığın çok net mazeretinin olduğu vakalar daha nadirdir (66). Gecikmenin her zaman önemli delillerin kaybına neden olduğu düşünülmemelidir. Her değerlendirmede, kayıp delil öneminin vurgulandığı vakalar gerçeğe daha uygundur (67).

Cinsel saldırı vakaları, taraflar arasındaki harfi harfine zıt doğası gereği adli inceleme beklentilerini düşürürken bir yandan da güvenilirliğin önemini arttırmaktadır. Çünkü bu durum detay bulguları verebilecek çapraz inceleme fırsatını zayıflatmaktadır. Güvenilirlik delili her zaman çok ekstrem veya gereksiz olarak görülmemelidir (68). Örneğin Turner (69) vakasında, Temyiz Mahkemesi (Ceza Dairesi) önceden yapılmış ancak takip edilmemiş şikâyete ait polis dokümanlarının yok edilmesine dair çekincelerini dile getirdi. Mahkeme,

“Vakanın kaderini değiştirecek şekilde güvenilirlik sorusunun merkezindeki dokümanların sayfalarının bulunmaması, bizim yargı anlayışımıza göre, bu mahkûmiyet kararının güvenilirliği üzerinde kabul edilemez bir soru işareti olarak durmaktadır” ifadelerini kullandı (70).

8 **Mevcut Deliller Kaybolan Delillerin Eksikliğini Telafi Eder mi?**

Çocuk cinsel istismarı vakalarında sıklıkla, gecikme olmazsa bile, sorulara cevap veren az sayıda delile ulaşılabildiği gözlemlenmektedir. Acaba gecikme nedeniyle kaybolmuş bazı delillerin yerini mevcut deliller doldurabilir mi? Bu konuda çok çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

Temyiz Mahkemesi (Ceza Dairesi)'nin delillerin tamamlanmış olmasını değerlendirirken bütüncül ve esnek bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. *TE* (71) vakasında, Mahkeme'nin ifadelerine göre, sanık yararına delillerin varlığı “onun, müştekinin iddialarına karşı koyamama” iddiasını ortaya atmasını güçleştirecektir (72). *MacKreth* (73) vakasında, mevcut deliller yargılamayı kolaylaştırmıştı. Bu vakada mahkeme “geçen zamanın uzunluğuna ve boşluklara rağmen hala olağandışı derecede çok belge olduğunu” ve bir görgü tanığı tarafından “önemli destek bulunduğunu” ifade etti (74). Mevcut deliller hangi tarafın yararına olursa olsun, sanığa müştekinin delillerini test etme fırsatı vermekte ve bu durumda karar, sanığın adli dezavantajından değil yargılamanın gücünden kaynaklanıyor gibi görünmektedir.

Kaybolmamış delillerin kayıp delillerin kompanse ettiği durumlarda bile önemli delil kayıplarının varlığı bir endişe kaynağı olabilmektedir. *B* (75) vakasında, mahkeme diğer mahkûmlar tarafından da benzer iddialarda bulunulması durumunun potansiyel olarak “temyiz talebine karşı çok güçlü bir delil sağladığı” şeklinde kaydetti. Ancak bu durum halen “temyiz talebinin önemli belgelerin olmamasından dolayı adil bir yargılama yapılamaması nedeniyle engellendiği” şeklinde anılmaktadır (76).

Avustralya’da bütüncül yaklaşım bir ölçüde destek bulmuştur. Mevcut delillerin savunmanın yararına olduğu savı ile *BWT* (77) vakasındaki *Wood C.J.*,

“Bir uyarı ya da talimatın, -özellikle sanığın adil yargılandığı, vakanın detaylarına hâkim olduğu ve iddiaları çürütme noktasında olumlu, objektif delil sunabildiği durumlarda- yanlış yönlendirici olabileceğine” işaret etmiştir (78).

Mevcut delillerin iddia makamının yararına olduğu durumlarda, *Dogget* vakasında muhalif olan *McHugh J.* “genel bir önerme olarak, delilleri/iddiaları kanıtlanmış bir kişinin delillerine dayanarak karar vermenin yanlış olmadığını” ifade etmiştir (79). Ancak çoğunluk farklı bir bakış açısı ile “iddia makamının çok güçlü olduğu davalarda bile” bir uyarının gerekebileceğine işaret etmiştir (80). Burada “doğru yaklaşım” öncelikle, “kanıtlanmış iddialar da dâhil olmak üzere bütün delillerin genel bir değerlendirmesi ile” nelerin kayıp/eksik olduğu hususuna yoğunlaşmaktır (81). Haliyle:

“Jürinin, gerekçesinde özellikli adli hataları/dezavantajları dikkate almaksızın müştekinin iddialarının kabulünü esas alabileceği” gibi tehlikeler bulunmaktadır (82).

Çoğunluğun atomistik yaklaşımı, potansiyel olarak kayıp delil meselesini evrensel bir sorun haline dönüştürmektedir. Bununla birlikte, bunun bütün etkilerine direnç gösterilmiştir. *BTW* vakasında, *Sully J.*, *Doggett* “kanıtlanmış delillerinin olmasının, tek başına, uygun *Longman* talimatını uygulanması ihtiyacını ortadan kaldırmaz” (83). Bu durum, duruşma yargıçlarının:

“Kanıtlarla desteklenmeye rağmen vaka bütünlüğündeki açıklıklara ikincil adli dezavantajın *Longman* talimatını vermeyi gerektirip gerektirmediğini” ortaya koymak için destekleyici, kanıtlanabilir bulguları “özenle analiz” etmesini gerektirmektedir (84).

Avustralya yasal reformları bu konuya doğrudan bir açıklık getirmemekle beraber Sully J.'nin yaklaşımı teyit eden bir eğilim mevcuttu. Yasal talimatlar, “önemli adli dezavantajın” bütüncül olarak değerlendirilmesini esas almaktadır (85).

DELİL KAYBININ ETKİLERİ

Bu yazının önceki bölümünde delil kaybı ile ilgili çeşitli konulara değinildi. Bu sadece gecikme durumunun savunma için adli dezavantaj oluşturduğuna dair ilk tanımlama basamağı idi. Bu bölüm ikinci basamak olarak söz konusu kaybının sanığa zarar verip vermediğine değinilecek ve daha ciddi hukuki konular ele alınacaktır. İlk basamakta aslında birçok vakada basit bir cevabı olan bir soru mevcuttur. Bu durum çok önemli bir delilin kaybolduğı ve yerinin doldurulamadığı vakalarda açıkça görülecektir. İkinci basamakta, delil kaybı nedeniyle haksız bir yargılama yapıldığının mantıksal olarak gösterilemeyeceğine dair bir tartışma mevcuttur. Böyle bir haksız yargılama elbetteki mevcuttur, ancak, bu durum kovuşturmanın haksızlığa uğrama olasılığı ile eşittir. Çünkü kaybolan delilin hangi aşamada dezavantaj oluşturduğu bilinemeyecektir. Böylesi vakalara, sanığı gözeten bir müdahale yerine daha dengeli ve nötral bir yaklaşım daha uygun olacaktır.

10

Haksız Yargılamaya Dair Yanlış İzlenimler

Bazı vakalarda kaybolan delilin içeriğinin bilindiğı ve haksız yargılamanın kanıtlandığı düşüncesi hâkimdir. Örneğin, *Dutton* (86) vakasında mahkeme, “ölen ve savunmanın öne sürmek istediğı şahidin gerçekte savunmaya yardımcı olmasının beklendiğı” kaydedildi (87).

Bu varsayımlar çoğunlukla savunmanın kanıtlanmamış başvuruları ve düzeltmeleri gibi görünmektedir. Daha nadir olarak da, eldeki delillerden kullanılarak kayıp delillerin içeriğine dair bir çıkarım yapılabilir. Fakat böylesi bir vakada delil tamamen kaybolmamıştır. Delil içeriğinin bilinmesi ölçüsünde değerlendirme yapılarak haksız yargılama riski ortadan kaldırılmış olacaktır.

Turner (88) vakasında sanık yeğeni aleyhine dokuz suç nedeniyle mahkûm edildi. Sanığın yeğeni 15 yıl öncesinde polise şikâyetle bulunmuştu. Şikâyetin içeriğı ve yetkililerin cevabı olayla ilişkili idi, ancak belgeler tahrip olmuştu. Yine de sonraki olaylardan şikâyete dair çıkarımlar yapılabilmişti. Şikâyet nedeniyle sadece göreceli olarak küçük bir ceza verildi ve delil yetersizliğinden dolayı şahıs taburcu edildi. Bu,

“müştekinin polise vaktinde şikâyetle bulunmaması, diğer sebepler veya müştekiye inanılmamasından kaynaklanmadı.” (89)

Mahkeme burada “hem savunmaya karşı ciddi önyargı hem de savcılığın avantajlı konumda olması gibi iki olasılıkla” kayıp delile atıfta bulundu (90).

Fakat bu dava içeriği bilinen bir kayıp delilin önyargıya neden olduğu davalardan değildi. Bu dikkate alındığında mahkeme kendisi ile çelişmekte idi. Belge kayıplarının,

“C’ye 1985-1986 belgeleri ile doğrulanamayacak olduğuna güvenerek istediği iddiayı ortaya atma şansı verdi.” (91)

Fakat mahkeme aynı zamanda,

“C’nin delillerini -eldeki verilerle- 1985-1986 yıllarında polise yaptığı şikayet konusu ile bağdaştıramayacağını” ifade etti (92).

Kayıp delilin içeriği bilindiği ölçüde çıkarımlar yapılabilir ve haksız yargılamanın önüne geçilebilir (93). Gecikmeyle belgelerdeki delillerin içeriğine dair şüpheler ölçüsünde de her iki taraf için olası haksız kararlar verilebilmektedir.

Davalı lehine kayıp delillerin tekrar keşfedildiği durumlarda haksız yargılamaya dair yanlış izlenimlerle karşılaşılabilir. JS (94) vakasında, müşteki 18 yıl önce sonlandırılan gebeliği için elindeki video kanıtına dayanarak sanığın baba olduğunu iddia etmekte idi. Duruşma öncesinde ise sanığın baba olmadığına dair bir tıbbi rapor ortaya çıktı (95).

Mahkeme,

“ciddi bir iddiaya dair bir belgenin var olmasına karşılık sadece başvuranın gecikmiş sözlü ret cevabı olduğu” hususuna dikkat çekti (96).

Diğer yandan tıbbi rapora rağmen müşteki sanığın baba olduğu yönündeki iddiasında ısrar etmekteydi. Mahkeme burada müştekinin “yıllar boyunca kendisini bunun doğru olamayacağına dair ikna ettiği” hususuna işaret etti (97).

Bu gibi vakalar “önyargının alarm veren potansiyelini” ortaya koymaktadır (98). Şayet davalı lehine bir delil kaybolmuş ise davalı haksız yargılamaya maruz kalabilir. Ancak, malumdur ki eğer delil bulunur ve içeriği öğrenilirse haksız yargılama riski ortadan kalkar. Zira delil bulunamadığı sürece içeriği bilinemeyecektir.

Kayıp delilin savcılık lehine olduğu durumlarda da delil kaybı davalının haksız yargılanmasına değil lehine olacaktır.

Kayıp Delilin Her Yöne Çekilebilme Potansiyeli

Geleneksel olarak kayıp delil durumunda iddia makamının değil de davalının zarar gördüğü düşünülmektedir. Bu varsayımla ilgili mantıksal zorluğu Ali ve Altat resmetmektedir (99). Duruşma yargıcı jüriye;

“özdeki detaylara dair spekülasyonlarda bulunmadan -iddia makamının sizi suçta dair ikna ettiğini düşündüğünüzde- mevcut durumun sanık aleyhine olduğunu düşünüyorsanız bunu göz önüne alınız.” Uyarısında bulundu (100).

Temyiz mahkemesi (Ceza Dairesi) bu talimatın kendi içerisinde tutarsız olduğuna işaret etti. Spekülasyon yapmadan “jüri, sanıkların dezavantajlı duruma düştüklerine dair bir sonuca nasıl ulaşacaktır?” (101) Talimat, “doğru ve geleneksel olmasına karşın jüriye açık bir kılavuzluk yapmıyor gibi görünmektedir” (102).

Bvakasında, mahkeme “potansiyel görgü tanıklarının olmaması durumunun davalı açısından haksız yargılamaya neden olduğu görüşünün çok spekülatif” olduğuna dikkat çekti (103). İddia edilen olayın mahkemeye gelmesi sürecinde ölen şahidin delilleri sanık lehine kullanıldı, halbuki müşteki lehine de kullanılabilirdi (104). Burada mahkeme şahitlerden birinin olmamasını sanığın lehine yorumladı. “Savcılık burada davanın seyri için sanığa çapraz sorguda soracağı daha fazla veri elde edebilirdi” (105). *M* (106) vakasında, sanık olay zamanında “müştekinin bir tıbbi raporla bakire olduğunun kanıtlanması gerektiğini” (107) belirterek duruma itiraz etti. Mahkeme bunu “eğer 1985 yılında yapılmış bir tıbbi muayene olsaydı bu sanık aleyhine çok daha güçlü deliller ortaya koyabilirdi” şeklinde yanıtladı (108).

Bu Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin daha az denge gösterdiği başka bir alandır. CLdeki Wood C.J.’nin *BTW* vakasında ifade ettiği gibi “gerçek olmasında ziyade haksız yargılama olasılığının olabileceği konuşulmaktaydı” (109), mahkemenin temel duruşu,

“iddia edilen suç ve şikâyetin farklı zamanlarda olmasından dolayı mahkeme sanığın öngörülen suçlamalara uygun cevap verebilme fırsatını sağlamak olmalıdır” (110).

CL'deki Wood C.J. sorusunda bu tek taraflılığın, kendi görüşüne göre;

“Savcılık açısından olay zamanı, yerleri ve ilgili şahitleri belirlemeyi güçleştirdiği için gecikmenin etkileri çift yönlüdür” (111).

Ancak, o Yüksek Mahkeme tarafından kısıtlandığını hissetti (112). NSW Ceza Temyiz Mahkemesi'nin daha sonraki vakalarında “gecikmenin olası önyargı/haksız yargılama yerine gerçek önyargıya neden olduğunu” (113) varsayan geleneksel bakış açısı benimsendi.

Diğer birçok Avustralya yargı makamı da tek taraflı varsayımı benimsedi. Örneğin, Victorian Temyiz Mahkemesinden Lasry A.J.A “İkazın tamamen sanık lehine olması gerektiğini, bunun tarafları dengeleyen bir durum olmadığını” ifade etti (114). Bununla birlikte, diğer bakış açıları da nadiren dile getirilmiştir. SA Ceza Temyiz Mahkemesi *Dawson-Ryan* (115) vakasında hem müştekinin hem de sanığın benzer şekilde delilleri toplama noktasında sorun yaşadığına simetrik atıfta bulundu. Bu karara benzer olarak *Inston* (116) vakasında Vanstone J.;

“Sanığın adli problem/dezavantaj durumu sadece geçen zamana bağlı olduğundan aynı durumun müşteki içinde geçerli olduğunun varsayılması gerektiği” (117) ifade edildi.

Yukarıda belirtildiği gibi, Avustralya yargı reformu savunma ve kovuşturma arasında daha etkin bir dengeyi amaçlamakla beraber burada sözü edilen konuya atıfta bulunulmadığı görülmektedir. Yeni düzenleme birçok Avustralya mahkemesi ve daha az orandaki İngiliz mahkemesinin kabullendiği, adli dezavantajın sadece sanığı etkileyen bir durum olduğu varsayımını benimsemektedir (118).

DENGESİZ MASUMİYET KARİNESİ

Yukarıda bölüm 1'de sanığın sahip olduğu delilleri kaybetmiş olması nedeniyle kovuşturmanın haksız yargılama yapabileceği olasılığı tartışıldı. Bu sanık lehine bir yaklaşımdan çok daha tarafsız dengeli bir yaklaşımı desteklemektedir. Bölüm 1 masumiyet karinesinden türetilen ve adli dezavantajın dengesiz dağıtıldığına dair birçok tartışmayı ele aldı. Söz konusu varsayım yanlış mahkûmiyete karşı korumak amacıyla tabii ki çok asimetrik olup, aslında dengelenebilecek olan kanıtları başka yöne çekme potansiyeli taşımaktadır.

Savcılığın Yüğü

Delil kaybı durumunun iddia makamı üzerinde büyük bir etkiye sahip olabileceği açıkça görülmektedir. Ağır bir ispat yükü taşıyan savcılık makamı delillere büyük bir ihtiyaç duymaktadır ve diğer tüm şartlar eşit olduğunda kanıt eksikliği daha derin hissedilmektedir. Bu durum Avustralya Yüksek Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir;

“Bir sanığın makul şüpheden yararlandığı kararına varıldığı durumlarda, gecikme nedeniyle konuya dair ifadelerin ve delillerin belirsizliği, kanıtlanamaması sanıktan çok iddia makamına zarar vermektedir” (119).

“Birçok jüri de önemli kayıpların savunmadan çok iddia ve karar makamını güç durumda bıraktığı kanaatindedir” (120).

Bu durum adli dezavantaja dair yargı talimatları için alternatif bir gerekçe oluşturmaktadır. Burada amaç delil kaybını sanığın aleyhine hesaba katmak değil, iddia makamının aleyhine de hesaba katılmasını da önleyerek masumiyet karinesinin korunmasıdır. Jürinin;

14

“zorla hatta mükerrer uyarılarla jürinin dikkatini gecikme ve sonuçları ile bağlantısız olarak iddia makamının sorumluluklarına çekerek, savcılığın yükü ve kanıt standartları için uygun karar vermesi” sağlanmalıdır (121).

“İddia makamının, ne zorluklarla karşılaşırsa karşılaşsın, iddialarını kanıtlama yükümlülüğü vardır. Sanığın masum olduğu varsayılır” (122).

Mahkemeler, her ne kadar bu mantıkla hareket etmeseler de, “iddia makamının pratikte karşı karşıya olduğu belirtilen zorluklara yapılan gereksiz atıflara” karşı duruşlarını korumaktadırlar (123). Bu atıflarda “iddia makamı ve savunmanın aynı olumsuzluklarla karşı karşıya oldukları” (124) savı ile “iddia makamının yükümlülüklerini ve delil standartlarını küçümsediği” ifade edilmektedir (125). Aynı zamanda, tam tersi durumda olabilir. Sadece savunma makamının karşılaştığı zorluklara odaklanmanın da,

“ceza durumu jüri tarafından çok kolaylıkla kabul edilebilir. Çünkü sanık iddiaları karşılayamayabilir (jüri vaka hakkında hukuki olarak bilgilendirilmişse) ve suçluluk kararına kolayca ulaşılabilir” (126).

Bu bağlamda, sanık “hem iddia ve hem de savunma makamlarına olası etkilere” (127) yönelik ikaz ve masumiyet karinesinin gücü hatırlatılarak en iyi şekilde korunabilir.

Kayıp Kanıtların Aklayıcı Olduğu Varsayımı

Bir önceki bölümde ifade edilen görüşe göre masumiyet karinesinin etkisi olarak gecikmenin savcılık açısından daha büyük adli dezavantaja neden olmaktadır. Karşıt olarak, geleneksel, yaklaşıma göre, üstelik bu da masumiyet karinesinden destek alarak, adli dezavantajın savunmayı daha fazla etkilediği görülmektedir. Hüküm verilmeden önce sanık masum olarak kabul edilip ona göre muamele görmelidir. Bu bağlamda, kayıp delil durumları suçlayıcı olmak yerine aklayıcı gibi görünmektedir. Böylece gecikmeye ikincil adli dezavantaj iddia makamından ziyade savunmayı etkilemektedir (128).

Bu durum masumiyet karinesinin abartılması ve istismar edilmesine neden olabilmektedir (129). Masumiyet karinesinin esas amacı hatalı hükümlerin “adaletsizliğine” (130) karşı perde olmaktadır. Bu karine sonucu belirleyici olmayıp, duruşmanın en temel fonksiyonu suç kanıtlarının, karinenin yerini alıp almadığını ortaya koymaktadır. Karine gerçeği-bulma-görevi için bir çerçeve belirlemektedir. Burada esas yaklaşım sanığın masumiyeti yönündedir ve güvenilir bir mahkûmiyet kararı için suç varlığı yüksek derecede kanıtlanmalıdır. Fakat bu çerçevede deliller objektif olarak değerlendirilmelidir. İddia makamı yükü ve delil standartları asimetriktir. Karine duruşmayı sanık lehine orantısız şekilde yönlendirebilmektedir.

Lewis, karineye ekstra güç verilmemesinin masumiyet karinesinin özüne aykırı olacağını dile getirmektedir. Ek olarak “adli dezavantaj olmadığını ortaya koymanın sanığın suçlu olduğunu varsaymak anlamına geldiğini” ifade etmektedir (131).

“Bu bir ceza davası sırasında herhangi bir aşamada olmaması gereken bir *ex post facto* gerektirir. Duruşma yargıcı jüriye yetki verirken sanığın masum olarak algılanması varsayılmalıdır” (132).

Fakat bunun tersi de doğrudur. Kayıp delilin aklayıcı olduğu ve sanık aleyhine adli dezavantaj bulunduğu varsayımı *ex post facto* gerekçe ile ilişkilidir. Kayıp delil durumunun hem aklayıcı hem de suçlayıcı olduğunu kabul etmek, uygunsuz öncelik hakkı vermekten koruyucu dengeli bir yaklaşımdır.

Sanığın Adli Çapraz Sorgu Silahını Körleştirme

Başka bir tartışma da, sanık aleyhine daha yoğun adli dezavantajın masumiyet karinesinden örtülü bir destek alınmasını sağladığı konusundadır. İddia makamı iddiasını kanıtlamak için yeterli delil sunmalıdır. Sanık hiçbir şeyi kanıtlamak zorunda değildir, fakat o müşteki ve diğer şahitlerin çapraz sorgusu bağlamında iddia makamının iddiasını test etme fırsatı bulacaktır. Eğer sanık şahit çağırmasza iddia makamı çapraz sorguya müracaat edemeyecektir. Bu noktada, çapraz sorgunun iddia makamından çok savunmanın bir adli silahı olduğu görülmektedir. Gecikme nedeniyle çapraz sorgunun etkinliğinin zayıfladığı durumlarda, sanık iddia makamından daha fazla zarar görecektir:

“Gecikmenin, sanığın mahkemede iddialara karşı koyma ve delilleri test etme yeteneğini etkilediği durumlarda, çapraz sorgu ile müştekinin güvenilirliğinde herhangi bir sorun olup olmadığını ortaya koymak güçleşecektir. Bu gecikmenin en önemli etkisidir” (133).

Her ne kadar fazlaca dikkat çekmese de, bu tartışma bir önceki bölümdeki dengesizlikten etkilenmektedir. Detayların kaybolması sanık açısından müştekinin delillerini test etmeyi zorlaştıracaktır, fakat müştekinin testten kaldığı ve geçemediği neden varsayılır? Lewis’in cevabı, çapraz sorgunun -önemli ölçüde doğru olduğu durumlarda bile- detaylı ifadeye zarar verme potansiyeli bulunmaktadır:

“Suçlu bir sanığın yeni işlenen bir suç iddiası ile karşılaşması durumunda kanıtlar için mazeret üretmediği ya da müştekinin özellikli bulgularına karşı koyamayacağı gibi müştekinin delillerindeki uyumsuzlukları da kolayca ortaya koyabilecektir. Gecikme nedeniyle ‘müştekinin delillerinin kesinliğini ve özgüllüğünü belli ölçüde yitirdiği’ durumlarda, suçlu veya suçsuz bir sanık için benzer ölçüde adli dezavantaj olacaktır: burada güçlü adli silah olan çapraz sorgu körleşmiş olacaktır” (134).

Bu makul bir yanıttır. Mirjam Damaşka’nın gözlemine göre,

“Çapraz sorgu iki ucu keskin bir kılıçtır. Yargıç Frankel’in ifade ettiği şekilde ‘diğer silahlar gibi hem kahramanlar hem de kötü adamlar için öldürücüdür’. Güvenilir bir ifade kolayca tartışmalı gibi görünebilir ve çok açık bir bilgi karartılıp kafa karıştırıcı hale gelebilir” (135).

Bu durumun çapraz sorgunun geleneksel olarak “doğruyu ortaya çıkarmak için icat edilmiş en büyük yasal makine” (136) gibi kabulünden ve çekişmeli sistemlerde önemli bir rol oynayan (137) bir modelden daha septik bir yaklaşıma yönelme olduğu ifade edilmelidir. Çapraz sorgunun olgusal etkinliği konusundaki şüpheler hak iddialarının savunulması noktasında zayıf bir zemin oluşturmaktadır. Birçok gözlemci için, çapraz sorgunun gerçeği gizlemek yerine ortaya çıkarmak noktasındaki potansiyeli esas odak noktası ve reform için bir uyarıcı şeklinde rol oynamaktadır (138). Sanık haklarının savunulmasını tartışmalı çapraz sorguya dayandırmak sorgulanabilir. Bu durum Jeremy Bentham tarafından eleştirilen “Tilki avcısı gerekçesi” ne benzemeye başlamaktadır:

“Suçlu veya suçsuz sanık, centilmen bir avcı tarafından avlanmakta olan bir tilki gibi, adil bir kaçma hakkına sahip olmalıdır” (139).

Masumiyet karinesi, açık şekilde iddia makamına karşı sanığa fırsat tanırken gecikmeli vakalarda sanık merkezli bir yaklaşımı haklı göstermemektedir. Zira bu karine delil kaybının kesinlikle aklayıcı bir unsur olmasını öngörmez ve suçlu sanığın şaşırtmalı çapraz sorguyu kullanmasını salık vermez. Gecikme iddia makamının yükünü ağırlaştırabilir ki bu da yanlış mahkûmiyet değil hatalı beraat riskini arttırmaktadır. Ancak, masumiyet karinesinden köken alan sanık lehine yaklaşım için daha ayrıntılı bir tartışma bulunmaktadır. Bu sonraki bölümde ele alınacaktır.

ADLİ DEZAVANTAJ VE DELİL AĞIRLIĞI

Adli dezavantajın dengeli veya tarafsız uygulamasına dair argüman göreceli olarak çok açıktır ve aslında birçok komponenti daha önceden mahkemeler ve yorumcular tarafından onaylanmıştır. Bu nedenle “prensipde adli dezavantaj hakkında ikazın gerekliliğine” neden bulunmaktadır? (140) Bu bölüm 1’de buna cevap arayacaktır.

Mantıksal olarak, gecikmeye ikincil delil kaybı hem savunmaya hem de iddia makamına zarar verebilmektedir. Adli önyargı riski iki taraf içinde dengelenmiştir ve böylece tarafsız uygulama amaçlanmaktadır. Fakat bu durum “mahkemenin geçen zamanla paralel olarak gerçekte ne olduğunu ortaya koyma şansının giderek azaldığı gerçeğini” reddetmez (141). Tabii ki delilin kaybolmamış olması tercih edilmektedir. Delillerin kaybolmuş olması adli dezavantaja sonuç vermektedir. Burada savunmanın mı yoksa iddia makamının mı dezavantajlı olduğu

bilinmemektedir ama her halükarda mahkeme için adli dezavantaj durumu vardır. Esas soru, hukukun bu duruma nasıl bir cevap vermesi gerektiğidir.

Bir delil hukuku ekolü, ispat yükümlülüğünün sadece delilin gücü ile ilgili olmadığı aynı zamanda delilin “bütünlüğü” (142), “kapsayıcılığı” (143), veya “ağırlığı” na da (144) dayandığını ortaya koymaktadır. Bir mahkeme “daha ileri gerçekler” gerektiği savı ile saptama yapmayı reddedebilir (145). Muhtemelen, şikâyetle önemli gecikme yaşandığı durumlarda, savcılığın iddiaları güçten ve ağırlıktan yoksun olacaktır. Savcılık iddialarının yeterince güçlü olduğu ancak ağırlıktan yoksun olduğu durumlarda vaka aciliyet kazanmaktadır. Bu *Longman*'daki Deane J.'nin işaret ettiği duruma benzemektedir.

“Müştekinin delilleri ikna edici olarak algılanır. Jürinin müştekiyi dürüst bir şahit olarak kabul etmesi şaşırtıcı değildir. Aynısı başvuranın kanıtları için söylenemez ve jürinin başvurana şahit olarak kabul etmeyeceği de şaşırtıcı değildir. Söylenen her şeye rağmen sanığın suçu için tek delilin müştekinin sözel ifadesi olabileceği görülmektedir” (146).

Longman vakası gibi vakalarda, adli önyargıya dair yargı talimatı savcılığın iddiaları kanıtlama yükümlülüğünden ziyade ağırlığın yokluğuna atıfta bulunmaktadır. Müştekinin delillerinin yeterince test edilemediğine dair talimatlar (147); mahkûmiyet vermek tehlikeli olacaktır; müştekinin delilleri özel incelemeye tabi tutulmalıdır; sanığın lehine bir yaklaşım olmalıdır; masumiyet karinesin geliştirilmesi savcılığın yükünü arttırmaktadır.

Ancak kayıp delil durumuna ikincil sonuçları neden savcılık makamının tek başına yüklenmek zorunda olduğu hala açık değildir. Bu dengesizlik epistemik olarak adil değildir. Hafif delillere dayanarak verilen mahkûmiyet kararları cahillikten kaynaklanan bilgi şeklinde kınanabilmektedir (148). Fakat elde edilen delilin gücünü görmezlikten gelmek daha büyük cahillik olarak kabul edilmektedir. “Kayıp delilin farklı bir sonuç ortaya çıkarmada realize edilmemiş potansiyeli”ne dair çekinceler dile getirilmektedir (149). Fakat kayıp delil ulaşılan sonucu doğrulayabileceği gibi ona karşı da olabilir (150). Kayıp şahit durumu savunmanın mazeretlerini kanıtlamasını olanaksız kılabilir. Kayıp tıbbi rapor genç müştekinin bekâretini iddia edilen cinsel saldırıda kaybettiğini ortaya koyabilirdi. Eğer adli incelemeler yapılmış olsaydı iddia edilen cinsel saldırının olduğu ortamdaki halı üzerinde semen lekelerinin olduğu ortaya konabilirdi. Bu olasılıklar neden göz ardı edilsin ki?

SONUÇ

Delil kaybı durumunun sadece sanık açısından haksız bir yargılamaya neden olacağını varsaymak inandırıcı olmayacaktır. Olay ne olursa olsun, kayıp durumu mahkemenin gerçekleri ortaya koyma gayretlerini zedelemektedir. Savcılığın iddiaları güçlü olabilir, müşteki sanığa göre çok daha güvenilir olabilir, fakat düşük delil ağırlığı ve müştekinin ifadesini uygun şekilde test edememek endişelere kaynaklık edecektir. Gecikme nedeniyle tanımlayıcı delillerin elde edilemediği vakalarda bu endişeler daha da artacaktır. Durağan kovuşturmalar ve sanık lehine bir yaklaşım mahkemenin hafif ağırlıktaki delile dayanarak saptama yapma konusundaki isteksizliğini yansıtmaktadır. Fakat bu isteksizliğin üzerinden gelinmelidir. Eğer savcılığın iddiaları yeterince güçlü ise mahkeme düşük delil ağırlığına bakmaksızın mahkûmiyet kararı vermelidir.

Mahkemeler gecikmiş şikâyet vakalarında bozulmuş mahkûmiyet kararlarına gerekçe olarak masumiyet karinesini göstermektedirler:

“Toplum suçluya verilen mahkûmiyet kararını, mahkemelerin masum kişileri de mahkûm edebileceğine dair kaçınılmaz riske eş tutmamalıdır” (151).

“Birtakım suçlu insanlar cezadan kurtulabilir ancak daha da önemlisi masum insanların yanlışlıkla mahkûm edilmemesidir” (152).

Altında yatan prensip tartışmasızdır. Jüriye sıklıkla mahkûmiyet kararının, savcılığın delillerle ilgili zorluklarını dikkate almaksızın, çok güçlü kanıt gerektirdiğinin hatırlatılması uygun olacaktır. Diğer yandan, savcılık üzerindeki *ağırlık* gerekliliğini dayatmak uygun değildir. Bu masumiyet karinesinin düzgün işletilmesinin üzerinde bir önyargıya neden olacaktır. Kayıp delil durumunun suçlayıcı nitelik taşıyabileceği gibi aklayıcı da olabileceği hususunu tekrar vurgulamak gerekmektedir. Hatalı mahkûmiyetlerin maliyetini yönetmek yerine, ağırlık gereksinimi hatalı beraatların maliyetini arttırmaktadır (153).

Teşekkür

Nisan 2010’da, University of New South Wales’ta, Suç Delilleri ve İnsan Hakları Çalıştay’ında, bu makalenin önceki versiyonu üzerine yorum yapan meslektaşlarıma şükranlarımı sunarım. Ayrıca, yazıyı değerlendiren hakemlere de yapıcı geribildirimleri için teşekkür ederim.

1. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [33] (Wood C.J. at CL).
2. Bkz. e.g. Jennifer Temkin and Barbara Krahé, *Sexual Assault and the Justice Gap: A Question of Attitude* (Hart Publishing: 2008); Bkz., *A (Complainant's Sexual History)* [2001] UKHL 25; [2002] 1 A.C. 45, 71 (Lord Hope).
3. *Johnston* (1998) 45 N.S.W.L.R. 362 at 367 (Spigelman C.J.); Bkz., *M* (1994) 181 C.L.R. 487 at 514 (Gaudron J.).
4. *Johnston* (1998) 45 N.S.W.L.R. 362 at 367, Alıntılanan kaynak, *Kilby* (1973) 129 C.L.R. 460 at 465.
5. *Johnston* (1998) 45 N.S.W.L.R. 362 at 367.
6. Crimes Act 1958 (Vic.) s. 61(1)(b)(i); Bkz., e.g. Criminal Procedure Act 1986 (N.S.W.) s.294(2)(b).
7. Bkz. *Crofts* (1996) 186 C.L.R. 427.
8. Bkz. *Crofts* (1996) 186 C.L.R. 427 at 451-452.
9. Judicial Studies Board, *Online Reference, Criminal Law, Evidence*, para.37.1. http://www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/mf_04b.htm [Erişim Tarihi Haziran 23, 2010].
10. *GPP* (2001) 129 A. Crim. R. 1 at [70] (Heydon J.A.).
11. *Attorney General's Reference (No.1 of 1990)* [1992] Q.B 630; *Smolinski* [2004] EWCA Crim 1270; 2 Cr. App. R. 40; *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691; *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849; [2010] Crim. L.R. 226; *Jago* (1989) 168 C.L.R. 23 at 49-50, 76; *Williams / Spautz* (1992) 174 C.L.R. 509; 529; *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [140].
12. *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79.
13. *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79 at 91 (Brennan, Dawson and Toohey JJ.).
14. Bkz. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [140] (Kirby J.). Recent English decisions resulting in a permanent stay of prosecution: *Joynson* [2008] EWCA Crim 3049; *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691; *Sheikh* [2006] EWCA Crim 2625; *B* [2003] EWCA Crim 319; [2003] 2 Cr. App. R. 13 (p.197); *O'Dell* Unreported November 10, 2000; Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3 March 27, 2000; cf. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849 at [39]; [2010] Crim. L.R. 226.

15. *Collard* [2008] W.A.S.C.A. 47 at [4]; *BFB* (2003) 87 S.A.S.R at 278, 283; *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [67].

16. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [35] (Wood C.J. at CL); Bkz. at [118] (Sully J.); *Riggall* (2008) 37 W.A.R. 211 at [26].

17. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [95]; *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [111], [118]-[119]; *DRE* (2006) 164. A. Crim. R. 400 at [14]; *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457 at [128]; *TJ* [2009] N.S.W.C.C.A 257 at [78], [126]; *Inston* (2009) 103 S.A.S.R. 265 at [58]-[61], [109]-[110], [124]; *Dawson-Ryan* (2009) 104 S.A.S.R. 571 at [79]; *GBT* [2009] W.A.S.C.A. 19 at [27].

18. Bkz. e.g. *Hancock* EWCA, Crim Div, 9606335 Y5, October 22, 1997; *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201 CA (Crim Div).

19. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343; Bkz. *GPP* (2001) 129 A. Crim. R. 1 at [60]; *Hunt* [2008] W.A.S.C.A. 210 at [97], [19]; cf. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [9] (Gleeson C.J., dissenting); at [87]-[88] (McHugh J., dissenting); *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [76]-[77], [97], [115] (Sully J.); *Tully* (2006) 230 C.L.R. 234 at [132] (Callinan J.), at [178] (Crennan J.); C.R. Williams, “Warnings occasioned by delay in paedophile prosecutions” (2003) 27 Crim. L.J. 70, 75.

20. *Seigneur* [2009] S.A.S.C. 59 at [13] (Gray J.).

21. Bu durum bütün Avustralya yargı organlarında benimsenmemiştir ve bunu uygulayan yargı mekanizmalarının tümüne uygunluk göstermemektedir: Stephen Odgers, *Uniform Evidence Law*, 8th edn (LBC Information Services, 2009), pp.1, 14-16.

22. Evidence Act 2008 (Vic.) and Evidence Act 1995 (Cth.). Evidence Act 1995 (N.S.W.) “Kısmi uygulamaya” atıfta bulunulmuştur. Note s.165B(3): “Bu uygulamayı yapmamak için iyi gerekçeler varsa yargıç alt başlıklara uymak durumunda değildir (2).” Evidence Act 2001 (Tas.) son değişiklikleri içermemektedir. Benzer versiyonu önceden Crimes Act 1958 (Vic.) ss. 61(1A); Criminal Procedure Act 1986 (N.S.W.) s.294(3) olarak yapılmıştı. Yakın zamanda eklene Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB talimat vermenin talep üzerine olmamasını öngörmektedir.

23. N.S.W. aynıdır, Cth. and Vic. Acts. Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB(3)(b) çok benzemektedir. Bkz. Crimes Act 1958 (Vic.) ss.61(1)(b)(iii), 61(1B).

24. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613.
25. Crimes Act 1958 (Vic.) s.61, bazı açılardan Evidence Act 2008 (Vic.) s.165B. ile örtüşmektedir.
26. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [65](2)-(4).
27. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [75].
28. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [72] (Kellam J.A.), alıntılanan kaynak *Crofts* (1996) 186 C.L.R. 427, 451-452. Bkz (2008) 18 V.R. 613 at [101] (Hansen A.J.A., agreeing), cf. at [41]-[46] (Ashley J.A.).
29. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [85] (Kellam J.A.).
30. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [65](15), at [85].
31. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [90] (Kellam J.A.), at [5], [40] (Ashley J.A., aynı fikirdedir), at [101] (Hansen A.J.A., agreeing).
32. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [65](14).
33. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [88], [92] (Kellam J.A.), at [40] (Ashley J.A.).
34. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [90], [92] (Kellam J.A.), at [40] (Ashley J.A.).
35. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [91] (Kellam J.A.).
36. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [93] (Kellam J.A.), at [5], [40] (Ashley J.A., aynı fikirdedir), at [101] (Hansen A.J.A., agreeing).
37. Penney Lewis, *Delayed Prosecution for Childhood Sexual Abuse* (Oxford University Press, 2006) p.140.
38. *Joyson* [2008] EWCA Crim 3049.
39. *Joyson* [2008] EWCA Crim 3049 at [35] (Vurgu eklendi).
40. *Joyson* [2008] EWCA Crim 3049 at [34] (Vurgu eklendi).
41. See also *Wilkinson* [1996] 1 Cr. App. R. 81 at 86.
42. *MM* [2004] N.S.W.C.C.A 81 at [115] (Vurgu eklendi).
43. *MM* [2004] N.S.W.C.C.A 81 at [115]; Bkz *Inston* (2009) 103 S.A.S.R. 265 at [112]; *Hunt* [2008] W.A.S.C.A. 210 at [16].

44. James Wood, “Complaint and Medical Examination Evidence in Sexual Assault Trials” (2003) 15 *Judicial Officers’ Bulletin* 63, 64; see also *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [19] (Wood C.J. at CL), [95], [116]-[117] (Sully J.); *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [10] (Gleeson C.J., muhalefet etmiştir); Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, p.152.

45. *Report into Uniform Evidence Law* (A.L.R.C. Report 102, N.S.W.L.R.C Report 112, V.L.R.C. Final Report), para.18.121; N.S.W.L.R.C. muhalefet etmiştir, para.18.141.

46. Bkz. önceki Criminal Procedure Act 1986 (N.S.W.) s.294(5); Crimes Act 1958 (Vic.) s.61(1C). Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB karşılaştırılabilir bir hüküm yoktur. Bkz *Inston* (2009) 103 S.A.S.R. 265 at [107] (Vanstone J.).

47. *GS* [2003] N.S.W.C.C.A 73 at [61] (Smart J.).

48. Stephen Odgers, “Editorial: Sexual Offences Procedural Reform” (2005) 29 *Crim. L.J.* 5.

49. *WRC* (2002) 130 A. *Crim. R.* 89 at [143] (Kirby J.), Bkz. [100] (Greg James J.); *MM* [2004] N.S.W.C.C.A 81. at [160], [182]; *DBG* (2002) 133 A. *Crim. R.* 227 at [37]-[38]; *JJB* (2006) 161 A. *Crim. R.* 187 at [95]; *GS* [2003] N.S.W.C.C.A 73 at [143].

50. *C* [2002] EWCA *Crim* 312 at [24]; Bkz. *Crampton* (2000) 206 C.L.R. 161 at [45] (Gaudron, Gummow and Callinan J.J.), at [130]-[132] (Kirby J.).

51. *C* [2002] EWCA *Crim* 312 at [24].

52. *M* [2000] 1 *Cr. App. R.* 49; [1999] *Crim. L.R.* 922 CA (Crim Div); 49 *C* [2002] EWCA *Crim* 312 at [23] kaynak olarak kullanmıştır. Bkz. *DF* (EWCA *Crim* Div, No.9805760/X2, May 4, 1999): “Otoriteler bir yargıcın normal şartlar altında jüriye gecikmiş bir şikayet nedeniyle yıllar sonra sunulan bir vakanın savunmasını yaparken karşılaştıkları zorluklara dair uyarması ile aynı fikirdedir.”

53. *W* [1999] 2 *Cr. App. R.* 201 at 202 CA (Crim Div); *GJ* [2006] EWCA *Crim* 1939 at [27].

54. Bkz, Scott Henchcliffe, “Abuse of process and delay in criminal prosecutions -- Current law and practice” (2002) 22 *Australian Bar Review* 1, 10.

55. *Polyukhovich* (S.A.S.C., Dec 22, 1992) 10; Bkz. *McCarthy* (N.S.W.C.C.A, Aug 12, 1994, Gleeson C.J.); *W.R.C.* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [80] (Hodgson J.A.).
56. *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201 at 202 CA (Crim Div).
57. *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201 at 212 CA (Crim Div).
58. *Hancock* [1997] EWCA Crim 2561.
59. *Hancock* [1997] EWCA Crim 2561. Bkz. *M* [2000] 1 Cr. App. R. 49, 54-55, 58; [1999] Crim. L.R. 922 CA (Crim Div).
60. *Hancock* [1997] EWCA Crim 2561.
61. *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457.
62. *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457 at [143], Bkz. [20] (Steytler P.); *Taylor* (No.2) (2008) 18 V.R. 613 at [90] (Kellam J.A.); *Crampton* (2000) 206 C.L.R. 161at [130]-[132] (Kirby J.).
63. Bkz, e.g. N.J. Schweitzer & Michael J. Saks, “The CSI Effect: Popular Fiction About Forensic Science Affects The Public’s Expectations About Real Forensic Science” (2007) 47 *Jurimetrics Journal* 357, 358.
64. *Johnston* (1998) 45 N.S.W.L.R. 362, 370 (Spigelman C.J.).
65. Bkz, e.g. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849 at [48]; *TE* [2004] 2 Cr. App. R. 36 at [18]; *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201 at 212; *Wilkinson* [1996] 1 Cr. App. R. 81 at 86; *B, J* [2009] S.A.S.C. 110 at [34]; *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [19]-[20]; N.S.W.L.R.C, *Jury Directions* Consultation Paper 4 (2008), para.7.50.
66. *Jones* (1997) 191 C.L.R. 439 at 455 (Gaudron J., McHugh J. and Gummow J.), Bkz. 446 (Brennan C.J.); *B* [2005] EWCA Crim 29 at [40]-[41].
67. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849 at [39], [47].
68. Henchcliffe tarafından önerildiği gibi, “Abuse of Process” (2002) 22 *Australian Bar Review* 1, 10.
69. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000.
70. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [34]; Bkz. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691.

71. *TE* [2004] 2 Cr. App. R. 36.
72. *TE* [2004] 2 Cr. App. R. 36 at [19].
73. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849.
74. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849 at [62]; adli dezavantaja dair bir talimat savunmanın eleştirisi olmaksızın yapılmıştır: at [27], [51].
75. See *B* [2005] EWCA Crim 29.
76. See *B* [2005] EWCA Crim 29 at [19]. Bu vakada, *TE* [2004] 2 Cr. App. R. 36, aksine, mahkeme, savunmanın adli dezavantajını dengelemek yerine mahkûmiyet kararının güvenliğini sağlamak için müştekinin delillerinin zayıflığını göz önünde bulundurdu.
77. See *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241.
78. See *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [19].
79. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [81]. Gleeson C.J. and McHugh J. Herikisi de strateji olarak savunmanın öne sürebileceği destekleyici delil olduğu durumlarda *Longman* talimatına gerek görmeyebileceğini vurgulamaktadırlar: *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [87]-[88] (McHugh J.), at [9] (Gleeson C.J.); Bkz. yukarıdaki fn.9.
80. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [137] (Kirby J.).
81. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [54] (Gaudron and Callinan J.J.).
82. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [136] (Kirby J.).
83. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [95](3)(e) (*italics in original*).
84. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [95](3)(e); Bkz. *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457 at [17] (Steytler P.). For more liberal interpretations: *FVK* [2002] VSCA 225 at [130]-[131] (Phillips J.C.J.), see also [145] (Ormiston J.A.). For stricter interpretations: *GPP* (2001) 129 A. Crim. R. 1 at [61]-[63] (Heydon J.A.); *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [83] (Greg James J.), at [150] (Kirby J.), cf. [74]-[76] (Hodgson J.A., muhalefet etmiştir).
85. Section 165B(2) of the N.S.W., Cth. and Vic. Evidence Acts; Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB(2).

86. *Dutton* [1994] Crim. L.R. 910.
87. Quoted in *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201, 207-08 CA (Crim Div).
88. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000.
89. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [19].
90. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [19].
91. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [19].
92. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [19].
93. Bkz. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691. S ve T kodlu her iki şikâyetçi yaralanma nedeniyle tazminat başvurusu yapmıştır. S'nin başvurusunun "önemli ölçüde hatalı olduğu" gösterildi ve bu durum onun güvenilirliğini zedeledi [16]. T'nin başvurusu kaybolmuştu. "Olayı bilen herkes bu başvurunun duruşmada T'nin lehine olduğunu biliyordu". S'nin iddiası doğru olmayıp göreceli olarak abartılmış idi. Söylenen göre, her iki kız hala arkadaş olup birbirlerine yakın çevrede yaşamakta idi. "Başvurularını CICA ile tartışmadıkları pek olası değildir" (At [34].)
94. *JS* [2008] EWCA Crim 2788.
95. *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [13].
96. *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [27].
97. *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [27].
98. *Percival* (EWCA Crim Div, 97/6746/X4, June 19, 1998). Duruşmada müşteki önceden sanık hakkında ortaya attığı birçok iddianın aslında aynı okulda çalışan Lamarck adında başka bir adamla ilgili olduğuna dair ifade verdi. Müşteki bu durumu Percival'in duruşmasından kısa bir süre önce Lamarck'ın duruşmasında ifade verirken fark etti.
99. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691.
100. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691 at [36].
101. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691 at [37].
102. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691 at [36]-[37].
103. Bkz. *B* [2005] EWCA Crim 29 at [43].

- 104.** Bkz. *B* [2005] EWCA Crim 29 at [43].
- 105.** Bkz. *B* [2005] EWCA Crim 29 at [42].
- 106.** *M* [2000] 1 Cr. App. R. 49; [1999] Crim. L.R. 922 CA (Crim Div).
- 107.** *M* [2000] 1 Cr. App. R. 49 at 54. [1999] Crim. L.R. 922 CA (Crim Div).
- 108.** *M* [2000] 1 Cr. App. R. 49 at 58; [1999] Crim. L.R. 922 CA (Crim Div).
Bkz. *Ferrisey* [2002] EWCA Crim 2405 at [17]-[19].
- 109.** *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [22] alıntulandığı kaynak e.g. *Jones* (1997) 191 C.L.R. 439 at 455 (Gaudron J., McHugh J. and Gummow J.).
- 110.** *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [13] (orjinalinde vurgulanmıştır); e.g. “önemli”, “büyük” ve “ciddi” dezavantaja atıfta bulunulmuştur, *Crampton* (2000) 206 C.L.R. 161 at [45] (Gaudron, Gummow and Callinan J.J.), at [140] (Hayne J.), at [131], [132] (Kirby J.).
- 111.** *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [23].
- 112.** *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 163 at [2], [40], Bkz. [107]-[118] (Sully J.).
- 113.** *JJB* (2006) 161 A. Crim. R. 187 at [97]; Bkz. *MM* [2004] N.S.W.C.C.A 81 at [124] (Howie J.).
- 114.** *GVV* (2008) 20 V.R. 395 at [65] (Maxwell P. and Ashley J.A. agreeing); Bkz. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [92]; *IAB* [2009] V.S.C.A. 229 at [88]-[90]; *GBT* [2009] W.A.S.C.A. 19 at [30]; *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457 at [142], [146] (Miller J.A.), cf. at [204] (Murray A.J.A.J.A.).
- 115.** *Dawson-Ryan* (2009) 104 S.A.S.R. 571 at [70], [80]-[82].
- 116.** *Dawson-Ryan* (2009) 103 S.A.S.R. 265.
- 117.** *Dawson-Ryan* (2009) 103 S.A.S.R. 265 at [112].
- 118.** Bölüm 165B(2) - N.S.W., Cth. and Vic. Evidence Acts; Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB(2).
- 119.** *Jago / District Court of N.S. W.* (1989) 168 C.L.R. 23 at 60 (Deane J.); Bkz. *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79 at 100 (Deane J.).
- 120.** *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [94] (McHugh J.).

121. *Percival* EWCA Crim Div, 97/6746/X4, June 19, 1998; see also *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [26]; *Bowley* [1996] Crim. L.R. 406 at 407 CA (Crim Div); Bu kaynağa *Jamieson* (EWCA Crim Div, 96/3404/W3, October 15, 1996) atıfta bulunulmuştur.

122. *GBT* [2009] W.A.S.C.A. 19 at [30] (Martin C.J. ve Miere A.J.A.J.A. aynı fikirdedi); Bkz. Odgers “Editorial” (2005) 29 Crim. L.J. 5, 6.

123. *GBT* [2009] W.A.S.C.A. 19 at [30].

124. *Percival* EWCA Crim Div, 97/6746/X4, June 19, 1998.

125. *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [26].

126. *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [118] (Greg James J.).

127. *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [118] (Greg James J.).

128. Bkz. e.g. *PC* [1999] 2 I.R. 25 at 78 (Lynch J.), buna Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, pp.84-85’te atıfta bulunulmuştur.

129. Bkz. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [15]-[16] (Wood C.J.).

130. *Van der Meer* (1988) 82 A.L.R. 10 at 31 (Deane J.).

131. Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, p.148.

132. Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, p.148.

133. *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [100]; Bkz. yukarıda fn.49.

134. Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, p.148, alıntılanan kaynak Wood, “Complaint” (2003) 15 *Judicial Officers’ Bulletin* 63; Bkz. *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [141] (Kirby J.); N.S.W.L.R.C 112, para.18.135.

135. Mirjam Damaska, “Presentation of evidence and fact-finding precision” (1975) 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1083, 1094, alıntılanan kaynak M.E Frankel, “The search for truth: An umpireal view” (1975) 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1031, 1039; Bkz. John Langbein, “The German advantage in Civil Procedure” (1985) 52 *University of Chicago Law Review* 823, 833-834.

136. John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* § 1367 (Peter Tillers edn, 1983). Bkz. yakın zamanda yayınlanan Jules Epstein, “Cross-

examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and At Risk” (2009) 14 *Widener Law Review* 427; Chris William Sanchirico, “What Makes the Engine Go? Cognitive Limitations and Cross-examination” (2009) 14 *Widener Law Review* 507.

137. M. Hale, *The History of the Common Law of England* (1739, C.M. Gray edn, 1971) p.164.

138. Bkz. Symposium, “Cross-Examination: The Great (?) Engine” (2009) 14 *Widener Law Review*.

139. H.L.A. Hart, ‘Bentham and the demystification of the law’ (1973) 36 *Modern Law Review* 2, 15; *Works of Jeremy Bentham* VII (Bowring edn, 1838-1843), p.454.

140. N.S.W.L.R.C 112, para.18.145, ek olarak “ya da ... gecikmeden kaynaklanan adli dezavantaj ile ilgili tartışmalarla adil bir şekilde başa çıkılabilir mi?”.

141. *Allen / Sir Alfred McAlpine & Sons Limited* [1968] 2 Q.B. 229 at 255 [1968] 2 W.L.R. 366 (Diplock L.J.); Bkz. *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79 at 108 (McHugh J.).

142. Richard Friedman, “Assessing Evidence” (1996) 94 *Michigan Law Review* 1810, 1819; Nance, “The Weights of Evidence” [2008] *Episteme* 267, 268.

143. Hock Lai Ho, *A Philosophy of Evidence Law -- Justice in the Search for Truth* (Oxford University Press, 2008), p.166.

144. Nance, “Weights” [2008] *Episteme* 267, 268; L Brilmayer and L Kornhauser, “Review: Quantitative Methods and Legal Decisions” (1978) 146 *University of Chicago Law Review* 116, 144; Alex Stein, *Foundations of Evidence Law* (Oxford University Press, 2005), pp.47-48.

145. *Hotson / East Berkshire Health Authority* [1987] A.C. 750 at 787; [1987] 3 W.L.R. 232 HL (Lord Mackay); discussing *Herskovits / Group Health Cooperative of Puget Sound* (1983) 664 P2d. 474 at 491 (Brachtenbach J., muhalefet etmiştir); Bkz. L.J. Cohen, “Can human irrationality be experimentally demonstrated?” (1981) 4 *The Behavioral and Brain Sciences* 317, 329; James Brook “The Use of Statistical Evidence of Identification in Civil Litigation: Well-Worn Hypotheticals, Real Cases, and Controversy.” (1985) 29 *St Louis University Law Journal* 293-346.

146. *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79 at 98-99.

147. JSB, *Criminal Law, Evidence*, para.37.1, http://www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/mf_04b.htm [Accessed June 23, 2010]; *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79 at 91.

148. W.C. Salmon, *The Foundations of Scientific Inference* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1967), p.65; Cohen, *Probable and Provable*, (USA: Oxford University Press, 1977), p.19; Stein, *Foundations*, (2005), p.79.

149. Stein, *Foundations*, (2005), p.120; Bkz. pp.97-100, 228. Stein ve Ho bunun tevatür/dile getirilenlerle oluşmuş kural olduğunu ve “bizim tevatürlerden çıkarsama yaptığımız gerekçeleri ortadan kaldıran şahidin ortaya koyduğu delili” riske ettiğini ifade ettiler.”: Ho, *A Philosophy of Evidence Law--Justice in the Search for Truth* (2008), p.278.

150. Bkz. Mike Redmayne, “Exploring the Proof Paradoxes” (2008) 14 *Legal Theory* 281, 291.

151. *Davis* BC9507899 (June 23 1995) 21.

152. *B* [2003] EWCA Crim 319; [2003] 2 Cr. App. R. 13 at [27].

153. Bkz. Nance, “Weights” [2008] *Episteme* 267, 274-277; J. Koehler and D.N. Shaviro, “Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy through the use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods” (1990) 75 *Cornell Law Review* 247; David Kaye, “Naked statistical evidence” (1980) 89 *Yale Law Journal* 601.

AVRUPA YARGI KURULLARI AĞI: YARGI, TOPLUM ve MEDYA RAPORU (2011-2012)

*Çeviren: Hasan Dursun**

I. GİRİŞ

“Hâkimler kararlarıyla konuşur.” ifadesi yargı çalışanları arasında devamlı olarak söylenen, hukuk fakültesi öğrencilerine üzerine vurgu yapılarak anlatılan ve toplum tarafından öğrenilmesi için gayret sarf edilen bir ilkedir. Aslında burada hâkimin karar vermek durumunda olduğu bir dava hakkında, dava süresince görüş beyan etmemesi, yorumda bulunmaması, yargıladığı olayla ilgili olarak sözünü yargılama sonunda vereceği kararında ifade etmesi kastedilmektedir. Ancak söz konusu ilkenin anlamının, “bilgi toplumu” veya “teknoloji çağı” olarak adlandırılan günümüz modern toplum hayatının gerekleri bağlamında yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Toplumun yakından ilgilendiren olaylara ilişkin olarak görülen davalar, bilinen ünlü kişiler ile ilgili yapılan yargılama faaliyetleri birçok kesim tarafından yakından takip edilmekte ve bunun doğal sonucu olarak medyanın yakın ilgi duymasına neden olmaktadır. Toplum, yargılama öncesinde veya sırasında edindiği bilgiler doğrultusunda bir kanaate sahip olmakta; sonrasında hâkimler tarafından verilen kararları sahip olduğu bilgiler ve yargılar çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu durum çoğu kez yargı kararlarının otoritesini, anlamını ve sonuçlarını olumsuz yönde etkilemektedir.

Tam burada, demokratik bir toplumun gereği ve vazgeçilmez bir unsuru olan ifade özgürlüğü ve çeşitliliği bağlamında önemli görevler yerine getiren medya organlarının önemi devreye girmektedir. Zira giderek kalabalıklaşan ve karmaşıklaşan bir toplum yapısı içerisinde, kişilerin bireysel gayretleri ile bilgi edinmeleri ve bunun neticesinde kanaat sahibi olmaları çok zordur. Bilgiye ulaşmanın en kolay yolu yazılı ve görsel medya organlarıdır. Bireyler güvendikleri ve itibar ettikleri bir yayın organı sayesinde güncel olaylardan haberdar olmakta ve buna paralel kanaat edinmektedirler.

* Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Tetkik Hâkimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora öğrencisi.

Yargı kararlarının toplum açısından sahip olduğu önemli bir husus, toplumu veya bireyleri ilgilendiren bir konuda son karar niteliğinde olmaları ve doğruluğu konusunda toplum tarafından kendilerine bir değer atfedilmesidir. Öyle ki mahkemeler tarafından verilen kararların doğruluğuna ve inandırıcılığına dair toplumdaki kanaat, bazı olaylarda kararın esasının önüne geçmektedir. Bu gerçeklik yargılama öncesinde, sırasında ve sonrasında yargı birimlerine önemli bir görev yüklemektedir. Yanlış algılamaların önüne geçmek, medya tarafından bilerek veya bilmeyerek verilen eksik veya yanlış bilgileri düzeltmek, yargının işleyişi ve yasal mevzuat hakkında toplumu ve ilgili kişi veya kurumları bilgilendirmek önceki zamanlara göre daha da önemlidir. Bu yargının şeffaflaşması ve hesap verebilir bir konuma gelmesinin de bir gereğidir.

Yargı birimlerinin medya ile doğrudan ilişki kurması ve bunu belirli bir mevzuat çerçevesinde ve ilkeler bağlamında yerine getirmesi fikrinin tarihi çok eskilere gitmemektedir. Ancak buna duyulan ihtiyaç geride bıraktığımız ve içinde bulunduğumuz yüzyıl açısından hayati öneme sahiptir. Avrupa ve ABD yargı sistemlerinin bu ihtiyacın gereklerini yerine getirme noktasında, Türkiye'ye göre çok ileride olduğu kabul edilmelidir. Bu sonucun meydana gelmesinde ülkelerin demokratikleşme tarihleri ve demokratik gelişmişlik seviyelerinin payı büyüktür. Ülkemizde son on yıl içerisinde yargı-medya ilişkileri konusunda önemli adımlar atılmaya başlanmıştır. Özellikle 2010 tarihli Anayasa değişiklikleri sonrasında yeni yapısıyla faaliyete geçen HSYK bu konunun üzerinde önemle durmaktadır. Bunun ilk adımları olarak nüfus ve iş yoğunluklarını değerlendirerek basın savcılarını görevlendirilmiş ve basın sözcüsü savcılarının eğitimi için programlar düzenlenmiş ve düzenlenmeye devam etmektedir.

Hemen hemen tüm ülke yargı sistemleri toplumdan gelen talepleri karşılama bağlamında çeşitli derecelerde yargı- medya ilişkileri üzerinde durmakta ve bu alanda çalışmalar yürütmektedir. Avrupa Yargı Kurulları Ağı (AYKA) Avrupa yargı sistemleri açısından yargı-medya ve toplum ilişkileri bağlamında yaşanan sıkıntıları tespit ederek, bu alanda çalışma yapmak üzere 2012 yılı içerisinde bir çalışma grubu oluşturmuş; bu çalışma grubu tarafından hazırlanan raporu 2012 yılında yapılan Genel Kurul toplantısında kabul ederek, üyeleri ve ilgili kurum ve kuruluşlar ile paylaşmıştır. Türk yargı sisteminin yargı-medya ilişkileri konusunda yaptığı çalışmalara katkı sağlayacağını, konunun paydaşları açısından faydalı bilgiler içerdiğini düşündüğümden bu raporun tercüme edilerek yayınlanmasını istedim.

Raporun tercümesine geçmeden önce AYKA hakkında temel bilgiler vermenin faydalı olacağı kanaatindeyim. Sonrasında ise raporun aslına sadık kalınarak tarafımızdan yapılan tercümesine yer verilecektir.

II. AVRUPA YARGI KURULLARI AĞI (AYKA) HAKKINDA GENEL BİLGİ¹

AYKA², Avrupa Birliği üyesi olan ülkelerde yer alan ve yasama ile yürütme organlarından bağımsız olarak faaliyet gösteren yargı kurullarının üye olabildikleri, Belçika milli hukuku çerçevesinde dernek olarak faaliyet gösteren, resmi olarak 2004 yılında Roma'da gerçekleştirilen toplantı sonrasında kurulan sivil bir örgütlenmesidir. AYKA'nın Brüksel'de daimi bir çalışma ofisi bulunmaktadır. Avrupa Birliği üyesi olmasına karşın, iç hukuk çerçevesinde yasama ve yürütme organlarından bağımsız olmayan yargı kurulları ile Birlik üyesi olmayan ülke yargı kurulları AYKA çalışmalarına "gözlemci üye" sıfatı ile iştirak edebilmektedirler.

Bu örgütlenmenin amacı yargı kurullarının birbirlerini ve sistemlerini anlamak, kurullar arasında bilgi alışverişi sağlamak, diğer kurulların elde ettikleri başarıları ve yaşadıkları iyi ve kötü tecrübeleri öğrenmek ve kurullar arasında ihtiyaç duyulan alanlarda ortak çalışma alanlarının oluşturulmasını temin etmektir.

Şu an Belçika, Bulgaristan, Danimarka, İngiltere, Fransa, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Malta, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, İskoçya, Slovakya, Slovenya, İspanya da bulunan yargının işleyişinden sorumlu yargı kurulları AYKA'ya üyelerdir.

Türkiye, Avusturya, Hırvatistan, Güney Kıbrıs Rum Devleti, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Finlandiya, Almanya, Lüksemburg, Makedonya, Karadağ, Norveç ve İsveç'te bulunan yargının işleyişinden sorumlu Yargı Kurulları ile Avrupa Adalet Divanı AYKA'nın gözlemci sıfatına sahip üyeleridir.

Arnavutluk, Bosna Hersek, İzlanda, Kosova, Moldova ve Ukrayna'da bulunan yargının işleyişinden sorumlu Yargı Kurulları ise, üye ve gözlemci sıfatı bulunmayan diğer katılımcılardır.

¹ Burada yer verilen bilgiler AYKA'nın resmi internet sitesi olan www.ency.eu isimli adreste yer alan veriler dayanak alınarak derlenmiştir.

² European Network of Councils for The Judiciary

AYKA, misyonunu; Avrupa Birliği Üye Ülkeleri Yargı Kurullarının birleşmesinden oluşan ve üyelerini Avrupa Birliğinde temsil eden; herkesin yararına olarak bağımsız yargıyı güçlendirmeyi ve mahkeme kararlarının etkili ve zamanında gerçekleştirilmesini amaçlayan bir oluşum olarak tanımlamaktadır³.

AYKA, vizyonunu ise, Avrupa Birliği kurumlarını adli açıdan temsil eden tek bir organ olma; yargı alanında Birlik genelinde canlı ve üretken bir platform oluşturma ve bağımsız yargı kurullarının ana destekçisi olma olarak belirlemiştir.

AYKA'nın Stratejik Planında belirlediği hedefleri şunlardır⁴:

- Avrupa kurumları arasında sürdürülebilir güçlü ilişkileri sağlamak,
- Adil ve hızlı işleyen bir yargının oluşturulmasını teminine yönelik olarak üye yargı kurulları ile ilgili ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlardan bilgi toplamak ve bunların sahip oldukları deneyimleri bir araya getirmek suretiyle analizlerini yapıp sonuçlar çıkarmak,
- Yargı alanında bağımsız kurulların gelişmesine ve kurumsallaşmasına katkıda bulunmak,
- Yargı alanında kaliteli bir yönetim için iyi uygulama örnekleri geliştirmek,

AYKA misyonu çerçevesinde vizyonunu gerçekleştirmek ve hedeflerine ulaşmak için sorunlu alanlara ilişkin çalışma grupları oluşturmakta, çalışma grupları tarafından oluşturulan sonuç raporlarını Genel Kurul toplantısında değerlendirerek bu çalışmalara nihai halini verip kabul ederek üye ülkelere tavsiye olarak göndermektedir.

Kurulduğu günden bugüne kadar AYKA'nın üzerinde yargısal alanlarda çalıştığı konuları genel olarak şu şekilde gruplandırabiliriz:

- Yargının bağımsızlığı,
- Yargı kurulları,
- Yargı etiği,

³ http://www.encj.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=42&Itemid=223&lang=fr

⁴ http://www.encj.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=42&Itemid=223&lang=fr

- Hâkimlerin atanması ve terfisi,
- Hâkimlerin ücretleri,
- Yargı eğitimi,
- Savcılar,
- Yargı birimlerinde kalite yönetimi
- Dava yönetimi ve zamanlama
- Yargısal performans ve yönetimi
- Yargıya erişim
- Mahkemelerin mali yönetimi,
- Yargının şeffaflığı, hesap verilebilirliği ve medya ile ilişkileri
- Yargıya duyulan kamu güveni
- Karşılıklı güven

III. AYKA 2012 YARGI, TOPLUM VE MEDYA RAPORU⁵

35

1. Giriş

1. Avrupa yargı sistemlerinin tümü yargı ve medya ilişkileri konusunda benzeri zorluk ve sıkıntılarla karşı karşıya bulduklarından, “yargı, toplum ve medya” konusu AYKA’nın özel olarak üzerinde durduğu bir konudur. Avrupa yargısı, şeffaf olmamakla, çağdışı ve dar görüşlü bulunmakla eleştirilmektedir. Yargı, toplum tarafından çeşitli eleştirilere maruz kalmasına karşın, kamuoyunda yapılan tartışmalara, kendi görüş ve düşüncelerini iletebilecek bir sese sahip olmadığından dolayı, aktif olarak katılamamaktadır. Çünkü genel inanç ve kabul, yargının yalnızca kararları aracılığı ile konuşup iletişim kurması gerektiği yönündedir. Özellikle medyanın toplumu yanlış bilgilendirdiği durumlar göz önüne alındığında bu kabul halen geçerliliğini devam ettirip ettirmediği kafalarda bir soru işaretidir. AYKA çalışma grubu tarafından hazırlanan bu raporda, kafalardaki bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir. Zira toplumun yargının işleyişi ve yargı sistemi konusunda doğru bilgilendirilme hakkı vardır.

⁵ Raporun asıl metnine bu bağlantıdan ulaşabilirsiniz: http://www.encj.eu/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=21&Itemid=25&lang=fr

2. Proje ekibi yargı ile toplum arasındaki mesafenin nasıl kısaltılacağı ve bunun için ne gibi önlemler alınabileceği ile birlikte medya ve yargı arasındaki ilişki ve işbirliğinin nasıl iyileştirilip geliştirilebileceğini incelemeye çalışmıştır. Proje ekibi tarafından hazırlanan bu raporda ayrıca, yargı ve medya arasında doğru ve sağlıklı bir bilgi alışverişinin nasıl oluşturulacağı ve medyada yer alan bilgilerin gerçeğe uygunluğunun hangi metotlarla garanti altına alınabileceği, bunun yollarının var olup olmadığı da incelenmiştir. Yargı, toplum nezdinde kendine ait imajı iyileştirme, kötü yönlerini giderme konusunda herhangi bir şey yapabilir mi? Bu soruya da bu rapor kapsamında cevap aranmıştır.

3. Bu raporda yargı ve medya ilişkileri konusunda AYKA'nın bakış açısı yansıtılmaya çalışılacak ve buna ek olarak toplumda yer alan adalet algısının ve anlayışının iyileştirilmesi ve insanlar için daha saydam bir yargı sisteminin nasıl ve ne şekilde oluşturulması gerektiğine yönelik önerilere yer verilecektir. Bunun sağlanması için yargının, kendisine ait ileriye dönük bir yargı-medya ilişkisi yaklaşımına sahip olması gerekmektedir. Yargı sistemleri, kendi içinde oluşturacakları bir sistem ve işleyiş tarzı sayesinde medya ile daha iyi ilişkiler kurabilir ve yargı ile toplum arasında varlığı hissedilen mesafenin kısaltılmasına yardımcı olabilirler.

Raporun hazırlanması sürecinde kullanılan yöntemler ve yapılan faaliyetler şu şekildedir :

- Çalışma grubu toplantılarına temsilci göndererek katılan Yargı Kurulları ile diğer üye ve gözlemci Yargı Kurullarından bilgi toplanması,
- Yargı sisteminde önemli bir yeri olan Baro temsilcileri ile akademi dünyasından temsilcilerin katıldığı yuvarlak masa toplantıları yapılması,
- Toplanan belge ve bilgilerin proje ekibi tarafından taslak belge haline getirilmesi ve diğer katılımcılar ile paylaşılarak zenginleştirilmesi,
- AYKA Yürütme Kurulunda, hazırlanan taslak belgelerin analiz edilmesi,
- Çalışma grubu üyeleri ile toplantılar yapılması ve
- AYKA Genel Kurulu tarafından, hazırlanan raporun onayı/kabulü.

Bu rapor, çalışma grubu üyelerinin katılımı ile gerçekleşen Lahey toplantısı sonrasında (15-16 Eylül 2011) üzerinde anlaşılan ankete AYKA'ya üye ve

gözlemci olarak katılan Yargı Kurulları tarafından verilen yanıtlara ve derlenen yanıtlar üzerinde fikir alışverişinde bulunmak üzere Barselona'da (9 Aralık 2011), Lahey'de (9-10 Şubat 2012) ve Roma'da (19 Mart 2012) düzenlenen çalışma toplantılarından çıkan sonuç ve tartışmalara dayanmaktadır.

Bu raporun üzerinde durduğu konular şunlardır:

1. Yargı adına sözcülük yapan basın hâkimleri ve iletişim danışmanları,
2. Mahkemelerde ses ve görüntü kaydı ile sosyal medyanın kullanımı;
3. Mahkeme kararlarının internet üzerinden yayınlanması;
4. Yargı-medya ilişkilerini düzenleyen mevzuat hükümleri (yasa, yönetmelik, genelge, karar vs.);
5. Yargının ileriye dönük medya yaklaşımı.

Bu beş konunun her biri rapor içerisinde ayrı bölüm altında ele alınacaktır. Her başlık altında öncelikle, çalışma grubu toplantıları sırasında incelenen AYKA üyesi ve gözlemcisi Yargı Kurulları tarafından verilen cevaplar baz alınarak, yargı-medya ilişkileri konusunda Avrupa'daki mevcut durum ve gelişmeler gerçekçi bir yaklaşımla verilmeye çalışılacaktır. Sonrasında, ilgili başlık ile ilgili olarak örnek olabilecek iyi uygulamalara sahip yargı sistemlerinden misaller verilecek ve en sonunda konuya ilişkin AYKA'nın önerileri sunulacaktır.

2. Yargı Adına Sözcülük Yapacak Kişiler: Basın Hâkimleri ve İletişim Danışmanları

2.1. Avrupa'daki Mevcut Durum

Çalışma grubu tarafından hazırlanan ankete cevap veren birçok ülkenin, yargı adına konuşma rolü üstlenen bir çeşit sözcüsü bulunmaktadır. Bu sözcülerden bazıları hâkim sıfatına sahip iken, bazıları değildir. Ancak burada önemli olan husus yargı adına sözcülük yapacak konuşmacının seviyesini ve yasal niteliklerini belirlemek ve vurgulamaktır.

Verilen yanıtlar incelendiğinde yargı sözcülerinin nitelik ve düzeylerinin ülkeden ülkeye farklılık gösterdiği anlaşılmaktadır. Ülkelerde yer alan basın sözcülüğü sistemlerini aşağıdaki gibi kategorize etmek olanaklıdır:

1. Ulusal düzeyde yargı adına sözcülük yapan basın hâkimleri veya sözcüleri (Bunlara mahkeme başkanları, Yüksek Yargı Kurulları üyeleri ve hâkimleri de dâhildir.)
2. Bölgesel bazda sözcülük yapan hâkimler. (Bunlara bazı yargı bölgelerindeki üst düzey yargı birimleri de dâhildir.)
3. Daha alt seviyedeki veya yerel düzeyde yer alan yargı bölgeleri adına konuşan hâkimler.
4. Ulusal veya yerel bazda yargı sözcülüğü yapan, Adalet Bakanlığı, Mahkemeler İdaresi, Yüksek Yargı Kurulları, hükümet, kurum veya politik bir organa bağlı olan ancak hâkim sınıfından olmayan memurlar veya basın sözcüleri.
5. Hâkim sınıfından olmayan, verilen konular hakkında halka açıklamalarda bulunabilecek hâkimlere danışmanlık yapan ve onları bilgilendirme görevi bulunan iletişim danışmanları.

Bazı ülkelerde, basına ulusal ve bölgesel düzeyde açıklamalar yapan hâkimlerin olduğu; yine belirli bir sayıya ulaşan yerel mahkemeler adına açıklamalar yapan basın sözcülerinin bulunduğu görülmektedir. Bu ülkelerde yargı adına açıklama yapan basın sözcülerinin ve iletişim danışmanlarının görev ve sorumlulukları belirlenmemiş ve görev sınırları tam olarak tanımlanmamıştır.

Ulusal ve bölgesel düzeyde basın ile iletişim kurmak amacıyla basın hâkimleri bulduran ülkelere örnek olarak: Avusturya, Bulgaristan, Danimarka, İngiltere ve Galler, Macaristan, Hollanda, Polonya ve Romanya gösterilebilir

Anket çalışmalarına yanıt veren ülkeler arasında ulusal düzeyde yargı adına sözcülük yapacak basın hâkimi olmayan bazı ülkeler, bu konudaki isteklerini ve böyle bir kurumun oluşturulması noktasındaki görüşlerini dile getirmişlerdir (örneğin Belçika gibi). Buna ek olarak İtalya'da, yargı adına ülke çapında sözcülük yapan kişi bir hâkim olmayıp, Yüksek Yargı Kurulu'na bağlı olarak görev yapan bir memurdur.

Ulusal çapta yargı adına basın sözcülüğü yapma görevini hâkimler veya savcılar yerine basın sözcüleri ve basın danışmanlarına bırakan ülkeler de bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak İrlanda, Litvanya ve İskoçya verilebilir.

Ulusal ve bölgesel bazda yargı adına açıklama yapma görevini ne hâkimlere ne de basın sözcüsü ve danışmanlarına bırakmayıp, bu işi Cumhuriyet savcılarında yaptıran ülkeler de bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak Türkiye ve belirli bir oranda Belçika gösterilebilir.

Ulusal seviyede yargı adına açıklama yapabilecek basın sözcüsü bulunan ülkelerin birçoğunda, yerel düzeyde de basın sözcüleri bulunmaktadır. İtalya'nın yerel düzeyde görev yapan basın hâkimleri bulunmamakla birlikte, yerel düzeyde basın sözcüsünün olması gerektiğine yönelik isteklerini bildirmişlerdir.

İngiltere ve Galler'de ulusal düzeyde yargı adına basın sözcülüğü yapacak hâkimler bulunmamaktadır. Bunun sebebi ise bu ülkenin sahip olduğu yargı sisteminin doğasında bulunmaktadır. Zira Yargıtay, istinaf mahkemelerinin tamamı ve birçok yüksek mahkeme Londra'da bulunmaktadır. İngiltere ve Galler'in sahip olduğu yerel düzeydeki basın sözcüleri, yargı-medya ilişkileri açısından gerekli olan ihtiyaca cevap vermektedirler.

A. Basın Sözcülerinin Seçimi ve Eğitimi

Yapılan çalışmalar sırasında görüşlerine başvuru AYKA üyesi ve gözlemcisi olan ülke yargı sistemleri incelendiğinde, yargı adına açıklama yapan sözcülerin belirlenmesi ve eğitimi⁶ konusunda farklı birçok sistemin olduğu görülecektir. Verilen cevaplara göre ortaya çıkan görüş ve yaklaşımlar incelendiğinde aşağıdaki gibi bir gruplandırma yapılması olanaklıdır:

1. Yargı adına açıklama yapacak basın sözcüsü hâkimlerin seçimi kıdemli hâkim veya hâkimlere ait olmalıdır. Ulusal düzeyde sözcülük yapacak hâkimlerin

⁶ Hollanda'da, bütün basın sözcüsü yargıçlar yılda iki kez önceki altı aydaki deneyimlerini konuşmak üzere toplanırlar. Bu toplantılardaki konular, basında yer alan ve savunmanın hakkının ihlal edildiği, tanıkların ve diğer dava taraflarının özel yaşamlarının gizliliğinin ihlal edildiği haberler ve basın sözcülerinin bazı gazeteciler ile yaptıkları röportajlarda yaşanan olumlu veya olumsuz deneyimler oluşturmaktadır. Bu toplantılar basın hâkimleri arasında tecrübe paylaşımı için katılımcılara çok çeşitli fırsatlar sunmakta ve aynı zamanda yargı-medya ilişkilerinin geliştirilmesindeki standartların ve kuralların belirlenmesine olanak sağlamaktadır. Mahkemelerde ses ve görüntü kaydı yapılmasına ilişkin düzenlemeler veya belirlenen kuralları ihlal eden gazetecilerle başa çıkma konusundaki yaptırımların belirlenmesi ve uygulanmasında birlik sağlanmasına yönelik kurallar bunlara örnek verilebilir. Bu toplantılara her mahkemenin basın danışmanları da katılmaktadır. Bu toplantıların gündemini hazırlayan bir yönetim birimi bulunmaktadır. Bu birimin karar verme yetkisi yoktur. Basın hâkimlerinden oluşan kurulun, yargı-medya ilişkileri konusunda üzerinde görüş birliğine vardıkları yeni bir uygulama ve kural belirlendiğinde, ilgili yönetim birimi belirlenen bu kuralı, buna ihtiyaç duyan ve uygulayacak olan mahkeme başkanlarının temsilcilerine iletir.

seçiminde Yüksek Yargı Kurulları, bölgesel ve yerel seviyede sözcülük yapacak hâkimlerin belirlenmesinde ise Mahkeme Başkanları veya yerel kıdemli hâkimler rol almalıdır.

2. Basın hâkimlerine verilecek eğitim sınırlı olmalı ancak yılda en az bir kere, birkaç gün olacak şekilde ve gazetecilerle iletişimin sağlandığı ve bunlar tarafından eğitim verilecek tarzda toplantılar düzenlenmelidir⁷.

3. Fiilen görev yapmakta olan ve belirli bir niteliğe sahip bulunan hâkimlerin seçilmesi önemlidir. Yeterli niteliklere sahip bulunmayan veya emekli olmuş hâkimlerin yargı-medya ilişkilerinin sağlanmasında görev almasının zarar verici yönlerinin olacağı konusunda çalışmaya katılan üye temsilcilerinin kaygıları bulunmaktadır. Bu konuda en çok destek gören yaklaşım, herhangi bir maddi beklenti içinde olmayan ve gönüllülük esasına dayalı olarak basın sözcülüğü yapacak hâkimlerin belirlenmesine yönelik olan düşüncedir.

4. Basın sözcüsü hâkim, adlarına sözcülük yaptığı hâkimlerle aynı düzeyde olmalıdır. Basın sözcüsü hâkimin, hakkında konuşma yaptığı hüküm, karar ve olaylar ile ilgili olarak gerekli yasal bilgiye sahip olması önemlidir.

5. Polonya dışında, basın sözcüsü olarak görev yapan hâkimlere, yaptıkları bu görev nedeniyle ekstra bir para ödenmediği anlaşılmaktadır. Basın sözcüsü olan hâkimler, yargısal görevlerini icra ettikleri sırada, mesai saatleri içerisinde ayrıca yargı ve medya ilişkileri konuları ile ilgilenmektedirler. Basın sözcüsü olan hâkimlerin, belirli bazı durumlarda zaman ve emek gerektiren görevlerini yerine getirebilmesi için, kendilerine gerekli zamanın verilmesi ve bunların desteklenmeleri önemlidir.

B. Basın Sözcüsü Hâkimin Görevleri ve Bu Görevin Kapsamı.

Basın sözcüsü olan bir hâkimin temel görevi ve amacı basına verilen bilgilerin denetimini yapmak ve yargısal kararlar ile kararlar öncesinde ve sonrasındaki yasal süreçler hakkında basını bilgilendirmek ve basına açıklama yapmaktır.

⁷ İngiltere ve Galler'de, basın sözcüsü olarak görev yapan hâkimler bir medya danışmanı tarafından eğitilmektedir. Bu eğitim yıllık olarak yenilenir. Bu eğitimin bir günü ulusal bir televizyon ve radyo istasyonunda geçer. Hâkimlere bir senaryo verilir ve bu senaryo doğrultusunda açıklamalar yapması söylenir ve yapılan açıklamalar kayıt edilir. Kayıt edilen açıklamalar tekrar oynatılır ve incelenir. Bu eğitim sırasında farklı görüşme ve röportaj yöntemleri kullanılır. Örneğin, baştan sona röportaj, kısa bilgilendirme röportajı ve klasik stüdyo röportajı.

Bazı ülkelerde basın sözcüsü olan hâkimler belirli davalar ve kararlar hakkında açıklama yapabilirler. Buna karşın bazı ülkelerde ise bir hâkimin, diğer bir hâkimin kararları hakkında kamuoyuna açıklama yapması yasaktır. Bunun tek istisnası temyiz aşamasında olan veya temyiz aşaması devam eden mahkeme kararlarıdır.

Ulusal düzeyde görev yapan basın sözcüsü hâkimlerin görevi yürürlükte olan yasaları, bu yasaların etkilerini ve sonuçlarını kamuoyu ile paylaşmayı kapsayabilir. Basın sözcüsü olan hâkimler yasama kararlarının muhtemel sonuçlarının altını çizebilirlerse de, yasaları, yasama organı tarafından kabul edilen ya da oluşturulan kanunları eleştirmek basın sözcüsü hâkimlerin görevleri arasında görülmemektedir.

Yerel düzeyde görev yapan basın sözcüsü hâkimlerin rolü önemlidir. Bu önemin nedeni basın hâkimlerinin medya ve basın ile ilişkileri ve bunlar için bir bilgi merkezi olmasından kaynaklanmaktadır.

Yerel düzeyde görev yapan basın hâkimlerinin görevi ceza mahkemelerinde verilen cezalar ve hükümler gibi, yerel mahkeme tarafından verilen kararlara değinmeyi ve bunları açıklamalarına referans yapmayı kapsamaktadır. Ancak basın hâkimi, kararları referans alarak yaptığı açıklamalarda sadece kararlar üzerinde açıklama yapmakla yetinmeli, kararı eleştiren tarzda davranış ve sözlerden kaçınmalıdır. Bütün davalarda basın sözcüsü olarak görev yapan hâkimlerden beklenen şey, yaptıkları açıklamalarda, hakkında açıklamada buldukları kararları, kararı veren hâkimin kelimeleri ve gerekçeleri ile açıklamaları, bunun dışında kendi yorum ve düşüncelerini katmamalarıdır. Yani yapılması gereken şey sadece verilen kararı tekrar etmekten ibaret olmalıdır. Bu durum, kararın dayanağını oluşturan yasal mevzuat hakkında açıklama yapılmasına engel değildir.

Gerek ulusal ve gerekse yerel düzeyde yetkili olan basın sözcüsü hâkimlerinin görevi, basını ve dolayısıyla toplumu bilgilendirmek ve en temel düzeyde gerekli açıklamalarda bulunmak olarak görülmektedir. Bu konular ceza davalarında suçsuzluk karinesini ve diğer tüm davalarda kanıtlama yükümlülüğünü ve kanıtların niteliğini kapsamaktadır. Basın sözcüsü hâkimin diğer bazı görevleri ise hâkimlerin yargılama sürecindeki görev ve fonksiyonları hakkında halka açıklamalarda bulunmak; yargı sisteminde yer alan mahkemelerin hiyerarşisi ile görev ve yetkileri konusunda halkı bilgilendirmek; farklı yargılama şekilleri ile bu yargılama usullerindeki mahkemelerin konum ve fonksiyonları hususlarında

izahatta bulunmak; bunlara ek olarak tanık veya jüri üyesi olarak ya da halk arasından seçilen hâkimlerin (profesyonel hâkim sınıfından olmayan ancak yargılama faaliyetine katılan kişilerin) katıldığı yargılama işlemleri, yargılama usulleri ve duruşma listeleri hakkında gerektiğinde halkı bilgilendirmek olarak belirtilebilir.

2.2. Tavsiyeler

1. Bütün ülkeler kendi sistemleri içerisinde, ülkenin yargı sistemi ve bu sistemin işleyişi konusunda kapsamlı bilgi sahibi olan, toplumu nasıl ve ne şekilde bilgilendireceğini bilen, sosyal becerileri bulunan ve medya alanında bilgi sahibi olan hâkimler arasından belirlenecek basın sözcüsü ile iletişim danışmanlarından oluşturulmuş bir “*yargı sözcüsü*” sistemini geliştirmeli ve kullanmalıdır.

2. Basın sözcüsü olarak görev yapan hâkimler ve iletişim danışmanları yerel (bazı ülkelerde bölgesel) düzeyde olduğu kadar ulusal seviyede de etkin olmalıdır. Basın sözcüsü olarak görev yapan hâkimler, basın açıklamasının yapılacağı yargı çevresindeki mahkemelerde görev yapan hâkimler içerisinde seçilmelidir/belirlenmelidir.

3. Basın sözcüsü olarak görev yapan hâkimler çalıştıkları bölge veya mahkemenin Başkanı tarafından atanmalıdır. Basın sözcüsü hâkim, kendisini atayan hâkime karşı sorumlu olmalıdır.

4. Basın sözcüsü hâkimin görev ve fonksiyonlarını belirleyen ve bunların temel hatlarını düzenleyen bir mevzuat (yasa, tüzük, yönetmelik, Kurul kararı vb. gibi) bulunmalıdır. Bu düzenleme içerisinde, basın sözcüsü olan hâkimin kimin talimatı ile harekete geçeceği, hareket tarzının nasıl ve ne şekilde olacağına dair ait kurallar bulunmalıdır. Yine bu düzenleme içerisinde basın sözcüsü hâkim ile basın sözcülerinin ve iletişim danışmanlarının ilişkilerinin nasıl ve ne şekilde olacağı ana hatları ile tanımlanmalıdır. İlgili düzenleme ulusal basın mevzuatını, ulusal yargı etiği kodlarını da içermeli ve bunları göz önüne almalıdır.

5. Basın sözcüsü hâkime, yaptığı işin gereklerine uygun şekilde eğitim verilmelidir. Ayrıca basın sözcüsü hâkime görevinde yardımcı olacak basın görevlileri ve iletişim uzmanlarının desteği sağlanmalıdır.

6. Basın sözcüsü hâkimlerin aşağıdaki görev ve sorumluluklara sahip olması önerilmektedir:

- a.Yasalar ve usulî işlemler konusunda basını bilgilendirmek ve basına yol göstermek;
- b.Yargı kararlarının doğası ve etkileri konusunda toplumu bilgilendirmek ve eğitmek (bu eğitim anayasa ve maddi hukukun temel ilkeleri konusunda halka temel bilgiler vermeyi de içermelidir);
- c.Yargısal alandaki şeffaflığı geliştirerek yargıya olan güveni arttırmak ve yargı ve mahkeme sistemine dair toplumsal algıya olumlu katkı sağlamak;
- d.Basın sözcüleri ve iletişim danışmanları ile birlikte çalışmak; onların iş ve eylemlerini denetlemek ve ayrıca basın ve medya ile olan ilişkilerini denetlemek.
- e.İnternet siteleri ve sosyal medya aracılığıyla medya ile iletişime geçmek ve bunları takip etmek.
- f.Uygun akademik kurumlar, uzmanlar, profesyonel organlar ve medya ile ilişkileri geliştirmek.

3. Mahkeme Salonlarında Ses, Görüntü Kaydı ve Sosyal Medyanın Kullanımı

3.1. AVRUPA'DAKİ MEVCUT DURUM

A. Mahkeme Salonlarında Ses ve Görüntü Kaydı

Avrupa ülkelerinde mahkeme salonlarında sesli ve görüntülü kayıt yapılması konusu incelendiğinde, yasal sistemlerin ve buna ilişkin yargısal kültürün büyük oranda değişiklikler gösterdiği görülmektedir.

Avusturya, Bulgaristan, İngiltere ve Galler, İrlanda ve Türkiye gibi bazı ülkelerde mahkeme salonlarında özel amaçlı ses ve görüntü kaydı yapmak, mahkeme salonlarından canlı yayın yapmak tamamen veya kısmen yasaktır. Avusturya'da ise sadece mahkeme içerisinde değil mahkeme dışından dahi canlı yayın yapılması olanaklı değildir. Fakat mahkeme başkanı bu yayınların yapılması konusunda özel olarak izin verme yetkisine sahiptir.

Litvanya'da mahkeme salonlarında ses ve görüntü kaydı yapılması kural olarak yasaktır. Fakat davanın tarafları kendi kullanımları için duruşmada kayıt yapabilirler. İngiltere'de Yüksek Mahkeme kendi çalışmalarını yayınlamasına olanak sağlayacak imkânlara sahiptir, Mahkeme dışında başka bir yayın organı

tarafından bu yayın yapılamaz. Belçika, Danimarka, Portekiz, Polonya, Macaristan ve Norveç gibi diğer ülkelerde mahkeme süreçlerinin sesli ve görüntülü olarak kaydedilmesine izin verilmemektedir. Fakat mahkeme başkanları bu konularda istisnai olarak kayıt izni verebilmektedirler. Özellikle kamuoyu tarafından ilgi duyulan davalarda zaman zaman kayıt yapılmasına izin verilmektedir.

Bazı ülkelerde ceza mahkemeleri ile hukuk mahkemelerinde uygulanan ses ve görüntü kaydına ilişkin kurallar birbirinden farklılık gösterebilmektedir. Ceza davalarında kayıt yapılması birçok ülkede mümkünken bunun bazı istisnaları vardır. Norveç'te, genel olarak hukuk davalarında kayıt yapılmasına izin verilmekte ve fakat ceza davalarında buna izin verilmemektedir.

Yine bazı ülkelerde belirli oranlarda mahkeme salonlarında ses ve görüntü kaydına izin verilmektedir. Örneğin İtalya, Hollanda, Romanya ve İspanyada durum böyledir. Bu limitler duruşmanın aşamasına ve ceza davasının türüne göre farklılık göstermektedir.

Hollanda'da, duruşmaların başlangıcında, suçlamaların okunduğu bölümler ile kapanış duruşmasında ve hüküm açıklanması aşamasında mahkeme içerisinde kayıt yapılmasına izin verilmektedir. Bunların dışında kalan mahkeme süreçlerinde sesli veya görüntülü kayıt yapılması mahkeme hâkiminin (veya başkanının) vereceği karara bağlıdır.

Romanya'da mahkeme dışından sesli ve görüntülü yayın yapılmasına izin verilmektedir. Yine bu ülkede duruşmaların başlangıç kısmında kayıt yapılmasına izin verilmektedir.

İspanya'da televizyon kanalları 25 yıldır duruşma salonlarından yayın yapabilmektedir. Ancak bazı davalarda yayın yapılmasına sınırlı olarak ve mahkeme başkanı tarafından duruşmaların yalnızca ilk 10-15 dakikasını kapsayacak şekilde izin verilmektedir. Çocukların, cinsel suç kurbanlarının ve koruma altında bulunan tanıkların beyanlarının yayınlanmasına izin verilmemektedir.

İsveç'te genel olarak kamuya açık olan celselerde kayıt yapılmasına izin verilmektedir, ancak belirli düzenlemelerin olmadığı durumlarda kayıt yapmak yasaktır.

İtalya'da Yüksek Mahkeme'de görülen davalar radyo yayınları vasıtasıyla kamuoyuyla paylaşılmaktadır. Ülke genelinde mahkemelerdeki kayıtlar bazı istisnalar haricinde medya organları tarafından yerine getirilmektedir.

Mahkeme salonlarından canlı yayın yapılması Belçika, Danimarka, Litvanya, Norveç, Polonya ve İspanya gibi ülkelerde mümkündür. Ancak bunların bazılarında kişisel bilgilerin yayınlanmasına (örneğin sanık isimleri gibi) izin verilmemektedir. Bu tür davalarda yayınlar düzeltilerek ve gecikmeli olarak yapılmaktadır. Canlı olarak sesli ve görüntülü yayın yapılmasına izin verilen durumlarda, bu yayınlar genellikle medya tarafından yapılmaktadır, fakat bunun bir kısım istisnaları bulunmaktadır. Birçok ülkede yargının kendisine ait mahkeme duruşmalarını kayıt etmekte kullandığı kayıt sistemi bulunmaktadır. İspanya Yüksek Mahkemesi ve İngiltere Yüksek Mahkemesi, kendi duruşmalarında yer alan kayıtları kendileri tutmaktadır⁸. Bu işlem aynı zamanda kaynak ve yetkinlik sorununu içermektedir. Birçok ülke açısından bu tür bir durumu yönetmek parasal ve idari açıdan olanaklı görülmemektedir.

B. Cep Telefonları

Cep telefonlarının mahkeme salonlarında kullanılmasına ilişkin olarak çalışmaya katılan ülke temsilcilerinin ankete verdikleri cevaplar incelendiğinde, mahkeme salonlarında cep telefonu kullanımı konusunda (eğer izin verilmekte ise) medya temsilcileri ile toplumun diğer bireyleri arasında herhangi bir ayrımın yapılmadığı görülmektedir. Avrupa ülkelerinin çoğunda cep telefonlarının mahkeme salonlarında kullanımı belli dereceye kadar yasaklanmıştır. Bulgaristan, Danimarka, İngiltere, Macaristan, İrlanda, Norveç, Portekiz, Romanya ve Türkiye’de cep telefonlarının mahkeme salonlarında kullanılmasına izin verilmemektedir.

Bulgaristan, Romanya, İspanya ve Portekiz’de cep telefonlarının mahkeme salonlarında kullanımı tamamen yasaktır.

Norveç’te cep telefonlarının mahkeme salonlarında kullanılıp kullanılmamasına ilişkin herhangi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, duruşmanın huzurunu bozacak öğeleri yasaklayan, mahkemenin ciddiyeti ve itibarını korumayı amaçlayan ve duruşma işlemlerinin sağlıklı şekilde yürümesini

⁸ İngiltere Yüksek mahkemesi tarafından, yaptığı duruşmalar canlı olarak televizyonda yayınlanmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme tarafından verilen bütün kararlar ve yapılan tüm işlemler aynı anda yayınlanmaktadır. Yüksek Mahkeme’nin görevi, yalnızca ulusal ve anayasal önem taşıyan davalara bakmaktadır. Bu tür yargılamalar sırasında çok az miktarda doğaçlama vardır. Bu nedenle yüksek derecede editörlük gerektirecek bir durum yoktur ve bundan dolayı izlenme oranları çok düşüktür.

engelleyen faaliyetleri yasaklayan genel kurallar, cep telefonlarının kullanımı hususunda da uygulanmaktadır.

Danimarka'da duruşma salonlarına cep telefonlarının getirilmesi yasak değildir. Ancak hâkim, cep telefonunun duruşma salonunda kullanıldığını fark ederse, cep telefonu kullanmamasını kişiye emredebilir. Benzer bir durum Belçika ve Avusturya için de geçerlidir.

Türkiye'de duruşma işlemlerini etkileyecek eylemler yapıldığı takdirde hâkim tarafından ilgili kişi uyarılır. Cep telefonu kullanımı da bu kapsamda, duruşmanın düzenini bozacak fiiller arasında değerlendirilmektedir. Türkiye'de uyarıya rağmen cep telefonu kullanımına devam edilmesi durumunda kişi, duruşma salonundan çıkarılabilmektedir.

İngiltere'de mahkemelerde cep telefonu kullanılması bir suçtur.

İrlanda'da ise, cep telefonu kullanımı mahkemeye saygısızlık olarak değerlendirilmekte ise de, cep telefonu kullanımı konusunda herhangi bir yasak bulunmamaktadır.

46

Avusturya, İrlanda ve Slovenya gibi ülkelerde duruşma sırasındaki işlemleri kontrol yetkisi bireysel olarak yargıca ait iken, örneğin İspanya'da, böyle bir uygulama mahkeme başkanının emri ile düzenlenmektedir.

Macaristan, İtalya, Litvanya ve Hollanda'da cep telefonlarının mahkeme salonlarında kullanımı yasak değildir.

Macaristan'da mahkeme salonlarında cep telefonu kullanımı genel olarak yasak olmamasına karşın, cep telefonunun fotoğraf çekme, sesli ve görüntülü kayıt yapmak amacıyla kullanılması (gelişen teknoloji sayesinde çok çeşitli fonksiyonlara sahip akıllı telefonların bu amaçla kullanımı) ve bunun duruşmanın gidişatını olumsuz yönde etkilemesi halinde mahkeme hâkimi tarafından cep telefonunun mahkeme salonunda kullanımı yasaklanabilir. Bununla birlikte internet erişimi olan dizüstü bilgisayarlar gibi harici iletişim araçlarının Macaristan'da mahkeme salonlarında kullanımı yasak değildir.

İtalya'da mahkeme salonlarında cep telefonu kullanımına izin verilmektedir. Bununla birlikte kişinin mahkemenin işleyişini olumsuz etkilediği düşünülmekte ise mahkeme hâkimi tarafından duruşmadan çıkarılması emredilebilir.

Litvanya'da duruşmanın taraflarınca ses kaydı amaçlı olarak cep telefonu kullanımı mümkündür. Ancak görüntü kaydına izin verilmemektedir. Yani cep telefonunun gerek gazeteciler ve gerekse diğer bireyler tarafından e-postaya erişim, sosyal medyanın kullanımı gibi amaçlarla mahkeme salonlarında kullanımı konusunda herhangi bir sınırlama olmadığı sonucuna varılabilir.

Son olarak Hollanda'da cep telefonlarının mahkeme salonlarında kullanımına izin verilmektedir. Cep telefonları ile fotoğraf çekimi yapılmasına ise izin verilmemektedir. Cep telefonları ile fotoğraf çekimi yapıldığının tespit edilmesi halinde ise, bu telefonlara el konularak içlerinde yer alan fotoğrafların ortadan kaldırılmasına olanak veren koruma tedbirleri uygulanmaktadır. Hollanda'da bu kuralın istisnaların bulunduğu unutulmamalıdır. Örneğin Rotterdam ve Amsterdam'da yer alan üst derece güvenli mahkeme salonlarında cep telefonlarının kullanımı yasaktır.

Avrupa ülkelerinin birçoğunda, duruşma salonlarında twitter ve facebook gibi sosyal medya araçlarının kullanımını düzenleyen özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 2011 yılında İngiltere Başyargıcı tarafından, bu tür kullanımlar konusunda gazetecilere izin veren bir kılavuz yayınlanmıştır. Sonuç olarak, gazetecilerin mahkemelerde tweet atmak, e-posta veya metin yazmak için mahkemelerden özel bir izin almalarına gerek yoktur.

Duruşma salonlarından cep telefonları aracılığıyla gerek gazeteciler ve gerekse toplumun diğer bireyleri tarafından gerçek zamanlı yayın yapılması, duruşma salonlarına gelen ziyaretçilerin duruşma salonlarında iletişim kurmak, sosyal medya birimlerine ve internete bağlantı yapmak amacıyla cep telefonu kullanımı giderek artmaktadır ve bu durum birçok ülke açısından çeşitli zorlukları beraberinde getirmektedir.

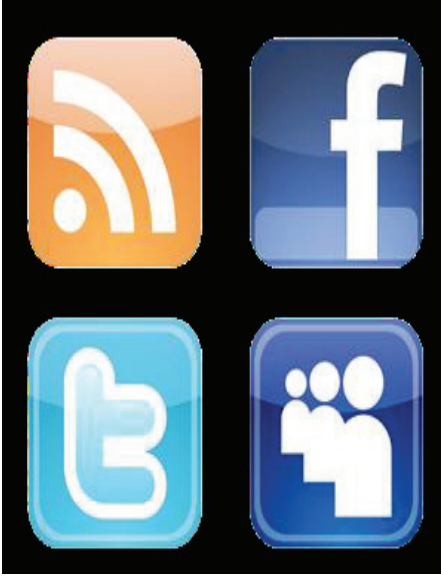
Mahkeme salonlarında duruşmalar sırasında cep telefonları kullanılarak canlı yayın yapılması jüri üyelerini, tanıklar ve sanığın haklarını ihlal edebilmektedir.

Birçok ülkede gazetecilerin kişisel dizüstü bilgisayarları ile mahkeme salonlarına girmelerine izin verilmektedir. Danimarka, Avusturya, İtalya, Hollanda, Romanya ve Türkiye gibi ülkelerde cep telefonları ile duruşma salonlarına girilmesine izin verilmekte, ancak duruşma aşamasında cep telefonunun kayıt yapma, görüşme yapma, fotoğraf çekme ve diğer amaçlar için kullanımına izin verilmemektedir. Bu durum gazeteciler ve diğer bireyler için aynı oranda geçerlidir. Hangi hallerde

cep telefonu kullanımının mahkemenin düzen ve intizamını bozacağına dair özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bunun tespiti ve buna bağlı olarak uygulanacak yaptırımın zamanı hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkimler genel olarak mahkeme sürecinde bulunan kişilerden cep telefonlarını kullanmamalarını rica etmektedirler.

Danimarka ve Norveç'te yazılı basın temsilcileri bilgisayarlarını kullanarak, gerçek zamanlı olarak yazılı raporlar hazırlamakta ve bunların gönderimini sağlayarak bir tür canlı yayın yapabilmektedirler.

C. Yargı Tarafından Sosyal Medyanın Kullanımı



Sosyal medya araçları yargı sistemine/ birimlerine, toplumda yargının saydamlığını artıracak, toplumla bireyleri ile yargı sistemi arasındaki ilişki ve işbirliğini artıracak yeni yol ve yöntemler sunmaktadır. Toplum tarafından sosyal medya araçları, geleneksel medya kullanımından farklı şekillerde ve amaçlar için kullanılmaktadır. Bu durum geleneksel iletişim taktik ve stratejilerinin güncelliklerini yitirdikleri anlamına gelmektedir. Sosyal medyanın temel amacı, kullanıcıların bilgiye ve kişilere

erişilebilirliklerini temin etmek; çeşitli şekillerde ortaya çıkan kişisel veri yayınlarını en üst seviyeye çıkarmaktır. Sosyal medya araçları çeşitli biçimlerde bulunabilir: toplumsal ve mesleki ağlar (facebook, linkedin vs.) elektronik günlükler (bloglar vs.), mikro-günlükler (twitter vs.), elektronik ansiklopediler (wikipedia vs.) toplumsal yer imleçleri (digg vs.), video görüntü paylaşımları (youtube vs.), çevrim için tartışma grupları gibi.

Sosyal medya araçları ve mahkemelerin (yargı birimlerinin) birbirleri ile karşılaştırılmaları sonucunda bazı yönleri ile birbirlerinden farklı oldukları görülecektir:

1. Sosyal medya araçları çok merkezli ve çok yönlü iken, kurumsal yapıya sahip mahkemeler tek yönlüdür ve tek merkezlidir.
2. Sosyal medya araçları kişisel ve samimi iken, mahkemeler otoriter ve bağımsızdır.
3. Sosyal medya araçları çok çeşitli araçlara sahip iken (video, fotoğraf, ses ve metin iç içedir), mahkemeler büyük oranda metne dayalıdır.

Bazı ülkelerde yargı birimleri tarafından sosyal medya araçları kullanılmaya başlanmıştır. Danimarka ve Norveç'te bazı mahkemeler facebook ve twitter kullanmaya başlamışlardır. Norveç'te meydana gelen terör saldırısına ilişkin olarak Oslo Bölge Mahkemesi, terör davası konusunda uluslararası basını bilgilendirmek için sosyal basını çok yönlü ve yararlı şekilde kullanmıştır. Yine Litvanya, Norveç ve İspanya gibi ülkelerde yargı kurulları ve mahkemelerin idaresinden sorumlu birimler sosyal medyayı kullanmaya başlamış durumdadırlar.

Norveç Mahkemeler İdaresi facebook, twitter, flickr gibi sosyal medya organlarını kullanmaya başlamış ve sosyal medyanın kullanımı konusunda anahatları belirleyen düzenlemeler yapmıştır. Twitter hesabı yargı ile ilgili haberi verme, basın açıklamaları hakkında takipçilerini bilgilendirme, medyanın ilgi odağındaki davalar konusunda üyeleri ile pratik bilgiler paylaşmak ve mahkemeler ve mahkeme süreçleri ile ilgili verileri paylaşmak için kullanılmaktadır. Norveç Mahkemeler Yönetimi ve bazı mahkemeler twitter hesaplarını asıl hedefleri olan medya ve hukuk sektörü ile iletişim kurmak için kullanmakla birlikte genel olarak toplum ile iletişim kurmak için de kullanılmaktadırlar. Twitter'da paylaşılan yazı ve bilgiler Norveç Mahkemeler yönetimi takipçileri tarafından da kendi takipçileri ile paylaşılmaktadır. Sosyal medya araçları Norveç Mahkemeler İdaresi tarafından yargıyı ilgilendiren konularda ileriye yönelik olarak belirli konularda tanıtım ve bilgilendirme yapmak ve tam olarak anlaşılammış bazı konularda topluma kılavuzluk etmek amaçlı olarak da kullanılmaktadır. Norveç Mahkemeler İdaresi kamuoyunun yargıya olan güvenini arttırmak amacıyla medyanın yapacağı haberleri görselleştirmekte kullanabileceği fotoğraflar da yayınlamaktadır. Norveç Mahkemeler İdaresi tarafından basına demeç veren ve yargı mensubu olan kişilerin fotoğraflarını da zaman zaman sosyal medya aracılığıyla yayınlamaktadır. Bu konuya ilişkin olarak ilginç bir örnek vermek gerekirse, hâkimler tarafından verilen ve toplum tarafından anlaşılammayan uygulamalar hakkında bir hâkim

tarafından oluşturulan “Dommerbloggen” (hâkim günlüğü/bloğu)’na kişiler yorum yazabilmekte ve ilgili hâkim tarafından sık sık işlerin nasıl işlediğine dair teknik yanıtlar verilmektedir. Sürdürülmesi ve takibi zor olsa ve zaman alsa da, sosyal medyanın etkin şekilde yargı tarafından kullanımı yargı konusunda bilinenlere katkı sağlayacaktır.

Sosyal medyanın bireysel olarak hâkimler ve mahkeme çalışanları tarafından özel yaşamlarında kullanımı birçok ülkede oldukça yaygınlaşmış durumdadır. Konuşma ve iletişim kurma özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek bu tür kullanımların kişilerin özel yaşamlarını ilgilendirmesi nedeniyle yasaklanması düşünülemez. Bununla birlikte hâkimlerin ve mahkeme çalışanlarının yargı sisteminde ve işleyişinde üstlendikleri rollerin önemi gözönüne alındığında, doğal olarak yazıların içeriklerinin sınırlanmasını sonuçlamaktadır.

3.2. Tavsiyeler

A. Mahkeme Salonlarında Ses ve Görüntü Kaydı

Avrupa ülkelerinin hukuk sistemleri ve yargı kültürleri arasındaki farklılıklar dikkate alındığında, mahkeme salonlarında ses ve görüntü kaydı yapılmasına ilişkin ortak bir bakış açısına sahip olunduğunu söylemek olanaklı değildir. Avrupada bazı ülkelerde bu tür kayıtların yapılması tamamen yasak olmasına karşın, bazılarında ise temel olarak bu tür kayıtlara izin verilmektedir. Ancak, bu konularda Avrupa yargı sisteminde yer alan boşluğun daraltılması arzulanmaktadır.

1. Ses ve görüntü kaydı yapılmasına izin verildiği durumlarda hâkim dışında kalan ve yargılama aşamasında yer alan savunma makamının, tanıkların, meslektan olmayan hâkimlerin ve jüri üyelerinin korunmasını sağlayacak özel önlemler alınmalıdır. Bazı ülkelerde bu kişilerin ses ve görüntü kaydının alınmasını önleyen genel bir uygulama vardır. Eğer bu konularda istisnalar getirilecekse, ilgililerin rızalarının alınması önemlidir. İlgili kişiler izin verseler dahi, mahkeme hâkimi tarafından böyle bir kaydın/yayının uygun olup olmadığı hususu olayın özellikleri gözönüne alınarak bağımsız bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

2. Yasaların video kaydı yapılmasına izin verdiği durumlarda hâkimler, savcılar ve avukat gibi tarafların istekli olup olmamaları önemli değildir. Ancak mahkeme hâkimi tarafından kayıt konusunda karar verilmeden bu kişilerin görüşlerinin alınması iyi bir uygulama olacaktır. Yasal olarak video kaydı yapılmasına izin

verilmesine rağmen hâkim tarafından kayıt yapılması uygun bulunmuyor ise, bu kararın yasal dayanaklarının açıklanması gerekir.

3. Kayıt yapılmasına prensip olarak izin verildiği durumlarda, mahkeme tarafından istisnalar getirildiği hallerde, mahkemece karar verilmeden önce medya temsilcilerinin görüşlerinin alınması iyi bir uygulama olacaktır.

4. Ses ve görüntü kaydı yapılmasına izin verildiği durumlarda uzaktan kayıt yapabilen kameraların kullanılması ve bunların sayısının az olmasına dikkat edilerek uzak noktalara yerleştirilmesi önerilmektedir.

5. Kamuoyu tarafından yakından takip edilen davalar ile ilgili olarak, mahkeme süreçlerine ilişkin sesli ve görüntülü kayıt yapılıp yapılmayacağına ilişkin hususlar, duruşma başlamadan önce çözülmelidir. Mahkeme başkanı buna ilişkin kararını vermeden önce medya temsilcileri ile bir toplantı yaparak karşılıklı görüş alışverişinde bulunabilir. Kayda izin verileceği durumlarda yayın aracının yeri, duruşmaların hangi bölümlerinin kayıt edilebileceği, kullanılacak kamera sayısı, kameraların yerlerinin neresi olacağı gibi hususlar da yine bu tür toplantılarda görüşülüp kararlaştırılmalıdır.

6. Mahkemesalonlarında canlı yayın yapılmasına genel olarak izin verilmemelidir. Yapılacak ise tercihen gecikmeli veya kontrol sistemi ile yapılmalıdır. Böylelikle uygun olmayan bilgiler yayınlanmadan önce süzgeçten geçirilerek kesilebilir.

7. Her ülkede, mahkeme salonlarında ses ve görüntü kaydı yapılması konusunda kapsamlı ve sınırları kesin olarak belirlenmiş düzenlemeler bulunması arzu edilmektedir.

8. Bazı sorunlar yine hâkimin yapacağı değerlendirme sonucunda vereceği karar ile çözümlenmelidir. Kamuoyu tarafından ilgi duyulan ve takip edilen davalara ilişkin en iyi çözüm yolu bu olabilir.

B. Cep Telefonları

9. Mahkeme salonlarına cep telefonu ile girilmesine izin verildiği durumlarda, cep telefonunun mahkeme işleyişine en az derecede zarar vermesini sağlamak için kapalı ya da sessiz konumda bulundurulması temin edilmelidir. Buna ek olarak akıllı telefonlar ile diğer iletişim araçları hakkında kesin hatlar içeren düzenlemelerin ortaya konmasındaki gereklilik açıktır. Bu düzenlemeler ile

ihlallerle nasıl başa çıkılacağı ve yargı yetkisi kullanan kişilerin hangi tür yaptırımları nasıl uygulayacakları tespit edilmelidir.

C. Sosyal Medya

10. Sosyal medya araçları, yargı organları ve mahkemeler tarafından iletişim kurmak amacı ile kullanılabilir. Sosyal medya araçlarının her biri için, hedef gruplarının kimlerden oluştuğunu ve amaçlarının ne olduğunu içeren stratejilerin geliştirilmesi önerilmektedir. Geliştirilecek stratejiler; her sosyal medya aracı için hedef kitlesinin ve amacının ne olduğu, sosyal medyanın kim tarafından takip edileceği ve bu işlemin kimin sorumluluğu altında ve nasıl gerçekleştirileceği gibi hususları içermelidir. Hazırlanacak strateji içerisinde sosyal medyanın ileriye yönelik olarak etkin şekilde toplumu yönlendirmek için nasıl kullanılacağı konusu da yer almalıdır. Toplumu doğru şekilde yönlendirme işi; beğenilen makale ve sayfalara ulaşımı sağlayacak bağlantılar kurarak, fotoğraf ve video albümleri oluşturarak, meydana gelen olaylar hakkında farklı ve bireysel bakış açılarını yansıtan nitelikli yorumlar yazarak sağlanabilir. Yapılacak bütün yorum ve katkılar/gönderiler anlamlı olmalı ve toplumu bilgilendirici, eğitici ve sürükleyici içerikte bulunmalıdır. Sosyal medyada sadece basın açıklamalarının yayınlanması ile yetinilmesi önerilmemektedir.

11. Sosyal medya araçlarını bireysel olarak kullanan hâkimlerce genel ahlak ve mesleki etik kuralların çerçevesi ve bunların ihlal edilmesi durumunda doğuracağı disiplin sorumluluğunun neler olduğu bilinmektedir. Bireysel kullanımlarda en üst seviyede güvenlik ayarlarının kullanılması önerilmektedir.

4. Mahkeme Kararlarının İnternette Yayını

4.1. Avrupa'daki Mevcut Durum

Mahkeme kararlarının internette yayını konusunda, çalışmaya katılan ülke temsilcilerince yapılan ankete verilen cevaplar incelendiğinde, katılan ülkelerin hepsinin mahkeme kararlarını internette yayınladığı anlaşılmaktadır.

Mahkeme kararlarının internette yayınlanması konusu incelendiğinde üç farklı sistem olduğu görülmektedir: Bazı ülkelerde yargı organlarına ait özel farklı bir internet sitesi bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkeme kararları Adalet Bakanlığı'nın internet sitesinde yayınlanmaktadır. Diğer bazı ülkelerde ise, mahkeme kararlarının yayımını yapan, özel yayın evlerine ait internet siteleri

bulunmaktadır. Bu sitelerden yararlanmak isteyen kişiler belirli bir miktar para ödemek zorundadırlar. Üçüncü ve en yaygın uygulama ise, yargı organlarının kendi internet sitelerine sahip olduğu ve mahkeme kararlarının bu siteden yayınlandığı, gerek hukuk çalışanlarının ve gerekse vatandaşların herhangi bir ücret ödmeden bu kararlardan yayınlandığı ülkelerdir.

Yargının bağımsızlığının üzerinde durulması gerekir. Yargının bağımsızlığına ilişkin bu konunun vurgulanması için, mahkeme kararlarının yayınlandığı internet sitelerinin Yüksek Yargı Kurulu, Mahkeme İdaresi veya mahkemelerin sorumluluğunda olması gerekir. Yargı kararlarının yargı organlarına ait internet sitelerinde yayınlanması, bazı ülkelerde olduğu gibi, özel basımevlerine ait internet sitelerinde yayınlanmamalıdır.

Yargıya ait genel bir internet sitesi yanında, her mahkeme bu internet sitesi altında kendisine ait bir bölüm geliştirebilir. Bu siteler profesyonel hukuk çalışanları, medya ve toplum için gerekli bilgileri içermelidir. Yargının şeffaflığına ve yargının teklifine ilişkin algıyı güçlendirmek için mahkemelerin internet sitelerinde aynı bilgilerin yayınlanması önemlidir. Bunun için genel bir yayın politikası geliştirilerek, benzer içeriklerin sunulacağı bir sistemin geliştirilmesi önerilmektedir.

Mahkemelere ait internet sitelerinde şu hususların yer alması önemlidir:

- Mahkemeler ve sundukları hizmetler hakkında genel bilgiler,
- Davaların taraflarına dair pratik bilgiler,
- Davalara ilişkin mahkeme takvimi,
- (varsa) Jüri görevi hakkında bilgiler,
- Mahkeme kuralları,
- Basın açıklamaları,
- Mahkeme karar özetleri,
- Belgeler (indirilebilir dilekçeler vb.),
- İş olanakları,

Yargının saydam olması gereğinin doğal bir sonucu olarak, mahkeme kararları kamuoyu açısından ulaşılabilir olmalıdır. Dolayısıyla yargı kararlarını içeren

bir veri tabanı olmalı, bu veri tabanlarına yargı organlarına ait internet siteleri aracılığı ile ücretsiz şekilde ulaşılmalıdır. Zira yargı kararları yargı çalışanları için olduğu kadar halk için de yayınlanır. Yargı alanında çalışanlar, yayınlanan kararlardan yasal bir bakış açısı ile yararlanırlar. Basın ve halk ise kararların teknik hukuk açısından taşıdığı değerden ziyade, bu kararlardan kamuoyunu ilgilendiren davaları takip etmek için faydalanacaktır⁹.

Yargı kararlarını içeren veri tabanı anahtar kelimeler kullanarak arama yapılabilmesine olanak sağlayan bir özellik taşınmalı, kullanıcıya kolaylık sağlayacak bir dizine sahip olmalıdır. Yine mümkün olduğunca çok sayıda kararın bu veri tabanına işlenerek yayınlanması sağlanmalıdır. Kararın halk ve basın mensuplarını bilgilendirmek amacıyla yayınlandığı durumlarda, veri tabanına kararın tam metni yanında sade ve anlaşılır bir özetinin konulması da önemlidir. Yayınlanacak bu karar özetlerinin eş zamanlı olarak tüm karar metni ile birlikte açıklanması gerekir. Özeti hazırlayan kişinin ismine yer verilmemeli, bu kararlar anonim olmalıdır. Özet açıklamaların yasal dayanakları konusunda bazı sorunlar vardır. Zira eğer bu özet kararlar mahkeme tarafından yayınlanıyorsa, o halde bu tür özetler resmi karar gibi düşünülebilir. Ancak uygulamada, bugüne kadar bu durumdan kaynaklanan herhangi bir sorun ile karşılaşılmamıştır.

A. Kararların Anonim Hale Getirilmesi

Ankete cevap vererek araştırmaya katılan hemen hemen bütün ülkelerde, mahkeme kararları internette yayınlanmadan önce anonim hale getirilmektedir (özel bilgilerden arındırılmaktadır). Sadece İngiltere’de bütün isimler ve yerler açıkça yayınlanmaktadır. Yine bazı ülkelerde, olağan hukuk davaları sonucunda verilen kararlar, tarafların adlarına yer verilerek yayınlanmaktadır.

Kararların anonim hale getirilmesi konusunda birkaç farklı yöntem vardır. Bazı ülkelerde anonim hale getirilen bilgilerin baş harfleri yayınlanmakta iken,

⁹ Polonya’da mahkemelerin kendi internet sitelerini işletme zorunlulukları vardır. Her yıl, sayısı zamanla artan birçok mahkeme kararı, özel içeriklerle internet ortamında yerini almaktadır. İnsan Hakları Helsinki Kurumu’nun Portekiz şubesi olarak faaliyet gösteren Vatandaşlık Gelişim Platformu isimli bir dernek tarafından çıkartılan Rzeczospolita isimli dergi tarafından tasarlanan Polonya Yargı Sisteminde E-Mahkeme isimli özel içerikli sistem mahkemeler tarafından internet sitelerinin oluşturulmasında kullanılmaktadır. Mahkemelerden internet sayfa içerikleri en iyi olanlar Adalet Bakanlığı tarafından özel bir ödül ile ödüllendirilmektedir. Verilen bu ödülün amacı, internet ortamında en iyi uygulamayı bulmak (sanal ortamda mahkeme kararlarına en etkin şekilde ulaşılmasını sağlayarak) ve mahkemelerin toplum ve medya ile iletişimini geliştirmektir (mahkeme çalışanlarının kendilerine ulaşan e-postalara zamanında verdikleri ve uygun cevapları test ederek bu bağlanmaya çalışılmaktadır).

bazılarında ise yalnızca tarafları temsil eden harflere (A tarafı, B tarafı vs. gibi) yer verilerek mahkeme kararları internette yayınlanmaktadır.

Mahkeme kararlarının internet ortamında yayınlanması sırasında davanın ilgili kişilerinin örneğin ceza davalarında sanık ve tanık isimlerinin, hukuk davaları ve idari davalarda ise taraflara ilişkin kişisel bilgilerin, karar yayınlanmadan önce dışarıda bırakılarak kararın anonim hale getirilmesi çok büyük önem taşımaktadır.

Yargı, mahkeme kararlarının internet ortamında veya başkaca platformlarda yayınlanmadan önce nasıl anonim hale getirileceği konusunda (örneğin hangi adların, hangi bilgilerin nasıl ve ne şekilde yayınlanacağına dair) yol ve yöntemleri belirten düzenlemeler yapmalıdır. Yapılacak bu düzenlemeler ve düzenlemelerin içeriği toplumun erişimine açık olmalı ve internet sitesinde yayınlanmalıdır. Avrupa Yargı Kurulu Ağı, bu amaçla tasarlanmış özel bir Bilgi İşlem (IT) aracının yapılmasını önermektedir.

B. Yayınlanacak Mahkeme Kararlarının Seçimi

Ankete cevap vererek araştırmaya katılan ülkelerin tamamı, mahkeme kararlarının hepsinin yayınlanmadığını kabul etmektedir. Ülkelerin çoğunda, temyiz makamı olan Yargıtay kararlarının bütünü, diğer yüksek mahkeme, bölge mahkemeleri ve ilk derece mahkeme kararlarının ise çok az bir bölümü internette yayınlanmaktadır.

Yayınlanan mahkeme kararları, yargılama süreci tamamlanmış ve kesinleşmiş olanlardır. Buna karşın bazı ülkelerde, ilk derece mahkemesi kararlarından bazıları, temyiz aşaması devam etmesine ve bu nedenle kesinleşmemiş olmalarına karşın internette yayınlanmaktadır. Bunun temel amacı toplumu bilgilendirmektir.

Yargıtayın ve diğer yüksek mahkeme kararlarının tamamına internet üzerinden erişilmesi önerilmektedir. Mahkemeler tarafından verilen kararların çokluğu gözönüne alındığında, diğer mahkemeler tarafından verilen kararların tamamı değil, önemli olanlarının seçilerek yayınlanması sağlanabilir. Kararın kesinleşmiş olması, kararların yayınlanıp yayınlanmaması konusunda bir koşul olmamalı; ancak kararın kesin ve son karar olup olmadığı yayınlanan karar ile birlikte topluma açıklanmalıdır.

İnternette yayınlanan mahkeme kararlarının seçim usulü ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Yayınlanacak kararlarının seçimini bazı ülkelerde hâkim, bazı ülkelerde ise mahkeme çalışanları yapmaktadır. Bazı ülkelerde yayınlanacak kararlarının seçimini hâkimlerden oluşan bir kurul belirlemektedir. Bir kısım

ülkeler ise yayınlanacak kararlar için belirli ölçütler belirlemiş iseler de, belirlenen bu kıstasların çok genel olduğu düşünülmektedir. Ülkelerin bazılarında ise zaman zaman medya ve üniversite çevrelerinde, mahkeme kararlarının bütününe araştırma amaçlı olarak yayınlanması hususu tartışılmaktadır.

Mahkemeler tarafından verilen önemli ve ilginç bütün kararlara halkın erişiminin sağlanabilmesi için, hangi kararların yayınlanacağını belirleyecek hâkimlerden oluşan bir kurulun oluşturulması önerilmektedir.

Genel olarak, aşağıdaki ölçütleri taşıyan kararlar halk tarafından ulaşılabilir hale getirilmelidir:

- Medya tarafından ilgi gösterilen kararlar;
- Toplum açısından önemli kararlar;
- Kanun ya da diğer düzenlemelerin yorumlanması konusunda etki edebilecek kararlar;
- Belirli/özel insan gruplarını ilgilendiren kararlar;
- Hukuk ve yasalar konusunda uzmanlaşmış kişiler ile basın organları için önemli olan kararlar.

56

Yayınlanacak mahkeme kararlarının seçim işlemine ilişkin belirlenen ilkeler halka açık olmalı ve Yargı birimleri tarafından internet sitelerinde yayınlanmalıdır.

4.2. Tavsiyeler

1. Her ülke yargı sistemi, Yüksek Yargı Kurulu veya Mahkemeler İdaresinin sorumluluğunda yönetilen internet sitelerine sahip olmalıdır. Mahkeme kararları yargının sahip olduğu bu internet sitelerinde yayınlanmalıdır.

2. Yargı sisteminin sahip olduğu bir internet sitesi altında tüm mahkemelerin kendilerine ait birer alt internet siteleri olmalıdır. Bu internet sitelerinde yargı alanında çalışan yargı meslek mensupları, medya temsilcileri ve halk için ihtiyaç duydukları alanlarda bilgiler olmalıdır.

3. Yargı sisteminin sahip olduğu internet sitesi, halkın ücretsiz olarak erişebileceği mahkeme kararlarından oluşan bir veri tabanına sahip olmalıdır. Bu veri tabanı, anahtar kelimeler kullanılarak arama yapılmasına olanak sağlayan bir arama motoruna sahip olmalıdır.

4. Veri tabanında bulunan tüm mahkeme kararlarının tam metni özeti ile birlikte yayınlanmalıdır.

5. Yargıtay ve diğer yüksek mahkeme kararlarının bütünü, internet üzerinden erişilebilir olmalıdır. Diğer mahkemelerin ise seçilen kararları yayınlanmalıdır. Yayınlanacak mahkeme kararlarının hangi ölçütler temel alınarak seçilmesine dayanak oluşturan bilgiler halka açık olmalı ve yargı birimlerine ait internet sitesinde yayınlanmalıdır.

Aşağıdaki ölçütleri karşılayan kararların halka açık olarak internet sitesinde yayınlanması önerilmektedir:

- a. Medyanın ilgilendiği kararlar;
- b. Toplum açısından önemli kararlar;
- c. Kanun ya da diğer düzenlemelerin yorumlanması konusunda etki edebilecek kararlar;
- d. Belirli/özel insan gruplarını ilgilendiren kararlar;
- e. Hukuk ve yasalar konusunda uzmanlaşmış basın organları için önemli olan kararlar.

6. Davanın taraflarının özel hayatlarının korunması için, yayınlanacak mahkeme kararları anonim hale getirilmelidir.

7. Kamuoyunu ilgilendiren önemli davalara ilişkin mahkeme kararları, yalın bir anlatımın kullanıldığı teknik hukuk diline yer verilmeden hazırlanan özetlerle birlikte yayınlanmalıdır.

8. Kamuoyunu ilgilendiren önemli davalarda, kararların alınmasından hemen sonra alınan kararın yazılı şekilde dağıtılması önerilmektedir.

5. Basın Mevzuatı¹⁰

5.1. Avrupa'daki Mevcut Durum

9. Ankete cevap vererek araştırmaya katılan bazı ülkelerde (Belçika, Hollanda, Avusturya, Macaristan, Bulgaristan, Litvanya, Norveç, Romanya, İspanya

¹⁰ Yargı ve medya ilişkileri konusunda Danimarka'da yer alan yasal düzenleme nedeniyle, Danimarka bu bölümde yer verilen düşünce ve tavsiyelere tamamen katılmamaktadır.

ve Türkiye), yargı ve medya ilişkilerini düzenleyen bir çeşit mevzuat şekli bulunmaktadır (bunlar bazen basın genelgesi ve bazen ise iletişim protokolleri olarak adlandırılmaktadır). Bazı ülkelerde bu düzenleme yasalar tarafından yapılmaktadır (Örneğin, Danimarka Mahkeme İdaresi Kanunu).

10. Ankete cevap vererek araştırmaya katılan hemen hemen bütün ülkeler, yargı ile medya arasındaki ilişkileri düzenleyen bir mevzuata ihtiyaç bulunduğu konusunda uygun görüş bildirmişlerdir. Ancak bazı ülkeler, devam eden dava dosyalarını gözönüne alarak, bu dava dosyalarına ilişkin bilgilerin medya ile paylaşımı konusundaki tereddütlerini bildirerek bu konuda çekimser kalmışlar ve tereddütlerini dile getirmişlerdir.

11. Basın mevzuatı, basının mahkeme çalışanlarından beklentilerinin neler olduğunu, mahkemenin önceden medyayı nasıl ve ne şekilde bilgilendirmesi gerektiğini ve mahkeme işlemleri sırasında ve işlemlerin bitiminden sonra mahkemelerin nasıl bir tavır takınması gerektiği konularına açıklık getirmelidir. Basın mevzuatı bunlara ek olarak faydalı bazı materyalleri de düzenlemelidir.

12. Ankete cevap veren birçok ülke basın mevzuatının hem (yargı) basın sözcülerini (bunların görev ve yetkilerini) ve hem de basını (bunların görevlerini ve mahkemeler ile nasıl ve ne şekilde iletişim kurması gerektiğini) içermesi gerektiğini belirtmişlerdir.

13. Basın mevzuatı, hâkimlerin ve savcılarının rollerinin ve basın ile iletişim sınırlarının neler olduğuna dair hususları ile medya mensuplarının yargı organlarından beklentilerini ve bunlardan taleplerinin neler olduğunu bilmelerine olanak sağlayacak argümanları kapsamalıdır. Basın mevzuatı, halkın belirli hukuki konular ile ilgili bağımsız ve tarafsız bir şekilde tam ve doğru olarak bilgi alma amacını geliştirmeye yarayan bir araç olmalıdır.

14. Basın mevzuatı, yargı bağımsızlığını etkilememek şartıyla, mahkemeler ve hâkimleri bağlayıcı etkiye sahip hükümler içermelidir.

15. Basın mevzuatı yargı-medya ilişkileri konusunda birlik oluşturmalı ve belirli davalarda basın tarafından sorulan özel sorulara karşı nasıl hareket edileceği konusunda açıklamalar içeren bir yol haritasını kapsamalıdır. Bunlara ek olarak, basın mevzuatı, gazetecilerin yargı organları ile nasıl bağlantı sağlayacaklarını ve basının nasıl organize edileceğini de açıklığa kavuşturmalı ve bu soruların yanıtını vermelidir.

16. Mahkemeler ve savcılık ofisi için hazırlanan ve yargı-medya ilişkilerini düzenleyen basın mevzuatı arasında farklılık bulunmalıdır. Bu farklılığın sebebi her iki kurumun farklı amaçlar için oluşturulmuş olmasından ve kamuoyu ile iletişim kurdukları anın farklılığından kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı mahkemeler ve savcılık ofisi için ayrı ayrı basın mevzuatlarının¹¹ bulunması iyi olacaktır. Her iki kurum için tek bir basın düzenlemesi yapılacak ise, bu mevzuat içerisinde bu kurumlara atıf yapan ayırık hükümler bulunmalıdır.

17. Basın mevzuatının tanımı, yargısal süreçte rol alan birimlerin özel yapılarını/ fonksiyonlarını ve basının ilgi duyabileceği olaylara ilişkin süreç ve aşamaları göz önüne almalıdır.

18. Basın mevzuatı, soruşturma ve yargılama aşamaları açısından gizliliğin ne olduğu, nerede başlayıp nerede sona erdiği konularında bilgiler içermeli; soruşturma ve yargılama makamlarının yargısal süreç içerisindeki rollerinin tanımı yapılarak farklılıklarına yer vermelidir.

19. Savcılık ofisi¹², soruşturma aşamasında, soruşturmanın gizliliğini korumakla görevlidir. Soruşturma aşamasını takip eden süreçte, yani yargılama aşamasında görev yapan yargılama makamı (örneğin basın hâkimi), yargılama sona erene kadar gizlilik konusunda gerekli özeni göstermekle görevlidir. Yargılama sonucunda verilen karar infaz makamına veya icra organına geldiğinde, basın ile paylaşılmak üzere savcılık ofisi basın sözcüsüne gönderilebilir (bu durum ülkelerin yargı sistemlerine göre farklılık gösterebilir. Bazı ülkelerde bu aşama polis yetkililerine aittir ve bunların kendi basın düzenlemeleri vardır).

20. Basın mevzuatı ulusal stratejik planın bir parçası olmalı ve toplum-medya iletişimin raporlama sürecinde yer almalıdır. Basın mevzuatı ulusal çapta uygulanmalıdır. Bu şekilde hâkimler neyi, ne zaman ve nasıl yapacaklarını bilebileceklerdir. Yine basın ve kamuoyu hangi bilginin, nasıl, ne şekilde ve ne zaman verilebileceğini basın mevzuatından öğrenebilmelidir. Basın mevzuatı içerisinde, tüm mahkemelerde, Yüksek Yargı Kurulunda ve Mahkeme İdaresinde görevli hâkimler için faydalı olabilecek, yargı-medya ilişkileri konusunda iyi örneklerin özetleri yer almalıdır.

¹¹ Bundan sonra, basın mevzuatından bahsedildiğinde, bundan mahkemeler için öngörülen basın ile ilgili yasal düzenlemelerin tamamı kastedilecektir. Proje çalışma grubu hazırlanan bu raporun savcılık ofisi basın mevzuatı için de kullanılabilceğini belirtmiştir.

¹² Sorgu hâkimlerine sahip ülkeler hariç.

Bazı ülkeler yargı-medya ilişkileri konusundaki düzenlemelerin kanunlar tarafından yapılmasını, bu düzenlemelerin herhangi bir nedenle ihlali halinde ise yaptırım uygulanmasının iyi olacağını düşünmektedirler. İngiltere’de mahkemelerin medya ile ilgili davranış kurallarını düzenleme yetkisi vardır. Bu yetki kapsamında herhangi bir basın görevlisi bir kuralı veya yargılamanın gizliliğinin ihlali mahkemenin koyduğu kurallarca önlenmeye çalışılmaktadır.

Yargı-medya ilişkilerini düzenleyen hukuki metinlerin ihlali halinde yaptırım uygulanması, temel bir hak olan ifade özgürlüğünün ihlali sorununu da beraberinde getirecektir. Fakat mahkeme binası içerisinde basın mevzuatının ihlali konusunda özel yaptırımlar olabilir. Bu halde hangi durumlarda basın mevzuatının ihlal edilmiş sayılacağı ve bunlara ne tür yaptırımların uygulanacağı ilgili düzenleme içerisinde özellikle belirtilmiş olmalıdır. Buna ilişkin olarak mahkeme başkanı veya hâkimin, kendi mahkemesinde devam eden bir duruşma sırasında, mahkeme salonunda ne gibi yaptırımlar uygulayabileceklerine dair hususların basın mevzuatı içerisinde bir liste halinde sayılması iyi bir fikir olabilir. Uygulanabilecek yaptırımlara örnek olarak şunlar sayılabilir: basın mensubunun akreditasyonunun geçici olarak kaldırılması, geçici olarak bilgilendirmeden yoksun bırakılma, mahkemeye girişinin geçici olarak engellenmesi (duruşmayı idare eden hâkim buna karar verebilir), mahkeme kararlarının örneklerinin alınmasından geçici olarak yasaklanma, mahkeme düzenini bozma, güvenin sarsılması ve dolayısıyla bilgilere erişimin daha da zorlaştırılması.

Basın mevzuatında belirtilen sınırlamalara uymayan davranışlarda bulunma halinde uygulanacak diğer bir yaptırım türü de, bu tür ihlallerin basın mensubunun bağlı bulunduğu meslek örgütüne ihbar yoluyla bildirilerek, bu kişi hakkında disiplin düzeyinde işlem yapılması süreci başlatılmasının sağlanmasıdır (örneğin gazetecilik etik kurallarına aykırılıktan dolayı).

Yargı-medya ilişkilerini düzenleyen hukuki metinler, ilgili bütün tarafların (medya, basın, hâkimler, savcılık sözcüleri, baro temsilcileri) danışmanlığında ve bunların katkısı ile hazırlanmış, ahlaki açıdan bütün tarafları bağlayan bir tür protokol olarak görülmelidir. Dolayısıyla basın mevzuatı, çerçevesi iyi çizilmiş, açık ve yoruma kapalı bir metin olmalıdır.

Bu hususta ön bir taslak hazırlanması için uzmanlardan oluşan bir grup oluşturulmalıdır. Basın mevzuatının çerçevesinin ve temel ilkelerinin belirlenmesi

için başlatılan süreç içerisinde ilgili meslek temsilcilerinin, yani hâkimlerin, avukatların ve gazetecilerin bulunması sağlanmalıdır. Böylece yapılan düzenleme çerçevesinde söz konusu meslek temsilcileri ahlaki bir sorumluluk altına gireceklerdir. Bazı ülkelerde yargı-medya ilişkilerini düzenleyen yönerge vb. metinleri hazırlama görevinin Yüksek Yargı Kurulları veya Mahkeme İdaresi tarafından yerine getirildiğini görmek mümkündür.

Basın mevzuatının içeriğinde şu hususlar yer almalıdır:

- Yargı ve medya etik kuralları ile birlikte uluslararası (Avrupa) görüşlere atıflar yapılmalıdır;
- Yargının rolü ve işlevi, bütün dava türleri gözönüne alınarak bunlara ilişkin farklı usuller ve basın sözcüleri ve basın hâkimleri ile iletişim danışmanlarının her süreçteki görev ve sorumluluklarının neler olduğu,
- Adliye binalarında ve duruşma salonlarında medya mensuplarının nasıl ve ne şekilde davranacağına dair kurallar ve yasaklar;
- Bunlara ek olarak medyada yayınlanan yanlış, kafa karıştırıcı veya tehlike oluşturabilecek haberlere karşı başvurulacak itiraz yolları/itirazlar/ yalanlamaların neler olduğu;
- Medya kavramından ne anlaşılması gerektiği;
- Yargılamanın farklı aşamalarında yargı tarafından sağlanacak bilgilerin sınırının ne olduğu ve medya ile iletişimin nasıl, kim tarafından ve ne zaman gerçekleştirileceği;
- Medyanın bilgileri nasıl ve ne şekilde elde edebileceği ve ne tür bilgileri almaya hakkının olduğu;
- Adliye binalarında ve duruşma salonlarında ses ve görüntü kaydı, cep telefonu ve sosyal medya kullanımı hakkında ne tür kuralların uygulanacağı;
- Basın mevzuatı aynı zamanda medya ve topluma verilecek bilgiler ile haber programlarına ve belgesellere verilecek bilgiler arasında bir farklılık oluşturmalı;

Basın mevzuatı düzenli olarak gözden geçirilmeli ve güncellenmelidir. Basın sözcüleri ve medya temsilcilerinin karşılıklı olarak görüş alış verişinde bulunmalarına olanak sağlayacak düzeyde bir platform olmalıdır. Bu platform

sayesinde ortaya çıkması muhtemel her türlü yeni talep ve beklenti öğrenilebilecek ve bu öğrenme neticesinde basın mevzuatının güncellenmesi ve gözden geçirilmesi sağlanabilecektir. Yine bu platform sayesinde gelişen sorunların üstesinden gelinebilecek ve mevzuatın getirisi veya götürüsü kontrol edilebilecektir. Bu platform sayesinde basın mevzuatının durmadan gelişen iletişim teknolojisi karşısında kullanılışlığını yitirmesinin önüne geçilerek, daha verimli şekilde uygulanması sağlanacaktır.

Hâkimler, basın hâkimleri, toplumu bilgilendirmekle görevli mahkeme memurları ve gazeteciler arasında yapılacak bir anket çalışması, basın mevzuatının gözden geçirilmesi ve güncellenmesi için yol gösterici olacaktır. Yine bunlara ek olarak bütün tarafların iştirak ettiği, makul aralıklarla tekrarlanan ulusal veya uluslararası düzeyde tekrarlanan konferanslar düzenlenebilir.

Ulusal düzeyde veya Avrupa düzeyinde basın hâkimleri, basın iletişim görevlileri ve iletişim uzmanları ağı gibi bir sistem kurulmasının gerçek anlamda bir avantajı olabilir. Bu ağ, basın mevzuatının düzenli olarak güncellenmesi ve gözden geçirilmesi işini koordine edebilir. Buna ek olarak kurulacak bu sistem sayesinde yeni düşüncelerin ortaya çıkması ve değerlendirilmesi sağlanabilir. Bu aslında Avrupa Yargı Kurulu Ağı'nın basın mevzuatı konusunda zaman zaman gözden geçirme toplantılarını koordine etmesi için bir fırsat olabilir¹³.

5.2. Tavsiyeler

1. Medya ve yargı arasındaki ilişkilerinin düzenlenmesi için bir mevzuata ihtiyaç vardır. İster yasalar tarafından uygulansın ister yasal açıdan değil ve fakat ahlaki açıdan bağlayıcı protokoller tarafından oluşturulsun, bir basın mevzuatı çıkartılması önerilmektedir. Ancak bu mevzuatlar hiçbir zaman mevcut yasal metinlerde tanımlanan sınırları ihlal etmemelidir. Basın mevzuatı, toplum ve medya arasındaki ilişkiler ile ilgili raporlama ve planlama yapmak suretiyle ulusal stratejik planın bir parçası olmalıdır.

2. Basın mevzuatı hem yargı ve hem de medyanın farklı amaç ve görüşlerini açıkça belirtmelidir. Mevzuat, medyanın mahkeme çalışanlarından beklentilerinin

¹³ Yakın zamanda, Aralık 2011 de, Belçika'da, bütün basın sözcüsü yargıçlar ve savcılık ofisi sözcülerinden oluşan ulusal çapta bir platform kuruldu. Bu platformun amacı, basın sözcüleri arasında kolay ve gayri resmi bir iletişim ağı oluşturmak, var olan basın yönergesini gözden geçirmek, bütün taraflar arasında (örneğin medya temsilcileri ve avukatlar) deneyim ve görüş alışverişini sağlamak ve ulusal düzeyde bir basın sözcüsü ofisi oluşturmaktır.

ne olduğunu; yargılama süreci başlamadan önce, süreç boyunca ve sonrasında mahkemenin medyanın ihtiyaçlarını nasıl ve ne şekilde karşılaması gerektiğine ilişkin hususları içermelidir. Hatta basın mevzuatı faydalı başkaca bazı meseleleri de içermelidir.

3. Basın mevzuatı yargı ve yargı sözcüleri (onların görev ve rollerini) ile birlikte basın (basının rolü, adliye ve mahkemeler ile iletişim kurma yollarını) hakkında da düzenlemeler içermelidir. Basın mevzuatı hâkimlerin medya ile ilişki kurma süreçlerinde yetki ve sınırlarını bilmelerine olanak tanımalı; ama aynı zamanda medyanın neye ihtiyacı olduğunu ve yargıdan ne beklediğini öğrenmesine olanak sağlamalıdır.

4. Basın mevzuatı bütün tarafların (medya, basın sözcüsü hâkimler, savcılık ofisi sözcüleri, baro temsilcileri) ortaklaşa, birbirlerine danışarak hazırladıkları bir metin olmalıdır.

5. Basın mevzuatı açık ve yoruma kapalı olmalıdır.

6. Mevzuat düzenli olarak gözden geçirilmeli ve zamanın ihtiyaçlarına göre güncellenmelidir. Tarafların tecrübelerini paylaşabilecekleri ulusal ve Avrupa düzeyinde bir platform olmalıdır.

6. Yargının İleriye Dönük Medya Yaklaşımı

6.1. Avrupa'daki Mevcut Durum

Yapılan araştırma kapsamında hazırlanan ankete cevap veren ülkelerin hemen hepsi (üç ülke hariç) Yargının ileriye dönük bir medya yaklaşımına ihtiyacı olduğu konusunda hemfikirdirler. Yargının medya ile iletişim bağlamında inisiyatif ele alacak olmasının uygun olup olmadığı konusunda şüpheler vardır. Bu bağlamda bazı ülkeler yargı-medya ilişkilerinin ileriye dönük olarak planlanması görevinin Yüksek Yargı Kurulları'na ait olduğunu, Yüksek Yargı Kurulları'nın yargının medya ile iletişiminde mahkemelere ve diğer yargı birimlerine yardımcı olması gerektiğini belirtmişlerdir.

Yargının medya ile ilişkilere yönelik olarak uzun vadeli bir plana ihtiyaç duymasına gerekçe olarak birçok ülke, yargının imajının toplum nezdinde iyileştirilmesi ihtimalini göstermişlerdir. Zira toplumun genelinin yargı konusundaki düşüncelerini yazılı ve görsel basında çıkan raporlar, beyanlar ve

haberler belirlemektedir. Dolayısıyla medya, yargı ile toplum arasında bir aracı görevi görmektedir. Yargı ne kadar şeffaf olursa, toplumun mahkemeler ve yargı konusundaki ilgisi ile beklenti ve hoşgörüsünün artabileceği düşünülmektedir.

A. Görülmekte Olan Davalara Yönelik İleriye Dönük Medya Yaklaşımı

Birçok Avrupa ülkesinde medya, kamuoyunu yakından ilgilendiren ve kamuoyu tarafından sıkı takip edilen davalar ile daha yakından ilgilenmektedir. Bu davalar genellikle cezai nitelikte olmakla birlikte bazen de hukuki anlaşmazlıklarla ilgili davalar olabilir. Ceza ve hukuk davalarına medya tarafından duyulan ilginin dengelenmesi önemlidir. Bu bağlamda yargının, yapacağı aktiviteler ile medyanın ilgisini iş davaları, tüketici haklarına ilişkin davalar ve vergi davaları gibi ilginç hukuk davalarına çekmeye çalışmaları önerilmektedir. Hangi tür kararların medya veya toplumun ilgisinin çekeceğinin belirlenmesi ve sonrasında yayınlanacak kararların seçimi yargı bünyesinde çözümlenmelidir. Bu konuda herhangi bir ülkenin ihtirazi kaydı yoktur.

Çalışmaya katılan birçok ülkede, basına haftalık olarak ücretsiz şekilde, o hafta içerisinde görülecek davaların listesi hazırlanarak verilmektedir. Birkaç ülkede duruşma listelerine, herhangi bir anonimleştirme yapılmadan mahkeme binalarından ulaşılabilmektedir. Bunun dışında kalan ülkelere de hazırlanan listeler yargı birimleri tarafından doğrudan basına dağıtılmaktadır¹⁴.

Toplum tarafından yüksek derecede ilgi gösterilen veya medyanın ilgisinin çok yoğun olduğu davalarda, mahkemeler medya temsilcileri ile ön bir toplantı yaparak davanın süreci, nasıl planlandığı, nasıl ele alınacağı konusunda bir bilgilendirme toplantısı düzenleyebilir.

Medya ilgisinin çok olduğu davalarda, mahkemeler medya temsilcileri ile davaların planlama ve ele alınış şekilleri konusunda toplantılar düzenleyebilir.

¹⁴ Danimarka'da, internet üzerinden sınırlı erişim sağlanan basın mensuplarına dava listelerinin orijinal halleri verilmektedir. Başvuruları onaylanan basın mensupları, kendilerine verilen şifreler yardımıyla dava bilgilerine ulaşacakları internet sayfalarına erişim sağlamaktadırlar. Anonim olmayan ve tüm bilgileri ihtiva eden dava listelerinin kötüye kullanımının önüne geçmek için medya örgütleri ile yargı yönetimi arasında bir tür gizlilik sözleşmesi imzalanmaktadır. Gizli bilgilere erişim hakkı bulunan kişilerin sayısını azaltmak için her medya kuruluşu içerisinde, kendileri tarafından seçilen birkaç kişiye bu erişim imkânı sağlanmaktadır. Erişimin her yıl yenilenmesi gerekmektedir. Bu durum bağımsız gazeteciler için her 4 ayda bir tekrarlanmalıdır. İnternet ortamında yayınlanan dava listelerinde arama motoru bulunmakta ve her bir dava ile ilgili bilgi notu yer almaktadır.

Birçok ülkede mahkeme karar özetleri ve kararların tamamı, karar açıklanır açıklanmaz basın açıklamaları veya duyuruları ile internet sitesinde yayınlanmaktadır. Mahkeme duruşma salonlarında kamera kullanımına ve canlı yayın yapılmasına izin veren ülkelerde, yüksek oranda ilgi duyulan davalara ilişkin verilen son kararlar, bir hâkim tarafından yalın bir dil kullanılarak kameralar önünde okunmaktadır. Böylece basın mensupları haber bültenlerinde kullanabilecekleri uygun ve yeterli materyaller elde etmekte ve böylece mahkeme kararları daha sık medyada yayınlanabilmektedir.

Örneğin Danimarka'nın 2010 yılından bu yana ileriye yönelik medya iletişim stratejisi üzerinde yoğun çalışmalar yürütülmektedir. Yürütülen bu çalışmalar ve hazırlanan bu strateji, Danimarka Mahkemeleri hakkında toplumun görüşünün alınmasına olanak sağlayan kamuoyu araştırmalarına, medyada yayınlanan haberlere ve gazeteciler arasında yapılan ve görüşlerin yer aldığı anketlere dayanmaktadır. Yapılan analizler, Danimarka halkının mahkemelere olan güveninin çok üst seviyede olduğunu göstermektedir. Yine çalışmalar mahkemelerin "görünmez" olduklarını ve nadiren mahkemelerin basında çıkan haberlere katkıda bulunduğunu göstermiştir. Yapılan anketler yine, toplumun yargı sistemi hakkındaki bilgisinin çok az olduğunu; bundan dolayı toplumun yargılama sonucunda verilen hüküm konusundaki kanaati ile davanın gerçek mahiyeti hakkındaki değerlendirmesinin çok farklı olduğunu göstermiştir. Danimarka tarafından hazırlanan ileriye dönük medya stratejisinin ve toplum ile kurulan iletişimin temel amacı, toplumun yargının işleyişi konusundaki bilgisini artırmak ve bunun doğal sonucu olarak mahkemelerin işleyişi hususundaki bilinci yükseltmektir.

B. Yüksek Yargı Kurulu ve Mahkemelerin İleriye Dönük Medya Yaklaşımı

Birçok ülkede Yüksek Yargı Kurulları veya mahkemeler, basın ile resmi olmayan yıllık toplantılar düzenlemektedir. Bu toplantılar sırasında mahkemelere yönelik istatistikî veriler sunulmakta, bazı davaların önemi vurgulanmakta ve basının ihtiyaç duyduğu pratik gereksinimler öğrenilip giderilmeye çalışılmaktadır. Bu tür toplantılar yargı ve medyanın birbirlerini tanımalarına olanak sağlayan çok yararlı etkinliklerdir. Dolayısıyla bu tür toplantılara yargı basın sözcüleri, basın ve halkla ilişkilerden sorumlu görevlilerin de katılmaları önerilmektedir.

Bazı ülkelerde hâkimler ve mahkemelerde görevli memurlara yargının şeffaflığı ve yargının kişi ve kurumlarla iletişimi konusunda eğitim programları uygulanmaktadır. Bir ülkede ise yargı bilerek kamuoyunda yer alan bazı tartışmalara katılmaktadır. Bunlara örnek olarak demokratik devletlerde mahkemelerin ve hâkimlerin görevleri ile bireysel olarak vatandaşların ve kurumsal olarak devletin yasalara saygısının konu yapıldığı tartışmalar verilebilir.

İleriye dönük medya yaklaşımı konusunda yargı organları tarafından yapılan diğer etkinlikler ise yıllık raporlar hazırlanarak basına sunma, yargısal sistemin işleyişi konusunda medya mensuplarını bilgilendirme, gazeteciler ve gazetecilik bölümünde okuyan öğrencilere yargı sistemi hakkında eğitici programlar düzenlemeler örnek gösterilebilir.

C. Hâkimlerin Medyadaki Bireysel Performansları

Yapılan anket çalışmasına katılan birçok ülkede, hâkimlerin bireysel olarak aldıkları kararlar doğrultusunda medyada performans sergilemelerine (röportaj verme, açıklama yapma vs.) izin verilmemektedir. Zira hâkimler kararları ile konuşur, verdikleri kararlar ile ilgili açıklama yapma görevi ise basın ile ilişki kurma konusunda görevli ve basına demeç verebilecek basın sözcüleridir. Avusturya'da hâkimlerin basında performans sergilemeleri yasa ile resmi olarak yasaklanmıştır. Belçika'da ise bazı hâkimlere yaptıkları işler hakkında basın ile mülakat yapma izni verilebilmektedir. Bunun için mülakat yapılacak konunun belirli bir dava ile ilgili olmaması, genel konulara hasredilmiş olması aranmaktadır.

Hâkimler bunun yanında uzman olarak da medyada performans sergileyebilmektedir. Bazı yerlerde, özellikle resmi olarak yargı alanında açıklama yapmakla görevli basın sözcüsü olmayan ülkelerde, medya organları emekli olmuş hâkimleri stüdyolarına davet etmekte ve görülmekte olan belirli davalar veya güncel olaylar hakkında yorumlarını almaktadırlar. Buradaki sorun, toplum tarafından görüşleri sorulan emekli hâkimlerin, gerçekte uzun süre önce emekli olmuş olmaları ve fiilen hâkim olarak görev yapmamalarına karşın, toplum tarafından yargının temsilcisi gibi algılanmalarındır.

Çalışmaya katılan birçok ülke, hâkimlerin medya organlarında bireysel performans sergilemelerinin riskli olduğu düşüncesindedirler. Hâkimler, düşüncelerini ifade etme konusunda sınırlanmış durumdadırlar. Zira yapılan yorumlardan çıkarılacak varsayımlar ilerideki davalar üzerinde de etki gösterebilir. Bu husus hâkimler

tarafından düşünölmelidir. Hâkimler davalar sırasında ya da öncesinde görüş bildirmemelidir. Hâkim davanın taraflarından birine karşı taraflı ya da önyargılı görünebilir veya davanın sonucunu etkilemeye çalışmakla suçlanabilir.

6.2. Tavsiyeler

1. Bütün ölkeler (yargının) ileriye dönük medya yaklaşımına sahip olması konusunda teşvik edilmelidir. Bu yaklaşım yargı sistemi ve hukukun temel prensipleri ile ilgili olduğu kadar bireysel davalar üzerine de odaklanmalıdır.
2. Medya temsilcileri duruşma listelerine ulaşabilmelidir. Bu şekilde hangi davayı takip edebileceklerini belirleme olanağına sahip olacak ve bunlara katılabileceklerdir. Aynı şekilde mahkemeler de medyanın ilgisini çekebileceğini düşündükleri davaları özellikle medyanın dikkatine sunabilirler.
3. Mahkemeler ile birlikte Yüksek Yargı Kurulları yılda en az bir kez ulusal medya temsilcileri ile yargının işleyişi ve yargı alanında meydana gelen son gelişmeler hakkında bilgilendirmeyi amaçlayan gayri resmi toplantı düzenleme konusunda teşvik edilmelidir.
4. Yargının şeffaflığı ve medya organlarının çalışma şekli konusunda verilecek eğitimler, hâkimler ve mahkeme memurları için düzenli olarak tertip edilen eğitimlerin bir parçası olmalıdır.
5. Yargı temsilcilerinin, yargı sistemi ve yargının örgütlenmesi ile yasal mevzuat konusunda gazetecilik bölümünde verilen eğitim sürecine etkin şekilde katılmaları sağlanmalıdır.
6. Basın sözcüsü olmayan hâkimler, medyada açıklama yapmaktan kaçınmalıdırlar. Eğer hâkimlerin basına açıklama yapma niyetleri var ise basın hâkimleri ve kıdemli hâkimler ile basın ve halkla ilişkiler görevlileriyle birlikte hazırlık yaparak açıklamada bulunmalıdırlar.
7. Bütün ölkede yargı sistemlerinin halkı bilinçlendirecek ve öğrencileri farklı düzeyde eğitecek etkinlikler geliştirmeleri önerilmektedir:
 - a. Yargı sisteminin bütün yönlerinin ele alınacağı ve halkı bilinçlendirmeyi amaçlayan “halka açık mahkemeler günü (veya haftası)” organize etmek;
 - b. Mahkemelere rehber eşliğinde ve karşılmalı ziyaretler düzenlemek,

c. Mahkemelerdeki çeşitli görevler ile ilgili veya yargı süreci hakkında halkı bilinçlendirmeyi amaçlayan kitapçıklar hazırlanarak yayınlanması ve bu konularda internette bilgi verilmesi,

d. Okul öğrencileri için yargı (mahkeme) sistemini hakkında bilgi içeren çevrimiçi (online) eğitici araçlar geliştirmek ve okul ziyaretleri düzenleyerek bu konudaki bilinç seviyesini mahkemeler ile ortaklaşa arttırmak,

7. Ana Öneriler

Yargı, Toplum ve Medya proje ekibinin yaptığı tüm araştırmalar sonucunda çıkarılabilecek ana öneriler şunlardır:

1. Bütün ülkeler, yargı sistemi konusunda derin bilgi sahibi olan, toplumu anlaşılır biçimde nasıl bilgilendireceğini bilen, sosyal becerileri gelişmiş ve medya araçlarını kullanma yeteneğine sahip basın sözcüsü hâkimler ve iletişim danışmanlarından oluşan bir sistemi geliştirmeli ve kullanmalı.

2. Mahkeme salonlarında sesli ve görüntülü kayıt yapılmasına, mahkeme çalışanları dışında kalan kişilerin kayda alınmasını engelleyecek ve hâkimin gerektiğinde yapılan kayda müdahale etmesine olanak sağlayacak bir kontrol sistemi geliştirildiğinde izin verilebilir.

3. Akıllı telefonların ve diğer iletişim araçlarının mahkeme salonlarında ne zaman kullanılıp kullanılmayacağını ve belirlenen kurallara uyulmadığı takdirde ne tür usulî işlemlerin uygulanacağını gösteren açık bir düzenleme yapılması tavsiye edilmektedir.

4. Mahkemelerin ve diğer yargı birimlerinin iletişimi açısından sosyal medya araçlarının kullanımı faydalı olabilir. Her sosyal medya aracının kullanımına ilişkin olarak, amaç ve hedef grupları kapsayan bir stratejik plan yapılması önerilmektedir.

5. Her ülkede yargı, Yüksek Yargı Kurulu veya Mahkeme Yönetiminin sorumluluğunda bir internet sitesine sahip olmalıdır. Yargının sahip olduğu internet sitesinde her mahkemenin kendisine ait birer sitesi bulunmalıdır. Bu sitelerde hukuk alanında çalışmalar yürüten profesyoneller, basın mensupları ve halk için gerekli ve yeterli bilgiler bulunmalı; halk tarafından kolayca ulaşılabilen mahkeme kararları veri tabanına yer verilmelidir

6. Yargı ve medya arasındaki ilişkilerin düzenlenmesine ihtiyaç vardır. Bu düzenlemeler basın ile ilgili yasalar olabileceği gibi, genelge veya ahlaki yükümlülükler getirilen protokoller şeklinde olabilir. Yapılacak bu genelge ve düzenlemeler var olan yasal düzenlemelerdeki sınırları ihlal etmemelidir. Basın mevzuatları, toplum ve medya ilişkileri konusunda plan ve raporları içeren ulusal bir planın parçası olmalıdır. Basın mevzuatları hem yargının ve hem de medyanın farklı amaç ve çıkarlarının neler olduğunu açıkça içermelidir. Bu mevzuat medya organlarının mahkeme çalışanlarından neler beklediklerini; yargı organlarının, mahkeme işlemleri öncesinde, sırasında ve sonrasında medyanın ihtiyaçlarına nasıl ve ne şekilde yanıt verebileceğini açıklığa kavuşturmalıdır.

7. Bütün ülkeler, ileriye dönük medya yaklaşımı geliştirilmesi konusunda teşvik edilmektedir. Bu yaklaşım bütün yargı sistemine yönelik olduğu gibi her bir dava üzerinde de odaklanmalıdır.

AVRUPA YARGI YETKİSİ DÜZENLEMESİ'NDE DAVALI ÇOKLUĞU *

Zheng Sophia Tang **

Çeviren: Mahmut Erdemli ***

Konu: Avrupa Birliği

Anahtar kelimeler: Davalılar; AB Hukuku; Yorum; Yargı yetkisi

Atıf yapılan yasama belgeleri: Hukuk ve ticaret davalarının tanınması ve tenfizi ile yargı yetkisi hakkında Düzenleme 44/2001

Kısım.2 Bl.3, Kısım.2 Bl.4, Kısım.2 Bl.5, md.6(1), md.22, md.23, md.28, md.34

Atıf yapılan davalar: Freeport Plc/Arnoldsson (C-98/06) [2007] E.C.R. I-8319 (Avrupa Adalet Divanı (3. Daire))

Roche Nederland BV/ Primus (C-539/03) [2006] E.C.R. I-6535 (Avrupa Adalet Divanı (1. Daire))

Reisch Montage AG/ Kiesel Baumaschinen Handels GmbH (C-103/05) [2006] E.C.R. I-6827 (Avrupa Adalet Divanı (2. Daire))

Glaxosmithkline/Rouard (C-462/06) [2008] E.C.R. I-3965 (Avrupa Adalet Divanı (1. Daire))

Reunion Europeenne SA/Splithoff's Bevrachtungskantoor BV (C-51/97) [1998] E.C.R. I-6511 (Avrupa Adalet Divanı (3. Daire))

* Çeviriden önceki adı **Multiple Defendants in European Jurisdiction Regulation**, yayımcısı **Sweet & Maxwell and its Contributors** olan makale, **European Law Review** adlı dergide [E. L. Rev. 2009, 34(1), 80-102] yayımlanmıştır. Makale, bu dergiden temin edilmek suretiyle Türkçe'ye çevrilmiştir. Makalenin Türkçe'ye çevirilerek **Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nde** yayımlanmasına izin veren yazar **Zheng Sophia Tang'e**, **European Law Review Dergisi'ne** ve yayımcı **Sweet & Maxwell and its Contributors'a** teşekkür ederim.

** Lisans, yüksek lisans ve doktora eğitimcisi, Aberdeen Üniversitesi.

*** İstanbul Anadolu 29. Asliye Ceza Mahkemesi Hâkimi.

ÖZET

Birden çok davalısı olan davalar yargı yetkisi konusunda özel ilgi çekmektedir: Davacı, tüm davalılar aleyhindeki yargılamaları tek bir davada birleştirebilir mi? Eğer bu mümkünse, yargı yetkisi hangi mahkemeye ait olacaktır? Brüksel I, adaletin güçlü işleyişini kolaylaştırmayı, kesinliği artırmayı ve usul ekonomisini temin etmeyi amaçlayan 6 (1). maddesiyle yargı yetkisine ait bir kural getirmiştir. Bununla birlikte, bu amaçlara, pratikte başarılı şekilde ulaşılamamıştır. Bu makale, 6 (1). maddeyi ve bu maddenin Brüksel I'in diğer hükümleriyle bağlantılarını sistematik olarak analiz etmekte ve düzenlemenin gelecekteki gözden geçirilmesi ve reformu aşamasında hizmet etmek üzere öneriler sunmaktadır. Çok davalısı olan davalar yönünden belirsizliğe yol açabilecek alternatif yasal dayanakların kabulüne gerek bulunmadığı, bununla birlikte, hali hazırdaki hükmün, bu hükmün kötüye kullanılmasının önlenmesi, zayıf taraf yönünden esneklik sağlanması, çelişkili kararların önüne geçilmesi ve düzenlemedeki yargı yetkisine ilişkin diğer kurallar ile uyumlu olması bakımından daha uygun şekilde yorumlanması gerektiği ileri sürülecektir.

GİRİŞ

Avrupa'nın hukuk ve ticaret davaları alanındaki yargı yetkisine ilişkin kuralları, 44/2001 nolu Düzenleme'den (Brüksel I Düzenlemesi) ibaret Brüksel rejimi, (1) Brüksel Sözleşmesi (2) ve Lugano Sözleşmesi (3) tarafından uyumlu hale getirilmiştir. Brüksel I Düzenlemesi, topluluğun, tüm üye ülkelerde Brüksel Sözleşmesi'nin yerini alan ve Brüksel rejiminde en önemlisi haline gelen yasal enstrümanıdır.(4) Brüksel Düzenlemesi, Brüksel Sözleşmesi ve Lugano Sözleşmesi'nin yargı yetkisine ilişkin kurallarında bazı değişiklikler yapmış olmasına rağmen, sözleşmelerdeki kuralların devamı niteliğindedir.(5) Brüksel I Düzenlemesi'nin genel yargı yetkisi kuralı, yargı yetkisinin “davalının ikametgâhı kriterini esas alması ve davanın konusu veya tarafların bağımsız isteklerinin farklı bir ilişkilendirici faktörü esas aldığı birkaç iyi tanımlanmış durum haricinde bu kriterin her zaman belirleyici olması” prensibi üzerine kuruludur.(6)

Uyuşmazlık ve devlet bağlantısından kaynaklanan alternatif sebeplere dayalı özel yetki kuralı getirilebilir.(7) Ayrıca, bir üye devletin mahkemeleri, aşağıya aktarılan madde 6 (1) kapsamında birden çok davalı hakkında yargı yetkisini kullanabilir: Bir üye devlet içinde ikamet eden kişi aleyhine “farklı yargılamalardan

kaynaklanan uyuşmazlık arz eden kararların ortaya çıkmasından kaçınmak bakımından, talepler birlikte görülüp karar verilmesini uygun kılacak ölçüde yakın ilişkili ise, davalılardan birinin ikamet ettiği yer mahkemelerindeki belli sayıdaki davalılardan biri olması halinde” dava açılabilir.

Bu hüküm sadece pratik yararları değil prensiplere ilişkin mütalaaları da ortaya çıkarmaktadır. Yargı yetkisi, her bir davalının ikametgâhından veya uyuşmazlık ve devlet arasındaki esaslı ilişkiden değil ve fakat bağlantılı birlikte dava olunanın ikametgâhından kaynaklanmaktadır. Yargı yetkisine ilişkin bu temel, Brüksel I Düzenlemesi'nin amacı karşısında, haklılığı bulunup bulunmadığı hususu ile uygun bir sonuç elde etmek bakımından bu hükmün nasıl yorumlanması gerektiği merak uyandıracaktır. Bu makale, birden çok davalıyı kapsayan davalara ilişkin bu özel yetki kuralını incelemeyi amaçlamaktadır.

“Prensipere ilişkin mütalaalar” bölümünde, madde 6 (1)'in hali hazırdaki formüle edilmiş şeklinin temelini oluşturan ve uygulamada doğru yorumunu belirleyen Brüksel I Düzenlemesi'nin davalı çokluğu durumunda yargı yetkisi kuralının prensiplerine ilişkin mütalaaları incelenecektir. “Madde 6(1)'in uygulanması” bölümü, uygulamada madde 6 (1)'in Adalet Divanı tarafından nasıl yorumlandığı konusuna odaklanmakta ve bu yorumun yerindeliğini eleştirel olarak analiz etmektedir. Bu bölüm, ayrıca, bu hükmün uygulamaya konduğu zaman doğru yorumun nasıl olması gerektiğini tespit etmek bakımından, üye ülkelerin ulusal mahkemeleri tarafından ortaya konulan farklı yorumları da incelemektedir. “Diğer yargı yetkisi kuralları ile etkileşim” bölümü, davalı çokluğu durumunda yargı yetkisi kuralının tüm Avrupa yargı yetkisi sistemi üzerindeki etkisini araştırmak için, madde 6 (1) ve Brüksel I Düzenlemesi'nin diğer yargı yetkisine ilişkin kuralları arasındaki ilişkiyi incelemektedir. Sonuç bölümünde ise bazı gözlemler ve öneriler sunulmaktadır.

PRENSİPLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Farklı davalılar aleyhine yürütülen yargılamaların bir üye ülkenin mahkemelerinde birleştirilmesine neden izin verilmelidir? Madde 6 (1)'in haklılığı ne şekilde ortaya konabilir? Madde 6 (1)'in yorumlanması sırasında hangi prensipler dikkate alınmalıdır? Bu soruların cevaplanması için, Brüksel I Düzenlemesi'nin prensipleri, amaçları ve yapısı dikkate alınmalıdır.(8) Brüksel I Düzenlemesi'nin yasal temeli Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 65. maddesidir.(9) Bu madde,

kişilerin serbest dolaşımını temin etmek ve bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı geliştirmek ve sürdürmek bakımından alınması gereken tedbirlerin bir parçası olarak yargısal dayanışma gerekliliğini doğrulamaktadır.(10)

Yargısal kararların karşılıklı tanınması ve tenfizi, Avrupa Birliği içinde hukuk ve ticaret davalarına ilişkin yargısal yardımlaşmanın köşe taşıdır, (11) ki bu da, Birlik içindeki yargısal kararların otomatik olarak yerine getirilmesini mümkün kılmak bakımından, üye ülkelerin mahkemelerince aykırı kararlar verilmesi riskini minimize etmeyi gerektirir.(12)

Yargıya erişim, gerçek bir Avrupa yargı alanının bir diğer temel amacıdır.(13) Bu da, Avrupa enstrümanlarında yer alan yargı yetkisine ilişkin kuralların, dava açan taraflara, temel bir hak olan adil yargılama hakkını sunması ve AİHS'nin 6 (1) maddesi ile uyumlu olmasını gerektirir.(14) Bundan başka, doğru bir yargısal sistem, yetkili mahkemenin kolayca tespitini ve hızlı ve etkili bir yargılamayı mümkün kılacak şekilde, yargı yetkisine ilişkin sonuçlarının tahmin edilebilirliği oldukça yüksek kuralın varlığını gerektirir.(15) Bu nedenle, 6(1). madde, yargısal yardımlaşma, yargıya erişim, yasal belirlilik ve usul ekonomisi olarak adlandırılan dört önemli prensip kapsamında değerlendirilmelidir.

Yargısal Yardımlaşma

Bağlantılı taleplere ilişkin paralel yargılamalar birden çok üye ülkenin mahkemeleri önüne getirildiği zaman, yargısal yardımlaşmayı temin eden yargı yetkisine ilişkin yerinde bir kural özel öneme sahip olur. Bağlantılı taleplere ilişkin örtüşen yargılamalar, düzenlemenin esaslı amacını zora sokacak nitelikte iki veya daha fazla ülkede bağdaştırılamaz nitelikte kararlar verilmesi riskini ortaya çıkarır. Bu, davacının İngiltere ve Almanya'da birlikte borçlu olan kişileri dava ederek çifte karar alması halinde mümkün olabilir; Bu, davalıların bir haksız fiilin ortak icra edenleri oldukları iddia edildiği ve mahkemelerden birinin davayı kabul edilebilir, diğerinin edilemez bulduğu zaman mümkün olabilir; Bu, sözleşmeye dayanan ve davalı A'ya yöneltilen bir talebin B aleyhine yöneltilen ve haksız fiil sebebine dayanan talepten kaynaklanması ve iki ayrı mahkemenin, B'nin bir kusuru olup olmadığı konusunda farklı görüşe varması halinde mümkün olabilir. Bazı davalarda, uyumsuzluk arz eden bu kararların yasal sonuçları örtüşmez türden değil ise de, çelişki arz eden kararların yerine getirilmiş olması, uygulama yönünden istenmeyen bir durum olacak ve davanın

tarafına belirsizlik ve adaletsizlik getirecektir.(16) Brüksel I Düzenlemesi'nin 6 (1). maddesinin esası, bağlantılı talepler hakkındaki ayrı yargılamalardan kaynaklanan farklı üye ülkelerin mahkemelerince verilen bağdaşmaz nitelikteki kararların verilmesini önlemek suretiyle, yargısal yardımlaşmayı ve yargının güçlü işleyişini kolaylaştırmaktır.(17)

Adalete Erişimde Eşitlik

Adalete erişim, sadece, davacının, basit ve etkili bir usule uygun olarak yetkili mahkeme önünde dava açmasını değil, ayrıca davalının uygun bir yargı alanında kendini savunma hakkını da içerir. Ayrı yargılamalara konu olacak taleplerde bulunulmasının davacıyı kısmen veya tamamen talebinden vazgeçmeye zorlayacak masraf ve zorluklara neden olduğu durumlarda, bu yargılamaların birleştirilmesini kolaylaştıracak güçlü bir yargısal mekanizmanın olmaması, davacının adalete erişim hakkının varlığını sorgulanabilir kılacaktır. Ülke dışındaki davaların iyi şekilde yürütülmesi önündeki engellerin ortadan kaldırılması için uygun bir yargı yetkisi kuralı gereklidir.

Davalının duruşmada kendisini savunma hakkı *actor sequitur forum rei* prensibi ile teminat altına alınmıştır. Birkaç özel durum haricinde, yargı yetkisi, genel olarak davalının ikametgâhı temelinde dayanır ve bu temele dayalı yargı yetkisinin kullanılması her zaman mümkün olmalıdır.(18) Geleneksel olarak alternatif yargı yetkisi takip eden sebeplere göre belirlenir: Uyuşmazlığın, davacının daha zayıf taraf kabul edildiği kategoride nitelendirildiği durumlarda (örn. bakım alacağı olanlar, tüketiciler, istihdam edilenler, sigorta altında olan kişiler) davacının yargı yeri, davanın belirli bir devlet mahkemesinde görülmesinde bu devletin yararlarının bulunduğu hallerde (örn. kamu kayıtları ile ilgili uyuşmazlık) bu devlet mahkemesi, uyuşmazlık ve spesifik bir yargı yeri arasında fiili bağlantı bulunması halinde bu yargı yeri veya tarafların uyuşmazlığı götürmeye niyetli olduğu yargı yeri. Bununla birlikte, madde 6(1) yargı yetkisine ilişkin tek bir kriter sunmaktadır. İkametgâhı davaların birleştirilme yeri olarak seçilen ve “temel” davalı olarak adlandırılan davalı haricinde, diğer davalılara ilişkin yargı yetkisi, “temel” davalı aleyhindeki bağlantılı bir davadaki genel yargı yetkisi kuralından kaynaklanır. Yargı yetkisinin, farklı talepler arasındaki yakın bağlantı ve birlikte davalılara ilişkin genel yargı yetkisinden kaynaklanması nedeniyle, bu iki unsur, davalının adalete erişimini korumak bakımından dikkatlice değerlendirilmelidir. Sonuç itibarıyla, madde 6 (1), davanın taraflarının adalete erişim hakkını etkilemekten kaçınmak bakımından çok geniş veya çok dar yorumlanmamalıdır.

Yasal Belirlilik

Davacı başvurabileceği mahkemeyi kolayca tespit edebilmeli ve davalı, hakkında dava açılacak mahkemeyi makul olarak tahmin edebilmelidir.(19) Davacının perspektifinden, madde 6(1) herhangi bir üye devletin ulusal maddi hukukunun etkisinden bağımsız olarak yorumlanmalıdır. Davalının perspektifinden, madde 6(1), davacının birlikte davalıların herhangi birinin ikametgâhı mahkemesini seçme özgürlüğüne sahip olması nedeniyle belli düzeyde belirsizlik oluşturur. Sonucu itibariyle, madde 6(1), davalıların uyuşmazlığı çözecek potansiyel mahkemeyi tahmin etmelerini mümkün kılmak üzere, her bir davalı aleyhine yapılacak talepler arasında belli bağlantıların varlığını gerektirir.

Usul Ekonomisi

Bir yargısal sistemin doğru çalışması için, yargısal prosedür ucuz ve karşılanabilir olmalıdır. Bağlantılı taleplerde aynı birbiriyle örtüşen yargılamalarla ilgili açık problemlerden biri maliyet ve ayrı davalar açılmasındaki zorluktur. Birden çok üye ülkenin mahkemelerinde bağlantılı talepler hakkında paralel yargılamalar olduğu zaman, yargısal prosedürün etkili işlemesi ve usul ekonomisi bakımından bu talepleri birleştirmek iyi olacaktır. Bu, şüphesiz, toplam dava maliyetini düşürür, prosedürü basitleştirir ve özellikle davacıya yarar sağlar. Ayrıca, birleştirme, mahkemenin diğer üye ülkelerin mahkemelerindeki sonuçlara dayanarak karar vermek zorunda olması halinde, ortaya çıkması muhtemel yargılamanın uzaması sorununun önüne geçer. Bununla birlikte, usul ekonomisi, yargı yetkisi kuralının sadece tali bir amacıdır. Dava belgelerindeki benzerliklerden kaynaklanan ekonomik avantaj veya yasal problemlere yaklaşım biçimi davaların birleştirilmesini haklı göstermeye yeterli değildir. Usul ekonomisini yegane veya öncelikli olarak mütalaa etmek, madde 6'nın geniş yorumlanmasına ve davalının adalete erişimine zarar verebilir.

Doğal Yargı Yeri?

Son olarak, belirtmek gerekir ki, Brüksel I Düzenlemesi'nin 6(1) maddesi, uyuşmazlık ve yargı yeri arasındaki fiili bağlantı veya yargı yerinin uygunluğunu esas almış değildir. *Forum conveniens* veya en yakın bağlantı gibi bir değerlendirme söz konusu değildir. Sonuç olarak, yargı yetkisinin verildiği devlet kaçınılmaz olarak doğal yargı yeri veya en uygun yargı yeri değildir. Örneğin, birisi hariç tüm davalılar iddia edilen haksız fiili hiçbirinin ikametgâhı olmayan tek bir ülkede

gerçekleştirir ise, davacı, tüm faktörler birlikte değerlendirildiğinde en uygun yargı yeri olsa bile, tüm davalılar aleyhine bu ülkede birleştirilmiş bir dava açamaz.

Bu özelliği madde 6 (1)'in zayıflığını belirlemektedir: Bazı davalarda bu durum makul olmayan sonuçlara neden olur ve madde 6(1) kapsamında belirlenen yetkili mahkeme uygun seçim olmayabilir. Bu, ayrıca davalıların beklentisine de zarar verebilir. Ana davalı haricinde, tüm davalılar, doğal olarak, herhangi bir davalının ikametgâhının bulunduğu ülke yerine, tüm uyuşmazlığın en yakın ilişkili olduğu ülkenin yargı yetkisine tabi olacaklarını umacaklardır. Sonuç olarak, kimi görüşler, birleştirilmiş davanın, yeterli sayıdaki davalılar grubu hakkında yargı yetkisine sahip olan mahkemede açılabilmesini önermektedirler.(20) Bununla birlikte, bu yaklaşım “yeterli sayının” ne şekilde tespit edileceği yönünde belirsizliğe yol açabilir ve davalının adalete erişimini sorgulanabilir kılacak şekilde davacıya çok sayıda seçenekler sunabilir.

MADDE 6 (1)'İN UYGULANMASI

Prensipier bölümü, madde 6 (1)'in formüle edilmiş şeklini ve yorumlanması konusundaki prensipleri belirlemektedir. Madde 6 (1) pratikte pek çok belirsizlik ve problem ortaya çıkarmaktadır. Bu bölüm, bu hükmün nasıl yorumlandığını ve pratikte nasıl yorumlanması gerektiğini incelemektedir.

Davalıların İkametgâhı

Davalılardan birisinin ikametgâhında olması gereken yetkili yargı yerini seçme hakkı, madde 6 (1) hükmüne göre davacıya tanınmıştır. Şüphesiz, bu kural, ancak tüm davalıların üye ülkeler içinde ikamet etmesi halinde uygulanır. Tüm davalılar aleyhine birlikte açılmak üzere ikametgâhı seçilen ana davalı üye ülkelerden birinde ikamet ediyor ise ve diğer davalılar üye ülkeler dışında ikamet ediyor iseler, ana davalının ikametgâhının bulunduğu üye ülke, ulusal yargı yetkisi kurallarına veya Düzenleme'nin 22 ve 23. maddeleri hükümlerine göre, diğer yargılamaların bu yargı yerinde birleştirilip birleştirilmeyeceğine karar verecektir. Davalılardan biri üye ülkeler dışında ikamet ediyor ve fakat Düzenleme'nin 4. maddesine göre bir üye ülkenin yargı yetkisine tabi ise, diğer davalılar, Düzenleme'nin yargı yetkisi veren başka bir hükmüne göre yetkili kılınmadıkça, diğer AB davalıları yargılamada bir araya getirilemez.(21)

Bir davalının ikametgâhını seçme zamanı da hayati öneme sahip olabilir. Takip eden iki durumda zorluklar ortaya çıkabilmektedir: (1) Bir davanın başlangıçta “ana” davalı aleyhine açıldığı, davalının ülke içinde ikamet etmediği ve mahkemenin diğer sebeplere dayanarak yetkili olduğu kanaatine vardığı zaman.(22) Davacının diğer üye ülkelerde ikamet eden birlikte davalılara katılmak için başvurduğu zaman, “ana” davalı ikametini yargı yerinde edinmiştir. (2) Dava açıldığında, ana davalı dışındaki diğer davalılar üye ülkeler dışında ikamet ettikleri ve davacının, adı geçen davalıların ikametgâhlarını üye ülkeler içinde olacak şekilde değiştirmelerinden sonra onlar hakkındaki yargılamaya katılmak için başvurduğu zaman. Bu durumlarda, madde 6(1) ancak, bir davalının ikametgâhının belirlenmesinde dikkate alınacak zamanın, davanın ilk açıldığı zaman değil ve fakat diğer davalılara katılma zamanı olduğu takdirde uygulanabilir.

İngiltere Mahkemesi, Adalet Divanı tarafından net bir cevap verilmeden önce, Brüksel Sözleşmesi'in yorumuyla ilgili olan *Petrotrade Inc / Smith*,(23) davasında bu sorunu cevaplamıştır. İlk davalı, davacının, İngiltere'de sahtecilik yapan ve Birleşik Krallık içinde kalma şartıyla mahkemece kefaletle tahliye edilen önceki işçisiydi. Davacılar, 1993'teki, geleneksel İngiliz yargı yetkisi kurallarına dayanarak, onun aleyhine tedbir uyguladılar. İlk davalı, iki Belçikalı şirketle birlikte bir başka sahtecilik yaptı ve davacılar 1997'deki İngiltere'deki davaya Belçikalı şirketlerin yanında birlikte davalı olarak yer almak üzere katılma talimatı verildi. İlk davalı, bu tarihten önce İngiltere'de ikametgâh hakkını kazanmıştı. Belçikalı şirketler, asıl talep yapıldığında ana davalının İngilterede ikamet etmediği sebebine dayanarak yargı yetkisine karşı çıktı. Thomas J., yargı yetkisi sorununun, ilk yargılamanın başlatıldığı zaman çözülmesi ve sonrasında da yetkili mahkemenin sabitlenmesi gerekliliğini Sözleşme'nin amacı olarak değerlendirmiştir.(24) Ayrıca, bir davacının sonradan değiştirmeyen bir yetkili mahkemeyi tespit edebilmesi de önemlidir.(25) Belirlilik ve tahmin edilebilirlik için, ikametgâh yerinin, kabul edilen yargı yetkisinin sonraki değişikliklerden etkilenmemesi için, davanın ilk açıldığı zamanda tespit edilmesi gerektiği doğrudur.(26) Bununla birlikte, bu özel durumda, davacıların aynı olaylara dayalı olarak Belçika'da bu iki davalı aleyhine başka bir dava açabileceğinden, yargı yetkisine ilişkin kararın bağdaşmaz kararların verilmesi riskini doğurabileceğini fark etmek te gereklidir.(27)

Taleplerin Sıkı Bağlantı İçinde Olması

Madde 6(1)'in uygulanması için, ayrı yerlerde yargılama yapılmasından kaynaklanan bağdaşmaz kararlar verilmesi riskinden kaçınmak için, farklı

davalılar aleyhindeki taleplerin birlikte görülüp karara bağlanmasının çok önemli olduğu konusunda mahkemenin tatmin olması gerekir.(28) A.G. bağlantı şartı için iki sebep bildirmektedir:

“Bu gereklilik, bir taraftan farklılık gösteren kararlar verilmesi riskini düşürür, diğer taraftan, davalılardan birinin ikamet ettiği ülke mahkemesi kapsamında çıkarılması yönündeki istenmeyen sonuçtan kaçınılmasını sağlar.(29)

Yakın bağlantı şartı, davalının adalete erişimini korumak bakımından haklı bulunmaktadır.(30) Bununla birlikte pratikte takip eden zorlukları beraberinde getirmektedir: Yakın bağlantının varlığına nasıl karar verilecektir? Taleplerin birleştirilmesini haklı göstermesi bakımından bu yakınlık ne düzeyde olmalıdır?

Kalfelis davasındaki Adalet Divanı'nın kararına göre, bağlantının niteliği, Düzenleme kapsamında hakların ve ilgili kişilerin eşitliği ve birliğinin temini için, Topluluk yönünden tek bir anlam ifade edecek şekilde bağımsız olarak belirlenmelidir.(31) Davacı davayı açmak için hangi yargı yerini seçerse seçsin, mahkemelerin, taleplerin madde 6(1)'in uygulanmasını mümkün kılacak şekilde yakın bağlantı içinde olup olmadığı konusunda, aynı ve birbiriyle uyumlu kararlar vermesi önemlidir. Mahkemeler, genel olarak, ilişkileri fiili ve hukuki yönden değerlendirmelidirler. Madde 6(1)'in şartını karşılayacak en açık ilişki, taleplerin hem fiilen hem de hukuken esas itibariyle aynı olmasıdır.(32) Birlikte davalılar eğer ortak borçlular ise, aynı vakıalar bütünü bu taleplerle uğraşan herhangi bir mahkeme tarafından değerlendirilecek ve mahkeme bu meselelere aynı hukuk alanını uygulayacaktır. Bununla birlikte, diğer vakılarda talepler arasındaki bağlantının madde 6(1)'in uygulanmasını mümkün kılacak kadar yeterli olup olmadığı net değildir.

Taleplerin Hukuki Anlamda Değil ve fakat Fiili Anlamda Esası İtibariyle Aynı Olması.

Bazen, farklı davalılar aleyhine yapılan talepler hukuken değil ve fakat fiilen esas itibariyle aynıdır. Örneğin, bir paket turu sözleşmesini imzalayan kişi seyahat operatörü tarafından zarara uğratılır. Seyahat operatörü aleyhine yapılan talep haksız fiilden kaynaklanırken, acente aleyhine yapılan talep sözleşmeden kaynaklanır.(33) Üretici aleyhine yapılan talep haksız fiilden, perakendeci aleyhine yapılan talep sözleşmeden kaynaklanmasına karşın, her iki talep arasında esaslı miktarda örtüşen meseleler vardır. Adalet Divanı'nın *Réunion européenne SA*.(34)

davasındaki kararından sonra, farklı davalılar aleyhindeki taleplerin farklı hukuki sebeplerden kaynaklandığı zaman madde 6(1)'in uygulanıp uygulanmayacağı hususunda devamlılık arz eden tartışmalar olmuştur. Mahkeme, dava ile açık bir ilgisi olmayan takip eden tartışmalı ifadeye bulunmuştur: “Farklı davalılar aleyhine yöneltilen ve birinde sözleşmeye ve diğeri haksız fiil sorumluluğuna dayanan iki talebe ilişkin tazminat davaları arasında bağlantı var sayılamaz”.(35)

Bu ifade, Mahkeme’ce, madde 6 (1)’in uygulanması ile ilgili geniş bir prensibin belirlenip belirlenmediği ve doğru olup olmadığı konularında pek çok tartışmayı ortaya çıkarmış ve yanlış veya sıra dışı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.(36) Mahkeme, etkilerini ve sonuçlarını dikkate almadan bu beyanda bulunmuştur.

Eğer, aynı grup vakıalar, birden çok davalılar aleyhine yapılan taleplerde, bu taleplere bakan mahkeme tarafından birlikte dikkate alınacak,(37) bir talep diğer talep hakkındaki karara dayanacak(38) veya uygulanacak hukuk, bir davalının sorumluluğunu diğer davalının eylemlerinin sonuçlarını da içerecek şekilde genişletecek ise(39), davacının birden fazla dava açmasını gerekli görmek makul değildir. Farklı yargılamalar, bağdaşmaz kararların ortaya çıkmasına neden olacak ve kararların tanınması ve tenfizinde zorlukları beraberinde getirecektir.

Diğerleri *Réunion* kararını yanlış olarak görmemekle birlikte, bu ifadeye madde 6 (1) kapsamında açılan tüm davalara uygulanacak geniş bir prensip muamelesinde bulunmayı reddettiler.(40) Yakın tarihte *Freeport Plc / Arnoldsson* davasında verilen karar da bu tutumu benimsedi.(41) Mahkeme buna takip eden üç sebebi gösterdi: İlki, *Réunion* davasının madde 6 (1) yerine madde 5 (1) ve madde 5 (3)’ün uygulanmasına ilişkin olması, ikincisi, *Réunion* kararının davalılardan hiçbirinin ikamet etmediği üye ülkelerden birinde açılan bir dava ile ilgili bulunması ve üçüncüsü *Réunion* kararındaki ifadenin madde 5 (3) kapsamında yapılmış olmasıydı. Bu madde, birden fazla haksız fiile veya haksız fiil benzeri olaya ilişkin davanın, haksız fiilde bulunanın ikametgâhı mahkemesinde veya haksız fiile ilişkin olayın gerçekleştiği yerde birleştirilebileceğini, ancak biri haksız fiile diğeri sözleşmeye dayalı taleplerin bu şekilde birleştirilemeyeceğini açık olarak belirtmektedir. Sonuç itibariyle *Réunion* ifadesi hatalı olmamakla birlikte madde 6 (1)’in yorumlanmasına ilişkin bağlayıcı bir prensip olmayacaktır.(42) *Freeport* kararı, farklı davalılar aleyhine yapılan talebin aynı hukuki sebebe dayanmasına gerek olmadığını açıklığa kavuşturmuştur.(43) Bu hikayenin sonu gibi görünmektedir. Bununla birlikte, taleplerin aynı hukuki sebebe dayalı

olmasının hiçbir önemi olmadığı anlamına da gelmemektedir. Böyle bir durum, madde 6 (1)'in uygulanması, özellikle, çok tarafı olan yargılamaların bağdaşmaz kararların ortaya çıkmasına neden olup olmayacağı açısından, talepler arasındaki bağlantının yeterli olup olmadığına tespitinde dikkate alınacak faktörlerden biri olacaktır

Esası İtibariyle Benzer ve fakat İlgisiz Vakıalar

Bir uyuşmazlık genel olarak iki tip vakıa içerir: Önemli ve önemsiz olanlar. Önemli olanlar, bir haksız fiil davasında haksız fiil oluşturan eylemler ve sözleşmenin oluşturulmasına, geçerliliğine, hükümlerine, tamamlanmasına ilişkin sözleşmeye dayalı meseleler ve bir sözleşmeye dayalı anlaşmazlıkta sözleşmeye aykırılıklar gibi bir uyuşmazlığın dayandığı vakılardır. Önemsiz vakıalar, davalıların kimliği gibi bir talebin dayanağını oluşturmayan diğer gerçeklerdir. Bazen, farklı davalılar aleyhine yapılan ayrı taleplerdeki önemli vakıalar esası itibariyle benzer, bazen hatta aynı ve fakat bağlantısızdır. Tipik örnek Avrupa patentinin iddia edilen ihlalidir. Bir Avrupa patentinin verilmesinden sonra, bu patent, her bir devlet yönünden verilir ve her bir devlette bağımsız bir ulusal patent gibi muamele görür. Bununla birlikte, bu ulusal patentler aynı patent uygulamasından kaynaklanır ve genellikle aynıdır. Eğer farklı davalıların, özellikle bir grup şirkete ait olanların, benzer davranışlarla farklı ülkelerdeki patenti ihlal ettikleri iddia edilir ise, davalılar aleyhine yapılan talep benzer konuya ilişkin olur ve benzer hukuki sorunları ortaya çıkarır. Bununla birlikte, bu talepler paralel ve fakat bağlantısız vakılardan kaynaklanır.

Oldukça yaygın bir yorum biçimi, farklı taleplerdeki esaslı vakıaların birbirleri ile direkt bağlantısı olmamasına karşın, vakıalar arasındaki esaslı benzerlik madde 6 (1) in uygulanmasına yeterli olduğunu savunmaktadır.⁽⁴⁴⁾ Bu yorum aşırı derecede geniştir. Zira, bu durumda, madde (6)1 sadece bağlantılı taleplere değil, dava sebebi aynı olan bağlantısız olanlara da uygulanacaktır. Örneğin, bir şirket iki bağlantısız şirkete mal satmak amacıyla iki ayrı sözleşme imzalar. Her iki sözleşme aynı içerikte olup aynı modele dayanmaktadır. Her iki alıcı ödeme yapmamıştır. İki alıcı aleyhine yapılan talepler esası itibariyle benzer ve fakat tamamen bağlantısızdır. Farklı mahkemeler tarafından verilecek kararların birbirleriyle bağdaşmazlık içinde olması imkansızdır ve davaların birleştirilmesinin haklılığı yoktur.

Dar bir yorum, esasa ilişkin vakıaların paralel ve fakat bağlantısız olması halinde farklı davalılar aleyhine yapılan talepler arasında yakın bağlantı bulunmadığı yönündedir. (45) Brüksel Sözleşmesi'nin 6 (1) maddesinin yorumlanmasına ilişkin *Roche Nederland BV / Primus*, (46) davasında son zamanlarda Adalet Divanı'nca verilen bir kararla bu doğrulanmıştır. Bu davada davacılar Avrupa patentinin ortak sahipleriydi. Bu patent kendilerine sözleşmeye taraf 10 devlet tarafından verilmişti. Davalılar Roche grubu içinde dokuz şirket idi; Hollanda'da kurulmuş bulunan Roche Nederland'ın yanında, altı farklı sözleşmecisi devlet, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulmuş olan sekiz diğer şirket bulunmaktaydı. İddia ettikleri patent haklarının ihlal edildiği konusunda davacılar, Roche Nederland'ın ikametgâhı mahkemesinde tüm birlikte davalılar aleyhine dava açtılar. Konuyla ilgili bir esaslı soru, farklı Avrupa'lı davalılar aleyhine yapılan talepler hakkında, Hollanda Mahkemesi'nin, Brüksel Sözleşmesi'nin 6 (1)'inci maddesi kapsamında tüm davalılar hakkında yargı yetkisine sahip olup olmadığıdır. Adalet Divanı, farklı ülkelerde kurulan farklı davalı şirketlerin, ülke bazında verilen ve korunan patent haklarını ihlal eden birbirinden bağımsız eylemlerde bulunduğu gerekçesiyle, bu taleplerin yakın bağlantı içinde olmadığı ve madde 6 (1)'in uygulanamayacağına karar verdi. İhlal teşkil eden aktiviteler ve patent ihlali olarak adlandırılan ve taleplerle esaslı bağlantı içinde olan vakıalar benzer olmakla birlikte aynı değildi. (47) Bu patentlerin, kendi topraklarında gerçekleştirilen eylemlere ilişkin olarak farklı ülkeler tarafından korunduğu görüşüne varıldı. Sonucu itibariyle, paralel yargılamalar sonucunda verilen kararlar arasındaki olası farklılıklar, aynı somut durum kapsamında gerçekleşmiş olarak görülmedi. (48)

Roche kararı, benzer, fakat bağlantısız maddi vakıalara ilişkin davaların, madde 6 (1)'in şartlarını karşılayacak derecede yakın bağlantılı kabul edilemeyeceği önermesinde bulunmaktadır. Pek çok davada, talebi oluşturan vakıalar bağlantısız, fakat dava konusu veya davalılar gibi önemli olmayan vakıalar bağlantılıdır. *Roche* kararına göre, dava konuları veya davalılar arasındaki muhtemel yakın ilişkiye bakılmaksızın, talep ile doğrudan bağlantısı bulunan maddi vakıalar önem arz etmektedir. Bununla birlikte, madde 6 (1)'in anlamını idrak edebilmek bakımından bu iyi bir yorum değildir. *Roche* davasında, davalılar açık şekilde yakın bağlantılı idiler; Davalılar aynı grubun bir parçasıydılar ve ortak bir hareket tarzı sergilediler. Onlar aynı eylemlerden kaynaklanan yasal sonuçların aynı olmasını umabilirler, birbirlerinin ikametgâhı mahkemesinin yargı yetkisine tabi

olmaktan dolayı şaşırırmazlardı. Diğer davalarda, dava konuları arasındaki bağlantı, madde 6 (1)'in uygulanmasını haklı gösterirdi. Bir şirketin İngiliz ve Amerikan sigorta şirketleriyle ayrı ayrı sigorta sözleşmesi imzaladığını ve sigorta edenlerin her birinin, sigorta edilen şirkete karşı sınırlı bir sorumluluk kabul ettiğini farz edelim. Bu iki sözleşme aynı riske ilişkin olup, aynı sözcüklerle yazılmış ve fakat görüşmeler birbirinden bağımsız ve ayrı ayrı yapılmıştır. Her iki sigorta eden arasında bağlantı bulunmamaktadır.(49) Her bir sigorta edilen aleyhine yapılan taleplere ilişkin maddi gerçekler benzer, ancak bağlantısızdır. Bununla birlikte, iki sigorta sözleşmesinin konusu bağlantılıdır. Sigorta edilen her iki sigorta edenden da tam olarak yararlanamayabilir ve sigortacılar arasında rücu anlaşması olabilir. Bu durumda, farklı yargılamalardan kaynaklanan bağdaşmaz kararlar ortaya çıkabilir.(50) Talebe neden olan maddi vakıalar bağlantısız olmasına rağmen, davalılar veya dava konuları arasındaki bir bağlantı bağdaşmaz kararların önüne geçmek yönünden, yargılamaların birleştirilmesi işlemine haklılık kazandırabilir. Sonucu itibarıyla, prensipte, bir talebe neden olan benzer, fakat bağımsız vakıaların yargılamanın birleştirilmesi için yeterli olmamasına karşın, önemli olmayan vakıalar arasında, farklı yargılamalardan kaynaklanan bağdaşmaz kararların ortaya çıkmasına neden olacak türden başka bağlantıların varlığı halinde, madde 6 (1) kapsamında davaların birleştirilmesinin haklı olduğu yönünde ılımlı bir yorumlama daha arzu edilebilir olacaktır.(51)

“Bağdaştırılmaz Kararlar” Tabirinin Yorumu

Yukarıda tartışıldığı üzere, farklı taleplere uygulanması gereken kanun ile vakıalar arasındaki hangi ilişkilerin madde 6 (1)'in gerekliliklerini karşılayacağı konusunda genel bir kurallar bütünü yoktur. Testin uygulanmasındaki anahtar prensip, bağımsız yargılamalardan bağdaşmaz kararların ortaya çıkıp çıkmayacağını görmektir. Bağdaşmaz kararların ortaya çıkmasından kaçınmak madde 6 (1)'in ve Brüksel I Düzenlemesi'nin diğer hükümlerinin temel prensiplerinden biridir. (52) Fakat “bağdaşmaz” kararlar nedir?

“Bağdaşmazlığın” yorumu konusunda iki görüş vardır. Geniş yorum, madde 6 (1)'in madde 28 (Sözleşme'nin 22. maddesi) ile aynı doğrultuda yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir. (53) Amacı bağlantılı davalarda, çelişkili kararlardan kaçınmak ve Topluluk içinde yargının doğru işleyişini kolaylaştırmak olan 28. madde, *lis pendens* hukuki kurumu ile ilgili hükümler içermektedir.(54) Madde 28'in yorumlanması, ayrı tenfiz mükün olduğu durumlarda dahi, tüm

çelişkili kararları içerecek genişlikte olmalıdır.(55) Sonucu itibariyle, ayrı ayrı infaz edilebilse ve yasal sonuçları örtüşmese bile, bağdaştırılamaz kararlar, maddi gerçeğe veya hukuki bulgulara ilişkin çelişkili kararların olduğu yerde ortaya çıkabilir.(56)

Diğer yandan, “bağdaşmazlığın” kararların sonuçlarının örtüşmediği durumu kapsadığı yolunda bir dar yorum bulunmaktadır.(57) Bu görüş, *Roche* davasında A.G. Leger tarafından desteklenmiştir.(58) İleri sürülmektedir ki, madde.6(1) madde 28'den daha sınırlayıcı yorumlanmalıdır. Çünkü, madde 28, kendisine ilk dava açılan mahkeme hariç, mahkemelere, madde (2)' nin etkisinden sistematik olarak mahrum kılmayan yargılamanın durdurulması veya yetkisizlik kararı verme seçeneğini sunmakta iken, madde 6(1), birlikte davalıları sistematik olarak kendi ikametgâhlarında dava edilme hakkından yoksun kılmaktadır.(59) Bundan başka, 6(1). maddenin işleyişi, hükmü kötüye kullanma ve yargı yeri pazarı kurma şansına sahip olan davacı tarafından belirlenebilir. 28. maddenin işleyişi yargının güçlü işleyişini temel alan mahkemenin yetkisine bağlıdır.(60) Sonucu itibariyle, 6 (1). maddedeki “bağdaşmaz kararlar” tabiri madde 28'deki kavramdan daha dar ve madde 34 doğrultusunda yorumlanacaktır. Madde 34, eğer kararlar, tanınma işlemi için başvurulmuş ülkedeki kararlar ile(61) veya üçüncü bir ülkedeki daha önceki kararlar ile(62) bağdaşmaz nitelikte ise, mahkemeye, diğer üye devletlerin mahkemelerince verilen kararların tanınması ve tenfizinin reddi imkanını vermek suretiyle, Düzenleme'nin amacına bir istisna getirmektedir. Madde 34'teki “bağdaşmazlık” terimi aynı zamanda infaz edilemeyecek kararları kapsamak üzere dar olarak yorumlanmak zorundadır.

Bağdaşmazlığın yorumu hayati niteliktedir. Maddenin anlamının, Brüksel I Sözleşmesi'nin esaslı gerekliliğini ve üye ülkelerin yargısal yardımlaşmasının doğru işlenmesini mümkün kılacak şekilde tespiti gerekmektedir. Bu yönden, madde.6(1) ve madde 28 reddedilemez bir bağlantıya sahiptir: Her ikisi de, yargısal yardımlaşmaya ilişkindir ve bağlantılı taleplerle ilgili uyumsuzluk arz eden kararlardan kaçınır. Daha önemli olarak, birleştirilmiş bağlantılı yargılama olanağı, kendisine ilk dava açılan haricindeki mahkemeye yetkisizlik kararı verme yetkisinin tanınması için bir faktördür.(63) Bunun aksine, 6(1), 34(3) ve (4). maddelerin işleyişi farklıdır. Madde 34(3) ve (4) Düzenleme'nin temel prensibine istisna getirmekte ve yabancı kararların tanınmasının reddinin mümkün olduğu sebepler koymaktadır. Bu maddeler “bağdaşmazlık” konusunu daha esaslı bir

düzeyde düzenlemektedir. Bundan başka, madde 6 (1) farklı davalılar aleyhine yapılan yargılamalara ilişkin bağdaşmaz kararları düzenlemekte iken, madde 34(3) ve (4) aynı taraflar arasındaki anlaşmazlıklar hakkındaki bağdaşmaz kararlara ilişkindir. “Bağdaşmazlığın” düzeyi tamamen aynı olmamalıdır. Açıktır ki, madde 34(3) ve (4)'ün yorumu, madde 6 (1)'in amacı yönünden çok dardır. İki kişinin birlikte haksız fiil işleyen olduğunu varsayalım. İki ayrı dava iki ayrı üye devlette aleyhlerine açılmış olsun. Mahkemelerden biri talebi kabul, diğeri reddetmiş olsun. Bu kararlar, farklı ülkelerdeki farklı kişiler aleyhine aynı zamanda infaz edilebilir. (64) Ancak, yargısal kararların uyumlu olması, davacıların adil muameleye tabi tutulması ve usul ekonomisi yönünden bunların birlikte görülmesi daha iyidir.

Madde 28 mahkemelere kendi takdirlerine göre karar verme yetkisi tanırken, madde 6 (1)'in davacıya yargı yerini seçme özgürlüğünü verdiği doğrudur. Bu, madde 6(1)'in daha kısıtlayıcı şekilde yorumlanması gerektiği anlamına mı gelir? Madde 28, başka şartlar altında yargı yetkisine sahip olan mahkemeye davanın durması veya yetkisizlik kararı verme yetkisini sağlar iken, madde 6(1) bir mahkemeye yargı yetkisi veren bir sebep içermektedir. Madde 28 Düzenleme'nin yargı yetkisine ilişkin kurallarından sapmakta iken, madde 6(1) madde (2)'deki temel yargı yetkisi prensibinden sapma göstermektedir. Brüksel I Düzenlemesi'nin temel prensiplerinden birinin kesinlik ve öngörülebilirlik olması nedeniyle, Düzenleme kapsamında mahkemelere verilen durma ve yetkisizlik kararları verme özgürlüğü sınırlı olacaktır. (65) Bu farklılık 6(1) ve 28 maddelerinin farklı şekilde yorumlanmasını haklı kılmaz. Sonuç olarak, madde 6 (1)'deki “bağdaşmaz kararlar” teriminin, birbirleri ile örtüşmez olup olmadığına bakılmaksızın, gerek hukuksal yorum, gerekse vakıaların tespiti açısından uyumsuzluk arz eden kararların var olabileceği durumları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği önerilmektedir.

“Ana” Davalı Şartı

Madde 6 (1)'in sözü, birleştirilmiş yargılamalar yönünden, herhangi bir davalının “ana” davalı olabileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, diğer tüm davalıların kendi ülkesinin yargı yerinden mahrum olacağı ve tüm davanın “ana” davalı aleyhindeki yargılamalardan kaynaklanıyor olması nedenleriyle, bazıları, “ana” davalının en önemli, isim vermek gerekirse “anahtar davalı” olması gerektiğini ileri sürmektedir. İşaret edilmektedir ki, anahtar davalının ikametgâhı mahkemeleri yargı yetkisine sahip ise, bu durum talep ve yetkili mahkemenin

yakın bağlantı içinde olmasını sağlar ve yargı yeri pazarı oluşması olanaklarını azaltır.(66) Bu noktalar doğru olmakla birlikte, yaklaşım gerçekçi değildir ve daha çok uyumsuzluklar ortaya çıkarabilir. Bu yaklaşım, kendisine dava açılan mahkemenin, “ana” davalının önde gelen davalı olup olmadığına karar vermek bakımından davanın esasını incelemesini gerektirir, ki bu da ek masraflar ve uzun süren yargılamalar ortaya çıkarır.(67) “Ana” davalının kim olması gerektiği konusunda taraflar arasında başka uzlaşmazlıklara sebebiyet verebilir.(68) Bundan başka, madde 6(1)'in amacı “en uygun” yargı yerini düzenlemek değil ve fakat bağdaşmaz kararlar verilmesi riskinden kaçınmak için, yargı yetkisinin talepler ile herhangi bir davanın ikametgâhı arasındaki bağlantıdan kaynaklanmasını mümkün kılmaktır.

Pek çoğu, anahtar davalının sıkı şekilde gerekli olduğunu reddetmekle birlikte, bazıları ana davalı aleyhine kabul edilebilir bir talebin var olması gerektiği görüşüne sahiptir. Bu mesele, *Reisch Montage AG / Kiesel Baumaschinen Handels GmbH* davasında değerlendirilmiştir.(69) Bu davada, ana davalı aleyhinde iflas yargılaması bulunduğu zaman, ana davalı aleyhine açılan dava, Avusturya İflas Mevzuatı kapsamında reddedilmişti. Madde 6 (1) kapsamında ikinci davalı aleyhine iddia edilen yargı yetkisine, ana davalı aleyhinde açılan davanın ulusal hukuk kapsamında kabul edilemez olduğu gerekçesiyle itiraz edildi. Alman hükûmeti ve A.G. Colomer, madde 6(1)'in amacının usul ekonomisi ve bağdaşmaz kararlardan kaçınmak olduğunu gerekçe göstererek, bu maddenin uygulanmaması gerektiğini ileri sürdüler.(70) Sadece iki davalının olduğu bir davada, ana davalı aleyhindeki davanın kabul edilemezliğine karar verildiğinde, bu, birden çok davalısı olan yapay bir dava olacak ve madde 6 (1)'in uygulanması gerekçesi ortadan kalkacaktır.(71) Bu görüş, kararını yasal kesinlik prensibine dayanarak veren Adalet Divanı tarafından reddedildi; Düzenleme hükmünün, ulusal hukuka bağlı olarak değil, maddenin amacı ve sistematığına atıf yapılmak suretiyle, bağımsız olarak yorumlanması gerektiği belirtildi.(72) Bu yorum, madde 6 (1)'in amaçladığı tarafların adalete erişimi gibi daha önemli prensipleri değil sadece kesinlik ve öngörülebilirlik konusunu dikkate almaktadır. Bu, davacının madde 6 (1)'i kötüye kullanmasına kapı açmakta ve madde 2'deki genel prensipten, bu prensibi tartışmaya açacak ölçüde sapma göstermektedir. Ana davalı, madde 6 (1) kapsamında dava ve yargı yeri arasındaki tek bağlantıdır. (73) Ana davalı aleyhine talep olmadan, yargı yetkisi sebepsiz olarak verilmiş

ve diğer davalılar kendi ülkelerindeki yargı yerini kullanmaktan makul olmayan şekilde mahrum edilmiş olur.

İngiliz Mahkemeleri'nin daha önceki pek çok kararı *Reisch* kararına aykırı bulunmaktaydı. Ana davalı aleyhine açılan dava diğer birlikte davalılar aleyhine madde 6 (1) hükmüne dayanılmasının temeli olduğu için, bazı İngiliz Mahkemeleri yargı yetkisinin varlığının kabulü için “güçlü olarak savunulabilir bir davanın” var olması gerektiğine karar vermişlerdir.(74) Bununla birlikte, “güçlü olarak savunulabilir bir dava” testi yüksek bir standart gerektirir. Davacı, daha iyi bir teze sahip olduğunu göstermek zorundadır.(75) Daha iyi bir standart, davacı ve davalı arasında gerçek bir hukuki mesele olup olmadığını görmek şeklinde uygulanan daha az zahmetli “gerçek talep” testi olabilir.(76) Madde 6 (1)'in ulusal hukuktan bağımsız olarak yorumlanması gerekliliğine rağmen bağımsız Topluluk yorumu ana davalı aleyhine yapılan talebin “gerçek” olması gerekliliğini içermelidir.(77)

Diğer Üye Ülkelerin Yargı Yetkisinin Dışlanması

Kalfelis davasında Adalet Divanı, davacının, madde 6 (1)'i, bir veya birden çok davalının ikametgâhının yer aldığı bir veya birden çok üye ülkenin yargı yetkisini dışlamak yegane amacı ile kullanma özgürlüğüne sahip olmaması gerektiğine hükmetmiştir.(78) Bu gereklilik, daha sonraki *Freeport / Arnoldsson* davasında reddedilmiştir.(79) Bu davanın davacısı, kayıtlı ofisi Birleşik Krallık'ta olan ikinci davalı Freeport Plc ile, ikinci davalının tam mülkiyetine sahip olduğu Freeport AB'nin davacıya bir miktar para ödemesini kabul eden bir sözleşme imzalamıştı. Freeport AB sözleşmenin imzalanması zamanında yoktu. Freeport AB, İsveç'te kurulmasından sonra, sözleşmeye taraf olmadığı gerekçesiyle, bu ödemeyi yapmayı reddetti. Davacı, Brüksel I Sözleşmesi'nin 6 (1). maddesi kapsamında, Freeport AB'nin ikametgâhı olan İsveç'te her iki davalıyı dava etti. Freeport Plc, yargı yetkisine, tali şirket aleyhine açılan davanın yasal dayanağa sahip olmaması nedeniyle İsveç ulusal hukuku kapsamında başarılı olamayacağı ve davanın Freeport Plc.'nin ikamet yeri mahkemesinin yargı yetkisinin dışlanması yegane amacına dayalı olarak açıldığını iddia ederek karşı çıktı.

Adalet Divanı, doğru olarak, somut olayda madde 6 (1) kapsamında açılan davanın makul dayanağı olduğunu, zira ana davalı aleyhine açılan davanın ulusal hukuk kapsamında başarılı olmasının, madde 6 (1) kapsamında yargı yetkisi konusunda karar verilirken dikkate alınmaması gerektiğine karar vermiştir.(80) Bununla

birlikte, Mahkeme, hatalı olarak, taleplerin, davalılardan birinin ikametgâhı mahkemesinin yargı yetkisini ortadan kaldırma yegane amacı ile yapılmaması gerektiği yönünde bir şart koşulmasına gerek olmadığına karar vermiştir.(81) Sonraki karar, öncelikli olarak, ihtiyaç sebebinden kaynaklanmaktadır. Adalet Divanı, her bir davalı aleyhine yapılan talepler arasındaki yakın ilişki şartının, davacının, madde 6 (1)'i, davalılardan birinin ikametgâhının bulunduğu ülke mahkemelerinin yargı yetkisinin dışlanması yegane amacı ile kullanma imkanını önlemek için konulduğu gerekçesini sunmaktadır. Sonuç olarak, talepler arasındaki yakın ilişki objektif şartı madde 6 (1)'in kötüye kullanılmasının engellenmesi için yeterlidir.(82) Bu karar tartışmalıdır. Davacı, birlikte davalıları, yapay bir ana davalının ikametgâhı mahkemelerinde dava edebilir; Ana davalı aleyhindeki talep dayanaksız ve kabul edilemez olabilir; Ana davalı aleyhindeki talep gerçek bir yarara dayanmayabilir.(83) Vakıalara dayalı bağlantı testi adaletin güçlü işleyişini temin edecek yeterlilikte değildir. “Yargı yetkisini dışlama” testinin madde 6 (1)'in koruyucusu olarak benimsenmesi gerektiği savunulmaktadır.

88 Davacının, davayı, davalılardan birini kendi ikametgâhı mahkemesinin yargı yetkisinden mahrum etmek yegane amacı ile açıp açmadığı nasıl tespit edilecektir? Davacının gerçek amacı subjektif olup teste tabi tutulması zordur. Bu nedenle, takip eden örneklerdeki gibi objektif bir test benimsenmelidir: Örneğin, davanın etkisi spesifik bir üye ülkenin bir yasal ilişkiye yönelik yargı yetkisini hariç bırakmak olup, bu, ulusal hukuka atıf yapmaksızın maddi bir sorun olarak karara bağlanabilir. Örneğin, davacı bir davalının ikametgâhını dava açmak için seçerse ve ana davalı aleyhine yapılan talep yapmacık ise, davacının davalılardan birini ikametgâhından ayırmak yegane amacıyla dava açtığı sonucuna varmak makul olabilir. Bu gereklilik, davacının madde 6 (1)'i ancak en şiddetli şekilde kötüye kullanmasını engelleyebilir, ancak davacının madde 6 (1)'i iyi niyetle kullanması halinde yargı yeri pazarı kurmasını engellemez. Pek çok davada, ana davalı aleyhine yapılan talep gerçek olmakla birlikte, sadece usulü yerine getirmek içindir. Davacı, şüphesiz, yargı yeri pazarı kurmakta ve diğer davalıları kendi ikametgâhları mahkemesinden uzaklaştırmaktadır. Bu tür yargı yeri pazarlamasına engel yoktur. (84) Aksi takdirde, öne sürülebilir ki, davacı ana davalının ikametgâhında dava açmazsa, davacının diğer davalıları, özellikle anahtar davalıyı kendi ikametgâhları mahkemesinden uzaklaştırdığı şüphesi altında kalır. Davacıyı anahtar davalıyı tespit etme yükümlülüğü altında bırakmak, pratik olmadığı gibi belirsizliğe

neden olur.(85) Sonucu itibariyle, üye ülkelerin yargı yetkisini hariç bırakma olasılığı şeklindeki kriter madde 6 (1)'in yorumlanması için kullanılmalıdır. Bu, ana davalı aleyhindeki davanın “başarılı” olup olamayacağını karara bağlamak bakımından, talebin esasının sıkı şekilde dikkate alınmasını gerektirmez. Gerekli olan, değerlendirilmesi gereken gerçek bir meselenin var olduğunu göstermektir.

DİĞER YARGI YETKİSİ KURALLARIYLA ETKİLEŞİM

Korumacı Yargı Yetkisi Prensibi

Brüksel I Düzenlemesi'nin 3, 4 ve 5. bölümleri, sigortacılık, tüketici sözleşmeleri, ve istihdam konularında koruyucu yargı yetkisi kuralları getirmektedir. Bir veya daha fazla davalı koruyucu yargı yetkisi kapsamında taraf ise madde 6 (1) nasıl uygulanacaktır? *Glaxosmithkline ve Laboratoires Glaxosmithkline / Jean-Pierre Rouard*(86) davasında bu mesele Adalet Divanı tarafından değerlendirilmiştir. Davada, işten çıkarılan bir işçi, Fransa'da kendisinin ortak işvereni sıfatıyla ikametgâhları sırasıyla Fransa ve Birleşik Krallık'ta olan iki şirket aleyhine dava açmıştı. Adalet Divanına yöneltilen soru, istihdam sözleşmelerinde özel yargı yetkisine ilişkin Düzenleme'nin 5. bölümüne tabi olacak şekilde farklı ülkelerde kurulan iki şirket aleyhine işçi tarafından başlatılan yargılamalarda madde 6 (1)'in uygulanıp uygulanamayacağı idi. Adalet Divanı Birinci Dairesi üç sebepten dolayı soruya olumsuz cevap verdi. Birincisi, madde 5'in “bireysel istihdam sözleşmelerine ilişkin konularda yargı yetkisi bu madde tarafından belirlenir” şeklindeki lafzı koruyucu yargı yetkisi sınırlı şekilde belirlemiştir.(87) Özel atıf yapılmadığı sürece, diğer maddelerde düzenlenen yargı yetkisine ilişkin kurallar ile değiştirilemez veya genişletilemez.(88) Madde 6 (1)'in, Düzenleme'nin 2. Bölümüne ait olması ve 5. bölüm tarafından kendisine herhangi bir şekilde atıf yapılmaması ve bu bölüm kapsamı dışında olması(89) nedeniyle bölüm 5 kapsamındaki uyumsuzluklara uygulanamaz.

İkincisi, madde 6 (1) sınırlayıcı şekilde yorumlanmalıdır. Çok geniş bir yorum, maddeyi, birlikte işçiler aleyhine dava açabilecek şekilde, içlerinde işverenin de bulunduğu herhangi bir davacıya açık hale getirir.(90)

Üçüncüsü, eğer bir işçinin madde 6 (1)'i tek taraflı olarak kullanmasına izin verilirse, işçi, Düzenleme'nin 2. bölümünde yer alan ve kendi yararına hizmet edecek herhangi bir özel yargı yetkisi kuralına dayanabilecektir. Bu, Düzenleme'de yer alan yararlar dengesine zarar verecektir.(91) Dava, sadece istihdam

sözleşmesini ilgilendirmekle birlikte, karar sigorta ve tüketici sözleşmelerini de kapsayabilir. *Glaxosmithkline* kararına göre, koruyucu yargı yetkisi kapsamında taraf olan davalı, madde 6 (1) kapsamında, diğer herhangi bir birlikte davalının ikametgâhının yer aldığı üye ülke mahkemesinde dava edilemez. Bu ülkenin, Düzenleme'nin koruyucu yargı yetkisine ilişkin bölümlerince yargı yetkisine sahip olduğu haller, bu değerlendirmeden hariçtir. Örneğin, İngiltere'de kayıtlı bir şirketten tatil paketi alan bir İrlanda'lı davacı, İspanyol bir şirketin iddia edilen ihmalden dolayı İspanyada tatili sırasında yaralanmış olsun. Bu tüketici, İspanyol şirketinin tüketici sözleşmesinde taraf olmayan haksız fiil gerçekleştiren taraf olması nedeniyle, İngiltere'de, madde 6 (1) kapsamında, her iki davalı aleyhine birleştirilmiş dava açabilir. Bununla birlikte, İngiliz şirketi, Düzenleme'nin 16. maddesinde tarif edilen yargı yeri haricinde dava edilemeyeceğini öngören tüketici sözleşmesinin bir tarafı olması nedeniyle, tüketici, birlikte davalılar aleyhine İspanyada birleştirilmiş dava açamaz.

Brüksel I Düzenlemesi'nin yapısı ve 3-5. bölümlerin formülasyonuna göre, Adalet Divanı'nın yorumu yanlış olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte, bu kararın sonucu talihsizdir. Koruyucu yargı yetkisinin amacı, zayıf olan tarafa kendi yararına daha çok hizmet edecek yargı yetkisi sağlamaktır. Ancak, birden çok davalının olduğu davalarda, zayıf olan taraf, daha lehe olan yargı yetkisi kurallarından mahrum olmakta ve farklı yargı yerlerinde farklı davalar açmak zorunda bırakılmaktadır.**(92)** Koruyucu yargı yetkisi kuralları, bu nedenle, davalı çokluğu halinde, daha zayıf konumdaki davacı yönünden daha dezavantajlıdır. Bundan başka, kararın etkisi de, bağdaşmaz kararlara yol açan ayrı yargılamalar riskini ortaya çıkaracak oluşu nedeniyle, madde 6 (1)'in prensiplerinden de uzaklaşmaktadır.

Yasama işleminin yapıldığı zaman, daha zayıf olan tarafları içeren sözleşmelerle ilgili çok davalısı olan davanın muhtemel varlığının ihmal edildiğinin ileri sürülmesi doğrudur. Fakat, uygun yorum, bu kurallara temel sağlayan prensipleri dikkate alacak ölçüde esnek olmalıdır. Bu nedenle, daha zayıf olan tarafın, 2. bölümdeki özel yargı yetkisine ilişkin kurallara değil ve fakat koruyucu bölümlerdeki madde 6 (1)'e dayanmasına izin verilmesi önerilmektedir. Bir sözleşmenin daha zayıf olan tarafı davacı olarak hareket ettiği zaman, davalıyı, davalının kendi ikametgâhında veya bu davacı için en uygun olan yerde dava etmeyi seçebilir.**(93)** Bu yargı yetkisi kuralı seçimliktir. Bu kural 2. maddedeki genel yargı yetkisi kuralından sapma

göstermez. Ancak, daha zayıf olan taraf lehine alternatif seçenek sunar. Sonuç olarak, bu kural, 2. maddeye göre daha öncelikli olmadığı gibi 6 (1) maddeye de üstün gelmez. Eğer, İngiliz seyahat şirketinden paket tatil alan İrlanda'lı davacı, tatil sırasında İspanya'da İspanyol seyahat şirketinin iddia edilen ihmali nedeniyle yaralanırsa, tüketiciyi İngiltere'de İspanyol şirket aleyhine birleştirilmiş dava açmaktan alıkoyan hiçbir şey yoktur.(94) Tüketici, ayrıca, İspanyol şirketini ana davalı olarak da seçebilir ve her iki davalı aleyhindeki yargılamaları İspanya'da birleştirebilir. Bununla birlikte, tüketici, her iki davalı aleyhine, kendi ikametgâhı olan ve davalılardan hiçbirinin ikametgâhı olmayan İrlanda'da dava açamaz. Eğer tüketici, koruyucu yargı yetkisinin avantajını kullanmak ister ve kendi ikametgâhı mahkemesinde dava açarsa, tüketici, ancak, sözleşmenin diğer tarafı İngiliz şirketi aleyhine İrlanda'da dava açabilir. Fakat, İspanyol şirket aleyhine haksız fiile ilişkin İspanya'da madde 2 ve 5 (3)' e dayanan ayrı bir dava açmak zorundadır. Sözleşmenin daha zayıf tarafının davalı olması halinde durum farklı olacaktır. Davacı, ancak, daha zayıf olan tarafın ikametgâhı mahkemesinde dava açabilecektir.(95) Yargı yetkisi kuralı artık seçimlik değil zorunlu olacaktır. Koruyucu yargı yetkisi bölümlerinden biri tarafından korunmayan diğer davalılar aleyhine bağlantılı talepler varsa, bunlar, daha zayıf olan tarafın ikametgâhı mahkemesinde birleştirilebilir. Bununla birlikte, daha zayıf olan taraf, madde 6(1) kapsamında, birlikte davalı olarak, kendi ikametgâhı dışında herhangi bir yargı yerinde dava edilmeyecektir.(96) Özet olarak, özel yargı yetkisi hükümleri iki farklı tür içerir: Bir taraftan, daha zayıf olan tarafın davacı olarak hareket ettiği durumlarda, madde 6 (1)'i de içeren diğer hükümlerce sapılabilecek seçenekli yargı yetkisi kuralları; Diğer taraftan, daha zayıf olanın davalı olarak hareket ettiği durumlarda, madde 6 (1) kullanılarak sapılamayacak zorunlu yargı yetkisi kuralları.

Zorunlu Yargı Yetkisi Kuralları

Şüphesiz ki, madde 22'deki zorunlu yargı yetkisi madde 6 (1)'e üstün gelir.(97) Davalılar aleyhindeki taleplerden biri madde 22 kapsamındaysa, yargılamalar, ana davalının ikametgâhı, zorunlu yargı yetkisine sahip olan yargı yeri ile aynı yerde olmadıkça, madde 6 (1) kapsamında diğer herhangi bir davalının ikametgâhı mahkemelerinde birleştirilemez.

Madde 22'deki kurallar, zorunlu yargı yetkisi kapsamı dışındaki bağlantılı taleplere uzanan etkilere sahip olabilir. Örneğin, madde 22 (4), "patentlerin

kayıtlı ve geçerliliği, markalar, dizaynlar veya kayıt ve yerleşim için gereken diğer benzer haklar” konusunda uygulanır ve zorunlu yargı yetkisi, yerleşim ve kayıt için başvuru, bu işlemlerin gerçekleştiği veya gerçekleşmiş sayıldığı ülkelerin mahkemelerine verilmiştir.(98) Bu madde, sadece, bu tür hakların geçerliliği, varlığı veya kaybedilmesine ilişkin hususları kapsar. Hakların ihlaline ilişkin talepler zorunlu yargı yetkisi kapsamı dışındadır.(99) Bununla birlikte, eğer davacı, davalılardan biri madde 2 (4) kapsamında IP hakkının geçersizlik bildirimini için dava açmış iken, farklı davalılar aleyhine tescil edilmiş haklardan birinin ihlali nedeniyle dava açarsa, madde 6(1) kapsamındaki yargılamalar etkilenecektir. Bu, Adalet Divanı'nın, madde 6 (1)'i Avrupa patentinin ihlali konusundaki taleplere uygulamayı reddetmesinin bir diğer sebebidir. Bir davacı, davalılardan birinin ikametgâhı mahkemesinde, patent hakkının ihlal edilmesi nedeniyle birleştirilmiş bir dava açarsa, bu davalılar, patentin verildiği farklı ülkelerin mahkemeleri önünde, bu patentin geçersizliğini tespit için dava açabilirler. Geçerlilik, ihlale ilişkin talebin öncelikli meselesi olduğu için, madde 6 (1) kapsamında kendisine dava açılan mahkeme, önündeki yargılamayı, farklı ülkelerin mahkemelerinin geçerlilik konusunda karar vermesine kadar durdurmak zorunda kalacaktır. Bundan başka, patent hakkının ihlalinden kaynaklanan ve bu patentin geçerliliği konusundaki talepler son derece bağlantılı olduğu için, tek bir mahkemenin bu talepler hakkında karar vermesi daha yerinde ve uygun olacaktır. Sonuç olarak, kendisine madde 6 (1) kapsamında dava açılan mahkemenin yargı yetkisi bulunduğunu reddetmesi ve patentin verildiği ülke mahkemelerinin geçerlilik ve ihlal taleplerinin her ikisi hakkında karar vermesi daha iyidir.(100)

Yukarıdaki analiz, pratik ihtiyaçları karşılamakla birlikte, Brüksel I Düzenlemesi'nin metni ile eşleşmemektedir. Tersine, maddeleri arasında çelişki ve anlam karışıklığı oluşturmaktadır.

İkinci davanın açıldığı mahkeme, madde 28 kapsamında kendisine ilk dava açılan mahkeme lehine yargılamayı durdurabilir veya kendi yargı yetkisinin yokluğuna karar verebilir. İkinci davanın açıldığı mahkemede geçerlilik sorusu gündeme getirildiğinde, bu madde, ilk davanın açıldığı mahkemenin bağlantılı yargılamaları da durdurmasını gerektirir, ki bu *lis pendens doktrinine* aykırıdır. (101) İkincisi, patentin ihlali ve geçerliliği konusunda tek bir mahkemenin karar vermesi makul olmasına karşın, zorunlu yargı yetkisi kuralları kapsamında yargılamaları birleştirmenin Düzenleme kapsamında bir temeli yoktur. Daha

önce tartışıldığı üzere, zorunlu yargı yetkisi hükümleri dar olarak yorumlanacak, patent hakkının ihlalini içermeyecektir. Ayrıca, madde 6 (1), sadece davalılardan birinin ikametgâhı mahkemesinde birleştirilmiş yargılama yapılabilmesi konusunda yargı yetkisi sağlamaktadır. Üçüncüsü, *Owusu / Jackson* davasındaki karara göre, üye devletlerin mahkemesi, Brüksel I Düzenlemesi'nde tarif edilenler haricindeki mütalaalarla davanın durmasına ve yargı yetkisine sahip olmadığına karar veremez.(102) Sonuç olarak, davanın ilk açıldığı mahkeme, geçerliliğe ilişkin talepte bulunulan mahkeme lehine davanın durması veya yargı yetkisine sahip olmadığına karar veremez. Brüksel I Sözleşmesi'nde tüm durum oldukça karmaşıktır.(103)

Zorunlu Yargı Yetkisi Anlaşmaları

Bir zorunlu yargı yetkisi anlaşması, seçilen mahkemeyi dava açılacak yegane mahkeme yapar. “Zorunlu/dışlayıcı” kelimesi, anlaşma kapsamında getirilen yargı yetkisinin, özel yargı yetkisi hükümlerinden ve madde 6 hükmünden üstün olduğunu ima eder.(104) Bununla birlikte, gerçek davalar çok daha karmaşıktır. Birincisi, davalılardan biri ile davacı, davanın tüm taraflarının Avrupa Birliği içinde ikamet ediyor olmasına rağmen, üye olmayan bir ülke mahkemesini seçerse ne olacaktır? Yargı yetkisine ilişkin hüküm, Brüksel I Sözleşmesi'nin kapsamı dışındadır. Eğer bir üye ülke, madde 6 (1) kapsamında tüm davalılar hakkında yargı yetkisine sahipse, *Owusu / Jackson* mantığına göre, Brüksel I Sözleşmesi tarafından düzenlenen yargı yetkisi zorunlu olup, davanın durması veya yargı yetkisinin reddedilmesi için hiçbir takdir yetkisi verilmemiştir.(105) Tüm birlikte davalılar hakkındaki Madde 6 (1) kapsamındaki yargı yetkisi, yargı yetkisi anlaşmasına taraf olan davalı, hali hazırda seçilen mahkemede davacı aleyhine bir dava açmış olsa bile, üye olmayan bir ülkeyi seçen yargı yetkisine ilişkin anlaşma hükmünün varlığını ve etkisini dikkate almaksızın kullanılmalıdır. Sonuç, tarafların makul beklentilerine zarar vereceği ve aynı sebepten kaynaklanan AB ve AB üyesi olmayan ülkelerde paralel yargılamalara yol açacağı nedenleriyle talihlidir.(106)

İkinci olarak, davalılardan biri davacı ile üye devletlerden birinin mahkemesine ilişkin zorunlu yargı yetkisi anlaşması imzalamış iken, davanın diğer tüm tarafları Avrupa Birliği içinde ikamet sahibi iseler ne olacaktır? Davalı aleyhine talepler ancak seçilen mahkeme önüne getirilebilir iken, bağlantılı taleplerin ilgilendirdiği diğer tüm davalılar, davalılardan birinin ikametgâhı bulunan

üye ülke mahkemelerinde dava edilebilecektir.(107) Tarafların beklentilerinin gerçekleştirilmesine ve seçim hakları korunmasına karşın, bağlantılı davalardaki yargılamaların bölünmesinden kaçınılamaz.

Üçüncüsü, davacı (A)'nın, üye ülke (X)'i seçen zorunlu yargı yetkisi içeren bir sözleşmeye taraf olan (B)'yi de içeren tüm AB davalıları aleyhine, madde 23'ü de dikkate almaksızın, davalılardan birinin ikametgâhı olan seçilmeyen bir üye ülke mahkemelerinde 6 (1)'inci madde kapsamında bir dava açar ve B daha sonra, X içerisinde seçilen mahkemede aynı dava sebebine dayalı olarak A aleyhine dava açarsa ne olacaktır? Adalet Divanı, bir yargı yetkisi anlaşması kapsamında yetkili olduğu savunulan ikinci davanın açıldığı mahkemenin, ilk davanın açıldığı mahkeme, aynı taraflar arasında aynı dava sebebine dayalı olarak açılan davaya ilişkin olarak yargı yetkisine sahip olmadığı kararını verene kadar yargılamayı durdurması gerektiği yönünde karar vermiştir.(108) X devletindeki seçilen mahkeme, Y devletindeki davanın ilk açıldığı mahkeme B hakkında açılan davada yargı yetkisine sahip olup olmadığına ilişkin karar verene kadar davayı durdurmalıdır. Y devletindeki mahkemenin, zorunlu yargı yetkisi anlaşması hükmü lehine, B hakkında yargı yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermesi gerektiği savunulmaktadır. Ne yazık ki, madde 23 (1)'in seçilen mahkemeye zorunlu yargı yetkisi tanınmasına rağmen, seçilmeyen tüm mahkemeleri davayı durdurmak veya yargı yetkisini reddetmekle yükümlü kılmamaktadır.(109) Sonuç olarak, bazı mahkemeler, birlikte davalılara ilişkin yargılamaya yetkili olduklarına karar vermek suretiyle geçerli zorunlu yargı yetkisi hükmünün etkisini görmezden gelebilirler. Örneğin, Fransız mahkemeleri, davalılar aleyhine yapılan talepler çok yakın bağlantılı ve ayrılamaz ise, davalılardan biri başka bir yargı yerini seçen zorunlu yargı yetkisi anlaşmasına taraf olsa bile, seçilmeyen bir mahkemenin birden çok davalı hakkında yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermişlerdir.(110) Bu yoruma göre, X devletindeki seçilen mahkemenin yargı yetkisi anlaşmasına rağmen yargı yetkisini reddetmek zorunda iken, Y devletindeki mahkeme kendini yargılamaya yetkili görebilir.(111)

Dördüncü olarak, taraflardan ikisi üye ülkelerden birini seçen zorunlu yargı yetkisi anlaşması imzalamış ve taraflardan biri diğerini seçilen mahkemede dava etmiş ve diğeri de sonrasında zorunlu yargı yetkisi anlaşmasına taraf olan davalı da dahil olmak üzere tüm Avrupalı davalılar aleyhine, davalılardan birinin ikametgâhı mahkemesinde madde 6 (1) kapsamında birleştirilmiş dava açmışsa

ne olacaktır? Örneğin, A, B ile İngiliz yargı yetkisi anlaşması imzalamış ve B'yi İngiltere'de dava etmiştir. B daha sonra, A ile birlikte diğer davalılar C ve D'yi de C'nin ikametgâhı Almanya'da dava etmiştir. Almanya'da A aleyhine B tarafından yapılan talep, İngiltere'deki aynı taraflar arasındaki aynı dava sebebine dayalı olarak açılan dava ile aynı dava sebebini içermekte olup, Alman mahkemesi, madde 27 kapsamında, A aleyhindeki davayı durdurmak veya bu dava ile ilgili yargı yetkisini reddetmek zorundadır.(112) Bununla birlikte, Alman mahkemesi, C ve D aleyhindeki yargılamaları durdurmakla yükümlü değildir. Bununla birlikte, İngiliz mahkemelerinde devam eden dava ile bağlantılı bulunan bu davayı durdurup durdurmamak konusunda takdir hakkına sahiptir.(113) Bu takdir yetkisinin nasıl kullanılması gerektiği net değildir. Ancak, en önemli kriterlerden birinin bağdaşmaz kararların verilmesi riskinden kaçınılmak olduğu savunulmaktadır. İngiliz mahkemelerinin de C ve D haklarında yargı yetkisi bulunmamakta iken, Alman mahkemesinin C ve D aleyhine açılan davalarda yargı yetkisine sahip olmadığına karar verme tehlikesi vardır.(114) Bu durum, B'yi adalete erişim hakkından mahrum eder. Problemi çözmek için iki çözüm önerilebilir: Birincisi, yargı yetkisi anlaşması kapsamında, yargılamaların seçilen mahkemede birleştirilmesini mümkün kılmaktır.(115) Bununla birlikte, bu çözüm oldukça radikaldir ve yasama tarafından kabul edilmesi imkansız gibidir. Diğer öneri, tarafların adalete erişimini korumaktır. Bu da, Alman mahkemesinin takdir yetkisini davayı görmek yönünde kullanmasıdır. Bağlantılı davalara ilişkin paralel yargılamalar ise kaçınılmazdır. İkinci çözüm mükemmel olmamasına karşın şu ana kadarki en makul olanıdır.

SONUÇ

Brüksel I Düzenlemesi'nin 6 (1). maddesi tartışmalıdır. Yargılamaları birleştirmenin asıl amacı yargının güçlü işleyişini başarmaktır. Fakat madde 6 (1)'in formülasyonu ve onun yorumu bu amacı başarılı şekilde gerçekleştirilmemektedir. Adalet Divanı tarafından sunulan hali hazırdaki yorum bazı olaylarda çok geniştir. Fakat diğerlerinde çok dardır. Bir taraftan, *Reisch* ve *Freeport* davalarındaki kararlar, şüphesiz, davacının, diğer bir ülkenin yargı yetkisini hariç bırakmak temel amacı ve ana davalı aleyhine sahte bir dava açmak suretiyle, madde 6 (1)'i kötüye kullanmasını mümkün kılan aşırı geniş bir yorum sunmaktadır. Diğer yandan *Roche* ve *Glaxosmithkline* davalarındaki kararlar çok dardır. *Roche* kararına göre, uyumsuzlukların sonuçlarında farklılık bulunması yeterli değildir. Ancak, bu

farklılıkların, aynı duruma uygulanan hukuk ve aynı duruma ilişkin mahkemenin sabit gördüğü vakıalar kapsamında ortaya çıkması gerekir.**(116)** Bu durum, kesinlikle, davalılar ve dava konuları arasında belirli bağlantılar olmasına rağmen, uyumsuzluk arz eden kararların verilmesine sebep olan paralel yargulamalara kapı açar. *Glaxosmithkline* davasında, madde 6 (1)'in etkisi, birlikte davalının koruyucu yargı yetkisi kapsamında taraf olması halinde hariç kalmıştır. Lafzi yorum, daha zayıf tarafı, çok davalısı olan davayı açmak bakımından daha uygun yargı yetkisini kullanmaktan mahrum edeceği nedeniyle, Düzenleme'nin amacına aykırı düşer. Bundan başka, madde 6 (1), Düzenleme'nin yargı yetkisine ilişkin diğer kuralları ile ilişkisi hakkında kafa karışıklığına ve kompleks durumlara neden olur. *Lis pendens* doktrini böyle yapılmasının makul ve uygun olduğu zamanlarda belirli davalarda yumuşatılmalıdır. Örneğin, bir IP hakkının ihlali hakkındaki karar, bu hakkın geçerliliği konusundaki karara bağlı olabilir. Bu durumda, ilk dava açılan mahkeme, ikinci dava açılan mahkeme tarafından öncü sorun getirilene kadar, yargulamayı durdurmalıdır. Buna ilaveten, madde 6 (1) ile zorunlu yargı yetkisi anlaşması arasındaki ilişki açıklığa kavuşturulmalıdır.

96 AB dışı yargı yetkisi anlaşmasının değerlendirilmesindeki *Owusu* davasının mantığı geniş kapsamlıdır ve makul değildir. Avrupa Birliği Mahkeme Seçimine İlişkin Hague Sözleşmesi'ni onayladıktan sonra, seçilen AB harici yargı yeri Hague Sözleşmesinin tarafı ise bu zorluk çözülecektir.**(117)**

Hague Sözleşmesine taraf olmayan ülkeler için, madde 6 (1) kapsamında kendisine dava açılan mahkemenin, üçüncü bir ülkeyi seçen davalı hakkında yargı yetkisi olup olmadığına, kendi ulusal hukuku kapsamında karar vermesi gerektiği yönündeki *Coreck* davasındaki mantığın yeniden benimsenmesi daha uygundur.**(118)**

Yukarıdaki tartışmalardan kaynağını alarak, bu makale, Brüksel I Düzenlemesi'nin 6 (1) maddesinin önümüzdeki gözden geçirilmesi ve reformu için takip eden önerilerde bulunmaktadır:

(1) Madde 6 (1)'in işleyişinin ulusal maddi hukuktan veya ana davalı aleyhindeki talebin başarı potansiyelinden temelini almaması gerekmesine karşın, davacı ve ana davalı arasında, davacıyı madde 6 (1)'i diğer davalıları onların doğal yargı yerinden mahrum etmesini önleyecek gerçek bir talep olmalıdır.

(2) Madde 6 (1)'deki "yakın bağlantı" şartını yorumlamak bakımından daha esnek bir yaklaşım benimsenmelidir. İki talep arasındaki bağlantılar, eğer bunlar vakıalar, uygulanacak hukuk veya her ikisi yönünden esas itibariyle aynı ise madde 6 (1)'in gündeme gelmesi bakımından yeterli sayılır. Benzer ve fakat bağlantısız vakıalar yönünden, davalılar, dava konusu ve objeler yönünden bağdaşmaz kararlara yol açabilecek yakın bağlantı olduğu sürece madde 6 (1)'in uygulanması haklılık arz eder.

(3) "Bağdaşmaz kararlar" yönünden, madde 28 hükmü ile aynı doğrultuda geniş bir tanım benimsenmelidir. Bu nedenle, madde 6(1) sadece farklı yargılamaların örtüşmez kararlarla sonuçlanabileceği hallerde değil, fakat ayrıca, aynı zamanında infazı mümkün olsa bile birbiriyle uyumsuzluk içinde olan kararlar verilmesi riskinin bulunduğu durumlarda da uygulanır.

(4) 3, 4 ve 5. bölümlerdeki koruma amaçlı madde 6(1)'in uygulanmasını öngören düzenleme doğrultusunda, bu madde daha zayıf davacı tarafça da kullanılabilir. Madde 6(1), Düzenleme'nin lafzi içeriğinin ötesinde ve Düzenleme'nin amacı ile uyumlu olarak yorumlanmalıdır.

(5) AB zorunlu yargı yetkisi hükmünün etkisi temin edilmelidir. Bu, paralel yargılamalara yol açma riski doğuracak olsa bile, zorunlu yargı yetkisi anlaşmasına taraf ta olan bir davalının madde 6 (1) kapsamında seçilmeyen bir yargı yerinde dava edilememesi anlamına gelir. AB dışı bir yargı yeri seçilirse, Avrupa Birliği ülkeleri tarafından yakın tarihte onaylanması beklenen Hague Mahkeme Seçimi Sözleşmesi hükümleri dikkate alınmalıdır.

(6) Doğru yorumlandığında madde 6 (1)'in kapsamı davanın taraflarının adalete eşit erişimi bakımından uygundur. Bir çok davalı hakkında dava açılacak alternatif durumların ihdas edilmesi önerisi kabul edilmemelidir. Zira bu durum, yargı yetkisinin, Düzenleme'nin, belli sayıda davalıların varlığı halinde yargı yetkisi veren sebeplerden herhangi birisine dayanarak kullanılmasını mümkün kılar. Bu da belirsizliğe neden olur ve davalıyı adalete erişim hakkından mahrum edebilir.

LLB, LLM, Ph.D. öğretim üyesi, Aberdeen Üniversitesi. Bu makaleyi okuyan, benimle birçok önemli meseleleri tartışan ve değerli önerilerde bulunan Professor Paul Beaumont'a minnettarlığımı ifade etmek istiyorum. Editör Professor Damian Chalmers'e ve ismi bilinmeyen hakeme nazik yorum ve önerileri için teşekkür etmek istiyorum.

1. Hukuk ve ticaret davalarında yargı yetkisi, kararların tanınması ve tenfizi hakkındaki Düzenleme 44/2001 [2001] OJ L12/1.

2. Hukuk ve ticaret davaları hakkındaki kararların tanınması ve tenfizi hakkındaki 1968 yılında imzalanan Sözleşme [1972] OJ L 299/32. Bu sözleşme, Danimarka, İrlanda ve Birleşik Krallığın ve Kuzey İrlanda'nın üyeliğe girişine ilişkin [1978] OJ L304/77 1978, Yunanistan Cumhuriyeti'nin birliğe girişine ilişkin [1982] OJ L388/1 1982 , İspanya Krallığı ve Portekiz Cumhuriyeti'nin üyeliğe girişine ilişkin [1989] OJ L285/1 1989 ve Avusturya, Finlandiya ve İsveç Krallığı'nın üyeliğe girişine ilişkin [1997] OJ C15/1 1996 yıllarında imzalanan sözleşmelerle değiştirilmiştir.

3. Hukuk ve ticaret davalarında yargı yetkisi, kararların tanınması ve tenfizi hakkında Sözleşme [1988] OJ L319/9. Bu, Brüksel Sözleşmesi'ne paralel bir sözleşmedir.

4. Düzenleme 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Brüksel Sözleşmesi Danimarka'ya doğrudan uygulanamamaktadır. Fakat 2007 yılında bunun etkisi, Hukuk ve ticaret davalarında yargı yetkisi, kararların tanınması ve tenfizi hakkındaki Avrupa Topluluğu ve Danimarka Krallığı arasında 1 Temmuz 2007 tarihinde yapılan Anlaşma'nın [2005] OJ L299/62 sonucu olarak Danimarkayı da kapsamıştır.

5. Brüksel I Sözleşmesi madde 5 ve 19 gerekçeleri.

6. Brüksel I Sözleşmesi madde 11 ve 2 gerekçeleri.

7. Brüksel I Sözleşmesi madde 5.

8. Bununla birlikte, makalenin sınırlı kapsamı ve niteliği nedeniyle Brüksel I Düzenlemesi'nin 6(1). maddesinin prensip mütalaası, daha geniş AB hukuku ile ilgili olarak ancak kısaca değerlendirilebilir. Daha detaylı tartışma için bkz: A. Layton ve H. Mercer, *Avrupa Hukuk Pratiği*, 2. baskı (Sweet & Maxwell, 2004), s.285-317; J. Bomhoff, *Yargı Yetkisi Çatışmalarına İlişkin Avrupa Hukuku Hakkında Yargısal Takdir Hakkı* (Hague: SDU Basımevleri, 2005).

9. Bkz md.65 AB ve Brüksel I Sözleşmesinin 3. madde gerekçesi.

10. Brüksel I Sözleşmesinin 1. madde gerekçesi.

11. Tampere Avrupa Konseyi Ekim 15 ve 16, 1999: Başkanlık kanaatleri, para.33.
12. Brüksel I Sözleşmesi madde 15 gerekçesi. Bkz. ayrıca A. Briggs ve P. Rees, *Hukuk Davalarında Yargı Yetkisi ve Kararlar*, 4. baskı (LLP, 2005), s.29.
13. Tampere Başkanlık Kanaatleri, para.28: “Gerçek bir Avrupa Adalet Alanı içinde, bireyler ve iş camiası, üye ülkelerdeki idari sistemlerin yetersizliği veya karmaşıklığından dolayı haklarını kullanması engellenmemeli ve kullanmasından caydırılmamalıdır.” Bkz. ayrıca, özgürlük, güvenlik ve adalet konularındaki Amsterdam Anlaşması hükümlerinin en iyi ne şekilde uygulanabileceği hususunda Komisyon ve Konsey’in Hareket Planı (Vienna Action Plan), Adalet ve İç İşleri Konseyi tarafından 3 Aralık 1998 tarihinde kabul edilmiştir. [1999] OJ C19/1 paragraflar 15-16.
14. 1950 yılında imzalanan Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına ilişkin Sözleşmesi. Bu prensip, madde 6 kapsamında, Brüksel I Sözleşmesi'nin üye ülkelerdeki pratik uygulanmasının değerlendirilmesi konusundaki Avrupa Komisyonu'nun çalışmasında dikkate alınmıştır. Bkz Araştırma JLS/C4/2005/03, Anket No.3: Hukuki Problem Analizi, para.2.2.1.2.
15. Viyana Hareket Planı, para.16. Brüksel I Düzenlemesi'nin 11. madde gerekçesi.
16. H.M. Watt ileten: U. Magnus ve P. Mankowski (editörler), *Brüksel I Düzenlemesi* (Sellier: European Law Publishing, 2007), s.239.
17. Brüksel I Düzenlemesi'nin 12. madde gerekçesi
18. Brüksel I Düzenlemesi'nin 11. madde gerekçesi
19. *Mulox IBC Ltd/ Geels* (C-125/92) [1993] E.C.R. I-4075 para [11]; *Benincasa/Dentalkit Srl* (C-269/95) [1997] E.C.R. I-3767 para [26]; *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)* (C-334/00) [2002] E.C.R. I-7357 para [20]; *Danmarks Rederiforening/ LO Landsorganisationen i Sverige* (C-18/02) [2004] E.C.R. I-1417 para [36]; *Owusu v Jackson* (C-281/02) [2005] E.C.R. 1383 para [40].
20. B. Hess, T. Pfeiffer and P. Schlosser, *Brüksel I Düzenlemesi'nin Uygulanmasına ilişkin Rapor*, Araştırma JLS/C4/2005/03 (September 2007), para. 226-227. Bkz ayrıca A. Nuyts, Bakiye Yargı Yetkisine İlişkin Çalışma Hakkında Genel Rapor:

Hukuk ve Ticaret Davalarında Üye Ülkelerin Kendi Mahkemelerinin Bakiye Yargı Yetkisi Hakkındaki Kurallarının Gözden Geçirilmesi (Eylül 2007), para 157-159. (Tercüme edenin notu: Bakiye yargı yetkisi tabiriyle inceleme konusu Brüksel Düzenlemesinin yargı yetkisine ilişkin düzenleme kapsamına girmeyen hususlarda yargı yetkisinin bu Düzenleme dışındaki uluslararası sözleşmeler veya ulusal hukuka göre tespit edilen yargı yetkisi kastedilmektedir) Bunlar Avrupa Birliği Komisyonu tarafından talimatı verilen Düzenlemenin uygulanması konusunda ilerideki incelenmesi ve ilerideki gözden geçirilmesi ve geliştirilmesine hazırlık amaçlı çalışmalardır.

21. Örn. adı geçen ülke Brüksel I Düzenlemesi'nin 5. Maddesi kapsamında uyumsuzluk ile bağlantısı olan yerdir, Brüksel I Düzenlemesi'nin 22. maddesi gereğince zorunlu yargı yetkisine sahiptir, Brüksel I Düzenlemesi'nin 23 (1) maddesi gereğince davanın taraflarınca seçilen yargı yeridir veya davalı bu yargı yerini kabul etmiştir.

22. Bu, Brüksel I Düzenlemesi'nin 22, 23 ve 24 maddeleri kapsamında yargı yetkisi temeli olabilir veya yargı yerinin ulusal hukuku yargı yetkisi verebilir.

23. *Petrotrade Inc/Smith* [1999] 1 W.L.R. 475.

24. *Petrotrade Incl Smith* [1999] 1 W.L.R. 475, 464.

25. *Petrotrade Inc/Smith ; Canada Trust Co/Stolzenberg (No.2)* [1998] 1 W.L.R. 547, 564.

26. P. Kaye, *Hukuki Konularda Yargı Yetkisi ve Yabancı Kararların Tenfizi* (Abingdon: Profesyonel Kitaplar 1987), s.269-270.

27. *Petrotrade* [1999] 1 W.L.R. 475, 463, iletlen: Thomas J.

28. Brüksel I Düzenlemesi madde.6(1); *Kalfelis/Bankhaus Schroder (C-189/87)* [1988] E.C.R. 5565 para [12]-[13].

29. *Reisch Montage AG/Kiesel Baumaschinen Handels GmbH (C-103/05)* [2006] E.C.R. 6827 para. [28].

30. Bkz. yukarıda "Adalet eşit erişim" altında.

31. *Kalfelis* [1988] E.C.R. 5565 para. [10].

32. J.J. Fawcett, “Uluslararası Özel Hukukunda çok taraflı dava” (1995) 44 I.C.L.Q. 744, 751.

33. Örn. *Daly/Irish Group Travel Ltd (t/a Crystal Holidays)* [2003] I.L. Pr. 38; *Watson/First Choice Holidays and Flights Ltd* [2001] EWCA Civ 972.

34. *Réunion européenne SA/Splithoff's Bevrachtingskantoor BV* (C-51/97) [1998] E.C.R. I-6511. Bu davada, Avustralya'dan Fransa'ya teslim edilen bir kargodaki zararın tespiti üzerine, Réunion ve diğer sigorta edenler, deniz taşımacılığı yapan iki Hollanda'lı ve mal teslimi yapan bir Avustralya'lı şirket aleyhine olarak bir Fransız şirketinin haklarını Fransa'da devraldılar. Avutralya'lı şirket aleyhine yapılacak talep sözleşmeden kaynaklanmışken, Hollandalı şirketler aleyhine yapılacak talep sadece haksız fiilden kaynaklanabilirdi..

35. *Réunion européenne* [1998] E.C.R. I-6511 para. [50]. Bu içtihat, bazı ulusal mahkemelerin kararları tarafından da uygulandı. Örn. *Shahar/Tsitsekkos* [2004] EWHC 2659; *VII/Carrelages Menuiserie Produits de Batiment (CMPB)* [2007] I.L. Pr. 26 (French Cour de Cassation).

36. Briggs ve Rees, *Hukuk Yargı Yetkisi ve KARARLAR*, s.208.

101

37. *Daly* [2003] I.L. Pr. 38.

38. *Watson* [2001] EWCA Civ 972.

39. *Watson* [2001] EWCA Civ 972 para [29].

40. *Daly* [2003] I.L. Pr. 38 para [39]; *Andrew Weir Shipping Ltd/Wartsila UK Ltd* [2004] EWHC 1284 para [68]; *Casio/Sayo* [2001] I.L. Pr.43 para [33]; *ET Plus SA/Welter* [2005] EWHC 2115 (Comm); [2006] 1 Lloyd's Rep. 251 para [57].

41. *Freeport Plc/Arnoldsson* (C-98/06) [2007] E.C.R. I-3819.

42. *Freeport* [2007] E.C.R. I-3819 at [38]-[46]. Bu üç sebep ikna edici değildir. *Réunion* [1998] E.C.R. I-6511 kararının lafzi yorumu daha açık savunmaktadır ki paragraf [50] geniş bir prensip sunma niyetinde olup açıkça yanlıştır.

43. *Freeport* para [47].

44. Bu yaklaşım ilk baştaki bazı Hollanda mahkemesi kararları tarafından 1990'ların başında kullanılmıştır. Örn., Hague temyiz mahkemesi, 16 Haziran

1992 BIE 1993.44, ancak daha sonra Hollanda Mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Örn. Hague Bölge Mahkemesi, Aralık 23, 1997, BIE 1999.55, ve hiçbir durumda Brüksel I Düzenlemesi'nin 6 (1) maddesinin yorumunda kullanılmamalıdır.

45. *Fort Dodge Animal Health Ltd/Akzo Nobel NV* [1998] I.L. Pr. 732; [1998] F.S.R. 222; *Coin Controls Ltd/Suzo International (UK) Ltd* [1999] Kısım. 33; [1997] F.S.R. 660 Ch D; *Landgericht Düsseldorf*, InstGE 1, 146.

46. *Roche Nederland BV/ Primus* (C-539/03) [2006] E.C.R. 6535.

47. *Roche Nederland BV* [2006] E.C.R. 6535 para [27], [35].

48. *Roche Nederland BV* para [27]-[33].

49. Benzer vakıalardaki gerçek davalar için, bkz *Estate in Bankruptcy of the International Credit Insurance/Pohjola* [2003] I.L. Pr. 3 Ösveç Yargıtayı.

50. *International Credit Insurance Corp (Estate in Bankruptcy/Pohjola Insurance Co Ltd* [2003] I.L. . 3 davasında, İsveç Yargıtayı, dava belgelerindeki ve/veya hukuki problemlere yaklaşımdaki benzerliklerin, madde 6 (1)'in uygulanması için tek başına yeterli temel oluşturmayacağı nedeniyle (para [9]) Lugano Sözleşmesi'nin 6 (1) maddesinin böyle bir davada uygulanamayacağına hükmetti. Fakat Hastad J. ve Gregow J., vakıaların tamamen bağlantısız olmadığı ve farklı yargılamalardan bağdaşmaz kararlar çıkabileceğine işaret ederek farklı görüş sergilediler.

51. Bu yaklaşım, 1990'ların sonunda Hollanda mahkemeleri tarafından keşfedilen "ağda örümcek" yaklaşımından farklıdır. Davalılar arasındaki bağlantı şartı yaklaşımı yanında, Hollanda yaklaşımı ayrıca, "anahtar" davalının ikametgâhında birleştirilmiş davanın açılmasını gerektirmektedir. *Boston Scientific BV/Cordis Corp* [2000] E.N.P.R. 87 CA; *Augustine Medical/ Medeco* (BIE 1999.241) 11 Kasım 1998 Hague bölge mahkemesi; *Sython/SKB* IR.DI.2003.301 30 Temmuz 2001 Brüksel ilk derece mahkemesi. Dikkat etmek gerekir ki, birden çok benzer IP haklarının ihlali davalarında "ağda örümcek" yaklaşımının uygulanması Hess, Pfeiffer ve Schlosser tarafından önerilmiştir, Brüksel I Düzenlemesi'nin Uygulanması hakkında Rapor, para. 852-854, 920-922. Bu makale, IP hakları ihlali haricindeki davalarda "anahtar" davalı seçeneği lehinde görüş bildirmemektedir. bkz "Diğer Yargı Yetkisi Kuralları ile Etkileşim" aşağıda

52. bkz Brüksel I Düzenlemesi maddeler 27, 28, 34(3) ve34(4).
53. *Masri/Consolidated Contractors Group SAL* [2005] EWCA Civ 1436; [2006] 1 Lloyd's Rep. 391, per Sir Anthony Clarke; Briggs ve Rees, *Hukuk Davalarında Yargı Yetkisi ve Kararlar*, para.2.175; Layton ve Mercer, *Avrupa Hukuk Davaları Uygulaması*, s.507. Ayrıca bkz. Alman davası, *Oberlandesgericht Saarbrücken* (5 W 159/03) Henüz rapor edilmemiştir. 29 Ağustos 2003.
54. Hukuk ve Ticaret Davalarının Tenfizi ile Yargı Yetkisine İlişkin Sözleşme hakkında rapor. [1979] OJ C59/1 ("Jenard Raporu"), s.41; *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Tetry/ Owners of the Maciej Rataj (The Tetry)* (C-406/92) [1994] E.C.R. I-5439 at [51]-[52] ve A.G. Tesauro's Opinion para [28].
55. *The Tetry* [1994] E.C.R. I-5439.
56. *Kalfelis* [1988] E.C.R. 5565 para [11]; *Casio* [2001] I.L. Pr.43; *The Tetry* [1994] E.C.R. I-5439; *Gascoigne/Pyrab* [1994] I.L. Pr. 82; *Coin Controls* [1997] E.S.R. 660 Ch D. See Watt, *Brussels I Regulation*, s.239-240.
57. *Roche* [2006] E.C.R. 6535.
58. *Roche* [2006] E.C.R. 6535, iletin: A.G. Leger at [71]-[106]. Adalet Divanı bu soruyu cevaplamamıştır
59. *Roche*, per A.G. Leger para [81]-[87].
60. *Roche*, per A.G. Leger para [92]-[96].
61. Brussels I Regulation Art.34(3).
62. Brussels I Regulation Art.34(4).
63. Brussels I Regulation Art.28(2).
64. Bkz. *The Tetry* [1994] E.C.R. I-5439, A.G. Tesauro'nun görüşü para [28].
65. *Owusu* [2005] E.C.R. 1383.
66. *Boston Scientific B. V.* [2000] E.N.P.R. 87 CA para [25].
67. *Roche* para [39].
68. *Roche*, per A.G. Leger 129.

69. *Reisch Montage AG / Kiesel Baumaschinen Handels GmbH* (C-103/05) [2006] E.C.R. 6827. See also *Freeport* [2007] E.C.R. I-3819.

70. Bkz Alman Hükûmetinin Görüşü *Reisch Montage* [2006] E.C.R. 6827 para [37]-[38].

71. *Reisch Montage* para [42]-[43].

72. *Reisch Montage* para [28]-[30].

73. Düzenleme hükümleri kapsamında bağlantılar olabilir. Örn. ana davalının ikametgâhı ikinci davalı aleyhindeki haksız fiile dayalı talebin nedenini oluşturan zararlı olayların yeridir.

74. *ET Plus SA* [2005] EWHC 2115 (Comm) para [59]; *Canada Trust* [1998] 1 W.L.R. 547 para [13]; *Qingdao Ocean Shipping Co/Grace Shipping Establishment Transatlantic Schiffahrtskontor GmbH Klaus Ode* (The “Xing Su Hai”) [1995] 2 Lloyd’un Raporu 15; *Andrew Weir Shipping Ltd/Wartsila UK Ltd* [2004] EWHC 1284.

75. Bkz J. Fawcett ve J. Carruthers, *Cheshire, North ve Fawcett: Private International Law*, 14th edn (OUP, 2008), s.373.

76. National Report İngiltere/Galler Ulusal Raporu, Brussels I Gözden Geçirmesi için sunulmuştur, Araştırma JLS/C4/2005/03, Avrupa Komisyonu için hazırlanmıştır, Anket 3, s.74; *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Rewial/Caribbean Liners (Caribtainer) Ltd* [1991] 2 Lloyd’un Raporu. 325.

77. cf. *Freeport* [2007] E.C.R. I-3819. Bakınız Ayrıca “Sonuç” aşağıda.

78. *Kalfelis* [1988] E.C.R. 5565 para [8]-[9]; *Jenard Report*, s.26; *Reisch* [2006] E.C.R. 6827 para [32].

79. *Freeport* [2007] E.C.R. I-3819.

80. Bkz “Diğer yargı yetkisi kuralları ile etkileşim” yukarıda.

81. *Freeport* para [51]-[54].

82. *Freeport* para [52]-[53].

83. cf. *Reisch* [2006] E.C.R. 6827. Ayrıca bkz. *Avusturya Ulusal Raporu (Oberhammer/Domej)*, Araştırma JLS/C4/2005/03, s.32.

84. cf. *Valerie Gannon/B & I Steam Packet Co Ltd* [1994] I.L. Pr.405. (İrlanda Yargıtayı birlikte davalılar hakkındaki yargı yetkisini, ana davalının sorumluluğunu yerine getirmemesinin davanın konusu hakkında küçük bir etkiye sahip olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Bununla birlikte bu karar çok kısıtlayıcıdır.

85. Bkz “Diğer yargı yetkisi kuralları ile etkileşim” yukarıda.

86. *Glaxosmithkline ve Laboratoires Glaxosmithkline/Jean-Pierre Rouard* (C-462/06) Henüz rapor edilmemiştir. Mayıs 2008.

87. *Glaxosmithkline* para [18]-[23].

88. *Glaxosmithkline* para [19].

89. *Glaxosmithkline* para [20]-[22].

90. *Glaxosmithkline* para [28]-[31].

91. *Glaxosmithkline* para [32].

92. *Glaxosmithkline*, iletен: A.G. Poicare Maduro para [21].

93. Brüksel I Düzenlemesi'nin 9, 16(1) ve 19. maddeleri

94. İspanyol şirketi koruyucu yargı yetkisi kapsamında sözleşmeye taraf değildir. Bkz. Ayrıca *Daly* [2003] I.L. Pr. 38; *Watson* [2001] EWCA Civ 972.

95. Brussels I Regulation Arts 12, 16(2) ve 20.

96. *ET Plus SA* [2005] EWHC 2115 (Comm).

97. *Roche* [2006] E.C.R. 6535, iletен A.G. Leger para [52]; *Boston* [2000] E.N.P.R. 87 CA; *Fort* [1998] F.S.R. 222.

98. Brüksel I Düzenlemesi madde 22(4).

99. *Duijnste (Liquidator)/Lodewijk Goderbauer* (C-288/82) [1983] E.C.R. 3663; [1985] 1 C.M.L.R. 220; *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co KG (GAT)/Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG (LuK)* (C-4/03) [2006] E.C.R. 6509; *Fort* [1998] F.S.R. 222.

100. *Roche* [2006] E.C.R. 6535, A.G. Leger para [132]-[137]; *Fort* [1998] F.S.R. 222, 233, iletен Lord Woolf M.R.; *Boston* [2000] E.N.P.R. 87 CA para [31].

101. *Overseas Union Insurance/New Hampshire Insurance Co* (C-351/89) [1991] E.C.R. I-3317; *Eric Gasser GmbH v MISAT Srl* (C-116/02) [2003] E.C.R. I-14693.

102. *Owusu* [2005] E.C.R. 1383.

103. Konuyla ilgili daha fazlası için genel olarak bkz. A. Briggs, "Savunmalar ve bağlantılı talepler üzerine yargı yetkisi" (2006) *Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly* 447.

104. *Estasis Salotti di Colzani Aimo e Gianmario Colzani/RUWA Polstereimaschinen GmbH* (C-24/76) [1976] E.C.R. 1831; [1977] 1 C.M.L.R. 345 para [7]; *Meeth/ Glacetal Sarl* (23/78) [1978] E.C.R. 2133; [1979] 1 C.M.L.R. 520 para [5].

105. *Owusu* [2005] E.C.R. 1383; Görüş 1/03, Topluluğun hukuk ve ticaret davalarının tanınması ve tenfizi ile yargı yetkisi hakkında yeni Lugano Sözleşmesi imzalamak konusundaki yetkisi [2006] E.C.R. I-01145 para [143]-[151]. Bkz. ayrıca Fawcett ve Carruthers, *Cheshire, North ve Fawcett*, s.328.

106. AB'nin Mahkeme Seçimi Sözleşmesi'ni onaylamasından sonra, Sözleşmeci taraf olması şartıyla seçilen AB dışı ülke mahkemesinin etkisi sağlanacaktır; Bkz. Hague Sözleşmesi'nin 6. maddesi. Avrupa Topluluğu'nun pozisyonu için, bkz. Avrupa Komisyonu, Mahkeme-Seçimi- Anlaşmaları Hakkında Sözleşmenin Avrupa Topluluğu tarafından imzalanması konusunda bir Konsey kararı için öneri. COM(2008) 538 final.

107. *Deforche (Societe)/Tomacrau (Societe)* [2007] I.L. Pr. 25 French Cour de Cassation; *Dicey, Morris ve Collins Hukuki düzenlemelerin çatışması hakkında*, 14. baskı (Londra: Sweet & Maxwell, 2006), s.427.

108. *Gasser* [2003] E.C.R. I-14693.

109. Brüksel I Düzenlemesi'nin 23 ve 3. maddelerinin metni ile karşılaştırınız. Seçilmeyen bir mahkeme zorunlu yargı yetkisi kuralları kapsamında veya davalının kabulü halinde kesinlikle yetkilidir.

110. Nuyts, *Bakiye Yargı Yetkisi Üzerine Araştırma Hakkında Rapor*, para.68. *Ammerlaan Agro Projecten/Les Serres de Cosquerou* [1999] I.L. Pr. 627, davasında Fransız Yargıtayı zorunlu yargı yetkisi anlaşmasının, davanın bölünemez olduğu durumlarda, Brüksel I Düzenlemesi'nin 6 (1). maddesinin uygulanmasına hiçbir

şekilde engel olamayacağına karar vermiştir. Bu davada hem dava kendisine açılan hem de seçilen mahkeme aynı hukuk sistemi içinde olmasına rağmen, kararın lafzi yorumu, mahkemenin genel bir yorum yapma niyetinde olduğunu ve bu kabulün diğer davalara da uygulanabileceğini göstermektedir.

111. Bu görüşe destek, 6. maddesi, seçilmeyen yargı yerinin yargılamayı askıya alması veya reddetmesini öngören Hague Mahkeme Seçimi Sözleşmesi'nde bulunabilir.

112. *The Tatry* [1994] E.C.R. I-5439, 5474-5480.

113. Brüksel I Düzenlemesi'nin 28. maddesi.

114. Hess, Pfeiffer ve Schlosser, Brüksel I Düzenlemesi'nin Üye Ülkelerde Uygulanması Hakkında Rapor, para.896.

115. Hess, Pfeiffer ve Schlosser, Brüksel I Düzenlemesi'nin Üye Ülkelerde Uygulanması Hakkında Rapor, para 226-227.

116. *Roche Nederland BV* [2006] E.C.R. 6535 para [26]; “Esası itibariyle benzer fakat bağlantısız vakıalar” yukarıda.

117. Hague Sözleşmesi md.6.

118. *Coreck Maritime GmbH/ Handelsveem BV* (C-387/98) [2000] E.C.R. I-9337.

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ BÜYÜK DAİRE’NİN AVUSTURYA
VERİ KORUMA KOMİSYONU’NUN BAĞIMSIZLIĞI HAKKINDA
VERDİĞİ KARAR***

(C-614/10 Sayı, 16 Ekim 2012 Tarihli Karar)

*Çeviren: Ulvi Altınışık***

(Bir Üye Ülkenin Sorumluluğunu Yerine Getirmemesi- 95/46/EC Sayılı Direktif- Kişisel Verilerin İşlenmesi ve bu verilerin serbest dolaşımı-Madde 28(1)-Ulusal Denetim Makamı-Bağımsızlık ve Federal Başbakanlık – Kişisel ve kurumsal ilişkiler)

Sorumlulukların yerine getirilmemesi nedeniyle Avrupa Birliği’nin İşleyişine ilişkin Antlaşmanın 258. maddesine göre 22 Aralık 2010 tarihinde açılan C-614/10 Sayılı Davada,

109

Başvuran (Davacı) Avrupa Birliği Komisyonu, Lüksemburg’da görevli B. Martenczuk ve B.-R. Killmann tarafından temsil edilmiş, H. Kranenborg, I. Chatelier and H. Hijmans tarafından temsil edilen Avrupa Veri Koruma Denetmeni tarafından müdahil sıfatıyla desteklenmiştir.

Davalı Avusturya Cumhuriyeti Lüksemburg adresinde oturan G. Hesse tarafından temsil edilmiş,

T. Henze ve J. Möller tarafından temsil edilen Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından müdahil sıfatıyla desteklenmiştir.

Başkan V. Skouris, Başkan Yardımcısı K. Lenaerts (Raportör) Daire Başkanları A. Tizzano, M. Ilešič, G. Arestis, M. Berger, E. Jarašiūnas ve hâkimler E. Juhász, A.

* Kararın Dili Almancadır. Kararın İngilizce yayınlanan metninden çevrilmiştir. Kararın çeviri öncesi metinlerine <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-614/10#> adresinden erişilebilir.

** Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi.

Borg Barthet, J.-C. Bonichot, M. Safjan, D. Šváby and A. Prechal,

Kanun Sözcüsü J Mazák

Kâtip, yönetici K. Malacek'tan oluşan Mahkeme(Büyük Daire), yazılı usul ve devamında 25 Nisan 2012 tarihli oturuma ilişkin olarak 3 Temmuz 2012 tarihli oturumda Kanun Sözcüsü'nün görüşünü dinledikten sonra aşağıdaki hükmü vermiştir:

1. Avrupa Komisyonu, yaptığı başvuru ile mahkemenin, Avusturya'da yürürlükteki mevzuatın kişisel verilerin korunmasına ilişkin denetim makamı olarak kurulan Veri Koruma Komisyonu (Datenschutzkommission)'nun bağımsızlığına ilişkin tüm şartları karşılaması için gerekli önlemleri alamaması nedeniyle Avusturya'nın 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin kişisel verilerin işlenmesi ve serbestçe dolaşımına ilişkin 95/46/EC sayılı Direktifin (RG 1995 L 281s 31) (Direktif 95/46) **28(1) maddesinin 2. paragrafindan** kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getiremediğine karar vermesini talep etmektedir.

HUKUKİ ÇERÇEVE

110

Avrupa Birliği Hukuku

2. 95/46 Sayılı Direktifin "Denetim Makamı" başlıklı 28(1). maddesi aşağıdaki gibidir:

'(1) Her üye ülke bu direktife uygun olarak kabul edilen hükümlerin kendi ülkelerinde uygulanmasını izlemekle sorumlu bir veya birden fazla kamu kurumu kuracaktır.

Bu kurumlar kendilerine verilen görevlerin ifası esnasında tam bağımsızlık içerisinde hareket edecektir.

3. Topluluk kurum ve organlarınca kişisel verilerin işlenmesi ve bu verilerin serbest dolaşımına ilişkin olarak kişilerin korunması hakkındaki 18 Aralık 2000 tarih ve 45/2001/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü, V. Bölümde, Avrupa Veri Koruma Denetmeni (EDPS) olarak adlandırılan bağımsız bir denetim makamı kurmaktadır.

4. EDPS'nin görevlerini yerine getirmesine ilişkin düzenlemeleri ve genel şartlarını belirleyen 45/2001 No'lu Tüzüğün 43. maddesinin 3. paragrafı aşağıdaki gibidir:

“[EDPS]'nin bütçesi Avrupa Birliği'nin genel bütçesinin VIII. kısmında ayrı bir bütçe başlığı altında gösterilir.”

Avusturya Hukuku

Federal Anayasa Hukuku

5. 1 Ocak 2008 tarihinde değiştirilen Federal Anayasa'nın (Bundes-Verfassungsgesetz; 'BVG') 20(2). maddesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“Kanun, daha yüksek mercilerin talimatlarına riayet etme konusunda muafiyet tanıyabilir.

....

Bu merciler

(2) kamu alım usulleri açısından kurumların yürürlükteki kanunlara riayet etmesini denetleyen,

(3) Aralarında en az birinin yargılama yetkisi olan ve kurul halinde çalışan, kararları idari tasarruflarla iptal edilemeyen veya değiştirilemeyen son merci olarak yargılama yapan,

111

.....

(8) Avrupa Birliği hukukuna göre gerekli olduğu ölçüde.

Federe Devletlerin anayasaları başka bağımsız kurumlar oluşturabilir. Kanun, yukarıda 2, 3 ve 8. maddelerde sayılanlardan olmadıkları ölçüde bu bağımsız kurumların işlerinin üst kurumlarca tam denetimini ve ciddi nedenlerin varlığı halinde görevden alınabilmelerini öngörür.

1979 Tarihli Memurların Hizmetlerinin Esasları Hakkında Kanun

6. 1979 Tarihli Memurların Hizmetlerinin Esasları Hakkındaki Kanun'un (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979; 'the BDG 1979') 45(1) maddesi aşağıdaki gibidir:

“Hiyerarşik amir emrindeki çalışanların görevlerini kanuna uygun bir şekilde etkin ve ekonomik olarak yerine getirmelerini temin eder. Görevlerinin ifası

sırasında onlara rehberlik eder, gerekli olduğunda onlara talimat verir, hatalarını ve eksikliklerini düzeltir ve mesai saatlerine riayet edilmesini temin eder. Personelinin performansına göre onları terfi etmeye teşvik eder ve kapasitelerine en uygun olan görevlere onları yönlendirir.”

2000 Tarihli Veri Koruma Hakkında Kanun

7. 2000 tarihli Veri Koruma Kanunu (Datenschutzgesetz 2000; ‘the DSG 2000’) 95/46 sayılı Direktifi Avusturya hukukunda uygulamak için kabul edilmiştir.

8. DSG 2000’in 36(1). maddesine göre DSK (Veri Koruma Komisyonu), federal hükümetin önerisi üzerine federal başkan(cumhurbaşkanı) tarafından dört yıllığına atanan altı kişiden oluşur.

9. DSG 2000’in 36(2). maddesine göre altı üyeden beşi kanunen farklı mesleki çıkar gruplarını temsil eden kurumlar, Avusturya federe devletleri ve Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin (Oberster Gerichtshof-Yargıtay) başkanı tarafından önerilir. DSG 2000’in 36(3). maddesine göre altıncı üye federal kamu idaresi içerisindeki avukatlar arasından önerilir.

112

10. DSG 2000’in 36(3a). paragrafına göre DSK (Veri Koruma Komisyonu) üyeliği görevi kısmî zamanlı (part-time) bir faaliyet olarak nitelendirildiği için DSK üyesi aynı zamanda başka bir iş yapabilir.

11. DSG 2000’in 37(1). Paragrafına göre DSK (Veri Koruma Komisyonu) üyeleri bağımsızdırlar ve görevlerinin ifası sırasında herhangi bir talimatla bağlı değildirlar. DSG 2000’in 37(2). Paragrafına göre DSK’de çalışan memurlar, başkanın ve yönetici üyenin sadece teknik talimatlarıyla bağlıdır.

12. DSG 2000’in 38(1). Paragrafına göre DSK, kurumun günlük işleyişine ilişkin bir iç yönetmelik çıkarır ve bu görevi üyelere birine verir. (yönetici üye)

13. DSG 2000’in 38(2). Paragrafına göre DSK’nin işlerini desteklemek amacıyla federal başbakan (şansölye) bir büro kurar ve gerekli malzeme ve personeli tahsis eder. Federal başbakan, DSK’nin başkanı ve yönetici üyesi tarafından kurumun tüm işlerine ilişkin her zaman bilgilendirilme hakkına sahiptir.

DSK’nin İç Yönetmeliği

14. DSK'nin İç Yönetmeliği'nin 4(1) maddesine göre “yönetici üyelik-murahhas üyelik” makamı DSG 2000'in 36(3). Paragrafına uygun olarak atanan federal memurlar tarafından doldurulur.

15. İç Yönetmeliğin 7(1) maddesi uyarınca, federal başbakanın gözetim(denetim) yetkisi saklı kalmak kaydıyla, DSK'nin bürosunda çalışan memurlar yalnızca DSK'nin başkanı veya yönetici üyesinden talimat alır.

DAVA ÖNCESİ SÜRECİ

16. Komisyon, 5 Temmuz 2005 tarihinde Avusturya Cumhuriyeti'ne gönderdiği resmi mektupta DSK'nin yapılanmasının, kanunen ve fiilen, 95/46 sayılı Direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen bağımsızlık kistasını karşılamadığını belirtmiştir.

17. 2 Kasım 2005 tarihinde Avusturya Cumhuriyeti, Komisyon'a gönderdiği cevabi mektupta DSK'nin o direktifteki şartları karşıladığını belirtmiştir.

18. 8 Ocak 2008 tarihinde Avusturya Cumhuriyeti'ne gönderdiği ek resmi mektupta Avusturya'dan 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren BVG (Federal Anayasa U.A) değişikliğinin DSK açısından sonuçlarına ilişkin daha detaylı bilgi temin etmesini talep etmiştir.

113

19. 8 Ocak ve 7 Mart 2008 tarihlerinde ileri sürdüğu görüşlerinde Avusturya Cumhuriyeti, BVG'nin değiştirilen 20(2). Maddesinin DSK'nin bağımsızlığına halel getirmediğini izah etmiştir.

20. Akabinde, 9 Ekim 2009 tarihinde Komisyon, daha önceki şikâyetlerini tekrar eden gerekçeli görüşünü Avusturya Cumhuriyeti'ne göndermiştir.

21. Komisyon, gerekçeli görüşe karşı 9 Aralık 2009 tarihinde Avusturya Cumhuriyeti'nin ileri sürdüğu görüşlerden tatmin olmadığı için mevcut davayı açmıştır.

22. Mahkeme başkanının 18 Mayıs 2011 tarihli talimatıyla Federal Almanya Cumhuriyeti'ne Avusturya Cumhuriyeti'ne destek olmak mahiyetinde davaya müdahil olma hakkı tanınmıştır.

23. Mahkeme başkanı'nın 7 Temmuz 2011 tarihli talimatıyla Avrupa Veri Koruma Denetçisi'ne (EDPS) Komisyon'un talebine destek olmak mahiyetinde davaya müdahil olma hakkı tanınmıştır.

24. Avusturya Cumhuriyeti, 25 Kasım 2011 tarihli mektubuyla Adalet Divanı'nın iç tüzüğü'nün 44(3) maddesi uyarınca davanın büyük daire tarafından görülmesini talep etmiştir.

DAVA

Tarafların İddiaları

25. Komisyon ve EDPS (Avrupa Veri Koruma Denetmeni), Avusturya Cumhuriyeti'nin 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasını iç hukuka yanlış aktardığını ve milli mevzuatın DSK'nin (Veri Koruma Komisyonu) görevini “tam bağımsızlık ile” ifa edemediğini iddia etmektedir. Bu bağlamda, ilk olarak, meri mevzuata göre DSK'nin “yönetici üyesi”nin daima federal başbakanlığın bir memuru olması zorunluluğunu belirtmektedirler. Bu nedenle DSK'nin tüm günlük işi, fiilen, işvereninin talimatıyla bağlı ve 1979 tarihli BDG'nin (Memurların Hizmetlerinin Esasları Hakkındaki Kanun) 45 (1) paragrafına göre denetime tabi bir federal memur tarafından yönetilmektedir. DSG 2000 (Veri Koruma Kanunu)'in 37(1).maddesi denetim kurumunun sadece icrai özerkliğini öngörmektedir.

114

26. İkinci olarak, Komisyon ve EDPS (Avrupa Veri Koruma Denetmeni), DSK (Veri Koruma Komisyonu)'nin yapısal olarak federal başbakanlığın birimleriyle bütünleşmiş olduğuna dikkat çekmektedirler. Bu bütünleşmenin sonucu olarak, DSK'nin yapısal veya maddi anlamda bağımsız olmadığını iddia etmektedirler. DSG 2000 (Veri Koruma Kanunu)'nun 38(2).maddesi ve İç Yönetmeliğin 7(1). maddesinden anlaşılacağı üzere DSK'nin tüm çalışanları, federal başbakanlığın otoritesi ve bu cihetle onun denetimi altındadır.

27. Üçüncü olarak, Komisyon ve EDPS (Avrupa Veri Koruma Denetmeni), BVG (Federal Anayasa)'nin 20(2). maddesi ve DSG 2000'in (Veri Koruma Kanunu) 38(2). maddesine uygun olarak federal başbakanlığın haberdar edilme hakkına değinmektedirler.

28. Avusturya Cumhuriyeti ve Federal Almanya Cumhuriyeti davanın reddedilmesi gerektiğini talep etmişlerdir.

29. DSK'nin (Veri Koruma Komisyonu) BVG anlamında, “toplularak, kurul halinde çalışan ve yargısal görevleri olan bir kurum” olduğunu belirtmektedirler. Böyle bir kurumun, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 267. maddesi

ve 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6(1) maddesi anlamında bağımsız mahkeme veya heyet teşkil edeceğini ve bu yüzden 95/46 sayılı Direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen bağımsızlık şartını karşıladığını iddia etmektedirler.

30. Avusturya Cumhuriyeti'ne göre, 95/46 sayılı Direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası işlevsel (fonksiyonel anlamda) bağımsızlığa ilişkindir. DSK'nin (Veri Koruma Komisyonu) bu şekilde bağımsızlığı vardır. Çünkü DSG 2000'in (Veri Koruma Kanunu) 37(1). maddesine göre, üyeleri bağımsızdır ve görevlerinin ifasında herhangi bir talimatla bağlı değildirler.

31. Komisyon'un ileri sürdüğu sebeplerden hiç biri 95/46 sayılı Direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası anlamında DSK'nin bağımsızlığı hakkında şüphe duyulmasına yol açamayacağını iddia etmektedirler.

32. Öncelikle, DSK'nin yönetici üyesinin her zaman federal başbakanlığın bir memuru olması bir zorunluluk değildir. İç Yönetmeliğin 4(1) maddesi ve DSG 2000'in (Veri Koruma Kanunu) 36(3). maddesine göre yönetici üye, federal kamu idaresi içerisindeki avukatlar arasından aday gösterilir. Üstelik DSK'nin kendisi, oybirliği ile İç Yönetmeliği değiştirmek suretiyle kimi yönetici üye atayacağını serbestçe kararlaştıracaktır. Diğer memurlar gibi yönetici üyenin de terfisi bakımından, kendi hiyerarşik amirlerinin ve nihai olarak bir bakanın kararlarına tabi olması gerçeği onun bağımsızlığını etkilemez.

33. İkinci olarak, DSK'nin (Veri Koruma Komisyonu) sekreteryasının federal başbakanlığın birimleriyle bütünleşmiş olmasına ilişkin olarak Avusturya Cumhuriyeti, federal kamu idaresinin tüm kurumları bütçe kanunu açısından bir bakanlık birimi altında olduğunu, parlamentoyla işbirliği halinde, çeşitli icrai kurumların yeterli araç gereç ve personele sahip olmasını temin etmek hükümetin görevi olduğunu belirtmiştir. Buna ilaveten, DSK sekreteryası münhasıran eylem programının yönetiminden sorumludur. DSK sekreteryası çalışanları, DSK başkanı ve yönetici üyesinin verdiği talimatla bağlıdır. Sekreterya çalışanlarının, hem hiyerarşi hem maaşları açısından hukuken federal başbakanlığa bağlı olması onların bağımsızlığını etkilemez. Disiplin bakımından yapılan gözetim DSK'nin etkin bir şekilde faaliyet göstermesini temin eder.

34. Üçüncü olarak, federal başbakanın bilgi edinme hakkı bakımından, Avusturya Cumhuriyeti o hakkın özerk kurumlarla parlamento arasında belli bir demokratik bağ kurmayı hedeflediğini belirtmektedir. Bilgi edinme hakkı, DSK'nin görevini ifa etmesini etkilemeye yönelik herhangi bir husus içermez. İlaveten, bilgi edinme hakkı bir mahkeme veya hakem heyetinin bağımsızlığının gereklerine aykırılık teşkil etmez.

35. Müdahil Federal Almanya Cumhuriyeti sınırlı gözetimin 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasının şartlılarıyla uyumlu olduğunu eklemektedir. Sınırlı gözetim, gözetim altında bulunan kişinin sorumluluklarına uygun davranmasını sağlar. Aksine, bu onun maddi anlamda ve kişisel bağımsızlığını olumsuz olarak etkilemez ve özellikle o kişi üzerinde maddi anlamda bir etkiye yol açmaz. Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları, mahkemelere ilişkin sınırlı gözetimin yargı bağımsızlığı ilkesiyle uyumlu olduğuna karar vermiştir.

Mahkemenin Tespitleri

36. 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası üye ÷lkelerin kişisel verileri korumak üzere kendilerine verilen görevi tam bağımsız bir şekilde yerine getirecek bir veya daha fazla denetim makamı kurmasını gerektirir. İlaveten, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak bireylerin korunmasının bağımsız kurumların denetimine tabi olması hakkındaki Avrupa Birliği kurallarına uyma zorunluluğu, diğerlerinin yanında Avrupa Birliği'nin birincil hukuku olan Avrupa Birliği Temel Haklar şartı'nın 8(3). maddesi ile Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 16(2). maddesinden kaynağını almaktadır.

37. Bu yüzden üye ÷lkelerde bağımsız denetim makamları kurulması kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak bireylerin korunmasının önemli bir unsurdur. (Dava C-518/07 Komisyon/Almanya[2010] ECR I-1885, paragraf 23.)¹

38. Mevcut davanın haklı nedenlere dayanıp dayanmadığını tespit etmek için Komisyon'un belirttiği gibi, Avusturya'daki yürürlükte olan mevzuatın DSK'yi,

¹ Anılan kararın Türkçe metni için bkz. Altınışık,Ulvi; Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi, Temmuz 2012, 72-87.

"23. Bu yüzden, 95/46 sayılı direktifin 28. maddesinde belirtilen denetim makamları o temel hak ve özgürlüklerin muhafızlarıdır (koruyucularıdır) ve 95/46 sayılı direktifin önsözündeki 62. paragrafta belirtildiği gibi onların üye ÷lkelerdeki varlığı kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasının önemli bir bileşeni olarak değerlendirilmektedir."

95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası anlamında görevlerini tam bağımsız olarak yerine getirmesini engelleyip engellemediğini değerlendirmek önemlidir.

39. O bağlamda, öncelikle Federal Almanya ve Avusturya Cumhuriyeti tarafından ileri sürülen DSK'nin Avrupa Birliği'nin İşleyişine ilişkin Antlaşma'nın 267. maddesinde belirtilen bir üye ülkenin bağımsız mahkemesi veya hakem heyeti şartlarını karşıladığı için 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasının gerektirdiği ölçüde bağımsızlığa sahiptir düşüncesinin reddedilmesi önemlidir.

40. Komisyon/Almanya kararında belirtildiği gibi, 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “tam bağımsızlıkla” kelimelerine, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (TFEU) 267. maddesinden bağımsız olarak, maddenin ifade biçiminin gerçek anlamı, direktifin amaçları ve sistematığı esas alınmak suretiyle bağımsız bir yorum getirilmelidir.

41. Mahkeme, Komisyon/Almanya kararının 30. paragrafında, 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “tam bağımsızlıkla” kelimeleri, kişisel verilerin korunması için kurulacak denetim makamlarının görevlerini dış etkilerden uzak bir şekilde yapabilmelerine imkân tanıyan bir bağımsızlığa sahip olmaları zarureti şeklinde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, o kararında aynı zamanda, o denetim makamlarının doğrudan veya dolaylı yoldan kararlarında etkisi olabilecek her türlü dış etkiden bağımsız olmaları gerektiğini belirtmiştir. (Bu anlamda bkz. Komisyon /Almanya kararı, paragraflar 19, 25, 30 ve 50)²

² “19. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin aldığı pozisyonun aksine, bağımsızlık gerekliliğinin münhasıran denetim makamları ile o denetime tabi kurumlar arasındaki ilişkileri ilgilendirdiğini belirtecek bir husus bulunmamaktadır. Aksine, “bağımsızlık” kavramı, karar alma gücünün denetim makamı üzerinde doğrudan veya dolaylı harici bir etkiden bağımsız olmasını ima eden “tam” sıfatıyla tamamlanmıştır.

25. Ulusal denetim makamlarının bağımsızlığının teminat altına alınması, denetimlerin kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ilişkin hükümlerle uyumluluğunun etkililiği ve güvenilirliğini sağlamak amacıyla ve bu amaç ışığında yorumlanmalıdır. Denetim makamlarının ne bizzat kendilerine ne de onlar adına çalışan temsilcilerine özel bir statü sağlamak için değil, onların kararlarından etkilenen kişi ve kurumlara sağlanan korumanın güçlendirilmesi amacıyla kurulmuştur. Bunun sonucu olarak denetim makamları görevlerini ifa ederken objektif ve tarafsız davranmak zorundadırlar. Bu amaçla, sadece denetlenen kurumların etkilerinden değil, devletin veya federe devletin doğrudan veya dolaylı etkisi dâhil olmak üzere her türlü harici etkiden azade olmalıdırlar.

30. Yukarıda belirtilenler ışığında 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci alt paragrafının, kamu sektörü dışında kişisel verilerin işlenmesinin denetlenmesinden sorumlu denetim

42. DSG 2000 (Veri Koruma Kanunu)'nin 37(1)maddesine göre DSK(Veri Koruma Komisyonu)nin üyelerinin bağımsız oldukları ve görevlerinin ifası sırasında hiçbir talimatla bağlı olmadıkları gerçeği, o denetim makamının 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bağımsızlık kıstasını karşılaması için önemli bir şartı kabul edilmelidir. Fakat, Avusturya Cumhuriyeti'nin iddiasının aksine bu şekildeki salt işlevsel anlamdaki bağımsızlığın kendisi o denetim makamını dış etkilerden korumaya yeterli değildir.

43. 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası altında gerekli olan bağımsızlık, denetim makamlarının kararları üzerinde sadece talimat şeklindeki doğrudan etkileri değil, aynı zamanda yukarıda 41. paragrafta belirtildiği gibi, kararları etkileme kabiliyeti olan her türlü dolaylı etkiyi engellemeyi amaçlar.

44. Fakat, Komisyon'un başvurusunda üç şikayet başlığı olarak belirtilen Avusturya mevzuatının çeşitli yönleri DSK'nin (Veri Koruma Komisyonu) görevlerini dolaylı etkilerden bağımsız bir şekilde yapabilecek nitelikte olduğuna dair değerlendirilebilmesini engeller.

45. DSK'nin yönetici üyesinin konumuna ilişkin birinci şikâyet başlığı ele alınacak olursa, DSG 2000 (Veri Koruma Kanunu)'in 36(3) ve 38(1). maddelerinin DSK'nin İç Yönetmeliği'nin 4(1) maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde yönetici üyenin federal bir memur olduğu sonucu ortaya çıkar.

46. Sonra, DSG 2000'in 38(1). maddesine göre o federal memurun DSK'nin günlük işleyişini yönettiği belirtilmelidir.

47. Bu makamın her zaman federal başbakanlığın bir memuru tarafından doldurulması tartışma konusu edilmemesine rağmen, Avusturya Cumhuriyeti'nin de ileri sürdüğu gibi DSK'nin yönetici üyesinin, mevcut düzenleyici çerçeve altında, her zaman federal başbakanlığın bir memuru olması gerekmediği hususu doğrudur.

makamlarına, harici etkilerden azade olarak görevlerini ifa etmelerine imkân veren bir bağımsızlık tanıyacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. O bağımsızlık sadece denetlenen kurumların uyguladığı etkiyi değil aynı zamanda, o otoritelerin görevlerini ifa ederken özel yaşam hakkı ile kişisel verilerin serbest dolaşımı arasında adil bir denge kurulması sorusunu akla getiren ister doğrudan ister dolaylı olsun, her türlü talimat ve harici etkiyi engeller.

50. Şimdiye kadar belirtildiği üzere, kararları üzerinde etkisi olabilecek her türlü harici etkiden azade olmak zorunda kaldıkları için denetim makamlarının bağımsızlığı 95/46 sayılı direktifin amaçları ışığında esaslı bir unsurdur. İç pazarın kurulması ve çalışması için gerekli olan verilerin serbest dolaşımına katkı sağlamak ve eşit seviyede bir kişisel veri koruma seviyesi oluşturmak için o bağımsızlık bütün üye ülkelerde gereklidir."

48. Fakat, DSK'nin yönetici üyesinin bağlı bulunduğu federal makam söz konusu edilmeksizin, genelde yönetici üye ile onun faaliyetlerinin hiyerarşik amirleri tarafından denetlenmesine izin veren federal makam arasında hizmetle ilgili bir ilişki bulunmaktadır.

49. Bu bağlamda, 1979 tarihli Memurların Hizmetlerinin Esasları Hakkındaki Kanun'un (BDG) 45(1) paragrafı kendi biriminde çalışan memurlar üzerinde hiyerarşik amire geniş bir gözetim yetkisi verdiği unutulmamalıdır. Bu hüküm, hiyerarşik amire sadece emri altındakilerin görevlerini kanuna uygun olarak, verimli ve ekonomik olarak ifa etmelerini sağlama yetkisi vermez; aynı zamanda görevlerini yaparken onlara rehberlik etme, hatalarını ve eksikliklerini düzeltme, mesai saatlerine riayet edilmesini sağlama, personelinin performansına göre onları terfi etmeye teşvik etme ve kapasitelerine en uygun olan görevlere onları yönlendirme yetkisi de verir.

50. Yönetici üyenin DSK(Veri Koruma Komisyonu) içindeki konumu ışığında, 95/46 sayılı direktifin 28(1)maddesinin ikinci paragrafı, yönetici üyenin 1979 tarihli BDG'nin 45. paragrafına göre denetime tabi olmasını engeller. Her ne kadar, DSG 2000 (Veri Koruma Kanunu)'ün 37(1). maddesi hiyerarşik amirin yönetici üyeye talimat vermesini engellemek için kaleme alınmışsa da 1979 tarihli BDG'nin 45(1). paragrafının hiyerarşik amire DSK'nin işlevsel bağımsızlığını tehlikeye düşürebilecek kabiliyette bir denetim yetkisi verdiği de bir gerçektir.

51. Bu bağlamda, terfi ettirmek için DSK'nin yönetici üyesinin hiyerarşik amirleri tarafından değerlendirilmesinin, yönetici üyede bir çeşit peşin itaate “prior compliance” yol açma ihtimalini akla getirebileceğini belirtmek yeterli olacaktır. (Bu bağlamda bkz. Komisyon / Almanya davası paragraf 36.)³

52. Üstelik, DSK'nin yönetici üyesinin DSK'nin denetimine tabi olan bir siyasi kurumdaki bağlantısı nedeniyle DSK hiçbir şekilde tarafılık şüphesinden uzak değildir. Mahremiyet hakkının koruyucuları olarak denetim makamlarının

³ “36. Ayrıca dikkat çekilmelidir ki incelemeyi yapan kurumların denetim makamlarının kararları üzerinde siyasi tesir icra edebilme riski sonrakilerin (denetim makamları) görevlerini bağımsız olarak ifa etmelerini engellemeye yeterlidir. İlk olarak, Komisyon tarafından belirtildiği gibi, inceleyen makamların karar alma pratiği ışığında o makamların tarafında bir “önceden(baştan) itaat etme” durumu bulunabilir. İkinci olarak, o makamların kabul ettikleri özel hayat hakkının beklileri olmaları rolünün amaçları bakımından kararlarının ve o makamların kendilerinin her türlü tarafgirlik şüphesinin üzerinde bulunmaları önemlidir.”

üstlendikleri varsayılan rol ışığında, 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası, denetim makamlarının kararlarının ve bu yüzden kendilerinin her türlü taraflılık şüphesinin üzerinde olmalarını gerektirir. (bkz. Komisyon / Almanya davası, paragraf 36)

53. Fakat Avusturya Cumhuriyeti cevaben, DSK'nin (Veri Koruma Komisyonu) İç Yönetmeliği'nin 4(1) maddesi uyarınca yönetici üye makamının DSG 2000 (Veri Koruma Kanunu)'in 36. (3) paragrafına uygun olarak atanan federal bir memur tarafından ihraz edileceğini belirtmektedir. DSK içinde federal başbakanlıktan bir memurun yönetici üye olarak bulunması denetim makamının(DSK) kendi kendine aldığı kararına dayandığı için denetim makamının (DSK) bağımsızlığı etkilenmez.

54. Böyle bir gerekçenin reddedilmesi gerekir.

55. Bu kararın 48. paragrafından 52. paragrafına kadar olan kısımdan açıkça anlaşılacağı üzere DSK'nin yönetici üyesinin ait olduğu federal makamlarla olan hizmet eksenli ilişkisi DSK'nin bağımsızlığını etkiler ve mevcut davada, o üyenin atama biçimi bu bulgu üzerinde tereddüt hâsil etmez. Fakat Avusturya Cumhuriyeti, denetim makamının kendine verilen görevleri 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası gereği "tam bağımsızlık ile" yerine getirebilmesini garanti altına alan hukuki hükümleri kabul etmelidir.

56. Sonra, Komisyon'un ileri sürdüğu ikinci şikâyet başlığına ilişkin olarak, DSG 2000'in (Veri Koruma Kanunu) 38(2). maddesine göre, federal başbakanlığın DSK'ye gerekli personel ve araç gereci temin etmekle yükümlü olduğu hususu unutulmamalıdır. DSK sekreteryasının federal başbakanlığın memurlarından olduğu gerçeği tartışma konusu edilmemiştir.

57. Komisyon'un ileri sürdüğu gibi, DSK'nin (Veri Koruma Komisyonu) sekreteryasının federal başbakanlığın birimleriyle bütünleşmiş olması aynı zamanda DSK'nin kendine verilen görevleri Federal başbakanlığın her türlü tesirinden uzak bir şekilde yürüttüğu sonucunu çıkarmamızı engeller.

58. Kuşkusuz, Avusturya Cumhuriyeti'nin vurguladığı gibi, 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kıstası yerine getirebilmek için, 45/2001 No'lu AB tüzüğünün 43(3). maddesinde EDPS (Avrupa Veri Koruma Denetmeni) için öngörüldüğu gibi, DSK'ye ayrı bir bütçe verilmesinin gerekli

olmadığı doğrudur. Üye ÷lkeler kendi denetim makamlarının tam bağımsızlığını temin etmek üzere milli mevzuatlarında 45/2001 nolu AB Tüzüğünün V. Bölümündeki hükümlere benzer hükümler ihdas etmek zorunda değillerdir ve bu yüzden bütçe kanunu açısından denetim makamlarının belirli bir bakanlık biriminin altında olmasını öngörebilirler. Bununla beraber, gerekli araç gereç ve personelin tahsisi, onların kendilerine verilen görevleri 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası anlamında “tam bağımsızlıkla” hareket ederek yerine getirmelerini engellememelidir.

59. Ancak, Avusturya'da yürürlükte olan düzenleyici çerçeve, bu son şartı karşılamada yetersiz kalmaktadır. DSK' ye tahsis edilen personel federal başbakanlığın memurlarından oluşmakta ve BDG 1979 'un (Memurların Hizmetlerinin Esasları Hakkındaki Kanun'un) 45(1) fıkrası hükümleri çerçevesinde federal başbakanlığın denetimine (gözetimine) tabidirler. Yukarıda 49. paragraftan 52. paragrafa kadar olan kısımdan anlaşılacağı üzere, her halükarda, devlet tarafından uygulanan bu tür bir denetim (gözetim), 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ve kişisel verilerin korumasına ilişkin denetim makamlarının sağlaması gereken bağımsızlık şartı ile uyumlu değildir.

60. Avusturya Cumhuriyeti'nin ileri sürdüğü, sekreteryaya sadece DSK'nin kararlarını uygulayacağı için sekreteryanın yapısının DSK'nin bağımsızlığını etkileyemeyeceği yönündeki görüşünün reddedilmesi gerekir.

61. Kişisel verileri korumakla görevli denetim makamının iş yükü açısından, bir yandan DSK üyeleri görevlerini DSG 2000 in 36(3a) fıkrasına göre yaparken aynı zamanda başka işle de uğraşabilirler, diğer yandan, değerlendirilmelidir ki böyle bir kurulun üyeleri büyük oranda, kendilerine verilen görevleri ifa etmelerinde yardımcı olmak için tahsis edilen personele bel bağlayacaklardır. Sekreteryanın, DSK'nin denetimine tabi olan federal başbakanlığın memurlarından oluşması gerçekliği, DSK'nin kararlarını etkileme riski taşımaktadır. Herhangi bir durumda, DSK ve federal başbakanlık arasındaki kurumsal örtüşme DSK'nin her türlü tarafsızlık şüphesinden uzak olmasını engeller ve bu nedenle 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası anlamında “bağımsızlık” şartı ile uyumlu değildir.

62. Komisyon'un üçüncü şikâyet başlığına ilişkin olarak, belirtilmelidir ki, BVG'nin 20(2) ve DSG 2000'in 38(2). maddesine göre federal başbakanın her zaman DSK'nin işlerinin bütün yönleri hakkında başkan ve yönetici üye tarafından bilgilendirilme hakkı vardır.

63. Bu tür bir bilgi edinme hakkı, DSK'yi dolaylı olarak federal başbakandan etkilenmeye maruz bırakabilir ki bu da 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrası anlamında "bağımsızlık" kıstası ile uyumlu değildir. Bu bağlamda, yalnızca şu kadarı kaydedilmelidir ki evvela, bilgi edinme hakkı DSK'nin işlerinin tüm yönlerini kapsadığı için çok geniştir ve ikinci olarak da şartsızdır.

64. Bu şartlarda, BVG'nin 20(2) ve DSG 2000'in 38(2). maddesinde belirtilen bilgi edinme hakkı DSK'nin tüm şartlar altında her türlü tarafsızlık şüphesinden uzak bir şekilde görev yapabileceğinin kabul edilmesini engeller.

65. Son olarak, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yukarıda 35. paragrafta ileri sürdüğu görüşe ilişkin olarak yalnızca şu kadarı belirtilmelidir ki DSK'nin yönetici üyesinin denetime tabi bir federal memur olması o üyenin hiyerarşik amirinin DSK'nin kararları üzerinde dolaylı tesirde bulunabileceği ihtimalini ortadan kaldırmaz. (bakınız yukarıda 48. den 52'ye kadar olan paragraflar)

66. Yukarıda belirtilenler ışığında, karar verilmelidir ki, Avusturya'daki yürürlükteki mevzuatın DSK'nin bağımsızlığına ilişkin olarak şartları karşılamaşı için gerekli önlemleri alamayarak, daha detaylı belirtmek gerekirse;

- DSK'nin yönetici üyesinin denetime tabi olan federal bir memur olduğu,
- DSK sekretaryasının federal başbakanlığın birimleriyle bütünleşmiş olduğu,
- DSK'nin işlerinin tüm yönlerini kapsayacak şekilde federal başbakanın şartsız bir bilgi edinme hakkı olduğu,

bir düzenleyici çerçeveyi kabul ederek Avusturya Cumhuriyeti 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sorumluluklarını yerine getirememiştir.

MASRAFLAR

67. Mahkemenin işleyişine ilişkin iç tüzüğün 69(2). maddesine göre eğer başarılı olan tarafın talepleri arasında belirtilmişse başarısız olan tarafın masrafları ödemesi

emredilir. Komisyon masraflar için Avusturya Cumhuriyeti aleyhine başvurmuş ve o da başarısız olduğu için, Avusturya Cumhuriyeti'nin masrafları ödemesine emredilmesi gerekir.

68. Mahkemenin işleyişine ilişkin iç tüzüğün 69(4) maddesine göre müdahil olan Federal Almanya Cumhuriyeti ve EDPS (Avrupa Veri Koruma Denetmeni) nin kendi masraflarını üstlenmeleri gerekir.

Bu gerekçelerle, Mahkeme (Büyük Daire):

1. Avusturya'da yürürlükteki mevzuatın Veri Koruma Komisyonu'nun (Datenschutzkommission) bağımsızlığına ilişkin tüm şartı karşılaması için gerekli önlemleri alamaması ve özellikle

- DSK'nin yönetici üyesinin denetime tabi olan federal bir memur olduğu,
- DSK sekretaryasının federal başbakanlığın birimleriyle bütünleşmiş olduğu,
- DSK'nin işlerinin tüm yönlerini kapsayacak şekilde federal başbakanın şartsız bir bilgi edinme hakkı olduğu,

bir düzenleyici çerçeveyi kabul ederek Avusturya Cumhuriyeti Avrupa 123
Parlamentosu ve Konseyi'nin 24 Ekim 1995 tarihli 95/46 sayılı kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ve o verilerin serbest dolaşımına ilişkin direktifin 28(1) maddesinin ikinci fıkrasından doğan sorumluluğunu yerine getiremediğini bildirir.

2. Avusturya Cumhuriyeti'nin Avrupa Komisyonu'nun masraflarını ödemesini emreder.

3. Federal Almanya Cumhuriyeti ve Avrupa Veri Koruma Denetmeni'nin (EDPS) kendi masraflarını üstlenmesini emreder.

[imzalar]

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ESKİ BEŞİNCİ DAİRE’NİN
PESUKIC / İSVİÇRE KARARI* ****

(6 Aralık 2012, Başvuru No: 25088/07)

Pesukic / İsviçre davasında,

2 Ekim 2012 ve 13 Kasım 2012 tarihlerinde,

Başkan

Dean Spielmann

Yargıçlar

Mark Villiger

Bostjan M. Zupancic,

Ann Power-Forde,

Angelika Nubberger,

Hellen Keller

ve *Daire Yazı İşleri Müdürü* Claudia Westerdiek’in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Eski Beşinci Daire), yapılan gizli müzakereler sonrasında 13 Kasım 2012 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. İsviçre Konfederasyonu aleyhine açılan (25088/07 no’lu) dava, Karadağ vatandaşı Bay Srdan Pesukic’in (başvuran) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM veya Mahkeme) 12 Temmuz 2007 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme’nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurudan ibarettir.

* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe’ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

** İşbu karar AİHS’nin 44 § 2. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

2. Başvuran, Zürih'te görev yapan avukat Bay T. Reich tarafından temsil edilmiştir. İsviçre Hükûmeti (Hükûmet) ise kendi görevlisi olan, Federal Adalet Ofisi'nden Bay F. Schürmann tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran özellikle, kendisi hakkında verilen ceza hükmünün büyük ölçüde gizli bir tanık tarafından verilen ifadeye dayandığını iddia etmiştir.

4. 26 Kasım 2009 tarihinde başvuru Hükûmet'e tebliğ edilmiştir. Ayrıca, davanın esası ve kabul edilebilirliği hakkında birlikte karar verileceği belirtilmiştir (Madde 29 § 1).

5. 4 Aralık 2009 tarihinde yazılı görüş bildirme hakkından haberdar edilen Karadağ Hükûmeti, yargulamalarda yer alacağına dair herhangi bir görüş bildirmemiştir.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuran 1974 doğumludur. İsviçre'nin Regensdorf şehrinde kanton cezaevinde halen tutuklu bulunmaktadır.

7. 15 Ekim 2001 tarihinde, gece yarısından kısa bir süre sonra, N.B Zürih-Schwamendingen'deki postane önünde ensesinden vurularak öldürülmüştür. Başvuranın bu eylemi gerçekleştirdiğinden şüphelenilmektedir.

8. 8 Temmuz ve 21 Ağustos 2002 tarihlerinde Zürih Kantonu'nun savcılık makamı, X'in tanık olarak ifadesini almıştır. X, suç mahallinde bulunduğunu ve yirmi metre öteden başvuranın mağduru ensesinden vurduğunu gördüğünü söylemiştir. Sorgu boyunca, tanık, sorgu hâkimi, polis memuru ve tercüman ayrı bir odada otururken; başvuran, eski suç ortağı Z.L., onların savunma avukatları ve iki nöbetçi polis başka bir odada oturmuştur. Sorgu, ses bağlantısı yoluyla iletilmiş ve tanığın sesi, gizliliğini korumak için bozulmuştur. Sorgunun devamında, savunma avukatına ses bağlantısı yoluyla ek soru sorma imkânı tanınmıştır.

9. Başvuranın savunma avukatı her bir sorgunun başında; tanık sorgusu yöntemlerinin, savunma tarafının haklarının yeterli derecede kullanılmasını engellediğini beyan etmiştir.

10. 29 Ocak 2004 tarihinde X, jüri sistemiyle çalışan Zürih Kanton Mahkemesi önünde sorgulanmıştır. Hâkimler, jüri ve tercüman duruşma odasında tanıkla

birlikte otururken; başvuran, avukatı, tercüman, sivil taraflar, cumhuriyet savcısı ve gazeteciler mahkemenin görüşme odalarından birine alınmıştır. Sorgu, ses bağlantısı yoluyla iletilmiş ve tanınmasını önlemek amacıyla tanığın sesi bozulmuştur.

11. Başvuran ve avukatına X'e ek olarak soru sormaları için imkân tanınmıştır. Ancak X, savunma avukatının önemli olduğunu düşündüğü birkaç soruyu cevaplamayı reddetmiştir. Bunlardan bazıları:

“X neden N.B ile görüşme ayarlamıştır? Olaydan sonra X nasıl davranmıştır? X cesede yaklaşmış mıdır? Polisi beklemiş midir? Uyuşturucu kullanmış mıdır? Başvurana yakın olan birinden korkmakta mıdır? Birileri tarafından somut olarak tehdit edilmiş midir? X başvurana veya Z.L. ile tartışma yaşamış mıdır? X olaydan sonra nereye gitmiştir? Yürümüş müdür araç mı kullanmıştır? Sabıka kaydı var mıdır? İsviçre’de yasal olarak mı ikamet etmektedir? Gözlük takmış mıdır?”

12. 6 Şubat 2004 tarihinde kanton mahkemesi başvuranı adam öldürmekten ve birkaç kez uyuşturucu kaçakçılığı yapmaktan suçlu bulmuş ve on dört yıl dokuz ay hapis cezasına çarptırmıştır. Kanton mahkemesi, X tarafından verilen ifadenin güvenilir ve geçerli olduğu kanaatine varmıştır. Ayrıca, tanığın gizliliğine olanak sağlamak için bütün koşulların yerine getirildiğini belirtmiştir. X’in tanıklık etmesi durumunda hayatının tehlikeye gireceğini, başvurana ve Z.L.’ye yakın olan şahısların intikam almaya hazır olduklarını ve birini öldürmek için tereddüt bile etmeyeceklerini güvenilir ve ikna edici biçimde açıkladığını belirtmiştir. X’in beyanlarına göre, X olayı gören ve tanıklık etmeye cesaret eden tek kişi olmuştur. Bu nedenle X’in misillemelerden korkması anlaşılabilir olarak görülmüştür. Ayrıca başvuranın, hüküm giymesine katkıda bulunan tanıktan intikam alma ve başka ifadeler vermesini engelleme dürtüsünün olduğu açıktı.

13. X’in ifade ettiği korkuları, diğer tanıkların ortaya koyduğu genel görünümle bağdaşmıştır. Diğer tanıklar somut olarak suçlayıcı ifadeler verdiklerinde panik derecesine ulaşan bir endişe hali sergilemişlerdir. Kanton mahkemesi başvuranın çok küçük sebeplerden dolayı bile şiddet ve silah kullanımına sıklıkla başvuru, şiddet dolu bir çevrede yaşadığını gösteren somut deliller bulunduğu kanısına varmıştır. Bununla birlikte, Kanton mahkemesi önünde ifade vermeye hazır olan şahısların ölüm tehditlerine maruz kaldıklarına dair bazı deliller vardır.

14. Kanton mahkemesi, alınan önlemlerin tanık X’in kimliğinin ortaya çıkmasını engellemek için gerekli ve yeterli olduğu kanaatine varmıştır. Kanton

mahkemesi, savunma tarafının haklarına getirilen kısıtlamaları tazmin etmek amacıyla birtakım önlemler almıştır. İlk olarak tanık, bölge savcısı tarafından değil, mahkeme başkanı tarafından sorgulanmıştır. İkinci olarak, X'in kimliği soruşturmadan sorumlu polis memuru tarafından doğrulanmış ve bölge savcısı ile mahkeme başkanına bildirilmiştir.

15. Üçüncü olarak, polis memuru ve bölge savcısı X'in saygınlığı ve güvenilirliği konusunda şahitlik etmişlerdir. Böylelikle X'in sabıka kaydının olmadığı ve uyuşturucu kaçakçılığı olayıyla bağlantısı bulunduğu dair herhangi bir delil olmadığı bilinmekteydi. Ayrıca X'in suça herhangi bir biçimde karıştığına dair bir delil de bulunmamaktaydı. X'in Sırp-Hırvat dilini konuştuğu bilinmekteydi. Buna karşılık, bölge savcısı X'in özel ve profesyonel geçmişi, eğitimi, ailevi durumu ve ikamet durumu hakkında detaylı bilgi vermeyi reddetmiştir. Ancak Kanton mahkemesi, bu bilginin, güvenilirliği değerlendirmek için küçük bir önem arz ettiği ve mevcut bilginin genel olarak tanığın güvenilirliğinin değerlendirilmesi için mahkemeye yeterli zemin oluşturduğu kanısına varmıştır.

16. Kanton mahkemesi ayrıca, X'in bütün mahkeme önünde sorgulandığını ve karar verme sürecine katılan bütün şahısların tanık hakkında ve kendisine sorulan sorulara verdiği yanıtlar hakkında kişisel izlenim edinebildiklerini belirtmiştir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları uyarınca bir hükmün yalnızca gizli tanık tarafından verilen ifadeye dayandırılmayacağını dikkate almıştır. Savunma tarafının bulunduğu ayrı odadan sorguyu izleyebilmeleri için basına doğrudan izin verilerek, kamuya açık duruşma ilkesine riayet edilmiştir. Kanton mahkemesi, savunma tarafının özlük haklarının korunduğu ve alınan önlemlerin orantılı olduğu kanısına varmıştır.

17. AİHM'nin içtihatlarına istinaden; Kanton mahkemesi, cezai bir hükmün, yalnızca gizli bir tanık tarafından verilen ifadeye dayandırılmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu nedenle Kanton mahkemesi; eldeki tek kanıtın gizli tanığın ifadesi olması durumunda, gizli tanığın ifadesine istinat edemeyeceğine kanaat getirmiştir. Kanton mahkemesi, tanıklar tarafından verilen ifadelerin güvenilirliğini değerlendirmek amacıyla genel ilkeler belirleyerek incelemesine devam etmiştir. Başvuranın, İsviçre topraklarına ilk olarak Ocak 2002'de girmesinden ötürü -mağdurun öldürülmesinden sonra- suç mahallinde bulunmasının mümkün olmadığını ifade ettiği beyanlarının, çelişkili ve güvenilirlikten yoksun olduğuna kanaat getirmiştir. Buna karşılık Kanton

mahkemesi, başvuranın mağduru vurduğunu gördüğünü söyleyen gizli tanığın verdiği ifadenin güvenilir olduğu görüşüne varmıştır.

18. Kanton mahkemesi ayrıca, başvurunu suçla ilişkilendiren başka kanıtların var olduğunu düşünmüştür. Özellikle, başvuranın Ağustos 2001'den beri Zürih bölgesinde ikamet ettiği, mağduru tanıdığı ve onunla birlikte uyuşturucu kaçakçılığı yaptığına dair tanık ve ikinci derece delil bulunmaktaydı. Mağdurun vurulmasına ilişkin olarak Kanton mahkemesi; olayın gerçekleşmesinden birkaç gün sonra başvuranın Z.L.'ye gelerek, N.B kendisini öldürmeden önce onu öldürdüğünü söylediğini polise güvenilir ve ikna edici bir şekilde beyan eden tanık Z.L. tarafından verilen ifadelerin, büyük ölçüde başvuranın aleyhine olduğu görüşüne varmıştır. Ancak Z.L. bu iddialarını yargılamaları esnasında tekrarlamamış, ne olduğunu hatırlayamadığını beyan etmiştir. Polis soruşturması sırasında Z.L.'nin verdiği ifade, gizli tanığın verdiği ikna edici ifade ve başvuranla tahminen olaydan hemen sonra tanışan bir tanığın verdiği ifade ile desteklenmiştir. Kanton mahkemesi, tüm mevcut delillere dayanarak, N.B.'nin başvuran tarafından vurulduğu konusunda herhangi bir şüphe olmadığını belirtmiştir. Somut fiili gerçek durumlar ışığında Kanton mahkemesi; savcılığın görüşlerini, büyük ölçüde gizli tanık tarafından verilen ifadeye dayandığını düşünmüştür. Resmi gerekçeler nedeniyle, bu durumların dikkate alınmayacağı ve başvuranın lehine, somut durumların kanıtlanmadığının varsayılması gerektiği sonucuna varmıştır. Kanton mahkemesinin görüşüne göre başvuranın yeterli derecede vicdanlılık ile hareket ettiğine dair fiili bir temel bulunmamaktadır. Bu nedenle, suç cinayet olarak nitelendirilmektedir.

19. Başvuran Zürih kantonunun Yargıtay'ına iptal başvurusunda bulunmuştur.

20. Yargıtay 19 Aralık 2005 tarihli kararıyla, kararı bozmuş ve davayı bir alt mahkemeye iade etmiştir. Yargıtay, gizli tanığın gizli oturumda dinlendiğini ve başvuranın avukatının tanığa doğrudan soru sorma fırsatının olmadığını belirtmiştir. Başvuran ya da başvuran avukatı, kişisel bilgileri gizli tutulan tanığı görmemiştir. Yargıtay ayrıca tanığın, savunma tarafının önemli olduğunu düşündüğü bazı soruları yanıtlamayı reddettiğini kaydetmiştir (bkz yukarıda paragraf 11). Yargıtay, mevcut davada gizliliğin kabul edilmesi için hukuki şartların yerine getirilip getirilmediğini sorgulamamıştır ve ilk derece mahkemesinin X'i muhtemel misillemelere karşı korumanın gerekli olduğu yönündeki düşüncesini onaylamıştır.

21. Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca başvuranın hakları hususunda Yargıtay, tanık X'in gizliliğinin devam etmesinin, görülmesinin engellenmesinin ve sesinin bozulmasının savunma tarafının tanıkla yüzleşme hakkına müdahale teşkil ettiği görüşündedir. Savcılığın ve başkan hâkimin tanığın kimliğini bilmesi, dengeleyici bir faktör olarak görülemez. Bütün hâkimlerin karardan sorumlu oldukları ve savunmanın, savcılığın bulgularını davalının açısından incelemekle yükümlü olduğu dikkate alındığında; başkan hâkimin jüri de dâhil olmak üzere mahkemenin diğer üyelerinden daha fazla bilgiye sahip olması ve jürinin de savunmadan daha fazla bilgiye sahip olması problematik bir konu olarak görülmüştür. Savunma en azından tanığın sorgusunda doğrudan yer alma hakkına sahip olsaydı ve tanığın güvenilirliğini değerlendirme imkânına sahip olsaydı yeterli bir dengeleme sağlandığı düşünülebilirdi; ancak bu fırsat mevcut davada savunma tarafına verilmemiştir.

22. Yargıtay, AİHM'nin içtihadına dayanarak (Yargıtay, *Doorson / Hollanda*, 26 Mart 1996, *Karar ve Hüküm Derlemeleri* 1996-II ve *Van Mechelen ve Diğerleri / Hollanda*, 23 Nisan 1997, *Karar ve Hüküm Derlemeleri* 1997-III kararlarına atıfta bulunmuştur); Kanton mahkemesinin iki ayrı sebepten ötürü gizli tanığın ifadesine istinat edemeyeceği kanaatine varmıştır: İlk olarak, AİHM'nin içtihadına göre, başvuranın savunma avukatının gizli tanığın sorgulanması sırasında orada bulunup bulunmadığı veya en azından görsel-işitsel bir bağlantı yoluyla sorguyu izleyebilecek bir durumda olup sorular sorup sormadığı, belirleyici bir faktördür. Durum bu şekilde olmadığı için, tanığın sorgulanma yöntemleri AİHM tarafından belirlenen standartlara uymamış ve Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesine ters düşmüştür.

23. İkinci olarak Yargıtay, gizli tanığın ifadesinin, AİHM tarafından ortaya konulan “yegâne veya kesin” kurallar anlamında, başvuranın mahkûmiyeti için “kesin” olarak yorumlanıp yorumlanmaması gerektiği hususunu incelemiştir. Gizli tanığın söz konusu suçun doğrudan tek tanığı olduğu, geriye kalan tanıkların yalnızca rivayete dayalı ifade verdikleri belirtilmiştir. Bu nedenle gizli tanığın ifadesinin delil değerlendirmesi ile azımsanamayacak derecede ilgili olduğu açıktı. Diğer dolaylı tanıklar tarafından verilen ifadelerin belirli bir önem taşımaya rağmen, gizli tanık kesin kanıt olarak görülmek zorunda kalmış ve AİHM içtihatları uyarınca, başvuranın suçunu tespit etmek için bu kanıtı değerlendirme ihtimalini saf dışı bırakarak belirleyici olmuştur.

24. 3 Şubat 2006 tarihinde, Zürih kantonunun kıdemli savcısı, Yargıtay kararına karşı iptal başvurusunda bulunmuştur.

25. 2 Kasım 2006 tarihli kararlar, Federal Mahkeme, 19 Aralık 2005 tarihli kararı bozmuş ve davayı Yargıtay'a iade etmiştir. Federal Mahkeme, Yargıtay kararının, Ceza Muhakemeleri Usulü Hakkında Federal Kanun'un 249. maddesi uyarınca, kanıtların özgür olarak değerlendirilmesi ilkesine uymadığı kanısına varmıştır (bkz. aşağıda ilgili iç hukuk).

26. Federal Mahkeme, tanığı başvurandan ve başvuranın avukatından saklayarak korumanın gerekli olduğunu doğrulamış ve avukatın tanığın kimliği ile ilgili olarak başvurana bilgi aktarmak gibi bir yasal yükümlülüğü bulunmadığı görüşüne varmıştır. Federal Mahkemeye göre, böyle bir yükümlülük var olmuş olsa dahi, savunma avukatının bu yükümlülüğe riayet etmemesi veya dikkatsizlik sonucu müvekkiline bilgi sızdırması riski kabul edilemez şekilde yüksekti. Federal Mahkeme ayrıca; gizli tanığın ifadesinin, tek başına suçun belirlenmesini destekleyecek kadar yeterli olmayan ancak kuvvetli şüphe tespit ederek suçun tam olarak belirlenmesine katkıda bulunan, diğer delillere elde edilen tabloyu -mozaik taşı gibi- tamamlayabildiği ölçüde dikkate almayı Sözleşme'nin 6. maddesine uygun bulmuştur.

27. Federal Mahkeme ayrıca Kanton mahkemesi tarafından incelenen diğer ifadeleri de gözden geçirmiş ve ayrı olarak alınan bu ifadenin "kuvvetli bir suç şüphesi veya hatta başvuranın suçunu tespit etmek için" yeterli olacağı sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme, kanton mahkemesinin tanık X tarafından verilen ifadenin güvenilir olduğunu ve mağdurun 15 Ekim 2001 tarihinde ensesinden vurularak öldürüldüğüne dair bilimsel açıklama ile bağdaştığını düşündüğünü yinelemiştir.

28. Federal Mahkeme gizli tanığın ifadesinin yalnızca, diğer ifadelerden çıkarılan sonuçları güçlendiren mozaığın bir parçası işlevini gördüğü sonucuna varmıştır. Ceza mahkemelerinin bu ifadeyi dikkate almaktan alıkonulmadığı sonucuna varmıştır.

29. 12 Şubat 2007 tarihinde, Yargıtay başvuranın iptal başvurusunu reddetmiştir. 19 Nisan 2007 tarihinde Federal Mahkeme başvuranın itirazını reddetmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

30. İlgili tarihte yürürlükte olan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hakkında Federal Kanun'un 249. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Mahkeme delilleri değerlendirmekte özgürdür. Delilerin kabul edilebilirliğinde herhangi bir kurala bağlı değildir.”

31. İlgili tarihte yürürlükte olan, Zürih Kantonu'nun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 131. maddesi şunu öngörmüştür:

“(1) Büyük veya ciddi bir tehlike durumunda, tanıkların veya üçüncü şahısların korunması için özel uygun önlemler alınabilir. Bu, özellikle, muhtemel,

1. kamuyu dışarıda tutmak,
2. kişisel verileri gizli tutmak
3. tanık ile davalı veya üçüncü şahısları yüzleştirmekten kaçınmak,
4. tanığın dış görüşünü ve sesini teknik yollarla değiştirmek mümkündür.

(2) Bu önlemler orantılı olmak zorundadır ve bu önlemlere diğer yollarla yaklaşan tehlikeyi engellemenin imkânsız olması durumunda müsaade edilebilir.”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞMENİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

32. Başvuran, kendisi hakkında verilen ceza hükmünün büyük ölçüde, başvuranın gerektiği şekilde değerlendiremediği veya duruşma sırasında değerlendirdiği gizli tanık tarafından verilen ifadeye dayandığı hususundan şikâyet etmektedir. Bu durumun aşağıda belirtilen, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. ve 3 (d) fıkralarına aykırı olduğunu iddia etmektedir:

“Herkes davasının, ... kendisine yöneltilen suçlamaların... bir mahkeme tarafından... makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

(d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek”

33. Hükümet bu argümana itiraz etmiştir. Ayrıca başvuranın, diğer gizli olmayan tanıklar tarafından verilen ifadelerin özellikleri hususunda, iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürmüştür.

A. Davanın kabul edilebilirliği hakkında

34. AİHM başvuranın, AİHM önündeki başvurusunda, gizli olmayan tanıkların sorgulanması hususunda, savunma tarafının haklarının kısıtlandığına dair herhangi bir şikâyette bulunmadığını belirtmektedir. Bu hususta Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmemesine dayanan itirazının reddedilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

35. Ayrıca AİHM, başvurunun Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesinin anlamı dâhilinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve kabul edilemezlik açısından herhangi bir hususun bulunmadığını altını çizmektedir. Bu nedenle başvuru, kabul edilebilir olarak değerlendirilmelidir.

B. Davanın esası hakkında

1. Başvuranın beyanları

36. Başvuran, Zürih Kanton Mahkemesi tarafından verilen ceza hükmünün büyük ölçüde, gizli tanık X'in verdiği ifadeye dayandığını belirtmiştir. Başvurana göre, kararda atıfta bulunulan diğer ifadeler en fazla, mağdur vurulduğu zaman başvuranın İsviçre'de ikamet ettiğini kanıtlamış; ancak suça konu eylemin koşullarına ilişkin bir sonuç çıkarılmasına olanak tanımamıştır.

37. Başvuran ayrıca, savunma avukatının gizli tanığı gerektiği şekilde sorgulamadığını öne sürmüştür. Özellikle savunma tarafı, ilgili birkaç soruya cevap alarak (bkz. yukarıda paragraf 11) veya doğrudan yüzleşme fırsatına sahip olarak, tanığın güvenilirliğini sorgulamak için yeterli imkâna sahip olamamıştır. Başvuran ayrıca savunma tarafının değil; yalnızca mahkemenin, tanık ifade verirken onu doğrudan gözlemlene imkânına sahip olduğuna işaret etmiştir. Bu durum, AİHM'nin başvuranın Sözleşme'den doğan haklarının ihlalini tespit ettiği *Van Mechelen* (yukarıda belirtilen) kararı ile benzerlik göstermiştir.

38. Başvurana göre, yargılamalar boyunca tanık için gerçek bir tehlike olduğu gerektiği şekilde tespit edilmemiştir. Ayrıca, gizli tanık, gizlilik gerekçelerine ilişkin olarak savunma tarafının sorularına yanıt vermemiştir. Tanığın gizliliğinin

korunması gerekçelendirilmiş olsa dahi, tanığın, savunma tarafının davanın koşulları ve olaylar hakkındaki sorularını yanıtlamasını engelleyen hiçbir gerekçe bulunmamaktaydı. Zürih Kantonu Mahkemesi'nin aldığı önlemler, savunma tarafının haklarındaki kısıtlamaları dengelemekte yetersiz olmuştur. Savunma tarafının haklarına getirilen kısıtlamalar orantısızdır ve başvuranın Sözleşme'den doğan haklarını ihlal etmiştir.

2. Hükûmet'in beyanları

39. Hükûmet, başvuran hakkındaki hükmün büyük ölçüde gizli tanığın verdiği ifadeye dayandığı iddiasına itiraz etmiştir. Federal Mahkeme, 6 Kasım 2006 tarihli kararında, diğer mevcut delillerin değerlendirilmesinden sonra, gizli olmayan tanıkların verdiği ifadelerin en azından, başvuranın masum olduğuna şüphe düşürmeye yeterli olduğu kanısına vardığını belirtmiştir. Ayrıca, gizli tanık X'in ifadesi, mağdurun ensesinden vurularak öldürüldüğüne ilişkin bilimsel delillerle de desteklenmiştir. İfadenin Kanton mahkemesi tarafından tam olarak değerlendirildiğini dikkate alarak, gizli tanık ifadesinin, dolaylı olmasına rağmen, başvuran hakkında haklı bir şüphe yaratmak için hatta başvuranın suçunun tespit edilmesi için yeterli olan diğer delilleri az çok tamamladığı sonucuna varılmıştır.

134

40. Başvuran ve avukatı, tanığı savcılık makamı ve Kanton mahkemesi önünde sorgulama fırsatı bulmuştur. Tanık, Kanton mahkemesi önünde, hâkimlerin, jürinin ve tercümanın bulunduğu ortamda sorgulanmış, ayrıca tanığın kimliği gerektiği şekilde kontrol edilmiş, saygınlığı ve güvenilirliği sabit bulunmuştur. Başvuranın, avukatın, tercümanın, sivil tarafların ve basının ayrı bir odada bulunmalarına rağmen; savunma tarafı, tanığın kimliğine dair herhangi bir bilgi vermesi riskine girmediği sürece, tanığa ek soru sorma imkânına sahip olmuştur.

41. Hükûmet ayrıca, Zürih makamları tarafından alınan önlemlerin, tanığın gizliliğini korumak için gerekli olduğunu belirtmiştir. Makamların emrinde, tanığın gizliliğini korumak amacıyla daha hafif önlemler bulunmamaktaydı. Hükûmet başvuranın tanığı şahsen gördüğünü ve bu nedenle kolayca tanıyabileceğini belirtmiştir. Bunun ışığında, avukatın tanığın kimliğini açığa çıkaracak bazı detaylar hakkında yasal olarak sessiz kalma yükümlülüğü bulunmadığı için, gizli tanıkla savunma tarafının avukatını yüzleştirmek riskli olabilirdi. Böyle bir yükümlülük bulunsa bile, savunma avukatının bu yükümlülüğe riayet etmemesi ve tanığın güvenliğini tehlikeye atması riski olabildiğince yüksekti.

42. Hükümet son olarak, savunma tarafının haklarının, diğer gizli olmayan tanıkların sorgulanması boyunca kısıtlanmadığını öne sürmüştür.

3. AİHM değerlendirmesi

43. AİHM, 6. maddenin 3 (d) fıkrasında düzenlenen güvencelerin, yargılamaların adillığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken, 6. maddenin 1. paragrafında belirtilen adil yargılanma hakkının özel yönleri olduğunu yinelemektedir. Buna ek olarak, 6. maddenin 1. fıkrası uyarınca, AİHM'nin temel kaygısı, yargılama faaliyetinin bir bütün olarak adil olup olmadığını tespit etmektir (bkz. *Taxquet / Belçika* [BD], no 926/05, § 84, 16 Kasım 2010, diğer referanslarla birlikte). AİHM bu değerlendirmeyi yaparken, savunma tarafının haklarını, kamunun ve mağdurların çıkarlarını, suçun halen soruşturulduğunu (*Gafgen v. Almanya* [BD], no. 22978/05, § 175, AİHM 2010) ve gerekli olması durumunda, tanıkların haklarını dikkate alarak (bkz. diğerleri arasından, *Doorson / Hollanda*, 26 Mart 1996, § 70, *Karar ve Hüküm Derlemeleri*), yargılamalara bir bütün olarak bakacaktır. Bu bağlamda, delillerin kabul edilebilirliği, ulusal hukuk ve ulusal mahkemelerin görev alanına giren bir düzenleme konusudur ve AİHM'nin tek kaygısı, yargılamaların adil şekilde yürütülüp yürütülmediğini incelemektir (bkz. *Gafgen*, yukarıda alıntılanan, § 162, ve diğer referanslar).

44. Büyük Daire, yakın zamanda, tanığın kamuya açık duruşmaya katılmaması durumunda, uygulanacak olan ilkeleri açıklığa kavuşturmuştur (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık* [BD], no. 26766/05 ve 22228/06, §§ 119-147, 15 Aralık 2011). 6 § 3 (d) maddesinin içeriğine ilişkin olarak, Büyük Daire, sanık hakkında hüküm verilmesinden önce kendisinin aleyhine olan tüm ifadelerin, çekişmeli yargılamanın gerçekleşmesi amacıyla sanığın iştirakiyle kamuya açık bir duruşmada alınması ilkesini benimsediğini açıklamıştır. Bu ilkenin istisnası mümkündür, ancak bunlar, kural olarak, tanık ifade verdiği zaman veya yargılamanın sonraki aşamalarından birinde, sanığa; kendisine karşıt olan bir tanığı sorgulama veya ona itiraz etme imkânının yeterli ve uygun derecede verilmesini gerektiren savunma tarafının haklarını ihlal etmemelidir (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery*, yukarıda alıntılanan, § 118 ve *Van Mechelen ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanan, § 51). Duruşma salonunda bulunmayan tanıklara ilişkin olarak Büyük Daire, ifadelerin kabulünün adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını belirlemede iki hususu dikkate almaktadır. İlk olarak, tanığın duruşmaya katılmaması için makul bir gerekçe olduğu belirlenmelidir. İkinci

olarak; makul bir gerekçenin olduğu durumda bile, hükmün yalnızca veya büyük ölçüde, sanığın sorgulama imkânına sahip olmadığı bir şahıs tarafından verilen ifadeye dayandırılması durumunda, savunma tarafının hakları 6. maddede belirtilen güvencelere aykırı olarak bir ölçüde sınırlandırılabilir. Bu nedenle, duruşma salonunda bulunmayan tanığın ifadesinin, hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olması durumunda; alınacak olan ifadenin güvenilirliğini adil ve uygun olarak değerlendirmeye imkân tanıyan usuli önlemler de dâhil olmak üzere, yeterli dengeleyici faktörlere ihtiyaç vardır (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery*, yukarıda alıntılanan, §§ 119 ve 147).

45. Büyük Daire'nin *Al-Khawaja ve Tahery* kararında da belirttiği üzere, o davada söz konusu olan, duruşma salonunda bulunmayan tanıkların yol açtığı sorunlar veya mevcut davada olduğu gibi, gizli tanıkların yol açtığı sorunlar, ilke olarak farklı değildir (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery*, yukarıda alıntılanan, § 127 ve *Ellis, Simms ve Martin / Birleşik Krallık*, no. 46099/06 ve 46699/06, § 78, 10 Nisan 2012). Bu nedenle, mahkeme önünde sözlü olarak ifade vermesi için çağrılan gizli tanıkları içeren yargılamanın adilliyetini değerlendirirken, AİHM ilk olarak tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçeler olup olmadığını incelemelidir. İkinci olarak AİHM, gizli tanık ifadesinin, verilecek hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olup olmadığını değerlendirmelidir. Üçüncü olarak, hükmün büyük ölçüde veya yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanması durumunda, AİHM yargılamaları detaylı incelemelere tabi tutmalıdır. Savunma tarafı, sorgulamak istediği şahsın kimliğini bilmemesi durumunda, o şahsın önyargılı, düşman veya güvenilmez olup olmadığını gösterecek detaylardan mahrum kalabilmektedir. Bu hususta AİHM, alınacak olan ifadenin güvenilirliğini adil ve uygun olarak değerlendirmeye imkan tanıyan usuli önlemleri de içeren yeterli dengeleyici faktörlerin bulunmasından emin olmalıdır (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery*, yukarıda alıntılanan, § 147, ve *Ellis, Simms ve Martin*, yukarıda alıntılanan, § 78).

46. Gizli tanığın kabul edilmesinin gerekçelerine ilişkin olarak, AİHM, X'in kimliğinin kamuya veya savunma tarafına duyurulmaması kararının, tanıktan ifade alma ihtiyacından ve aynı zamanda başvurandan veya başvurana yakın olan şahıslardan gelebilecek olan misilleme ihtimaline karşı onu korumadan kaynaklandığını gözlemlemektedir. AİHM ayrıca, başvuranın tanık X'i şahsen gördüğünü, söz konusu suçun uyuşturucu ticareti yapılan bir mekânda meydana geldiğini, mahkemenin X'in tanıklık etmesi halinde hayatının tehlikeye gireceğine

dair korkusunun, somut suçlayıcı ifadeler vermeleri gerektiğinde büyük endişe gösteren diğer tanıkların çizdiği tablo ile aynı doğrultuda olduğunu belirtmektedir (yukarıda 12 ve 13. paragraflar). Bu tehditlerin değerlendirilmesinin ihtimal dışı olmamasından dolayı (karşılaştırınız *Doorson*, yukarıda alıntılanan, § 71), AİHM, tanığın kimliğinin gizli tutulması için geçerli gerekçeler olduğunu kabul etmektedir.

47. AİHM'nin görüşüne göre, mevcut dava, *Van Mechelen* davasından ayrı tutulmaktadır. Mechelen davasında gizli tanığın sorgulanmasının mevcut davayla benzer şartlarda gerçekleştirilmesine rağmen AİHM, Hükûmet'in polis memurlarının gizliliğini sürdürmenin neden gerekli olduğunu belirlemede başarısız olduğu kanaatindedir (bkz. *Van Mechelen*, yukarıda alıntılanan, §§ 60, *et sequ*). Aksine, mevcut davada, AİHM'nin tanık X'in gizliliğinin korunması gerekliliğine şüphe düşürecek bir gerekçesi yoktur.

48. X'in tanıklığının başvurana karşı tek veya belirleyici kanıt olup olmadığına bakılacak olursa, AİHM, Kanton mahkemesinin güvenilir ve ikna edici bulduğu X'in ifadesine dayandığını gözlemlemektedir (bkz. yukarıda paragraf 17, *et seq*). Ancak, Kanton mahkemesi X'in ifadesini doğrulayan başka kanıtlara da dayanmıştır. Özellikle, suçun işlendiği tarihte başvuranın Zürih'te ikamet ettiğine, mağduru tanıdığına ve onunla birlikte uyuşturucu ticareti yaptığına dair tanık ve ikinci derece kanıt bulunmaktaydı. Mağdurun vurulması hususunda Kanton mahkemesi, olayın gerçekleşmesinden birkaç gün sonra başvuranın Z.L.'ye gelerek, N.B kendisini öldürmeden önce onu öldürdüğünü söylediğini polise güvenilir ve ikna edici bir şekilde beyan eden tanık Z.L. tarafından verilen ifadelerin; Z.L.'nin bu iddiaları yargulamalar sırasında tekrarlamamasına rağmen, büyük ölçüde başvuranın aleyhine olduğu görüşüne varmıştır. Z.L. tarafından polis sorgusu sırasında verilen ifade, tahminen olaydan hemen sonra başvuranla karşılaşan gizli olmayan tanık tarafından verilen ifadeyle desteklenmiştir. Mevcut tüm deliller dikkate alındığında, Kanton mahkemesi, N.B.'nin başvuran tarafından öldürüldüğü hususunda şüphe bulunmadığı sonucuna varmıştır.

49. AİHM Kanton mahkemesinin, başvuranın suçunu tespit etmek amacıyla gizli tanığın verdiği ifadeye belli bir ölçüde dayandığını gözlemlemektedir. Temyiz mahkemesi de X'in verdiği ifadenin belirleyici olduğunu düşünmüştür. Federal Mahkeme X'in ifadesinin önemini bir bütün olarak ele aldığı anda, ayrı ayrı ele alınan diğer ifadelerin başvuranın suçunu tespit etmekte yeterli olacağı

hususunda kesin bir kanıya varmamıştır. AİHM ayrıca X'in vurulma olayını doğrudan gözlemleyen ve ifade vermeye hazır olan tek kişi olmasına rağmen, Kanton mahkemesinin X'in ifadesini destekleyen diğer ifadelere dayanabildiğini gözlemlemiştir. Bu şartlar göz önüne alındığında, AİHM X'in verdiği ifadenin başvurana karşı olan tek delil olmadığı, ancak başvuranın suçunun belirlenmesinde büyük önem arz ettiği görüşündedir.

50. AİHM'e göre somut olayda, yeterli dengeleyici faktörlerin mevcut olup olmadığını dikkatli bir şekilde incelemek gerekmektedir. AİHM bu bağlamda, yargılamayı yapan mahkemenin, gizli tanığın dinlenmesiyle savunma tarafına uygulanan kısıtlamaları dengelemenin gerekli olduğunu farkında olduğunu belirtmektedir. Yargılamayı yapan mahkeme, savunma tarafının haklarını korumak amacıyla alınan aşağıdaki önlemleri tek tek belirtmiştir. İlk olarak, tanık bölge savcısı tarafından değil, mahkeme başkanı tarafından dinlenmiştir. İkinci olarak, X'in kimliği soruşturmadan sorumlu olan polis memuru tarafından doğrulanmış ve bölge savcısıyla mahkeme başkanına bildirilmiştir. Üçüncü olarak, polis memuru ve bölge savcısı X'in saygınlığı, sabıka kaydı ve güvenilirliği hususlarında tanıklık etmişlerdir. Ayrıca X, bütün mahkeme önünde ifade vermiş; karar verme sürecine dâhil olan herkes tanık hakkında ve sorulan sorulara verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatına sahip olmuştur. Son olarak, Kanton mahkemesi, o zaman geçerli olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları uyarınca bir hükmün yalnızca gizli tanığın verdiği ifadeye dayandırılmayacağını dikkate almıştır. Sonuç olarak Kanton mahkeme, suçun anlık koşulları hususunda, X'in beyanlarına dayanmamıştır.

51. AİHM ayrıca Federal Mahkeme'nin, başvuranın savunma avukatının gizli tanığın ifadesinin alınması esnasında hazır bulunup bulunamayacağı hususunu dikkatlice araştırmış olduğunu ancak, tanığın kimliğinin başvurana bildirilmesi riskinin kabul edilemez biçimde yüksek olduğu kanaatine vardığını gözlemlemektedir (bkz. yukarıda paragraf 26). Savunma tarafı böylelikle, doğrudan sorgulama yoluyla X'in hal ve hareketlerini gözlemleyememiş ve güvenilirliğini test edememiştir. (**bkz.** *Van Mechelen ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanan, § 59 ve *Kostovski / Hollanda*, 20 Kasım 1989, § 42, Seri A no. 166). Öte yandan, başvuranın avukatı ses bağlantısı yoluyla tanığa sorular sorabilmiş, tanık ise kimliğinin ortaya çıkmasını engelleyerek soruları yanıtlamıştır. Kanton Mahkemesi'nin tüm üyeleri tanığın reaksiyonlarını doğrudan gözlemleyebilmişlerdir.

52. Yukarıdaki görüşler ve özellikle yerel mahkemelerin yaptığı dikkatli incelemeler göz önüne alındığında AİHM; savunma tarafının yüzleştiği engellere rağmen, tanık X'in dinlenildiği koşulların Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi ile birlikte 6 § 1 maddesini ihlal etmediği sonucuna varılabilecek yeterli dengeleyici faktörler bulunduğu kanısındadır.

53. Bu nedenle, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ve 6 § 3 (d) maddesi ihlal edilmemiştir.

İŞBU GEREKÇELERLE AİHM OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğunu *bildirir*;
2. Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi ile birlikte 6 § 1 maddesinin ihlal edilmediğine karar verir.

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış ve AİHM İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, 6 Aralık 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Claudia Westerdiek
Yazı İşleri Müdürü

Dean Spielmann
Başkan

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

(29 Ocak 2013, Başvuru No: 28283/04)

Süleymanoğlu / Türkiye davasında,

Başkan

Guido Raimondi

Yargıçlar

Danute Jociene,

Peer Lorenzen,

Dragoljub Popovic,

Andr s Saj ,

Işıl Karakaş

Paulo Pinto de Albuquerque,

ve *Yazı işleri müdürü* Stanley Naismith’in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (İkinci Daire) 8 Ocak 2013 tarihinde gerçekleştirdiği kapalı müzakereler neticesinde anılan tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Davanın dayanağı, bir Türk vatandaşı olan Ayhan Süleymanoğlu’nun (Başvuran) İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşmenin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca 26 Ağustos 2004’da Türkiye Cumhuriyeti aleyhinde yaptığı bir başvurudur (başvuru no: 38283/04).

* Bu karar, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe’ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

** İşbu karar Sözleşme’nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

2. Başvuran, Van'da avukat olan M.Z. Şaylık tarafından temsil edilmektedir. Türk hükûmeti (Hükûmet) kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. 10 Eylül 2007 tarihinde başvuru Hükûmete bildirilmiştir. Ayrıca, Sözleşmenin 29/3. maddesi uyarınca, dairenin davanın esas ve kabul edilebilirliği hakkında aynı zamanda hüküm vermesine karar verilmiştir.

4. Hükûmet, görüşlerini verilen süre dışında bildirmişdir. Bu nedenle, 11 Mart 2008 tarihinde, Daire başkanı İç tüzüğün 38. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu görüşlerin Mahkeme tarafından incelenecek dosyaya dâhil edilmeyeceğine karar vermiştir.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran 1973'te doğmuştur ve Van'da ikamet etmektedir.

6. 15 Aralık 2000 tarihinde, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine Başkale (Van) Sulh Ceza Mahkemesi hâkimi, başvuran gıyabında tutuklama kararı vermiştir. Başvuran silahlı çatışmaya katılmakla suçlanmıştır.

7. 2 Ocak 2001 tarihli iddianame ile Van Cumhuriyet savcısı Ceza Kanunu'nun 464/1 maddesine dayanarak başvuran hakkında kamu davası açmıştır.

8. 23 Ocak 2003 tarihinde, Van Ağır Ceza Mahkemesi, başvuran gıyabında, atılı suçun mahiyeti, niteliği ve mevcut delil durumunu göz önünde bulundurarak vermiş olduğu tutukluluk kararının devamına karar vermiştir.

9. 4 Mart 2004 tarihinde, başvuran, Van'dan yaklaşık 1600 km uzaklıkta olan Bursa şehrinde yakalanmış ve bu şehirde Sulh Ceza Mahkemesi hâkimi önüne çıkarılmıştır. Hâkim, başvuranın 15 Aralık 2000 tarihli hakkında tutuklama kararı verilmiş olan kişi olduğunu saptamış ve bu nedenle Bursa Cezaevine gönderilmesine karar vermiştir.

10. 30 Mart 2004 tarihinde gerçekleştirilen duruşmada Van Ağır Ceza Mahkemesi başvuranın Bursa'daki tutukluluk halinden haberdar olarak, başvuranın Van'a sevki yönünde karar vermiştir.

11. 26 Nisan, 5 ve 24 Mayıs ile 9 Temmuz 2004 tarihlerinde, başvuran suçsuzluğunu kanıtlamak amacıyla Van Ağır Ceza Mahkemesinden Van'a sevkini istemiştir. Aynı zamanda salıverilmeyi de talep etmiştir.

12. 29 Nisan, 27 Mayıs ve 24 Haziran 2004 tarihlerinde yapılan duruşmalarda, Van Ağır Ceza Mahkemesi heyeti başvuranın Van'a gönderilmesi kararını tekrarlamış ve atılı suçun mahiyeti, niteliği, mevcut delil durumu, tutuklu geçirilen süreyi dikkate alarak tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

13. Başvuranın katılmadığı 19 Temmuz 2004 tarihli duruşmada ağır ceza mahkemesi, başvuranın tahliyesine karar vermiştir.

14. 6 Ekim 2005 tarihinde ağır ceza mahkemesi, Cumhuriyet savcısı'nın mütalaasına uygun olarak delil yetersizliğinden başvuran hakkında beraat kararı vermiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMALARI

15. Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 108. maddesinde, “sanık tutuklama müzekkeresi üzerine tutulduğunda derhal ve nihayet yirmi dört saat içinde yetkili hâkim önüne çıkarılarak sorguya çekilir ve tutmanın devam edip etmeyeceği hakkında bir karar verilir. Sanığı en yakın hâkim önüne getirmek için gerekli süre bu yirmi dört saatlik süreye dâhil değildir. “ hükmü yer almaktadır.

16. Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 108. maddesinde “Sanık 108 inci maddede gösterilen süre içinde yetkili hâkim önüne çıkarılamazsa aynı süre içinde tutulma yerine en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır. Sorguya çekilmede tutuklama müzekkeresinin geri alındığı veya tutulan kimsenin tutuklama müzekkeresinde yazılan şahıs olmadığı anlaşılırsa sanık hemen salıverilir.” hükmü yer almaktadır.

143

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞMENİN 5. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI HAKKINDA

17. Başvuran, Sözleşmenin 5 ve 6. maddelerini ileri sürerek gıyabında verilen tutuklama kararı gereğince yakalanıp Bursa Cezaevi'ne konulması dolayısıyla yetkili mahkeme önünde kendini müdafaa edememiş olmaktan şikâyetçidir.

18. Ayrıca kendisine yöneltilen suçlara ilişkin olarak ifadesinin alınması için hiçbir şekilde Van'a getirilmemekten şikâyetçidir. Böylece, kendisine göre, hürriyetinden mahrum edilmesinin yasallık durumunu yetkili bir mahkemeye inceletme hakkından yoksun bir şekilde üç aydan fazla bir süre boyunca tutuklu kalmıştır.

19. Mahkeme bu şikâyetleri Sözleşmenin 5. maddesinin 3. ve 4. fıkraları ışığında incelemeyi uygun görmüştür.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

20. AİHM, başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında dayanaktan yoksun olmadığını tespit etmektedir. Diğer taraftan AİHM, başka herhangi bir kabul edilemezlik sebebine rastlamadığını ifade etmektedir. Bu nedenle, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

B. Esasa ilişkin

21. Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin olarak Mahkeme, bu maddenin sadece tutuklanan kimsenin yargı mercilerine erişim hakkını garanti altına almakla kalmayıp, aynı zamanda önüne çıkarıldığı yargı merciine tutuklu lehindeki ya da aleyhindeki koşulları inceleme; tutuklamayı haklı kılacak sebeplerin bulunması durumunda kararı hukuki kriterlere uygun olarak verme, haklı sebeplerin bulunmaması durumundaysa salıverme kararı verme zorunluluğu yüklediğini hatırlatmaktadır. Bir başka ifadeyle, Sözleşmenin 5. maddesinin 3 fıkrası, yargı merciilerine tutukluluğun yerindeliği hakkında inceleme yapma yükümlülüğü (*Aquilina / Malta* [GC], no 25642/94, § 47, CEDH 1999 III) ve tutukluluk hakkında haklı nedenlerin bulunmadığı durumlarda salıverme kararı verme yükümlülüğü getirmektedir. (*Schiesser / İsviçre*, 4 Aralık 1979, § 31, A serisi no 34, *Assenov ve diğerleri / Bulgaristan*, 28 Ekim 1998, § 146, Karar ve Hükümler Derlemesi 1998 VIII).

22. Mahkeme, Van şehrine sevk edilmeyi beklerken başvuran hakkında Bursa Cezaevine alınma kararını veren Bursa Sulh Ceza Mahkemesinin yetkisinin, dosyanın incelenmesi ve olayın gerçekleştiği tarihteki yasal mevzuat dikkate alındığında Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 109. maddesine göre yalnızca şu iki durumda başvuranın serbest bırakılmasına karar vermeyi kapsadığını tespit etmiştir: tutuklama kararının kaldırılması ve tutuklanan şahsın aranan kişi olmaması. Bir başka ifadeyle, Mahkemeye göre, Bursa Sulh Ceza Mahkemesi hâkimi başvuran hakkında verilmiş olan tutukluluk kararının yerindeliği konusunda hukuken değerlendirme yapmaya yetkili değildir.

23. Ayrıca Mahkeme, söz konusu hâkimin, hakkında gıyabi tutuklama kararı verilmiş şahsın başvuran olduğunu teyit etmek için yalnızca kimliğini kontrol

etmekle yetindiğini, şahsın ifadesini almadığını ve tutukluluk kararının yerindeliğini incelemediğini tespit etmiştir.

24. Yukarıda belirtilenlerin ışığında Mahkeme, başvuranın bu hâkim karşısına çıkarılmasının Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının gerekliliklerini yerine getirecek nitelikte olmadığına karar vermiştir.

25. Sonuç olarak mahkeme, başvuranın Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası bağlamında hâkim önüne çıkarılmadığı kanaatine varmıştır.

26. Bu nedenle, Mahkeme Sözleşmenin bu maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

27. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının, yakalama veya tutuklama yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının "yasaya uygunluğunun" özünü oluşturan usule ve esasa ilişkin koşullar hakkında dava açabilme hakkı tanıdığını yinelemektedir. Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca yapılan yargılamalarda, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasınca hem ceza hem de hukuk yargılamaları için öngörülen teminatların sağlanması her zaman gerekli olmasa da (*Reinprecht c. Autriche*, no 67175/01, § 39, CEDH 2005-XII), bu madde bağlamında da yapılan yargılamalar adli nitelik taşımaları ve özgürlükten mahrum bırakma durumlarında başvuranlara uygun olan teminatlar verilmelidir (*D.N. c. Suisse* [GC], no. 27154/95, § 41, CEDH 2001-III). Ayrıca, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, tutukluluğunun gözden geçirilmesi esnasında, yapılan yargılamalarda "çekişmeli yargı" ve "silahların eşitliği" (tarafklar arasında, yani savcı ve tutuklu kişi arasında) ilkelerine riayet edilmesi gerekmektedir (bkz. *Nikolova -Bulgaristan* [GC], no. 31195/96, §58, ADHM 1999-II.). Ulusal mevzuat bu gerekliliği farklı düzenlemelerle sağlayabilmektedir. Ancak Mahkemeye göre, uygulanacak metot herhalde ilgili kişiye dava içeriğinden ve savcının görüşünden haberdar olma ve bunlara etkin olarak itiraz etme imkânı sağlamalıdır (*Lietzow Almanya'ya karşı*, no 24479/94, § 44, CEDH 2001-I). Bir uygulamanın Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasında bulunan gerekli teminatları sağlayıp sağlamadığını belirlemek için, gerçekleştiği koşulların özel durumlarını göz önünde bulundurmak gerekmektedir. (*Megyeri / Almanya karşı* 12 Mayıs 1992, § 22, seri A no 237-A).

28. Mahkeme ayrıca Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasından kaynaklanan ilk teminatın tutuklamaya karşı itiraz edilen hâkim tarafından dinlenilmek

hakkına sahip olmak olduğunu hatırlatmaktadır. Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinde belirtilen koşullara uygun olarak tutuklu bulunan şahıslar için Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrası duruşma yapılmasını gerektirmektedir (*Nikolova*, yukarıda belirtilmiş, § 58, *Reinprecht*, yukarıda belirtilmiş, § 31, *Svipsta / Letonya'ya*, no 66820/01, § 129, CEDH 2006-III, *Wloch / Polonya*, no 27785/95, § 126, CEDH 2000-XI, *Schöps / Almanya*, no 25116/94, § 44, CEDH 2001-I, ve *Bağrıyanık / Türkiye*, no 43256/04, § 50, 5 Haziran 2007).

29. Mahkeme, somut olayda, başvuranın, tahliye taleplerini incelemek ve gerektiğinde tahliyesine karar vermekle görevli tek mahkeme olan Van Ağır Ceza Mahkemesi huzuruna hiçbir zaman çıkarılmadığını kaydetmektedir.

30. Bu tespit, Mahkeme'nin Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermesi için yeterlidir.

II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

31. Başvuran, maddi tazminat olarak 5000 Avro ve manevi tazminat olarak ise 15 000 Avro talep etmektedir.

32. Mahkeme, tespit edilen ihlal ve iddia edilen maddi zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmadığı kanaatindedir. Dolayısıyla, bu talebi reddetmektedir. Buna karşılık, başvuranın manevi bir zarara uğradığı kanısındadır. Mahkeme, hakkaniyete uygun olarak, başvurana 6.500 Avro manevi tazminat verilmesinin uygun olduğuna karar vermiştir.

33. Başvuran, yargılama masraf ve harcamaları için herhangi bir talepte bulunmadığından, Mahkeme bu bağlamda ödeme yapılmasına gerek olmadığını belirtmektedir.

34. AİHM, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine;
3. Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiğine;

4. a) Sözleşmenin 44/2 maddesi uyarınca; davalı devletin başvurana kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk Lirasına çevrilmek üzere ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere manevi tazminat olarak 6.500 Avro (altı bin beş yüz avro) ödemekle yükümlü olduğuna,

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten başlayarak, ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

5. Diğer adil tazmin taleplerinin reddine karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş; Sözleşme'nin 77 §§ 2. ve 3. maddesi uyarınca 29 Ocak 2013 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan