



KÜRESEL BAKIŞ

ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanır)

11

YIL: 3, SAYI: 11, EKİM 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

Doç. 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.taayayinlari.gov.tr

*

BASKI

Ance Matbaa
İstanbul Yolu Üzeri 13. km Şaşmaz / ANKARA
www.ancematbaa.com
ancematbaa@gmail.com

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, makalenin tüm telif hakları yazarında değilse, telif hakkı sahibinden de söz konusu makalenin Türkçe'ye çevrilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren izin yazılarının (e-posta yolu ile de alınmış olabilir.) Türkiye Adalet Akademisi Enformasyon Genel Koordinatörlüğüne ulaştırılması gerekmektedir.
- * Çevirilerin öncelikle www.taayayinlari.gov.tr internet sitesinden “makale ve çeviri gönder” bölümünden, bunun yanı sıra, general_editor@yahoo.com adresine ve 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, kenarlarından 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.

DANIŞMA KURULU*

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

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadil 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 Salaçin
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

ABD Yüksek Mahkemesi'nin Okullarda Küçük Yaşta Öğrenciler Üzerinde Yapılan Aramalara İlişkin Kararı (Safford Unified School District No: 1 V. Redding (557 U.S-2009)).....	1
<i>Çeviren: Dr. İlyas Şahin</i>	
Yazılı Olmayan Anayasal Prensiplerin Kanada Anayasası Yorumunda Rolü.....	15
<i>Prof. Dr. Warren J. Newman</i>	
<i>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Fatih Öztürk</i>	
Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Ceza Hukuku.....	31
<i>Prof. Dr. Bernd Hecker</i>	
<i>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Gülşah Bostancı Bozbayındır</i>	
Özel Alana Saldırı Eylemlerinde ve “Takipçi Tacizcilik” gibi Rahatsızlık Verme Durumlarında Hukuk Mahkemeleri Tarafından Sağlanan Hukuki Himayenin 2002 Tarihli “Şiddetten Koruma Yasası” Vasıtasıyla İyileştirilmesi.....	51
<i>Prof. Dr. Heidemarie Schloms</i>	
<i>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. İdris Hakan Furtun</i>	
Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Leyla Ecem Demirkan v. Almanya Federal Cumhuriyeti Kararı (Dava C 221/11, Karar Tarihi: 24 Eylül 2013).....	61
<i>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. İlke Göçmen</i>	
Arazi Rehin Haklarından Doğan Gayrimenkul Mükellefiyetleri ve Bunların Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesi.....	79
<i>Prof. Dr. Heike Köster</i>	
<i>Çeviren: Tuğçe Oral</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Hasan Uzun v. Türkiye Davası İle İlgili Kabul Edilebilirlik Hakkında Kararı.....	87
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Müdür Turgut ve Diğerleri v. Türkiye Davası İle İlgili Kabul Edilebilirlik Hakkında Kararı.....	111

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:



**ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN OKULLARDA KÜÇÜK YAŞTA
ÖĞRENCİLER ÜZERİNDE YAPILAN ARAMALARA
İLİŞKİN KARARI:
SAFFORD UNIFIED SCHOOL DISTRICT NO: 1 V. REDDING
(557 U.S-2009)***

*Çeviren: Dr. İlyas Şahin***

I. GİRİŞ

Bu kararda dava ve tartışma konusu olan husus, kamu okullarında okul görevlilerinin bir öğrenci üzerinde hangi şartlarda ve ne dereceye kadar arama yapmaya yetkili oldukları hususudur.¹ Olayda görevliler, 13 yaşında bir kız öğrencinin okul kurallarına göre reçetesiz olarak kullanılması yasaklanmış ya da reçeteli olanlardan da olsa okula getirilmesi yasaklanmış olan dozdaki ilaçlardan getirdiği şüphesi üzerine hareket ederek arama yapmışlardır. Böyle bir durumda öğrencinin elbiselerinden soyularak iç çamaşırlarını da açması istenerek yapılan bir aramanın Anayasanın Ek 4. maddesinde öngörülen gizlilik hakkının ihlal edilip edilmediği hususu kararda tartışma konusu edilmiştir.² Bu tür aramaları yerine getirmek durumunda olan görevliler aramanın kapsamı konusunda genellikle tereddüt yaşamakta, dava ile sonuçlanan sorunlarla karşılaşmaktadır.³ Mukayeseli Hukuk açısından tartışmaya değer bir olaya ilişkin olan bu kararın

* Kararın tam metni için: <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-945.pdf>
<http://www.law.cornell.edu/supct/html/08-479.ZS.html>

** Yargıtay 11.Ceza Dairesi üyesi

¹ ABD Hukukunda kamu okullarında yapılan aramalarda usule ilişkin değerlendirmeler için bkz. Lawrence F. ROSSOW-Jacqueline A.STEFKOWICH, Search and Seizure In The Public Schools, 3rd Edition, 2006; Jon M. VAN DYKE-Melvin M. SAKURAI, Checklists For Searches and Seizures In The Public Schools, 2001, West Group.

² Değerlendirme için bkz.

[http://www.cwsl.edu/content/trial_advocacy/Rose Reasonable Suspicion.pdf](http://www.cwsl.edu/content/trial_advocacy/Rose%20Reasonable%20Suspicion.pdf)

³ Strip search (çıplak beden araması) denilince kişinin dış elbiselerini çıkartılması en başta gelir. Ayrıca iç çamaşırların da duruma göre çıkartılması da bu tanıma girer. Sadece çorapların ve ayakkabıların çıkarılması başlı başına soyarak arama değildir. Normal koşullarda görevlilerin bir delil veya kaçak madde bulunabileceğine dair gerekçeyle soyarak arama yapmalarına veya beden boşluklarını kontrol etmelerine izin verilmez. İstisna olarak acil bir duruma ilişkin yardım edilmesi zorunluluğu varsa veya sağlık ve güvenlik bakımından bir tehdit söz konusu ise yapılabilir. Ayrıca aramaların öğrencinin yaşı ve cinsiyetine göre ve ihlal edilen kuralın niteliği de dikkate alınarak dengeli olması gerekir. Bunlar hesaba katılarak aramanın kapsamı belirlenir. ABD'de yedi eyalette soyarak aramanın aşırı ihlal edici olduğu kabul edilerek okullarda yasaklanmıştır.

uygulamada karar verenler ve araştırma yapanlar için yardımcı olacağı düşününcesiyle çeviri yapılmıştır.

II. KARARIN KISA ÖZETİ

Bu kararda ABD Yüksek Mahkemesi, kız öğrencinin üzerinin elbiselerinden soymak suretiyle aranmasının onun anayasal haklarını ihlal edip etmeyeceğini değerlendirmiş ve ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Ancak arama yapan görevlilere karşı tazminat ya da ceza davası açılıp açılmayacağı hususu aydınlığa kavuşturulmamıştır.

İlk derece mahkemesi olan Bölge Federal Mahkemesi (The District Court for the District of Arizona) bu olayda anayasaya aykırılık olmadığına karar verdikten sonra, 9. Bölge Federal Temyiz Mahkemesi (the U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit) bu aramayı -aramanın açıkça makul olmaması nedeniyle- anayasaya aykırı bularak kararı bozması üzerine yapılan başvuru sonucu dava, Federal Yüksek Mahkemede ele alınmıştır.

² Davayı 21 Nisan 2009'da tartışıp 25 Haziran 2009'da karara bağlayan Yüksek Mahkemenin kararına göre, ortaokul çağındaki bir kız öğrencinin şayet bir uyuşturucu işine dahil olduğu ya da elbiselerinin altında böyle bir maddeyi sakladığına dair şüphelenmeyi haklı kılan bir gerekçeye sahip değillerse okul idaresinin yapmış olduğu arama, Anayasanın Ek 4. maddesinin ihlali niteliğindedir. Yüksek Mahkeme ayrıca tazminat konusunu da değerlendirmiş ve mahkemenin bu kararı vermesinden önceki hukukun öngördüğü kurallar arasında bu husus açıkça düzenlenmediği için görevlilerin tazminat yükümlülüğünden bağışık olduğu sonucuna varmıştır.

III. OLAYIN ÖZETİ

Davacı April Redding'in çocuğu olan Savana'nın aramaya maruz kalmasından bir hafta önce onun arkadaşı olan bir başka öğrencinin (J.Romero) üzeri aranmıştır. Bu arama sonucunda Romero okul yöneticisi Wilson'a "bazı öğrencilerin okula ilaç ve silahlar getirdiğini", kendisinin de sınıfında bulunan bir arkadaşından bu tür ilaçlar aldıktan sonra hastalandığını ifade etmiştir. 8 Ekim sabahında ise aynı öğrenci Wilson'a beyaz bir ilaç getirerek bunu kendisine başka bir öğrenci Marissa'nın verdiğini ve ayrıca öğrencilerin öğlen yemeğinde bu ilaçlardan almayı

tasarladıklarını söylemiştir. Wilson bu ilacın sadece reçete ile alınabilen 400 mg ibuprofen olduğunu tespit ettikten sonra bu öğrenciyi sınıfından tekrar çağırdığında sınıftan çıkarken sınıf öğretmeni Marissa'ya ait eşyalar arasında bir el çantası ve okulda yasaklanmış çeşitli malzemeler teslim etmiştir.

Wilson, Marissa'yı odasına aldıktan sonra odada görevli Helen Romero da olduğu halde Marissa'ya ceplerini boşaltmasını ve cüzdanını açmasını söyler. Üzerinden bazı ilaçlar ve bir adet jilet çıkmıştır. Bu ilaçları nereden aldığı sorulan öğrenci söz konusu el çantasını kendisine veren arkadaşı Savana Redding'in bunu verirken içine ilaçları koymuş olduğunu tahmin ettiğini, ancak içeriğini bilmediğini söyler.

Öğrenciye arkadaşı olan Savana'nın bu tür ilaçlardan halen bulundurup bulundurmadığını, bu ilaçları ondan ne zaman aldığını, bunları nerede saklamış olabileceğini anlamaya yönelik başka bir soru sorulmamıştır. İlk başta mavi renkte olan ilaçların ne olduğu anlaşılmamış ise de sonradan bunların 200 mg dozda reçetesiz de bulunabilen naproxen adlı bir ilaç olduğu öğrenilmiştir. Bu aşamadan sonra Wilson'un yönlendirmesi ile Romero ve Schwallier tarafından önce Marissa'nın daha sonra da Savana'nın maruz kaldığı şekilde çıplak beden araması icra edilmiştir. Ancak bu aramalarda ilaç bulunmamıştır.

Savana adlı öğrenci sınıfından çağırılıp ofise davet edildiğinde okul görevlisinin elinde bulundurduğu ve içinde bıçak, çakmak ve sigara bulunan el çantasının kendisine ait olup olmadığı soruldu. Öğrenci çantanın kendisine ait olduğunu, birkaç gün önce arkadaşı Marissa'ya verdiğini, ancak verdiği sırada bu içindekilerin çantada olmadığını ifade etti.

Wilson, Savana'ya ayrıca iki tür ilaç (4 tane 400 mg güçlendirilmiş dozda İbuprofen, 1 adet reçetesiz mavi Naproxen) göstererek bunlar hakkında bilgisi olup olmadığını sordu. Gösterilen ilaçlar ağrı kesici olmakla birlikte, okul kurallarına göre izin almadan getirilmesi yasaklanmış ilaçlardan idi. Savana ilaçlar hakkında bilgisi olmadığını ifade etmesi üzerine Wilson, Savana'nın bu ilaçları sınıfta bazı arkadaşlarına verdiğine dair kendisine bilgi geldiğini ifade etti. Savana ise bunu reddetmekle beraber kendisinde ilaçlar olmadığını ortaya koyma adına eşyalarının aramasına izin verdi.

Odaya gelen bir idari asistan (Helene Romero) ile birlikte öğrencinin sırt çantasında arama yapmışlar ancak herhangi bir şey bulamamışlardır. Bunun üzerine Wilson, okul hemşire odasına götürmesi ve öğrencinin elbiselerinde ilaç araması yapmak üzere Romeroyu görevlendirir. Bu amaçla götürüldüğü hemşire odasında Romero ve hemşire Peggy arama yapmak üzere ona ceketini, çorap ve ayakkabılarını çıkarmasını söyler. Daha sonra üzerinde kalan pantolon ve tişörtünü de çıkartırlar. İç çamaşırlarını ileri geri oynatmak suretiyle bedeninin kalan bölümlerini de görerek aramayı tamamlarlar. Bu arada sütyen ve iç çamaşırlarının altında kalan bölümleri de görecektir şekilde bir arama yapmışlar ancak herhangi bir ilaç bulamamışlardır.

Aramayı yapmak için şüphelenmeyi haklı kılacak tek gerekçe, arama yapılan öğrencinin arkadaşında olaydan önce ibuprofen marka ilaçlardan bulunmuş olmasıdır. Ne var ki, bu öğrenci aranan ilaçların bulunduğu çantayı ne zaman ve nerde aldığını da belirtmeksizin sadece “ben bu ilaçları Savana’dan aldım” biçiminde henüz doğru olduğuna dair bir netlik olmayan atıfta bulunmuştur. Bu öğrencinin soyut beyanlarına dayalı olarak okul görevlileri arama yapmaya karar vermişlerdir.

Öğrencinin annesi olan davacı, Kanuna dayanarak (42 U.S.C. md. 1983) okul idarecilerinden bu üç görevliye ve okul bölge yönetimine karşı tazminat davası açtı. Öğrencinin soyarak aranmasının onun Ek 4. madde haklarına aykırı olduğunu iddia ederek açtığı davada iki kritik sorun ele alınmış ve çözülmeye çalışılmıştır. Birincisi, yapılan aramanın anayasada öngörülen gizlilik haklarına aykırı olup olmadığı; ikincisi, buradaki anayasaya aykırılığın öğrencinin kişisel gizlilik haklarının ihlali nedeniyle gerçekleşen zararlarını tazmin etmeyi gerektirecek kadar yeterince açık olup olmadığı hususudur.

IV. KARAR ÖNCESİ AŞAMALAR

A. İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARI

İlk derece mahkemesi olan Arizona Bölge Federal Mahkemesi (The District Court for the District of Arizona), bu olayda kişinin Anayasanın Ek 4. maddesinden kaynaklanan hakkının ihlal edilmediğine, dolayısıyla bir anayasaya aykırılık olmadığına karar verdi.

Öğrencinin anayasal gizlilik haklarının ihlal edildiği iddia edilen bu davada, davalılar kendilerinin sorumluluktan başışık oldukları savunmasında bulunmuşlar ve bu yönde karşı dava ileri sürmüşlerdir. İlk derece mahkemesi bu talebi kabul etmiş ve olayda kişinin Ek 4. maddesinden kaynaklanan bir hakkının ihlal edilmediğini belirtmiştir.

B. FEDERAL BÖLGE TEMYİZ MAHKEMESİNİN KARARI

Federal Temyiz Mahkemesi (U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit), ilk derece mahkemesinin kararını bozdu ve aramanın anayasaya aykırı olduğuna karar verdi. Federal Temyiz Mahkemesinde yapılan incelemede ön kurul anayasaya aykırılık olmadığına karar vermişken, altı yargıçtan oluşan tam heyet oybirliği ile bu aramanın açık bir şekilde makullük ilkesinden uzak olduğuna, dolayısıyla anayasaya aykırılık bulunduğuna ve görevlilerin tazminattan başışık olmadığına karar verdi. Yani, tazminat konusunda okulda aramaya emir veren görevlilerin tazminattan başışık olamayacaklarını belirtti ve bunların tazminata mahkum edilmeleri gerektiğine karar verdi. Ne var ki, bu son kısım Yüksek Mahkeme tarafından benimsenmedi.

5

V. FEDERAL YÜKSEK MAHKEMENİN KARARI

Öncelikle olayda, görevlilerin, öğrencinin okul kurallarına göre reçetesiz olarak kullanılması yasaklanmış ya da reçeteli olanlardan da olsa okula getirilmesi yasaklanmış olan dozdaki ilaçlardan okula getirdiği makul şüphesi üzerine hareket ettiklerini kabul etmek gerekir. Bu durumda karar verilmesi gereken husus, öğrencinin elbiselerinden soyularak iç çamaşırlarını da açması istenerek aranması halinde bunun Anayasanın Ek 4. maddesinde öngörülen gizlilik hakkını ihlal edip etmediğidir.

Arama öğrencinin üzerinde bir çeşit uyarıcı nitelikte ilaç bulundurduğu şüphesine dayanarak yapılmıştır. Görünüşe göre arama gerekçesi de, bu aramayı yapmadan bir süre önce sınıfta gerçekleşen olayda, Savana'nın arkadaşı olan bir öğrencide ilaçların bulunmuş olması ve bu öğrencinin de kendisinin bir ceza tehdidi ile karşı karşıya kalması üzerine bunların kendisine Savana Redding tarafından verildiğini ifade etmiş olmasıdır. Ne var ki, bu öğrenci Savana'nın bu tür ilaçlardan son durumda üzerinde bulundurup bulundurmadığına ya da bulundurmakta ise nerede sakladığına

dair hiçbir beyanda bulunmamıştır. Diğer taraftan, arama yapmadan önce Savana'ya bu aramanın gerekçesi konusunda bir açıklama yapmadıkları gibi, anne babası ile bir bağlantıya geçme konusunda girişimde de bulunmadılar. Yani arama yapmadan önce öğrenci velisi ile hiç bir bağlantıya geçilmemiştir.

Savana'ya arkadaşı tarafından atfedilen soyut iddiayı doğrulamak amacıyla bir araştırma yapılmamıştır. Bu anlamda, sınıf arkadaşlarına ya da öğretmenlerine hiç bir soru sorulmamıştır. Yine Savananın üzerinde bu türden bir ilacı halen bulunduruyor olduğuna dair aramayı haklı kılacak Savana'nın arkadaşının bir ifadesi olmamıştır. Yine Savana'nın bu tür ilaçlardan elbiselerinin altında saklamış olabileceğine dair hiçbir fiziki delil de yoktu. Bu durumda öğrencinin bu aramaya maruz kalmasının dayanağı olarak, kendisinin bir ceza tehdidi ile karşı karşıya kalması üzerine atıfta bulunan diğer arkadaşının soyut beyanlarından başka bir şey bulunmamaktadır.

6

Federal Temyiz Mahkemesine göre, bir öğrencinin elbiselerinden soyularak aramaya tabi tutulması, onun anayasal haklarını ihlal etmektedir. Temyiz Mahkemesi, Yüksek Mahkemenin **New Jersey v. T. L. O.** kararındaki ölçütleri uygulayarak bu sonuca ulaşmıştır.

Savana'nın anayasal açıdan gizlilik haklarının kapsamını belirlerken, Anayasanın Ek 4. maddesinin makul olmayan aramalara karşı yasaklamalar içeren düzenlemelerin bir parçası olan gizlilik hakkı bağlamında o güne kadar oluşmuş olan hukuki çerçeveye bakmak gerekir. Aramanın yapılmış olduğu tarih itibariyle Mahkememizin bu husustaki kararları açık ve belirgin hale gelmiş olup görevliler artık bunları bilmek durumunda olduğu kabul edilmelidir.

Anayasanın Ek 4. maddesinde “kişilerin makul olmayan arama, elkoyma ve alıkoymalara karşı kendileriningüvende oldukları” açıkça belirtilmiştir. Bu kural genel olarak kolluk görevlilerine yapacakları bir arama işleminde mutlaka bir makul gerekçeye sahip olmaları gerektiğini emreder.⁴

⁴ ABD Anayasasının Ek 4. maddesi arama, elkoyma ve yakalama işlemlerine karşı güvenceler sağlar. Madde bu işlemler için Yüksek Mahkeme kararları ile şekillenen bazı istisnaları dışında

Yeterli makul gerekçe (probable cause) ne zaman varsayılır? Eğer olgular ve genel şartlar içinde ve bir görevlinin kendine göre makul şekilde temin ettiği güvenilir bilgilere göre kişinin bir suç işlediği veya işlemekte olduğuna ve yine bu suçun işlenmesi ile ilgili dayanak yapılan delilin arama yapılan yerde bulunacağına dair bir inanç ile hareket edildiğinde hâkimden karar almaya yeterli bir durum söz konusu ise bu şart gerçekleşmiş sayılır.⁵

Makul gerekçe (probable cause) ile ilgili bazı kararlarda, bilginin güvenilirliği ile ilgili ve alınan bilginin özgünlüğüne dair dolaylı da olsa farklı imalar içeren kararlarımız da vardır. Ancak sonuç olarak bu faktörlerin tam olarak kontrol altına alınamayacağını, yani bir kesinlik listesi oluşturulamayacağını da kabul etmek durumundayız.

Bir arama işlemi öncesinde aranan makul gerekçenin bileşeni olarak bulunması zaruri olan bilgi ile ilgili söylenebilecek en genel ifade şudur: "suç faaliyetini ispatlamaya yönelik delillerin bulunabileceğine dair kuvvetli bir şans ve kayda değer bir olasılığı akla getiren ve destekleyen bilgidir". Ama okul aramalarına gelince bunlarda daha düşük bir şüphe standardını aramak gerekir.(New Jersey v. T.L.O kararı) Kurallara aykırı davranışın delilini bulmaya yönelik daha makul ve vasat bir ihtimal-şans yeterli sayılacaktır.

New Jersey v. T.L.O kararımızda Yüksek Mahkeme olarak, "okul düzeni ve okullarda güvenli bir ortam sağlamanın gereklilikleri bazı hususlarda kuralların farklı ve esnek uygulanmasını gerektirir. Bunun da, aramayı haklı

mutlaka hâkimden karar alınmasını zorunlu tutmaktadır. Yine bu kararın hem bir geçerli-makul sebebe dayanmasını, hem de yapılacak işlemlerin kapsamının belirginleştirilmesini öngörmektedir. Diğer taraftan da bu işlemlerin görevlilerce makul ölçülerde yürütülmesi gerekir. Ek 4. Madde analizine göre rutin aramalar hiçbir şüphe olmasa bile yapılabilir. Ancak rutini aşan aramalar makul şüpheye dayanmak zorundadır. Buna ilişkin kurallar ve bunların istisnaları genellikle Yüksek Mahkemenin içtihatları ile şekillenmektedir.

⁵ ABD Hukuku'nda probable cause kavramı, görevlilerin hakimden karar almak için yapacakları başvuruda bu kararın verilmesine haklılık sağlayacak geçerli makul sebeplerin gösterilmesi zorunluluğunu ifade eder. Böyle bir sebebin dayanağını oluşturabilecek olgulara gelince; parmak izi ve ayak izi gibi belli şahıslarla bağlantı kurmaya yarayan fiziki bulgular, şüphelinin kendi gönüllü beyanları, şüphe oluşturan nitelikte veya gizli yapılan faaliyetler, kişinin daha önceki suç kayıtları, kişinin her zaman suç işlenen bir alanda bulunması gibi olgular ile bazen muhbirlerden alınan bilgi ve ipuçları örnek olarak verilebilir.

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

kılacak kurallara aykırı bir faaliyetten şüphe etmede normal durumlardan daha farklı ve aramayı kolaylaştıracak bir şüphe seviyesini yeterli görmeyi gerektireceğini” kabul ettik.⁶ Bu karardaki kabule göre, okul görevlilerinin yapacağı aramalarda kişilerin gizlilik yararları ile kamunun menfaatleri ve gereklilikleri arasında dikkatli ve ölçülü bir denge olduğu vurgulanmıştı. Dolayısıyla sonuçta, bir öğrencinin okul idaresi tarafından aranmasının meşruluğunu belirlemede bir makul şüphe standardı uygulamış olduk. Bu durumda bir okulda yapılacak aramaya izin verilip verilmeyeceğini belirlerken, alınan tedbirler ve arama işlemindeki ulaşılan nokta itibariyle aramanın amacı arasında kabul edilebilir bir bağlantının devam ediyor olması ve ayrıca aranan öğrencinin yaşı, cinsiyeti ve özellikle arama gerekçesini ortaya çıkaran ve öğrenci tarafından gerçekleştirilen kural ihlalinin ne olduğu ve bunun niteliği gibi özellikler dikkate alındığında aşırı ihlal edici olmaması gerekir.

Bu davadaki duruma gelince, okul içinde ve çevresinde herhangi bir ilacın tedaviye yönelik maksatlar dışında reçeteli veya reçetesiz satılması, bulundurulması, kullanılması katı bir şekilde okul politikası olarak yasaklanmıştır. Okul yönetim kuralları uyarınca ayrıca izin verilmiş olmadıkça normal ilaçların reçetesiz kullanılması da bu yasak kapsamına dahildir.

⁶ ABD Hukuku'nda okullarda yapılan aramalarda güvenliği sağlama uğruna okullarda gerekli olan düzen ve disiplinin daha düşük standartları yeterli görmeyi gerektirdiği kabul edilir. *New Jersey v. T.L.O.* kararında Yüksek Mahkeme, okul görevlilerinin bir öğrencinin çantasını açması ve arama yapmasını onayladı ama bunda öğrencinin gizlilik beklentisini inkar ettiği için değil, olaydaki şartlar altında arama makul şüpheye dayanarak yapılmış olduğu için Ek 4. maddeye uygun bir arama olarak kabul edilmiştir. Ancak Yüksek Mahkemenin son zamanlardaki kararlarında özellikle T.L.O. kararında “balancing test” “special needs” doktrinlerinden yararlandığı görülmektedir. Balancing test uygulamasında yararlar dengesi ölçütü uygulanmaktadır. Okullardaki aramalar bakımından somut olarak öğrencinin gizlilik yararı beklentileri ile öğretmenlerin ve yöneticilerin okullardaki disiplini sağlamadaki hayati zorunlulukları karşılanmaktadır. Yüksek Mahkemenin okullarda uyuşturucu testlerinin uygulanmasına dair kararlarında “special needs”/özel zaruretlere gerekçesine dayanılmıştır. Okullarda ve cezaevlerinde yapılan aramalarda eğer amaç kolluk fonksiyolarına hizmet etmek değilse bunlar “idari aramalar” olarak nitelenmektedir. Bunlar için çoğu zaman bir karar gerekmez ve haklılık dayanağı olarak Ek 4. maddede yer alan bir makul sebep bulunabilirliğine ilişkin nedenlerden her zaman daha basit haklılık gerekçelerine dayanabilir. Yüksek Mahkeme bu yerlerde yapılan aramaların haklılık gerekçesi olarak “özel zaruretlere” doktrinini inşa etmiştir.

Bütün bu olaylarda, aramanın dayanağı olan ilaç bulundurma konusundaki şüphenin Savana'ya bağlandığı noktaya gelince, Wilson'un Savana'yı odasına çağırıp el çantasını gösterdiğinde o da içindekileri inkar etmekle birlikte bunun kendisine ait olduğunu ve Marissa'ya verdiğini kabul etmesidir. Ayrıca Wilson' a görevlilerden gelen raporlara göre okulun açılış günü sıradışı taşkın bir grup dans gösterisi yapmış ve bu sırada kız öğrenciler tuvaletinde sigara ve alkol bulunmuştur. Savana ve Marissa'da bu gösteri yapan grubun içinde idi. Yine öğrenci J. Romero bu dans gösterisinden önceki günlerde Savana'nın evinde bir partiye davet edildiğini ve orada alkol sunulduğunu görevlilere anlatmıştır. Marissa'nın bu ilaçları Savana'dan aldığına ilişkin beyanı, Savana'nın bu tür bir ilaç temin etme işine karıştığına dair şüpheyi güçlendirmek için yeterince inandırıcı ve akla yatkın bir senaryoyu desteklemekte idi.

Bütün bu olay ve bilgilerin toplamından edinilen şüphe, Savana'nın çantasını ve dış elbiselerini aramayı haklı kılmak için yeterlidir. Eğer bir öğrenci hakkında yasaklanmış ilaçları başkalarına dağıttığına dair makul inanılabilir şekilde şüphe varsa, bu durumda onun bunları üzerinde ya da çantasında taşıdığından da şüphelenilmesini haklı kabul etmek gerekir. Eğer Wilson'un bu ilaç temin etme işi ile ilgili makul şüphesi öğrencinin elbiselerini ve çantasını aramayı haklı kıldığı konusu normal kabul edilmez ise o zaman onun işini kolaylaştıracak hiçbir aramayı haklı görmemiş oluruz. Savana'nın kendisinin hazır bulunduğu bir ortamda ve idarecinin odası olması nedeniyle başkalarından soyutlanmış bir gizlilik ortamı olduğu için böyle bir durumda çantasına göz atmak, normalin ötesinde bir müdahaleci tutum olarak nitelenemez.

Burada asıl çekişme konusu olan husus, Wilson'un talimatları ile iç çamaşırlarının içine de bakmak suretiyle aramanın detaylandırılmasının anayasal olarak makullükten uzak olduğu iddiasıdır. Görevliler Romero ve Schwallier, Savana'ya dış elbiselerini çıkarmasını ve iç çamaşırlarını da esneterek onların iç kısmını göstermesi talimatını vermişlerdir. Görevliler, kendilerinin talimatlarına uyan öğrencinin mahrem bölgelerini açması sırasında hiçbir şey görmediklerini belirtmişlerdir. Ancak burada yapılan işlem sırasında önemli olan husus, kimlerin baktığı veya ne kadar görme

imkanı olduğu tartışması değil, görülebilir şekilde onun belli bölgelerini açmasının istenip istenmediğidir. Sonuçta, Savana iki görevlinin görebileceği şekilde iç çamaşırlarını bedeninden uzaklaştırarak esnetmiş olması ve pelvik bölgesini ve göğüslerini bir dereceye kadar açmış olması önemli bir olgudur. Bu durumda kişisel gizlilik hakkına⁷ ilişkin beklentileri ölçme anlamında, hem kişinin kendi makul subjektif beklentisi⁸, hemde makul beklentinin sosyal olarak kabul edilebilirliği⁹ ölçütlerine baktığımızda bu aramayı aşırı olarak nitelemek gerekir.¹⁰ Bu tür bir çıplak arama yapmak, öğrencinin dış elbiselerini ve yanındaki harici eşyalarını aramaya ilişkin makul-haklılık elementinden daha fazla gerekçelere sahip olmayı zorunlu kılar.

Gerçekleşen bu aramanın onur kırıcı, utandırıcı, küçük düşürücü ve korkutucu olması nedeniyle, böyle bir aramaya karşı Savana'nın subjektif gizlilik beklentisinin haklılığı, işin tabiatı gereği kabul edilmelidir. Anayasanın Ek 4. maddesinin önemli bir standardı olan gizlilik beklentisinin makullüğü, benzer şekilde aramaya maruz kalmış olan başka genç insanların yoğun deneyimleri ile ortaya konulmuştur. Ki onların henüz yeni yetişmekte

⁷ Gizlilik hakkı, masum kişilerin korunmaya değer yararlarının teminat altına alınması ve özel sayılan bilgilerinin ortaya çıkmasına karşı olma hakkıdır. Suçlayıcı olmamasına rağmen utandırıcı, hassas veya çok fazla özel bilgiler olabilir. Ek 4. maddenin masum insanlara yönelik koruması olmasaydı devlet bütün özel konuşmaları dinleyebilir, her türlü aramayı yapabilir ve birçok suçlayıcı olmayan ama yine de hassas olan bilgileri elde edebilirdi. SALTZBURG-CAPRA-DAVIS, Basic Criminal Procedure, 4th Ed. s. 104.

ABD Anayasası'nın Ek 4. maddesi ve Yüksek Mahkemenin Katz kararında ortaya koyduğu makul gizlilik beklentisi, kişinin normal hayatın olağan akışı içinde yaptığı bir faaliyetin toplumun bireyleri tarafından görünmesini, izlenmesini umursamıyorsa burada gizlilik beklentisi yoktur. Ancak başkalarının bunu görmeyeceği duymayacağı, izlemeyeceği gibi bir varsayım ve algı ile hareket ediyorsa burada bir makul gizlilik beklentisi olduğu kabul edilir.

⁸ Kişinin makul gizlilik beklentisi (reasonable expectation of privacy)

⁹ Makul beklentinin sosyal olarak kabul edilebilirliği (society is prepared to recognize that this expectation reasonable): gizlilik beklentisi teorisinde subjektif bir beklentinin geçerli olması için toplumun bu beklentiyi karşılamaya hazır olması gerekir. Yüksek Mahkemenin hapisanelerdeki şahısların gizlilik hakkı ile ilgili verdiği Palmer kararında "bir hükümlünün kendisine göre subjektif olan meşru gizlilik beklentisini tanımaya toplumun hazır olmadığı" yani toplumun bunu katlanabilir olarak görmeyeceği ifade edilmiştir.

¹⁰ ABD Hukuku'nda kamu görevlilerinin kişiler aleyhine yapmış oldukları bir faaliyetin hâkimden karar almayı gerektiren bir işlem olup olmadığını saptamak için ("search-arama" oluşturup oluşturmadığını belirlemek için) iki yönlü ölçüt (two prong test) uygulamak gerekir: Bunlardan birincisi, vatandaşın özel yaşamına ilişkin alanları gizli tutma konusunda subjektif olarak bir beklentisi (reasonable expectation of privacy) var mı ve bunu açıkça göstermiş midir? İkincisi de böyle bir gizlilik beklentisini toplum benimsemiş midir, diğer bir ifadeyle bu subjektif beklenti toplumsal olarak da kabullenilmiş midir? (makul beklentinin sosyal olarak kabul edilebilirliği)

olmaları, hayatı yeni tanımaları onların bir yerlerini açıp gösterme mecburiyetinin ortaya koyduğu ihlalin aşikarlığını pekiştirir. Bu tür yeni yetişen gençlerin maruz kalacağı çıplak arama onlarda duygusal olarak da hasara yol açabileceğini vurgulamak gerekir.

Bu yaştaki öğrencilerin bu tür bir aramada bedenlerini göstermek durumunda kalmalarına benzer deneyimlere göre daha farklı bir anlam yüklemeleri onların genel ve ortak bir reaksiyonudur. Nedir bu benzer deneyimler, mesela beden eğitimi dersi ve jimnastik faaliyetleri için giyilen elbiseler ya da bunları giyip çıkarırken karşılaşılan bazı teşhir mecburiyetleri. Jimnastik için elbise değiştirme ve giyinme faaliyetlerinde bir oyuna hazırlık ve adeta işin içinde bir eğlence vardır. Oysa aramada kişi daha baştan bir kural ihlal ettiği ya da suç işlediği ithamı altındadır. Bazı yerlerde bu şekilde çıplak aramanın olgular ne olursa olsun makul sayılmadığı ve bunların yasaklanması gerektiğine ilişkin mevzuat olarak bazı düzenlemeler de vardır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir aramanın onur kırıcılığı hemen onu kural dışı ve gayrimeşru hale getirmez. Fakat New Jersey v. T.L.O kararında Yüksek Mahkemece ortaya konulduğu üzere bu durum aramanın makullüğüne ilişkin standardı ve kuralı belirlemede işe yarar. Yüksek Mahkemenin bu kararında, aramanın makul olup olmaması herşeyden önce aramanın gerçekleştiği koşullardaki duruma göre, oradaki ihlali haklı kılıp kılmayacağını değerlendirmede dikkate alınır denilmiştir. Aranan öğrencinin cinsiyeti, yaşı ve aramada gerçekleşen ihlalin ve tecavüzün niteliği dikkate alınarak kapsam buna göre belirlenecektir. Bunlara göre arama fazla aşırı ihlal edici nitelikte değilse bu aramaya izin verilebilecektir.

Somut olaya gelince; özetle öğrencinin kendisine ait olup arkadaşına verdiğini belirttiği çantasında yapılan aramada birşey bulunmadığı gibi, öğrencinin dış elbiselerinde yapılan aramada da aradıkları ilacı bulamayan görevliler dış elbiselerini, pantolon ve gömleğini çıkarmasını istediler. Yine birşey bulamayınca bu kez öğrencinin iç çamaşırları içinde bir şeyler saklayabileceğini düşünerek, göğüslerini ve pelvik bölgelerini görebilmek için iç çamaşırlarını eliyle sarkıtop oynatmasını, alt çamaşırlarının da lastiğini dışarı doğru açmasını istediler. Bu işlemler sırasında onun cinsel uzuvları kısmen görüldü. Aramanın sonucunda bulmayı amaçladıkları nesnelere dair

hiçbir ipucu bulunamayan böyle bir aramada, şüphenin muhtevası ve şüpheyi oluşturan olguların içeriği, ortaya çıkan ihlalin derecesi ile bağdaşmamaktadır.

Bu anlamda iki hususa dikkat çekmek gerekir. Birincisi, Wilson daha baştan bu ilaçların reçete ile satılabilen ilaçlar (güçlendirilmiş iki Advil ilacına denk yaygın olarak ağrı dindirici olarak kullanılan ilaçlar) olduğunu biliyordu. O görevli olarak arama yaptığı ve bulmaya çalıştığı ilaçların niteliklerine göre onların tehdidinin sınırlı olduğunu bilmek durumundadır. Ayrıca bunların ne miktarda alınırsa gerçek zarar verici olacağını bilmesi gerekir. Wilson çok fazla miktarlarda ortalıkta bu tür ilaçların dolaştığı ya da bazı öğrencilerin bireysel olarak bunları çok fazla sayılarda getirdiğinden şüphelenmek için yeterli gerekçeye sahip değildir.

İkinci olarak, yukardaki şüphe için yeterli neden olsa bile, Savana'nın elbiselerinin altında ilaçları sakladığına dair şüphelenmeyi haklı kılacak bir gösterge yoktur. Kategorik olarak aramaları ihlal edicilikleri bakımından maruz kalanların durumuna göre ele aldığımızda, bu yaştaki bir öğrencinin çıplak olarak beden aramasında bulunması gereken haklılık ölçütleri ve şüphelenilen olgular olarak daha ileri şüphe ölçütlerinin bulunmasını zorunlu tutmak gerekir. Genel olarak olasılıklar ve ihtimaller yetersiz kalabilir. İhlal edici olan bir arama makuldür diyebilmek için onun buna gerçekten değmesi gerekir. Fakat yasaklanmış olsa bile, tehlikeli sayılmayacak nitelikteki maddeleri okulda buldurmak durumunda aramanın bu kadar detaylı olmaması gerekir.

Sonuç olarak olayda, okul görevlilerinin, okulda öğrencilerde bulunduğunu düşündükleri ilaçların tehlikeli olduğundan şüphelenmelerini gerektirecek bir nedene sahip olmadıkları gibi, aramaya tabi tutulan mağdur öğrencinin bu tür bir ilacı üzerinde sakladığına dair bir şüphe nedeni de bulunmadığını vurgulamak gerekir. Bundan dolayıdır ki, arama açık bir şekilde Anayasayı ihlal eden bir uygulamadır.

Tazminat konusuna gelince; görevliler hakkında tazminat konusunda bir yükümlülük yükleyebilmek için aramanın yapıldığı tarihte yasal düzenleme itibarıyla bir açıklık bulunması gerekir. Anayasaya aykırı aramayı yapmak

için emir veren ve bu konuda işin yerine getirilmesinde sorumluluğu üstlenen görevlilerin bu işlemi yaptıkları tarihte bu konudaki sorumluluklarının kanunda belirgin şekilde tanzim edilip edilmediği hususu açık değildi. Bu nedenle bunların tazminata karşı bağışık olduklarını kabul etmek gerekir.

B. SONUÇ

Yüksek Mahkemenin kararı, yapılan aramanın Anayasanın Ek 4. maddesine aykırı olduğu, ancak tazminat hususunda mevzuattaki belirsizlik ve açıkça bu hususa ilişkin o tarih itibariyle düzenleme olmadığı için görevlilerin bu durumdaki sorumluluğu bilmeleri beklenemeyeceği için karar verilmemiş ve cevapsız bırakılması şeklinde sonuçlanmıştır.

YAZILI OLMAYAN ANAYASAL PRENSİPLERİN KANADA ANAYASASI YORUMUNDA ROLÜ*

Prof. Dr. Warren J. Newman**

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Fatih Öztürk***

Giriş: Anayasa Hukuku, Konvansiyonlar ve Prensipler

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 1997 tarihli *Provincial Court Judges Reference* ve 1998 tarihli *Quebec Secession Reference* davalarında (uyuşmazlıklar) tavsiye niteliğindeki kararlarından sonra, Kanada mahkemeleri dalgalar halinde gelen yeni davalarla anayasal prensiplerin; anayasa değişiklikleri, yasa hükümleri ve hükümet faaliyetlerini (idari işlem) sorgulayan durumla karşılaşmışlardır.**** Hukuk uygulayıcıları; yazılı olmayan anayasal prensiplerin yazılı anayasa hükümlerine destek için hukuk kuralı kaynağı ya da anayasal zorunluluklar statüsünde olup mahkemelerce uygulanıp uygulanamayacağını merak etmişlerdir.

Anayasaya (Kanada) geniş bir açıdan bakacak olursak, anayasa sadece yazılı hükümleri değil, siyasetin yönetimi (devamıyla) ilgili yazılı olmayan ve genelde anayasal konvansiyonlar denilen kuralları da içermektedir. Buna karşılık, konvansiyonlar siyasi aktörlerce onları bağlayan norm kurallar olarak kabul edilir ve onların ihlal edilmesinin karşılığı ise siyasi süreç ve

15

* "The Role of Unwritten Constitutional Principles in Interpreting the Constitution of Canada", by Warren J. Newman in **Essays in Comparative Constitutional Law: A Route Map of A New Constitution for Turkey**, sayfa 25-33. edited by Dr. Fatih ÖZTÜRK (Chief), Dr. Murat YANIK, Dr. Hüseyin ÖZCAN, Nisan 2013, Carolina Academic Press, Durham, NC, USA

** Profesör W.J. Newman, B.A., B.C.L., LL.B., LL.M., Kanada Adalet Bakanlığı, Anayasa ve İdare Hukuku Bölümünde Üst Düzey Genel Danışman. Yazar, aynı zamanda Kanada'da hukuk fakültelerinde anayasa hukuku dersleri vermektedir. Bu makalede belirtilen görüşler, bir akademik konferans çerçevesinde ifade edilmiştir ve Kanada Adalet Bakanlığı'ni bağlamamaktadır.

*** İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.

**** Çevirenin notu: Kanada anayasa hukukunda bu durum, referans soru (reference question) olarak adlandırılmaktadır. Federal hükümet ya da eyalet hükümetleri, eyalet yüksek mahkemelerine ya da Kanada Yüksek Mahkemesi'ne sorunun/yasanın anayasaya uygun olup olmadığını sorabilirler. Fakat eyalet hükümetleri, önce bu soruyu kendi eyalet yüksek mahkemelerine sorarlar, şayet cevap alamazlarsa, Kanada Yüksek Mahkemesi'ne giderler. Daha fazla bilgi için bkz.; Fatih Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, Politik Sorun Doktrini adı altında bölüm 2'de ABD ve Kanada anayasa yargısında Yüksek Mahkemelerden tavsiye niteliğinde kararların alınıp alınmayacağı ele alınmıştır.

kamuoyunun kanaatiyle alâkalı bir durum olarak ortaya çıkar. Mahkemeler, konvansiyonların (anayasal) hukuki hükümler ve kurallar gibi kabul edilip değerlendirilmesini defalarca reddetmiştir.

Bir anayasa konvansiyonunun var olduğunu ortaya koymak için birbiri ile ilintili üç sıkı objektif şartın olmasına bağlıdır: Bahsi geçen kurala bağlı olan önceden uygulanmış bir örneği olmalı (ya da pek çok defa uygulanmış olmalı), kuralın bir sebebi olmalı (genelde bir anayasal prensip ya da anayasal değer) ve bu kural siyasi aktörlerce uygulaması bir zorunluluk olarak kabul edilmeli. Üçüncüsü ise, norm kriteri ve Yüksek Mahkemece üç şartın içinde en önemli olanı da budur.

1982 tarihli Kanada Anayasası'nın kabulünden önce ve sonra, tarafsızca söylemek gerekirse Yüksek Mahkeme, 1981 tarihli *Patriation Reference* adlı davada, “anayasal konvansiyonlar ve anayasa hukukunun toplamı ülkenin (Kanada'nın) anayasasının toplamına eşittir” ifadesini kullanmıştır. Bu ifade, mevcut standart Kanada anayasa hukuku ve siyaset bilimiyle ilgili ders kitaplarındaki durumu yansıtmaktaydı.

16 Anayasal Prensiplerde Yeni Vurgulama (Ehemiyyet)

Provincial Judges Reference ve *Quebec Secession Reference* ile, anayasal prensiplerin yerini anayasal konvansiyonlar ve de en önemli özelliği “yazılı olmayan anayasa” almıştır. Bu prensipler, sadece “tanımlayıcı değil”, ayrıca “güçlü bir norm etkisini kabul etmekte” ve “hem mahkemeleri hem de hükümetleri bağlayıcı”dır. Anayasal konvansiyonların rolü, sadece anayasa hükümlerini yorumlamak için değil, ayrıca anayasa dışılığı aracı olmaları yani anayasa metnindeki ifade terimlerinde yer alan boşlukları doldurmak için de kullanılabilir olmalarıdır. Bunun ötesinde, bu prensiplerin (yazılı olmayan anayasa) inşa edilip kullanılması anayasal konvansiyonların varlığını belirlemek için gerekli olan hassas kriterlerin ispatı gibi bir durumu da gerektirmemektedir. Anayasal prensiplerin varlığı apaçık ortadadır.

Bu da geniş ve yeni bir hukuki iddianın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. *Secession Reference* davasının tavsiye niteliğindeki kararına bakıldığında, ileri sürülen iddialar ve savunmalar anayasal enstrümanların uygulanmasına, sıradan yasalara ve idarenin faaliyetleri (işlemleri) ne karşı çıkmaktadır. Şayet, metinlerdeki hükümlerde az da olsa elle tutulur bir destek olursa,

şayet anayasal konvansiyon kolayca ispatlanamazsa (herhangi bir şekilde hukuk kuralı olarak uygulanamazsa), danışman (avukat, savunma) için cevap çok açıktır: prensibe başvuru!

Provincial Judges Reference davasında, Yüksek Mahkeme Başkanı hâkim Lamer, anayasal prensiplerin 1867 tarihli Anayasa Yasası (*Constitution Act*)’nın girişine doğru yürümekte olduğu sonucuna varmıştır; “Anayasa kalesinin büyük hol girişi.” Bazılarınca, bu durum mevcut metnin yargısal yorumuna direkt bakarak elde edilemeyecek birşeyi arka kapıdan dolaşarak elde etmeyi teşvik edecek bir hale sebebiyet verebilir (mi?).

Anayasal Prensiplerin Hayati Rolü

Bu, Taç (Birleşik Krallık) ın hukuk görevlileri (uygulayıcıları) için bile hikayenin (olayın) sadece bir yönüdür. Hangi yolla gelmiş olursa olsun, anayasal prensipler kalmak için vardır. Yargısal içtihadlara dikkatle bakıldığında, bu prensiplerin her zaman bizlerle birlikte olduğu görülecektir. Prensibe dayanan anayasal konvansiyonlar gibi, anayasal prensipler de anayasa metnindeki anayasal değeri doldurmaya hizmet eder. ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı hâkim Marshall’ın 1819 tarihli *McCulloch v. Maryland* davasında vurguladığı gibi, “[Biz] asla unutmamalıyız, bu bir anayasa ve biz onu açıklıyoruz.” Anayasal prensipler; anayasal metnin karakteri olan sertliği (katılığı) ve değiştirilemezliği eleyebilecek makul olan, aksi halde değişikliğin sadece şekli anayasa değişikliği sürecine bağlı olduğu ve zor olduğu zamanlarda, son çarelerdir. Anayasal prensipler, Kanada Yüksek Mahkemesinin haklı bir şekilde ifade ettiği gibi; “Anayasal metnin kendisini anlamaktan doğan (gelen), tarihi bağlamdan (kontekst) ve anayasanın anlamıyla ilgili önceki yargısal yorumlar” demektir. Aynı zamanda, Yüksek Mahkeme, anayasal prensiplerin varlığının anayasa metninin yerini aldığı ya da onu elediği anlamına gelmediğini de özellikle vurgulamıştır. Şayet, böyle yapılırsa bu durum mahkemelerin rolünü ve anayasal yargı denetiminin meşruluğunu sorgulanır hale getirir.

Anayasal prensipler; yapısal terimlerle (Mahkeme Başkanı hakim Lamer’in “kalesi”) ifade edecek olursak “temel” gibi, Anayasanın “iç mimarisi” ni oluşturan parça olarak görülmelidir. Dinamik terimlerle (Lord Sankey’nin “yaşayan ağaç”) ifade edecek olursak Anayasanın içindeki “hayat nefesi”, ve “Anayasanın hayat kanı” olarak görülmelidir. Anayasal prensipler; Anayasa

hükümlerine anlam vermek, yorumlamak ve uygulamak için hayati öneme sahiptirler. Fakat, temel kurumları destekleyen, zayıflatmayan bir yapıyla dengeli bir şekilde uygulanmalarını sağlamak gerekir. Böylece, bu prensiplerin gelişmesi “tabi sınırlar” ında kalmış olur.

“Yazılı” ve “Yazılı Olmayan” Anayasalar

Kanada mahkemeleri, Anayasal prensiplerin Anayasal metnin anlamını ortaya koymada ki önemli rolünü, uzun bir zamandır tanımış durumdadırlar. Yazılı Kanada Anayasası-eğitimi olmayan biri için, çok küçük ve ince ayrıntılardan dolayı şaşırtıcı olmaktadır- yönetimin yapısını geniş bir şekilde ortaya koymaktan daha çok anayasal hükümetin nasıl olacağına dair az bir bilgi sunmaktadır. Bu da genel olarak İngiliz anayasal geleneğinden dolayıdır. 1867 tarihli Anayasa Yasası (Constitution Act) bunu (tarihi) miras olarak değerlendirmektedir:

Kanada'nın eyaletleri, Nova Scotia ve New Brunswick [bugün için bu iki bölgede Kanada'nın eyaleti durumundadır] federal olarak Büyük Britanya ve İrlanda'nın Birleşik Krallık'ın tacı altında tek bir Dominyon olarak bir Anayasa altında -prensipleri Birleşik Krallık ile aynı olan- birleşmişlerdir;

18

Amerikan ve Fransız Anayasaları'na kıyasla, İngiliz Anayasası'nın çoğunluğunun yazılı olmadığı, herkesçe bilinen bir durumdur. Gerçek şu ki, İngiliz Anayasası'nı daha net bir şekilde karakterize edecek olursak, anayasa olarak nitelendirilebilecek olan bir yüksek yasa tarzında ABD'de ya da Kanada'da 1867 ve 1982 Anayasa Yasalarında olduğu gibi tek bir parça halinde bir araya getirilmemiştir.

John Marshall ve Yargısal Denetim (Anayasal) Prensipleri

Amerikan stili yazılı bir anayasa olsa bile, açıklığa kavuşturulması gerekli meseleler olacaktır. ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı Marshall'ın McCulloch v. Maryland davasındaki sözlerine dönecek olursak:

Bir anayasa, kuvvetler ve uygulanmasıyla ilgili olarak açık bir şekilde bütün alt detayları içerecek olsa bile, bir hukuk kuralının söz uzunluğu ile insan düşüncesinin ürünü olarak herşeyi kapsayacağı iddia edilemez (ifade edilemez). Bundan dolayı, anayasanın tabiatı gereği, ana esaslar yer almalı, önemli konular düzenlenmeli, önemli konularla ilgili detay içerikli meseleler

ise bu konuların yapısı ile alakalı olarak sonuca varılmalıdır [detay anayasada yer almamalı].

Marbury v. Madison davasından on altı yıl önce, hakim Marshall ince ve şeffaf bir nedensellik önerisiyle ABD Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa tarafından-her ne kadar yazılı metin yasaların anayasaya uygunluğunun denetimiyle ilgili olarak açık bir ifade içermese de- Kongre'nin çıkarmış olduğu yasaları yargısal denetime tabi tutma ile görevli olduğunu ifade etmiştir. Marshall'ın önerisi, ilk prensiplere dayanmıştır; anayasacılığın tabiatı-mantığı ve yargı kuvvetinin rolü:

Anayasa en üst ya da en tepedeki yasadır. Sıradan bir usülle değiştirilemez. Ya da diğer yasalar gibi sıradan (normal) yolla değiştirilebilir. Yasama anayasayı değiştirmek istediğinde değiştirebilir.

Şayet, bahsi geçen ifadelerden ilki doğruysa, Anayasaya aykırı olan yasa, yasa olarak geçerli sayılmayacaktır. Şayet, bahsi geçen ifadelerden sonraki önerme doğru kabul edilirse, o zaman yazılı anayasalar yapmak, insanlar için, kuvveti sınırlamak için, tabiatı gereği sınırlanamaz olacaktır.

Altını çizerek belirtecek olursak; yargı branşının görevi ve uzmanlık alanı hukukun ne olduğunu ifade etmektir. Kuralı davaya uygulayanların görevi, kuralın açıklamasını ve yorumunu yapmaktır.

Böylece, şayet bir yasa Anayasaya aykırı olursa...Mahkeme, bu çatışan kurallardan hangisinin davaya uygulanacağını tespit etmelidir. Bu, yargının en temel görevidir.

Kanada'da Anayasanın Üstünlüğü

Kanada'da, yazılı anayasanın üstünlüğü, esas olarak 1867 tarihli İmparatorluk yasasını Koloni Dominyonuna taşıyan İngiliz Kuzey Amerika Yasası (the *British North America Act of 1867*)'ndan kaynaklanmaktadır (şu an 1867 tarihli Anayasa Yasası olarak adlandırılmaktadır). 1865 tarihli Koloni Yasalarının Geçerliliği Yasasına göre (the *Colonial Laws Validity Act of 1865*), "kolonilerdeki herhangi bir yasa, kolonilerle ilgili olan İmparatorluk yasası hükümlerine aykırıysa, aykırılıkla ilgili durum kesinlikle geçersiz ve uygulanamazdı." Şayet, Parlamento ya da eyalet yasama meclisleri yetkisini aşan bir yasa çıkarırsa, aykırı olan (yetkiyi aşmış) yasa, Kuzey

Amerika İngiliz Yasası kapsamında yargı kararıyla geçersiz ve uygulanamaz hükmüne maruz kalacaktır.

Anayasal yargı denetimiyle ilgili metin, şu an 1982 tarihli Kanada Anayasası (the *Constitution Act, 1982*), kısım 52'de geçmektedir:

Anayasa, Kanada'nın en üst yasasıdır ve Anayasa hükümlerine uygun olmayan herhangi bir yasa, uygun (aykırı) olmayan kısmın (yasanın) hiçbir gücü ve etkisi yoktur.

Anayasacılığın Zaferi, Hukukun Üstünlüğü ve Mahkemelerin Rolü

1982 tarihli Kanada Anayasası, kısım 52 (i) anayasacılık prensibinin işleyişini ifade etme adına açıklayıcı yol gösterme aracı olabilir. 1985 yılında, Manitoba Dil Hakları Tavsiye Görüşü (the Manitoba Language Rights Reference) kararında Kanada Yüksek Mahkemesi, Manitoba (eyalet) yasama organınca hazırlanmış olan ve tamamen İngilizce olarak yürürlüğe konmuş 90 yıllık yasayı geçersiz kılma göreviyle karşı karşıya bırakılmıştır. 1870 tarihli Manitoba Yasası'nın ihlaliyle ilgili kısım (madde) 23, Kanada Anayasası'nı oluşturan yasalardan bir tanesiydi. Burada, zorluk şu gerçekten kaynaklanmaktaydı; bu önemli kısmın yargısal olarak geçersiz olduğunun belirtilmesi, eyaletteki mevcut yasaların hepsinin boşa çıkmasını, hatta yasama organını işlemez hale getirecekti.

20

Yüksek Mahkeme görevden kaçmak için yan çizmemiştir. Yasalaştırmanın iki dilde olması mecburiydi. Bu -anayasal değer- amacı yanında, hem 1870 tarihli Manitoba Yasası, kısım 23, hem de 1867 tarihli Anayasa Yasası, kısım 133 yer almaktadır. Yüksek Mahkeme; “tamamen ve eşit bir şekilde sadece Fransızca ve sadece İngilizce bilenlerin yasama organına ulaşmasını sağlamak”ı garanti etmektedir. Şayet, bu temel garantilerin köklü bir şekilde yerleşip uygulanması (ulaşma) zorunlu olmazsa, anlamsız kalacaktır.” Yargı kurumunun görevi, hükümetin Anayasaya uyumlu bir şekilde hareket ettiğini ortaya koymaktır. Yüksek Mahkeme, Kanada'daki anayasacılık ve anayasal yargı denetiminin rolü hakkında etkili felsefi bir görüş beyan etmiştir:

Anayasa; bir ülkedeki insanların arzusu doğrultusunda belirli prensiplerin temel ölçü olarak kabul edilip yasama ve yürütme kuvvetinin bu çerçevede sınırlandırıldığı ifadelerdir. 1982 tarihli Anayasa Yasası, kısım 52'nin

ifadesiyle, Anayasa en üstün yasadır ve sıradan bir usülle değiştirilemez ve ona uyumlu olmayan yasalar geçersizdir. Yargının görevi, Kanada ve eyalet yasalarının yorumlanması ve uygulanmasını belirtmektir. Bu nedenle, Yüksek Mahkemenin görevi anayasa hukukunun hakimiyetini sağlamaktır.

17 Nisan 1982'den beri Yüksek Mahkeme şunu ifade etmiştir; “Anayasanın yargı tarafından korunması zorunluluğu, 1982 tarihli Anayasa Yasasının, 52. kısmında belirtilmiştir.” Anayasanın 52. maddesinde geçen yargısal denetiminin esaslarıyla ilgili prensipler devam eden yıllarda değişmemiştir.

Çünkü, hukukun üstünlüğü yasanın hükümetin üzerinde olması anlamına gelmektedir ve bundan dolayı, “keyfi gücün etkisinin (kullanılmasının) önüne geçmek” de yasanın üstünlüğüdür. Bu durum, hem 1870 tarihli Manitoba Yasası, madde 23, hem de 1982 tarihli Anayasa, madde 52'ye hüküm olarak konulmuştur. Sonuçta, Yüksek Mahkemeden Manitoba'nın, “Anayasaya aykırı olan gücü ve etkisi olmayacak olan yasalarının ne olduğunun bulunması istenilmiştir.” Buna rağmen, hukukun üstünlüğü ikinci ve geniş bir anlamı da ifade etmektedir: “Yürürlükteki emredici yasaların oluşturulması ve devamının sağlanması ile, kurulu düzenin genel kurallarının korunması ve uygulanmasını” da gerektirir. Bu düşünceden dolayı, “hukukun üstünlüğünün ikinci yönü” Yüksek Mahkeme tarafından bu prensibin ilave rolü olarak belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme, hukukun üstünlüğü prensibine, “bir anayasanın tabiatı gereği, açıkça içeriğine konulmuş” hüküm olarak işaret etmiştir. Yüksek Mahkeme, anayasal yorumda dar ve kelimesi kelimesine bir metodu takip edemez. Yüksek Mahkemenin yargısal faaliyeti, Anayasayı yapanların niyetini doğru okuyabilmek için metin analizine destek olarak tarihi, içerik ve amaçsal yorumun da gerekli olduğunu ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme, the Patriation tavsiye niteliğindeki kararında federalizm prensibiyle ilgili önceki görüşünü analiz ederek, göze çarpar şekilde ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, “anayasa yargısında hüküm tesis etme sürecinde, Kanada Anayasası'nın temel esası olan, ama yazılı olmayan esaslarında kullanılabileceği” kanaatindedir. Eyalet Yasama organı “anayasal kuralları ihlal etme ısrarında bulunarak” 1870 tarihli Manitoba Yasası, madde 23'e dayanarak, “Manitoba eyaleti olağanüstü hal durumundadır”: Bütün tek dilli yasama organının Yasaları her zaman geçersiz, etkisiz ve uygulanma

imkânına sahip değildi” iddiasında bulunmuştur. Buna rağmen, Anayasadan dolayı, eyaletin mevcut tek dilli yasaların uygulanmaması ve geçici geçerlilik tanınarak uygulamaya konulması için her iki dilde tercümesi, yeniden yasalaştırılması, çoğaltılması ve baskıya verilmesi konusunda minimum bir süreyi kabul ederek hareket etmesi halinde bir zarar görmeyeceği ortadadır. Gelecekteki her türlü yasalaştırma için, “Anayasa, bu kararın verildiği tarihten itibaren, Manitoba Yasama Organının bütün yapacağı yasaların hem Fransızca hem de İngilizce çoğaltılıp basılmasını emretmektedir. Herhangi bir yasa bu standarda uymazsa, geçersiz olacak, etkisi ve gücü olmayacaktır.”

Hiç bir şüphe duyulmamalı ki, Yüksek Mahkemenin bu şekilde hareket etmesinin daha sonraki Quebec’in Ayrılması Tavsiye Niteliğindeki kararında (the *Quebec Secession Reference*) sebep olarak kullanılması noktasında ilişkisi vardır. Quebec’in Ayrılması Tavsiye Niteliğindeki kararına Yüksek Mahkemenin, Manitoba Dil Hakları Tavsiye Niteliğindeki kararın açılış sözleriyle başlaması da bir rastlantı değildir:

“Bu tavsiye kararı, çok önemli derecede ince ayrıntılı hukuki ve anayasal sorunları, ve yüksek derecede hassasiyeti haiz kompleks politik sorunları içermektedir.”

Ayrılış Tavsiye Niteliğindeki kararda Yüksek Mahkeme, bilirkişinin ileri sürdüğü anayasal prensibin etkinliği 1867 tarihli Anayasa Yasasının giriş kısmına dayandırılabilir görüşünü reddetmiştir. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesinin ikinci yönü sayesinde, Manitoba’da hukuki bir boşluğa düşmekten kurtulmuştur. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ve prensibin etkinliği arasındaki benzerlik ilişkisini “sosyal gerçekliğe uygun hareket edebilmek için hukukun yeniden dizayn edilmesi” olarak ifade etmiştir. Fakat, etkinlik prensibine hukuk prensibi kalesi olarak devlet gerçeği ihtimalinden fazla bir anlam yüklemek gerekir. Etkinlik prensibi, hukukun üstünlüğü prensibine aykırı bir durum oluşturabilir. Sonuçta başarılı olunduğu sürece içerik olarak hukukun ihlal edilebileceği demektir. Bu da, anayasacılık prensibinin kendisine aykırı bir durum demektir. Yüksek Mahkeme, anayasacılık prensibinin temel esas olarak 1982 tarihli Anayasanın, 51/1. maddesine yerleştirildiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, dikkatli bir şekilde Manitoba Tavsiye Niteliğindeki Kararında

ikna edici bir tarzda anayasacılık prensibinin, Anayasanın 52. maddesine kural olarak koyulduğunu belirtmiştir:

Yüksek Mahkemenin anayasaya aykırılık kararı açık ve kesindi. Hukukun üstünlüğünün devamı noktasında Yüksek Mahkeme'nin dikkati direkt olarak uygun hak arama yoluyla alakalı olmuştur.

Anayasal Prensipler ve Anayasanın Çatısı

Anayasal prensipler; ilerlemeyi devam ettirecek hükümler aracılığıyla Anayasanın içine konulabilir. Bu açıdan bakıldığında, bu prensipler boşluk doldurmaktan daha çok Anayasanın mevcut çatısının prensipleriyle beraber olan metindeki hükümlerin anlamını kapsama vazifesi görecektir. Usta bir şekilde işlenmiş olarak, bu prensipler Anayasayı hayatın gerçeklerine taşıyarak çok önemli (bazı davalarda ise temel) işleve sahip olabilirler. Ayrıca, öngörülemeyen durumlara da cevap olabilirler. Bu da hukuk düzeni, federal yapı ve anayasal sistemin (mizin) demokratik karakterinin devamını sağlar. Aynı zamanda, Manitoba Dil Hakları Tavsiye Niteliğindeki Kararda belirtildiği gibi azınlıkların korunmasına olan inancımızın devamını da sağlar.

Bu açıdan meseleye yaklaşmak, Yüksek Mahkemenin Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi [under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*-diğer adıyla 1982 tarihli Kanada Anayasası] ile ilgili olan ilk davalarda ki eğilimiyle de uyum içinde olacaktır. “Dar ve teknik yorumlar, şayet geleceğin bilinmeyen yönüne göre ayarlanmamışsa, hukukun gelişmesine ve topluma hizmet edecektir.” Bir yerleşik haklar bildirgesinin yorumu, Kanada Anayasası'nın belirttiği gibi, “geniş, amaca yönelik yorum, yani anayasal belgenin ilgili hükümlerini konunun önemine göre yorumlayan” ve “hukuka harfiyen uyarak cetvel misali sertlikten” kaçınma tarzında yapılmalıdır. Anayasal prensipler bu açıklama ve yorumları kullanarak, Anayasanın metni ve Anayasanın anlamının dengelenmesi konusunda temel bir rol oynar.

Prensiplerin Dengelenmesi

Yargı bağımsızlığı, federalizm, hukukun üstünlüğü prensipleri ve azınlıkların korunması anayasal davalara bakan avukatlar için tanıdık kavramlardır. Bu kavramlar metin ve hukuksal olarak Eyalet Hâkimleri Tavsiye Niteliğindeki

Karar (the *Provincial Judges Reference*) ve Quebec'in Ayrılması Tavsiye Niteliğindeki Kararda çok iyi bir şekilde incelenmiştir. Bunlar, sadece Anayasanın temel prensipleri ya da anayasal yorumun kuralları değil, ayrıca diğer kilit olan prensipler ve değerlerde mevcuttur: parlamentonun üstünlüğü prensibi, bizim anayasal sistemimizin hâla esaslı çatısı olarak durmaktadır. Sorumlu hükümet prensibiyle alakalı olarak parlamenterlerin ayrıcalıkları; anayasal konvansiyonlar, Tacın imtiyazlarıyla ilgili olarak teamül hukuku ve idare hukuku kuralları, kanuni prosedür, adil yargı ve usuli adalet, kuvvetler ayrılığının görünmesi (parlamenter hükümet içinde olan), ve Hak ve Özgürlükler listesine [1982 tarihli Kanada Anayasası] yerleştirilmiş bulunan pek çok yeni doktrin ve ilkelerle ilgili hükümlerde (diğer kilit prensipler arasında yer alır).

Quebec'in Ayrılması Tavsiye Niteliğindeki kararda Yüksek Mahkeme, davada yer alan prensiplerin dengeli bir şekilde yer almasının bir ihtiyaç olduğunu kabul ederek, bu temel prensiplerin “ortak yaşam-siyam ikizleri” işlevine sahip olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, “bu prensiplerin biri dahi diğerlerinden izole edilerek düşünülemez, veyahut bir prensip diğer prensibe üstün ya da dışarıda bırakılarak işlevselleştirilemez” demiştir. Bu şekilde prensiplerin dengelendirilmesi bazı akademisyenlerce eleştirilmiştir. Çünkü, yargısal dengeleme teorisi mevcut metnin geleneksel şekilde yorumlanması noktasından garip bulunmuştur. Yargısal dengeleme teorisine göre hâkimler uygun gördükleri dengelemeyi seçmek pozisyonuna sahip olacaklardır. Örneğin, hukukun üstünlüğü prensibi ve Anayasa 52/1'de (1982 Anayasası) geçen Anayasal hükümlerin üstünlüğü diğer değerlerle ifade etmeden dengelenebilecek, yani Anayasanın üstünlüğü en üstte değil midir?, gibi bir durum ortaya çıkabilecektir.

Bir Hassas (İnce) Denge

Hassas bir dengeye anayasal prensipler mahkemelerce yorumlanarak ulaşılır. Bu prensiplerin kendileri ya da Anayasanın metnindeki hükümlere referans olması demek, şekli Anayasanın hükümlerinin uygulanırken ve değişen şartlara uyumlandırılırken gerekli olan esneklik payının sağlanması anlamına gelmektedir. Diğer bütün inşa eden araçlar gibi anayasal prensiplerin de sınırları vardır. Sağlıklı bir ilişki ihtiyaç ile (arasında) kelimelerden, anlamlardan, anayasal metnin yorumundan, açık bir talepten doğan anayasal

prensipleri anlamak için ve de bu prensiplere neredeyse anayasal metinlerin kendilerine verilen etki tanındığı sürece (bazı özel durumlarda), devam edecek gibi gözükmetedir. Bu farklılık, doruk noktaya Eyalet Hâkimleri Tavsiye Niteliğindeki (the Provincial Judges Reference) Kararda ulaşmıştır. Yüksek Mahkeme Başkanı hâkim Lamer için, 1867 tarihli Anayasanın girişi, “temel prensipleri, yani 1867 Anayasasının esaslı hükümlerinin kaynağını tanımakta ve onaylamaktadır.” Bu hükümler “sadece kurucu prensipleri detaylı olarak ele almaktadır.” Hâkim La Forest içinse, Anayasanın hükümleri basit bir şekilde detaylıca yazılmamış olan prensipler üzerine değil, ayrıca Anayasanın hükümleri de Anayasadır” şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, anayasal hükümde kullanılan ifadeye yüklenecek olan anlam önem arz etmektedir.

Hukuki Kesinlik ve Yargısal Denetimin Meşruluğu

Yüksek Mahkeme Başkanı anayasal prensiplerin rolü hakkında önemli bir kayıt (şart) koymuştur:

Herşeye rağmen bir dikkat notu düşmek arzusundayım. The *New Brunswick Broadcasting* davasında ifade ettiğim gibi, Kanada'nın anayasal tarihi gelişim sürecinin “kesin bir şekilde yazılı anayasa ile sonuçlanması” ile anlaşılabilir. Yazılı olmayan bir anayasa yerine yazılı bir anayasanın tercih edilmesinin pek çok önemli sebepleri vardır; hukuki kesinlik ve bunun da anayasal yargı denetiminin meşruluğu ile sağlanması (bunlardan biridir).

The *Quebec Secession Reference* kararında Yüksek Mahkeme Başkanının dikkat çektiği husus yeniden ifade edilmiştir:

The *Provincial Judges Reference* davasında, bizler bu anayasal prensiplerin kabul edilmesine dikkat çekmiştik...bu prensipler Anayasanın yazılı metninden vazgeçmeye davet olarak algılanamaz. Buna karşılık, bizim yazılı Anayasamıza öncelik verme konusunda kaçınılmaz sebepler olduğunu ısrarla teyid ediyoruz. Bir yazılı anayasa hukuki kesinlik ve tahmin edilebilirliği destekler ve de anayasal yargı denetimi için temel ve köşe taşı olma vazifesi görür.

Bu ikiz konular; hukuki kesinlik ve yargısal denetimin meşruluğu yeni olan bir mesele ya da sadece Kanada'ya has bir tecrübe değildir. ABD Yüksek Mahkemesi, 200 yıl önce *Marbury v. Madison* davasında bu meseleyle karşı

karşıya gelmiştir. Aynı meseleler, geçtiğimiz yıllarda Fransa ve Avustralya'da da karşımıza çıkmıştır. Örneğin, bu ülkelerin hâkimleri ülkelerinin anayasalarına, anayasal prensipleri ve bir dizi haklar listesini yerleştirmeye çalışmışlardır (Fransa örneğinde bu durum, “*principes à valeur constitutionnelle*” V. Cumhuriyetin Anayasasının giriş kısmından alınmış ve 1789 tarihli İnsan Hakları Bildirgesi'nden (the *Déclaration des droits de l'homme* of 1789) esinlenilmiştir. Aynı konu ile Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin de karşı karşıya kalacağına şüphe yoktur. 1989 tarihli İnsan Hakları Yasasının (the *Human Rights Act 1998*) yorumu ve uygulanması konusunda Birleşik Krallık'da yasalar ve 2005 tarihli Anayasal Reform Yasasıyla (the *Constitutional Reform Act*) bir kısım yetkiler İskoçya, Wales ve Kuzey İrlanda (bölgelerine) devredilmektedir.

Sonuç

Anayasa Hukuku ve Anayasal Prensipler Arasında Gerekli Olan Bağlantı

Kanada'nın anayasal kurumları gelişiminin zirvesine ulaşmış durumdadır. Yapısı ise (anayasal) tartışmasız, açık ve kesin bir şekilde önceki zamanlara göre kendisini tamamlamıştır.

26

Fakat, çalışma bitmemiştir. Anayasa, hala düzen ve istikrar için kaynak olmaya devam etmektedir. Anayasa, değişen şartların gerektirdiği durumlara kendini uyumlaştırabilmelidir. Bazen bu uyumlaştırmalar, şekli anayasal değişikliklerin sonucu olabilmekte, fakat genelde anayasal değişiklikleri başarmak zordur. Çoğunlukla gerçekleşen, değişimin kendisinin ortaya çıkması anlatılması zor, ama artan bir şekilde ortaya çıkan olaylarla değişim süreci kendini belli eder. Bu tarz değişim, bazen maddi olaydan sonra apaçık ortaya çıkar.

Kanada Yüksek Mahkemesi Birleşik Krallık'daki Yargıçlar Komitesi Danışma Meclisi (The Judicial Committee of the Privy Council) gibi Kanada anayasa hukukunun büyümesi ve gelişmesinde etkisi olmuştur. Yüksek Mahkeme hâkimleri, ülkedeki üst derece ve temyiz mahkemeleri de hukuki hakem (arabulucu) ve hukuki koruyucular olarak rollerine devam edeceklerdir. Bu rol, sadece Anayasa hükümleriyle değil, yüksek değerler, prensipler ve kıymetler üzerine kurulu olarak (devam edecektir).

Mahkemeler bu prensipleri ve değerleri hukuki yapı ve hükümlere bağlamalı ve de bunu mahkemelerin kendi gücünden kaynaklanarak sağlamalıdır. Kabul edilen o ki, ferasetli (bilge) hâkimler belirsiz, sınırlanmış yazılı hukukta arama yapmaya devam edilmesini engellemek isterler, sonuç olarak da uzun uzadıya düşünülmüş halini bir refleks olarak göstermek için hâkimler; felsefenin kralları ve kraliçeleri haline gelerek gökyüzünde anayasal kaleler kuran kişiler suçlamasına zemin hazırlamış olurlar. Soyutluğun kapsama alanı da bu dünya değildir. Mahkemeler elbette Anayasanın “içine yerleştirme” ve “hayat vermek” görevini icra edebilirler, fakat bunu yaparken şayet içine yerleştirme ve hayat verme başarılacaksa anayasa hukukunun fiziki gövdesinden ayrılmamalıdır. Genel olarak ifade edecek olursak, mahkemelerin; somut konular, yaşanan anlaşmazlıklar ve alelade ihtilafların hukukiliği hakkında “sınırlı mantık ve yüksek teknik” ile karar vermeleri gerekir.

“Yazılı olmayan hukuk” ve soyut kavramlara başvurmak hukukçu için cazip gözükmektedir. Belki de bu, özellikle Anglo-Saxon hukuku eğitim ve öğretimi almış kişiler için geçerlidir. Büyük İngiliz hukukçusu Sir Edward Coke’un ifadesiyle, “Sebep, hukukun hayatıdır (varlık nedeni), Anglo-Saxon hukuku sebepten başka birşey değildir.”

Anayasal Sistemde Mahkemelerin Rolü ve Uzmanlık Alanları

Nasıl ve ne zaman Kanada’nın üstün hukukunda (anayasa hukuku) yazılı olmayan prensiplerle ilgili olarak esneklik ve kesinliğin başarılmasına ihtiyaç vardır? Bu hususta, altın değerinde bir ölçme aracı, Kanada Yüksek Mahkemesince *Quebec Secession Reference* kararında inşa edilmiştir. Bu konu, derinlemesine bakıldığında bizim anayasal çerçevemizde mahkemelerin meşru rolleriyle bağlantılıdır. Bizlere, bu meşru rol en iyi şekilde yolumuzu gösterebilir.

Yüksek Mahkeme “dava görülemezlik” temeline dayanarak, hatta tavsiye niteliğinde karar çerçevesinde olsa bile, bir soruyu cevaplamaktan kaçınabilir, fakat bu şekilde davranmak, şunu içerebilir:

(i) şayet, Yüksek Mahkeme böyle yapacak olursa; bizim demokratik hükümet (yönetim) yapımızın anayasal çerçevesinde yer alan Mahkemeye özgü rolü, Mahkemenin kendi değerlendirmesinin ötesine götürecektir veya

(ii) şayet, Yüksek Mahkeme kendi uzmanlık alanında olan-yasanın yorumu-soruyu cevaplandıramazsa.

Kabul edilmeli ki, bahsi geçen aynı durumlar şunla alâkalı da olabilir, - sadece tavsiye niteliğindeki kararlar çerçevesinde değil, fakat daha kuvvetli bir sebepten dolayı normal çekişmeli bir davada da- mahkemeler genel olarak neredeyse tezlerini anayasal ya da yasal hükümlere değil, sadece anayasal prensiplere dayandırmalıdır.

İlgili Bazı Sorular ve Mahkemeler İçin Yol Gösterme

Bu, anayasal prensiplerin anayasa yargısında yeri yoktur anlamına gelmemektedir. İctihadın ağırlığı göstermektedir ki; anayasal prensipler anayasanın anlamını açığa kavuşturmak ve anayasayı zenginleştirmek için faydalı ve gerekli bir rol oynayabilirler. Herhangi bir davada anayasal prensiplere tam bir rol vermeden önce, mahkemeler kendilerine aşağıdaki soruları sorabilirler.

Anayasal prensip, olayda geçen anayasa ya da yasa hükmünün yorumuyla ilişkili midir? Hükmün sözleri makûl bir şekilde olaydaki davada anayasal prensibin uygulanmasını talep eden tarafın ifade ettiği prensibe mi dayanmaktadır? Başvurulacak anayasal prensip davanın esasına uygulanacak temel dayanak mıdır? Bize (mahkemeye) sorulan anayasal prensip, bir anayasal hükme yardımcı da bir hükmün yerine geçmesi için mi talep edilmiştir? Şayet, bir hükmün yerine geçecekse, bu şartlar altında bu prensip hangi kural (hukuki) kuvvetinde ya da ağırlığında olmalıdır? Yoksa diğer anayasal prensipler veya metinlerde dikkate alınacak hususlarla dengelenmeli midir? Mahkemeye sorulan anayasal prensip yeni bir görev, kural veya bir anayasal karakteri sorumluluk altına sokmayı başlatmalı mıdır? Şayet öyle olacaksa, kim bununla bağlı olmalı, davanın tarafları mı? Siyasi aktörler mi? Mahkemeler mi? Herkes mi? Yasalarca uygulanabilir mi? Veya bir anayasal konvansiyonun gereği siyasi bir sorumluluk mu? Şayet, bir konvansiyonsa, Jennings'in bir konvansiyonun varlığı için gerekli olan şartları formüle ettiği testi geçebilecek midir? Davanın şartlarına göre bir konvansiyonun var olduğunu söylemek ya da bu prensibi uygulamak uygun mudur? Bu anayasal prensibi olaya uygulamak ihtilafı çözecek mi veya yasanın ifadesini açıklığa kavuşturacak mı? Bu anayasal prensibe dayanmak hukuk kuralının kesin olmayışını azaltacak mı (kesinliğe kavuşturacak mı) yoksa arttıracak mı?

Bu birbirine bağlı sorular, Kanada Yüksek Mahkemesince *Quebec Secession Reference* kararında büyük meselelerin parçaları olarak formüle edilmiştir. Mahkemelerden anayasal çatıda yer alan kendilerine biçilmiş rolün ötesine geçmeleri istenmiş midir? Mahkemelerden kendilerine sorulan soruları kendi uzmanlık alanı -hukukun yorumlanması- içinde kalarak cevaplamaları mı istenmiştir?

Şayet bu meseleleri dikkate almak düşünce olarak zihnimizde beliriyorsa; anayasal prensipler, anayasal yapının kurucu taşları olarak hareket etmeye devam edeceklerdir. Şayet, aklımıza benzeri sorular gelmiyorsa, bu da kalenin [anayasa] kumdan yapıldığının ispatı demektir.

LİZBON ANTLAŞMASI SONRASI AVRUPA CEZA HUKUKU

Prof. Dr. Bernd Hecker*

*Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Gülşah Bostancı Bozbayındır***

1.Giriş

13.12.2007 tarihinde Avrupa Birliği Devlet ve Hükümet Başkanları tarafından imzalanan Lizbon Antlaşması, durağan ilerleyen bir onama sürecinin ardından 1.12.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme aracılığıyla, üye devletler aralarında, ortak amaçlarını gerçekleştirmek üzere yetkilerini devrettikleri bir Avrupa Birliği ('Birlik') kurmuşlardır. Birliğin temellerini yeni düzenlenmiş olan **Avrupa Birliği Antlaşması (EUV)** ve Avrupa Topluluğu Kuruluş Antlaşması'nı (EGV) mülga eden **Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (AEUV)** oluşturmaktadır. Birlik, kendisinin de selefi olan Avrupa Topluluğu'nun (EG) yerine kaim olmuştur (EUV madde 1, fıkra 3, cümle 3). Avrupa Birliği'nin önceki üçüncü sütunu -Cezai konularda kolluk ve adli işbirliği (PJZS)- uluslarüstü alana taşınmıştır (AEUV madde 67 ve 82-89 arası). Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (EAG), daha önceki Avrupa Birliği şemsiye kuruluşundan ayrılmış- Avrupa Birliği ile kurumsal bir bağlantıdan ayrı olarak- ve bağımsız bir uluslararası kuruluş olarak varlığını sürdürmeye devam etmiştir. 12 Aralık 2007 tarihinde Strasburg'da uyarlama anlaşması ile kabul edilen 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi (GRCh), kanunen bağlayıcı olmasından dolayı özel bir anlam taşımaktadır. (EUV madde 6 I). Bu nedenle, Birlik düzeyinde gerçekleştirilen her mevzuatta Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi (GRCh) göz önünde bulundurulmak zorundadır. Kuşkusuz ki Lizbon Antlaşması, Avrupa Ceza Hukuku'nu yeniden keşfetmemiştir. Halihazırda, Avrupa Birliği içerisinde daha önce gerçekleştirilen Avrupa Antlaşmalarının temelinde, **işbirliği, uyumlaştırma, koordinasyon ve özümseme** yapısal unsurlarından etkilenmiş **entegre bir Avrupa Ceza Hukuku Sistemi** geliştirilmişti. Avrupa Birliği Ceza Hukuku alanındaki hızlı gelişme herşeyden önce Komisyon'un ve Konsey'in son

* Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Trier, Almanya.

** Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD.

yıllardaki zorlayıcı girişimleri ve önlemleri sayesinde gerçekleşmiştir¹. Gerçi, Avrupa Adalet Divanı (EuGH), oybirliği ile verdiği samsasyonel kararları ile Avrupa Ceza Hukuku'nun gelişimine bir dinamizm getirmiştir².

Ortak bir Avrupa Birliği Ceza Hukuku yolundaki öncül rolü, 1970 yılında Avrupa Birliği'nin finansal reformundan itibaren üye devletlerin ve Birlik Organlarının ortak ilgileri haline gelen Avrupa Birliği'nin mali menfaatinin cezai korunması almaktadır³. Ancak, 1990'lı yılların sonuna kadar, Ortaklık Sözleşmelerinin içeriklerinde ve amaçlarında Avrupa Birliği'nin diğer siyasi alanlarına kıyasla Ceza Hukuku daha bir ikincil rol oynamıştır⁴. Avrupa bütünleşmesi, herşeyden önce üye devletlerin ulusal egemenlik şartından feragat etmeye gönüllü göründükleri en olası alan olan ekonomik alanda desteklenmiştir. Ancak, suç oranının endişe verici artışına bağlı olarak ceza hukuku, gün geçtikçe Avrupa Birliği siyasetinin daha fazla odak noktası haline gelmektedir. Sınır aşan organize suçluluktaki ciddi artış, iç sınırlar arasındaki kontrolün kaldırılmasından ve kişilerin, hizmetlerin ve malların serbest dolaşımından sadece hukuk kurallarına uyan vatandaşların yararlanmadığı hususundaki endişeye kesinlik kazandırmıştır⁵. Avrupa Birliği'ndeki refah toplumlarının merkezleri, her türlü yasal olmayan hizmet ve malların popüler pazarlarını oluşturmaktadır. Bunlar, düzgün işleyen finans, ekonomi ve rekabet süreçlerine karşı kriminal saldırıların hedefi haline gelmiştir⁶. Ayrıca, Pan Avrupa Birliği'ne mafya tipi örgütlenmeler ve rüşvet hastalığının nüfuz edilmesine göz yumulmamalıdır. Buna ilave olarak, uluslararası terörizmden kaynaklanan gizli bir tehlike de bulunmaktadır.

¹ Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl., 2012, § 8 Rn.9 ff., §11 Rn.10 ff, m.w.N.

² EuGHE 2005, 7879 = JZ 2006, 307 = ZIS 2006, 179 ayrıca EuGHE 2007, 9097 = NStZ 2008, 703 ilgili Avrupa Birliği'nin ceza hukukunu direktifler aracılığıyla uyumlaştırma yetkisi; EuGHE 2005, 5285 = NJW 2005, 2839 Birlik hukukunun çerçeve kararlara uygun yorum için ("Pupino") EuGH EuGRZ 2007, 273 ayrıca çerçeve kararların Avrupa tutuklama müzakeresinde geçerliliği için. Avrupa Birliği'nin ek yasa koyucusu olarak EuGH'nin kritiği için karşılaştırınız: Hefendehl, ZIS 2006, 161 ff.; Pohl, ZIS 2006, 213 ff.; Rackow, ZIS 2007, 526 ff.; Satzger, KritV 2008, 17 ff.

³ Dannecker, ZStW 108 (1996), S. 577 ff.; Tiedemann, NJW 1990, 226 ff.; Zieschang, EuZW 1997, 78 ff.

⁴ Perron, *Strafrechtsvereinheitlichung in Europa*, in: Dörr/Dreher (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, 1997, S. 135.

⁵ Dannecker, JURA 2006, 95; v. Bubnoff, ZEUS 2001, 165 ff.; v. Duyne, Petrus C., *Die Organisation der grenzüberschreitenden Kriminalität in Europa*, in: Wolf, Gerhard (Hrsg.), *Kriminalität im Grenzgebiet*, Bd. 2, 1998, S. 259 ff.; Sieber, JZ 1997, 369, 374 f.

⁶ Hecker (Fn. 1), § 1 Rn. 32.

Suçluluğun küreselleşmesi ve bunun çok çeşitli potansiyel tehlikeleri karşısında ulusal ceza usul hukuku sisteminin tek başına büyük ölçüde biçare kalacağı anlayışı, muazzam bir kriminal siyasal baskıya neden olmakta, ulusal egemenlik şartı gittikçe daha şiddetli geriye itilmekte ve Avrupa Birliği'nin uyumlaştırma politikasının önemli bir desteği olarak Avrupa Ceza Hukuku'nun değeri artmaktadır⁷. Aşağıda değinileceği üzere, Lizbon Antlaşması, Avrupa Ceza Hukuku'nun süregelen gelişimi için gereken anayasal temelleri sağlamaktadır. Sözleşme, hali hazırdaki mevcut Avrupa Ceza Hukuku'nun yapısal unsurlarını geliştirmekte, buna ilave olarak da **ceza hukukunun kısmi merkezileştirilmesi** olarak tanımlanabilecek yeni bir unsur eklemektedir.

2. Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı

Avrupa Birliği içerisinde sınır aşan cezai konularda kolluk ve adli işbirliğinin (PJZS) gelişmesi için gerekli olan Avrupa Hukuku'nun temel taşı, Birliğin yeni hedefini "Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı"nın kurulması olarak belirleyen ve 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile konulmuştur. (EUV eski-madde 29). Lizbon Antlaşması ise bu amaçları sözleşme metninin doruk noktası olarak belirlemiştir. (EUV madde 3 II). Sözleşme, birlik vatandaşlarına iç sınırlar olmaksızın -dış sınırların kontrolü, göç, iltica ayrıca suçlulukla mücadele ve suçluluğun önlenmesi hususunda uygun tedbirlerle birlikte - bireylerin serbest dolaşımının sağlandığı, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı kurmayı vaat etmektedir. Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 67 I (AEUV) maddesindeki temel haklara ve üye devletlerin farklı hukuk sistemlerine ve hukuk geleneklerine saygı gösterileceğine ilişkin düzenleme ile bu amaç bir kez daha teyit edilmektedir. AEUV 67 III ile temellendirilmiş amaçlar iç güvenlik siyasetiyle garantiye alınmıştır: Birlik tedbirler aracılığıyla, (1) suçlulukla mücadele ve suçluluğun önlenmesi; (2) Ceza adaletinin organlarıyla işbirliği ve koordinasyonu; (3) cezai konulardaki yargı kararlarının karşılıklı tanınması; (4) gerekli görüldüğünde ceza mevzuatlarının uyumlaştırılması suretiyle yüksek seviyede bir güvenlik sağlamayı amaçlamalıdır.

⁷ Ahlbrecht, JR 2005, 400 ff.; Dannecker, ZStW 117 (2005), S. 697 ff.; Ligeti, Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der EU, 2005, S. 20 ff.; Perron, ZStW 112 (2000), S. 202, 204 ff.; Vogel, GA 2002, 516 ff.

3. Dayanışma ve Koordinasyon

Lizbon Antlaşması, koordinasyonu ve dayanışmanın güvenilir yapısal unsurlarını açık bir biçimde kaydetmektedir. Hali hazırda, Reform Sözleşmenin yürürlüğe girmesinde önce Avrupa Konseyi, Avrupa Parlamentosu ve Komisyonunun ortak kanaatine göre, temel yapısal ilke olarak betimlenen **cezai konulardaki yargı kararlarının karşılıklı tanınması ilkesi** mucibince, Avrupa Birliği üye devletleri arasında yoğun bir işbirliği uygulanmaktaydı⁸. (karş: şimdiki AEUV madde 82 I). Buna göre, ulusal yargı makamlarının vermiş oldukları ceza yargılamasına ilişkin kararların kural olarak herhangi bir denetime tabi tutulmaksızın diğer üye devletlerde de geçerliliği iddia edilebilmeli ve yürürlüğü ileri sürülebilmelidir. Bu ilkenin bir yansıması, **sınır aşan birden çok cezalandırma yasağı**'nı düzenleyen Schengen Antlaşması Uygulama Sözleşmesi'nin (SDÜ) 54. maddesinde bulunmaktadır⁹. Bu yapısal ilkenin diğer şekilleri -özellikle uygulamaya ilişkin- **Avrupa Yakalama Müzekkeresi**¹⁰ ve **Avrupa Delil Müzekkeresi**¹¹ olarak nitelendirilmektedir. Dikkate değer olan, Avrupa Delil Müzekkeresi Çalışmalarına İlişkin Çerçeve Karar'ın uygulanma süresinin sona ermesi öncesinde de bir diğer üye devletten istifade edilebilir delil sağlamaya yönelik daha kapsamlı ilave bir tedbirin alınmaya başlandığıdır (Avrupa Soruşturma Müzekkeresi)¹². Dahası, yakın bir geçmişte karşılıklı tanıma ilkesine dayanan diğer önemli sözleşmeler yürürlüğe konulmuş ya da konulmaya girişilmiştir. Bu sözleşmeler, ceza usul sürecinin korunması tedbirlerinin uyumlaştırılması, ceza yaptırımlarının karşılıklı tanınması ya da yargı kararlarının neticesinin, cezai kayıtlara ilişkin bilgilerin karşılıklı aktarımının ve yetki alanı karmaşasının önlenmesini içermektedir¹³. Üye devletler arasındaki işbirliği, sınır aşan boyutlardaki olaylarda faaliyetlerini koordine etmekle tamamlanmaktadır. Merkezi koordine yükümlülükleri, bu

⁸ Ambos, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., 2011, § 9 Rn. 12; Hecker (Fn. 1) § 12 Rn. 50 ff. m. w. N.

⁹ Ambos (Fn. 8), § 10 Rn. 103 ff.; Gleß, ZStW 116 (2004), S. 353, 362 ff.; Hecker (Fn. 1) § 13 Rn. 1 ff.; Radtke, GA 2004, 1, 17.

¹⁰ Ambos (Fn. 8), § 12 Rn. 38 ff.; Hecker (Fn. 1) § 12 Rn. 20 ff.

¹¹ Ambos (Fn. 8), § 12 Rn. 66 f.; Esser, in: Roxin-FS, 2011, S. 1497 ff.; Hecker (Fn. 1) § 12 Rn. 10 ff.

¹² Esser, in: Roxin-FS, 2011, S. 1497, 1508 ff.

¹³ Hecker (Fn. 1) § 12 Rn. 51 ff.

bağlamda bundan başka birer Avrupa Kurumu olan **Europol** ve **Eurojust** tarafından yerine getirilmektedir. (AEUV madde 85,88).

4. Özümseme İlkesi

Birlik, daha önce Avrupa Topluluğu'nda olduğu gibi, kural olarak ceza hukuku alanında birincil hukuki düzenleme yapma yetkisine sahip değildir. (ancak karşılaştırmın başlık 6)¹⁴. Birlik bu nedenle menfaatlerinin ceza korunması için bizzat yönerge yoluyla mevzuat şeklinde “Avrupa Ceza Kanunları” yapabilmeye muktedir değildir. Neticede, üye devletlerin, kriminal ceza hukuklarını düzenleme ve uygulamalarını garantiye almak suretiyle birliğin menfaatlerine yönelik cezalandırılabilir saldırılarla etkin mücadele edeceklerine işaret edilmektedir. Avrupa Adalet Divanı'nın (EuGH) yerleşik içtihatlarına göre¹⁵, üye devletler ulusal hukuku ihlal eden davranışlarda olduğu gibi, birlik hukukunu ihlal eden benzer şekilde ve ağırlıkta davranışlarda aynı esas ve usul hukuku kurallarını izleme yetkisini haizdir (**Eşitlik gereği**). Ancak, üye devletlerin cezaların belirlenmesi konusunda seçim hakları devam etmektedir. Ulusal otoriteler Birlik Hukukuna yönelik ihlallerde de geçerli olan ilgili ulusal mevzuatların uygulanmasında aynı özeni göstermek zorundadırlar. Buna ilaveten caydırıcı cezalar her durumda **etkili, orantılı ve caydırıcı (asgari üçlü)** olmalıdır. Üye devletlerin yükümlülük ve görevi, ulusal ceza hukuklarını, Avrupa Birliği'nin sadece finansal menfaatleriyle sınırlı olmaksızın, bütün menfaatlerinin hizmetine sunmaktır (**özümseme ilkesi**). Üye devletlerin, **Birliğe Bağlılık İlkesi'nden** (EUV madde 4 III cümle 2, 3; EGV eski madde 10) kaynaklanan koruma yükümlülüğü, daha çok Birliğin politikalarının uygulanması ve işlevselliği için önemli olan bütün hukuken korunan menfaatlerini kapsamaktadır. Birliğin korunan yararları olarak Birliğin bütçe planlamasının yanı sıra özellikle devlet yetkililerinin dürüstlüğü, devlet sırlarının güvenliği, Avrupa yargı sistemi, temel özgürlüklerin gerçekleştirilmesinin yanı sıra piyasa düzenlemesi, rekabet, tüketicinin ve çevrenin korunmasına ilişkin Avrupa Birliği politikalarının uygulamaya

¹⁴ Hecker (Fn. 1) § 4 Rn. 67 ff., 82 m. w. N.

¹⁵ EuGHE 1989, 2965 = NJW 1990, 2245 (“*Griechischer Mais*”); EuGHE 1997, 6959 (“*Französische Landwirte*”); Bununla ilgili karşılaştırmız: *Ambos* (Fn. 8), § 11 Rn. 20 ff., 37 ff.; *Hecker* (Fn. 1) § 7 Rn. 24 ff. m. w. N.

konulması gösterilmektedir. Alman Ceza Hukuku, Avrupa Birliği müktesebatından kaynaklanan suç tiplerini Birliğin menfaati doğrultusunda işlevselleştirme vazifesini değişik şekillerde yerine getirmektedir; ilk önce, doğrudan geçerli olan düzenlemelere karşı kusurlu olarak işlenen fiillere hapis ya da para cezasının uygulanabileceğine ilişkin Avrupa Birliği müktesebatına yardımcı kanun¹⁶ oluşturulmuştur. İkinci olarak, Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) madde 108d, madde 162 fıkra 1, 264 fıkra 7 cümle 2, Avrupa Birliği Rüşvet Suçuna İlişkin Kanun'un (EUBestG) madde 2'de olduğu gibi, ilgili suç tiplerinin uygulama alanlarının birlik hukukuna uyumlu bir biçimde genişlemesi için eş düzenlemeler sağlamaktadır¹⁷. Son olarak ulusal ceza normlarının Birlik müktesebatına uyumlaştırılarak yorumlanması yoluyla Birlik hukukundan doğan koruma yükümlülüğü yerine getirilebilir¹⁸. Sonuç olarak, birlik hukukundan kaynaklanan koruma yükümlülüğü, ulusal ceza normlarının birlik hukukuna uygun yorumlanması suretiyle de yerine getirilebilir.

Eşitlik ilkesini tamamlayıcı nitelik arz eden etkin, uygun ve caydırıcı yaptırımlar getirme yükümlülüğü, Reform Anlaşmasının yürürlüğe girmesiyle birlikte, ulusal ceza kanun koyucuyu Birlik menfaatlerini koruma amacına hizmet edecek ceza hukuku alanında asgari standartlar oluşturmak durumunda bırakacaktır. Fakat böylelikle sağlanan uyum etkileri sınırlandırılmaktadır. Birliğin hukuki menfaatlerinin ve politikalarının bir ortak ceza hukuku bağlamında korunmasına ancak ilave daha geniş uyumlaştırma tedbirleri sayesinde ulaşılabilir.

5. Uyumlaştırma

5.1. Ceza Hukukunun Uyumlaştırılmasının Anlamı ve İçeriği

1990 yıllarında Avrupa Birliği suç siyaseti çalışmaları öncelikle cezai konularda kolluk ve adli işbirliğinde (PJZS) sınır aşan işbirliği ve koordinasyonun genişlemesine yönlendirilmişken¹⁹, bu yüzyılın başından itibaren ceza hukukunun uyumlaştırılması Avrupa suç siyasetinin odağına

¹⁶ Hecker (Fn. 1) § 7 Rn. 76 ff. m. w. N.

¹⁷ Hecker (Fn. 1) § 7 Rn. 68 ff. m. w. N.

¹⁸ Ambos (Fn. 8), § 11 Rn. 46 ff.; Hecker (Fn. 1) § 10 Rn. 1 ff. m. w. N.

¹⁹ v. Bubnoff, ZEuS 2002, 185, 188 ff.; Hecker (Fn. 1), § 5 Rn. 32 ff., 54 ff.; 67 ff.; Ligeti (Fn. 7), S. 58 ff.

doğru ilerlemeye başlamıştır²⁰. Uyumlaştırma, suç tanımı ve yaptırımına ilişkin ulusal ceza normlarının, Avrupa Birliği Hukuku'nda tanımlanmış ve bağlayıcı standartlarına dayanılarak içerik olarak yakınlaştırılması anlamına gelmektedir²¹. Ceza hukukunun uyumlaştırılması, ayrıca reform anlaşmasında da hiçbir yargı yetkisine ait düzenlemeler içermeyen uluslar üstü suç tiplerinin yaratılmasından – bir istisna ile (bakınız başlık 6)- tamamen ayrılmaktadır. AEUV'deki ceza hukukuyla ilgili yetkilerin sınırlı kapsamı karşısında, ceza hukukunun uyumlaştırılması, Birlik içerisinde üye devletlerin ceza hukuku normlarında **külli bir birleştirmeye değil** yalnızca **asgari seviyede bir uyumlaştırmaya** neden olmaktadır.

Avrupa Birliği'nin önceki üçüncü sütunu çerçevesinde ceza hukukunun uyumlaştırılması, Birliğin hali hazırda ortak bir politika geliştirmiş olduğu ya da uluslararası boyuta sahip olduğu alanlarında suçluluğu önlemeye ve suçlulukla mücadelede hizmet etmekteydi²². Maddi ceza hukuku alanındaki ortak bir Avrupa Birliği müktesebatının oluşumu, ceza mahkemesi kararlarının karşılıklı kabulünün, üye devletlerin maddi ceza hukuku düzenlemelerinin birbirleriyle ne dereceye kadar uyumlu olduklarına sıkı bir biçimde bağlı olduğundan, hukuki yardım alanı için kritik bir önemi haizdir²³. Eski Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin (EUV) 31/e maddesi bu hususta suç teşkil eden fiiller ve cezaları oluşturan unsurlarla ilgili asgari kuralları koyan düzenlemelerin kademeli olarak çıkartılmasını düzenlemekteydi. Son yıllarda bu yetki esasına dayanılarak çok sayıda ceza hukukunun uyumlaştırılmasına hizmet eden çerçeve kararlar düzenlenmişti²⁴. Bu bağlamda kayda değer örnekler olarak terörizm, insan ticareti, çocuk pornografisi, yasa dışı uyuşturucu ve silah ticareti, rüşvet ve siber suçlar gösterilebilir. Önceki Cezai konularda kolluk ve adli işbirliği (PJZS) kapsamında da hali hazırda **ceza hukukunun esas uyumlaştırılması** olarak adlandırılan uyumlaştırma, Lizbon Antlaşması sonrası Avrupa

²⁰ *Ambos* (Fn. 8), § 11 Rn. 5 ff.; *Hecker* (Fn. 1), §§ 8, 11; *ders.*, JA 2007, 561 ff.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl., 2013, § 9 Rn. 31 ff., 50 ff.; *Vogel*, GA 2003, 314 ff.

²¹ *Hecker*, JA 2007, 561, 562; *Vogel*, GA 2003, 314, 315 f.

²² *Hecker*, JA 2007, 561 ff.; *Sieber*, ZStW 121 (2009), S. 1, 2 ff.

²³ *Böse*, in: Momsen/Bloy/Rackow (Hrsg.), Fragmentarisches Strafrecht, 2003, S. 233, 249; *Gleiß*, ZStW 116 (2004), S. 353, 358 ff.; *Vogel*, GA 2003, 314, 319, 333.

²⁴ bununla ilgili karşılaştırınız *Hecker* (Fn. 1) § 11 Rn. 10 ff.; aynı, JA 2007, 561 ff.

Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşması (AEUV)'nin 83 I. maddesiyle de sınır aşan boyuttaki aynı neviden suçluluk alanlarında mücadelenin hizmetindedir (karşılaştırınız: başlık 5.2.)²⁵.

Her zincir sadece en zayıf halkası kadar güçlü olduğundan, üye devletlerin ceza hukuku normlarını uyumlaştırması, Birliğin hukuksal değerlerinin eşit bir biçimde korunması ve politikalarının etkin bir biçimde uygulanması hususunda merkezi bir önemi haizdir²⁶. Devletten devlete farklılaşan ceza hukuku normları, - örneğin ekonomi, çevre ve tüketicinin korunması ceza hukukları- ortak pazarı etkisiz hale getiren rekabetin bozulmasına neden olabilecektir²⁷. Pazar katılımcıların aynı nevideki hareketlerinin bir üye devlette ceza tehdidiyle karşılaşacak olması, bir diğerinde sadece yönetmelik hukuku seviyesinde değerlendirilmesi, bir üçüncüsünde ise cezalandırıcı bir faaliyet olarak değerlendirilmemesi, ortak pazar hedefinde birbirine zıt bir ceza hukuku farklılığı yaratmakta, iştirakçi için bölgesel değişik giriş şartları oluşturmaktadır. Avrupa Birliği'nin önceki ilk sütunu çerçevesinde uygulanan ceza hukukunun uyumlaştırılmasına reform sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra AEUV 83 II. maddenin temelinde devam edilmiştir. (karşılaştırınız: başlık 5.3)

Lizbon Antlaşması, daha önce kabul edilmiş olan **sınırlandırılmış yetki devri ilkesini** muhafaza etmektedir (EUV madde. 5, AEUV madde 2 I). Bu ilkeye göre, Birlik yalnızca, sözleşmelerde belirlenen hedeflere ulaşmak için kendisine üye devletler tarafından sözleşmeler doğrultusunda tanınan yetkiler dahilinde faaliyet gösterir. Sözleşmede tanınmayan bütün yetkiler üye devletlere aittir. Adalet politikası alanında birlik yetkilerini üye devletlerle paylaşmaktadır. (AEUV madde. 4 II/J). Gelecekte de ceza hukukunun uyumlaştırılması Avrupa suç siyasetinin merkezinde yer alacaktır.

5.2.Avrupa Birliği'nin Ceza Hukukunun Uyumlaştırılması Konusundaki Esas Yetkisi

²⁵ Sieber, ZStW 121 (2009), S. 1, 2 ff.

²⁶ Vogel, GA 2003, 314, 317 f.

²⁷ Ambos (Fn. 8), § 11 Rn. 9; Hecker, in: Sieber/Brüner/Satzger/Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2011, § 10 Rn. 2 m. w. N.

Avrupa Birliği'nin üç sütunlu yapısının çözülmesiyle üye devletler arasında hükümetler arası iş birliğine uygun hale getirilmiş araçlar kadük hale gelmiştir. Önceki üçüncü sütunda kabul edilen çerçeve kararlar için **oy birliği ilkesi** uygulanırken (AEUV madde 34 II/b), uyumlaştırma tedbirleri bundan böyle **olağan bir yasama usulünde** (AEUV madde 294), Komisyonun önerisiyle Konseyden ve Avrupa Parlamentosu'nun etkisi altında **nitelikli çoğunluk** (AEUV madde 238 III) ile kabul edilecektir. AEUV madde 83 I, **Birliğe uyumlaştırmada esas yetki** sağlamaktadır. Olağan yasama usulü uyarınca Avrupa Parlamentosu ve Konsey, **direktifler** vasıtasıyla, sınır ötesi boyutu olan ciddi suç alanlarında, suçların niteliği veya etkisinden ya da bunlarla ortak bir temelde mücadele edilmesine ilişkin özel bir ihtiyaçtan dolayı, bu suçların ve yaptırımların tanımlanmasına ilişkin asgari düzenlemeler yapabilir²⁸. Söz konusu suç alanları şunlardır: terörizm, insan ticareti ve kadınlarla çocukların cinsel istismarı, yasa dışı uyuşturucu ticareti, yasa dışı silah ticareti, kara para aklama, yolsuzluk, ödeme araçları sahteciliği, bilişim suçları ve örgütlü suçlar²⁹. Bu vesileyle beyan edilen Avrupa Parlamentosu'nun birlikte karar verme yetkisi, Avrupa Birliği Ceza Hukuku alanında demokratik meşrutiyetin güçlendirilmesini teşvik etmektedir. Komisyon, birliğin suç siyaseti alanında direktiflerin doğru bir biçimde uygulanmasını gözlemek ve gerekirse sözleşmenin ihlali işlemlerini yerine getirmekle görevlendirilmiştir (AEUV madde 258-259)³⁰.

Suçlulukla ilgili gelişmelere bağlı olarak, Konsey, AEUV madde 83/I'de yer alan kriterleri karşılayan başka suç alanlarını belirleyen bir (oybirliği ile) kararı kabul edebilir (AEUV madde 83 I fıkra 3). Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG)³¹, Alman Kanun koyucunun Alman Federal Anayasası'nın (GG) 23.madde I fıkra 2. cümlesi ile yetkilendirildiği bu ilave durum için ayrıca bir onay kanununun kabul edilmesini talep etmektedir. Bu durum Avrupa anayasa hukuku perspektifinden de beğeni kazanmaktadır. Zira, eğer Birliğin, açıkça belirlenmiş olan katalog suçların

²⁸ Hecker (Fn. 1), § 11 Rn. 1 ff.; Zimmermann, Jura 2009, 844, 846 f.; Zöller, ZIS 2009, 340, 343.

²⁹ Bununla ilgili olarak karşılaştırınız: Suhr, ZEuS 2009, 687, 698 f. RB'nin faşizm ve yabancı düşmanlığı hakkında hiçbir temel bulunmadığına işaret ederek; buna karşın: Hecker (Fn. 1), § 11 Rn. 4.

³⁰ Müller-Graff, EuR 2009, 105, 120; Zimmermann, Jura 2009, 844.

³¹ BVerfG NJW 2009, 2267, 2289.

karşısında, bunların dışında uyumlaştırmaya muktedir suç alanlarını belirleyebilmesi mümkün olsaydı, ceza hukuku alanında yetki devri ilkesine aykırı bir durum olan Birliğin yetki-yetkisi için bir kapı açılmış olabilecekti³².

AEUV madde 83'de belirlenen suç alanlarında üye devletlerin maddi ceza hukuklarının uyumlaştırılmasını amaçlayan tedbirler altında, öncelikle **özel hükümlerdeki ilgili suç tiplerinin** düzenlemelerindeki asgari standartların uyumlaştırılması yer almaktadır. Örneğin, suç teşkil eden fiilin önemli objektif ve sübjektif unsurlarının tespit edildiği ve ulusal hukukun daha detaylandırılmış ve kapsamlı kavramlaştırmasının hariç tutulmadığı genel bir tanımda bulunulabilir. (Örneğin, terörizm, yasa dışı uyuşturucu ticareti, insan ticareti, çocuk pornografisi gibi.) Dolayısıyla üye devletler, buna ilave olarak ayrıca başka neviden fiilleri de ceza hukuku yaptırımını tehdidi ile karşılaştırmak hususunda serbesttirler. Ancak, bir direktifte belirtilen suç niteliğindeki fiillerin gerisinde kalan ek cezalandırma şartlarının oluşturulduğu düzenlemelere izin verilmemektedir. AEUV madde 83 I'de yer alan hukukun uyumlaştırılması esas yetkisi, aynı zamanda **genel hükümlerdeki** düzenlemelerin uygulanmasıyla ilgili olan tedbirleri, ilgili suç alanlarında etkili mücadele için gerekli olduğu kadarıyla kapsamakta ve bu nedenle ulusal ceza hukuku sisteminin temel yapısına bir müdahale edilmemektedir. Örneğin, belirli bir suça teşebbüs ya da iştirakin (azmettirme, yardım etme) ceza tehdidiyle karşılaşmasının güvence altına alınması gibi, bazı spesifik alanlarda sorun bulunmamaktadır³³. Ancak, asgari standartların belirlenmesinden çıkan teşebbüs, faillik ve iştirakin ya da genel hükümlerin başkaca unsurlarına ilişkin tanımlamalara izin verilmemektedir. Tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler, yalnızca üye devletleri ceza hukuku niteliği tanımayan yaptırımlara başvurma konusunda yetki sağlayan iç hukuka dahil etme konusunda izin verilmiş olması halinde mümkündür.

Netice itibariyle, bu husustaki mevzuatın asgari düzeydeki uyumlaştırılması örneğin, cezanın asgari en yüksek sınırının belirlenebilecek olan **cezalar**

³² Ch. Schröder, in: Rill (Hrsg.), Von Nizza nach Lissabon – neuer Aufschwung für die EU, 2010, S. 103, 107.

³³ Hecker (Fn. 1), § 11 Rn. 6; Heger, ZIS 2009, 406, 412; Satzger (Fn. 20), § 9 Rn. 61.

şeklinde, mevcut suç alanları için mümkündür. Bunlar ulusal ceza hukukunda öngörülen, belirlenebilecek olan en yüksek cezanın asgari ölçütünü belirlemektedir³⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu yöntemle üye devletlerde uygulanacak olan alt ve üst ceza sınırının yalnızca birbirine yakınlaştırılmış olduğudur. Fakat gerçekte verilecek olan cezalarda bu durum söz konusu olmamaktadır. Bu bağlamdaki hukukun uyumlaştırılması ise cezanın file ve kusura uygunluğu prensibi ve mahkemenin bağımsızlığı ile en baştan sınırlandırılmış olması marifetiyle sağlanabilir. Lakin, kanuni ceza yaptırım hukukunun asgari uyumlaştırılması dolaylı olarak bu devletlerin yaptırım uygulamalarındaki benzeşmeyi de beraberinde getireceği söylenebilir. Yine, ağırlaştırıcı ve hafifletici hallere ilişkin düzenlemeler konusundaki standartlar AEUV madde 83 l'e dayanarak hazırlanabilir.

5.3. Avrupa Birliği'nin Ceza Hukuku Bakımından Ek Yetkisi

Avrupa Birliği'nin önceki ilk sütunu çerçevesinde şiddetli tartışılan temel soru Avrupa Topluluğu'nun Kriminal ceza hukuku alanında uyumlaştırma yetkisiyle tamamen yetkilendirilip yetkilendirilmediği ve bunun gerektiğinde nereye kadar uzanacağı idi³⁵. Komisyon ve Avrupa Parlamentosu, Avrupa Topluluğu'nun ikincil hukukun kanunlaştırılması marifetiyle evvelden beri üye devletlerin ceza hukuku sistemlerine müdahalede bulunma yetkisinin olduğunu düşünmesine karşın, ulusal hükümetler bu neviden bir yetkiyi ağırlıklı olarak kabul etmemekteydiler³⁶. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13.9.2005³⁷ ve 23.10.2007³⁸ tarihli çığır açan kararlarında, önceki Avrupa Topluluğu'nun ceza hukukunda uyumlaştırma yetkisinin **ek bir yetki** formunda olduğunu kural olarak kabul edilmişti³⁹. Burada söz konusu olan yalnızca çevrenin korunması ya da taşıma hukukuna ilişkin ele alınan somut alanlardaki ilke kararlar değildir. Ayrıca buna ilave olarak bu kararlar, bütün diğer Birlik politikalarına etki etmektedir. Değinen son mahkeme

³⁴ Hecker (Fn. 1), § 11 Rn. 7; Satzger (Fn. 20), § 9 Rn. 62.

³⁵ Hecker (Fn. 1), § 8 Rn. 2 ff.; Satzger (Fn. 20), § 9 Rn. 31 ff.

³⁶ Hecker (Fn. 1), § 8 Rn. 9; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 400 ff.

³⁷ EuGHE 2005, 7879 = JZ 2006, 307 = ZIS 2006, 179

³⁸ EuGHE 2007, 9097 = NSTZ 2008, 703.

³⁹ Bununla ilgili olarak karşılaştırınız: Eisele, JZ 2008, 248 ff.; Hecker (Fn. 1), § 8 Rn. 30 ff.; Kubiciel, NSTZ 2007, 136 ff.; Zimmermann, NSTZ 2008, 662 ff.; Zöllner, ZIS 2009, 340, 345 f.

kararında sınırlayıcı bir biçimde, uygulanabilir ceza hukuku bağlamındaki cezaların çeşidi ve miktarının Avrupa Topluluğu'nun yetkisinde yer almadığına işaret edilmektedir. Önceki ilk sütunda ceza hukukunun uyumlaştırılması bakımından önemli bir örneği, 26.10.2005⁴⁰ tarihinde Avrupa Birliği'nin kara para aklama ile mücadele alanında bir birlik genelinde asgari standartları saptayan 3. Kara Para Aklama Direktifi oluşturmaktadır⁴¹.

Avrupa Adalet Divanı tarafından Avrupa Birliği'nin önceki ilk sütunda ek yetki formunda tanınmış Avrupa Topluluğu'nun ceza hukuku bakımından uyumlaştırma yetkisi, Reform Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden sonra varisi olan Avrupa Birliği'ne intikal etmiştir. Uyumlaştırılmış politik alanlarda ceza hukukunun uyumlaştırılması yetkisi eski EGV (Avrupa Topluluğu Antlaşması)'de olduğu gibi genel veya özel uyumlaştırma ilkelerinden çıkarılabildiğinden, yeni getirilen AEUV madde 83 II sadece bu alandaki hukuku sarih hale getirici (dekleratif) bir anlam taşımaktadır⁴². AEUV madde 83 II Birliğin ceza hukuku alanındaki ek yetkisinin varlığını tasdik etmekle birlikte, bu yetkinin kullanılması için zorunlu şart olarak ceza hukuku hükümlerinin uyumlaştırma önlemlerinin olmadığı ilgili alanlarda ceza hukuku normlarına başvurmanın, Birliğin politikalarının etkili bir biçimde yürütülmesinin elzem⁴³ olduğu alanlarda yapılması şartı getirilmiştir. Bu şekilde AEUV madde 83 II, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın içtihadını yansıtmakta ve ona bir birincil hukuk temeli kazandırmaktadır⁴⁴. Birliğin uyumlaştırma konusundaki ek yetkisi sadece AEUV madde 83 II'ye dayandırılmaz. Buna ilaveten sınırlandırılmış yetki devri ilkesine göre birincil hukukta ek bir hukuki dayanak mevcut olmalıdır. Örneğin çevre ceza hukukunun uyumlaştırılması bundan sonra AEUV madde 192 I bağlantısıyla AEUV madde 83 II'ye dayandırılacaktır. Bununla birlikte AEUV madde 83 II anayasal bir nitelik kazanmaktadır. Zira, Reform Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden bu yana yalnızca maddi

⁴⁰ ABIEG 2005 Nr. L 309, S. 15; vgl. hierzu Hecker (Fn. 1), § 8 Rn. 11 ff. m. w. N.

⁴¹ Hecker, Festschrift für Kreuzer, 2008, S. 216 m. w. N.

⁴² Hecker (Fn. 1), § 8 Rn. 5; a. A. Satzger (Fn. 20), § 9 Rn. 38, 50, AEUV madde 83 II'nin asli fonksiyonu olarak kabul edilir.

⁴³ Karşılaştırmız: zu diesem der EuGH-Judikatur entnommenen Kriterium Zimmermann, NSTZ 2008, 662, 664.

⁴⁴ Ch. Schröder (Fn. 32), S. 103, 108.

cezalandırılabilirlik koşulları değil aynı zamanda cezalar (yaptırımlar) bakımından da asgari uyumlaştırma mümkün hale gelmiştir⁴⁵. Daha evvel ceza hukuku alanında uygulanan iki başlı yasalastırma faaliyeti mazide kalmıştır. (Avrupa Tüzüğü+Çerçeve Yönerge) AEUV madde 83 II'ye göre gerçekleşen ceza hukuku uyumlaştırılması, suç tipleri ve cezaların **asgari normlar** olarak anılan hükümler marifetiyle uyumlaştırılmasına yönelmiştir. Bu hususta, AEUV madde 83 I için geçerli ayrıntılarla ilgili olarak (başlık 5.2) deki açıklamalara bakılabilir. AEUV madde 83 fıkra II'ye göre hukukun uyumlaştırılması önlemlerinin alınabileceği başlıca alanlardan bazıları şunlardır: tarım politikası, ulaşım, çevrenin korunması, tüketicinin korunması, iç pazarın ve Avrupa Birliği mali menfaatlerinin korunması⁴⁶.

5.4. Ceza Hukuku Uyumlaştırma Yetkisinin Sınırları

AEUV madde 83 I ve II'de belirlenen yetkinin kullanılması ikincillik ilkesi (EUV madde 5 fıkra 1, 3) ve orantılılık ilkesi marifetiyle sınırlandırılmaktadır (EUV madde 5 Fıkra 1, 4)⁴⁷.

İkincillik ilkesi gereğince, Birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda sadece, önerilen tedbirlerdeki amaçların üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği, ve fakat söz boyutu ya da etkileri itibarıyla bu amaçların Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer. Burada söz konusu olan sadece program düzenlemesi değil, aksine hukuken bağlayıcı ve yargıya taşınabilir bir yetki kullanımı kuralıdır. Birliğin münhasır yetkiye sahip olduğu alanlara sadece gümrük birliği, rekabet politikası, para politikası, balıkçılık politikası ve ticaret politikası girmektedir (AEUV madde 3). Kural olarak, ayrıca Birlik, sadece bir paylaşılan yetkiden (AEUV madde 4 II) doğan, ikincillik ilkesinin korunması altında uyumlaştırma tedbirlerini oluşturmaya yetkilidir. Üye devletlerin, Birliğin amacına, hali hazırda yeterli düzeydeki yerel seviyede alınan

⁴⁵ uGH'den başka ayrıca (Fn. 36) AB'nin ceza hukukunda uyumlaştırma yetkisiyle ilgili olarak; bununla ilgili karşılaştırınız: *Heger*, ZIS 2009, 406, 413; *Satzger*, KritV 2008, 17, 26; *Zimmermann*, NSTZ 2008, 662, 665.

⁴⁶ *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 40 ff.; *ders.* (Fn. 27), § 10 Rn. 19 ff. m .w. N.

⁴⁷ BVerfG NJW 2009, 2267, 2280 f.; *Baumeister*, in: *Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller* (Hrsg.), *Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz*, 2008, S. 158 ff.; *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 48 ff.; *ders.* (Fn. 27), § 10 Rn. 37 ff.; *Heger*, ZIS 2009, 406, 409.

tedbirler marifetiyle ulaşabileceği öngörüsünde, devletlerin ticari ve organizasyonel etkinliklerinin yanı sıra hukuki muamele imkanları kapsamlı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Uyumlaştırma tedbirlerinin gerekliliği en çok Birliğin amaçlarının gerçekleştirilmesi için ulusal güvenlik standartları ve rekabet koşullarındaki farklılığın giderilmesini gerektiren ortak politikaların sınır aşan alanlarında kabul edilmektedir.

Çevre ceza hukuku alanında, Birlik Hukuku boyutunda çevrenin korunması amacına erişmek için ve özellikle sınır aşan çevre suçluluğu ile etkin bir mücadelenin mümkün hale gelmesi için ortak bir Avrupa asgari standartlarının oluşturulması kaçınılmaz görülmektedir⁴⁸. Ortak pazarın gerçekleşmesine yönelik Birlik politikalarının uygulama alanlarında da (örneğin kara para aklama ceza hukuku gibi) ikincillik ilkesi genel olarak bir engel teşkil etmemektedir. Zira burada suç tiplerinin sınır aşan niteliği, Birliğin bu konuda önlemler alması gerekliliğini ortaya koymaktadır⁴⁹. Buna karşıt bir örnek ise ortak taşıma hukukunun alanında bulunur. Taşıma güvenliğine ilişkin Birlik hedefi (AEUV madde 91 Fıkra 1/c) örneğin alkollü araç kullanma gibi ciddi trafik ihlallerine karşı etkili yaptırımları zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, bu tedbirler hali hazırda üye devletler düzeyinde etkin tutulabilir.

İkincillik ilkesi, EUV madde 5 IV cümle I marifetiyle Birliğin üye devletler ile olan ilişkilerine de genişletilmiş olan orantılılık ilkesi ile yumuşatılmıştır. Zira, bu düzenleme bağlamında, bilhassa kendilerine yükümlülük yüklenenler dikkate alındığında; üye devletlere karşı bir önlem alınması, yalnızca bu neviden bir önlemin ulaşılacak istenen Birlik amacına ulaşmada uygun, yerinde ve gerekli olması halinde hukuka uygun olacağı kanaatindeyiz. Üye devletler için akla gelen yükümlülüklerin, örneğin söz konusu önlemlerde görülen yatırım dolandırıcılığının ağırlığının mevcut usulden zorunlu olarak vazgeçme veya ulusal hukuk yapılarının sisteme aykırı olarak ihlali gibi sonuçları olabilir. Üye devletlere yatırım dolandırıcılığına daha az ağır bir asgari ceza sınırıyla cezalandırma

⁴⁸ Hecker, ZStW 115 (2003), S. 880, 901 ff.; Dannecker, JZ 1996, 869, 879; Knaut, Die Europäisierung des Umweltstrafrechts, 2005, S. 320 ff.; Mansdörfer, JURA 2004, 297, 298.

⁴⁹ Gentzik, Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts, 2002, S. 48 ff.; Satzger (Fn. 34), S. 449.

yükümlülüğü getirilseydi bu mevcut ulusal düzenlemelerle çatışma yaratabilirdi. Zira, ulusal düzenlemelerde yatırım dolandırıcılığı “klasik” dolandırıcılık suçuna nazaran özel hüküm niteliğindedir. Alman Hukuku’nda bu neviden bir uygulama sistematik bir değer çelişkisine sebebiyet verir. Alman Ceza Kanunu 263. maddesine göre yedek hüküm niteliğinde olan 264/a’ya, 263’e nazaran daha yüksek asgari alt sınır belirlemek gerekmektedir. Bu alt sınır ceza ağırlığının eş zamanlı olarak dolandırıcılık suçu bakımından arttırılması, Alman Ceza Kanunu 263 ve 264/a arasındaki değerlendirme çelişkisini ortadan kaldırırsa da Alman Ceza Kanunu’nun 242. maddesi ile çatışma ortaya çıkmasına neden olacaktır. Zira bu suç tipi için Alman Ceza Kanunu’nun 263. maddesinde öngörülen cezanın alt ve üst sınırları bu madde için de geçerliliğini korumaktadır⁵⁰.

Amaca ulaşmada birden çok uygun tedbirlerin seçime sunulması halinde, üye devletler için en az yükümlülük yükleyen tedbirler seçilmek zorundadır. Ayrıca dayatılan yükümlülükler ile ulaşılmak istenen amaçlar arasında uygun bir orantılılık bulunmak zorundadır. EUV madde 5 IV cümle I, EUV madde 5 III’ün aksine birliğin yetkisini “kullanıp kullanmayacağını” değil, “nasıl” kullanacağını içermekte ve bu münhasıran yetki alanının dışında kalan tedbirlerde de geçerli olmaktadır. Birliğin ceza hukukunun uyumlaştırılması yetkisini uygulamasının ikincillik ilkesine hali hazırda engel teşkil etmediği olaylarda orantılılık ilkesi, amaca ulaşmada gerekli olan asgari müdahaleyi aşmayan Birlik tedbirlerine etki etmektedir.

EUV madde 4 II’ye göre üye devletlerin saygı gösterilen ulusal kimlikleriyle EUV madde 5’de yer alan yetki kullanımı engelleri birlikte incelendiğinde, -daha önce de Birlik Hukukunda olduğu gibi- bunların aşağıdaki ilkeler mucibince Birliğin ceza hukuku uyumlaştırma yetkisini sınırlandıran bir **ceza hukukuna özgül koruma emri** olduğu farz edilmektedir⁵¹: (1) Birlik, doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte ceza normları düzenleyemez. (2) Üye devletlerce iç hukuka iktibas edilmesi gereken yaptırım düzenlemelerini içeren bir direktif talimatında ne suç tanımı ne de yaptırımına detaylı bir

⁵⁰ Eisele, JZ 2001, 1157, 1163.

⁵¹ Böse, ZIS 2010, 76, 85; Hecker (Fn. 1), § 8 Rn. 55; Satzger (Fn. 34), S. 166 ff.; ders. (Fn. 20), § 8 Rn. 9. Her alanda, Avrupa düzeyinde oluşan bireysel yetki, üye devletlerin yetkilerini koruyacak biçimde algılanır. Karşılaştırınız ayrıca: BVerfG NJW 2009, 2267, 2280.

biçimde yer verilir. (3) Ulusal hukuk sisteminde yaptırım sisteminin tutarlılığını sağlamak adına oluşturulan yaptırıma ilişkin kuralların entegrasyonunun mümkün olması için Yönerge üye devletlere çok kapsamlı bir uygulama alanı bırakmak zorundadır. Bu nedenle, üye devletlere birden çok yaklaşık olarak eş değerde uygulama tedbirleri arasından seçim imkanı tanınmalıdır.

5.5. Usuli Acil Durum Freni (AEUV Madde 83 III)

Lizbon Antlaşması, AEUV madde 83 I veya II'ye göre, ceza hukukunun uyumlaştırılmasına ilişkin hukuk düzenlemelerine karşılık –veto eden üye devlet ikna edilemediği hallerde- bir usuli acil durum freni kabul etmiştir⁵².

Bir üye devlet, direktif marifetiyle kendi ceza hukuku sisteminin asli veçhelerinin etkilendiği kanaatini taşıması halinde AEUV madde 83 III'e göre olağan yasama usulü engellenebilir ve hukukun uyumlaştırılmasından kaçınılabilir. Ancak, diğer üye devletler iş birliğinin güçlendirilmesi suretiyle direktif çıkarabilirler, böylece bu onlara karşı etki ortaya çıkarır. Sadece Alman bakış açısına göre değil ayrıca diğer üye devletlerin de örneğin aşağıda belirtilecek olan anayasal ve ceza hukuku dogmatığı ve suç siyaseti gibi **ceza hukukunun temel alanları** üzerinde direktif çıkarılmasına karşı çıkabileceği meseleler olabilmektedir⁵³:

- Korunan hukuki değer ilkesi
- Kusur ilkesi
- Geriye yürüme yasağı
- Belirlilik İlkesi
- Ultima Ratio ilkesi
- Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu

⁵² Bununla ilgili olarak karşılaştırmız: *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 56 ff.; *Heger*, ZIS 2009, 406, 413 ff.; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11, 20; *Satzger* (Fn. 20), § 9 Rn. 46; *Sieber*, ZStW 121 (2009), S. 1, 56; *Zimmermann*, Jura 2009, 844, 848.

⁵³ Bununla ilgili olarak karşılaştırmız: *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 57; *Heger*, ZIS 2009, 406, 414 f.; Bununla ilgili olarak ayrıca karşılaştırmız: *Satzger*, KritV 2008, 17, 34 ff. ayrıca uluslararası bilim adamları grubunun "European Criminal Policy Initiative" Avrupa Kriminal siyaseti üzerine hazırlanan manifesto ZIS 2009, 697 ff.

- Menkul ve gayrimenkul mala karşı suçlarda taksirli sorumluluk
- Ceza aralıklarının ve cezanın belirlenmesine ilişkin kavramlarının uygunluğu
- Çevre ve ticari ceza hukuku özgül alanına ilişkin genel hüküm düzenlemeleri
- Faillik ve suça iştirak, vazgeçme, kast kavramları, etkin pişmanlık
- Çevre ceza hukukunda idare ve ceza hukukunun yakın ilişkisi
- Cezai ve idari yaptırımların ayrımı
- Uyuşturucu siyaseti, ölüme yardım ve kürtaj

Diğer üye devletlerin ya da Birlik organlarının veto hakkını kullanan devletlerin görüşünü paylaşması gerekmektedir. AEUV madde 83 III'de denetlenilemez bir takdir yetkisine müsaade edilmektedir. Bu nedenle bir veto esasen Konseyde hukukun nitelikli çoğunluk tarafından uyumlaştırılmasına neden olmaktadır. Ancak, veto hakkını kullanan devlet bu hakkını kötüye kullanması halinde ki AEUV madde 83 III'de yer alan nedenlerin dışındaki nedenler kastedilmektedir, bu noktada Birlik hukukuna ilişkin sadakat yükümlülüğünde bir zedelenme meydana gelecektir (EUV madde 4 III)⁵⁴, bu durumda Komisyon sözleşmenin ihlali sürecini başlatma tepkisini gösterebilecektir⁵⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, AEUV madde 83 III'deki acil durum usulü sadece AEUV madde 83 I II'deki uyumlaştırmayı tercih hakkının bulunduğu durumları ilgilendirmektedir, bu nedenle AEUV madde 82'de düzenlenen karşılıklı tanıma kapsamında uygulama alanı bulmamaktadır. Veto hakkının sınırlandırılmasının gerekçesi, AEUV madde 83 I II'ye göre uyumlaştırma önlemlerinin üye devletlerin bakış açısıyla AEUV madde 82'ye göre yapılacak olan hareket aşamalarına göre daha derin boşluklara yol açması olasılığıdır⁵⁶.

⁵⁴ Hecker (Fn. 1), § 8 Rn. 58; Heger, ZIS 2009, 406, 414.

⁵⁵ Zimmermann, Jura 2009, 844, 848.

⁵⁶ Ch. Schröder (Fn. 32), S. 103, 109.

6. Ceza Hukukunun Kısmi Merkezleştirilmesi

AEUV madde 83 I, II -değiniildiği üzere- sadece Birlik genelinde üye devletlerin ceza hukuklarında asgari bir uyumlaştırma sağlarken, “Hileyle Mücadele” Bölümünde düzenlenen AEUV madde 325 IV, bir tüzük formunda doğrudan uygulanabilen Avrupa ceza hukuku suç tiplerine imkan sağladığı kanısını uyandırmaktadır: “*Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek ve Sayıştay’a danıştıktan sonra, üye devletlerde ve Birliğin tüm kurum, organ, ofis veya ajanslarında etkili ve eş değer koruma sağlamak amacıyla, Birliğin mali çıkarlarını etkileyen hileyi önleme ve hileyle mücadele alanlarında gerekli tedbirleri kabul eder.*” AEUV madde 280 IV cümle 2’de yer alan ihtirazi kaydın yürürlükten kalkması (‘*üye devletlerin ceza hukuku uygulaması.....etkilemez*’) ve mevzuat şeklinin (direktif ya da tüzük) seçimi konusunda ucu açık bir hüküm ihtiva eden AEUV madde 325 IV’ün yürürlüğe girmesi, bu normlara dayanılarak, ulusal üstü suç tiplerinin de düzenlenebileceği şeklinde bir yorum yapmaya imkan tanımaktadır⁵⁷. Sadece Avrupa Birliği hileyle mücadele alanıyla sınırlı olmakla birlikte, bu adımla tam manasıyla Avrupa Birliği Ceza Hukuku için bir çığır açılmış olacaktır. Bu nevi bir Avrupa suç tipleri AEUV madde 86’ya göre Avrupa Parlamentosu’nun muvafakatini aldıktan sonra oy birliği marifetiyle kurulabilen **Avrupa Savcılığınca** kovuşturulabilir⁵⁸.

7. Netice ve Özet

Amsterdam Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinden bu yana Avrupa siyasi entegrasyonu alanında gerçekleştirilen ilerleme, bu esnada sadece üye devletler arasındaki işbirliğinden çok öteye geçen Avrupa ceza hukukunun gelişimine de ayrıca yansımaktadır. Günümüzde maddi ceza hukuku alanında çok çeşitli suç tiplerini içeren kanunlara yansıyan hatırı sayılır derecede Avrupa ceza hukuku müktesebatı (“*acquis communautaire*”) bulunmaktadır. Lizbon Antlaşması, Avrupa Ceza Hukuku’nun merkezi

⁵⁷ Ambos (Fn. 8), § 9 Rn. 8; Fromm, StraFo 2008, 358, 365; Hecker (Fn. 1), § 4 Rn. 81, § 14 Rn. 43 f.; ders. (Fn. 27), § 10 Rn. 26; Heger, ZIS 2009, 406, 416; Mansdörfer, HRRS 2010, 11, 18; Meyer, NSTZ 2009, 657, 658; Rosenau, ZIS 2008, 9, 16; Satzger (Fn. 20), § 7 Rn. 41 f.; ders., KritV 2008, 17, 25; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 59; Zimmermann, Jura 2009, 844, 845 f.; a. A. Böse, Festschrift für Krey, 2010, S. 16; Ch. Schröder (Fn. 32), S. 103, 111.

⁵⁸ Bu konuda eskiden beri getirilen tereddütler için karşılaştırınız: Hecker (Fn. 1) § 14 Rn. 39 ff. m. w. N.

yapısal unsularını -işbirliği, uyumlaştırma düzenleme ve özümseme-güncellemekle kalmamakta, bunun ötesinde titizlikle geliştirmektedir. Önceki ilk ve üçüncü sütundaki ceza hukuku uyumlaştırılmasının karmaşık duplikasyonun üstesinden gelinmiştir. Günümüzde, suç tanımı ve yaptırımı bakımından ceza hukukunun uyumlaştırılması Konsey'in nitelikli çoğunluğunun kararı marifetiyle mümkün hale gelmektedir. Hileyle mücadele alanında, ceza hukukunun kısmi merkezileştirilmesi için değişikliğe gidilmiştir. Bununla Sözleşme, -siyasi olarak istenmesi ve uygulanması halinde- bir merkezi Avrupa kovuşturma merciinden yürütülen devletler üstü ceza hukukuna zemin hazırlamaktadır.

**ÖZEL ALANA SALDIRI EYLEMLERİNDE VE “TAKİPÇİ
TACİZCİLİK” GİBİ RAHATSIZLIK VERME DURUMLARINDA
HUKUK MAHKEMELERİ TARAFINDAN SAĞLANAN HUKUKİ
HİMAYENİN 2002 TARİHLİ “ŞİDDETEN KORUMA YASASI”
VASITASIYLA İYİLEŞTİRİLMESİ**

Prof. Dr. Heidemarie Schloms*

*Çeviren: Yrd. Doç. Dr. İdris Hakan Furtun***

I.

Özel alanda şiddetin farklı biçimleri (örneğin kadınlara karşı şiddet, daha nadir olsa da erkeklere karşı şiddet, çocuklara karşı şiddet, yine çocuklar tarafından ebeveynlerine karşı kullanılması gibi) vardır. Bu durumlarda hem vurmak, tekmelemek ve cinayete kadar varan diğer kötü muameleler gibi fiziksel şiddet, hem de örneğin tehdit, hakaret, aşağılama, sosyal ilişkilerin denetlenmesi ve sınırlanması gibi psikolojik şiddet uygulamaları söz konusudur. Bu tür saldırı deneyimlerinin bunlara maruz kalanlar üzerindeki etkileri kalıcı olup bunlar ayrıca arttırılıp geliştirilmesi gereken bireyin kendi becerilerine ve diğer insanlara olan güvenini de zedeleyip azaltmaktadır.

Şiddetten Koruma Kanunu (kısaltılmış haliyle ŞKK) 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmeden önce de Almanya’da tabii ki ilgili kişiler için aile çevresi ve üçüncü kişiler kaynaklı kasti şiddet uygulamalarına karşı savunma sağlayan hukuki imkânlar vardı.

Alman Ceza Kanunu çok sayıda şiddet kullanımı durumunu suç sayıp bunları ceza yaptırımına bağlamıştır. Elbette böyle bir durumda mağdur veya mağdurenin ilk önce böyle bir cezalandırılabilir eylemi ceza soruşturması ile görevli makamlara ihbar etmesi gerekir. Aile içi şiddet durumunda ayrıca kural olarak mağdurun kendi güvenliği için ortak yaşam alanını terk etmesi ve -bu durumda çoğunlukla daha önce başlamış bulunan bir yıllık ayrılık süresinin ardından- mahkeme nezdinde bir boşanma davası açması gerekiyordu. Özellikle ilgili (şiddet mağduru) şiddet uygulayan aile

* Öğretim Üyesi, Kuzey Alman Adli Hizmetler Yüksekokulu, Hildesheim, Almanya

** Yrd. Doç. Dr. Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Adalet Meslek Yüksekokulu

mensubunu aslında ceza yargısına ihbar etmekten çekindiği için bu dönemde acil bir hukuki yardım kuralı olarak mevcut değildi.

Ayrıca özel hukuk açısından Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) haksız fiil nedeniyle doğan zararın tazminini talep hakkı ile ilgili 823. maddesi, ihtiyati tedbir talep hakkı ile ilgili 1004. maddesi ve ayrı yaşama durumunda aile konutunun tahsisi ile ilgili 1361. maddesinin uygulanmasına dair yargısal içtihatlar ile de şiddete karşı koruma sağlanmasına çalışılmıştır. Ancak yasanın sağladığı bu olanakları ailevi alanda özellikle de henüz karara bağlanmamış bir boşanma davası olmaksızın uygulamak her zaman belli sorunlara yol açmıştır. Çok defa şiddet mağdurlarına sadece çok ağır ihlaller içeren istisnai durumlarda bu durumun gerektirdiği makul koruma hukuk mahkemeleri tarafından sağlanabilmiştir.

Böylece yukarıda belirtilen durumlar dışında kalan olayların çoğunda sadece polise yardım ailevi alan dışından gelen ani saldırılara karşı sağlanmıştır. Polis hukukunda geçerli genel hükümlere göre polis bu hususta bir mahkeme hükmünün verilmesinden önce polis gecikme tehlikesinin varlığı durumunda faili mağdurun alanı dışına çıkarabilir. Bu durumla birlikte bu polise tedbirler (polise rehberlik veya konuttan kovulma) sadece geçici bir süre içindir (10 günden 20 güne kadar her federal eyalete göre değişen biçimde) ve mağdura veya mağdureye sürekli bir güvenlik sağlamamaktadır.

Buraya kadar aktarılan ceza hukuku veya özel hukuk kurallarına göre söz konusu olan yetersiz özel alana saldırı eylemlerine ve “takipçi tacizcilik” durumuna karşı yetersiz hukuki koruma artık 2002 tarihli Şiddetten Koruma Kanunu'nun tamamlayıcı kuralları ile iyileştirilmiş bulunmaktadır.

II.

Şiddetten Koruma Kanunu Madde 1

Şiddetten Koruma Kanunu **1. maddede** ilgiliye kasten ve hukuka aykırı olarak bedenine, sağlığına ya da özgürlüğüne zarar verilmesi durumlarında şiddet mağdurunun başvurusu üzerine mahkemeye koruma direktifleri vermek hususunda açık bir hukuki dayanak sağlamıştır. Bu hüküm bu zararlar ile benzer tehdit durumları için de uygulanır. Sadece fiziki değil fakat psikolojik şiddet uygulamaları da yasa kapsamındadır.

Yasanın uygulama alanı sadece aile içi şiddet ile sınırlandırılmamıştır. Şiddet faili ile mağduru arasındaki kişisel bir ilişkinin varlığı mahkeme tarafından verilecek koruma direktifleri açısından şart değildir (bakınız “takipçi tacizci”).

Bu durumla birlikte **küçüklerin** ebeveynlerine ve gözetim hakkına sahip diğer kişilere karşı medeni hukuk açısından korunması gibi (bakınız Şiddetten Koruma Kanunu paragraf 3 I. fıkra) Şiddetten Koruma Kanunu'nun uygulamasından **istisna edilmiş** alanlar da vardır. Burada Alman Medeni Kanunu'nun 1666. maddesine göre şiddet içeren saldırılara karşı küçüklere daha güçlü ve özel bir koruma sağlayan velayet hukukuna ilişkin özel hükümler geçerli olur.

Şiddetten Koruma Kanunu'na göre gerekli tedbirleri almaya yetkili merci bölgesinde şiddet fiilinin işlendiği veya bölgesinde tarafların ortak konutlarının bulunduğu ya da davalı tarafın mutlak meskeninin bulunduğu (FamFG madde 211) **Aile Mahkemesi**dir (FamFG¹ madde 111 6. bent ile GVG² madde 23 a I. fıkra 1. bent ve madde 23 b I. fıkra 1. bent hükümleri uyarınca). Yetkili aile mahkemesinin seçimi hakkı davacıya-dilekçe sahibine aittir. Esasa ilişkin karar verme hususunda işlevsel-görevden ötürü yetki yargıca aittir. Bu durumla birlikte dilekçenin tesellümü ve tutanağa geçirilmesi hususlarında ise Adli Hizmet Uzmanı yerel mahkeme nezdinde başvuru merci olarak yetkilidir. Bu hususta bir avukatın hizmetine başvurmak mümkün olmakla birlikte yasada açıkça öngörülmemiştir.

Şiddetten Koruma Kanunu'nun 1. maddesinin I. fıkrasında sınırlayıcı-tahdidi olmayan bir **yasaklar** kataloğuna yer verilmiştir, bunlara örnek verilecek olursa:

- Mağdurun konutuna girilmesi yasağı,
- Mağdurun konutuna mahkeme tarafından belirlenecek bir mesafeye kadar yaklaşma yasağı,

¹ FamFG= Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usulüne Dair Kanun

² GVG=Mahkemeler Düzeni Kanunu

- Mağdurun düzenli olarak bulunduğu belirli mekanlar ile diğer yerlere uğrama yasağı (mağdurun işyeri, mağdurun çocuklarının anaokulu veya okulu ile ayrıca mağdurun eğlenmek veya boş zamanlarını geçirmek için kullandığı yerler gibi)
- Kitle iletişim cihazlarını kullanmak suretiyle mağdur ile bağlantı kurma yasağı (telefon, faks, mektup veya e-posta olsun tüm iletişim araçları açısından geçerli bir yasaktır),
- Mağdur ile bir araya gelme yasağı (bu yasağa rağmen fail mağdur ile bir araya gelmiş ise fail derhal bu yerden uzaklaştırılmalıdır).

Failin şiddet eylemini ya da tehdidi alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında gerçekleştirdiği için sorumlu olmadığı yönünde bir iddiada bulunamayacağı hususuna özel olarak işaret edilmelidir. Bu şekilde alkol veya uyuşturucu madde alıp bunların etkisi altında şiddet kullanan fail de bu durumdan ötürü sorumlu olacak ve ona karşı da mahkeme koruma kararları alabilecektir (karşılaştırınız Şiddetten Koruma Kanunu’nun 1. Maddesinin III. Fıkra).

54

Bununla birlikte bu tedbirler kural olarak süreli olup bu sürenin başvuru üzerine uzatılması da mümkündür (Şiddetten Koruma Kanunu’nun 1. madde I. fıkra 2. cümle).

Şiddetten Koruma Kanunu’nun 4. maddesi özel bir öneme sahiptir. Eğer fail mahkeme tarafından verilen koruma kararını ihlal ederse bir suç işlemiş olur ve hakkında adli para cezasına veya bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. Bu durumda ayrıca diğer hükümler nedeniyle cezai sorumluluğu da söz konusu olur. Bu nedenle faile ek olarak bir ceza verilebilmesi için fail Alman Ceza Kanunu’na göre yaralama-vücut bütünlüğüne saldırı suçunu işlemiş olmalıdır. Özel olarak belirtilmesi gereken bir husus da 31.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren Alman Ceza Kanunu’nun 238. maddesidir. Bu düzenleme ile artık takip-izleme (=takipçi tacizcilik) ayrıca cezalandırılmış ve bu türde ağır ihlal durumları için beş yıla kadar hapis cezası, ölüm ile sonuçlanan durumlarda ise 10 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Şiddetten Koruma Kanunu Madde 2

Şiddetten Koruma Kanunu'nun 2. maddesine göre, aynı yasanın birinci maddesinde yer alan düzenlemelerin yanında aile içi şiddet durumlarında konuttan çıkarılma mümkün hale getirilmiştir.

Şiddetten Koruma Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerde aile içi şiddetin mağduru olan kadınlar veya erkekler ortak haneyi terk etmek zorunda kalıyor ve bazı aşırı durumlarda evsiz kalabiliyor ya da bir “kadın sığınma evi”nde ikamet etmek zorunda kalıyorken, artık bu kişilere aile mahkemesi Şiddetten Koruma Kanunu'nun 2. maddesine istinaden süreli veya süresiz olarak ortak konutu tek başına kullanma imkânı vermektedir.

Bu tür bir düzenleme özellikle hanede yaşayan çocukların refahı ve menfaati tehlikede ise gündeme gelmektedir.

Alman Medeni Kanunu'nun 1361 b maddesi boşanma kararına kadar olan ayrı yaşam süresince aile konutunu terk imkânını birbiri ile evli kişiler için sadece hakkaniyete aykırılık durumu için öngörmüşken, Şiddetten Koruma Kanunu'nun 2. maddesine göre ortak konuttan çıkarılma sadece aile konutu ile sınırlandırılmamıştır. Ayrıca bu tedbir hakkaniyete aykırılığın ispatı gerekmeksizin Şiddetten Koruma Kanunu'nda yer alan diğer koşulların mevcudiyeti halinde de söz konusu olmaktadır.

Bu mekanın mağdur tarafından tek başına kullanılması sırasında fail kendine yeni bir konut bulmaya çalışmalıdır.

III.

Dava süreci ve davanın sona ermesi

Mahkeme dilekçe ile başvurunun ardından esas olarak ilgililerin (davacı-dilekçe sahibi ve davalı-aleyhinde dilekçe ile mahkemeye başvuruda bulunulan) daha önceki dinlenilmelerinden sonra hükmünü verir. Şiddetten Koruma Kanunu'nun 2. maddesine göre konuttan çıkarılma durumlarında eğer hukuken küçük statüsünde bulunan kişiler de hanede yaşıyorlarsa ek olarak gençlik kurumu (Almanya'da gençler ile ilgili olarak görevli bulunan kamusal makam) da dinlenir. Böyle bir durumda gençlik kurumu talebi

üzerine davaya katılır (Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usulüne Dair Kanun maddeler 212 ve 213).

Şiddetten koruma işlerinde mahkeme “dostane çözüm için uzlaşma” yolunu işletmek zorunda değildir. Bu gibi durumlarda mahkeme ilgililere adli arabuluculuk yoluna veya diğer yargı dışı ihtilaf çözüm yollarına gitmeyi öneremez.

Şiddetten Koruma Kanunu’nun 2. maddesine göre konuttan çıkarma davalarında mahkeme kararında tedbirlerin uygulanması için gerekli gerekli direktiflere yer verilmelidir. Diğer bir deyişle özellikle Şiddetten Koruma Kanunu’nun 2. maddesinin IV fıkrasına göre faile konutun davacı tarafından tek başına kullanılmasını güçleştirecek veya zorlaştıracak her türlü eylemden kaçınma yükümlülüğü getiren kaçınma direktifleri mahkeme kararında yer almalıdır. Ancak hakkaniyet gerektiriyorsa mahkeme konutun bu şekilde kullanılması için davacı tarafından faile bir ücret ödenmesine de karar verebilir (Şiddetten Koruma Kanunu’nun 2. maddesinin V. fıkrası).

56 Hüküm (mahkemenin nihai kararı) ilgililere tebliğ edilir ve bunlar tarafından bir aylık bir süre içinde bu karar aleyhine itiraz yoluna gidilebilir (Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usulüne Dair Kanun madde 41 I. fıkra, madde 58, madde 59, madde 63 I ve IV. fıkralar).

Mahkeme kararı esas olarak kesinleştiğinde uygulanabilecektir. Ancak mahkeme, sürekli ve çabuk icra edilebilirliği garanti etmek için daha hüküm verirken derhal uygulanırlığa dair de talimat verebilir. Şiddetten Koruma Kanunu’nun 1 ve 2. maddelerine göre davada kural bu uygulamadır.

Bunun ötesinde mahkeme hükmün derhal uygulanırlığına dair talimatı yanında icra edilir olmaya dair bir talimatı da kararın davalıya tebliğinden önce verebilir. Bu tür durumlarda hükmün uygulanırlığı daha karar mahkemede verildiği anda söz konusu olmaktadır (Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usulüne Dair Kanun madde 216 II. fıkra).

Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usulüne Dair Kanun madde 216 a’ya göre Şiddetten Koruma Kanunu’nun 1 ve 2. maddelerine göre verilen talimatlar bunların gereklerini hemen yerine getirmekle görevli polis makamlarına ve diğer kamusal mercilere (okullar, anaokulları gibi) ivedilikle

bildirilir. Polis makamlarına bildirim özellikle aile mahkemesinin vermiş olduğu talimatlara karşı gelinmesi durumunda bir suç nedeni ile fail aleyhinde Şiddetten Koruma Kanunu'nun 4. maddesine göre ivedilikle ceza soruşturması başlatılmasını sağlayacaktır.

Aile Mahkemesinin Talimatının Yerine Getirilmesi

Burada mahkeme hükmünün icrası esas olarak Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usulüne Dair Kanun'un 95 ve 96. maddelerine göre söz konusu olur. Eğer mahkemenin kararı Şiddetten Koruma Kanunu'nun 1. maddesinin I. fıkrasına göre örneğin şiddet mağduru kişinin konutuna girmeme veya bu kişi ile temas kurmaktan kaçınma biçiminde bir kaçınma direktifi içeriyorsa, bu yükümlülükler altındaki kişinin kaçınma direktifine sürekli olarak aykırı hareket etmesi durumunda mağdur icra memuruna başvurarak bu ihlalin ortadan kaldırılmasını talep edebilir. İcra memuru böylece kaçınma yükümlülüğü altındaki failin konuttan gönderilmesi veya mağdurun alanından uzaklaştırılması olanaklarına sahip olur. Direniş durumunda icra memuru polis yardımı için talepte bulunabilir.

57

Bunun yanında icra memuruna niyabeten onun tarafından tevkil edilmiş inzibati cezalar vermeye yetkili makamlar da kusurlu davranan fail aleyhinde aile mahkemesine başvurabilirler (burada kast edilen 6 aya kadar inzibati mahiyette hafif hapis cezası verilmesi veya 250.000 avroya kadar inzibati mahiyette hafif para cezası verilmesi durumlarıdır- para cezasının ödenmemesi durumunda alternatif olarak inzibati mahiyette hafif hapis cezası verilmektedir).

Şiddetten Koruma Kanunu'nun 2. maddesine göre söz konusu olan konuttan gönderilme durumunda konutun yükümlü fail tarafından tahliyesi icra memuru yardımıyla gerçekleştirilebilir. İcra memuru bu hususun cebren icrası gerektiğinde polisten destek talep edebilir.

Geçici Talimat=Muvakkat Hukuki Koruma

Şiddetten Koruma Kanunu'na göre aciliyet arz eden bir koruma durumu, kural olarak aile mahkemesinin **derhal** işlem yapmasını gerektiren acil bir ihtiyaç mevcut ise söz konusu olur. Burada mağdur veya mağdure için var olan somut bir tehlike savuşturulur. Normal prosedürün uygulanması çok

zaman alabileceği için, yasanın 49 ile 57. maddeleri arasında özellikle de Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usulüne Dair Kanun’un 214. maddesinde mağdur açısından gecikmesi zarar tehlikesi doğurabilecek durumda mağdurun başvurusu üzerine Şiddetten Koruma Kanunu’nun 1 ve 2. Maddelerine göre **geçici talimat** vasıtası ile **muvakkat bir düzenleme** getirme imkânı aile mahkemesine tanınmıştır.

Mahkemenin derhal işlem yapması için gerekli acil ihtiyaç fiil Şiddetten Koruma Kanunu’nun 1. Maddesine uygun olarak işlenmiş ve nihai karara kadar beklenmesinin mağdurun saldırıya karşı yeterince korunması için çok geç olacağı için mümkün olmaması durumunda kural olarak söz konusu olacaktır. Şiddetten Koruma Kanunu’na göre açılan davada bu yüzden genellikle geçici bir talimata ihtiyaç duyulur.

Usul hukuku uyarınca geçici talimat asıl davadan şu açıdan farklılaşır: geçici talimat verirken mahkeme sözlü bir duruşma yapmaz ve davalıyı önceden dinlemeksizin karar verebilir. Mağdur konumundaki davacının bu husustaki iddialarında inandırıcı olması bunun için yeterlidir. Böyle bir durumda davalı tarafa savunma hakkı en geç **izleyen sonraki asıl dava duruşmasında** tanınarak davacının dilekçesine itiraz etme imkanı sonradan verilmiş olur.

Geçici talimatın icrası, gereğinin hızla yerine getirilmesi için icra memuru tarafından da re’sen gerçekleştirilir. Mağdurun başvurusu üzerine aile mahkemesi mahkeme kararı davalıya tebliğ edilir edilmez icranın başlaması yönünde de talimat verebilir (Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usulüne Dair Kanun madde 214 II. fıkra).

Şiddetten Koruma Kanunu’nun Etkileri

Mağdur Üzerindeki Etkileri

Şiddetten Koruma Kanunu’nun içerdiği emir ve yasaklar şiddet mağduruna açıkça kendi yaşam durumunu kapsamlı biçimde iyileştirme ve şimdiye kadar ki kısmen travmatik deneyimlerden kurtulma şansını vermiştir. Bununla birlikte Şiddetten Koruma Kanunu’ndaki koruma tedbirlerinin uygulaması üzerinde bunları bir yük olarak telakki eden kuruluşların birbirine bağımlılığı dikkate alınarak yeniden düşünülmelidir. Mağdurun mali durumunun kapsamlı bir şekilde yeniden düzenlenmesi ve bugüne

kadar söz konusu olmayan ancak artık sağlanmış olan kapsamlı bağımsız karar verme yetkisi talebi dikkate alınarak bu durum özellikle irdelenmelidir. Ayrıca gelecekte Şiddetten Koruma Kanunu düzenlemeleri dışında kapsamlı bir hukuki koruma sisteminin oluşturulması da önemlidir. Zira ancak bu sayede mağdur için yeterli koruma ve gerekli gözetim en azından geçiş dönemi için sağlanabilecektir.

Fail Üzerindeki Etkileri

Şiddetten Koruma Kanunu'nun tedbirleri çoğu zaman fail açısından da onu etkisiz kılan kapsamlı sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin özellikle konut değişimi talimatı failin şimdiye kadarki sosyal bağlantılarında tam bir kopma ile işyerinde yaşanan problemlere kadar varan etkiler yaratmaktadır. Failin şimdiye kadar ki davranış tarzını oluşturan sorunları şiddet yolu ile çözmek artık söz konusu olamamaktadır. Failin sosyal açıdan yalıtımı gerçekten çok yüksek ölçüde gerçekleşmektedir. Fail şiddetin olmadığı bir bakış açısından yaşamını sürdürmek ve şiddetten kaçınmak için acil yardım ve uygun bir desteğe ihtiyaç duymaktadır. Zira aksi takdirde yasaklara riayet etmez ise Şiddetten Koruma Kanunu'na göre cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu yüzden danışma ve terapi gibi yardım emirleri fail açısından da gündeme gelmelidir. Çünkü şiddetin faili ile ilgilenmek de şiddet mağdurlarının korunmasının özel bir şeklidir.

İlginiz için teşekkür ederim.

Yararlanılan Yazın:

Alman Bavyera Radyosu Konular Danışman Aile “Şiddetten Koruma Kanunu’nun Onuncu Yılı” Yayınlandığı Tarih: Kasım 2012

www.br.de/themen/ratgeber/inhalt/familie/frauen-gewalt-gewaltschutzgesetz

Federal Adalet Bakanlığı ve Aile, Yaşlılar, Kadınlar ve Gençlik Federal Bakanlığı “Aile içi şiddet durumunda daha çok koruma”, 3. Bası, 2010.

www.bmj.de veya www.bmfsfj.de

Fischer, Ceza Kanunu Şerhi, 60. Bası, Münih 2013-09-09

11 Aralık 2001 tarihli “**Şiddetten Koruma Kanunu**” 01.01.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Federal Resmi Gazete Yıl 2001, Kısım I No 67, Sayfa 3513-3518

⁶⁰ **Keidel**, Aile Davaları / Çekişmesiz Yargı İşleri Şerhi, 17. Bası, Münih 2011

Kesy, “Sosyopedagojik Açıdan Şiddetten Koruma Kanunu’nun Mağdur ve Fail için İçerdiği Olanaklar ve Riskler”, www.beruf.kwerl-acoustic.de/Arbeiten/GewSchG.pdf

Palandt, Medeni Kanun Şerhi, 72. Bası, Münih 2013

Schweikert/Schirmacher, “Aile İçinde Şiddete Karşı Koruma”, Yayınlandığı Tarih: 2010, www.familienhandbuch.de

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN LEYLA ECEM
DEMİRKAN v. ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ KARARI**
(Dava C-221/11, Karar Tarihi: 24 Eylül 2013)

*Çeviren: Yrd. Doç. Dr. İlke Göçmen**

Divan Kararı (Büyük Daire)**

24 Eylül 2013***

(AET¹-Türkiye Ortaklık Anlaşması – Katma Protokol – Madde 41(1) – “*Standstill*”² klozu – Bir üye devlet ülkesine girmek için vize gerekliliği – Hizmet sunumu serbestisi – Bir Türk Vatandaşı'nın aile üyesini ziyaret etmek ve potansiyel olarak hizmet almak için bir üye devlete girme hakkı)

C-221/11 sayılı Davada,

ABİHA³ md.⁴ 267 uyarınca (Almanya) Berlin-Brandenburg Yüksek İdare Mahkemesi (*Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg*) tarafından 13 Nisan 2011 tarihli karar ile yapılan ve Divan tarafından 11 Mayıs 2011 tarihinde alınan ön karar başvurusu

61

Leyla Ecem Demirkan ile **Almanya Federal Cumhuriyeti** arasındaki uyuşmazlık ile ilgilidir.

Divan (Büyük Daire),

Başkan V. Skouris, Başkan Yardımcısı K. Lenaerts, Daire Başkanları A. Tizzano, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Rosas (Raportör) ve M. Berger ile Hâkimler E. Levits, A. Ó Caoimh, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, C. Toader, J.-J. Kasel, M. Safjan ve D. Šváby ile oluşmaktadır.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı. Visiting Researcher, Universiteit Leiden, Europa Institute.

** <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0221:EN:HTML>>

*** Davanın dili: Almanca.

¹ AET: Avrupa Ekonomik Topluluğu.

² “Standstill”, tam bir Türkçe karşılık kolay bulunamasa bile; “dondurma” olarak ifade edilebilir. Bu çeviri boyunca ise “standstill” ifadesi kullanılacaktır.

³ ABİHA: Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma.

⁴ md.: madde.

Hukuk Sözcüsü: P. Cruz Villalón,

Kâtip: Yönetici M. Aleksejev,

Yazılı usul ve 6 Kasım 2012 tarihindeki duruşmayı göz önüne alarak,

- Avukat R. Gutmann tarafından Bayan Demirkan,
 - Vekil sıfatıyla T. Henze, J. Möller ve K. Hailbronner tarafından Alman Hükümeti,
 - Vekil sıfatıyla M. Smolek tarafından Çek Hükümeti,
 - Vekil sıfatıyla C. Vang ve V. Pasternak Jørgensen tarafından Danimarka Hükümeti,
 - Vekil sıfatıyla M. Linntam tarafından Estonya Hükümeti,
 - Vekil sıfatıyla G. Karipsiades ve T. Papadopoulou tarafından Yunan Hükümeti,
 - Vekil sıfatıyla G. de Bergues, D. Colas ve B. Beaupère-Manokha tarafından Fransız Hükümeti,
 - Vekil sıfatıyla B. Koopman, M. Bulterman ve C. Wissels tarafından Hollanda Hükümeti,
 - Vekil sıfatıyla B. Ricziová tarafından Slovak Hükümeti,
 - Vekil sıfatıyla S. Ossowski ve L. Christie ile avukat sıfatıyla R. Palmer tarafından Birleşik Krallık Hükümeti,
 - Vekil sıfatıyla J. Monteiro, E. Finnegan ve Z. Kupčová tarafından Avrupa Birliđi Konseyi,
 - Vekil sıfatıyla G. Braun ve G. Wils tarafından Avrupa Komisyonu
- namına sunulan görüşleri değerlendirdikten sonra,
- 11 Nisan 2013 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsünün Görüşünü dinledikten sonra,
- Aşağıdaki kararı vermektedir:

KARAR

1. Bu ön karar başvurusu, 23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel'de imzalanan ve Topluluk adına 2760/72/EEC sayılı ve 19 Aralık 1972 tarihli Konsey Tüzüğü⁵ ile tamamlanan, uygun bulunan ve onaylanan Katma Protokol ("Katma Protokol") md. 41'in –özel olarak, bu maddedeki "hizmet sunumu serbestisi" kavramının– yorumuna ilişkindir.

2. Bu başvuru, Türk Vatandaşı Bayan Demirkan ve Almanya Federal Cumhuriyeti (*Bundesrepublik Deutschland*) arasında geçen ve Bayan Demirkan'ın Almanya'da yaşayan üvey babasını ziyaret etmek için yaptığı vize başvurusunun Alman makamları tarafından reddine ilişkin dava esnasında yapılmıştır.

HUKUKİ ÇERÇEVE

Avrupa Birliği Hukuku

Ortaklık Anlaşması

3. Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye arasında Ortaklık kuran Anlaşma ("Ortaklık Anlaşması"), 12 Eylül 1963 tarihinde Ankara'da Türkiye Cumhuriyeti ve AET üyesi devletler ile Topluluk tarafından imzalanmış ve Topluluk adına 64/732/EEC sayılı ve 23 Aralık 1963 tarihli Konsey Kararı⁶ ile tamamlanmış, uygun bulunmuş ve onaylanmıştır.

4. Ortaklık Anlaşması madde 2(1)'e göre: Anlaşma'nın amacı, taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektir ve bu, Türk Halkı'nın yaşama şartlarının yükseltilmesini sağlamak ve daha sonraki bir tarihte Türkiye'nin Topluluğu katılımını kolaylaştırmak (Dibacedeki dördüncü ifade ve Ortaklık Anlaşması md. 28) amacıyla, işgücü ile ilgili olarak işçiler için dolaşım serbestisinin tedrici olarak sağlanmasını (Ortaklık Anlaşması md. 12) ve yerleşme serbestisi ve hizmet sunumu serbestisi üstündeki kısıtlamaların kaldırılmasını (Ortaklık Anlaşması md. 13 ve 14) içerir.

⁵ Resmi Gazete 1973 C 113, s. 17.

⁶ Resmi Gazete 1973 C 113, s. 1.

5. Bu hedeflere erişmek için, gümrük birliğinin üç aşamada tedrici bir biçimde tamamlanmasına ilişkin hüküm getirilmiştir. Anlaşma ile kurulan ortaklık (“AET-Türkiye Ortaklığı”), Türkiye Cumhuriyeti'nin Topluluğun yardımı ile ekonomisini güçlendireceği bir hazırlık dönemi (Ortaklık Anlaşması md. 3); bir gümrük birliğinin tedrici bir biçimde tesis edileceği ve ekonomi politikalarının daha çok yakınlaştırılacağı bir geçiş dönemi (Ortaklık Anlaşması md. 4) ve gümrük birliğine dayanan ve âkit tarafların ekonomi politikaları arasındaki koordinasyonun güçlendirilmesini gerektiren bir son dönem (Ortaklık Anlaşması md. 5) öngörür.

6. Ortaklık Anlaşması md. 6, şu şekildedir:

“Ortaklık rejiminin uygulanmasını ve gittikçe gelişmesini sağlamak için âkit taraflar, Anlaşma ile verilen görevlerin sınırları içinde eylemde bulunan bir Ortaklık Konseyi'nde toplanır.”

7. “Geçiş Döneminin Uygulanmaya Konması” başlıklı Kısım II altındaki Ortaklık Anlaşması md. 8, şu şekildedir:

64 “4. maddede anılan amaçların gerçekleşmesi için, Ortaklık Konseyi, geçiş döneminin başlamasından önce ve Geçici Protokol'ün 1. maddesinde öngörülen usule göre, Topluluğu kuran Antlaşma'nın kavradığı ve gözönünde bulundurulması gereken alanlarla, özellikle bu kısımda gözetilenlere mahsus hükümlerin uygulama şartlarını, usullerini, sıra ve sürelerini yararlı görülecek her türlü korunma kurallarını tespit eder.”

8. Yine, Kısım II altındaki Ortaklık Anlaşması md. 14, şu şekildedir:

“Âkit taraflar, hizmet sunumu serbestisi üzerindeki kısıtlamaları aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşma'nın [45], [46] ve [48] ilâ [54]. maddelerinden esinlenmekte uyuşmuştur.”

9. Ortaklık Anlaşması md. 22(1), şu şekildedir:

“Anlaşma ile belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için, Anlaşma'nın öngördüğu hâllerde Ortaklık Konseyi'nin karar yetkisi vardır. İki taraftan her biri, verilmiş kararların yerine getirilmesinin gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlüdür. ...”

Katma Protokol

10. Ortaklık Anlaşması md. 62 uyarınca bu anlaşmanın ayrılmaz bir parçasını oluşturan Katma Protokol, madde 1'de belirtildiği üzere, Ortaklık Anlaşması md. 4'teki geçiş döneminin gerçekleşme şartları, usulleri, sıra ve sürelerini tespit etmektedir.

11. “Kişilerin ve hizmetlerin dolaşımı” başlıklı Katma Protokol Kısım II, “işçiler” ile ilgili Bölüm I'i ve “yerleşme hakkı, hizmetler ve ulaştırma” ile ilgili Bölüm II'yi içerir.

12. Kısım II, Bölüm II altındaki Katma Protokol md. 41, şu şekildedir:

“1. Âkit taraflar, aralarında, yerleşme serbestisi ve hizmet sunumu serbestisine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınır.

2. Ortaklık Konseyi, Ortaklık Anlaşması'nın 13. ve 14. maddelerinde yer alan ilkelere uygun olarak, âkit tarafların yerleşme serbestisi ve hizmet sunumu serbestisi üstündeki kısıtlamaları aralarında gitgide kaldırmalarında uygulanacak sıra, süre ve usulleri tespit eder.

Ortaklık Konseyi, söz konusu sıra, süre ve usulleri, çeşitli faaliyet dalları için bu alanlarda Topluluğun daha önce koyduğu hükümleri ve Türkiye'nin ekonomik ve sosyal alanlardaki özel durumunu göz önüne alarak, tespit eder. Üretim ve alışverişlerin gelişmesine özellikle katkıda bulunan faaliyetlere öncelik verilir.”

13. Ortaklık Konseyi, Katma Protokol md. 41(2) temelinde Topluluk ile Türkiye arasında hizmetlerin liberalleştirilmesini amaçlayan müzakerelerin açılması ve kamu ihalesi pazarının karşılıklı olarak açılmasına ilişkin 2/2000 sayılı ve 11 Nisan 2000 tarihli Kararı⁷ kabul etmiştir. Bununla birlikte, Ortaklık Konseyi, şu ana kadar, bu tür hizmetlerin liberalizasyonu ile ilgili herhangi bir maddi karar almamıştır.

14. Kısım IV (“Genel ve son hükümler”) altındaki Katma Protokol md. 59, şu şekildedir:

⁷ Resmi Gazete 2000 L 138, s. 27.

“Bu Protokol'ün kapsamına giren alanlarda, Türkiye, üye devletlerin Topluluğu kuran Antlaşma uyarınca birbirlerine tanıdıklarından daha elverişli bir muameleden yararlanamaz.”

539/2001/EC sayılı Tüzük

15. Dış sınırları geçerken vizeye sahip olması gereken üçüncü devlet vatandaşları ile bu gereklilikten hariç tutulanları listeleyen 539/2001/EC sayılı ve 15 Mart 2001 tarihli Tüzük md. 1(1), şu şekildedir:

“Ek I'deki listedeki üçüncü ülkelerin vatandaşları, üye devletlerin dış sınırlarını geçerken vizeye sahip olmakla yükümlüdür.”

16. Türkiye Cumhuriyeti, Ek I'deki listede yer almaktadır. 539/2001 sayılı Tüzük Dibacesindeki 1. ifade, ATA md. 61'in⁸ dış sınırları geçerken vizeye sahip olması gereken üçüncü devlet vatandaşları ile bu gereklilikten hariç tutulanların listesinin “özgürlük, güvenlik ve adalet alanında kişilerin serbest dolaşımı ile doğrudan bağlı bitişik önlemler⁹ arasında” belirtildiği gerçeğine gönderme yapmaktadır.

66 Alman Hukuku

1 Ocak 1973 itibariyle Alman Hukuku

17. Ön karar başvurusundan açıktır ki; Almanya Federal Cumhuriyeti yönünden Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973 tarihinde bu üye devletin yerel hukuku, kalış amacı bir aile üyesini ziyaret etmek ise bir Türk Vatandaşı'nın Alman Ülkesi'ne girmek için vize almasını gerektirmiyordu.

18. 13 Eylül 1971 versiyonlu¹⁰ 10 Eylül 1965 tarihli Yabancılar Kanunu'nu Uygulayan Tüzük¹¹ Ek'i ile birlikte madde 5(1) nokta 1 uyarınca Türk Vatandaşları, yalnızca Almanya'da çalışmayı amaçlıyorsa, Alman Ülkesi'ne girmek için vize şeklinde bir ikamet izni almaları gerekiyordu.

⁸ ATA: Avrupa Topluluğu Antlaşması. ATA md. 61, şu an için ABİHA md. 67-71'e karşılık gelmektedir.

⁹ “*Flanking measures*” ifadesi, “bitişik önlemler” olarak çevrilmiştir.

¹⁰ BGB1. 1971 I, s. 1743.

¹¹ BGB1. 1965 I, s. 1341. (*Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes*)

19. Türk Vatandaşları, 1 Temmuz 1980 tarihli On Birinci Tüzük¹² ile Yabancılar Kanunu'nu Uygulayan Tüzük değiştirilene kadar genel bir vize gerekliliğine tâbi tutulmamıştı.

Esas davadaki zaman itibariyle Alman Hukuku'nun ilgili hükümleri

20. Ön karar başvurusundan açıktır ki; esas davadaki davacı gibi bir Türk Vatandaşı için Almanya'ya girmek için vizeye sahip olma gerekliliği, Ulusal Bölgedeki Yabancıların İkameti, İstihdamı ve Entegrasyonu Kanunu¹³ ("Yabancıların İkameti Hakkında Kanun") md. 4(1)'in ilk cümlesi ile getirilmiştir.

21. "İkamet izni gerekliliği" başlıklı Yabancıların İkameti Hakkında Kanun md. 4(1), şu şekildedir:

"Yabancılar, Avrupa Birliği Hukuku veya tüzükler aksini öngörmedikçe ya da ... [Ortaklık Anlaşması] uyarınca bir ikamet hakkı söz konusu değilse; Federal Almanya ülkesine girmek ve burada kalmak için ikamet izni talebinde bulunmalıdır."

ESAS DAVADAKİ UYUŞMAZLIK VE ÖN KARAR İÇİN GÖNDERİLEN SORU

22. 1993 doğumlu Türk Vatandaşı Bayan Demirkan, Almanya'da yaşayan Alman Vatandaşı üvey babasını ziyaret etmek için vize talebiyle Ankara'daki (Türkiye) Alman Büyükelçiliği'ne Ekim 2007'de başvurmuştur. Bayan Demirkan, bu başvurusunun reddi karşısında, Berlin İdare Mahkemesi'nde (*Verwaltungsgericht Berlin*) dava açmıştır.

23. Bayan Demirkan, bu mahkemeden vizesiz olarak Alman Ülkesi'ne girmeye hakkı olduğuna ilişkin bir karar vermesini istemiştir. Alternatif olarak, vize başvurusunun reddine ilişkin kararın iptal edilmesini ve Almanya Federal Cumhuriyeti'nin kendisine bir ziyaretçi vizesi vermekle yükümlü olduğu hakkında bir karar verilmesini istemiştir.

24. Bayan Demirkan'a göre, Katma Protokol md. 41(1)'deki "*standstill*" klotuna göre açıktır ki; kendisinin üvey babasını ziyaret etme amaçlı

¹² BGBl. 1980 I, p. 782.

¹³ BGBl. 2004 I, s. 1950. (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG)*)

Almanya'daki planlanan kalışı için vizeye ihtiyacı yoktur. Böyle bir ziyaret, belirleyici unsuru, yani hizmet alımını ister istemez içereceği için; o da, bu tür hizmetlerin yararlanıcısı olarak, başvurduğu turist vizesine hak kazanmaktadır. Almanya'nın yerel hukuku, Almanya Federal Cumhuriyeti yönünden Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte, Türk Vatandaşları'nı, Alman Ülkesi'nde üç aydan fazla kalmayı veya çalışmayı amaçlamıyorlarsa, ülkeye girmek için ikamet izni alma gerekliliğinden hariç tutmaktadır.

25. Berlin İdare Mahkemesi, Bayan Demirkan'ın vize olmaksızın Alman ülkesine girme hakkının olmadığını belirterek, 22 Ekim 2009 tarihli kararı ile bu istemi geri çevirmiştir. Özellikle, Bayan Demirkan, Katma Protokol md. 41(1)'deki “*standstill*” klotuna dayanamaz; çünkü bu klot, aile ziyareti amaçlı ikamet iznine uygulanabilir değildir. Bu mahkemeye göre, “*standstill*” klotu, yürütölen herhangi bir ekonomik etkinlikten bağımsız olarak Türk Vatandaşları'na genel bir dolaşım serbestisi hakkı bahşetmemektedir.

26. Bayan Demirkan, Berlin-Brandenburg Yüksek İdare Mahkemesine (68) (*Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg*) bu kararı temyiz etmiştir.

27. Bu mahkemeye göre hem ulusal hukuk, yani Yabancıların İkameti Hakkında Kanun md. 4(1) ve AB Hukuku, yani 539/2001 sayılı Tüzük md. 1(1) ve Ek I uyarınca Bayan Demirkan, Alman Ülkesi'ne girmek için vize almakla yükümlüdür. Dolayısıyla, Bayan Demirkan, vizesiz giriş hakkına sahipse; bu, ancak Katma Protokol md. 41(1) temelinde gerçekleşebilir.

28. Başvurucu mahkemeye göre Almanya Federal Cumhuriyeti yönünden Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973 tarihinde Alman Hukuku uyarınca Bayan Demirkan'ın planladığı gibi aile ziyareti amaçlı kalış için vize almak yönünden herhangi bir gereklilik yoktu. Buna karşın, yine aynı mahkemeye göre Divanın içtihat hukuku, özellikle de Dava C-228/06 *Soysal and Savatli* [2009] ECR I-1031, Katma Protokol md. 41(1)'deki hizmet sunumu serbestisi üstündeki her türlü yeni kısıtlamanın getirilmesi yasağının “pasif” hizmet sunumu serbestisi olarak anılan, hizmet sunumundan yararlanmak için hizmet alıcılarının bir üye devletten bir başka üye devlete seyahat etmesi serbestisini de içerip içermediği hakkında herhangi bir belirtiyeye yer vermemektedir. Bu konu, Almanya'da hem içtihat

hukuku hem de hukuki literatür yönünden pek çok tartışmanın konusunu oluşturmuştur. Almanya'daki baskın görüşe göre “*standstill*” klozu, hem aktif hem de pasif hizmet sunumu serbestisini kapsamaktadır.

29. Gönderilen ilk sorunun yanıtı, Katma Protokol md. 41(1) anlamında hizmet sunumu serbestisi kavramı pasif hizmet sunumu serbestisini de kapsıyor şeklinde olursa; bu kez de, ulusal mahkemeye göre, üç aya kadar kalmak üzere akrabalarını ziyaret etmek için Almanya'ya seyahat eden ve hizmet almanın salt ihtimaline dayanan Türk Vatandaşları'nın “*standstill*” klozunca kapsanıp kapsanmadığı değerlendirilmelidir.

30. Başvurucu mahkemeye göre bazı Alman Akademisyen Hukukçu Yazarlar, pasif hizmet sunumu serbestisinin kapsamının geniş yorumunu desteklemek amacıyla, Dava C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] ECR I-7637'nin 15. paragrafına dayanmakta olup; bu paragraf uyarınca da, Divan, pasif hizmet sunumu serbestisinin Avrupa Birliği Hukuku'nca teminat altına alınan diğer tüm serbestilerden bağımsız olarak, bir başka üye devleti ziyaret eden ve “hizmet almayı amaçlayan veya alması muhtemel olan” tüm üye devlet vatandaşlarına uygulandığına karar vermiştir.

31. Bu koşullar altında, Berlin-Brandenburg Yüksek İdare Mahkemesi (*l'Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg*), davayı durdurarak, Divana ön karar için şu soruyu göndermeye karar vermiştir:

“(1) Pasif hizmet sunumu serbestisi, [Katma Protokol] md. 41(1) anlamında hizmet sunumu serbestisi kavramının kapsamı içinde kalır mı?

(2) Eğer birinci soru olumlu bir biçimde yanıtlanırsa: Katma Protokol md. 41(1) anlamında pasif hizmet sunumu serbestisinin korunması, esas davadaki davacı gibi, Federal Almanya Cumhuriyeti'ne spesifik bir hizmet almak için girmek değil; ancak üç aya kadar akrabalarını ziyaret etmek amacıyla kalmak isteyen ve Almanya'da hizmet almanın salt ihtimaline dayanan Türk Vatandaşları'nı da kapsar mı?”

Birinci Soru

32. Başvurucu mahkemenin birinci sorusu, esas olarak, Şu Şekildedir: Katma Protokol md. 41(1)'deki "hizmet sunumu serbestisi" kavramı, hizmet alıcısı olan Türk Vatandaşları için hizmet almak için bir üye devleti ziyaret etme serbestini kapsar Şeklinde yorumlanabilir mi?

33. İlk baştan belirtmek gerekir ki; ABİHA md. 56 uyarınca hizmetin sunulacağı kişinin bulunduğu üye devletten başka bir üye devlette yerleşik üye devlet uyrukları bakımından, Birlik içinde hizmet sunma serbestisine ilişkin kısıtlamalar yasaktır.

34. Divan, Birleşik Davalar 286/82 ve 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] ECR 377'nin 10. paragrafı ile Şu an için ABİHA md. 56'ya karşılık gelen AET Antlaşması md. 59¹⁴ anlamındaki "hizmet sunumu serbestisi" kavramını yorumlamıŐtır. Buna göre, hizmetin sunulmasını sağlamak için, hizmet sunan kişi, hizmet alıcısının yerleşik bulunduğu üye devlete gidebilir veyahut da hizmet alıcısı, hizmet sunanın yerleşik bulunduğu üye devlete gidebilir. Divana göre, diğerlerinin yanında, ilk ihtimal, AT Antlaşması md. 60'ın 3. fıkrası¹⁵ ile aÇıkça belirtilmiŐken; ki bu fıkra Şu an için ABİHA md. 57'nin 3. fıkrasına karşılık gelmekte olup, hizmet sunan kişinin hizmet sunduğu üye devlette o devletin kendi uyrukları için öngördüğu koşullara tâbi olarak geçici faaliyette bulunmasına izin vermektedir; ikinci ihtimal, birinci ihtimalin gerekli tamamlayıcısıdır ve malların, kişilerin ve sermayenin serbest dolaŐımınca kapsanmayan tüm kazançlı etkinliklerin liberalleştirilmesi hedefini yerine getirir.

35. Dolayısıyla, Divanın yerleşik içtihat hukuku uyarınca ABİHA md. 56 ile üye devlet vatandaşlarına, bundan ötürü de Avrupa Birliği Vatandaşları'na tanınan hizmet sunumu serbestisi, "pasif" hizmet sunumu serbestisini, yani hizmet alıcılarının kısıtlamalar ile engellenmeksizin hizmet almak için bir başka üye devlete gitme serbestisini içermektedir. (*Luisi and Carbone*, paragraf 16; Dava 186/87 *Cowan* [1989] ECR 195, paragraf 15; *Bickel and*

¹⁴ Sonradan AT Antlaşması md. 59; sonraki deđiŐiklik ile AT Antlaşması md. 49.

¹⁵ Sonradan AT Antlaşması md. 60'ın 3. fıkrası; sonraki deđiŐiklik ile AT Antlaşması md. 50'nin 3. fıkrası.

Franz, paragraf 15; Dava C-348/96 *Calfa* [1999] ECR I-11, paragraf 16 ve Dava C-215/03 *Oulane* [2005] ECR I-1215, paragraf 37).

36. Öyleyse, ABİHA md. 56, ABİHA ile teminat altına alınan diğer serbestilerden bağımsız olarak, hizmet almak amacıyla veya alması muhtemel olarak bir başka üye devleti ziyaret eden her Avrupa Birliği Vatandaşı'nı kapsar (Bu etki için bkz. *Bickel and Franz*, paragraf 15). Bu içtihat hukuku uyarınca, turistler, tıbbi tedavi alan kişiler ve eğitim veya iş amacıyla seyahat eden kişiler, hizmet alıcıları olarak kabul görmektedir (*Luisi and Carbone*, paragraf 16).

37. Ortaklık Anlaşması uyarınca Türk Vatandaşları'na tanınan statü ile ilgili olarak, Katma Protokol md. 41(1), –lâfzından da açıkça anlaşıldığı üzere– açık, kesin ve koşulsuz bir biçimde net bir “*standstill*” klozu getirmektedir. Bu kloz, âkit tarafların Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği andan itibaren yerleşme serbestisi ve hizmet sunumu serbestisi üstüne yeni kısıtlamalar koymasını yasaklar (yerleşme serbestisi üstündeki kısıtlamalar ile ilgili olarak bkz. Dava C-37/98 *Savas* [2000] ECR I-2927, paragraf 46).

38. Divanın yerleşik içtihat hukuku uyarınca Katma Protokol md. 41(1), doğrudan etkilidir. Dolayısıyla, bu hüküm, uygulandığı Türk Vatandaşları'nca üye devletlerin mahkemeleri önünde ileri sürülebilir (Bu etki için bkz. *Savas*, paragraf 54; Birleşik Davalar C-317/01 ve C-369/01 *Abatay and Others* [2003] ECR I-12301, paragraflar 58 ve 59; Dava C-16/05 *Tum and Dari* [2007] ECR I-7415, paragraf 46 ve *Soysal and Savatli*, paragraf 45).

39. Belirtmek gerekir ki; “*standstill*” hükmü, genel olarak, bir Türk Vatandaşı'nın bir üye devlet ülkesinde ilgili ekonomik serbestisini kullanmasını, o devlet yönünden Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği zamanda uygulanan koşullara nazaran daha sıkı koşullara tâbi tutmak amacını veya etkisini taşıyan her türlü yeni önlemin getirilmesini yasaklar (Bu etki için bkz. *Savas*, paragraf 69 ve paragraf 71'in dördüncü satırı; *Abatay and Others*, paragraf 66 ve paragraf 117'nin ikinci satırı ve *Tum and Dari*, paragraflar 49 ve 53).

40. Divan'ın önceki kararları çerçevesinde Katma Protokol md. 41(1), bir üye devlete hukuka uygun olarak hizmet sunan ve Türkiye'de yerleşik bulunan bir teşebbüs ve böyle bir teşebbüste işçi olan tır şöförlerince ileri sürülebilir (*Abatay and Others*, paragraflar 105 ve 106).

41. *Soysal and Savatli* kararına göre açıktır ki; Katma Protokol md. 41(1)'deki "standstill" klozu, bu Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, Türk Vatandaşları'nın Türkiye'de yerleşik bir teşebbüs namına hizmet sunmak için bir üye devlet ülkesine giriş yapmaları için vize alması ile ilgili bir gereklilik getirilmesinin önüne geçer; zira bu tarihten önce böyle bir vize istenmemektedir.

42. Esas dava yönünden Katma Protokol md. 41(1)'deki "standstill" klozunun, *Soysal and Savatli* kararına sebebiyet veren davadakilerden farklı olarak, sınır aşırı hizmet sunumu ile iştiğal etmeyen; fakat hizmet almak için bir üye devlete gitmek isteyen Türk Vatandaşları'na da uygulanabilir olup olmadığının incelenmesi gerekir.

43. Gerçekten de, yerleşik içtihat hukukuna göre hizmet sunumu serbestisine ilişkin Antlaşma¹⁶ hükümlerindeki ilkeler, mümkün olduğu ölçüde, âkit taraflar arasındaki hizmet sunumu serbestisi üstündeki kısıtlamaları ortadan kaldırmak için Türk Vatandaşları'na genişletilmelidir (Bu etki için bkz. *Abatay and Others*, paragraf 112 ve alıntılanan içtihat hukuku).

44. Bununla birlikte, Antlaşma hükümleri de dâhil olmak üzere, iç pazar ile ilgili Avrupa Birliği Hukuku hükümlerine getirilen yorum, o anlaşma ile buna yönelik açık hükümler getirilmediği müddetçe, Avrupa Birliği'nin üye olmayan bir devlet ile bağıtladığı bir anlaşmanın yorumu yönünden kıyasen otomatik bir biçimde de uygulanamaz (Bu etki için bkz. Dava 270/80 *Polydor and RSO Records* [1982] ECR 329, paragraflar 14 ilâ 16; Dava C-351/08 *Grimme* [2009] ECR I-10777, paragraf 29 ve Dava C-70/09 *Hengartner and Gasser* [2010] ECR I-7233, paragraf 42).

¹⁶ Burada ve sonraki paragraflardaki "Antlaşma" ifadesi ile ABIHA (Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma) kastedilmektedir.

45. Ortaklık Anlaşması md. 14'te kullanılan "esinlenmekte uyuşmak" yüklemi, âkit tarafların Antlaşmanın hizmet sunumu serbestisine ilişkin hükümlerini veya aslında bu hükümlerin uygulanması için kabul edilen hükümleri uygulamakla yükümlü olmadığına; fakat Ortaklık Anlaşması'ndaki hedefleri uygulamak için önlemler alınırken bunları salt bir rehber kaynak olarak değerlendirmesi gerektiğine işaret etmektedir.

46. Yukarıdaki 13. paragrafta belirtildiği üzere, Ortaklık Konseyi, hizmetlerin liberalleştirilmesi için herhangi bir maddi önlem kabul etmemiştir. Bugüne kadar, ortaklık, yalnızca 2/2000 sayılı Kararın kabulü ile sınırlı kalmıştır.

47. Dahası, Divanın tekrar tekrar belirttiği üzere, Antlaşmadaki bir hükmün yorumunu Avrupa Birliği ile üye olmayan bir devlet arasında bağitlanan bir anlaşmanın bu hüküm ile kıyaslanabilir, benzer veya aynı lâfza sahip bir hükmüne genişletmenin mümkün olup olmadığı, diğerlerinin yanında, her bir hükmün kendi hususi bağlamı içerisinde güttüğü amaca bağlıdır. Bu bakımdan, ilgili anlaşma ile Antlaşmanın hedefleri ve bağlamı arasındaki kıyaslama, kayda değer bir önem taşımaktadır (Bkz. Dava C-312/91 *Metalsa* [1993] ECR I-3751, paragraf 11; Dava C-63/99 *Gloszczuk* [2001] ECR I-6369, paragraf 49 ve Dava C-162/00 *Pokrzeptowicz-Meyer* [2002] ECR I-1049, paragraf 33).

48. Özel olarak AET-Türkiye Ortaklığı yönünden, Dava C-371/08 *Ziebell* [2011] ECR I-0000 kararının 62. paragrafına göre açıktır ki; Avrupa Birliği Hukuku'nun bir hükmünün bu ortaklığa kıyasen uygulanmak için uygun olup olmadığına karar verilirken; bir taraftan, Ortaklık Anlaşması ile güdülen hedefler ve bu anlaşmanın bir parçası olduğu bağlam ile diğer taraftan, ilgili Avrupa Birliği Hukuku aracının hedefi ve bağlamı arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır.

49. Belirtilmelidir ki; bir taraftan, Ortaklık Anlaşması ve onun Katma Protokol'ü ile diğer taraftan, Antlaşma arasında, diğerlerinin yanında, hizmet sunum serbestisi ile Avrupa Birliği içinde kişilerin dolaşım serbestisi arasındaki bağdan ötürü farklılıklar bulunmaktadır. Özellikle, Katma Protokol md. 41(1)'in hedefi ve bu hükmün bağlamı, ABİHA md. 56'nın

hedefi ve bağlamından –özellikle de bu hükümlerin hizmet alıcılarına uygulanabilirliği ile ilgili olarak– esasen farklıdır.

50. İlkın, hedeflere ilişkin olarak, Divan önceden belirtmiştir ki; AET-Türkiye ortaklığı, salt ekonomik amaç gütmektedir (*Ziebell*, paragraf 64). Ortaklık Anlaşması ve onun Katma Protokol'ü, esasen, Türkiye'nin ekonomik kalkınmasını teşvik etmeyi amaçlamaktadır (*Savas*, paragraf 53).

51. Ortaklık Anlaşmasının amacının salt ekonomik olduğu, anlaşmanın lâfzına da yansımıştır. Bu, geçiş döneminin uygulanmasına ilişkin Anlaşma Kısım II içindeki Bölüm 1, 2 ve 3'ün başlıklarından da açıktır. Nitekim bu başlıklar, sırasıyla, “gümrük birliği”, “tarım” ve “diğer ekonomik hükümler” olarak konulmuştur. Dahası, Ortaklık Anlaşması md. 14, “âkit taraflar, hizmet sunumu serbestisi üzerindeki kısıtlamaları aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşma'nın [45], [46] ve [48] ilâ [54]. maddelerinden esinlenmekte uyumuştur” şeklinde olup; başlığı açıkça ekonomik konulara gönderme yapan Kısım II Bölüm 3 içinde yer almaktadır.

74

52. Dahası, Ortaklık Anlaşması, md. 2(1)'in kendi sözleri ile “Türkiye Ekonomisi'nin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk Halkı'nın çalıştırılma seviyesinin ve yaşama şartlarının yükseltilmesini sağlama gereğini tümü ile göz önünde bulundurarak, taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmeyi” amaçlamaktadır. Bundan başka, Katma Protokol md. 41(2)'nin ikinci alt paragrafı uyarınca Ortaklık Konseyi, çeşitli faaliyet dalları için yerleşme serbestisi ve hizmet sunumu serbestisi üstündeki kısıtlamaların gitgide kaldırılması için sıra, süre ve usulleri tespit ederken, Avrupa Birliği'nin bu alanlarda hâlihazırda kabul ettiği benzer önlemleri ve Türkiye'nin ekonomik ve sosyal alanlardaki özel durumunu göz önüne alacaktır.

53. ABİHA md. 21 uyarınca Avrupa Birliği Vatandaşları'na tanınan ile kıyaslanabilir, genel nitelik taşıyan kişilerin dolaşım serbestisini getirmek amacıyla ekonomik serbestileri geliştirmek, Ortaklık Anlaşmasının hedefi değildir. Ne bu anlaşma ve onun Katma Protokol'ü ne de yalnızca işçilerin dolaşım serbestisi ile ilgili bulunan 19 Eylül 1980 tarihli ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Türkiye ile Avrupa Birliği arasında kişilerin dolaşım serbestisi ile ilgili genel bir ilke tesis etmektedir. Dahası, Ortaklık

Anlaşması, belirli haklardan yararlanmayı yalnızca ev sahibi üye devlet ülkesi içinde teminat altına almaktadır (Bu etki için bkz. Dava C-325/05 *Derin* [2007] ECR I-6495, paragraf 66).

54. Divan, tekrar tekrar belirtmiştir ki; Katma Protokol md. 41(1)'deki “*standstill*” klozu, kendiliğinden, –yalnızca Avrupa Birliği Hukuku temelinde– Türk Vatandaşları'na herhangi bir yerleşme hakkı veya bunun tamamlayıcısı olarak bir ikamet hakkı veya esasen hizmet sunumu serbestisi veya bir üye devletin ülkesine girme hakkı vermek için yeterli değildir (Bu etki için bkz. *Savas*, paragraf 64 ve 71'in üçüncü satırı; *Abatay and Others*, paragraf 62; *Tum and Dari*, paragraf 52 ve *Soysal and Savatli*, paragraf 47).

55. Sonuç olarak, yerleşme serbestisi veya hizmet sunumu serbestisinin ileri sürülüp sürülmediğine bakmaksızın, “*standstill*” klozu, yalnızca, ihtilafli etkinlik bir ekonomik etkinliğin yürütülmesinin doğal sonucu olduğunda Türk Vatandaşları'nın bir üye devlet ülkesine girişi ve orada ikameti koşulları yönünden alakalı olabilir.

56. Buna karşın, Avrupa Birliği Hukuku uyarınca, pasif hizmet sunumu serbestisinin korunması, (iç pazarın) kurulmasına yönelik tüm engeller kaldırılarak, iç sınırları olmayan bir alan olarak ifade edilen bir iç pazarın kurulması hedefine dayanır. İşte bu hedef, Antlaşmayı 50. paragrafta belirtildiği üzere esasen ekonomik bir amaç güden Ortaklık Anlaşması'ndan ayırır.

57. İkinci olarak, bir taraftan, Ortaklık Anlaşması ve onun Katma Protokolü'nün hükümleri anlamında hizmet sunumu serbestisi kavramının yorumu ile diğer taraftan, Antlaşmanın hükümlerinin yorumu, bu hükümlerin zamansal bağlamına da bağlıdır.

58. Bu bakımdan belirtilmelidir ki; Katma Protokol md. 41(1)'deki gibi bir “*standstill*” klozu, kendiliğinden, hak yaratmaz. Bu hüküm, belirli bir tarihe gönderme yaparak, her türlü yeni kısıtlayıcı önlemin getirilmesini yasaklar.

59. Divana görüş sunan hükümetler ile Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Komisyonu'nca belirtildiği gibi, hizmet sunumu serbestisi, orijinal olarak hizmet sunma serbestisi olarak düşünölmekteydi. Divan, ancak 1984 yılında *Luisi and Carbone* kararı ile birlikte Antlaşma'daki hizmet sunumu

serbestîsinin pasif hizmet sunumu serbestîsini de içerdîğini açıkça belirtmiştir.

60. Dolayısıyla, Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol'ün âkit taraflarının bu belgeleri imzalarken hizmet sunumu serbestîsinin pasif hizmet sunumu serbestîsini de içeriyor olarak öngördüğünü belirtecek herhangi bir şey bulunmamaktadır.

61. Hukuk Sözcüsünün Görüşününün 71. noktasında belirttiği üzere, Ortaklık Anlaşması'nın âkit taraflarının pratikteki tutumu, bunun tam aksi yönünde bazı belirtiler ortaya koymaktadır. Esasen, pek çok üye devlet, Katma Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonra Türk Vatandaşları'nca turistik seyahatlar için vize gerekliliği getirmiştir ve Katma Protokol md. 41(1) ile bunun men edildiğini düşünmemiştir. Hatta Türkiye Cumhuriyeti de, – Alman Hükümeti'nin itiraz edilmemiş görüşlerine göre– Ekim 1980'de işçi olmayan Belçika ve Hollanda vatandaşları ile ilgili olarak 1973 yılında yürürlükte olan vize gerekliliğinden hariç tutmaya ilişkin kararı kaldırarak, Belçika Krallığı ve Hollanda Krallığı yönünden aynısını yapmıştır.

76 **62.** Buraya kadar belirtilenler ışığında, bir taraftan Antlaşmalar ile diğer taraftan Ortaklık Anlaşması ve onun Katma Protokol'ü arasındaki hem hedefe hem bağlama ilişkin farklılıklar nedeniyle, Divanın *Luisi and Carbone* kararındaki AET Antlaşması md. 59 ile ilgili yorumu, Katma Protokol md. 41(1)'deki “*standstill*” klotuna genişletilemez.

63. Bu koşullar altında, birinci sorunun yanıtı uyarınca: Katma Protokol md. 41'deki “hizmet sunumu serbestîsi” kavramı, hizmet alıcıları olan Türk Vatandaşları'nın hizmet almak için bir üye devlete gitmesi serbestîsini kapsamaz; şeklinde yorumlanmalıdır.

İkinci Soru

64. Başvurucu mahkeme, birinci sorusunun olumlu yanıtlanmasına dayalı olan ikinci sorusu ile pasif hizmet sunumu serbestîsinin aile üyelerini ziyaret etmeyi ve hizmet almanın salt ihtimalini kapsayıp kapsamadığını sormaktadır.

65. Birinci soruya verilen yanıt gereğince, ikinci soruyu yanıtlamaya gerek yoktur.

MASRAFLAR

66. Buradaki muameleler, esas davanın tarafları açısından ulusal mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan; masraflar hakkındaki karar, ulusal mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan masraflar, bahsi geçen tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

BU SEBEPLER İŞİĞİNDA DİVAN (BÜYÜK DAİRE) ŞU ŞEKİLDE KARAR VERMEKTEDİR:

23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel'de imzalanan ve Topluluk adına 2760/72/EEC sayılı ve 19 Aralık 1972 tarihli Konsey Tüzüğü (Resmi Gazete 1973 C 113, s. 17) ile tamamlanan, uygun bulunan ve onaylanan Katma Protokol md. 41'deki "hizmet sunumu serbestisi" kavramı, hizmet alıcıları olan Türk Vatandaşları'nın hizmet almak için bir üye devlete gitmesi serbestisini kapsamaz; şeklinde yorumlanmalıdır.

[İmzalar]

ARAZİ REHİN HAKLARINDAN DOĞAN GAYRİMENKUL MÜKELLEFİYETLERİ VE BUNLARIN CEBRİ İCRA YOLUYLA PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Prof. Dr. Heike Köster*

*Çeviren: Tuğçe Oral***

A. Giriş

Alman Adli Hizmetler Meslek Yüksek Okulunda okuyan adli hizmetler ara personelleri, genellikle Mahkemelerde yardımcı personel olarak görev yapmaktadırlar. Hâkim tarafından yardımcı personele aktarılan dosyalar Adli Hizmetler Personeli Yasası'nın 3. maddesinin 1h bendine göre, tapulama işlemleri ve aynı yasanın 1i bendine göre cebri açık arttırma ve yed-i emin atamasıdır. Sunumda iki konuya da değinilecektir. Öncelikle rehin haklarına değinilerek başlanacak, ardından da adli yönetim işlerine değinilerek araziye cebri icra yoluyla el konulması konusuyla konuşma bitirilecektir.

B. İcra Hukuku Kapsamında Rehin Hukuku

I. Rehin Hakkı Türleri

1. İpotek

Alman Medeni Kanunu'nun 1113. maddesinde düzenlenen ipotek, alacağa bağlıdır. Alacak, taşınmaz malikinin aleyhinedir. Taşınmaz maliki, kendi taşınmazını ya da başka bir taşınmazı rehin olarak verebilir. Bu kapsamda örneğin taşınmazı olmayan bir çocuk ailesinin taşınmazını ipotek ettirerek kredi alabilecektir. Bu durumda, çocuk bankaya şahsi olarak sorumlu olacak, ailesi ise taşınmaz ile sorumlu olacaktır. Dolayısıyla eğer çocuk krediyi geri ödemezse, ailesi taşınmazı kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaklardır.

2. İpotekli Borç Senedi

Alman Medeni Kanunu'nun 1191. maddesinde düzenlenmiş olan ipotekli borç senedi, alacaktan bağımsız olarak paraya çevrilebildiğinden, son yıllarda

* Kuzey Alman Adli Hizmetler Yüksek Okulu

** Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilimdalı Öğretim Elemanı

ticaret hayatında daha fazla kullanılmaktadır. İpotekte rehin hakkı yalnızca taşınmaz ile sınırlıyken, ipotekli borç senedi, borcun tamamının alınması imkânı sağladığından bankalarca da tercih edilmektedir. Bunun ötesinde ipotekli borç senedi ekonomideki dalgalanmaları da aşma imkânı vermektedir (örneğin üretici ile banka arasındaki ilişkide cari hesaptan doğan alacaklar değişebilmektedir). İpotekli borç senedi, alacak ile senet arasındaki ilişkiyi kuran bir sözleşmedir. Bu sözleşme, bir taraftan hangi alacakların ipotekli borç senedine bağlandığını belirtirken, diğer taraftan da alacağın sona ermesi veya iş ilişkisinin son bulması durumunda ipotekli borç senedinin nasıl geri verileceğini düzenlemektedir.

II. Taşınmaz Üzerindeki Rehin Haklarının Sebepleri

1. Alacaklı ve Taşınmaz Malikinin Anlaşması

Taşınmaz rehin hakkı, maddi hukuka göre alacaklı ve taşınmaz malikinin anlaşması doğrultusunda Alman Medeni Kanunu'nun 873/I/2. fıkrasına göre kurulur. İşlemin usul hukukuna göre yapılması ise Tapu Sicili Nizamnamesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla tescil için yalnızca taşınmaz malikinin talebi gerekmektedir. Nizamnamede bu talep için şekil zorunluluğu öngörülmüştür. Taşınmaz maliki, imza tasdikleri ve belgeler için noterler yetkili olduğundan, bu talep için notere başvurulmalıdır.

2. Tapu Sicili Dairesi Tarafından Tescil

Tapu sicili görevlisi, gerekli evrakların hepsinin bulunup bulunmadığını kontrol ettikten sonra tapu siciline tescili gerçekleştirir. Kuşkusuz ki, bu sunum çerçevesinde bu detaylarla dinleyiciler gereksiz yere sıkılmak istenmemektedir.

Bunun yerine dinleyicilere bir sonraki bölümde rehin konusu mallar özet niteliğinde anlatılacaktır.

III. Rehin Konusu Mallar

1. Arazi

Rehin konusu mallardan ilki arazinin kendisidir. Arazi, hukuki anlamda tapu kütüğüne belirli bir sayfaya işlenmiş ve sınırlanmış bir kara parçasıdır. Her taşınmaz için kural olarak ayrı bir sayfa açılır. Ancak ekonomik açıdan

üzerinde bulunan bina ön planda olur. Dolayısıyla sorumluluk, Medeni Kanun'un 94. maddesine göre arazinin yanında üzerindeki binayı, binaya monte edilmiş tüm malları ve arazi üzerindeki diğer öğeleri kapsar ve Medeni Kanun'un 93. maddesine göre arazi ve üzerindeki bina birlikte yüklenilebilir. Arazi üzerindeki diğer öğelerden kasıt, dikili bitkiler, zirai ve ormancılığa ait tüm ürünler ve kesilmemiş ağaçlardır.

2. Rehin Konusu Araziye Bağlı Diğer Mallar

İpotek aynı zamanda şu kalemleri de kapsar

- Arazinin eklentileri. Bunlar, araziye hizmet eden ancak bütünleyici parçası olmayan taşınır mallardır. Örneğin Bir ticarethanedeki makineler, aletler ya da çiftliklerdeki hayvanlar. Müstakil evde ise bu evin dışındaki fırın olabilir.
- Medeni Kanun'un 1123. maddesine göre arazinin adi veya ürün kiralalarının faizleri
- Medeni Kanun'un 1127. maddesine göre arazinin veya diğer rehin konusu malların sigorta alacakları

IV. Alacağa Kavuşma Hakkı

Arazinin rehin hakkı alacaklısı, rehin konusu malları Medeni Kanun'un 1147. maddesi uyarınca cebri icra yoluyla sattırarak alacağına kavuşabilir.

C. Arazi ve Rehin Konusu Araziye Bağlı Diğer Mallar Üzerinde Cebri İcra

I. Arazi Üzerinde Cebri İcra Türleri

1. Genel Olarak

Arazi, taşınmaz mallardan biridir. Rehin hakkı alacaklısı, bu araziye Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 866. maddesinin I,1 bendine ve Cebri İcra Kanunu'nun 15 vd. maddelerine göre cebri açık artırma yoluyla sattırabilir ya da Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 866. maddesinin I,2 bendine ve Cebri İcra Kanunu'nun 146 vd. maddelerine göre taşınmazın yönetimi için yed-i emin atanmasını talep edebilir. Bu işlemler, hedef belirlemede farklılık göstermektedirler.

2. Cebri Açık Artırma

Cebri açık artırma yolu kullanıldığında, taşınmaz maliki, taşınmazını kaybeder. Alacaklı, açık artırma ile satıştan tatmin edilecektir.

3. Yed-i Emin Atanması

Arazi yönetimi için yed-i emin atanması durumunda, taşınmaz maliki, taşınmazı elinde tutar. Mahkeme tarafından belirlenen ve denetlenen yed-i emin, araziye zilyetliğinde tutar. Bu durumda, alacaklı, arazinin gelirleri ile tatmin edilir. Bunlar, düzenli olarak taşınmazdan toplanabilen adi kira veya ürün kiralarıdır. Yed-i emin önceden tüm idari masrafları ve arazinin kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini karşılamak zorundadır.

II. İlam Niteliğini Taşıyan Belge

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 794 I, 5. bendine göre, cebri icra için gerekli olan ilam niteliğindeki belge, taşınmaz ipotek hukukunda, normal şartlarda taşınmaz sahibinin bir noter tarafından tanzim edilen belgede, ipotek nedeniyle derhal cebri icranın faizleriyle birlikte taşınmaza ve rehin konusu araziye bağlı diğer mallara tabi olarak, hukuka başvurulmasıyla düzenlenir.

III. Açık Arttırma Usulü

1. Cebri Açık Arttırma Kararı İçin Başvuru

Cebri icra müessesesi, sadece alacaklının başvurusu üzerine başlatılabilir. Alacaklı, burada cebri icranın başlaması için adalet hizmetleri personeline sunulacak olan tüm belgeleri sunmak zorundadır. Burada, aynı taşınmaz malikinin birden fazla alacaklısı olabilir. Başlatılan işlem, başka bir başvuruya gerek kalmadan re'sen sürdürülecektir. Bu işlem, açık arttırma anına kadar her zaman alacaklı tarafından yapılacak başvuru ile durdurulabilir. İşlemler esnasında, alacaklı, borçluya ödeme veya direkt satışla cebri icra kararını kaldırması olanağını vermek için, iki defa altı ay ile sınırlanmış durdurma kararı talep edebilir. Bunun yanında, borçlu da kendisinin açık arttırmaya mani olabileceğini kanıtlaması durumunda geçici durdurma talep edebilir. Durdurma, bir kez tekrarlanarak en fazla iki yıl sürebilir.

2. Rayiç Değer Belirleme

Cebri İcra Kanunu'nun 74a V 1 ve 2. maddeleri uyarınca, Cebri açık arttırmaya hazırlık için, mahkeme tarafından taşınmazın ve diğer rehin konusu malların rayiç bedeli belirlenir. Rayiç bedelin belirlenmesi için mahkeme, sanayi ve ticaret odasından arazi ve binaların değerlemesinde uzmanlaşmış yeminli bir bilirkişi görevlendirir. Mahkeme, bedeli davaya katılanları dinledikten sonra belirler. Bilirkişinin belirlediği değer, mahkemeyi bağlamaz.

3. Tarih Belirlenmesi

Cebri açık arttırma tarihi belirlenmiş sürele uyularak kamuya duyurulur. Kısa bir süredir bunlar internette de yayınlanmaktadır. İnternette aynı zamanda rayiç bedel mütalaası da yer alabilir. Açık arttırma asliye hukuk mahkemesinde kamuya açık olarak yapılır.

4. Cebri Açık Arttırma Günü

Cebri açık arttırmada yapılan işlemler üç kısma ayrılır.

a) Tanıtım aşaması

İlk aşamada katılımcılar ve müzayedeye iştirak edenlere arazi, rayiç bedel ve özellikle de açık arttırmanın kanunda öngörölmüş şekli ile ilgili bilgi verilir.

b) Müzayedeye anı

İkinci bölümde müzayedeye katılanlar tekliflerini sözlü olarak dile getirirler. Açık arttırma teriminin kullanılabilmesi için, sürecin en az yarım saat sürmesi gerekmektedir. Düzenlenen süreci garanti etmek için, müzayedeye, söz konusu süreyi aşacak şekilde sürdürölür. Son teklifin üç kere söylenmesinin ardından açık arttırma son bulur. Açık arttırmaya katılan kişi, önceden havale yoluyla ya da banka çekiyile rayiç bedelin %10'u tutarındaki değerini güvence olarak vermek zorundadır.

Teklif edilebilecek minimum bedelin hesaplanması zordur. Bu noktada sadece şu kadar açıklama yapılacaktır:

İlk cebri açık arttırmada mahkeme tarafından belirlenebilecek minimum değer rayiç bedelin %50'si olmak zorundadır. Bu şekilde satılmadığı takdirde, açık arttırma başarısızlığa uğramış sayılır ve yeni bir açık arttırma

günü saptanır. Her kim taşınmazın bedelinin %70'ine ulaşan teklif verirse, bu başarısızlığın uygulanabilirliği kalmayacaktır. Eğer bu sebeplerden dolayı bir açık arttırma başarısızlığa uğrarsa bir sonraki açık arttırma anında bu sınırlar uygulanmayacaktır.

c) Açık Arttırma Müzakeresi

Son kısımda, açık arttırma müzakereleri yapılacaktır. Açık arttırmada, en fazla bedeli veren, arazinin maliki olacaktır. Açık arttırmanın sonucu hemen ya da bir hafta içerisinde belirlenecek bir tarihte açıklanır. Usulde yapılacak herhangi bir hata, tüm sürecin başarısız olmasına yol açacaktır.

5. Paylaşma Aşaması

Cebri açık arttırma bedeli, en erken dört hafta sonra vuku bulacak ve kamuya açık olmayan paylaşma müzakerelerinde paylaşılacaktır. Sıra cetveli, Cebri İcra Yasası'nın 10. maddesinin birinci fıkrasına göre saptanacaktır. Bu hüküm, taşınmaz üzerindeki hakların yanı sıra, aralarında öncelikli alınan yargılama giderlerinin de bulunduğu sekiz kalemi içermektedir. Taşınmaz üzerindeki hakların sırası, tapu kütüğüne tescile göre belirlenir. Cebri icraya başvuru yapan kişi olmasalar da tapu kütüğüne tescil edilmiş haklara sahip olan herkes dikkate alınır. Herkes cebri icraya egemen olan öncelik ilkesine göre tatmin edilecektir.

D. Son Söz

Yukarıda kısaca anlatılan tüm usul, Cebri İcra Kanunu'nun 180. maddesinde yer alan birlikte mülkiyetin sona erdirilmesinden kaynaklanan açık arttırmada da uygulanacaktır. Bu, maliklerin taşınmazın değerlendirilmesinde anlaşamamaları durumunda, birlikte maliklerden birinin başvurusu üzerine başlar. Çoğunlukla bu durumdaki birlikte malikler mirasçılar veya karıkokalar olur. Taşınmazın açık arttırma yoluyla paraya çevrilmesinden sonra, kimin alacağını ne kadar olduğuna ilişkin uyuşmazlık devam eder. Mahkeme taşınmazın birlikte malikler arasında paylaşılması konusunda yetkili değildir. Edinilen deneyimlere göre, paylaşma aşamasında alınan parayla birlikte malikler çok kısa sürede anlaşılır.

Burada sunum bitirilerek dinleyicilerin sorularına da memnuniyetle cevap verilebileceği ifade edilmiştir.

Dinleyicilerin ilgisi için kalpten teşekkür edilmiştir.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’NİN
HASAN UZUN v. TÜRKİYE DAVASI İLE İLGİLİ KABUL
EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA KARARI***

(Başvuru No: 10755/13)

**Hasan Uzun v. Türkiye davasında,
Başkan**

Guido Raimondi,

Yargıçlar

Danutė Jočienė,

Peer Lorenzen,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Hellen Keller ve,

87

Daire Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith’in katılımıyla toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire) (“Mahkeme”), 3 Ocak 2013 tarihinde yapılan başvuruyu ve Mahkeme İçtüzüğü’nün 41. maddesi uyarınca öncelikli inceleme kararını da dikkate alarak gerçekleştirdiği kapalı oturum sonrasında 30 Nisan 2013 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir:

OLAYLAR VE OLGULAR

1. Başvuran Hasan Uzun T.C. vatandaşı olup 1937 doğumludur ve Muğla’da ikâmet etmektedir.

I. DAVANIN KENDİNE HAS KOŞULLARI

2. Başvurunun kendine özgü koşulları, başvuran tarafından ifade edildiği şekilde, aşağıdaki gibi özetlenebilir:

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

3. I.U., 1 Haziran 2009 tarihinde, komşu iki arsanın mülkiyet sınırlarına ilişkin anlaşmazlığın ardından, başvuran aleyhine tapu kaydının düzeltilmesi talebiyle dava açmıştır.

4. Muğla Sulh Hukuk Mahkemesi, 22 Eylül 2011 tarihinde, bilirkişi incelemesi, olay mahallinde yapılan keşif ve farklı tanık ifadelerine dayanarak dava tarihine kadar başvuranın tasarrufunda bulunan yaklaşık 75 m² arsanın bir kısmının üçüncü şahıs adına tapuya tesciline karar vermiştir.

5. Başvuran, özellikle davanın farklı taraflarının keşif yerine çağrılmaları sırasında meydana gelen bazı kural dışı uygulamalara dayanarak temyize başvurmuştur.

6. Yargıtay, 25 Eylül 2012 tarihinde, itiraz edilen kararı onamıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI

A. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

1. Giriş

7. 13 Mayıs 2010 tarihinde resmi gazetede yayımlanan ve referandum sonucu 23 Eylül 2010 tarihinde yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasal değişiklikler sonrasında Türk Anayasa Mahkemesi ("AYM.") üyelerinin sayısı on birden on yediye çıkarılmıştır: bu Kanunun geçici 18. maddesi gereğince, yedek dört yargıç yine aynı tarihte, mahkemenin daimi üyesi olmuşlardır ve 5982 sayılı Kanun tarafından öngörülen iki yeni yargıç seçimi ise, bir aylık süre içerisinde gerçekleşmiştir.

8. Anayasa Mahkemesinin artan iş yükünün etkin şekilde altından kalkılabilmesi için iki bölüm kurulmuştur. Ancak bazı yetkileri münhasıran Genel Kurul kullanabilmektedir.

9. Her biri beş yargıçtan oluşan iki daire, AYM iki Başkan Vekili tarafından yönetilmektedir. Bireysel başvurular, her biri sekiz yargıçtan oluşan iki bölüm bünyesinde kurulan dairelerin yetki alanına girmektedirler.

2. Anayasa'nın ilgili hükümleri

10. Anayasa 90. maddesinin 5. fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa

Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

11. 5982 sayılı Kanunla değiştirilen Anayasa'nın 148. maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz (...)

3. Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır (...)

5. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz (...)

12. 5982 sayılı Kanun tarafından değiştirilen 149. madde aşağıdaki gibidir:

“1. Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az on iki üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir.

2. Siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır (...)

4. Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir (...)"

13. Anayasa 153. maddesinin 6. fıkrası şunu öngörmektedir:

"Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.

B. 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun

1. Giriş

14. 1983 tarihli eski kanunun yerine geçen Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun 6216 sayılı Kanun 3 Nisan 2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

15. Bu kanunun, AYM önündeki bireysel başvuru hakkına ilişkin hükümleri 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her birey, Anayasa tarafından ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından korunan temel hak ve özgürlüklerini ileri sürerek, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen kararlara karşı bu tür bir iç hukuk yoluna başvurabilir.

16. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası haklara ilişkin üç sınıf belirlemektedir, bunlar: bireysel haklar, ekonomik ve sosyal haklar, siyasi haklardır. Anayasal başvuruyla, ileri sürülen hak ve özgürlüklerin ihlali Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde incelenebilir. Bu koruma kapsamının, Anayasa'da belirtilen haklara göre sınırlı kaldığı sonucu çıkmaktadır (daha fazla ayrıntı için, bkz. 18 ile 19 Haziran 2004 tarihli ("Venedik Komisyonu") hukuk yoluyla demokrasi için Avrupa Komisyonu'nun görüşü).

17. Anayasa değişikliğine ilişkin Kanunun gerekçesinde, AYM önünde bireysel başvuru yolunun, kanunların Anayasa'ya aykırılığı hakkında yapılan itirazından, idari işlemlerin yasallığına itirazı mümkün kılan başvuru yolundan, temyiz başvurusundan ve kararın düzeltilmesi için yapılan başvurudan farklı bir yol olduğu belirtilmektedir. Gerekçeye göre bu yeni iç hukuk yolu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruya benzemektedir.

18. Bu başvuruya ilişkin bazı ana hatlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

19. Başvuru, olağan başvuru yolları tüketilmesine müteakip otuz gün içerisinde Anayasa Mahkemesi veya ulusal mahkemeler Yazı İşleri Müdürlüğüne veya AYM'ne iletilmesi için yurtdışı temsilciliklerine yapılabilir; şayet herhangi bir başvuru yolu öngörülmemişse, süre ilgilinin ihlali öğrendiği tarihten itibaren başlar; başvuru, harca tabidir (2012 yılı için 172, 50 Türk Lirası, yani yaklaşık 74 Avro; 2013 yılı için 198, 35 Türk Lirası, yani 84 Avro); genel kurallara göre, adli yardım talebinde bulunulabilir (daha fazla ayrıntı için, bkz. aşağıdaki 25. paragraf ve devamı).

20. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 3 ile 4. fıkraları uyarınca, en az iki üyeden oluşan komisyon, başvurunun kabul edilebilirliği hakkında karar vermektedir. Komisyon, başvurunun kabul edilemez olduğunda ancak oybirliğiyle karar verebilmektedir.

21. AYM İçtüzüğü'nün 27. maddesinin 1. fıkrasına göre, iki bölümün her biri sekiz yargıçtan oluşmaktadır. Kabul edilemez olarak ilan edilmeyen başvurular, bölümlerin birinin bünyesinde oluşturulan beş üyeli bir daire tarafından incelenmektedir ve Adalet Bakanlığı'ndan görüşleri talep edilebilir (Anayasa'nın 49. maddesinin 1. fıkrası, kanun'un 49. maddesinin 1 ile 2. fıkraları, içtüzüğün 29. maddesinin 1. fıkrası).

22. Komisyonlar arasındaki içtihadi çelişkiler hakkında, bağlı oldukları bölümler tarafından karar verilmektedir; bölümler arasındaki çelişkiler Genel Kurul tarafından çözümlenmektedir. (50. maddesinin 4. fıkrası).

23. AYM, geçici tedbirler uygulayabilir (49. maddesinin 5. fıkrası). Bir ihlal olduğu sonucuna varıldığında, AYM tazminata hükmedebilir, yargılamanın yenilenmesine karar verebilir ve ihlal neticelerini kaldırılmasına yönelik çözümleri belirtebilir (Kanun'un 50. maddesinin 2. fıkrası ve İçtüzüğün 79. maddesinin 1. fıkrasının a) bendi).

24. Bireysel başvuru hakkında uygulanabilir tedbirlerle ilgili olarak, Kanun'un son hükümlerinde, AYM'ye ek yazı işleri personelinin görevlendirilmesine imkân verecek bütçe kaynakları sağlanmaktadır (160 hukukçu, 439 idari ve diğer personel).

1. 6216 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin metni

25. Somut olayda, 6216 sayılı Kanun'da yer alan bireysel başvurular hakkındaki ilgili kısımlar aşağıdaki gibidir:

Bireysel başvuru hakkı

Madde 45

“1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

2) İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.

3) Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.

92 Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar

Madde 46

(1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.

(2) Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.

(3) Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.

Bireysel başvuru usulü

Madde 47

(1) Bireysel başvurular, bu Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir.

(2) Bireysel başvurular harca tabidir.

(3) Başvuru dilekçesinde başvuru ve varsa temsilcinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır.

(4) Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir.

(5) Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuru ve mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder.

(6) Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline on beş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir.

Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi

Madde 48

(1) Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ila 47 nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerekir.

(2) Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuru ve mazeretinin önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.

(3) Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oy birliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Oy birliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir.

(4) Kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir.

(5) Kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.

Esas hakkındaki inceleme

Madde 49

(1) Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Başkan iş yükünün bölümler arasında dengeli bir şekilde dağıtılması için gerekli önlemleri alır.

(2) Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığı'na gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir.

(3) Komisyonlar ve bölümler bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir.

(4) Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir.

(5) Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

(6) Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

(7) Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır.

(8) Esas hakkında incelemenin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.

Kararlar

Madde 50

(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

(3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir.

(4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.

(5) Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir.

Başvuru hakkının kötüye kullanılması

Madde 51

(1)Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca iki bin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir.

Geçiş hükümleri

Geçici Madde 1

(8) Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.

C. AYM İçtüzüğü

26. Daha önceki 1986 tarihli AYM İçtüzüğünü yürürlükten kaldıran yeni İçtüzük 12 Temmuz 2012 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak aynı gün yürürlüğe girmiştir.

27. Söz konusu İçtüzük diğer başka düzenlemelerle birlikte bireysel başvurunun yapılmasını, bireysel başvuru yapanın AYM önünde temsil edilmesini, adli yardımı (62. maddenin 2. fıkrası), Yazı İşleri Müdürlüğü'nün organizasyonunu, görev dağılımını; başvuru sahibi ve yetkililerle yapılacak yazışmaları, Bölümlerin ve Komisyonların oluşumunu ve yapısını (madde 22,27, 29, 32 ve 34), oylama ve karar almaya ilişkin usul kuralları (madde 72), başvuru sahibinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu durumlarda ilgili yetkililere tebliğ edilecek geçici tedbirlere ilişkin usulü (madde 73), pilot karar verilmesine ve duruşmalara ilişkin usul kuralları, karar taslaklarının hazırlanması ve şekil şartlarına ilişkin kurallar, tazminat ödenmesine veya yargılamanın yenilenmesine ilişkin izlenmesi gerekli usul kuralları, tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, genel mahkemelerde dava açılması yolunu (madde 79, 1. fıkra, c bendi), ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırılacağı hususunda yapılması gerekenler ve nihayet tavzih ve maddi hataların düzeltilmesi ile ilgili kuralları belirlemektedir.

III. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

A. Bakanlar Komitesinin iç hukuk yollarının iyileştirilmesi hakkındaki tavsiye kararı

28. Bakanlar Komitesinin üye devletlere yönelik olarak 12 Mayıs 2004 tarihinde ve 114. bileşiminde aldığı (CM/Rec(2004)6) sayılı iç hukuk

yollarının iyileştirilmesine ilişkin tavsiye kararı birçok üye devletin iç hukukunda var olan ve iç hukuk yollarının etkisizliği sonucunu doğuran ve Mahkemenin iş yükünün artmasına sebep olan boşluklara değinmektedir (tavsiye kararının 12. paragrafı). Bakanlar Komitesi, talep etmeleri halinde, işbu tavsiye kararlarını uygulamaya koyabilmelerine yardım etmek amacıyla üye devletlere uygun desteğin sağlanması bakımından gerekli tedbirleri alması için Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ni görevlendirmiştir.

B. Brighton bildirisi

29. Brighton'da, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İngiltere tarafından yürütülen başkanlığının girişimiyle 19 ve 20 Nisan 2012 tarihlerinde toplanan yüksek düzeyli konferans sonrasında yayınlanan bildiri İnterlaken ve İzmir konferanslarında alınan kararları ana hatlarıyla tekrar etmekte ve Sözleşme tarafından ortaya konulan koruma mekanizmasının ikincil niteliğine vurgu yapmaktadır: Konferans, eğer henüz yapmamışlarsa, üye devletleri insan hakları ile ilgili kararlar alabilecek ve Sözleşmeyi ulusal düzeyde uygulamaya koyacak bağımsız bir ulusal kurum ortaya çıkarmaya davet etmektedir.

C. Venedik Komisyonu'nun görüşleri ve raporları

30. Venedik Komisyonu 17 ve 18 Aralık 2010 tarihinde toplanan 85. genel kurulunda "Anayasal yargıya bireysel başvuru hakkında çalışma" ile ilgili metni kabul etmiştir. Bu metinde Venedik Komisyonu Anayasal bir yargı organına bireysel başvuru hakkının kabul edilmesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılacak başvurular bakımından ulusal bir süzgeç görevi göreceğinin kabul edilebileceğini belirtmiştir (çalışmanın 82 ila 94. paragrafları).

31. Daha önce, 18 ve 19 Haziran 2004 tarihinde toplanan 59. genel kurulunda Venedik Komisyonu Türk Anayasa Mahkemesi hakkındaki Anayasal değişiklikler hakkında bir görüş yayınlamış ve bu görüşünde anayasa değişikliklerinin (bk. yukarıda 7 ila 13. paragraflar arası) gerekli olduğunu, bunların daha önce başka Avrupa ülkelerinde ortaya konulan ve AYM'nin özellikle temel hakların korunmasına yönelik etkinliğine ilişkin çözümlerden ve değişikliklerden esinlendiğini ifade etmiştir.

32. Nihayet Venedik Komisyonu 14 ve 15 Ekim 2011 tarihlerinde toplanan 88. genel kurulunda 6216 sayılı Kanun hakkında da bir görüş kabul etmiştir. Görüşün bireysel başvuruya ilişkin bölümünde Komisyon diğer görüşleriyle birlikte, kendisine göre yabancılar hakkında dar yorumlanabileceğini düşündüğü Kanunun 46. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin endişelerini ortaya koymuştur.

ŞİKÂyetLER

33. Sözleşmenin 6. ve 14. maddelerini ileri sürerek başvuran özellikle taşınmazın bulunduğu mahalde bilirkişiler ve tanıkların hazır olduğu bir zamanda yapılan keşfin belirlenenen bir gün önce yapıldığını ve iki tanığın bu değişiklikten haberdar olmadığından şikâyet etmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

34. Başvuran söz konusu hukuk yargılamasında verilen ve 25 Eylül 2012 tarihinde Yargıtay onamasından sonra kesinleşen kararın yerinde olmadığından yakınmaktadır. Başvuran kararın Sözleşmenin 6. ve 14. maddesini ihlal ettiğini iddia etmektedir.

98

Söz konusu başvurunun kabul edilebilirliğini inceleyen Mahkeme, öncelikle iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğini inceleyecek ve bu bağlamda özellikle 6216 sayılı kanuna göre 23 Eylül'den sonra sona eren yargılamalar hakkındaki AYM önünde bireysel başvuru konusu üzerine eğilecektir.

I. İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ İLE İLGİLİ GENEL İLKELER

35. Sözleşmenin 35. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibidir:

“1. Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.”

36. Mahkeme birçok defa iç hukuk yollarının tüketilmesinin ve Sözleşme ile ortaya konulan koruma mekanizmasının ikinciliği ilkesinin önemi üzerinde birçok defa durmuştur.

37. “Yüksek sözleşmeci taraflar[ın] kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağla[yacaklarını]” öngören Sözleşmenin 1.

maddesine göre Sözleşmenin uygulamaya konulması ve hak ve özgürlüklerin koruma altına alınması öncelikle ulusal makamların görevidir. Dolayısıyla Mahkeme önündeki şikâyet mekanizması ulusal insan hakları koruma mekanizmalarına göre ikincil bir nitelik arz etmektedir. Bu ikincilik ilkesi - Sözleşmenin 13. maddesinde ve 35. maddesinin 1. fıkrasında ifadesini bulmaktadır. (*Cocchiarella v. İtalya* [BD], No. 64886/01, § 38, CEDH 2006-V).

38. Akabinde Mahkeme, ulusal makamlar önünde şikâyetleri ileri sürme yükümlülüğünün şikâyet konusu ihlaller bakımından, özellikle etkili, yeterli, ulaşılabilir, kullanılabilir ve uygun hukuk yollarının kullanımıyla sınırlı olduğunu hatırlatmaktadır. Bir Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürdüğünde, bahsedilen hukuk yolunun olayların meydana geldiği sırada, teoride olduğu kadar uygulamada da etkili ve kullanılabilir, yani başvurana şikâyetlerini düzeltme imkânı sunacak şekilde ulaşılabilir olduğu; ayrıca makul ve başarılı bakış açıları sunulduğu hususunda Mahkeme'yi ikna etmelidir. Bununla birlikte, her ne kadar bazı istisnai durumlar başvurunu kendisine sunulan iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden muaf tutabilmekteyse de, açık şekilde sonuçsuz kalacağı kesin olmayan belli bir başvuru yolunun sonuca ulaşmayacağına dair duyulan şüphe, , iç hukuk yollarının kullanılmamasını haklı göstermek için geçerli bir gerekçe teşkil etmemektedir (*Scoppola v. İtalya* (n No.2) [BD], n° 10249/03, §§ 68-71, 17 Eylül 2009).

39. Mahkeme, nihayet Sözleşme ile kurulan koruma mekanizmasının ulusal insan haklarını koruma sistemi bakımından ikincil nitelik taşımasının büyük önem arz ettiğini hatırlatmaktadır. AİHM, Sözleşme gereğince Sözleşmeciler devletlerin yükümlülüklerine uyup uymadığını denetlemekle görevlidir. Mahkeme, ne Sözleşmeciler devletlerin yerine geçebilir, ne de yerine geçmelidir, zira bu devletler Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere ulusal seviyede riayet edilmesini ve bu hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamakla yükümlüdürler. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, bu koruma mekanizmasının işleyişinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Devletler, iç hukuk düzeninde durumu düzeltme imkânı bulmadan önce uluslararası bir kuruluş önünde eylemlerine ilişkin hesap vermek zorunda değildirler. Devlet aleyhine yöneltilen şikâyetler hususunda

Mahkeme'nin denetim yetkisinden istifade etmek isteyen kişiler, ülkelerindeki hukuk sisteminin sunduğu hukuk yollarını daha önce kullanmakla yükümlüdürler (*Demopolous v. Türkiye* (kabul edilebilirlik kararı) [BD], No. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04 ve 21819/04, § 69, AİHM-2010).

A. Özel hukuk yolu

40. Mahkeme, nezdinde çok sayıda başvuru yapılmasına neden olan büyük çaplı bir sorunu tespit eden ilke kararının ardından özellikle Sözleşmeci devlet tarafından oluşturulan özel bir hukuk yolunun söz konusu edildiği durumlara ilişkin daha önce birçok karar vermiştir.

Dolayısıyla, Mahkeme örneğin aşırı uzun yargılama süresiyle (*Turgut ve diğerleri v. Türkiye* (kabul edilebilirlik kararı), No.4860/09, 26 Mart 2013, *Brusco v. İtalya* (kabul edilebilirlik kararı), No.69789/01, AİHM 2001-IX, *Nogolica v. Hırvatistan* (kabul edilebilirlik kararı), No. 77784/01, AİHM 2002-VIII, et *Andrasik ve diğerleri v. Slovakya* (kabul edilebilirlik kararı), No. 57984/00, 22 Ekim 2002), mülkiyet hakkının ihlaliyle ilgili durumlarda (*İçyer v. Türkiye* (kabul edilebilirlik kararı), No.18888/02, AİHM 2006-I) veya mülklerin iadesine ilişkin sorunlar söz konusu olduğunda, yapısal bir soruna çözüm getirecek nitelikte bir başvuru yolunun iç hukukta oluşturulması nedeniyle tekrar eden başvuruların kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (yukarıda anılan *Demopolous, Broniowski v. Polonya* [BD], No. 31443/96, AİHM 2004-V, et *Broniowski v. Polonya* (dostane çözüm) [BD], No. 31443/96, AİHM 2005-IX, ve kayıttan düşürülen kararlar, örneğin *Genowefa Witkowska-Tobola v. Polonya* (kabul edilebilirlik kararı) No. 11208/02, 4 Aralık 2007; iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin farklı hususlar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz, anılan *Cocchiarella* kararı §§ 65-107, *Scordino v. İtalya (No. 1)* [BD], No. 36813/97, §§ 145-213, AİHM 2006-V ve *Vasile Balan v. Moldova* (kabul edilebilirlik kararı), No. 44746/08, 24 Ocak 2012).

41. AİHM, kısa bir süre önce *Reinhold Taron v. Almanya* (kabul edilebilirlik kararı), No. 53126/07, 29 Mayıs 2012) kararında, aşırı uzun yargılama süreleri için tazminat ödenmesini öngören bir kanunun yürürlüğe girmesi nedeniyle başvuruların kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bu kararında özellikle kanunun Sözleşme kriterlerinin uygulanmasını

öngördüğünü göz önünde bulundurmıştır. Sözleşmeciler devletlere aşırı uzun yargılama süresi nedeniyle tazminat ödenmesi hususunda verilen takdir payına atıfta bulunarak, Mahkeme, söz konusu kanun hakkında soyut bir inceleme yapılmasının uygun olmadığını, zira kanunun yürürlüğe girmesiyle hedeflenen amaçlara ulaşıldığı konusunda şüphe oluşturacak herhangi bir neden bulunmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin gerekleriyle tutarlılık gösteren bir içtihat hazırlayacak olan ulusal mahkemelerin yetkilerini göz önünde bulundurarak, mevcut tutumunun ileri zamanlarda değişebileceğini hatırlatmayı da unutmamıştır (bk. *Garcia Cancio v. Almanya* (kabul edilebilirlik kararı), No. 19488/09, §§ 45-50, 29 Mayıs 2012 ve *Krasuski v. Polonya*, No. 61444/00, §§ 70-71, AİHM 2005-V).

B. Genel nitelikli bir hukuk yolu

42. Temel hak ve özgürlüklerin korunması için öngörülen bir hukuk sistemi söz konusu olduğunda, mağdur edildiğini düşünen birey bu koruma ile ilgili başvuru yollarını kullanmakla yükümlüdür (*Mirazović v. Bosna-Hersek* (kabul edilebilirlik kararı), No. 13628/03, 16 Mayıs 2006 ve *Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland Limited v. İrlanda* (kabul edilebilirlik kararı), No. 55120/00, 19 Haziran 2003).

43. Mahkeme, örneğin Almanya ile ilgili anayasa şikâyeti yolunu ulaşılabilir ve etkili olarak nitelendirmiştir (*Müller v. Almanya* (kabul edilebilirlik kararı), No. 36395/07, 11 Mart 2008 ve *Schädlich v. Almanya* (kabul edilebilirlik kararı), No. 21423/07, 3 Şubat 2009). Mahkeme aynı zamanda başvuranın bu hukuk yolunu tüketmek zorunda olup olmadığına karar vermek için Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını göz önünde bulundurmıştır. Fakat özellikle iddialarını destekleyen emsal kararları ibraz edemediği durumlarda başvuranın bu hukuk yolunun etkin olmadığına ilişkin ileri sürdüğü şüphelerin kendisinin bu yolu kullanmasını engellemeyeceği kanısına varmıştır (*Allaoui ve diğerleri v. Almanya* (kabul edilebilirlik kararı), n° 44911/98, 19 Ocak 1999). Aynı zamanda daha da önemli olarak nitelendirilebilecek davalarda bile; örneğin Sözleşme'nin 3. maddesi açısından, başvuranın yurt dışına çıkışını engellemeyi amaçlayan geçici bir tedbir kararı vermeyi İdare Mahkemesi'nin reddetmesine karşın başvuran tarafından itiraz edildiği takdirde, Mahkeme, Federal Anayasa

Mahkemesi önündeki başvuru yolunun yine başvuran tarafından tüketilmesini talep etmiştir (*Djilali v. Almanya* (kabul edilebilirlik kararı), No. 48437/99, 22 Haziran 1999, bk. *Mogos ve Krifka v. Almanya* (kabul edilebilirlik kararı), No. 78084/01, 27 Mart 2003).

44. Mahkeme, İstinaf Mahkemesi'nin kabul edilebilirlik kriterlerini değerlendirirken çok şekilci davrandığı kanısına varan Anayasa Mahkemesi'nin anayasal başvuru yolunu kabul edebileceği hususunun reddedilemeyeceğini belirtmiştir (*Marchitan v. Almanya* (kabul edilebilirlik kararı), n° 22448/07, 19 Ocak 2010).

45. Ancak bu başvuru yolunun ulaşılabilir ve etkili olarak nitelendirilmesi, Mahkemenin hukuk davalarının ve bazı ceza davalarının aşırı uzun sürmesi ile ilgili Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ile 13. maddeleri bağlamında yapılan şikâyetlere bağlı başvuruları istisnai olarak kabul etmesini engellememiştir; aynı zamanda itiraz bazı ceza davalarının süresiyle de ilgilidir (*Sürmeli v. Almanya* (*Sürmeli v. Almanya*, [BD], No. 75529/01, §§ 103 vd, CEDH 2006-VII). Aslında Federal Anayasa Mahkemesi anayasal bir başvuruyu kabul edebilir, zira ceza mahkemeleri, aşırı uzun yargılama sürelerini yeterince dikkate almazlar (cezanın hafifletilmesini veya davanın sonuçlanmasını kabul ederek), Federal Anayasa Mahkemesi, yalnızca dava başka gerekçelerle sonuçlandığında veya sanık beraat ettiğinde davaya müdahale edebilir (bk. sırasıyla *Ommer v. Almanya* kararı, No. 1 ve No. 2, No. 10597/03 ve 26073/03, 13 Kasım 2008, §§ 71-76 ve 56-64).

46. Mahkeme, İspanya hususunda, söz konusu hukuk yolu ile korunmayan mülkiyet hakkına ilişkin olanlar haricindeki mevcut şikâyetlerin kendisine sunulmadan evvel *amparo* ismiyle bilinen başvuru yoluna konu olması gerektiğinin zorunluluk olduğunu belirtmiştir (*Arcadio Fernandez-Molina Gonzalez v. İspanya* (kabul edilebilirlik kararı), No.64359/01, 8 Ekim 2002).

47. Çek Cumhuriyeti konusunda ise, Sözleşme organları, bir başvuranın temel hak ve özgürlüklerin ihlali hakkında herhangi bir şikâyette bulunmadan evvel anayasal başvuru yolunu tüketmesini talep etmişlerdir (*J.A. v. Çek Cumhuriyeti*, No. 22926/93, 7 Nisan 1994 tarihli Komisyon kararı, Kararlar ve Raporlar (KR) 77, s. 118; *Karel Hava v. Çek Cumhuriyeti*, No. 23256/94, 29 Haziran 1994 tarihli Komisyon kararı,

KRD 78, s. 139). Mahkeme'ye göre istisnai durum, yargılama süresine ilişkin şikâyet için geçerlidir; zira Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi tazminat ödenmesine karar veremediği gibi mahkemelerden davanın hızlandırılması amacıyla gereken tedbirlerin alınmasını da isteyemez. Başvuran, Anayasa Mahkemesi'nin kendi açısından uygun olmayan yerleşik bir içtihadını ortaya koyduğu takdirde, bu hukuk yolunun tüketilmesi konusunda muaf tutulabileceği hususu elbette daha genel bir kural olarak kabul edilmektedir (*Eremiasova ve Pechova v. Çek Cumhuriyeti*, No. 23944/04, §§ 98-101, 16 Şubat 2012).

48. AİHM, bu üç devlet için özellikle aşağıdaki durumları göz önünde bulundurmıştır:

a) Anayasa Mahkemesi'ne;

i) Bir kamu makamı tarafından gerçekleştirilen hak ve özgürlüklerin ihlalini giderme,

ii) veya, Anayasa tarafından güvence altına alınan bir hakka yapılan müdahalenin alınan bir karar sebebiyle değil de, başka bir gerekçeyle gerçekleştiği durumlarda söz konusu makamın bu hak ihlalini sürdürmesini yasaklama,

iii) ve mümkün olduğunca eski hale getirme "*statu quo ante*" durumuna ilişkin kararlar verme olanağı sağlayan özel anayasal başvuru yolunun varlığını,

b) Anayasal başvuru yolunun, davaya neden olan olay ve olgulardan bağımsız olarak, temelde bir yargı organının ihmali veya eylemi neticesinde derhal ve doğrudan meydana gelen ihlallere çözüm sunması (*Apostol c. Gürcistan*, No. 40765/02, § 42, AİHM 2006-XIV ve burada yer alan atıflar; *Hartman v. Çek Cumhuriyeti*, No. 53341/99, § 49, AİHM 2003-VIII, yukarıda anılan *Sürmeli* kararı § 62, *Riera Blume ve diğerleri v. İspanya* (kabul edilebilirlik kararı), No. 37680/97, AİHM 1999-II ve *Voggenreiter v. Almanya*, No. 47169/99, § 23, AİHM 2004-I).

49. AİHM, yukarıda anılan Apostol kararında, özellikle aşağıdaki hususları göz önünde bulundurarak davalı hükümetin itirazını reddetmiştir:

- Anayasanın ilgili hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına benzer güvenceler sunamamıştır,

- Davalı hükümet bu tespiti haksız çıkaracak herhangi bir emsal karar ibraz edememiştir ve

- Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru, kararın icra edilmemesi bağlamında yapılan şikâyetin uygun şekilde düzeltilmesi için yeterince kat'î bir güvence sunmamıştır, zira Gürcistan Anayasa Mahkemesinin yargılanabilir hakları doğrudan etkileyen kamu mercileri ya da yargı organları tarafından alınan bireysel kararları iptal etme yetkisi bulunmamaktadır (yukarıda anılan *Apostol* kararı, §§ 36-46).

50. *Ismayilov v. Azerbaycan* davası'nda (No. 4439/04, 17 Ocak 2008), başvuranın Anayasa Mahkemesi'ne başvurmasının gerekliliğini incelemeye davet edilen Mahkeme, davalı hükümetin itirazını, usul kurallarının eksikliği sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin başvuruları incelemeyi reddettiği süre içerisinde, yani yaklaşık bir buçuk yıl boyunca Anayasada öngörülen başvuru yolunun, somut olarak uygulanmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Şikâyetini bu süreç içerisinde gerçekleştiren başvuran, iç hukuk yollarından yararlanmamıştır. AİHM ayrıca, Anayasa tarafından öngörülen başvuru yolunun Yargıtay önünde yargılamanın yenilenmesi için bir ön koşul sunulmasına bağlı olduğunu da dikkate almıştır. Ancak AİHM, yukarıda anılan iç hukuk yolunun (yargılamanın yenilenmesi talebinin), olağanüstü bir yol olduğunu hatırlatmaktadır ve dolayısıyla başvuranın tüketmesi gereken bir iç hukuk yolu olmadığı kanaatine varmıştır (bir "ön başvuru" ile ilgili olarak, ayrıca bk. *István ve Istvanová v. Slovakya*, No. 30189/07, 19. ve 79.-81. paragraflar, 12 Haziran 2012).

51. AİHM, Sırbistan'la ilgili olarak *Vinčić ve diğerleri v. Sırbistan* davasında (No. 44698/06, No. 44700/06 (...) ve No. 45249/07, 1 Aralık 2009), başvuranların, bu başvuru yolunun etkin olduğu tarihten, yani Anayasa Mahkemesi'nin ilk kararlarının yayımlandığı 7 Ağustos 2008 tarihinden önce başvuruyu gerçekleştirdikleri gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi ve tazminat komisyonu önünde öngörülen hukuk yolunun başvuranlarca kullanılmasının gerekmediği kanaatine varmıştır. Bu yaklaşım, özellikle bu başvuru yolunu oluşturan kanunun yürürlüğe girmesinden iki hafta sonra Sırp Anayasa Mahkemesi'nin bazı hâkimlerinin henüz atanmamış olmasından (yukarıda anılan *Vinčić ve diğerleri*, 29. paragraf) ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün üç ay sonra yürürlüğe girmiş olmasından doğmaktadır (*aynı karar*, 30.-31. paragraflar). Bu karar ışığında, belirtilen

tarihten sonra başvuruların da Anayasa Mahkemesi'ne herhangi bir başvuruda bulunmadıkları, dolayısıyla mevcut haliyle iç hukuk yollarının tüketilmediği anlaşıldığından, başvuruların kabul edilemez olduklarına karar verilmiştir (*Živomir Jovanović v. Sırbistan* (kabul edilebilirlik kararı), No. 9560/09, 14 Eylül 2010). AİHM, bu yolu kullanan başvuranlarla ilgili olarak tabii ki mağdur sıfatlarının/mağduriyetlerinin olup olmadığını incelemektedir (*Nenad Vidaković v. Sırbistan* (kabul edilebilirlik kararı), No. 16231/07, 34. paragraf, 24 Mayıs 2011 ve *Ljiljana Predić v. Sırbistan* (kabul edilebilirlik kararı), No. 19424/07, 23.-31. paragraflar, 20 Mart 2012).

II. SOMUT OLAYDA SÖZ KONUSU ANAYASAL BAŞVURU YOLU

52. 13 Mayıs 2010 tarihinde değişikliğe uğradığı şekliyle Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası, olağan başvuru yollarının tüketilmesinin ardından, Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokolleri tarafından koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklere dair bireysel başvuru yollarının incelenmesi konusunda AYM'ne yetki vermektedir. 6216 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 8. fıkrasına göre, sadece 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşmiş kararlar için bireysel başvuru yolu mümkün olabilmektedir.

53. AİHM, bu yolun öncelikle ulaşılabilirliği ve bireysel başvuru koşulları gibi uygulanabilir yönlerine eğilmek ve daha sonra bu yeni yol ile ilgili yasa koyucunun isteğini, yani AYM'nin yetki alanını, kendisine sunulan imkânları ve kararlarının etkileriyle uygulama alanının incelemek gerektiği kanaatindedir.

A. AYM'nin ulaşılabilirliği

54. Mahkeme öncelikle bu yeni başvuru yolunun ulaşılabilir olup olmadığını incelemelidir. Bu bağlamda, tüketilmesi gereken olağan iç hukuk yollarını ve AYM'ne başvuru süresini, başvuruya ilişkin sağlanan kolaylıkları ve başvuru şartlarını dikkate almak gerekmektedir.

55. Mahkeme, 6216 sayılı Kanun uyarınca bireysel başvuru dilekçesinin AYM Yazı İşleri Müdürlüğü'ne ve AYM'ne iletmeleri için ulusal mahkemelere veya yurtdışındaki Türkiye temsilciliklerine, olağan başvuru yolları tüketildikten sonra otuz gün içerisinde verilebildiğini; şayet herhangi bir başvuru yolu öngörülmemişse, sürenin ihlalin öğrenilme tarihinden

itibaren işlemeye başladığını belirtmektedir. Başvuru, 2013 yılında 198,35 TL yani 84 Avro tutarında harç ödenerek yapılabilir (bk. yukarıda 19. ve 25. paragraflar).

56. AİHM, AYM'ne bireysel başvuru yolunun herhangi bir itiraza ya da olağan başvuru yollarının tüketilmesi dışında farklı ön koşullara bağlı olmadığını belirtmektedir (daha önce anılan *Ismayilov ve Ištván ve Ištvánova* Kararları ile karşılaştırılabilir, bu kararlarda ön koşul yolunun ulaşılabilirlik için bir sorun teşkil ettiği değerlendirilmiştir).

57. Aslında bireysel başvuru çerçevesinde AYM'ne başvuru koşulları Türk Yargıtayı için öngörülen koşullara benzemektedir ki bu koşullar için AİHM bu güne kadar belirli bir sorun tespit etmemiştir. Potansiyel başvuranlar özellikle tüm ulusal mahkemeler aracılığıyla başvuruda bulunabilmektedirler ve dolayısıyla başvuru yapmak amacıyla [Ankara'ya gelmelerine] veya karışık bir usul izlemelerine gerek yoktur. Otuz günlük başvuru süresi, *ilk bakışta* makul bir süredir ve ilgili şahsın başvurusunu olağan süreç içerisinde yapamaması durumunda geçerli bir mazeret sunulması halinde olağandışı bir durum olarak 15 günlük bir ek süre bulunmaktadır (Kanununun 47. maddesinin 5. fıkrası).

58. Nihayet Mahkeme nazarında böyle bir başvurunun yapılması için talep edilen harç aşırı görülmemektedir (yargılama giderleri ile ilgili ilkeler için bkz. *Kreuz v. Polonya*, No. 28249/95, 58.- 67. paragraflar, AİHM 2001-VI). Diğer taraftan, başvuruyu yapan kişinin adli yardımdan faydalanabileceği ve bu durumda yargılama giderlerini ödemekten muaf olduğu dikkate alındığında, yargılama giderlerinin ödenmesi gerekliliği, bu başvuru yolunun ulaşılabilirliğini hiçbir şekilde etkilememektedir (İçtüzüğün 62. maddesinin 2. fıkrası; ilgili yerel usul için, bk. *Bakan v. Türkiye*, No. 50939/99, 36.- 40. paragraflar, 12 Haziran 2007).

Dolayısıyla AYM'nin ulaşılabilirliği hakkında görünürde bir sorun bulunmamaktadır.

B. AYM'ye bireysel başvuru yapılması ile ilgili şartlar

59. Mahkeme, aynı zamanda AYM'nin, sunulan şikâyetleri değerlendirmek adına uygun yargılama usulüne sahip olup olmadığını da araştırmalıdır.

Bu konu, yukarıda yazılı 7 ila 27 paragraflarda sunulan metinlerde ayrıntılı olarak açıklanmaktadır: özet olarak, AYM organlarının yapısı, izlenecek usul ve yetkileri Anayasanın 149. maddesinde, 6216 sayılı Kanunda ve AYM İçtüzüğünde yer almaktadır; ilgili kuralların bulunmadığı hallerde, usul kanunlarının (hukuk, ceza ya da idari alanda) uygun hükümleri uygulanır (kanununun 49. maddesinin 7. ve 8. fıkraları). Bu metinler, komisyon ve dairelerin yapısı ile yetkilerini ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

60. AİHM aşağıdaki unsurları kaydetmektedir:

- AYM'nin yeni İçtüzüğü, bireysel başvurulara ilişkin yasal hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce, 12 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir (yukarıda anılan *Ismayilov* kararı ile karşılaştırın ve *Vincic ve diğerleri*, yukarı anılan, §§ 30-31);
- AYM, başvurunun incelenmesi çerçevesinde gerekli tüm bilgi ve belgeleri talep etme ve duruşma yapılmasına karar verme yetkisine sahiptir;
- Muhtemel içtihat farklılığını önlemek amacıyla araçlar öngörülmektedir;
- AYM, ilgili şahsın haklarının korunması için zorunlu gördüğü ihtiyati tedbirleri, re'sen ya da başvuranın talebi üzerine, yetkili makamlara bildirme yetkisine sahiptir (yukarıdaki 14 ila 27. paragraflar);
- Nihayet, AYM'nin konu bakımından yetki alanı, 6216 sayılı Kanunla "Türkiye'nin onayladığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmesi ile Protokollerde detaylı olarak değinildiği belirtilmektedir (yukarıdaki 16 ve 25. paragraflar).

61. Mahkeme yukarıda belirtilenler ışığında, AYM'deki yargılamanın ilk bakışta insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması bakımından uygun araçları sunduğu kanaatindedir.

C. Yasa koyucunun iradesi

1. AYM'nin yetki alanı

62. Mahkeme, -Anayasa değişiklikleri ile ilgili gerekçelerde ifade edilen- (yukarıdaki 17. paragraf) Sözleşme ile kurulan sistemin koruma mekanizması ile aynı koruma mekanizmasının hayata geçirme konusundaki yasa koyucunun iradesinden şüpheyi gerektirecek herhangi bir neden

görmemektedir : 6216 sayılı Kanunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Protokolleri tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ile bizzat Türk Anayasası'nda yer alan hak ve özgürlüklerin de, AYM'nin konu bakımından yetki alanına girdiği açık olarak belirtilmektedir.

63. Dolayısıyla AYM'deki yargılama usulünün hak ihlalleri bağlamında yapılan şikâyetler yönünden uygun giderim sağlayıp sağlamadığının araştırılması gerekmektedir. 6216 sayılı Kanunun 49. maddesinin 6. fıkrası ile 50. maddesinin 1. fıkrasına ve AYM İçtüzüğü'nün 79. maddesinin 1. fıkrasının d bendine göre, bireysel başvurunun esas yönünden incelenmesi, insan hakları ve temel özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini saptamaya ve öncelikle, ihlali sonlandırılmasına elverişli düzenlemenin belirlenmesine imkân vermelidir. İhlal bir mahkeme kararından kaynaklandığında, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya görevli/yetkili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde, başvurana tazminat ödenebilir veya başvurandan yetkili/görevli mahkemelerde dava açması talep edilebilir (Kanunun 50. maddesinin 2. fıkrası ile İçtüzüğü'nün 79. maddesinin 1. fıkrasının a) bendi).

108

64. Bu hükümlerle, AYM'ne bireysel başvuru yolunun uygulanması için uygun imkânlar tanındığı anlaşılmaktadır; Türk Parlamentosu, Sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini tespit etmek adına, AYM'ni tam anlamıyla yetkili kılma, tazminat ödenmek suretiyle ve/veya ihlalin telafisine ilişkin imkânları belirterek, insan hakları ihlallerinin giderilmesine ilişkin yetkilendirme ve gerektiğinde, ilgili makama hak ihlalinin sürdürülmesinin yasaklanması ve mümkün olduğunca kendisine, *statu quo ante*, durumuna ilişkin karar verilmesi hususunda AYM'ne imkân tanınabilmesi ve tanınması gerektiği yönündeki iradesini belirtmektedir (bk. yukarıdaki 48. paragraf ve orada bulunulan atıflar).

2. AYM'ne tanınan imkânlar

65. Öte yandan Mahkeme, AYM'de görev yapan üye sayısının on yediye çıkarıldığını ve söz konusu üyelerin bireysel başvuruya ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce atandıklarını (yukarıda 7. paragraf; yukarıda anılan *Vincic ve diğ.leri* kararı ile karşılaştırınız, , yukarıda 51. paragraf) ve

kanununun, Yazı İşleri Müdürlüğünün işleyişi için yeterince önemli olanaklar öngördüğünü de kaydetmektedir (yukarıda 24. paragraf).

3. AYM kararlarının kapsamı ile etkileri

66. Nihayet Mahkeme, AYM Kararları'nın bağlayıcı nitelik taşıyıp taşımadığını araştırmanın esas olduğu kanaatindedir (bk. *Kurić ve diğeri v. Slovakia* [BD] Kararı'nda belirtilen kısıtlar, No. 26828/06, 299-304 paragraflar, 26 Haziran 2012).

Mahkeme öncelikle AYM Kararlarının bütün gerçek kişileri, tüzel kişileri ve devlet organlarını bağladığını öngören Anayasa'nın 153. maddesinin 6. fıkrasını dikkate almaktadır.

Mahkeme ardından bireysel başvuruyla ilgili AYM kararlarına uyulması konusunda uygulamada ilk bakışta Türkiye'de bir sorun ortaya çıkmayacağını değerlendirmektedir. Nitekim geçmişte, koalisyon hükümeti döneminde iktidarda olan siyasi bir partinin kapatılma kararının bile icra edildiğini gözlemlemek yeterlidir (*Refah Partisi ve diğeri v. Türkiye* [BD], No. 41340/98, 413428/98, 41343/98 ve 41344/98, 134. paragraf, AİHM 2003-II).

67. Mahkeme, yukarıdaki unsurlar ışığında, Türk Parlamentosu'nun, Anayasa Mahkemesini Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerin ilke olarak doğrudan ve hızlıca giderilmesine imkân tanıyan yetkilerle donattığı kanaatindedir.

III. SONUÇ

68. Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının Sözleşme mekanizmasının işletilmesinde vazgeçilmez bir unsur olduğunu yeniden belirtmektedir. İtiraz edilen eksikliklerin iç hukuk düzeninde giderilmesine imkân tanınmadan önce, devletlerin eylemlerine uluslararası organlar önünde cevap vermesi zorunlu değildir (yukarıdaki 35. paragraf ve devamı).

69. AYM önünde yeni olan bireysel başvuru yolunun ana hatlarını ve AYM'nin elinde olan kaynakları yukarıda inceleyen Mahkeme, söz konusu bireysel başvuru yolunun, prensip olarak, Sözleşme bağlamında yapılan şikâyetlerin uygun şekilde ortadan kaldırmayacağını söyleyebilmek için elinde herhangi bir unsur bulunmadığı kanaatindedir.

Dolayısıyla mağdur olduğunu düşünen bir kişi bu koruma ile ilgili başvuru yollarını kullanmalıdır (bk. yukarıda anılan *Mirazović* kararı).

70. Somut olayda, yukarıda belirtilenler ve iç hukuktaki yargılamanın 25 Eylül 2012 tarihinde sona erdiği göz önünde bulundurularak; Mahkeme, başvuranın Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunması gerektiği kanaatindedir.

İç hukuk yolları tüketilmediğinden, somut başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

71. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi içtihadının, kendi içtihadı ile tutarlılığını inceleme hakkını saklı tuttuğunu belirtmektedir. Sonuç olarak, başvuru yolunun, teoride olduğu gibi pratikte de etkili olduğunu kanıtlamak Davalı Hükümete aittir (bk. yukarıda anılan *Taron* kararı, § 43). Mahkeme, mevcut iç hukuk yollarını tüketen başvuranlarca sunulan tüm şikâyetler için, ikincillik ilkesinin gerektirdiği üzere, son denetim yetkisini saklı tutmaktadır (*Radoljub Marinkovic v. Sırbistan* (kabul edilebilirlik kararı), No. 5353/11, §§ 49-61, 29 Ocak 2013).

110 **Bu gerekçelerle ve oy çokluğuyla Mahkeme,**

Başvurunun kabul edilemez olduğuna *karar vermiştir.*

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’NİN
MÜDÜR TURGUT ve DİĞERLERİ v. TÜRKİYE DAVASI İLE İLGİLİ
KABUL EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA KARARI***

(Başvuru No: 4860/09)

Başkan,

Guido Raimodi,

Yargıçlar,

Danute Jociene,

Peer Lorenzen,

Andr s Saj ,

Işıl Karakaş,

Nebojsa Vucnic,

Helen Keller ve

Daire Yazı İşleri Müdürü

111

Stanley Naismith'in katılımıyla toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire) ("Mahkeme") 26 Mart 2013 tarihinde gerçekleştirdiği müzakereler sonucunda, yukarıda anılan 7 Ocak 2009 tarihli başvuru da dikkate alarak, aşağıdaki kabul edilebilirlik hakkındaki kararı vermiştir:

OLAYLAR

1. Başvuranların listesi ekte yer almaktadır.

A. Davanın kendine has koşulları

2. Dava konusu olay ve olgular başvuranlar tarafından ifade edildiği şekliyle aşağıdaki gibi özetlenebilir.

1. *Müdür Turgut ve Nihat Kasun hakkında açılan ceza davası*

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

3. Müdür Turgut ve Nihat Kasun terör örgütü bağlantıları olduğu iddiasıyla 26 Aralık 1999 tarihinde İstanbul'da yakalanmışlardır.

4. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi ("DGM") naip hâkimi tarafından 30 Aralık 1999 tarihinde başvuranların tutuklanmasına karar verilmiştir.

5. Aynı tarihte DGM savcısı başvuranlar hakkında terör örgütü üyeliğinden, örgüte yardım etmekten ve örgüt adına gasp yapmaktan ceza davası açmıştır.

6. DGM, 18 Nisan 2001 tarihli kararıyla başvuranların gasp suçundan beraatlarına karar vermiş, ancak terör örgütü üyeliğinden ve örgüte yardım etmekten on iki yıl altı ay ağır hapis cezasına çarptırmıştır.

7. Yargıtay 28 Eylül 2001 tarihli ilamıyla bu kararı bozmuştur.

2. Mahmut Han ve Cemal Kılıklı hakkında açılan ceza davası

8. Mahmut Han 16 Şubat 2000 tarihinde polis tarafından yakalanmıştır.

9. Cemal Kılıklı ise 17 Şubat 2000 tarihinde yakalanmıştır.

112 10. DGM naip hâkimi 19 Şubat 2000 tarihinde Mahmut Han'ın tutuklanmasına, Cemal Kılıklı'nın ise serbest bırakılmasına karar vermiştir.

11. DGM savcısı 22 Şubat 2000 tarihinde başvuranlar hakkında terör örgütü üyeliğinden, örgüte yardım etmekten ve örgüt adına gasp yapmaktan ceza davası açmıştır.

3. Ceza davalarının birleştirilmesi

12. 14 Kasım 2001 tarihinde başvuranlar hakkında açılan ve yukarıda anılan ceza davalarının birleştirilmesine karar verilmiştir.

13. 14 Haziran 2002 tarihinde bu dava K.Ç. isimli bir başka şahsa karşı açılan ceza davası ile birleştirilmiştir.

14. DGM 22 Ocak 2003 tarihinden itibaren K.Ç. hakkında arama kararı çıkarmaya başlamıştır.

15. DGM 26 Aralık 2008 tarihli kararıyla Cemal Kılıklı hakkında açılan ceza davasının zamanaşımı sebebiyle düşürülmesine karar vermiştir. Diğer üç başvuruları ise ağır hapis cezasına çarptırmıştır.

16. Zamanaşımı hakkında verilen kararın Yargıtay tarafından bozulmayacağını değerlendirerek ve zamanaşımı ile ilgili gerekçeleri dikkate alarak Cemal Kılıklı temyiz başvurusunda bulunmaya karar vermiştir.
17. Buna karşın diğer üç başvuran yerel mahkeme kararını temyiz etmişlerdir.
18. Türk Yargıtayı'nın resmi internet sitesinde yer alan bilgilere göre temyiz başvurusu halen incelenmeye devam etmektedir.

B. İlgili iç hukuk kuralları

6384 sayılı Kanun

19. 6384 sayılı "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış bazı başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözümüne dair kanun*" (bundan sonra "tazminat verilmesine dair Kanun" olarak anılacaktır) 9 Ocak 2013 tarihinde Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilerek 19 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
20. Kanun (2. maddesi) ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki makul sürede sonuçlandırılmayan yargılamalar ve geç veya eksik icra edilen ya da hiç icra edilmeyen kesinleşmiş mahkeme kararları hakkında uygulanacaktır.
21. Kanunun 4. maddesi dört yargıç ve bir Maliye Bakanlığı görevlisinden oluşacak bir tazminat komisyonu (bundan sonra "Komisyon" olarak anılacaktır) kurulmasını öngörmektedir.
22. Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre Komisyon, kendisine yapılan her müracaat hakkında dokuz ay içinde karar vermek zorundadır.
23. 7. maddenin 2. fıkrasına göre ise Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin emsal kararlarını da gözetmek suretiyle müracaat konusunda gerekçeli olarak karar verir.
24. 7. maddenin 3. fıkrasına göre Komisyon kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir. Bölge idare mahkemesi başvurunun esası hakkında üç ay içinde karar vermek zorundadır. Ödenmesine karar

verilen tazminat, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Bakanlık tarafından her türlü vergi ve masraftan muaf tutularak ödenir.

25. Kanununun 8. maddesi, Komisyonun kesinleşen kararlarının bir örneğinin müracaata konu işlemin yapıldığı adli veya idari merciine gönderileceğini öngörmektedir.

Aynı maddenin 2. fıkrası ise müracaata konu işlem henüz sonuçlandırılmamışsa, ilgili adli veya idari merci tarafından bu işlemin ivedilikle sonuçlandırılacağını öngörmektedir.

26. 9. maddesine göre Kanun 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde kaydedilmiş başvurular hakkında uygulanır.

C. Avrupa Konseyi Belgeleri

27. İç hukuk sistemlerinde var olan yapısal sorunların çözümü için alınacak tedbirler hakkında düzenlemeler içeren ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen belgelere Mahkemenin *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukrayna* (No. 40450/04, §§ 35-37, CEDH 2009) kararında yer verilmiştir.

1. Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararları

28. Bakanlar Komitesinin üye devletlere yönelik olarak 12 Mayıs 2004 tarihinde kabul ettiği iç hukuk yollarının iyileştirilmesine ilişkin Rec(2004)6 sayılı tavsiye kararının ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

"Avrupa Konseyi [kuruluş] tüzüğü'nün 15. maddesinin b. bendine dayanarak Bakanlar Komitesi,

Avrupa Konseyinin amacının, üyesi bulunan devletler arasında sıkı bir birliktelik oluşturmak olduğu ve bu amaca ulaşmak için izlenmesi gerekli yollardan birisinin insan hakları ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunması olduğu dikkate alındığında;

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dair Sözleşmenin (bundan sonra "Sözleşme" olarak anılacaktır) Avrupa'da insan haklarının korunması alanında başlıca başvuru kaynağı olması gerektiği yönündeki inancını teyit ederek ve Sözleşme tarafından kurulan kontrol sisteminin uzun vadede etkinliğini sağlayacak tedbirleri alma kararlılığını da vurgulayarak;

1. maddesine uygun olarak, Sözleşme tarafından koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerin öncelikle iç hukuk hükümleri tarafından korunması ve ulusal makamlar

tarafından uygulanmasını öngören Sözleşmeyle kurulan kontrol sisteminin ikincil niteliğini de hatırlatarak;

Bu bağlamda artık bugün Sözleşmenin bütün üye devletlerin iç hukuk kurallarının bir parçası olmasından memnuniyet duyarak;

Sözleşmenin 13. maddesinin öngördüğü gibi, üye devletlerin Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini savunulabilir bir şekilde ortaya koyan herkesin, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olacağı yükümlülüğü altına girdiğinin altını çizerek;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (bundan sonra "Mahkeme" olarak anılacaktır) içtihadına uygun olarak böylesi etkin iç hukuk yollarının kurulmasını sağlamanın da ötesinde, üye devletlerin tespit edilen ihlallerin altında yatan problemleri de ortadan kaldırma yönünde genel bir yükümlülüğü olduğunu hatırlatarak;

İç hukuktaki başvuru yollarının hukuki ve fiili olarak etkinliğini sağlama yükümlülüğünün üye devletlere ait olduğunu ve üye devletlerin şikâyetlerin esası hakkında bir karar vermeleri ve tespit edilen her türlü ihlalin uygun şekilde ortadan kaldırmaları gerektiğinin altını çizerek;

Mahkeme önüne taşınan başvuruların sayısı ve niteliğinin ve Mahkemenin verdiği kararların, her durumda ve özellikle yargılama sürelerinin uzunluğu ile ilgili durumlarda, üye devletlerin söz konusu başvuru yollarının varlığını her zamankinden daha fazla etkin ve düzenli şekilde sağlama ihtiyacında olduklarını gösterdiğini kaydederek;

Bir taraftan Mahkemeye sunulan başvuruları azaltması sebebiyle, diğer taraftan da ulusal düzeyde davaların ayrıntılı incelenmesinin bunların daha sonra mahkeme tarafından incelenmesini kolaylaştırması sebebiyle, savunulabilir her türlü Sözleşme ihlali iddiasının incelenebileceği iç hukuk yollarının varlığının Mahkemenin iş yükünü azaltmaya imkân tanıyacağını düşünerek;

Ulusal düzeydeki başvuru imkânlarının iyileştirilmesinin, özellikle benzer başvurulara ilişkin Mahkemenin iş yükünün azaltılmasına katkı sağlayacağını da altını çizerek;

[ve] ekte yer alan doğru uygulama örneklerini de dikkate alarak, üye devletlere aşağıdaki tavsiyelerde bulunmaktadır:

I. Düzenli şekilde gerçekleştirilecek bir takiple ve Mahkeme içtihatları ışığında, savunulabilir şekilde Sözleşmenin ihlali iddiasında bulunan herkesin iç hukuk yollarından yararlanmasını ve bu yolların, şikâyetlerin esası hakkında bir karar verilmesine ve tespit edilen her türlü ihlalin uygun şekilde ortadan kaldırılmasına imkân verecek şekilde, etkinliğini sağlamak;

II. Mahkemenin, üye devletin iç hukukunda veya uygulamasında genel veya yapısal eksiklikler tespit eden kararları sonrasında, var olan iç hukuk yollarının etkinliğini tekrar gözden geçirmek ve gerektiğinde Mahkeme önünde benzer davaların gelmesini engelleyecek şekilde etkin başvuru yolları oluşturmak;

Yargılama sürelerinin uzunluğu hakkında savunulabilir şikâyetlerin ileri sürüldüğü durumlarda, etkin iç hukuk yollarının varlığına yukarıdaki I. ve II. noktalar çerçevesinde özel bir önem vermek;

Talep etmeleri halinde, işbu tavsiye kararlarını uygulamaya koyabilmelerine yardım etmek amacıyla üye devletlere uygun desteğin sağlanması bakımından gerekli tedbirleri alması için Avrupa Konseyi Genel Sekreterini görevlendirmiştir."

29. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının hızlı bir şekilde icrasının sağlanması için iç hukuk düzeyinde alınması gerekli etkin tedbirler hakkındaki CM/Rec(2008)2 sayılı ve 6 Şubat 2008 tarihinde kabul edilen Bakanlar Komitesi tavsiye kararının somut dava ile ilgili olan bölümleri aşağıdaki gibidir:

"Avrupa Konseyi [kuruluş] tüzüğü'nün 15. maddesinin b. bendine dayanarak Bakanlar Komitesi,

116 a. Yüksek Sözleşmeci tarafların, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin (bundan sonra "Sözleşme" olarak anılacaktır) 46. maddesince düzenlenen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (bundan sonra "Mahkeme" olarak anılacaktır) taraf oldukları davalarda verdiği bütün kesinleşmiş kararlarına uyma hukuki yükümlülüklerinin altını çizerek;

b. Mahkemenin ihlal tespit ettiği kararların Yüksek Sözleşmeci taraflara:

- Mahkeme tarafından adil tazmin bağlamında karşılaştırılan miktarları ödeme;
- Mahkeme tarafından tespit edilen ihlali ortadan kaldırmak için gerektiğinde bireysel nitelikli önlemler alma ve mümkün olduğu ölçüde [ihlalin] etkilerini ortadan kaldırma;
- benzer ihlalleri sonlandırma veya önleme adına gerektiğinde genel nitelikli tedbirler alma;

yükümlülüğü yüklediğini tekrar vurgulayarak.

c. Yine, Bakanlar Komitesinin gözetimi altında davalı devletin Sözleşmenin 46. maddesine uygun olarak Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uyma hukuki zorunluluğu bağlamında alacağı tedbirlerin seçiminde serbest olduğunu da hatırlat[maktadır] (...)"

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geleceği hakkında düzenlenen konferans

30. İnterlaken'de düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin geleceği hakkındaki yüksek düzeyli konferansın ardından 19 Şubat 2010 tarihinde aşağıda ilgili bölümleri yer alan bir bildiri yayınlanmıştır:

D. Tekrar eden başvurular

7. Konferans:

a) taraf devletleri [aşağıdaki tedbirleri almaya] davet etmektedir: i. mümkün olduğu takdirde, Mahkeme tarafından sunulan koruma çerçevesinde ve ihtiyaç olması durumunda Mahkemenin de yardımını alarak dostane çözüme gitmek veya tek taraflı deklarasyon kararlarına öncelik tanımak;

ii. kesinleşmiş bir pilot karardan sonra, tekrar eden davalara sebebiyet veren yapısal eksikliklerden kaynaklanan sorunların etkin çözümünü sağlayacak etkin genel tedbirlerin alınması amacıyla Bakanlar Komitesi ile işbirliği yapmak;

b) askıya alınan başvurular, uygulanacak usul ve incelenecek başvuruların seçimi ile ilgili olarak "pilot karar" olarak adlandırılan usul hakkında Mahkeme tarafından öngörülebilir ve net standartlar uygulamaya konulması gerekliliğinin ve [pilot karar] uygulamasının ve benzer uygulamaların etkilerini değerlendirmek;

(...)

F. Kararların icrasının takip edilmesi

11. Konferans Bakanlar Komitesinin acil olarak:

a) Mahkemenin kararlarının icrasının takibini daha etkin ve şeffaf hale getirecek yöntemlerin geliştirmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Bu bağlamda Konferans Bakanlar Komitesini, sadece acil bireysel tedbir alınmasını gerektiren davalara değil, aynı zamanda önemli yapısal sorunlara işaret eden davalara da öncelik vererek ve görünürlüklerini arttırarak ve daha etkin iç hukuk yollarının kurulması gerekliliğine özel bir önem atfederek bu takibi güçlendirmeye davet etmektedir.

(...)

31. İzmir'de düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin geleceği hakkındaki yüksek düzeyli konferansın ardından 26 ve 27 Nisan 2011 tarihinde aşağıda ilgili bölümleri yer alan bir bildiri yayınlanmıştır:

B. Sözleşmenin ulusal düzeyde uygulamaya konulması

Konferans:

1. İnterlaken bildirisinde bu başlık altında geçen tavsiyeleri tekrar etmekte ve üye ülkeleri özellikle [aşağıdaki tedbirleri almaya] davet etmektedir:

a. Gerek özel nitelikli olsun ve gerekse iç hukukta genel bir başvuru yolu olarak ortaya çıksın, etkin iç hukuk yollarının iddia edilen bir sözleşme ihlali hakkında karar verecek hale getirilmesini ve gerektiğinde bu ihlali ortadan kaldırılmasına imkan tanınmasını takip etmek.

b. Mahkeme kararlarının icrasının takibi hakkındaki yeni yöntemler çerçevesinde Bakanlar Komitesi ile tam bir işbirliği içinde olmak.

c. Hâkimlerin, savcılarının, kanunun uygulanması için yetkili kılınmış diğer memurların ve güvenlik kuvvetleri mensuplarının mesleki eğitim *müfredatlarında* mesleki alanlarına uygun Mahkemenin yerleşik içtihatları hakkında bilgilere yer verilmesini sağlamak;

d. Mahkeme sekreteryası tarafından hazırlanan Kabul edilebilirlik rehberinin ulusal dillerine çevrilmesine katkıda bulunmayı planlamak;

e. İnsan Hakları için güven fonuna katkı sağlamayı planlamak.

118
2. 2011 yılının sonuna kadar üye devletleri İnterlaken konferansı bildirisinin ilgili bölümlerini uygulamaya koymak amacıyla alacakları tedbirlere ve muhtemel eksiklikleri nasıl giderecekleri hakkındaki niyetlerine yer verecekleri ve daha sonraki iyileştirmelere sağlam bir temel oluşturacak ulusal raporlar hazırlamak için gerekli özeni göstermeye davet etmektedir.

(...)

E. Tekrar eden başvurular

Tekrar eden başvurular hakkında İnterlaken eylem planında yer alan tavsiye kararlarını da tekrar ederek ve üç hâkimden oluşan komitelerin yeni yetkilerine ilişkin cesaret verici sonuçları da dikkate alarak Konferans;

1. Üye devletleri tekrar eden başvuruları dostane çözümlerle veya gerektiğinde tek taraflı deklarasyon yöntemiyle çözmeye öncelik vermeye davet etmektedir.

2. Dostane çözüme ulaşmak veya gerektiğinde tek taraflı deklarasyon yöntemini benimsemek için çaba sarf eden üye devletlere Mahkemenin aktif desteğinin önemini altını çizmekte, Mahkemeyi bu konuda oynadığı rol bakımından desteklemekte ve dostane çözümün Mahkeme önünde derdest

olan davaların tarafları için Sözleşmede yer alan bir çözüm yolu olduğu hakkındaki duyarlılığı arttırma gerekliliği çabasını da desteklemektedir.

3. Mahkemenin yerleşik içtihadına atıf yaparken davalı devlet içinde gerçekleşen yasal değişiklikleri ve koşulları dikkate alması gerektiğini düşünmektedir.

4. Mahkemenin başvuruları inceleme kapasitesini arttırmak amacıyla, Bakanlar Komitesi bünyesinde, Sözleşmede değişiklikler yapılmasını gerektirecek somut tekliflere ilişkin halen yürütülmekte olan çalışmaları takdirle karşılamakta ve yapılan tekliflerin de Mahkemeye tekrar eden başvuruları makul sürelerde inceleme imkânı sağlayacağını değerlendirmektedir.

5. Pilot kararlar hakkındaki İçtüzüğün 61. maddesinin Mahkeme tarafından kabul edilmesini sevinçle karşılamaktadır.

32. Brighton'da, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İngiltere tarafından yürütülen başkanlığının girişimiyle 19 ve 20 Nisan 2012 tarihlerinde toplanan yüksek düzeyli konferans sonrasında (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin geleceği hakkında konferans) aşağıdaki bildiri yayınlanmıştır:

A. Sözleşmenin ulusal düzeyde uygulamaya konulması

6. Sözleşmenin ulusal düzeyde tam anlamıyla uygulamaya konulması üye devletlerin ihlalleri önlemek amacıyla etkin tedbirler almalarını gerektirmektedir. Bütün kanunlar ve politikalar Sözleşmenin tam anlamıyla uygulanmasını sağlayacak şekilde düzenlenmeli ve bütün kamu görevlileri görevlerini bu amaçla yerine getirmelidirler. Üye devletler aynı zamanda Sözleşme ihlali iddiaları için başvuru yolları da öngörmelidirler. Ulusal mahkemeler ve idareler Sözleşmeyi ve Mahkemenin içtihadını dikkate almalıdırlar. Bütün bu tedbirlerin bir araya gelmesi Sözleşmenin ihlal edilmesi vakalarının sayısını azaltmalıdır. Bu durum aynı zamanda Mahkemeye gönderilecek haklı başvuruların sayısını de azaltmaya imkân sağlamalıdır ki bu son durum da Mahkemenin iş yükünün hafiflemesine katkıda bulunacaktır.

(...)

D. Başvuruların incelenmesi

(...)

18. Tekrar eden başvuruların kaynağında çoğunlukla ulusal düzeydeki yapısal ve uygulamaya dönük sorunlar yatmaktadır. Bakanlar Komitesinin gözetimi altında üye devletlere düşen görev, bu tür problemleri ve sebep oldukları ihlalleri Mahkemenin kararlarının etkin icrası yoluyla çözmektir.

(...)

20. Dolayısıyla Konferans:

(...)

c) tekrar eden başvuruların halen Mahkeme önünde derdest olmasından endişe duymaktadır. Mahkemenin tekrar eden ihlalleri etkin şekilde değerlendirmek için önleyici tedbirler almasından ve özellikle pilot kararlar almasından memnuniyet duymaktadır. Mahkemeyi, üye devletleri ve Bakanlar Komitesini Mahkeme tarafından tespit edilen sistemik sorunların ortaya çıkardığı çok sayıdaki başvuruyu, ortaya atılan değişik fikirleri hukuki ve mali sonuçlarıyla birlikte değerlendirerek ve üye devletler arasındaki eşitliği koruyarak karara bağlamaya yardımcı olacak tedbirlerin alınmasını sağlamak adına birlikte çalışmaya teşvik etmektedir.

(...)

F. Mahkemenin kararlarının icrası

26. Her üye devlet tarafı olduğu davalarda verilen kesinleşmiş Mahkeme kararlarına uymayı taahhüt etmiştir. Bakanlar Komitesi gözetimiyle, daha geniş uygulama sorunlarının çözümüne yönelik genel tedbirler alınması da dahil olmak üzere, Mahkeme kararlarının uygun şekilde yerine getirilmesini denetlemektedir.

27. Dolayısıyla Bakanlar Komitesi bir üye devlet tarafından alınan tedbirlerin, bir ihlalin sonlandırılmasını sağlayıp sağlamadığını etkin ve hakkaniyetli bir şekilde denetlemelidir. Sözleşmenin 46. maddesi tarafından öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir üye devlet hakkında Bakanlar Komitesi etkin tedbirler alabilmelidir.

Bakanlar Komitesi, ulusal düzeyde uygulamaya ilişkin sorunların tespit edilmesine imkân sağlayan ihlallere özellikle dikkat etmeli ve üye devletlerin pilot kararları hızlı ve etkin şekilde icra etmesine nezaret etmelidir.

(...)

29. Dolayısıyla Konferans:

(...)

b) İnterlaken ve İzmir Konferanslarınca Bakanlar Komitesine iletilen üye devletlerin Sözleşme bağlamındaki yükümlülüklerini yerine getirmek için yöntem seçiminde serbest olduklarını ifade eden ikincilik ilkesini tam anlamıyla uygulama davetini tekrar etmektedir; (...)

ŞİKÂYETLER

33. Sözleşmenin 6. maddesinin 1. paragrafına dayanarak başvuranlar haklarında açılan ceza davasının "makul sürede" bitirilmediğini ileri sürmektedirler.

34. Başvuranlar ayrıca 13. maddeyi ileri sürmekte ve iç hukukta makul sürede yargılanma haklarının ihlali ile ilgili şikâyetlerini iletebilecekleri bir kurum bulunmadığından yakınmaktadırlar.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

35. Başvuranlar yargılamanın makul sürede bitirilmemesinin, somut olaya ilişkin ilgili bölümleri aşağıda yer alan 6. maddenin 1. fıkrasını ihlal ettiğini ileri sürmektedirler.

"Herkes davasının, (...) cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, (...) bir mahkeme tarafından, (...) makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."

36. Başvuranlar ayrıca Türkiye'de aşırı uzun süren yargılamalar hakkındaki şikâyetlerini dile getirebilecekleri hukuki bir yol olmadığından yakınmakta ve bu bağlamda Sözleşmenin 13. maddesini ileri sürmektedirler. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir.

"Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir."

A. Pilot karar usulünün uygulanması

37. Mahkeme Ümmühan Kaplan v. Türkiye (no 24240/07, 20 Mart 2012) kararında pilot karar usulünü uyguladığını hatırlatmaktadır. Bu başvuru hakkında verdiği kararda Mahkeme, 6. maddenin ihlalinin uzun zamandır tekrarlanarak devam etmekte olduğunu ve iç hukukta, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak, yapısal ve uygulamaya ilişkin bir sorun oluşturduğunu tespit etmiştir.

38. Yine bu kararda Mahkeme, iç hukukta başvuranın 6. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili şikâyetleri hakkında karar verilmesine imkân tanıyacak bir başvuru yolu olmaması dolayısıyla 13. maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir.

39. Sözleşmenin 46. maddesi bağlamında Mahkeme, *Ümmühan Kaplan* kararında, davalı devletin en geç kararın kesinleşmesini takip eden bir yıl içinde 6. maddenin 1. fıkrası ve 13. madde bağlamındaki makul süre aşımı

şikâyetleri hakkında yeterli ve uygun bir tatmin sağlayabilecek bir iç hukuk yolu oluşturması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme bu iç hukuk yolunun, kendisine sunulacak olan benzer başvuruların yığılmasını engellemek amacıyla, Anayasa Mahkemesine Bireysel başvuru yolunun açılması tarihine kadar yapılacak olan ve kendi önünde halen derdest olan başvurularla ilgili olduğunu da vurgulamıştır.

40. Nihayet, -23 Eylül 2012 tarihinden bu yana işlevsel olan- bu alandaki bireysel başvuru yolu hakkında bir önyargıda bulunmaksızın, Mahkeme *Ümmühan Kaplan* davasında, davalı devlet söz konusu yapısal sorunu çözmek amacıyla uygun tedbirleri alıncaya kadar henüz Hükümete tebliğ edilmemiş olan başvuruların ve yukarıda anılan tarihten önce yapılacak olan başvuruların incelenmesini askıya almaya karar vermiştir. Buna karşın Mahkeme daha önce davalı Hükümete tebliğ edilen benzer başvuruları olağan usulde incelemeye devam etmeye karar vermiştir.

B. Pilot karar usulünün uygulanması bağlamında oluşturulan yeni iç hukuk yolu

122 **41.** Mahkeme, *Ümmühan Kaplan* davasıyla ilgili 14 Kasım 2011 tarihli görüşlerinde davalı Hükümetin, Mahkemenin bu konudaki içtihadına uygun olarak, [*Ümmühan Kaplan*] davasındaki pilot kararın konusu olan yapısal sorunun çözümüne ilişkin *adhoc* bir iç hukuk yolu kurma iradesini beyan ettiğini hatırlatmaktadır.

42. Bu bağlamda Büyük Millet Meclisi 9 Ocak 2013 tarihinde, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış bazı başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözümüne dair* 6384 sayılı Kanunu kabul etmiştir. Bu Kanun bir tazminat komisyonu kurmakta ve yargılama sürelerinin uzunluğu ve aynı zamanda yargı kararlarının geç veya eksik icra edilmesi veyahut da hiç icra edilmemesi ile ilgili tazminat taleplerinde izlenecek yolu belirlemektedir. Bu Kanun, 23 Eylül 2012 tarihinden önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılmış olan başvurular hakkında uygulanacaktır (bk. yukarıda 19. ve 26. paragraflar arası).

B. Yeni oluşturulan iç hukuk yolu, Mahkemenin değerlendirmesi

1. İlgili genel kurallar

43. Mahkeme, Sözleşmenin iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının amacının, Mahkemeye başvurulmadan önce, Sözleşmeci devletlere kendilerine karşı yöneltilen ihlal iddialarını önleme veya düzeltme fırsatı vermek olduğunu hatırlatmaktadır (başka birçok karar arasında, bk. *Selmouni v. Fransa*, [BD], No. 25803/94, § 74, CEDH 1999-V). Sözleşmenin 13. maddesinin konusu olan ve bu madde ile sıkı bağlantı içinde olan bu kural, iç hukukun bir Sözleşme ihlali iddiası hakkında etkin bir iç hukuk yolu oluşturacağı varsayımına dayanmaktadır. Böylece bu kural, Sözleşme tarafından kurulan koruma mekanizmasının, insan haklarının korunmasına ilişkin ulusal sistemlere nazaran ikincil nitelikte olacağını öngören kuralın önemli bir yönünü oluşturmaktadır (*Brusco v. İtalya* (Kabul edilebilirlik kararı), No. 69789/01, CEDH 2001-IX, ve *Demopoulos ve diğerleri v. Türkiye*, (Kabul edilebilirlik kararı) [BD], No.46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04 ve 21819/04, § 69, CEDH 2010).

44. Bunun yanında, 35. maddenin 1. fıkrası iç hukukun ihlal iddiası hakkında etkin bir başvuru yolu oluşturacağı varsayımına da dayanmaktadır (örnek olarak, bk. *Kudla v. Polonya*, [BD], No. 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI, *Charzyński v. Polonya* (Kabul edilebilirlik kararı), No. 15212/03, CEDH 2005-V, *Tadeusz Michalak v. Polonya*, (Kabul edilebilirlik kararı), No. 24549/03, 1 Mart 2005 ve *İçyer v. Türkiye* (Kabul edilebilirlik kararı), No. 18888/02, § 69, CEDH 2006-I).

45. Bununla birlikte, Sözleşmenin 35. maddesinin hükümleri sadece ve aynı zamanda hem ihlal iddiasına ilişkin, hem ulaşılabilir ve hem de uygun iç hukuk yollarının tüketilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu iç hukuk yolları sadece teorik olarak değil, aynı zamanda pratik olarak da yeterli bir kesinlik düzeyinde olmalıdır. Böyle olmadığı takdirde istenen erişebilirlikleri ve etkinlikleri ortadan kalkacaktır (özellikle, bk. *Akdivar ve diğerleri v. Türkiye*, 16 Eylül 1996, § 66, *Kararlar ve Hükümler Derlemesi*, 1996-IV ve *Dalia v. Fransa*, 19 Şubat 1998, § 38, *Derleme*, 1998-I). Üstelik, "uluslararası hukukun genellikle kabul edilen" ilkelerine göre bazı koşullar başvuranları kendilerine sunulan iç hukuk yollarını tüketmekten muaf tutabilirler (bk. yukarıda anılan *Selmouni* kararı, § 75). Bununla birlikte, olumsuz olarak

sonuçlanacağı açık olmayan herhangi bir başvurunun başarıya ulaşım ulaşamayacağına dair şüphe duyulması olgusunun, o iç hukuk yolunun tüketilmemesini gereçlendirecek geçerli bir sebep olmayacağıının altını çizmektedir (bk. yukarıda anılan kabul edilebilirlik hakkındaki *Brusco* kararı).

46. İç hukuk yollarının tüketilip tüketilmemesi gerekliliği kural olarak başvurunun Mahkemeye sunulduğu tarih dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, Mahkemenin de birçok defa ifade ettiği gibi, bu kuralın her davanın kendine has koşullarına göre gereçlendirilebilecek istisnaları olacaktır (*Baumann v. Fransa*, No. 33592/96, § 47, 22 Mayıs 2001 ve yukarıda anılan kabul edilebilirlik hakkındaki *Brusco* kararı). Mahkeme özellikle, yargılama sürelerine ilişkin şikâyetlerin konu edildiği, İtalya, Hırvatistan, Slovakya, Polonya, Rusya ve Almanya aleyhine yapılan başvurularda bu genel kuralı uygulamamıştır (yukarıda anılan kabul edilebilirlik hakkındaki *Brusco* kararı), *Nogolica v. Hırvatistan* (Kabul edilebilirlik kararı), No. 77784/01, CEDH 2002-VIII, *Andrâsik ve diğerleri v. Slovakya*, (Kabul edilebilirlik kararı), No. 57984/00,

124
60226/00, 60237/00, 60242/00, 60679/00, 60680/00 ve 68563/01, CEDH 2002-IX, *Charzynskiet Tadeusz Michalak*, (yukarıda anılan Kabul edilebilirlik kararı), *Fakhretdinov ve diğerleri v. Rusya*, (Kabul edilebilirlik kararı), No. 26716/09, 67576/09 ve 7698/10, 23 Eylül 2010, ve *Reinhold Taron v. Almanya*, (Kabul edilebilirlik kararı), No. 53126/07, 29 Mayıs 2012) .

4. Söz konusu kuralların somut başvuruya uygulanması

47. Somut başvuruda Mahkeme öncelikle pilot kararı usulünün uygulanmasının ardından Büyük Millet Meclisinin 9 Ocak 2013 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış bazı başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözümüne dair 6384 sayılı Kanunu kabul ettiğini gözlemlemektedir. Bu Kanun Mahkemeye "yargılama sürelerinin uzunluğuna" ilişkin 23 Eylül 2012 tarihinden önce yapılmış olan başvurular hakkında uygulanacaktır. Dolayısıyla Kanunun amacı, Mahkemenin bu konudaki içtihadına da uygun olarak, ulusal hukukta "makul süre" kuralını etkin hale getirmektir.

48. Dolayısıyla Mahkeme bu tespit ışığında, iç hukukta başvuruların artık kendilerine sunulan yeni başvuru yolunu Sözleşmenin 35. maddesinin 1. fıkrasınınca öngörülen şekilde tüketmek zorunda olup olmadıklarını belirlemek zorundadır.

49. Mahkeme, somut başvurunun kendisine 6384 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, yani Türk Hukuku'nda başvuruların makul sürede yargılanma haklarına ilişkin şikâyetlerini sunacakları etkin bir başvuru yolu bulunmadığı bir dönemde sunulduğunu kaydetmektedir (*Daneshpayeh v. Türkiye*, No. 21086/04, §§ 37-38, 16 Temmuz 2009).

50. Bununla birlikte Mahkeme, özellikle dava sürelerinin uzunluğu hakkında bazı ülkelere karşı yöneltilen şikâyetlere ilişkin başvurularda iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmemesi gerekliliğinin, başvurunun Mahkemeye sunulduğu tarih dikkate alınarak değerlendirileceği kuralını uygulamadığını hatırlatmak ister (bk. yukarıda 46. paragraf). Mahkeme aynı kuralı mülkiyet hakkına ilişkin sorunların incelendiği ve Türkiye aleyhine açılan bazı davalarda da uygulamıştır (bk. yukarıda anılan *İçyer* (Kabul edilebilirlik kararı), *Demopoulos ve diğerleri* (Kabul edilebilirlik kararı.), kararları, *Altunay v. Türkiye* (Kabul edilebilirlik kararı), No. 42936/07, 17 Nisan 2012 ve *Tahir Arnoğlu ve diğerleri v. Türkiye* (Kabul edilebilirlik kararı), No. 11166/05, 6 Kasım 2012).

51. Mahkemeye göre, 6384 sayılı Kanun tarafından oluşturulan iç hukuk yolu, aynı yapısal veya uygulamaya ilişkin sorunlardan kaynaklanan önemli sayıda benzer başvurunun Sözleşme sistemi üzerinde oluşturduğu giderek büyüyen tehdit karşısında, Türkiye aleyhine yapılan makul süre şikâyetleri ile ilgili tekrar eden başvuruların incelenmesi amacıyla uygulanan pilot karar usulünün doğrudan ve somut bir sonucudur. Mahkeme davalı devletin ulusal makamlarının, Mahkemenin bu konudaki içtihadından çıkan ilkelere ve pilot kararda Sözleşmenin 46. maddesi bağlamında varılan sonuçlara uygun olarak, bir iç hukuk yolu oluşturduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, davalı devletin böylece, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiyelerine ve İnterlaken, İzmir ve Brighton Konferansları nihai bildirimlerine de uygun olarak ve ilgili kişilerin Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlayarak, bir taraftan Sözleşmenin 1. maddesinin emrettiği gibi daha hızlı tatmin yolu sağladığı gibi, diğer

tarafından da, öz olarak benzer önemli sayıda başvuruyu incelemek zorunda kalacak olan Mahkemenin iş yükünün azalmasına katkı sağlamasını, böylece bu çeşit sorunları ulusal düzeyde çözerek Sözleşme sisteminde kendisine düşen görevi yerine getirmiş olmasını memnuniyetle karşılamaktadır. (*Wolkenberg ve diğerleri v. Polonya*, (Kabul edilebilirlik kararı), No. 50003/99, 4 Aralık 2007 ve *Broniowski v. Polonya* [BD], No. 31443/96, §§ 190-191, CEDH 2004-V).

52. Mahkeme, 6384 sayılı Kanun'un 23 Eylül 2012 yılından önce kendisine gönderilen ve henüz Hükümete tebliğ edilmemiş bütün derdest başvurular hakkında uygulanacağını gözlemlemektedir. Kanunun uygulama alanı "makul süreyi" aşan bütün ceza davalarını, hukuk davalarını ve idari davaları kapsamakta ve kendisine yapılan bütün müracaatlar hakkında dokuz ay içinde karar vermek zorunda olan bir tazminat komisyonu kurulmasını öngörmektedir. Bu Komisyon ağırlıklı olarak yargıçlardan oluşmaktadır. Komisyon davanın makul süre içinde bitirilmediğini tespit ederse, incelemek durumunda olduğu her bireysel vaka için Strazburg Mahkemesi'nin içtihadına uygun olarak gerekçeli bir karar vermek ve tazminata hükmetmek zorundadır. Komisyon tarafından ödenmesine hükmedilen tazminat, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Bakanlık tarafından her türlü vergi ve masraftan muaf tutularak ödenmek zorundadır. Verilen kararlara karşı, üç ay içinde Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itiraz başvurusunda bulunulabilecektir. Nihayet, Komisyonun kesinleşen kararlarının bir örneği, müracaata konu işlemin yapıldığı adli veya idari mercie kendisi önünde halen derdest olan yargılamaların sonlandırılması için gönderilmek zorundadır.

53. Mahkeme herkesin bölge idare mahkemesinin verdiği kararlara karşı, 6216 sayılı Kanunla oluşturulan ve 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana işlevsel olan bireysel başvuru hakkını kullanabileceğini kaydetmektedir (bk. yukarıda anılan *Ümmühan Kaplan* kararı, § 27). Mahkeme aynı zamanda, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karardan sonra herkesin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayalı bir şikâyet ile Strazburg Mahkemesi'ne başvurabileceğini de saptamaktadır.

54. Mahkeme 6384 sayılı Kanun ile oluşturulan iç hukuk yolunun, makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili şikâyetlerin, Mahkemenin bu konudaki

içtihadından çıkan ilkelere uygun olarak ortadan kaldırılması amacıyla olduğu kanaatindedir. Mahkeme, 6384 sayılı Kanun tarafından öngörülen başvuru yolunun, pilot kararı usulünün uygulanmasının ardından ve davalı devletin Sözleşmenin 46. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri çerçevesinde alınmış tedbirlerden olmasına özel bir önem atfedilmesi gerektiği kanaatindedir. 6384 sayılı Kanun'un başlıca amacı, bir taraftan davalı devlete "makul süre" gereklerine aykırı eksiklikleri giderme imkânı tanınması, diğer taraftan da pilot karar usulü ile varlığı tespit edilen yapısal veya uygulamaya ilişkin ve Mahkemenin önünde derdest bulunan çok sayıdaki başvurunun azaltılması, hatta tamamen eritilmesidir. Mahkeme, 31 Aralık 2012 tarihi itibarıyla, kendisine gönderilmiş ve aynı sorundan kaynaklanan 3.800'den fazla başvurunun halen davalı Hükümete tebliğ edilmemiş olduğunu hatırlatmaktadır (bk. yukarıda anılan *Ümmühan Kaplan* kararı, § 64).

55. Dolayısıyla Mahkeme, 6384 sayılı Kanun'un niteliğini ve hangi koşullarda sürece müdahil olduğunu dikkate alarak, iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmemesi gerekliliğinin başvurunun Mahkemeye sunulduğu tarih dikkate alınarak değerlendirileceği kuralına bir istisna getirmenin haklı olduğu kanaatindedir. Gerçekten de Mahkeme, yargılamanın bu aşamasında, oluşturulan iç hukuk yolunun erişilebilir ve etkin olup olmadığını teyit etme imkânına sahip değildir. Aynı şekilde 6384 sayılı Kanun'un önce Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin, ardından ve gerektiğinde Anayasa Mahkemesi'nin ve nihayet [Avrupa İnsan Hakları] Mahkemesi'nin denetimine tabi bir iç hukuk yolu oluşturduğunun altını çizmek gerekmektedir (*Scordino v. İtalya (n° 1)* [BD], No. 36813/97, § 144, CEDH 2006-V).

56. Dolayısıyla, başvuranların yargılama sürelerinin "makul sürede" yargılanma hakkını ihlal ettiği iddiaları dikkate alındığında ve Türkiye'de bir davanın makul sürede sonuçlandırılmaması ile ilgili şikâyetlerin sunulabileceği bir yargı makamının olmaması da göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, somut olayda ilgililerin Sözleşmenin 35. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak, ilk bakışta (*a priori*) erişilebilir ve kendilerine şikâyette buldukları konu ile ilgili tatmin sağlamaya elverişli makul imkânlar sunduğu görünen, 6384 sayılı Kanun ile oluşturulan

tazminat Komisyonuna başvurmalarının uygun olacağı kanaatindedir. Mahkeme gerçekten de, pilot karar usulünden sonra davalı devletin, ulusal düzeyde, aynı yapısal sorundan kaynaklanan birçok bireysel davaya çözüm sunan bir başvuru yolu oluşturduğunu ve böylece Sözleşmenin temelinde yer alan ikincillik ilkesini uyguladığını gözlemlemektedir (*Bourdov v. Rusya (n° 2)*, No. 33509/04, § 127, CEDH 2009). Mahkeme böylece, adaletin iyi bir şekilde gerçekleştirilmesi için, aşırı uzun süren yargılamalara ilişkin ihtilafları inceleyecek bir Tazminat Komisyonu kurarak davalı devletin adli sistemini düzenlemesi olgusunu dikkate almaktadır (*Erol Soyuer ve diğer 46 başvuru v. Türkiye*, (Kabul edilebilirlik kararı), § 70, No. 49445/07, 21 Haziran 2011). Mahkemenin, birçok davada aynı sonuçları tekrarlayarak, Sözleşmenin 19. maddesine göre "yüksek sözleşmeci tarafların Sözleşmeden ve eki protokollerden (...) kaynaklanan yükümlülüklerine uygun davranmalarını sağlama" görevini daha iyi bir şekilde yerine getirdiği [söylenemez] (bk. *mutatis mutandis, E.G. v. Polonya*, (Kabul edilebilirlik kararı), No. 50425/99, § 27, CEDH 2008 et *Glykantzi v. Yunanistan*, No. 40150/09, § 64, 30 Ekim 2012).

128 **57.** Bununla birlikte, varılan bu sonuç Mahkemenin, 6384 sayılı Kanunla oluşturulan başvuru yolunun etkinliğini ve gerçekliğini, Tazminat Komisyonunun ve ulusal yargı organlarının vereceği kararlar ışığında yeniden değerlendirmeme ihtimali olduğu yargısına hiçbir şekilde yol açmamalıdır. Her halükarda, söz konusu başvuru yolunun etkinliğini ispatlama yükü her zaman davalı devletin üzerindedir (yukarıda anılan *Taron*, (Kabul edilebilirlik kararı), § 45, *Fakhretdinov ve autres*, (Kabul edilebilirlik kararı), § 33, ve *mutatis mutandis, Tahir Arıoğlu ve diğerleri*, (Kabul edilebilirlik kararı), § 34).

58. Dolayısıyla, başvuruların "makul süre" ile ilgili şikâyetleri iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle Sözleşmenin 35. maddesinin 1. ve 4. fıkraları uyarınca reddedilmelidir.

59. Mahkeme, 6384 sayılı Kanun tarafından kurulan Tazminat Komisyonunun başvurulara, Sözleşmenin 13. maddesi anlamında Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak ileri sürdükleri yargılama süresinin uzunluğu ile ilgili şikâyetlerini sunabilecekleri ve tüketilmesi gerekli bir başvuru yolu sunduğunu ve bu başvuru yolunun 23 Eylül 2012

tarihinden önce Mahkemeye sunulan ve davalı Hükümete henüz tebliğ edilmemiş başvuruları kapsadığını tespit etmiştir (bk. yukarıda 52. paragraf).

60. Dolayısıyla başvuruların Sözleşmenin 13. maddesine dayanan şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksundur ve yine Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrasının a bendi ve 4. fıkrası uyarınca reddedilmelidir.

Bu gerekçelerle ve oy birliğiyle Mahkeme,

Başvurunun kabul edilemez olduğuna *karar vermiştir.*

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

EK

	Adı Soyadı	Doğum Tarihi	Doğum Yılı	Milliyeti	Doğum Yeri	Avukatı
1	Müdür Turgut	12/11/1977	1977	T.C.	İstanbul	M. Erbil
2	Nihat Kasun	01/07/1962	1962	T.C.	Tunceli	M. Erbil
3	Cemal Kılıklı	05/11/1970	1970	T.C.	İstanbul	M. Erbil
4	Mahmut Han	06/05/1975	1975	T.C.	İstanbul	M. Erbil

