



KÜRESEL BAKIŞ

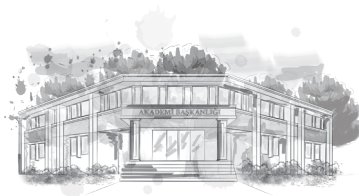
ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanır)

12

YIL: 4, SAYI: 12, OCAK 2014

ISSN: 2146-1376



SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/ GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/ EDITOR

Bahdiyar ÇOBAN
Hâkim

*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/ EDITOR IN CHIEF

Bahdiyar ÇOBAN
Hâkim

*

YAYIN KURULU/ EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

Rifat İNANÇ
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı
Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK
Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Dr. Gürsel ÖZKAN
Ankara Bölge İdare Mahkemesi Üyesi

*

GRAFİK TASARIM / GRAPHIC DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ
PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095
Çankaya-Ankara

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

E-posta: taad@taayayinlari.gov.tr

Web : www.taa.gov.tr
www.taayayinlari.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ / ANKARA

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 Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanlığına ulaştırılması gerekmektedir.
- * Çevirilerin öncelikle www.taayayinlari.gov.tr internet sitesinden “makale ve çeviri gönder” bölümünden 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 metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11,5 Times New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlar dan 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 Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırca
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. 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 Öztek
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçın
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

| | |
|---|-----|
| Alman Federal İş Mahkemesi Kararı | 1 |
| <i>Çeviren: Doç. Dr. C. Gökhan ERBAŞ</i> | |
| Denetimli Serbestlik Hala Mümkün müdür? | 11 |
| <i>Prof. Dr. Peter RAYNOR</i> | |
| <i>Çevirenler: Dr. Hakan A. YAVUZ, Süleyman ÖZAR</i> | |
| Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli | 41 |
| <i>Prof. Dr. Peter J.P. TAK</i> | |
| <i>Çeviren: Mahmut ERDEMLİ</i> | |
| Uluslararası Hukukun Anayasal Yorumda Kullanımı | 69 |
| <i>Gerald L. NEUMAN</i> | |
| <i>Çevirenler: Feyzan ÖZBAY, Yasin BÜYÜK</i> | |
| AB Veri Korumasına Yönelik Köklü Reform | 85 |
| <i>Yazar: Monika KUSCHEWSKY</i> | |
| <i>Çeviren: Nurullah TEKİN</i> | |
| Avrupa Birliği Adalet Divanı İkinci Daire'nin Leno Merken BV & Hagelkruis Beheer BV Kararı | 91 |
| <i>Çeviren: Esen CAM</i> | |
| Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölümünün Alican DEMİR / Türkiye Davası ile ilgili Toplantı ve Gösterinin Dağıtılması Esnasında Polisin Aşırı Güç Uygulaması Hakkında Kararı..... | 111 |
| Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölümünün Gülizar TUNCER GÜNEŞ/ Türkiye Davası ile İlgili Hükmen Tutuklu Olan Başvurucunun, Şartlı Tahliye Süresinin Dolduğu Halde Tahliye Edilmemesi Hakkında Kararı..... | 139 |

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:



ALMAN FEDERAL İŞ MAHKEMESİ KARARI

| | |
|--------------------------|---|
| Karar Tarihi | : 19.1.2011 |
| Sayı | : 10 AZR 738/09 |
| Daire | : Alman Federal İş Mahkemesi (Bundesarbeitsgericht - BAG) 10. Daire |
| İstinaf Mahkemesi | : Baden-Württemberg (Mannheim) Eyalet İş Mahkemesi (Landesarbeitsgericht – LAG) |

*Çeviren: Doç. Dr. C. Gökhan ERBAŞ **

YER DEĞİŞTİRMEYE İLİŞKİN KURALIN VARLIĞI HALİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARI KONTROLÜ

Federal İş Mahkemesi Hâkimlerinin Sunduğu Dava Özeti:

1. *Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch -BGB) md. 305 vd. uyarınca söz konusu olan genel işlem şartları kurallarına dayanan, başka bir çalışma mahaline gönderme işleminin geçerliliğinin denetlenmesinde, öncelikli olarak düzenlemeleri yorumlamak suretiyle, bir çalışma mahalinin sözleşmeyle belirlenip belirlenmediği ve – mevcut olması halinde – sözleşmeyle saklı tutulan yer değiştirme hakkının hangi içeriğe sahip olduğu tespit edilmelidir.*

2. *Yorum çerçevesinde, sözleşmede saklı tutulan haklarla, bir bütün olarak işletmenin herhangi bir yerinde istihdam etme imkânı ile bağlantılı olarak belirli bir çalışma mahalinin belirlenmesinin, genel itibariyle sözleşme içerisinde belirtilen çalışma ödevinin ifa yerine ilişkin sınırlamayı engellediği göz önünde bulundurulmalıdır.*

Alman Federal İş Mahkemesi (Bundesarbeitsgericht - BAG) 10. Daire, 19.1.2011 - 10 AZR 738/09 (2. Derece Mahkemesi: Baden-Württemberg (Mannheim) Alman Eyalet İş Mahkemesi (Landesarbeitsgericht – LAG)

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
gokhan.eras@hacettepe.edu.tr

Olay:

Taraflar arasında, davacının başka bir dış hizmet bölgesine gönderilmesi nedeniyle uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davalı ilaç üretmekte ve bunları satmaktadır. Evli ve iki çocuğa bakmakla yükümlü olan davacı 1.4.2000 tarihinden beridir davalı için (doktor odaklı) dış hizmet satış temsilcisi olarak çalışmaktadır. Son brüt geliri 3059,45 Avro'dur.

Taraflar arasında yapılan 9.3.2000 tarihli sözleşme, diğer hususların yanında şu şekilde düzenlemeleri de içermektedir:

“§ 1 ...

3. Çalışma alanı şu bölgeyi kapsamaktadır:

AB 926 (*Aşağıda açıklanmaktadır*)

4. Bu iş ilişkisi için ilgili mer'î personel direktifleri, bağlayıcı işyeri kararları, çalışma nizamnameleri, organizasyona yönelik talimatlar, idari talimatlar ve hizmete ilişkin talimatlar ve aynı şekilde aksiyon planları uygulama alanı bulacaktır.

6. Yer değişimi sadece firmanın önceden yazılı onay vermesiyle mümkündür.

§ 16 *Hizmet Yeri Değişikliği*

1. Firmanın çalışma alanı değişiklikleri hakkı veya – dış hizmete ilişkin diğer gelişmelerden kaynaklanması halinde – başka bir alanda istihdama ilişkin talimat hakkı saklıdır.

2. Firma, (izin, hastalık gibi) her türlü iş kesintilerinde, ilgili çalışan tarafından işgal edilen alanda, başka çalışanlarını istihdam etmeye yetkilidir.”

Çalışma Alanı AB, Saksonya (Sachsen)'nın doğusunda yer almaktadır ve artık Çalışma Alanı Nr. 423 olarak tanımlanmaktadır. Davacı orada ikâmet etmektedir. 2005 Nisan'da davacının ilk çocuğunun doğmasının ardından bir yıllık çocuk bakım izni kullanılmıştır. Çalışmaya yeniden başlanılmasından sonra, 2007 Şubat ayı içerisinde birden çok ikazın ardından davalı iş ilişkisini

2007 Nisan'da herhangi bir ihbar süresi vermeksizin derhal feshetmiştir. Bu fesih hukuken geçersizdir [Dresden İş Mahkemesi (Arbeitsgericht – ArbG) 9.10.2007 – 4 Ca 1714/07].

12.12.2007 tarihli yazı ile davalı 1.1.2008 tarihinden başlamak üzere davacıyı Göttingen ve Magdeburg arasında bulunan 314 numaralı çalışma alanına yönlendirmiş ve ihtiyaten buna uygun olarak olağanüstü değişiklik feshi bildiriminde bulunmuştur. Bu anda davacı yeniden hamiledir. Değişiklik feshi, ilk derece mahkemesinin kararı uyarınca hukuken geçersiz bulunmuş; bu noktada davalı kararı temyiz etmemiştir.

Davacı, yer değişikliği işleminin hukuka aykırı olduğu görüşünü savunmaktadır. Ona göre; iş sözleşmesi md. 16 içerisinde yer alan yer değiştirme hakkının saklı tutulmasına dair hükmün, *şaşırtıcı (beklenmeyen) hüküm* olması nedeniyle sözleşmenin bir parçası haline gelmemiştir. Yer değiştirme ayrıca iyi niyet kurallarına da aykırılık teşkil etmektedir. Kendisinin o ana kadar bulunduğu çalışma alanına davalı tarafından yönlendirilen personel, sosyal açıdan daha az korunmaya muhtaçtır.

Davacı son olarak, davalı tarafından 1.1.2008 tarihinden itibaren hüküm doğurmak üzere dış hizmet satış temsilcisi olarak 423 numaralı çalışma alanından 314 numaralı çalışma alanına nakli işleminin geçersizliğinin tespitini talep etmiştir.

Davalı, davanın reddini talep etmiştir. Ona göre; yer değiştirme işlemi, eczacılar ve doktorlara yönelik dış hizmetlerin birleştirilmesi nedeniyle gereklidir. Alanın sorumlusu artık ağırlıklı olarak eczaneleri ziyaret etmelidir. Davacının o ana kadar çalıştığı alanda eczanelere yönelik dış hizmetlerde faaliyet gösteren personel oldukça tecrübelidir ve oldukça uzun süreli bağlantıları vardır ki, kendisi bu personeli 423 numaralı çalışma alanına sevk etmiştir ve davacıyı da boş olan başka bir alana sevk etmiştir.

Alt derece mahkemeleri tarafından dava kabul edilmiştir. Federal İş Mahkemesi tarafından (*usuli şartları taşınması nedeniyle*) kabul edilen davacının temyiz talebi yerinde görülmemiştir.

Gerekçeler:

Temyiz talebi haklı gerekçelere dayanmaktadır. Eyalet İş Mahkemesi'nin belirttiği gerekçelerle, yapılan itiraz bütünüyle reddedilemez. Daire, yeterli nitelikteki tespitlerin eksikliği nedeniyle kesin karara varamamaktadır. Bu nedenle temyiz, yer değiştirme işlemi hakkında karar verilmiş olması halinde, iptali istenen kararın ortadan kaldırılması ve meselenin istinaf mahkemesine geri gönderilmesi [Alman Medeni Usul Kanunu (Zivilprozessordnung - ZPO) md. 563 f. 1 c. 1] sonucuna götürecektir.

I. Taraflar arasında yapılan iş sözleşmesi uyarınca davalı, alt derece mahkemelerinin görüşlerinin aksine, davacıyı Alman Mesleki Faaliyetler Kanunu (Gewerbeordnung – GewO) md. 106 c. 1'de belirtilen esaslara uygun şekilde başka bir alana sevk etmeye yetkilidir.

1. BGB md. 305 vd. uyarınca söz konusu olan genel işlem şartları içerisindeki kurallara dayanan yer değişikliği işleminin geçerliliğini denetlerken öncelikli olarak yorum yoluyla sözleşmedeki düzenlemelerin içeriği, somut olayda mevcut bütün unsurlar dikkate alınmak suretiyle incelenmelidir (ayrıntılar için bkz.: BAG 25.8.2010 - 10 AZR 275/09 – Rn. 17 - 31, AP GewO § 106 Nr. 11 = NZA 2010, 1355). Burada tespit edilmesi gereken, belirli bir faaliyet içeriğinin ve faaliyet yerinin sözleşmeyle kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı ve – mevcut olması halinde – sözleşme içerisinde saklı tutulan yer değiştirme hakkının hangi içeriğe sahip olduğudur.

a) Bu noktada genel işlem şartları objektif içeriklerine ve tipik anlamlarına uygun olarak, emsal katılımcıların menfaatlerinin tartılması suretiyle, makul ve dürüst sözleşme taraflarınca nasıl anlaşılıyor ise o şekilde yorumlanmalıdır ki, bu noktada somut sözleşme taraflarının değil de ilgilinin (*ilgili tarafın/işverenin*) vasati nitelikteki sözleşme partnerinin algılama imkânı temel olarak alınmalıdır. Somut sözleşme taraflarının istekleri doğrultusunda genel işlem şartlarının yorumlanmamasının dayanak noktası öncelikli olarak sözleşmenin lafzıdır. Tip sözleşmenin lafzının açık olmaması halinde, yorum için belirleyici olan, sözleşme metninin genel itibarıyla bu tür işlere katılan emsal kişilerin bakış

açısından nasıl anlaşıldığıdır ki bu noktada makul ve dürüst sözleşme taraflarının sözleşme istekleri dikkate alınmalıdır (örnek olarak: BAG 10.12.2008 – 10 AZR 1/08 – Rn. 14, AP BGB § 307 Nr. 40 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 40). Yorum sonucu için ayrıca sözleşme taraflarınca güdülen düzenleme amacı ve aynı şekilde katılımcıların karşı tarafça anlaşılabilen menfaatleri de öneme sahiptir (BAG 9.6.2010 – 5 AZR 332/09 – Rn. 36, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 124 = NZA 2010, 877). BGB md. 305 c f. 1 anlamında alışılmışın dışında, özellikle şaşırtıcı (beklenemeyecek) nitelikteki kurallar (örneğin yer değiştirme hakkının saklı tutulmasına ilişkin “gizli,, kurallar) sözleşmenin bir parçası haline gelemeler ve bu nedenle sözleşmeyle kararlaştırılan hükümlerin yorumu çerçevesinde dikkate alınmazlar.

Yorum metodlarının tüketilmesine rağmen bertaraf edilemeyen bir şüphenin kalması halinde buna BGB md 305 c f. 2 uyarınca ilgili taraf katlanmalıdır. BGB md. 305 c f. 2 içerisindeki belirsizlik kuralının kullanımı, tek bir genel işlem şartları niteliğindeki kuralın yorumunun en az iki sonucu, savunulabilir olarak ortaya çıkarmasını ve bunlardan hiçbirisine açık bir öncelik tanınmamasını gerektirmektedir. Bu noktada doğru yoruma ilişkin olarak “önemli nitelikte tereddüt,, mevcut olmalıdır. Başka bir sonuca gitmeye yönelik uzak ihtimal, söz konusu hükmün uygulanması için yeterli değildir (örneğin BAG 10.12.2008 – 10 AZR 1/08 – Rn. 15, AP BGB § 307 Nr. 40 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 40). Genel işlem şartlarını kullanan işveren, konuya ilişkin müphemliğin mevcudiyet halinde, kendi menfaatlerine uygun olmayan yorum imkânlarının kendisine karşı ileri sürülmesine katlanmak zorundadır (BAG 25.08.2010 – 10 AZR 275/09 – Rn. 20, AP GewO § 106 Nr. 11 = NZA 2010, 1355; ständige Rechtsprechung BGH 14. 7. 2010 – VII ZR 246/08 – Rn. 41, BGHZ 186, 180).

b) Sözleşmede yer alan hükümlerin yorumunda, yer değiştirme hakkını saklı tutan bir hüküm gibi gözükken bir kuralın, özellikle faaliyetin alternatif içeriğinin veya alternatif faaliyet yerlerinin somut olarak isimlendirilmesi, fiili olarak sadece borçlanılan edimin kapsamını belirlemeye yönelik olması söz konusu olabilir (BAG 25.8.2010 – 10 AZR 275/09 – Rn. 18, AP GewO § 106 Nr. 11 = NZA

2010, 1355). Ayrıca, sözleşmede yer değiştirmeye ilişkin saklı tutulan haklarla, bir bütün olarak işletmenin herhangi bir yerinde istihdam etme imkânı ile bağlantılı olarak belirli bir çalışma mahalının belirlenmesinin, genel itibariyle sözleşme içerisinde belirtilen çalışma ödevinin ifa yerine ilişkin sınırlamayı engellediğine dikkat edilmelidir (BAG 13. 4. 2010 – 9 AZR 36/09 – Rn. 27, AP BGB § 307 Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 47; *Preis/Genenger* NZA 2008, 969, 970). Sözleşme içerisinde çalışma ediminin ifa edileceği yerin belirlenmesinden imtina edilmiş olması ve bu yer belirleme işleminin GewO md. 106 çerçevesinde işverene bırakılmış olması ile çalışma ediminin ifa yerinin belirlenmiş olması fakat aynı zamanda başka bir yere sevk etme imkânının kararlaştırılmış olması arasında herhangi bir fark yoktur. Bu durumda sadece, GewO md. 106 f. 1 hükmünün uygulama alanı bulacağı ve başka bir yere sevk etme yetkisini mevcut olması gerektiği açık bir şekilde ortaya konulmaktadır.

6

c) Yorum neticesinde sözleşmenin, faaliyetin türü ve/veya yeri bakımında bir tespit hükmünü içerdiğinin ortaya çıkması halinde, bu hüküm BGB md. 307 f. 1 c. 1 anlamında uygunluk denetimine tâbi değildir. Burada söz konusu olan daha ziyade asıl ödevin içeriğinin düzenlenmesidir (BAG 25.8.2010 – 10 AZR 275/09 – Rn. 21, AP GewO § 106 Nr. 11 = NZA 2010, 1355; BAG 13. 6. 2007 – 5 AZR 564/06 – Rn. 30, BAGE 123, 98 = AP BGB § 611 Film Nr. 11). Bu noktada ifaya ilişkin düzenlemenin ne kadar dar veya geniş kapsamlı olduğu herhangi bir öneme sahip değildir. Burada gerçekleştirilmesi gereken sadece BGB md. 307 f. 1 c. 2 uyarınca söz konusu olan şeffaflık denetimidir.

İş sözleşmesi içerisinde ifa ödevinin içeriği veya yerine ilişkin bir tespitin mevcut olmaması halinde, işverenin talimat hakkının kapsamı GewO md. 106'ya göre belirlenir. İş sözleşmesi içerisinde işçi tarafından ifa edilmesi gereken hizmet veya çalışma ediminin yeri ne kadar genel bir şekilde tespit edilmiş ise, yönetim hakkı kapsamında işçiye farklı ödevler vermesine veya işçiyi başka yere sevk etmesine yönelik işverenin yetkisi o kadar azalmaktadır (örnek olarak krş. BAG 2. 3. 2006 – 2 AZR 23/05 – Rn. 16, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 67). Bunun dışında kararlaştırılan yer

değiştirme hakkının saklı tutulmasına ilişkin hükmün kabul edilebilirliği artık herhangi bir belirleyici rol oynamamaktadır. Buna karşın, yapılacak faaliyetin dar bir şekilde belirlenmesi veya ifa ödevinin yerine getirileceği yerin tespiti halinde yönetim hakkı sınırlıdır; böyle bir durumda işveren işçiye sadece belirlenenlere uygun ödevleri verebilir. İşveren artık faaliyet alanının veya çalışma ediminin ifa edileceği yerin değiştirilmesini sadece karşılıklı anlaşmak suretiyle veya değişiklik feshi ile gerçekleştirebilir (BAG 25.8.2010 – 10 AZR 275/09 – Rn. 22, AP GewO § 106 Nr. 11 = NZA 2010, 1355).

d) Herhangi bir tespit hükmünün mevcut olmaması ve işverenin işçiye başka bir çalışma yerine sevk etmesi halinde, bu işlem GewO md. 106 c. 1 ve BGB md. 315 f. 3 uyarınca yetki kullanımı kontrolüne tâbidir. Somut olayın önemli durumlarını değerlendirmeye tâbi tutulması ve karşılıklı menfaatlerin uygun bir şekilde göz önünde bulundurulması halinde ifaya ilişkin bir kural iyi niyet kurallarına uygundur (krş. BAG 25.8.2010 – 10 AZR 275/09 – Rn. 31, AP GewO § 106 Nr. 11 = NZA 2010, 1355; BAG 13. 4. 2010 – 9 AZR 36/09 – Rn. 40, EzA BGB 2002 § 307 Nr. 47; BAG 23.9.2004 – 6 AZR 567/03 – [IV 2 a der Gründe], BAGE 112, 80 = AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 64).

2. Eyalet İş Mahkemesinin tespitlerine göre, taraflar aralarında bir tip sözleşmesi yapmışlardır ve bu sözleşme üzerinde BGB md. 305 vd. uyarınca söz konusu olan genel işlem şartları hakkındaki hükümler uygulama alanı bulacaktır. Genel işlem şartlarının istinaf mahkemesi tarafından yorumu, tam temyiz denetimine tâbidir (BAG 24.10.2007 – 10AZR 825/06 – Rn. 15, BAGE 124, 259 = AP BGB § 307 Nr. 32). Eyalet İş Mahkemesi, iş sözleşmesini yeterli derecede yorumlamaksızın, dış hizmet alanının iş sözleşmesi md. 1 nr. 3 içerisinde belirlendiğini kabul etmiştir. Bu durum, denetimi olumsuz sonuçlandırmaktadır. Bu noktada bütün önemli unsurların tespit edilmiş olması ve başka bir katkı beklenmemesi nedeniyle, Daire yorumu kendisi yapabilecektir.

a) Çalışma alanının belirli bir dış hizmet bölgesini kapsadığına ilişkin iş sözleşmesi md. 1 nr. 3'ün lafzı, sözleşmeyle gerçekleştirilmiş bir belirlemenin varlığına işaret etmektedir. Md. 1 nr. 6 içerisindeki yerleşim yeri kuralına ilişkin anlaşma da,

sürümünü/satışını dış hizmete yönelik olarak düzenleyen bir branş anlamında, çalışma yerinin isteyerek sözleşmeyle belirlenmesine bir karine teşkil etmektedir. Fakat taraflar iş sözleşmesi md. 16 nr. 1 içerisinde, firmanın işçiyi başka bir alana sevk etme hakkını saklı tuttuğunu kararlaştırmışlardır. Bu şekilde taraflar, GewO md. 106 c. 1'in geçerli olması ve başka bir dış hizmet bölgesine sevk etme yetkisinin mevcut olması gerektiğini açık bir şekilde ortaya koymuşlardır.

b) Söz konusu kural, sözleşmenin bir parçası haline gelmiştir. BGB md. 305 c f. 1 anlamında şaşırtıcı nitelikte değildir.

aa) BGB md. 305 c f. 1 uyarınca genel işlem şartları içerisindeki, duruma göre ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre sıra dışı olmasından dolayı ilgilinin (işverenin) sözleşme partnerinin hesaba katmak, özellikle dikkat etmek zorunda olmadığı düzenlemeler, sözleşme parçası haline gelmemektedir. Genel işlem şartları içerisindeki bir düzenleme, sözleşmenin karşı tarafının beklentilerinde açık bir şekilde farklı olması ve bu kişinin mevcut duruma göre makul bir şekilde böyle bir düzenlemenin olabileceğini hesaba katmak, dikkate almak zorunda olmaması halinde, bu hüküm (*BGB md. 305 c f. 1*) anlamında şaşırtıcı/beklenemez bir karaktere sahiptir. Şaşırtıcı nitelikteki kurallar, (*tuzak mahiyetinde*) gafil avlayıcı ve aldatıcı etkiyi içerisinde barındırmalıdır. Sözleşme yapılırken ortaya çıkan beklentilere ilişkin durum ile mevcut sözleşme içeriğine ilişkin durum arasında bariz bir tezat mevcut olmalıdır. Sözleşme partnerinin haklı beklentileri, sözleşme yapımı esnasındaki somut durumlara göre ve aynı şekilde sözleşme oluşturulduktan sonraki durumlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre şekillenmektedir. Bu şekilde bir kuralın alışılmışın dışında bicimi veya onun beklenemeyecek bir yere konulması, düzenlemeyi sıra dışı ve bu nedenle şaşırtıcı bir kural haline sokabilmektedir (BAG 16. 4. 2008 – 7 AZR 132/07 – Rn. 16, BAGE 126, 295 = AP BGB § 305 c Nr. 10; BAG 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – Rn. 24, BAGE 115, 372 = AP ArbZG § 6 Nr. 8). Somut olayda ilgili (işveren) söz konusu kurala özel olarak dikkat çekmek veya bu kuralı farklı baskı teknikleri kullanmak suretiyle vurgulamak zorunda kalabilir (BAG 16. 4. 2008 – 7 AZR 132/07 – AP BGB § 305 c Nr. 10).

bb) İş sözleşmesi, md. 1 içerisinde çalışma ödeline ilişkin kuralları barındırmakta ve son kısımda md. 16 içerisinde yer değiştirme imkânını düzenlemektedir. Bir sözleşmenin sonunda yer alan değişiklik usullerine ilişkin anlaşmanın alışılmışın dışında olmaması nedeniyle, itinalı bir işçi böyle bir yerde yer değiştirmeye ilişkin bir kuralın bulunması karşısında şaşırmamalı, yanılmamalıdır. Gerçi bu noktada “hizmet yeri değişikliği”, başlığı yaygın olarak kullanılan kavramlara uygun değildir, fakat bu başlık altında yer değiştirme hakkının saklı tutulmasının düzenlenmesine yönelik herhangi bir tereddüdün oluşmasına sebebiyet vermemektedir. Baskı tekniği bakımında, iş sözleşmesi açıkça anlaşılabilirlik belirginlikte oluşturulmuştur. Bu nedenle yer değiştirme hakkının saklı tutulması hakkındaki md. 16 içerisindeki düzenleme BGB md. 305 c f. 1 anlamında şaşırtıcı/beklenemez nitelikte değildir.

c) İş sözleşmesi md. 16 nr. 1 içerisinde davalı başka bir alana işçiyi sevk etme hakkını saklı tutmuş, içerik olarak başka bir işte istihdam hakkına yer verilmemiştir. İşçinin başka bir alana sevkine izin veren bir kuralın objektif içeriği ve tipik anlamı uyarınca, iş sözleşmesi içerisinde değişikliğe izin vermeyecek şekilde çalışma yerinin tespitinin söz konusu olmadığı sonucu çıkmakta; bunun haricinde kararlaştırılan sabit ücret bakımından, başka bir alana sevk nedeniyle kararlaştırılan ücretin değişebilmesi söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle, yer değiştirme hakkının saklı tutulması ışığı altında sözleşme kurallarının yorumu, md. 1 nr. 3 içerisinde çalışma ediminin ifa edileceği yerin belirlenmesine ilişkin fiilen bir anlaşmanın yapılmadığı sonucuna götürmektedir. Yer değiştirme hakkının saklı tutulması, (*çalışma alanını*) belirli bir yer ile sınırlandırmayı engellemektedir (krş. BAG 13. 4. 2010 – 9 AZR 36/09 – Rn. 27, AP BGB § 307 Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 47).

II. Davacının yerinin değiştirilmesinin, emredici mahiyetteki GewO md. 106 ve BGB 315 F. 3 c. 1’deki esaslara uygun nitelikteki yetki kullanımı kontrollerine aykırılık teşkil edip etmediğine Daire karar verememektedir. Eyalet İş Mahkemesi –kendi bulunduğu konum itibarıyla makul olarak – böyle bir kontrolü gerçekleştirmemiştir. Eyalet İş Mahkemesi bunun yanında tarafların menfaatlerini de karşılaştırmamıştır. Yetki kullanımı kontrolünü

gerçekleştirebilmek için Eyalet İş Mahkemesi öncelikli olarak gerekli tespitleri yapmalıdır. Bu ise, herhangi bir somut işletmesel planın davacının yer değiştirmesini gerektirip gerektirmediğinin ve eğer gerektiriyorsa bunun hangi somut plan olduğunun açıklığa kavuşturulmasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca, yakındaki 422 numaralı çalışma alanında davacının iddia ettiği gibi ödünç iş ilişkisi kapsamında işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı ve davacının buraya nakline hangi sebeplerin imkân vermediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Nihayetinde karşılıklı menfaatlerin tartılmasında Eyalet İş Mahkemesi, oldukça uzak bir çalışma alanına naklinde, hamile olan işçinin özel durumunun ve haklı kişisel menfaatlerinin münasip bir şekilde hesaba katılıp katılmadığını (krş. BAG 21. 4. 1999 – 5 AZR 174/98 – [A II 2 der Gründe], AP MuSchG 1968 § 4 Nr. 5 = EzA MuSchG nF § 11 Nr. 18) veya nakil işleminin işçi tarafından kabulünün fiili olarak beklenemez nitelikte olup olmadığını incelemelidir.

DENETİMLİ SERBESTLİK HALA MÜMKÜN MÜDÜR? *

Prof. Dr. Peter RAYNOR **

*Çevirenler: Dr. Hakan A. YAVUZ *** Süleyman ÖZAR *****

ÖZET

Bu makale, Cambridge Üniversitesi Kriminoloji Enstitüsü'nde 22 Haziran 2011 tarihinde yapılan 14. Bill McWilliams Memorial Konferansı'nda sunulan tebliğe dayanmaktadır. Çalışma İngiltere ve Galler'deki denetimli serbestlik servislerinin denetimli serbestliğin başlangıçtaki teori ve uygulamasıyla yerleşen temel özellikleri ve 20. yüzyılın son çeyreğindeki iyi sicili ve ünü ile günümüzdeki ve muhtemel gelecekteki durumu arasındaki çelişkiye ilişkindir. Politik ve sosyal değişimler bağlamında İngiltere ve Galler'deki denetimli serbestlik servislerinin yakın tarihi ve ceza siyasetine yardımcı olmaktan uzaklaşan bir kurumun erken dönem perspektifiyle ortak yanlarını an itibariyle ne kadar muhafaza edebileceğine dair kuşkuvarın izlerini sürer. Son olarak, gelecekteki bazı ihtimaller onları destekleyebilecek ya da engelleyebilecek siyasi koşullar dikkate alınarak tartışılmıştır.

Anahtar kelimeler; özelleştirme, denetimli serbestlik, cezalandırma, cezalandırılma, refah, refah devletleri.

Bill McWilliams onuruna düzenlenen bu konferanslar serisine katkıda bulunmaya davet edilmek benim için büyük bir ayrıcalık. Akranım olan bütün denetimli serbestlik araştırmacıları gibi benim düşüncelerim de kısmen Bill'in denetimli serbestlik teorisinin tarihi ile ilgili olarak Howard Journal'da yayınlanan ünlü makaleleri (McWilliams 1983, 1985 1986, 1987) ve 1970'lerin

* Çevirenin notu: Bu makalenin İngilizce aslı "Is Probation Still Possible?" ismiyle "The Howard Journal Vol 51 No 2. May 2012, pp. 173–189" da yayınlanmış olup çeviri yazarın ve yayıncının yazılı izni ile yayınlanmıştır.

** İngiltere Swansea Üniversitesi Kriminoloji ve Ceza Adaleti Bölümü Öğretim Üyesi

*** Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi

**** Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi

sonunda Tonny Bottoms'la (Bottoms and McWilliams 1979) birlikte denetimli serbestlik pratiği için geliştirdikleri “tedavisizlik paradigması (non-treatment paradigm¹)” tarafından şekillenmiştir. Ayrıca ben de bir araştırma projesinde onunla birlikte çalıştım ve onunla birlikte birçok güzel akşam geçirdim. Bu konferans benim için 41 yıl boyunca denetimli serbestlik çerçevesinde yaptığım çalışmaları yansıtabilmek için bir fırsat ve denetimli serbestliğin yakın tarihini Bill'in de onaylayacağını zannettiğim bir şekilde anlama çabası olacaktır.

Öncelikle başlığı izah etmem gerekir: “Denetimli serbestlik hala mümkün müdür?” Bir bakış açısına göre bu soru yararsız hatta aptalca görünebilir. Zira İngiltere ve Galler'deki denetimli serbestlik servisleri gayet açıktır ki, son kesintilerden önce yılda yaklaşık 884 milyon avro bütçesiyle (House of Commons 2011) ya da Ulusal Fail/Suçlu² Yönetim Servisi (NOMS)'nin merkezi denetimli serbestlikle ilgili olarak yıllık 1 milyar paundluk harcamasıyla (Mills ve arkadaşları 2010) halen mevcut bulunmaktadır. 2009 yılının sonunda neredeyse çeyrek milyon fail/suçlu denetimli serbestlik gözetimi altındaydı, aynı yıl ceza mahkemeleri için 200 binden fazla rapor hazırlanmıştı ve yarısından fazlası nitelikli denetimli serbestlik görevlisi olan 15 binin üzerinde personel istihdam edilmişti (Mills ve arkadaşları 2010). (Bu arada cezaevi maliyetleri yaklaşık dört kat daha fazla idi) Bu aktivite düzeyi son kesintilere rağmen orta vadede önemli ölçüde artış göstermiştir. Örneğin 1999 ve 2009 yılları arasında gözetimi yapılan fail/suçlu sayısı yüzde 38 oranında artmıştır. Diğer yandan İngiltere ve Galler'de bir mahkeme uzun süreli bir “denetimli serbestlik emri/hükmü” (probation order) verememektedir; zira bunun yerini 2000 yılında toplum içinde rehabilitasyon emir/hükümleri (community rehabilitation orders), 2003 yılında ise Ceza Adalet Kanunu (Criminal Justice Act) ile birlikte genel kamusal yaptırımlar (generic community order) almıştır. Artık gözetim (supervision) 13 farklı seçenekten biridir ve uygulanabilmesi için rızaya ihtiyaç bulunmamaktadır

¹ Çevirenin notu: Çeviri çalışması kapsamında bazı önemli kelime ve kavramların İngilizce asılları parantez içerisinde metne dahil edilmiştir.

² Çevirenin notu: “Fail/suçlu” şeklinde çevirisini yaptığımız “offender” kelimesi denetimli serbestlik bağlamında kimi zaman “suçlu”, kimi zaman “şüpheli”, kimi zaman “sanık”, kimi zaman “hükümlü”, kimi zaman “eski hükümlü”, kimi zaman da “fail” anlamında kullanılmaktadır.

(daha sonra ayrıntı verilecektir). Eğer gözetim görevliniz (supervizor) 1997 sonrasında eğitim almışsa bu gözetim bir sosyal çalışma olmayacaktır ve ciddi veya riskli fail/suçlu profilinde olmadığınız sürece görevlinin yeni stil bir mesleki yeterliliğinin olması belki de hiç gerekmeyecektir. Örneğin 2002 ile 2006 yılları arasında “denetimli serbestlik hizmetleri görevlisi (probation services officer)” sıfatını taşıyan nitelikli personel sayısının yüzde 28 oranında artmasına karşın, eğitim düzeyleri yüzde 77 oranında daha düşük bir seviyede kalmıştır (Mills ve arkadaşları 2010). O zamandan beri, denetimli serbestlik görevlisi olmak isteyenlerin hazırlık eğitiminin yapıldığı merkezlerin sayısı büyük ölçüde azalmıştır ve son zamanlardaki kesintilerle birlikte personel sayısındaki azalma da devam edecek gibidir.

“Denetimli serbestlik” kelimesi eski haline nazaran daha belirsiz bir görünüm almış ise de, bir meslek ve organizasyon ismi olarak varlığını sürdürmektedir. “Fail/suçlu yöneticisi (offender manager)” terimi giderek “denetimli serbestlik görevlisi (probation officer)” teriminin yerini almaktadır ve denetimli serbestlik terimi bir başlık olarak Denetimli Serbestlik Servisi (Probation Trust)³ ya da Denetimli Serbestlik Birliği (Probation Association), Denetimli Serbestlik Şefleri Birliği (The Probation Chiefs’ Association), Denetimli Serbestlik Müfettişliği (The Inspectorate of Probation) ve Ulusal Denetimli Serbestlik Görevlileri Birliği (The National Association of Probation Officers-NAPO) gibi kuruluşlarda olduğu gibi uzun ömürlü olmaya devam edecektir. Bunlardan bazıları son Yeşil Kitap’ta (Green Paper)(Ministry of Justice 2010 b) ana hatlarıyla ifade edilen bakış açısı hayata geçtiği takdirde, sözkonusu kurumsal bakiyenin bir kısmı daha az güvenilir veya daha az yaygın bir hale gelebilir. Belki de gelecekte bir çok fail/suçlunun mahkeme hüküm/emirlerine ilişkin gözetimlerinin bir denetimli serbestlik servisi çalışanı tarafından yapılmadığı fakat son tahlilde mahkemeye

³ Çevirenin notu: 2000 tarihli kanunla kurulan Ulusal Denetimli Serbestlik Servisi(National Probation Service), ilk kurulduğunda daha önceki 55 yerel merkezin yerine, polis sorumluluk bölgelerinin sınırlarına uygun olarak 42 yerel merkezde teşkilatlanmıştır. Ancak denetimli serbestlik servislerinin 2005 yılında Ulusal Suçlu Yönetim Servisi (NOMS)’a bağlanmasının ve NOMS’un da 2007 yılında Adalet Bakanlığı’na bağlanmasının ardından 2010 yılının Nisan ayından itibaren bu bölgesel teşkilatların sayısı “Probation Trusts” adı altında 35 bölgesel birime indirilmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz.: YAVUZ, Hakan A., Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011). Bu nedenle “probation trust” ifadesi “denetimli serbestlik servisi” olarak çeviri yapılmıştır.

ya da Adalet Bakanlığı'na karşı değil herhangi bir yerdeki hissedarlarına karşı sorumlu olan çok uluslu bir infaz şirketi görevlisi tarafından yapıldığı görülecektir. Buna ek olarak denetimli serbestlik servisi kaynakları tarafından düzenli olarak raporlandığı üzere, NOMS yönetimine, geçmişlerinde hapishane hizmetleri ve az miktarda toplum temelli fail/suçlu gözetimi deneyimi bulunan personel hakim bulunmaktadır (örneğin son raporda belirtildiği üzere, fail/suçlu yönetimine atanan 10'un üzerindeki yeni yöneticinin 9'u denetimli serbestlik kökenli değildir) ve 2010 yılında hazırlanan Adalet Bakanlığı yapısal planlama taslağının tamamında denetimli serbestlikten hiç bahsedilmemiştir (Ledger 2010). Burada NOMS'un sorunlu geçmişinden bahsedecek değilim, zira bu serinin bir önceki konuşmacısı Judy McKnight, NOMS'la ilgili bitmek bilmeyen yeniden düşünceleri ve yeniden yapılandırma denemelerini açıklamış ve dört yıllık süreçte ortaya çıkan yedi farklı organizasyon şemasının hiç birisini anlaşılır bulmamıştı. Bununla birlikte şu açıktır ki, denetimli serbestlikle ilgili harcamalar resmi personel bakımından büyük ölçüde artarken, iş yükü daha fazla artmış ve merkezi yönetim harcamaları, kötü bir üne sahip olan C-NOMIS bilgi yönetim sistemi projesi gibi başarısız bazı büyük projeler de dahil olmak üzere (National Audit Office 2009), 2001 yılından 2004 yılına kadar denetimli serbestlik servisi merkezi başkanlık birimi tarafından, 2004 yılından sonra ise NOMS tarafından orantısız bir şekilde paylaştırılmıştır (Oldfield ve Grimshaw 2010; Mills ve arkadaşları 2010).

Bu fotoğrafa daha da rahatsız edici detaylar eklemek zor değildir; örneğin Lord Ramsbotham tarafından Adalet Bakanlığı'na, bir denetimli serbestlik görevlisinin zamanının ne kadarını yararlanıcı ile temas kurmak için kullanabildiği sorulduğunda, cevap yüzde 24 olarak verilmişti (Ramsbotham 2010). Geri kalan zamanın çoğu ise bilgisayar üzerinden yapılan çalışmalara harcanmıştır. Oysa ben 1970'li yılların başında bir denetimli serbestlik görevlisiyken, haftada bir öğleden sonramı kayıt tutmak ve idari işlemler için ayırırdım, elbette biz de çok fazla evrakla uğraşmaktan şikayetçiydik ancak ne kadar şanslı olduğumuzu sonradan anladık. Hatırladığım diğer şeyler ise, artık gözetimin rutin bir bileşeni olarak görülen düzenli ev ziyaretleri ve kıdemli denetimli serbestlik

görevlilerinden aldığımız düzenli profesyonel gözetim ve denetim gerçeğidir. Bu şimdilerde kimi yerlerde çok nadiren görülmektedir. Yakın zamanlarda emekli olan denetimli serbestlik başmüfettişi Andrew Bridges, denetimli serbestlik görevlileriyle yaptığı konuşmaların neredeyse tamamının gözetime ilişkin olduğunu hatırladığını söylemektedir (Bridges 2011). Bu arka plana karşın çeşitli otoritelerin gelecek için çok kötümser bir görüş sunmaları şaşırtıcı değildir. Örneğin, NAPO (National Association of Probation Officers)'dan Jonathan Ledger'in yazdığı "crime-iflas tehdidi (threat of meltdown)" (Ledger 2010, s. 419); Mike Nellis'in 2004'te Cambrian Law Review'de yazdığı "21. yüzyılın başında denetimli serbestliğin sonu" (Nellis 2004, s. 115) ve Greg Mantle'nin 2006 yılında Howard Journal'da ortaya koyduğu "denetimli serbestlik aslında bir süre önce sona erdi" (Mantle 2006, s. 321) makalelerinde olduğu gibi. Bunlar, yazımın başlığındaki "denetimli serbestlik, İngiltere ve Galler'de, hala mümkmn mdür?" sorusu için bir izah niteliğindedir.

I. DENETİMLİ SERBESTLİĞİN GELENEKSEL OLARAK TANIMLANAN BAZI TEMEL ÖZELLİKLERİ

Yukarıda genel olarak bahsettiğim olgulardaki değişikliklerin basit bir evrimsel süreç olarak kabulünün yanısıra yeni şartlara, beklentilere ve bulgulara uyumun sadece zorunlu değil, aynı zamanda istenmesi gereken bir durum olduğu hususu tartışmaya açıktır ve nitekim sıklıkla tartışılmaktadır. Diğer taraftan açıkça ortaya çıkmıştır ki, kurumlar ve onların amaçları sonsuz esneklikte olmamalıdır. Eğer değişim sınırsız olursa, bu olgunun hala aynı hüviyetiyle ele alınmasının artık çok güç olacağı bir noktaya gelinebilir. Bu basit bir evrimsel süreç değildir. Önemli olan bu değişimlerin, temel karakteristiğın doğal bir parçasını ya da bir eylemin anlamını tehdit eden değişimler olup olmadığıdır. Bu sunumun amacı, denetimli serbestliğin bu kuruma anlamını veren "olmazsa olmaz" karakteristikleri ile temel değerler ve konsensus noktalarına dokunmadan, belli bir yere ve zamana ilişkin olarak çok çeşitli farklılıklar gösterebilen vazgeçilebilir nitelikteki özellikleri arasındaki önemli ayrıma işaret etmektedir. Son yazılarımdan birinde (Vanstone ve Raynor 2010) spordan mülhem bir analogi önermiştim: Futbol oynamanın bir çok farklı yolu vardır. Farklı ölçeklerde ve yüzeylerde sahalar kullanabilirsiniz. Bu

bir plaj ya da bir stadyum olabilir. Uzun ya da kısa süreli maçlar yapabilirsiniz. Farklı kıyafetler giyip farklı sayılarda oyuncu ile oynayabilir, iyi ya da kötü oynayabilirsiniz. Fakat yine de oyun farkedilebilir bir şekilde futbol olarak kalır. Bununla birlikte topsuz, rakip takımsız, golsüz, rakibinden daha fazla gol atmaya amaçlamayan takımların bulunduğu bir futbol imajı absürttür ve kendi kendisiyle çelişir. Bu özellikler futbolun temel vasıflarıdır kavramının parçalarıdır ve futbol kavramının mantıken gerekliliğini ortaya koyar. Onlar olmadan bizim anladığımız gibi bir futboldan bahsedilemez. Oysa yer, uzunluk, donanım gibi diğer detaylar; farklı bir oyuna dönüşmeksizin tamamen değişebilir, ancak oyun değişmez. Çünkü bu, esasa müteallik bir husustur. Tabi ki bazı önemli farklılaştırmalar olabilir; ayaklarını kullanamayanlar için tekerlekli sandalye futbolu ya da amacı yalnızca puan toplamak olmayan Amerikan ya da rugby futbolu gibi; fakat temel nokta şudur ki, eğer top yoksa futbol oynayamazsınız. Şayet bu temel özellikler eksikse, sadece oynar gibi yapıyorsunuzdur, ya da aslında başka bir şey oynuyorsunuzdur. Eğer bir eylemin esas amaçlarını ya da temel özelliklerini unuttur, göz ardı eder ya da dışarıda bırakırsanız, aynı isimle söylüyor olsanız bile artık aynı eylemi yapmıyorsunuzdur.

Denetimli serbestliğin temel özelliklerine ilişkin tartışmalar genellikle “tavsiye, yardım ve arkadaşlık/dostluk” şeklinde bilinen ilk görev tanımıyla başlar. Bu, kullanışlı bir başlangıç noktası olsa da denetimli serbestlik görevlilerinin ve diğer kişilerin sorumlulukları bakımından yeterince ayırt edici bir görünüm arz etmemektedir. İkinci Dünya Savaşı’ndan hemen sonraki on yıllık süreçte, sanayileşmiş ülkelerin çoğu savaş kaynaklı yıkım ve travma nedeniyle toplumun yeniden yapılandırılması ve ülke refahını artırmaya yönelik çalışmalarla meşgul iken, bu süreç denetimli serbestlik hakkında bazı net düşünceler ve ifadelerin üretildiği münbit bir dönem olmuştur. Bu karmaşık yeni fikirler devletin vatandaşlarına karşı görevleri ile devletin sorumluluğu ve rolünün bir uzantısı olarak toplumun inşası piyasa koşullarına terk edilemez; devletin müdahalesini zorunlu kılar. Çünkü bunların çoğu sonuçta piyasa gücü için değil, çok az kaynağı olan veya hiç olmayan insanlar adına yürütülmüştür. Devlet faaliyetleri, modernite ve toplumsal refaha ilişkin yeni fikirler, ceza adaleti

hakkındaki yeni düşüncelere de ilham vermiştir. Burada denetimli serbestliğe ilişkin gelişmelerin merkezinde bulunan ve bu konuda meşhur bir otorite olan Cambridge Üniversitesi'nden Leon Radzinowicz'i anmak gerekir; zira o 1958 yılında şöyle yazmıştı: “Şayet bana 21. yüzyılda bu ülkedeki ceza ve ceza infaz bilimi (penological) teorisi ve uygulamasına en önemli ve köklü katkıyı neyin yaptığı sorulsaydı, cevabım ‘denetimli serbestlik’ olurdu (Radzinowicz 1958, s. x)”. Denetimli serbestliğin sonuçlarına ilişkin İngiltere’deki ilk çalışmalardan biri olan “Denetimli Serbestliğin Sonuçları (The Results of Probation)” adlı bu çalışmanın önsözündeki giriş cümlelerinde, denetimli serbestlik sonrası yeniden mahkumiyet oranlarının düşük seviyede olduğu sonucuna varıldığı ifade edilmişti (ne ki, hiçbir karşılaştırmada bu çıktılardan yararlanılmadı). Bu anlatımda, bazı uluslararası uzmanların görüşleri yankılanmıştı ve bu çok benzer bir yankıydı. Birleşmiş Milletler Sosyal Savunma Birimi (United Nations Social Defence Section) başkanı olan Manuel Lopez-Rey, daha önce şöyle yazmıştı: “Eğer fail/suçluların iyileştirmesiyle ilgili modern yöntemlerden en umut vericisinin hangisi olduğu sorulsaydı, hiç tereddüt etmeden ‘denetimli serbestlik’ olduğunu söyledim (Lopez-Rey 1957, s. 346)”. Bu yazılar açıkça ortaya koymaktadır ki, modern ceza adalet reformunun anafikri suçluların rehabilitasyonudur. Radzinowicz’in Cambridge’de tanındığı gibi Oxford’da benzer şekilde tanınan Alman kriminoloji uzmanı Max Grünhut; denetimli serbestliğin önemi ve vaat ettiklerine ilişkin gücünü, belirli şartlar altında salıverilme ile bir mahkeme görevlisi tarafından kişisel denetim ve gözetim altında tutulma olarak ifade edebileceğimiz iki unsurun bir araya gelmesinden aldığını iddia etmektedir (Grünhut 1952, s. 168). Yani otoritelere göre, denetimli serbestliğin uzun tarihindeki uygulama ve literatüründe diğerlerinin yanında belirli bazı temel özellikler öne çıkmıştır. En özgün ve uzun ömürlü olan özelliği; bir ceza mahkemesinin belirli yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla cezayı askıya alırken, şahıslara düzelmek için bir fırsat temin etmesi olmuştur. Denetimli serbestlik (probation), Latince’deki deneme ve kanıtlama anlamına gelen “probare” kelimesine dayanmaktadır. Diğer temel özellikleri ise, mahkeme ve sanık arasında oluşturulan doğrudan veya dolaylı olarak verilen iyi davranış

sözü niteliğindeki bir anlaşma ile şahıslara yardım etmeyi ve onların yeniden suç işlememelerini, daha tatmin edici ve suçtan uzak bir hayat sürdürebilmelerini sağlayabilmek için yol göstermeyi amaç edinen bir ilişki biçimine dayanan resmi görevliler tarafından yürütülen bir gözetim süreci içermesidir. Bu özellikler, esasen gözetim altındaki kişinin selametine/iyiliğine, mahkeme ile yaptığı anlaşma ile kabul görüp, topluma daha iyi uyum sağlamasını temine adanmış olan bir denetimli serbestlik sürecine işaret etmektedir. Bunlar ana veya temel özellikler gibi görünmektedir; örneğin yasal ayrıntılar, süreklilik, prosedürler, ihlal durumunda cezalandırma, organizasyonel ayrıntılar, tercih edilen metodlar gibi farklı konular bakımından çeşitlendirilebilirse de ortak olan şeye belirlenebilir bir biçimde ve mantıklı olarak denetimli serbestlik diyebiliriz. Öte yandan sözkonusu temel özellikler ile çelişen ya da onları zayıflatan davranışlar, aynı eylemin elverişli bir parçası olarak addedilemez. Üstelik Radzinowicz (1958)'in denetimli serbestliği ifade ederken; “iyileştirmenin diğer bir çok yöntemi belirsizlik içine düşmüş veya tanınmayacak kadar değişmişken bu tedbire katlanılabilir (s. x)” demiştir. Bu bağlamda, değişim kabuledilebilirin ötesinde midir, değil midir?

II. CEZA, MUVAFAKAT/RIZA VE SERTLİK

Tabii ki, bazı açılardan hayatın bunun bu kadar keskin bir biçimde tanımlanamayabileceği ileri sürülebilir. Denetimli serbestlik görevlilerinin yetki alanında benzer bir çok görev bulunmaktadır; ancak fail/suçluların tahliye veya koşullu salıverilme sonrası gözetimleri, örneğin gözetimi tercih etmemiş hükümlülerin herhangi bir taahhüt sözleşmesi içermeyen ya da çok az bir taahhüdü içeren gözetimleri gibi görevler denetimli serbestlikten farklıdır. Bununla birlikte şahsın refahı/selameti, rehabilitasyonu ve suçtan uzak durmasını temin amaçları aynı kalır. Diğer gelişmeler daha zor sorunlar ortaya çıkartmaktadır. Örneğin, İngiltere ve Galler dahil olmak üzere bazı ülkelerde, denetimli serbestlik tedbirlerinin, daha sert ve daha uzun süreli cezalandırmaya dayalı olmasını ve tedbire ilişkin şartların ihlali durumlarında daha şiddetli cezalandırmayı öngörmek suretiyle yaptırımını sertleştirmek konusunda sistematik girişimler olmuştur. Yine bu basit bir evrimsel süreç meselesi değildir; zira

bu gelişmelerin niteliksel bir farklılığı yansıtmayı yansıtmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Bu olasılığın tetkik edileceği iki kritik alan bulunmaktadır; cezanın rolü ve muvafakat/rıza sorunu.

İngiltere ve Galler’de 1991 tarihli Ceza Adalet Kanunu ile denetimli serbestliğin hukuki statüsü değişti, şöyle ki; daha önce hapis cezası yerine kullanılabilen bir mahkeme hükmü/emriyken, “kamusal yaptırımlar” a ya da müstakil bir cezaya (punishment) dönüştü. Denetimli serbestliğin birincil amacının “suçlulara uygun/münasip bir ceza tayin etmek” olduğu artık resmi olarak ifade edilmişti (National Probation Service 2001, s. iv). Uzun zaman önce bir felsefe öğrencisiyken Herbert Lionel Adolphus Hart’ı okumuştum. Hart, cezalandırma ve sorumluluk hakkındaki meşhur kitabında cezanın “acı ya da genellikle hoş olmayan diğer sonuçları içermesi gerektiği” hususuna dikkat çekmekteydi (Hart 1968, s. 5). Yıllar sonra okuduğum Norveçli kriminolojist Nils Christie (1981) ise: “ceza tatbikinin hukuk kurumu içindeki anlamı ve amacı acı vermek/çektirmek olarak tasarlanmıştır,... zaman zaman cezanın bu temel karakterini gizlemek için girişimlerde bulunulmuştur”(s. 5) demektedir. Ancak, belki de sonuçlarından dolayı bu yaklaşım haklı görülmüştür. Peki, cezanın sonuç ve etkileri neler olacaktır? Ceza adalet sistemi içerisinde teklif edilen cezalandırma biçimleri insan davranışlarını geliştirir mi? James McGuire (2004) “Suçu ve Psikolojiyi Anlamak” isimli kitabında, bu sorunun ele alındığı meta-analizlerin bir özetini sunmuş ve çok net bir mesaj vermiştir. Çeşitlendirilmiş ve mütenasip olan insani hizmetlerin, yeniden suç işleme eğilimini azalttığı görülmüştür, tedbirler esasen yaptırım ya da bir caydırıcı olarak tasarlandığında ters etkiye sahip olma eğilimindedirler. Benzer sonuç Cardiff’te yapılan konferansta, Kanada İslah/İnfaz Araştırmaları başkanı Jim Bonta tarafından da ifade edilmiştir(Bonta 2004; ayrıca bkz. Andrews ve Bonta 2010). Bonta ve arkadaşları tarafından birkaç yıl süren çok kapsamlı bir meta-analitik çalışmada; fail/suçlular için “insani hizmetler (kişisel yardımın çeşitli formları)” sunan 273 araştırma yapılmıştır. Bu araştırma sonuçlarına göre suç işleme oranında ortalama yüzde 12’lik bir azalma tespit edilirken, cezanın çeşitli formlarıyla ilgili olarak yapılan 101 çalışmada ise ortalama yüzde 3’lük bir artış tespit edilmiştir. Fark oldukça açıktır ki, bir

bütün olarak ceza adalet sisteminde sunulan cezalar, tatbik edildiklerinde insan davranışlarını geliştirmemektedir.

Elbette denetimli serbestliğin bir cezalandırma biçimi olmadığı iddia edilebilir. Örneğin adaletin ödetme gerekliliğine inandığımız için cezalandırmayı kullanabilir, ya da cezasızlık talebinde bulunulması gerektiğine inandığımızda kamu ya da suç mağdurları adaletin gerçekleşmediğini ya da uğramış oldukları zarara karşılık hiçbir resmi cevap verilmediğini hissedebilirler. Bununla birlikte, bu sebeplerle cezaya ihtiyaç duymamız, denetimli serbestliği otomatik olarak bir cezanın takip etmesini değil, halihazırda uygulanabilecek yaptırım seçenekleri arasında yeteri kadar ceza seçeneği bulunmasını gerektirir. Mağdur memnuniyeti konusunda endişeleriniz olsa da, onarıcı adaletin geleneksel ceza adalet süreçlerinden daha iyi bir sicili bulunduğu bilinmektedir (Sherman ve Strang 2007). Fergus McNeill'in son zamanlardaki önerisi, Anthony Duff tarafından ileri sürülen bazı argümanları izleyerek (McNeill 2011; Duff 2001), denetimli serbestlik, fail/suçluların rehabilitasyonuna yardımcı olmak ve uygun dersler vasıtasıyla onlarla iletişim kurmak üzere dizayn edilmiş bir çeşit müspet cezalandırma aracı olabilir. Sue Rex (2005) de, Durnescu (2001)'nin işaret ettiği gibi hükümlülerin kurtulma yollarını arayacakları zahmet ve sıkıntıları içerse de Duff'in iletişimsel cezalandırma teorisinin şedit cezalandırma yanlılarının tercih edecekleri gibi ödetici veya caydırıcı etkiler için değil, rehabilitasyona yardımcı olmak amacıyla ihdas edildiğinden bahisle bu teorisinin sosyal içerikli cezaların rolünün anlaşılmasına yardımcı olabileceğini ileri sürmüştür. Diğer bir deyişle denetimli serbestlik, suçun sonuçları olması gerektiğini ve cezasız/karşılsız kalmasının haksızlık/adaletsizlik olduğunu, ancak sonuçları itibariyle fail/suçluya pasif olarak ızdırap/acı vermekten daha olumlu bir katkıda bulunması gerektiğini kabul eder. Müspet/yapıcı cezalar, amaçlarına ulaşıp ulaşılmadığı, başka bir deyişle bunların etkili olup olmadığı sorusunu davet eder ki bu tamamen ödetmeye dayalı cezalarla ilişkisinden daha mantıklı bir sorudur. Biz denetimli serbestliği, cezanın alternatif ve yapıcı bir formu ya da cezayı rehabilite edici bir alternatif olarak görsek de, dışarıdan bakıldığında cezanın ödetmeye dayanan farklı bir formu gibi algılanmaktadır. Eğer denetimli serbestliği bir ceza olarak yeniden adlandırma girişimleri popüler

basını tatmin etmeye çalışmak için yapılıyor ise (bazılarına göre suçla ilgili farklı uygulamalar ilgili çekici görünmektedir), ben ceza için daha fazla yaygaranın herhangi bir hükümeti hoşnut edebileceğinden daima şüphe etmişimdir. Popüler gazetecilik icat edildiğinden beri, gazeteler daima sansasyonel suçlar ve daha fazla aksiyon talep etmişlerdir; ancak son zamanlarda politikacılar onları politik birer kılavuz olarak kabul etmeyi tercih etmektedirler. Bir soru daha sorabiliriz; sertlik yaklaşımı politik bir strateji olarak başarılı görünüyor mu? Cezalandırmacı bir görünüm sunabilmek için çok gayretkeş olan eski Bakanların sonraki kariyerleri pek ışıltılı olmamıştır!

Bunların yanında bir de muvafakat/rıza sorunu ayrıca ortaya çıkmaktadır. Ben 1980’li ve 1990’lı yıllarda denetimli serbestlik görevlilerini yetiştirirken bir denetimli serbestlik emri/hükmünün, denetimli serbestlik altında tutulan kimse (probationer), gözetim görevlisi ve ceza mahkemesi arasında yapılan üç yönlü bir sözleşme olduğunu ve sözleşmenin bu kişinin muvafakatiyle mahkeme tarafından resmen onaylanmış bir emir olduğunu anlatırdım (Raynor 1985). Belki de bu, baskı altında yapılmış bir seçimdir ve çoğunlukla alternatifin ne olduğundan emin olunmaksızın yapılır, fakat yine de fail/suçluya karara katılma konusunda resmi bir fırsat tanıyan bir seçimdir. Bazıları bunun aydınlatılmış gerçek bir muvafakat olmadığını ve belki de fail/suçluların buna hiç düşünmeden sırf hapsedilme korkusuyla muvafakat ettikleri kanaatindedirler. Bununla birlikte kişisel tecrübelerime göre aydınlatılmış muvafakatin sıhhati, hüküm öncesi raporun hazırlanması sürecinde bu hususun fail/suçlu ile denetimli serbestlik görevlisi arasında hakıyla müzakere edilmiş olup olmadığına bağlıdır. Bütün bunlar 1997 tarihli Ceza Kanunu ile ortadan kaldırılmıştır; zira bu kanun ile muvafakatin gerekliliğine ilişkin hükümler yürürlükten kalkmıştır. Yeşil Kitap konuyla ilgili müteakip argümanlar kullanmıştır, şöyle ki; “denetimli serbestlik bundan böyle gönüllü olarak taahhüt edilip mahkeme tarafından kabul edilen müspet/iyi davranış şartı değil, riayet edilmesi gereken bir mahkeme hükmüdür. Muvafakat gerekliliği, “mahkeme yetkisine bir istisna” ve “mahkemenin karar vermekte tereddüt ettiği izlenimi ya da daha kötüsü kararın bir fail/suçlunun kaprislerine bağlı olması” olarak ifade edildi (Home Office 1995, s. 43).

Bir mahkemenin ya da herhangi bir kimsenin yetkisinin/otoritesinin insanlara bir seçenek imkanı sunmakla nasıl zedelenebileceğini anlayabilmiş değilim. Oysa bunlar önemli seçimlerdir. Bazen hayat değiştiren seçimlerdir; gerçektirler ve bu muvafakat/rıza gözetim görevlileri tarafından fail/suçluların kararlaştırılan şartlara sadık kalabilmek için, motive olmalarına yardım etmek amacıyla kullanılabilir. Aslında biz fail/suçlulardan bir seçim yapmalarını, kendi hayatlarının sorumluluğunu almalarını ve suç işlemekten başka seçenekleri olmayan, şartların kurbanı zavallı kişiler olmadıklarını hissetmelerini isteriz. “Fail/suçlunun kaprisleri” ifadesiyle sanki fail/suçlular kendi başlarına geleceklerle ilgili olarak hiçbir söz hakkına sahip değillermiş gibi muvafakati tümüyle reddediş biraz küstahça görünüyor. An itibariyle ne ile yüzleşmek durumunda olduğumuzu kabullenirsek, idari kararların yerindeliliği ve onlara uymak hakkında şu bilgiyi edinmeye başlarız (Tyler 1990): Karar vericiler, bizi dikkate alıp, ilgiyle dinlerlerse, haklarımıza saygı duyarak, bizi ilgilendiren konularda düşüncelerimizi ifade etmemize imkan tanırlarsa, onların otoritesine büyük bir saygı duyar, kanunlarına boyun eğeriz. Bununla birlikte 2001 tarihli Yeşil Kitap yazarlarına göre; muvafakat şartının ortadan kaldırılması, denetimli serbestliğin bir ceza biçimi olduğu yönündeki 1991 tarihli Ceza Adalet Kanunu’nun dayandığı temel varsayımın mantıksal bir sonucudur.

Bu gelişmeler bizi Radzinowicz ya da Grünhut’un anladığı şekliyle denetimli serbestlikten çok daha başka bir noktaya sürükler. Cezanın ve sertliğin denetimli serbestlik içerisine ithali, belki de ceza siyasetinin daha fazla genişleme eğiliminin bir parçasıdır. David Garland’ın Oxford Denetimli Serbestlik Çalışmaları Biriminin ilk seminerler dizisinde belirttiği gibi denetimli serbestlik “sosyal müdahale yoluyla sürdürülebilir bir suç kontrol programını daha ileriye taşıyan öncü bir kurum” ve “daha geniş bir şekilde desteklenen politik bir projenin-refah devleti projesinin bir parçası” olarak kabul edilmektedir (Garland 1997, s. 3). Daha cezalandırmacı bir iklimde denetimli serbestliğin adaptasyon ihtiyacı ve kendisini daha cezalandırmacı bir hale getiriş kısmen 1991 tarihli Ceza Kanunu’ndaki “toplum içinde cezalandırma” şeklindeki yeniden isimlendirmeye denetimli serbestliğin kaynakları ve yararlanıcıları nazarında daha açık olarak

hapsetmeye benzer bir ceza olduğuna dikkat çekme umuduna dayanıyordu. Buna karşılık bu bir ceza stratejisi olarak başarılı olmadı, bilakis kamusal cezaların yerine ikame edilen hapsetme içeren cezaların oranı son yıllarda hem hızla artmış hem de para cezası uygulamasını azaltmıştır. Böylece kamusal cezalar hapsetme aleyhine değil, diğer toplum temelli cezaların aleyhine olarak genişlemiştir (Ministry of Justice 2011). Konunun 1980’lerde ilk defa suç işleyenler için para cezalarının denetimli serbestlik hükmü/emirlerinden çok daha düşük bir yeniden suç işleme oranına sahip olduğu argümanına kadar uzanması özellikle ironik bir durumdur (Walker, Farrington ve Tucker 1981).

Ayrıca dikkat çekicidir ki, denetimli serbestlik servislerinin diğer bazı yetki alanları son dönemdeki modern cezalarla aynı baskılara maruz kalmasına karşın cezalandırmaya dayalı yeni bir isimlendirme olmaksızın yönetilebiliyor gibi görünmektedir. Örneğin İtalya’da denetimli serbestlik, kabaca “sosyal hizmetlere emanet edilmiş bir deneme ve kanıtlama şekli” anlamına gelen “affidamento in prova ai servizi sociali (Ravagnani 2011)” ifadeleriyle tanımlanmıştır. Belçika ‘Houses of Justice’ başkanı ise geçenlerde denetimli serbestliği “yargısal zorlama altında sosyal çalışma (Devos 2009)” görevi olarak tanımlamıştır (Aline Bauwens’in buna dikkatimi çekmesinden dolayı minnettarım). Eve yaklaştıkça, İskoçya, Kuzey İrlanda ve Kanal Adalarındaki denetimli serbestlik servisleri, personelini sosyal çalışmacı olarak kabul edip çalışmalarını ceza olarak lanse etmekten kaçınmaya çalışmaktadırlar, örneğin Kuzey İrlanda Denetimli Serbestlik Kurulu’nun internet sitesinde “PBNİ suçluları değerlendirmeye tabi tutmak suretiyle onların yeniden suç işlemelerine engel olmaya yardımcı, suçlu davranışlarına karşı mücadeleci, onların tutum ve davranışlarını değiştirmek suretiyle toplumu koruyan”(Probation Board for Northern Ireland 2011) ifadeleri kullanılmıştır. Benzer olarak Londra Denetimli Serbestlik Servisi denetimli serbestliği “yeniden suç işlemeyi azaltıcı, toplumu koruyan, fail/ suçluları cezalandırmak ve rehabilite etmek için tasarlanmış zorunlu kamusal cezalar” olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte günümüzdeki karşıt popüler tuzaklara düşmeden önce denetimli serbestliğin her şeyin yolunda gittiği efsanevi altın çağındaki bir başka soruya gönderme yapalım. Denetimli serbestliğin bu

gün hala mümkmn olup olmadığını sormadan önce geçmişte gerçekten hiç mümkmn olup olmadığını sormamız gerekmektedir.

III. 20. YÜZYILIN SONU VE 21. YÜZYILIN BAŞINDA DENETİMLİ SERBESTLİK

Denetimli serbestlik hizmetleri benim 1970'lerde dahil olduğum sıralarda nispeten kendisine güvenilen ve saygı duyulan bir kurumdu, ancak gerçekte buna ilişkin ufacak da olsa bir kanıt varsa o da aslında fail/suçluların düzelme göstermeleridir. Denetimli serbestlik uzun zaman önce “nothing worked⁴” adlı bir araştırma dalgası içinde kaybolmuştu. Amerikan ve İngiliz araştırmacı yorumları gösterdi ki, farklılaştırılmış cezalar yeniden hüküm giyme oranlarında çok az bir değişikliğe neden olmaktadır (Martinson 1974; Brody 1976) ve İçişleri Bakanlığının yarattığı baskı, çalışmanın görünürlüğünü etkiliyordu. denetimli serbestlik görevlileri diğer görevlilerle birlikte çalışmaya daha fazla zaman ayırdıklarında onların daha kötü hale gelme olasılıkları daha iyi olmalarından yüksekti (Folkard, Smith ve Smith 1976). Bu ayrıca zaman ve iklimin uygun olduğunu gösteriyordu, zira çalışmanın kapsamı sosyal harcamaların aleyhine dönmeye başlamıştı. Aslında bu çalışma, hapisane hizmeti görevlilerinin, koşullu olarak salıverilenlerin yeniden hüküm giyme oranlarını düşürdüğünün büyük ölçüde göz ardı edildiğini gösterdi (Shaw 1974). Denetimli serbestlik servislerinin “nothing work” a bir tepki olarak çeşitli değişimler geçirdiğini daha önce yazmıştım (Raynor 2007; Raynor ve Robinson 2009). Aslında denetimli serbestlik bir süre hapsedmeye (custody), fail/suçlulardan ziyade onların zihinlerini değiştirmeyi amaç edinen bir alternatif sağlayıcı olarak görüldü ve bu strateji 1984 tarihli Ulusal Hedefler ve Öncelikler Listesinde (Home Office 1984) resmi olarak yerini aldığında denetimli serbestlik görevlilerini sosyal inceleme raporları ve gönüllü olmayan salıverilme sonrası yardım için daha fazla çaba sarfetmeleri hususunda cesaretlendirdi (Raynor 2007; Raynor ve Robinson 2009). “Hapsedmeye alternatifler” Muhafazakar İçişleri Bakanı

⁴ Çevirenin notu: “Nothing works” tabiri denetimli serbestlik sistemi işlemiyor, çalışmıyor, yürümüyor anlamında kullanılmış olup tam karşılığını ifade etmek güç olduğundan orjinal haliyle muhafaza edilmiştir.

Michael Howard'a kadar sürdü. 1993'te yaptığı konuşmasında "prison works"⁵ yaklaşımını açıkladı ve günlük eğitim merkezleri gibi sonraki süreçteki etkili uygulamaların bir çoğunun temeli de bu dönemde atıldı (Vanstone 1993). "Prison works" yaklaşımı sonrasında Graham Smith'in son dönemlerindeki liderliğinde denetimli serbestlik, itibarını ve hayatiyetini sürdürmek için etkili rehabilitasyon amacıyla bir araştırma başlattı. Yeni araştırma ve yöntemler ile çoğunlukla diğer ülkelerden gelen ve yaygın olarak kabul edilen "what works"⁶ başlıklı konferanslar serisiyle, yeniden suç işlemenin azaltılması ve denetimli serbestlik servislerinin daha az ılımlı bir ortamdaki olası rolü için gerçek bir imkan sunuldu. Dönüştürme görevi en hafif deyişle zorlu oldu. Andrew Underdown (1998) teftiş kurumunun mevcut denetimli serbestlik çalışmalarında yürütülmekte olan etkili uygulamayla ilgili olarak geliştirilen prensiplerden ne kadar uzakta olduğuna ilişkin bir araştırma yaptığında, baş denetimli serbestlik görevlileriyle yapılan çalışmada 267 etkili programın yürütülmekte olduğu iddia edilmişti; ancak bunlardan yalnızca 33 tanesinin herhangi bir şekilde belgelenmiş bir sonucu bulunuyordu. Bu dönemden benim zihnimde kalan en canlı hatıralardan biri, bu 33 değerlendirme raporunda geçmekte olan İçişleri Bakanlığı'nın Queen Anne's Gate birimindeki Tom Ellis ile ilgili olanıdır. Bulgulara göre metodoloji ve kanıtlanmış olumlu sonuçlar bakımından kabul edilebilir olan değerlendirme raporu sayısı 4 idi. Bu, temelsiz sadece niceliksel bir yükseltmenin örneğiydi.

"What works" hikayesinin geri kalanı artık çok iyi bilinmektedir; bireysel gözetim maliyetlerine odaklanan programlar, aşırı iddialı başlangıç hedefleri, risk değerlendirme uygulamasındaki gecikmeler, öngörülenden daha karmaşık ve külfetli formatlar, etkili yöntemlerin bulanıklığını ve gecikmesini pekiştiren pek çok uygulama sorunu. Uygulama değişikliklerine karşı baskı hızla arttı ve daha önce il bazlı organizasyonlar olan ve büyük ölçüde yerel hakimlerden oluşturulan komiteler tarafından denetlenen denetimli serbestlik servisleri

⁵ Çevirenin notu: "Prison works" tabiri hapisane/hapsetme sistemi işliyor, çalışıyor, yürüyor anlamında kullanılmış olup tam karşılığını ifade etmek güç olduğundan orijinal haliyle muhafaza edilmiştir.

⁶ Çevirenin notu: "What works" tabiri denetimli serbestlik sistemi işliyor, çalışıyor, yürüyor anlamında kullanılmış olup tam karşılığını ifade etmek güç olduğundan orijinal haliyle muhafaza edilmiştir.

2001 yılında merkezleştirilerek İngiltere ve Galler Ulusal Denetimli Serbestlik Servisi halini aldı. Doğrusunu söylemek gerekirse böylece merkezden mikro yönetim suretiyle değişim sürecinin kısmen yönlendirilmesi sağlandı. Bu sürecin nedenleri arasında denetimli serbestlik ve yerel yetki alanları arasındaki zayıf ilişki de vardı. Bir diğeri ise Londra'daki merkezleştirme oldu. Sorumlu bakanlıklar ile Londra merkezli popüler medyanın yakınlaşmasıyla denetimli serbestlik siyasi önemi olan bir odak haline geldi ve bazen politik bir oyun olarak süregelen "kamu sektörü reformu"ndan daha fazla pay aldı ve kendi sivil memurlarının geliştirdiği politiklardan daha güvenilir gördükleri iş dünyasının talimatlar içeren raporlarıyla sık sık tahrik edildi. Böylelikle biz 2004 yılında çalışmanın başında izah edilen sorunlar ve bir Çalışma Bakanı'nın bir Londra hapisanesindeki mahkum kitesine yaptığı konuşmada denetimli serbestlik servisinin iyi bir şey olmadığını söylemesi (Reid 2006) ve bir Adalet Bakanı'nın "kriminolojik ihtiyaçlar (criminogenic needs)" ifadesini her duyduğunda sinirlediğini söylemesi (Straw 2008) gibi yol boyunca karşılaştığımız ilginç bir çok hadise ile birlikte NOMS'un kuruluşuna kadar gelmiş olduk. Genel olarak, başlangıçta umut edildiğinden çok daha uzun bir zaman ölçeğinde ulaşılmasına rağmen süreç denetimli serbestlik servisinin hayatta kalma mücadelesine yardım etmiş gibi görünüyor ve programın etkinliğiyle ilgili olarak elimizde bir takım iyi kanıtlar bulunuyor (Hollis 2007). Bu değişikliklerin sürati ve yönlendiriciliği yüzünden birçok görevlinin kendini ikinci plana itilmiş hissettiği; ayrıca uygulamacıların ve onların profesyonel birliklerinin bu projeye başarıyla uyum sağlamış olması halinde bir görevlinin daha ne kadar işin başarılabilieceğine dair kuşku taşıdığı çok açıktır. Geçmişte, Probation Journal'ın eski sayılarında çokça görüldüğü üzere, uygulamaya dayalı bir çok değişiklik uygulayıcılar tarafından sahiplenilmiş ancak "(what works)" süreci bir yönetme teşebbüsü olarak algılandığı için sonuç olarak bir miktar dirençle karşılaşmıştır. Bu kısa tarihsel turda özet olarak üç net ders ortaya çıkmaktadır; ilki denetimli serbestliğin misyonu ve etkinliğiyle ilgili olarak yeni olmayan tartışma ve kuşkulardır ki bunlar, aslında kuraldan ziyade istisnadırlar. Diğerleri ise, denetimli serbestlik hizmetlerine ilişkin bir değişim yapmak istediğinizde

uygulayıcıları değişim sürecinin merkezinde konumlandırmak ve politikacıların başka bazı konularla daha fazla ilgileneceklerini umut etmek iyi bir fikirdir.

Denetimli serbestlik görevlilerinin üstlerine düşeni bihakkın yapıp yapmadıklarını teşhis edebilmek, bu hassas dönemlerde oldukça kritik bir öneme sahiptir. Kısa bir süre önce denetimli serbestlik başmüfettişliğinden emekli olarak bütün vaktini Oxford Üniversitesi'nde bu konuda ders ve konferanslar vermeye adanmış Andrew Bridges (Bridges 2011) örneğinden de anlaşılmaktadır ki; bireysel gözetime odaklanıldığı takdirde, denetimli serbestlik görevlileri (çeşitli resmi gözetim kuruluşlarınca (MAPPA) kontrol altında tutulan yüksek risk grubundakiler de dahil olmak üzere) fail/suçlularla en uygun şekilde iletişim kurabilmektedirler. Rehabilitasyon literatüründeki (bkz. McNeill, Raynor ve Trotter 2010) teorik gelişmeler de hükümlülerle yakın ilişki kuran ve onları motive eden bireysel uygulamacıların işinin önemini vurgulama eğilimindedir. Denetimli serbestlik görevlilerinin, pozitif yaşam hedefleri doğrultusunda çalışabilmeleri için fail/suçlulara yardım etmek ya da onların yeniden suç işlemekten kaçınmalarını desteklemek noktasında teşvik edilmeleri; denetimli serbestliği, basit bir fail/suçlu yönetim süreci ya da üçüncü bir şahıs tarafından yapılan bir müdahale olmasından ziyade değişim çabalarının tam merkezine oturtmaktadır. Sozkonusu vazgeçme paradigması ve etkili uygulamalardan doğan “iyi yaşam” modelleri gündelik tecrübeleri esas alan çok sayıda grubu yönlendirmeyi henüz başaramamış ise de, çarpıcı bir biçimde etkili kabiliyete sahip olan bireysel uygulamacıların fail/suçlular üzerinde nasıl pozitif değişiklikler sağlayabildiklerini ortaya koyan araştırmalar da bulunmaktadır. Bu araştırmaların çoğu, etkili rehabilitasyon (Dowden ve Andrews 2004) üzerine çalışmalara konsantre kurumlardan kaynaklanan bireysel denetim niteliklerine ya da onarıcı uygulamalar konseptine dayalı olup, fail/suçluların daha vasıflı veya daha az vasıflı görevlilerce gözetiminden yansıyan sonuçları karşılaştırmayı içermektedir.

Örneğin, Kanada'da (Bonta ve arkadaşları 2010) faaliyet gösteren Toplum Gözetiminde Stratejik Eğitim İnsiyatifi (STICS), bir grup denetimli serbestlik görevlisine işlerine uyacak vasıflara dair özel metodları sağlayarak, bu görevlilerin

faaliyetlerinden doğan sonuçlar ile bu özel eğitimi almamış rastgele seçilen bir grup görevlinin sağladığı neticeleri kıyaslamıştır. Buna göre, iki yıl içinde yeniden suç işleme oranının, STICS eğitimi almış görevliler kapsamındaki fail/suçlularda %25.3 iken, kontrol ve gözetim görevlilerine bağlı olanlarda %40.5'i; eğitim almadan önce STATIC görevlileri denetiminde bulunanlar için de %46.7'yi bulduğu görülmektedir. Benzer şekilde, Maryland'daki (Taxman, Yancey ve Bilanin 2006) Geleceğe Dönük Denetim deneyimleri de, daha önceden hazırlık eğitimi almış görevlilerin gözetimi altında olan fail/suçlularda %32.1 olan yeniden suç işleme oranının; eğitim almamış görevlilerin gözetimindekilerde %40.9 olduğunu göstermektedir. Yakınlardan bir örnek vermek gerekirse; 2001 öncesi denetimli serbestlik hizmetlerine epeyce benzeyen İngiliz Jersey Kanal Adası'nın 95 kişiyle yapıp kaydettiği görüşmelerin başarı değerlendirmesini içeren çalışmadan (Raynor 2011; ayrıca bkz. Raynor, Ugwudike ve Vanstone 2010) hasıl olan ilk sonuçları ifade edebiliriz. Sonuçların analizi halen devam etse de, halihazırdaki bulgular, hazırlık eğitimi alarak uygulama yapan görevlilerin, özel eğitim almadan işe koyulan görevlilere nazaran tahmini risk değerlendirme sonuçlarında %2.37'ye %1.3 gibi bir oranla riski azalttığını göstermektedir. Şu anda, bireysel denetimin tesir ve kalitesi hakkındaki bilgileri sağlamak ve bu bilgileri geliştirmek için oluşturulan eğitim programlarını test etmek için dizayn edilen Fail/Suçlu Taahhüt Projesinin bir parçası olarak NOMS, STICS ile aynı doğrultudaki deneyimlerini lanse etmektedir. Bu önemli gelişmeler, arzu edilir bir değişiklik yapma vaadini sunarken, "Yeşil Kitap"ın uygulanmasının önündeki engellerden kurtulmasını da sağlayacaktır.

IV. YEŞİL KİTAP VE GELECEK

Çalışmamızın başında ifade ettiğimiz ciddi problemlerin bir çoğuna ilişkin uygulamada umut verici gelişmeler olmasından, bunların üstesinden gelinmesinden ya da en azından olumsuz etkilerinin azaltılmasından ne gibi sonuçlar çıkabilir? Bu noktada, beni sıkça meşgul eden bir fikir yeniden gündeme geliyor; bu da, bir grup fail/suçlunun mahkemelerinde gönüllü sosyal çalışmacıların yanında yer almayı ya da belki bazı dini organizasyonların bir parçası olmayı kabul etmeleri için ikna edilmelerine çabalamak, duruşmaya çıkan fail/suçlularla konuşmak

ve yargılama usulu izin verdiği ölçüde yardıma ihtiyacı ve isteği olanların sorunlarını çözmek olarak ifade edilebilir. Bütün bunları mümkün kılabilmek için küçük çaplı bağışlar talep etmek de yarar olabilir. Elbette bu nevezur bir görüş değildir; buna benzer fikirler 19. yüzyılın ortalarında da ileri sürülmüş ve hatta nihayet 1907 tarihli Suçluların Denetimli Serbestliği Kanunu (Probation of Offenders Act)'nin çıkmasını sağlamıştır. Daha pratik olarak, denetimli serbestlik servislerinin artması ve merkezi istihdamda kısıntıya gidilmesi, merkezden çevreye daha az vesayet ve yönerge sonucunu doğurabileceği gibi fail/suçlu taahhüdünde uzun zamandır süregelen gelişmeler uygulamacılara daha çok yetki, insiyatif ve yeniden profesyonel denetim sağlayabilir. Denetimli serbestlik altında bulunan kişilerin davranışlarından sorumlu olmalarına rağmen, servislerin topluma neyi teklif ettikleri noktasında daha açık olmaları ve işlerini bir çeşit ceza uygulaması olarak tanımlamaktan vazgeçmeleri; ayrıca yerel problem ve önceliklere karşı daha duyarlı ve ilgili olmaları gerekmektedir. Denetimli serbestlik faaliyetine dair toplum ilgisi, tazminat ya da geri vermeye yardımcı olmak, desteğe ihtiyacı olanlar için danışman sağlamak ve Destek ve Sorumluluk Çevreleri (bkz. Correctional Service of Canada 2002) gibi özel girişimlerin çalışmalarına omuz vermek şeklinde değerlendirilebilir. Toplumla kurulacak pozitif iletişim ortamı, magazin basınının istismar ettiği korku ve öfkeyi besleyen güçsüzlük duygusunun azalmasını sağlayabilir. Merkezden yönetme yerine eğitim/öğrenim organizasyonları inşa etmeye çalışmalıyız; nitekim lokal araştırma konsepti, merkezi hedefler ve küçük işletmeler tarafından değiştirilmeden önce “what works” kavramının ilk dönemleri bir çeşit merak kültüründen (Raynor ve Vanstone 2001) ve pratik uygulamalara odaklanan yerel üretimli araştırma projelerinden besleniyor; yerel araştırmacılar (Merrington ve Hine 2001) için oluşturulan bir de kılavuz kitap bulunuyordu. Bill McWilliams, yıllarını yerel denetimli serbestlik araştırmaları yapmak ve uygulamayı şekillendirme ve düzeltme kapasitesini geliştirmek için harcamıştı.

Bütün bunlara ilaveten, ihtiyaç duyduğumuz uygulama tarzını temin edecek en iyi organizasyon şekli hakkında derinlemesine düşünmeliyiz. Britanya’da araştırma ve denetimler kurumsal düzenlemelerden ziyade geleneksel olarak pratik uygulamalara yoğunlaşma eğilimindedir; fakat Kanada ve ABD’de

çalışanlarından maksimum yararı sağlamak, bunu mümkün kılmak ve teşvik etmek için entegrasyon program ve hizmetleri, kurumların kapasitesini kuşatacak bir biçimde genişletilmiştir. Belki de bu durumun en açık ifadesi olarak uygulamanın kalitesini irdelemek amacıyla Paul Gendreau ve Don Andrews'ın birlikte geliştirdikleri "İslah/İnfaz Programları Envanter Degerlendirmesi" (Correctional Programmes Assesment Inventory) ifade edilebilir (Gendreau ve Andrews 2001). Bu da kurumsal kültürün etik, kurumsal harmoni, personel devamlılığı ve problemlere mukavemet gösterebilme gibi özelliklerini içeren bir parçasını oluşturur. Chris Lowenkamp ve meslektaşları tarafından yapılan bir araştırmadaki mükerrer suçluluğun azaldığına dair bulguları bir bütün olarak destekleyen CPAI sonuçları, şu an İskoçya ve Galler'de de dikkate alınmaktadır (Lowenkamp, Latessaand Smith 2006). Bu sonuçların başka bir organizmaya tatbik edilmesi ilginç bir deneme olacaktır. 1990'larda Maurice Vanstone ve ben, şayet hükümlülere sorun çözmeyi öğretmek istiyorsanız, buna dair bir kuruluş içinde görev almanın gerekip gerekmediğini tartışıyorduk. Bu fikrin neyi içermediği ya da bunun özel sektöre mi, kamuya mı, yoksa gönüllü kuruluşlara mı ait olacağı meselesi, şu son Yeşil Kitap tarafından gündeme getirilen bir sorundur (Raynor ve Vanstone 1997).

Yeşil Kitap, etkinliği artırmak ve yeniden suç işleme eğilimini azaltmak için en önemli stratejilerden biri olarak masraflarını karşılayarak gönüllü veya özel sektör kurumlarının sürece katılımını öngörür. Bu masrafların miktarını belirlemek için ortaya konan ölçütler (ki eminim şimdi yeterli görünen kimi yaklaşımlar, en nihayetinde yanıltıcı olacaktır) sorunsalını bir an için göz ardı ettiğimizde, birçok kuruluşun CPAI'nın yakaladığı başarıya ulaşamaması için en azından kağıt üzerinde hiç bir sebep yoktur. Problemler çoğunlukla şeffaflık ve hakkaniyetle faaliyet göstermek noktalarında ve kendi bağış kalemleri ile ayakta kalma eğilimindeki gönüllü kuruluşlardan ziyade, özel sektöre yönelmek hususunda gözlenmektedir. Denetimli serbestlik servisleri her iki sektörde de başarılı bir şekilde faaliyet göstermekte olup; "what works" plan ve programlarının geliştirilmesinde ve dizaynında özel sektörün hangi faaliyet sahalarında katkı sunması gerektiği, ayrıca hükümlülerin tamamen serbest kalabilmesi için

nasıl bir eğitim sürecinden geçirilecekleri gibi bazı konulardaki umut verici gelişmelerden de açıkça anlaşılmaktadır ki, özel sektör, spesifik sorunlara yeni çözüm yolları ve deneyimler kazandırabilir. Burada daha problematik olan şey, yargı çevresi ya da fail/suçlu grubunun tamamı bakımından fail/suçlu idaresi ve gözetim sorumluluğunun özel sektöre devredilmesi meselesidir. Fail/suçluların kontrol süreci gerek idarenin yetkili mercilerine, gerekse mahkemelere karşı hesap verebilir olmayı gerektirdiği gibi, kararların da paydaşların menfaatleriyle çatışmaksızın kamu yararı gözetilerek verilmesi şarttır. Fail/suçluların gözetimi, ceza adalet sisteminin bir parçası ve kamu yararını yasal olarak temsil eden birileri tarafından yürütülmesi gereken bir tür sözleşme olarak infaz hakkında bir takdir yetkisi ve kanaat kullanmaya da ihtiyaç duyar. Özel sektörün sürece dahil olmasını savunanlar, kamu yararının ihale ve tekliflerde özenle korunup korunamayacağını tartışmaktalar; ne var ki ceza adaleti tümüyle piyasaya havale edilebilecek nitelikte olmayıp, bir bütün olarak fail/suçlu ile toplum arasındaki ilişki ve geçişkenliği gösterir; bana göre doğrudan doğruya kamu görevlilerinin sürece dahil olmasını gerektirir. Bu gerçeğe ilaveten, özel sektör şirketleri, sözleşmelerin iktidarın görev süresinden daha fazla yürürlükte kalmasını istemek gibi kendilerince daha avantajlı olabileceğini düşündükleri hususları doğal olarak sözleşmelere dercetmeye çalışacaklardır ki; bu vesileyle de demokratik sorumluluğun nasıl zayıflatılabileceğini gözlemlemeye başlayabiliriz. Tartışma konusu, özel Winterbourne View Hastanesi'ndeki vahşet ve ihmal ya da Güney Cross bakım evlerini hemen hemen yok eden talan spekülasyonu ve varlık satışı gibi, 2 Temmuz 2011 tarihli Daily Mail gazetesinde şoke edici bir biçimde ifşa edilen (bakım evleri hakkında gazetenin başlığı şöyleydi: “vurdumduymaz servet avcısı köpek balıkları: 31 bin yaşlıya bakan firmayı şehrin yırtıcıları nasıl yok etti?) skandallara ilişkin değildir. Elbette kamuda da bir takım kötü uygulamalar ve skandallar olmuştur. Burada asıl sorun, vatandaşlarla devlet arasındaki sosyal sözleşmenin özel bir kurum üzerinden ne derece gerçekleştirilebileceğidir. O halde, özel sektörün spesifik yetki ve görevlerini sınırlandırmak, fail/suçluların idaresine dair tüm sorumluluğu net bir biçimde kamuya bırakmak, sözleşme ve kontrol sürecini dikkatle izlemek, taşeronluk ilişkisi yerine ortaklık içinde

çalışmak ve servislerin birçok kabul kararını yerel perspektifden ele almak, en güvenilir çözüm yolları olarak sayılabilir.

Öte yandan bütün bunların temelinde burada ayrıntılarıyla ele aldığımız geniş bir sosyal bağlam yatmaktadır. Denetimli serbestlik, bir iktidarın meşruluğunu, vatandaşların refahı için tüm sorumluluklarını paylaşmasında gören bir toplumda en verimli şekilde gelişir ve büyür. Söz konusu toplumsal sözleşme devletin bilinebilir ve ulaşılabilir kıldığı tatmin edici bir yaşam sürdürmeyi mümkün hale getiren ve buna yardım eden kanunlara itaat etmeye dönüşü sağlar. Bu da, ahlaki meşruiyetini, yoksulluk ve fakirliği önlemeyi bir yükümlülük olarak kabul eden ve suçtan uzak bir yaşamı gerçekçi ve olası bir isteğe dönüştürmek ile fırsat ve kaynakları teşvik etmekte gören bir devletin kanunlarına vatandaşlarının uymaları gerektiğine dair “devlet talebi” olarak tanımlayabileceğimiz devlet kaynaklı rehabilitasyon teorisinin (bkz., örneğin Rotman 1990; Lewis 2005) özünü oluşturur. Eğer fail/suçlular suçtan uzak bir yaşam sürmek ya da bunun nasıl gerçekleştirileceğini öğrenmek çerçevesinde kısıtlı imkanlara sahip olurlarsa, fail/suçluların kendi kendilerini ıslah etme noktasındaki ciddi girişimlerini karşılamaya hazırlıklı olmaları kaydıyla idare, fail/suçluları bu fırsatları yakalama konusunda daha avantajlı olan diğer vatandaşlarla eşit bir konuma getirebilmek için bir takım eylem ve işlemler yürütür. Kamunun sorumluluklarının azaltılması ve sorumluluklarını yüklenebilmeyi mümkün kılacak kaynaklara sahip olsalar da olmasalar da bireylerin müreffeh yaşam koşullarından ve davranışlarından tamamen kendilerinin sorumlu olması vadedilmiş bir toplumda bu gibi durumlarda rehabilitasyonu sağlayabilmek daha zordur. Cavadino ve Dignan (2006), sosyal meselelere daha kolektif ve dayanışmacı yaklaşımlar sergilemek yerine temelde öyle olmasalar da neoliberal serbest pazar politikalarına uyum gösteren ülkelerde cezalandırıcı adalet siyasetinin daha az cari olduğuna dair ikna edici kanıtlar sunarlar; Downes ve Hansen (2006) yüksek oranda sosyal yardım harcamaları olan ülkelerde ceza infaz kurumlarında bulunan mahkum oranının çok daha düşük olduğunu ortaya koymaktadırlar. Bazı politikacılarımızın cezalandırıcı adalet yanlısı bakış açıları onların kati ve esnemez tutumunu açığa vurmamakla kalmaz, aynı zamanda devletin rolüne dair

yasaklayıcı zihniyet ile de uyumluluk gösterir.

Beni denetimli serbestlik üzerine yoğunlaşmaya yönelten tecrübelerden biri Tony Parker'in 1966'da yazdığı Meçhul Vatandaş (The Unknown Citizen) adlı eserini okumak olmuştur. Bu kitap, ömrünün büyük bölümünü hapislerde geçiren ve suçtan arınmış bir yaşam içinde serpilebileceği kişisel kaynaklara ya da modern jargonla söylersek sosyal birikimlere erişebilmek için pek de fırsat bulamamış bir itiyadi adi suçlu hakkındadır. Kitapta bir suçlunun toplumdan aldığı destek ve korumanın, onun rehabilitasyonunun çok olumlu olarak ilerlemesine yardımcı olduğunu görüyoruz. Başlangıçta yönelttiğim soruya dönersek, açıkçası bu tarz bir uygulama hala mümkündür, fakat daha büyük oranda politik ve idari destek olmaksızın denetimli serbestliğin potansiyel birikimini hayata geçirebilmek te çok muhtemel görünmemektedir.⁷

KAYNAKLAR

Andrews, D.A. and Bonta, J. (2010) *The Psychology of Criminal Conduct*, New Providence, NJ.: Anderson Publishing.

Bonta, J. (2004) 'Effective practice: state of the art – or science?' in: D. Andrews, C. Hollin, P. Raynor, C. Trotter and B. Armstrong, *Personal Effectiveness in Working with Offenders*, Dinas Powys: Cognitive Centre Foundation.

Bonta, J., Bourgon, G., Ruge, T., Scott, T., Yessine, A., Gutierrez, L. and Li, J. (2010) *The Strategic Training Initiative in Community Supervision: Risk-need-responsivity in the Real World* (Corrections Research User Report 2010–01), Ottawa, ON.: Public Safety Canada.

Bottoms, A.E. and McWilliams, W. (1979) 'A non-treatment paradigm for probation practice', *British Journal of Social Work*, 9, 159–202.

⁷ Bu makale, Cambridge Üniversitesi Kriminoloji Enstitüsü'nde 22 Haziran 2011 tarihinde yapılan 14. Bill McWilliams Memorial Konferansında sunulan tebliğe dayanmaktadır. Konferans Probation Association, The Barrow Cadbury Trust ve The Late Hugh Sanders OBE'nin desteğiyle gerçekleştirilmiştir.

Bridges, A. (2011) *Probation and Youth Offending Work: A Tribute to Those who do it Well*, London: HM Inspectorate of Probation.

Brody, S.R. (1976) *The Effectiveness of Sentencing* (Home Office Research Study 35), London: HMSO.

Cavadino, M. and Dignan, J. (2006) *Penal Systems: A Comparative Approach*, London: Sage.

Christie, N. (1981) *Limits to Pain*, Oxford: Martin Robertson.

Correctional Service of Canada (2002) *Circles of Support and Accountability: A Guide to Training Potential Volunteers*, Ottawa, ON.: Correctional Service of Canada.

Devos, A. (2009) ‘Balans van het 10-jarig bestaan van de justitiehuizen’ [‘Assessing the results of ten years of the Houses of Justice’] (unpublished speech to the ten-year Colloquium of the Houses of Justice, Brussels, 2 December. Translation by Aline Bauwens).

Dowden, C. and Andrews, D. (2004) ‘The importance of staff practice in delivering effective correctional treatment: a meta-analysis’, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 48, 203–14.

Downes, D. and Hansen, K. (2006) *Welfare and Punishment: The Relationship Between Welfare Spending and Imprisonment* (Briefing 2), London: Crime and Society Foundation.

Duff, A. (2001) *Punishment, Communication and Community*, Oxford: Oxford University Press.

Durnescu, I. (2011) ‘Pains of probation: effective practice and human rights’, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 55, 530–45.

Folkard, M.S., Smith, D.E. and Smith, D.D. (1976) *IMPACT Volume II: The Results of the Experiment* (Home Office Research Study 36), London: HMSO.

Garland, D. (1997) 'Probation and the reconfiguration of crime control', in: R. Burnett (Ed.), *The Probation Service: Responding to Change* (Proceedings of the Probation Studies Unit First Colloquium: Probation Studies Unit Report No. 3), Oxford: University of Oxford Centre for Criminological Research.

Gendreau, P. and Andrews, D. (2001) *The Correctional Program Assessment Inventory (CPAI) 2000*, Saint John, NB.: University of New Brunswick.

Grünhut, M. (1952) 'Probation in Germany', *Howard Journal*, 8, 168–74.

Hart, H.L.A. (1968) *Punishment and Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.

Hollis, V. (2007) *Reconviction Analysis of Programme Data Using Interim Accredited Programmes Software (IAPS)*, London: National Offender Management Service.

Home Office (1984) *Probation Service in England and Wales: Statement of National Objectives and Priorities*, London: Home Office.

Home Office (1995) *Strengthening Punishment in the Community*, Cm. 2780.

House of Commons (2011) *The Role of the Probation Service* (Justice Committee Report), London: House of Commons.

Ledger, J. (2010) 'Rehabilitation revolution: will probation pay the price?', *Probation Journal*, 57, 415–22.

Lewis, S. (2005) 'Rehabilitation: headline or footnote in the new penal policy?', *Probation Journal*, 52, 119–35.

London Probation Trust (2011) Available at: <http://www.london-probation.org.uk> (accessed 19 June 2011).

Lopez-Rey, M. (1957) 'United Nations activities and international trends in probation', *Howard Journal*, 9, 346–53.

Lowenkamp, C., Latessa, E. and Smith, P. (2006) 'Does correctional program quality really matter? The impact of adhering to the principles of effective intervention', *Criminology and Public Policy*, 5, 575–94.

Mantle, G. (2006) 'Probation: dead, dying or poorly?', *Howard Journal*, 45, 321–4.

Martinson, R. (1974) 'What works? Questions and answers about prison reform', *The Public Interest*, 35, 22–54.

McGuire, J. (2004) *Understanding Psychology and Crime*, Maidenhead: Open University Press.

McKnight, J. (2009) 'Speaking up for probation', *Howard Journal*, 48, 327–43.

McNeill, F. (2011) 'Probation, credibility and justice', *Probation Journal*, 58, 9–22.

McNeill, F., Raynor, P. and Trotter, C. (Eds.) (2010) *Offender Supervision: New Directions in Theory, Research and Practice*, Abingdon: Willan.

McWilliams, W. (1983) 'The mission to the English police courts 1876–1936', *Howard Journal*, 22, 129–47.

36

McWilliams, W. (1985) 'The mission transformed: professionalisation of probation between the wars', *Howard Journal*, 24, 257–74.

McWilliams, W. (1986) 'The English probation system and the diagnostic ideal', *Howard Journal*, 25, 241–60.

McWilliams, W. (1987) 'Probation, pragmatism and policy', *Howard Journal*, 26, 97–121. Merrington, S. and Hine, J. (2001) *Evaluating Probation Work with Offenders*, London: Home Office.

Mills, H., Silvestri, A. and Grimshaw, R. with Silberhorn-Armantrading, F. (2010) *Prison and Probation Expenditure 1999–2009*, London: Centre for Crime and Justice Studies.

Ministry of Justice (2010a) *Offender Management Caseload Statistics 2009*, London: Ministry of Justice.

Ministry of Justice (2010b) *Breaking the Cycle: Effective Punishment, Rehabilitation and Sentencing of Offenders*, Cm. 7972.

Ministry of Justice (2011) *Criminal Justice Statistics Quarterly Update to December 2010*, London: Ministry of Justice.

National Audit Office (2009) *The National Offender Management Information System*, London: National Audit Office.

National Probation Service (2001) *A New Choreography*, London: National Probation Service for England and Wales.

Nellis, M. (2004) 'Into the field of corrections: the end of English probation in the early 21st century?' *Cambrian Law Review*, 35, 115–34.

Oldfield, M. and Grimshaw, R. (2010) *Probation Resources, Staffing and Workloads 2001–2008*, London: Centre for Crime and Justice Studies.

Parker, T. (1966) *The Unknown Citizen*, Harmondsworth: Penguin.

Probation Board for Northern Ireland (2011) Available at: <http://www.pbni.org.uk>(accessed 19 June 2011).

Radzinowicz, L. (Ed.) (1958) *The Results of Probation* (A Report of the Cambridge Department of Criminal Science), London: Macmillan.

Ramsbotham, D. (2010) Hansard, *House of Lords Debates*, vol. 716, part 30, col. 1146, 21 January 2010.

Ravagnani, L. (2011) Personal communication to members of the European Society of Criminology's Working Group on Community Sanctions, 13 June.

Raynor, P. (1985) *Social Work, Justice and Control*, Oxford: Blackwell.

Raynor, P. (2007) 'Community penalties: probation, "what works" and offender management', in: M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: Oxford University Press.

Raynor, P. (2011) *The Jersey Supervision Skills Study* (Offender Engagement Research Bulletin), London: Ministry of Justice.

Raynor, P. and Robinson, G. (2009) *Rehabilitation, Crime and Justice*, 2nd edn, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Raynor, P. and Vanstone, M. (1997) *Straight Thinking On Probation (STOP): The Mid Glamorgan Experiment* (Probation Studies Unit Report No. 4), Oxford: University of Oxford Centre for Criminological Research.

Raynor, P. and Vanstone, M. (2001) 'Straight Thinking On Probation: evidence-based practice and the culture of curiosity', in: G. Bernfeld, D. Farrington and A. Leschied (Eds.), *Offender Rehabilitation in Practice*, Chichester: Wiley.

Raynor, P., Ugwudike, P. and Vanstone, M. (2010) 'Skills and strategies in probation supervision: the Jersey study', in: F. McNeill, P. Raynor and C. Trotter (Eds.), *Offender Supervision: New Directions in Theory, Research and Practice*, Abingdon: Willan.

Reid, J. (2006) Speech to Wormwood Scrubs Prison, 7 November. Rex, S. (2005) *Reforming Community Penalties*, Cullompton: Willan.

Rotman, E. (1990) *Beyond Punishment: A New View of the Rehabilitation of Offenders*, Westport, CT.: Greenwood Press.

Shaw, M. (1974) *Social Work in Prisons* (Home Office Research Study 22), London: HMSO.

Sherman, L. and Strang, H. (2007) *Restorative Justice: The Evidence*, London: The Smith Institute.

Straw, J. (2008) Speech to Royal Society of Arts, 27 October.

Taxman, F., Yancey, C. and Bilanin, J. (2006) *Proactive Community Supervision in Maryland: Changing Offender Outcomes*, Richmond, VA.: Virginia Commonwealth University and University of Maryland.

Tyler, T. (1990) *Why People Obey the Law*, New Haven, CT.: Yale University Press. Underdown, A. (1998) *Strategies for Effective Offender Supervision: Report of the HMIP What Works Project*, London: Home Office.

Vanstone, M. (1993) 'A "missed opportunity" re-assessed: the influence of the day training centre experiment on the criminal justice system and probation policy and practice', *British Journal of Social Work*, 23, 213–29.

Vanstone, M. and Raynor, P. (2010) 'Supervising freedom: the philosophy, values and historical origins of probation', in: M. Herzog-Evans (Ed.), *Transnational Criminology Manual*, vol. 3, Nijmegen, the Netherlands: Wolf Legal Publishers.

Walker, N., Farrington, D. and Tucker, G. (1981) 'Reconviction rates of adult males after different sentences', *British Journal of Criminology*, 21, 357–60.

HOLLANDALI SAVCI: BİR SORUŞTURAN VE CEZA VEREN GÖREVLİ*

Prof. Dr. Peter J.P. TAK **

*Çeviren: Mahmut ERDEMLİ ****

GİRİŞ

Savcılık makamı Hollanda ceza adaleti yönetimi sisteminde hayati rol oynamaktadır. Bu rol, savcılık makamının, polis üzerindeki, bir kısım suçların soruşturulmasına öncelik verilmesi gibi hangi soruşturma yöntemlerinin takip edileceği hususundaki polis görevlilerine talimat verme şeklindeki yetkisinden kaynaklanmaktadır. Bundan başka, savcılık makamı, soruşturmalar üzerinde tekele sahip olup, karar vermesinin temelini oluşturan amaca uygunluk prensbini uygular. Savcılık makamı, eşgüdümlü bir yöntem takip etmek bakımından hiyerarşik yapısını kullanır ve bu şekilde, hangi davaların açılması gerektiğini ve mahkemelere hangi cezaların önerileceğini sistematik olarak belirler.¹

Hollanda Anayasası'na göre, Cumhuriyet savcıları yargının üyeleri olmakla birlikte hakimlerin aksine yargısal yetkileri yoktur. Bağımsız da değildirler, en azından geleneksel yargı anlayışı yönünden. Tüm Cumhuriyet savcıları, savcılık makamına tek bir organizasyon olarak yön veren Yüksek Savcılar Kurulu'nun alt kademesindedirler. Makamın resmi başı, Adalet Bakanı, savcılık hizmetine ilişkin politikalardan siyaseten sorumlu olup bu politikalara müdahale etmesi veya müdahale etmekte yetersiz kalması sebepleriyle Parlamentoda soruşturulabilir. Gerçekten de, Bakan, sadece genel soruşturma siyaseti için değil, aynı zamanda

* Makale, original adı The Prosecutor in Transnational Perspective/Uluslararası Perspektiften Savcı ve editörleri Erik Luna ve Marianne L.Wade olan ve Oxford Üniversitesi Yayınları tarafından yayınlanan kitabın 135-155 sayfalarında yayınlanmıştır. Makalenin tercüme edilip yayınlanmasına izin veren Profesör Peter Tak'a, yukarıda adı geçen editörlere ve Oxford Üniversitesi Yayınları'na teşekkür ederim.

** Hollanda Nijmegen Üniversitesinde Profesör.

*** İstanbul Anadolu Adliyesi 29. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi.

¹ Peter J.P. Tak, *Hollanda Ceza Politikası*, (Nijmegen: Wolf Legal Productions, 2002), 5-24; Peter J.P. Tak, ed., *AB Ülkelerindeki Savcılık Teşkilatlarının Yetki ve Görevleri*, cilt. I, (Nijmegen: Wolf Legal Productions, 2004), 357-383; Tak., cilt. II, 1039-1057.

münferit savcılık kararları yönünden de Parlamento tarafından sorgulanabilir. Bu siyasi sorumluluk, Hollanda'daki hukukun üstünlüğünün esaslı unsurlarından biridir. Hakimlere yargısal yetki verilmişken, savcılık makamına yürütmeye ilişkin yetkiler verilmiştir.

Bununla birlikte, hem hakimlerin hem de Cumhuriyet savcılarının, hukuku bir hakim gibi doğruca uygulamaları gerekir. Bu, savcılık kararının, önyargısız, tarafsız ve siyasi etkiden bağımsız olmasının zorunlu olduğu anlamına gelir. Adalet Bakanı'nın siyasi sorumluluğunun bulunmasına ve savcılık makamına talimatlar verme yetkisine rağmen, Bakan, şimdiye kadar bir münferit davada bu yetkiyi hiç kullanmamış ve genel soruşturma politikaları konusunda müdahil olmak konusunda da son derece çekingen davranmıştır. Bunun yerine, Adalet Bakanı, bu yetkiyi büyük bir hassasiyetle kullanmış ve şimdiye kadar sadece makul ve yumuşak müdahalelerde bulunmuştur.²

Belki Hollandada'ki ceza hukukunun günümüzdeki uygulamasının en esaslı özelliği poliste kayda alınan tüm suçların sadece küçük bir oranının bir ceza mahkemesi tarafından yargılanıyor oluşudur. 2007 yılında, polis 1.214.500 suçu kayıt altına alıp 354.000 şüpheli hakkında soruşturma yaptı. Buna karşılık, savcılık makamına 249.700 soruşturma dosyası geldi ve bunun da 127.400'ünde mahkemelere celp yapıldı.³ Sonuç olarak, kabaca, tüm kayıtlı suçların yüzde onu mahkemelerde yargılamalara yol açtı. Kayda geçen suçlar ile mahkemelere yargılanması yapılan suçlar arasındaki orantısızlığın bir önemli nedeni, yargı makamlarının tümünün bütçesinin artan suç oranına yetişememesidir. Çözüme ulaşan davalar sayısındaki sert düşüşün de gösterdiği gibi, mali kaynaklara ilişkin sebeplerle, polis suçların tespit ve soruşturulması konusunda öncelikler belirlemeye giderek daha çok zorlanmaktadır. 1970'ten beri, kayda alınan tüm suçların çözüme ulaştırılması oranında yüzde 41'den yüzde 23'e ciddi bir düşüş yaşanmıştır.⁴

² Bkz. Hollanda Ceza Kanunu md. 74c; Transactiebesluit 1994.

³ S.N. Kalidien ve diğerleri., *Criminaliteit en Rechtshandhaving 2008 (Suçluluk ve Ceza Adaletinin Yönetimi)*, (Den Haag: Boom Juridische uitgevers, WOBC, CBS), 203.

⁴ Kalidien., 88.

Nispeten daha az davanın mahkemelerce görülmesinin ikinci sebebi, 1960'ların sonundan bu yana davaların yargılama süreci dışına yönlendirilmesine aktif olarak çalışan savcılık makamının, giderek artan sayıdaki davayı mahkeme dışında çözüme bağlamasıdır.⁵ Başlangıçta bu hareket, ceza adalet sisteminin sosyalleştirilmesi, insancılaştırılması ve mantığa dayandırılması çabaları tarafından motive edilmiş iken, hali hazırda vurgu yapılan husus ceza adaleti sistemi üzerindeki baskının azaltılması gereği olarak değişmiştir.

Bunun bir sonucu, daha öce yargının tekelinde olanlara esaslı olarak benzer davaların mahkemeler dışına yönlendirilmesi yetkisinin kademeli olarak savcılık makamına verilmesi olmuştur. Bu bölümde, savcılık ceza kararnamesi olarak adlandırılan müessesenin yakın tarihlerde kabulü ile sonuçlanan bu yetki tahsisini tartışacağım. Ancak, bu konuyu incelemeden önce, savcılık makamı ve temel görev ve yetkileri hakkında genel bir bilgi vereceğim.

I. SAVCILIK MAKAMININ OLUŞUMU VE ORGANİZASYONU

Savcılık makamı, Yüksek Savcılar Kurulu en üstte olmak üzere, hiyerarşik olarak organize edilen, bütünlük arz eden bir ulusal hizmettir. Savcılık, Adalet Bakanı'nın sorumluluğu altında görev yapmasına karşın Bakanlığın bir birimi değil ve fakat yargının bir parçasıdır. Savcılığın pozisyonu, bağımsız olup hayat boyu olmak üzere atanan ve Adalet Bakanlığından tamamıyla bağımsız olan hakimlere nazaran farklılık arz eder. Cumhuriyet savcıları, meslekten çıkarılabilen ve şimdi bahsedildiği üzere Adalet Bakanlığı'nın siyasi sorumluluğu altında görev yapan devlet memurlarıdır. Hali hazırda, hemen hemen yüzde kırkı kadın olan 600 civarında Cumhuriyet savcısı vardır.

Yasaya göre, bir Cumhuriyet savcısı Hollanda vatandaşı ve hukuk fakültesi mezunu olmalı⁶ ve buna ek olarak "Yargısal Kamu Görevlilerinin Eğitimi Hakkındaki Krallık Kararnamesi"nde açıklanan mesleki gereklilikleri taşımalıdır. Yargı için Ulusal Seçme Komitesi her başvuran ile mülakat yapar, yazılı referanslarını inceler ve başvuranın psikolojik test sonuçlarını dikkate

⁵ 2007 yılında, 122,300 soruşturma mahkeme dışında çözülmüştür.

⁶ Yargıda Görevli Devlet Memurlarının Yasal Pozisyonu Hakkında Kanun, §§ 1(c) ve (d).

alır. Seçilmesi halinde, bir yargısal kamu görevlisi hakim veya savcı olma niyetine bakılmaksızın, altı yıllık eğitim programına devam etmek zorundadır. Bu program, bir yerel mahkeme ve savcılık biriminde olduğu kadar harici birimlerde de stajlar yapmayı ve mesleki yeteneklerini, kapasitesini ve bilgisini geliştirmek için teorik eğitim almayı gerektirir. Eğitim aşamasındaki yargısal kamu görevlileri program sırasında yıllık olarak değerlendirilmeye tabi tutulurlar.

Savcılık makamının organizasyonu, 1827 tarihli Yargısal Organizasyon Kanunu tarafından düzenlenmektedir. Ancak, 1999 yılında, savcılık makamı, organizasyonel yapısı, talimat verme silsilesi ve Adalet Bakanı'nın münferit davalar hakkında talimat vermesi yönlerinden esaslı bir reforma tabi tutulmuştur. Savcılık makamı yerel mahkemelere ve temyiz mahkemelerine denk gelmek üzere iki kademe olarak organize edilmiştir. 19 yerel mahkemede, bu düzeyde *arrondissementsparket* olarak adlandırılan savcılık makamı, başsavcı, kıdemli savcı, savcı, yedek savcı, ve tek hakimli mahkemelerin duruşmalarında görev yapan savcı pozisyonlarına sahip savcılardan oluşur. Son olarak bahsedilen pozisyondaki savcılar, sadece tek hakimli mahkemeler duruşmalarında görev yapabilmelerine karşın, tüm savcılık yetkilerine sahiptirler. Bu duruşmalarda, sadece bir yıl veya daha az hapis cezasına hükmedebilen hakimler tarafından yargılması yapılan basit ceza davaları görülür. Yedek Cumhuriyet savcılarını Adalet Bakanı tarafından ve diğer tüm Cumhuriyet savcılarını kraliyet kararnamesi ile Krallık tarafından atanırlar.⁷

Cumhuriyet savcılarını, savcılık makamının memurları (*parketsecretaris*) tarafından desteklenirler. Bu memurlar, örneğin, dava açmaya yeterli delil olup olmadığını tespit etmek bakımından polis dosyalarını kontrol etmek, iddianame taslağını ve duruşmaya celp işlemlerini hazırlamak suretleriyle savcılık kararlarını hazırlamakta savcıya yardımcı olurlar. Savcılık makamının memurları tek hakimli mahkeme duruşmalarında yargılanacak olan ceza davalarıyla sınırlı

⁷ Çevirenin notu: Bu sayı makalenin yayınlanmasından sonra farklı bölgelerde çalışan hakimler arasındaki iş dağılımının daha adil olması ve adalet hizmetinin optimize edilmesi amaçlı olarak 19'dan 10'a düşürülmüştür. Diğer yandan makale boyunca suçla ilişkin oluşturulan adli dosya her aşamada "case" olarak adlandırılmış olmakla birlikte, daha iyi anlaşılması için çeviri sırasında, polis aşaması için adli vaka, savcılık aşaması için soruşturma ve mahkeme aşaması için de dava olarak çevrilmiştir. § 1(a).

olmak üzere, tutuklu bir şüphelinin serbest bırakılmasından önce celbi yetkisine de sahip olabilirler. Hollanda hukukuna göre, Cumhuriyet savcısı, memuru tarafından çıkarılan bir celbi geri çekebilir. Beş temyiz mahkemesinde, savcılık makamı, Yargıtay başsavcısı ve yargıtay savcılarında oluşur. Bu düzeyde, savcılık makamının temel görevi temyiz mahkemesindeki davalarla ilgilenmektir.

Yerel mahkemeler düzeyinde, savcılık makamı, biri bölgesel diğeri ise fonksiyonlarına göre oluşan iki birimden ibarettir. Fonksiyonlarına göre oluşan birim suçların işlendiği bölgeye bakılmaksızın faaliyet gösterirken, bölgesel birim, bölgenin sınırları içindeki tüm suçlarla ilgilenir. Fonksiyonlarına göre oluşan birimler, ilgili hükümet departmanlarının kontrolü altındaki birimler tarafından araştırılan sahtecilik ve ekonomik suçlar, sosyal güvenlik ve sağlığı içeren haksız filler ve çevre suçları gibi cürümler hakkında uzmanlaşırlar.

19 savcılık birimine ilave olarak, ayrıca, herhangi bir bölgeye bağlı olmayan ve Rotterdamda bulunan bir ulusal savcılık birimi (*landelijke parket*) de vardır. Bu birimdeki Cumhuriyet savcılarında yerel mahkemeler düzeyindeki meslektaşlarıyla aynı yetkiler verilmiş olup birimlerinin yapısı diğer savcılık birimlerine benzerdir. Bununla birlikte, bu birimin temel görevi, ciddiyet düzeyi veya işlenme sıklığı nedeniyle, yasal düzene ciddi tehdit oluşturan ve finansal veya vergiye ilişkin uzmanlık gerektiren (örn. terrorism ve kara para aklama) –hem ulusal hem uluslararası- organize suçları araştırmak ve soruşturaktır. Ulusal savcılık makamı Ulusal Suç Birimini denetler ve bu birim tarafından araştırılan suçların soruşturmasını yapar. Bundan başka, bu birime, adli yardım konusundaki yabancı ülke taleplerinin gereğini yapmak ve bunun koordinasyonunu sağlamak görevi de verilmiştir.

Yerel mahkemelerin savcılık birimleri, ulusal savcılık birimi ve temyiz mahkemelerinin savcılık birimleri arasında bir hiyerarşi yoktur. Bunun yerine, bunların tamamı, savcılık makamına Lahey (Den Haag) şehrindeki hizmet binasından yön veren Yüksek Savcılar Kurulu'nun (*het parket generaal*) alt kademesi konumundadırlar. Kurul, üç ile beş arasında değişen kıdemli savcıdan (*College van procureurs-generaal*) oluşur. Kurul'un başkanı Krallık tarafından

kraliyet kararnamesi ile üç yıllığına atanır.⁸ Üç yıllığına ikinci bir dönem için de atama yapılması mümkündür. Kurul'un diğer üyeleri (en fazla dört) süresiz olarak Adalet Bakanı tarafından atanır. Savcılar Yüksek Kurulu, savcılık makamı tarafından doğru bir soruşturma, polis yönünden ise doğru araştırma politikaları uygulanıp uygulanmadığını denetler. Polisi denetlemesini de içermek üzere, savcılık makamının üyelerine görev ve yetkileriyle ilgili ceza adaletinin yönetimi hakkında talimatlar iletir. Savcılar, yasal yönden genel veya spesifik nitelikte olabilecek bu talimatlarla bağlıdır.

Kurul Adalet Bakanı ile düzenli olarak görüşür ve Cumhuriyet savcıları ve yüksek düzeydeki polis görevlilerinden oluşan bir dizi birim ile istişareler yapar. Bu birimlerden biri, organize suçlar hakkında politika yapıcı olup önerileri ve fonksiyonları süzgeçten geçiren ciddi suçlar komitesidir. Danışman birimler, ulusal soruşturma prensiplerinin yayınlanması sürecini başlatırlar. Yüksek Savcılar Kurulu tarafından yayınlanan prensiplerin önemli bir bölümü Uyuşturucu Maddeler Kanunu'nun (Opium Act) uygulanması ile ilgili araştırma ve soruşturma prensipleri hakkındadır. İyi bilinen bir örnek, prensiplerin açık gerekliliklerine uyulduğu sürece, bazı uyuşturucu madde suçlarını tolere eden 10 Eylül 1996 tarihli araştırma ve soruşturma prensibidir.⁹

II. HOLLANDA SAVCILIK MAKAMI'NIN TEMEL GÖREVİ

Hollanda savcılık makamının temel görevi, mevzuat ve Yüksek Savcılar Kurulu tarafından yayınlanan prensipler doğrultusunda kullanacağı takdir yetkisi ile sonuçlandıramadığı davaları, ceza hukukunun araçlarından yararlanarak mahkemeye taşımak suretiyle ülkenin yasal düzenini yönetmektir. Nihai amaç suç oranını düşürmek için bir ceza politikası izlemektir. Bu suretle, savcılık makamı ceza adaletinin yönetiminde hayati bir rol oynar. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar suçlu açısından önemli sonuçlar doğurur ve bazı suçların soruşturulmasının reddi yönünde tekraren verilen kararlar suçların polis tarafından bulunması ve araştırılması oranında da düşüşe neden olabilir. Bunun

⁸ Yargısal Organizasyon Kanunu, § 130.

⁹ Resmi Gazete 1996, 187.

karşılığında, şüpheli aleyhine isnad edilen suçlar, büyük ölçüde mahkemelerin yargısal fonksiyonlarının çerçevesini belirler. Bundan başka, savcılık makamı, hangi davaların mahkemeye görürüleceği ve hangi cezaların verilmesinin talep edileceği hususlarında, koordine edilmiş sistematik bir politika izlemek bakımından kendisinin hiyerarşik yapısını kullanır.

Bu durumda, Hollanda savcılık makamı, soruşturma tekeline sahip olması yanında uygunluk prensibini de uygulaması suretiyle, ceza davalarının gereğini yapmak konusunda büyük yetkilere sahip olduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Bir savcıdan, üzerinde iyi düşünülmüş kararlar vermek ve şüphelinin hem lehine hem aleyhine deliller sunmak bakımından objektif olarak çalışması beklenir. Fakat, savcılık hizmetinde, hakimlerinkine benzer, daha çok yargısal bir yaklaşımın en uygun olduğu düşünülür. Suçların etkili, adil, tarafsız ve verimli olarak soruşturulmasını desteklemek yönündeki savcılık makamının bu teşebbüsleri, savcılar yönünden belirlenmiş olan uluslararası standart ve normlar ve insan hakları belgelerinde yer alan prensipler ile bir uyum içinde dikkate alınır.

Savcılık makamı ceza soruşturmasının tüm yönleri hakkında sorumludur. Mevzuat yönünden, Cumhuriyet savcısı kıdemli araştırmacı olup polisin yasal kural ve prosedürlere uymasını sağlar.¹⁰ Bununla birlikte, pratikte, polis, pek çok vakianın araştırmasını öncesinde savcıya danışmadan yapar. Bunun sebebi, savcılık makamının sınırlı kaynakları ve araştırma teknikleri ve taktikleri konusundaki polisin uzmanlığının daha fazla olduğunun kabulüdür. Günlük bazda, polis ile Cumhuriyet savcısı arasındaki görüş alış veriş, gizli ajan ve muhbir kullanımı gibi spesifik polis metodları ve belirli suçların araştırılması hususlarında prensipler belirlemek için daha çok soyut düzeyde olma eğilimindedir.¹¹ Bunun sonucunda,

¹⁰ Hollanda Ceza Usul Kanunu, § 148; Polis Kanunu, § 13.

¹¹ Savcılık müzakereleri ayrıca yerel yönetimlerin başkanları ile yardımlaşma içinde belirli bölgeler için yöntem tespitini de içerir. Hollanda'da, kamu düzeninin sağlanması ile ceza hukukunun uygulanması arasında keskin bir ayırım yoktur. Dolayısıyla, polisin kimin yetkisi altında hareket edeceği daima net değildir. Örneğin, Belediye Başkanı, bölgesel polis gücünün (*korpsbeheerder*) idari yönetimi ile sorumludur ve kamu düzeninin polisle sağlanması yönünden şehir konseyine karşı sorumludur. Üçlü müzakereler olarak adlandırılan görüşmeler sırasında, belediye başkanı, bölgesel polis gücünün başı ve bölge başsavcı (yardımcısı) ile polis güçlerinin bölgesel suç mücadele ve bölgesel güvenliğin artırılması çabaları hakkındaki sorunları tartışmak üzere bir araya gelir. Bu müzakereler yirmibeş polis bölgesinin hepsinde düzenli olarak yapılır.

sıklıkla, gerçeklerin araştırılması ve doğrunun belirlenmesi polisin kontrolündedir. Mahkemeye gelen suçların çoğu, araştırmayı yapan polis memurlarınca toplanan bilgilere dayanan soruşturmanın sonucudur.

Savcılık makamı, genellikle, adli vakıaları polisten almasına karşın gereği yapılmış tüm adli vakıalar savcılık makamının dikkatine sunulmaz. Hollanda polisi, savcılık makamının katılımı olmaksızın, bir suçun gereğini yaparak şüphelinin ceza adaleti sistemi dışında kalmasını sağlayabilir. Bir suçun tamamen araştırılmasından sonra, polis, faili çocuk suçlular, ilk kez suç işleyenler veya düşük önemde suç işleyenlerde tercih edilen seçenek olduğu üzere, faili uyarabilir veya sözlü veya yazılı kınamada bulunabilir. Polis, ayrıca, yaralama, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma vakıalarında uygun olarak kabul edilebileceği üzere; örneğin, failin suçtan zarar görenin zararını ödemesi ve özür dilemesi gibi önerilerde bulunmak suretiyle taraflar arasında bir uzlaşma prosedürünü yürütebilir. Polis, bundan başka, işyeri hırsızlığı, sağlıklı olarak araç kullanacak durumda olmamasına rağmen trafığe çıkma gibi bazı suçlar için soruşturma yerine finansal çözüm önerisi sunabilir. Polisin adli vakıaları çözme yetkisi, savcılık makamının polisi kontrolünü kolaylaştırma ve polis yetkilerinin istikrarlı uygulanması amacıyla olan Yüksek Savcılar Kurulu tarafından yayınlanan talimatlara tabi olup sınırlı niteliktedir.¹²

Genel olarak, savcılığın polise önerileri (veya “emirler”) ¹³ bağlayıcı olup böyle bir yönergeye uymama disiplin cezasını gerektirebilir. Son zamanlar, suçların giderek karmaşık hale gelmesi, finansal kaynak yokluğu ve dolayısıyla suçların araştırılmasını başlatırken öncelikler belirleme gerekliliği, Cumhuriyet savcılarının, bazı suçların araştırılması hakkında yazılı veya sözlü yönergeler vermek suretiyle, araştırmaya yönelik çalışmalarda daha etkin rol oynamasına tanıklık etmiştir. Bazı zorlayıcı araçların kullanılması için, bazı adli vakılarda, polis görevlilerinin

¹² Özel olarak Hollanda Ceza Kanununda yer alan ve polis çözümleri hakkındaki Kraliyet Kararnamesi ile detayları açıklanan yetki, maximum 350 € değerindeki çözümler ile sınırlıdır. Peter J.P. Tak, *Hollanda Ceza Politikası Hakkındaki Makaleler*, (Nijmegen: Wolf Legal Productions, 2002), 5-24; Peter J.P. Tak, ed., *AB Ülkelerinde Savcılık Teşkilatı'nın Görev ve Yetkileri*, cilt. I, (Nijmegen: Wolf Legal Productions, 2004), 357-383; cilt. II, 1039-1057.

¹³ Hollanda Ceza Usul Kanunu, § 148(2).

savcının, hatta sorgu hakiminin onayını aldığı veya yardımlaşma talep ettiği görüş alışverişleri de olur. Gerçekten de, kabul edilemez deliller konusundaki Hollanda Yargıtay kararları, araştırmada hangi metodların kullanılması gerektiğinin olabildiğince erken belirlenmesinin önemini vurgulamıştır.

1 Mart 2013 tarihinde, örneğin, Yüksek Savcılar Kurulu, suçların araştırılması konusunda öncelikler belirlenmesi gerekip gerekmediği ve bu önceliklerin nasıl belirleneceği konusunda bir yönerge yayınlamıştır.¹⁴ Bu yönerge iki temel kural içermektedir: Birincisi, bir tehlikeye, zarara veya kişisel zarar veya yaralanmaya sebep olmamış önemsiz adli vakıalar veya hakkında açık prensipler bulunan belli tipte suçlar hariç olmak üzere, polis, failin belli olduğu hallerde daima bir araştırma yapacaktır. İkincisi, araştırmanın yoğunluğu suçun ciddiyet derecesine göre belirlenmelidir. Her iki temel kural, araştırma ile ilgili kararlarını vermekte polislere yardımcı olmak üzere çıkarılan yönergede daha detaylı açıklanmıştır.

Yukarıda bahsedildiği üzere, Adalet Bakanı, genel soruşturma politikası ve soruşturmaya ilişkin bireysel kararlar için siyasi olarak sorumludur. Buna bağlı olarak, Bakana, Yargısal Organizasyon Kanunu ile; savcılık makamının yetki ve görevlerinin yerine getirilmesine ilişkin genel ve spesifik talimatlar verme yetkisi tanınmıştır.¹⁵ Bu talimatlar, gerek genel olarak savcılık makamı üzerinde gerekse bireysel savcılar yönünden bağlayıcıdır. Adalet Bakanı, soruşturma prensipleri formüle etmek bakımından Yüksek Savcılar Kurulu ile düzenli olarak bir araya gelir. Sonrasında, Kurul, bu prensipleri, yönergeler yoluyla ilan ederek hayata geçirir. Bakan, spesifik bazı adli vakıalar için karar verilmesine katılabilir. Bunu, kararın, genel soruşturma politikası konusunda etki uyandırabileceği veya kendisinin siyasi sorumluluğunun risk altında olduğu durumlarda Cumhuriyet savcılarının kendisine danışmasını gerekli kılarak yapar.

Bununla birlikte, spesifik bir soruşturma dosyası ile ilgili Bakanın talimat vermesi öncesinde özel bir prosedür uygulanmalıdır.¹⁶ Bu talimat ve gerekçesi,

¹⁴ Resmi Gazete 2003, 41.

¹⁵ Yargısal Organizasyon Kanunu, § 127.

¹⁶ Yargısal Organizasyon Kanunu, § 128.

görüşlerini bildirmesine olanak tanımak bakımından Yüksek Savcılar Kurulu'na gönderilir. Talimat verilecek olursa yazılı olmalıdır. Ancak, acil durumlarda, yazılı versiyonunu bir hafta içinde iletilmek üzere talimatı sözlü de verilebilir. Talimat ve Kurul'un görüşleri soruşturma dosyasına eklenir. Bununla birlikte, bu devlet çıkarları aleyhine ise, talimatın verildiğine ilişkin bir bilgi notu soruşturma dosyasına eklenir. Her iki durumda da, mahkemeye, Cumhuriyet savcısının davayı açmak veya spesifik bir cezanın verilmesini talep etmek konusunda talimat aldığı bildirilir. Mahkeme, kararını verirken bunu kesinlikle göz önüne alır. Adalet Bakanı, bir adli vakıanın araştırılmaması ve soruşturulmaması konusunda talimat vermeye de yetkilidir. Ancak, bu durumda, Bakan, talimatı ve Yüksek Savcılar Kurulu'nun kararını eklemek suretiyle Parlamento'yu (Parlamento'nun her iki dairesini) bilgilendirmek zorundadır. Bu gereklilik, Bakanlar'ın kararlarının açıklığı ve demokratik denetimini sağlar.¹⁷ Ayrıca, bireysel adli vakılarda Adalet Bakanı'nın talimat yetkisini kullanmasını sınırlandırma yönündeki Parlatentonun arzusunun da yerine getirmiş olur. Bakan bugüne kadar bu yetkiyi kullanmamıştır.

III. HAKİMLERİN KATILDIĞI SAVCILIK KARARLARI

1926 yılında Hollanda Ceza Usul Kanununun'ın Kabul edilmesinden bu yana, ceza yargılamasını başlatma kararı savcılık makamının tekelindeydi. Savcılık makamı bir adli vakıayı mahkemeye göndermeye karar verirse, şüpheliler, basit ve az ciddi olaylarda, sadece polisin yaptığı araştırmaya dayalı olarak elde edilen bilgiler doğrultusunda savcı tarafından mahkemeye celp edilecektir. Daha komplike ve ciddi davalarda, bununla birlikte, savcı, ilk yargısal araştırma için sorgu hakimine başvurabilir. Hakim ilk soruşturmayı tamamladığında, davayı açıp açmayacağına karar verme yetkisi yine savcıya aittir.

A. Yargısal İlk Araştırma

Komplike ve ciddi ceza soruşturmaları, iletişimin teknik vasıtalarla dinlenmesi

¹⁷ Ancak, savcılık makamı değerlendirilen bu talimatla aynı kanaatte ve kendi yetkilerini kullanarak talimat doğrultusunda karar verdiğinde bu açıklık yoktur. Bu talimatın verilmesine gerek olmadığı anlamına gelir.

ve arama gibi daha müdahaleci araştırma metodlarını içerebilir. Bu tür metodları kullanmak için polis ve savcı sorgu hakiminin iznini almak zorundadır. Gerçekten de, bazı metodların kullanılmasına ancak hakim karar verebilir. Hakim, örneğin, ifade vermek üzere tanığı celp edebilir veya şüphelinin psikiyatrik incelemeye tabi tutulmasına karar verebilir, Bununla birlikte, yargılama öncesi süreçte sorgu hakiminin rolü, 2000 yılında, ilk soruşturmayı yapmak ve şüphelinin yargılama öncesi 14 güne kadar tutuklu kalmasına gerek olup olmadığını belirlemek olarak iki fonksiyona indirgenmiştir.

Sorgu hakimince yürütülen ilk soruşturma sırasında, Cumhuriyet savcıları ve şüpheli vekili arasında silahların eşitliği ilkesi daha ileri düzeyde işletilir ve şüpheli vekilinin aktif rol oynaması bakımından daha fazla imkanlar vardır. Bundan başka, yargısal ilk soruşturma, daha açık olma eğilimlidir ve şüpheli polis araştırmasına kıyasla daha fazla haklara sahiptir.¹⁸ Örneğin, şüpheli vekili, sorgu hakimi tarafından sorular sorulmasını talep edebileceği tanıkların ve bilirkişilerin dinlendiği duruşmalara katılma hakkına sahiptir. Yargısal ilk soruşturma sırasında işlemlerin yenilenmesi söz konusu olursa, şüpheli vekili, hakimden, bazı talimatların verilmesi konusunda izin, dava hakkında daha fazla bilgi ve bazı yorumların dava dosyasına geçmesi talimatını vermesini isteyebilir. Bundan başka, şüpheli vekili, makul sınırlamalar dahilinde ek tanık ve bilirkişi taleplerinde bulunabilir. Eğer şüpheli vekili duruşmada hazır değilse, yargısal işlemlerin içeriği konusunda en hızlı şekilde bilgilendirilir.

Yargısal ilk soruşturma sırasında, hakim, örneğin, şüpheli vekili tarafından tanıklar ve bilirkişilere sormak istediği soruların cevaplanması gerekip gerekmediği gibi soruşturma faaliyetlerine karar verme konusunda tam bir yetkiye sahiptir. Buna rağmen, şüpheli vekili aktif bir rol oynayabilir ve savunmanın bir talebi sorgu hakimi tarafından reddedildiğinde buna itiraz edilebilir. Birlikte değerlendirildiğinde, şüpheli vekili, daha çok yargısal ilk soruşturma sırasında toplanan delillerin farklı niteliğe sahip olması nedeniyle, yargılama öncesi polis araştırmasına kıyasla çok daha fazla haklara sahiptir.

¹⁸ Belirtilmelidir ki, bu açıklık ve savunma hakkı, araştırmanın yararına aykırı ise sınırlıdır.

Tanıklar ve bilirkişiler, soruşturma hakimi tarafından yemin yaptırılarak dinlenir ve mahkemenin bu tanık ve bilirkişileri yeniden dinlemek zorunda kalmaması bakımından beyanları dava dosyasına kaydedilir, Bu suretle, mahkemedeki duruşmaların süresi dikkate değer şekilde kısaltılmış olur. Bu nedenle, şüpheli vekilinin, Yargısal ilk soruşturmasının tam ve doğruluğunu sağlamaya yardım etmesi beklenir.

B. Duruşmaya Celp

Bir adli vakıa mahkeme dışında çözülmemiş ise, savcılık makamı mahkemeye çıkması için şüpheliye davetiye göndermek suretiyle duruşma evresini başlatır. Davetiye, iddianameyi (*tenlastelegging*) ve celp edilecek tanıkların listesini içerir. Burada, Cumhuriyet savcısı, tam bir *dominus litis*'dir. Duruşma hakimi, isnadın içeriği konusunda bir kontrole sahip değildir. Cumhuriyet savcısı, sanığa daha ciddi suçlama yöneltmesi için yeterli delil olmasına rağmen, -örneğin, ağırlaştırıcı nedenleri gözardı etmek suretiyle- daha az ciddi bir suç isnad edebilir. Benzer olarak, savcı, resmi olmayan yoldan diğer suçlarını da mahkemeye bildirmek suretiyle, sanık tarafından işlenen suçlardan sadece bazılarını isnad edebilir (*voeging ad informandum*). Cezayı belirlerken, mahkeme, bu suçların ispatlanması ve sanığın bunları reddetmemesi şartıyla isnad edilmeyen bu suçları da dikkate alır.

Duruşmaya celp veya ileri soruşturma bilgisi iletilirken, sanık yerel mahkemeye itiraz dilekçesi verebilir. Bu usul, sanığın, aleni olmayan (örn. görevli mahkemelerde) bir yöntem dahilinde, soruşturmanın gayri adil olduğu veya aceleyle getirildiği yönünde itirazda bulunarak iddianamenin reddini sağlamak suretiyle aleni bir yargılamadan kaçınmasını sağlar. Dört sebeple iddianame reddedilebilir: Davanın teknik nedenlerle açılmayacak oluşu (örn. Dava zamanışımın gerçekleşmiş oluşu nedeniyle), sanık aleyhine delillerin açıkça yetersiz oluşu, eylemin suç oluşturmaması ve sanığın suçtan sorumlu olmayışı (örn. meşru savunma nedeniyle). Bununla birlikte, dava açma kararının yargısal denetimi dikkate değer ölçüde sınırlıdır. Davaların büyük bölümünde, itiraz, görevli mahkeme hakimlerince yapılan kısa bir araştırma sonrasında

iddianamenin kabulü gerektiği kararıyla sonuçlanır. Sonrasında dava duruşma için hazırlanır.

C. Savcının Cezalandırmadaki Rolü

Hollanda yargısına cezalandırma konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Münferit davalarda, mahkemeyi cezanın tipi ve ciddiliği hakkındaki seçimlerinde sınırlamayan bir kaç yasal kural genel şekillerde ifade edilmiştir. Hapis cezasının alt sınırı bir gün olup, suçun genel ciddiyetine bakılmaksızın tüm suçlar için geçerlidir. Maksimum hapis cezası işlenebilecek en kötü suçların ciddiyetini yansıtır, ki müebbet hapis cezası gerektiren çok az sayıda suçlar için geçerlidir. Bundan başka, müebbet hapis cezası yerine takdire bağlı olmayan ve yirmi yıla kadar değişen hapis cezası veya para cezası içeren cezalar verilebilir.

Cezalandırmada zorunlu kuralların bulunmayışının daha yumuşak bir ceza atmosferi oluşmasına katkıda bulunmasına karşın, bu durum ayrıca cezalandırmada büyük farklılıklar ortaya çıkarabilir. Bu farklılıklar Hollandada ciddi bir problemdir. İstinaf ve temyiz mahkemeleri aşırı derecede adaletsiz cezaları geçersiz kılabilir. Ancak, bu mahkemeler, alt mahkemelerin cezalandırma kararları yönünden istikrarlı bir uygulamayı asla sağlayamazlar. Hakimlerin, cezanın kişiselleştirilmesi yönündeki takdir yetkisini makul olmayan şekilde sınırlandırmaksızın cezalandırmada eşitliği geliştirmek bakımından çeşitli önerilerde bulunulmuştur. Bu öneriler, özel cezalandırma mahkemeleri kurulmasından, cezalar hakkında veri tabanı oluşturmaya, cezalandırmalara ilişkin listeler veya prensipler oluşturmaya kadar değişiklik göstermekte ise de bu önerilerin hiç biri probleme etkili bir çözüm sağlamamıştır.

Savcıların duruşmadaki kapanış beyanları sırasında yapmaları gereken ceza önerileri hakkındaki savcılık makamı tarafından yayınlanan yönergeler nedeniyle, -sarhoş araç kullanma, sosyal güvenlik sahteciliği, vergi sahteciliği ve uyuşturucu madde suçları gibi- bazı suçların cezalandırılmaları konusunda daha az farklılıklar vardır. Yüksek Savcılar Kurulu, savcılık makamındaki hiyerarşik yapı ve hiyerarşik olarak altta bulunanların üstlerinin talimatlarına saygı göstermesi beklentisi nedeniyle savcılarını bağlayan bu tür yönergeler yayınlamıştır.

Mahkemeler bu yönergeler ile bağlı olmadıkları gibi, cezalandırma hakkındaki bir öneriyi reddederken sebep bildirmekle de ödevli değildirler.¹⁹ Uygulamada, bununla birlikte, yönergeler, savcılar tarafından talep edilen cezalandırmaya mahkemeler tarafından esaslı şekilde ağırlık verilmesi nedeniyle oldukça etkilidir ve standartlaşmaya yol açar.

1999'dan beri, savcılık makamınca, *Polaris* prensipleri olarak adlandırılan ve suçların çoğu için cezalandırmada eşitlik sağlamaya yardım eden otuzbeşten fazla ulusal cezalandırma prensibi formüle edilmiştir.²⁰ Bu prensiplerin yapısı açık olup, Yüksek Savcılar Kurulu tarafından yayınlanan "Savcılık Cezalandırma Prensipleri için Çerçeve"²¹den kaynağını alır. Her suç, örneğin, 60 puan binadan hırsızlık, 35 puan araç hırsızlığı, 12 puan darp ve 6 puan işyerinden hırsızlık gibi cezalandırma puanı alır. Puanlar aşağı veya yukarı olarak özel sebepler nedeniyle ayarlanabilir. Silah kullanımı ve mağdurun yaralanması, örneğin, ekstra puan ilavesini gerektirirken, suça teşebbüs puanının düşmesine neden olur. Mükerrerlik yüzde on oranında puan artırımını sağlar ve birden çok mükerrerlik yüzde yirmi puan artışına neden olur.

Örnek olarak, *Polaris*-prensiplerini darp suçu için dikkate alalım. Darp için puan 12'dir. Darp yaralanmaya neden olursa, ekstra puanlar eklenir. 3 puan hafif yaralanma (örn. tıbbi müdahale gerektirmeyen), 8 puan tıbbi tedavi gerektiren yaralanma, 21 puan özel tıbbi müdahale gerektiren yaralanma (örn. burun kırığı veya yüzde iz) ve 35 puan daha ciddi yaralanmalar için. Darp, künt bir cisim kullanılarak yapılırsa 7 puan, bu alet bıçak ise 17 puan ve ateşli silah ise 52 puan eklenir. Darp eylemi ayrımcılık motivasyonu altında yapılırsa veya bir spor olayı ile ilgiliyse 25 puan eklenir. Mağdurun kamu görevlisi veya kamuya açık olarak görevini yürüten bir meslek sahibi olması hallerinde toplam puan ikiye katlanır. Darp sanığa bağımlı bir ilişki içinde olan mağdur aleyhine yapıldığı hallerde puanda yüzde 33 artış yapılır ve mağdurun sanık tarafından rastgele seçilmesi halinde yüzde 25 artış daha yapılır.

¹⁹ Holland Yargıtayı 10 Març 1992, *Yargıtay Dergisi* 1992, no. 593.

²⁰ *Polaris Ceza Adaletinin Yönetimi için Ulusal İlkeler Projesini* temsil eder.

²¹ Resmi gazete, 2001, 28.

Nihayetinde, puanlar toplanır ve cezaya çevrilir. Her puan 22 € para, bir gün hapis veya ceza mahiyetinde görev (örn. kamuya yararlı işte çalışma) verilmesine yol açabilir.²² 30 puanın altında, Cumhuriyet savcısı, para cezası işlemi uygulayarak duruşmadan kaçınabilir. 30 ile 60 puan arasında, C. savcısı, sadece kamu yararına çalışma kararı verebilir. 60 puanın üzeri, puan 120'den az ise kamu yararına, 120'den fazla ise hapis cezasına hükmolunması için iddianame düzenlenmesine götürecektir. Savcı, bu prensiplerden sapma gösterebilir. Ancak, böyle yapmasının sebebini açıkça belirtmesi gerekir. Bu sistemin avantajı, 19 savcılık merkezinin her birinde yeniden gözden geçirme mümkün olup, bir savcının ulusal soruşturma prensiplerinden ciddi ayrılma göstermesi halinde, başsavcı ile bir görüşme yapılır. Tüm bunların ışığında, savcılık makamının, cezalandırmaya ilişkin bu prensiplerden kaynaklanan istikrarlı uygulama talepleri, mahkemelerce verilen cezaların da istikrarlı olmalarını sağlamıştır.

IV. HAKİMLERİN KATILMADIĞI SAVCILIK KARARLARI

Hollandalı savcılar, dolayısıyla, mahkemelere giden davalarla ilgili önemli bir yetki kullanırlar ve mahkemenin karar vermesinde büyük etki yaparlar. Ancak, bu bölümün başında söz edildiği üzere, en sıradışı savcılık yetkileri herhangi bir yargısal denetim olmaksızın adli vakıaları sonlandırmak için kullanılanlardır. Polis tarafından savcıya havale edilen adli vakıaların yarısı hakkında dava açılmaz ve fakat, bunun yerine, savcılık makamının kendisi tarafından sonlandırılır. Genellikle, bu tür takipsizlik kararları, teknik nedenleri, soruşturma politikasına ilişkin nedenleri, şüphelinin bir şartı yerine getirmesini bekleyen erteleme kararlarını, “işleme tabi tutma” (*transaktie*) olarak adlandırılan yöntem ile mahkeme dışında çözüme ulaştırılmasını içerir. Belki, en ilginç gelişme, bununla birlikte, yeni savcılık ceza kararnamesidir.

A. Takipsizlik Prensipleri

Daha önce söz edildiği üzere, soruşturma yetkisi savcılık makamının tekelindedir.

²² Bununla birlikte, bir ceza için tüm puanlar hesaba katılmaz. 180'e kadar, her puan ceza için tamamen dikkate alınır; 181 ile 540 arasında, her puan yarım değer ve 541 puanın yukarısında, her puan çeyrek değer sayılır.

Hiç bir savcılık yetkisi, hatta savcılık makamının soruşturmayı reddetmesi hali de dahil, özel şahıslara veya birimlere verilmemiştir. Savcılık makamının adli vakıyı ceza adaleti sisteminin dışına yönlendirmesinin kapsamı, esas itibariyle, savcılık yetkisinin yasal temeline bağlıdır. Avrupada, iki temel prensip savcılık politikalarının temelini oluşturur: Yasallık prensibi ve yerindelik prensibi (ayrıca fırsat prensibi de denir).

Yasallık prensibinin esası, yasal engellerin bulunduğu haller haricinde ve şüphelinin suçunu ispatlayacak yeterli delilin bulunduğu her durumda soruşturmanın yapılmasıdır. Yerindelik prensibi, diğer yandan, zorunlu soruşturmayı gerekli görmez. Bunun yerine, failin kimliğine ve suça ilişkin delillerin olduğu ve soruşturmaya yasal engel bulunmadığı hallerde dahi soruşturmanın gerekip gerekmediğine ilişkin savcılık makamına takdir yetkisi tanır.

1926 yılından beri Hollanda Ceza Usul Yasası, yerindelik prensibini açıkça kabul etmiştir. “ Cumhuriyet savcısı, araştırmaların sonucuna göre soruşturmanın gerekli olduğu hallerde soruşturma yapılmasına karar verir. Soruşturma kamu yararı temeline dayalı olarak düşürülebilir.”²³ Yerindelik prensibine hem pozitif hem de negatif perspektiften yaklaşılabılır.²⁴—ilki soruşturmayı kural, düşme kararını istisna, ikincisi düşme kararını kural ve soruşturmayı istisna olarak kabul eder. Yerindelik prensibi negatif şekliyle uygulandığı zaman, hukukun her ihlali soruşturmanın başlatılması için yeterli sebeptir. Savcının, soruşturmama yönündeki kararının haklılığını ortaya koyması gerekir. Diğer bir deyişle, savcı, soruşturmama kararı için sebep bulmak bakımından adli vakıyı analiz etmesi gerekir. Bunun tersine, prensip pozitif şekliyle uygulandığında, hukukun bir ihlali soruşturma için yeterli sebep değildir. Bunun yerine, savcı, adli vakıyı soruşturma açmayı haklı kılacak sebep bulmak için analiz eder.²⁵ Yasada ifade edildiği üzere, yerindelik prensibi, savcılık makamına, eğer “kamu yararına” ise

²³ Hollanda Ceza Usul Kanunu, § 167(2).

²⁴ Peter J.P. Tak, *Avrupada Takipsizliğin Yasal Boyutu* (Helinski: Suçların kontrolü ve Önlenmesi için Enstitü, 1986), 26-43; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafrechtsrecht (Hollanda Ceza Usulü)* (Kluwer, 2008), 527.

²⁵ A.C.'t Hart, *Openbaar Ministerie en Rechtshandhaving (Savcılık Makamı ve Adalet Yönetimi)*, (Arnhem: Gouda Quint, 1994), 118-124.

daha ileri soruşturmada vazgeçme yetkisi vermiştir. Uygun düşen durumlarda, Cumhuriyet savcısı ayrıca soruşturmayı şarta bağlı olarak erteleyebilir.

1960'ların öncesinde, soruşturmayı ileri aşamaya götürmekten vazgeçme yetkisi oldukça sınırlı bir düzeyde kullanılmıştır. Ancak, bunun sonrasında, soruşturma politikasında dikkate değer bir değişiklik olmuştur. Hukukun uygulamasındaki etkileri konusundaki araştırma, kanun uygulayıcılarına tahsis edilen kaynakların sınırlılığı ile birleşince, araştırılan her suçun soruşturmaya konu edilmesinin imkansız, arzu edilmez olduğu ve bazı durumlarda ters etki yarattığı ortaya çıkmıştır. Kademeli olarak, soruşturma politikasına ilişkin nedenlerle soruşturmama konusundaki takdir yetkisi daha geniş olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu takdir yetkisinin savcılar arasında uyum halinde kullanılması için Yüksek Savcılar Kurulu, münferit olaylara ilişkin özel şartların gerekli kıldığı haller hariç savcılarının uyması gereken ulusal soruşturma ilkeleri yayınlamaya başlamıştır.

B. Takipsizlik Sebepleri

Yerindelik prensibi ve teknik sebeplerle takipsizlik kararının dayanakları Ceza Usul Yasası'nda değil, ancak, bunun yerine, Yüksek Savcılar Kurulu tarafından çıkarılan talimatla düzenlenmiştir. Bu talimat, bir savcının takipsizlik kararı için gösterebileceği neredeyse yüz sebep içermektedir.²⁶ Polis tarafından savcıya havale edilen on dosyadan birinde takipsizlik kararı verilir. Bu soruşturma dosyalarının yarısında, soruşturma dosyasının mahkemeye iletilmemesinin teknik sebepleri vardır. Kalanında takipsizlik kararı yerindelik prensibinin uygulanması nedeniyle verilir. Takipsizlik kararının dayanakları arasında aşağıdakiler yer alır.

- Şüpheli polis tarafından hataen bu sıfatla kaydedilmesi,
- Soruşturma için yeterli delil olmaması;
- Dava zamanaşımının dolması, şüphelinin ölümü, şikayete bağlı suçlarda şikayet bulunmayışı, davanın makul sürede açılmayışı, şüphelinin ceza ehlyetenin bulunmaması (örn. 12 yaş altında olması) nedenleriyle soruşturma yapılamaması,

²⁶ *Aanwijzing Gebruik Sepotgronden* (Soruşturmamanın Sebeplerinin Uygulanması için Talimatlar) 1 Eylül 2009, Staatscourant 2009, 12653.

- Davayı görmeye mahkemelerin yetkisinin bulunmaması;
- Eylemin suç oluşturmaması;
- Failin hukuksal haklılık veya mazeret savunmasına dayalı olarak cezai sorumluluğunun bulunmaması; ve
- Delillerin yasadışı olarak elde edilmiş oluşu.

Yerindelik prensibinin uygulanmasının temel sebepleri, adli ceza dışındaki tedbirlerin tercih edilebilir oluşu (örn. idari ve özel hukuk tedbirleri) ve soruşturmanın orantısız, gayriadil veya etkisiz oluşudur. İkinci olarak sözü edilen gerekçe aşağıdaki hallerde uygulanır:

- Suçun düşük öneme sahip oluşu;
- Şüphelinin suça katkısının düşük oluşu;
- Suçun az cezayı gerektirmesi,
- Suç tarihinin eski oluşu;
- Şüphelinin çok genç veya çok yaşlı oluşu;
- Şüphelinin yakınlarda başka bir suçtan dolayı mahkum edilmiş olması;
- Suçun şüphelinin kendisini olumsuz etkilemiş bulunması (örn., kendisinin de suçtan zarar görmesi);
- Şüphelinin sağlık durumu;
- Şüphelinin rehabilite edilmesi beklentisinin yüksek oluşu;
- Şüphelinin hayat şartlarındaki değişiklik;
- Şüphelinin bulunamayışı;
- Şirketin cezai sorumluluğunun bulunması;
- Hukuksuz davranışı control eden kişinin soruşturulmuş bulunması;
- Şüphelinin tazminat ödemiş bulunması,
- Mağdurun suça katkıda bulunmuş olması ve
- Şüpheli ve mağdur arasında yakın bir ilişki bulunması ve soruşturmanın mağdurun yararlarına aykırı bulunması.

Cumhuriyet savcılarını, soruşturma politikasına veya teknik sebeplere dayalı takipsizlik kararlarının gerekçelerini açıklamakla yükümlü değıldirler. Bununla birlikte, kararlarını yukarıdaki sebep veya gerekçelerden birine dayandırmakla yükümlüdürler. Bu kategorizasyon, takipsizlik kararlarının sebeplerinde birliğin garantisi değil ise de, 19 ayrı yargı bölgesinin her birinde takip edilen savcılık ilkeleri yönünden bilgi ve aralarındaki soruşturma ilkelerindeki farklılık hakkında bir fikir edinilmesini sağlar. İstenilen kategorizasyon, bu nedenle, soruşturma politikalarında uyum yönünden bir önlem niteliğindedir.

1980'lerin başında, soruşturma politikası mütalaası temelinde verilen şartsız takipsizlik kararları nispeten yüksek idi. Gerçekten, yaklaşık olarak, bakılan tüm suçların dörtte biri soruşturma politikasına ilişkin sebepler nedeniyle soruşturulmamıştır. Bunun mantığı, soruşturmanın otomatik olmayıp bunun yerine maddi sosyal bir amaca hizmet etmesi gereğidir. Ancak, soruşturma politikasına dayanan yüksek derecedeki bu takipsizlik kararları eleştiriler ile karşılaşmıştır. Savcılık makamına, şartlı takipsizlik, kınama ve işleme tabi tutma yöntemlerini daha sık kullanarak şartsız takipsizlik kararlarının sayısını düşürme talimatı verilmiştir. Bugün, şartsız takipsizlik kararlarının oranı yüzde beş civarına düşmüştür. Bununla birlikte, şartsız takipsizlik kararlarının oranındaki düşüş, ceza mahkemelerince yargılaması yapılan davaların sayısında yüksek düzeyde bir artışa neden olmamıştır. Zira, savcılar, ya soruşturmanın ertelenmesi veya işleme tabi tutma yoluyla mahkeme dışı çözüme ulaşma yöntemlerini daha çok kullanmaya başlamışlardır.

C. Soruşturmanın Ertelenmesi

Soruşturmanın ertelenmesinin çok zayıf bir yasal gerekçeye dayanmasına rağmen, genel olarak, savcılık makamının soruşturmayı ertelemesinin ve soruşturmadan kaçınmak için şartlar formüle etmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Şüpheli için, potansiyel olumsuz şöhrete ve kamuya açık yargılamaya yol açmaması nedeniyle, sıklıkla soruşturmaya tercih edilmektedir. Yargı yönetimi sistemi için, ertelenmiş bir ceza, daha ciddi suçların yargılamasına tahsis edilebilecek zaman, para ve enerji tasarrufunu sağlarken halen cezalandırıcı

bir reaksiyon da doğuracağı nedeniyle duruşmaya da tercih edilebilir. Pratikte, savcılar, soruşturmanın ertelenmesine benzer şartlar yüklemesine rağmen, işleme tabi tutmanın aksine, soruşturmanın ertelenmesinin şartlarına ilişkin açık kurallar yoktur.²⁷ Bu şartlar, failin bir uyuşturucu madde programına devam etmesi, psikolojik veya psikiyatrik tedaviye tabi tutulması, bazı yerlere gitmemesi veya bazı kişilerle ilişkide bulunmaması gibi davranışsal nitelikte şartlar olma eğilimindedir.

2008'de, ertelenen soruşturmaların oranı yüzde 5.8 idi.²⁸ Failin konulan şartlara uyması halinde savcının dava açma hakkı düşer. Şartlara uymak suçu kabul etmek olarak değerlendirilmez. Şüpheli suçlu varsayılır, ancak suçlu bulunmaz ve ertelenmiş soruşturma şüphelinin sabıkalı olmasına yol açmaz. Ertelenmiş soruşturma, pek çok yönden, esas olarak savcılık makamının suça doğru tepkinin, para cezasından ibaret ödemededen çok davranışsal şartların belirlenmesi olduğu görüşünde olduğu soruşturmalarda kullanılmasına rağmen, işleme tabi tutmaya çok benzerdir. Bununla birlikte, savcının bu tür şartların yerine getirilmesine şüpheliyi zorlama yetkisine sahip olmadığı için şartlara uyma gönüllüdür. Ancak, şartlara uymama, kural olarak soruşturmanın devamı ve mahkeme yargılaması ile sonuçlanacaktır.

D. İşleme Tabi Tutma

İşleme tabi tutma, dava açmaktan kaçınmanın bir yöntemi olarak değerlendirilebilir. Bu yöntemle, daha ileri soruşturmadan ve kamuya açık yargılamadan kaçınmak için, fail hazineye bir miktar para öder veya savcılık makamı tarafından belirlenen bir veya birden fazla ekonomik şartları yerine getirir. İşleme tabi tutma yöntemiyle ceza davalarının sonuçlandırılması imkanı uzun zamandır vardır. Davaların ekonomik yolla sonuçlandırılmasının ilk yöntemi, sadece adli para cezasını gerektiren suçlar için 1838 yılında yaratılmıştır. Maksimum adli para cezasını ödemeye gönüllü olan fail, ceza davasını bu suretle çözüme ulaştırabilirdi. İkinci yöntem, 1921'de kabul edildi. Buna göre, Cumhuriyet savcısı, duruşma öncesinde, ceza yargılamasının

²⁷ Hollanda Ceza Kanunu, § 14c.

²⁸ Kalidien, *Criminaliteit en Rechtshandhaving*, tbl.6.6, 449

yerine bir veya birden çok şart önerebilirdi. Bu, sonrasında soruşturma hakkının düşeceği şartların yerine getirileceği zamana kadar, soruşturmanın ertelenmesi sürecine yol açardı.

1983'e kadar, soruşturmayı ekonomik yöntemle sonuca bağlama imkanı, prensip olarak sadece para cezası ile cezalandırılabilir önemsiz suçlara hasredilmişti. Ekonomik Cezalar Komitesi'nin önerilerini takiben, 1983 tarihli Ekonomik Cezalar Kanunu, işleme tabi tutmanın kapsamını, altı yıldan az hapis cezası gerektiren suçları da içerecek şekilde genişletti.²⁹ Bununla birlikte, gerçekte, bu sınırlamanın, işleme tabi tutmanın kullanımı üzerinde sınırlı bir etkisi oldu. Zira, işlenen suçların ezici çoğunluğu altı yıldan daha az hapis cezasını gerektirir. İşleme tabi tutma kapsamında aşağıdaki şartlar belirlenebilir::

- Miktarı 3 €'dan az ve para cezasının kanundaki üst sınırından fazla olmayan bir miktar paranın devlete ödenmesi,
- El konulan ve zoralıma tabi bulunan objelerin sahiplik iddiasından vazgeçme
- Zoralıma tabi objelerin teslimi veya belirlenen değerlerinin devlete ödenmesi,
- Şüphelinin, suç işlemek suretiyle veya suçtan kazanılan tahmini kazançtan kısmen veya tamamen mahrum edilmesi için bir miktar paranın devlete ödenmesi veya el konulan objelerin mülkiyetinin nakli,
- Suçun sebebiyet verdiği zararın tamamen veya kısmen tazmini ve
- Ücretsiz çalışma veya 120 saatlik bir eğitime katılma.

Yıllar içinde, Yüksek Savcılar Kurulu, keyfilik ve istikrar yokluğu riskini minimize etme teşebbüsü mahiyetinde, işleme tabi tutmanın en çok kullanıldığı ortak suçlar için ilkeler yayınlamıştır. Bu ilkeler, sadece savcılık takdirine tabi olmaktan ziyade, Polaris talimatlarını dikkate alır. İşleme tabi tutma suretiyle adli vakıa çözmeye ilişkin kararların çoğu yetkilendirilmiş savcılık memurlarınca verilir.³⁰ 2007 yılında, 68.000 soruşturma işleme tabi tutma suretiyle çözülmüştür. Bunların 15,400'ü ücretsiz çalışmayı, 39.700 adedi hazineye bir miktar para

²⁹ Hollanda Ceza Kanunu, § 74c.

³⁰ Yargısal Organizasyon Kanunu, § 126.

ödemeyi, 13.300'ü diğer bazı şartları yerine getirmeyi içermektedir. Savcılık makamı tarafından ele alınan suçların üçte birinden çoğu işleme tabi tutma suretiyle mahkeme dışında çözülür. Bu, ulusal ceza politikası planı tarafından belirlenen hedeflerle uyumludur.³¹

İşleme tabi tutma prosedürüne, bununla birlikte, davaların mahkemenin müdahalesi olmaksızın çözülmesi konusunda savcılık makamına neredeyse sınırsız bir yetki veriyor oluşu nedeniyle ciddi eleştiriler yöneltmiştir. Muhalifler, artan işleme tabi tutma imkanlarının pazarlık sistemini yürürlüğe soktuğunu, güçler ayrılığı teorisini ihlal ettiğini, şüphelinin yasal korunmasını zayıflattığını, bazı sosyal grupların lehine olduğunu ve genel olarak yargı yönünden rezerve edilmiş olarak kalması gereken yetkileri savcılık makamına verdiğini savunmuşlardır. İşleme tabi tutma prosedürünü gönüllü olarak kabul eden fail, ilgili tüm hukuki garantilere sahip bağımsız bir mahkeme tarafından cezalandırılma hakkında kaçınılmaz olarak vazgeçmektedir. Tüm suçların yüzde doksanının işleme tabi tutma kapsamına alınmasıyla, aleni ceza yargılaması ve bunun sanık yönünden güvencelerinin kural değil bir istisna haline geleceğinden korkulmuştur.

Bu eleştirilere rağmen, pek çoğu, işleme tabi tutma prosedürünün genişletilmesini büyük bir başarı olarak değerlendirmekte ve gerçekten de bu prosedür, ikisi de zaman, enerji ve masraflardan tasarruf eden savcılar ve şüphelilerce popüler bulunmuş görünmektedir. Suçlanan ayrıca lekelenmeden korunmaktadır. Bir işleme tabi tutma prosedürü aleni yargılamadan kaçınır, sabıka kaydına işlenmez ve şartlara uyma suçlananın suçu işlediğini kabul ettiğini ima etmez. Ayrıca, suçlanan, artık, genellikle bir savcının yargılamada benzer bir suç için talep edeceği para cezasından yüzde yirmi daha eksik olan alacağı ceza konusunda şüphede değildir. Bundan başka, şirketler, olumsuz şöhretten kaçınmak bakımından çevre suçları yönünden yüksek paraları ödemeyi sıklıkla kabul ederler. Ertelenmiş soruşturmalar gibi, bununla birlikte, bir işleme tabi tutma prosedürüne bağlı şartlara uymama, otomatik olarak,

³¹ *Strafrecht Met Beleid Beleidsplan Openbaar Ministerie 1990-1995 (Ceza Hukuku Politikası:Savcılık Teşkilatı İçin Bir Politika Planı 1990-1995)* (Sdu, 's-Gravenhage, 1990), 46.

savcılık makamı ve mahkeme için pek çok iş ortaya çıkaran duruşmaya celp ve duruşma işlemlerine yol açar.

E. Savcılık Ceza Kararnameleri

Pek çok farklı sebeple— gereği yerine getirilmemiş işleme tabi tutma prosedürü ve ertelenmiş soruşturmada kaynaklanan zaman ve kaynak sarfi dahil— savcılık makamına, Yasaca, ceza kararnamesi (*strafbeschikking*) olarak adlandırılan yöntemle mahkemenin müdahalesi olmadan ceza verme yetkisi tanınmıştır.³² Bu reformun temel amacı, ceza adaleti sisteminin kapasitesini, savcılığın soruşturmaları mahkeme dışında çözmek yetkisini artırmak suretiyle genişletmek idi. Ceza kararnamesi 2008 Şubat ayından beri yürürlükte olmasına rağmen, savcılık makamı, bu prosedürü nihayetinde işleme tabi tutma ile yer değiştirmek üzere kademeli olarak uyguladılar. İşleme tabi tutma ve ceza kararnameleri 2012'ye kadar birlikte varlığını koruyacaklar*. İşleme tabi tutma gibi, ceza kararnamesi altı yıl veya daha az hapis cezası gerektiren ihlaller ve suçlar için uygulanabilir. Bu prosedürü kullanarak savcılık makamı aşağıdaki cezaları verebilir:

- 180 saat ücretsiz çalışma cezası veya bir eğitim kursuna zorunlu katılım;
- Para cezası;
- El konulan objelerin dağıtımından geri durma,
- Hazineye, mağdura yararlı olması için bir miktar para ödeme emir ve
- Altı aya kadar kadar ehliyetin geri alınması,

Kararname, ayrıca, suçlananın dini ve kişisel özgürlüklerini kısıtlamadığı sürece uyması gereken talimatları da içerebilir. Bu talimatlar aşağıdakileri içerebilir:

- Zoralm kabiliyeti bulunan objelerin teslimi,
- Cezadan edilen kara eşit miktardaki paranın hazineye ödenmesi;

³² 7 Temmuz 2006 tarihli Kanun, Stb 2006, no. 330. Parlamento Hazırlık Belgeleri takip eden linkten bulunabilir. www.overheid.nl; Tweede Kamer, 2004-2005, no. 29849.

* Çevirenin notu 2012 yılından sonra işleme tabi tutma yürürlükten kalkmış olup yerine alan ceza kararnamesi yürürlükte bulunmaktadır.

- Suç mağdurlarını destekleyen kamu fonlarına bir miktar paranın ödenmesi (ancak bu miktar suç için öngörülen en yüksek adli para cezasından fazla olamaz); ve
- Bir yıllık denetim süresi boyunca özel olarak belirlenen talimatlara uyma..³³

Ceza kararname, yazılı veya savcılık bürosunda yapılacak sözlü bir itiraz olmadığında kesinleşir. İtiraz durumunda, savcılık makamı, davayı mahkemeye getirecek ve olağan duruşma yapılacaktır.³⁴ Mahkeme ceza kararnamesinde Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen ceza ile bağlı değildir. Gerçekten de, mahkeme, sanığı beraat ettirebilir, davayı reddedebilir veya az veya daha çok ciddi ceza verebilir. Sanık veya savcılık makamının başvurusu üzerine mahkeme kararının istinaf mahkemesinde ve Yargıtay'da temyizi mümkündür. Hükmolunan para cezası ödenmez ise, mahkemece yapılacak bir yargılama ile hapis cezasına dönüştürülür.

64

Savcılık ceza kararnamesinin kullanılmasının çerçevesi “Strafvordering 2001” olarak adlandırılan bir proje grubu tarafından sağlanmıştır. (Ceza Usulü 2001).³⁵ Proje grubunun görevi, 1926 yılında Kabul edilen Ceza Usulu Kanunu ile yer değiştirecek olan yeni ceza usulü için tutarlı bir başlangıç noktasına ilişkin sistemi açıklığa kavuşturmak. Grup, dengeli bir ceza adaleti yönetimi için üç birbirinden ayrı usulün gerektiği görüşüne vardı.

- Ciddi suçlar için, uzun hapis cezalarına hükümlenmesiyle sonuçlanabilecek ve üç hakimli mahkemece yapılacak duruşmayı içeren eksiksiz ceza prosedürü
- Daha az ciddi suçları ele alması gereken tek hakimli mahkeme ve

³³ Bununla birlikte, savcılık ceza kararnamesi, bir ertelenmiş ceza mahkumiyeti gibi uygulanamaz. Örneğin, savcı, bir savcılık ceza kararını şüphelinin sürücü belgesini geri almayı erteleme şeklinde kullanamaz. Bu çok mantıklı görünmemektedir: Eğer Cumhuriyet Savcısı sürücünün belgesini altı ay için geri alma kararına hükmedebiliyorsa, ertelenmiş sürücü belgesini geri alma kararını verememesi tuhaf görünür. M.S.Groenhuijsen and J.B.H.M.Simmelink, “Het Wetsvoorstel OM-afdoening op het Grensvlak Van Juridische Techniek en Strafprocessuele Uitgangspunten,” ileten: A.H.E. C. Jordaans, P.A., M. Mevis, J. Woretshofer (Red) Practisch Strafrecht (Reijntjes -bundel) Nijmegen 2005 sayfa 183.

³⁴ Hollanda Ceza Usul Kanunu., § 257(e).

³⁵ Proje grubu dört kapsamlı rapor yayınlamıştır: Suçların araştırılması için zorlayıcı araçlar, yasal telafi ve savcılık makamının yargısal yetkileri hakkındaki üçüncü raporunda, savcılık ceza kararnamesi fikri detaylı olarak açıklanmıştır. M.S.Groenhuijsen ve G. Knigge, *Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen*, Deventer: Kluwer, 2002).

- Hali hazırdaki soruşturma ve işleme tabi tutma prosedürlerine kıyasla şüpheli için daha fazla hukuki korumayı garantiye alan, kanaat verici delillerin bulunduğu basit soruşturmalar için bir savcılık ceza kararnamesi prosedürü.

Ceza kararnamesi prosedürü için hukuki koruma şunlardan oluşacaktır: Şüphelinin, savcı tarafından bizzat veya telefon ile dinlenilmesi ve savcının, görev cezası, sürücü belgesinin geri alınması, davranışsal bir talimat ve 2000 €'yu geçen para cezası veya tazminat kararı vereceği hallerde şüphelinin rızası.

- Gerekçede, şüphelinin dinlenilmesi yönündeki hakkı için üç sebep verilmiştir.
- Şüphelinin suçunun dikkatlice belirlenmesi için bu gerekli görülmüştür.
- Şüpheliye ceza kararnamesinin sonuçlarının açıklanması için fırsat verilir ve
- Ceza kararnamesinin kabul edilmesi bakımından yararlı olacaktır³⁶

Hukuki koruma, ayrıca, belirlenen para cezası veya tazminat kararı 2000 €'dan fazla olduğu zaman bir savunma avukatı tayin edilmesi hakkını da kapsar.³⁷ Cumhuriyet savcısı böyle bir para cezası veya tazminat kararı verme niyetinde olduğu zaman, şüpheliye ifade alınma işlemi için bir avukat tayin edilir. Bu düzeydeki hukuki koruma dikkate alındığında, proje grubu, savcılık ceza kararnamesi yoluyla hükmolunan cezaların şüphelilerce kabulünden kaynaklanan esaslı bir problem beklememiştir.³⁸

- Ceza kararnamesi yasa tasarısını hazırlama sürecinde, Yargı Konseyi'nin yorumu istenmiştir. Cevap olarak Konsey, üç gerekliliğin yerine getirilmesine vurgu yapmıştır:
- Ceza kararnamesine itiraz eden her şüpheli davasının bir mahkeme tarafından görülmesini sağlama hakkında sahip olmalıdır.
- Ceza kararnameleri standart ceza soruşturmalarına münhasır olmalıdır; ve

³⁶ Tweede Kamer, *Memorie van Toelichting*, 2004-2005, 29849 nr 3, sayfa 31.

³⁷ Savcı tarafından özgürlüğü kısıtlamaya hükmolunamaz. Hollanda Anayasası'nın 113. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5(1) madde ve fıkrası hükmüne göre hapis cezaları suçlu bulmanın açıklanmasından sonra ancak mahkemeler tarafından verilebilir. Groenhuijsen ve Knigge, *Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen*, 26.

³⁸ Yürürlüğe girmesinin ilk yılında In the first year of its existence, the şüpheliler tüm savcılık ceza kararnamelerinin ancak % 1.9'una itirazda bulundular (2,663). Adalet Bakanlığı, *Basın Açıklaması*, Şubat 2009.

- Hapis cezaları ancak mahkemeler tarafından verilebilmelidir.³⁹

Ceza kararnamesi yasası bu gereklilikleri karşılamıştır. Eğer bir şüpheli ceza kararnamesine yasal süresi içinde itiraz ederse— karar şüphelinin yüzüne karşı verilirse iki hafta ve posta ile tebliğ edilirse altı hafta—savcı davayı düşürebilir veya şüpheliyi mahkemeye çağırabilir. Bu durumda mahkeme kendi yetkisi dahilindeki tüm olağan seçenekler ile birlikte davayı ele alır.

Buna rağmen, Hollanda Barosu savcılık makamının esaslı görevlerinin, neden şüphelinin suçu ve ona verilecek cezayı da içerecek şekilde genişletilmesi gerektiğini sorgulamıştır. Bu görevler, suç teşkil eden eylemlerin yargılaması görevinin yargıya verildiğini ifade eden Hollanda Anayasası'nın 113. maddesi ile mahkemelere verilmiştir. Yasama'nın görüşüne göre, bununla birlikte, madde 113 *strafbeschikking* ile çatışmaz. Zira, ceza kararnamesi bir adli değil idari cezadır. Bu Hollanda Yasaması'nda oturmuş bir yaklaşımdır. Bundan başka, mahkemelerin davalar listesini azaltma arzusu savcılık ceza kararnamesi hukuki kavramı aleyhine tüm teorik eleştirilere galip gelmiştir. Hollanda'da alışılmış olduğu üzere, gerçekçilik nihayetinde galip gelmiştir.

SONUÇ

Geleneksel güçler ayrılığı teorisine göre, yargı tüm yargısal yetkileri muhafaza edip davaların yargılaması yetkisine sahip iken, savcılık makamı yürütme gücüne ait olup kendisine soruşturma yetkisi verilmiştir. Savcılık ceza kararnamesinin kabulü, savcılık makamının yetkilerini esaslı şekilde genişletmek suretiyle, devlet yetkisinin paylaşılmasındaki bir değişikliği temsil etmektedir. Öncesinde, savcılar, araştırma, soruşturma ve cezaların uygulanması veya infazı yetkisine sahipti. Şimdi, artık yargının kendine özgü alanı olmayıp bunun yerine yürütme ile paylaşılan ceza davalarında ceza verme yetkisine sahiptirler. Bundan başka, ceza kararnamesinin kabulü, sadece savcının pozisyonunu değil, şüphelinin pozisyonunu da değiştirmiştir. Örneğin, başlangıçta ceza kararnamesine rıza gösteren bir şüphelinin sonradan buna karşı çıkıp çıkamayacağı (örneğin iki hafta

³⁹ Bkz. www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Themadossiers/Wet+OM-afdoening.htm

içinde) ve davasının mahkeme tarafından görülmesini sağlayıp sağlayamayacağı net değildir.

Genel olarak, son bir kaç on yıl, artarak yargılamaya ve karar vermeye yönelik yetkilerle donatılan savcılık makamının rolünde esaslı değişikliklere tanıklık etmiştir. Bu yönden, Cumhuriyet savcılarının kararları hakimlerinkine benzer. Bu durum, savcının pozisyonunun, hakimin hukuki pozisyonu gibi, bağımsızlığa doğru yer değiştirmesi beklentisini doğurmaktadır. Ancak, bu değişiklik meydana gelmemiştir. En dikkat çeken husus, savcılık makamı tarafından verilen kararlar için Adalet Bakanı'nın siyasi sorumluluğunun bulunması nedeniyle, Bakana savcılara talimatlar verme yetkisi verilmiştir. Bu savcıların takdir yetkisini kısıtlar ve siyasetten bağımsızlığını zayıflatır. Bakan'ın talimatlar yayınlama yetkisi, tutarlı ve istikrarlı bir ceza politikasını başarmak bakımından önemli kabul edilmekle, bunun sonucu ortaya çıkacak savcıların yargılamaya yönelik yetkileri ve savcılar üzerindeki etkisi ileride belirlenebilecektir.

ULUSLARARASI HUKUKUN ANAYASAL YORUMDA KULLANIMI

Gerald L. NEUMAN*

*Çevirenler: Feyzan ÖZBAY**, Yasin BÜYÜK****

Uluslararası hukuk, Birleşik Devletler’de anayasanın yorumlanmasıyla ilgili değil midir? Bu nasıl olabilir? Anayasal yargıda uluslararası hukukun açık bir şekilde göz ardı edilmesine ilişkin argümanların altında abartılmış korkular yatmaktadır: yabancı hukukun hâkimiyetinin korkusu, yargı aktivizminin korkusu, bilinmeyen korkusu. İlgisizlik iddiası, uluslararası hukuku yargısal değerlendirmeden ayırmak ile yabancı kurumların anayasanın anlamını kontrol etmesine izin vermek arasındaki yanlış bir ayrıma dayanmaktadır. Daha makul bir bakış açısı, uluslararası hukukun anayasal yorumu geçmişte nasıl etkilediğini ve gelecekte nasıl kullanılması gerektiğini sorgulayabilir.

I. ANAYASAL YORUMUN KAYNAĞI OLARAK ULUSLARARASI HUKUK

Örnekler, uluslararası hukukun, anayasal yorumdan ayrı tutulmadığını ve tutulamayacağını açıkça göstermektedir. İlk olarak, ABD Anayasası’nın birçok maddesi uluslararası hukukun kurumlarına açık atıf yapmaktadır. Örneğin Anayasa, Kongre’ye “savaş ilan etme”, “silah kullanma ve misilleme” ve “devletler hukukuna karşı suçları belirleme” yetkilerini vermekte; Başkan’a “elçileri kabul etme” ve “anlaşma yapma” yetkilerini vermekte; yargının yetkisini de “elçilerin ve konsolosların” dahil olduğu davalara ve “yabancı devletlerin veya onlara tabi olan vatandaşların” dahil olduğu belli davalara kadar genişletmektedir. Tüm bu atıflar, anayasal metnin anlamı için özel bir çıkış noktası sağlamayan fakat onun

* (Herbert Wechsler Federal İçtihat Profesörü, Columbia Üniversitesi, Hukuk Fakültesi) Bu makale, aslı, Gerald L. Neuman, *The Uses of International Law in Constitutional Interpretation*, (2004), Cilt 98, ss.82-90’da yayınlanan makalenin çevirisidir. American Society of International Law’ın resmi izniyle çevrilmiştir. American Society of International Law çeviriden sorumlu değildir ve çevirinin, aslı ile uyumluluğunu onaylamaz.

** Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, feyzan.ozbay@medeniyet.edu.tr

*** Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, yasin.buyuk@medeniyet.edu.tr

açıklanması için önemli bir kaynak teşkil eden bir uluslararası hukuk geçmişinin arka planda olduğunu göstermektedir.

Uluslararası hukuka yapılan lafzi atıflar, aslında ilgili oldukları uluslararası normların tüm kurumlarını içermez ve bunları anayasal olarak bağlayıcı hale getirmez. Dolayısıyla, Anayasa'daki anlaşmalar ile ilgili hüküm, ne on sekizinci yüzyıl anlaşmalar hukukunu, Birleşik Devletler'i daimi olarak bağlayacak şekilde dondurmıştır ne de gelişen uluslararası anlaşmalar hukukunu zaman zaman ortaya çıktığı şekilde anayasal bir statü vermiştir. Daha ziyade, sağlıklı bir anayasal yorum, diğer anayasal ilke ve yapılarla, anlaşma yetkisinin ve anlaşmaların kapsamının ve etkisinin ABD anayasal sistemi içindeki yerinin belirlemeye yönelik modern uluslararası uygulamalardan türeyen anlayışı birleştirmektedir. Yirminci yüzyıldaki anlaşma yetkisi, Birleşik Devletler'in, on sekizinci yüzyılda tahayyül edilemeyen uluslararası organizasyonlar kurmasına ve bunlara katılmasına, uluslararası ortaklıkların kurulmasını kolaylaştıran uluslararası organizasyonlarla anlaşmalar yapmasına olanak sağlamıştır.

70

On dokuzuncu yüzyılın sonları ve yirminci yüzyılın başlarında, Amerikan İç Savaşı'nda Kuzey'in milliyet iddiasının doğrulanmasının ardından, Yüksek Mahkeme, ulusal egemenliğin için yetkilerinin detaylandırılmasını savunan uluslararası hukuk doktrinlerine ve yazarlara pek çok kez başvurmuştur¹. Mahkeme, bu için yetkilerin bazılarını, *listelenen yetkilerinin* yorumu olarak açıklamış, ancak diğerlerinin yapısal olarak *bağımsız yetkiler* olduğunu ima etmiştir. Bağımsız yetkiler, keşif veya işgal yoluyla yeni bir bölge elde etme yetkisini², yabancıların girişini ve ikametini kontrol yetkisini³ ve yurt dışında

¹ Genel olarak bkz. Sarah H. Cleveland, Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs, 81 TEX. L. REV. 1 (2002) (Bu tarihi eleştirel olarak incelemekte) Hakim George Sutherland, federal hükümete verilen anayasa üstü dış ilişkiler yetkisi için tarihsel ve kurumsal bir meşruiyet sunan, United States v. Curtis-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1937) davasındaki görüşünde bu yorum tekniğini başka bir seviyeye yükseltti. Bu çok eleştirilen karar uluslararası hukuku anayasal yorumun diğer kaynaklarından ayırtırmak konusunda fazla ileri gitmiştir.

² Jones v. United States, 137 U.S. 202, 212 (1890). Keşifle yapılan kazanımlar, sözleşmeyle veya fetihle yapılan kazanımlardan farklılık gösterir ki bunlar, listelenen yetkilerle benzerdir.

³ Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581, 604-05 (1889). (ülkeden çıkarmaya yönelik için yetkisini kabul ederek) Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698, 707-11 (1893) (sınırdışı etmeye yönelik için yetkisini kabul ederek). Mahkeme dış ticaret gibi tek tek listelenen yetkilerine dayanabilirdi,

ikamet eden vatandaşların geri dönmesini isteme yetkisini⁴ içermektedir. Bu argümanlar, Vattel gibi eski yazarlara dayandığı ölçüde, önceki uluslararası hukuk doktrinlerinin kurucularına suç atılması olarak yorumlanmaktadır; günümüzdeki yazarlara ve devlet uygulamalarının sonraki örneklerine dayanması halinde, zorunlu egemenlik yetkileri iddiası, kendi dönemlerinin uluslararası rejimlerine yönelik olmaktadır.

Listelenen yetkilerin bağımlıları olarak anlaşılan içkin egemen yetkiler, anlaşmayla koloni olarak elde edilen denizaşırı bölgeleri yönetme yetkisini⁵, askere alma yetkisini⁶, federal düzeyde kamulaştırma yetkisini⁷ ve hatta federal düzeyde kâğıt parayı tedavüle sokma yetkisini⁸ kapsamaktadır. Bu davaların bazılarında, hiçbir uluslararası yükümlülük ya da ilişki ifade edilmemiştir ve uluslararası hukuk uzmanları, çağdaş devletlere özgü kamu hukukunun genel ilkelerinin derleyicileri ve egemenlik teorisyenleri olarak, uluslararası hukukun samimi rehberleri olmalarından daha çok hizmet etmişlerdir. Böyle bir kullanım, uluslararası hukuku bir yorumlayıcı alet olarak kullanma ile yabancı hukukun uygulanması arasındaki ayrımı bulanıklaştırır, ancak devlet uygulama modellerinin uluslararası hukuk bulgularını sağladığı düşünüldüğünde bu iki kategorinin ayrılması oldukça zordur.

Yabancı hukuk, *Palko v. Connecticut* davasında⁹ çok defa örneklendirildiği üzere, İnsan Hakları Bildirgesi ile ek on dördüncü madde arasındaki ilişki üzerine yapılan tartışmalarda meşhur bir rol oynamıştır. Mahkemenin *Hurtado v. California* davasında vermiş olduğu karardan, yargı sürecinin uyarlanabilirliğini övmesiyle ilgili bir alıntı yapmak burada yararlı olabilir:

ancak bilerek daha geniş bir zemin belirlemiştir.

⁴ Blackmer v. United States, 284 U.S. 421, 437-38 (1932)

⁵ Downes v. Bidwell, 182 U.S. 244,306,310-11 (1901) (White,J., aynı yönde) Yetki aynı zamanda keşifle kazanılan karaya da uygulanmaktadır. A.g.e. s.306, açıkça bağımsızdır.

⁶ Arver v. United States, 245 U.S. 366, 378 & n.1 (1918) Vattel'in ışığında orduları kullanma yetkisi kurmaktadır ve diğer kaynaklarda olduğu gibi yabancı uygulamanın geniş araştırmasını yapmaktadır.

⁷ Kohl v. United States, 91 U.S. 367, 371-72 (1876) Kent ve Cooley yanında Vattel ve Bynkershoek'ten alıntı yapmıştır.) Mahkeme, federal hükümetin diğer yetkileri içerisinde onun kullanımı yasaklayarak öne çıkan baskın yetkiyi uzlaştırmıştır. A.g.e. s. 372; United States v. Gettysburg Elec. Ry., 160 U.S. 668, 679 (1896).

⁸ Juilliard v. Greenman, 110 U.S. 421,447-48 (1884); (Geçmiş ve çağdaş Avrupa pratiği ışığında borç para alma yetkisinin kapsamının değerlendirilmesi) Knox v. Lee, 79 U.S. (12 Wall.) 457, 556, 560 (1872) (Bradley,J., aynı görüşte) (egemenlikte içkin yetkilerin bulunması)

⁹ 302 U.S. 319,325-26 & n.3 (1937) (yargı sürecine uygun olarak savcının itirazının kabul edilmesi).

“Bizler, ortak hukukun kurumlarından ve ilkelerinden sadece gurur duysak da, diğer hukuk sistemlerinin geçerli olduğu topraklarda medeni adaletin fikir ve işleyişlerinin bilinmez olmadığını unutmamalıyız. Magna Carta’da, gelmiş geçmiş tüm sistemlerin en iyi fikirlerini dışarıda bırakan, kamusal hak ve hukuka ilişkin geniş bir düzenleme olarak yorumlanabilecek hiçbir şey yoktur. Adaletin her türlü kaynağından esinlenerek fikir almak ortak hukukun karakteristik özelliği olduğundan dolayı bizler onun kaynağını tükenmiş gibi zannetmemeliyiz.”¹⁰

Hakim Antonin Scalia’nın iddia ettiği gibi, yargı sürecinin yorumlanmasında yabancı hukukun rolü sadece negatif olsa bile –köktencilüğün ortaya çıkışını inkar etmek için¹¹–, bu yine de anayasal yorumda dış etkinin uygun olduğunu doğrulardı.

Ayrıca Yüksek Mahkeme, ek onüçüncü madde¹², ek onsekizinci madde¹³ ve (Harold Koh’un belirttiği gibi) ek sekizinci madde¹⁴ de dahil olmak üzere anayasadaki diğer ek maddelerin yorumlanmasında uluslararası ve yabancı kaynaklara başvurmuştur. Mahkeme, *MacKenzie v. Hare* davasında¹⁵, ulusal egemenlikteki içkin yetkilerin vatandaşlığın kaybedilmesini düzenleme yetkisini de kapsadığını hükme bağlamış olmasına rağmen, yarım asır sonra *Trop v. Dulles* davasından¹⁶ itibaren verdiği kararlarda bu gücü sınırlandırmıştır. *Trop*’taki çoğunluk, insafsız ve olağandışı bir cezalandırma anlamına gelen ceza olarak vatandaşlıktan çıkarmanın ek sekizinci maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu çoğunluk, vatandaşlıktan çıkarmayı, modern uluslararası anlayışlar

¹⁰ *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516,531 (1884) (yargılama süreciyle uyumlu olarak ithamdan ziyade bilgiyle adam öldürme soruşturmasının başlamasının kabul edilmesi)

¹¹ *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361, 369 n.1 (1989).

¹² *Robertson v. Baldwin*, 165 U.S. 275,283-86 (1897) (gemi adamlarının iş sözleşmelerindeki belirli bir yaptırımı destekleyen diğer ülkelerin tarihsel ve çağdaş uygulamalarından alıntı yapılması)

¹³ *Cunard S.S. v. Mellon*, 262 U.S. 100, 122-24 (1923) (Ek 18. maddenin uluslararası hukuk ışığında coğrafi kapsamının yorumlanması)

¹⁴ Harold Hongju Koh, *International Law as Part of Our Law*, 98 AJIL 43 (2004); ayrıca bkz. Joan F. Hartman, “Unusual” Punishment: The Domestic Effects of International Norms Restricting the Application of the Death Penalty, 52 U. CIN. L. REV. 655 (1983).

¹⁵ 239 U.S. 299, 311 (1915) (yabancı bir eşle evlenen kadının vatandaşlıktan isteğe bağlı olarak çıkmasını kabul edilmesi)

¹⁶ 356 U.S. 86 (1958); ayrıca bkz. *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967); *Schneider v. Rusk*, 377 U.S. 163 (1964).

ışığında ele alarak, vatansızlık ile bağdaştırılan son derece önemli bir tehlikenin uyarısını yaparak, “demokrasilerin uluslararası topluluklarında hoşlanılmayan bir durum”¹⁷ olarak değerlendirmiştir. Hem uluslararası hem de yabancı ulusal kaynakları sorgulamıştır. İnsan onuru ilkesinin savaş sonrası uluslararası önemine karşılık olarak, “insan onurunu” ek sekizinci maddenin altında yatan terim olarak tanımlama açısından *Trop* fikri kayda değerdir¹⁸.

II. İNSAN HAKLARI VE ANAYASAL HAKLAR

Tıpkı hak temelli anayasacılığın yayılmasının yabancı anayasa hukuklarının karşılaştırmalı kullanılması imkânını artırdığı gibi, uluslararası insan hakları hukukunun savaş sonrası gelişimi de uluslararası hukuk ile anayasal yorumun etkileşim içinde olduğu alanı genişletmiştir. Bu demek değildir ki uluslararası insan hakları sözleşmeleri, ortak anayasal yorum yoluyla uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Aksine, sözleşmeler yasal olarak uygulanmayı gerektirir, fakat hangi yollarla uygulanacağını seçimini farklı ulusal hukuk sistemlerine bırakmıştır. Yürürlükte buldukları sürece sözleşmelerin kanun yoluyla uygulanması yeterlidir.

Her şeye rağmen, uluslararası insan hakları sisteminin ilerlemesi, diğer ülkelerde olduğu gibi Birleşik Devletler’de de anayasal yargılama şartlarını değiştirmiştir. Bireysel temel hakların korunması ve açıkça dile getirilmesi amacıyla iki pozitif hukuk sisteminin bir arada var olması, işbirliğiyle de çekişmeyle de sonuçlanabilir. Fakat kaçınılmaz olarak iki sistem de birbirini etkileyecektir.

Uluslararası insan hakları hukuku ile anayasal yorumun arasındaki ilişkiyi analiz ederken, yasal hakların üç farklı yönden birbirinden ayırt edilmesi yararlı olacaktır: karşılıklı rızaya dayanan, sürapozitif ve kurumsal özellikleri¹⁹. *Karşılıklı rızaya dayanan* yönü, hakkın temelini ilgili siyasi aktörlerin rızasına aksettirmektedir.

¹⁷ Trop, 356 U.S. at 102.

¹⁸ A.g.e 100; Bkz. Gerald L. Neuman, Human Dignity in United States Constitutional Law, in ZURAUTONOMIEDESINDI- VIDUUMS: LIBER AMICORUM SPIROS SIMITIS 249, 255-58 (Dieter Simon & Manfred Weiss eds., 2000).

¹⁹ Daha geniş tartışma için bkz. Gerald L. Neuman, Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance, 55 STAN. L. REV. 1863 (2003).

Süprapozitif yön, hak iddiasını, hakkın pozitif hukuktaki tecessümünden bağımsız olarak normatif tanımlanmasına yansıtılmaktadır. Hakkın *kurumsal* yönü ise, ilgili hukuk sistemi içinde uyumuna ve uygulanmasına olanak sağladığı şekilde yapısal hukuk kuralı olarak ifade edilmesini yansıtılmaktadır. Bu üç yön, ABD anayasa teorisi ile (her ne kadar burada kullanılan terminoloji aynı olmasa da) içli dışlıdır ve şu da iyi bilinir ki bunlar anayasal yorumu birbiriyle yarışır bir şekilde etkilemektedir. Aynı süreç uluslararası insan hakları sisteminde de işlemektedir.

Her ikisinin de ortak koruduğu bir hakka göre (ifade özgürlüğü veya adil yargılanma hakkı gibi) anayasal ve uluslararası sistemlerin yan yana koyulması, hakkın yorumlanmasında yarışan etkilerin olma ihtimalini katlamaktadır. Ulusal ve uluslararası topluluklar, bir hakkın farklı pozitif tecessümleri üzerinde anlaşmış olabilirler; veya bir hakkın bir sistemde kabul edilebilir bir şekilde yapılan yorumu, bir başka sistemde bu hakkın konsensüs yoluyla sınırlandırılmış çerçevesine aykırı düşebilir; veya bir sistemde kabul edilen faydacı kurumsal uzlaşmalar ve diğer benzer sistemlerde uygun olmayabilir.

Bazı durumlarda bu tarz farklılıklar, iki hukuk sistemindeki paralel güçlerin aynı normatif bir ilkeye pozitif bir kesin hüküm vermesinin beklendiği normal varyasyonları temsil eder. Diğer durumlarda bu farklılık, pozitif normlardan birisinin ciddi normatif eksikliğini ortaya koymaktadır. Normatif eleştiri iki yönde akıp gidebilir: ulusal anayasa hukukuyla mukayese, hakkın uluslararası alanda benimsenmiş versiyonunun yetersiz olduğunu göstermektedir; veya uluslararası insan hakları ile mukayese, hakkın anayasal versiyonunun normatif açıdan hatalı olduğunu göstermektedir. Uluslararası insan hakları hukukunun merkezi amacı, evrensel değerlere uymayan pozitif hukuk uygulamalarının doğruluğunu sorgulamaktır. Bu süprapozitif yönün ehemmiyeti, insan haklarını pozitif uluslararası hukukun diğer bir çok alanından ayırt etmektedir.

Diğer ülkeler uluslararası insan hakları standartları dürtüsüne cevaben kendi anayasal metodolojilerini çeşitli yollarla uyarladılar. Bazı ülkeler, Avusturya ve Arjantin de dâhil olmak üzere, taraf oldukları belirli insan hakları sözleşmelerini

doğrudan anayasalarına dâhil etmişlerdir²⁰. Diğerleri, İspanya, Kolombiya ve Romanya da dâhil olmak üzere, ulusal anayasal hakların, onayladıkları uluslararası sözleşmelere uygun olarak yorumlanmasına ilişkin anayasal hükümler kabul etmişlerdir²¹. Güney Afrika Anayasası, mahkemelerin insan hakları beyannamesini yorumlarken uluslararası standartları göz önüne almaları gerektiğini açıkça ifade etmektedir²².

Bu tarz anayasal düzenlemeler, konsensüs yoluyla, anayasal yorumun uluslararası insan hakları sistemiyle aynı hizaya sokulmasına hizmet etmektedir. Bunlar üstelik yapısal unsurlarla meşrulaştırılabilir. Yeni yeşeren demokrasilerde yeni anayasaların, anayasal haklarını daha oturmuş sistemlerin içtihatlarına bağlamaları, geçmiş örneklerden oluşan bir esas dayanak sağlar ve baskıcı yorumların olasılığını düşürür. Daha güçlü uyum mekanizmalarıyla (Avrupa'da olduğu gibi) insan hakları rejimlerine katılan daha olgun demokrasilerde bu tarz düzenlemeler, bireysel hakların hukuki açıdan korunmasındaki bütünlüğü ve işbirliğini geliştirmektedir. Hatırlanmalıdır ki; uluslararası insan hakları sözleşmeleri böyle yüksek düzeyde bir işbirliğini talep etmemektedir. İnsan haklarının anayasal yürürlüğünden ziyade kanun temelli uygulanması, haklar etkin bir şekilde uygulandığı sürece yeterli olacaktır. Sözleşmelerin anayasa ile ilgili esas ilgilendikleri nokta, anayasanın insan hakları ödevlerine uymayı engellememesi gerektiğidir²³.

²⁰ CONSTITUCION ARGENTINA Art. 75(22); THEO OHLINGER, VERFASSUNGSRECHT 23-25, 79 (4th ed. 1999) (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Avusturya'daki anayasal statüsünün tartışılması)

²¹ CONSTITUCION Art. 10(2) (İspanya); CONSTITUCION POLITICA Art 93(2) (Kolombiya.); CONSTITUTIA ROMANIE Art. 20(1).

²² S. AFR. CONST. 39 (1). Güney Afrika Anayasa Mahkemesi bu yönelimi, uluslararası insan hakları hukukunun, Avrupa ve Amerikalılar arası bölgesel sistemlerin imzalanmamış anlaşmaları ve kararları gibi Güney Afrika'yı bağlamadığını içeren bir şekilde yorumlamaktadır. Güney Afrika Cumhuriyeti Hükümeti v. Grootboom, 2001 (1) SALR 46, 63-64 (CC). Bu hüküm (talep edilmeksizin) mahkemeleri yabancı hukuku gözetmeleri için yetkilendirmektedir. (Örn: Birleşik Devletler anayasal doktrinleri)

²³ İnsan hakları sözleşmeleri genellikle kurtarma hükmü içerirler ki bunlar korunacak haklara daha avantaj sağlayan ulusal hükümleri zedelemek istemezler. Bkz. Örn. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Aralık 16, 1966, Art. 5(2), 999 UNTS 171.[bundan sonra ICCPR]; Neuman, dipnot 19, syf 1886-1887. Korunan hakların çatışabilme ihtimali ölçüsünde, bu kurtarma hükümleri tamamen yürürlüğe girmez. *Id.* Birleşik Devletler Senatosu genel olarak, sözleşme hakları ve anayasal haklar arasında ihtilaf çıkabilme ihtimaline, insan hakları sözleşmelerinin kabul edilmesini, anayasal hakların üstünlüğünü içermeleri şartına bağlayarak karşılık vermiştir.

Diğer ülkelerde, anayasa mahkemeleri uluslararası insan hakları normlarını anayasal hakları yorumlarken ihtiyari olarak nazara almaktadırlar. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi, ki ulusal düzeyde güçlü ve uluslararası düzeyde de etkili bir ulusal mahkemedir, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin yorumunu, kendi ulusal anayasal haklarını yorumlarken, hakkın korunmasının sınırını daraltmayacağı ölçüde dikkate almaktadır²⁴. ABD'ye daha yakın olan Kanada Yüksek Mahkemesi uluslararası insan hakları hukukuna, Kanada için bağlayıcı olsun ya da olmasın, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'ndaki hakların yorumlanması bakımından yol gösterici gerekçe olarak daha geniş bakmaktadır²⁵.

Şu anki şartlar altında, ABD Yüksek Mahkemesi'nin, anayasal yargıda insan haklarının uluslararası yorumunu dikkate almak için daha az nedeni var (hiç yok değil, ama çok daha az). Uzlaşma bağlamında, ABD Anayasası, diğer bazı 20. yy anayasalarından farklı olarak, haklarla ilgili hükümleri ile modern uluslararası insan hakları rejimin pozitif kanunları arasındaki işbirliği tercihini lafzi olarak ifade etmez. İnsan Hakları Bildirgesi, bireysel hakların doğal hukuk felsefesini yansıttığı ölçüde, evrensel ahlaki ilkelere uygun bir yorumlamayı da tercih edebilir, ancak pozitif insan hakları sözleşmeleri veya onların uluslararası yorumlamalarının böyle ilkeleri tam olarak kapsadığını ifade eden bir hüküm vermez. Anayasal yorumda kamu hukukunun genel ilkelerine eskiden beri alışılgelecek yapılan göndermeler, belirli insan hakları normlarının dikkate alınması konusunda uzlaşmacı bir destek de sağlayabilir. Bu nedenle, anayasal hakların yorumlanmasında uluslararası insan hakları, saf bir anayasal kaynak olarak oldukça zayıf kalmaktadır.

²⁴ Karar tarihi Mar. 26, 1987, BVerfGE 74, 358 (370); Paul Kirchhof, *Verfassungsrechtlicher und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergdnzung?* 21 EUROPAISCHE GRUNDRICHTE ZEITSCHRIFT 16, 31-32 (1994).

²⁵ Bkz. Gerard V. La Forest, *The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues*, 1996 CAN. Y.B. INT'L L. 89, 97-98; Suresh v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3, 31-32, 38; Ayrıca bkz. Karen Knop, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, 32 N.Y.U.J. INT'L L. & POL. 50 (2000) (Uluslararası hukukun Kanada'da karşılaştırmalı olarak kullanılmasını savunuyor).

Kurumsal yönüne dönecek olursak, ABD'nin uluslararası insan hakları rejimlerine daha az yoğunlukta angaje olması son zamanlarda daha az kurumun koordinasyondan yararlanmasına neden olmaktadır. ABD, Avrupa Birliği'nde olduğu gibi bölgesel bir birlikteliğe ve uyumlulaştırma sürecine katılmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi bağlayıcı kararlar vermeye yetkili uluslararası mahkemesi olan bölgesel bir insan hakları rejimine de katılmamıştır (Özellikle ABD, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamamış, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini de kabul etmemiştir). ABD, bağlayıcı karar verme yetkisi olmayan sözleşmesel yapıları bulunan küresel insan hakları sözleşmelerini onaylamıştır ve hatta o zaman da, bireysel başvuruları kabul eden prosedürleri kabul etmemiştir. Bazı insan hakları sözleşmelerini de, bunların doğrudan uygulanamayacakları şartını içeren çekinceyle onaylamıştır ve bu sayede sözleşmenin uygulanmasında yerel mahkemelerin rolünü sınırlamıştır²⁶. Bu sınırlı katılımın bir sonucu olarak da, ABD mahkemeleri insan haklarının uygulanmasına sınırlı olarak katılabilmektedirler ve uluslararası mahkemeler de Amerikan anayasal haklarının uygulanmasını cesaretlendirme noktasında daha az imkâna sahip olmuşlardır. Avrupa mahkemelerinden farklı olarak ABD Yüksek Mahkemesi, ülkenin onayladığı bir insan hakları sözleşmesinin kesin yorumunu çok nadir görmektedir. Aynı zamanda, anayasal bir hakla ilgili kendi yorumu ile insan haklarıyla ilgili uluslararası bir mahkemenin bağlayıcı yorumu arasında açık bir çelişkiyle karşılaşma olasılığı da düşüktür.

Ancak buna rağmen, uluslararası insan hakları normlarının dikkate alınması ve yorumlanması, ABD anayasal yargısına bazı olası kurumsal faydalar

²⁶ Bu bildirilerin yapıldığı ilgili sözleşmeler, İşkence ve Diğer Zalimane Gayrı-insani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı B.M. Sözleşmesi 136 CONG. REC. 36,194 (1990); Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 138 CONG. REC. 8068 (1992); Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 140 CONG. REC. 14,326 (1994); Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Fahişeliği Ve Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokolü 148 CONG. REC. S5717 (Haziran 18, 2002); ancak Mülteci Sözleşmesine İlişkin Protokol ile ilgili yapılmamıştır, 114 CONG. REC. 29,607 (1968); Soykırım Suçunun Önlenmesine ve. Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, 132 CONG. REC. 2350 (1986); Sözleşmeye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol, 148 CONG. REC. S5716 (Haziran 18, 2002). Senatonun insan hakları sözleşmelerine her zaman tek taraflı bir bildiriyle doğrudan uygulanabilirliği kaldırdığına ilişkin bir iddia yanlış olur. Böyle bildirilerin istenilirliği ve bağlayıcılığı tartışılmaktadır, ancak kanaatimce bir sözleşme hükmünün ABD'de doğrudan uygulanabilmesini engelleyebilmektedirler.

sağlamaktadır. En önemli kurumsal yarar deneyseldir, öngörülen bir hükmün diğer hukuk sistemlerinde nasıl işlediğini gözlemek için var olan bir fırsattır. Böyle işlevsel karşılaştırmalardan çıkarılacak dersler sınırlıdır²⁷. Ancak oturulan yerden yapılacak spekülasyonlardan ziyade bilgilendirici olabilmektedir. Bilhassa, ABD için yeni olan sosyal ve teknolojik gelişmelerin insan haklarına yönelik sonuçları ile karşılaşan diğer bölgelerde belirli avantajlar doğabilir. Bazı hallerde en ikna edici işlevsel sonuç, belirli bir kuralın başka bir hukuk sisteminde, o sistemin ABD'den ayrılan özellikleri nedeniyle daha iyi çalışması olacaktır. Ancak bölgesel insan hakları rejimleri ve özellikle de evrensel insan hakları sistemi doktrinleri, yabancı hukuk sistemlerinin özgün karakterine daha az dayanmaktadır. Diğer durumlarda işlevsel sonuç şu olabilir; uzlaşmacı bir siyasi vaat içermesi veya bazı normatif varsayımları çok katı bir şekilde uygulama ihtimalinden dolayı, kuralın kendi bağlamında dahi işlerliği yoktur. Böyle karşılaştırmalar, hâlihazırda başka bir yerde uygulanmakta olan bir kuralın, ABD'de aynen ya da farklı şekilde uygulanabileceğini tespit etmek açısından aydınlatıcı olabilir.

Bunlara ilaveten derin kurumsal fayda, Yüksek Mahkeme'nin, gittikçe bağımsızlaşan dünyanın insan hakları mahkemeleri veya anayasa mahkemeleriyle normatif bir diyalog içerisine girip girmeyeceği ile ilgilidir. Yüksek Mahkeme, küresel toplumda bireysel haklar doktrinlerinin ve argümanlarının en prestijli kaynaklarından. Ancak, eğer mahkeme kendi hak kavramının istisnai özelliğinde ısrar ederse, onları nevi şahsına münhasır Amerikan değerleri olarak etiketleyip kendisini de lafza sıkı sıkıya bağlı ve 18. Yy kaynaklarının yorumuyla sınırlarsa, kendi etkisinin temellerini zayıflatacaktır. Dünyayı kendi Anayasamız için gereksiz olarak niteleyen hâkimler, kendi anayasamızı dünyaya gereksiz göstermektedir.²⁸ Bu şekilde kendi içine çekilme, sadece insan hakları sistemini zayıflatmayla kalmaz, aynı zamanda ABD Anayasasının değerlerinin ABD vatandaşları tarafından desteklenmesini de engeller. Uluslararası ticaret,

²⁷ Bkz. Mark Tushnet, The Possibilities of Comparative Constitutional Law, 108 YALE LJ. 1225, 1265-69 (1999).

²⁸ Bkz. Claire L'Heureux-Dube, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court, 34 TULSA LJ. 15, 33-34, 37-39 (1998).

seyahat, iletişim ve kanunların uygulanışındaki işbirliğinin son derece yaygın ve muazzam bir şekilde yer aldığı dünyada, özgürlüklerin etkili bir şekilde uygulanması birden fazla ülkenin kanunlarının örtüşmesine bağlıdır.

Gerçeküstü bir bakış açısıyla, uluslararası insan hakları normlarının ve kararlarının yorumlayıcı değeri onların sağladıkları normatif anlayıştan kaynaklanır. Yorumlayıcı, hakkın (veya olayın özelliğinin) uluslararası algılanışının normatif düşüncelerden²⁹ ziyade aslında uzlaşmacı veya kurumsal faktörlere dayanıp dayanmadığını ve onun normatif esaslarının ABD Anayasal sisteminin temel esaslarıyla uyumlu olup olmadığını dikkatlice incelemelidir. Uluslararası insan hakları rejimi, devletleri, uygulamalarının meşruluğunu yeniden inceleme konusunda sınamaktadır. ABD’de böyle bir yeniden inceleme, yok olmak üzere olan tarihi şartların izlerini doktrinsel yapıların koruduğu yerlerde özellikle faydalı olabilir.

Eğer ABD’de anayasal değişikliklerin etik bir yönü yoksa ve sadece belirli 18.yy uygulamalarının yeniden üretilmesiyle oluşuyorsa, o zaman uluslararası insan haklarının gerçeküstü yönünün hiçbir katkısı olamaz. Ancak, ne yazık ki, çok az hâkim böylesine sert orijinal bir yöntem uygulamaktadır ve hiçbir hâkim bunu tutarlı olarak uygulamamaktadır. İnsan hakları hukukuyla normatif karşılaşmalar bu nedenle verimli olabilmektedir.

Gerçeküstü bir eleştiride kullanım için, uluslararası mahkemenin kararlarını destekleyen argümanlar, mahkemenin nihai kararı kadar önemlidir. Bu gözlem, pozitif insan hakları normlarına ve kararlarına yapılan atıfların neden bu kadar önemli olduğu sorusunu doğurabilir. Büyük bir olasılıkla, insan hakları kurumları tarafından ileri sürülen normatif argümanlar, filozoflar, sosyal aktivistler, politikacılar ve hukukçu akademisyenler tarafından da ileri sürülmüştür ve

²⁹ Örneğin, tasarruf hükümleri, bkz. yukarıda 23. not, pozitif sözleşme hükümlerinin bir insan hakkının tüm içeriğini ifade etmeyeceği ihtimalini yerleştirme girişimi. AİHM içtihatları “takdir marjı” denilen kurumsal bir doktrini içerir, ki bu doktrin, ulusal mercilerin sözleşmede öngörülen bir hakkın belirli şartlarda nasıl uygulanacağı konusundaki değerlendirmelerine değişik düzeylerde riayet etme hakkı tanır. Bkz. JACOBS AND WHITE, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 210-15 (Clare Ovey & Robin C. A. White eds., 3d ed. 2002); Neuman, bkz. yukarıda 19. not, 1884’te. Bunun bir sonucu olarak, mahkemenin ulusal uygulamayı insan hakları mücadelesine karşı tutan kararları, uygulamanın insan hakkıyla bağdaşması konusunda son kararı ifade etmez.

büyük bir ihtimalle, bu argümanların değişik biçimleri yurtdışında yapıldığı gibi ABD’de yapılmaktadır³⁰. Yeterince anlaşılır bir biçimde, mahkemeler bazen kullandıkları argümanların yabancı kaynakları konusunda takdir haklarını sessizlikten yana kullanmaktadırlar. Buna rağmen, mahkemeler kendi kendini savunmayı ya da geniş normatif spekülasyon denizinden alınmış olduğunu bildikleri bir iddiayı, düzen ve özgürlük iddiaları arasında bir denge kurmakla sorumlu tarafsız bir kuruma karşı ikna edici olduğu kanıtlanan bir iddiadan daha az dikkate alabilirler.

Uluslararası insan hakları kaynaklarından esinlenen normatif gerekçelendirme, anayasal yorumlama sürecinde etkili olmayacaktır. Buradan çıkarılan diğer normatif düşünceler ilgili olabilir, uzlaşmacı ve kurumsal etkenler de gündeme gelebilir. Mahkeme, bir hakkın normatif olarak zorunlu yorumunun anayasal düzeyde kabulünün benimsenemeyeceğine karar verebilir veya daha ziyade siyasi uygulamayı bekleyebilir. Şunu tekrar vurgulamak isterim ki, uluslararası insan hakları rejimi anayasal düzeyde bir uygulama aramamaktadır sadece uyumluluk aramaktadır.

Böylece Yüksek Mahkeme’nin uluslararası insan hakları norm ve kararlarını, anayasal hakların kıyaslanması hususlarında sağlayabilecekleri normatif ve işlevsel anlayışlar için inceleme nedeni vardır. Anayasal yorumu kesinlikle kontrol edemezler, ancak bilgilendirebilirler.

İnsan hakları sözleşmelerinin anayasal hakları yorumlarken yardımcı olarak kullanılması, Yüksek Mahkeme’nin Reid v. Covert kararında, sözleşme yetkilerinin anayasal hakları ihlal etmek için kullanılmayacağı yönünde güvence vermesiyle yüzeysel olarak çelişiyor görünebilir³¹. Bu görünüm daha yakından çözümlenmelidir. Sözleşmeyi yapanlar anayasal normları çiğneyemezler ve Yüksek Mahkeme’ye bir anayasal hükmü nasıl yorumlayacağı konusunda emir

³⁰ Bkz. Seth Kreimer, Invidious Comparisons: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing, 1 U. PA. J. CONST. L. 640, 647-48 (1999).

³¹ Reid v. Covert, 354 U.S. 1, 16-17 (1957) (Black, J.’nin çoğunlukçu görüşü); Ayrıca Bkz. Boos v. Barry, 485 U.S. 312, 324 (1988) (O’Connor, J.).

veremezler³². Ancak sözleşmeler, diğer mevzuatlar gibi, Mahkeme'nin anayasal yorumlama görevini yürüttüğü olgusal, kurumsal ve normatif çevrede bir değişime katkıda bulunabilir. Bundan kaynaklanan doktrinsel evrim, ABD anayasal tarihi için kaçınılmazdır. Reid v. Covert kararındaki ve o silsiledeki hiçbir şey, anayasa hukukunda sözleşme yapmanın dolaylı etkisini engellemez. Sözleşmeler ve bunlardan doğan içtihatlar, Mahkeme'nin anayasal normları çağdaş anlamda yorumlaması için yararlanabileceği veriler haline gelmektedir. Politik organlar da Mahkeme'nin, Anayasa'yı yorumlarken uluslararası veya yabancı hukuku izlemesini talep edemeyecekleri gibi, uluslararası veya yabancı hukuku gözetmesini de yasaklayamazlar.

Şu anki mevcut şartlar altında, Yüksek Mahkeme, insan hakları sözleşmeleri kapsamında ulusun pozitif uluslararası yükümlülüklerini yargısal olarak yerine getirmek amacıyla, diğer bazı anayasal mahkemelerin peşini takip ettikleri anayasal hakların yorumuna yönelik uygulama ile gerektiği gibi ilgilenmemektedir. Sözleşme normlarının pozitif etkisi, sağlayabilecekleri etik veya işlevsel anlayıştan farklıdır. İnsan hakları sözleşmeleri anayasal düzeyde uygulama gerektirmez ve ABD'nin hukuk sisteminde Kongre, bir sözleşmeyi uygulama ya da ihlal etme konusunda en nihai kontrole sahiptir. Sözleşmeye uymak için pozitif insan hakları standartlarını anayasal yorumlama olarak yerleştirmek, siyasi organların sözleşmeyi uygulamak için metot seçme yetkilerini kısıtlayacaktır ve mevcut anayasal anlayışlarla tutarlı olmayacaktır³³.

III. LAWRENCE KARARI

Bu evveliyatın aksine, Yüksek Mahkeme'nin *Lawrence v. Texas*³⁴ kararında insan hakları hukukuna başvurması daha ziyade uluslararası hukukun alçakgönüllü kullanımının anayasal yoruma yardımı görünümündedir. İlkın, Mahkeme'nin

³² Cf. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) (14. Değişikliğin 5. Kısmı kapsamında Kongre'nin anayasal hakların anlamını değiştirme yetkisi olduğuna yönelik görüşü reddetmektedir).

³³ Güncel kelimesini tekrar ettim, zira bu anlayışlar anayasal yorumdan kaynaklanmakta ve anayasal değişikliğe veya ABD'nin gelecekte yaratmak için seçebileceği ulusötesi rejimler karşısında doktrinel evrime tabi olmaktadır.

³⁴ 123 S.Ct. 2472 (2003).

*Bowers v. Hardwick*³⁵ davasında daha önceki gerekçesinin değerlendirilmesinde, Hâkim Anthony Kennedy, Mahkeme'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Dudgeon* kararını görmezden geldiğini gözlemlemiştir³⁶. Bu karara dikkat edilmesi, Mahkeme Başkanı Warren Burger'ın, fiili livata ilişkisinin batı medeniyeti değerlerine göre etik olmadığı iddiasını ve Hâkim Byron White'ın aynı cinsten olan çiftlerin iradelerinin “düzenlenmiş özgürlük kavramında zaten yer aldığı” görüşünü ciddiye almayan tutumunu zayıflatabilirdi³⁷. İkinci olarak, *Bowers*'ın gerekçelerine diğer itirazları sıraladıktan sonra, Kennedy burada alıntı yapılacak kadar kısa olan şu kısmı eklemiştir:

“*Bowers*'ın, daha geniş bir medeniyetle paylaştığımız değerlere dayandığı ölçüde, *Bowers*'ın gerekçe ve kararının başka bir yerde reddedileceği belirtilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Bowers*'ı değil, *ama Dudgeon v. United Kingdom*'daki kendi kararını izledi. Diğer uluslar da yetişkinlerin iradi olarak fiili livata ilişkisine girme haklarının korunduğunu onaylayan biçimde hareket etmişlerdir (Bkz. Biref for Mary Robinson, et al. as Amici Curiae 11-12). Davacıların bu davada aradıkları hak, diğer bir çok ülkede insan özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiştir. Bu ülkede kişisel seçimlerin sınırlandırılmasında devletin çıkarlarının bir şekilde daha meşru ya da üstün olduğunun bir belirtisi yoktur.”³⁸

Özellikle *Lawrence*'da çoğunluk, bölgesel insan hakları hukukunu, diğer toplumlarda cinsel özgürlüğün korunmasının aynı cinsten olanların ilişkisini de kapsamı gereken kanıt olan bir yabancı hukuk olarak irdelediler. Mahkeme, aynı cinsten olanların ilişkisinin durumunu, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. Maddesince korunan “gizliliğin” bir şekli gibi veya Birleşmiş Milletler Uluslararası İnsan Hakları Komisyonu'nun³⁹ 17. maddesinin

³⁵ 478 U.S. 186 (1986).

³⁶ 123 S.Ct. at 2481 (*Dudgeon v. United Kingdom*'dan alıntı, 45 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1981) (Kuzey İrlanda'nın yetişkinlerde iradi fiili livata ilişkisini cezalandırmasının AİHS (4 Kasım 1950 de imzaya açılmıştır, 213 UNTS 221) m.8 kapsamında özel hayatın gizliliğine saygı ilkesini ihlal ettiğini kabul etmiştir.)

³⁷ *Lawrence*, 123 S.Ct. at 2481; *Bowers*, 478 U.S. at 196-97 (Burger, C.J., aynı fikirde); id. at 194 (White, J.) (bu görüşü iyimser olarak “en fazla patavatsız” diye tanımlamıştır.).

³⁸ 123 S.Ct. at 2483 (Alıntılar çıkarılmıştır.)

³⁹ ICCPR, dipnot 23, Art. 17. ABD, Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesine yönelik herhangi bir çekince koymadan sözleşmeyi onaylamıştır.

yorumunu, bu yorum mahkemenin dikkatine sunulmasına rağmen, açıkça incelememiştir⁴⁰. Mahkeme, en fazla ulusal hareketin bir örneği olarak Avustralya'nın, Komite'nin görüşleriyle uygunluğuna dolaylı olarak değinmiştir⁴¹. Mahkeme bu nedenle içeriğin veya sözleşme kapsamında Birleşik Devletler'in herhangi bir yükümlülüğünün ya da İnsan Hakları Komitesinin kararlarının ikna edici değerlerinin tartışmasından kaçınmıştır.

Mahkemenin yabancı verileri kullanması kurumsal olmaktan ziyade normatif görünmektedir⁴². Eşcinsel ilişkinin bir hak olarak diğer liberal demokrasilerde yaygın bir şekilde tanınması, Mahkeme'nin anayasal koruma sağlaması için kendi gerekçelerini güçlendirmiş ve mahkemenin kararının objektif niteliğini artırmıştır⁴³. Çoğunluk, geniş çaplı işlevsel bir analiz ileri sürmedi, sadece diğer ülkelerde olduğundan daha acil bir kamu yararının gösterilmemesine dikkat çektiler. Mahkeme, bilirkişinin eşcinsel ilişkinin suç olmaktan çıkarılmasının, ensest ve diğer türde cinsel istismarın suç olmasından çıkarılmasına kayacağı

⁴⁰ Brief for Mary Robinson et al., amici curiae, at 11-12 & nn.15, 16, Lawrence v. Texas, 123 S.Ct. 2472 (2003) (No. 02-102) [buradan sonra Brief], şuradan ulaşılabilir 2003 WL 164151 (Toonen v. Australia'den alıntı, Communication No. 488/ 1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994); Concluding Observations of the Human Rights Committee: United States of America, UN Doc. CCPR/C/79/Add.50; A/50/40 [para. 266-304], para. 287 (1995)).

⁴¹ Yukarıdaki 38. Notta değinilen mahkemenin bilirkişi raporunun ilk sayfalarını alıntılacağı parça, diğer ülkelere (Kanada, Yeni Zelanda, İsrail ve Güney Afrika) dönmeden önce(sayfa 12'de) Toonen'de İnsan Hakları Komitesi'nin görüşlerine, Avustralya'nın cevabına ve İnsan Hakları Komitesi'nin ABD'nin fiili livata kanunlarına eleştirilerine işaret etmektedir.

⁴² Dudgeon kararının kendisi geniş bir şekilde ifade edilen sözleşme hakkının pozitifüstü yorumlanmasını ilk olarak ifade etmektedir. Kararın altında yatan rızai faktörler, AİHS'teki özel yaşamın ve aile hayatının gizliliğine saygı duyulmasının genelleştirilmiş korunmasının benimsenmesini ve yüksek standartlarda gerekçelerle ("demokratik bir toplumda gerekli olmayı" AİHM ölçülülükle ilgili yorumlamıştır.) bu hakkın korunmasını ve belki de Mahkemenin üye ülkelerin çoğunluğunun fiili livata ilişkisini suç olmaktan çıkarmasına yaptığı atfı içermektedir. (Dudgeon, dipnot 36, para. 60). Sözleşme eşcinselliğe yönelik özel bir düzenleme içermemektedir. Pozitifüstü etkenler şunları içermektedir: Mahkeme'nin rızai fiili livata ilişkisini istenen gerekçenin düzeyini yükselten "özel hayatın en fazla mahrem olduğu yönünü" (para. 52) kapsayan bir tanımı, Mahkemenin hoşgörü ve açık fikirlilik (para. 53) ile nitelendirilen demokratik toplumun olağan yorumunu ve Mahkemenin çağdaş olarak daha iyi algıya dayanan ve neticesinde eşcinsel davranışlara olan hoşgörünün artmasına dayanması. (para. 60). Ahlaki değerlerin korunması için daha geniş bir takdir marjını içeren ulusal düzenlemeler yapılması için mahkemenin çabalarını içeren kurumsal faktörler (para. 52),Kuzey İrlanda'daki hassas politik durum (para. 57-59); bu etkenler hükümete avantaj sağlasa da özel yaşama yapılan müdahalenin yoğunluğu daha önemli ve ağır basmaktadır.

⁴³ Cf Bowers v. Hardwick, 478 U.S. at 191 (Mahkeme'nin önemli adil yargılanma davalarında "kendini ve kamuyu güvence altına alma ihtiyacı için Anayasa'nın metninde kolaylıkla ayırt edilmeyen hakların ilan edilmesinin hâkimlerin kendi tercihi olan değerlerin empoze edilmesinden daha kapsamlı olduğunun" vurgulanması)

yönündeki hipotezinin aksini ispatlayan işlevsel iddiasını tekrar etmedi⁴⁴. Bunun yerine Hâkim Scalia'nın karşı görüşü, Kanada'daki güncel bir davayı ileri sürerek mahkemenin gerekçesinin aynı cinsten olanların evlenmeleri yönünde anayasal bir hakka yol açacağını göstererek alternatif işlevsel bir karşılaştırma sunmuştur⁴⁵. Ayrıca, çoğunluğun, inceleme standardının uygulanmasıyla ilgili biraz muğlak olan bu kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'sinin özel hayatın gizliliğine saygı hakkına yapılan müdahalenin meşrulaştırılmasını incelerken uyguladığı gibi bir yabancı doktrinsel çerçeveyi detaylı olarak alıntı yapmamış görünmektedir.

Lawrence kararı metotla ilgili birçok soruyu ucu açık olarak bırakmıştır. Birleşik Devletler için bağlayıcı olan uluslararası insan hakları normlarının kullanımıyla veya bu normların yorumuyla ilgili belirsizliğin çözümüyle veya Birleşik Devletler'in çekince koyduğu normların yorumlayıcı değerleriyle konuşmaz⁴⁶. Adalet Bakanlığı *Lawrence* davasına katılmadı ve bir insan hakkı normunun öneminin onun anayasal yorumda kullanımını nasıl etkileyebileceği konusunda yürütmenin nasıl bir tavır izleyeceği de ileride görülecektir.

SONUÇ

Lawrence kararı, anayasal yorumun karmaşık yargısının sadece bir unsuru olarak uluslararası hukukun uygun kullanımının yine başka bir örneğini vermektedir. Bu türden bir yargılama, yabancı yetkilerin Birleşik Devletler'e anayasa hukukunu emretmeleri konusunda veya siyasi aktörlerin İnsan Hakları Beyannamesi'nin içeriğini bir sözleşmeyi yürürlüğe sokarak manipüle etmeleri konusunda bir risk yaratmamaktadır. Uluslararası hukukun ve yabancılar hukukunun yorum araçları olarak onaylanması hâkimin takdir yetkisi için ulaşılabilir kaynakları artırabilir, ancak bunların kullanımının yasaklanması yargısal aktivizmin liberal veya muhafazakâr türünü engellemekte zorlanabilir.

⁴⁴ Brief, dipnot 40, 16-18'de.

⁴⁵ 123 S.Ct. at 2497-98 (Scalia,J., karşı görüşte)

⁴⁶ Bir sonraki noktada, tahminen, sözleşmeyi düzenleyenlerin pozitif hareketleri Mahkeme'nin uluslararası insan hakları normlarından normatif ve işlevsel algı çıkarımları yapmasını sırf yabancılar hukuku türü olarak engelleyemeyecektir. Mahkeme siyasi aktörlerin normdan ayrı görüşte olmalarının gerekçelerini de dikkate almalıdır.

AB VERİ KORUMASINA YÖNELİK KÖKLÜ REFORM *

Yazar: Monika KUSCHEWSKY **

*Çeviren: Nurullah TEKİN ****

25 Ocak 2012 tarihinde Avrupa Komisyonu, veri korumaya ilişkin Avrupa Birliği yasal çerçeve öneri reformunu resmen açıklamıştır. Adalet, Temel Haklar ve Vatandaşlık Komiseri Viviane Reding'e göre bu reform, esasen online mahremiyet haklarını güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Ancak, aslında reform önerisi daha da ileriye gitmektedir ve kişisel verileri işlemekte olan tüm işletmeleri kökünden etkileyecektir.

Reform önerisi, kişisel verilerin toplanması, erişilmesi ve kullanılması şeklini derinden değiştiren büyük teknolojik ilerlemeye ve devam eden küreselleşme yürüyüşüne cevaben gelmiştir. 1995 Veri Koruma Direktifi'ne dayanan, internet öncesi çağda kabul edilen mevcut çerçevenin 21. Yüzyıl zorluklarına uygun olmadığı düşünülmektedir.

Ayrıca, AB'nin 27 üye ülkesi mevcut kuralları farklı şekillerde uygulamıştır ve bu, fazlasıyla yasal belirsizliğe neden olmanın yanı sıra yorum ve uygulamada önemli fikir ayrılıklarıyla da sonuçlanmıştır. Son olarak, 2009 yılında Lisbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesini takiben, veri koruma hakkına AB hukukunda yer verilmiştir ve hâlihazırda AB'yi veri korumaya ilişkin mevzuatı kabul etmesi konusunda güçlendiren belirli bir yasal dayanak bulunmaktadır. Öneri, büyük ölçüde, Komisyon tarafından 2009 yılında başlatılan ve bu esnada paydaşlarla kapsamlı istişarelerin yürütüldüğü iki yıllık bir yeniden inceleme sürecinin bir sonucudur. Önerinin taslak metni 2011 yılında sızdırılmış ve bir sürü sanayi aktörünün yanı sıra Avrupa Komisyonu'nun diğer altı Genel Müdürlüklerinden

* Bu eser, European Lawyer Dergisi'nden alınarak Türkçe'ye çevirisi yapılmıştır. [Euro. Law. 2012, 112, 12-14]

** Avukat, Kişisel verilerin korunması konusunda uzman

*** Hakim, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü

sert muhalefeti harekete geçirmiştir. Bu nedenle, kesin halinin yayınlanmasından önce bazı hükümlerin yumuşatılması gerekmektedir.

I. ÖNERİLER

Reform esasen politika tebliği gibi bazı tamamlayıcı belgelere ek olarak iki yasama önerisinden meydana gelmektedir. Öneriler, 1995 Veri Koruma Direktifi'nin yerini alacak veri korumaya yönelik genel bir AB çerçevesini ortaya koyan Genel Veri Koruma Tüzüğü ve cezai konularda polis ve adli işbirliği alanında direktif taslağını içermektedir.

Özel işletmelerle ilgili olan ana reform bütünü, taslak tüzükte yer almaktadır. Bu taslak tüzük, hiçbir ulusal uygulama önlemlerine ihtiyaç olmaksızın üye devletlerde doğrudan uygulanabilir olacaktır. Bu tür bir tek kanunun iç Pazar boyutunu artırarak mevcut yasal parçalanmayı ortadan kaldırabilmesine karşın, bunun ayrıca işletmeler için bir bedeli olacaktır.

86 Reform, mevcut rejimin oturmuş ilkelerine dayalı olacaktır; ancak işletmeler ve organizasyonlar için daha külfetli ve etkili hale getirerek rejimi güçlendirecektir. Şirketler, AB'nin veri koruma kurallarını artık sözde değil, özde destekleyecekler ve veri işleme uygulamalarında gerçek hesap verebilirlik 'kültürünü' getirmeye çaba göstermelidirler.

Önerilen değişikliklerin çoğu 250'den az çalışanı olan küçük ve orta ölçekli işletmelerden ziyade daha geniş şirketleri (kobi) etkileyecektir. Bu işletmeler, şirketler üzerindeki ilave yükümlülüklerin bir kısmından muaf olacaklardır. Avrupa Komisyonu ayrıca mevcut rejim uyarınca var olan yasal boşlukları kapatarak AB veri koruma kanununun konumsal kapsamını uzatmayı önermektedir. Özellikle yeni kurallar, veri işleme faaliyetleri AB sakinlerine mal ve hizmet sunmaya ya da onların davranışını izlemeye ilişkin oldukları müddetçe yurtdışında tesis edilen her türlü şirketi kapsayacaktır.

AB veri koruma çerçevesinin reformuna yönelik ve öneri tarafından ele alınan Komisyon'un ana hedeflerinden ikisi; bireylerin haklarının güçlendirilmesi ve veri koruma kurallarının daha etkili icrasısıdır.

II. ANA DEĞİŞİKLİKLER

Mevcut kurallarda bazı ana değişiklikler mevcuttur.

Şirketler yeni kurallara uymak, uygun önlemleri uygulamak ve riayetlerini aktif olarak göstermek ve belgelendirmekle (hesap verebilirlik ilkesi) yükümlüdürler. Özellikle tüm veri işleme operasyonlarının kapsamlı dokümantasyonunu elinde tutmak, herhangi bir riskli işlemeden önce veri koruma etki değerlendirmelerini yürütmek ve organizasyonları içerisinde işine kendini adanmış bir veri koruma memuru atamakla mükelleftir. Ayrıca kişisel veri ulusal denetleyici makamını fazla gecikmeden bilgilendirmek (mümkünse 24 saat içerisinde) ve ciddi durumlarda verilerinin gizliliği ihlal edilmiş bireylere haber vermek zorundadır.

Ticari işletmeler işleme başlamadan önce bile çok erken bir aşamadan yeni çerçeveye uyum sağlamalıdır (kasten mahremiyet ilkesi). Buna ek olarak, yalnızca belli bir amaç için gerekli olan kişisel veriler işlenebilir ve minimum gerekliliğin ötesinde işlenemez veya tutulamaz (gıyabi mahremiyet ilkesi).

Veri işlemenin rızaya dayalı olduğu yerde rıza, basit bir şekilde varsayılmaktan ziyade açık bir şekilde verilmelidir.

Ayrıca, yeni kanun, 13 yaşın altındaki çocuklara bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanması durumunda ebeveyn/koruyucu rızasını gerektirerek, diğerleri arasında, çocuk korumayı güçlendirecektir.

Öneri, ek bilgi yükümlülükleriyle tamamlanan artan şeffaflığı öngörmektedir. Bireyler kişisel verileri bir hizmet sağlayıcısından diğerine kolaylıkla transfer edebilmelidir (veri taşınabilirliği hakkı). ‘Unutulma hakkı’, kişilerin bilgilerinin tutulması için hiçbir meşru sebebin olmaması durumunda silinmesini sağlamalarına izin veren online veri koruma risklerinin daha iyi yönetebilmelerine yardımcı olacaktır. Bireylerin yargı yolları hakkı da temsili yasal eylemler için yeni bir olasılığı kapsayarak genişletilmiştir.

Ayrıca, şirketler, veri öznelere haklarının kullanımını kolaylaştırmak üzere iç prosedürler ve mekanizmalar kabul etmelidir. Ulusal veri koruma otoriteleri

bağımsızlık, kaynaklar ve güçler açısından önemli ölçüde güçlendirilecektir. Özellikle bunlar, emir yayınlama (örneğin; belli bir işlemi yasaklama veya askıya alma), yasal kovuşturmalarda bulunma ve AB veri koruma kurallarını ihlal eden şirketlere para cezası vermeye yetkili olacaklardır.

III. CEZA KAYGILARI

İşletmeler, özellikle önerilen kurallar uyarınca yeni ve daha sert cezalar konusunda kaygılıdır. Kanunun ihlal edilmesi durumunda minimum ağır eylem, ‘birinci ve kasti olmayan bir riayetsizlik’ durumunda yazılı bir uyarı olacaktır. Bununla birlikte, daha ciddi suçlar için 1 milyona ya da bir şirketin yıllık dünya genelindeki cirosunun yüzde ikisine kadar idari para cezası, uygulanır. Potansiyel olarak fahiş düzeydeki bu tür para cezaları, AB rekabet hukukunun ihlalleri için uygulanan cezaları anımsatan ve çığır açan bir reformdur.

IV. İŞLETMELERE YARARLARI

88

Aynı zamanda öneri, işletmeler için yararlı olacak değişiklikleri öngörmektedir. Birkaç üye ülkede kurulan ticari işletmeler, ‘tek durak noktasından’ yararlanacaktır: ana tesislerinin bulunduğu AB ülkesindeki tek bir ulusal veri koruma otoritesiyle ilgilenmek zorunda kalacaklardır. Benzer bir şekilde, tüketiciler ikamet ettikleri ülkedeki veri koruma otoritesine atıfta bulunabileceklerdir.

Şirketler için kayıt bildirimini gibi gereksiz idari yükler ortadan kaldırılacaktır (sınırlı durumlar hariç). Bu kırtasiyeciliğin, oldukça hoş karşılanan bir şekilde, kaldırılmasının şirketlere yaklaşık 2,3 milyar yıllık net tasarruf oluşturması beklenmektedir. Buna ek olarak, AB üyesi olmayan ülkelere kişisel verilerin transferi daha elverişli kurallar dizisiyle kolaylaştırılacaktır (örneğin, bağlayıcı şirket kurallarının açık bir şekilde tanınması ve daha basit onay süreci).

V. SEÇENEKLERİ TARTIŞMAK

Avrupa Komisyonu’nun kanun teklifi, her ikisi de metinde değişiklik önerebilecek Avrupa Parlamentosu ve AB üye ülkeleri (Bakanlar Konseyi ile toplantı) tarafından hâlihazırda tartışılacaktır. 25 Ocak 2012 tarihindeki basın konferansında Bayan Reding Avrupa Komisyonu’nun taslak kanun bakımından

şiddetli bir lobiciliğe maruz kaldığını ve bunun yasama süreci boyunca kesinlikle devam edeceğini açık bir şekilde itiraf etmiştir.

Avrupa Komisyonu'nun, Avrupa Komisyonu'nun ve Parlamentosu'nun mevcut hükümlerinin sona ermesinden önce öneriyi geçirme teşvikinin bulunmasına rağmen yasama sürecinin yaklaşık iki yılı alacağı beklenmektedir.

Diğer taraftan, önerinin çetin bir siyasi muhalefetle karşılaşması kesindir. Bazı üye devletler özellikle önerilen kurallardan daha yüksek düzeyde koruma sağladığı düşünüldüğü için (örneğin; Almanya) ya da işletmeler için daha az külfetli olduğu düşünüldüğü için (örneğin; Birleşik Krallık) kendi ulusal kanunlarından vazgeçme konusunda isteksizdirler. Taslak öneriye mahkemede bile karşı çıkılabilir. Örneğin, Almanya'da önerinin yasallığı Alman anayasal hukuku ışığında sorgulanmıştır.

Mevcut öneri iki yıllık bir geçiş dönemi öngörmektedir. Bu nedenle, kanunun tam olarak yürürlüğe girmesinden önce toplamda dört yıl alması beklenmektedir ve yasama sürecinde önemli değişikliklerin yapılacağı da hayli muhtemeldir.

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İKİNCİ DAİRE’NİN
LENO MERKEN BV & HAGELKRUIS BEHEER BV KARARI ***

(Dava: C-146/11, 19 Aralık 2012)

*Çeviren: Esen CAM ***

(Topluluk Markası – 207/2009 sayılı Konsey Tüzüğü – Madde 15(1) – ‘Markanın gerçek kullanımı’ – Kullanımının Bölgesel Kapsamı– Topluluk markasının tek bir Üye Ülke’ de kullanılması – Kullanımın Yeterli Olup Olmadığı)

C-149/11 Sayılı Davada,

1 Şubat 2011 tarihli karar ile *Gerechtshof te ’s-Gravenhage* (Hollanda) tarafından gerçekleştirilmiş, Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma (TFEU)’nın 267. maddesi uyarınca ön karar için yapılan ve 28 Mart 2011 tarihindeki adli kovuşturmada Divan tarafından kabul edilen BAŞVURU,

Davacı: Leno Merken BV

Davalı: Hagelkruis Beheer BV,

DİVAN (İkinci Daire),

İkinci Daire Başkanı A. Rosas, Hâkimler U.Lóhmus, (Raportör), A. ÓCaoimh, A. Arabadjiev ve C.G.Fernlund’dan oluşmaktadır,

Hukuk Sözcüsü: E. Sharpston,

Katip: M. Ferreira, Yönetici,

yazılı usul dikkate alınarak ve 19 Nisan 2012 tarihli celseye istinaden,

* <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131968&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236811> (e.t. 08.11.2013)

** Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü, Avrupa Birliği Hukuku ABD, esen.cam@marmara.edu.tr

- Leno Merken BV'ı temsilen, avukat D.M. Wille,
- Hagelkruis Beheer BV'ı temsilen, avukat J. Spoor,
- Hollanda Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla C.Wissels ve C.Schillemans,
- Belçika Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla J.-C. Halleux,
- Danimarka Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla C.H. Vang,
- Alman Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla K. Petersen,
- Fransız Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla J. Gstalter,
- Macaristan Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla M. Ficsor, K. Szijjártó ve K.Molnár,
- Birleşik Krallık Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla S. Ossowski,
- Avrupa Komisyonu'nu temsilen, vekil sıfatıyla T. van Rijn, F.W. Bulst ve F.Wilman, adına sunulmuş görüşlerin değerlendirilmesinin ardından,

5 Temmuz 2012 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsü' nün Görüş'ü dinlendikten sonra,

Aşağıdaki kararı vermektedir:

Hüküm

1. Bu ön karar başvurusu, Topluluk Markası üzerine (OJ 2009 L 78, p. 1) 207/2009 sayılı ve 26 Şubat 2009 tarihli Konsey Tüzüğü'nün 15(1) No'lu maddesinin yorumlanması ile ilgilidir.
2. Bu başvuru, Leno Merken BV ('Leno') ve Hagelkruis Beheer BV ('Hagelkruis') arasında geçen, Topluluk Markası ONEL'in mal sahibi Leno'nun, Benelüks markası OMEL'in mal sahibi Hagerkruis tarafından tescil edilmesinin reddine ilişkin açtığı dava esnasında yapılmıştır.

Hukuki Çerçeve

207/2009 sayılı Tüzük

3. 207/2009 sayılı Tüzük'ün önsözündeki 2., 3., 4., 6. ve 10. beyanlar şu şekildedir:

'(2) Gerektiği gibi işleyen ve ulusal bir pazarın sağlanmış olduğu koşullarla aynı koşulları sunan bir iç pazarın oluşturulmasıyla, Topluluk genelinde ekonomik faaliyetlerde uyumlu bir kalkınma ve sürekli ve dengeli bir büyümenin teşvik edilmesi arzu edilmektedir. . Bu türden bir pazar oluşturmak ve onu giderek tek pazar haline getirmek için, yalnızca, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılması ve rekabetin tahrif edilmemesini güvence altına alacak düzenlemeler tesis edilmesi değil, bunlara ek olarak, ister malların üretimi ve dağıtımını, ister hizmetlerin sağlanması olsun, girişimcilerin, faaliyetlerini Topluluk ölçeğine uyarlamalarına olanak tanıyacak hukuki koşulların yaratılması gerekmektedir. Bu amaçlar için, girişimcilerin mal ve hizmetlerinin, ulusal sınırlara bakılmaksızın, Topluluk genelinde aynı ölçüde tanınmasına olanak sağlayan markalar, girişimcilerin emrine amade olan hukuki araçlar arasında yer almalıdırlar.

(3) Topluluk' un bahsi geçen hedeflerini izlemek amacıyla, markaların güvence altına alınmasını sağlayacak Topluluk düzenlemelerinin yapılması gerekli görünmektedir ki bununla, girişimciler, tek usul sistemi vasıtasıyla, her yerde aynı şekilde koruma altına alınmış ve etkilerini Topluluk'un tüm alanı üzerinde yaratan Topluluk markalarını alabilsinler. Topluluk markasının üniter karakterinin böylece ifade edilmiş olan ilkesi, bu Tüzük'te aksine bir hüküm bulunmadığı sürece geçerlidir.

(4) Marka sahiplerine Üye Ülke'lerin yasalarınca verilen hakların bölgesellik bariyeri kanunların birbirine yaklaştırılması ile kaldırılamaz. İç pazarın tamamında sınırsız ekonomik faaliyetin girişimcilerin yararına sayılabilmesi için, markalar, tüm Üye Ülkeler'de doğrudan tatbik edilebilir standart bir Topluluk hukuku ile yönetilecek şekilde oluşturulmalıdır.

...

(6) Bununla birlikte, markalar ile ilgili Topluluk hukuku, Üye Ülkeler'in markalara ilişkin mevzuatının yerini alamaz. Esasen girişimcilerin, markalarının Topluluk markası olarak tescillenmesi için başvuruda

bulunmalarına herhangi bir gerekçe yoktur. Ulusal markalar ise kendi markalarına Topluluk seviyesinde koruma istemeyen girişimciler için zorunlu olmaya devam edecektir.

...

(10) Kendilerinden önce tescillenmiş herhangi bir marka ile kıyaslandıklarında Topluluk markalarını, fiilen kullandıkları alan haricinde, korumak için herhangi bir gerekçe yoktur.'

4. 207/2009 sayılı Tüzük'ün 1(2) No'lu maddesi öngörmektedir ki:

'Bir Topluluk markasının üniter bir karakteri olacaktır. Marka Topluluk genelinde eşit etkiler yaratacaktır: Marka tescil, transfer ya da teslim edilemez veya sahiplerinin haklarını hükümsüz kılacak ya da geçersiz olduğunu bildirecek bir kararın konusu olamaz veyahut tüm Topluluk nazarında korunmuş olan kullanımı yasaklanamaz. Bu ilke, Tüzük'te aksine bir hüküm bulunmadığı sürece geçerlidir.'

94

5. Bu tüzüğün "Topluluk Markasının kullanımı" adlı 15. Maddesi şunları öngörmektedir:

'1. Eğer, kaydı izleyen beş yıllık dönem içerisinde, markanın sahibi, Topluluk markasını, tescil edildiği mallar ve hizmetlerle ilgili olarak Toplulukta gerçek kullanıma sokmamışsa, veya böyle bir kullanım kesintisiz beş yıllık dönem süresince askıya alınmışsa, markanın neden kullanılmadığına ilişkin geçerli nedenler bulunmadığı takdirde, Topluluk markası, bu Tüzük'te öngörölmüş olan yaptırımlara tabi olacaktır.

Aşağıdakiler ilk bendin kapsamında kullanımı tesis edeceklerdir:

(a) Topluluk markasının, tescillenmiş biçimindeki ayırt edici özelliğini tahrif etmeyen, öğelerinde farklılaşan bir biçimde kullanılması;

(b) Topluluk içinde, Topluluk markasının yalnızca ihracat amaçlı ürünlere ya da ambalajlara damgalanması.

2. Topluluk markası sahibinin izni ile başkaları tarafından kullanıldığında,

mal sahibi tarafından kullanılmış gibi kabul edilecektir.'

6. 207/2009 sayılı Tüzük'ün 'İtirazın İncelenmesi' başlıklı 42. Maddesi'nin 2. ve 3. fıkralarında şunlar öngörülmektedir:

'2. Başvuru sahibi talep ettiği takdirde, daha önceki Topluluk markasının itiraz hakkında bilgilendirilmiş olan sahibi, Topluluk markası başvurusunun yayımlanmasını izleyen beş yıllık dönem süresince, itirazın gerekçesi olarak gösterilen önceki Topluluk markasının, markanın taşıyıcısı olmak üzere tescillenmiş mal ve hizmetler bakımından, Toplulukta gerçek kullanıma sokulduğunu ya da markanın neden kullanılmadığına ilişkin geçerli nedenlerini –önceki Topluluk markasının en az beş yıl süreyle tescillenmiş olması koşuluyla – delil olarak ileri sürebilir. Bu husus ispat edilemez ise itiraz reddedilecektir. ...

3. 2. Fıkra, Topluluktaki kullanımı için korunmuş olan önceki ulusal markanın Üye Ülke'deki kullanımının yerini alan, madde 8(2)(a)'da belirtilmiş önceki ulusal markalar için geçerlidir.'

7. 7207/2009 sayılı Tüzük'ün 'İptal Gerekçeleri' başlıklı 51. maddesinin 1(a). fıkrasında öngörülmektedir ki:

'Topluluk markasının sahibine ait haklar, İç Pazar (Marka ve Tasarım) Uyumlaştırma Ofisi (OHIM) 'ne yapılan başvuru ya da hak ihlali kovuşturması sırasındaki karşı iddia temelinde hükümsüz kılınacaktır:

(a) eğer, beş yıllık kesintisiz bir dönem içerisinde, marka tescil edildiği mallar ve hizmetler bakımından Topluluk içinde gerçek kullanımına sokulmamışsa, ve markanın neden kullanılmadığına ilişkin geçerli nedenler bulunmadığı takdirde; ...'.

8. Tüzük'ün 112. maddesi uyarınca:

'1. Topluluk markası için başvuruda bulunan kişi veya markanın sahibi, Topluluk markası başvurusunun ya da Topluluk markasının bir ulusal marka başvurusuna dönüşümünü talep edebilir:

(a) Topluluk marka başvurusu reddedilir, geri çekilir ya da geri çekilmiş sayılırsa;

(b) Topluluk markası etkisini kaybetmişse.

2. Dönüşüm gerçekleşmeyeceği haller:

(a) dönüşümün talep edildiği Üye Ülke'de Topluluk markası, Üye Ülke'nin yasalarına göre markanın gerçek kullanımı (genuine use) olarak tabir edilen kullanıma sokulmadığı takdirde, Topluluk markasının sahibine ait haklar, kullanılmama gerekeşisiyle iptal edildiğinde;

...'

2008/95 sayılı Konsey Yönetmeliği

9. Avrupa Parlamentosu'nun ve 22 Ekim 2008 tarihli Konsey'in 2008/95/EC sayılı Yönetmeliğinin önsözünde yer alan ve Üye Ülkeler'in markalara (OJ 2008 L 299, s. 25) ilişkin yasalarını yakınlaştırmayı amaçlayan 2. Beyan şöyledir:

'Üye Ülkelerde geçerli olan marka yasaları [Üye Ülkelerin markalarla ilgili yasalarını (OJ 1989 L 40, p. 1) uyumlama amaçlı 21 Aralık 1988 tarihli] [Birinci Konsey] 89/104/EEC sayılı Yönetmeliğin hükmü altına girmeden önce, ürünlerin serbest dolaşımını ve hizmet sunma serbestisini sekteye uğratabilecek ve ortak pazardaki rekabetin deforme olmasına neden olabilecek eşitsizlikler içermektedir. Bu nedenle, iç pazarın gerektiği gibi işlediğinden emin olabilmek için Üye Ülkeler'in yasalarının uyumlaştırılması gereklidir.'

10. 2008/95 sayılı Yönetmeliğin 10(1). Maddesinde öngörülmektedir ki:

'Kayıt prosedürünün tamamlanma tarihini takip eden beş yıllık dönem içinde, marka sahibi, markanın tescil edildiği mallar ve hizmetler bakımından, markayı Üye Ülke'de gerçek kullanıma sokmamışsa, ya da böyle bir kullanım kesintisiz beş yıllık dönem içerisinde askıya alındıysa, markanın neden kullanılmadığına ilişkin geçerli nedenler bulunmadığı takdirde, marka bu

Yönetmelik'te öngörölmüş olan yaptırımlara tabi olacaktır.

...'

Fikri Mülkiyet Benelüks Konvansiyonu

11. 25 Şubat 2005'te Lahey'de imzalanan, tadil edilmiş şekli 1 Şubat 2007'den bu yana yürürlükte olan Fikri Mülkiyet Benelüks Konvansiyonu (BCIP), başka şeylerin yanı sıra, yürürlükten kaldırılan ve yerini 2008/95 sayılı Yönetmelik'e bırakan 89/104 sayılı İlk Yönetmelik'i uygulayan standart yasaları sistematik ve şeffaf bir biçimde biraraya getirmeyi hedeflemiştir.

12. BCIP'nin 2.3' üncü Maddesi'ne göre:

'Başvuruların öncelik sırası belirlenirken, başvuru sırasında mevcut ve yasal işlem sırasında korunmuş olan haklar, şu koşullarda dikkate alınacaktır:

(a) aynı mal ve hizmetler için başvuru aynı markalarda;

(b) önceki markayla bağlantılı olma riski taşıyarak kamuda kafa karışıklığı yaratma olasılığı bulunan aynı ya da benzer ürün ve hizmetler için başvuru aynı veya benzer markalarda;

...'

13. BCIP'in 2.14'üncü Maddesinin 1. fıkrası şunu öngörmektedir:

'1. Önceki bir markanın başvuru ya da sahibi, başvurunun yayımlanmasını takip eden ayın ilk gününden başlayan iki aylık dönem içerisinde, Ofis'e marka ile ilgili itirazlarını yazılı bir bildirim ile sunabilirler:

(a) Madde 2.3'ün (a) ve (b) bendine uygun olarak, öncelik sırasına göre kendi markasından sonra gelen marka için, veya

...'

14. BCIP'in 2.45'inci Maddesi'ne göre, 'Madde 2.3 ve Madde 2.28.3 (a) kaydın önceki bir Topluluk markası başvurusuna dayanması halinde uygulanacaktır.'

15. BCIP'in 2.46'ıncı Maddesi'ne göre:

'Madde 2.3 ve Madde 2.28.3 (a), Benelüks topraklarındaki önceliği Topluluk markası ile ilgili Tüzük uyarınca geçerli olduğu iddia edilen Topluluk markaları için, önceliğe dayanaklık eden Benelüks markası ya da uluslararası marka gönüllü olarak iptal edilmiş ya da süresi dolmuş olsa bile, geçerlidir'.

Esas davadaki ihtilaflar ve ön karar ile ilgili sorular

16. 27 Temmuz 2009'da Hagelkruis, gözden geçirilmiş ve değiştirilmiş şekliyle, 'Markaların Tescillenmesi Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılması' na ilişkin 15 Haziran 1957 tarihli Nice Antlaşması'nın 35. (reklam ve tanıtım; işletmecilik; ofis işlemleri; iş yönetimi; pazarlama), 41. (eğitim, kurs ve öğretim oturumları; seminer ve ticari fuar organizasyonları) ve 45. (avukatlık hizmetleri) sınıflarındaki hizmetler ile ilgili olarak Benelüks Fikri Mülkiyet Ofisi'ne (Markalar ve Tasarımlar) ('BOIP') sözcük işareti OMEL'in tescillenmesi için başvuruda bulunmuştur.

17. Leno, Nice Antlaşması'nın 35, 41 ve 45. sınıflarında belirtilmiş hizmetler için 19 Mart 2002'de başvurulmuş ve 2 Ekim 2003'te tescillenmiş olan Topluluk sözcük işareti ONEL'in sahibidir.

18. 18 Ağustos 2009'da, Leno, BCIP'in 2.3'üncü maddesinin (a) ve (b) fıkralarıyla birlikte 2.14.1'inci maddenin hükümlerine dayanarak, Hagelkruis'in OMEL markasının tescili için yaptığı başvuruya karşı dava açmıştır. Hagelkruis, bu itiraza Leno'nun Topluluk markasının kullanıldığına ilişkin kanıt isteyerek yanıt vermiştir.

19. 15 Ocak 2010 tarihli karar ile, BOIP bu itirazı, ihtilaflı marka başvurusunun yayımlanma tarihini izleyen beş yıllık sürede Leno'nun ONEL'i, markanın gerçek kullanıma soktuğunu gösterememesi gerekçesiyle, reddetmiştir. Leno, Gerechthof te 's-Gravenhage (Bölgesel Temyiz Mahkemesi, Lahey) önünde bu kararı temyiz etmiştir.

20. Başvurulan mahkemeye göre, taraflar arasında ortak zemin bulunduğundan (i) iki marka benzerdir, (ii) markalar aynı ya da benzer hizmetler için

tescillenmiştir, ve (iii) OMEL, BCIP'in 2.3'üncü maddesinin (b) bendinde belirtildiği üzere, kamu üzerinde benzerlikten ileri gelen bir kafa karışıklığına sebebiyet verilmesinden sorumludur. Bununla birlikte, 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15. maddesinde belirtilen 'gerçek kullanım' kavramının yorumlanmasında ve, özellikle de, gerçek kullanım için gerekli olan bölgesel alanın boyutu üzerinde anlaşma sağlanamamıştır.

21. İlgili mahkeme tarafından sunulan açıklamalara bağlı olarak, Leno önceki marka olan ONEL'i, ilişkili dönemde Hollanda'da gerçek kullanıma soktuğunu göstermiş olsa da, Topluluk'un geri kalanında markanın kullanıldığına ilişkin kanıt gösterememiştir.

22. İlgili mahkemenin dava hukukundan (bakınız, kararlar: Dava C-40/01 *Ansul* [2003] ECR I-2439, fıkra 43, ve Dava C-416/04P *Sunrider v OHIM* [2006] ECR I-4237, fıkralar 66, 70'den 73'e ve 76 ve emir: Dava C-259/02 *La Mer Technology* [2004] ECRI-1159, fıkra 27') yola çıkarak yaptığı incelemeler doğrultusunda görülmüştür ki, 'markanın gerçek kullanımı' Avrupa Birliği hukukunda kendi bağımsız anlamı olan bir kavramdır; kullanımının bölgesel kapsamı, önceki markanın, tescil edildiği mallar ve hizmetler bakımından 'gerçek kullanıma' sokulup sokulmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken unsurlardan yalnızca biridir ve markanın tek bir Üye Ülke'deki kullanımı, Topluluktaki 'gerçek kullanımın' söz konusu olmadığı anlamına gelmemektedir.

23. Bununla birlikte başvuru mahkeme, 40/94 sayılı Tüzüğü'nün (1996'da OHIM'in Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır, s. 613; 'Ortak Bildiri') kabul edildiği Avrupa Birliği Konseyi toplantısının tutanağına girilen, Konsey ve Komisyon'un 15. Maddenin anlamının sınırları içerisinde markanın tek ülkedeki gerçek kullanımının Topluluktaki gerçek kullanımı tesis edeceği yönünde -kendisine bakarak- değerlendirmede bulunduğu, Topluluk markasına (OJ 1994, L 11, p.1) ilişkin 40/94 sayılı ve 20 Aralık 1993 tarihli Konsey Tüzüğü'nün 15. maddesiyle ilgili 10 No'lu Ortak Bildiri'nin (Joint Statement) önemi hususunda emin değildir.

24. Bu koşullar altında, Gerechtshof te 's-Gravenhage duruşmanın ertelenmesine ve bir ön karar için aşağıdaki soruların Mahkeme'ye yöneltilmesine karar vermiştir:

'1. 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15(1). maddesi, bir topluluk markasının tek bir Üye Ülke sınırları içindeki kullanımının o markanın gerçek kullanımı için yeterlidir şeklinde mi yorumlanmalıdır; onun ulusal bir marka olduğu bilindiğinde, böyle bir kullanım, o Üye Ülke'de gerçek kullanım olarak kabul edilmeli midir (bknz. 40/94 sayılı Tüzük'ün 15. maddesiyle ilgili 10 No'lu Ortak Bildiri ve OHIM'in İtiraz Rehberi)?

2. Eğer birinci soru olumsuz yanıtlanmışsa, Topluluk markasının yukarıda açıklanan tek bir Üye Ülke'deki kullanımı, 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15. maddesinde belirtildiği üzere Topluluk'taki 'gerçek kullanım' olarak kabul edilemez mi?

3. Eğer bir Topluluk markasının tek bir Üye Ülke'deki kullanımı markanın Topluluk'taki gerçek kullanımı olarak kabul edilemezse, o markanın Topluluk'taki gerçek kullanımı değerlendirilirken, Topluluk markasının kullanımının bölgesel kapsamı bakımından – başka unsurların yanı sıra – hangi koşullara bakılacaktır?

4. Veyahut – yukarıdakilere alternatif olarak – 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15. Maddesi, markanın Topluluk'taki gerçek kullanımının, sadece Üye Ülkeler'in topraklarının sınırlarına bakılmaksızın, tamamen soyut bir biçimde (ve, örneğin, pazar payı (ürün piyasaları/coğrafi pazarlar) referans noktası alınarak) değerlendirilmesi gerektiği şeklinde mi yorumlanmalıdır?'

Ön karar ile ilgili soruların değerlendirilmesi

25. Birlikte incelenmesi uygun dűřen sorularıyla, başvuru mahkeme, esasında, řunu sormaktadır: 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15(1). Maddesinin, Topluluk markasının tek bir Üye Ülke'deki gerçek kullanımının, bu hükmün anlamının kapsamı içinde, 'Topluluktaki gerçek kullanım' için gereken

koşulları karşılamaya yeterli olacağı şeklinde yorumlanmalı mıdır, yoksa, Üye Ülkeler'in toprak sınırları bu koşulun değerlendirilmesinde dikkate alınmamalı mıdır?

26. Başlangıç olarak, akılda tutulmalıdır ki, markaların korunması, Avrupa Birliği içinde, çeşitli koruma sistemlerinin biraradalığı ile karakterize olmuştur. İlk olarak, önsözün 2. beyanına göre, 2008/95 sayılı Direktif'in hedefi, ürünlerin serbest dolaşımını ve hizmet sağlama özgürlüğünü sekteye uğratabilecek ve ortak pazardaki rekabete zarar verebilecek, herhangi bir mevcut eşitsizliği gidermek için ulusal marka yasalarının uyumlaştırılmasıdır. (bu bağlamda, bkz, Dava C-190/10 *GENESIS* [2012] ECR I-0000, 30. ve 31. fıkralar).
27. İkinci olarak, 207/2009 sayılı Tüzük'ün önsözünün 3. beyanın da açıkça görülebileceği üzere, bu yönetmeliğin hedefi, standart koruma altına alınmış ve Avrupa Birliği'nin tüm alanı içinde kendi etkilerini üreten markalar için bir Topluluk rejiminin yaratılmasıdır (bu bağlamda, bkz, Dava C-235/09 *DHL Express France* [2011] ECR I-0000, fıkra 41, ve *GENESIS*, fıkra 35).
28. Mahkeme hali hazırda - *Ansul* ve *Sunrider v OHIM*'deki kararlarda ve *La Mer Technology*'deki emirde- 'gerçek kullanım' kavramını, ulusal markanın gerçek kullanıma sokulup sokulmadığının değerlendirilmesi bağlamında, Avrupa Birliği hukukunun yeknesak bir yoruma sahip olması gereken bir kavramı olarak dikkate alarak, yorumlamıştır.
29. Otoritenin bu çizgisinden hareketle, marka, adının taşıyıcısı olmak üzere tescillendiği mal ve hizmetlerin -o mal ve hizmetler için bir çıkış oluşturmak veya korumak amacıyla- kökeninin kimliğini garanti altına almak olan kendi temel işlevi ile uyum içerisinde kullanıldığında o markanın 'gerçek kullanımı' vardır; gerçek kullanım yalnızca marka tarafından verilen hakların korunması için olan göstermelik kullanımını içermez. Markanın kullanımının 'gerçek' olup olmadığı değerlendirilirken, ticari gidişat sırasında markanın gerçek bir ticari sömürüsünün olup olmadığının saptanması ile ilgili tüm gerçekler ve koşullar, özellikle de iktisadi sektörde, marka tarafından korunan ürünler

ve hizmetler için pazar payını korumanın ya da yaratmanın araçları olarak düşünölen, üretici tarafından garanti altına alındığı kabul edilen kullanımlar, bu ürünlerin ve hizmetlerin doğası, pazarın özellikleri ve marka kullanımının ölçęđi ve sıklığı dikkate alınmalıdır (bknz *Ansul*, fıkra 43, *Sunrider v OHIM*, fıkra 70, ve emir: *La Mer Technology*, 27. fıkra).

30. Mahkeme ayrıca belirtmiştir ki, kullanımın bölgesel kapsamı, kullanımın 'gerçek' olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınması gereken birçok faktörden yalnızca biridir (bknz. *Sunrider v OHIM*, fıkra 76).
31. 2008/95 sayılı Yönetmelik ve 207/2009 sayılı Tüzük, markanın gerçek kullanıma sokulmasını şart koşarak, aynı hedefi izlediğinden, bu yorumun kıyas yoluyla Topluluk markalarına da uygulanması mümkündür.
32. Nitekim, hem yönetmeliğın 9. beyanına hem de tüzüğün 10. Beyanına bağlı olarak, Avrupa Birliği yasama organı gerçekten kullanılması şartına bağlı markalara ilişkin hakların korunmasını amaçlamaktadır. Hukuk Sözcüsü'nün Görüş'lerinin 30. ve 32. noktalarında belirttiği üzere, kullanılmayan bir Topluluk markası, başkaları tarafından marka olarak kaydettirilebilecek işaretler dizisini sınırlandırarak ve rakipleri, söz konusu marka tarafından kapsananlara aynı ya da benzer ürün ve hizmetleri iç pazara koyarken, bu markayı ya da benzerini kullanma fırsatından alıkoyarak rekabete engel olabilir. Sonuç olarak, bir Topluluk markasının kullanılmaması, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının kısıtlanmasına neden olabilmektedir.
33. Bu kararın 29. fıkrasında ifade edilen dava hukuku kıyas yoluyla Topluluk markalarına uygulanırken, ulusal markalara verilmiş olan korumanın bölgesel kapsamı ile koruma altına alınmış olan Topluluk markaları arasındaki, her halükarda, sırasıyla her iki türden işaret için de geçerli olan,ve markanın gerçek kullanımı için gerekli olan koşullarla ilişkili hükümlerin ifade edilmesiyle anlaşılabilir olan farklılık, daha az hesaba katılmamalıdır.

- 34.** Bu nedenle, bir yandan 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15(1) Maddesi şunu da öngörmektedir; 'eğer tescili takip eden beş yıllık dönem içerisinde, marka sahibi Topluluk markasını, tescil edildiği mallar ve hizmetler bakımından, gerçek kullanıma sokmamışsa, ya da böyle bir kullanım kesintisiz beş yıllık dönem içerisinde sekteye uğramışsa, markanın kullanılmamasına ilişkin geçerli bir neden olmadığı takdirde, Topluluk markası bu Tüzük'te öngörülen yaptırımlara tabi olacaktır'. Öte yandan, 2008/95 sayılı Yönetmelik'in 10. Maddesi, ulusal markaların 'Üye Ülke' içinde gerçek kullanıma sokulmasını şart koşarak, aynı kuralın özünü ulusal markalar açısından ortaya koymaktadır.
- 35.** 'Gerçek kullanım' ın bölgesel kapsamına ilişkin iki grup marka kuralları arasındaki fark ayrıca 207/2009 sayılı Tüzük'ün 42(3). Maddesinde vurgulanmıştır. Buna göre 42. Maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan – itiraz bildirildiğinde, Topluluk markası için başvuruda bulunanın, önceki Topluluk markasının Topluluk içinde gerçek kullanıma sokulmadığını ispatlaması gerekebilir, şeklindeki – kural ' Topluluktaki kullanımı için korunmuş olan daha önceki ulusal markanın Üye Ülke'de kullanılmasını sağlayarak,' daha önceki ulusal markalara da uygulanabilir.
- 36.** Yine de, bu kararın 30.fıkrasında değinilen dava hukukundan da açıkça anlaşılabilceği üzere, dikkat edilmelidir ki, kullanımın bölgesel kapsamı markanın gerçek kullanımından ayrı bir durum değil, gerçek kullanımı belirleyen, genel analize dâhil edilmesi ve diğerleriyle aynı zamanda incelenmesi gereken faktörlerden biridir. Bu bağlamda, 'Toplulukta' ifadesi, Topluluk markasının işbu kullanımının gerçek kullanım sayılıp sayılmayacağına ilişkin tüm değerlendirmelere referans noktası olarak hizmet eden coğrafi pazarı tanımlamayı amaçlamaktadır.
- 37.** Konuyla ilgili soruların yanıtlanabilmesi için, 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15(1). Maddesinin amaçları doğrultusunda 'markanın Topluluktaki gerçek kullanımı' ifadesi ile nelerin kapsandığından emin olmak gerekmektedir.

- 38.** 15(1). Maddenin metninde Üye Ülkelerin topraklarına ilişkin herhangi bir referans bulunmamaktadır. Ancak, hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, Topluluk markası Toplulukta kesinlikle kullanılmalıdır, başka bir deyişle, markanın üçüncü devletlerdeki kullanımı dikkate alınamaz.
- 39.** 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15(1). Maddesinin daha ayrıntılı bir açıklamasının yokluğunda, hükmün bağlamı, söz konusu mevzuat tarafından belirlenen plan ve bu mevzuatın izlediği hedefler dikkate alınmalıdır.
- 40.** 207/2009 sayılı Tüzük tarafından izlenen hedeflerle ilgili olarak, 2, 4 ve 6. beyanlar birlikte okunduğunda, açıkça görölmektedir ki tüzük, girişimcilerin faaliyetlerini Topluluk ölçeğiyle uyumlamasına ve bu faaliyetleri kısıtlama olmadan yürütmelerine imkan sağlayarak, Üye Ülke yasalarınca marka sahiplerine verilmiş olan hakların bölgesellik sınırlarını ortadan kaldırmanın yollarını aramaktadır. Topluluk markası böylece mal sahibinin ürün ve hizmetlerinin, ülke sınırlarına bağlı olmaksızın, tüm Topluluk çapında aynı yollardan dağıtılmasına izin vermektedir. Öte yandan, markalarını Topluluk seviyesinde korumayı istemeyen girişimciler ulusal markaları seçebilirler ve markalarının Topluluk markası olarak kaydedilmesi için başvuruda bulunmak zorunda değillerdir.
- 41.** Bu hedeflere ulaşabilmek amacıyla, Avrupa Birliği yasama organı 3. beyanla birlikte okunan 207/2009 sayılı Tüzük'ün 1(2). Maddesi ile Topluluk markasının, Topluluğun tüm alanı boyunca yeknesak korumadan yararlanmasını ve eşit etkiler yaratmasını mümkün kılacak, üniter bir karaktere sahip olmasını sağlamıştır. Marka, ilke olarak, kayıt, transfer ve teslim edilemez veya sahibinin haklarını fesheden ya da geçersiz kılan bir kararın konusu olamaz veyahut tüm Topluluk'un tasarrufunda olan kullanımları yasaklanamaz.
- 42.** Topluluk markaları sisteminin amacı bu nedenle –207/2009 sayılı Tüzük'te getirilmiş 2. Beyanda da görölebileceği üzere – iç pazarda ulusal bir pazarda sağlanmış olan koşullara denk koşullar sunmaktır. Bu bağlamda, marka için Topluluk düzenlemeleri çerçevesinde, Üye Ülke topraklarına özel bir

önem verilmesi gerektiği saptansaydı, bu durum, bu kararın 40. fıkrasında tanımlanan hedefleri boşa çıkarır ve Topluluk markasının üniter yapısı için sakıncalı olabilirdi.

43. 207/2009 sayılı Tüzük'ün sistematik bir incelemesi kuşkusuz açığa çıkaracaktır ki bazı hükümlerinde kullanılan ifadelerde bir ya da daha fazla Üye Ülke'nin topraklarına da göndermede bulunulmuştur. Bununla birlikte, dikkat edilmelidir ki, 'Toplulukta' ifadesi genel olarak Topluluk markası tarafından verilmiş haklarla bağlantılı olarak kullanılırken, bu referanslar, özellikle de ulusal markalarla ilgili olarak, Topluluk markalarına ilişkin yasal işlemlerdeki yargılama ve prosedürlerle ilgili hükümlerde yapılmışlardır.
44. Yukarıda belirtilen hususlara göre, Üye Ülkeler'in coğrafi sınırları 'markanın Topluluk'taki gerçek kullanımının değerlendirilmesi sırasında, 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15(1). Maddesinin anlamı gereği, göz ardı edilmelidir.
45. 'Madde 15 bağlamında gerçek kullanımın tek bir ülkede tesisinin Toplulukta da gerçek kullanım olacağı' yorumu, ne bu kararın 23. Paragrafında atfedilen Ortak Bildiri'de ne de aynı kuralın özünü içeren OHIM'in İtiraz Yönergesi'nde zayıflatılmamıştır.
46. İlk olarak, Ortak Bildiri uyarınca, ikincil mevzuata ait bir hükümde değinilmemiş olan bir açıklamanın Konsey tutanağına geçirilirken, bir içtihat hukuku ile karara bağlanması, bu hükmün (Dava C-292/89 *Antonissen* [1991] ECR I-745, fıkra 18; Dava C-104/01 *Libertel* [2003] ECR I-3793, fıkra 25; Dava C-402/03 *Skov and Bilka* [2006] ECR I-199, fıkra 42, ve Dava C-356/05 *Farrell* [2007] ECRI-3067, fıkra 31) yorumlanması amacıyla kullanılamaz.
47. Ayrıca, Konsey ve Komisyon Bildirim'in önsözündeki sınırlamayı açıkça kabul etmiştir ki, buna göre 'Konsey ve Komisyonun aşağıdaki ifadeleri yasal bir metnin parçası olamayacaklarından, bu metnin Mahkeme tarafından yorumlanmasına bitaraftırlar.'

- 48.** İkinci olarak, belirtilmelidir ki OHIM Yönergeleri Avrupa Birliği Hukuku'nun hükümlerinin yorumlanması amacıyla hukuki açıdan bağlılık taşımazlar.
- 49.** Divan, bazı ilgili kişiler tarafından bu duruşmalardaki incelemelerini sunmak amacıyla yapılan, Topluluk markasının kullanımının bölgesel kapsamının herhangi bir koşulda tek bir Üye Ülke'nin topraklarıyla sınırlandırılmayacağı yönünde ki başvuruları kabul edebilir. 207/2009 sayılı Tüzük'ün 112(2) (a) Maddesine dayanan başvuru, yine bu madde uyarınca, marka sahibinin hakları kullanılmama gerekçesiyle feshedildiğinde Topluluk markasını bir ulusal marka uygulamasına dönüştürmek, 'dönüşümün talep edildiği Üye Ülke'de, Topluluk markası, Üye Ülke'nin yasaları altında markanın gerçek kullanımı olarak kabul edilen kullanıma konulduğunda, mümkündür.
- 50.** Bir Topluluk markasının, 'gerçek kullanım' olarak kabul edilecek kullanımı için, tek bir Üye Ülke'nin topraklarından çok daha geniş bir alanda kullanılması gerektiğini düşünmenin kuşkusuz bazı gerekçeleri bulunmasına karşın –çünkü bir ulusal markadan çok daha geniş bölgesel korumadan yararlanmaktadır – göz ardı edilemez ki, belirli koşullar altında, Topluluk Markası olarak tescillenmiş mal ve hizmetler için oluşturulan pazar aslında, tek bir Üye Ülke'nin topraklarıyla sınırlıdır. Böyle bir durumda, bu topraklarda Topluluk markasının kullanımı, hem Topluluk markasının gerçek kullanımı hem de ulusal markanın gerçek kullanımı için gerekli koşulları karşılayabilecektir.
- 51.** Hukuk Sözcüsü'nün Görüş'ünün 63. Noktasında gözlemlediği üzere; sadece ulusal bir mahkemenin bulabileceği gibi, davanın tüm gerçekleri göz önünde bulundurulduğunda, markanın bir Üye Ülke'deki kullanımı onun Topluluktaki gerçek kullanımının tayin edilmesi bakımından yetersizdir; bir Topluluk markasının ulusal markaya dönüştürülmesi ise 207/2009 sayılı Tüzük'ün 112(2)(a). Maddesinde bir istisna yapılmasıyla mümkün olabilir.

- 52.** Mahkemeye görüşlerini sunmuş olan kimi ilgili kişiler de ileri sürmüşlerdir ki, iç pazar kapsamındaki Üye Ülkeler'in sınırları görmezden gelinse bile, Topluluk markasının gerçek kullanımının koşulu markanın Topluluk'un, Üye Ülke'nin topraklarına karşılık gelebilecek, önemli bir bölümünde kullanılmasını gerektirmektedir. Bunlar fikirlerini aşağıdaki örneklerle dayanarak savunmaktadırlar; Dava C-375/97 *General Motors* [1999] ECRI-5421, fıkra 28, Dava C-328/06 *Nieto Nuño* [2007] ECRI-10093, fıkra 17, ve Dava C-301/07 *PAGO International* [2009] ECRI-9429, fıkra 27).
- 53.** Bu argüman kabul edilemez. Öncelikle, söz konusu durumlar, ünlü ya da Toplulukta ya da kayıtlı olduğu Üye Ülke'de iyi tanınan markalara verilen genişletilmiş koruma ile ilgili hükümlerin yorumlanmasıyla ilgilidir. Bununla birlikte, reddedilen bir itirazla veya markanın feshedilmesiyle sonuçlanabilecek, markanın gerçek kullanımının koşulu, bilhassa 207/2009 sayılı Tüzük'ün 51. Maddesinde öngörüldüğü üzere, bu hükümlerden daha farklı bir hedef izlemektedir.
- 54.** İkincisi, bir Topluluk markasının bir ulusal markadan daha geniş bir alanda kullanılmasını beklemek mantıklıyken, böyle bir nitelendirme ilgili pazardaki ürünün ya da hizmetin özellikleriyle ilgili olacağından, bu kullanımının 'gerçek' olarak kabul edilebilmesi için geniş bir coğrafi alanda kullanılması şart değildir (bknz. Kıyas yoluyla, kullanımın kapsamıyla ilgili olarak, *Ansul*, fıkra 39).
- 55.** Markanın kullanımının gerçek olup olmadığına ilişkin değerlendirme, markanın ticari istismarının, markanın taşıyıcı olmak üzere tescillenmiş mal ve hizmetler için pazar paylarının oluşturulmasına ya da korunmasına hizmet edip etmediğinin belirlenmesiyle bağlantılı tüm gerçeklere ve koşullara başvurularak yürütüldüğünden, markanın kullanımının 'gerçek' olup olmadığını saptamak için hangi bölgesel kapsamın seçilmesi gerektiğini *a priori* (önceden) ya da soyut olarak belirlemek mümkün değildir. Bir ulusal mahkemenin, ihtilafın tüm koşullarını kendisinden önce belirlenmesine

izin vermeyecek olan, bir *de minimis* kuralı bu nedenle ortaya konamaz. (kıyasen, bkz. Emir: *La Mer Technology*, 25. ve 27. Fıkralar, ve karar: *Sunrider v OHIM*, 72. Ve 77. Fıkralar).

56. Divan, esas davalarda, Topluluk markasının kullanımı ile ilgili olarak, başvuran mahkemeye markanın gerçek kullanımının var olup olmadığına ilişkin, daha hususi bir rehberlik sağlanmasını olanaklı kılabilmek için gereken somut bilgiye sahip değildir. Yukarıdaki hususlardan da görülebileceği üzere, söz konusu markanın esas işlevi ile uyum içerisinde ve koruma altındaki mal ve hizmetler için bir pazar payı yaratılması ya da korunması amacıyla kullanılıp kullanılmadığına karar verecek olan başvurulmuş mahkemedir. Bu değerlendirmede esas duruşmalarda (ulusal mahkeme) ilgili olan tüm gerçekleri ve koşulları, ilgili piyasanın özelliklerini, marka tarafından korunan ürünlerin ve hizmetlerin niteliğini, kullanım sıklığı ve düzenliliğinin yanı sıra, coğrafi alanın genişliğini ve ölçüsünü de, göz önünde bulundurmalıdır.

57. Bahsi geçen soruların yanıtı bu nedenle, 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15(1). Maddesi, Üye Ülkeler'in coğrafi sınırlarının, hükümde belirtildiği üzere, markanın 'Topluluk' taki 'gerçek kullanım' sayılıp sayılmayacağına değerlendirilmesinde göz ardı edilmesi gerektiği, şeklinde yorumlanmalıdır.

58. Bir Topluluk markası 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15(1). Maddesinde belirtildiği üzere, asıl işlevi ile uyum içerisinde ve Topluluk tarafından kapsanan ürün ve hizmetler için yine Topluluk içinde bir pazar payının yaratılması ya da korunması amacıyla kullanıldığında, marka 'gerçek kullanımında' kullanılmış olur. Mevcut durum ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda, ilgili piyasanın özelliği, marka tarafından korunan ürünlerin ve hizmetlerin niteliği, kullanımın sıklık ve düzenliliğinin yanı sıra coğrafi alanın kapsamı ve ölçüsü dâhil olmak üzere, koşulların esas duruşmalardaki şartları karşılayıp karşılamadığına karar vermek başvurulmuş mahkemenin kararıdır.

Masraflar

59. Buradaki adli muameleler, esas davanın tarafları için ulusal mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan; masraflar hakkındaki karar, ulusal mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan maraflar, bu tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu gerekçelerle, Divan (İkinci Daire) şu şekilde karar vermektedir:

26 Şubat 2009 tarihli ve 207/2009 sayılı Tüzük'ün Topluluk markalarına ilişkin 15(1). Maddesi, Üye Ülkeler'in toprak sınırlarının, hükümde belirtildiği üzere, markanın 'Toplulukta gerçek kullanıma' konu olup olmadığının değerlendirmesinde göz ardı edilmesi gerektiği, şekilde yorumlanmalıdır.

Bir Topluluk markası 207/2009 sayılı Tüzük'ün 15(1). Maddesinde belirtildiği üzere, markanın esas fonksiyonu ile uyumlu şekilde ve Avrupa Topluluğu içerisinde tescil edildiği ürün ve hizmetler için bir pazar payının yaratılması ya da korunması amacıyla kullanıldığında 'gerçek kullanım' sayılır. Mevcut durum ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda, ilgili piyasanın özelliği/ pazarın karakteristiği, marka tarafından korunan ürünlerin ve hizmetlerin doğası, kullanımın sıklık ve sürekliliğinin yanı sıra bölgesel kapsamı ve kullanımın ölçüsü dâhil olmak üzere, koşulların esas duruşmadaki şartları karşılayıp karşılamadığına karar vermek başvuru mahkemenin kararıdır.

[İmzalar]

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

ALİCAN DEMİR / TÜRKİYE DAVASI *

(Başvuru No. 41444/09)

KARAR

STRAZBURG

25 Şubat 2014

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

Alican Demir / Türkiye Davası'nda,

Başkan,

Guido Raimondi,

Yargıçlar,

Işıl Karakaş,

Andras Sajó,

Nebojsa Vucinic,

Helen Keller,

Egidijus Kūris,

Robert Spano, ve

* T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

Bölüm Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith' in katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 5 Şubat 2014 tarihinde gerçekleştirdiği müzakereler neticesinde anılan tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (No. 41444/09) davanın temelinde, Türk vatandaşı olan Alican Demir'in ("başvuran") 22 Temmuz 2009 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.
2. Başvuran, İzmir'de görevli Avukat S. Çetinkaya tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.
3. Başvuru, 4 Haziran 2012 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

4. Başvuran, 1977 doğumlu olup İzmir'de ikamet etmektedir.
5. Başvuran, 19 Mayıs 2004 tarihinde yakalanmasının ardından gözaltına alınmıştır. Başvuranın yasadışı silahlı bir örgüte mensup olduğu ve gerçekleştirilen gösterinin ardından kamu malına zarar veren ve polis memuruna saldırarak beylik silahını çalan bir grupta yer aldığı yönünde şüphelenilmiştir. Başvuran, olayların ardından ifade veren mağdura soruşturmayı yürüten görevliler tarafından gösterilen bir fotoğraf üzerinden teşhis edilmiştir.
6. Gözaltına alındıkları gün şüphelilerin teşhis için sırayla geçtiği sırada, mağdur başvuranın saldıranlardan biri olduğunu yeniden belirtmiştir.
7. 19 ve 20 Mayıs 2004 tarihlerinde gerçekleştirilen sorgusu sırasında, başvuran saldırı ve soygun yapıldığını itiraf etmiştir. Ayrıca silahı yeniden satmadığını, silahı parçalarına ayırdığını, ardından da denize attığını beyan etmiştir. Başvuran, aynı zamanda söz konusu yasadışı örgüt adına patlayıcı maddeler içeren bir çanta bulundurduğunu kabul etmiştir. Bu son husus, aynı örgüte üye olduklarına dair

haklarında şüphelenilen diğer kişilerin verdiği birçok ifadeyle desteklenmiştir.

8. Ardından, başvuranın avukatı, müvekkilinin geçici psikolojik rahatsızlığın etkisiyle bu itiraflarda bulunduğunu ileri sürmüştür.

9. Gözaltı süresi sona erdiğinde, başvuran tutuklanmıştır.

10. Başvuran, 26 Mayıs 2004 tarihinde, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yasadışı silahlı örgüte üye olmak ve şiddet kullanarak soygun yapmak suçlarıyla itham edilmiştir.

11. Bu mahkemelerin kaldırılmasının ardından dava İzmir Ağır Ceza Mahkemesi'ne tahsis edilmiştir.

12. İzmir Ağır Ceza Mahkemesi, 29 Aralık 2005 tarihinde, başvurunu yasadışı silahlı örgüte üye olmaktan suçlu bularak, altı yıl üç ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Mahkeme, bu cezanın infazının mükerrer suçlara ilişkin rejime tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir. İkinci suçlamaya ilişkin olarak, mahkeme başvuranın beraatına karar vermiştir. Son olarak, mahkeme ilgilinin tutukluluk halinin devamına hükmetmiştir.

13. Bu tarihe kadar yapılan bütün duruşmalar sonucunda, hâkimler “suçun niteliği”, “mevcut delil durumu” ve “kaçma riski”ne dayanarak başvuranın tahliye edilmemesine karar vermişlerdir.

14. Yargıtay, başvuran tarafından mahkûmiyet kararına karşı yapılan temyiz başvurusunu 10 Temmuz 2007 tarihinde reddetmiştir. Diğer taraftan, Yargıtay kararın beraat ile ilgili kısmını bozmuştur.

15. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, yine Yargıtay'ın başvuranın suç ortaklarından biri hakkındaki temyiz başvurusuna ilişkin olarak karar vermemesinden şikâyet ederek, 7 Kasım 2007 tarihinde karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

16. Urla - başvuranın tutuklu bulunduğu şehir - Cumhuriyet Başsavcılığı, 13 Ocak 2009 tarihinde İzmir Savcılığı'na, ilgilinin 24 Ocak 2009 tarihinde şartlı tahliyeden yararlanması gerektiğini belirten bir yazı göndermiştir. Söz konusu

Başsavcılık, Aralık 2005 tarihinde verilen mahkûmiyet kararına rağmen, davanın Yargıtay önünde halen derdest olduğunun tespit edildiğini belirtmiştir. Sonuç olarak, Başsavcılık, İzmir Savcılığı'ndan Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki davanın sonucunun araştırılmasını talep etmiştir.

17. Urla Ceza İnfaz Kurumu İdaresi, 15 Ocak 2009 tarihinde, İzmir Ağır Ceza Mahkemesi'ni başvuran hakkında başka herhangi bir mahkûmiyet kararının bulunmadığı ve başvuranın 24 Ocak 2009 tarihinden itibaren şartlı tahliyeden yararlanması gerektiği yönünde bilgilendirmiştir.

18. İzmir Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, başvuranın şartlı tahliye edilmesi konusunda kendisine sunulan bilgileri 15 Ocak 2009 tarihli yazı ile Yargıtay'a göndermiştir.

19. Savcılık tarafından bu tarihte düzenlenen müddetnamede, başvuranın şartlı tahliye tarihi 24 Ocak 2009 olarak belirtilmektedir.

114 **20.** Başvuran, 24 Ocak 2009 tarihinde avukatı aracılığıyla tahliye talebini sunmuştur.

21. Diğer yandan, başvuran, 26 Ocak 2009 tarihinde Yargıtay'a faks yoluyla öncelikli inceleme talebi gönderdiğini ileri sürmektedir.

22. Yargıtay, 27 Ocak 2009 tarihli kararla, karara bağlamadığı temyiz başvurusuna ilişkin olarak suç ortağının mahkûmiyet kararını onamıştır. Mahkeme, ayrıca 10 Temmuz 2007 tarihli kararın değiştirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

23. İzmir Ağır Ceza Mahkemesi, 30 Ocak 2009 tarihinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan, başvuranın şartlı tahliyeden yararlanabilmek amacıyla tutuklulukta geçirmesi gereken süreyi 24 Ocak 2009 tarihinde tamamladığını belirterek, kararın faks yoluyla acilen kendisine gönderilmesini talep etmiştir.

24. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, 6 şubat 2009 tarihinde Urla Ceza İnfaz Kurumu İdaresi ve Savcılık tarafından sunulan taleplere cevap olarak İzmir Savcılığı'na bir yazı göndermiştir. Başkan, mahkemenin başvuranın şartlı tahliyeden yararlanabilmek amacıyla tutuklulukta geçirmesi gereken süreyi tamamladığını dikkate aldığını, ancak dosyanın halen Yargıtay'da bulunması

nedeniyle hâlihazırda herhangi bir tahliye kararının alınmadığını belirtmiştir. Başkan, bu durumda Ağır Ceza Mahkemesi'ne yeniden başvurulmasının beklenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

25. Başvuranın avukatı, 9 şubat 2009 tarihinde Ağır Ceza Mahkemesi'ne yeniden şartlı tahliye talebini sunmuştur. Avukat, başvuranın çektiği cezanın 24 Ocak 2009 tarihinde sona erdiğini, başvuran hakkında başka herhangi bir mahkûmiyet kararının bulunmadığını ve dolayısıyla herhangi bir yasal dayanak olmaksızın başvuranın on beş gündür tutuklu bulunduğunu belirtmiştir. Avukat, ayrıca başvuranın şiddet kullanarak soygun yapmak suçu nedeniyle yargılanması gerektiği takdirde, beş yıllık tutukluluğun ardından, başvuranın, hukuk kurallarına bağlı kalacağı konusunda herhangi bir şüphenin bulunmadığını ileri sürmüştür.

26. Yağma suçuna ilişkin dava, İzmir Ağır Ceza Mahkemesi'nde 12 şubat 2009 tarihinde yeniden ele alınmıştır. Yine bu tarihte, dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda, hâkimler, atılı suçun niteliği ve ağırlığı ile ilgilinin kaçma riskinin devam etmesini göz önünde bulundurarak başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermişlerdir.

27. 13 şubat 2009 tarihli kararla, Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın cezası için geçirmesi gereken süreyi 24 Ocak 2009 tarihinde tamamladığını ve hapisteye kaldığı süre boyunca iyi davranışlar sergilediğini belirterek, söz konusu tarihte geriye dönük işleyecek şekilde şartlı tahliyeden yararlanmasına karar vermiştir.

28. 30 Nisan 2009 tarihinde bozma kararının ardından yapılan ilk duruşma sırasında, Ağır Ceza Mahkemesi'nde bozma kararı okunmuştur. Mahkeme, başvuranın yasadışı silahlı örgüte mensup olması nedeniyle mahkûm edildiğini, bu bağlamda verilen cezanın kesinleştiğini ve ilgilinin cezasını çektiğini hatırlatmıştır. Başvuranın maruz kaldığı tutukluluk süresinin cezasından mahsup edildiğini ve yalnızca yağma suçlamasına ilişkin yargılama çerçevesinde hâlihazırda tutuklu bulunduğunu belirtmiştir.

29. Ağır Ceza Mahkemesi ardından tarafların beyanlarını dinlemiştir. Başvuran, yasadışı silahlı örgüte üye olması nedeniyle hakkında verilen cezanın süresinden

daha fazla bir süre boyunca tutuklu kaldığını beyan etmiştir. Başvuranın avukatı, 29 Aralık 2005 tarihli karara dâhil edilen tutukluluk kararının yalnızca başvuranın mahkûm edildiği suçla ilgili olduğunu ve hiçbir durumda müvekkilinin beraat ettiği yağma suçuyla ilgili olamayacağını eklemiştir. Bu nedenle avukata göre başvuranın maruz kaldığı fazla tutukluluk süresinin söz konusu kararla bir ilgisi bulunmamaktadır.

30. Duruşma sonunda verilen kararda, Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın iddialarına cevaben, yağma suçuna ilişkin olarak verilen tutukluluk halinin devamı yönündeki kararın hiçbir şekilde kaldırılmadığını belirtmiştir.

31. Avukat, diğer yandan, 24 Ocak 2009 tarihinden önceki tutukluluk sürelerinin 29 Aralık 2005 tarihinde verilen cezadan mahsup edildiğini bildirmiştir. Yalnızca yağma suçu, atılı suçun niteliği ve mevcut delil durumu nedeniyle maruz kalınan tutukluluk süresini göz önünde bulunduran Ağır Ceza Mahkemesi, ilgilinin tutukluluk halinin devamının zorunlu olduğu kanısına varmıştır.

32. 23 Temmuz 2009 ve 15 Ekim 2009 tarihli duruşmalar sırasında, ilk derece mahkemesi benzer gerekçelerle tutukluluk süresini uzatmıştır.

33. 10 Aralık 2009 tarihinde, mahkeme başvuranı yağma suçundan suçlu bulmuştur. Mahkeme, yeni Ceza Kanunu'nun daha hafifletici hükümlerine dayanarak, başvuranı beş yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir. Başvuranın tutukluluğunun artık haklı sebeplere dayanmadığı kanaatine varan mahkeme başvuranın tahliyesine karar vermiştir.

34. Karar, Yargıtay tarafından 1 Nisan 2013 tarihinde yeniden bozulmuş ve dava dosyası ilk derece mahkemesine geri gönderilmiştir.

35. Dava hâlihazırda İzmir Ağır Ceza Mahkemesi'nde derdesttir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

A. İyi hal nedeniyle şartlı tahliye

36. 13 Aralık 2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinin 1. fıkrasında, kesin olarak mahkûm edilen

mükerrer hükümlülerin tutuklulukları süresince “iyi hal” göstermeleri şartıyla cezalarının dörtte üçünü çektikten sonra şartlı tahliyeden “yararlanabilecekleri” belirtilmektedir.

37. Ceza İnfaz Kurumları’nın Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında 20 Mart 2006 tarihli 2006/10218 sayılı Tüzüğün 133. maddesi ile aynı kanunun 89. maddesinde, “iyi hal” şartına uyulup uyulmadığının Disiplin Kurulu’nun görüşünün ardından, ilgilinin tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumunun idare kurulu tarafından değerlendirildiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, “kurumların düzen ve güvenliğinin korunmasına ilişkin kurallara içtenlikle uyulması, hakların iyi niyetle kullanılması, tüm tutukluluk süresi boyunca [tutukluların] yükümlülüklerin tamamının yerine getirilmesi ve iyileştirme programları aracılığıyla topluma yeniden uyum sağlama yeteneği” gibi hususlar dikkate alınmaktadır.

38. Tüzüğün 134. maddesinde, disiplin suçunun idarenin “iyi hal kararı” almasına engel olduğu durumlar belirtilmektedir.

39. Ceza infaz kurumu idaresi tarafından alınan kararlar, iyi hal kararları, infaz hâkimi huzurunda itiraz konusu yapılabilmektedir.

40. Son olarak, 5275 sayılı Kanun’un 107. maddesinin 11. fıkrası uyarınca:

“Bir hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, hükmü veren mahkemeye; hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemeye verilir. Mahkeme, bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir. Mahkeme, raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir.”

B. Mahkûmiyet süresinden daha fazla bir süre boyunca tutuklu kalınması halinde tazminat istemi

41. Mahkûmiyet süresinden daha fazla bir süre boyunca tutuklu kalınması halinde tazminat istemi Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 141. maddesinin 1. fıkrasının f) bendinde şu şekilde öngörülmektedir:

(1) (...), (...)

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden

fazla olan

(...)

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

42. Tazminat talebinin koşullarına ilişkin olarak CMK'nın 142. maddesinin 1. fıkrası şöyle ifade edilmektedir:

“Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.”

43. Hükmedilen cezanın süresinden daha fazla bir süre boyunca tutuklu kalınması halinde itiraz edilmesi hususundaki içtihadı ilişkin olarak, Hükümet Yargıtay'ın birçok kararını sunmuştur. Bu kararlar arasında 12. Ceza Dairesi'nin 17 Aralık 2012 tarihli (E. 2012/20277 – K. 2012/27572) ve 3 Ocak 2013 tarihli (E. 2012/24083 – K. 2013/1) iki kararı yer almaktadır.

44. 17 Aralık 2012 tarihli karar, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının f) bendine dayanarak aşırı tutukluluk süresi nedeniyle tazminat ödenmesine karar veren Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararına karşı yapılan temyiz başvurusuyla ilgilidir. Davacı son olarak üç yıl, on ay ve yedi gün hapis cezasına mahkûm edilmesine rağmen dört yıl, bir ay ve dokuz gün (1499 gün) tutuklu kalmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi, verilen cezanın süresi ile maruz kalınan tutukluluk süresi arasındaki farklılık bağlamında üç ay ve iki gün boyunca maruz kalınan zararın tazmin edilmesine karar vermiştir.

45. Yargıtay, başvuranın aleyhine verilen cezanın süresinden daha fazla bir süre, yani üç ay iki gün (92 gün) filen tutuklu kaldığını tespit etmiştir. Bununla birlikte, Yargıtay, sorun oluşturan tutukluluk süresinin daha fazla olduğu, zira cezaların infazına ilişkin kanunun şartlı tahliye konusundaki hükümleri uyarınca

ve ilgilinin iyi hali dikkate alındığında, tutukluluk süresinin ilgilinin cezası kesinlik kazandığı zaman 559 gün olması gerektiği kanaatine varmıştır. Diğer bir deyişle, kendi bakış açısına göre, fazla tutukluluk süresi 92 gün değil 940 gündür.

46. Yargıtay'a göre incelenmesi gereken sorun, davanın daha erken sona ermesi dolayısıyla da mahkûmiyet kararının daha erken kesinleşmesi halinde ilgilinin geçirmiş olduğu tutukluluk süresinden daha az bir süre boyunca tutuklu kalmış olacağı gerekçesiyle davacının tazminat talep etmek için hangi ölçüde haklı olacağı hususuyla ilgilidir.

47. CMK' nın 141. maddesinin 1. fıkrasının f) bendi, şartlı tahliyeye ilişkin hükümler dikkate alınmaksızın sadece verilen cezanın süresi ve maruz kalınan tutukluluk süresi arasındaki farklılık nedeniyle tazminat ödenmesine imkân vermiştir. Metinde, dile getirildiği üzere, cezaların infazına ilişkin mevzuat ve ilgilinin hak ettiği üzere şartlı tahliyeden yararlanması göz önünde bulundurulduğunda, davacının geçirmesi gereken süreyi aşan bir tutukluluk süresi nedeniyle tazminat talep etme imkânı öngörülmemektedir.

48. Yargıtay, bununla birlikte bu hükmün Anayasa'nın 19. maddesi ("kişi hürriyeti ve güvenliği başlıklı"), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme içtihadı ışığında okunması gerektiğini ekleyerek, temyiz edilen kararın CMK' nın hükümlerine uygun olduğu sonucuna varmıştır.

49. Yargıtay, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca davacının makul sürede yargılanması veya yargılama süresince serbest bırakılması gerektiği kanısına varmıştır. Söz konusu durumun böyle olması halinde, ilgili tutuklu olarak 940 gün geçirmemiş olacaktır. Dolayısıyla, ilgili Sözleşme'den ileri gelen haklarının ihlali nedeniyle zarara maruz kalmıştır. Bu nedenle de Yargıtay, ilgiliye zararın ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

50. Sonuç olarak, Yargıtay temyiz edilen kararı bozmuştur.

51. 3 Ocak 2013 tarihli Yargıtay kararı, daha önce kesinlikle aynı mantığı izlediği benzer bir davayla ilgilidir.

52. Bu iki davada, ilgililer 2007 ve 2008 yıllarında tahliye edilmişlerdir.

C. Aşırı tutukluluk süresi durumunda tazminat istemi

53. CMK' nın 141. maddesinin 1. fıkrasının d) bendinde, yargılanan kişilerin tutuklu bulunmalarına ve makul süre içerisinde haklarında bir karar alınmamasına rağmen, bu kişiler için maruz kalınan zararın tazminini talep etme imkânını öngörmektedir. İlgili hüküm aşağıdaki gibi okunmaktadır:

“1) (...)

(...)

d) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

(...)

120

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.”

54. CMK' nın 142. maddesinde, tazminat talebinde bulunulması için davanın esası hakkında nihai bir karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. HÜKÜMET'İN BAŞVURANIN TEMSİLCİSİNİN VEKÂLETNAMESİNİN GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN İTİRAZI HAKKINDA

55. Hükümet, başvurunun tamamına ilişkin ön itirazını sunmaktadır. Hükümet, vekâletnamenin başvuranın temsilcisi tarafından değil, sadece başvuran tarafından imzalanması nedeniyle Mahkeme'ye gerektiği gibi sunulmadığı kanaatindedir. Başvuran ve temsilcisi olduğunu iddia eden kişi arasındaki temsilcilik ilişkisinin kanıtlanmadığı kanısındadır. Hükümet Mahkeme'yi İçtüzüğü'nün 45. maddesinin 3. fıkrasına ve 47. maddesine uyulmadığı gerekçesiyle başvurunun tamamını reddetmeye davet etmektedir.

56. Hükümet, iddiasını desteklemek için *Post / Hollanda* kararı ((kabul

edilebilirlik hakkında karar), No. 21727/08, 20 Ocak 2009) ile İçtüzüğü'nün bazı hükümlerini ileri sürmektedir. İçtüzüğü'nün 45. maddesi aşağıdaki gibi okunmaktadır:

Madde 45 - İmzalar

“1. Sözleşme'nin 33 veya 34. maddeleri uyarınca yapılan bir başvuru yazılı olarak sunulur ve başvuran veya başvuran temsilcisi tarafından imzalanır.

2. Bir başvurunun sivil toplum örgütü veya bir kişi grubu tarafından yapılması halinde, başvuru bu örgütü veya grubu temsil etmeye yetkili kişiler tarafından imzalanır. Başvuruyu imzalayan kişinin yetkisi olup olmadığı hususunda, ilgili Daire veya Komite karar verir.

3. Başvuranların İçtüzüğü'nün 36. maddesi çerçevesinde temsil edilmeleri halinde, vekâletname veya yetkilendirme yazısı temsilci veya temsilciler tarafından sağlanır.”

57. Başvuran, bu hususta herhangi bir görüş sunmamaktadır.

58. Mahkeme, kendisine başvuru yapmak isteyen temsilcilerin, adına dava açtıklarını iddia ettikleri başvurudan özel ve açık talimatlar aldıklarını ispatlamalarının önem arz ettiğini hatırlatmaktadır.

59. Somut olayda, Mahkeme, Hükümet'e göre başvuranın avukatının yetkiye sahip olduğunu ispatlamadığını ve dolayısıyla başvuran adına başvuru sunamayacağını dikkate almaktadır.

60. Mahkeme, Çetinkaya'nın kendisi tarafından sunulan başvuru formunu imzaladığını ve formla birlikte Mahkeme'de başvurunu temsil etmek için Çetinkaya'ya yetki veren vekâletnamenin yalnızca başvuran tarafından imzalandığını saptamaktadır.

61. Mahkeme'ye göre başvuranın vekâletname üzerindeki imzası, başvuranın başvuru yapılması amacıyla avukatına özel ve açık talimatlar verdiğini kanıtlamaktadır. Mahkeme'ye sunulan başvurunun, başvuranın Sözleşme'nin 34. maddesi ile tanınan bireysel başvuru hakkını uygun şekilde ve gerektiği

gibi kullanmasının bir sonucu olmadığını düşünmeye imkân veren herhangi bir unsur bulunmamaktadır.

62. Başvuran tarafından avukatı lehine imzalanan vekâletname, Hükümet tarafından dile getirilen *Post* kararına ilişkin somut olaydakinden farklıdır. Esasen, belirtilen bu davada, vekâletnamesi bulunmayan ve Mahkeme tarafından talep edildiğinde bu belgeyi sunacak durumda olmayan bir avukat tarafından başvurunun sunulması sebebiyle başvurunun başvuranın talimatı üzerine yapıldığını belirten herhangi bir unsur bulunmamaktadır.

63. Somut olayda, avukatın başlangıçta vekâletnameyi imzalamaması, başvuranın başvuruda bulunmak istemediği ve bu konuda herhangi bir etkisinin bulunmadığı anlamına gelmemektedir.

64. Mahkeme'ye göre, bu eksiklik avukatın başvurunu temsil etmek istemediği anlamına da gelmemektedir. Aslında, Hükümet görüşlerine yanıt olarak ve Mahkeme ile yazışarak, gerekli tüm belgeler ve vekâletname ile birlikte temsilci olarak gerektiği gibi imzaladıktan sonra başvuru formunu göndererek, avukat, başvuranın kendisine verdiği yetkiyi zımnen fakat zorunlu olarak kabul etmiştir.

65. Dahası, eksikliğe dikkat çekildiğinde, avukat, kendisi ve başvuran tarafından gerektiği gibi imzalanan vekâletnameyi sunmuştur.

66. Bu belgeler ışığında, Mahkeme, kendisine sunulan başvurunun, başvuranın Sözleşme'nin 34. maddesi ile tanınan bireysel başvuru hakkını uygun şekilde ve gerektiği gibi kullanmasının bir sonucu olduğu ve ilgilinin Çetinkaya tarafından uygun şekilde temsil edildiği kanısındadır.

67. Sonuç olarak, Mahkeme Hükümet'in ön itirazını reddetmektedir.

II. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN 1. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

68. Başvuran, 24 Ocak 2009 tarihinde şartlı tahliyeden yararlanması gerektiğini ve bu tarihten sonra tutukluluk halinin devamı nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

69. Hükümet bu iddiayı kabul etmemektedir.

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

70. Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmektedir. Hükümet, başvuranın normal olarak çekmesi gereken cezanın süresinden daha fazla bir süre tutuklu kalması nedeniyle maruz kalınan zarara ilişkin maddi tazminat talep etmek amacıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'na dayanarak tazminat davası açması gerektiği kanısındadır.

71. Başvuran, Hükümet tarafından belirtilen hukuk yolunun etkinliği konusunda itiraz etmektedir.

72. Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kendisine yalnızca iç hukuk yolları tüketildikten sonra başvurulabileceğini hatırlatmaktadır. Bu kuralın amacı, Mahkeme'ye başvurulmadan önce Sözleşmeci Devletlere kendilerine karşı yöneltilen ihlal iddialarını önleme veya düzeltme fırsatı vermektir (Bk., diğerleri arasında, *Mifsud / Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), [BD], No. 57220/00, § 15, AİHM 2002- VIII ve kısa bir süre önce, *Simons / Belçika* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 71407/10, § 23, 28 Ağustos 2012).

73. Mahkeme, ardından Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasının bununla birlikte yalnızca hem ihlal iddialarına ilişkin, hem de ulaşılabilir ve uygun olan iç hukuk yollarının tüketilmesini zorunlu kıldığını hatırlatmaktadır. Bu iç hukuk yolları, olayların meydana geldiği dönemde, hem teorik hem de pratik olarak mevcut olduğu, yani başvurana şikâyetlerini düzeltme imkânı sunacak nitelikte ve erişilebilir olduğu, ayrıca başarı sağlayacak makul bakış açıları sunduğu takdirde etkin olabilmektedir. Bu bağlamda, olumsuz olarak sonuçlanacağı açık olmayan herhangi bir başvurunun başarıya ulaşım ulaşamayacağına dair şüphe duyulması olgusu, o iç hukuk yolunun tüketilmemesini gerekçelendirecek geçerli bir sebep teşkil etmemektedir (*Turgut / Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 4860/09, § 45, 26 Mart 2013, *Sejdovic / İtalya* [BD], No. 56581/00, § 46, AİHM 2006-II, *Sardinas Albo / İtalya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 56271/00, AİHM 2004-I, *Brusco / İtalya* (kabul edilebilirlik hakkında

karar), No. 69789/01, AİHM 2001-IX ve kısa bir süre önce, *Alberto Eugénio da Conceição / Portekiz* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 74044/11, 29 Mayıs 2012).

74. Mahkeme, son olarak, özgürlükten yoksun bırakma durumunda, bir başvuran - Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasını ihlal edecek şekilde - iç hukuka aykırı olarak tutuklandığını ileri sürdüğünde ve ihtilaf konusu tutukluluk hali sona erdiğinde, iddia edilen ihlalin kabul edilmesini ve tazminat ödenmesini sağlayabilecek bir tazminat davasının, pratikte kullanılabilir olduğunun gereğince tespit edilmesi halinde, genellikle tüketilmesi gereken etkin bir hukuk yolu olduğunu hatırlatmaktadır (*Rahmani ve Dineva / Bulgaristan*, No. 20116/08, § 66, 10 Mayıs 2012 ve *Gavril Yossifov / Bulgaristan*, No. 74012/01, § 41 ve burada yapılan atıflar, 6 Kasım 2008).

75. Somut olayda, Mahkeme, başvuranın 29 Aralık 2005 tarihinde altı yıl üç ay hapis cezasına mahkûm edildiğini saptamaktadır. Cezaların infazına ilişkin mevzuat dikkate alındığında, mahkûmiyet kararı kesinleştiği zaman başvuranın 24 Ocak 2009 tarihinde şartlı tahliye tedbirinden yararlanması gerekmektedir. Mahkûmiyet kararı, 10 Temmuz 2007 tarihinde kesinleşmiştir. Ancak başvuranın mahkûmiyetini ilgilendirmeyen bir husus nedeniyle Yargıtay'a başvurulduğundan, ilk derece mahkemesi 24 Ocak 2009 tarihinde ilgilinin şartlı tahliyesine hükmetmemiştir. Ancak başvuran daha sonra 13 Şubat 2009 tarihinde şartlı tahliye edilmiştir. Başvuranın şikâyeti, 24 Ocak tarihinden 12 Şubat 2009 tarihine kadar tutukluluk halinin devamıyla ilgilidir. Başvurana göre, tutukluluk halinin devamı, hak ettiği şartlı tahliyeye ilişkin kararın geç verilmesine neden olmuştur.

76. Bu nedenle Mahkeme'nin incelemesi gereken sorun, bu şikâyet için kullanılabilir ve uygun bir hukuk yolunun bulunup bulunmamasıyla ilgilidir.

77. Mahkeme, Hükümet tarafından örnek olarak sunulan kararlardan; Türk Anayasası ve Sözleşme ışığında Yargıtay tarafından yorumlandığı üzere, CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının f) bendi uyarınca, hak ettiği şartlı tahliyeden yararlanma durumu dikkate alındığında ve cezaların infazına ilişkin

mevzuata göre geçirilmesi gereken cezanın süresinden daha fazla bir süre boyunca özgürlüğünden yoksun kalan herkese maddi tazminat hakkının tanındığının anlaşıldığını tespit etmektedir (yukarıda geçen 44 ila 51. paragraflar).

78. Mahkeme, başvuranın şikâyetinin tam anlamıyla bu durumla ilgili olduğunu ortaya koymaktadır. Bu hukuk yolu, dolayısıyla özgürlük ve güvenlik hakkının ihlalinin kabul edilmesine ve tazminat elde edilmesine imkân vermek için yeterlidir.

79. Ancak, Mahkeme, bu hukuk yolunun Yargıtay tarafından sadece kısa bir süre önce açıldığını tespit etmektedir. Esasen Yargıtay'ın somut olaya ilişkin kararları, mevcut başvurunun yapılmasından sonra, 2012 ve 2013 tarihlerinde verilmiştir.

80. Olayların meydana geldiği dönemde, Yargıtay'ın 17 Aralık 2012 tarihli kararında hatırlattığı üzere (yukarıda geçen 47. paragraf), gerek bu hükmün içeriği gerekse hükmün mahkemeler tarafından yorumlanma şekli, şartlı tahliye göz önüne alındığında, başvuranın geçirmesi gereken süreden daha fazla olan bir tutukluluk süresi nedeniyle başvurana tazminat elde etme imkânı vermemiştir.

81. Diğer bir deyişle, söz konusu hükme dayalı hukuk yolu etkin olsa bile, başvurunun yapıldığı sırada hukuk yolunun etkin olduğunu ileri sürmeye imkân veren herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Bu nedenle başvuran, daha önce bu hukuk yolunu kullanmamakla suçlanamayacaktır.

82. Dolayısıyla Mahkeme Hükümet'in itirazını reddetmektedir. Başvuranın şikâyetinde herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesinin bulunmadığını ve şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını tespit eden Mahkeme, bu şikâyetin kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir.

B. Esas Hakkında

83. Başvuran, tutuklulukta geçirmesi gereken süreden daha fazla bir süre boyunca tutuklu kaldığı kanaatindedir. Başvuran, şartlı tahliyeden yararlanması gereken tarih olan, 24 Ocak 2009 tarihinde tahliye edilmesi gerektiğini ve bu tarihten sonra maruz kaldığı tutukluluğun yasaya aykırı olduğunu iddia etmektedir.

84. Hükümet, bir hükümlünün şartlı tahliyeden yararlanmasının kabul edilmesi için gereken koşulların bir araya gelmesinin kendiliğinden tahliyeye neden olmadığını ve tahliyenin her koşulda yargı kararı gerektirdiğini ileri sürmektedir. Hükümet, kanunda yargı müdahalesinin basit bir işlem olarak öngörülmediğini ancak hâkime gerçek bir takdir yetkisi verildiğini belirtmektedir. Hükümet, 5275 sayılı Kanununun 107. maddesinin 11. fıkrası uyarınca tahliye kararının yalnızca hâkimin ceza infaz kurumu idaresi raporunun uygun olduğunu tespit etmesi halinde verildiğini hatırlatmaktadır. Ayrıca 108. maddenin 1. fıkrasının c) bendinde kullanılan “yararlanabilmektedir” ifadesi ile zorunlu olarak bu takdir yetkisine atıfta bulunulduğunu belirtmektedir.

85. *Grava / İtalya* (No. 43522/98, 10 Temmuz 2003), *Pilla / İtalya* (No. 64088/00, 2 Mart 2006) ve *Şahin Karataş / Türkiye* (No. 16110/03, 17 Haziran 2008) kararlarına atıfta bulunan Hükümet, hâkimin sahip olduğu takdir yetkisini dikkate alarak, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edilmediği kanaatine varmaktadır.

126

86. Mahkeme, başvuranın, durumunun şartlı tahliyeyle uygun olduğu 24 Ocak 2009 tarihine kadar özgürlükten yoksun bırakılmasının, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının a) bendi anlamında, kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesinin ardından yasaya uygun şekilde tutuklanması olarak değerlendirildiğini saptamaktadır. 12 Şubat 2009 tarihinden sonra maruz kalınan tutukluluk ise 5. maddenin 3. fıkrasının c) bendi kapsamına girmektedir. Dolayısıyla Mahkeme’nin incelemesine konu olan tutukluluk süresi, bu iki tarih arasında maruz kalınan süredir.

87. Mahkeme, 2009 yılının Ocak ayı süresince, ceza infaz kurumu idaresi ve savcılığın, başvuranın durumunun 24 Ocak 2009 tarihinde şartlı tahliyeyle uygun olduğunu Ağır Ceza Mahkemesi’ne bildirdiklerini saptamaktadır. Bununla birlikte Ağır Ceza Mahkemesi, bu sorun hakkında ancak davanın esasını yeniden inceledikten sonra 13 Şubat 2009 tarihinde karar vermiştir.

88. Başvuranın şikâyeti, açıkça, Ağır Ceza Mahkemesi’nin şartlı tahliye talebine ilişkin karar vermek için gecikmesinden kaynaklanan aşırı tutukluluk süresiyle ilgilidir.

89. Bu bağlamda, Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının a) bendinin, örneğin, bir mahkûmun af yasasından ya da erkenden şartlı tahliye veya kesin tahliye durumlarından yararlanmasını güvence altına almadığını hatırlatmaktadır (*Mouesca / Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 52189/99, 18 Ekim 2001, İrfan Kalan / Türkiye (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 73561/01, 2 Ekim 2001 veya kısa bir süre önce, *Çelikkaya / Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 34026/03, § 60, 1 Haziran 2010).

90. Ancak, yerel mahkemelerin, bu tür bir tedbirden faydalanmak için kanunda belirtilen koşulları yerine getiren herkese, herhangi bir takdir yetkileri bulunmadan, bu tedbiri uygulamakla yükümlü olmaları halinde durum farklı olacaktır (*Del Rio Prada / İspanya* [BD], No. 42750/09, § 126, AİHM 2013, *Hıdır Durmaz / Türkiye No. 2*), No. 26291/05, § 26, 12 Temmuz 2011). Bu nedenle, Mahkeme, İtalya aleyhine verilen iki kararda (anılan, *Grava*, §§ 31 ila 46 ve anılan, *Pilla*, §§ 36 ila 44), başvuruların cezasının ertelenmesine ilişkin taleplerle ilgili kesin yargı kararlarının ilgililerin tahliye edilmelerinin ardından gecikmeli olarak verildiği ve talep edilen durumdan yararlanılmasına karar verilmesi halinde, ilgililerin çekmeleri gereken cezadan daha fazla ceza çektikleri gerekçesiyle Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (benzer bir yaklaşım için, bk. aynı zamanda ceza ertelemesinin uygulanmasında gecikmenin söz konusu olduğu Şahin Karataş kararı, (anılan, §§ 29 ila 38)).

91. Mahkeme, Türk hukukunda şartlı tahliyenin iki koşulun bir araya gelmesine bağlı olduğunu gözlemlemektedir: Bir yandan, ilgili cezasının bir bölümünü çekmiş olmalı, diğer yandan da tutukluluğu süresince “iyi hal” göstermelidir. Gerekli koşullar bir araya geldiğinde, yetkililer, şartlı tahliyeye karar vermekle yükümlüdürler. Hâkimin görevi, bu koşulların bir araya gelip gelmediğini incelemekle sınırlıdır ve durum böyle olduğunda, tahliyenin uygun olup olmadığını değerlendirme imkânına sahip değildir. Dolayısıyla hâkimin takdir yetkisi bulunmamaktadır.

92. Somut olayda, gerekli koşulların 24 Ocak 2009 tarihinden itibaren bir araya geldiğine itiraz edilmemektedir (Bk. yukarıda geçen 27. paragraf).

93. Oysa şartlı tahliyeye ilişkin yargı kararı, ilgilinin talep edilen durumdan yararlanmasına hükmedilmesi halinde çekmiş olacağı ceza süresinden daha fazla bir süre ceza çektiğinde, 13 Şubat 2009 tarihinde verilmiştir.

94. Sonuç olarak, ulusal hukuk ve hak ettiği tahliye durumu dikkate alındığında, başvuran, geçirmesi gereken süreden daha fazla bir süre boyunca tutuklu kalmıştır. Bu hususta, Mahkeme Yargıtay'ın bundan böyle konuya ilişkin benzer bir yaklaşım benimsediğini saptamaktadır (yukarıda geçen 43. paragraf ve izleyen paragraflar).

95. Sonuç olarak, Mahkeme, söz konusu olan fazla hapis cezasının Sözleşme anlamında yasaya uygun bir tutukluluk olarak değerlendirilemeyeceği kanaatinde.

96. Bu nedenle, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ihlal edilmiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN 4. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

128

97. Başvuran, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin ihlal iddiasına çözüm bulabilecek nitelikte, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında etkin bir hukuk yoluna sahip olmadığını ileri sürmektedir.

98. Hükümet bu iddiayı kabul etmemektedir.

99. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası kapsamında inceleme yapılmasını gerektirdiği kanısındadır. Söz konusu madde şunu öngörmektedir:

“Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

100. Bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesinin bulunmadığını tespit eden Mahkeme şikâyetin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

B. Esas Hakkında

101. Hükümet, başvuranın Ağır Ceza Mahkemesi'ne 26 Ocak 2009 tarihinde şartlı tahliye talebini sunduğunu ve Ağır Ceza Mahkemesi'nin bu talebi Yargıtay'a gönderdiğini ve Yargıtay'ın temyiz incelemesini hızlandırdığını belirtmektedir. Hükümet, Yargıtay'ın ertesi gün kararını verdiğini ve dava dosyasını ilk derece mahkemesine geri gönderdiğini eklemektedir. Hükümet dava dosyasının gönderilmesinin, davayı yeniden incelemesi gereken Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvuranın talebi hakkında karar verme imkânı sağladığını belirtmektedir. Bunun üzerine mahkeme de 13 Şubat 2009 tarihinde, talep edildiği üzere, ilgilinin tahliyesine karar vermiştir.

102. Hükümet, başvuranın talebinin reddedilmesi halinde hukuk yolunu kullanma imkânının bulunduğunu ileri sürmektedir.

103. Hükümet, son olarak, başvuranın CMK'nın 141. maddesine dayanarak tazminat elde edebileceği bir hukuk yoluna sahip olduğunu ileri sürmektedir.

104. Başvuran, Hükümet'in iddiaları hakkında herhangi bir görüş bildirmemektedir.

105. Mahkeme, yakalanan veya tutulan kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmalarının yasaya uygunluğu konusunda itiraz edebilecekleri hukuk yolunu güvence altına alan Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının; söz konusu kişilere, tutukluluklarının yasaya aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde dava açılması sonucunda, özgürlükten yoksun bırakılmalarına son veren ve tutukluluklarının yasaya uygun olup olmadığına ilişkin bir yargı kararının kısa sürede alınması yönünde hak tanıdığını hatırlatmaktadır (Bk., örneğin, *Musiat / Polonya* [BD], No. 24557/94, § 43, AİHM 1999-II ve *Baranowski / Polonya*, No. 28358/95, § 68, AİHM 2000-III).

106. Mahkeme, aynı zamanda Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası bakımından herkesin tutukluluğunun yasallığı hakkında kısa sürede mahkeme kararı alınması hakkına saygı duyulup duyulmadığının, her davanın kendine özgü koşulları ışığında değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır (*Sanchez-Reisse / İsviçre*,

21 Ekim 1986, § 55, seri A No. 107 ve *R.M.D. / İsviçre*, 26 Eylül 1997, § 42, *Karar ve hükümlerin derlemesi* 1997-VI). Özellikle gecikmelerin başvuranın ya da temsilcilerinin tutumuna atfedildiği tedbirin ve davanın genel seyrinin dikkate alınması gerekmektedir. Ancak genellikle bireyin özgürlüğünün söz konusu olması nedeniyle, Devlet yargılamanın en kısa sürede gerçekleştirilmesini sağlamalıdır (*Mayzit / Rusya*, No. 63378/00, § 49, 20 Ocak 2005 ve *Rapaccio / İtalya*, No. 76024/01, § 32, 9 Mayıs 2005).

107. Somut olayda, Mahkeme, dosyadaki unsurlara göre, şartlı tahliye talebinin başvuran tarafından, Hükümet'in ileri sürdüğü gibi 26 Ocak 2009 tarihinde değil, 24 Ocak 2009 tarihinde (Bk. yukarıda geçen 23. paragraf) sunulduğunu saptamaktadır. Nitekim ilgili, söz konusu tarihten itibaren benzer bir tedbirden yararlanması gerektiğini iddia edebilmiştir.

108. 13 Şubat 2009 tarihinde, başvuran hakkında talep edildiği üzere şartlı tahliye kararı verilmiştir.

109. Tahliye talebi ile talep edilen tedbire hükmeden karar arasında geçen yirmi günlük süre dikkate alındığında, Mahkeme, söz konusu talebin Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının gerektirdiği üzere "kısa sürede" incelenmediği kanısındadır (*Bubullima / Yunanistan*, No. 41533/08, § 31, 28 Ekim 2010, Mahkeme, bu davada, on dört günlük sürenin bu maddenin gereklerini karşılamadığı kanısına varmıştır). Üstelik Mahkeme, böyle bir süreyi somut olayda haklı gösterecek nitelikte herhangi bir gerekçenin bulunmadığını belirtmektedir.

110. Hükümet tarafından belirtilen, CMK'nın 141. maddesine dayalı hukuk yoluna ilişkin olarak, Mahkeme, Sözleşme'ye aykırı olduğu kabul edilen durumun sona erdiği hallerde, bu hukuk yolunun Sözleşme'nin 35. maddesi anlamında etkin olduğunu tespit etmektedir.

111. Mahkeme, ancak Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının gerektirdiği hukuk yolunun, özgürlükten yoksun bırakmanın yasaya aykırı olması halinde bu duruma son veren yargı kararının kısa sürede alınmasına imkân vermesi

gerektiğini anımsatmaktadır. Nitekim Hükümet tarafından belirtilen hukuk yolu açıkça böyle bir hukuk yolu değildir, zira yalnızca tazminat elde edilmesine imkân vermekte, ancak özgürlükten yoksun bırakmanın kısa sürede sona ermesine olanak sağlamamaktadır.

112. Daha önce belirtilenler ışığında, Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

IV. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN 3. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

113. Başvuran, tutukluluk süresinden de şikâyet etmektedir. Başvuran, şikâyetini desteklemek amacıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasını ileri sürmektedir. Söz konusu madde uyarınca:

“İşbu maddenin 1. C fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes (...) makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.”

114. Hükümet bu iddiayı kabul etmemektedir.

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

115. Hükümet, başvuranın birbirinden bağımsız iki ayrı tutukluluk süreci geçirdiği kanısındadır. İlk tutukluluk süreci, başvuranın gözaltına alınmasıyla 19 Mayıs 2004 tarihinde başlamış ve İzmir Ağır Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edilmesiyle 29 Aralık 2005 tarihinde sona ermiştir. İkinci tutukluluk süreci ise yağma suçunu işlediği yönündeki suçlamalar çerçevesinde başvuranın tutukluluk halinin devamına karar verildiği 12 Şubat 2009 tarihinden tahliye edildiği 10 Aralık 2009 tarihine kadar sürmüştür.

116. Hükümet, *Idalov / Rusya* ([BD], No. 5826/03, §§ 112 ila 135, 22 Mayıs 2012) davasında verilen karardan, özellikle altı ay süre koşuluna uyma yükümlülüğü bakımından söz konusu iki tutukluluk sürecinin ayrı ayrı incelenmesi gerektiği sonucunu çıkarmaktadır.

117. Bu açıdan, Hükümet, ilk sürece ilişkin olarak bu kurala uyulmadığı gerekçesiyle şikâyetin kabul edilemez olduğunun belirtilmesi gerektiği kanaatinde dir.

118. Diğer yandan, Hükümet, CMK'nın 141. maddesine dayanarak açılan tazminat yolunun başvuranın tutukluluğunun sona ermesi nedeniyle etkin bir hukuk yolu teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda, Hükümet özellikle *Demir / Türkiye* davasında verilen karara (anılan karar) dayanarak, Mahkeme'yi iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle şikâyetin kabul edilemez olduğuna karar vermeye davet etmektedir.

119. Başvuran Hükümet'in iddialarını kabul etmemektedir.

120. Öncelikle, iç hukuk yollarının önceden tüketilmesi kuralına ilişkin itiraz hakkında, Mahkeme, Hükümet tarafından belirtilen hukuk yolunun kullanılmasının davanın esasına ilişkin kesin bir kararı gerektirdiğini saptamaktadır (anılan *Demir* kararı, yukarıda geçen 54. paragraf, §§ 25-27). Oysa somut olayda, başvuranın kapsamında tutuklandığı dava halen derdesttir. Dolayısıyla, Mahkeme, Hükümet'in bu itirazının dayanaktan yoksun olduğu kanısındadır.

121. Ardından Hükümet tarafından ileri sürülen diğer itiraz hakkında, Mahkeme, Hükümet tarafından dile getirilen *Idalov* kararında, mevcut davanın art arda gelen iki tutukluluk süreciyle ilgili olmasına rağmen, tahliye süreçlerinin oluşturduğu kesintiler arasındaki tutukluluk süreçlerine altı ay süre kuralının uygulanıp uygulanamayacağını incelemiştir.

122. Böyle bir durumda, Mahkeme, art arda gelen birçok tutukluluk sürecini bir bütün olarak incelediğini ve altı ay süre kuralının yalnızca son tutukluluk sürecinin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başladığını hatırlatmaktadır (Bk. diğer birçoğu arasında, *Solmaz / Türkiye*, No. 27561/02, §§ 27 ila 37 ve özellikle, § 36, 16 Ocak 2007).

123. Somut olayda, Mahkeme, hatta başvuranın tutukluluğunun sona erdiği tarihten önce başvuru yapıldığını kaydetmektedir.

124. Dolayısıyla, aynı zamanda bu ön itirazı reddetmek gerekmektedir.

125. Başvuranın şikâyetinde herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesinin bulunmadığını ve şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını tespit eden Mahkeme, bu şikâyetin kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir.

B. Esas Hakkında

126. Hükümet, başvuranın tutukluluk süresi nedeniyle Sözleşme'nin 5.maddesinin 3. fıkrasının ihlal edilmediği kanısındadır.

127. Başvuran şikâyetini yinelemektedir.

128. Mahkeme, başvuranın tutukluluğunun, gözaltına alınmasıyla 19 Mayıs 2004 tarihinde başladığını ve tahliye edilmesiyle 10 Aralık 2009 tarihinde sona erdiğini tespit etmektedir.

129. Mahkeme, içtihadı (Bk., diğerleri arasında, anılan, *Solmaz, ve Baltacı / Türkiye*, No. 495/02, §§ 43-46, 18 Temmuz 2006) uyarınca, yalnızca başvuranın göz altına alındığı 19 Mayıs 2004 tarihinden 29 Aralık 2005 tarihine kadar uzanan süreç ile yağma suçuna ilişkin suçlamalar çerçevesinde tutukluluk halinin devamına ilişkin kararın verildiği 12 Şubat 2009 tarihinden tahliye edildiği 10 Aralık 2009 tarihine kadar uzanan sürecin Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca dikkate alınması gerektiği kanaatindedir.

130. Diğer bir ifadeyle, somut olayda göz önünde bulundurulacak tutukluluk süresi yaklaşık iki yıl beş aydır.

131. Mahkeme, tutukluluk süresinin makul olup olmadığının soyut bir değerlendirmeye tabi tutulamayacağını hatırlatmaktadır. Sanığın tutukluluk halinin devamının yasaya uygunluğu, her koşulda, davanın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Tutukluluk halinin devamı; masumiyet karinesine rağmen, yalnızca Sözleşme'nin 5. maddesinde belirtilen bireysel özgürlüğe saygı kuralına karşı ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olduğunun somut emarelerle gösterilmesi halinde, söz konusu durumda haklı görülebilmektedir (Bk., diğerleri arasında, *Kudla / Polonya*, [BD], No. 30210/96, §§ 110-111, AİHM 2000-XI).

132. Bir olayda, sanığın maruz kaldığı tutukluluğun makul süreyi aşmamasını sağlamak öncelikle ulusal adli makamların görevidir. Bu amaçla, makamların, Sözleşme'nin 5. maddesinde belirtilen kurala aykırı davranmayı haklı gösteren kamu yararının bulunduğunu tespit edecek ya da reddedecek nitelikteki tüm koşulları incelemeleri ve tahliye taleplerine ilişkin kararlarda bu hususu göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Mahkeme, esasen söz konusu kararlarda yer alan gerekçelere ve ilgili tarafından başvurusunda belirtilen tartışmasız olaylara dayanarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edilip edilmediğini belirlemelidir (*Labita / İtalya*, [BD], No. 26772/95, § 152, AİHM 2000-IV).

133. Bu bağlamda, Mahkeme, suç işlediği gerekçesiyle yakalanan kişi hakkında şüphelenmeyi gerektirecek makul sebeplerin varlığının devamının, tutukluluk halinin devamının yasaya uygun olmasının olmazsa olmaz (*sine qua non*) koşulu olduğunu, ancak belli bir süre sonra bu koşulun yeterli olmayacağını hatırlatmaktadır. Mahkeme, bu durumda adli yetkililer tarafından ileri sürülen diğer gerekçelerin özgürlükten yoksun bırakmayı haklı göstermeye devam edip etmediğini belirlemelidir. Söz konusu gerekçelerin “yerinde” ve “yeterli” olduğunun tespit edilmesi halinde, Mahkeme, yine yetkili ulusal makamların yargılamanın devamına “özel ihtimam” gösterip göstermediklerini araştırmalıdır. Soruşturmanın karmaşıklığı ve özellikleri, bu bağlamda göz önünde bulundurulacak unsurlardır (Bk., örneğin, *Scott / İspanya*, 18 Aralık 1996, § 74, *Derleme* 1996-VI ve *I.A. / Fransa*, 23 Eylül 1998, § 102, *Derleme* 1998-VII).

134. Mahkeme somut olayda “suçun niteliği”, “kaçma riski” ve “mevcut delil durumu” gibi benzer ve basmakalıp ifadeler kullanılarak tutukluluk halinin devamına hükmedildiğini saptamaktadır. Genellikle “mevcut delil durumu” ifadesinin, suçluluğa ilişkin ciddi emarelerin varlığına ve varlığını sürdürmesine atıfta bulunulması olarak yorumlanmasının mümkün olmasına rağmen bu unsurlar somut olayda başvuranın şikâyetçi olduğu tutukluluk süresini tek başına haklı gösteremeyecektir (*Letellier / Fransa*, 26 Nisan 1991, A serisi No. 207, *Tomasi / Fransa*, 27 Ağustos 1992, A serisi No. 241-A ve *Demirel / Türkiye*, No. 39324/98, § 59, 28 Ocak 2003).

135. Mahkeme'ye göre, davanın esasına bakan hâkimler tarafından benimsenen gerekçelerin “yerinde” ve “yeterli” olduğu kabul edilemeyecektir; somut olayda başvuranın davasının özenli biçimde yürütülüp yürütülmediği hususuna değinmeye de gerek duyulmamaktadır.

136. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası ihlal edilmiştir.

V. DİĞER İHLAL İDDİALARI HAKKINDA

137. Başvuran, aynı zamanda kendisine atfedilen suçların Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yetki kapsamına girmesine rağmen, Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yargılanmasından şikâyet etmektedir.

138. Başvuran, son olarak, 29 Aralık 2005 tarihli mahkûmiyet kararının yasal dayanaktan yoksun olduğunu iddia etmektedir.

139. Mahkeme, bu şikâyetler nedeniyle Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine dair herhangi bir emare bulunmadığını değerlendirmektedir.

140. Bu nedenle, Mahkeme şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğunu belirtmektedir.

VI. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

141. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca,

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlâl edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlâl sonuıalarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine âdil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

142. Başvuran, temsil masrafları için 5 000 TL (TRY) ve posta masrafları için ise 21, 60 TRY talep etmektedir. Bu bağlamda, avukatlık ücretlerine ilişkin faturanın kopyasını ve Strazburg' a gönderilen mektuplar için posta servisi tarafından düzenlenen iki adet makbuzu sunmaktadır. Başvuran, diğer yandan, manevi zarar için 40 000 Avro (EUR) talep etmektedir.

143. Hükümet, başvuranın söz konusu ihlaller nedeniyle endişe, sıkıntı ve belirsizlik yaşamasına bağlı olarak zarara maruz kaldığını ispatlamadığı kanısındadır. Dolayısıyla Mahkeme’yi manevi tazminat bağlamında ileri sürülen talebi reddetmeye davet etmektedir.

144. Masraf ve giderlere gelince, Hükümet, savunmaya ilişkin avukatlık ücretlerinin aşırı yüksek olduğu ve kıyaslanabilir davalarda uygulanan tarifelere ilişkin gerçeği yansıtmadığı kanaatindedir. Ayrıca sunulan faturanın ayrıntılı bilgi içermediğini ve toplam miktar belirtmediğini dile getirmektedir. Mahkeme’yi bu bağlamda yapılan talebi de reddetmeye davet etmektedir.

145. Manevi tazminat konusunda, Mahkeme, başvuranın söz konusu ihlaller nedeniyle endişe, sıkıntı ve belirsizlik yaşamasına bağlı olarak zarara maruz kaldığını kanıtlamasının nasıl mümkün olacağını anlayamamaktadır. İlgilinin belli bir manevi zarara maruz kaldığını değerlendirmektedir. Hakkaniyete uygun olarak, başvurana 9 500 EUR ödenmesinin makul olacağı kanısındadır.

136

146. Masraf ve giderlere ilişkin olarak, Mahkeme, Sözleşme’nin 41. maddesi bağlamında, yalnızca masrafların doğruluğu ve gerekliliğinin ispatlanması halinde makul miktarda iade edilebileceğini hatırlatmaktadır (Bk., diğerleri arasında, *Nikolova / Bulgaristan* [BD], No. 31195/96, § 79, AİHM 1999-II). Mahkeme, dahası İçtüzüğü’nün 60. maddesinin 2. fıkrasının, Sözleşme’nin 41. maddesi bağlamında sunulan her türlü iddianın rakamla, ayrı ayrı olarak ve gerekli kanıtlayıcı belgelerle birlikte belirtilmesi gerektiğini öngördüğünü hatırlatmaktadır. Aksi takdirde, Mahkeme talebi tamamen ya da kısmen reddedebilmektedir (*Zubani / İtalya* (adil tazmin), No. 14025/88, § 23, 16 Haziran 1999). İçtihadını ve elinde bulunan unsurları dikkate alan Mahkeme, masraf ve giderler bağlamındaki bütün harcamalar için 2 000 EUR ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

147. Diğer yandan, Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası’nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun Sözleşme'nin 5. maddesinin 1., 3. ve 4. fıkraları bağlamındaki şikayetlere ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna ve diğerlerinin ise kabul edilemez olduğuna;

2. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlâl edildiğine;

3. Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlâl edildiğine;

4. Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlâl edildiğine;

5. a) Sözleşme'nin 44 § 2 maddesine uygun olarak; davalı Devletin, kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden yine Davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere, başvurana aşağıdaki miktarları ödemekle yükümlü olduğuna;

i. ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 9 500 EUR (dokuz bin beş yüz Avro);

ii. başvuran tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, masraf ve giderler için 2 000 EUR (iki bin Avro);

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten başlayarak ödemenin yapıldığı tarihe kadar Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

6. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin reddine *karar vermiştir*.

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş; İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca 25 Şubat 2014 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith

Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi

Başkan

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

GÜLİZAR TUNCER GÜNEŞ / TÜRKİYE DAVASI *

(Başvuru No. 696/10)

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

Gülizar Tuncer Güneş / Türkiye Davası'nda,

Başkan,

Guido Raimondi,

Yargıçlar,

Işıl Karakaş,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller,

Egidijus Kūris,ve

Bölüm Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 21 Ocak 2014 tarihinde gerçekleştirdiği müzakereler neticesinde anılan tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (No. 32696/10) davanın temelinde, Türk

* T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

vatandaşı olan Gülizar Tuncer Güneş'in ("başvuran") 10 Mayıs 2010 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.

2. Başvuran, İstanbul'da görevli Avukat U. Alkaç tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran özellikle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmesinden şikâyet etmektedir.

4. Başvuru, 20 Eylül 2012 tarihinde Hükümet'e tebliğ edilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran, 1966 doğumlu olup İstanbul'da ikamet etmektedir.

A. Basın Açıklaması

6. 16 Eylül 2000 tarihinde saat 12.00 sularında, Çağdaş Hukukçular Derneği'ne mensup olan ve aralarında başvuranın da bulunduğu bir grup avukat, Türkiye'de bulunan F tipi cezaevleri ile ilgili rejimin bazı yönlerini basın açıklaması yoluyla bildirmek amacıyla İstanbul'da bir araya gelmiştir.

7. Polis tarafından saat 12.30'da düzenlenen yakalama tutanağına göre olaylar şöyle cereyan etmiştir: polis birçok kez göstericilerin dağılmalarını istemiş ve bunu yerine getirmeleri için on beş dakika süre vermiştir; göstericiler İstiklal Caddesi'nde basın açıklaması yapma konusunda ısrar etmişlerdir; grup sloganlar atmaya başlamış ve güvenlik güçlerinin uyarılarına rağmen dağılmayı reddetmişlerdir; polis sert müdahalede bulunmuş ve başvuranın da aralarında bulunduğu kırk dokuz kişi gözaltına alınmıştır. Başvurana göre, güvenlik güçleri kendisi de dâhil olmak üzere gösteriye katılanları gözaltına almış, hakaret etmiş ve dövmüşlerdir.

8. Adli Tıp Kurumu tarafından saat 15.30'da düzenlenen sağlık raporuna göre başvuranın kollarında ve sağ bacağına morartılara rastlanmıştır. Başvuran aynı zamanda güvenlik güçleri tarafından kendisine uygulanan kötü muameleler

nedeniyle yaşadığı acılardan şikâyet etmektedir. Hekim, beş günlük iş göremezlik raporu verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

9. Başvuran, aynı gün geçtiği sağlık kontrolünün ardından serbest bırakılmıştır.

10. Başvuran, kötü muamelelere maruz kaldığından şikâyet ederek, 18 Eylül 2000 tarihinde İstanbul'da bulunan İnsan Hakları Derneği'ne başvurmuştur. Dernek hekimleri kendisini muayene etmiştir. Hekimler, raporlarında, başvuranda birçok morartının bulunduğunu tespit ederek, başvuranın yaralarının kötü muamele iddialarıyla uyduğunu belirtmişlerdir.

B. Başvuran Aleyhine Açılan Ceza Davası

11. Beyoğlu Cumhuriyet Savcısı, 17 Kasım 2000 tarihinde sunulan iddianameyle, 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na dayanarak, yasadışı gösteriye katılmaları nedeniyle, başvuran ve diğer suç ortakları aleyhine ceza davası açmıştır.

12. Beyoğlu Asliye Ceza Mahkemesi, 28 Mart 2001 tarihli kararla, suç oluşturan unsurların bulunmaması sebebiyle başvuranın beraatına karar vermiştir.

C. Memurlar Hakkında Yapılan Suç Duyurusu

13. Başvuran ve diğer yirmi altı kişi, kötü muameleler ve keyfi biçimde özgürlükten yoksun bırakma nedeniyle İstanbul Valisi ve polis memurları hakkında Beyoğlu Savcılığı'na suç duyurusunda bulunmuşlardır.

14. Beyoğlu Savcılığı, iddia edilen fiillerin görevli memurlar tarafından işlendiğini tespit ettikten sonra 26 Eylül 2000 tarihinde görevsizlik kararı vererek 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca dosyayı İstanbul Valiliği'ne göndermiştir.

15. Başvuran, 9 Kasım 2000 tarihinde, İstanbul Valisi tarafından görevlendirilen iki müfettiş tarafından dinlenmiştir. Başvuran, bildiği kadarıyla, hiç kimsenin basın açıklamasını okumak için yetkili makamlardan izin talep etmediğini, zira söz konusu gruba göre, ilgili kanunun bu tür bir izni gerektirmediğini beyan etmiştir. Başvuran, açıklamanın okunmasına başlanmasına rağmen, polislerin

göstericilerin etrafını sararak, kendilerine dağılmaları gerektiğini bildirdiklerini belirtmiştir. Başvuran, polis aracına binmeden önce polislerce dövüldüğünü de eklemiştir. Başvuran, medyada yer alan fotoğraflardan hareketle polislerden üçünün kimliğini belirlemiştir.

16. İstanbul Valisi, 21 Aralık 2000 tarihli kararla, 4483 Sayılı Kanun'a dayanarak, söz konusu polisler aleyhine ceza soruşturmalarının açılmasına izin vermemiştir. Vali, göstericiler tarafından gerçekleştirilen eylemin ve basın açıklamasının Dernekler Kanunu'nun 44. maddesine aykırı olduğu kanısına varmıştır. Vali, göstericilerin polis tarafından başlatılan dağılma emrine uymadıklarını, kendilerini durdurmaya ve araçlara bindirmeye çalışan polislere direndiklerini, kanuna aykırı sloganlar attıklarını ve polisler tarafından göstericileri gözaltına almak amacıyla kullanılan gücün yetki sınırını aştığını saptamıştır (*yetki dâhilinde bulunan zorla gözaltına alma*). Polislerin fotoğraflarından hareketle düzenlenen kimlik tespit tutanağının ve video kayıtlarının, polislerce atılı fiillerin işlenip işlenmediğinin belirlenmesine imkân vermediği sonucuna varmıştır.

142

17. Belirtilmeyen bir tarihte, başvuran 21 Aralık 2000 tarihli karara itiraz etmiştir.

18. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 17 Nisan 2001 tarihli kararla, söz konusu polisler aleyhine ceza davasının açılmasına izin vermek amacıyla dava dosyasında yeterli delil unsuru bulunduğu kanaatine vararak, 21 Aralık 2000 tarihli kararı bozmuştur.

19. 11 Mayıs 2001 tarihli iddianameyle Beyoğlu Cumhuriyet Savcısı, aşırı güç kullanımını cezalandıran eski Ceza Kanunu'nun 245. maddesi uyarınca altı polisin mahkûmiyetini talep etmiştir.

20. Beyoğlu Asliye Ceza Mahkemesi, 28 Eylül 2004 tarihli kararla, Ceza Kanunu'nun 245. maddesine dayanarak, polislerin başvurana karşı yetkileri dâhilinde öngörülen sınırları aşacak ölçüde güç kullandıklarını tespit ederek ve Adli Tıp Kurumu tarafından tanzim edilen sağlık raporunu dikkate alarak, polis memurları, M.A., Ş.Ö. ve E.K.'nin üç ay hapis cezasına mahkum edilmesine

ve üç ay süreyle kamu görevinden uzaklaştırılmasına karar vermiştir; ardından mahkeme 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun'un 4. maddesine dayanarak, hapis cezasının 273 780 000 eski Türk Lirası tutarında para cezasına çevrilmesine karar vermiştir (yaklaşık 145 Avro). Hükümlülerin adli sicil kayıtlarının temiz olduğunu saptayan ve gelecekte başka suçlar işlemeyecekleri kanaatine varan mahkeme, 647 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak, hükmedilen cezanın ertelenmesine karar vermiştir.

21. Yargıtay, 6 Kasım 2006 tarihli kararla, yeni Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi nedeniyle bu polisler aleyhine verilen 28 Eylül 2004 tarihli kararın mahkûmiyete ilişkin kısmını bozmuştur.

22. Beyoğlu Asliye Ceza Mahkemesi, 11 Eylül 2007 tarihli kararla, M.A., Ş.Ö. ve E.K.'yı yeniden üç ay hapis cezasına mahkûm edilmelerine ve üç ay süreyle kamu görevinden uzaklaştırılmalarına; akabinde hapis cezasının 270 TL tutarında (yaklaşık 150 Avro) para cezasına çevrilmesine ve cezanın ertelenmesine karar vermiştir.

23. Yargıtay, 22 Aralık 2009 tarihli kararla, zamanaşımı süresinin sona erdiğini tespit etmiş ve davanın düşürülmesine karar vermiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

24. 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve gösterilere ilişkin durumlarda çevik kuvvet polislerinin müdahalesi, kontrolü ve gözetimi gibi hususları düzenleyen ilkeleri belirten 30 Aralık 1982 tarihli Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin somut olaya ilişkin hükümleri, *Kop / Türkiye* kararının (No. 12728/05, §§ 15-17, 20 Ekim 2009) 15 ila 17. paragraflarında yer almaktadır.

25. 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki şekilde okunmaktadır:

“(…) para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, (...) para veya bir yıla kadar (...) hapis cezasına mahkûm olur ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep

olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir (...).”

26. 2 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe giren, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun’un 9. maddesinde, savcılıklar tarafından bir memurun suçlanmasına yönelik olarak dile getirilen, ceza soruşturmasının açılmasına ilişkin talepler hakkında yetkili idari organlar tarafından verilen kararlara on günlük bir süre içerisinde itiraz edilebileceği belirtilmektedir. İdare mahkemeleri, bu tür itirazları inceleme konusunda yetkili olan mahkemelerdir ve kararları kesindir. 4778 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un yürürlüğe girmesinin ardından, devlet görevlileri tarafından kötü muamele uygulanması (eski Ceza Kanunu’nun 243. maddesi ve 26 Eylül 2004 tarihli yeni Ceza Kanunu’nun 94. ve 95. maddeleri) ve aşırı güç kullanımı (eski Ceza Kanunu’nun 245. maddesi ve yeni Ceza Kanunu’nun 256. maddesi) hakkında yapılacak soruşturmalar, 4483 Sayılı Kanun’un uygulama alanı dışına çıkarılmıştır (*Çamçı ve diğerleri / Türkiye*, No. 25172/02, §§ 21-22, 24 Şubat 2009). Hâlihazırda, bu tür fiillere ilişkin soruşturma, kamu hukukuyla ilgili olduğundan Cumhuriyet savcılarının münhasır yetkisi dâhilindedir.

144

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME’NİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

27. Başvuran, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak, gözaltına alınmasının keyfi ve yasaya aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

28. Hükümet, bu şikâyete ilişkin herhangi bir görüş sunmamaktadır.

29. Somut olayda, Mahkeme, başvuranın gözaltı süresinin, mevcut başvurunun yapıldığı tarihten altı ayı aşkın bir süre önce, yani 16 Eylül 2000 tarihinde sona erdiğini tespit etmektedir.

30. Bu şikâyetin geç sunulduğu ve Sözleşme’nin 35. maddesinin 1. ve 4. fıkraları uyarınca reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

II. SÖZLEŞME’NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

31. Başvuran, polislerce kendisine şiddet uygulanmasından şikâyet etmektedir. Başvuran, ayrıca ihtilafı olay günü görevli olan polis memurları aleyhine açılan ceza davasının, olayların zamanaşımına uğraması nedeniyle sona ermesinden dolayı etkin biçimde yürütülmediğini iddia etmektedir. Sözleşme’nin 3, 6 ve 13. maddelerini ileri sürmektedir.

Başvuranın şikâyetlerinin sunulma şeklini ve içeriğini dikkate alarak, Mahkeme, söz konusu şikâyetleri yalnızca Sözleşme’nin 3. maddesi açısından incelemeye karar vermiştir.

“Hiç kimse işkenceye ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

32. Hükümet, Mahkeme’nin konuya ilişkin içtihadını hatırlattıktan sonra, bu husustaki değerlendirmeyi Mahkeme’nin takdirine bırakmaya karar vermiştir.

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

33. Sözleşme’nin 3. maddesi bağlamındaki şikâyetin Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesinin de bulunmadığını tespit eden Mahkeme, şikâyetin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

B. Esas Hakkında

1. *Kötü muamele iddiaları hakkında*

34. Mahkeme, öncelikle kötü muamelelerin Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamına girmesi için asgari ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu asgari eşiğin değerlendirmesi, esasen, her davanın kendine özgü koşullarının tamamına, muamelenin süresine veya fiziksel veya psikolojik etkilerine ve bazı durumlarda, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi özelliklere bağlıdır (*Mouisel / Fransa*, No. 67263/01, § 37, 14 Kasım 2002, AİHM 2002-IX, *Kudla / Polonya*, [BD], No. 30210/96, § 91, AİHM 2000-XI, *Peers / Yunanistan*, No. 28524/95, § 67, AİHM 2001- III, *Jalloh / Almanya*, [BD], No. 54810/00, §

67, AİHM 2006-IX ve *Labita / İtalya*, [BD], No. 26772/95, § 120, AİHM 2000-IV). Mahkeme, ayrıca, bir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı veya daha genel olarak güvenlik güçleriyle karşı karşıya kaldığı durumlarda, örneğin yakalanması sırasında, ilgiliye karşı aşırı ve davranışlarına göre haksız fiziki güç kullanılmasının, kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesi ile güvence altına alınan hak açısından ihlal teşkil ettiğini yeniden ifade etmektedir (bk., diğerleri arasında, *Klaas / Almanya*, 22 Eylül 1993, §§ 23 ve 24, seri A No. 269, *Rehbock / Slovenya*, No. 29462/95, §§ 68-78, AİHM 2000-XII, *Günaydın / Türkiye*, No. 27526/95, § 29, 13 Ekim 2005).

35. Yakalama işlemini yerine getirmek için güç kullanımının mutlaka gerekli olduğu koşullarda, bu güç kullanımının orantılı olup olmadığını araştırmak gerekmektedir (*Altay / Türkiye*, No. 22279/93, § 54, 22 Mayıs 2001 ve *Hulki Güneş / Türkiye*, No. 28490/95, § 70, AİHM 2003-VII). Bu bağlamda, Mahkeme, sebep olunan hasar veya sıkıntılara ve bunların meydana geldiği koşullara özel bir önem atfedilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır (*R.L. ve M.-J.D. / Fransa*, No. 44568/98, § 68, 19 Mayıs 2004 ve *Gülizar Tuncer / Türkiye*, No. 23708/05, § 31, 21 Eylül 2010).

36. Somut olayda, Mahkeme, 16 ve 18 Eylül 2000 tarihlerinde düzenlenen sağlık raporlarından, başvuranın vücudunda morartıların bulunduğu ve hekimin beş günlük iş göremezlik raporu verilmesi gerektiği sonucuna vardığının anlaşıldığını saptamaktadır (yukarıda geçen 8. ve 10. paragraflar). Bu tespitler ışığında, Mahkeme başvuranın mağdur olarak maruz kaldığı muamelelerin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girdiği kanısındadır.

37. Mahkeme, aynı zamanda başvuranın, şikâyetinde, hem kendisine hem de diğer göstericilere uygulanan muameleleri ve gösterinin seyrini kendi yorumuyla anlattığını kaydetmektedir. Bu şikâyetin sonucunda, başvurana uygulanan kötü muamelelerin iddia edilen failleri olan polisler aleyhine ceza davası açılmıştır. Asliye Ceza Mahkemesi kararının gerekçelerine göre, polislerin başvuranın da aralarında bulunduğu göstericilere karşı yetkileri dâhilinde öngörülen sınırları aşacak şekilde güç ve şiddet kullandıkları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme,

somut olayda güce başvurulmasını gerektirecek şekilde başvuranın saldırgan bir tutum sergilediğini gösteren herhangi bir unsur bulunmadığını tespit etmektedir. Mahkeme, ayrıca bir kalabalığın dağıtılmasının tek başına göstericilerin yüzüne veya başına gelen darbelerin şiddetini açıklamaya yetmeyeceğini hatırlatmaktadır.

38. Mahkeme, aynı zamanda Hükümet'in başvuran tarafından sunulan sağlık raporlarının içeriğine itiraz etmediğini gözlemlemektedir. Bu nedenle, sunulan sağlık raporları ve daha önceki tespitler dikkate alındığında, Mahkeme söz konusu güç kullanımının aşırı olduğu ve söz konusu kalabalığın dağıtılması sırasında başvuranın sergilediği davranış bakımından güç kullanımının mutlak surette gerekli olmadığı kanaatinde. Dolayısıyla, Mahkeme mevcut davada kullanılan gücün aşırı olduğu ve haklı sebeplere dayanmadığı sonucuna varmıştır.

39. Sözleşme'nin 3. maddesinin esas bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

2. Yürütülen soruşturmanın etkinliği hakkında

40. Öncelikle ulusal yetkililer için etkin bir soruşturma açma ve yürütme yükümlülüğüne ilişkin olarak Mahkeme, *Khachiev ve Akaieva / Rusya* (No. 57942/00 ve 57945/00, § 177, 24 Şubat 2005), *Menecheva / Rusya* (No. 59261/00, § 67, AİHM 2006-III), *Batı ve diğerleri / Türkiye*, no. 33097/96 ve 57834/00, §§ 134-137, AİHM 2004-IV), *Abdülsamet Yaman / Türkiye* (No. 32446/96, § 54, 2 Kasım 2004 ve *Ciğerhun Öner / Türkiye* (No. 2) (No. 2858/07, § 98, 23 Kasım 2010) kararlarında belirtilen içtihadından ileri gelen ilkelere atıfta bulunmaktadır.

41. Ardından bir kişi, polisin veya Devlet'in farklı birimlerinin gözetimi altındayken Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı yasadışı ağır istismlara uğradığını iddia ederse, Mahkeme, "(...) yetki alan[ı] içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'[de] açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlayan" Sözleşme'nin 1. maddesi tarafından Devlet'e yüklenen genel sorumlulukla birlikte değerlendirilen 3. maddenin, dolaylı olarak resmi ve etkin bir soruşturma yapılmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır (*Assenov ve diğerleri / Bulgaristan*, 28 Ekim 1998, §§ 102-

103, *Karar ve hükümler derlemesi* 1998-VIII, *Ay / Türkiye*, No. 30951/96, §§ 59-60, 22 Mart 2005 ve *Şafak / Türkiye*, No. 38879/03, § 66, 25 Ocak 2011). Bu soruşturma, Sözleşme'nin 2. maddesinin de gerektirdiği gibi, sorumluların belirlenmesine ve cezalandırılmasına olanak sağlayabilmelidir. Eğer soruşturma bu şekilde gerçekleştirilmezse, temel önemine rağmen, aşağılayıcı veya insanlık dışı muamele ya da cezaların ve işkencenin genel ve kanuni olarak yasaklanması, uygulamada etkili olmayacaktır ve cezai sorumluluktan büyük oranda muaf tutulan Devlet görevlilerinin gözetimlerinde olan kişilerin haklarına bazı durumlarda saygı duymamaları mümkün olacaktır (anılan *Labita*, § 131).

42. Somut olayda, Mahkeme, başvuran tarafından yapılan şikâyetin ardından, kötü muameleler nedeniyle polisler aleyhine yetkili Asliye Ceza Mahkemesi'nde ceza davası açıldığını saptamaktadır. Bu mahkeme, polislerin, başvuranın da aralarında bulunduğu göstericilere karşı, yetkileri çerçevesinde öngörülen sınırları aşacak ölçüde güç ve şiddet kullandığını tespit etmiştir. Ancak Yargıtay zamanasını nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar vermiştir (yukarıda geçen 23. paragraf). Bu bağlamda, Mahkeme, daha önce somut olaydakine benzer koşullarda verdiği kararlarda, 3. maddeye aykırı davranışların, kendilerine göre çürütülemez delillerin bulunmasına rağmen, neredeyse tam bir dokunulmazlıktan yararlanmalarını engellemek için ulusal makamların makul özen göstermelerini ve yeterince hızlı davranmalarını sağlayacak her türlü etkin tedbiri almaları gerektiğine hükmettiğini hatırlatmaktadır (anılan, *Bati ve diğerleri*, § 147, bk., aynı zamanda, *mutatis mutandis*, *Selmouni / Fransa* [BD], No. 25803/94, §§ 78-79, AİHM 1999-V ve *Fazıl Ahmet Tamer ve diğerleri / Türkiye*, No. 19028/02, § 96, 24 Temmuz 2007). Mahkeme, bu bağlamda, bir devlet görevlisinin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı fiillerle itham edildiği hallerde, yargılama ya da mahkûmiyetin zamanasına uğratarak hükümsüz bırakılmaması ve af, bağışlama ya da ceza infazının ertelenmesi gibi tedbirlerin uygulanmasına izin verilmemesi gerektiğini bir kez daha dile getirmektedir (Bk., bu anlamda, *Zeynep Özcan / Türkiye*, No. 45906/99, § 45, 20 Şubat 2007 ve *Okkalı / Türkiye*, No. 52067/99, §§76 ve 78, AİHM 2006-XII ; bk., aynı zamanda, *mutatis mutandis*, anılan, *Abdülşamet Yaman*, § 55 ve anılan, *Ciğerhun Öner*(No. 2), § 101).

43. Somut olayda, Mahkeme, polisler aleyhine açılan ceza davasında gerektiği gibi hızlı davranılmaması ve özen gösterilmemesinin, bu tür olayların faileri olan polisler neredeyse tam bir dokunulmazlık sağlanması sonucunu doğurduğunu ve dolayısıyla cezai başvuru yolunun etkinliğini ortadan kaldırdığını değerlendirmektedir.

44. Dolayısıyla, Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin usuli gerekliliklerin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

45. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca;

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler tarafından iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

46. Başvuran, maddi zarar bağlamında tazminat talep ederek miktara ilişkin değerlendirmeyi Mahkeme'nin takdirine bırakmaktadır. Başvuran, ayrıca manevi zarar için 50 000 EUR (Avro) talep etmektedir.

47. Hükümet, bu iddiaları kabul etmemektedir.

48. Mahkeme, tespit edilen ihlal ile maddi zarar arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmadığı kanısına vararak bu talebi reddetmektedir. Buna karşılık, Mahkeme, manevi zarar bağlamında başvurana 9 750 EUR ödenmesi gerektiği kanaatindedir.

B. Masraf ve Giderler

49. Başvuran, aynı zamanda yerel mahkemeler ve AİHM önünde yaptığı masraf ve giderler için 8 215 EUR talep etmektedir. Yerel mahkemelerde yapılan harcamalara ilişkin olarak, başvuran, avukatlık ücretlerinin 13 500 TL (TRY) (yaklaşık 4 950 EUR) tutarında olduğunu belirtmektedir.

Mahkeme önünde yapılan masraflara ilişkin olarak, başvuran, ilk iki miktar için kanıtlayıcı belge sunmaksızın, bu harcamaları aşağıdaki şekilde ayrı ayrı belirtmektedir:

- Posta, fotokopi ve sekreteryaya masrafları için 120 TRY (yaklaşık 45 EUR);
- Çeviri masrafları için 380 TRY (yaklaşık 140 EUR);
- Avukatlık ücretleri için 8 400 TRY (yaklaşık 3 080 EUR). İlgili bu bağlamda avukatlık ücret sözleşmesi sunmaktadır.

50. Hükümet bu iddiaları kabul etmemektedir.

51. Mahkeme, içtihadına göre, bir başvurana yapılan masraf ve harcamaların; yalnızca doğruluğunun, gerekliliğinin ve ödenen miktarların makul olduğunun ispatlanması halinde iade edilebileceğini hatırlatmaktadır. Somut olayda, elinde bulunan belgeleri ve içtihadını dikkate alan Mahkeme, kendi önündeki yargılama için talep edildiği üzere, başvurana 3 265 EUR ödenmesinin makul olacağı kanaatinde dir.

150

C. Gecikme Faizi

52. AİHM, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamındaki şikâyetlere ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna ve diğer şikâyetlerin ise kabul edilemez olduğuna;
2. Sözleşme'nin 3. maddesinin esas ve usul bakımından ihlal edildiğine;
3. a) Davalı devletin, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk Lirasına çevrilmek üzere, Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde başvurana aşağıdaki miktarları ödemekle yükümlü olduğuna:
 - i. ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 9 750 EUR (dokuz bin yedi yüz elli Avro);

ii. başvuran tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, masraf ve giderler için 3 265 EUR (üç bin iki yüz altmış beş Avro);

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten başlayarak, ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

4. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin reddine *karar vermiştir*.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş; Mahkeme İçtüzüğü'nün

77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca 11 Şubat 2014 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith

Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi

Başkan

