



KÜRESEL BAKIŞ

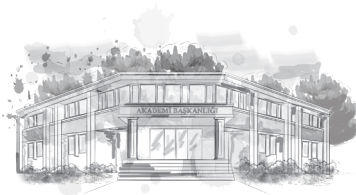
ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanır)

14

YIL: 4, SAYI:14, TEMMUZ 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

Fethullah SOYUBELLİ
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 17. İdare Mahkemesi Başkanı

*

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 Pekcanıtez
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 Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçın
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

Almanya’da Maden Hukuku	1
<i>Johann-Christian Pielow</i>	
<i>Çeviren: Mehmet Zelkifli YILDIRIM</i>	
Adli Soruşturma ve Ceza Davalarında Sosyal Medya Delili: Yeni Hukuksal Sorunların Sınırı	33
<i>Justin P. Murphy ve Adrian Fontecilla</i>	
<i>Çeviren: Ar. Gör. Murat ARABACI</i>	
Hukuk Fakültelerinde Niçin “Semantik” Öğretilmesin?	55
<i>Walter PROBERT</i>	
<i>Çeviren: Ar. Gör. Uğur DİNÇ</i>	
2012 İrlanda Arabuluculuk Kanunu Taslağı Genel Şeması	65
<i>Çeviren: Dr. Fatih Halil KAPLAN</i>	
Avrupa Konseyi Personel Düzenlemeleri	83
<i>Çeviren: Burak Cenk İLHAN</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölümü’nün DİLİPAK ve KARAKAYA / Türkiye Davası ile İlgili Adil Yargılanma ve İfade Özgürlüğü İhlali Hakkında Kararı	105
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölümü’nün MEHMET KÖSE / Türkiye Davası ile İlgili Etkin Soruşturma Yapılmaması Hakkında Kararı	135

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:



ALMANYA'DA MADEN HUKUKU *

Johann-Christian Pielow **

Çeviren: Mehmet Zelkifli YILDIRIM ***

ÖZET

Alman ülkesindeki tabii kaynakların göreceli seyrekliğine rağmen ve de son zamanlarda (devlet yardımlarının da azalmasıyla) kömür madenciliği başta olmak üzere madencilikteki geniş kapsamlı küçülmeden kaynaklanan ekonomik ve teknik zorluklardan dolayı, Alman maden hukuku, hala güncelliği yüksek bir şekilde, çeşitli açılardan düzenlemelere konu oluşturmaktadır. Bu durumun başlıca sebebi, maden hukukundaki uyumu ülke çapında yeknesak hale getiren ve yetkilerin federal sistemdeki dağılımı doğrultusunda federal eyaletlerin (*Länder*) madencilik makamları (*Bergämter*) tarafından uygulanan 1980 tarihli Federal Maden Kanununda yatmaktadır. Ana hedefleri arasında, maden kaynaklarına ait rezervlerin korunması, madenin ve madencilerin güvenliği, üçüncü kişileri tehlikelere karşı koruyacak tedbirlerin alınması gibi hedefler bulunan Federal Maden Kanunu, çevreye ilişkin problemler konusunda korumayı kurumsallaştırmaktadır.

Federal Maden Kanunu, “arza tabi” (*grundeigene*) olarak gördüğü maden kaynaklarını, bir liste şeklinde belirlediği “serbest” (*bergfreie*) madenlerden (karbonhidratlar, linyit kömürü, taşkömürü, vs.) ayırt etmektedir.

Ülke ekonomisi bakımından büyük bir öneme sahip olmaları dolayısıyla serbest madenler, sahihsiz eşya (*herrenlose Sachen*) sayılmakta ve bu nedenle gayrimenkul sahibinin şahsi mülkiyet haklarından hariç tutulmaktadır. Ancak, bu madenlerin aranması, çıkarılması ve işletilmesi, kendine özgü idari bir yetkilendirme veya bir lisans gerektirmektedir (Federal Maden Kanunu üç adet kuşatıcı

* Bastida, Walde and Warden-Fernandez (eds.), International and Comparative Mineral Law and Policy, 1037-1066 © 2005 Kluwer Law International. Printed in the Netherlands.

** Prof. Dr. iur. Joh.-Christian Pielow, Bochum Ruhr Üniversitesi, <http://www.ruhr-uni-bochum.de/ibe/mitarbeiter/pielow.html>

*** Danıştay 8. Dairesi Tetkik Hâkimi

izin öngörmektedir: *Erlaubnis*, *Bewilligung* ve *Bergwerkseigentum*). Eski Demokratik Alman Cumhuriyeti’nde uygulandığı üzere, maden sahipliğinin devlette saklı olduğu “imtiyaz” sistemine zıt olarak, başvuran herkes, belirli şartları taşımak kaydıyla, maden ruhsatı alma hakkına sahiptir.

Diğer taraftan Federal Maden Kanunu, hukuken gerekli bir belge olan maden ruhsatı (*Bergbauberechtigung*) ile, bu ruhsatın pratikteki faaliyetler yoluyla gerçekleştirilmesini birbirinden açıkça ayırmaktadır. Madencilik faaliyetlerinin madenlerin azaltılmasına, yer üstünün ve çevrenin tahrip olmasına yol açan “dinamik” özellikleri dolayısıyla, bu endüstri sektöründeki sevk ve idarenin devamlı bir şekilde idareye bağımlı kalmasını sağlayan müstakil bir ruhsata gerek duyulmuştur. Maden kaynaklarını arama, çıkarma ve işlenmesi işleri; yalnızca, girişimci tarafından tasarlandıktan sonra yetkili makamlarca kabul edilmiş olması zorunlu olan “işletme planı” (*Betriebspläne*; ana işletme planı, özel işletme planı ve çerçeve işletme planı şeklinde üç alt kategorisi ile beraber) temelinde, fiiliyata dökülmek suretiyle, hayata geçirilebilir ve sona erdirilebilir. İşletme planının kabul edilmesi; girişimcinin ve çalıştıracacağı kişilerin bilgi ve güvenilirliği, tehlikeli ve zararlı sonuçlara karşı tedbirlerin alınması, arazinin yeniden düzeltilmesi ve de hâkim kamu yararı ile çelişen faaliyetlerin öngörülüp öngörülmediğinin araştırılması gibi, muhtelif maddi gerekliliklere bağlı bir konudur. Bahsi geçen kamu yararı kavramı, maden hukukuyla ilgisiz de olsa gerektirici sebeplerin (ör; bölge ve şehir planlaması, tabiatın ve kırsalın muhafazası, gürültüye ve hava kirliliğine karşı korumaya ilişkin menfaatler) varlığı halinde, yetkili makama kısmen veya tamamen planın tasdikini reddetme yetkisi vermektedir. Bu bağlamda, yüzey malikine ait şahsi menfaatlerin maden projesinden etkilenmesi halinde, etkilenmenin hangi dereceye kadar dikkate alınmasının zorunlu olduğu tartışılmıştır. Federal İdare Mahkemesi, haklı olarak yüzeyi tahrip etmekten kaçınılmayan hallere, olumlu yaklaşmakla beraber; Federal Anayasa Mahkemesi hala nihai bir karara varabilmiş değildir. “Gerekli usul” (due process) icapları, Avrupa Birliği’nin ikincil mevzuatının ana hatlarına uygun olarak, hem işletmeyi planlama ve hem de Çevresel Etki Değerlendirme süreçlerine, başka makamların ve özel tarafların zorunlu katılımını dâhil etmektedir. Açık ocak linyit kömürü madenciliği planlaması kendine özgü hükümlere tabidir.

İşletme planını, ondan çıkan çeşitli hukuksal sonuçlar takip etmektedir: madencilik faaliyetinden etkilenen gayrimenkul maliklerinin belirli yükümlülükleri (araziyi terk, inşaatı sırlama), girişimcinin zararları önleme sorumluluğu ile özel ya da kamu mülklerine verdiği zararlardan sorumluluğu (dar sorumluluk sistemi) hakkındaki hükümler gibi.

I. SUNUŞ

Maden endüstrisi, özellikle kömür endüstrisi, Alman ekonomisinin geleneksel şubelerinden biridir. Taşkömürü, genç Federal Cumhuriyeti 2. Dünya savaşı sonrası yeniden yaşama döndürürken; linyit kömürü, eski Demokratik Alman Cumhuriyeti’nde (GDR) ekonomi için aşağı yukarı biricik enerji kaynağı idi.¹ Diğer ülkelerde olduğu gibi Alman madencilik ekonomisi de, ekonomik ve jeopolitik koşullardaki değişimlere (globalizasyon, Avrupalılaşma) maruz kaldığından, şimdilerde güçlü bir adaptasyon baskısıyla yüz yüze bulunmaktadır.

Bu çalışma, Alman maden hukukunun başlıca özellikleri hakkında ekonomik ve hukuki bakış açılarından genel bir taslak sunmaktadır. Bu nedenle çalışmada, maden kaynaklarının hukuki açıdan sınıflandırılmasına olduğu kadar, maden ruhsatları ile işletme planlarına ilişkin düzene de özel bir dikkat sarf edilmiştir. Ayrıca, hukuksal tartışmalardaki güncel gelişmeler ile mahkeme kararlarında öne çıkan bazı başlıklar da ele alınacaktır.

A. Maden Endüstrisinin Ekonomik Ayrıcalığı

Taşkömürü ile ilgili önemli faaliyetlerin çoğu, Kuzey-Rhine Westphalia’da bulunan Ruhr bölgesi ile Saarland’da görülmektedir. Coğrafi özellikler – özellikle pek çok maden ocağının giderek şimdilerde 1000 metreden fazla derinliğe dayanması – ile uluslararası rekabet yükü, taşkömürü madenciliğinin, ekonomik açıdan duyarlı bir tarzda, güçlkle yapılabilmesini sonuçlamıştır. Bu yüzden, verim son 50 yıl içinde şiddetli bir şekilde düşmüştür. Almanya’da taşkömürü üretim miktarı, 1960 yılında 143.2 milyon ton ve 1991 yılında 46.48 milyon ton iken, 2001 yılında sadece 27.36 milyon ton olarak gerçekleşmiştir.² Her ne

¹ Alman madencilik endüstrisinin tarihi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. örneğin Kroker, 1996; ve Mez, 1991.

² İstatistikler: Verlag Glückauf (ed.), Jahrbuch 1997; Bundesministerium für Wirtschaft und

kadar linyit kömürü madenciliği üretimi, Cologne-Aachen bölgesinde, özellikle Leipzig civarındaki Doğu Alman linyit bölgelerinde ve Dresden’in kuzeyinde, 2001 yılı itibariyle, toplamda 175.36 milyon ton miktara gerilemiş ise de, linyit kömürü ekonomisinin, taşkömürü ekonomisine nazaran, mukabil güçlüklerle karşı karşıya kaldığı söylenemez. Linyit kömürü madencilik faaliyeti; ahalinin başka yerlere yerleştirilmesi gibi tedbirler içermesi nedeniyle, etkilenen nüfusun muhalefetine maruz kalan ve çevreyle ilgili gruplar tarafından hararetli bir şekilde eleştirilen bir sektör olarak, madenciliğin yüzeyde yapılması yoluyla gerçekleşmektedir.

Bu olumsuzluklara rağmen taşkömürü ve linyit kömürü, yine de, en önemli yerli enerji kaynağı olarak kabul görmeye devam etmektedir. Gerek yerli kaynakların tedarik bakımından güvenli oluşu ve gerekse Alman maden teknolojisinin ihraç edilmekte oluşu, bu hale rağmen maden faaliyetlerinin sürdürülebilmesini sağlamaktadır. Kömür, %50’nin üzerinde bir oranla hala Almanya’daki enerji üretiminin en önemli ana kaynağı olmayı sürdürmektedir: 2001 yılında cari elektrik sağlayıcıları; nükleer enerjiden %30, linyit kömüründen %27.4 ve taşkömüründen %24 (su kaynaklı: %4.5, doğal gaz: %9) oranında elektrik elde etmişlerdir.³

Alman maden endüstrisine sadece geleneksel enerji üretimi açısından bakılması bile, bu başlık altında anlatılmak istenen veçheyi görülebilir kılacaktır. Potas, kaya tuzu, metal cevheri, demir cevheri ve diğer endüstriyel madenlerin⁴ çıkarılmasından vaz geçilememektedir. Madenciliğin diğer önemli bir yanı da, geçici ya da kalıcı olarak, yer altına atık gönderimi⁵ veya radyoaktif atıkların depolanmasıdır. Yenilenebilir enerjilerin teşvik edilmesi çerçevesinde ise, eskiden olduğu gibi taşkömürü madeni kullanmak yerine gaz kullanımını tercih etmek ve bir o kadar da termal (“kızgın taş”) teknolojileri kullanmak, söz konusu edilmeye değer konulardır.⁶

B. Kömür Madenciliği Kuruluşlarının Yapılanması

Technologie, 2002a, 2002b.

³ Giesel, 1996.

⁴ Ayrıntı için, bkz. Bundesministerium für Wirtschaft, 2002b, s. 26 vd.

⁵ Bkz. Freytag, 1996; Sladek, 1998

⁶ Bkz. Franke, 2003.

Yukarıda bahsi geçen teknik ve ekonomik problemlerin yanı sıra enerji üretimindeki kömür yüzdesinin düşmesi dolayısıyla, 1960'tan bu yana Ruhr ve Saar'ı içine alan bölgedeki maden ocaklarının kapanmaya başlamasından sonra, rasyonalizasyon ve konsantrasyon süreçleri hayata geçmiş olup, sadece birkaç -özel sektör- maden şirketi faal bir şekilde ayakta kalabilmiştir. Taşkömürü madencilği alanında özellikle Essen'deki RAG Aktengesellschaft (eski adı: Ruhrkohle AG) kuruluşundan söz etmek gerekir. Bu kuruluşun değişik alt kuruluşları, dünya çapındaki çeşitli iş sektörlerinde (madencilik ve çevre teknolojisi, ticaret, gayrimenkul pazarlama, nakliyat ve kimya) faaliyetlerini sürdürmektedir. 1998'de alt kuruluş olan Ruhrkohle Bergbau AG firması, Saarbrücken'deki eski Saarbergwerke AG firmasını devralıp Ibbenbüre'deki Preussag Anthrazit AG firmasıyla birleşti ve taşkömürü miktarının %10'unu üreten Steinkohle AG halini aldı. Mart 1997'deki Bonn Kömür Uzlaşmasından (*Bonner Kohlekompromiss*) (bkz. aşağıda 1.3.) çıkacak daha ileri bir sonuç olarak, 1997'de taşkömürü sektöründe yaklaşık 84.000 olan personel sayısını, atıl fazlalık bırakmayacak şekilde, 2005 yılına kadar 36.000'e düşürmeyi planlamıştır.⁷ Linyit kömürü sektöründe ise aşağıdaki girişimcilerden söz edilebilir: RWE AG (Essen) grubuna bağlı olan Rheinbraun AG (Cologne) firması, Ocak 2003'ten bu yana Vattenfall Europe Mining & Generation firmasına bağlı olan eski Lausitzer Braunkohle AG (LAUBAG) firması ve Vereinigte Mitteldeutsche Braunkohlewerke (MIBRAG) GmbH firması (Temmuz 2001'den bu yana Washington Group International and NRG Energy Inc. firmasının elinde bulunan). Adı geçen bu son iki firma, Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin kamusal olarak sahip olduğu linyit kuruluşlarının halefleridir.

C. Kömür Sübvansiyonlarının Akıbeti (Anayasal Hukuk ile AB Hukukunun Etkileri)

Avrupa'nın kömür madencilği faaliyetleri bulunan pek çok yerinde olduğu gibi, Alman taşkömürünün rekabet yeteneğinin muhafaza edilebilmesi ve bununla yakından bağlantılı olarak, endüstrinin bu sektöründeki istihdamın sürdürülebilmesi, Avrupa makamlarının itirazlarını önleyecek şekilde, yalnızca

⁷ 1950'lerin sonunda toplam 600.000 çalışanıyla 153 maden ocağı mevcuttu.

bölgesel ve/veya sosyal gelişme tedbirleri kapsamında verilmesi gereken devlet sübvansiyonları yoluyla başarılabilir.⁸

Eskiden bu, 17 Kasım 1980 tarihli “Elektrik Sektöründe Taşkömürünün Ziyade Kullanımının Önlenmesi Hakkında Federal Kanun” çerçevesinde gerçekleştirilmekteydi.⁹ Bütün elektrik sağlayıcıları, yerli taşkömürüne mali destek sağlayan ve alman taşkömürünün uzun vadeli bir temelde rekabet gücünü korumasını sağlamak üzere kömür ve enerji endüstrileri arasındaki bir anlaşmaya dayanarak kurulmuş olan bir fona katkıda bulunmak konusunda, kanuni yükümlülük altındaydı. Enerji sağlayıcılarına, bu özgül mali yüklerini, kömür harcı (*Kohlepfennig*, coal penny) adı altında enerji tüketici fiyatlarına yansıtma- larına izin verilmişti.

Ne var ki, Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*), 11 Ocak 1994 tarihli bir kararında, nihayetinde enerji tüketicileri için özel bir ödev haline gelen böylesi bir fon sisteminin, mali politikaya ilişkin anayasal ilkeleri ihlal ettiğini hükme bağladı. Mahkemeye göre, cari enerji arzındaki bu pay; “gündelik ekmekteki kadar genel bir pay” (her bir mükellefin günlük kazancı içinden karşılanması gereken genel bir maliyet) olup, genele ait bir külfet şeklinde, vergilendirme gibi yollarla karşılanmalıdır.¹⁰

Yukarıda değinilen Bonn Kömür Uzlaşmasıyla oluşup bu güne kadar devam eden telafi fikri çerçevesinde, gürültülü maden grevleri eşliğinde gerçekleşen ve siyasi bir halat çekme oyununu andıran “kömür-celsesi”¹¹ sonrasında, “Alman Taş Kömürü Madenciliğinin 2005 Yılına Kadar Desteklenmesi Hakkında Kanun”¹² çıkarıldı. Taşkömürü madenciliğine yapılan mali destek 2005 yılına kadar Federasyonun *doğrudan* sübvansiyon etmesi şeklinde gerçekleşti. Yeni kanun, hem elektrik santrallerinde ve çelik üretimi alanında Alman kömürünün

⁸ Komisyon Karar No. 3632/93/ECCS, 28 Aralık 1993, OJ 329/12, 30 Aralık 1993.

⁹ İsmen: ‘3. *Verstromungsgesetz*’, *Bundesgesetzblatt*, Kısım I, s. 2137’de yayımlandı.

¹⁰ Cf. Federal Anayasa Mahkemesi, in: *BVerfGE* (dava derlemeleri) C. 91, s. 186 (201 vd; 206). Bu hükmün sonuçları hakkında örneğin bkz. Lauffer, 1995; Lecheler, 1995.

¹¹ Ayrıntı için bkz. Lauffer, 1998, s. 6 vd.

¹² ‘Gesetz über Hilfen für den deutschen Steinkohlenbergbau bis zum Jahre 2005 (Steinkohlebeihilfengesetz)’, 12 Aralık 1995, *Bundesgesetzblatt* 1997 I s. 1638; 17 Aralık 1997 tarihli kanun ile değişik, *Bundesgesetzblatt*lp. 3048.

kullanılmasına yeterli bir şekilde katkıda bulunmayı, hem de maden ocaklarını kapatma ihtiyacı baş gösteren madencilik şirketlerinin açığını kapatmayı amaçlamaktadır (mad. I-I). Kamu yardımı dereceleri, yıldan yıla azalan parasal tavanlar şeklinde, mad. I-II'de belirtilmiştir: 1998 yılı için 7000 milyon DEM (€ 3.579 milyon)'dan 2005 yılı için 3800 milyon DEM (€ 1942 milyon)'a kadar.

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması'nın süresinin 23 Temmuz 2002 tarihinde sona ermesi ve sonrasındaki 23 Haziran 2002 tarihli ve 2002/1407 sayılı Konsey Yönetmeliğinin Devlet yardımının mevcut uygulamasına 2010 yılı sonuna kadar icazet vermesi¹³ hususları dikkate alındığında, uygulanan kömür madenciliği endüstrisi sübvansiyonları, 2010 yılı sonu itibariyle Avrupa Topluluğu Anlaşması mad. 87 ve devamı hükümlerindeki genel şartlar ışığında yeniden gözden geçirilecektir. Daha fazlası, Avrupa Topluluğu Anlaşması mad. 87(3)(a) ve (c) hükümlerindeki “ekonomik gelişme” kavramı ile -“arz güvenliği” açısından, belki de üye devletlerdeki “yerli enerji ihtiyacı” temelinde- mad. 86(2) hükmündeki “genel ekonomik menfaat hizmetlerine” ilişkin özgül şartın yorumuna bağlı olarak o zaman gerçekleştirilebilir.

II. “FEDERAL” BİR ÇERÇEVEDE MADENCİLİK HUKUKU

A. Federal ve Bölgesel Mevzuat

İktisat hukukunun diğer alt kategorileriyle birlikte, madencilik endüstrisi, bir çatı hukuku olan Almanya Anayasasında (*Grundgesetz*), “tamamlayıcı yasama” (concurring legislation) yetkisinin bir konusu olarak yer almaktadır (mad. 74-I/11). Bu konuda federe devlet, ancak federal devletin yasama yetkisini kullanmaması hali ile sınırlı olarak, yasama yetkisine sahiptir (ayrıntısı için bkz. Almanya Anayasası mad. 72). Gerçi bu şart, maden sektörüne federal yasama yetkisi tarafından hükmedildiği yolundaki bir kabule yol açabilmektedir. Yine de bu, 13 Ağustos 1980¹⁴ tarihli Federal Maden Kanununun (*Bundesberggesetz*, *BBergG*) yürürlüğe girebildiği 1 Temmuz 1982 tarihine kadar, çok zahmet-

¹³ Kömür Endüstrisi alanındaki Devlet yardımı hakkında Konsey Tüzüğü (EC) 1407/2002, OJ 2002 L 205, s. 1. Ayrıca bkz. 1 Şubat 2003 tarihli Ayrıntılı ve teknik konulara ilişkin müstakil Konsey kararı, Official Journal L 29 s. 25 vd.

¹⁴ *Bundesgesetzblatt*. I, s. 1310, son olarak 21 Ağustos 2002 tarihli Kanun mad. 38 hükmüyle değişik.

li çabaların sarfına mal olmuştur. Bu Kanun, federe devletin (*Länder*) önceki hukukunu ilga etmiştir.¹⁵ Şu kadar ki, önceki hukuk, Federal Maden Kanunu mad. 149 ve devamı hükümleri uyarınca, geçerliliğini yer yer sürdürebilmektedir. Federal Almanya Cumhuriyeti ile Demokratik Alman Cumhuriyeti arasında Almanya’nın birliğini¹⁶ kuran Anlaşma uyarınca, Federal Maden Kanunu, eski Demokratik Alman Cumhuriyeti bölgesindeki beş yeni federe devlette de yürürlük kazanmıştır. Bununla birlikte, eski Demokratik Alman Cumhuriyeti’ne ait 12 Mayıs 1969 tarihli Maden Kanununun özel bazı hükümleri geçici olarak geçerliliğini sürdürmüştür (bkz. *aşağıda* 3.2.). Federal Maden Kanunu, (özellikle “serbest madencilik” ilkesi ile maden haklarının kazanılmasına dönük talep yetkileri konusunda), mutlakiyet döneminden kalma eski toprak sahiplerinin “kamusal hüküm ve tasarrufu” (*lex regis, Bergregal, domaine public veya public ownership*) fikrini yeniden yerleştiren Prusya Maden Kanununun genel şemasını takip etmiştir.

Federal Maden Kanunu, madenleri gayrimenkullerin mülkiyetine dâhil şeyler olarak ele almamaktadır (bkz. *aşağıda* 3.3.1.). Bu madenler, mesela çevrenin korunması ve diğer özgül mevzuat bakımından, eyalet hukukuna konu teşkil etmektedir. Diğer taraftan, belirtilmelidir ki, maden projeleri sadece federal maden hukukuna değil, aynı zamanda su hukuku, atıkların bertaraf edilmesi ve işlenmesine ilişkin hukuk, endüstriyel yerleşimlerin uygun bulunmasına ilişkin hukuk (ör: toprak altına gaz depolama halinde) veya radyoaktif atıkların kalıcı bir şekilde depolanmasına ilişkin nükleer hukuk hükümlerine de konu oluşturmaktadır.

B. İdari Salahiyet

Alman federal sisteminde, önemli yasama yetkileri Federasyonda (*Bund*) tu-

¹⁵ Örneğin, 24 Haziran 1865 tarihli Prusya Genel Maden Kanunu (*Preußisches Allgemeines Berggesetz-ABG*) (GS s. 705). Bu Kanun Prusya’nın bütün coğrafi alanında (bazı yerel özellikler göstermekle birlikte) ve müteakiben - *Länder* mevzuatı olarak - North-Rhine Westphalia gibi (II. Dünya savaşı sonrası) Alman Federe Devletlerinde yürürlükteydi; Almanyadaki tarihsel gelişim ile ilgili olarak bkz. Kremer and Neuhaus, 2001, s. 6 vd. Saksonya Bölgesi’nde farklı hükümler yürürlükteydi (Prusya modelinden farklı olarak).

¹⁶ Bkz. ‘Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag’, Ek I, Bölüm V, bahis (Sachgebiet) D, Bölüm III ile birlikte Mad. 8, 31 Ağustos 1990 (Bundesgesetzblatt II, s. 885).

tulmakla beraber, kanunları yerine getirme görevi, eyaletlere ait işler cümlesinden, kural olarak federe devletlere (*Länder*) yüklenmiştir (Anayasa mad. 83). Sisteme karakterini veren bu esas, maden hukuku alanı için de geçerlidir. Ancak durum, örneğin nükleer hukuk alanında farklıdır. Nükleer atıkların yeraltında muhafazası söz konusu olduğunda; bu hukuk genellikle, *Auftragsverwaltung* (Anayasa mad. 85) anlamında ve Federasyonun talimatlandırma ve denetlemeye ilişkin geniş hakları ile nitelenmiş olarak, Eyalet (*Länder*) tarafından işletilir.

Anayasa mad. 83 hükmü:

“Bu Anayasada aksine bir hüküm bulunmadıkça veya izin verilmedikçe, eyaletler federal yasaları kendi görevleri olarak yürütürler.”

Anayasa mad. 85-III ve IV hükümleri:

“(3) Eyalet makamları, yetkili en üst federal makamların talimatlarına tabidirler. Talimatlar, Federal Hükümetin ivedi olarak nitelendirmesi hali dışında, eyaletin en yüksek makamlarına verilmelidir; bu makamlar, talimatların yerine getirilmesini sağlamakla yükümlüdürler.”

“(4) Federasyonun denetimi, uygulamanın yasallığına ve alınan tedbirlerin amacına uygunluğuna ilişkindir. Federal Hükümet, bu amaçla rapor verilmesini, dosyaların gönderilmesini isteyebilir ve bütün makamlara temsilci gönderebilir.”

Genel hüküm uyarınca, Federal Maden Kanunu’nun yerine getirilmesi ile iş-tigal eden kamu makamları, Eyalet idaresi birimleridir (mad. 142 *BBergG*). Mutat olarak hiyerarşi, *Bergamt* (en alttaki madencilik makamı), *Oberbergamt* (orta düzeydeki madencilik makamı) ve en tepede ekonomik işlerden sorumlu Eyalet bakanı şeklinde, üç kademededen oluşmaktadır. Modern idare deneyimlerindeki eğilim doğrultusunda eski madencilik makamları (*Bergämter*), Kuzey-Rhine Westphalia’da olduğu gibi, eyalet idaresinin esas bünyesi ile bütünleşmiştir.

Madencilik makamlarının başlıca görevi Federal Maden Kanunu ile uygunluğun denetlenmesidir. Federal Maden Kanunu ve buna ilişkin yönetmelik ve talimat hükümleri ile, onaylanmış işletme planları (bkz. *aşağıda* 5.) kayıtlarına itaat edilip edilmediği yolundaki denetim, buna örnek olarak verilebilir. Denetim, kömür ocağı etüdü ile bu etüt altındaki uygulamaları da içerir, dolayısıyla

madencilik her faaliyetine kadar uzanır. Yani, maden kaynaklarının aranmasından başlayarak madenin kapatılmasına ve yüzeyin iyileştirilmesine kadar. Bu kapsamda; yaygın tecrübeye göre, sağlık ve hayat için, ya da kamu yararı bakımından, maden ocağından kaynaklanabilecek daha ileri bir tehlikenin artık bulunmadığı ana kadar, yüzeyin iyileştirilip iyileştirilmediği denetlenmektedir.

Madencilik makamları, etkili bir denetim için, geniş idari yetkilerle donatılmıştır: madencilik yönergelerinin kararlaştırılması (*karş.* Mad. 65 ve devamı, *BBergG*), maden haklarının tesisi, reddi ve iptali (detaylar için *bkz. aşağıda* 4.1.), işletme planlarını onama ve tehlikelerin önlenmesine dönük bireysel talimat verme yetkisi (Mad. 71 ve devamı, *BBergG*) ve madencilik şirketi tarafından bilgilendirilme hakkı (*bkz. 5.3.3 aşağıda*).¹⁷

Yerel makamlar (belediyeler ve beldeler) özellikle maden hukukuna ilişkin planlama usullerine katılabilirler. Şartları oluştuğunda, hukukun üstünlüğü ve planlama yetkisinin doğasındaki yerel yerinden idare ilkesi gibi doğrudan Anayasal güvencelere dayanma imkânları vardır.

III. FEDERAL MADEN KANUNUNUN KAPSAMI

Federal Maden Kanunu'nun kapsamı, belirli maden kaynaklarını arama-bulma, çıkarma ve işleme faaliyetlerini içine alır. Bu kapsam, gerek belirtilen faaliyetler süresince ve gerek bu faaliyetlerden sonra yüzeyin düzeltilmesi de dâhil tüm gerekli tedbirleri içermektedir (mad. 2-I *BBergG*).

Bu hukuk, belirli bazı kayıtlarla, toprakaltının (gaz) depolama tesisine elverişli olup olmadığı yolunda yapılan inceleme türünden madencilikle ilişkilenen faaliyetlere uygulandığı gibi (mad. 2-II, 126 ve devamı, *BBergG*); Alman kıta sahanlığındaki kimi faaliyetlere, boru hattı geçişlerine ve bilimsel faaliyetlere de uygulanmaktadır.

A. Kanunun Önemli Amaçları

Federal Maden Kanununun önemli amaçları mad. 1 hükmünde belirtilmektedir:

¹⁷ Daha fazla ayrıntı için: Kremer and Neuhaus, 2001, s. 98 *vd.*

1. Maden kaynaklarını, buldukları bölgenin özelliklerine dayalı olarak, arama-bulma, çıkarma ve işleme faaliyetlerini düzenlemek ve desteklemek suretiyle maden kaynaklarına ilişkin arz güvenliğini sağlamak; rezervleri, araziye ve toprağa, iktisatlı ve ihtimamlı davranarak korumak.
2. Madende ve madenciler için güvenliği sağlamak.
3. Cana, sağlığa veya üçüncü kişilere ait mallara yönelik tehlikelere karşı tedbirleri takviye etmek ve geliştirmek; zararları tazmin etmek.

B. Madencilik ve Çevre

“Araziye ve toprağa iktisatlı ve ihtimamlı davranma” hususu ile maden faaliyetlerinden kaynaklanan can, sağlık veya üçüncü kişilere ait mallara yönelik tehlikelere karşı tedbirler alınması hususuna vurgu yapılması, çevre konusunun birçok bakımdan maden hukuku alanına etkileri olduğunu göstermektedir. Bu ana fikir, aşağıda yeri geldikçe açıklanacağı üzere, Federal Maden Kanunu’nun muhtelif hükümlerinde kabul görmektedir. Şimdilik; mad. 2-I/2 hükmüyle işaret edildiği üzere, maden kaynaklarının aranması, çıkarılması ve işlenmesi faaliyetleri boyunca ve bu faaliyetlerden sonra yüzeyin tekrar güvenli hale getirilmesi konusunda ve madencilik faaliyetleri nihayete erdikten sonra özel bir “işletme terk planı” gerektiği (mad. 53 *BBergG*) konusunda, bu ana fikrin yattığını belirtmekle yetinelim. Aynı şekilde, en önemli maden projelerinin özel bir planlama usulü öngören çevresel etki değerlendirmesine (ÇED) tabi tutulması zorunluluğuna da, bu ana fikrin yol açtığını belirtmek gerekmektedir (bkz. 5.3.2. aşağıda).¹⁸

Dahası; Federal Maden Kanunu’nun üstün ve genel kamu menfaatine göndermede bulunduğu her durumda veya kapsayıcı genel hükümlerle ilişkilenen sair hallerde, Alman çevre hukukunun *genel* hükümlerine uyma zorunluluğu bulunduğu dikkat çekilmelidir. Bu zorunluluk, esasen, tüm düzenlemelerin ve bu arada Federal Maden Kanunundaki hükümlerin Anayasanın temel ilkeleri ışığında yorumlanmasını gerektiren Anayasa mad. 20(a) hükmündeki çevrenin korunmasına ilişkin temel hukuk buyruğu kapsamında mevcuttur.

C. Maden Kaynaklarının Hukuki Tasnifi

¹⁸ Bkz. Tettinger, 1989.

Terim olarak madenler; yerin altında veya üstünde, deniz yatağı altında veya deniz yatağında veya deniz suyu içinde, tabii çökeltme veya yığılma (veya birikme) ile oluşmuş katı, sıvı veya gaz (su hariç) halindeki tüm madeni maddeler şeklinde, Federal Maden Kanunu mad. 3(1) hükmünde tanımlanmıştır.

1. Serbest (Bergfrei) ve Arza Tabi (Grundeigen) Madenler

Maden hukuku, madenleri serbest ve arza tabi olmak üzere iki sınıfa ayırmaktadır. Sadece arza tabi olarak sınıflandırılan maden kaynakları, arazi sahibine tahsisli olup, ona ait mülk gibi korunmuştur. (mad. 3(2), *BBergG*). Arazi sahibinin bu mülkiyeti, maden hukuku tarafından arazi mülkiyetinden bağımsızlığı kabul edilmekle serbest maden olarak vasıflandırılan diğer kaynakları içermektedir. Arza tabi madenler, serbest maden olarak nitelendirilmemiş maden kaynaklarıdır.

Federal Maden Kanunu mad. 3(3) hükmü, serbest madenlere ait kapsayıcı bir listeye yer vermektedir. Mesela; kurşun, demir, altın, bakır, cıva, karbonhidratlar, taşkömürü, linyit, kömürün çıkarılmasına bağlı olarak ortaya çıkan doğal gaz,¹⁹ potas, kaya tuzu ve diğer tuzlar, hükümde sayılmış bulunmaktadır. Ayrıca, kıta sahanlığı ve karasularında bulunanlar ile diğer enerji kaynaklarının çıkarılmasına bağlı olarak ortaya çıkan ve arz sıcaklığı içinde bulunan bütün maden kaynakları, serbest madenlerdendir.

Böylesi bir ayrıma yol açan nedenin, belli bir arazi sahibinin rızasından ve belli bir gayrimenkulün fiili boyutlarından bağımsız olarak, ulusal ekonominin menfaati doğrultusunda maden kaynaklarının arzını güvenceye almak olduğu aşikârdır. Bu yüzden maden hukuku, arazi sahibinin bu tür maden kaynaklarına erişimini askıya almıştır.²⁰

Diğer taraftan; arza tabi olarak nitelenen maden kaynakları, sadece gayrimenkullerin arazi sahipliği için tahsis edilen maden kaynaklarıdır. Bu tür kaynaklara; volkanik kara taş, tebeşir taşı, kuvarsın birkaç türü ve kil örnek olarak verilebilir. Bundan başka, serbest-olmayan bütün maden kaynakları, yer altı madenciligi

¹⁹ Taş kömürü ocaklarındaki metan ile ilgili sorunlar konusunda: Kühne, 1994.

²⁰ Serbest (*bergfreie*) madenler üzerindeki hakların temel mülkiyet hakkı ile ilişkisi konusunda daha fazla ayrıntı için: Papier, 1997, ilgili yargı kararlarına pek çok atf da yapılmış.

kapsamında çıkarılmadıkça, arazi sahibinin mülkiyet hakkına dâhildir [mad. 3(4)2, *BbergG*]. Bu nedenle, açık ocak madenciliği yoluyla çıkarılan serbest-olmayan maden kaynakları, Federal Maden Kanunu kapsamına girmemektedir. Bunlar, gayrimenkul arazi sahibine ayrıca tahsis edilmiş olup, başka kanunlara göre çıkarılmaktadır. Bunlara, sadece özel hukuk ve yerel kazı hukukunun (*Abgrabungsrecht*) yanı sıra, bölge planlama (*Raumordnungsrechf*), şehir planlama (*Bauplanungsrechf*)²¹ ve kum ve pirit çıkarmayla bağlantılı olarak su hukuku²² uygulanmaktadır.

Serbest madenler, “sahipsiz eşya” (*herrenlos*) olarak addedilmiştir. Şu kadar ki, bunların aranması, çıkarılması ve işlenmesi, madencilik faaliyetlerinin idari kontrolüne imkân veren kendine özgü idari bir ruhsat gerektirmektedir (*bkz.* 4. ve 5., *aşağıda*). Bu “sahipsiz eşya” kavramına, devletin madenlerin üzerindeki sahipliği gibi bir şey gözüyle değilse bile, bir “imtiyaz” sistemi²³ gözüyle bakılabilir (eski Demokratik Alman Cumhuriyeti’nde *-bkz.* bir sonraki bölüm- ve halen Fransa gibi bazı ülkelerde mutad olduğu üzere, “kamusal hüküm ve tasarruf” (*domaine public*) anlamında). Sonuç olarak, belirli hukuksal icapların karşılanması halinde, başvuran herkes, ilke düzeyinde, maden ruhsatına kavuşma hakkına sahiptir.

2. “Yeni” Eyaletlerdeki Durum

Durum, Almanya’nın doğu bölgesinde farklıdır. Bu bölgede, Almanya’nın birliğini sağlayan muayyen Anlaşma hükümleri uyarınca, neyin *serbest madene* muadil olduğunu, Demokratik Alman Cumhuriyeti hukuku tanımlamaya devam etmektedir: bütün maden kaynakları *serbest madendir*. Sonuçta, madenciliğin bu kritik problemi ile ilgili değişik iki bölgesel hukukun mevcut olduğu görülmektedir. Kum, pirit, çok sayıda taş ve toprak çeşidi, Batı Almanya’da arazi sahibine tahsis edilmiş iken, mülkiyet kapsamının dar tutulduğu Doğu Almanya’da arazi sahibine tahsis edilmiş değildir. Bu özel durumda; eski Demokratik Alman

²¹ *Bkz.* örnek olarak Berkemann, 1989.

²² *Bkz.* öncelikle: Bundesverfassungsgericht (BVerfG – *Federal Anayasa Mahkemesi*), *BVerfGE* (dava raporları) C. 58, s. 300 *vd.*; daha fazla ayrıntı için, Gaentsch, 1998.

²³ Aynı doğrultuda: Kremer and Neuhaus, 2001, s. 22 [‘kamu hukuku imtiyaz (concession) sistemi’].

Cumhuriyetini yeniden inşa etmek için inşaat endüstrisine mutlak surette gerekli olan ham madde arz miktarının etkilenebileceği düşüncesiyle, mülkiyet hakkına ve eşitlik hakkına ilişkin anayasal sakıncalar göz ardı edilmiştir. Federal Kanun Koyucu, bir geçiş dönemi ile sınırlı olarak, iki farklı hukuk sisteminin yan yana devam etmesine imkân vermiştir.²⁴

Bu geçiş dönemi şu an itibariyle sona ermiştir. Eski Demokratik Alman Cumhuriyeti hukukuna ait düzenlemelerin devamına ilişkin “Birlik Anlaşması” hükümleri, 15 Nisan 1996 tarihli kanunla ilga edilmiştir. Bununla beraber, kural olarak serbest maden kaynaklarına ilişkin eski hukuk uyarınca kazanılmış maden ruhsatları, geçerliliğini sürdürmektedir.²⁵

IV. MADEN RUHSATLARINA İLİŞKİN HUKUKİ SİSTEM

Maden ruhsatları (*Bergbauberechtigungen*), maden kaynaklarını arama ve sonrasında çıkarma hakkını vermektedir.

A. Maden Ruhsatlarının Çeşitleri

Federal Maden Kanununun merkeze koyduğu hedeflerden birisi, bazıları orta çağdan beri yürürlükte kalmış olan çok sayıdaki müstakil bölgesel hukuktan ortaya çıkan çeşitli maden hak ve ruhsatlarına ilişkin karışık durumu açık hale getirmektir. Federal Maden Kanunu ile; antik hak ve ruhsatların, geçerliliklerini yitirmemek için, öngörülen yeni tiplere dönüştürülmesi zorunluluğu getirilmiştir. Halen, maden ruhsatları üç şekilde ortaya çıkmaktadır (mad. 6, *BBergG*):

- İzin, belirli bir alandaki maden kaynaklarını arama hakkı ile mal edinmek üzere madeni bulunduğu yerden almak suretiyle çıkarma hakkını verir (*Erlaubnis*, mad. 7, *BBergG*),
- Muvafakatname (*Bewilligung*, mad. 8, *BBergG*),
- Maden mülkiyeti (*Bergwerkseigentum*, mad. 9, *BBergG*).

²⁴ Bkz. *Bundesverwaltungsgericht* (Federal Yüksek İdare Mahkemesi) Kararı, *BVerwGE* (dava raporları) C. 94, s. 23 (28 vd.). Daha fazlası için bkz.: Hüffer ve Tettinger, 1993. Birleşme anlaşmasının çeşitli hükümlerinin iptali amacıyla yapılan anayasa şikâyeti başvurusu Federal Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir, bkz. *BVerfGE* 86, s. 382 vd.

²⁵ Bkz. ‘*Gesetz zur Vereinheitlichung der Rechtsverhältnisse bei Bodenschätzen*’, 15 Temmuz 1996 (*Bundesgesetzblatt* I s. 602). Daha fazla ayrıntı için: Kremer ve Neuhaus, 2001, s. 132 vd.

Maden mülkiyeti, tıpkı *muvaafakatname* gibi, kuşatıcı ve müstakil bir şekilde, maden kaynaklarını arama, çıkarma ve mal edinme haklarını sağlamaktadır. Bu iki ruhsat türü, *izne* göre üçüncü kişiler karşısında daha sağlam haklar temin etmektedir. *Muvaafakatname*, sırf idari bir izin olduğu halde; devir, ipotek, teminat mektubu gibi konularda bir gayrimenkulün hukuki niteliğine bürünen *maden mülkiyetine* dönüşecek şekilde kuvvetlendirilebilir. Maden ruhsatları, diğer şartların yanında, her şeyden önce, başvurunun yeterliliğine, mali kapasitesine (mad. 11/6 ve mad. 7, *BBergG*) ve maden çıkarmanın ekonomik olarak makul olup olmadığına [mad. 12(1)3 ve mad. 13/2, *BBergG*] ilişkin delillendirmeyi gerektiren bir bağış veya terk ile vücuda gelir. Ancak bu terk, yine de kamu menfaatleri ile özel menfaatler arasında uygun bir dengenin kurulmasını gerektirmektedir. Teorik olarak, tüm icapların karşılanmış olması halinde, kendisine maden ruhsatı verilmesi yolundaki başvuru talebinin, hukuken bağlayıcı olup olmadığı veya yetkili madencilik makamının bağlı yetkiden öte bir takdir yetkisine sahip olup olmadığı hususları tartışılabilir. Ancak, çalışma ve teşebbüs faaliyetlerinde bulunmaya ilişkin temel hak [Anayasa mad. 12(1)] dikkate alındığında, ruhsat alma hakkının hukuken bağlayıcı olup olmadığı sorusunun olumlu bir yolda cevaplandırılması zorunlu olmaktadır.²⁶

Maden ruhsatı verilmesi yolundaki taleplerin reddine ilişkin kıstaslara, *BBergG* mad. 11-13 hükümlerinde yer verilmiştir. Özellikle, “başvuruya konu sahada maden aramanın üstün kamu menfaatleri ile çatışması” (mad. 11/10, *BBergG*) hali şeklinde öngörülen kıstas, çevresel konular dikkate alınarak yorumlanacak olan genel nitelikli bir hükmün ifadesidir (*bkz.* 3.2. *aşağıda*).

Kamu hukuku ya da özel hukuk bakımlarından hukuki nitelikleri ne olursa olsun,²⁷ her üç maden ruhsatı çeşidi de, özel mülkiyetin bir parçası olarak anayasal düzeyde teminat altındadır (Anayasa mad. 14(1), mülkiyet hakkı).²⁸

²⁶ *Bkz.* Schulte, 1978; fazlası için: Boldt ve Weiler, 1984, §11, kenar no: 1, *BBergG*'in hükümet gerekçesi atıfla.

²⁷ Maden ruhsatları; devlet tarafından bahşedilen idari yetkilendirme itibariyle, **kamu hukukuna tabi haklar** şeklinde addedilmekte; buna karşılık, ruhsat hamili ile yüzey mülkiyeti sahibi gibi üçüncü (özel) kişiler arasındaki ilişkiler itibariyle, nitelikçe **medeni hukuka ait haklar** şeklinde görülmektedir. Daha fazla bilgi için *bkz.* Karpen, 1981, s. 17; Kühne, G., Kühne/Gaentzsch, *Wandel und Beharren im Bergrecht* içinde, 1992, s. 49 vd.

²⁸ *Bundesverfassungsgericht* (Federal Yüksek İdare Mahkemesi), *BVerfGE* (dava raporları) C. 77,

B. Maden Harç ve Katkı Ödemeleri

Ticari amaçlarla maden kaynaklarını aramak üzere elinde bir *izin* bulunduran kişi (*Erlaubnis*, mad. 7, *BBergG*), arama yerinin *arazisi* için “arazi payı” (*Feldesabgabe*, field fee) adı altında bir ödeme yapması gerekmektedir (mad. 30, *BBergG*). Ancak arazi payı, yıldan yıla artsa bile, göze alınan arama maliyeti içinde, ekonomik değer itibarıyla deve de kulak bir düzeyde kalmaktadır (mad. 30(3), *BBergG*).

Diğer taraftan, arama ve çıkarma ruhsatları (Muvafakatname ve Maden mülkiyeti/*Bewilligung* ve *Bergwerkseigentum*, mad. 8-9, *BBergG*) hamillerinin, arazinin maden şirketinin ekonomik çapındaki katkısına karşılık, “çıkarma payı” (*Förderabgabe*, extraction fee) adı altında bir maden payı ödemesi gerekmektedir.²⁹ Bu pay, yıllık ortalama piyasa değerinin %10’u kadardır (mad. 30, *BBergG*).³⁰

C. Maden Ruhsatlarının İptali

Ruhsat hamili, belirli bir süre boyunca, başvuru konusu madencilik faaliyetlerini icra etmez veya kesintiye uğratırsa, haklı sebeplere dayanmayan hareketsizlikten dolayı sorumlu tutulur ve elindeki ruhsat iptal edilir. Ruhsatların iptali için belirlenen hareketsizlik süreleri ruhsat çeşidine göre değişmektedir: *izin* için bir yıl, *muafakatname* için 3 yıl ve *maden mülkiyeti* için 10 yıl (mad. 18, *BBergG*). Ayrıca, genel idare hukukunun ilgili hükümleri (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, İdari Usul Kanunu mad. 48 ve 49) uyarınca da ruhsatlar iptal edilebilir veya geri alınabilir (hukuka aykırılık halinde).

s. 130 vd. (136); C. 80, s. 360 vd. (364-5); Kuzey Rhine Westphalia Oberverwaltungsgericht (*OVG*-Yüksek İdare Mahkemesi), *Zeitschrift für Bergrecht (ZfB)* içinde, C. 11 [1990], s. 33 vd. (36); Rhineland Palatine *OVG*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* içinde 1994, s. 44 vd.; Krüger, 1989, s. 99 vd

²⁹ Bundesverfassungsgericht (*Federal Anayasa Mahkemesi*), *BVerfGE* (report of cases) içinde C. 72, s. 330 vd. (410).

³⁰ Piyasa değerinin bulunmasıyla ilgili *BBergG* mad. 32 hükmü kapsamında alınmış müstakil Eyalet tarifeleri mevcuttur. Sözü edilen “hava parasını”, Uluslararası fiyatlandırma ile oluşan düzeyde veya en azından o düzeye yakın bir düzeyde tahsil etmek amacıyla, tarifelerde madeni yağ ve gaz için çıkarma payı (*Förderabgabe*), piyasa değerinin % 32’sine kadar yükseltilmiştir. Böylece Aşağı Saksonya, yağ ve gazdan elde ettiği yıllık geliri önemli ölçüde artırmıştır. Maden kaynaklarından alınan maden payları ile (ayrıca tahsil edilen) vergiler arasındaki ilişki konusunda *bkz.* Kremer ve Neuhaus, 2001, s. 43 vd.

V. MADENİN İŞLETİLMESİ

Federal Maden Kanunu, maden kaynaklarını arama, çıkarma ve işlemeye ilişkin muamelelere ayrılan üçüncü kısmın ikinci bölümünde, maden hukukunun kendine özgü bir kurumu olan işletme planı hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer vermektedir (*Betriebsplan*, bkz. özellikle mad. 51 vd., *BBergG*). Alman maden hukuku, böylece, hukuken gerekli bir belge olan maden ruhsatı (*bkz.* 4.1. *yukarıda*) ile bu ruhsatın pratik faaliyetler yoluyla gerçekleştirilmesini açık bir şekilde birbirinden ayırt etmektedir. Bu nedenle, eldeki müstakil bir ruhsat, pek çok şartın daha aranmasına konu teşkil edebilir.

A. Genel Planlama Yükümlülüğü ve İşletme Planı Çeşitleri

Maden kaynaklarını arama, çıkarma ve işleme işleri; -kural olarak- yalnızca, girişimci tarafından hazırlanmış ve yetkili makam tarafından kabul görmüş bir “işletme planı” (*Betriebsplane*) temelinde, fiiliyata dökülmek suretiyle, hayata geçirilebilir veya sona erdirilebilir [*bkz.* mad. 51(1)1 nci cümle, *BBergG*]. Federal Maden Kanununun dayanağını oluşturan temel mülahazalara göre; madenciliğin kendisini ileriye taşıması ve bu sırada da kendisini değişen çevreye uyarlaması, maden kaynaklarındaki kalıcı rezerv azalmasına karşılık olarak, madenciliğin başlıca özelliğini oluşturur.

İşletmedeki *dinamizm*, hem çalışanlar, üçüncü kişiler ve mallar bakımından özgül tehlikelere sebep olmakta, hem de, özellikle açık ocak madenciliğinde, köklü değişikliklere uğratabildiği yüzey üzerine olumsuz yönde tesir etmektedir. Kendine özgü şartlar, işletmenin seyrek bir şekilde denetlenmesinden daha fazlasını gerektirmektedir. Bu nedenle, işletme planının uygun bulunması, öteden beri, madencilik makamları tarafından hem önleyici hem de devamlı olarak gerçekleştirilen denetim çerçevesindeki özel bir usul şeklinde işlev görmektedir. Bir ruhsatın kaldırılma ihtimalinin bulunması, önleyici bir yasaklamanın hukuksal biçimini de vermektedir.³¹

³¹ *Karş.* Berlin Yüksek İdare Mahkemesi (Oberverwaltungsgericht) kararı [1990], *Zeitschrift für Bergrecht* 131, s. 200 vd., referring to the Federal Anayasa Mahkemesine (*Bundesverfassungsgericht*) atf yapmaktadır, BVerfGE (dava raporları), C. 81, s. 329 (332); Ayrıca bkz. Oberverwaltungsgericht Rhineland-Palati-nate [1994] *Natur und Recht*, s. 45 vd.

İşletme planlarının muhtelif çeşitleri şunlardır:³²

- “Ana işletme planı” (*Hauptbetriebsplan*): genellikle iki yıldan uzun olmayan bir süre için, bir şirketin kuruluş ve idaresini tasarlamalıdır (mad. 52-1, *BBergG*).
- “Özel işletme planı” (*Sonderbetriebsplan*): tamamlayıcı görevleri gösterir ve bir şirketin ya da bir projenin yalnızca müstakil öneme sahip belirli bir parçasına değinir.
- Olağan ve ihtiyari “çerçeve işletme planı” (*Rahmenbetriebsplan*): idare tarafından istendiğinde, belli şartların dikkate alınmasıyla öngörölmüş daha uzun ve özel bir süreyi belirtir. Bu plan, tasarlanan projenin genel bilgilerini, teknik uygulanışını ve öngörölmüş süresini de içerir [mad. 52(2)1, *BBergG*].

Yaygın madencilik uygulamasında; ihtiyari çerçeve işletme planı gibi bir vasıtaya, yeni çıkarma ve hazırlama tesislerinin kurulması öncesinde başvurulmaktadır. Bu, madencilik makamının, projenin uzun vadedeki büyüklüğünü göz önüne alabilmesini de sağlamaktadır. Çerçeve işletme planı, ayrıca belli bir tesisin çevre üzerindeki etkisini önceden ve kapsamlı bir şekilde gözlemlemeyi de temin etmektedir. Bu itibarla, Alman mevzuatının Avrupa Birliği ÇED Direktifi doğrultusundaki dönüşümünün bir sonucu olarak, çevreye büyük çaplı etkide bulunan projelerde, çerçeve işletme planı mecburi bir araçtır [mad. 52(2a) ile bağlantı içinde mad. 57c, *BBergG*, ayrıntı için *bkz.* 5.3.2. *aşağıda*]. Diğer taraftan, Federal Maden Kanunu, çerçeve işletme planını kullanmayı mecburi tutmamış olsa bile; “çevrenin korunmasına” ilişkin anayasal ilke (Anayasa mad. 20a), bu plana müracaat edilmesi gerektiğini telkin etmektedir.³³

B. Mecburi Şartlar

İşletme planı, tasarlanan madencilik faaliyetinin boyutlarını, teknik gerçekleştirimini ve süresini ortaya koymalıdır. Ayrıca, *BBergG*, mad. 52(4) ve mad. 55(1) hükümlerinde listelenen belirli şartların da karşılandığına ilişkin delillerin sunulması zorunludur.

³² Daha fazla ayrıntı için *bkz.*: Schmidt-Abmann ve Schoch, 1994, s. 137 *vd.* ve s. 173 *vd.*

³³ Tettinger, (1997), s. 27 atfıyla beraber.

1. Federal Maden Kanunu mad. 55(1) Hükümü Şartları

Bu şartlar *BBergG*, mad. 55(1)1 hükmünde yer almaktadır. Tasarlanan faaliyeti bakımından maden ruhsatının (ki bunlar izin, muvafakat ve maden mülkiyeti olarak yukarıda 4.1.’de belirtildi) gerekli olduğunu gösteren delillendirmeye ek olarak aşağıdaki hususların da üzerinde durulmuş olmalıdır:

- Girişimci ve temsilcileri bilgili ve güvenilir olmalıdır.³⁴
- Hayat ve sağlığa yönelik tehditlere karşı ve tesisteki malzemeleri, çalışanları ve diğer kişileri korumak için gerekli önlemler alınmış olmalıdır.
- Kamu menfaatine uygun olarak maden kaynakları zarar görmeyecek şekilde korunmalıdır.
- Kişilerin selameti ve trafiğin güvenliği için araziye koruyucu ihtiyati tedbirler alınmış olmalıdır.
- Atıklar, ilgili mevzuat doğrultusunda bertaraf edilmelidir.
- Şartlar itibarıyla makul bir düzeye kadar arazinin yeniden düzeltilmesi için gerekli tedbirler alınmış olmalıdır.
- Mevcut işletme mekânlarının güvenliği tehlikeye atılmamalıdır.
- Arama ve çıkarma faaliyetlerinden kaynaklanabilecek hiçbir zararlı tesir göze alınmamış olmalıdır.

İşletme planı konusunda yukarıda özetlenen kriterler, esasen, zengin gelecekteki formülasyonlara dayanmakta olup, öğretici ve yargıda daha açık hale gelmektedir.³⁵ Şu kadar ki, -çoğunluğun kanaatine göre- bu kriterlerden herhangi birisi, ilke olarak, madencilik alanı dışındaki şahsi menfaatleri korumaya hizmet etmemektedir. Bu nedenle, projeye karşı üçüncü kişilerin hukuken ileri sürülebilecekleri herhangi bir hakkının kalmaması gerekmektedir. Bütün bu icaplar karşılandıktan sonra, bir maden şirketi, artık işletme planına muvafakat verilmesi hakkına sahip olmaktadır.³⁶ Plana muvafakat verilmesinden sonra madencilik

³⁴ Bu icap, çerçeve işletme planları için uygulanmamaktadır.

³⁵ Ayrıntılar için *bkz.* Örneğin geniş kapsamlı bilgi için BoldtAVeller, (1994), § 55 kenar no: 6 *vd.*; Kremer ve Neuhaus, 2001, s. 66 *vd.* “zararlı etkiler” ile ilgili önemli icaplar konusunda *bkz.* Schulte, 1989, s. 149 *vd.*

³⁶ *Bkz.* Federal Yüksek İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*) (*BVerwG*) (1996) kararı,

faaliyetinin sebep olduğu üçüncü kişilere ait bir zarar, artık sadece tazminata dönük bir talep şeklinde ortaya çıkabilir (5.4.2. *aşağıda*). Bundan daha öteye gidilen talepler, özellikle madencilik faaliyetinin sona erdirilmesine ilişkin talepler, artık kabul görmeyecektir.

2. Üstün Kamu Menfaatleri ile Çelişme Dolayısıyla Ek İnceleme

BBergG mad. 48(2)1 nci cümle hükmüne göre, işletme planlarına muvafakat vermeye yetkili makam, “üstün kamu menfaatleri ile çeliştiği sürece”, arama ve çıkarma faaliyetlerini kısmen veya tamamen yasaklayabilmektedir. Federal İdare Mahkemesi, bu hükmün, işletme planlarının tasdiki konusunda madencilik makamlarına tanınan yetkileri genişlettiğine hükmetmiştir. Zira bu hükme göre ilgili makam, işletme planının tasdikine karar verirken, *-BBergG*, mad. 55(1) hükmüne ek olarak- belli bir madencilik faaliyetinin sınırlandırılmasını veya kabul edilmemesini gerektiren daha ileri şartların mevcut olup olmadığı hususunu da araştırmak zorundadır.³⁷

Kamu menfaati halleri, maden hukukunun dışındaki mevzuatta yer alsa bile, işletme planının tasdiki sırasında, konuyla ilgili hale gelmektedir. Kamu menfaatlerine ilişkin soruşturmanın tamamı ilgili madencilik makamı tarafından tek elde yürütülüp sonuçlandırılmakta, böylece kamu hukukunun özel hükümleri uyarınca (örneğin su hukuku alanındaki hükümler uyarınca) yetkili olan diğer kamusal makamların söz konusu menfaatleri koruma işine bilhassa karışmalarına gerek kalmamaktadır.

“Üstün kamu menfaatleri”ne ilişkin potansiyel çatışma alanı, oldukça geniş kapsamlıdır. Bu alanda; bölge ve şehir planlaması, tabiatın ve kırsal alanların muhafaza edilmesi, tarihi eserlerin korunması, hava kirliliğine, gürültüye ve zararlı maddelere karşı koruma, radyasyona karşı koruma, su kirliliğinin kontrolü, turizm, madencilik projesinden etkilenen yüzey malikinin özel menfaatleri (*bkz.* 5.2.3. *aşağıda*) gibi konular, üstünlük ve çatışmaya konu olabilecek türden konulardır.

Deutsches Verwaltungsblatt s. 253 (256); doktrinden örneğin: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, *Bundesberggesetz* (Kohlhammer, Stuttgart, 1983), § 51, kenar no: 5.

³⁷ *Bkz. BVerwGE* (dava raporları) C. 74, s. 315 (323).

Madencilik makamları; yerleşik kamu menfaatlerinin, maden kaynaklarının çıkarılmasına dönük planlamada bulunan menfaat karşısında üstünlük taşıyıp taşımadığı hususunu açıklığa kavuşturmadıkça, dengeli bir karara varmış olmazlar. Ham madde arzına ilişkin makroekonomik bakış açısından bakıldığında, maden kaynaklarının çıkarılmasındaki menfaatin büyük bir öneme sahip olduğu görülmektedir.³⁸ Ne var ki, bu menfaati önde tutma işi, olaydan olaya çok büyük farklılık gösterebilir. Yukarıda görüldüğü üzere, Federal Maden Kanunu, “araziye ve toprağa iktisatlı ve ihtimamlı davranma” yükümlülüğüne de yer vermektedir ki; bu yükümlülüğün, Anayasa mad. 20(a) hükmündeki “çevrenin korunması” ilkesinin mertebeye yüksek bir ilke oluşuna uyarlı bir şekilde yorumlanması ve dengelenmesi gerekmektedir.

Üstelik Federal Maden Kanunu, madencilik makamlarını, diğer konulardan bağımsız olarak bir planlama kararı verme veya başına buyruk bir şekilde karar verebilme konusunda yetkilendirmiş değildir. *BBergG* mad. 48(2)1 nci cümle hükmü takdire yer bırakmamaktadır; bilakis bu konudaki işlemler, - bir dava açılması halinde – diğer konularla bağıntı ve bütünlük içinde, “üstün bir kamu menfaatinin” var olup olmadığı göz önüne alınarak, kapsamlı bir şekilde yargı denetimine tabi tutulmuştur.³⁹

3. Madencilik ve Yüzey (Gayrimenkul) Mülkiyeti

Özellikle yer altı kömür madenciliği dikkate alındığında; maden kaynağını çıkarmanın, yüzeydeki özel mülkiyeti ne derece etkileyeceği ve bu etkinin hangi dereceye kadar göze alınabileceği sorusu akla gelmektedir. Özel mülkiyetin Anayasal düzeyde koruma altında olması hasebiyle (Anayasa mad. 14); Federal Adli Mahkeme (*Bundesgerichtshof*), herkesçe benimsenebilecek olan şu kararı vermiştir: Federal Maden Kanununa göre; “gayrimenkul mülkiyeti ile maden hakları arasında bulunan tabii uyumsuzluğun, iki tarafa da hakkaniyete uygun (reasonable) davranma yükümlülüğünü yükleyen dikey bir komşuluk ilişkisi olarak

³⁸ *Bkz.* Federal Yüksek İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*) *BVerwGE* (dava raporları) C. 74, 315 (318) ve C. 81, 329 (339).

³⁹ *Bkz.* Federal Yüksek İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*) kararı, *BVerwGE* (report of cases) C. 74,315 (323).

değerlendirilmesi gerekmektedir”.⁴⁰ Buradan hareketle, Federal İdare Mahkemesi de; “üstün kamu menfaatleri” ile ilgili *BBergG* mad. 48(2)1 nci cümle hükmünü, Anayasa ile uygunluk içinde yorumlamış ve “yüzey mülkiyetinin haklı olmayan tahribatını önlemek, yalnızca bu hükmün uygulanması ile mümkün olmakta ise, o takdirde bu hükmün uygulanmasının zorunlu olduğu” yolunda karar vermiştir. *BBergG* mad. 48(2) hükmü kapsamındaki komşuluk hukukunun dışında olarak “üstün kamu menfaatleri” ile ilgili söz konusu hüküm, planlanmış olan maden işletmesine karşı, etkilenen gayrimenkul malikine, şahsi bir hak ileri sürme imkânı vermektedir.⁴¹ Bununla birlikte, maden hakları ile yüzeydeki mülkiyet hakları arasında uygun bir dengenin nasıl bulunabileceği konusundaki kritik sorun, Federal Maden Kanununun yorumu bağlamında, hala geçerli -ve çözümlenmemiş- bir başlık olmayı sürdürmektedir.⁴²

C. Planlama Usulü

İşletmeci; planlanan çalışmaların başlamasından önce, işletme planını, (süre uzatımı, ilave veya değişiklikleri ile birlikte) dayanak belgeleri de eklemek suretiyle yetkili makamın tasdikine sunmak zorundadır (mad. 54(1), *BBergG*).

1. Başka Makamların, Yerel Makamların ve Üçüncü Kişilerin Katılımı

Madencilik makamı, işletme planını tasdik etmeden önce, planlanan faaliyetler bakımından sorumlulukları etkilenen sair makamları (mesela, tabiatı koruma yetkisi verilen makamlar, inşaat denetimi yapan makamlar, su işleri makamları) veya yerel makamları işin içine katmak zorundadır (mad. 54, *BBergG*). Ayrıca, daha önce yapılmış bölge planlarında, bölgesel öneme sahip projelerle ilgili olarak, belli bir usulün takibi öngörülmüş olabilir. Böyle bir prosedür çerçevesinde, projelene maden mekanlarının ayrı ayrı rapor edilmesi gereklidir.⁴³

⁴⁰ BGHZ (özel hukukla ilgili dava raporları) C. 111, s. 263 *vd.* (264).

⁴¹ *Bkz.* Federal Yüksek İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*) (*BVerwG*), *BVerwGE* (dava raporları) C. 81, s. 329 (345 *vd.*).

⁴² Federal Anayasa Mahkemesinin geçici usul konusundaki kararları için *bkz.*: *BVerfGE* (dava raporları) C. 77, s. 130 *vd.*, ve C. 80, 360 *vd.* – ayrıntılı bir inceleme için, *bkz.*: Schmidt-Aßmann ve Schoch, 1994; Hüffer, 1994; Gluckert, J., ‘10 Jahre Streit um Schloss Cappenberg’, in von Danwitz, 1999, s. 13 *vd.*; Neuhaus ve Beckmann, 2002.

⁴³ Daha fazla ayrıntı için *bkz.*: Boldt ve Weiler, 1992, § 52 Kenar No. 71 *vd.* Daha önce mevcut olan bölge planlaması ile maden hukuku kapsamındaki özgül işletme planı arasındaki gerilim konusunda *bkz.* örneğin: Erbguth, 1996, s. 258 *vd.*

Plandan etkilenen üçüncü şahısların katılım ihtiyacı, Eyaletin (*Länder*) idari usule ilişkin genel nitelikli hukuku ile karşılanmıştır. Mülkü doğrudan madencilik faaliyeti nedeniyle taşınan bir gayrimenkul malikinin (uygun bir prosedür içinde) katılıma ilişkin dinlenebilir bir talebi, son zamanlarda, maden mülkiyeti ile yüzey mülkiyeti arasındaki zoraki ilişkiyi gözler önüne serecek şekilde, Federal İdare Mahkemesi nezdinde ileri sürülmüştür.⁴⁴ Bu konudaki zorunluluklara uymak amacıyla, bazı maden makamları, maden işletmecilerinden, madencilik faaliyetleri dolayısıyla yüzeydeki mülklere gelebilecek muhtemel zararlarla ilgili olarak özel bir işletme planı istemektedirler.⁴⁵

2. Özel Planlama Usulüne Konu Olarak Çevresel Etki Değerlendirmesi

Maden hukuku alanında, halkın katılımını öngören 27 Haziran 1985 tarihli ve 85/337/AET sayılı ÇED Hakkında Avrupa Direktifinin Alman hukukuna taşınması, genel ÇED mevzuatının⁴⁶ dışında, Federal Maden Kanununun özel hükümleri yoluyla uygulanmıştır. Maden hukukundaki işletme planlama prosedürüne ait özellikler, böylece dinamik işletme tarzı temelinde nazara alınmış olmaktadır.

Nitekim, çerçeve işletme planı (*bkz.* 5.1. *yukarıda*) prosedürü; Alman planlama hukukuna özgü bir enstrüman olarak, yerel konulara nazaran makro ekonomik yönü ağır basan projelere dönük *Planfeststellungsverfahren* (kanuni plan tasdik usulü) adı verilen bir planlama yöntemi kapsamında şekillendirilmektedir. Bu planlama yöntemi, maden endüstrisinin kendine özgü icapları doğrultusunda tanzim edilmiştir (mad. 52(2a), mad. 57a ve mad. 57b, *BBergG*).⁴⁷ Girişimciyle

⁴⁴ Federal Yüksek İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*) kararı, [1998] *Zeitschrift für Bergrecht*, s. 134 vd. (s. 139). *Bkz.* Tettinger, 1997, s. 95 vd.

⁴⁵ Bu plana '*Sonderbetriebsplan*' denilmektedir, '*Abbaueinwirkungen auf das Oberflächeneigentum*', Ayrıntılı bilgi için *bkz.* Kremer ve Neuhaus, 2001, s. 59 vd.

⁴⁶ *Bkz.* 'Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung' (UVP), 12 Şubat 1990 (BGBl. I s. 205), Avrupa Birliği'nin ÇED (97/11/EG) ve Entegre Çevre Kirliliğinin Önlenmesi ve Azaltılması (96/61/EG) vb. konulardaki direktiflerine uyum sağlamak üzere son zamanlarda ıslah edildi. *Bkz.:* 'Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz', 27 Temmuz 2001 (BGBl. I s. 1950).

⁴⁷ Federal Maden Kanunu mad. 52/2a hükmü ile mad. 57c hükmü birlikte ele alındığında; yalnızca, projenin "Maden Projelerinde Çevresel Etki Değerlendirmesine İlişkin Federal Usul ve Esaslar" kapsamında listelenen projelerden biri olması halinde, kanuni plan tasdik süreci (*Planfeststellungsverfahren*) sırasında Zorunlu bir ÇED prosedürü söz konusudur. [*Verord-*

birlikte, ilgili tüm makamların, etkileniş derecelerine göre üçüncü kişilerin ve kendilerine garanti verilen herkesin katıldığı bu prosedür; ÇED’in konu, çap ve metot itibariyle yoğun bir şekilde oturumlu olarak müzakere edilmesini içermektedir. Rızai bir uzlaşma sonucunu amaçlayan bu müzakere süresince, projeye karşı öne sürülen bütün itirazların tek tek incelenme mecburiyeti bulunmaktadır.

Projeden kaynaklanabilecek çevresel etkilerin özetini içermesi gereken yerinde bir planlama kararının asıl ayırt edici özelliği, inceleme ve nihai karar kısmıdır. Çevresel sorunlar da dâhil olmak üzere, konuya ilişkin tüm hukuki sorunlar, geniş yetkilere sahip tek bir idari makamda toplandığından, inceleme ve nihai karar makamı olarak madencilik makamı, plana damgasını vurmaktadır.

Kural olarak, planlama işlemi, daha sonra üçüncü kişilerden veya başka makamlardan gelebilecek itirazları elimine etmektedir.

Diğer taraftan; maden hukukundaki kendine özgü “kanuni plan tasdik usulü” (*Planfeststellungsverfahren*), bu planlama enstrümanına ait genel hükümlerden farklılık göstermektedir. Bu farklılık, maden endüstrisindeki belirli durumların (teknik detaylar, işletim güvenliği, iş güvenliği, sorumluların bilgice ehliyetli ve güvenilir olmaları vs.), ana işletme ve özel işletme planlarının tasdikini ayrıca gerektirmesinden ortaya çıkmaktadır.

3. Diğer Bazı Planlama Usulleri; Bölgesel Planlama ve Linyit Kömürü Planlaması

İstisnai olarak, gerekli çevresel etki değerlendirmesi (ÇED), önceki bir bölge planlama prosedürünün seyri içinde de gerçekleştirilebilir [mad. 52(2b)2 nci cümle ile birlikte mad. 54(2)3 ncü cümle, *BBergG*]. Bu sonuç, bölge planlama prosedürü ile linyit kömürü planlama prosedürüne, bazı Eyaletlerin mevzuatı ile şekil verilmiş olmasından ileri gelmektedir.

Linyit kömürü madenciliği, açık ocak madenciliğine dayalı yapıldığından ge-

nung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben - UVP-V Bergbau, 13 Temmuz 1990 (BGBl. I s. 1420) değişik]. Ayrıntılar için bkz. Boldt/Veller, ‘Bundesberggesetz (Ergänzungsband)’, 1992; Tettinger, 1989; von Mässenhausen, 1994. Ayrıca bkz. Federal Yüksek İdare Mahkemesi, [2002] *Deutsches Verwaltungsblatt* içinde, s. 1498 vd. (Eski Doğu Alman Rejiminde başlamış olan madencilik faaliyetleri için ÇED gerekli değildir).

niş alanlar gerektirmektedir. Açık ocak madenciliği endüstrisinin muazzam çevresel ve sosyal etkilere yol açması nedeniyle de, özel bir düzenleme ihtiyacı baş göstermektedir. Bu yüzden, uygun planlama araçları vazgeçilmez olmaktadır.

Rhineland linyit kömürü bölgesine dönük olarak linyit kömürü planlamasına ilişkin kendi özel enstrümanını barındırması hasebiyle Kuzey-Rhine Westphalia'nın planlama hukuku kuralları anlamlı bir örnek oluşturmaktadır.⁴⁸ Kuzey-Rhine Westphalia'da linyit kömürü planlarını hazırlama görevi, bölge idaresi içinde kurulmuş olan yetkili linyit kömürü komitelerine düşmektedir. Bu komiteler, planlanan bölge içinde kurulu yerel makamların, Sanayi ve Ticaret Odalarının, işveren kuruluşlarının ve ticaret birliklerinin vs. temsilcilerinden oluşmaktadır. Planlanan bölge içinde yerleşik olmasalar bile, yerel idare ile birlikte halk da linyit kömürü planlarının hazırlanmasına katılmaktadır.

Planlar, bir tek uzun vadeli enerji arzı icapları ile çevre korumasının layıkıyla göz önünde bulundurulması halinde verilen ve eyaletin en yüksek planlama makamının yetkisinde bulunan bir onayı gerektirmektedir. Daha sonraki planlar, diğer planlama makamlarını (yani yerel idareleri) bağlayıcı olan linyit kömürü planlarının özel şartları ile bağdaşır hale getirilmektedir.⁴⁹

Yeni açık-ocak maden ocaklarının açılması durumunda sık sık gerek duyulan köylerin bütünüyle başka bir yere taşınmasına ilişkin katı tedbirler düşünüldüğünde, gelecekteki işletme faaliyetleri ile ilgili önemli kararların, -linyit kömürü planlama makamına ait bir planlama işlemi yerine- bir yasama işlemi yoluyla halledilmesinin gerekli olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Kuzey-Rhine Westphalia Anayasa Mahkemesi, açık-ocak şeklinde planlanan yeni ve kapsamlı bir maden ocağının açılması ile ilgili olarak; çoğulcu bir yapıyla teşekkül eden linyit kömürü komitesi kararının, demokratik anlamda yeterli bir meşruiyete sahip olduğu hususuna göndermede bulunarak, bu doğrultudaki bir davayı reddetmiştir.⁵⁰

⁴⁸ Bkz. Kuzey-Rhine Westphalia Bölgesel Planlama Kanunu (*Landesplanungsgesetz*) mad. 24 vd., detaylar için: Schnapp, 1989, s. 87 vd. Benzer hükümler Brandenburg ve Saksonya Eyaletlerinde de mevcuttur.

⁴⁹ Daha fazla ayrıntı için bkz. ör.: Erbguth, 1982; Kamphausen, 1984, s. 146 vd. Saha/bölge planlaması ile 'maden mülkiyeti' arasındaki ilişki hakkında: Hoppe, 1984, s. 101 vd.

⁵⁰ Bkz. Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen, 29 Nisan 1997 tarihli karar, [1997] *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter*, s. 247 vd. (özellikle s. 251 f.). Aynı yönde: Ver-

Brandenbur’daki *Homo Köyü*’nün tasfiyesi ile ilgili bir dava ise, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi nezdinde halen derdest bulunmaktadır.⁵¹

Son olarak; açık ocak linyit kömürü madencilik faaliyetlerinin, yeraltı su kaynakları ile işletme sürecinin bitiminden sonra maden ocağı yerinin yeniden tesis edilmesi konusunda, bilhassa özel bir dikkat gerektirdiği son derece açıktır.⁵²

D. İşletme Planının Etkileri

Bir kere, işletme planı kabul edildikten sonra, özellikle güvenlik ve emredici hükümleri bakımından, işletici şirket, işletme planına uygun faaliyetlerde bulunmakla yükümlüdür [mad. 61(1), *BBergG*].

İşletmeci, bazı görev ve yetkilerini sorumlu kıldığı başka kişilere devredebilir. Ancak bu kişilerin, güvenilir, ehliyetli ve fiziksel olarak yeterli olması ve kendilerine devredilen bu görev ve yetkileri sürekli bir şekilde koordineli olarak yerine getirmeleri şarttır (mad. 59 ve 62, *BBergG*). *BBergG* mad. 65-68 hükümleri ile; işletme planı ile işletici şirketin sorumluluğuna (ihtiyati tedbirler, yüzeyin yeniden tesis edilmesi, özel uzmanlık) dönük taleplerle ilgili ayrıntıların, Eyalet idareleri tarafından “maden yönetmelikleri” (*Bergverordnungen*) çerçevesinde giderileceği öngörülmüştür. Ekonomik işlerden sorumlu Eyalet bakanı, istisnai olarak, ayrıntılara ilişkin bu görevleri de yerine getirmektedir.

1. Madencilik Faaliyetinden Etkilenen Gayrimenkul Sahiplerinin Yükümlülükleri

Federal Maden Kanunu, madencilik sürecinin komşu gayrimenkullerle veya kullanılmalarıyla çelişmesi hali için, arazi terki ya da kamulaştırma (mad. 77 vd., *BBergG*) ve yapı sınırlama tedbirleri (mad. 107 vd., *BBergG*) şeklinde, özel hükümlere yer vermektedir.

Kamulaştırmanın bir şekli olan arazi terki (*Grundabtretung*) Federal Maden

fassungsgerichtshof Sachsen (Saksonya Anayasa Mahkemesi): [2001] *Zeitschrift für Umweltrecht*, s. 207 vd. Brandenburg Anayasa Mahkemesi’nin aksi yöndeki 1 Haziran 1995 tarihli eski bir kararı için bkz. Degenhart, 1996, özellikle s. 43 vd. (karar metni: s. 111 vd.).

⁵¹ Bkz. Karar No: 46346/99, Tarih: 25 Mayıs 2000, [2001] *Landes- und Kommunalverwaltung* (LKV) içinde, s. 69 vd.

⁵² Detaylar için Bkz.: Viertel, 2002, s. 69 vd.; Hüffer ve Tettinger, 1994; Stür ve Wolff, 2002, s. 12 vd.; Kremer ve Neuhaus, 2001, s. 215 vd.

Kanunu ile öngörülmüştür (mad. 77 vd., *BBergG*).⁵³ Maden girişimcisinin bu yoldaki başvurusu, ancak kamu menfaatine katkıda bulunuyor ise ve daha az külfetle bu menfaate başkaca bir ulaşma yolu yoksa, oldukça istisnai bazı hallerde kabul görebilmektedir [mad. 79(1), *BBergG*]. Maden kaynaklarına yer itibarıyla bağımlı olan bir maden çıkarma şirketinin, bu noktaya ısrarlı bir şekilde vurgu yapması gerekli bir husustur. Kamu menfaati; maden ürünlerinin pazara arzı, madencilerin işlerinin korunması, ekonomik yapının beka ve ıslahı veya maden kaynaklarının makul ve sistemli bir şekilde çıkarılması gibi hususları içermektedir. Arazi terkinden doğrudan yararlanan, maden çıkarma şirketi olduğundan; *Grundabtretung*, bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi lehine devlet zoruyla kamulaştırma yapılmasıdır.⁵⁴ Anayasa tarafından emredici bir şekilde öngörülen tazmine dönük hükümler, mad. 84 ve devamı hükümlerde yer almaktadır.

Bir gayrimenkul, madencilik çerçevesinde kullanıldığı sürece, Eyalet idareleri veya daha alt makamların, söz konusu bölgede yapı faaliyetlerini sınırlayan bir karar çıkarmaları ihtimali mevcuttur.

Arazi terkinde olduğu gibi; yapı sınırlaması, ancak, maden ürünlerinin pazara arzına ilişkin makroekonomik bir gerek veya maden kaynaklarının çıkarılmasına dönük gerçek bir ihtiyaç, kamu menfaati ile uygunluk içinde bulunuyorsa, kabul görebilecektir (mad. 107, *BBergG*).

2. Zararlar

Federal Maden Kanunu; zararların önlenmesi, zarar dolayısıyla sorumluluk, madenciliğin trafiğin halka açık olarak kurulması üzerindeki olumsuz etkileri ile hukuk literatüründe bir hayli incelemeye konu edinilen koruyucu toprak analizleri (bkz. mad. 110 vd., *BBergG*), konularında da özel hükümler içermektedir.⁵⁵ Şikâyetçinin tazminata dönük iddiasını mahkeme önünde ispat etmesini kolaylaştıran ve madencilikten kaynaklanan bir zararın varlığı halinde hemen devreye giren kanuni bir karine mevcuttur (katı sorumluluk sistemi). Buna göre,

⁵³ Detaylar için, bkz. Lange, 1988, s. 805 vd.; Kremer ve Neuhaus, 2001, s. 112 vd.

⁵⁴ Özel şirketler lehine kamulaştırma ile ilgili anayasal icaplar konusunda bkz. Bundesverfassungsgericht, *BWefGE* (dava raporları) C. 66, s. 248 vd. (257 f.).

⁵⁵ Bkz., örneğin, Boldt ve Weiler, 1984 Vor § 110; Kremer ve Neuhaus, 2001, s. 124 vd.; Hüffer, 1989, s. 115 vd.

ispat külfeti kendisine dava açılan maden şirketine düşmektedir. Yüzeyin bel vermesine, baskılanmasına, çekilmesine veya yarılmasına madenin sebep olduğu yolundaki genel karinenin çürütülmesi zorunludur. Bununla birlikte davacı, söz konusu zararın madencilik faaliyetlerinden kaynaklanmadığı açık ise, bu karineye sığınma hakkına sahip değildir.

VI. SONUÇ

Son 20 yıl içinde Federal Maden Kanunu (1996’dan bu yana Demokratik Alman Cumhuriyetinde de), başka pek çok ülkeye de örneklik teşkil eden bir model olarak, madencilik faaliyetleri ile ilgili muhtelif özel ve kamu menfaatlerini bir arada dengelemeye yardım eden elverişli bir kanuni sistem getirdiğini kanıtlamıştır.

Mevcut bazı sıkıntılar ile bunlardan sonra yapılan hukuki tartışmalar (geçmişten gelen planlama yöntemleri ile bunların hukuki güvenlik ve yatırım faaliyetleri üzerine olan etkileri gibi), ilk olarak, maden hukuku alanı dışındaki başkaca hükümler (ÇED çerçevesindeki AB’nin sıkı usul kuralları) yoluyla kimi icapların öngörülmesinden sonra ortaya çıkmıştır.

Maden hukukunun gelecekteki önem ve saygınlığı, temel enerji politikasının yanı sıra çevre politikasının (anahtar kelimeler: iklim değişimi, enerji vergileme, emisyon hacmi vs.) hem ulusal düzeyde ve hem de Avrupa düzeyinde belirlenip geliştirilmesi üzerine dayanmaktadır. Avrupa düzeyindeki belirleme, özellikle, AB üyesi ülkelerin sabit yerli enerji kaynağı stoku garantisinden ötürü hangi düzeye kadar sorumlu olacakları sorunu ile ilgilidir.⁵⁶

Yeni yer altı madencilik faaliyetlerine karşı yüzeydeki toprak sahiplerine ait haklarının savunulması konusu ile ilgili olarak, derdest hukuki uyuşmazlıklarda uygulanan yüksek mahkeme kararlarının gelişiminden halen daha fazla bir rehberlik beklenmektedir.



⁵⁶ Bu bağlamda bkz. Komisyon’un “Enerji Arz Güvenliği İçin Bir Avrupa Stratejisine Doğru” alt başlığını taşıyan 26 Haziran 2002 tarihli “Yeşil Belge”si; Alman bakış açısını yansıtan 27 Kasım 2001 tarihli Federal Ekonomi Bakanları Raporu (‘Nachhaltige Energiepolitik für ein zukunftsfähige Energieversorgung’).

BİBLİYOGRAFYA

Berg- und Energierecht vor den Fragen der Gegenwart, Festsschrift für Fritz Fabricius, (Boorberg, Stuttgart, 1989).

Berkemann, J., 'Planerische Lenkung des Abbaus von oberflächennahen Bodenschätzen' (1989) *Deutsches Verwaltungsblatt*, p. 625 *et seq.*

Boldt, G., and Weller, H., *Bundesberggesetz - Ergänzungsband zum Kommentar* -(De Gruyter, Berlin 1992).

Boldt, G., and Weller, H., *Bundesberggesetz - Kommentar* - (De Gruyter, Berlin 1984).

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (ed.), *Der Bergbau in der Bundesrepublik Deutschland 2001*, (2002a) <www.bmwi.de/Homepage/download/energie/Bergbau.pdf>, 15 March 2003.

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (ed.), *Energie Daten-Nationale und internationale Entwicklung*, (2002b) <www.bmwi.de/Homepage/download/energie/Energiedaten02.pdf>, 15 March 2003.

Degenhart, Chr., *Rechtsfragen der Braunkohlenplanung für Brandenburg* (Boorberg, Stuttgart, 1996).

Erbguth, W, 'Verfassungsrechtliche Fragen im Verhältnis Landesplanung und Braunkohlenplanung', *Deutsches Verwaltungsblatt*, (1982) p. 1 *et seq.*

Erbguth, W., 'Zulassungsverfahren des Bergrechts und Raumplanung', *Verwaltungsarchiv* 87 (1996) p. 258 *et seq.*

Franke, R, 'Rechtsfragen der Nutzung erneuerbarer Energien: Grubengas und Géothermie', in Burgi (ed.), *Planungssicherheit im Energiewirtschaftsrecht* (Boorberg, Stuttgart 2003).

Frenz, W, *Bergrecht und nachhaltige Entwicklung* (Duncker & Humblot, Berlin 2001).

Freytag, 'Der Einsatz von Rückständen im Bergbau an der Nahtstelle von Berg-und Abfallrecht', in *Natur und Recht* (1996) p. 1450 *et seq.*

Gaentsch, G., 'Rechtliche Fragen des Abbaus von Kies und Sand', *Neue Ze-*

itschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), (1998) p. 889 *et seq.*

Gaentzsch, G., and Kühne, G., *Wandel und Beharren im Bergrecht* (Nomos, Baden-Baden 1992).

Giesel, H.B., 'Die deutsche Steinkohle im Wettbewerb der Energieträger', *Glückauf* (1996) p. 701 *et seq.*

Hoppe, W., 'Bergbauberechtigungen als verfassungskräftige Eigentumsposition und ihr Schutz gegenüber Planung', *Die öffentliche Verwaltung* (1984) p. 101 *et seq.*

Hoppe, W., and Spoerr, W., *Bergrecht und Raumordnung* (Boorberg, Stuttgart, 1999).

Hüffer, U. and Tettinger, P.J., *Braunkohlenabbau in der ehemaligen DDR und Sanierungsverpflichtungen*, 1994.

Hüffer, U. and Tettinger, P.J., *Sand und Kies als Gegenstand des Bergwerkseigentums in den neuen Bundesländern* (Bochum, 1993).

Hüffer, U., (ed.), *Oberflächeneigentum und Bergbau* (Boorberg, Stuttgart, 1994).

Hüffer, U., 'Präventive Maßnahmen im Bergschadensrecht', in *Festschrift für F. Fabricius* (Boorberg, Stuttgart, 1989), p. 115 *et seq.*

Kamphausen, 'Rechtsprobleme der Braunkohlenpläne', *Die öffentliche Verwaltung* (1984) p. 146 *et seq.*

Karpen, U., 'Grundeigentum und Bergbaurechte nach dem Bundesberggesetz' (1981) *Archiv des öffentlichen Rechts* 106, p. 15 *er seq.*

Kremer, E. and Neuhaus gen. Wever, P.U., *Bergrecht* (Kohlhammer, Stuttgart 2001).

Kroker, R., 'Zur Entwicklung des Steinkohlenbergbaus in Nordrhein-Westfalen zwischen 1945 und 1995' (1996) *Glückauf*, p. 457 *et seq.*

Krüger, H., 'Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz für den Bergbau', in *Festschrift für Fritz Fabricius* (Boorberg, Stuttgart, 1989).

Kühne, G., *Rechtsfragen der Aufsuchung und Gewinnung von in Steinkohleflözen beitzendem. Methanga* (Nomos, Baden-Baden 1994).

Lange, K., 'Grundabtretung und vorzeitige Besitzeinweisung im bergrechtlichen Betriebsplanverfahren', in *Die öffentliche Verwaltung* (1988) p. 805 *et seq.*

Lauffer, P., 'Neuordnung der Kohlesubventionen', *Recht der Energiewirtschaft* (1998).

Lauffer, R., 'Steinkohlenverströmung' - *Perspektiven nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.10.1994 zum Kohlepfennig* (Bochum 1995).

Lecheler, H., 'Der Kohlepfennig-Beschluß' und seine Konsequenzen', *Neue-Juristische Wochenschrift* (1995), p. 933 *et seq.*

Lippert, M., *Energiewirtschaftsrecht* (Gesamtdarstellung für Wissenschaft und Praxis), Fachverlag Deutscher Wirtschaftsdienst, Köln 2002.

Mez, L., Jänicke, M. and Pöschk, J., *Die Energiesituation in der vormaligen DDR* (Sigma, Berlin, 1991).

Neuhaus, P. U., and Beckmann, M., *Aktuelle Probleme des Drittschutzes im Bergrecht* (Boorberg, Stuttgart 2002).

Niermann, R.P., *Betriebsplan und Planfeststellung im Bergrecht*, Münster 1992.

Papier, H.J., in Maunz, Th., Dürig, G. *etal.*, *Grundgesetz, Kommentar* (loose-leaf, State November 1997), Article 14, margin number 438.

Pollmann, H. J., and Wilke, F. L., *Der untertägige Steinkohlenbergbau und seine Auswirkungen auf die Tagesoberfläche* (Boorberg, Stuttgart, 1994).

Schmidt-Aßmann, E., and Schoch, F., *Bergwerkseigentum und Grundeigentum im Betriebsplanverfahren* (Boorberg, Stuttgart, 1994).

Schnapp, F., 'Braunkohlenplanung in Nordrhein-Westfalen', in *Festschrift für Fritz Fabricius* (Boorberg, Stuttgart, 1989), p. 87 *et seq.*

Schulte, H., 'Die Bergbauberechtigungen nach dem Regierungsentwurf für ein Bundesberggesetz' (1978) 119 *Zeitschrift für Bergrecht*, p. 414.

Schulte, H., *Bergbau und Grundeigentum* (Boorberg, Stuttgart, 1990).

Schulte, S., 'Gemeinschädliche Einwirkungen nach §§ 55 BBergG', in *Festschrift für Fritz Fabricius* (Boorberg, Stuttgart, 1989).

Sladek, Chr., 'Versatzbergbau zwischen Umwelt- und Bergrecht', in von Danwitz (ed.), *Bergbau und Umwelt* (Boorberg, Stuttgart, 1998), p. 83 *et seq.*

Stiens, C, *Der bergrechtliche Betriebsplan. Entstehung, Entwicklung und rechtliche Neubestimmung*, Münster 1995.

Stür, B. and Wolff, K., 'Abschlussbetriebsplanung für den Braunkohlentagebau Ost', in *Landes- und Kommunalverwaltung* (2002) p. 12 *et seq.*

Tettinger, R J., (ed.), *Altlasten und Flächenrecycling* (Boorberg, Stuttgart, 1990).

Tettinger, R J., (ed.), *Umweltverträglichkeitsprüfung bei Projekten des Bergbaus und der Energiewirtschaft* (Boorberg, Stuttgart, 1989).

Tettinger, P.J., *Gewinnung und Aufbereitung von schwefelstoffhaltigem Erdgas auf einer Ferieninsel?* (Boorberg, Stuttgart, 1997).

Viertel, B., 'Gewässerausbau und -Unterhaltung bei übertägigen Bergbauvorhaben', *Zeitschrift für Wasserrecht* (2002) p. 69 *et seq.*

Von Danwitz, T., (ed.), *Bergbau und Umwelt* (Boorberg, Stuttgart, 1999).

von Mässenhausen, H.-U., 'Rahmenbetriebsplan und Umweltverträglichkeitsprüfung - Neueste Entwicklungen und Probleme', *Zeitschrift für Bergrecht* 135 (1994) p. 119 *et seq.*

Wolfram, E., and Gerstein, L., *Die Bedeutung des heimischen Bergbaus/ Verantwortliche Energiepolitik* (Boorberg, Stuttgart, 1989).

ADLI SORUŞTURMA VE CEZA DAVALARINDA SOSYAL MEDYA DELİLİ: YENİ HUKUKSAL SORUNLARIN SINIRI

Justin P. Murphy ve Adrian Fontecilla *

Çeviren: Ar. Gör. Murat ARABACI **

GİRİŞ

Sosyal medya iş yapma, araştırma yapma, haber paylaşımı, arkadaşlarıyla ve ailenle anlık iletişim kurma konusunda günümüz toplumunda iletişimin dayandığı en yeni devrimi gerçekleştirmektedir. Sosyal medyanın olayların çoğunda saygı duyulur bir etkisinin olduğu şaşırtıcı bir durum değildir. Bu patlama orta ölçekte adli soruşturmaları ve ceza davalarını etkilemektedir. Sosyal medya delili diğer bazı durumlarla birlikte bir kişinin belirli bir zamandaki yerini, durum güncellemelerini, fotoğraflarını ve doğrudan iletişimini ya da sanığın sosyal medya hesabını ve diğer şeyleri içerir. Bu makale sosyal medyanın adli soruşturma ve ceza davalarındaki önemini, erişimde dahil olmak üzere, bu delillerin kullanımı ve sosyal medya delillerindeki artışın anayasal problemlerini, bu delillerin kimlik doğrulama ve delil olarak kabul edilebilirliğini inceleyecektir.

I. SOSYAL MEDYANIN ÖNEMİ

Sosyal medya çok yaygın bir kullanıma sahiptir. Günümüzde internete bağlanan yetişkinlerin %91'i sosyal medyayı düzenli bir şekilde kullanmaktadır¹. “İnsanlar sosyal ağlarda diğer internet sitelerinde harcadıkları zamandan çok daha fazlasını harcamaktalar”. “Bu zamanında %20'sini bilgisayar

* Justin P. Murphy, Washington'da Crowell & Moring's hukuki danışmanlık şirketinde avukat olarak çalışmaktadır. Şirketin beyaz yaka suçlar bölümü, düzenleyici idari otoriteler, e-soruşturma ve bilgi yönetimi alanlarında uzmanlaşmıştır. Adrian Fontecilla ise Wahington'daki Crowell & Moring hukuki danışmanlık şirketinde Antitrust grupları üzerine uzmanlaşmıştır. Aynı zamanda aynı şirketin e-soruşturma hukuku blog sayfasına katkıda bulunmaktadır. <http://www.ediscoverylawinsights.com/>

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

¹ EXPERIAN MARKETING SERVICES, THE 2012 DIGITAL MARKETER: BENCHMARK AND TREND REPORT 79 (2012), Buradan ulaşılabilir: <http://www.experian.com/simmons-research/register-2012-digital-marketer.html>.

başında %30'unu ise mobil iletişim vasıtaları ile harcadıkları hesaplanmaktadır².” Amerika Birleşik Devletlerinde sosyal medya kullanımı 2006'dan bu yana %356 artış göstermiştir³. Günümüzde Amerikalıların %56'sının en az bir sosyal medya hesabı vardır⁴. Bir milyardan fazla insan her ay aktif bir şekilde Facebook hesabını kullanmakta⁵ ve şu an internet kullanıcılarının %32'sinin bir Twitter hesabı bulunmaktadır⁶. Özellikle günümüzde bir sosyal medya hesabına sahip Amerikalıların %55'ni 45- 55 yaş arasındaki Amerikalılar oluşturmaktadır ve son yıllarda en geniş büyüme bu yaş aralığında olmuştur⁷.

Birbirlerini farklı bir demografik yapı ve farklı içerik sağlayıcılarla besleyen yüzlerce sosyal ağ sitesi mevcuttur⁸. Dahası, bu sosyal ağ sitelerinin kullanıcıları büyük miktarda veri oluşumu gerçekleştirmektedir. Twitter kullanıcıları her iki buçuk günde bir milyar tweet atmaktadır⁹. Instagram kullanıcıları her gün 40 milyon fotoğraf yüklemektedir¹⁰. Facebook kullanıcıları her dakika 684,478 parça içerik paylaşmakta ve Youtube kullanıcıları her dakika 48 saatlik yeni video yüklemektedirler¹¹. Sosyal medya kullanıcıları, fotoğraf, video ve tweetten çok daha fazlasının ortaya çıkarmasını sağlamaktalar.

² NIELSEN, STATE OF THE MEDIA: SOCIAL MEDIA REPORT 2012, at 4 (2012), Buradan ulaşılabilir: <http://blog.nielsen.com/nielsenwire/social/2012/> (Son Erişim Tarihi: 31 Aralık 2012).

³ *Connect: Social Media Madness U.S. 2012*, NETPOP RESEARCH (April 2012), Buradan ulaşılabilir: <http://netpopresearch.com/social-media-madness>

⁴ Tom Webster, *The Social Habit 2011*, EDISON RESEARCH (May 29, 2011), Buradan ulaşılabilir: http://www.edisonresearch.com/home/archives/2011/05/the_social_habit_2011.php.

⁵ Aaron Smith, Laurie Segall & Stacy Cowley, *Facebook Reaches One Billion Users*, CNN MONEY (Oct. 4, 2012, 9:50 AM), <http://money.cnn.com/2012/10/04/technology/facebook-billion-users/index.html>

⁶ Brian Honigman, *100 Fascinating Social Media Statistics and Figures From 2012*, HUFFINGTON POST (Nov. 11, 2012, 7:32 PM), http://www.huffingtonpost.com/brianhonigman/100-fascinating-social-me_b_2185281.html.

⁷ Erik Qualman, *10 New 2012 Social Media Stats = WOW!*, SOCIALNOMICS, <http://www.socialnomics.net/2012/06/06/10-new-2012-social-media-stats-wow/> (Son Erişim Tarihi: 31, Aralık, 2012).

⁸ Bkz: PINGDOM, SOCIAL NETWORK DEMOGRAPHICS IN 2012 (2012), Buradan ulaşılabilir: <http://royal.pingdom.com/2012/08/21/report-social-network-demographics-in-2012/>.

⁹ *Nielsen and Twitter Establish Social TV Rating*, NIELSEN (Dec. 17, 2012), <http://www.nielsen.com/us/en/insights/press-room/2012/nielsen-and-twitter-establishsocial-tv-rating.html>.

¹⁰ *Instagram Press Center*, INSTAGRAM, <http://instagram.com/press/> (Son Erişim Tarihi: 1. Şubat. 2013).

¹¹ Josh James, *How Much Data Is Created Every Minute?*, DOMO (June 8, 2012), <http://www.domo.com/blog/2012/06/how-much-data-is-created-every-minute/>.

Mesela yer bilgileri gibi diğer bilgileri de paylaşmaktalar. 2012 itibariyle 17 milyar yer etiketi ve check-in girişi yapıldı¹². Sosyal medya aracılığı ile sayısız ve sürekli değişen yollarla bilgi paylaşımı potansiyel delil açısından bir dijital altın madeni olarak sonuçlanmaktadır. Bu maden profilleri, arkadaş gruplarını, grup üyeliklerini, mesajları, sohbet kayıtlarını, tweetleri, fotoğrafları, videoları, etiketleri, gps yer bildirimlerini, likeları, check-in leri ve giriş çizelgelerini içermektedir¹³.

Sosyal medya sağlayıcılarının sunduğu bilgiler şaşırtıcıdır. Bir telefon şirketi mahkeme kararı ya da arama emrine, çağrı ve mesaj kayıtlarını sunarak cevap vermektedir. Buna karşılık Facebook gibi bir sosyal medya şirketi bir mahkeme kararına kullanıcının profil, duvar yazıları, yüklediği fotoğrafları, etiketlendiği fotoğrafları, kullanıcın diğer arkadaşlarının Facebook bilgileri ile ilgili kapsamlı bir listeyi ve uzun zamanlı giriş ve IP bilgilerini verebilir¹⁴. Buna ek olarak Facebook, Twitter ve FourSquare gibi konum tabanlı sosyal medya şirketlerinin gelişimi ile birlikte hassas konum bilgisi olağan akış içerisinde aynı mahkeme kararları ve arama emirlerinin giderek artan bir şekilde içeriğinde olacaktır¹⁵. Haber değeri taşıyan bir örnek verecek olursak: Komşusunun ölümünden sonra kolluk güçlerinden kaçan antivirüs şirketi kurucusu John McAfee olayında cinayeti araştıran kolluk güçleri için basit bir fotoğrafın ne kadar önemli olduğu görülmüştür. McAfee blog sayfasında yayınlanmış olduğu Gps bilgileri barındıran fotoğrafın bulunmasıyla Guatemala’ da tam yeri saptandığı için saklandığı yerden çıkmak zorunda kaldı¹⁶. Doğal olarak

¹² Honigman, *Dipnot*: 6.

¹³ Bkz: Quagliarello v. Dewees, No. 09-4870, 2011 WL 3438090, at *2 (E.D. Pa. Aug. 4, 2011) (Facebook ve MySpace gibi sosyal medya araçlarının kullanımı artmıştır. Bu yüzden de bu web sitelerinin davacılar için delil kaynağı olması konusunda değerleri artmıştır.)

¹⁴ Bkz: Örneğin., Carly Carioli, When the Cops Subpoena Your Facebook Information, Here’s What Facebook Sends the Cops, THE PHOENIX (Apr. 6, 2012, 8:30 AM), <http://blog.thephoenix.com/blogs/phlog/archive/2012/04/06/when-police-subpoena-yourfacebook-information-heres-what-facebook-sends-cops.aspx> (Facebook’un bir mahkeme kararına verdiği yanıtın bilgi genişliğini anlatan Boston Polis Departmanı tarafından hazırlanan rapor niteliğindedir.)

¹⁵ f. MARCIA HOFMANN ET AL., ELEC.FRONTIER FOUND., 2012:WHEN THE GOVERNMENT COMES KNOCKING,WHO HAS YOUR BACK? 7 (2012), Buradan ulaşılabilir: https://www.eff.org/sites/default/files/who-has-your-back-2012_0_0.pdf (Devletin konum verisi erişiminden ve şirketlerin bu verileri toplamasından kaynaklanan sorunlar tartışılıyor.)

¹⁶ Eyder Peralta, Betrayed By Metadata: John McAfee Admits He’s Really in Guatemala, NPR

suçlayıcı fotoğraflar ya da her sosyal medya isteği ek diğer deliller içerisinde yer alabilir¹⁷.

II. KAMUYA AÇIK SOSYAL MEDYA DELİLİNE ULAŞIM

Delile ulaşmada devlet kurumlarının sosyal medya ağlarını araştırması bir sır değil. Hatta mahkemeden bir arama emri ve ya konu ile ilgili bir mahkeme kararı olmaksızın sosyal medya delili kamunun erişimine açık hazinelerdendir¹⁸. Örneğin New York Police Depratmanı'nın potansiyel suç olayları ve suçların delillendirilmesi için Facebook, Twitter ve diğer sosyal medya sitelerinde araştırma yapan bir birimi vardır¹⁹. Ayrıca içeriğe katkıda bulunan ve sosyal medya üzerinden bilgi isteyen devlet kurumlarının birçoğu aktif katılımcı durumdadırlar²⁰. Kamuya açık bilginin büyüklüğü ve devletin bu bilgilere ulaşmak için sahip olduğu yollar göz önünde bulundurulduğunda, genellikle devletin sosyal medya üzerinden araştırma yaparken arama emri veya mahkeme kararına ihtiyaç duymadığını görüyoruz.

Sosyal medya sitelerinde yayınlanan girişler, fotoğraflar ve bilgiler yüzün-

(Dec. 4, 2012, 12:24 PM), <http://www.npr.org/blogs/thetwoway/2012/12/04/166487197/betrayed-by-metadata-john-mcafee-admits-hes-really-inguatemala>.

¹⁷ Bkz. Örneğin; United States v. Anderson, 664 F.3d 758, 761-62 (8th Cir. 2012) (12 yıl hapis cezası alan bir sanığın almış olduğu bu cezada hükme esas teşkil eden deliller bir arama emri neticesinde sanığın Facebook hesabından elde edilen 800'e yakın ergen kızla yapmış olduğu özel sohbet kayıtları ve bu hesaptan elde edilen uygunsuz resimlerdi.)

¹⁸ Bkz. Örneğin: U.S. DEP'T OF HOMELAND SEC., PRIVACY IMPACT ASSESSMENT FOR THE OFFICE OF OPERATIONS COORDINATION AND PLANNING: PUBLICLY AVAILABLE SOCIAL MEDIA MONITORING AND SITUATIONAL AWARENESS INITIATIVE 3 (2010), Buradan ulaşılabilir:

http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/privacy/privacy_pia_ops_publiclyavailablesocialmedia.pdf (Ulusal Operasyon Merkezinin kamuya açık arama motorları ve sosyal medya sitelerinin faaliyetlerini izlemek için içerik toplayacağını bildirmektedir.); ayrıca kolluk gücü anlamında sosyal medyanın önemi ve büyüklüğü için bkz: LEXISNEXIS (July 18, 2012), <http://www.lexisnexis.com/media/press-release.aspx?id=1342623085481181> (Kapsamlı bir anketin sonuçlarına göre yerel ve federal görevlilerin %80'nin den fazlası soruşturma sırasında sosyal medyayı kullanmaktadır.)

¹⁹ Rocco Parascandola, *NYPD Forms New Social Media Unit to Mine Facebook and Twitter for Mayhem*, NY DAILY NEWS (Aug. 10, 2011, 4:00 AM),

²⁰ *New Study Shows 66% of Government Organizations Have Adopted Social Networking, Collaboration Tools*, SABA (Jan. 14, 2010), <http://www.nydailynews.com/new-york/nypd-forms-new-social-media-unit-facebooktwitter-mayhem-article-1.945242>.

<http://www.saba.com/company/press-releases/2010/saba-and-hci-publish-study-of-socialnetworking-in-government/>

den tutuklanan sayısız sanık mevcuttur. Örneğin Kentucky hapisanesinde tutuklu bulunan bir sanık Facebook hesabına koymuş olduğu polis arabasının benzinin boşaltırken çekilmiş fotoğrafı yüzünden tutuklanmıştır²¹. Washington D.C de bir başka sanık bir ceket, bir dizüstü bilgisayar ve nakit para çalmak için bir eve zorla girmiştir. Daha sonra mağdurun dizüstü bilgisayarını kullanarak çalıntı ceketle ve çalmış olduğu nakit parayı elinde sallayarak çekirmiş olduğu fotoğrafı mağdurun Facebook sayfasında yayınlamıştır²². Fotoğraf daha sonra sanık tarafından bir suçlu savunma güvenliği adına kullanılmıştır²³. Bazı siteler kullanıcılara kamu erişimini kontrol edebilme imkanı sağlarken, bir çok kullanıcı bu tür araçları kullanamamaktadır. Aslında Facebook kullanıcılarının %25'i gizlilik kontrollerini hiç kullanmamaktadır²⁴.

Kamuya açık delil aramaya ek olarak, devlet ajanlarına savunma avukatlarına nazaran bir ceza davası açabilmeleri için sosyal medya delilini takip etmeleri amacıyla daha fazla izin verilmektedir. Gerekli arama emrini geçiştirmek için devlet ajanları bir kişinin gizlilik ayarlarını delmek amacıyla sahte bir hesap oluşturmaktalar ya da onlarla bilgiye erişim noktasında işbirliği yapacak kişilerin güvenliğini sağlamaktadırlar²⁵. Örneğin; ABD'de Meregildo davasında sanık Facebook hesabını, sadece Facebook arkadaş listesindekilerin göreceği şekilde ayarlamıştı²⁶. Devlet sanığa karşı kullanılacak delilleri onunla Facebook listesinde arkadaş olma yoluna giderek elde etti²⁷. Sanık Facebook hesabından ele geçirilen delilleri devletin Amerikan Anayasasının 4. kuşak

²¹ Genel Olarak Bkz: Eric Larson, *8 Dumb Criminals Caught Through Facebook*, MASHABLE (Dec. 12, 2012), <http://mashable.com/2012/12/12/crime-social-media/>.

²² Bkz: Aynı yazar.

²³ Bkz: Aynı yazar.

²⁴ Bkz: Shea Bennett, *Facebook, Twitter, Pinterest, Instagram – Social Media Statistics and Facts 2012*, ALL TWITTER (Nov. 1, 2012, 6:00 AM), http://www.mediabistro.com/alltwitter/social-media-stats-2012_b30651.

²⁵ Bkz. Örneğin: United States v. Robison, No. 11CR380 DWF/TNL, 2012 WL 1110086, at *1-2 (D. Minn. Mar. 16, 2012) (bu davada kolluk güçleri sahte bir hesap açmışlar ve sanığın Facebook'ta arkadaşı olmuşlardı. Yetkililer bu yöntemi kullanarak sanığa ait Facebook hesabındaki isim ve resimleri görüntülemeye izin vermiştir.); United States v. Phillips, Criminal No. 3:06–CR–47, 2009 WL 1918931, at *7 (N.D. W. Va. July 1, 2009) (yetkililer www.myspace.com üzerinde gizli bir kullanıcı yarattı.)

²⁶ United States v. Meregildo, No. 11 Cr. 576(WHP), 2012 WL 3264501, at *2 (S.D.N.Y. Aug. 10, 2012).

²⁷ Bkz: Aynı karar.

haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle örtbas etmeye çalıştı²⁸.

Mahkeme kararında: “Facebook gizlilik ayarlarının paylaşımların görünürlüğünün sadece arkadaşlarla sınırlı tutulduğu durumda devletin 4. kuşak hakları ihlal olmadan şüphesiz kolluk güçleri ile paylaşmayacaktı. Sanığın hesabının gizlilik ayarları konusunda haklı bir açıklaması yoktur. Sanık paylaşımlarının açıklanmasını istememesine rağmen arkadaşlarından daha geniş bir dairede sanığın paylaşımları görülecekti. Sanığın arkadaşları için paylaşımında bulunduğu hukuki gizlilik beklentisi sona erdi. Çünkü arkadaşları bu paylaşımları istedikleri gibi kullanmakta özgürdürler tabi ki isterlerse devletle de paylaşabileceklerdir²⁹.”

Son zamanlarda federal yetkililer tarafından Kaliforniya merkezli bir terör hücresi tarafından etkilendiklerini düşündükleri 4 sanık hakkında oluşturulan dava sosyal medyaya dayanıyordu³⁰. “Sanıkların sosyal medyası” başlıklı bir bölümde içeren iddianamede hukuk kurumlarının yürüttüğü soruşturmalarda sosyal medyayı kullanmış olduğu görülmektedir³¹. Dedektifler, sanıklardan gelen zarar ifadelerini ortaya çıkarmak için kendisini bir terör sempatizanı olarak gösteren online gizli bir elaman kullandılar. Bu gizli elemanla davalılar arasındaki Skype görüşmelerini kaydettiler ve iddianame sanığın sosyal medyadaki yorum, beğeni ve paylaşımlarına dayanıyordu³².

Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu ilk defa sosyal medya üzerinden iletişime dayanan bir Wells bildirimini yayımladı³³. 5 Aralık 2012’de Netflix,

²⁸ Bkz.: Aynı karar.

²⁹ Bkz.: Aynı karar.

³⁰ Ryan Gallagher, *Feds Monitor Facebook “Likes,” Infiltrate Skype Chats To Build Terrorism Case*, SLATE (Nov.29, 2012, 4:33 PM), http://mobile.slate.com/blogs/future_tense/2012/11/29/facebook_likes_skype_used_to_build_fbi_case_against_california_terroris_m.html.

³¹ Complaint at ¶¶ 26-28, *United States v. Kabir*, No. ED12-0431M (C.D. Cal. Nov. 16, 2012), 2012 WL 6576560.

³² Gallagher, dipnot 30.

³³ Wells bildirimini: Menkul Kıymetler ve Borsa yönetimi tarafından kişi ve firmalara gönderilen kendileriyle ilgili eylem planlarını içeren bildirimlere denilmektedir. Bkz: Netflix Form 8-K filed Dec. 5, 2012; CHRISTOPHER GARCIA & MELANIE CONROY, REG FD ALERT: APPLYING SECURITIES LAWS TO SOCIAL MEDIA COMMUNICATIONS (2012), *Buradan ulaşılabilir*: http://www.weil.com/files/upload/Weil_Alert_Sec_Lit_Enforcement_Dec_21_2012.pdf.

Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu icra heyeti tarafından gönderilen kendisinin kamuyu aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle bir Wells bildirimini aldığını açıkladı. Şirketin CEO'su Reed Hastings, bu bildirimini Facebook hesabından 200.000 den fazla takipçisiyle "Netflix'in aylık izlenmesi ilk kez Haziran 2012 itibarıyla bir milyar saati aştı." şeklinde paylaştı³⁴. Bildirimi aldıktan sonra Hastings hissedarlara bir mektup yazdı. Biz 200.000 kişiye açıklama yapmanın yeteri kadar kamusal olduğunu düşünüyoruz çünkü benim takipçilerimin çoğu gazeteciler ve bloggerlardır. Bununla birlikte SEC'in yatırım kamuoyu ile iletişim konusunda sosyal medya kullanımına odaklanan bir yönetmeliği yoktur³⁵.

III. SOSYAL MEDYA ŞİRKETLERİ, MAHKEME KARARLARI VE ARAMA EMİRLERİ

Sosyal medya şirketleri delile ulaşma potansiyeli anlamında birer dijital altın madeni olma özelliğine sahiptir. Bu sebeple cezai soruşturmalarda kendilerine gelen arama emirleri ve mahkeme taleplerinin sayısında çok büyük artışlar olması şaşırtıcı değildir. Örneğin Twitter 2012'nin ilk yarısında 2011 yılının bütününden daha fazla mahkeme talebi almıştır³⁶. Bununla birlikte bu taleplerin yaklaşık olarak %80'i Amerika Birleşik Devletleri makamlarından gelmiştir³⁷. Google+ ve YouTube gibi sosyal ağları bünyesinde barındıran Google şirketi cezai soruşturmalarda mahkeme talepleri ve arama emirleri almaya devam ediyor ve bunları hızlı bir şekilde cevaplamaya çalışıyor. Google tarafından yayımlanan istatistiklere göre, "öncelikli olarak kabul edilen cezai soruşturmalardaki talepler³⁸", bize gösteriyor ki ABD yetkilerinin Google kullanıcılarının bilgilerinin talepleri 2009 yılından 2012 yılına iki kat artmıştır. Ve Amerika Birleşik Devletleri yetkilerinin hesaplar ile ilgili istekleri tüm di-

³⁴ Bkz. Aynı karar.

³⁵ Bkz. *Netflix CEO's Facebook Post Triggered SEC Wells Notice*, CNBC (Dec. 7, 2012, 7:10 AM), http://www.cnbc.com/id/100289227/Netflix_CEO039s_Facebook_Post_Triggered_SEC_Wells_Notice; GARCIA & CONROY, *Dipnot33*, at 1.

³⁶ *Twitter Transparency Report*, TWITTER BLOG (July 2, 2012), <http://blog.twitter.com/2012/07/twitter-transparency-report.html>.

³⁷ Bkz. Aynı rapor.

³⁸ *Transparency Report—FAQ*, GOOGLE, <http://www.google.com/transparencyreport/userdata-requests/faq/> (Son Erişim Tarihi: 15 Ocak 2013).

ğer ülke yetkilerinin isteklerinin %39'una denk gelmektedir³⁹.

Ayrıca, devlet kurumları sosyal medya delili cezai soruşturmalara hakim olduğu sürece personellerini araştırma ve sosyal medya delili toplama konusunda eğitmeye devam edeceklerdir. 1200 den fazla federal, eyalet ve yerel adli yetkili ile yapılan bir araştırmaya göre; sosyal medya soruşturmalarda yaygın olarak kullanılmaktadır. Soruşturmalarda sosyal medyanın nasıl kullanılacağını gösteren birkaç yol var. Katılanların %74'ü şu an için bu yolları kullanmıyor fakat kullanmak için öğreniyorlar⁴⁰. Ayrıca içtihat hukuku hali hazırda devlet tarafından bir sosyal medya şirketine gönderilen mahkeme ve arama kararı ile elde edilen sosyal medya delili örnekleri ile doludur⁴¹. Sosyal medya delili ceza yargılamasının yeni sınırır ve bu deliller sosyal medya şirketlerinin materyalin içinde sanığın anayasal haklarını korumak ve delilin kabul edilebilirliği konuları da olmak üzere benzersiz hukuksal sorunları da beraberinde getirmektedir.

IV. İLETİŞİM KAYDEDİLMESİ KANUNU İÇİN KAYIT TUTMAK

Federal yasa bazı durumlarda devlete, mahkeme kararı olmaksızın sosyal medya delili oluşturulması için sosyal medya şirketlerine baskı yapma imkanı

³⁹ *Transparency Report—User Data Requests*, GOOGLE, <http://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/US/> (Son Erişim Tarihi: 16 Ocak 2013) (demonstrating that requests increased from 3,580 in a period between July to December 2009 to 8,438 in a period from July to December 2012); *Transparency Report—User Data Requests*, GOOGLE, <http://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/countries/?t=table> (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2013) (Amerika Birleşik Devletleri tarafından 21.389 kullanıcının 8.438'ine Google tarafından sağlanan kullanıcı bilgi isteklerinin gerekçesi gösterilmiştir).

⁴⁰ *Role of Social Media in Law Enforcement Significant and Growing*, *supra* note 18.

⁴¹ Bkz. Örneğin: ., *United States v. Anderson*, 664 F.3d 758, 762 (8th Cir. 2012) (Bir mahkeme kararıyla yüzlerce Facebook özel sohbetine erişildiğini belirtiyor.) *United States v. Kearney*, 672 F.3d 81, 84 (1st Cir. 2012) (Kolluk güçlerinin hesap ve IP adres bilgilerinin kullanarak çıkarttıkları bir idari kararla MySpace'den sanığın isim ve adres bilgilerine ulaştığını göstermektedir.); *In re Grand Jury Subpoena No. 11116275*, 846 F. Supp. 2d 1, 2 (D.D.C. 2012) (Bir büyük Federal jüri tarafından Twitterda yayımlanan müdahil kimliği ile ilgili kayıtlar müdahilin anomin hareket etme hakkı bağlamında sayılıp kabul edilmemiştir.); *United States v. Sayer*, Criminal No. 2:11 cr 113 DBH, 2012 WL 2180577, at *3 (D. Me. June 13, 2012) (Mahkeme kararının MySpace ve Facebooktan delil elde etmek için kullanılmasını içermektedir.); *United States v. Merigildo*, No. 11 Cr. 576(WHP), 2012 WL 3264501, at *2 (S.D.N.Y. Aug. 10, 2012) (Facebook'tan delil elde etmek için mahkeme kararı kullanılmıştır.); *People v. Harris*, 949 N.Y.S.2d 590, 597 (N.Y. Crim. Ct. 2012) (Bu durumu gözleyerek Twitter'a sanığın bilgi ve tweetlerini içeren bir mahkeme kararı gönderilmiştir.)

tanımıştır. İletişimin Saklanması Kanunu (SCA) devlet kuruluşlarının Twitter, Facebook gibi servis sağlayıcıları içerikleri (örneğin mesaj ve twitler) ve içerik dışı kayıtları (isim ve adresler gibi) vermeleri için zorlama konusunda yetkilendirmiştir⁴². 1986 yılından bugüne kadar SCA sosyal medya gibi toplumun yoğun kullanımını gösteren elektronik sistemler ve yeni teknolojiler ile birlikte geliştikçe gelişti⁴³. Sonuç olarak mahkemeler eski teknolojiler zamanından kalan metin mesajları ve çağrı kayıtları gibi SCA'nın zamanla değişen farklı sosyal medya servislerinin hizmetlerinin nasıl kabul edeceği noktasında kritik bir rol oynamaya devam edecektir⁴⁴.

SCA içeriksiz kayıtları bir mahkeme veya arama kararı ile temin edilmesine olanak sağlar⁴⁵. İletişimin içeriğinin açıklanması zorunluluğu ile ilgili olarak SCA içeriğin depolanma süre için farklı seviyelerde kanuni gizlilik imkanı sağlar⁴⁶. Devlet yalnızca bir arama emri üzerine 180 gün ve daha azı için depolanan içeriğe erişebilir⁴⁷. Devletin 180 günden fazla bir servis sağlayıcı tarafından depolanan verinin içeriğini alabilmesi için 3 seçeneği vardır: 1) Bir arama emrine sahip olmalıdır. 2) Bir idari mahkeme emrine olmalıdır veya 3) Bir mahkeme kararına sahip olması gerekmektedir⁴⁸.

⁴² Bkz: *United States v. Warshak*, 631 F.3d 266, 282 (6th Cir. 2010) (citing 18 U.S.C. §§ 2701-2711); *bkz. Crispin v. Christian Audigier, Inc.*, 717 F. Supp. 2d 965, 977 (C.D. Cal. 2010) (SCA'nın uygulanması için Facebook ve MySpace'a gönderilen mahkeme kararları tanınırken Sosyal ağ sitelerinin bu tüzük kapsamından ele alınıp alınmayacağını dikkate hiçbir mahkeme almamıştır.)

⁴³ Bkz. Rudolph J. Burshnic, Note, *Applying the Stored Communications Act to the Civil Discovery of Social Networking Sites*, 69 WASH. & LEE L. REV. 1259, 1261-64 (2012).

⁴⁴ Bkz: *Örneğin.*, *Hubbard v. MySpace, Inc.*, 788 F. Supp. 2d 319, 321-27 (S.D.N.Y. 2011) (Diğer şeylerin yanı sıra MySpace, devlet yetkililerin bu arama emri tarafından sunulan IP adresi hesabı bilgilerinin, kullanıcının gelen kutusu ve gönderdiği e-postaların içeriği konusunda İletişimin Kaydedilmesi Kanunu'nun yeterli olduğunu savunmaktadır.); *Crispin*, 717 F. Supp. 2d at 991 (kullanıcının gizlilik ayarlarının kabulü, kullanıcının Facebook ve MySpace'teki özel mesajlarının İletişim Saklanması Kanunu adı altında mahkemeler tarafından istenmesini bozmuştur).

⁴⁵ Bkz: 18 U.S.C. § 2703(c)(1)(a)-(b) (2006).

⁴⁶ Bkz. *Warshak*, 631 F.3d at 283.

⁴⁷ Aynı yazar.

⁴⁸ Aynı yazar. (citation omitted). Since *Warshak*, most major providers state that they require a search warrant to compel the stored contents of any account. See, e.g., *Information for Law Enforcement Authorities*, FACEBOOK, <https://www.facebook.com/safety/groups/law/guidelines/> (last visited Jan. 2, 2012) (“A search warrant issued under the procedures described in the Federal Rules of Criminal Procedure or equivalent state warrant procedures upon a showing

Yüksek mahkeme kararlarının en az birisinde SCA'nın anayasallığı sorunu yer alır⁴⁹. ABD Warshak davasında Yüksek Mahkemesinin 6. Dairesi bir arama emri olmaksızın içeriği elde edilen sanığa ait e-postaların içeriğinin dördüncü anayasa değişikliği ihlal ettiğine karar vermiş ve eklemiştir SCA'nın bu tür e-postaların içeriğine devlet tarafından izin verilmiş olması sonucu Amerikan Yüksek Mahkemesi SCA'yı Anayasa'ya aykırı bulmuştur⁵⁰. Mahkeme gerekçeli kararında şöyle ifade etmiştir: “Son on yılda, e-posta o kadar yaygın hale gelmiştir ki bazı insanlar için kendini ifade edebilmenin hatta kendi tanımlamanın en temel veya en gerekli aracına dönüşmüştür. Bu sebeple e-posta dördüncü kuşak hakların altında güçlü bir şekilde korunmalıdır.”⁵¹ Bir telefon görüşmesi veya mektup e-postaya eş değer niteliktedir. Buradaki fark iletişimi bir postane veya telefon şirketi yerine internet servis sağlayıcısı yürütmektedir. Mahkemenin kararında: “E-posta ile geleneksel iletişim yöntemleri arasındaki benzerliğe dikkat çekmiş ve e-postayı dördüncü kuşak haklardan daha azı ile korumanın yanlış olacağı hükmüne varmıştır.”⁵² Bununla birlikte, Kongre'de 24 Aralık 2012 tarihinde yasada bir değişikliğe gidildi. Senato, SCA'da düzenlenen bir mahkeme emri olmaksızın kişinin e-postalarını incelenmesine yetki veren hükmü kaldırdı⁵³. Bu arada, mahkemeler SCA'nın sadece e-postalar için değil aynı zamanda bu kadar hızlı yayılan ve insanlar için e-posta kadar önem taşıyan sosyal medya araçları içinde nasıl uygulanacağı noktasında kilit bir rol oynamaya devam edeceklerdir.

VI. SOSYAL MEDYA DELİLİ İLE İLGİLİ OLARAK SANIĞA ANAYASAL HAKLARIN TANINMASI

Mahkemeler, devletin ceza davalarında sosyal medya şirketlerinden elde edilen bilgilerin kullanılması gibi yeni konuların anayasal ilişkilerini kavrama-

of probable cause is required to compel the disclosure of the stored contents of any account, which may include messages, photos, videos, wall posts, and location information.”)

⁴⁹ Bkz: *Warshak*, 631 F.3d at 288.

⁵⁰ Aynı yazar.

⁵¹ Aynı yazar. at 286 (citations omitted).

⁵² Aynı yazar. at 285-86.

⁵³ Bkz: Noel Brinkerhoff, *Congress, at Last Minute, Drops Requirement to Obtain Warrant to Monitor Email*, ALLGOV (Dec. 25, 2012), <http://www.allgov.com/news/topstories/congress-at-last-minute-drops-requirement-to-obtain-warrant-to-monitor-email-121225?news=846578>.

ya başladı⁵⁴. Örneğin; New York Temyiz mahkemesi yakın bir zamanda *People v. Harris* davası ile ilgili olarak bir soruşturmada iki mahkeme emri olmasına rağmen Twitter’ın bir Occupy Wall Street protestocusu hakkındaki itirazını karara bağlayacak⁵⁵. Temyiz aşamasında mahkeme kararın bozulabilmesi için devletin üçüncü bir taraf olarak Twitter’a gönderdiği mahkeme emri davalının hesap kayıtları ve attığı twitleri dördüncü kuşak haklar korumuyordu⁵⁶. Mahkeme Twitter’ın sanığa ait kayıtları isteyen devlet kurumlarına vermiş olduğu aynı ret cevaplarını benzer bir sebepten ötürü reddetti⁵⁷. Twitter’ın itirazı beklemeye iken, Twitter mahkeme hakiminin mahkeme kararlarına uymamanın getireceği sonuçlar ve tazminatlarla korkutması yüzünden bir dönüş yaptı ve elindeki verileri mahkemeye verdi. Ve bu durum Aralık 2012’de sanığın suçlu bulunmasına yol açtı⁵⁸.

Özellikle, sanığın mahkeme çağrısına karşı tek imkanı vardı. Çünkü Twitter’ın politikası gelen talepler karşısında kullanıcıların bilgilerinin açıklanması yönünde idi⁵⁹. Bu politika sosyal medya şirketleri arasında yaygın bir hale gelmişti⁶⁰. Sadece Twitter bildirmek zorunda kalmıyor aynı zamanda ken-

⁵⁴ Bkz: *Warshak*, 631 F.3d at 288 (arama kararı olmaksızın e-postaların ISP tarafından istenmesi SCA’nın Anayasa’daki 4.kuşak hakları ihlal ettiği gösterilmiştir.); bkz. Nathan Petrashek, Comment, *The Fourth Amendment and the Brave New World of Online Social Networking*, 93 MARQ. L. REV. 1495, 1513-32 (2010) (bireylerin sosyal ağ sitelerinden yapmış oldukları özel paylaşımların 4. Kuşak haklar tarafından koruma altına alınmış olduğu hususu savunulmaktadır).

⁵⁵ Yayın tarihinde temyiz kararı verilmemişti.

⁵⁶ *People v. Harris*, 945 N.Y.S.2d 505, 510 (N.Y. Crim. Ct. 2012).

⁵⁷ Bkz *People v. Harris*, 949 N.Y.S.2d 590, 598 (N.Y. Crim. Ct. 2012) (granting in part and denying in part the motion to quash). The court found in favor of the government for all non-content information and content information from September 15, 2011, to December 30, 2011. Content information less than 180 days old (tweeted on December 31, 2011) could only be disclosed pursuant to a search warrant.

⁵⁸ Bkz.: Russ Buettner, *A Brooklyn Protester Pleads Guilty After His Twitter Posts Sink His Case*, N.Y. TIMES, Dec. 12, 2012, at A31, available at <http://www.nytimes.com/2012/12/13/nyregion/malcolm-harris-pleads-guilty-over-2011-march.html>.

⁵⁹ *Guidelines for Law Enforcement*, TWITTER, <http://support.twitter.com/entries/41949-guidelines-for-law-enforcement#section9> (last visited Jan, 15, 2013).

⁶⁰ Bkz: HOFMANN ET AL, *supra* note 15, at 8-9 (“Dropbox, LinkedIn, Sonic.net ve SpiderOak umut verici olarak Twitter’ a katıldılar. Ve kullanıcılarına devletin bilgilerini araştırma teşebbüslerini bildiricekleri sözünü verdiler. Haklarındaki araştırmalar bundan sonra kullanıcılara bildirilecektir.”).

disini üçüncü şahıs mahkeme çağrılarında dava açarak koruyor.⁶¹

Temyiz üzerine Twitter, sanığın mahkeme kararına karşı direnebileceğini savundu çünkü sanığın Twitter’ın hizmet sözleşmesinde işaret edilen tweetleri üzerinde mülkiyet hakkı vardı⁶². Ayrıca Twitter dördüncü kuşak hakların sanığın tweetlerini koruduğunu iddia etti, Çünkü devlet öncelikle sanığın kamuya açmadığı tweetlerin korunmasını kabul ediyor⁶³. Eğer sanığın kamuya açılmamış maillerinin dördüncü kuşak haklar altında korunması gibi bir gizlilik beklentisi varsa⁶⁴, aynı korumayı kamuya açılmamış olan tweetleri içinde isteme hakkına sahiptir. Aksi halde bunu reddetmek keyfi bir sınır çizmek olacaktır⁶⁵. Son olarak, söz konusu tweetlerin kamuya açık olması hali içinde Twitter, Federal kanunlar ve New York Eyalet kanunları uyarınca bir mahkeme emrine ihtiyaç duyulacağını savunmaktadır⁶⁶. Twitter, hali hazırda itirazı bekliyor iken bir mahkeme kararı gönderilmesi halinde sanığa ait tweetlerin bilgisini göndermeyi kabul etti⁶⁷.

Twitter, *People v. Harris* davasındaki sanığın ifadesinden etkilenmiştir. Sanığın dördüncü kuşak haklar altında makul bir beklentisi sosyal medya kayıtlarının tutulmasını gizlilik ayarları ile koruma altına almıştır. *ABD v. Merigildo* davasında yetkililerin sanığın arkadaşlarından yardım isteyerek normalde gizlilik ayarları kapalı olan kişinin Facebook paylaşımlarını almanın kişinin dördüncü kuşak haklarını ihlal etmediğine karar vermiştir⁶⁸.

⁶¹ Bkz: Somini Sengupta, *Twitter’s Free Speech Defender*, N.Y. TIMES, Sept. 3, 2012, at B1, available at http://www.nytimes.com/2012/09/03/technology/twitter-chief-lawyeralexander-macgillivray-defender-free-speech.html?pagewanted=all&_r=0.

⁶² Brief for Non-Party Movant-Appellant at *12-14, *People v. Harris*, No. 2011-080152, 2012 WL 3867233 (N.Y. App. Div. Aug. 27, 2012) (Twitter’ın kullanım hizmet sözleşmesi demektedir ki:” Herhangi bir gönderiniz, ürettiğiniz içerik, yazı ve ekrandaki eyleminiz korunmaktadır.” (internal citation omitted)).

⁶³ Bkz.. Aynı dava. at *16, 19.

⁶⁴ Bkz: Aynı dava. at *18-19 (citing *United States v. Warshak*, 631 F.3d 266, 288 (6th Cir. 2010)).

⁶⁵ Bkz: Aynı dava. at *20-21.

⁶⁶ Bkz: Aynı dava. at *21-22 (citing *People v. Weaver*, 12 N.Y.3d 433, 441-45 (2009); *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945, 949 (2012)).

⁶⁷ Doug Austin, *Twitter Turns Over Tweets in People v. Harris*, EDISCOVERY DAILY BLOG (Oct. 3, 2012), <http://www.ediscoverydaily.com/2012/10/twitter-turns-over-tweets-in-people-v-harris-ediscovery-case-law.html>.

⁶⁸ *United States v. Merigildo*, No. 11 Cr. 576(WHP), 2012 WL 3264501, at *2 (S.D.N.Y. Aug. 10, 2012).

Bazı mahkemeler bireylerin özel Facebook bilgi ve mesajlarının gizli kalmasını makul bir beklenti olduğu sonucuna varmışlardır⁶⁹. Bu mahkemeler bunun önemini kabul ederken Facebook'un özel mesaj uygulaması ile kullanıcıların duvarında bir şeyler paylaşması arasındaki farkı anlamaya çalışmaktadır⁷⁰. Sosyal medya geliştikçe gizlilik ayarları kullanılarak sosyal medya kullanıcılarının anayasal haklarının belirlenmesindeki keyfilik ortadan kaldırılabılır. Nitekim, Facebook'ta paylaşımını başka birisinin duvarında yapan bir kullanıcının Facebook'un ona sağlamış olduğu gizlilik ve özelleştirilebilme ayarları sayesinde bu paylaşımlar birer Facebook mesajına dönüşebilmektedir⁷¹.

Buna ek olarak, belirli bir sosyal medya hesabındaki ulaşılabilir bilgilerin en geniş anlamda ele alındığında bir arama emrine meydan okuyabilirsiniz. Veya devlet yetkililerin hangi bilgilere erişim imkanı olup olmadığı hususunda bir tespit istenebilir⁷². Sonuç olarak, gizliliğin dördüncü kuşak haklar altında olması beklentisi yüzünden aynı zamanda toplumun makul olan bu beklentiyi tanımada istekli oluşu ve sosyal medyanın çok hızlı yayılması sosyal medya delilinin geleceği etkileyecektir⁷³.

V. BİR CEZA DAVASINI SOSYAL MEDYA DELİLİ İLE SAVUNMAK

Sosyal medya şirketlerinden sanığı temize çıkaracak delil ararken sanığın

⁶⁹ Bkz. Örneğin., R.S. v. Minnewaska Area Sch. Dist. No. 2149, Civ. No. 12-588 (MJD/LIB), 2012 WL 3870868, at *12 (D. Minn. Sept. 6, 2012) (Altıncı sınıf öğrencisinin Facebook hesabının şifresinin korunması hususunda özel mesajları için makul bir gizlilik beklentisi var olduğu kabul edilmiştir.); Bkz. Crispin v. Christian Audigier, Inc., 717 F. Supp. 2d 965, 991 (C.D. Cal. 2010) (webmail ve özel mesajların doğal olarak özel olduğu kabul edilmektedir.).

⁷⁰ *Minnewaska Area Sch. Dist. No. 2149*, 2012 WL 3870868, at *11; *Crispin*, 717 F. Supp. 2d at 991.

⁷¹ *Bkz. Timeline Privacy*, FACEBOOK, <http://www.facebook.com/help/393920637330807/#!/help/393920637330807/> (Son Erişim Tarihi: 20 Ocak 2013).

⁷² Bkz. *In re Applications for Search Warrants for Info. Assoc. with Target Email Address*, No. 2:12-mj-08119-JPO, 2012 WL 4383917, at *5 (D. Kan. Sept. 21, 2012) (Bireyin epostalarının gizliliği konusunda, online faksların saklanması konusunda, gönderilmesi veya internet servis sağlayıcıları tarafından verilerin saklanması konusunda 4. Kuşak hakları vardır.)

⁷³ Bkz. *United States v. Warshak*, 631 F.3d 266, 284-85 (6th Cir. 2010) ("4.Kuşak haklar teknolojik ilerlemenin amansız yürüyüşüne ayak uydurmak zorundadır. Eğer ayak uyduramazlarsa savundukları teminatlar yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır").

yüzü devletinkinden çok daha anlamlıdır⁷⁴. İlk olarak sanık ve avukatları kamuya açık sosyal medya delili için devletin sahip olduğu araştırma özgürlüğünü paylaşmıyorlar. Buna rağmen avukatlar müvekkili tarafından üretilen her veriye ulaşma imkanına sahip olmalıdır⁷⁵. Çeşitli eyaletlerde sanık avukatının arkadaş olmadan veya direk üçüncü kişinin arkadaşı olarak başka bir bölümde ve araştırma yapmak, tanık araştırmak, savunma için malzeme ve aklayıcı delil toplaması ile ilgili etik görüşler yayınlandı⁷⁶. İkinci olarak, sanıklar üçüncü bir mahkeme kararı istenmesi yüzünden ek engellerle karşı karşıya kalmaktadır⁷⁷. Sanıklar, mağdurların kullanıcı bilgileri, şikayet eden tanıklar veya diğer tanıklar için sosyal medya şirketlerine yönelik bir mahkeme kararı isteyebilirler⁷⁸. Bu gibi durumlarda, federal ceza davalarında sanıklar Federal Ceza Muhakemesi Kanunu 17 uyarınca taraf dışı keşif için böyle bir aramaya izin veren mahkeme kararını istemelidirler⁷⁹. Diğer engeller arasından böyle bir düzen arayan mahkeme sosyal medya sitesinin özel bulduğu Facebook ve Myspace gibi bir sivil toplumu hesap sahibini ve mahkeme emri olmaksızın bu bilgileri açıklamayı SCA sayesinde yasaklı bulmalıdır⁸⁰. Bunun gibi engelleri

⁷⁴ Bkz. Daniel K. Gelb, *Defending a Criminal Case from the Ground to the Cloud*, 27CRIM. JUST. 28, 29 (2012).

⁷⁵ Bkz: Zach Winnick, *Social Media an Ethical Minefield for Attorneys*, LAW360 (Apr. 13, 2012, 9:55 PM), <http://www.law360.com/articles/329795/social-media-an-ethicalminefield-for-attorneys> (noting ethical concerns regarding private counsel's use of social networking sites in connection with litigation that are generally not shared by government authorities in investigations).

⁷⁶ Bkz: *Örneğin.*, PHILA. BAR ASS'N PROF'L GUIDANCE COMM., Op. 2009-02, at 1-3 (2009), *Buradan ulaşılabilir.* 2009 WL 934623 (concluding that a social media friend request to a witness in the litigation by a third party for the purpose of gathering social media evidence is "deceptive" and in violation of ethical rules); N.Y. STATE BAR ASS'N, COMM. ON PROF'L ETHICS, Op. 843, at 2 (2010), *available at* 2010 WL 3961381 (noting that accessing publicly available social media evidence is permissible but "friending" another party todo so is not); SAN DIEGO CNTY. BAR LEGAL ETHICS COMM., Op. 2011-02 (2011), *available at* http://www.sdcbal.org/index.cfm?pg=LEC2011_2 (stating that ethics rules bar attorneys from making ex parte friend request of a represented party or "deceptive" friend requests of unrepresented witnesses).

⁷⁷ In criminal litigation, the majority of evidence, electronic or otherwise, is collected by the government prior to trial, and Federal Rule of Criminal Procedure 16 does not require the government to produce such evidence unless it is being used in the government's case-in-chief. *See Warshak*, 631 F.3d at 327 (citing FED. R. CRIM. P. 16).

⁷⁸ Bkz: FED. R. CRIM. P. 17(c)(1).

⁷⁹ Bkz: FED. R. CRIM. P. 17(a), (c)(3).

⁸⁰ Bkz: 18 U.S.C. § 2703(a), (c) (2006).

aşabilen bir tanınmış sanık örneği olarak; 19 Ekim 2012 tarihinde mahkeme Trayvon Martin cinayeti davasında duruşma sırasında sanığın hakaretini tespit için Trayvon Martins’in Twitter ve Facebook kayıtlarını ve buna ek olarak Bay Martinin kız arkadaşının Twitter hesabına erişimini isteyen bir mahkeme emrine başkanlık etti⁸¹. Sırasına bakılmaksızın, Facebook ve Twitter mahkeme kararına aynı Twitter’ın People v. Harris davasında yaptığı gibi itiraz edebilir.

Bu zorluklara rağmen, davalılar kendilerini aklayacak sosyal medya delilleri bulmada yeni yöntemler kullanmayı deneyebilirler. Örneğin; Brady v. Maryland veya Giglo v. ABD davalarında bir kolluk görevlisi sosyal medya hesabına ait kayıtları elde edebildi⁸². Ayrıca mahkemelerde jüriler kurulur, tanıklar, veya üçüncü taraflar ibraz edebilir veya onların eşşiz ve görülmemiş yollarla sosyal medya bilgilerini kullanabilirler. Örneğin mahkemeler : (1) Bir jüri üyesini görevlendirip SCA’ daki istisnai durumdan faydalanarak Facebook’a jürilerin duvarında savunma avukatlarına yönelik paylaşımlar yapması için bir rıza formu düzenlettirebilir⁸³. (2) Bir tarafa Facebook profilinde önceki fotoğrafını değiştirmesi için emir verebilir böylece onun Facebook sayfası bir önceki gibi basılabilecektir⁸⁴. (3) Facebook’ta ilgilinin Facebook fotoğraf ve yorumlarının görüntülerini alabilmek için bir bireysel bir arkadaşlık önettirebilir⁸⁵. (4) Taraflara sosyal medya hesabının kullanıcı isimlerini ve şifrelerini değiştirmeleri emredilebilir⁸⁶. Sosyal medya deliline ulaşımında yeni yollar kabul edilebilir.

⁸¹ Erin Fuchs, *A Jury Will Likely Scrutinize Trayvon Martin’s Deleted Facebook and Twitter Accounts*, BUSINESS INSIDER (Oct.19, 2012, 2:56 PM), <http://www.businessinsider.com/zimmerman-can-subpoena-social-media-2012-10>.

⁸² Bkz: Brady v. Maryland, 373 U.S. 83, 87 (1963); Giglio v. United States, 405 U.S. 150, 153-54 (1972) (Bir tanığın güvenilirliği suçluluk veya masumiyet kararı konusunda belirleyicidir. Bu genel kural içerisinde önemli bir yer tutar.) “

⁸³ Juror No. One v. Cal., No. CIV. 2:11397 WBS JFM, 2011 WL 567356, at *1 (E.D. Cal. Feb. 14, 2011).

⁸⁴ Katiroll Co. v. Kati Roll & Platters, Inc., Civil Action No. 10 3620 (GEB), 2011 WL 3583408, at *4 (D.N.J. Aug. 3, 2011).

⁸⁵ Barnes v. CUS Nashville, LLC, No. 3:09cv00764, 2010 WL 2265668, at *1 (M.D. Tenn. June 3, 2010).

⁸⁶ Bkz: Örneğin. , Gallion v. Gallion, No. FA114116955S, 2011 WL 4953451, at *1 (Conn. Super. Ct. Sept. 30, 2011) (bir arkadaşlık sitesi ve Facebook’a şifre değişimi için komut verme.); McMillen v. Hummingbird Speedway, Inc., No. 113-2010 CD, 2010 WL 4403285 (Pa. Ct. Com. Pl. Sept. 9, 2010) (Davacı Facebook ve MySpace sitelerine oturum açma bilgilerini salt okunur olarak erişmek için emir veriyor).

Sanık, sosyal medya servis sağlayıcısı, bir tanığın kayıtları için veya mağdur ve sosyal medya şirketi mahkeme emrine SCA gereğince itiraz edebilir. Bu sayede daha önce var olan bir delili üretmek mümkün değildir.

VI. SOSYAL MEDYA DELİLİNİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

Sosyal medya kağıt evraklar gibi veya diğerk elektronik ortamda depolanmış bilgiler gibi delil olma anlamında aynı kurallara tabidir. Fakat sosyal medyanın benzersiz doğası bunun yanı sıra kolay manipüle edilebilirliği veya sahtelerinin oluşturulabilmesi anlamında diğerkleri ile karşılaştırılmaz⁸⁷. Sosyal medya delilini talep etme anlamında çeşitli zorluklar vardır. Sosyal medya bulunduğunda, toplandığında ve üretildiğinde bu kabul edilebilirlik göz önüne alınmalıdır. Avukat için toplama ve üretim sürecinde bir tweetin, Facebook paylaşımı veya fotoğrafının kimlik doğrulaması nasıl olacak bunları anlamak önemlidir. Kimlik doğrulama yöntemlerine kişisel bilgiler ile (Onların yazdıkları, aldıkları veya kopyaladıkları) bir tanığa başvurmak dahildir. Bilgisayar kendisi görmek için eğer paylaşım için veya bilgiyi oluşturmak için kullanılmışsa veya bilgiyi muhafaza ve düzene sokma işine sahip sosyal medya şirketinden gelen bilgi edinme girişiminde arıyor.

Sosyal medyanın kabul edilebilirliği konusunda özellikle aynı zorluklarla karşılaşmakta olan mahkemenin soruşturma yürütürken ayrıca düşünmesi gerekir. ABD v. Stirling davasında, devlet el koyduğu sanığın bilgisayarına bir arama emri uyarınca ve harddiskten bir adli kopya elde etti⁸⁸. Devlet bu harddiski adli muayeneye tabi tuttu ve sanığın bilgisayarından tam 214 sayfa Skype görüşmesi indirdi. Bu eylem sabit disk üzerinde görünen dosyaları açarak olmamıştı. Fakat bu bilgiyi uzmanların yargılamana sonuna yakın bir zamanda yaptığı tanıklığa kadar savunma makamına vermemişti⁸⁹. Günlüklerin sanık

⁸⁷ Bkz: Örneğin. Griffin v. State, 19 A.3d 415, 424 (Md. 2011) (başka birisi tarafından taciz ve manipülasyon için sosyal medya sitelerinde potansiyel vardır).

⁸⁸ United States v. Stirling, No. 1:11-cr-20792-CMA, at 2 (S.D. Fla. June 5, 2012), *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.fuerstlaw.com/wp/wp-content/uploads/2012/06/altonaga-ordergranting-new-trial1.pdf>, see *U.S. District Court in Miami Orders New Trial Based on Discovery Violation for Electronically Stored Information*, FUERST ITTLEMAN DAVID & JOSEPH PL (June 25, 2012, 12:24 PM), <http://www.fuerstlaw.com/wp/index.php/25/u-s-district-court-in-miami-orders-new-trial-based-on-discovery-violation-for-electronicallystored-information/>.

⁸⁹ Aynı eser. at 2.

üzerinde yıkıcı bir etkisi vardı. Çünkü günlükler ile sanığın ifadeleri arasında çok ciddi çelişkiler vardı ve sanık mahkum oldu⁹⁰. Kısa bir süre içinde yeni bir yargılama yapılması görüşü mahkeme tarafından kabul edildi:

“Eğer bir sanık adli bilişim uzmanına ihtiyaç duyarsa ve disk ve sabit disk üzerindeki verileri okunabilir kılan bir programa ihtiyaç varsa o zaman sanık devlet tarafın böyle belirgin olmayan bilgilerin varlığından haber bulunduğu konusunda bilgilendirilmelidir. Bu tür durumlarda ve bilgisiz veya veri bilgisi araştırması tavsiyesiyle veya disk ve sabit disk üzerinde ek programlar uygulayarak yapılan veri üretimi kullanılabilir makul bir veri üretimi değildir. Aksine, gizli bir şekilde üretilmiştir böyle bir veri ve devlet bunun duruşmada kullanabilecek bir delil cephaneliği olduğunu bilmektedir⁹¹.”

Devlet ile birlikte savunma avukatları sosyal medya delillerinin kaynaklarını bulmak için ip bilgisi alma ile uğraşmaktadır. Mahkemeler büyük ölçüde kabul edilebilirlik noktasında hataya düşmektedir. Delili bu endişeler yüzünden terk ediyorlar. Delil sahibi gibi veya jüri üyelerine delillerin meşru olup olmadığı konusunda karar vermeleri için tek başına bırakıyorlar bu delilleri vermek gibi bir konu olmuş oluyor. Örneğin mahkemelerin sosyal medya delilini kabul noktasında bazı kuralları vardır: delillerin içeriği özgün ve yeterli işaretlerle kullanıcın özgün yaratımı olmalıdır⁹². Tienda v. State davasında, temyiz makamı savcılarını Myspace’i mahkemeye çağırdıktan sonra sanığı suçlu buldu⁹³. Özellikle eyalet yasaları sanığın MySpace profilindeki paylaştığı fotoğraflar, yorumlar ve hesabındaki mesajlar ve profil sayfasına yapıştırdığı

⁹⁰ Aynı eser.

⁹¹ Aynı eser. at 4-5.

⁹² Bkz. Örneğin. People v. Lesser, No. H034189, 2011 WL 193460, at *4, *6 (Cal. Ct. App. Jan. 21, 2011) (İnternet chat çözümlemesinin de memurun kesip yapıştırdığı parçalar kabul edilebilirlik için yeterli bulunmuştur.); People v. Valdez, 135 Cal. Rptr. 3d 628, 632- 33, 635 (Cal. Ct. App. 2011) (Sanık aktif bir çete üyesi olduğundan savcılığın kararı çete uzmanından alınan görüşe dayanıyordu. Sanığın MySpace sayfasının çıktılarında oluşturulan bir sergi denemesinin mahkeme tarafından doğru olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme bu çıktıların muhafazasına karar vermiştir.); People v. Fielding, No. C06022, 2010 WL 2473344, at *4-5 (Cal. Ct. App. June 18, 2010) (Sanık tarafından mağdura gönderilen ve mağdur tarafından doğrulanan. (ki bunları mağdur sanığın gönderdiğine inanıyordu) mesajlar çelişkiler içeriyordu. Bu mesajların sahip oldukları tutarsızlıklar yüzünden delil olma ağırlıkları yoktu. Mesajlar özgün değillerdi).

⁹³ Tienda v. State, 358 S.W.3d 633, 634-35 (Tex. Crim. App. 2012).

iki müzik linkini hesap ile ilişkilendirerek delil olarak değerlendirilmesine izin verdi⁹⁴. Ceza istinaf mahkemesi duruşmada kullanılan davaya bakan hakimin kararını onayladı ve MySpace profil bilgilerinin duruşmada kullanılmasının uygun olduğu sonucuna vardı çünkü bu bilgiler özgün işaretler taşıyordu ve istinaf makamına göre MySpace içerikten sorumluydu⁹⁵.

Yakın zamanda gerçekleşen bir başka olayda, bir sanık anlaşmazlık sonucu kız arkadaşına saldırmak suçundan mahkum edildi⁹⁶. Duruşmada savcı sanığın Facebook hesabından gönderilen kız arkadaşına onu affetmesini ve çok pişman olduğunu belirten mesajları açıkladı⁹⁷. Sanık bu Facebook mesajlarının reddetmiş ve hem kendisinin hem de kız arkadaşının Facebook hesaplarına erişiminin olduğunu savunmuştur⁹⁸. İtiraz üzerine mahkeme, elektronik haberleşmenin sonradan üretime ve manipülasyona açık olduğunu kabul etti. Özellikle sanığın hesabından gönderilen mesajların kız arkadaşı tarafından gönderilip gönderilmediğinin tespitini istedi⁹⁹. Bir başka örnekte Federal mahkeme sanığın MySpace sayfasından alınan ve onu elinde paralarla gösteren fotoğrafların silah ve uyuşturucu bulundurmaktan sabıkası bulunan sanık hakkında bir ön yargı oluşturacağı kararına vardı¹⁰⁰.

Teknolojinin artan karmaşıklığı, sosyal medyanın hızla yayılması ve güvenilirlik konusunda ki potansiyel zorluklar göz önünde bulundurulmalıdır. Sosyal medyada üzerinde kimlik doğrulama sorunları aşıldığında bu tür delillerin kabul edilirlilik sorunları aşılacaktır. Eğer bu problemler aşılamazsa taraflar arasında güçlü ihtilaflar devam edecektir. Bu karmaşa nihai anlamda suçluluk ve masumiyet arasındaki farklılıktan ileri gelmektedir.

⁹⁴ Aynı dava. at 635.

⁹⁵ Aynı dava. at 647.

⁹⁶ Campbell v. Texas, 382 S.W.3d 545, 546 (Tex. App. 2012).

⁹⁷ Aynı dava. at 551.

⁹⁸ Aynı dava.

⁹⁹ Aynı dava. at 549-50, 552.

¹⁰⁰ United States v. Drummond, No. 1:09-cr-00159, 2010 WL 1329059, at *2-3 (M.D. Pa. Mar. 29, 2010). (Sanık hakkındaki suçlamaları kabul etti. Ve Mahkeme fotoğrafların kabul edilebilirliğine ilişkin nihai kararını vermedi). Plea Agreement, *Drummond*, No. 1:09-cr-00159, 2010 WL7367722 (M.D. Pa. Nov. 29, 2010).

VII. JÜRİLER VE SOSYAL MEDYA

Duruşmada internet ve sosyal medyanın konusu ile ilgili ilk gündem kabul edilebilirlik noktasındadır. Bir diğer zor konu ise potansiyel jüri üyeleri hakkında ne gibi bilgiler elde edilebileceği hakkındadır. En az bir baro saptamıştır ki avukatlar bir jüri üyesi hakkında araştırma yaparken jüri üyeleri ile hiç temas etmeden, hiç iletişime geçmeden sosyal medya araçlarını kullanarak bu araştırmaları gerçekleştirebilmektedir¹⁰¹. Bununla birlikte avukatlar eğer araştırma sonucu jüri ile iletişime geçeceklerse bu araştırmayı yapamazlar¹⁰². Üçüncü taraflar yarına yapılan çalışmalar veya bir avukat adına yapılan çalışmalar avukatların kısıtlarına uygun olarak yapılmalıdır ve diğer benzeri savunma avukatı üzerindeki bir soruşturmada sosyal medya kullanımı sınırlayan yukarıda tartışılan etik kısıtlar vardır. Bir avukat veri elde etmek için bir jürinin web sitesini, sayfasını aldatarak erişim sağlamak için kullanamaz¹⁰³.

En yeni ve zorlu sosyal medya trendleri jürilerin kablosuz iletişim araçları kullanıp sanığın sabıka kaydına bakmasıyla ilgilidir. Davada kendi soruşturmasını yürütmek, dava ile ilgili görüşlerini sosyal medya sitesinden paylaşmak, veya taraflara, (avukatlar, tanıklar veya yargıçlar gibi) bu sitelerde arkadaşlık teklifi göndermek gibi sorunlu durumlar oluşmaktadır. Bazı durumlarda bu davranışlar hatalı yargılamaya ve kanaatlerin bozulmasına yol açmıştır¹⁰⁴. Diğer örneklerde, bu tip davranışlar mahkemeler jüri üyelerinin eylemleri üzerindeki etkisini belirlemek için uzun oturumların yapılmasına sebep olmuştur. Örneğin, in *Sluss v. Commonwealth*, davasında sanık işlediği cinayetle, ve

¹⁰¹ *Bkz.* N.Y. STATE BAR ASS'N COMM. ON PROF'L ETHICS, Formal Op. 2012-2, at 5 (2012) *Buradan ulaşılabılır:* 2012 WL 2304271; *Bkz.* N.Y. CNTY. LAWYERS' ASS'N COMM. ON PROF'L ETHICS, Formal Op. 743 (2011), *Buradan ulaşılabılır:* http://www.nycla.org/siteFiles/Publications/Publications1450_0.pdf; *Sluss v. Commonwealth*, 381 S.W.3d 215, 227- 28 (Ky. 2012) (Newyok Eyaleti avukatlar birliği tarafından getirilen model benimsenmiştir.).

¹⁰² N.Y. STATE BAR ASS'N COMM. ON PROF'L ETHICS, Formal Op. 2012-2, *supra* note 101, at 5 (bir avukat bilmeden ve istemeden bir jüri ile iletişim kursa, bu tür bir davranış profesyonel davranış kuralları ile çatışmaktadır).

¹⁰³ Aynı eser. at 6-7.

¹⁰⁴ *Bkz.* *Dimas-Martinez v. State*, 385 S.W.3d 238, 246, 247, 249 (Ark. 2011) (cinayetten mahkumiyet kararı bozuldu ve yeni bir duruşma için çağrıldıklarında bir jüri üyesi şöyle bir tweet attı: Seçimler yapıldı. Kalpler kırıldı. Ana hatlarıyla büyük çizgiyi tanımladık. Üye daha sonra "bitti" diye jüri kararından önce tweet attı.)

saldırı ile ilgili olarak temyize gitmişti ve iki jüri üyesinin delilleri tahrif ettiği ileri sürmüştü. Birisi ön tarafta oturan jüriye mahkemenin jüriyi ehliyetleri bakımından sorguladığı sırada yardım etmişti. Ve onlar kurbanın annesi ile Facebook arkadaşları idiler¹⁰⁵. Kentucky Yüksek Mahkemesi, Facebook'ta arkadaş olmanın tek başına yeterli olmadığı buradaki dostlukların yüzeysel olabileceği gibi önyargıları kanıtlayan bir yapıyada sahip olabileceğini belirtip. Hükmü bozmuş ve dosyayı geri göndermiştir. Gerekçe olarak ta duruşmanın başlangıcında jüri üyelerinin sosyal aktivitelerine dikkat etmeleri gerekliliği yerine getirmemeleri göstermiştir.¹⁰⁶. Son olarak, sosyal medyanın uygunsuz kullanımı avukatların ve jüri üyelerinin sert cezalar almasına yol açtı¹⁰⁷.

Hem yasama organı hem de mahkemeler bu son trendlere cevap vermeye çalıştılar. Örneğin, Kaliforniya'da jüri üyelerinin mesajlaşma gibi sosyal medya ve internet kullanamayacaklarına dair yeni bir tüzük kabul edildi. Twitter, Facebook ve internet araştırmaları ile olaylar hakkında bilgi sahibi olmak veya sahibi olduğu bilgileri yaymak yasaklandı. Ve bu tip davranışlar sivil itaatsiz-

¹⁰⁵ *Sluss*, 381 S.W.3d at 220-22.

¹⁰⁶ Aynı dava. at 223, 228-29; see also *U.S. v. Ganius*, Crim No. 3:08CR224(EBB), 2011 WL 4738684, (D. Conn. Oct. 5, 2011). *Ganius*'ta sanık yeni bir duruşma için ceza almasının arifesinde sözde jüri usulsüzlüklerini gerekçe göstererek harekete geçti. Id. at *1. Bir jüri üyesi Facebook sayfasında çeşitli yorumlarda bulunmuştu. "Yarın jüri görevim var. Birilerini asabilirim... Sabırsızlanıyorum...delil sunumu öncesi. 3 haftalık jüri görevim bugün bitiyor. Öğle yemeği molası çok uzundu. Id. at *2. Karar gününde de o "suçlu" diye yazmıştır. Ve Facebook arkadaşlarından birisi olarak bir jüri üyesini eklemiştir. Id. Birlikte ele alındığında, sanık ön yargılı bir jüri seçildiği gerekçe göstererek tartışmıştır. Ve 6. Değişiklik hakkını kullanmak istemiştir. Id. at Jüri üyesi sorgulandığında bu yazıların bir şaka olduğunu ve kendisinin adil ve tarafsız bir jüri olduğunu söylemek zorunda kalmıştır. *U.S. v. Ganius*, Crim No. 3:08-CR-00224- EBB, 2011 WL 4738684, *3 (D. Conn. Oct. 5, 2011). Mahkeme jüri üyesinin bu ifadelerini dürüst buldu ve sanığın değişiklik talebini reddetti. See id. at *4.

¹⁰⁷ Bkz. John Barry, *Hillsborough Judge Vows to Send Prospective Juror to Jail*, TAMPA BAY TIMES, Oct. 11, 2012, *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.tampabay.com/news/courts/criminal/hillsborough-judge-vows-to-sendprospective-juror-to-jail/1255802>; Robert Eckhart, *Juror Jailed Over Facebook Friend Request*, HERALD-TRIBUNE, Feb. 16, 2012, *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.heraldtribune.com/article/20120216/ARTICLE/120219626> (bir mahkeme jüriyi facebooktan sanığa mesaj gönderdiği için 3 gün hapse mahkum etti. Daha sonra jüri görevi bitince sanığa Faxwcook'tan arkadaşlık isteğigönderdiği için kovduğunu ve bunu başardığını sanık paylaştı); David Ovalle, *Lawyer's Facebook Photo Causes Mistrial in Miami-Dade Murder Case*, MIAMI HERALD, Sept. 13, 2012, *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.miamiherald.com/2012/09/12/2999630/lawyers-facebook-photo-causes.html> (Bir Miami Hakimi bir cinayet davasında kamu avukatının mağdurun iç çamaşırılı fotoğrafını paylaştığı için işten çıkarılmasına izin verdi).

lik ve cezalandırılabilir olarak görülmüştür¹⁰⁸. 21 Ağustos 2012 tarihinde bir Adli Konferans Komitesi şöyle bir açıklama yaptı. Bu açıklamaya göre jürilerin oluşturulmasında yeni bir model benimsendi ve bu amaçla yeni talimatlar yayımlandı. Buna göre yargıçlar yeni gelen jüri üyelerini araştırma yapmalarını gerektiği hususunda uymalıdır, engellemeliler veya davalarıyla ilgili sosyal medya aracılığıyla iletişim kurmaları konusunda onları bu durumdan vazgeçirmelilerdir.¹⁰⁹.

Yayımlanan örnek talimat ifade ediyor ki:

“Biliyorum ki cep telefonları, Blackbery, internet ve diğer teknoloji araçlarını kullanıyorsunuz. Davanızla ilgili olarak telefon, e-posta, Blackbery, Iphone ve yazılı mesaj veya Twitterda, Blog veya websitesi ile, Facebook, Google+, MySpace, LinkedIn ya da Youtube kullanarak kimseyle iletişime geçemezsiniz. Benim burada bahsetmediğim hiçbir benzer sosyal medya aracını burada kullanamazsınız¹¹⁰.”

Konferansın komitesinin başkanı güncellenen kuralları şöyle vurguladı:

“Yargıçlara tavsiye edilmektedir ki jüri üyelerine duruşmadan önce sosyal medya yasağı hakkında sık sık uyarılarda bulunmalıdırlar ta ki dava sonuçlandığında, jüri üyelerinin evlerine döndükleri akşamın sonuna dek ve diğer zamanlarda uygun şekilde davranmaları gerektiğide hatırlatılmalıdır. Jüri üyelerine sosyal medya kullanımından kaçmanın adil bir yargılama için neden önemli olduğu anlatılmalıdır. Son olarak jüri üyeleri duruşma sırasında gerçekleştirilen bu ihlallerin ne gibi hatalı yargılama ve zaman kayıplarına sebep olduğu gibi sonuçlarını bilmelidir. Bu tavsiyeler bu kılavuzun bir parçasıdır¹¹¹.”

¹⁰⁸ Bkz. 2011 Cal. Stat. 181.

¹⁰⁹ Bkz. *Revised Jury Instructions Hope to Deter Juror Use of Social Media During Trial*, UNITED STATES COURTS (Aug. 21, 2012), <http://news.uscourts.gov/revised-juryinstructions-hope-deter-juror-use-social-media-during-trial>.

¹¹⁰ JUDICIAL CONF. COMM. ON COURT ADMIN. & CASE MGMT., PROPOSED MODEL JURY INSTRUCTIONS: THE USE OF ELECTRONIC TECHNOLOGY TO CONDUCT RESEARCH ON OR COMMUNICATE ABOUT A CASE 1 (2012), *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.uscourts.gov/uscourts/News/2012/jury-instructions.pdf>.

¹¹¹ UNITED STATES COURTS, *supra* note 109.

VIII. SONUÇ

Sosyal medya delilinin soruşturma ve ceza davalarının kritik öneme sahip yeni bir sınırı olduğu inkar edilemez bir gerçektir. Sosyal medyanın bu kadar hızlı yaygınlaşmış olması her gün yeni veri depoları oluşturmaktadır. Sosyal medya şirketleri yeni iletişim tekniklerini piyasaya sürmekte, mahkemeler, devlet kurumları, uygulayıcılar ve sosyal medya şirketleri bu bilgileri mevcut delilleri için var olan yasal düzenlemeler içerisinde ve SCA'ya uygun olarak anayasal korumanın getirdiği sorumluklar ile birlikte nasıl muhafaza edeceklerini düşünmektedirler. Bu belirsizliğe rağmen kesin olan bir şey vardır. Devlet, soruşturmalarda derin, geniş ve tek taraflı araçlara sahiptir ve sosyal medya delili toplamaya soruşturma ve davalarında giderek artan derecede önem vermektedir.

HUKUK FAKÜLTELERİNDE NİÇİN “SEMANTİK” ÖĞRETİLMESİN? *

Walter PROBERT**

Çeviren: Ar. Gör. Uğur DİNÇ***

Avukatların ve diğer hukuk erbâblarının kelimelerin kullanımında usta olmaları gerekir; çünkü, genellikle söylendiği üzere, kelimeler onların meslek aletleridir. Fakat, günümüze dek gelen bilgiler ışığında, ortalama bir avukatın dil becerisi, bugün iletişim araçlarımız hakkında bildiklerimizin – dilin iletişim ve iknâdaki daha derin işlevleri ve dil psikolojisi- yüzeyini ancak aşar. Bu durum aslına bakarsanız iknâ etmede başarı göstermeyi, müvekkilinin talebini elde etmeyi engellemezken, ortalama avukatın neden bu kadar becerili olduğunu takdir edebildiği şüphelidir. Fakat bilmelidir ki, başarısı aslında çoğu kez iletişim kanallarını kapatmaya bağlıdır ve o takdirde, ortaya çıkan oldukça ciddi ahlâkî soruyla yüzleşmelidir: avukatlar, dilin işlevine dâir genel cehaletten istifâde ederek, mahkemeye taşıdıkları toplumsal sorunların çözümünü Pavlovyan şartlandırılmış tepki aracını kullanarak aramaya devam etmeliler mi?

Bugüne dek dilin işlevi hakkında çok şey yazıldı ve böyle bir birikimi bu mesleğin yeni mensuplarına taşımamak için iyi bir sebep bulunmamaktadır. Burada “semantik” kelimesini, semantik bilinçsizliğin bu aktarım teşebbüsüne mâni olacağından endişe ediyor olsam da, yorumlarımın ait olduğu alan için bir etiket olarak kullanmalıyım. Bu kelimenin bazı yaygın, fakat fazla kullanışlı olmayan şekilde anlaşılmasından bahsetmiyorum; ne birtakım kelimelerin bir sözlükteki Latince köklerini bulma yeteneğinden, ne de bazen oldukça önemli olan gramerden. Hayır, açıkça dil felsefesinden bahsediyorum, yine, her ne kadar, hem bu felsefenin gündelik hayatta oldukça önemli olabileceğini anlamayanlar, hem de dile mantıkî pozitivizm olarak bilinen yaklaşımı önerdiğimi düşünebilecek kim-

* (İlk kez ‘Why Not Teach Semantics in Law School?’ başlığıyla, *10 J. Legal Educ.* 208 (1957-1958)’de yayımlanan bu makalenin Türkçe tercümesinin yayın izni alınmıştır.)

** Hukuk Doçenti, Western Reserve Üniversitesi

*** Arş. Gör., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

selerce yanlış anlaşılma riskini göze almama rağmen. Aslında, benim esas ilgi odağım genel semantik olarak bilinen, daha çok Amerikan tarzı demokratik ya da aktivist ya da reformist dil felsefesine yöneliktir. Dil meselelerine dâir bu özel eklektik yaklaşım, esasen bir kimsenin muhakemesine, enteresan ve oldukça kolay bir şekilde, —iletişim ve inceleme araçlarını keskinleştirerek— aklıma gelebilecek en “pratik” yolla, bilimlerin ve felsefenin müterâkim hikmetini getirir.

Şimdi, bu son ifâdenin sonucunu düşünmeyi bırakalım. Öncü eğitimcilerimizden birisi uzun olmayan bir zaman önce bir grup öğrenciye hukuk eğitiminin, teknik becerilere ağırlık veren kurslara nazaran, eğitsel kurslara vaktinin bulunmadığını belirtti¹. Tabii ki, herkes aynı görüşte olmayacaktı; fakat bu görüşe katılanlara göre, burada öğrencilerin teknik becerilerini keskinleştirirken, aynı zamanda öğrencilerinize “kültür” verecek bir araç bulunuyor. Bunun nasıl yapılacağını göstermeye çalışırken, sonuçları zorunlu olarak belirtmeliyim, fakat bu konu hakkındaki seçkin materyallerin dikkatli ve alâkadâr şekilde okunması, eminim ki, büyük bir uzlaşa sağlayacaktır². Aslında, bu çalışmaların zaten farkında olanlar, muhtemelen, beni meseleyi yeterince güçlü şekilde îzâh etmemekle suçlayacaklar.

¹ Harvard Law Record Gazetesi’ndeki bir röportajda, W. Prosser, 21 Şubat 1957.

² Temel önemdeki, fakat en kompleks eserler şunlardır: C. OGDEN VE I. RICHARDS, THE MEANING OF MEANING (1938); A. KORZYBSKI, SCIENCE AND SANITY (1948); C. MORRIS, SIGNS, LANGUAGE AND BEHAVIOUR (1946); Kıskırtıcı, fakat yapısı gereği daha çok başlangıç düzeyinde olan eserler: S.I. HAYAKAWA, LANGUAGE IN THOUGHT AND ACTION (1940); I. LEE, THE LANGUAGE OF WISDOM AND FOLLY (1949); R. WILSON, THE MIRACULOUS BIRTH OF LANGUAGE (1948); Hayakawa ve Lee’nin kitaplarının her ikisi de Ogden-Richards ve Korzybski’nin şaheserlerine hazırlık amacıyla okunmalı. Uluslararası Genel Semantik Derneği tarafından üç ayda bir yayınlanan *Etc.* ilgi çekmeyi sürdürmektedir. Hayakawa, ilk on yılı üzerine, *Etc.* de yayımlanan makalelerin en iyilerini içeren bir kitap derledi. S.I HAYAKAWA, LANGUAGE, MEANING, AND MATURITY (1954); Lakeville, Connecticut’taki Genel Semantik Enstitüsü de genel semantikle ilgili ilgi çekici diğer yayınlar hakkında makale ve bilgileri içeren bir bülteni periyodik olarak yayınlıyor. Diğer eserler için ayrıca Mermin, *The Study of Jurisprudence*, 49 Mich. L. Rev. (1950)’ye bakın.

Ogden-Richards’ın bakış açısına ve hukuk kuramı için sonuçlarına dâir tek değerlendirme Williams, *Language and the Law*, 61 L. Q. Rev. 71-86, 179-95, 293-303, 384-406 (1945); 62 *id.* 387 (1946) tarafından yazıldı. Korzybski’nin çalışması hakkında hukuk kuramı bakımından kapsamlı bir değerlendirme henüz yayınlanmadı. Bu yönde bir adım olarak “Hukuk ve Genel Semantik” üzerine bir sempozyum 1958 Mart’ında, *Western Reserve Law Review*’da yer alacak.

Kabul etmeliyim ki, hukukî meselelere yönelik olarak soyut şekilde hukukî realizm olarak adlandırılan yaklaşım, semantik çalışmalarını hukukî literatür ve hukukî muhakemeye ilişkilendirmeye çalışmıştır. İyi ki, bu çalışmalar bir dereceye kadar kabul gördü. Fakat ne yazık ki, onların saldırısı gerçekten yeterince tertipli değildi, insan düşüncesi ve faaliyetini yeterince kuşatmıyordu. Eğer dilin *alışlagelmiş* kullanımlarını değiştireceksek, bu değişim izole teknik hukukî kavramlara yapılacak karman çorman bir saldırı sâyesinde gelmeyecektir. Yapılması gereken şey, kelimelerin ve kelime bileşimlerinin sembolik rolünü tümüyle anlamaktır. Bu şartlandırılmış tepkinin yerini şartlı tepki almalıdır. Gerçekten, bu, Einstein’ın metalbilimcilerin muhakemesini dönüştürmeye yardım ettiğinden beri yapageldikleri şeyi dil kullanıcılarının yapmaları –yani, “gözlemci”nin, bu bağlamda konuşmacı ya da yazar, dinleyici ya da okuyucunun işlevini dikkate almaları– gerektiği anlamına gelir. Her kimsenin kendi “koordinat sistemi”, kendi gönderge çerçevesi vardır ve en nihâyetinde bir sistemden diğerine dönüştürme araçlarına sahip olunmalı ya da en azından bunlar umutla gözetilmelidir³. Fakat bu mutlu ütopyaya giden yolda alınabilecek tedbirler vardır. Bu tedbirleri ciddî bir şekilde incelersek, en azından dava sürecinin bilek güreşinden öteye taşınmasına katkımız olabilir. Biz hukukçuların, eğer toplumsal ilişkilerdeki mevcut liderlik rolümüzün muhafaza etmek istiyorsak, bu meseleleri ciddiye almaya *gerek* duyabilmemiz oldukça muhtemeldir.

Hukukî realizmin çabalarının haricinde, bu türden bir farkındalığı hukuk erbâblarımızın dikkatine sunmak için ne yapılıyor? Elbette ki, hukuk öncesi eğitimde bu türden düşünce üzerine verilen çok daha fazla ders var, fakat hukukçuların birçoğunun bu derslere yolu düşmüyor. Bazı eğitimciler bireysel olarak

³ “Einstein’ın gerçek önemi, aynı fiziksel olaya dâir birçok farklı açıklamayı birbiriyle ilişkilendirmeyi sağlayacak bir formül, -bunun sâyesinde, herhangi bir fiziksel sistemdeki bir olayın konumu ya da yönünden, onun diğer herhangi bir sistemdeki konumu ve yönünü hesaplayabiliyoruz,- geliştirmiş olmasıdır.

“Hukukta ihtiyaç duyulan şey, eğer ki hukuk gelecekte, geçmişte olduğundan daha bilimsel olacaksa, sâyesinde bir bakış açısına göre düzgün bir hikâyeye ya da düzgün bir satışa benzeyen bir şeyin, bir diğer bakış açısına göre çarpık bir hikâyeye ya da çarpık bir satışa benzeyeceğini öngörebileceğimiz, ve sâyesinde gözlemlenen herhangi bir toplumsal olgunun kendi tarih ‘çizgi’sinde farklı değer-yüklü alanlarla karşılaştıkça maruz kalacağı müteâkip ‘tahrifat’ı öngörebileceğimiz bir öğrenme sistemidir. F.S. Cohen, *Field Theory and Judicial Logic*, 59 YALE L.J. 238 (1950).

bazı hukuk derslerine de bu türden bir farkındalığı taşıyabilir; fakat, yine de, bunun kaçınılmaz olarak yüzeysel, üstünkörü bir zeminde olacağı görülecektir. Bu türden düşünüş sürekli yenilemeyi içerir; öğrenci hakiki anlamda eğitilmelidir, sadece kıyılarda gezdirilmemeli, derinlere açılmalıdır.

İdeal olarak, öğrencinin hukuk öncesi eğitiminde ‘semantik’ üzerine kapsamlı bir ders alması, bunun ardından hukuk fakültesindeki ilk yılında bu kavramların özel hukukî uygulamalarının verilmesi gerekmektedir. Tabii ki, hukuk eğitimi öncesinde verilecek böyle bir dersin içeriğini denetlemek zordur, ve, fakat, bu mesele ihtiyaçlarımızı karşılayacak yeterli evrenselliğe henüz erişmedi. Fakat bu ideal, geleceğe dâir dindarca bir umuttan daha fazla bir şeydir. Ben kendimi, bu konunun, günümüzde neredeyse tüm üniversite öğrencileri için İngilizce Kompozisyon dersinin olduğu kadar, bir gün gerekli olacağından oldukça emin hissediyorum. Hukuk fakültelerinde de bu meseleye özel olarak eğilme ihtiyacı duyulacaktır; çünkü hukukî söylem özel meseleler içerir, ve genel semantik gibi bir konunun yeterince derin şekilde anlaşılması bu söylemin sert yüzeyinin altına inebilmek için zorunludur⁴.

Bir diğer yaklaşım ise, kabul etmek gerekir ki ideal olmaktan uzaktır, hâlihazırda bahsedilen ve benim de kullandığım yaklaşımdır –yani, hukuk kuramı çalışması ile bu yeni dil becerilerini bir araya getiren, öğrenciye, hukukbilimi dersindeki (ki hepimizin bildiği gibi, belki de birçok hukuk fakültesinde öğretilmemektedir)⁵ yüzeysellikten uzak, bazı temel ilkelerin verildiği en azından başlangıç düzeyinde bir eğitim. Ben Cohen ve Cohen’in Hukukbilimi üzerine olan ders kitabını kullanıyorum⁶. Her ne kadar bu eserin çağdaş hukuk kuramına dikkate değer, bütüncül bir bakış açısı getirdiğini ve eğitimciye istediği açıklamaları yapmasını mümkün kılacak şekilde temeldeki Batı hukuk kuramı hakkında yeterli imkânlar sunduğunu düşünsem de, bu amaca uygun daha iyi okumaların bulunmayabileceğini hiç de iddia etmiyorum. Dahası, bu eserin ge-

⁴ Elbette ki genel semantik ve diğer dil yaklaşımları eğitiminin lisansüstü hukuk programlarında ve hukuk stajyeri eğitimi programlarında verilmesi de doğru olur.

⁵ Belki de bu ders, birçok müfredattan bir tanıtım sebebiyle, ince bir kelime oyunuyla çıkarıldı. Buradaki tanıtım, ‘uygulamaya dönük değil’ şeklindedir. Ne kadar yazık!

⁶ M. R. COHEN & F. S. COHEN, READINGS IN JURISPRUDENCE AND LEGAL PHILOSOPHY (1951).

nel vurgusu, bildiğim diğer derlemelerde olduğu gibi, dil felsefesiyle bağlantı kuruyor⁷.

Bir sömestirde haftada sadece iki saat ders veriyorum, -ve keşke en azından bir saatim daha olsaydı. Bu zaman kısalığında, ilk dört ders saatini Korzybski'nin genel semantiğine, bir miktar Ogden ve Richard yaklaşımına da değinerek, ayırıyorum. Dört saat yeterli değil, fakat meseleye ilğimiz bununla sınırlı kalmıyor ve bu başlangıç, bizatihi, sözel meselelerle tanışmada öğrencilere biraz kolaylık sağlıyor. Bu ilk temaslarında, onlara anlamların değişmesinden, hem sözel hem de sözel olmayan soyutlama düzeylerinin karıştırılmasından, belirginleştirme ve nesneleştirme hatalarından, tek-kelime tek-anlam meselesinden, unsurculuktan –tümünden hukukî olan ve olmayan örneklerle– bahsediyorum⁸. Onlara herhangi bir soyutlamada yer verilen tikellerin, aslında, çoğunlukla önemli açılardan, birbirinden farklı olduğunu göstermek için Korzybski'nin, çok değerli altmetin aracı gibi, hatırlatıcı araçlarını gösteriyorum. Bu sebeple, belirli bir hukuk “kural”ı durum 1, durum 2, durum 3, durum vd.'ndan elde edilebilir. Burada tırnak işareti ve vd. araçlarını kullanıyorum. Soyutlama sürecinin doğasını *hissetmeye* başlayabilmele-ri için, bu süreci onlara tanıttacak bir yapısal farklılık tablosundan⁹ yararlanıyorum. Elbette ki, onlara çok işe yarar bir araç olan gönderge üçgeninden de bahsediliyor.

Buradaki asıl çaba öğrenciyi, dilin dikkate değer esnekliği düşüncesiyle, dilin tam anlamıyla sözel olmayan bir dünyayı ya da çevresel bir alanı temsil etmek için kullanılan bir harita olduğu şeklindeki resim-düşüncesinde güzel bir şekilde mücessemleşen düşünceyle tanıştırmaktır. Kelimelerin temsil ettiği “şeyler”in subjektifliğinin, kelime anlamlarında yer alan kişisel, özgü anlam tecrübesi unsurunun buraya taşınabilmesi, elden geldiğince, çok çaba gerektiriyor. Genel

⁷ Bu eserde bazı yazıları bulunan Felix Cohen'in genel semantik düşünceyle birçok ortak görüşü vardı. Muhakkak ki, bu ikinci editörün erken ölümü hukuk mesleği için büyük bir kayıptır.

⁸ Bu eğitimde büyük öneme sahip bir eser, şu değerli küçük kitaptır: IRVING LEE, THE LANGUAGE OF WISDOM AND FOLLY (1949). Bu kitap, genel semantik kuramı bilen birisi için, Korzybski'nin dev bir eklektik olduğuna dâir yeterli bir kanıttır. Bu kuramı bilmeyen bir kimse için ise, bu kitap yolun başlangıcıdır. Bu kitabı dersimde kullanmam yönündeki önerisi için, Stanford'dan Profesör Moffat Hancock'a kişisel olarak borçluyum.

⁹ Yapısal farklılık görseli yardımı Lakeville, Connecticut'taki Genel Semantik Enstitüsü'nden elde edilebilir. Genel semantik öğrenmek ve öğretmek üzerine daha fazla bilgi edinmekle ilgilenen herkesin bu kurumla irtibata geçmelerini şiddetle öneririm.

semantiğe, onun eklektik yaklaşımının kaynaklarına dâir îzâhâtındaki, öğrencilerden birçoğunun aslında felsefeyle ilk kez, fakat görece küçük dozda, temas kurduğunu –ve aynı zamanda, bu kavramları gündelik ve hukukî söylemlerde kullanma yöntemi elde ettiklerini hatırlayın. Fakat geride yapılacak çok iş var.

Ardından on ders saatini, “Hukukun Doğası”, “Yargısal Süreç”, “Yasama” üzerine olan metin parçalarına, öncesinde yer alan analitik bölümlere dönük bir takım değinilerle birlikte, ayırıyorum¹⁰. Burası, öğrencinin hukuk kuramı ile bunun altında yatan genel semantik felsefesi arasındaki ilişkiyi görebileceği –ve bu hukuk kuramını kendi söylem araçlarıyla nasıl ilişkilendirilebileceğini görmesi gereken– yerdir. Örneğin, hâlen sıklıkla kullanılan, *klasik* doğal hukuk yaklaşımının “devredilemez”, “hak”, “Tanrı”, ve “akıl” gibi (tabii ki, bilişsel olmayan ilişkilere sahip) iltimaslı sembollere verilen şartlandırılmış tepkileri doğurarak nasıl duygucu ya da propagandist tarzda kullanılabilirliğini görür¹¹. Öğrenci burada, birçok uygulayıcı ve hâkim de dâhil olarak, hukukçuların ne derecede sözel düzeye aşırı vurguda bulunduğunu ve bu sözel öğretisel düzey ile sözel olmayan çevresel ya da toplumsal bağlamın örtüşmemesi ihtimâlini göremediklerini de görmeye başlar. Dolayısıyla, toplumsal etkenler üzerine olan vurgusuyla çağdaş sosyolojik düşünce ile bağlamsal muhakeme konusunda genel semantik ihtiyacı arasında önemli bir bağ kurar. Tabii ki, hukukî realizmin semantik yönelimini, asgarî düzeydeki kelime bilincini de kolaylıkla görür.

Öğrencinin hukuk kuramını genel semantik düşünüşüyle ilişkilendirme şansı bulabilmesi için bu bölümlerde kurulması gereken başka birçok bağ daha var¹².

¹⁰ Ders kitabında yer alan neredeyse tüm malzemelere yönlendirici ilâve yorum ve sorular hazırlamayı işe yarar buluyorum. Bu malzemelerin birçoğu felsefeci olmayanlar için çetindir. Fakat bu, felsefeci olmayan kimsenin destek almaksızın yapacağı okumalardan düşünce ve eylem konusunda önemli oranda fayda görmeyeceği anlamına gelmez.

¹¹ Çağdaş doğal hukuk bir diğer meseledir. Bu “iltimaslı” kelimelerin nasıl kullanılabilirliğinin anlaşılmasına yardımcı olabilecek bir tartışma Charles Stevenson tarafından ETHICS AND LANGUAGE (1944) içinde “iknâ edici tanımlar” hakkında yapılmıştır. Hiçbir hukukçu ya da öğretici onun îzâh ettiği bu aracı anlamayı atlamamalı. Ben kendim duygucu dil kuramını tüm boyutlarıyla savunmuyorum. Fakat dilin sıklıkla, bu hâlin mantıkî olarak görüldüğü zamanlarda bile duygucu şekilde kullanıldığını görüyorum.

¹² Burada, aksi yönde doğabilecek izlenimlere rağmen, genel semantik kuramın, benimsenmek için, öğrencinin diğerlerini tümüyle dışlamak uğruna herhangi bir hukuk kuramını tercih etmesini gerektirmediğini eklemeliyim. Belirttiğim gibi bu yaklaşım eklektiktir, tıpkı Cohen ve Cohen’in yaklaşımı gibi. Genel semantik, zaman zaman desteklemesine rağmen, yalnızca

Öğrenci, örneğin, dile bakışının kendi “hukuk” tanımını ve bu kelimenin “hak”, “görev” gibi türevlerinin tanımlarını belirlemeye yardımcı olabileceğini ve bu kelimeleri tanımlayış şeklinin de genel olarak hukukî meselelere bakışını belirleyebileceğini görür. Dolayısıyla, öğrenci temel bir genel semantik dersi almış – kişinin çevresi içindeki ve hakkındaki eylem ve düşüncelerinin çoğunlukla kendi dil alışkanlıklarınca şekillendiğini öğrenmiş– olur.

Bu, genel semantiğin ve diğer dil yaklaşımlarının birtakım daha derin yönlerini işlediğim “Hukuk ve Mantık” üzerine olan bölümle ilişkilidir ve sekiz ders saati sürmektedir. Burada, öğrenci hukukta “mantık” olarak geçen şeylerin çoğunun derin duyguların ya da psikolojik tavırların bir maskelenmesi de olabileceği ihtimâlini öğrenir ya da en azından tanır; diğer bir deyişle, hukukî söylemin psiko-mantıkî (bir diğer Korzybskyci araç) yönlerini tanır. Ona, insanın mesele hâllerinde içinde bulunduğu karmaşık zihnî-sinirsel sürecin bilincinde olma ve “mantık” ile hâlihazırdaki hukukî muhakemenin bu bütünü yalnızca bir yönünü temsil ettiğinin farkına varma şansı verilir.

İşte, gündelik dilimizin Batı dünya-görüşüyle derinden ilişkili bulunan yerleşik bir mantık ya da yapıya sahip olduğu şeklindeki oldukça içre bakış açısını takdir edebilecek öğrenci için açılacak yeni ufuklar buradadır. Sınıflandırma düşüncesi ve süreci ile bağlam düşünce arasındaki farka dâir bir fikir edinir, öyle ki, örneğin, Dewey’in formel mantığın yalnızca, daha derin düşünüş süreçlerinden elde edilen sonuç ifâdelerini temsil ettiği şeklindeki yorumu bir anlam kazanır¹³. Umuyorum ki öğrenci, eğer biraz farklı bakarsa, hukukî öğretisel ya da diğer her türden olsun hiçbir genelliğin, bizâtlî, münferit avukat ya da hâkime belirli bir karar verme durumunda ne yapacağını söylemediğini görecektir. Çünkü, tüm genellemeler döngüsel, yani varsayımlar içerir –ve temel soru hangi varsayımlarda bulunacağı, bu soyutlama süreci boyunca hangi geçmiş tecrübelerin göz ardı edileceğine dönüşür¹⁴. Bu, öğrencinin muhakemesini –bir süre için– temelinden

pragmatik değildir. Bana göre şimdiye dek icat edilen en güçlü analitik yaklaşım olarak görünse de, yalnızca analitik değildir. Bazılarına tuhaf gelse de, bu vurgu yalnızca akla değildir, ne de günümüzün herhangi bir kapsamlı felsefesinde bulunabilir.

¹³ Dewey, *Logical Method and Law*, in COHEN & COHEN, *op. cit. supra* note 6, 552, 554’te.

¹⁴ Burası, öğrencinin, dava uygulamalarının *a priori* “kurallar”dan yapılacak gösterimsel tüm dengeline karşılık, *inter alia* “kurallar” yardımıyla mesele çözmek arasındaki farkı görmeye

sarsabilir. Fakat, eğer bu mesele üzerine yeterince eğilirse, yalnızca böylece ortaya konan ahlâkî meselenin, bir hâkimin alternatifler arasında nasıl bir tercihte bulunacağı meselesinin değil, ayrıca diğer kimseleri bazı varsayımlara razı etmek ve diğerlerine yüz çevirtmek şeklindeki hayatî meselenin de önemini fark edecektir. Bu yeteneklerin oluşturulması derin inceleme gerektirir. Genel semantik, diğer dil yaklaşımlarıyla birlikte, gerekli teçhizatı sağlamaktadır.

Garip olan şudur ki, hâlihazırdaki mevcut hukukî öğretinin eleştirel incelenmesinin doğurduğu belirsizliğe dalmak, öğrenciyi bir davayı kazanmanın o mesele hakkındaki hukukun sırf keşfedilmesi meselesi olmadığını hazmettirecek bir “mide”yle donatmalıdır. Daha doğrusu, uygulamadaki ilişkilerindeki başarısı, kendi kişisel inceleme ve iknâ yeteneğine çok bağlıdır. Böyle bir farkındalığın bazılarına yalnızca kendi müşterilerine değil, diğer taraftaki, diğer müşterilerin başına gelebilecekler konusunda bir sorumluluk duygusu kazandırabileceğini umuyorum. Bu şekilde yönlendirilen bir avukatın yine yalnızca kendi müşterisi için davayı kazanmasının yeterli olup olmadığı meselesiyle yüzleşmesi gerekir. Bu tavır, bana göre, eğer henüz yalnızca hukuk tesisatçısı yetiştirdiğimizi düşünmüyorsak, biz okutmanların geliştirmeyi umacağımız kadar önemlidir¹⁵.

Mantık ile semantiğin birbirleriyle olan ilişkisindeki bu temel birikim, mantık ile ahlâk arasında köprü kurulmasına yönelik metinsel çabayı kolaylaştırır. Oldukça basit hâliyle söylemek gerekirse, hâlihazırdaki hukukî muhakeme tarzı karar vericiye alternatifler arasından tercihte bulunma konusunda açık kapı bırakır. Bu ahlâkî mesele şudur: bir hâkim nasıl “doğru” karar verebilir ve bir avukat bu kararı nasıl öngörebilir? Burada, öğrenci “ahlâk”, “adâlet”, “doğru”, “yanlış”, “iyi”, “kötü” gibi kelimelerin ördüğü duygucu ağları hemen kaldırmalıdır. Burada, yine, bunların kullanımının nasıl bu kelimelere karşı tümüyle şartlandırılmış tepki doğurabileceğini anlamalıdır. Yapılması gereken tek şey, kendi gerekçesini –dogmatik varsayımlar sâyesinde, gördüğünüz üzere– bu terimlerle belirle-

başlayabileceği yerdir.

¹⁵ Moris Cohen bu durumu AALS'nin (The Association of American Law Schools/ Amerikan Hukuk Fakülteleri Birliği (ç.n.)) bir toplantısında basit bir şekilde ortaya koydu: “Üniversitelerin hizmet etmesi gerektiği şeklindeki kamu yararının artık avukatın kişisel başarısıyla, bir modacı, ayakkabıcı ya da tesisatçıdan farksız şekilde, ilgisi bulunmamaktadır. Cohen, *Law and Scientific Method*, in COHEN & COHEN, *op. cit. supra* note 6. 560, 561’de.

mektir. Dolayısıyla, hukukî sürecin nasıl olup da sembolik ritüelin –hiç değilse, gözlemlenen şekilde– kurbanı olmasının mümkün olduğunu daha iyi görmeye başlar. (eğer bu doğru değilse, o takdirde kararların nasıl verildiğini *gerçekten* bilmiyoruz demektir.) Daha ileri bir örnek vermek gerekirse, aslında kendi hukuk sistemimize yerleşik bir ahlâka dâir olarak, doğal hukukçu, dogmatik terimlerle ifâde edilebilecek olan, yaygın bir inanç var. Genel semantik bu klasik doğal hukuk türünü yok etmeye yardımcı olur. Fakat genel semantik, toplumsal meselelerin değerlendirme kaynağını, her ne kadar mutlak şekilde değerlendirmenin tümü olmamasına rağmen, bilişte bulan türden zamane doğal hukuklara kapıyı açık bırakır. Hiç olmazsa, dilin hile ve özellikleri hakkındaki farkındalık, öğrenciyi bu meselelerin kendi bilinçdışı varsayımlarının derinlerinde yattığını görme konusunda aydınlatır.

Dil birikimi duygucu dili ve onun hukukî mantık denen şeydeki işlevini işâ ederken, ayrıca “adâlet”in, hâlihazırda belirtilmiş bulunan, gerçek tecrübî anlama sahip olma ihtimâlini de ortaya çıkarır. Bunun yanında, bu meselenin bir tür operasyonel olarak incelenmesi üzerine, sosyolojik hukukbiliminin ve onun bağlamsal muhakemesi ve mesele hâletmedeki pragmatik vurgusunun, tıpkı sürekli-rehberlik edici genellikler arayışı bakımından olduğu gibi, ebedî adâlet meselesi için bir çözüm olabileceğini kanıtlayabilir. Ben en azından bu meselelerle sınıfta derse başlıyorum. Öğrencilerin, diğerlerinin arasında pragmatistlerin, genelliklere, bunların işlevlerini anlamayan kimselerce epeyce istismar edilmeleri dolayısıyla, güvenmediklerini göreceklerini umuyorum. Genel semantik bu meselelerin farkındadır, ancak genelliklerin istismar edilmesinden nasıl uzak durulabileceğini göstermeye çalışır.

Olabilir ki, bazı öğrenciler “adâlet” ve hukukî meselelerin “uygun” çözümünün yalnızca etkili iletişim ve semantik değerlendirmeyi gerektirdiği sonucuna ulaşabilirler –örneğin genel semantik bu kavrayışı îmâ eder. Tüm öğrenciler görmelidir ki, hukukî süreç, ritüel dil formlarına yönelik genellikle muhafazakâr olan tavırla böyle bir iletişime engel olmaya eğilimindedir.

Cohen ve Cohen’in eserinde sıradaki bölüm, birçok okuyucu tarafından hukukî meselelerle herhangi bir ilgisinin bulunduğu düşünülmebilecek olan

metafizik üzerindedir. Fakat genel semantik çalışmasının kendisi, dilimiz ve dilin mantığının yapısında saklı bulunan antik bir metafiziğe dâir bir ifşâattır. Hatırlayın, bir kimsenin dilinin, onun kendi çevresine olan bakış açısını, ve dolayısıyla da gündelik meselelerle ilgilenme tarzını mutlak şekilde etkilediği gösterilmişti. Bu şekilde, öğrencinin kendi epistemoloji ve metafiziğinin, bilinçli ya da bilinç dışı olsun, fakat her ikisi birlikte, nasıl kendisinin iyi ve kötü kavrayışıyla ve en nihâyetinde onun ve diğerlerinin hukuk öğretisine gerçekte verdiği anlamlarla doğrudan bağlantılı olduğunu görmesi muhtemeldir. Bu görüşe göre, hukuk öğretisi kendi, psikolojik bağlamında, yargılama süreciyle ilişkili olabilecek ne-redeyse her şeye dâir ahlâkî ve metafizik görüşlerin taşıyıcısı olarak görülebilir.

Bir eskizden ibâret olan bu çalışmada, hukuk kuramının sınıfta değindiğimiz çeşitli yönlerine işâret etmeye çalışmadım, çünkü burada yalnızca genel semantiğe yönelik bir yönelimin geleneksel malzemelerle bütünleştirilebileceğini göstermeyi denedim. Üstelik genel semantiğin, ya bir plan dâhilinde ya da kısıktıcı bir tartışma yoluyla derste kendisine yer bulabilecek tüm nüanslarına değinmedim. Yalnızca en önemli noktalarını ele almaya çaba gösterdim. Belirtmeliyim ki, benzer amaçlar için geriye kalan tüm bu çok kısa zamanı, genel semantiğin çerçevelediği dil kuramıyla yakından ilişkili bulunan bir inceleme, değerlendirme ve planlama yöntemi olarak gördüğüm bir eğitime harcıyorum. Sn. Lasswell ve Sn. McDougal’ın öncülük ettiği bu yöntem henüz tekâmül sürecindedir¹⁶. Genel semantik dâhil, modern bilim ve felsefeye dâir birçok konuyu kuşatıcı bir şema içinde nasıl dikkatlice birleştirdikleri, onların yayınları ya da düşünceleri üzerine çalışmamış olanları şaşırtabilir.

Şimdi, hızlıca özetlemek gerekirse: Hukukî düşünce uzmanlığıyla birlikte genel bir semantik eğitimi alan öğrenci neyle meşgul olduğunu daha kolay bir şekilde görür ve kültürlü bir hayâl gücünün kendisi açısından ne kadar önemli olduğunu farkına varır. Eğer akıllıca eleştirel bir zihne kavuşabilir ve önyargılarının en azından birkaç prangasından kurtulabilirse, mutlaka daha iyi bir hukukçu ve vatandaş, yani hem kendisi hem de toplum için daha faydalı olacaktır.

¹⁶ Bkz. ör., Lasswell and McDougal, *Legal Education and Public Policy*, 52 YALE L.J. 203 (1943); McDougal, *The Comparative Study of Law for Policy Purposes*, 61 YALE L.J. 915 (1952).

2012 İRLANDA ARABULUCULUK KANUNU TASLAĞI GENEL ŞEMASI*

*Çeviren: Dr. Fatih Halil KAPLAN***

Birinci Başlık-Kısa Başlık ve Başlangıç

1. (1) İşbu kanun 2012 Arabuluculuk Kanunu şeklinde adlandırılabilir.

(2) İşbu kanun belli bir amaç ya da şarta bağlı olarak Bakanlığın bir emirle belirleyeceği bir günde yürürlüğe girer.

Açıklayıcı not

Bu standart bir hükümdür.

İkinci Başlık - Yorum

2. Bu kanunda geçen,

“Medeni muhakeme işlemleri” ticari işlemlerden doğan muhakeme işlemlerini, taşınmaz malikleri arasındaki sınır uyuşmazlıklarından kaynaklanan muhakeme işlemleri ve Sorgu Hakimliği dışındaki bir mahkemenin bakabileceği muhakeme işlemleri kapsamaktadır.

“Ticari muhakeme işlemleri” 1963 tarihli Şirketler Kanunu’nun 205. maddesine göre yapılabilecek talepleri kapsamaktadır.

Üçüncü başlığa konu “uyuşmazlık”, Medeni muhakemeye vücut veren medeni ya da ticari uyuşmazlıklardır.

“Aile Hukuku Uyuşmazlığı” mahkemede aile hukuku muhakeme işlemlerinin uygulanmasına vücut veren uyuşmazlıklardır.

“Arabulucu” arabuluculuk faaliyetinin her aşamasında, tarafların tümü bakımından, tarafsızlık, dürüstlük, hakkaniyet ve gizlilik ilkelerine uygun hareket ederek, tarafların rızalarında dayanan bir anlaşmaya varmalarına yardım eden

* <http://www.justice.ie/en/JELR/MedBillGGSFinal.pdf/Files/MedBillGGSFinal.pdf> (Erişim tarihi: 14.07.2014). Kanun taslağının orijinal metninde bulunan açıklayıcı notlar(gerekçe) kısmına tanımlar kısmı dışında yer verilmemiştir.

** Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi.

kişiyi ifade eder.

“Arabuluculuk”, arabulucunun yardımıyla, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı karşılıklı olarak kabul edebilecekleri bir anlaşmaya varabilmek amacıyla gönüllü olarak çözmeye çalıştıkları kolaylaştırıcı ve gizli bir faaliyettir.¹

“Arabuluculuk görüşmeleri” şunları kapsar:

(a) Arabulucu, taraflardan biri ya da arabuluculuk faaliyetine katılan bir kişinin sözlü, yazılı ya da kayıtlı açıklamaları,

(b) Arabulucunun faaliyetinin başlatılması için yapılan görüşmeler ve arabuluculuk faaliyeti ile ilişkili ya da ondan kaynaklanan diğer görüşmeler.

“Bakan” dan kasıt Adalet ve Eşitlik Bakanındır;

“taraf-harici katılan” dan kasıt tarafların ya da arabulucunun dışında, arabuluculuk faaliyetine katılan kişidir.

“taraf” kavramı gerçek ve tüzel kişileri, bir devleti, idari bir departmanı, bölgesel bir otoriteyi, bunun dışında tesis edilmiş ya da kanunla kurulmuş bir organı(şirketler dahil) ve tüzelkişilik kazanmamış organları(ortaklık ve kulüp dahil) kapsamaktadır.

Açıklayıcı Not

“**medeni muhakeme işlemleri**”: medeni muhakeme işlemleri kavramı bu yargı alanında normalde ticari uyuşmazlıklarla ilişkili muhakeme işlemlerini de kapsayacak şekilde anlaşılmakta iken, AB Arabuluculuk direktifi ve bu direktifi aktaran 2011 tarihli 209 sayılı ikincil düzenleme gibi AB düzenlemeleri, “mede-

¹ Arabuluculuk ile ilgili aşağıdakileri de kapsayan bir bir takım alternatif tanımlar mevcuttur:

1. AB Arabuluculuk Direktifi - Direktif 2008/52/AK

“Arabuluculuk” aralarında uyuşmazlık bulunan iki ya da daha fazla tarafın, gönüllü olarak, aralarındaki uyuşmazlığı, arabulucunun yardımıyla, bir anlaşma ile çözmek üzere katıldıkları, yapısal bir faaliyettir.

2. Folberg and Taylor – Arabuluculuk: Dava Dışı Uyuşmazlık Çözümünde Kapsamlı Bir Rehber.

“Arabuluculuk”, tarafsız üçün kişinin ya da kişilerin yardımıyla, tarafların sistematik bir şekilde uyuşmazlık konularını, aralarındaki uyuşmazlığı, seçenek ve alternatif çözüm üretmek, ihtiyaçlarına uygun, karşılıklı mutabakata dayalı bir anlaşma ile çözmek amacıyla, birlikte belirledikleri bir süreçtir.

ni ve ticari uyuşmazlıklar”da arabuluculuk kavramında atıf yapmaktadır. Tanım sorgu mahkemesi dışında bir mahkemede görülmesi mümkün potansiyel dava ve muhakeme kaynağı olan taşınmaz sınır komşuları arasındaki sınır anlaşmazlıklarına özel atıf yapmıştır

“Ticari muhakeme işlemleri”: LRC tarafından önerildiği gibi, ticari muhakeme işlemleri hisse sahiplerinin uyuşmazlıklarını kapsayacak şekilde 1963 tarihli Şirketler Kanunu’nda tanımlanmıştır.

“uyuşmazlık”: “uyuşmazlık” kavramının tanımı 44/2001 tarihli yargı yetkisi ve medeni ve ticari uyuşmazlıklarda mahkeme kararlarının tanınması ve infazına ilişkin 2000 AB “Bruksel 1” düzenlemesi (mevzuata ilişkin zorunlu şartlarla ilişkili olarak) ve Avrupa Toplulukları metinlerinde yer alan (Tüketici Sözleşmelerinde Hakkaniyete Aykırı Şartlar) 1995(SI No. 27 1995) genel tanıma dayanan LRC Raporunun 2.51. paragrafındaki öneriyi uygulamayı amaçlamıştır.

Tanım, LRC raporundaki öneri istikametinde uyuşmazlık tanımının bir takım istisnalara tabi olduğuna ilişkin olan üçüncü başlık hükümlerine tabidir. İstisnalardan birincisi, iş uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak İş ilişkileri Komisyonu vasıtasıyla ya da İş Mahkemesi vasıtasıyla çözülmesidir. İkincisi kanunun amacı arabuluculuk ya da diğer bir uyuşmazlık çözüm yolunu daha önce kabul edilmiş bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna ikame etmek değildir. Üçüncü olarak, gümük ve vergi uyuşmazlıkları kanunun istisnası kapsamındadır. Buna ek olarak arabuluculuk anayasal ya da yasal herhangi bir hükmü ortadan kaldırmanın vasıtası olamaz. Bu üç istisna üçüncü başlıkta toplanmıştır.

“Aile Hukuku Muhakeme İşlemleri”: LRC, düzenlemesi Mahkemelerin Konsolidasyon ve Reformu Kanunu’na (LRC 97-2010) ilişkin komisyon raporunda bulunan 2010 tarihli Mahkemeler Kanunu taslağında düzenlenen tanıma atıf yapan “aile hukuku muhakeme işlemleri” şeklindeki tanımı içermektedir. Bu tanım Genel Şema’da muhafaza edilmemiştir; aile hukuku muhakeme işlemlerine yapılan atıf bu kavramın mutad ve bilinen anlamına yapılmış kabul edilecektir.

“Arabulucu”: LRC düzenlemesi bir arabulucu tanımı içermemektedir. Bununla birlikte arabulucuya ilişkin bir tanımın bulunmasının yardımı olabileceği göz önünde tutulmuştur. İrlanda Arabulucular Enstitüsü Uygulama Kuralla-

rı'ndaki benzer tanım temel alınmıştır.

“Arabuluculuk”: LRC raporunun 2.37. paragrafı istikametinde arabuluculuk, arabulucu olarak adlandırılan tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı karşılıklı olarak kabul edebilecekleri bir anlaşmaya kavuşturmak amacıyla, gönüllü olarak katıldıkları kolaylaştırıcı ve gizli bir süreçtür. Bu LRC düzenlemesinin 6e maddesinde öngörülen “arabulucu ya da uzlaştırıcı tarafsız ve bağımsız olacaktır” düzenlemesini göz önünde tutmuştur. Dipnotta belirtildiği üzere “arabuluculuk”a ilişkin değişik tanımlar yapılması mümkündür.

“arabuluculuk görüşmeleri”: “arabuluculuk görüşmeleri”nin tanımı, LRC raporunun 3.46 ve 3.47 paragraflarındaki öneriler istikametinde gizliliğin belirli bir şekli ile ilişkili olarak LRC düzenlemesinin 7 maddesinde öngörülmüştür.

“taraf dışı katılımcı”: “taraf dışı katılımcı”nın tanımı LRC raporunun 3.54 paragrafı istikametinde olup: ayrıca arabuluculuk faaliyetine taraf dışı bir kişinin katılımı hakkında beşinci başlık (5)'e bakınız.

“party”: tanım LRC raporunun 2.16 paragrafındaki öneri istikametinde olup, herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek şekilde, Düzenleme gerçek kişilerin yanında Devlet, Devlet Kurumu, bölgesel bir otorite, tesis edilmiş bir organ ya da kanunla kurulmuş bir organa(şirket gibi) tüzel kişilere ve bunun yanında bir kısım tüzel kişilik kazanmamış(ortaklık ve kulüp gibi) organlara da uygulanacaktır.

Üçüncü Başlık-Kapsam ve Uygulama

3. (1)Bu Kanun,

(a) 2010 tarihli Tahkim Kanunu kapsamındaki bir tahkime,

(b) İş Temyiz Mahkemesi, İş İlişkileri Komisyonu, İş Mahkemesi, Milli İşçi Hakları Kurumu, Eşitlik Kurumu ve bunların haleflerinin görev alanına giren iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar,

(c) Vergi ve Gümrük uyuşmazlıkları bakımından uygulanmaz.

(2) Bu Kanun daha önce kabul edilmiş herhangi bir arabuluculuk ya da alter-

natif uyuşmazlık çözüm yolunun yerine geçmek için kabul edilmemiştir.

(3) Bu kanundaki hiçbir hüküm arabuluculuk faaliyetinin tarafların kanuna göre tasarrufta bulunamayacakları hakları ve yükümlülükleri hükümsüz kılacak ya da ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz.

Dördüncü Başlık - Avukatın (soliciter) Arabuluculuk Hakkında Bilgi Verme ve Tavsiyede Bulunma Yükümlülüğü

4. (1) Müvekkili adına hareket eden ya da ona danışman olarak tavsiyede bulunan avukat(solicitor), medeni muhakeme işlemlerine başlamadan önce,

(a) müvekkiline arabuluculuğu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak göz önünde tutmasını tavsiye eder.

(b) Müvekkiline,

(i) Arabuluculuk faaliyeti ile ilişkili bilgileri verir,

(ii) Arabuluculuk hizmeti veren kişi ya da kuruluşların isim ve adreslerini verir,

(iii) Uyuşmazlığın mahkeme yolu ile çözülmesi halinde müvekkilinin yapacağı masraflar hakkında tahmini bilgi verir.

(iv) Uygulanması mümkün olan durumlarda-

(I) Müvekkilinin davayı kaybetmesi durumunda diğer kişilere ödemekle yükümlü olacağı giderlerin tahmini miktarı hakkında bilgi verir.

(II) Davanın başlangıcından sona ermesine kadar geçecek muhtemel süre hakkında bilgi verir ve,

(c) Müvekkilini ikinci alt başlık ile on birinci ve on ikinci başlıklar hakkında bilgilendirir.

(2) (a) Medeni muhakeme işlemlerini başlatan kişi, mahkemeye başvuru yaparken, bizzat ya da avukatının(solicitor) aşağıdaki hususları içeren imzaladığı belgeyi ibraz etmek zorundadır:

(i) Arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilmiş olması,

(ii) Avukatın birinci altbaşlık hükümlerine uygun hareket etmiş olması,

(b) a paragrafında bahsi geçen herhangi bir kişi yukarıda anlatılan belgeyi ibraz etmez ise, mahkeme ilgili kişinin istenen belgeyi ibraz etmesi için gerekli olan süre boyunca muhakeme işlemlerinin durmasına karar verebilir.

Beşinci Başlık- Avukatın (barrister) arabuluculukla ilişkili olan yükümlülüğü

5. Herhangi bir uyuşmazlık kapsamında müvekkili adına hareket eden ya da ona danışman olarak tavsiyede bulunan avukat (barrister), uyuşmazlığın dava yolu ile giderilmesine kıyasen arabuluculuğun uyuşmazlığın giderilmesinde alternatif bir yol olduğunu bildirir ve tavsiye ederek bu durumu yazılı şekilde belgelendirir.

Altıncı Başlık - Arabuluculuk Faaliyetinin Şartları

6. Taraflar,

(a) Kendi inisiyatiflerine bağlı olarak medeni muhakeme işlemlerinin başlangıcından önce ya da bu aşamayı takip eden bir zaman diliminde ya da

(b) On ikinci başlık hükmü kapsamında mahkemenin davetini müteakip, Arabuluculuk faaliyetine başlayabilirler.

(2) Arabuluculuğun hangi şartlar altında yapılacağı,

(a) Arabulucunun sekizinci başlık kapsamında yeterliliği,

(b) Arabulucunun dokuzuncu başlık kapsamında bağlı olduğu uygulama kuralları (mevcut olması halinde),

(c) Onuncu başlık kapsamında arabuluculuk görüşmelerinin gizliliği,

(d) On altıncı madde kapsamında harçlar ve giderleri de belirtecek şekilde arabulucu tarafından yazılı hale getirilerek arabulucu tarafından ve taraflarca da imzalanacaktır.

(3) (a) Arabuluculuk faaliyetinin bir sonuca ulaştırılması arabuluculuk faaliyetine katılan tarafların irade ve inisiyatiflerine tabidir.

(b) Arabuluculuk faaliyetine katılan taraflardan biri herhangi bir açıklama yapmaksızın her zaman arabuluculuk faaliyetinden çekilebilir.

(4) Arabulucu arabuluculuk faaliyetinden çekilmek istediğinde taraflara çekilme nedenlerini bildirmek zorundadır.

(5) Bir uyuşmazlığın çözümü bakımından arabuluculuk tercih edildiğinde somut uyuşmazlığın gereklerini de dikkate alarak mümkün olan en kısa zamanda süreci tamamlama çabası içerisinde olmalıdır.

(6) Bir ya da daha fazla taraf dışı katılan kişi arabuluculuk görüşmelerinde hazır bulunabilir ve bir tarafa yardım edebilir.

Yedinci Başlık- Arabulucunun Fonksiyonu

7. (1) Arabuluculuk faaliyetine başlamadan önce arabulucu;

(a) Altıncı başlığın ikinci alt başlığında öngörülen yazılı belgeyi hazırlamalı,

(b) Taraflarla kendi arasında ortaya çıkması muhtemel bir menfaat çatışmasının bulunup bulunmadığını (ve arabuluculuk faaliyeti sırasında) şartların gerektirdiği makul bir şekilde araştırmalı,

(c) Tarafları,

(i) Arabuluculuk faaliyetinde yer almaları ve bunun devamının gönüllü olduğu,

(ii) Açıklama yapmaksızın istedikleri her an arabuluculuk faaliyetinden çekilebilecekleri,

(iii) Arabuluculuk faaliyetinin bir sonuca ulaştırılmasının tarafların irade ve insiyatifine bağlı olduğu,

(iv) Uygun gördükleri taktirde arabuluculuk faaliyeti sırasında taraf dışı katılan kişilerin kendileri ile birlikte arabuluculuk faaliyetine katılabilecekleri,

(v) On altıncı başlık kapsamındaki harç ve giderlerin üzerinde anlaşmaya varılacak sonuçtan bağımsız olduğu,

(vi) Varılacak anlaşmanın hangi şartlar altında resmiyet kazanacağı ve icra kabiliyetine sahip olacağı,

(vii) Taraflarla arasında güncel ya da muhtemel bir menfaat çatışması bulunup bulunmadığı, hususlarında bilgilendirir.

(2) Arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucu,

(a) Tarafların her birinin arabuluculuk faaliyetine katılmaya ehil oldukları hususunda kanaat sahibi olmalı,

(b) Taraflarla arasında güncel ya da potansiyel bir menfaat çatışması bulunması durumunda bunu taraflara açıklayarak, tarafların her birinin arabulucunun arabuluculuk faaliyetine devam etmesini talep etmeleri hali hariç arabuluculuk faaliyetinden çekilmeli,

(c) Tarafsız şekilde hareket etmeli ve taraflara eşit şekilde hizmet etmeli,

(d) Taraflara uyuşmazlık konularını bu uyuşmazlıkların somut gereksinimlerini göz önünde tutmak kaydıyla değerlendirmeleri için yeterli zaman verir iken arabuluculuk sürecini en kısa zamanda tamamlamak çabası içerisinde olmalı,

(e) Tarafların arabuluculuk faaliyeti sırasında vardıkları ya da rıza gösterdikleri bir anlaşmayı teminat altına almalı,

(f) Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda imzalamaları muhtemel bir anlaşma öncesinde bağımsız bir kişiden, hukuki danışmanlık dahil olmak üzere tavsiye alabilecekleri hususunda taraflara bilgi vermeli,

(g) Arabuluculuk faaliyeti sırasında vekili ya da danışmanı bulunmayan ve tarafsız tavsiye arayışı içerisinde olan tarafa, hukuki ya da diğer bir konuda, anlaşmayı imzalamadan önce talep etmesi halinde tavsiyede bulunmalıdır.

(3) Dördüncü alt başlığa konu olacak şekilde, bir arabulucu taraflara arabuluculuk faaliyeti sırasında uyuşmazlığın çözümü ile ilişkili önerilerde bulunamaz.

(4) Tarafların anlaşmaları halinde arabulucu uyuşmazlığın çözümü ile ilişkili önerilerde bulunabilir ancak bu önerilerin kabulü tarafların irade ve inisiyatiflerine bağlıdır.

Sekizinci Başlık - Arabulucunun Eğitim vb. Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü

8. (1) Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başlamasından önce taraflara görmüş olduğu arabuluculuk eğitimi ve mesleki tecrübesi hakkında bilgi verir.

(2) Arabulucu taraflardan biri tarafından talep edilmesi halinde;

(a) Uzmanlığına ilişkin özelliklerin detaylarını, arabuluculuk faaliyetinin çözüm için uygun bir yol olup olmadığının değerlendirilmesi amacıyla görsel yöntemler de kullanılmak suretiyle verir,

(b) Devam eden mesleki gelişim eğitimi bulunması durumunda bu eğitimin detaylarını verir,

(c) Dokuzuncu başlık kapsamında arabulucunun bağlı olduğu uygulama kuralları var ise bu kuralların bir nüshasını verir.

Dokuzuncu Başlık - Arabulucular İçin Uygulama Kuralları

9. (1) Üçüncü altbaşlık kapsamında, Bakan, Arabuluculuk hizmetlerinin standart şartlarını tespit etmek ve devam ettirmek amacıyla,

(a) Uygulama kuralları hazırlayarak yayınlayabilir,

(b) Bir başka birim tarafından hazırlanmış uygulama kurallarını kabul edebilir.

(2) Birinci alt başlık hükmünün genel ifadesine önyargı ile bakılmaksızın, uygulama kuralları, özellikle,

(a) Arabuluculuk faaliyetinin gizliliğini temin etmeye yönelik kuralları,

(b) Uygun etik kurallarını,

(c) Mesleki yeterlilik şartlarını,

(d) Arabuluculuk faaliyetinin işleyişine ilişkin usuli kurallarını,

(e) Harç ve giderlerin hangi ölçüye göre hesap edileceğine ilişkin kuralları,

(f) Arabuluculuk faaliyeti nedeniyle uğranılan bir zarar oluşmuş ise bunun hangi usule bağlı olarak tazmin edileceğine ilişkin kuralları, ihtiva eder.

(3) Bakan bu bölümde öngörülen uygulama kurallarını kabul etmeden ve yayımlamadan önce,

(a) Uygulama kuralları taslağını, taslağın yayım tarihinden itibaren otuz günden az olmamak üzere ilgililerin değerlendirmeleri ve görüşlerini Bakan'a yazmaları için uygun bir yolla yayımlar,

(b) İlgililerin değerlendirme ve görüşlerini içeren belgeleri değerlendirir, taslağı gerekli gördüğü takdirde değiştirerek yayımlar.

(4) Bakan bu bölümde öngörülen uygulama kurallarını kabul ettiğinde ve yayımladığında metnin resmi yayım organında yayımlanması için bildirir. Yapılan bildirimde kuralların yürürlük tarihi de belirtilir.

(5) Altıncı alt başlık çerçevesinde, Bakan,

(a) Bu başlık kapsamında yayımlanan uygulama kurallarını değiştirebilir ya da kaldırabilir ya da,

(b) Bu başlık kapsamında kabul edilen uygulama kurallarını onaylamayabilir,

(6) Üçüncü alt başlık hükümleri uygulama kurallarında yapılacak değişiklik ve kaldırmalar ile “onaylama” işleminin yapılmaması hallerinde de geçerlidir.

(7) Bakan bu başlık altında düzenlenen uygulama kurallarını değiştirir, kaldırır ya da kabul edilen kuralları onaylamaz ise bunu resmi yayım organında yayımlanmak üzere bildirir.

(a) Değişiklik, kaldırma, onaylamama işlemleri ile ilişkili maddenin ayrıntılarını,

(b) Değişiklik, kaldırma ya da onaylamama işleminin yürürlük tarihi bildirilir.

Onuncu Başlık- Arabuluculuk Görüşmelerinin Gizliliği

10. (1) Bu başlık çerçevesinde, arabuluculuk görüşmeleri gizlidir ve gizlilik kapsamında bulunan bilgi ve belgeler taraflardan birinin arabuluculuk görüşmeleri ile tarafların, gizlilik hakkından açıkça feragat etmeleri halleri haricinde mahkemede ya da herhangi bir şekilde delil olarak kullanılamaz.

(2) Bununla birlikte birinci altbaşlıktaki gizlilik ilkesi şu hallerde uygulanmaz:

(a) Arabuluculuk görüşmelerinin içeriğinin ifşası arabuluculuk anlaşmasının icrası bakımından zorunlu ise,

(b) Arabuluculuk görüşmelerinin içeriğinin ifşası taraflardan birine yönelik maddi ya da manevi bir zararı önleyecek nitelikte ise,

(c) Arabuluculuk görüşmelerinin içeriğinin ifşası kanundan kaynaklanıyor ise,

(d) Arabuluculuk görüşmelerinin,

(i) bir suça teşebbüs edilmesi amacı ile,

(ii) bir suç işlemek amacı ile,

(iii) bir suçu gizlemek amacı ile,

(iv) taraflardan birini tehdit etmek amacı ile, kullanılmış olması durumunda,

(e) Arabulucunun göreviyle alakalı ihmalkar davrandığı ya da görevini kötüye kullandığı iddiası ile tazminat istemlerine ilişkin davalarda ve söz konusu iddialarla ilgili mesleki bir birime şikayette bulunulması halinde.

(3) Hukuk muhakemesinde geçerli olan ve arabuluculuk faaliyeti dışında da elde edilmesi mümkün olan deliller, sırf arabuluculuk faaliyeti sırasında sunulmuş olması nedeni ile, gizlilik ilkesinin korumasından yararlanamaz ve bu deliller sırf arabuluculuk faaliyeti sırasında sunulmuş olması nedeni ile geçersiz hale gelmezler.

On Birinci Başlık- Arabuluculuk Anlaşmalarının İcra Kabiliyeti

11. (1) Arabuluculuk faaliyetine katılan taraflar;

(a) Aralarında bir anlaşma yapılmış ise bunu ve anlaşmanın yapıldığı tarihi,

(b) Yapılan anlaşmanın icra kabiliyetine sahip olup olmadığını,

kararlaştırırlar.

(2) Bununla birlikte birinci altbaşlık ve üçüncü altbaşlık kapsamında, taraflar

ve arabulucu tarafından imzalanmış yazılı bir anlaşma, anlaşmada yapılan anlaşmanın taraflardan birinin avukatı (solicitor) tarafından hazırlanarak imzalanmasına ya da resmi bir anlaşmaya dahil edilmesine kadar açıkça hukuken geçersiz olduğu yazılı olmadıkça sözleşmeler gibi geçerli olacaktır.

(3) Aile Kanunu'nun 8 ve 8A (1987 tarihli Çocuk Kanunu'nun 20 bölümü ile ilave edilen) bölümleri göz önünde tutulmak suretiyle bir mahkeme tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan yazılı bir anlaşma ile başvurması üzerine anlaşma hükümlerini aşağıdaki şartlar çerçevesinde icra ettirebilir:

(a) Anlaşma tarafların ve tarafların bakmakla yükümlü oldukları kişilerin haklarını ve yetkilerini yeterli düzeyde koruyor ise,

(b) Anlaşma malvarlığının karşılıklı ve tam olarak açıklanması üzerine temellendirilmiş ise

(c) taraflardan biri diğer taraf ya da tarafların lehine ağır ya da aşırı derecede varılan anlaşmadan etkilenmemiş ise,

(4) İkinci altbaşlıkta bahsi geçen anlaşma bir çocuğun korunması, velayeti ya da çocukla kişisel ilişki kurulması hususunda olursa, başvuru hakkında karar verecek mahkeme 1964 tarihli Çocuk Koruma Kanunu'nun üçüncü bölümü ile bağlı olacaktır.

On İkinci Başlık-Mahkemenin Tarafları Uyuşmazlığın Arabuluculuk Yolu İle Çözülmesi İçin Davet Etmesi

12. Mahkeme,

(a) Yargılamaların taraflarından birinin talebi, ya da,

(b) Davanın somut özelliklerini nazara alarak uygun gördüğü takdirde re'sen,

(i) Tarafları uyuşmazlığı arabuluculuk faaliyeti ile çözmeleri için davet eder,

(ii) Tarafları bu amaçla arabuluculuk faaliyeti hakkında bilgilendirme seansına katılmaları için yönlendirir.

(iii) Arabuluculuk faaliyetine başlanmasını kolaylaştırmak amacıyla Mahkeme on beşinci başlık kapsamında arabuluculuk faaliyetine başlandığında muha-

kemenin duracağı hususuna tarafların dikkatlerini çeker.

(2) Mahkemenin tarafları, uyuşmazlığı arabuluculuk yolu ile çözmeleri ya da bilgilendirme seansına katılmaları hususunda davet etmesi halinde Mahkeme;

(a) Muhakemeyi durdurur,

(b) Mahkemenin tabi olduğu usul kuralları ya da yapılan muhakemede verilen bir karar ile ilişkili belirli bir sürenin uzatılmasına karar verebilir.

(c) Arabuluculuk faaliyetinin etkin bir şekilde uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla durumun gerektirdiği kararları verebilir.

(3) Bu madde hükümleri mahkeme tarafından yapılan davet üzerine ya da birinci altbaşlık kapsamında yapılan yönlendirme üzerine başlanılan arabuluculuk faaliyetleri bakımından geçerlidir.

(4) birinci alt başlık kapsamında taraflardan birinin yapacağı teklif dilekçe ile mahkemeye yapılır, diğer tarafa ilk duruşmaya en az yirmi sekiz gün kalmak şartıyla bildirilir. Mahkeme diğer tarafın yazılı beyanını esas alarak farklı bir karar verebilir.

(5) Mahkeme, taraflara birinci alt başlık kapsamında bir davette bulunmadan önce, arabuluculuk faaliyetinin başarıya ulaşma ihtimalinin bulunup bulunmadığını ve taraflara aralarındaki uyuşmazlığı çözülmesi konusunda faydası olup olmayacağını değerlendirir.

(6) Birinci alt başlık kapsamında verilen yetki, mahkeme tarafından uyuşmazlığın çözümü bakımından kolaylık sağlayacağı düşünülen diğer bir takdir yetkisine halel getirmez.

On Üçüncü Başlık- Arabulucunun Mahkemeye Rapor Sunması

(1) On ikinci alt başlık kapsamında mahkeme müdahalesi ile tarafların arabuluculuk faaliyetine başlaması durumunda, arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin süreci ve sonucu hakkında herhangi bir yorum yapmaksızın ve öneride bulunmaksızın bir rapor hazırlar ve mahkemeye sunar.

(2) Onuncu başlık hükümlerine halel getirmeksizin, birinci alt başlıkta bahsi geçen rapor aşağıdaki hususları ihtiva eder:

(a) taraflar arasında bir anlaşmaya varılıp varılmadığı,

(b) anlaşmaya varılmış ise, taraflarca imzalanmış anlaşmanın hükümleri,

(3) Hazırlanan raporun bir nüshası, aksi kararlaştırılmadıkça ya da aksi mahkeme tarafından kararlaştırılmadıkça, raporun mahkemeye sunulmasından en az yedi gün önce taraflara verilir.

On Dördüncü Başlık- Arabuluculuğun Hak Düşürücü Sürelere Etkisi

14. (1) Bir zaman diliminin 1957 tarihli Süre Sınırlamaları Kanunu Ya da Süre Sınırlamaları Kanunu'nda değişiklik yapılması hakkında kanun göz önünde tutularak hak düşürücü süre olarak hesaba katılması halinde, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözülmesine başlandığı günden sürecin sona erdiği günü takip eden 30. günün sonuna kadar ki süre hesaba katılmayacaktır.

(2) Arabulucu tarafları arabuluculuk faaliyetinin hangi günde sona erdiği hususunda yazılı olarak bilgilendirir.

On Beşinci Başlık- Arabuluculuk Faaliyetinin Kolaylaştırılması Amacıyla Muhakemenin Durması

15. (1) Bu başlık altında bahsi geçen “arabuluculuk şartı”, tarafların sözleşmeye dayanan ya da dayanmayan bir hukuki ilişkiden kaynaklı uyuşmazlıklarını arabuluculuk yolu ile çözmeye çalışacaklarına dair yazılı olarak anlaşmalarını ifade etmektedir.

(2) (a) Tarafların, arabuluculuk şartı kararlaştırmış olmaları, ve

(b) Bir tarafın arabuluculuk şartı kararlaştırılmış bir konuda muhakeme işlemlerini başlatmış olması,

Durumlarında diğer taraf muhakeme işlemlerinin durdurulması talebiyle mahkemeye başvurabilir.

(3) Mahkeme aşağıdaki durumlarda muhakemenin durmasına karar verir;

(a) Muhakeme işlemlerinin başlatılmasına neden olan muhakeme konusu mesele ile arabuluculuk şartı arasında ilişki bulunmadığına dair yeterli sebep yok ise,

(b) Muhakeme işlemlerinin başlatıldığı zaman ve devamında, başvuran tarafın, arabuluculuk şartının uygulanabilmesi için gerekli olan her şeyi yerine getirmeye hazır ve istekli olması halinde.

(4) Üçüncü alt başlığın a maddesinin uygulanmasının karar aşamasında mahkeme şu hususları hesaba katacaktır:

(a) Arabuluculuk şartının uygulanabilir olup olmadığı, uygulama kabiliyetinin bulunup bulunmadığı ya da şartın geçersiz olup olmadığı (arabuluculuk şartının bu kanunun uygulanmasının mümkün olmadığı bir hususa ilişkin olması ya da üçüncü başlık kapsamında bir başka izin verilmemiş olması durumları dahil) ya da,

(b) Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk şartı kapsamında olup olmadığı.

(5) Davanın somut gereklerini göz önünde tutarak arabuluculuk şartının bölünebilir mahiyette olup olmadığını belirlemek Mahkemenin görev alanındadır.

(6) Arabuluculuk şartı taraflar arasındaki yazılı bir sözleşmede bulunabileceği gibi asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmede de yazılı olabilir.

On Altıncı Başlık - Harç ve Giderler

16. (1) Aksi Mahkeme tarafından ya da taraflarca kararlaştırılmadıkça,

(a) Arabuluculuk faaliyetinin tarafları arabulucuya yapacakları ödemeleri, harç ve giderleri eşit olarak paylaşırlar,

(b) Harç ve giderler, aksi kararlaştırılmadığı takdirde arabuluculuk faaliyetinin başlamasından önce belirlenecektir ve arabulucuya taraflarca ödenecektir, ya da kararlaştırılmış üçüncü bir kişi tarafından arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden sonra arabulucuya ödenmek üzere hazır bekletilecektir.

(c) Arabuluculuk faaliyetinden çekilen arabulucu kazanılmamış harç ve harcanmamış giderlere ait elinde tuttuğu miktarı iade edecektir.

(2) Arabuluculuk ile ilişkili olan giderler,

(a) Uyuşmazlık konusunun önem ve karmaşıklığı ve arabulucu tarafından

harcanan mesai ile orantılı ve makul olacaktır, ve

(b) Sürecin sonucu ile koşulsal bir ilişki içerisinde olmayacaktır.

(3) Altıncı Altbaşlıkta (2) bahsi geçen anlaşmanın taraflarca imzalanmasından önce, taraflara birinci alt başlıkta bahsi geçen harç ve giderlerin dayanağını ne şekilde hesaplanacağını ve taraflara ait olan kısmı açıklayacaktır.

(4) Bu başlık altındaki hiçbir hülm, arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan masraflara ilişkin hesap cetveli ve giderlerin vergilendirmesi işleminin muhakkeme konusu yapılmasını engelleyecek şekilde yorumlanamaz.

On Yedinci Başlık-Giderlerin Belirlenmesinde Mahkeme Tarafından Göz önünde Tutulacak Unsurlar

17. (1) On ikinci başlıkta bahsi geçen gider hesap edilirken, Mahkeme hakkaniyete uygun olduğunu düşündüğü takdirde,

(a) Taraflardan birinin, mahkemece başarıya ulaşması muhtemel görülen, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözülmesi değerlendirmesini makul olmayan bir şekilde reddetmesi, ve

(b) Taraflardan birinin, bilgilendirme seansına katılmayı hakkaniyete uygun olmayacak şekilde reddetmesi(on ikinci başlık(1))

(2) Birinci altbaşlık(a) da belirtilen şekliyle ya da taraflardan birinin bilgilendirme seansına katılmayı reddetmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığına karar verirken mahkeme;

(a) Arabuluculuk faaliyetine ilişkin giderlerin orantısız biçimde yüksek olması,

(b) Taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetine başlamasında ya da arabuluculuk faaliyetine katılmasında gecikme göstermesinin taraflardan biri bakımından ön yargıya sebep olabilecek nitelikte olması,

(c) Süreci ilgilendiren bütün somut durumları ve tarafların yaklaşımlarını, göz önünde tutar.

(3) Bununla birlikte birinci altbaşlık bu başlık hükümleri aşağıda belirtilen

durumlarda aile hukuku uyuşmazlıklarına uygulanmaz;

(a) Taraflardan biri güvenliğinden makul bir sebep ile endişe duyuyorsa,

(b) Taraflardan biri bakmakla yükümlü olduğu çocuğunun güvenliğinden makul bir sebep ile endişe duyuyorsa,

(c) Taraflardan biri geçimini sağladığı kaynaklardan yoksun bir duruma düşmüş ise,

(d) Taraflardan biri bakmakla yükümlü olduğu çocuğunun geçimini sağladığı kaynaklardan yoksun bir duruma düşmüş ise,

(e) Taraflardan biri aile konutunu kaybedeceği hususunda makul bir endişe sahibi ise, ya da aile konutunun yaşanamaz durumda olduğuna karar verilmesinden korkuyor ise, ya da hukuka uygun bir talep neticesinde malvarlığının elinden çıkması endişesi taşıyor ise,

(f) Yapılacak muhakemeden kaynaklı gecikmenin uyuşmazlık ile ilişkisi bulunan bir çocuk bakımından zararlı sonuçları olacaksa.

On Sekizinci Başlık- Çocuk İlişkili Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

18. (1) Aile Hukuku uyuşmazlıklarında bir arabulucu taraflardan birinin çocuğunu arabuluculuk faaliyetine dahil etmek isterse;

(a) tarafların rızasını almak zorundadır,

(b) çocuğun rızasını almak zorundadır, ve

(c) çocuğun arabuluculuk faaliyetine dahil edilebilmesi için kolaylık sağlayacak uygun şartları sağlamalıdır.

(2) Bir aile hukuku uyuşmazlığında, arabulucu, tarafların rızasını da almak şartıyla, yeterlilik sahibi bir yetişkinin çocuk adına taraf dışı katılan olarak, arabuluculuk faaliyetine katılmasına izin verebilir.

(3) Bu başlık altında, “yeterlilik sahibi bir yetişkin”,

(a) çocuğun vasisini,

(b) 18 yaşından büyük olmak koşulu ile çocuuğun bakım ve gözetiminden sorumlu olan kişiyyi,

(c) Sağlık Hizmetleri İdaresi tarafından Çocuk Koruma Kanunları'na (1991-2007) göre çocuuğun bakım ve gözetimi için atanan kişiyyi ifade etmektedir.

On Dokuzuncu Başlık- Tazminat Sorumluluğu

19. Bu kanun hükümlerine uygun bir biçimde faaliyet gösteren bir arabulucu, bulunmuş olduğu bir beyan, vermiş olduğu bir karar yada yürütmüş olduğu arabuluculuk faaliyetindeki ihmali nedeniyle tarafların görmüş oldukları zararlar nedeniyle aşağıdaki şartlar dışında sorumlu tutulamaz. Beyan, karar ya da ihmal,

(a) Kötü niyetle ve kötü bir amacı gerçekleştirmek amacıyla ortaya konmuş ya da gerçekleştirilmiş ise,

(b) İnsan hakları ve kişi güvenliği, istenerek ve akla uygun olmayan bir biçimde dikkate alınmamış ise,

(c) Çocukları ilgilendiren bir uyuşmazlıkta çocuuğun refahı ve güvenliği için makul özen gösterilmemiş ise, sorumluluk doğar.

Yirminci Başlık- Tazminat Sorumluluğu ve Mahkemeler Kanunu'nda değişiklik

20. 2004 tarihli Tazminat Sorumluluğu ve Mahkemeler Kanunu'nun on beşinci (1) bölümü "veya kendi insiyatifi üzerine" ibaresi eklenmek suretiyle değiştirilmiştir.

AVRUPA KONSEYİ PERSONEL DÜZENLEMELERİ¹

*Çeviren: Burak Cenk İLHAN **

Madde 1 – Kapsam

1. Personel Düzenlemelerinin II. Bölümü uyarınca çıkarılan bu düzenlemeler, personelin işe alım, nakil, geçici görevlendirme veya terfilerine ilişkin koşulları düzenler.

2. Bu Düzenlemeler, usullerin uygulanma şekillerini ayrıntılı olarak anlatan Genel Sekreter Genel Kuralı ile desteklenir.

Madde 2 – Tanımlar²

1. İşe alım, dışarıdan yarışma sınavı usulünü takiben adayın boş bir kadroya veya göreve atanmasıdır.

2. İş, personele karşılığında ödeme yapılan meslektir.

3. Kadro, Kadro Cetvelinde gösterilen ve Bakanlar Komitesi tarafından onaylanan iştir.

4. Pozisyon, belirli bir süre için belirlenen iştir.

5. Nakil, personelin aynı derecedeki başka bir kadroya veya pozisyona atanmasıdır.

6. Geçici görevlendirme, personelin başka bir uluslararası kuruluşa veya ulusal, bölgesel ya da yerel bir idareye ücretli veya ücretsiz olarak yerleştirilmesidir.

7. Terfi, personelin daha yüksek bir derecedeki kadro veya pozisyona atanmasıdır.

* Türkiye Adalet Akademisi Koordinatör Hâkim.

¹ Bu çeviri, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1125311&Site=COE> web adresindeki İngilizce metinden Türkçe'ye tercüme edilmiştir.

² Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 7 Eylül 2005 tarihli Res (2005) 6 İlke Kararı, 22 Ekim 2008 tarihli CM/Res (2008) 21 İlke Kararı, 7 Temmuz 2010 tarihli CM/Res (2010) 6, CM/Res (2010) 7 ve CM/Re (2010) 9 İlke Kararları, 16 Şubat 2011 tarihli CM/Res (2011) 3 İlke Kararı, 12 Ekim 2011 tarihli CM/Res (2011) 9 İlke Kararı ve 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

8. Boş kadro, dolu olmayan kadro veya pozisyonu ifade etmektedir.

Madde 3 – Çeşitli kadro veya pozisyonlara atanmak için gerekli olan nitelikler³

1. Mesleki ve/veya idari görevlerdeki personelden oluşan A kategorisindeki kadro veya pozisyonlara başvuran adaylar, uygun bir yükseköğretim diploması veya yeterliliğine sahip olmalıdır. İstisna olarak, adayın eşdeğer düzeyde mesleki deneyimi bulunması halinde, diploma veya yeterlilik koşulundan feragat edilebilir.

2. L kategorisinde yer alan mütercim ya da tercüman kadro veya pozisyonlarına başvuran adaylar, yükseköğretim yeterliliğine ve uygun mesleki eğitim ya da deneyime sahip olmalıdır.

3. İdari görevler ve/veya koordinasyon görevleri ile ilgili B kategorisi kadro veya pozisyonlarına başvuran adayların, genel orta eğitimin tamamına eş değer bir eğitim standardına sahip olmaları ve uygun mesleki yeterlilikleri haiz olmaları gerekmektedir.

4. Destek görevleri ile ilgili B kategorisi kadro veya pozisyonlarına başvuran adayların genel orta eğitimin orta düzeyine eş değer bir eğitim standardına sahip olmaları ve uygun mesleki yeterlilikleri haiz olmaları gerekmektedir.

5. Teknik ve manüel görevler veya hizmet görevlerine ilişkin C kategorisi kadro veya pozisyonlarına başvuran adayların genel ilköğretim eğitimine eş değer bir eğitim standardına sahip olmaları ve gerekirse uygun mesleki yeterlilikleri haiz olmaları gerekmektedir.

Madde 4 – Sağlık durumunun uygunluğu⁴

Başvurulan iş ile ilgili görevlerin yerine getirilmesi için adayın sağlık durumunun uygun olduğu, Genel Sekreter tarafından seçilmiş bir doktor tarafından yapılacak sağlık muayenesini müteakip Kurumun iki resmi dillinden birinde ha-

³ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

⁴ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

zırılanmış bir belge ile doğrulanmalıdır.

Madde 5 – Personel hareketleri

A. Nakiller⁵

1. Boş kadro oluşması halinde, Genel Sekreter söz konusu kadroların kurum içi yarışma sınavı olmaksızın nakil yoluyla doldurulmasına karar verebilir. Böyle durumlarda, nakledilmesi düşünülen personel, görüş bildirmek üzere davet edilir.

2. Genel Sekreter tarafından Genel Kuralda tanımlandığı üzere, Ana İdari Kuruluş Başkanları⁶, sorumlulukları altındaki idari yapı içerisindeki personeli nakledebilir veya becayiş yapabilir. Böyle durumlarda, ilgili personel görüş bildirmek üzere davet edilir ve bu personele söz konusu karar ve yeni görevleri yazılı olarak bildirilir. İnsan Kaynakları Müdürü, nakil gerçekleşmeden önce bilgilendirilir.

3. İstihdamı onaylanan herhangi bir personel, İnsan Kaynakları Müdürü aracılığıyla, Genel Sekretere aynı derecedeki başka bir kadro ve pozisyona atanmak istediğini iletebilir.

B. Geçici Görevlendirmeler

4. Belirsiz bir süre için istihdamı onaylanan herhangi bir personel, sınırlı bir süre için başka bir uluslararası kuruluşa veya ulusal, bölgesel ya da yerel bir idareye aynı veya farklı bir ücretle çalışmak üzere geçici olarak görevlendirilebilir.

5. Maksimum geçici görevlendirme süresi, personelin görev süresinden üç yıldan fazla olamaz. Bu süre, istisnai durumlarda, Genel Sekreterin kararı ile maksimum üç yıla kadar uzatılabilir. Personel Düzenlemelerinin VII. Eki kapsamındaki (kişisel nedenlerle izin kullanılmasına ilişkin Düzenlemeler) geçici görevlendirme süreleri dikkate alınmaz. Genel Sekreterin isteği üzerine herhangi bir personelin geçici görevlendirmeyi kabul etmesi halinde, söz konusu görev-

⁵ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

⁶ Not: 1 Aralık 2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 10 Ekim 2007 tarihli CM/Res(2007)13 İlke Kararı.

lendirmede geçirilen süre, bu Maddede öngörülen maksimum sürenin hesaplanması amaçları bakımından dikkate alınmaz.

6. Genel Sekreter, Personel Düzenlemeleri hükümleri kapsamında personelin yükümlülükleri ve haklarına hanel gelmeyeceği hükmü doğrultusunda, Genel Kural ile geçici görevlendirmelerin yapılacağı yöntem ve koşulları belirler.

7. 25 ve 26. maddeler kapsamında atıfta bulunulan durumlarda, Genel Sekreter belirlenen özel usullere de uygun olarak hareket eder.

Madde 6 – Atama usulünün seçilmesi⁷

1. Boş kadro veya pozisyon olması halinde ve 5. madde (1. paragraf) ile 25, 26 ve 27. madde hükümlerine hanel gelmeksizin, Genel Sekreter, Personel Düzenlemelerinin 12. madde hükümlerini göz önünde bulundurarak, aşağıdaki hususlara karar verir:

a. Söz konusu kadro veya pozisyonun dışarıdan işe alım usulüne başvurularak doldurulması veya mevcut personel arasından kurum içi yarışma sınavının açılması ve

b. Dışarıdan işe alım usulünün benimsenmesi halinde, söz konusu kadro veya pozisyonun belirsiz süreli sözleşmeler (Madde 15A) veya belirli süreli sözleşmeler (Madde 15 B) usulüne başvurmak suretiyle doldurulup doldurulmayacağı;

c. İşin, bu Düzenlemelerin 16. maddesi kapsamında karar verilen bir iş profili için olması halinde, söz konusu kadro veya pozisyonun halihazırda belirlenmiş listedeki adayın işe alınması veya bu maddede öngörülen bir işe alım usulüne başvurmak suretiyle doldurulup doldurulmayacağı.

2. Boş kadro veya pozisyon olması halinde, Genel Sekreter, işe alım usulüne veya kurum içi yarışma sınavına başvurmaksızın, bu Düzenlemelerin 15. maddesinin 2. paragrafı kapsamında belirlenmiş geçerli listede adı bulunan uygun adayın atanmasına da karar verebilir.

3. A kategorisinde bir ilk atama olması durumunda, Genel Sekreter, Sekre-

⁷ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

terlikte yetersiz temsil edilen bir veya daha fazla üye devlet uyrukları ile sınırlandırılan bir işe alım usulü benimseyebilir. Ayrıca, istisnai durumlarda, Genel Sekreter, ilgili kadro veya pozisyonun kategorisi ve derecesini ve söz konusu devlet veya devletlerin yetersiz temsil edilip edilmediklerini dikkate almaksızın, bir veya daha fazla üye devlet uyrukları ile sınırlandırılan bir işe alım usulü benimseyebilir.

Madde 7 – Boş kadro ve pozisyonların yayımlanması⁸

1. 5. madde (1 ve 2. paragraflar), 6. madde (2. paragraf) ile 26. ve 27. maddelerde öngörülen durumlar hariç olmak üzere ve bu Düzenlemelerin 25. madde hükümlerine tabii olması koşuluyla, boş kadroların tamamı bu madde hükümleri uyarınca yayımlanır.

2. Dışarıdan işe alım usulünün uygulanması halinde, boş kadro konusunda:

a. boş kadro veya pozisyonun A, L veya B kategorinde yer alması halinde, Daimi Temsilciliklere;

b. 6. maddenin 3. paragraf hükümlerine tabii olması koşuluyla, rekabet edebilmelerini sağlamak amacıyla, uygun şekilde ihbarda bulunarak Sekreterlik çalışanlarına;

c. uygun ilanlarla kamuoyuna bilgi verilir.

3. Kurum içi yarışma sınavı usulünün uygulanması halinde, boş kadro uygun şekilde Sekterlikte duyurulur.

4. Duyuruda, boş kadro veya pozisyona ilişkin görevler tanımlanır ve uygunluk koşulları, adaylardan istenen nitelikler, başvuru sırasında gerekli olan belgeler ve son başvuru tarihine ilişkin süreler belirtilir. Başvuru süresi, kurum içi yarışma sınavı olması halinde iki haftadan az, dışarıdan işe alım olması halinde ise üç haftadan az olamaz.⁹

5. İşe alım usulünün uygulanması halinde, duyuru, işe alımın belirsiz süreli sözleşme veya belirli süreli sözleşme kapsamında olup olmadığını belirtir.

⁸ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

⁹ Not: 7 Temmuz 2010 tarihli CM/Res(2010)7 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

6. Genel Sekreterin bu Düzenlemelerin 16. madde hükümleri kapsamında olmasına karar verdiği bir iş profiline ilişkin işe alım halinde, duyuruda söz konusu iş profiline ilişkin olarak azami iş süresi belirtilir.

Madde 8 – Başvurular¹⁰

Başvurular, boş kadro duyurusunda belirtilen koşullara uygun olması ve gerekli tüm bilgilerin sağlanması halinde kabul edilebilir.

Madde 9 – Atama Kurulu¹¹

1. Atama Kurulu (bundan böyle “Kurul” olarak atıfta bulunulacaktır), işe alım veya terfi yoluyla yapılan atamalarda ve bu Düzenlemelerde açık bir şekilde öngörülen benzer durumlarda Genel Sekreterin danışma birimidir. Kurulun değerlendirmeleri, raporları, görüş ve tavsiyeleri gizlidir. Kurul, başarısız olan adaylara hangi bilgilerin iletilebileceğini raporunda belirtebilir. Bir adayla ilgili kişisel bilgiler hiçbir koşulda diğer adaylara veya üçüncü kişilere açıklanamaz.

2. 1. paragrafa istisna olarak, aşağıdaki durumlarda Kurula danışılmaz:

- 25. madde kapsamında yer alan A6 ve A7 kadrolarına yapılan atamalar;
- 26. madde kapsamında yer alan kadrolara yapılan atamalar;
- 27. madde kapsamında yer alan Genel Sekreterlik Özel Kalemi kadrolarına yapılan atamalar;
- 5. madde veya diğer nakiller vasıtasıyla doldurulan kadro ve pozisyonlara yapılan atamalar;
- Genel Sekreterin bu Düzenlemelerin 16. madde hükümleri kapsamında yer aldığına karar verdiği bir iş profiline ilişkin kadro ve pozisyonlara yapılan atamalar;
- Bu Düzenlemelerin 24. maddesinin a ile d paragrafları kapsamında yapılan terfiler.

3. Kurul tarafından Genel Sekretere gerekçeleri ile birlikte sunulan görüş ve

¹⁰ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

¹¹ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

tavsiyeler, değerlendirmelere katılan tüm taraflarca imzalanır ve gerekli olması halinde, muhalif görüşler de eklenir.

4. Kurul üyeleri, görevlerini yerine getirirken tamamen bağımsız hareket ederler: herhangi bir talimat almazlar.

5. Kurul üyeliği ve kurulun görevleri, bu Düzenlemelerin 10, 11, 13, 14, 17, 18, 20, 21 ve 24. maddelerinde belirlenmiştir.

Madde 10 – Kurulun Oluşumu¹²

Kurul, oy hakkı bulunan şu üyelere oluşur:

- İnsan Kaynakları Müdürü veya belirlenen amaca uygun olarak İnsan Kaynakları Müdürü tarafından yetkilendirilmiş bir personel;
- Genel Sekreter (veya vekili) tarafından bu göreve iki yıllık bir süre için atanmış en az A5 derecesindeki personel;
- Personel Komitesi tarafından yetkilendirilmiş bir personel;
- Belirli bir Ana İdari Kuruluştaki kadro veya pozisyonun doldurulması için işe alım veya kurum içi yarışma sınavı olması durumunda, en az doldurulacak kadro veya pozisyonla eş değer derecedeki kurum temsilcisi; birden fazla Ana İdari Kuruluştaki kadro veya pozisyonun doldurulması için işe alım olması durumunda, bu kuruluşlardan birinin en az doldurulacak kadro veya pozisyonla eş değer derecedeki temsilcisi¹³
- Personelin yeterli performans gösterememesi durumunda, ilgili personelden daha yüksek derecede olan aynı Ana İdari Kuruluşun temsilcisi;

2. Kurul Başkanı, İnsan Kaynakları Müdürü veya temsilcisidir.

3. Genel Sekreter Yardımcısı ve İdare Genel Müdürü, Kurulda yer almaya karar verebilir. Genel Sekreter Yardımcısının Kurulda yer alması halinde, Genel Sekreter Yardımcısı Kurula başkanlık eder. Genel Sekreter Yardımcısının yokluğunda, İdare Genel Müdürünün Kurulda yer alması halinde ise, Kurula İdare Genel Müdürü başkanlık eder. Böyle durumlarda, en kıdemli kişi, İnsan Kaynakları

¹² Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

¹³ Not: 7 Temmuz 2010 tarihli CM/Res(2010)7 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

Müdürü olarak oy kullanır.

4. Eşit oy halinde, belirleyici oy, Kurul Başkanına aittir.

5. İnsan Kaynakları Müdürlüğü eşit fırsatlar yetkilisi, Kurulda danışma hizmeti verebilir.

6. Genel Sekreter, Kurulda danışma hizmeti sunmaları amacıyla Konsey dışından veya diğer personel arasından iki kişi daha davet edebilir.

Madde 11 – Kurul kararının geçerliliği

Kurul oturumları, en az üç üyenin mevcut olması durumunda geçerli olur.

Madde 12 – İnsan Kaynakları Müdürünün işe alım, nakil ve terfilere ilişkin görevleri¹⁴

İnsan Kaynakları Müdürü, seçim sürecinin uygun ve Kurumun ihtiyaçları ile uyumlu olmasını sağlamak ve bu bağlamda gerekli kararları almak amacıyla, işe alım ve kurum içi yarışma sınavı usullerini yönetmekten sorumludur. Belirli bir Ana İdari Kuruluştaki boş kadronun doldurulmasına yönelik bir usul belirlenmesi durumunda, İnsan Kaynakları Müdürü, ilgili Ana İdari Kuruluş ile yakın işbirliği halinde çalışır.

Madde 13 – Kurulun işe alım ve terfilere ilişkin görevleri¹⁵

İşe alım usulünün veya personelin terfi etmesi ile sonuçlanabilecek kurum içi yarışma sınavı sonucunda, Kurul, ilgili usulü değerlendirir ve elinde bulundurduğu tüm bilgiler temelinde Genel Sekretere tavsiyede bulunur. Tavsiyenin fazla sayıda başvuru sahibine ilişkin olması halinde, başvuru sahipleri liyakate göre sıralanır.

¹⁴ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

¹⁵ Not: Kabulünden önce ilan edilen boş kadro ya da pozisyonlara ilişkin işe alım usullerini etkilemeyen 22 Ekim 2008 tarihli CM/Res(2008)21 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle. 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

Madde 14 – Kurulun performans düşüklüğüne yönelik tedbirlere ilişkin görevleri¹⁶

1. Bireysel performans geliştirme usulüne tabi tutulmuş bir personelin sürekli olarak düşük performans göstermesi halinde, Ana İdari Kuruluş Başkanı, ilgili değerlendirme raporları ile Personel Düzenlemelerin mükerrer 22. maddesinin 3. paragrafında öngörülen performans düşüklüğüne yönelik tedbirlere birinin alınması yönündeki gerekçeli önerisini Atama Kuruluna iletir.

2. Atama Kurulu, performans düşüklüğüne yönelik bir tedbirin uygulanması konusunda Genel Sekretere gerekçeli bir tavsiyede bulunur. Tavsiyede bulunulmadan önce, Atama Kurulu ilgili personel (personele kendi seçtiği bir kişi eşlik edebilir.) ile Ana İdari Kuruluş Başkanı veya temsilcisini dinler. Personel, görüşme öncesinde gözlemlerini yazılı olarak da sunabilir. Ana İdari Kuruluş Başkanı tarafından yapılan sevk işleminin ardından sekiz hafta içerisinde tavsiyede bulunulur. Genel Sekretere gönderilen tavsiye ve diğer yardımcı belgeler de personele iletir.

Madde 15 – İşe alım usulü¹⁷

1. İşe alım usulleri, başvuruların sıralanması, değerlendirme ve mülakatları içerir:

- sıralama, boş kadro ilanında belirtilen uygunluk kriterlerine dayanır. En iyi şekilde gerekli koşulları sağlayan adaylar, seçim sürecinin bir sonraki aşamasına davet edilirler;
- değerlendirmeler, yazılı kağıtlar, yetenek testleri, genel kültür testleri, simülasyon alıştırmaları, durum analizi alıştırmaları, değerlendirme merkezleri, anketler veya işe alım ihtiyaçları doğrultusunda gerekli kabul edilen diğer değerlendirme türlerini içerir; en az bir değerlendirme belirleyici olmalıdır;
- mülakatlar Atama Kurulu tarafından gerçekleştirilir. Genel Sekreter, mü-

¹⁶ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadi edildiği şekliyle.

¹⁷ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res(2013)59 İlke Kararıyla tadi edildiği şekliyle.

lakatlarda danışma hizmeti sunmaları amacıyla Konsey dışından veya diğer personel arasından iki kişi daha davet edebilir.

2. İşe alım usulüne göre başarılı adayların sayısının sınava tabi olan boş kadro veya pozisyonların sayısından fazla olması halinde, başvuruda bulunan kişileri liyakatlarına göre sıralayan bir liste oluşturulabilir. Başarılı adaylara isimlerinin listede yer aldığı bildirilir. Belirlenen liste iki yıl geçerlidir; listenin geçerlilik süresi maksimum dört yıla kadar uzatılabilir.

Madde 15A – Belirsiz süreli sözleşmelere göre işe alım¹⁸

Bu Düzenlemelerin 6. maddesi uyarınca, Genel Sekreter, belirsiz süreli bir sözleşmeye göre işe alımın gerçekleştirilmesine karar verebilir. Boş kadro ilanı, işe alımın belirsiz süreli bir sözleşme kapsamındaki bir kariyeri içerdiğini açık bir şekilde belirtmelidir.

Madde 15B – Belirli süreli sözleşmelere göre işe alım¹⁹

Bu Düzenlemelerin 6. maddesi uyarınca, Genel Sekreter, belirli süreli bir sözleşmeye göre işe alımın gerçekleştirilmesine karar verebilir. Boş kadro ilanı, işe alımın belirli süreli bir sözleşme kapsamındaki bir kariyeri içerdiğini açık bir şekilde belirtmelidir.

Madde 16 – İkinci derece meslek programları ve planlı iş hacmi bulunan profiller²⁰

1. Genel Sekreter, bir Kural ile münhasıran ikinci derece meslek programları çerçevesinde doldurulan veya düzenli bir iş hacminin sağlanmasının Kurumun faydasına olduğu belirli iş profilleri belirleyebilir. Böyle bir Kural ile Genel Sekreter söz konusu profiller kapsamındaki maksimum iş süresini de belirler. Söz konusu profiller kapsamında Kurumdaki toplam istihdam belirtilen azami süreyi aşamaz.

¹⁸ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararı ile eklenen.

¹⁹ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararı ile eklenen.

²⁰ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararı ile eklenen.

2. Bir önceki paragraf uyarınca hakkında Kural oluşturulan profiller, sadece işe alımla doldurulur. Söz konusu profiller kapsamındaki boş kadro veya pozisyonlar için kurum içi yarışma sınavı açılmaz.

3. Böyle bir profile yönelik işe alım usulü, asgari olarak, başvuru sahiplerinin sıralanmasını ve mülakatı içerir. Gerekli olması halinde, sıralamanın ardından değerlendirme yapılır ve bu değerlendirmeler belirleyici olabilir. Bu Düzenlemelerin 15. maddesinin 1 ve 2. paragraf hükümleri bu doğrultuda uygulanır.

4. Bu profiller kapsamında işe alınan personel, daha sonra yapılacak kurum içi yarışma sınavları, terfi veya nakil ya da geçici görevlendirme için uygun değildir.

Madde 17 – Adaylık²¹

1. Bu Düzenlemelerin 15 ve 16. madde hükümleri uyarınca işe alınan personel, atamalarının belirli süreli sözleşmeler temelinde yapıldığı iki²² yıllık bir adaylık dönemine tabi tutulurlar.

2. Bu süre zarfında, taraflardan biri iki ay öncesinden ihbarda bulunarak sözleşmeyi feshedebilir. İhbar süresinin ilk sözleşme süresini geçmesi halinde, sözleşme süresi uzatılır.

3. Genel Sekreter, Kurul tavsiyesi doğrultusunda, sözleşmenin feshedilmesine karar verir.

Madde 18 – Adaylık süresi²³

1. Adaylık süresi, bir deneme ve eğitim süresi olup 20. maddenin 3. paragrafında öngörülen duruma uygun olarak bir yıla kadar uzatılabilir.

2. Adaylık süresinin personelin kontrolü dışındaki nedenlerle kesintiye uğraması durumunda, Genel Sekreter, Kurul tavsiyesi üzerine, adaylık süresini kesintiye uğrayan süre kadar uzatabilir.

²¹ Not: 7 Temmuz 2010 tarihli CM/Res (2010)9 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

²² Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

²³ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

3. Adaylık süresince, personel sırasıyla Ana İdari Kurulda veya farklı Ana İdari Kurularda görevlendirilir. İlgili personele, amirlerinin denetiminde gerekli eğitimi almalarını sağlayacak şekilde derecelerinin gerektirdiği görevler verilir. Personel, İnsan Kaynakları Müdürü tarafından yürütülen ve Konseyin amaçları, yapısı ve işleyişine ilişkin faaliyetlere katılır.²⁴

4. Adaylık süresince, personel kurum içi yarışma sınavlarına başvuramaz veya terfi ettirilemez.²⁵

Madde 19 – Adaylık süresince değerlendirme

Adaylık dönemi süresince personelin değerlendirilmesine ilişkin koşullar Genel Kuralda yer almaktadır. Personel Düzenlemelerinin 22. madde hükümleri, *gereken değişiklikler yapıldıktan sonra*, personelin adaylık döneminde değerlendirilmesinde uygulanır.

Madde 20 – Belirsiz süreli veya belirli süreli istihdamın onaylanması²⁶

1. Adaylık süresi sona ermeden önce Kurul, 19. madde uyarınca hazırlanan değerlendirme raporları başta olmak üzere, personel dosyasını inceler.

2. Personelin çalışmasından memnun olunması halinde, Kurul Genel Sekretere personelin istihdamının onaylaması tavsiyesinde bulunur.

3. Personelin çalışması konusunda çelişkili düşünceler olması halinde Kurul, istisnai durumlarda, Genel Sekretere 18. maddenin 1. paragraf hükümleri uyarınca adaylık süresinin uzatılması yönünde tavsiyede bulunabilir.

4. Personelin çalışmasından memnun olunmaması halinde, Kurul Genel Sekretere gerekli ihbarda bulunulması koşuluyla işin sonlandırılması yönünde tavsiyede bulunabilir. Bu tavsiye ilgili personele bildirilir ve personel sekiz iş günü içerisinde Genel Sekretere görüşlerini sunma hakkına sahiptir.

5. Belirli süreli sözleşme başlangıçta en az altı ay en fazla iki yıllık bir süre

²⁴ Not: 7 Temmuz 2010 tarihli CM/Res(2010)9 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

²⁵ Not: Kabulünden önceki boş kadro ya da pozisyonlar için yapılan terfi başvurularını etkilemeyen 7 Temmuz 2010 tarihli CM/Res (2010)9 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle. Söz konusu usuller, boş kadronun ilan edildiği tarihte yürürlükte olan hükümler uyarınca belirlenecektir.

²⁶ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

için önerilebilir. Söz konusu sözleşmenin süresi, her defasında maksimum beş yıldan fazla olmamak koşulu ile bir veya birçok kez uzatılabilir veya yenilenebilir. Belirli süreli sözleşmenin uzatılıp uzatılmayacağına karar verilirken, Genel Sekreter en az üç kriteri dikkate alır: Yetkiler bakımından Kurumun ihtiyacı, güvenli finansman ve personelin tatmin edici düzeyde performans göstermesi. Genel Sekreter, bu kriterlerin uygulanmasını belirleyebilir ve Kural olarak ek kriterler ekleyebilir.

6. Belirsiz süreli sözleşmelere göre kariyer sahibi olmaları için işe alınan personel istihdamlarının onaylanması üzerine bu sözleşmeye tabi olur.

7. İstihdamın onaylanmasının ardından, belirli süreli sözleşmeler temelinde işe alınan personele 5. paragraf hükümleri uyarınca yenilenebilen belirli süreli sözleşme teklif edilebilir. Personelin Kurum ile olan belirli süreli sözleşmesini dokuz yıldan fazla süreli hale getirecek şekilde bir yenileme yapılmasından önce, İdare Genel Müdürü, ilgili Ana İdari Kuruluşa danıştıktan sonra, dosyayı inceler ve Genel Sekretere sözleşme süresinin dokuz yıldan fazla olması veya sonlandırılıp sonlandırılmayacağı yönünde tavsiyede bulunur.

8. Bu Düzenlemelerin 15B maddesi kapsamında yapılan bir sınavın ardından, belirli süreli sözleşmelerle istihdam edilen ve istihdamları onaylanan personel için Genel Sekreter, başarılı adayların belirsiz süreli sözleşmelerle istihdam edilmesine olanak sağlayan özel derecelerdeki özel profiller için resmi bir değerlendirme usulü uygulanmasına karar verebilir.

Madde 20 mükerrer – Belirli süreli istihdamın azami süresi²⁷

Mülga.

Madde 21 – Kurum içi yarışma sınavı²⁸

1. Kurum içi yarışma sınavı, doldurulacak kadro ile aynı dereceye ya da daha düşük bir dereceye sahip personele yöneliktir.

²⁷ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013)59 İlke Kararı ile mülga.

²⁸ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

2. Eşit liyakat durumunda, söz konusu kadronun bulunduğu dereceye sahip başvuru sahibine öncelik verilirken bu derecenin hemen altındaki derecede ya da ikinci kriter olarak Konsey’de daha uzun süre çalışmış olan başvuru sahibi ikinci sırada yer alır.

3. Genel Sekreter, başarılı personelin terfisine yönelik bir karar verilmeden önce söz konusu personelin başvuruda bulunduğu daha üst düzeydeki kadroda adaylık süresine tabi olması yönünde bir karar alabilir. Bir yılı geçmeyen bu süre sonunda Genel Sekreter, personelin amirleri tarafından hazırlanan rapor doğrultusunda nihai kararı verir; 19. madde kıyas yoluyla uygulanır. Terfi onaylanırsa, önceye etkili olur.

4. Görev alanları ve yeterlilik şartları bakımından, ilan edilen kadro ya da pozisyona benzer bir kadronun aynı Ana İdari Kuruluşta açık olması ya da kurum içi yarışma sınavının ardından Genel Sekreterin kararı ile altı aylık bir süre zarfında açılması durumunda Genel Sekreter, 13. madde uyarınca liyakat sıralamasında daha sonra gelen başvuru sahibinin söz konusu boş kadroya atanması yönünde karar verebilir.

4 mükerrer²⁹. Kurum içi yarışma sınavının ardından yeni bir kadro ya da pozisyona atanan personel, söz konusu atamayı takip eden iki yıl zarfında ilan edilen nakil amaçlı kurum içi sınava başvuramaz.

5. Bir kadronun yükseltilmesi durumunda Kurul, bu kadroda çalışan kişinin terfi şartlarını karşılayıp karşılamadığına karar verir. Söz konusu çalışan terfi şartlarını karşılamıyorsa bu kadro için kurum içi yarışma sınavı açılır. Genel Sekreter, Genel Kural ile hükmün uygulanacağı koşul ve yöntemleri belirler.

Madde 21 mükerrer– Aynı Ana İdari Kuruluş dahilindeki Terfiler³⁰

Mülga.

²⁹ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013)59 İlke Kararı ile eklenen.

³⁰ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013)59 İlke Kararı ile mülga.

Madde 22 – Fırsat Eşitliği³¹

1. Dışarıdan alım ya da kurum içi yarışma sınavı usulü kapsamında aday olan kadın ve erkeğin aynı liyakate sahip olması halinde, 21. maddenin 2. paragraf hükümlerine bakılmaksızın boş kadronun bulunduğu derece ya da kategoride yetersiz temsil edilen cinsiyetteki adaya öncelik verilir.

2. Bir cinsiyetin, boş kadronun bulunduğu derece ya da kategoride çalışan diğer cinsiyete kıyasla oranının %40'ın altında olması durumunda bu cinsiyet yetersiz temsil edilmektedir.

3. Yukarıda bahsedilen düzeltici tedbir, Personel Düzenlemelerinin 3. ve 13. maddeleri ile yasaklanan ayrımcılığa neden olmaz.

Madde 23 – Hizmet personelinin seçme sınavı yoluyla A kategorisi kadrolara erişimi³²

6. maddenin 3. paragraf hükümleri uyarınca herhangi bir hizmet personeli, işe alım usulleri kapsamında sınavı açılan A kategorisindeki kadro ya da pozisyonlara başvurabilir. Başarılı olması halinde, 17, 18 ve 19. maddelerin hükümleri ile uygun olması durumunda 20. maddenin 1, 2 ve 3. paragrafları ile 21. maddenin 1, 2 ve 3. paragraf hükümlerine tabi olur. Adaylık süresinde, çalışmasının tatmin edici bulunmaması durumunda personel, bir önceki idari konumuna dönüş yapar.

Madde 24³³ – İlk atamalar ve kadro ya da pozisyon kategorileri arası geçiş³⁴

a. A1, A2 ve A3 derecelerine atanma koşulları

1. Personel, kadro/pozisyon değişikliği olmaksızın A1'den A2'ye ve A2'den A3'e terfi edebilir.

³¹ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013)59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

³² Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013)59 İlke Kararı ve 8 Kasım 2006 tarihli Res(2006)19 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

³³ Bu maddenin 3, 8, 11 ve 14. paragraflarında yer alan terfiye ilişkin hükümler sadece, 1 Ocak 2014 tarihinde ya da bu tarihten sonra işe alınan personel için geçerlidir. Bu tarihten önce işe alınan personel için söz konusu paragrafların önceki versiyonları geçerlidir.

³⁴ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013)59 İlke Kararı, 16 Şubat 2011 tarihli CM/Res (2011)3 İlke Kararı ve 8 Kasım 2006 tarihli Res(2006)19 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle

2. Bu derece grubuna giriş derecesi A1'dir. Ancak, A derecesindeki personel ile benzer görevlerde altı yıllık mesleki deneyime sahip kurum dışı adaylar, A2 derecesine atanırlar. Genel Sekreter bir Kural ile daha kapsamlı mesleki deneyime sahip adaylara tanınacak ek kademelere ilişkin koşulları belirler.

3. İstihdamının onaylanmasının yürürlüğe girdiği gün, personel A2'ye terfi eder.

4. Son üç yıl boyunca çalıştığı kadro/pozisyonun şartlarının tam olarak yerine getirilmesi asgari koşuluyla Ana İdari Kuruluş Başkanın teklifi üzerine personel A2 derecesinde altı yıllık hizmet süresini tamamlamasının ardından A3 derecesine terfi edebilir. Teklifin alınmasını takiben İnsan Kaynakları Müdürü, söz konusu personelin ilgili değerlendirmelerini onaylayarak dosyayı, karar vermek üzere Genel sekretere sunar.

5. Mülga.³⁵

b. B1 ve B2 derecelerine atanma koşulları

6. Personel, kadro/pozisyon değişikliği olmaksızın B1'den B2'ye terfi edebilir.

7. Bu derece grubuna giriş derecesi B1'dir. Ancak, B derecesindeki personel ile benzer görevlerde dört yıllık mesleki deneyime sahip kurum dışı adaylar, B2 derecesine atanırlar. Genel Sekreter bir Kural ile daha kapsamlı mesleki deneyime sahip adaylara tanınacak ek kademelere ilişkin koşulları belirler.

8. İstihdamının onaylanmasının yürürlüğe girdiği gün personel, B2'ye terfi eder.

c. C1 ve C2 derecelerine atanma koşulları

9. Personel, kadro/pozisyon değişikliği olmaksızın C1'den C2'ye terfi edebilir.

10. Bu derece grubuna giriş derecesi C1'dir. Ancak, C derecesindeki personel ile benzer görevlerde dört yıllık mesleki deneyime sahip kurum dışı adaylar, C2 derecesine atanırlar. Genel Sekreter bir Kural ile daha kapsamlı mesleki deneyi-

³⁵ Not: 16 Şubat 2011 tarihli CM/Res (2011)3 İlke Kararı ile mülga.

me sahip adaylara tanınacak ek kademelere ilişkin koşulları belirler.

11. İstihdamının onaylanmasının yürürlüğe girdiği gün, personel C2'ye terfi eder.

d. L1 ve L2 derecelerine atanma koşulları

12. Personel, kadro/pozisyon değişikliği olmaksızın L1'den L2'ye terfi edebilir.

13. Bu derece grubuna giriş derecesi L1'dir. Ancak, L derecesindeki personel ile benzer görevlerde altı yıllık mesleki deneyime sahip ya da üç yıllık mesleki deneyim ile birlikte doktora yapmış kurum dışı adaylar, L2 derecesine atanırlar. Genel Sekreter bir Kural ile daha kapsamlı mesleki deneyime sahip adaylara tanınacak ek kademelere ilişkin koşulları belirler.

14. İstihdamının onaylanmasının yürürlüğe girdiği gün, personel L2'ye terfi eder.

e. A kategorisi kadro ya da pozisyonlara atanmak isteyen L ve B derecedeki personele yönelik özel usul

15. Genel Sekreter, düzenli aralıklarla, A kategorisi kadro ya da pozisyonlara atanmak isteyen L ve B derecedeki personele yönelik seçme sınavını içeren resmi değerlendirme usulünü benimser. Usul, Atama Kurulunun görüşü uyarınca, son üç yıl içerisinde çalıştığı kadro/pozisyonun şartlarını tam olarak yerine getirmiş olan L derecesindeki personelin tamamına yöneliktir. Ayrıca, Kurulusta altı yıl hizmet vermiş olma ve Atama Kurulunun görüşü uyarınca, son üç yıl içerisinde çalıştığı kadro/pozisyonun şartlarını tam olarak yerine getirmiş olma koşulları karşılayan B derecedeki personele de açık olur. Olumlu değerlendirme neticesinde söz konusu personel, A kategorisi açık kadro ya da pozisyonlar için düzenlenen kurum içi yarışma sınavlarına katılabilir.

f. C derecesindeki personelin B kategorisi kadro ya da pozisyonlar için uygunluğu

16. C kadrosundaki personel B kategorisi kadro ya da pozisyonlar için kurum içi yarışma sınavına katılabilir.

Madde 25 – A6 ve A7 derecelerine atanma usulü

1. Özel koşullar gereğince Genel Sekreterin teklifi üzerine Bakanlar Komitesi aksi yönde karar vermediği sürece A6 ya da A7 derecelerindeki boş kadro, Daimi Temsilciliklere bildirilir ve Sekreterlikte yayımlanır.

2. Genel Sekreter, Bakanlar Komitesi ile seçiminin nedenlerini ve amaçlarını paylaştığı gayri resmi bir görüş alış verişinden sonra atamayı gerçekleştirir.

3. Parlamenterler Meclisinin Sekreterliğinde boş kadro bulunması durumunda Genel Sekreter, gayri resmi bir görüş alışverişi ile Başkanlık Divanını amaçları konusunda da bilgilendirir.

4. Yukarıda 2 ve 3. paragraflarda öngörülen usuller, aynı derecedeki personelin becayişi için de uygulanır.

5a. Kurum dışı adaylar

A7 ve A6 kadrolar için işe alım, Atamalara ilişkin bu Düzenlemelerin 17. maddesi (2. paragrafı) ile 18. maddesinin (1 ve 4. paragrafı) hükümleri doğrultusunda adaylık süresine karşılık gelen iki yıllık belirli süreli ilk sözleşme uyarınca gerçekleştirilir.

Genel Sekreter, personelin atamasını onaylama kararı alırsa söz konusu atama, bir ila beş yıl aralığında değişen sürelerle bir ya da daha fazla kez uzatılır.

Genel Sekreter, personelin atamasını onaylamama kararı alırsa atamayı üç ay öncesinden bildirerek fesheder.

Adaylık süresinin personelin kontrolü dışındaki nedenlerle kesintiye uğraması durumunda, Genel Sekreter, adaylık süresini, kesintiye uğrayan süre kadar uzatabilir.

5b. Kurum içi adaylar

A7 ya da A6 kadrolara yapılan atamalar, ilk olarak iki yıllık bir deneme süresi için yapılır. Bu süre zarfında personel, bir önceki derecesini korumakla birlikte, ilgili dereceye terfi etmesi durumunda (A7 ya da A6) alacağı ödemeye karşılık gelen aylık aslı maaşı alır.

Genel Sekreterin, deneme süresi sonunda personel alımını onaylama kararı alması durumunda personel önceye etkili olmak üzere terfi eder ve üç yıllık bir süre için yeniden atanır. Beş yıllık süre sonunda personel aynı kadroda kalmaya devam eder ya da aynı derecedeki başka bir kadroda görevlendirilir.

Deneme süresi sonunda söz konusu kadroya atanması onaylanmazsa personel, mevcut derecesi düzeyindeki bir kadroya nakledilir (A5 ya da A6). Beş yıllık süre sonunda aynı derecedeki bir işte görevlendirilmemesi ya da bu söz konusu derecede devam etmemesi halinde personel, erişmiş olduğu dereceyi korumakla birlikte daha düşük derecedeki bir kadroda görevlendirilir. Ancak bu durumda, ödemesi bir önceki derecesinde kalmış olması halinde alacağı ödemedan fazla olduğu sürece, personel herhangi bir zam alamaz.

5c. Kapsam³⁶

5a ve 5b paragrafları, Avrupa Konseyi Bölgesel ve Yerel Yönetimler Kongresi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Biriminde ve A6 ve A7 derecelerdeki seçmeli pozisyonlara yapılacak atamalar için geçerli değildir.

6. Sekreterin Bakanlar Komitesine atanması, Komite tarafından onaylanana kadar geçerlik kazanmaz. Genel Sekreter, atamasını ancak söz konusu Komiteye danışmasının ardından sonlandırabilir.

7. Mülga.³⁷

Madde 26 – Özel atama usulleri³⁸

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkâtibi ve Başkâtip Yardımcısı, Genel Kurul tarafından seçilir³⁹ ve Genel Sekreter atamaları bu doğrultuda yapar.

2. Bu Düzenlemelerin diğer hükümlerine hâle gelmeksizin aşağıda listelenen personelin atanması, belirtilen mevcut usullere uyulmasını gerektirir:

³⁶ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

³⁷ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararı ile mülga.

³⁸ Not: 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11 Aralık 2013 tarihli CM/Res (2013) 59 İlke Kararıyla tadil edildiği şekliyle.

³⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kurallarınının 15. ve 16. maddeleri.

a. Mülga.⁴⁰

b. Avrupa İlaç Kalitesi Müdürü, Müdürlüğün ve Avrupa Farmakope Komisyonu'nun tavsiyesi üzerine Genel Sekreter tarafından atanır⁴¹.

c. Avrupa Konseyi Bölgesel ve Yerel Yönetimler Kongresi (Kongre) Genel Sekreteri, beş yıllık yenilenebilir bir süre için Kongre tarafından seçilir ve bu doğrultuda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri atama yapar. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ayrıca, Kongre Bürosuna danışarak Kongre Başkanı atar⁴².

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ilgili Dairenin Başkanı ile seçiminin nedenlerini ve amaçlarını paylaştığı gayri resmi bir görüş alışverişinde bulunarak her bir Dairenin Yönetici Sekreterinin atamasını yapar.

d. Görsel İşitsel Gözlemevi Yürütme Kurulu, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından atanmak üzere Gözlemevi Yürütme Müdürünü belirler⁴³.

e. "Eurimages", Yaratıcı Sinematografik ve Görsel-İşitsel Eserlerin Ortak Yapımını ve Dağıtımını Destekleme Avrupa Fonu Yürütme Müdürü, Fon Yönetim Kuruluna danışılarak Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından iki yıllık bir süre için atanır. Atama yenilenebilir⁴⁴.

f. Genel Sekreter, İç Denetçiyi atar. Denetçi, iki yıllık adaylık süresi de dâhil olmak üzere altı yıllık bir süre için atanır. Sadece bir kere yenilenebilen bu atama ancak Bakanlar Komitesinin onayının ardından geçerlilik kazanır⁴⁵. 24. maddenin 1. paragrafında belirtilen yaş sınırları doğrultusunda görev süresi kısaltılabilir ve Genel Sekreter tarafından uygulanması halinde Personel Düzenlemelerinin Mükerrer 24. maddesinin 1. paragrafı esas alınır. Atanan adayın, atanma sıra-

⁴⁰ Not: 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 12 Ekim 2011 tarihli CM/Res (2011) 9 İlke Kararı ile mülga

⁴¹ Avrupa Farmakopesi Geliştirilmesine Dair Sözleşmenin 9. maddesi

⁴² Bakan Temsilcilerinin 19 Ocak 2011 tarihli 1103. toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen, revize Sözleşme'nin de ekli olduğu, Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresine ilişkin CM/Res (2011) 2 İlke Kararının 15. maddesinin 2 ve 3. paragrafları

⁴³ Bakanlar Komitesi tarafından 21 Eylül 2000 tarihinde 722. Toplantısında kabul edilen, Görsel İşitsel Gözlemevi Statüsünde yapılan değişikliklere ilişkin Res (2000)7 İlke Kararı uyarınca

⁴⁴ Eurimages Usul Kuralları uyarınca, 12 Eylül 2012 tarihli 128. toplantısında ve 13 Aralık 2012 tarihli 129. toplantısında Yönetim Kurulu tarafından tadil edildiği şekliyle.

⁴⁵ Bakanlar Komitesi'nin Delegeer düzeyindeki 29 Haziran 2011 tarihli 1117. Toplantısında kabul edilen Avrupa Konseyi Mali Düzenlemeleri ve Ek Hükümlerinin 66. maddesi

sında hâlihazırda personel olması ve adaylık süresi sonunda kadrosunun onaylanmaması durumunda personel bir önceki derecesi seviyesindeki bir kadroya nakledilir. Bu doğrultuda, söz konusu adayın yetkisinin sona ermesinin ardından bu maddenin 3. paragrafı uygulanır.

3. Seçtikleri dönemde halihazırda personel olan ve bu madde kapsamında bir kadro için seçilenler yetkilerinin sona ermesi ve yeniden seçilmemeleri durumunda aynı derecedeki bir kadroda ya da erişmiş olduğu dereceyi korumakla birlikte daha düşük derecedeki bir kadroda görevlendirilirler. Ancak daha düşük bir derecede yer alan bir kadroda görevlendirilmeleri durumunda, ödemesi bir önceki derecesinde kalmış olması halinde alacağı ödemedен fazla olduğu sürece personel herhangi bir zam alamaz.

Madde 27 – Genel Sekreterin Özel Kalemindeki kadrolara atanma

1. Bu Düzenlemelerin 6 ilâ 21. maddeleri ile 25. maddesi Genel Sekreterin Özel Kalemindeki kadrolara yapılacak atamalar için geçerli değildir. Özel Kalem Müdürü atanmasından önce Genel Sekreter, Bakanlar Komitesini amaçları konusunda bilgilendirir.

2. Özel Kalemdeki bir kadro için kurum dışından işe alınan personel ile, yenilenebilen fakat nihai sonlanma tarihi Genel Sekreterin görev süresinin bitiş tarihinden sonra olmayan iki yıllık belirli süreli sözleşme yapılır.

3. Mevcut derecesinden daha yüksek bir derecede Özel Kalemdeki bir kadroya nakledilen personel ya da Özel Kalemdeki görevi sırasında daha yüksek derecedeki bir kadro için görevlendirilen çalışana Özel Kalemdeki kadrosunda aldığı maaş ile bulunduğu derecede aldığı maaş arasındaki farka eşdeğer bir özel ödeme yapılır. Personel, nakil tarihinden itibaren iki yıllık bir süre boyunca terfi alamayabilir.

Madde 28 – Kadro fazlası nakli

1. Personelin nakledilecek olması ve kendi derecesinde boş kadro bulunmaması halinde Genel Sekreter, bu Düzenlemelerin 5. maddesinin 2. paragraf hükümleri doğrultusunda ve haklarına hâle gelmeksizin personeli daha düşük derecedeki bir kadroya sınırlı bir süre için istisnai olarak nakledebilir.

2. Kadro fazlası personel, boş kadro açılır açılmaz kendi derecesine karşılık gelen bir derecedeki ve niteliklerine uygun bir kadroya nakledilir.

3. A6 ve A7 personeli için Genel Sekreter, Bakanlar Komitesi ile seçiminin nedenlerini ve amaçlarını paylaştığı gayri resmi bir görüş alış verişinin ardından kadro fazlası naklini gerçekleştirir.

Madde 29 – Daha yüksek bir kadro ya da pozisyondaki sorumlulukların yerine getirilmesi

1. İstisnai olarak ve hizmetin çıkarları gereğince Genel Sekreter, söz konusu personelin derecesinin hemen üstünde yer alan derecedeki boş ya da kadro sahibinin geçici olarak görevlerini yerine getiremediği bir kadro veya pozisyon için personeli görevlendirebilir.

2. Böyle durumlarda, ilgili personele söz konusu dönem boyunca ek iş ödemesi yapılır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

DİLİPAK VE KARAKAYA / TÜRKİYE DAVASI *

(Başvuru No.7942/05 ve 24838/05)

KARAR

STRAZBURG

4 Mart 2014

İşbu karar, Sözleşme'nin 44p.2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tâbi olabilir.

Dilipak ve Karakaya / Türkiye davasında,

Başkan,

Guido Raimondi,

Yargıçlar,

Işıl Karakaş,

Peer Lorenzen,

András Sajó,

Helen Keller,

Paul Lemmens,

Robert Spano,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm) heyeti yapılan müzakereler sonrasında 4 Şubat 2014 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir:

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

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (No. 7942/05 ve 24838/05) davaların temelinde, Türk vatandaşları olan Abdurrahman Dilipak ve Hasan Karakaya'nın ("başvuranlar"), sırasıyla 28 Ocak 2005 ve 16 Haziran 2005 tarihlerinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvuru

bulunmaktadır.

2. Dilipak, İstanbul'da görev yapan Avukat S. Döğücü tarafından, Karakaya ise, İstanbul'da görev yapan Avukat A. Paccı tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuranlar özellikle, mahkemeye erişim hakları ile ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler.

4. Başvurular 16 Haziran 2009 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuranlar sırasıyla 1949 ve 1953 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedirler. Başvuranlar gazetecidir ve olayların meydana geldiği dönemde günlük olarak yayımlanan Akit gazetesinde çalışmaktaydılar.

A. Davanın oluşumu

6. Karakaya, Eski Deniz Kuvvetleri Komutanı ve Milli Güvenlik Kurulu üyesi Oramiral Güven Erkaya'nın vefatı üzerine 25 Haziran 2000 tarihinde günlük Akit gazetesinin birinci sayfasında « Hakkımızı helal etmiyoruz » başlıklı manşet haberiyle bir makale yayımlamıştır. Karakaya, söz konusu makalede, 28 Şubat 1997 tarihli Milli Güvenlik Kurulu toplantısıyla başlayan ve kimi gözlemciler tarafından genellikle "postmodern" darbe olarak nitelendirilen politik süreçte oynadığı rol nedeniyle merhum Erkaya'yı eleştirmiştir.

7. Dilipak da 26 Haziran 2000 tarihinde aynı gazetede Oramiral Erkaya'ya ithafen kaleme aldığı ve Erkaya'nın faaliyetlerini eleştirdiği bir makale yayımlamıştır.

B. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen dava

8. Merhumun ailesi 29 Eylül 2000 tarihinde Ankara Asliye Hukuk Mahkemesine ("AHM") başvuranlar ve gazetenin sahibi durumunda olan şirket hakkında tazminat davası açmıştır. Ayrıca, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına da şikâyette bulunmuşlardır.

9. Erkaya'nın varisleri, hukuk davası açtıklarında, gazete binasının adresini davalıların ikametgâhı olarak göstermiştir.

10. Buna rağmen, posta hizmetleri tarafından, mahkeme celbi ve davanın açıldığını gösterir belge bu adreste bulunamamaları nedeniyle başvuranlara tebliğ edilememiştir. Bu husus, tebligat yapılamadığının bildirildiği tutanağı imzalayan muhtar tarafından doğrulanmıştır.

11. AHM, emniyetten başvuranların adreslerinin tespit edilmesini talep etmiştir.

12. AHM'ye göre, emniyet yapılan araştırmalar neticesinde Karakaya için Aksaray semtinde (*Küçüklanga Caddesi no:103*), Dilipak için Mecidiyeköy semtinde (*Mecidiye Caddesi no: 7/50 Çavuşoğlu İş Merkezi*) olmak üzere İstanbul'da bulunan iki adres bildirilmiştir.

13. Mahkeme yeni celplerinin bu adreslere gönderilmesine karar vermiştir.

14. Karakaya'ya gönderilen mahkeme celbi tebligat tutanağında, tebligatın yetkili personel olan N.G. isimli şahsa teslim edildiği belirtilmektedir.

15. Dilipak belirtilen adreste tanınmadığı gerekçesiyle ilgili şahsa tebligat yapılamamıştır.

16. Ankara AHM, Dilipak'ın adresinin tespit edilememesi nedeniyle, tebligatın ilan edilmesine karar vermiştir.

17. AHM, 21 Ocak 2003 tarihinde, duruşmalara hiçbir zaman katılmayan davalıların yokluğunda, 25 Haziran 2000 tarihinden itibaren faiz işletilmek kaydıyla, manevi zarar için 30 000 Türk lirası (TRY) (yaklaşık 17 000 Avro (EUR) tazminata mahkûm etmiştir.

18. AHM, Dilipak'ın söz konusu makalesinde, merhumun hatalarının be-

delini ödeyeceği ve adaletin yerini bulacağını demek istediği kanaatine varmış ve Müslüman olmayan kimseler için kullanılan “Toprağı bol olsun.” ifadesini kullandığını kaydetmiştir. Başvuran aşağıdaki ifadeleri belirtmiştir:

“Sakin biri çıkıp bana, ‘Ölülerinizin arkasından onları hayırla yâd edin` uyarısını hatırlatmasın. O uyarı, Hitler, Mussolini, Stalin için değil. Yoksa Kur`an, ölü Firavunlar`ın, Nemrutlar`ın hakkında söylediklerini söylemezdi. Kuşkusuz Güven Erkaya Hitler değil, ama onun da milletimizin bilincindeki yeri farklı.”

19. AHM, Karakaya`nın, Oramiralin vefat nedenlerinin ve bilhassa yakalandığı kanser hastalığının halkı maruz bıraktığı acıların haklı sonucu olduğunu ima etmesini göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme, ilgili gazetecinin ayrıca, bu vefatın kendisini üzmediğini, Oramiralin defin törenine katılmayacağını ve haklarını helal etmeyeceğini yazdığı kaydetmiştir. Mahkeme aynı zamanda, aşağıdaki bölüme işaret etmiştir:

“O halkı ağlattı ama bugün ağlayanlar onun yakınları (...) O, Kuran kursu öğrencilerinin, laik rejimle ve Atatürk`le mücadele için ant içtikleri yalanını uydurmuştur. Bugün, Kuran kursları şüphesiz kapalı; ama Erkaya`nın gözleri de.”

20. AHM, merhumun “millete hizmet eden değerli bir ordu komutanı” olması nedeniyle, başvuranların “görevleri sebebiyle merhuma bizzat saldırarak eleştiri sınırlarını aştıkları” sonucuna varmaktadır.

21. Ayrıca, davalıların ekonomik ve sosyal durumlarının da araştırıldığı ve Akit gazetesinin sahibi durumundaki şirketinin faaliyet raporunun vergi daire-sinden temin edildiği de belirtilmiştir.

22. Karakaya, mahkeme yazı işleri müdürlüğünce bilinen son adresinde (*Küçüklanga Caddesi*) bulunamadığından, karar kendisine tebliğ edilememiştir. İlgili şahıs, adres değişikliği hususunda mahkemeye herhangi bir bilgi vermediğinden, tebligatın, Tebligat Kanununun 35. maddesine (bk. aşağıda, “İlgili iç hukuk kuralları ve uygulaması” bölümü) uygun olarak yapıldığı düşünülmüştür.

23. Tutanakta, Karakaya`nın yeni adresini tespit etmek amacıyla mahalle sa-

¹ İslami cenaze törenleri sırasında kullanılan ve törene katılanların merhuma karşı olan tüm haklarından vazgeçtiklerini belirtmeye yarayan bir ifadeye atıf yapılmaktadır.

kinlerinden R.Ö.'ye sorular yöneltildiği ancak bu girişimden herhangi bir sonuç alınmadığı belirtilmiştir. "Muhtar" mührü, tebligat adresinin bir iş yeri olduğunu ve dosyasında kayıtlı olmadığını belirtmiştir.

24. Karar, Dilipak' a 14 Nisan 2003 tarihinde, gazete aracılığı ile ilan edilen tebligat yoluyla yapılmıştır. Karar, 29 Mayıs 2003 tarihinde kesinleşmiştir..

25. AHM, 3 Haziran 2003 tarihinde, kararın kesinleşme şerhini söz konusu karara ilişirmiştir.

26. Erkaya'nın varisleri 9 Haziran 2003 tarihinde, Ankara İcra Müdürlüğü'ne nihai kararın bir nüshasını ibraz etmişler ve cebri icra işlemi başlatmışlardır. Aynı gün, ödeme emirleri düzenlenmiş ve başvuruların dikkatine postaya verilmiştir (bk. 50 ila 53. paragraflar).

27. Dilipak, kendisiyle ilgili ödeme emrini Kadıköy-Acıbadem'de (İstanbul) bulunan ikametgâhında almıştır. Karakaya ise, hakkında düzenlenen ödeme emrini Beylikdüzü'nde (İstanbul) bulunan ikametgâhında almıştır.

28. Başvuranlar, belirtilmeyen bir tarihte, 21 Ocak 2003 tarihli karardan, ödeme emri almaları dolayısıyla haberdar olduklarını belirterek söz konusu karara karşı temyiz talebinde bulunmuşlardır.

29. AHM, 17 Haziran 2003 tarihinde başvuruların temyiz dilekçesini, kararın kesinlik kazandığı gerekçesiyle reddetmiştir.

C. Yargıtay'da görülen dava

30. Başvuranlar 17 Haziran 2003 tarihli karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuşlardır.

31. Dilipak, ilan edilen tebligat yapma yoluna gidilmesinin yasaya uygunluğuna itiraz etmiştir. Dilipak' a göre, bu yola ancak diğer yöntemler sonuç vermediği durumlarda başvurulabilirdi. Dilipak, yirmi yılı aşkın bir süredir aynı konutta yaşadığını belirterek, adresinin tespit edilebilmesi için gerekli teşebbüslerde bulunulmadığı kanısındadır. Dilipak' a göre, adresi, Gazeteciler Cemiyeti'ne ya da Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü'ne (Başbakanlığa bağlı olan ve basın kartlarını vermekle görevli İdare) gönderilecek basit bir yazıyla kolayca

tespit edilebilirdi.

32. Dilipak, kararın 3 Haziran 2003 tarihinde icra edilebilir olduğunu ve ödeme emri düzenlendiğini ayrıca aynı hafta ikametgâhına gönderildiğini belirtmiştir. Adresin, Erkaya' nın varislerinin avukatları tarafından İcra Müdürlüğü'nden alındığını eklemiştir. Avukatın, adresini uzun zamandır bildiğini ve kötü niyetli olması nedeniyle, karar kesinlik kazanıncaya dek söylemekten sakındığını belirtmiştir.

33. Ne mahkeme celbinin ne de kararın Dilipak' a gereğince tebliğ edilmediği sonucuna varılmıştır.

34. Karakaya ise, tebligatın ikametgâhı yerine üçüncü bir şahsın adresine yapılmasından şikâyet etmiştir.

35. Karakaya, Kanuna göre, tebligatın iş yerine yapılması halinde, alıcının daimi görevlilerinden birine yapılabileceğini belirtmiştir. Somut olayda, tebligatın iş yerinde yapıldığını ancak belgede belirtilen şahsın kesinlikle elemanı olmadığını ileri sürmüştür. Karakaya ayrıca, tutanakta, tebligatın doğrudan kendisine yapılmama gerekçesinin belirtilmediğini bildirmiştir.

36. Bununla beraber, davacıların yargılama boyunca, adresini “Küçüklanga Caddesi no: 103 – Aksaray/İstanbul” olarak düşünmelerini ve karar kesinleştikten bir haftadan daha kısa bir süre sonra, İcra Müdürlüğüne bildirmek için birdenbire gerçek adresini bulmalarını şaşırtıcı bulmuştur.

37. Yargıtay 24 Aralık 2003 tarihinde, karara karşı yapılan temyiz başvurusunu “hukuka ve usule uygun” olduğu gerekçesiyle esastan reddetmiştir.

38. Dilipak, 13 Eylül 2004 tarihinde karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

39. Dilipak, AHM' nin, adresini araştırmak için herhangi bir titiz çalışma yürütmediğini ileri sürmüştür.

40. Dilipak, mahkemenin emniyetten talepte bulunduğunu, mahkemeye verilen raporda, davalıların her biri için bir adres bildirildiği ancak bu adreslerden hiçbirinin kendisine ait olmadığını belirtmiştir. Dilipak, dosyada yer alan belgede, adının yanında el yazısıyla “Mutakil San Is. Ad. Dem, M.Köy” notu

düşüldüğünü, bu notu düşen şahsın bilinmediğini ve hâkimin tuhaf biçimde bunu “Mecidiye Cad. no: 7/50 Çavuşoğlu İş Merkezi Mecidiyeköy / İstanbul” olarak düşündüğünü ve kendisiyle ilgili mahkeme celbinin bu adrese gönderilmesine karar verdiğini belirtmiştir.

41. Dilipak, Kanunun ve Yargıtay içtihadının, mahkemeyi, ilgili idareler ve kamu kurumlarından taleplerde bulunmaya ve emniyet tarafından yapılan araştırmalarla yetinmemeye mecbur kıldığını belirterek, mahkemeyi gerekli müracaatlarda bulunmamakla suçlamıştır. Bu bağlamda, Nüfus Müdürlükleri, Basın Konseyi, Gazeteciler Cemiyeti, Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü ile MÜSİAD’ tan gelen ve mevcut belgelere göre, ilgili şahsın uzun zamandır Acıbadem/İstanbul’da yaşadığını belirten yazıları sunmuştur. Dilipak aynı zamanda, Acıbadem muhtarından gelen ve kendisinin 22 Temmuz 1989 tarihinden beri anılan mahallede, aynı adreste ikamet ettiğini belirten bir belge de ibraz etmiştir.

42. Dilipak aynı zamanda, İstanbul Valiliğinin, kendisini korumak üzere bir koruma tahsis edildiğini doğrulayan bir yazısını da sunmuştur. Dilipak’ ın beyanına göre, adresinin emniyet tarafından bilindiği sonucuna varılmaktadır.

43. Adresinin sosyal güvenlik, tapu hizmetleri müdürlüğü ve belediye tarafından da bilindiğini belirtmiştir.

44. Dilipak ayrıca, Erkaya’ nın varislerinin, müdahil taraf oldukları ceza yargılamasının belgelerinde görüldüğünden, adresini bildiklerini ve mahkeme celbinin bu adresine gönderildiğini ve Ankara Asliye Ceza Mahkemesinde dinlendiği sırada bu adresi kabul etmediğini ileri sürmüştür.

45. Dilipak, bu iddialarının tamamını, Yargıtay’ın içtihadına ve özellikle 29 Eylül 1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına (1991/1-609 E–1999/744 K) dayandırmıştır. Dilipak, bu kararda, yüksek mahkemenin, savunma haklarına sıkı sıkıya bağlı olan tebliğ işlemlerinin önemine vurgu yaptığını ifade etmiştir. Yüksek mahkeme, adres aramalarının çok geniş bir çerçevede yapılması gerektiği; belediyeler, nüfus müdürlükleri gibi idareler ile tapu hizmetleri müdürlüğü ve mesleki kuruluşlardan taleplerde bulunulması gerektiği, ayrıca polis tarafından yürütülen soruşturmalarla sınırlı kalamayacağı kanısına varmıştır.

46. Karakaya da, belirtilmeyen bir tarihte karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

47. Yüksek Mahkeme 14 Şubat 2005 tarihinde, karar düzeltme koşullarının gerçekleşmediği gerekçesiyle başvuruların başvurularını reddetmiştir.

48. Adalet Bakanlığı 5 Şubat 2007 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını, 21 Ocak 2003 tarihli karara karşı, tebligat ile ilgili kuralları ihlal ettiği gerekçesiyle, kanun yararına temyiz etmeye davet etmiştir. Adalet Bakanlığı, iddiasına delil olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda anılan 29 Eylül 1999 tarihli kararını ileri sürmüştür.

49. Yargıtay 2 Nisan 2007 tarihinde, Savcılığın temyizini reddetmiştir.

D. İcra işlemi

50. Erkaya'nın varislerinin avukatı ile İcra Dairesinden bir görevli ve iki polis memuru refakatinde 27 Haziran 2003 tarihinde Dilipak'ın Acıbadem'de bulunan evine gitmiştir.

51. Bu amaçla düzenlenen tutanağa göre, toplam değerleri yaklaşık 2 300 TRY (söz konusu tarihte, yaklaşık 1400 EUR) olduğu varsayılan birer adet çamaşır makinesi, buzdolabı, dipfriz, müzik seti ile iki televizyon alıcısına el konulmuştur. Dilipak'ın borcu toplamda 106 946 TRY'ye (söz konusu tarihte 65 000 EUR) yükselmiştir.

52. Çok sayıda itirazla noktalanmış cebri icra davası sonunda, Dilipak'ın evi -230 000 TRY (söz konusu tarihte yaklaşık 110 000 EUR) olduğu varsayılan- 18 Ağustos 2009 tarihinde, zorunlu ihale sırasında, 180 000 TRY'den (söz konusu tarihte yaklaşık 86 000 EUR) alıcı bulmuştur.

53. Bununla birlikte, dosyada yer alan belgelerden, satışın tamamlandığı sonucuna varılmamaktadır (aşağıdaki 54 ila 56. paragraflar)

E. Davanın yeniden görülmesi talebi

54. Başvurular 3 Ağustos 2012 tarihinde Ankara AHM'den davanın yeniden görülmesini ve 21 Ocak 2003 tarihli kararın icrasının ertelenmesini talep etmişlerdir. Taleplerini desteklemek amacıyla, 1997 yılının Şubat ayında, Milli

Güvenlik Konseyi üyesi olan yüksek rütbeli askerler hakkında darbeye teşebbüs nedeniyle ceza kovuşturması açılmasını ve ilgili şahısların tutuklanmasını ileri sürmüşlerdir. Başvuranlara göre, burada, karar tarihinde mahkemenin bilmediği yeni bir olay söz konusudur. Başvuranlar, bu unsurun, özellikle mahkeme tarafından merhum hakkında “millete hizmet eden değerli komutan” gibi övgü ifadeleri kullanılmasının tartışmaya konu olacak nitelikte olduğunu belirtmişlerdir. Öte yandan, AİHM'e yaptıkları başvuruların inceleme aşamasında olduğunu ve Sözleşme'nin ihlal edildiği tespitinin davanın yeniden görülme sebebi olduğunu ileri sürerek, mahkemeyi kararın icrasının, AİHM söz konusu başvuruları karara bağlanıncaya dek ertelenmesine karar vermeye davet etmektedirler.

55. AHM, 16 Ağustos 2012 tarihli kararla, 164 000 TRY (söz konusu tarihte 74 500 EUR) teminat ödenmesi şartıyla icra işleminin ertelenmesine karar vermiştir.

56. Bu karar akabinde yapılan işlemler bilinmemektedir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

A. Tebligat ile ilgili hükümler

57. 7201 sayılı Tebligat Kanununun 17. maddesinde, belli bir yerde devamlı olarak meslek veya sanatını icra edenler, o yerde bulunmadıkları takdirde tebliğin aynı yerdeki daimi görevlilerden birine yapılması öngörülmektedir.

58. Aynı kanunun 28. maddesi şu şekildedir:

“Tebliğat yapılamayan ve ikametgâhı, meskeni veya iş yeri de bulunamayan kimsenin adresi meçhul sayılır.

Adresin meçhul olması halinde, keyfiyet tebliğ memuru tarafından mahal- le veya köy muhtarına şerh verdirilmek suretiyle tespit edilir. Bununla beraber, tebliği çıkaran merci, muhatabın adresini resmi veya hususi müessese ve daire- lerden gerekli gördüklerine sorar ve zabıta vasıtasıyla tahkik ve tespit ettirir.”

59. Bu hükmün üçüncü cümlesi 19 Mart 2003 tarihine kadar şu şekildeydi:

“Bununla beraber tebliği çıkaran merci, lüzum görürse, muhatabın adresini resmi veya hususi müessese ve dairelerden veya zabıta vasıtasıyla tahkik ve tes-

pit ettirebilir.”

60. Aynı Kanunun 35. maddesi şu şekildedir:

“Kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliği yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecburdur. Bu takdirde bundan sonraki tebliğler bildirilen yeni adrese yapılır.

Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır.

Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır.”

61. Bu düzenleme, Nüfus Genel Müdürlüğü ile İçişleri Bakanlığı Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından, idari işlemleri kolaylaştırmak amacıyla yakın geçmişte uygulamaya konulan “adres kayıt sistemi” olarak adlandırılan veri sisteminin dikkate alınması amacıyla 2011 yılında değiştirilmiştir.

B. Hukuk davalarında kanun yararına temyiz olunması/bozulması

62. Olayların meydana geldiği dönemde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427. maddesinde, hukuk davalarında kanun yararına temyiz olunması/bozulması öngörülmekteydi. Bu maddenin somut olayla ilgili bölümleri şu şekildedir:

“Kesin olarak verilen hükümlerle niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade eden ve Yargıtayca incelenmeksizin kesinleşmiş bulunan hükümler, Adalet Bakanlığının göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kanun yararına temyiz olunur.

Temyiz isteği Yargıtayca yerinde görüldüğü takdirde, hüküm kanun yararına bozulur. Bu bozma hükmün hukuki sonuçlarını kaldırmaz.”

C. Yargılamanın iadesi

63. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 375. maddesi uyarınca, aşağıdaki sebeplere dayanılarak yargılamanın iadesi talep edilebilir:

- Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.
- Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi,
- merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya
- karara katılmış bulunması.
- Vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması.
- Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması.
- Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması.
- İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması.
- Bilirkişi veya tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sabit olması.
- Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması.
- Karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması.
- Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması.
- Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması.
- Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.

D. Diğer unsurlar

64. Borçlar Kanununun 49. maddesi şu şekildedir :

“Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.”

65. Ayrıca, Medeni Kanununun 4. maddesinde şu öngörülmektedir :

“Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”

66. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14 Aralık 1999 tarihli ilke kararında (No. 1999/7822-11075) aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(…) [kişinin haklarına yasaya aykırı bir müdahalede bulunulduğu için manevi zarar bağlamında ödenen tazminat] tutarının değerlendirilmesinde, hâkim, ihlali oluşturan olayın özelliklerini, iki tarafa yüklenebilir hata oranını ve her iki tarafın ünvanları, görevleri, sosyo-ekonomik durumlarını göz önünde bulunduracaktır. Hâkim, Medeni Kanununun 4. maddesi gereğince, objektif bir şekilde değerlendirmeli ve takdirini etkileyen tüm unsurları gerekçesinde belirtmelidir. Manevi tazminat tutarı (...) bir cezanın niteliğini örtmemeli ve mal varlığı düzeyinde bir zararı gidermeyi amaçlamamalıdır. Tazminat tutarı, amaca uygunluklarına göre belirlenmelidir. (...)”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ HAKKINDA

67. Mahkeme, her iki başvurunun olaylar, temel şikâyetler ve ileri sürülen başlıca sorunlar bakımından benzer olduğunu tespit etmektedir. Bu nedenle, Mahkeme İçtüzüğü'nün 42. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, başvuruların birleştirilmesinin uygun olduğuna karar vermektedir.

II. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

68. Başvuranlar, mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğini iddia etmekte ve Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasını ileri sürmektedirler.

69. Hükümet, bu iddiaya karşı çıkmaktadır.

70. Mahkeme, başvuruya konu olaylarının hukuki nitelendirme konusunda tek yetkili olduğunu ve tarafların onlara attığı nitelendirmeye bağlı olmadığını hatırlatmaktadır (bk. diğerleri arasından, *Remzi Aydın / Türkiye*, No. 30911/04, p. 44, 20 Şubat 2007). Mahkeme, somut olayda, başvuranların şikâyetlerinin Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası açısından incelenmesi gerektiği kanısındadır. Söz konusu madde şu şekildedir:

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası (...) konusunda karar verecek olan, (...) bir mahkeme tarafından, (...) görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

A. Kabul edilebilirlik hakkında

71. Bu şikâyetlerin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesi bulunmadığını tespit eden Mahkeme, bu şikâyetlerin kabul edilebilir olduğunu açıklar.

B. Esas hakkında

1. Dilipak hakkında

a) Tarafların iddiaları

72. Başvuran, Ankara AHM' de hakkında açılan davadan haberdar edilmediğinden ve yürütülen davaya katılamamaktan şikâyet etmektedir. Başvuran, AHM' yi, adresini tespit etmek için yeterince özenli davranmamakla ve en son çözüm olabilecek basın yoluyla tebliğe oldukça kolay bir şekilde başvurmakla suçlamaktadır. Başvuran, mahkemenin ilgili idarelerden ya da mesleki kuruluşlardan talep etmesi halinde, adresinin kolayca bulunabileceği kanısındadır.

Gazeteci kimliğinin kesinlikle bilindiğini ileri sürerek, AHM'nin, Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü'nden -üstelik söz konusu idarenin, basın kartlarının verilmesiyle görevli olmasına rağmen- müracaatta bulunmamasından şikâyet etmektedir.

73. Başvuran ayrıca, adresinin davacı tarafça bilindiğini ileri sürmektedir. Ayrıca, hukuk ve ceza davalarında davacı taraf aynı avukatlarca temsil edildiği, adresinin bu son yargılama çerçevesinde kesinlikle bilindiği ancak davacı tarafın kötü niyetli davrandığı kanısındadır.

74. Başvuran, kendisine zarar vermeye yönelik çok sayıda komplo olduğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda, askeri darbeye karşı olduğu kabul edilen diğer gazetecilerle aynı bağlamda "hedef" olarak gösterildiği Balyoz davası soruşturma dosyasında yer alan belgeleri sunmaktadır (bu davanın özeti için, bk. *Doğan / Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 28484/10, 10 Nisan 2012 ya da *Çakmak / Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 58223/10, 19 Şubat 2013).

75. Hükümet, davada taraf olma hakkının mutlak bir hak olmadığı ve adaletin doğru yönetimi yararına makul sınırlamalara katlanılabileceği kanısındadır. Hükümet, somut olayda, Ankara AHM'nin, başvurunu hakkında açılan davadan haberdar etmek için, adresi olduğu tahmin edilen yerlerde arama, polisten araştırma yapılmasını talep etme, mahkeme salonuna ilan asma ve son olarak ulusal günlük bir gazetede yayımlama gibi sahip olduğu tüm imkânları kullandığını düşünmektedir.

b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

76. Mahkeme, tarafların yargılamaya katılma imkânının Sözleşme'nin 6. maddesinin, bütün olarak değerlendirildiğinde, konusu ve amacından ileri geldiğini belirtmektedir. Üstelik çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri taraflar yargılamaya katılmaksızın anlaşılacaktır (bk. *mutatis mutandis*, *Co-lozza / İtalya*, 12 Şubat 1985, p. 27, seri A n^o 89).

77. Mahkeme, Sözleşme sisteminin, Sözleşmeciler Devletlere Sözleşme'nin 6. maddesiyle güvence altına alınan haklardan etkili olarak yararlanılmasını sağla-

maları için özen göstermeleri gerektirdiğini hatırlatmaktadır (*T. / İtalya*, 12 Ekim 1992, p. 29, seri A n^o 245-C, ve *Vaudelle / Fransa*, No. 35683/97, p. 52, AİHM 2001-I). Bu, her şeyden önce, hakkında dava açılan kişinin durumdan haberdar edilmesini gerektirmektedir.

78. Ayrıca, Mahkeme, ceza yargılamalarıyla ilgili davalar vesilesiyle (bk. örneğin, *Sejdovic / İtalya* [BD], No. 56581/00, p. 82, AİHM 2006-II), sanığın yokluğunda cereyan eden yargılamanın tek başına Sözleşme'nin 6. maddesiyle uyumlu olmaması durumunda, ilgilinin duruşmaya katılma ve savunma yapma hakkından vazgeçtiği (*Colozza*, yukarıda anılan, p. 29, *Einhorn / Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 71555/01, p.33, AİHM 2001-XI) ya da mahkemeye çıkma niyeti olduğu (*Medenica / İsviçre*, No. 20491/92, p. 55, AİHM 2001-VI) tespit edilmemesine rağmen, *in absentia* mahkûm edilen bir şahıs hakkında, daha sonra, yalnızca, mahkeme kendisini dinlendikten sonra, hukuken olduğu gibi fiilen de suçlamanın esasıyla ilgili olarak yeniden karar verdiğinde, yargıcın davaya bakmak istememesinin yine de mümkün olacağı kanaatine vardığı hatırlanmaktadır.

79. Mahkeme, aynı zamanda Sözleşme'nin 6. maddesinin ne lafzı ne de ruhunun, başvuranın iradi olarak açık ya da örtülü biçimde adil yargılanma hakkından vazgeçmesini engellememesi halinde (*Kwiatkowska / İtalya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 52868/99, 30 Kasım 2000), duruşmalarda yer alma hakkından vazgeçme durumunun Sözleşme açısından değerlendirilmesi için her türlü şüpheden uzak bir açıklıkta olması ve sonuçlarının ağırlığı itibariyle asgari garantileri içermesi (*Poitrimol / Fransa*, 23 Kasım 1993, p. 31, seri A n^o 277-A) ayrıca herhangi bir kamu yararına zarar vermemesi gerektiğini hatırlatmaktadır (*Håkansson ve Stureson / İsveç*, 21 Şubat 1990, p. 66, seri A n^o 171-A).

80. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin hukuki uyumsuzluklarından kaynaklanan yargılamaların incelenmesi sırasında, Mahkeme'nin ceza alanında uyguladığı yaklaşımdan esinlenmenin gerekli olduğu kanısındadır (bk. 77. paragraf). Esasen, Mahkeme, başka bir yöntem benimsenmesini haklı gösterecek herhangi bir gerekçe görmemektedir. Bu nedenle, somut olayda Mahkeme, öncelikle, başvurunu hakkında açılan davayla ilgili olarak bilgilendirmek amacıyla

la yetkili makamlarının gerekli özeni gösterip göstermediklerini ve başvuranın haklarından vazgeçip geçmediğini belirlemelidir. Başvuranın haklarından vazgeçmemiş olması halinde, Mahkeme, ulusal hukukun ilgili şahsa yeni ve çekişmeli bir yargılama sağlama imkânı verip vermediğini incelemelidir.

81. Mahkeme, AHM'nin öncelikle, dava dilekçesini ve mahkeme celbini davacı tarafça verilen adrese tebliğ etmeye çalıştıklarını ve başvuran bu adreste bulunmuyor gibi, AHM'nin daha sonra polisten arama yapılmasına karar verdiğini gözlemlemektedir. Mahkeme, AHM tarafından yeni tebligatın polis tarafından verilen adrese gönderildiğini ve başvuran bu adreste de bulunmadığından bu teşebbüsün de sonuçsuz kaldığını tespit etmektedir.

82. Mahkeme, dosyada yer alan hiçbir unsurun, polisin başvuranın adresi olarak kabul edilen adresin tespitinde kullanılan yöntemi ya da giriştiği teşebbüslerin saptanmasına imkân vermediğini tespit etmektedir. Mahkeme ayrıca, Hükümet'in, görüşlerinde bu konuyla ilgili olarak herhangi bir görüş bildirmediğini saptamaktadır.

83. Mahkeme, AHM'nin polisin özen gösterip göstermediği ve muhatabı için genellikle üzücü neticeler doğurması nedeniyle basın yoluyla tebligata başvurmadan önce diğer yöntemlerin kullanılmasının uygunluğu ile ilgili olarak sorgulanmadığını kaydetmektedir.

84. Mahkeme bu bağlamda, nüfus müdürlükleri, mesleki kuruluşlar ya da başvuranın gazeteci kimliği bilindiği halde basın kartlarının verilmesinden sorumlu idare nezdinde herhangi bir teşebbüste bulunulmadığını gözlemlemektedir.

85. Özet olarak, Mahkeme, her şey aksine inanmaya yöneltse de, yetkililerin kendilerinden haklı/yasal ve makul olarak beklenebilecek özenin gösterilmediği kanısındadır. Esasen, Mahkeme, kararın icra edilmesinden itibaren, başvuranın gerçek adresinin söz konusu karar kesinleştikten bir haftadan az bir süre içerisinde zorluk yaşanmadan bulunmasının büsbütün kaygılandırıcı olduğu kanısındadır.

86. Bu nedenle Mahkeme, başvuranın hakkında yürütülen yargılamaya katı-

lamadığını ve çıkarlarını savunamadığını değerlendirmektedir.

87. Öte yandan, Mahkeme, hiçbir şeyin ilgili şahsın adil yargılanma hakkından vazgeçtiğini göstermediğini saptamaktadır. Esasen, başvuranın yargılamadan başka yollarla haberdar olduğu ispat edilmemiş hatta iddia dahi edilmemiştir. Oysa, bir haktan vazgeçme söz konusu olduğunda, her şeyden önce, bu kişinin ilgili haktan ve dolayısıyla yargılamanın varlığından haberdar olduğu var sayılır.

88. Dolayısıyla geriye, iç hukukun başvurana yeterli bir kesinlik derecesinde, hazır bulunacağı yeni bir yargılama elde etme imkânı sağlayıp sağlamadığının incelenmesi kalmaktadır.

89. Somut olayda, Mahkeme, bu hedefe ulaşmak için üç başvuru yapıldığını saptamaktadır.

90. İlk olarak, başvuran, adresini aramak için gösterilen özenin yetersiz olduğu ve -beyanına göre- adresini bilmemeleri mümkün olmayan davacı tarafın kötü niyetli olduğu iddiasını gerekçe göstererek tebligatın geçerliliğine itiraz etmek için temyiz başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme, bu başvurunun ulusal mahkemeler tarafından –bununla birlikte ayrıntılı gerekçe sunmadan- reddedildiğini ve basın yoluyla tebligatın gereğince yapıldığını gözlemlemektedir.

91. Daha sonra, Adalet Bakanlığı tarafından kanun yararına bozma talep edilmiştir. Bununla birlikte, bu başvurunun, adından da anlaşılacağı üzere, tek amacı haksız karara mahal vermeyerek hukukun tutarlılığını sağlamak olduğundan hukuki bir yarar sunmaktır. Esasen, olası bir temyiz, davada tarafların durumu üzerinde etkisi bulunmamaktadır. Mahkeme, her halükarda, bu başvurunun somut olayda Yargıtay tarafından reddedildiğini kaydetmektedir.

92. Başvuran ayrıca, yakın zaman önce davanın yeniden görülmesi için başvuruda bulunmuştur. AİHM, bununla birlikte, söz konusu davanın derdest olduğunu ve başvuru mahkemenin, davanın kabul edilebilirliği hakkında halen karar vermediğini gözlemlemektedir. Mahkeme ayrıca, böyle bir başvuruda bulunma şartları arasında, taraflardan birinin tebligat yapılmaması ya da tebligatın geçerliliğine etki eden başka bir unsur bulunması nedeniyle ilk yargılamaya katılamamış olma koşulu bulunmadığını saptamaktadır. Mahkeme ayrıca, başvuraya-

nın başvurusunu bu koşula değil de 28 Şubat 1997 tarihli toplantı sonunda alınan kararlara katılan Milli Güvenlik Kurulu üyeleri hakkında ceza soruşturması açılması gibi davanın esasını ilgilendiren yeni unsurların bulunmasına dayandırdığını kaydetmektedir.

93. Bu nedenle, Mahkeme, davanın yeniden görülmesine dair yapılan başvurunun başvurana yeterli derecede, yeni dava sırasında hazır bulunma ve çıkarlarını savunma imkânı temin etmediği kanısındadır. Mahkeme ayrıca, Hükümet'in hiçbir zaman aksini iddia etmediğini tespit etmektedir.

94. Sonuç olarak, Mahkeme, başvurana, kendisini ilgilendiren yargılamadan haberdar etmek için gerekli özenin gösterilmediği ve başvuran hakkından vazgeçmediği halde hazır bulunacağı yeni bir yargılama elde etme imkânına sahip olmadığı kanısındadır.

95. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilmiştir.

2. Karakaya hakkında

a) Tarafların iddiaları

96. Başvuran, Ankara AHM'de hakkında açılan davadan haberdar edilmesinden ve yürütülen davaya katılamamaktan şikayet etmektedir. Başvuran, AHM'yi, adresi ararken yeterince özenli davranmamakla ve kendi adresine yapılmayan ve kendi çalışanı olmayan bir şahsa yapılan bir tebligatı geçerli saymakla suçlamaktadır. Başvuran ayrıca, adresinin bazı idarelerden ya da davayı ceza açısından yargılayan mahkemeden temin edilebileceğini ileri sürmektedir.

97. Hükümet, dava hakkında bilgi içeren tebligatın başvurana geçerli şekilde yapıldığı ve başvuranın haklarının ihlal edilmediği kanısındadır.

b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

98. Mahkeme, yukarıdaki paragraflarda hatırlattığı ilkeleri yinelemektedir (bk. 75 ila 78. paragraflar).

99. Mahkeme, birinci başvuranın durumunda uygulanan yöntemler gibi, AHM öncelikle, dava açma belgesini ve mahkeme celbini davacı tarafça sağlanan adrese tebliğ etmeye çalışmış ve başvuran bu adreste bulunmadığı için,

AHM'in akabinde polisten arama yapılmasını talep ettiğini gözlemlemektedir. Mahkeme, AHM'nin ikinci tebligatı polis tarafından temin edilen adrese gönderildiğini ve bu tebligat alıcısına ulaşmadığından, başvuranın "yetkili olmayan çalışan" olarak belirtilen N.G. isimli şahsa verildiğini ve böylelikle yapılan tebligatın başvurana yapılmış olarak kabul edildiğini tespit etmektedir. Mahkeme ayrıca, kararın yargılama sonunda başvurana tebliğ edilmesi gerektiğinde, aynı adresin kullanıldığını ve başvuran adreste bulunmadığından ve AHM'ye başka bir adres bildirmedeğinden, tebligatın, yürürlükteki mevzuata uygun olarak muhatabına yapılmış olarak kabul edildiğini saptamaktadır.

100. Mahkeme bununla beraber, mevzuatta, mevcut durumda Kanununun 35. maddesinin 2. fıkrasında, özellikle, tebligattan sorumlu görevlinin, tebliğ olunacak evrakın bir nüshasının eski adrese ait binaya asılarak ilan edilmesinin öngörüldüğünü kaydetmektedir. Mahkeme, somut olayda, karar tebliğ belgesinde herhangi bir ilandan bahsedilmediğini gözlemlemektedir.

101. Mahkeme, buna rağmen bu hususa daha az önem vermektedir.

102. Esasen, Mahkeme, Tebligat Kanununun 35. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kişiye tebligatta bulunulduğu varsayımının, Sözleşme ile kendiliğinden bağdaşmaması halinde, yine de bilinen son adresin başvurana ait olduğu ya da yargılamadan başvuranın haberdar edildiğinden emin olunması gerektiği kanısındadır.

103. Mahkeme, tam olarak bu husus hakkında, başvurana göre, polis tarafından verilen adres ile tebligatların gönderildiği adresin kendisine ait olmadığını kaydetmektedir.

104. Mahkeme, dosyada yer alan unsurların, polisler tarafından söz konusu adresi başvuranın adresi olarak belirlemede kullanılan yöntemi ya da yapılan işlemleri tespit etmeye imkân vermediğini ve Hükümetin bu konuda ayrıca herhangi bir bilgi sunmadığını kaydetmektedir.

105. Mahkeme, bu bağlamda, başvuranın adresinin tespit edilmesi için özellikle Nüfus Müdürlükleri, mesleki kuruluşlar, basın kartlarının verilmesinden görevli idare ya da davanın ceza açısından görevli mahkeme nezdinde ciddi özen

gösterilmediği kanısındadır.

106. Mahkeme, ayrıca, hiçbir şeyin başvuranın adil yargılanma hakkından vazgeçtiğini bildirmeye imkân vermediğini yinelemektedir. Esasen, başvuranın yargılamadan başka yöntemlerle haberdar olduğu kanıtlanmamış hatta iddia bile edilmemiştir. Oysa bir haktan vazgeçme söz konusu olduğundan, her şeyden önce, bundan vazgeçen kişinin ilgili haktan ve dolayısıyla yargılamanın varlığından haberdar olduğu varsayılmaktadır.

107. Mahkeme, birinci başvurularla ilgili olarak yukarıda sunulan unsurlara atıfta bulunarak, yargılamanın yenilenmesi imkânıyla ilgili olarak, bunun mevcut olmadığını gözlemektedir.

108. Bu nedenle, Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

III. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

109. Başvuranlar, ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğini iddia etmekte ve Sözleşme'nin 9. ve 10. maddelerini ileri sürmektedirler.

110. Hükümet, bu iddiaya karşı çıkmaktadır.

111. Mahkeme, şikâyetin, Sözleşme'nin yalnızca 10. maddesinden kaynaklandığı kanısındadır. Söz konusu madde şu şekildedir:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve ta-

rafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

A. Kabul edilebilirlik hakkında

112. Bu şikâyetlerin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesi bulunmadığını tespit eden Mahkeme, bu şikâyetlerin kabul edilebilir olduğunu açıklar.

B. Esas hakkında

1. Tarafların iddiaları

113. Başvuranlar, Amiral Erkaya'nın 28 Şubat 1997 tarihli “postmodern darbenin” mimarı olduğunun ve bu hususta kendisinin oynadığı rolü eleştiren makalelerin meşru olduğunun kamuoyunda bilindiğini ileri sürmektedirler. Dolayısıyla, başvuranlar, merhumun ailesine tazminat ödemeye mahkûm edilmelerini ifade özgürlüklerine yapılmış bir ihlal olarak değerlendirmektedirler.

114. Hükümet, öncelikle, başvuranların Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan haklarına müdahalenin söz konusu olmadığı kanısındadır.

115. Hükümet ikinci olarak, AİHM'in bir müdahale bulunduğu sonucuna varması durumunda, bu müdahalenin yasayla öngörüldüğü, meşru bir amacı bulunduğu ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu kanaatindedir.

116. Hükümet, yasal dayanakla ilgili olarak, itibarı zedeleyici ihlallerin sebep olduğu maddi ve manevi zararların hesaplanmasına ilişkin ulusal kanunların, doğabilecek olgusal durumların sonsuz çeşitliliğini dikkate almaya imkân vermeleri gerektiğini belirtmektedir. Hükümet, mahkemelerin her somut olaya uygun tazminat ödeyebilmeleri için, makul bir esneklik derecesinin gerekli olduğunu belirtmektedir. Hükümet aynı zamanda, maddi ve manevi tazminatın hesaplanmasını düzenleyen yasal hükümlerde kesin emirlerin bulunmamasının bu konudaki hukuk alanına ayrılmaz bir unsur/çizgi olarak geçmesi gerektiği kanaatindedir. Dolayısıyla Hükümet, “kanun tarafından öngörülen” ifadesinin, başvuranların, uygun hukuki tavsiyelerle bile, mahkûm edilme riski olan tazminatların miktarını herhangi bir kesinlik derecesiyle öngörmelerini zorunlu

kıldığının düşünülebileceği görüşündedir. Hükümet, bu bağlamda *Tolstoy Mi-loslavsky / Birleşik Krallık* kararına (13 Temmuz 1995, p.41, Seri A No. 316-B) dayanmaktadır.

117. Hükümet ardından, müdahalenin amacıyla ilgili olarak, başvuranların mahkûmiyetinin itibarın ve başkasının haklarının korunması amacı taşıdığını belirtmektedir.

118. Son olarak Hükümet, demokratik bir toplumda müdahalenin gerekli olup olmadığıyla ilgili olarak, demokratik bir toplumda bir müdahaleyi gerekli kılan temel bir sosyal ihtiyacın varlığını tespit etmek amacıyla, makamların belirli bir değerlendirme payı bulunduğunu hatırlatmaktadır. Somut olayda, Hükümet, AHM'nin kararının, hedeflenen meşru amaçla orantılı olduğunu ve dolayısıyla müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci paragrafı anlamında, gerekli olduğunu değerlendirmektedir. Hükümet özellikle, *Wingrove / Birleşik Krallık* Kararı'nın 58. paragrafına dikkat çekmektedir (25 Kasım 1996, Karar ve Hükümlerin Derlemesi 1996-V).

119. Başvuranlar, şikâyetlerini yinelemektedirler. Başvuranlar diğer taraftan, mahkûmiyetlerinin çalıştıkları gazeteyi, kendi söylemlerine göre tasfiye edildiğinden beri, hedef alan bir tür utandırma amacı taşıdığını ileri sürmektedirler.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Genel İlkeler

120. Mahkeme, ifade özgürlüğünün, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan birini ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini hatırlatmaktadır. İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası hükmündeki düzenlemeyi saklı tutulmak şartıyla, sadece toplum tarafından kabul gören zararsız veya ilgisiz kabul edilen “bilgi” ve “fikirler” için değil, incitici, şok edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, yokluğu halinde “demokratik bir toplum”dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkı, bazı istisnalara tabi ise de, bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılması

rılmasının ikna edici olması gerekmektedir (*Stoll / İsviçre* [BD], No. 69698/01, p. 101, AİHM 2007-V).

121. Mahkeme ayrıca, kendi rolünün son olarak, ifade özgürlüğüne bir “kısıtlama” getirilmesinin Sözleşme'nin 10. maddesi ile uyuşup uyuşmadığına karar vermeye dayandığını hatırlatmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, müdahalenin “hedeflenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve bunu kanıtlamak için ulusal makamlar tarafından öne sürülen gerekçelerin, “konuyla ilgili ve yeterli” görünüp görünmediğini belirlemek için, müdahaleyi davanın bütünü ışığında değerlendirmektedir. Dolayısıyla, ulusal makamların Sözleşme'nin 10. maddesinin içerdiği ilkelere uygun kurallar uyguladıklarına AİHM'in ikna edilmesi gerekmektedir, üstelik bu husus, ilgili olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayanılarak sağlanmalıdır (diğerleri arasında bk., *Steel ve Morris / Birleşik Krallık*, No. 68416/01, p. 87, AİHM 2005-II).

122. Mahkeme, demokratik bir toplumda basın kaçınılmaz olarak üstlendiği “bekçi köpeği” seçkin rolünün altını çizmektedir (*Bladet Tromsø ve Stensaas / Norveç* [BD], No. 21980/93, p. 62, AİHM 1999-III). Bu rol sebebiyle, basın özgürlüğü de bazı aşırı muhtemel başvuru yolları yani kışkırtma içermektedir (*Gawęda / Polonya*, No. 26229/95, p. 34, AİHM 2002-II).

123. Üstelik bir iftira veya hakaret için ileri sürülen şikâyete ilişkin olarak yürütülen bir yargılama kapsamında, AİHM, ihtilafı tedbirin orantısını değerlendirirken, bir takım farklı etkenleri dengelemelidir.

124. Mahkeme, öncelikle ihtilafı bir konu ile ilgili olarak, bir politikacı aleyhinde kabul edilebilir eleştirinin, bu nitelikte amaçlanan sınırlarının, basit bir şahıs aleyhinde yapılan eleştirilere göre daha geniş olduğunu hatırlatmaktadır. İkinci husustan farklı olarak, birinci husus, daha çok gazeteciler tarafından olduğu kadar halk kitlesi tarafından da eylemlerinin ve hareketlerinin kaçınılmaz ve bilinçli şekilde dikkatli bir denetimini teşkil etmektedir; dolayısıyla politikacı daha büyük bir hoşgörü göstermelidir (*Lingens / Avusturya*, p. 42, 8 Temmuz 1986, Seri A No. 103). Bu ilke, sadece bir politikacının bulunduğu durumlarda uygulanmamaktadır, kamuya mal olmuş şekilde nitelendirilebilecek, yani kamuoyunda eylemleriyle (bu bağlamda bk., *Krone Verlag GmbH & Co. KG / Avus-*

turya, No. 34315/96, p. 37, 26 Şubat 2002, ve *News Verlags GmbH & Co.KG / Avusturya*, No. 31457/96, p. 54, AİHM 2000-I) veya konumu dolayısıyla (*Verlagsgruppe News GmbH / Avusturya (No. 2)*, No. 10520/02, p. 36, 14 Aralık 2006) tanınmış herkes için uygulanmaktadır.

125. AİHM, ikinci husus olarak, iftira sebebiyle tazminat ödenmesine hükmedilen bütün kararların, şerefi rencide edici ihlal ile makul bir orantı ilgisi teşkil etmesi gerektiği kanısındadır (daha önce anılan *Tolstoy Miloslavsky*, p. 49). Üstelik AİHM, tazminatın veya ilgilinin mahkûm edildiği cezanın önemini değerlendirmek amacıyla, kişisel konumunu, özellikle dava dosyasından anlaşılan gelirini ve durumunu dikkate almaktadır (daha önce anılan *Steel ve Morris*, p. 96 ve *Marônek / Slovakia*, No. 32686/96, p.58, AİHM 2001-III).

126. AİHM, son olarak, ifade özgürlüğünün teşkil ettiği çıkarları ve başkasının haklarını korumak için, adil yargılama ile silahların eşitliği ilkelerinin belirli bir ölçüde sağlanmasının önemli olduğunu hatırlatmaktadır (daha önce anılan *Steel ve Morris*, p.95).

b) Yukarıda anılan ilkelerin mevcut davaya uygulanması

i. Bir Müdahalenin Bulunması Hakkında

127. Mahkeme, Hükümet'in itirazına herhangi bir dayanak sunmaksızın itiraz etmekle yetindiğini öncelikle gözlemlemektedir.

128. Mahkeme, başvuranların yazdıkları ve ulusal bir gazetede yayımlanan makaleler sebebiyle maddi tazminat ödemeye mahkûm edildiklerini tespit etmektedir.

129. Mahkeme dolayısıyla, şikâyetçilerin Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan haklarıyla ilgili olarak, gerçekten bir müdahaleye maruz kaldıkları kanısındadır.

ii. Müdahalenin Yasal Temeli ve Amacı Hakkında

130. Mahkeme, müdahalenin yasal temeli ve amacının, taraflar arasında bir ihtilaf konusu olmadığını, başvuranların Hükümet'in gerekçelerine itiraz etmediklerini tespit etmektedir.

131. Mahkeme, Hükümet'in gerekçelerine katılarak, müdahalenin kanun tarafından öngörüldüğü ve meşru bir amacı olduğu kanaatine varmaktadır.

iii. Demokratik Bir Toplumda Müdahalenin Gerekliliği Hakkında

132. Mahkeme öncelikle, ihtilafli makalelerin ordunun siyasi rolü ve Milli Güvenlik Kurulu'nun 28 Şubat 1997 tarihinde gerçekleştirdiği toplantının sosyal ve siyasi sonuçları hakkında yazıldıklarını gözlemlemektedir. Başvuranlar, – darbe ile özdeşleştirilen - bu makalelerde, söz konusu vesileyle alınan kararları ve müteveffaya atfedilen rolü eleştirmişlerdir.

133. Mahkeme ayrıca, başvuranların söylemlerinin, açıkça kamu yararına yapılan, sadece yakın geçmiş zamanda meydana gelmiş önemli bir olayla değil, aynı zamanda dönemin güncel konularıyla ilgili bir tartışmadan ortaya çıktığını dikkate almaktadır.

134. Mahkeme, genel menfaati ilgilendiren bir konunun varlığı mevcutsa, bu durumun Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında üst düzey bir koruma gerektirdiği kanısındadır (diğer birçok karar arasında bk., daha önce anılan *Marônek*, p. 56 ve *Boldea / Romanya*, No. 19997/02, p.57, 15 Şubat 2007).

135. Mahkeme, ihtilafli metinlerin içeriğinin, Amiral Erkaya aleyhinde suçlayıcı nitelikte olduğunu tespit etmektedir. Bu makaleler açıkça, 28 Şubat 1997 tarihli toplantı tarafından başlatılan sürecin meşru olmadığını üstü kapalı olarak anlatmaktadır. Makalelerin yazarları, müteveffanın yakınlarını incitebilecek sert ve alaycı bir dil kullanmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, bu makalelerin kamu yararına olan bir tartışma hakkında olduklarını yinelemektedir ve kabul edilebilir bir eleştiri teşkil ettikleri kanısındadır (*Gouveia Gomes Fernandes ve Freitas e Costa / Portekiz*, No. 1529/08, p.48, 29 Mart 2011, *Skalka / Polonya*, No. 43425/98, p.34, 27 Mayıs 2003).

136. Ayrıca Mahkeme, müteveffanın silahlı kuvvetler bünyesinde çok önemli bir görevde bulunduğunu gözlemlemektedir: Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, bu unvan dolayısıyla Milli Güvenlik Konseyi üyeliği yapmıştır. Müteveffa, gerçekleştirebildiği görevleri ve basın açıklamalarıyla, ülkenin siyasi hayatında yer almıştır. Dolayısıyla, siyasetçi olmamasına rağmen, müteveffa “basit bir kişi”

olarak değil daha çok, halk arasında iyi tanınan bir şahsiyet olarak değerlendirilebilmiştir.

137. Mahkeme, makalelerin yayımlanması için seçilen zamanın, müteveffanın ailesine yakınlarının kaybının acısına eklenen bir acıya sebep olacak nite-likte olduğunu dikkate almaktadır. Bununla birlikte, halka mal olmuş kişilerin cenaze törenleri, hayatlarının ve eylemlerinin anlatılması için vesile olabilmektedir. Dolayısıyla, başvuranların, makalelerini yayımlamak için bu anı seçmiş olmaları şaşırtıcı değildir. AİHM'e göre, bu sebeple zaman seçimi, müteveffanın yakınlarına isteyerek zarar vermek amacıyla değil, gazetecilik gerekliliklerine dayanılarak yapılmıştır.

138. Mahkeme, her halükarda, ihtilafı makalelerin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen meşru çıkarılardan birisini ihlal eden, kişisel düşüncelerin ifade edilmesi çerçevesini aşan bir unsur içerdiğinin altını çizmektedir: İhtilafı metinler esas olarak demokratik rejimde yer alan bir aksaklığı göstermek amacıyla yazılmıştır (daha önce anılan *Kayasu*, p.101). Mahkeme, bu unsurun, Sözleşme bağlamında, çatışan çıkarların dengelenmesinde oldukça önemli bir ağırlığı olması gerektiği kanısındadır.

139. Mahkeme, başvuranların ödemeye mahkûm edildikleri tutar ile ilgili olarak, öncelikle kararın, başvuranların bir araştırma konusu olan sosyo-ekonomik durumlarını belirtip belirtmediğini dikkate almaktadır, karar, bu durumun niteliğini ve sonuçlarını, dahası en azından AHM'nin tazminat miktarını belirlemek için dikkate aldığı tutumu da belirtmemektedir. Mahkeme ayrıca, AHM'nin, bu bağlamda herhangi bir gerekçe sunmadan ve ihtilafı makaleler belirliyen davalıları müştereken mahkûm ederek, oldukça alışılmamış bir tutum sergilediğini gözlemlemektedir.

140. Mahkeme üstelik özellikle başvuranlardan birisinin evine zorunlu bir ihale sebebiyle el koyulmasından dolayı, başvuranların ödemeye mahkûm edildikleri tazminatın ağır olduğunu gözlemlemektedir. Müteveffanın ailesine ödenmek üzere güncel olarak başvuranlardan talep edilen miktar 164 000 TRY'dir. Mahkeme bu hususla ilgili olarak, söz konusu durumda, sadece başvuranlar üzerinde değil aynı zamanda gazeteci olan herkesin üzerinde önemli caydırıcı etkisi

olan bir cezadan söz edildiği kanısındadır.

141. Mahkeme, son olarak, ifade özgürlüğü ve başkasının haklarına saygı ilkelerinin teşkil ettiği çatışan çıkarları korumak için, adil yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin belirli ölçüde sağlanması gerektiğinin önemli olduğunu yinelemektedir. Mahkeme bununla birlikte, somut olayda yargılamanın, başvuranların katılımıyla gerçekleştirilmemesi sebebiyle, adil olmadığını ve ihtilafı olduğunu, bu yüzden Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğini tespit etmektedir.

142. Mahkeme, bu unsurlar ışığında, ihtilafı müdahalenin hedeflenen meşru amaçla orantılı olmadığı kanısındadır.

143. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. İDDİA EDİLEN DİĞER İHLALLER HAKKINDA

144. Başvuranlar, ulusal mahkemeleri, ödenecek tazminat miktarını ihtilaf-lı makalelerin durumuna göre her biri için ayrıca belirlemek yerine kendilerini müştereken tazminat ödemeye mahkûm etmekle suçlamaktadır. Kendilerine göre, tümüne şamil (*in solidum*) bu mahkûmiyet, her birine diğerinin sorumluluğunu yüklemektedir. Daha açık olarak, Dilipak, Sözleşme'nin 7. maddesini ileri sürerek, bu durumun cezaların kişiselliği ilkesini ihlal ettiğini iddia etmektedir, Karakaya ise, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca, mülkiyet hakkının ihlal edildiği kanısındadır.

145. Mahkeme, sunulan iddiaları tanımakta yetkili olması dolayısıyla, kararın daha yukarı kısmında incelenen şikâyetlerden farklı konularda ileri sürülen şikâyetler için, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin herhangi bir ihlalini tespit etmemektedir.

146. Dolayısıyla Mahkeme, bu şikâyetlerin kabul edilemez olduklarına karar vermiştir.

V. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

147. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca,

“Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse

ve ilgili Yüksek Sözleşmecî tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyet uygun surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

148. Karakaya'nın herhangi bir adil tazmin talebi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, bu bağlamda kendisine bir miktar ödemenin gerekli olmadığı kanısındadır.

149. Dilipak, maruz kaldığı zarar için maddi ve manevi bağlamda 500 000 TRY talep etmektedir.

150. Hükümet, Dilipak tarafından talep edilen miktarın gerçek olmayan hesaplamalara dayandığı ve talebinin belgelerle kanıtlanmadığı kanısındadır. Sonuç olarak Hükümet, Mahkeme'yi, bu başvuranın taleplerini reddetmeye davet etmektedir.

151. AİHM, Sözleşme'nin 41. maddesini saklı tutmasının uygun olduğu kanaatine vararak, bu maddenin davada uygulamayacağı kanısındadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvuruların birleştirilmesine;
2. Başvurunun Sözleşme'nin 6. ve 10. maddelerine ilişkin şikâyetlerle ilgili kısmının kabul edilebilir ve geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna;
3. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
5. Sözleşme'nin 41. maddesinin, Dilipak'la ilgili olarak, uygulanamadığına, dolayısıyla,
 - a) bu hakkı saklı tutmaya;
 - b) Hükümetin ve başvuruların, mevcut kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde, yazılı olarak, bu konuyla ilgili görüşlerini göndermesine ve özellikle tarafların ulaşabilecekleri herhangi bir anlaşmaya dair Mahkeme'ye bilgi vermelerine;
 - c) sonraki yargılamayı saklı tutmaya ve ihtiyaç duyulması durumunda yargı-

lamanın başlatılması için Daire Başkanını yetkilendirmeye;

karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilerek İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 maddeleri uyarınca, 4 Mart 2014 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

İşbu kararın ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrasına ve İçtüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, Yargıç Spano'nun ayrık görüşü yer almaktadır.

G.R.A.
S.H.N.

YARGIÇ SPANO'NUN MUTABAKAT ŞERHİ (Çeviridir)

1. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ve 10. maddesinin ihlal edildiği-ne karar veren çoğunlukla aynı fikirdeyim.

2. Mahkeme, kararın 76 ile 79. paragrafları arasında, *Sejdovic / İtalya* [BD] (No. 56581/00, p. 82, AİHM 2006-II), *Colozza / İtalya* (12 Şubat 1985, p. 33, Seri A No. 89) ve *Medenica / İsviçre* (No. 20491/92, p. 55, AİHM 2001-VI) Kararlarından doğan gıyabında tutuklanmasına (*in absentia*) ilişkin ilkeleri hatırlatmaktadır. Burada, mevcut davanın, Mahkeme'nin doğrudan karşı çıktığı, söz konusu ilkelerin, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının hukuki yönünden kaynaklanan bir davaya dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği konusunda öncelik kazanıyormuş gibi görüldüğünün altını çizmek isterim. Mahkeme, bu duruma genel ve soyut anlamda olumlu yaklaşmıştır (kararın 80. paragrafı).

3. Bana göre Mahkeme'nin, bu yeni sorun hakkında daha katı ve dikkatli bir yaklaşım sergilemesi ve bu ilkelerin davanın olaylarına uygulanmasını kısıtlaması gerekirdi. Somut olayda başvurular, iç hukukta yürütülen yargılamanın sonucuyla ilgili olarak, hukuki yargılamanın uygulanabilir kurallarına uygun bir şekilde bilgilendirilmemişlerdir. Başvuranlar, kendileriyle ilgili olan suçlamalara cevap verme imkânları olmadan mahkûm edilmişlerdir, dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakları söz konusu olmuştur (120 - 143. paragraflar).

4. Bu özel koşullar ve özellikle söz konusu genel hukuk bakımından, somut olayda Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği hakkında meslektaşlarımla hemfikirim. Bana göre, aksi halde, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının hukuki yönünden kaynaklanan diğer davalarda gıyabında tutukluluğa (*in absentia*) ilişkin ilkelerin uygulanması gerekip gerekmediği konusunun önünü açık bırakmak ve bu türden davaları konusuna göre ayırt etmek gerekirdi. Değişken usuli sistemlere karşı olan yaklaşımların tümüne itiraz eden uluslararası bir mahkeme için, hukuki yargılamaya ilişkin içtihatların gelişimi konusunda ihtiyatlı olması esastır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

MEHMET KÖSE / TÜRKİYE DAVASI

Başvuru No.10449/06

KARAR

STRAZBURG

1 Nisan 2014

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

Mehmet Köse / Türkiye Davası'nda,

Başkan,

Guido Raimondi,

Yargıçlar,

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller,

Paul Lemmens,

Robert Spano,

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 11 Mart 2014 tarihinde gerçekleştirdiği müzakereler neticesinde, anılan tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

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

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (10449/06 No.lu) davanın temelinde, bu ülkenin vatandaşı olan Mehmet Köse'nin ("başvuran") 13 Mart 2006 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.

2. Başvuran, Ankara'da görevli avukatlar Ö. Korkut ve K. Dermancıoğlu tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir

3. Başvuru 12 Ocak 2010 tarihinde Hükümet'e gönderilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

4. Başvuran 1927 doğumlu olup, Mersin'de ikamet etmektedir.

5. Başvuran, 31 Aralık 2002 tarihinde zorunlu askerlik hizmeti sırasında ölen Yılmaz Köse'nin ("Yılmaz") babasıdır.

6. Başvuranın oğlu, 2002 er celbinde silahaltına alınacaklar arasında yer almıştır.

7. Yılmaz, askerlik şubesinde yoklamasını yaptırmış ve askerlik eğitimine başlamadan önce, diğerlerinin yanı sıra psikolojik muayeneyi de içeren rutin bir sağlık muayenesine tabi tutulmuştur.

8. Doktorlar tarafından, Yılmaz'ın askerlik hizmetini yerine getirmeye elverişli olduğu kabul edilmiştir. Yılmaz, yetkililere özel herhangi bir sorunu olduğunu bildirmemiştir.

9. Yılmaz, 15 Nisan 2002 tarihinde, İncirlik'te (Adana) temel askerlik eğitimi için birliğine katılmıştır.

10. 1 Mayıs 2002 tarihinde düzenlenen tutanağa göre Yılmaz, Nöbetçi Çavuş N.G.'nin emirlerine itaat etmemiş ve ona saldırmıştır. Yılmaz, aynı gün bu konuya ilişkin verdiği ifadede, bir önceki gece tuttuğu nöbete bağlı olarak ciddi derecede yorgun olduğunu belirtmiştir.

11. Yılmaz, 16 Mayıs 2002 tarihinde, izninden üç gün geç dönmesi nedeniyle beş gün özgürlükten yoksun bırakıcı disiplin cezası olan oda hapsine çarptırılmıştır. İlgili, aynı gün hapis odasına yerleştirilmiştir.

12. Yılmaz, 24 Ekim 2002 tarihinde, 7 günlüğüne izne çıkmış ancak 6 Kasım'da geri dönmüştür. Bu bağlamda açılan soruşturma kapsamında verdiği ifadeye, Yılmaz, askeri birliğine katılmak amacıyla 1 Kasım tarihinde hareket etmek için hazırlandığını, ancak "babasıyla büyük bir tartışma" yaşadığını beyan etmiştir. Yılmaz sorunun sevdiği kız ile ilgili olduğunu, iki aile arasında anlaşmazlığın bulunduğunu, aileleri uzlaştırmak için kalması gerektiğini bildirmiştir.

13. Yılmaz, 20 Kasım 2002 tarihinde sağlık muayenesi için askeri hastaneye gitmiştir. Aynı günün akşamı geri gelmesi gerekirken ancak 24 Kasım 2002 tarihinde geri dönmüştür.

14. Yılmaz, 26 Kasım 2002 tarihinde, Bölük Komutanı tarafından sorguya çekilmiştir. Hastanedeki muayenesinden sonra neden kaçtığı yönündeki soruya aşağıdaki cevabı vermiştir:

"20 Kasım 2002 tarihinde haksız yere hırsızlıkla suçlandım. Her gün yıkanmadığım halde pis birisiymişim gibi muamele gördüm. Temiz olmaya çok özen gösterdiğim için bu duruma katlanamadım."

15. Yılmaz'ın, "izin sürelerini aşması" ve nedenleri ile ilgili yapılan sorgusunda, hiçbir şeyi önceden tasarlamadığını, eylemlerini kendi iradesi dışında gerçekleştirdiğini ve firarı süresince sokakta kaldığını beyan etmiştir.

16. İfadesinde aynı zamanda şunları belirtmiştir;

"Fakat beni firar etmeye iten asıl sebebin bu olduğunu düşünmüyorum. İstemedim bazı şeyler yapabiliyorum. Komutanımın tavsiyeleri üzerine (...), birliğime katılır katılmaz psikolojik tedavi göreceğim."

17. Belgelerde belirtilmeyen tarihlerde, Yılmaz kendi üstleriyle görüşmüştür. Bu görüşmelerden biri sırasında doldurulan kişisel bilgi formunda, Yılmaz, çok değersiz olduğunu, bazen hayatına son vermeyi düşündüğünü ve daha önce herhangi bir psikiyatrik tedavi görmediğini belirtmiştir.

18. Doktor ve Bölük komutanı tarafından imzalanmış diğer bir formda aşağıdaki bulgular tespit edilmiştir:

“(…) samimi ve yetenekli; bazen itaatsizlik etse bile saygılı ve kabiliyetli; disiplin suç ve cezalarına ilişkin davalar, izin süresini aşma ve itaatsizlik nedeniyle disiplin mahkemeleri ile askeri mahkemeler önünde derdesttir; Yılmaz, sevdiği kız ile kendi ailesi arasındaki sorunlarından bahsetmiştir; Yılmaz, ailesinin kız kardeşini kayırdığını iddia etmektedir.”

19. Doktor Yılmaz'ın kaygılarının ailevi konularla ilgili olduğunu, herhangi bir bağımlılığının olmadığını, Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde askerlik hizmetini gerçekleştirebileceğini ve ailevi meselelerini çözmesi halinde kaygılarının sona ereceğini belirtmiştir.

20. Başvuranın oğlu, 15 Aralık 2002 tarihinde, saat 21.00'da nöbetçi kulübesinde ağır yaralı halde bulunmuş ve Adana'daki İncirlik Amerikan Hastanesine kaldırılmıştır.

21. Aynı akşam, önce Adana Jandarma Kriminal Ekibi daha sonra da askeri savcı delilleri toplamak için olay yerine gitmiştir.

22. Kriminal ekip tarafından hazırlanan, 16 Aralık 2002 tarihli tutanakta şunlar belirtilmiştir:

- Kıdemli Başçavuş B.K.'nin tanık olarak verdiği ifadeye göre Yılmaz M-1 tipi tüfeğini kullanarak kendisini karnının sağ tarafından yaralamıştır;
- Yılmaz, Amerikalıların kaldığı lojmanların güneybatısındaki 6491 nolu kulede, nöbet mevzisinde intihara teşebbüs etmiştir;
- Kıdemli Başçavuş B.K. Yılmaz'ın tüfeğinin boşaltılmasını ve tüfek ile bulunan boş mermi kovanının tekrar yerlerine konulmasını emretmiştir.
- 4731020 seri numaralı M-1 tüfeği, olay yerinde tespit edilen 5 x 5 santimetre çapındaki kusmuk izi ve nöbet kulesinin dibinde bulunan mermi kovanı delil unsurlarını oluşturmuştur;
- Askeri savcının talebi üzerine olay yerinin görüntü kaydı alınmış, kroki çizilmiş ve tüfek ile mermi kovanı balistik inceleme için ekibe teslim edilmiştir;

- Yılmaz'ın ellerinde barut kalıntılarının bulunup bulunmadığı tespit edilememiştir, zira o sırada ilgili ameliyat edilmek üzereydi; tüfeğin üzerinden parmak izlerinin alınması da mümkün olmamıştır, çünkü tüfek güvenlik gerekçesiyle boşaltılmıştır.

23. Askeri savcı, nöbet mevzilerinin rutin kontrollerini yaptıkları sırada Yılmaz'ı yaralı halde bulan üç (3) uzman çavuşu dinlemiştir. Söz konusu çavuşlarca verilen ifadelerin somut olaya ilişkin kısımları aşağıdaki gibi okunmaktadır:

M.A : “(...) ben güvenlik taburunun (...) ekibinin komutanıyım. O akşam, nöbet mevzilerinin kontrolünden sorumlu motorlu devriye olarak akşam saat sekizden sabah saat sekize kadar nöbetteydim. Saat 21 gibi, [nöbet kulesinin] balkonunun yanında, 80/14 no.lu nöbetçi kulübesine yaklaştığım sırada inilti sesine benzer bir ses duydum. Uzman çavuşlar V.Ü. ve E.Ç. bana eşlik ediyorlardı. Yaklaştığımızda, 25 metre uzakta sivil birisini gördük. Oraya ulaştığımızda, bu kişinin nöbet mevzisine yakın bir yerde ikamet eden Amerikalı bir çalışan olduğunu anladık. Kendisiyle İngilizce konuştuk. Amerikalı personel iki ya da 3 dakika önce geldiğini, zira silah sesi duyduğunu ve yardım istemek için evine geri döndüğünü söyledi. İnleme sesi duyduğum zaman hemen nöbet kulesine çıktım ve Yılmaz'ı yerde yatar vaziyette gördüm (...). İlgili yaralandığını, daha doğrusu kendisine ateş ederek yaralandığını bize söylediği sırada biz, müdahalede bulunmadık ve hemen telsizle güvenlik merkezine haber verdik ve bir an önce ambulans göndermelerini istedik. Yaralı, karnından yaralandığını ve canının yandığını söyleyerek bağıırıyordu. Ambulans telsizle çağırdıktan yaklaşık beş dakika sonra geldi. Yaralıyı yerleştirdiğimiz ambulans hastaneye doğru yola çıktı. Olay yerine geldiğimiz anda Amerikalı vatandaş müdahalede bulunmamıştı. Daha sonra adının J.E.G. (...)” olduğunu öğrendim.”

V.Ü. : “(...) Nöbetçi kulübesinin yakınında sivil birisini gördük. Onun ismi J.E.G.'dir. Diğer iki kişi nöbet kulesine çıktı, ben J.E.G ile aşağıda kaldım. J.E.G., bana birkaç dakika önce silah sesi ile ve köpek ya da kedinin iniltisine benzer bir ses duyduğunu, ne olduğunu anlamak için dışarı çıktığını ve acil yardım ve güvenlik birimlerini, yani 911'i aradığını söyledi. Nöbet kulesine çıkan

arkadaşlar, nöbetçinin, silahıyla kendisini vurduğunu söylediler. Ben nöbet kulesine çıkmadım, hemen telsiz ile merkezi aradım. Ben ve arkadaşlarım yaralının yanındayken müdahalede bulunmadık (...). Ambulans yaralıyla birlikte gittikten sonra, üstlerimizin emriyle, olayda kullanılmış olan M-1 tüfeğini aldık ve nöbetçi amirin yanına gittik. Nöbetçi kulübesinde bıraktığımız Uzman Çavuş E.Ç. daha sonra boş bir kovan bulduğunu söylemek için bizi aradı. Biz de bu kovayı almaya gittik.”

E.Ç. : “(...) nöbetçi asker yerde yatıyordu. Kendisine ne olduğunu sorduğumda, bana vurulduğunu söyledi. Olayın nasıl gerçekleştiğini sordum ve bana “kazara kendimi vurdum.” dedi. M.A. neresine ateş ettiğini sordu, yaralı eliyle karnını gösterdi (...). Nöbet tutmak için olay yerinde kaldım. Olay mahallini incelediğimde, nöbet kulesinin dibinde, M-1 tüfeğine ait bir kovan buldum. Nöbetçi amire haber verdim. Nöbetçi arkadaşlar onu almaya geldiler.”

24. Nöbetçi savcı, ön inceleme tutanağında, M-1 tüfeğinin incelenmesi için kriminal ekibe verildiğini, Yılmaz'ın ameliyat edilebilmesi için Adana'daki İn-cirlik Amerikan Hastanesi'ne sevk edildiği konusunda Yılmaz'ın komutanı tarafından bilgilendirildiğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra, Yılmaz'ın üzerinde bulunan yedi mermilik şarjörün muhafaza altına alındığını kaydetmiştir.

25. Savcı, 16 Aralık 2002 tarihinde Yılmaz'ın dört (4) arkadaşını dinlemiştir. Arkadaşlarının hepsi Yılmaz'ın özellikle ailesi ve nişanlısıyla olan ilişkileri açısından parasal ve kişisel sorunlarının bulunduğu iddia etmiştir. Arkadaşları, aynı zamanda ilgilinin izin sürelerini aşmasından ve firar etmesinden bahsetmişlerdir. İlgililerce verilen ifadelerin somut olayla ilgili bölümleri aşağıdaki gibi okunmaktadır:

K.C. : “(...) O, ailesinden para isterdi ama ailesi kız kardeşinin evleneceğini söyleyerek kendisine para veremeyeceklerini söylerdi. Nişanlısı ile de sorunlarını vardı. Yaklaşık bir ay önce, bu sorunları nedeniyle firar etmişti. Taburuna yeniden katılmadan önce yaklaşık 6 gün boyunca asker kaçağı olmuştu (...). Yılmaz yakalandıktan sonra, Komutanımız psikolojik sorunları nedeniyle kendisini hastaneye sevk etti. Yılmaz hastaneden döndüğünde, bana gözetleme kulesinde nöbetteyken intihara kalkıştığını ancak vazgeçtiğini söyledi. Diğer taraftan, ai-

lesi nişanlısıyla evlenmesine karşıydı. Bu nedenle, sorunları vardı. Kendisine sorduğumuz zaman sorunlarını anlatırdı. Normalde, çok konuşmazdı. (...)"

O.B: "(...) Bildiğim kadarıyla, Yılmaz'ın nişanlısı kalp hastasıydı. (...) ve Yılmaz'ın ailesi sağlık sorunları olan bir kızla evlenmesini istemiyordu. (...) askerden firar ettikten sonra Yılmaz'ın babası onun ziyaretine geldi. Yılmaz, bundan sonra her şeyin düzeldiğini söyledi. (...) Çok konuşmazdı. (...) intihar konusunda bana bir şey söylemedi. (...)")

C.S.: "(...) Yılmaz yakın arkadaşımды. Ailesiyle sorunları vardı. Bana sürekli nişanlısının kalp hastası olduğunu ve bu nedenle ailesinin onunla evlenmesine karşı olduğunu söylerdi. (...) Bayram süresince buradaydı. Bana, ailesi ve nişanlısıyla tartıştığını ve ölmek istediğini söyledi. Onu sakinleştirmeye çalıştım. Bana, nişanlısıyla kendisinin askerlik hizmetine başlamadan önce intihar etmeye kalkıştıklarını söyledi. Her ikisinin de intihar etmek için damarlarını kestiklerini söyledi. (...)")

K.A.: "(...) Yılmaz'ın, ailesiyle maddi anlamda ve ilişkiler anlamında sorunları vardı. [aile üyeleri] Yılmaz'a telefon açmıyorlardı. Para da göndermiyorlardı. (...) Bildiğim kadarıyla, orduya katılmadan önce intihar etmeye kalkışmıştı. (...)")

26. Savcı, aynı tarihte, Yılmaz'ın cüzdanında bulunan resmi belgeleri (sigorta poliçesi, silah taşıma ruhsatı, atış talim sonuçları) ve ailesi ile nişanlısından gelen kişisel mektupları dava dosyasına eklemiştir. Mektuplarının bazılarında, Yılmaz'ın ailesi ve nişanlısı arasında sorunların olduğu anlaşılmaktadır.

27. Balistik incelemenin ardından, 24 Aralık 2002 tarihinde bir rapor düzenlenmiştir. Bilirkişiler, olay yerinde tespit edilen mermi kovanının Yılmaz'ın tüfeğinden çıktığı sonucuna varmışlardır.

28. Yılmaz, 31 Aralık 2002 tarihinde hayatını kaybetmiştir.

29. Adli Tabip, 1 Ocak 2003 tarihinde, askeri savcı refakatinde Yılmaz'ın cenazesi üzerinde ayrıntılı bir dış inceleme yapmış ve otopsi işlemine başlamıştır.

30. Bu rapora göre, yapılan incelemeler, göğüs ve sırt hizasına isabet eden mermi nedeniyle delikler oluştuğunu tespit etmeye imkân vermiştir, ancak mey-

dana gelen ölümcül atışa ilişkin olarak bu deliklerden hangisinin mermi giriş ve çıkış delikleri olduğu belirtilmemiştir.

“(…) arka aksiller hizasında sağ koltukaltına 10 santimetre mesafesinde 2 x 1 santimetre çapında dikili yara izi; üst lateral lomber kolonun hizasında 1 x 1 santimetre çapında dairesel olarak iltihaplı bir yara; koltukaltında 6 santimetre mesafesinde 2,5 x 1,5 santimetre çapında iltihaplı yara; tespit edilen bu [son] yaranın 1,5 santimetre mesafesinde sağ kısmında düğme şeklinde 2 santimetrelilik lezyon”

31. Bu inceleme sonunda düzenlenen raporda, ayrıca, 19 Aralık 2002 tarihli Çukurova Tıp Fakültesi Balcalı Hastanesi tarafından düzenlenen belgeye ve 15,16 ile 18 Aralık 2002 tarihli İncirlik Amerikan Hastanesi’nce düzenlenen belgelere atıfta bulunmaktadır.

32. Raporda ayrıca, 15 Aralık 2002 tarihli belgede sağ koltukaltının arka alt kısmında mermi giriş deliği ve sağ üst çeyreğinde mermi çıkış deliği tespit edildiği dikkate alınmaktadır. 16 Haziran 2002 tarihli belge özellikle aşağıdaki gibidir:

“(…) Mermi, göğsün sağ arka tarafından girmiş olup sağ taraftan diyaframı, karaciğerin sağ lobunu, sağ böbreğe doğru kalın bağırsağı ve ince bağırsağı zedeledikten sonra karnın sağ üst çeyreğinden çıkmıştır.”

33. Sonuç olarak raporda, “ateşli silahtan çıkan, ilgiliye isabet eden mermilerin sayısını doğru bir şekilde belirlenmesi, kişinin bedeninde halen bir merminin bulunup-bulunmadığının ve atış mesafesinin belirlenmesi” amacıyla, cenazenin Adli Tıp Kurumuna sevk edilmesi konusunda sistematik bir otopsi yapılmasının gerekli olduğu sonucuna varılmıştır.

34. Aynı tarihte, Adana Adli Tıp Kurumu doktorları tarafından, askeri savcı refakatinde klasik bir otopsi yapılmıştır. 28 Mayıs 2003 tarihinde düzenlenen rapora göre, doktorlar cenazenin dış incelemesinde: “1- göğse dikey olarak, kemer hizasına 3 santimetre mesafede sağ üst çeyrekte 2,5 cm x 1 santimetre çapında kısmen kenarları düzensiz şekilde dikili bir yara izi; 2- koltukaltının arka kısmında sırt bölgesinde 11. ile 12. dorsal vertebra hizasında muhtemelen ateşli silahtan

açılan ateşten kaynaklanan 1 x 1 santimetre çapında kenarları düzgün dikili yara izi” teşhis etmişlerdir. Ayrıca doktorlar, “arka aksiller hizasında sağ koltukaltına 10 santimetre mesafede muhtemelen göğüs tüpü takılmasından kaynaklanan 2 x 1 santimetre çapında dikili yara izi, arka aksiller hizasında sol koltukaltına 6 santimetre mesafede 2,5 x 1,5 santimetre çapında kenarları düzensiz iltihaplı bir kesik ve yine sol koltukaltına 1,5 santimetre mesafede 2 santimetre uzunluğunda iltihaplı kesik” tespit etmişlerdir.

35. Raporda, sırt bölgesinde sağ skapula hizasında mermi giriş deliği ile sağ üst çeyrekte mermi çıkış deliği bulunduğunu teşhis eden Amerikan Hastanesi tarafından 15 Aralık 2002 tarihinde düzenlenen belgeye atıfta bulunmaktadır.

36. Sonuç olarak raporda, Yılmaz'ın açılan ateş sonucu hayatını kaybettiği ancak bedeninde herhangi bir merminin bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak raporda, Yılmaz'ın geçirdiği ameliyatlar, dokuları etkileyen değişiklikler, iltihabın boyutu ve olaydan on altı gün sonra hayatını kaybetmesi nedeniyle, mermi giriş ile çıkış deliğinin kesin bir şekilde belirlenmesinin mümkün olmadığı dikkate alınmaktadır.

37. Amerikan Hastanesi'nce düzenlenen 15 Aralık 2002 tarihli belgede kaydedilen tespitleri ve 12. vertebranın ucunun hafif içe doğru delinme şeklini (bu tespit inandırıcı olmasa dahi) dikkate alan bilirkişiler, mermi çıkış deliğinin 1. noktada ifade edilen karın bölgesi ve giriş deliğinin ise 2. noktada dile getirilen sırt bölgesi olabileceğini belirtmektedirler. Raporda, bu konunun ceza soruşturmasıyla aydınlatılması gerektiği ifade edilmektedir.

38. Askeri savcı, 2 Ocak 2003 tarihinde askeri hekimlerin ve Yılmaz'ı İncirlik Amerikan Hastanesi'ne götüren askerlerin ifadesini almıştır. Askeri iki hekim, Teğmen İ.Ö. ile Asteğmen S.Y.K. olay yerine ulaştıklarında yaralının ambulânda olduğunu ve hastaneye götürüldükten sonra başka bir araçla kendilerinin de hastaneye gittiklerini beyan etmişlerdir. Somut olayda, ifadelerinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

İ.Ö.: “(...) nöbet esnasında dispanserdeyken, yerde uzanmış halde olan bir askere müdahale edilmesi gerektiğine dair bir ihbar aldık. Sağlık görevlisi olan asker ile B.K. olay yerine ambulansla gittiler. Nöbetten sorumlu komutandan

askerin üzerine ateş ettiğine dair yine bir ihbar aldık. Asteğmen Y. ile olay yerine ulaştık (...) Askerin acil servise sevk edilmesi için yardımda bulunduk. Yaralı, sırtüstü sedyede uzanmıştı. Nefes alamadığını söylüyordu. Giysileri üstünden çıkarılmıştı, karnının üzerine bir tampon konulmuştu (...) Amerikalı doktorlara askerin silahla yaralandığını ve nefes alamadığını belirttim. Giysilerini çıkarması için diğerlerine yardım ettim. (...)”

S.Y.K.: “(...) Yaralı, sırtüstü sedyede uzanmıştı. Nefes alamadığını söylüyordu. Giysileri üstünden çıkarılmıştı, karnına kompres uygulanmıştı. Askeri, ilk defa müdahale eden Amerikalı doktorlara emanet ettik.”

39. M.A., V.Ü. ile E.Ç. 15 Aralık 2002 tarihinde olay akşamı verdikleri ifadeleri yinelemiştir. E.Ç., aşağıdaki ifadeleri eklemiştir:

“Biz hiçbir şekilde müdahale etmedik. M.A. ile V.Ü. ambulâns hakkında konuşurken, yaralıya kendisine mi ateş ettiğini veya bir başkası tarafından mı ateş edildiğini sordum. Nefes almakta zorlanıyordu, kazara kendine ateş ettiğini söyledi.”

40. Savcı, ambulansa kadar Yılmaz’a refakat eden Astsubay BK.’nın ifadesini almıştır. Somut olayda, ifadelerinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

B.K: “(...) 3 No.lu takım lideri olarak 15.12.2002 tarihinde, saat 20.00-08.00 saatleri arasında nöbet atamalarını yapmakla görevliydim. (...) Yapılan ilk yardım sırasında, mevcut bulunan askerlere silahın kontrol edilmesi ve dolu olup olmadığının incelenmesi için ben emir verdim. Bunu güvenlik nedenleri için yaptım. Yaralıyla ambulânsa bindim daha öncede söylediğim gibi, tutulan nöbet sırasında yaralı askerin uzandığı bölgede sadece kusmuklar vardı herhangi bir kan izi bulunmuyordu. Yaralı, ambulânsta hep aynı şeyi tekrarlıyordu. Sürekli: “ölmek istemiyordum. Ölmek istemiyorum, kurtarın beni.” Diyordu. Düğmelerini birer birer çözerek giysilerini üstünden çıkarmaya başladım. Parkasının üstünde hiçbir şey görmedim. Altında eşofmanı vardı. Eşofmanı kaldırdığımda, yeşil iç çamaşırında sigara yanığına benzer serçeparmağı büyüklüğünde kenarları yanık şekilde bir delik gördüm. Deliğin etrafında çok az kan vardı. İç çamaşırını da üstünden çıkarttım. Altında, yine bir iç çamaşırı vardı, beyaz. Yine sigara yanığına benzer serçeparmağı büyüklüğünde bir delik bulunuyordu. Buradaki

kanama daha da fazlaydı. Bu iç çamaşırını da üstünden çıkarttıktan sonra karnındaki yarayı gördüm. Yaralının karnındaki yara da serçeparmağı büyüklüğündeydi ve kenarlarında yanık izi vardı. Yara, çok kanamıyordu. Yaranın ortasında, beyazımsı bir şey bulunuyordu. (...)"

41. Askeri savcı, 9 Ocak 2003 tarihinde, özellikle olay akşamı Yılmaz'ın hastaneye sevki hakkında üç tanığın ifadesini almıştır ve askerin giysileri ile ilgili inceleme başlatmıştır. Somut olayda, tanıkların ifadeleri aşağıdaki gibidir:

A.C.: "(...) olay günü, 15.12.2002 tarihinde, devriyedeydim. Uzman Çavuş H.K. benimle birlikteydi. Sabah 2 sularında, telsiz ile temasa geçirildik. Yılmaz Köse'nin intihara kalkıştığı ve Amerikan Hastanesi'nde ameliyatta olduğunu, parolanın yazıldığı kâğıdın kaybolduğunu, Yılmaz Köse'nin cebinde olabileceğini ve söz konusu kâğıdın bulunması gerektiğini söylediler. H.K. ile birlikte, Amerikan Hastanesi'ne gittik. H.K. hastane yetkilileriyle görüşmeye gittiği sırada ben arabada kaldım; H.K., yetkililerden yaralının götürüldüğü ambulanda giysilerinin kaldığı bilgisini aldı. Birlikte, dispansere gittik. Dispanserde, dışarıda duran M.M.'yi gördük; Giysilerin ambulânda olduğunu söyledi. Giysileri alıp, devriye komutanı Astsubay B.K'ya ilettik. Astsubay B.K., ceplerdeki bulunanları çıkardı, bir tutanak tuttuk. Ardından, B.K.'nın talebi üzerine, giysileri nöbetçi komutana ilettik. Ben, arabada kaldım; H.K., giysilerin kanlı ve yırtık olması nedeniyle çöpe atılmasını söyleyen nöbetçi komutana gösterdi. H.K. ile birlikte, giysileri ABD [Amerika Birleşik Devletleri] bölgesine yakın bir parkın çöp konteynırına attık."

H.K.: "(...) Olayın meydana geldiği gün, devrideydim. Saat 21.00 sularında, 80/14 no.lu nöbet esnasında bir yaralanma olayının meydana geldiğini bildiren teslisle bir ihbar aldık. (...) yaralı, eli karnında yerde uzanmıştı. Karnından yaralandığını söylüyordu (...) Ambülâns, olay yerine geldi; yaralıyı sırtıma alıp ambulânsa kadar taşıdım. Yaralıyı, hastaneye götürdüler. Bizde hastaneye gittik. İngilizce bildiğim için, [hastaneye] ben girdim. Amerikalı doktorlar, yaralıyı ambulânsa taşıyan askere ve bana onun giysilerini üstünden çıkarmamızı söyledi. Bize verilen makasla yaralının giysilerini keserek üstünden çıkardık. Yaralının ceketinin sol üst cebinde M-1 tipi tüfek için kullanılan 8 mermilik bir şarjör

vardı. Normal olarak, bu şarjör silah deposunda olmalıydı. Ayrıca, bir mermi eksikti. Diğer askerle ben, ardından ameliyat olan yaralının giysilerini kestik. Hastaneden ayrıldık ve nöbet tutmaya devam ettik. Bize, sabah 2 sularında, üzerinde parolanın yazıldığı not kâğıdının bulunmasını söylediler. A.C. ile birlikte, Amerikan Hastanesi'ne gittik. (...) nöbet sırasında, Asteğmen C.H. ile görüştüm. (...) Giysilerin kanlı ve yırtık olduğunu söyledim. (...) Giysileri atmamı söyledi. (...) [hastanede], yaralının giysilerini kestiğim sırada karnının sağ tarafından yaralı olduğunu gördüm. Ön kısımda, kanama yoktu. Serçeparmağı büyüklüğünde bir delik oluşmuştu. Sadece sırtının arka kısmında bir kanaması vardı.”

M.M.: “(...) 15.12.2002 tarihinde, dispanserde nöbetçiydim; asteğmende benimle birlikteydi. Bir askerin yaralandığı bilgisini aldıktan sonra asteğmen ile ambulâns şoförüyle beraber olay yerine gittik. Olay yerine geldiğimizde, nöbet tutulan bölgede iki veya üç askerin orada bulunduğunu gördük, yaralı yere uzanmıştı. Karnı ve sırtının alt bölgesinin acıdığını söylüyordu. Yaralının, sedyeye götürülmesi imkânsızdı. Birlikte, ismini bilmediğim bir astsubay ile asteğmenin bulunduğu ambulânsa yerleştirdik. Astsubay, yaralının giysilerini üstünden çıkardı. O sırada, askerin karnının sağ tarafından yaralı olduğunu tespit ettik. Ancak kanama yoktu. Bildiğim kadarıyla, sadece 2 cm çapında bir delik vardı. Oluşan deliğin kenarları, içe doğru dönüktü. Derhal kompres uyguladım. Asker yaralı olduğundan, dispansere gitmeden doğrudan Amerikan Hastanesi'ne gittik. Acile gittik. Uzman Çavuş H.K. ile bize verilen makasla yaralının giysilerini kestik. Hastanede, karın bölgesinde kanama bulunmuyordu. Sadece uyguladığım kompres nedeniyle kan lekeleri vardı. Buna karşın, sırt bölgesinde, önemli bir kanama vardı. Yaralıyı ameliyata aldılar. Yaralının giysilerini bir çantaya koydum ve dispanserden içeri girdik. Giysiler ambulânsa kaldı. Saat 2 sularında, Uzman Çavuş H. giysileri almaya geldi. Giysileri kendisine verdim.”

42. Askeri savcı, 7 Haziran 2004 tarihinde, mermi giriş ve çıkış deliği ile atış mesafesinin belirlenmesi amacıyla ek bir inceleme yapılması için, Yılmaz'ın naaşının mezardan çıkarılması ve İstanbul Adli Tıp Kurumu'na getirilmesi için Karabük savcılığına başvurmuştur.

43. Adli Tıp Kurumu (Fizik / Balistik) İhtisas Dairesi, kemikleri ve dokuları

incelemiş ve raporunu düzenlemiştir.

44. Adli Tıp Kurumu (Morg) İhtisas Dairesi, 8 Kasım 2004 tarihinde, kemikleri ve dokuları incelemiş ve raporunu düzenlemiştir.

45. Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesi, 3 Aralık 2004 tarihinde, bu konuda 15 Aralık 2002 tarihinden bu yana belirtilen bütün belgelere dayanarak bir rapor düzenlemiştir. 1. İhtisas Dairesi, mermi giriş ve çıkış deliğinin belirlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. 1. İhtisas Dairesi, Amerikan Hastanesi tarafından düzenlenen belgede, mermi giriş ve çıkış deliklerinin belirlenmesi için tespitin hangi unsurlara dayandığının belirtilmediğini, 12. vertebranın hafifçe içe dönmesine ilişkin otopsi raporunda vertebranın hangi kısmının içe doğru döndüğünün kaydedilmediğini ve Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairelerinin mermi giriş ile çıkış deliklerinin belirlenmesine imkân verecek herhangi bir emare bulunmadığını dikkate almıştır.

46. Adana Askeri savcısı, ölüm nedenlerini araştırdıktan sonra, 28

Haziran 2005 tarihinde, başvuranın oğlunun M-1 tipi tüfek elindeyken nöbet tuttuğu esnada intihar ettiği kanaatine vararak takipsizlik kararı vermiştir. Savcı bu kararı verirken, silahının şarjöründe sekiz mermiden yedi tanesinin bulunmasına dayanmıştır. Ayrıca savcı, askerin tüfeğinin düzgün bir şekilde çalıştığını, olay yerinde bulunan kovanın söz konusu tüfekten geldiğini ve merminin yakın veya çok kısa bir mesafeden askerin karnına isabet ettiğini ortaya çıkaran balistik incelemeyi dikkate almıştır. Ayrıca savcı, yaranın niteliğini, atış mesafesini, silahın özelliğini ve tanıkların verdiği benzer ifadeleri dikkate alarak, ölümcül atışın söz konusu genç adam tarafından yapıldığını değerlendirmektedir. Savcı, dosyada yer alan bazı eksikliklerin (özellikle müteveffanın giysilerinin korunmaması, mermi giriş ve çıkış deliklerinin adli tabipler tarafından belirlenememesi, Yılmaz'ın ellerinde barut izi olup-olmadığı konusunda örnekler alınmaması) askeri hastanede yaralıya uygulanan yoğun tedavi nedeniyle meydana geldiğini hatırlatmaktadır.

47. Başvuran, 25 Ağustos 2005 tarihinde, oğlunun ölümü hakkında yürütülen soruşturmanın yetersiz olduğundan şikâyet ederek ve soruşturmanın genişletilmesini talep ederek takipsizlik kararına itiraz etmiştir. Özellikle başvuran aşağı-

da belirtilen hususları dile getirmektedir:

- verilen kararın yalnızca varsayımlara dayandığını; askeri savcının 353 sayılı Kanun'un 95. ile 96. maddelerinde öngörülen gerekliliklere uygun olarak soruşturma yürütmediğini, bütün delillerin toplanmadığını, gerek soruşturmanın yapılmamasını önleme gerekse atış mesafesinin ölçülmesi için kendisine göre önemli olan delillerin yani yaralının giysilerinin korunmama hususlarına dair hiçbir önlem alınmadığını;
- askeri savcının, Türkçe bilmeyen Amerikan vatandaşının nasıl olurda İngilizce bilmeyen oğluyla konuşabildiği sorusunu sormadığını;
- giysilerin korunmaması nedeniyle, Adli Tıp Kurumunun mermi giriş ile çıkış deliklerini belirleyemediğini;
- oluşan yaraların, somut olayda kullanılması muhtemel olan M-1 tipi tüfekten gelip-gelmediği konusunun belirlenmesi için herhangi bir araştırma yapılmadığını;
- olay intihar sayılsa bile, genç adamın psikolojik sorunlarının bulunduğu kanaatine varıldığı andan itibaren, oğlunun mermiyle donanmış tüfekte nöbet tutmasını emreden üstlerinin olası sorumlulukları hakkında herhangi bir soruşturma yürütülmediğini;
- oğlunun ailesiyle ilgili sorunları bulunmadığını.

48. Gaziantep Askeri Mahkemesi, 25 Ağustos 2005 tarihli kararla, itiraz edilen takipsizlik kararını onamıştır. Bu karar, 15 Eylül 2005 tarihinde başvurana tebliğ edilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

49. Askeri Mahkemelerin Kuruluşunu ve Yargılama Usullerini düzenleyen 353 Sayılı Kanununun 95. maddesinin 5. maddesine göre cumhuriyet savcıları, emniyet yetkilileri ve askeri üstler ile memurlar askeri savcı davayı inceleyinceye kadar delillerin tamamen kaybolmasını önlemek amacıyla gerekli acil tedbirleri almaktadırlar.

Aynı kanununun 96. maddesinin 4. fıkrasına (2005 yılındaki uygulanabilir versiyonunda) göre ise askeri savcı, sanığın lehine ve aleyhine olan unsurlar hak-

kında soruşturma yapmakta ve kaybolmaya elverişli delilleri toplamak ve korumakla yükümlüdür.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

50. Başvuran, Sözleşme'nin 2. ve 6. maddelerini ileri sürerek, oğlunun ölümüne ilişkin yürütülen soruşturmanın yetersiz olduğunu ileri sürmektedir. Başvuran, özellikle Yılmaz'ın ellerinden barut izlerine ilişkin numune alınmamasından, ilgilinin giysilerinin incelenmemesinden ve gerçek atış mesafesi ile mermi giriş ve çıkışı konusunda belirsizliğin bulunmasından şikâyet etmektedir. Başvuran, bu soruşturmanın Yılmaz'ın intihar ettiği sonucuna varılması için ilgilinin ölüm nedenine ilişkin bütün şüpheleri gidermeye olanak sağlamadığı kanaatinde-dir.

Mahkeme, davaya ilişkin olay ve olguların hukuki nitelendirmesi konusunda takdir yetkisine sahip olup başvuruların veya hükümetlerin olaylara atfettiği nitelendirme ile bağlı olmaması nedeniyle, başvuran tarafından sunulduğu üzere, bu iki şikâyetin Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönü açısından incelenmesinin uygun olacağı kanısındadır. Bu hükmün somut olaya ilişkin kısmı aşağıdaki gibi okunmaktadır:

” 1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur (...). ”

51. Hükümet başvuranın iddiasını kabul etmemektedir.

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

52. Hükümet, başvuruları oğlunun ölümünün ardından tazminat elde etmek için idari yargı yoluna başvurmamakla suçlayarak iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda, Hükümet, kendisine göre, idari sorumluluğu düzenleyen ilkeler ile temel kriterlerin ceza sorumluluğunu düzenleyen ilke ve kriterlerden farklı olması sebebiyle idari yargının “ek” bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Hükümet, bu bağlamda, *Seyfi Karan / Türkiye* (No. 20192/04, 4 Mayıs 2004) ve *Mevlüt Güdek ve diğ-erleri / Türkiye* (No. 31552/07, 12 Temmuz 2007) davalarına atıfta bulunmaktadır.

53. Mahkeme, şüphesiz ceza davasına taraf olan başvuranın savcı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara itirazda bulunduğunu saptamaktadır. İlgili, dolayısıyla Sözleşme'nin 35. maddesi 1. fıkrası gereğince, somut olayda uygun ve yeterli bir hukuk yolunu kullanmıştır. Bu nedenle ve Mahkeme tarafından birçok kez yinelenen gerekçelerle, başvuran, Hükümet tarafından dile getirilen, tazminat elde etmeye yönelik idari başvuru yollarını tüketmek zorunda değildir (*Abdullah Yılmaz / Türkiye*, No. 21899/02, § 47, 17 Haziran 2008 ve *Lütfi Demirci ve diğerleri / Türkiye*, No. 28809/05, § 25, 2 Mart 2010).

54. Dolayısıyla, Mahkeme, Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazını reddetmektedir. Mahkeme ayrıca bu şikâyetin açıkça dayanak-tan yoksun olmadığını ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesinin bulunmadığını tespit etmektedir. Dolayısıyla bu şikâyetin kabul edilebilir olduğu belirtilmelidir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların iddiaları

55. Başvuran yerel mahkemeler önünde dile getirdiği iddiaları yinelemektedir. Askeri yargı makamlarını oğlunun ölümüne ilişkin koşullar hakkında etkin soruşturma yürütmemekle suçlamaktadır.

56. Hükümet, Mahkeme'nin konuya ilişkin içtihadına atıfta bulunarak başvuranın iddiasını kabul etmemektedir.

57. Hükümet aşağıdaki hususları belirtmektedir:

Askeri birliğe katılmadan önce, sağlık sorunlarına yönelik risk taşıyan asker adaylarını tespit etmek amacıyla gerekli tedbirler alınmaktadır. Büyük şehirlerde, askerlik şubelerinde askerliğe elverişliliğin tespitine yönelik muayenelerde bir psikiyatr hazır bulunmaktadır. Kırsal bölgelerde ise köy muhtarları yetkililere ilgilinin kişiliği ve geçmişi hakkında bilgiler vermeli ve bazılarının özel sağlık sorunlarının bulunup bulunmadığını belirlemeye çalışmalıdır. Milli Savunma Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı arasındaki bir protokole göre, sağlık kurumları, hastalık geçmişi bulunan kimseleri askerlik şubelerine bildirmelidirler. Psikolojik sorunları olanlar veya bu bağlamda, sağlık raporu bulunan asker adayları,

psikiyatrik muayenelerden geçmek üzere askeri hastanelere gönderilmektedirler.

58. Ordu bünyesine katıldıktan sonra, düzenli psikolojik kontroller ile tıbbi konsültasyonlara ilişkin bir sistem uygulanmakta ve her asker adayının dilediğinde bir doktora görünme hakkı bulunmaktadır; orduya katılmadan önce şizofreni, depresyon ve/veya uyuşturucu madde bağımlılığı nedeniyle tedavi görmüş kişiler görevleri nedeniyle ciddi baskı altında olan her kişi gibi düzenli aralıklarla ve yakından takip edilmektedirler. Sözü edilen bu kişiler, gerektiği takdirde, askerlik görevi sırasında veya bitiminde psikolojik rehabilitasyon merkezlerine gönderilmektedirler. Psikolojik rahatsızlıkları bulunanlara askerlik görevlerini yaptıkları sırada refakat edilmektedir. Eğer gerekirse de asker yakınları, ilgilinin askerlik görevini yerine getirmesi için psikolojik elverişliliğinin belirlenmesi amacıyla yardımcı olabilmektedirler.

59. Subaylık ve astsubaylık mesleğini icra edenlere, kazalar ile diğer olayların önlenmesi konusunda gerektiği gibi eğitim verilmektedir. Kazaları ve intihar teşebbüslerini önlemek amacıyla silahları ve ilaçları kontrol altında tutmaktadırlar. Komutanlar, bölüklerindeki askerlerin özelliklerini bilmeli ve yeterli denetimi sağlamalıdır. Personel arasında diyalog ve işbirliği teşvik edilmektedir ve yalnızlığı önlemek, ödüller de dâhil olmak üzere, birliklerin moralini ve disiplini artırmak amacıyla gerekli tedbirler alınmaktadır. İzinler öngörülmektedir ve eğlenceli etkinlikler önerilmektedir. Askerlerin sosyal ilişkiler kurmaları için gayret gösterilmektedir. Personelle hakaret etmek ve kötü muamelede bulunmak yasaktır ve bu yöndeki davranışlar cezalandırılmaktadır.

60. Hükümet, mevcut davada Yılmaz'ın intiharına ilişkin sorumluluğun askeri yetkililere atfedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Zira Hükümet'e göre yetkililere herhangi bir ihmal ya da kusurun isnat edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, söz konusu er gayet normal bir davranış sergilemiş ve intihara ilişkin herhangi bir belirti ya da emare göstermemiştir.

61. Hükümet olayın hemen ardından soruşturma açıldığını ve ölüm koşullarını aydınlatabilecek nitelikteki tüm soruşturma işlemlerinin gerçekleştirildiğini eklemektedir.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

62. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinden ileri gelen yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün kişinin şüpheli koşullarda hayatını kaybettiğinde etkin bir soruşturma yapılmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır (*Yotova/Bulgaristan*, No. 43606/04, § 68, 23 Ekim 2012 ve *Šilih / Slovenya* [BD], No. 71463/01, § 157, 9 Nisan 2009). Bu ilkeler, aynı zamanda askeri yetkililerin sorumluluğu altında bulunan kişilerle ilgili davalar için de geçerlidir. Bu bağlamda, söz konusu ölümle sonuçlanan olaylarda Devlet görevlilerinin işlem veya ihmallerinin bulunması veya bulunmaması pek de önemli değildir (*Stern / Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 70820/01, 11 Ekim 2005).

63. Soruşturmanın etkinliği, öncelikle soruşturma yürütmekle görevlendirilen kişilerin olaylara karışan veya karıştığından şüphelenilen kişilerden bağımsız olmalarını gerektirmektedir. Bu durum sadece hiyerarşik veya kurumsal bir bağlantı bulunmamasını değil aynı zamanda somut bir bağımsızlığı da gerektirmektedir (*Anguelova / Bulgaristan*, No. 38361/97, § 138, AİHM 2002-IV).

64. Dahası, soruşturmanın eksiksiz biçimde yürütülmesi gerekmektedir (*Ramsahai ve diğerleri / Hollanda* [BD], No. 52391/99, § 324, AİHM 2007-II). Bu ifade, soruşturmanın olayların tespitine ve gerekirse sorumluların kimliklerinin belirlenmesi ile cezalandırılmalarına imkân sağlaması gerektiği anlamına gelmektedir. Yetkililerin; diğerlerinin yanı sıra, görgü tanıklarının ifadeleri, bilirkişi incelemeleri ve gerektiğinde yaralanmalar ile ilgili eksiksiz ve detaylı bir rapor hazırlanmasına imkân verecek otopsinin yapılması ve klinik bulguların, özellikle de ölüm sebebinin objektif analizi dâhil olmak üzere, söz konusu olaylarla ilgili kanıtların elde edilmesi için imkânları dâhilindeki makul tedbirleri almış olmaları gerekmektedir. Ölüm sebebinin veya olası sorumlulukların tespit edilmesini olumsuz yönde etkileyecek nitelikte soruşturmaya ilişkin her türlü eksiklik, bu hukuk kuralına riayet edilmesini engelleyecektir (*Giuliani ve Gag-gio / İtalya* [BD], No. 23458/02, § 301, AİHM 2011).

65. Ayrıca, soruşturma sonuçları, ilgili bütün unsurların titiz, objektif ve tarafsız bir analizine dayanmalıdır. Açıkça yapılması gereken bir soruşturma işleminin reddedilmesi, soruşturmanın davanın koşullarını ve gerektiğinde sorumluların kimliklerini belirleme olanağını azaltmaktadır (*Kolev/Bulgaristan*, No.

1108/02, § 201, 5 Kasım 2009). Yine de soruşturmanın etkinliğine ilişkin asgari kriteri karşılayan incelemenin niteliği ve ölçüsü davanın kendine özgü koşullarına bağlıdır. Bu koşullar, davayla ilgili bütün olayların ışığında ve soruşturma işleminin uygulamaya ilişkin gerçeklikleri dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Meydana gelebilecek çok çeşitli durumları, yalnızca soruşturmaya ilişkin işlemler listesine veya diğer basit kıstaslar düzeyine indirgemek mümkün değildir (*Velcea ve Mazăre / Romanya*, No. 64301/01, § 105, 1 Aralık 2009).

66. Diğer yandan, makul bir ivedilik ve özen gerekliliği bu bağlamda zımnen mevcuttur (*Al-Skeini ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], No. 55721/07, § 167, AİHM 2011).

67. İlgilinin askeri yetkililerin sorumluluğu altında bulunduğunu ve şüpheli koşullar altında hayatını kaybettiğini (başvuranın soruşturmanın genişletilmesi yönündeki talebi için bk, yukarıda geçen 47. paragraf) göz önünde bulunduran Mahkeme, ilgilinin ölüm koşulları hakkında etkin soruşturma yürütülmesine ilişkin usuli yükümlülüğün ulusal yetkililere atfedildiği (anılan, *Yoyova / Bulgaristan*) ve söz konusu ölümle sonuçlanan olaylarda Devlet görevlilerinin işlem veya ihmallerinin bulunması veya bulunmamasının pek de önemli olmadığı kanısındadır (anılan, *Stern / Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar)).

68. Mahkeme, ceza soruşturmasının olayın akşamında resen açıldığını saptamaktadır. Ancak Mahkeme, makamların olayların yeniden kurgulanmasını istediklerinden şüphe edilmesine imkân verecek herhangi bir unsur bulunmasa bile, buna rağmen, soruşturmanın birçok eksiklik içerdiğini kaydetmektedir.

1. Mahkeme bu anlamda, Adana Jandarma Komutanlığının kriminal soruşturma ekibi ve askeri savcı gelmeden önce ve gittikten sonra, soruşturmanın ilk aşamasındaki araştırmalara yasal olarak (*de facto*) katılan uzman çavuşların, Yılmaz'ın hiyerarşik üstleri olduğunu ve olayların meydana geldiği kışlada görevli olduklarını tespit etmektedir; bu uzman çavuşlar olay yerinde nöbetin düzeni yürütülmesinden sorumludurlar (bk. *mutatis mutandis*, *Orhan / Türkiye*, No. 25656/94, § 342, 18 Hairan 2002) ve olaya karışmış olması muhtemel kişiler ile birbirleri arasında hiyerarşik bir bağ bulunmaktadır (bk. *mutatis mutandis*, *Aktaş / Türkiye*, No. 24351/94, § 301, AİHM 2003-V ve *Bektaş ve Özalp / Türkiye*, No.

10036/03, § 66, 20 Nisan 2010).

Söz konusu şahısların olaya müdahale etmesi, Mahkeme'yi, makamların söz konusu olaylara ilişkin delil unsurlarını toplamak ve korumak için uygun tedbirleri almadıkları kanısına varmaya götürmektedir.

Öncelikle, 15 Aralık 2002 tarihinde, olayın meydana geldiği gece, Yılmaz'ın hiyerarşik üstleri ve nöbet işleyişinden sorumlu uzman çavuşlar, olay yerine gelmişlerdir ve olay yerini güvenli hale getirmek ve savcı ile bilirkişiler gelene kadar bütün delil unsurlarını korumak yerine, tüfeğin yerini değiştirerek dijital parmak izi araştırmalarını imkânsız hale getirmişlerdir. Mahkeme, bu konuyla ilgili olarak, ağır şekilde yaralanan bir kişiye ilk yardım sağlama gerekliliği yerine getirilirken, bir ölçüde, olay yerinin, olayın meydana geldiği haliyle korunmasının öncelik kazanabileceği kanısındadır. Ancak olayda, bütün tanıklar, yaralının ambulânsa taşınmasının ardından karnına bir kompres konulmasından başka, hiç kimsenin ilk yardımda bulunmadığını belirtmiştir.

Sonrasında, tüm tanıkların aynı ifadeyi vererek Yılmaz'ın kendisine ateş ettiğini söylediğini ileri sürmelerine rağmen, savcı ya da Adana Jandarma Komutanlığı'na ait kriminal soruşturma ekibi, kovan veya kovanları bulmak amacıyla herhangi bir araştırma yapmamıştır.

Diğer taraftan, özellikle bir askerin hayatına bağlı bir olayın söz konusu olmasına ve soruşturmanın yeni başlamış olmasına rağmen, ilgilinin hiyerarşik üstlerinin (aynı zamanda olayın meydana geldiği gece görevli olan kişilerin), Yılmaz'ın elbiselerinin çöpe atılması emrini vermeleri anlaşılabilir bir husustur. Ne savcı ne de Adana Jandarma Komutanlığı'na ait kriminal ekip, söz konusu atışın niteliğini belirlemeyi amaçlayan incelemeler yapılması için kıyafetleri saklamak konusunda tedbir almamıştır. Mahkeme, merminin giriş ve çıkış delikleri ile atış mesafesini belirlemenin imkânsızlığı ve bu bilgilerin Yılmaz'ın ölümüne sebep olan yarayı çevreleyen koşulları aydınlatmak için kanıtlayıcı nitelikte olması sebebiyle, soruşturmanın devamını yürüten bütün ekiplerin yanıltıldığını, dikkate almaktadır. Müteveffanın elleri üzerinden barut örneği ve dijital parmak izi almak imkânsız olduğundan, bu unsur, çok önemli bir role sahiptir.

Sonunda, adli tabip tarafından gerçekleştirilen, 1 Ocak 2003 tarihli detaylı dış

inceleme ve otopsi ile aynı tarihte Adana Adli Tıp Kurumu tarafından gerçekleştirilen klasik otopsi, merminin giriş ve çıkış deliklerine ilişkin tespitlerin tarafsız bir incelenmesiyle birlikte yaraların kesin sebeplerinin belirlenmesi hakkında da bir sonuca götürmemiştir. Bu raporlardaki belirsizlikler ve müteveffanın kıyafetleriyle ilgili ek incelemelerin bulunmaması sebebiyle, Adli Tıp Kurumu Birinci İhtisas Dairesi, müteveffanın cesedi üzerinde merminin giriş ve çıkış deliklerini belirleyememiştir.

Dolayısıyla söz konusu yargılama, Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan gerekliliklere cevap vermemiştir.

2. Bu sebeplerle, yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

71. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca,

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

72. Başvuran, herhangi bir belge sunmaksızın, maddi zarar için 50 000 Avro (EUR), manevi zarar için 100 000 EUR ve masraf ve giderler için ise 5 000 EUR talep etmektedir. Hükümet, bu taleplerin tamamını, aşırı ve dayanaktan yoksun oldukları kanısıyla kabul etmemektedir.

73. Mahkeme, tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmadığı kanaatiyle bu talebi reddetmektedir. Diğer taraftan, hakkaniyete uygun olarak, başvurana manevi zarar için 100 000 EUR ödenmesi gerektiği kanısına varmıştır.

74. Masraf ve giderlere ilişkin olarak, Mahkeme, içtihadı uyarınca, bir başvurana masraf ve giderlerinin doğruluğunu, gerekliliğini ve ödenen miktarların makul olduğunu ispatlamak kaydıyla bu masrafların iade edilebildiğini hatırlatmaktadır.

İlgili belgelerin bulunmadığını ve içtihadında belirtilen kriterleri dikkate alan Mahkeme, bu bağlamda sunulan talebi reddetmektedir.

75. Son olarak, 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. Oybirliğiyle, başvurunun kabul edilebilir olduğuna;

2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine;

3. 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 Türk lirasına çevrilmek ve ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, başvurana, manevi tazminat olarak 10.000 EUR (on bin Avro) ödemekle yükümlü olduğuna;

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

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

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş; İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca 1 Nisan 2014 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan