



KÜRESEL BAKIŞ

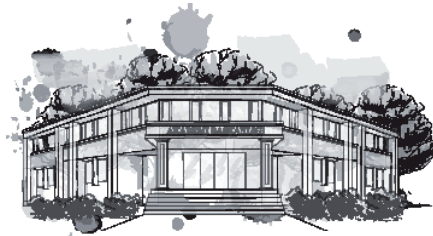
ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Altı Ayda Bir Yayınlanır)

23

YIL: 8, SAYI: 23, Aralık 2017

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

Dr. Veli KARATAŞ
Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ
Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Mustafa ARTUÇ
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı
Ertan AYDIN
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL
İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*

YAYIN TASARIM ve HAZIRLAMA/ PUBLISHING DESIGN&COORDINATION

Menekşe ÖRME

*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ
PUBLICATION MANAGEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
Çankaya/Ankara

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

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

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

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.
2. Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılır. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
3. Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, makalesinin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren yazının yanı sıra, makalenin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren izin yazılarının (e-posta yolu ile de alınmış olabilir) Türkiye Adalet Akademisi Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanlığına ulaştırılması gerekmektedir.
4. Çevirilerin öncelikle www.taa.gov.tr internet sitesinden "makale ve çeviri gönder" bölümünden gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orjinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11.5 Times New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
6. Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelemek 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.
7. Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
8. Yazarlara ve hakemlere "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Teklif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik" hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.
9. Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

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

DANIŐMA KURULU*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŐBUĐ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Aşşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Aşşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Prof. Dr. Kadir ARICI
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŐAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŐ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŐİ
Prof. Dr. OĞuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İSFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŐ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veysel BAŐPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANİTEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN

* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

- Yalan Söyleme Eyleminin Suç Olarak Öngörülmesi: Eğer Mümkün İse Hangi Şartlar Altında Yalan Söylemek Suç Olarak Öngörülebilir?.....1**
Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU
- Uluslararası İlişkiler Görüşlerde Uluslararası Hukukun Konumu.....51**
Yazar: Hüseyin Kerimi FERT
Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Mohammed MAGHAMINIA
- Avustralya Ceza Hukukunda Çocuğun Sınırötesi Cinsel İstismarı.....77**
Danışman: Fiona DAVID
Çeviren: Arş. Gör. Eylem BAŞ, Arş. Gör. Engin BAYRAKTAROĞLU
- Hukuk Dillerini Anlamak: Bir Karşılaştırmalı Hukukçunun Dilbilimsel Endişeleri.....89**
Yazar: Jaakko HUSA
Çeviren: Arş. Gör. Mehmet ŞEKER
- Fransız Danıştay'ının Bir İdari Sözleşmeye İlişkin Tahkim Kararını İnceleme Kriterleri: Fosmax Kararı.....113**
Çeviren: Arş. Gör. Muhammed Ali AYDIN
- Robotlar Zarara Neden Oluyorsa, Kim Sorumlu Tutulabilir? Kendi Kendini Süren Arabalar Ve Cezai Sorumluluk.....125**
Yazarlar: Sabine GLESS, Emily SILVERMAN, Thomas WEIGEND
Çeviren: Arş. Gör. Serkan OĞUZ
- Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları.....149**
Çeviren: Dr. Hakan A. YAVUZ
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bir Anayasa Mahkemesi midir?.....167**
Yazar: Prof. Dr. juris Geir ULFSTEIN
Çeviren: Hüseyin GÖKTEPE
- Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Kararı.....177**
Çeviren: Erman EROĞLU
- İşyerinde Dini İnanç Gereği Başörtüsü Takmanın Yasaklanması Suretiyle Ayrımcılık Yapılmasına İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı.....187**
Çeviren: Esra ÖZEN



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

YALAN SÖYLEME EYLEMİNİN SUÇ OLARAK ÖNGÖRÜLMESİ: EĞER MÜMKÜN İSE HANGİ ŞARTLAR ALTINDA YALAN SÖYLEMEK SUÇ OLARAK ÖNGÖRÜLEBİLİR?

Yazarlar: Bryan H. DRUZIN & Jessica LI¹

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU²

Bu makalede yalan söyleme eyleminin bir suç olarak ihdas edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bunu önermekle biz, "ağır zarara yol açan pek fena yalan söyleme eylemi" olarak kavramlaştırdığımız tamamen yeni bir suç kategorisinin oluşturulmasını önermekteyiz. Bu çerçevede makale iki geniş amaca sahip bulunmaktadır: ilk olarak, böyle bir suç kategorisinin neden mevcut olması gerektiğini ve ikincisi de, bu suçun ana hatlarıyla nasıl yapılandırılması gerektiğini açıklamaktır. Makalenin asıl katkısı, yalan söyleme eyleminin bazı türlerinin bütünüyle cezalandırılması şeklinde belirttiğimiz amacının radikal bir yapıya sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bildiğimiz kadarıyla, böyle bir öneri bugüne kadar henüz yapılmamıştır. Makalede yapılan analizler aynı zamanda "aşırı suçlama" (overcriminalization) konusunda geniş çapta yapılacak bir tartışmaya da katkıda bulunmaktadır. Yalanın bazı türlerinin suç olarak ihdas edilmesi fikri ilk bakışta hayâl ürünü gibi görünse de, bunun yapılmasının sadece makûl değil, aynı zamanda gerçekten de gerekli olduğu kanaatindeyiz.

I. GİRİŞ

Bir sitede ikamet ettiğinizi düşünün. Komşunuz (ismine Bartley diyelim) bir gün kapınızı çalar ve size küçük çocuğunuzun birinci katta asansöre sıkışarak öldüğünü söyler. Bartley'in tarif ettiği kâbusun adeta kurmaca bir iş olduğunu fark etmek üzere korkuyla sıkışmış, çılgın bir panik halinde ve kalbiniz göğüs kafesinize vurarak alt kata koşturursunuz. Çocuğunuz iyidir. Bartley'nin size söylediği şey, sizi korkutmak için tasarlanmış bir yalandı. Diyelim ki Bartley bunu art arda insanlara yapıyor ve bundan sapıkça bir zevk elde ediyor. Bu makalenin sorduğu soru basit bir şekilde şudur: Bartley'nin bu davranışı suç olabilir mi? Bu soruya verilen cevap ise: "evet"dir. Yukarıdaki abartılı örneğe konu olan

¹ Asst. Prof. Bryan H. Druzin - The Chinese University of Hong Kong- Faculty of Law/Jessica Li- LL.B., Cambridge University ve Clifford Chance LLP London.

² Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi- Fethiye İşletme Fakültesi Öğretim Üyesi –nagehanhukuk@hotmail.com- 0 533 724 1555.

senaryonun haksız fiil sorumluluğuna (yani kasıtlı olarak duygusal sıkıntıya maruz bırakarak³) da yola açacağını kabul etmemize rağmen, söz konusu örnek aşağıdaki tartışmanın da odak noktası olarak katkıda bulunacaktır. Bartley'nin davranışı -ağır zarara neden olması halinde- ceza hukukunun tüm dikkatini çekmeyi ve gerekli yaptırımına maruz bırakılmayı hak etmektedir. Bu anlamda Bartley'in yaptığı eylem bir suç olmalıdır - ancak halen suç değildir.

Yalan söylemenin yanlış bir davranış olduğunu ileri süren, uzun süredir var olan (*kadim*) güçlü ahlâkî bir ilke vardır. İyi sosyalleşmiş insanlar tarafından dürüstlüğü saygıdeğer bulunduğu, hilenin bütün çeşitleri⁴ ve yalan söylemenin de kınandığı olgusu tartışmaya yer bırakmayacak niteliktedir. Ancak yine de herkesin yalan söyleyebildiği bilinen bir gerçektir. Bu çerçevede dürüst olmama, insanlar arası etkileşiminin yaygın bir özelliği olarak görünmektedir. Ortalama kişi öldürmez, soygun yapmaz veya tecavüz etmez, ancak yalan söyleyebilir ve hatta sık yalan söyleyebilir. Arkadaşlar birbirlerine kibar olmak için yalan söyleyebilir; öğrenciler eksik yaptıkları ödevleriyle ilgili profesörlerine yalan söyleyebilir; kocalar eşlerine aslında nerede oldukları hakkında yalan söyleyebilir; gençler edindikleri arkadaşlar hakkında ebeveynlerine yalan söyleyebilir; hatta biz aslında iyi hissetmediğimiz halde iyi hissettiğimizi söyleyerek yalan söylemiş oluruz. Akrabalarımız yalan söyleyebilir, meslektaşlarımız yalan söyleyebilir, biz onlara yalan söyleyebiliriz. Bununla beraber, okuyucunun Bartley'nin davranışına ilk tepkisi, muhtemelen faile karşı bir nefret ve onun bir tür cezaya hükmedilmesi gerektiği yönünde olsa da, yine de biz Bartley'in davranışının cezalandırılması gerektiği düşüncesine mesafeli kalabiliriz. Yalana karşı var olan ahlâkî yasak ile ceza hukukunun genel olarak bu davranışa ceza verme konusundaki isteksizliği arasındaki uyumsuzluk bu makalenin odak noktası olmakla beraber, biz de yalan söyleme eyleminin gerçekten suç sayılmasını gerektiren farklı koşullar kümesini müzakere etmeye çalışacağız. Bu makalede her çeşit yalan söyleme eyleminin cezalandırılması gerektiğini iddia etmemekle beraber; aksine, doğrudan ve açıkça ağır bir zarara neden olan ve böyle bir zarar ile sonuçlanan yalanların cezalandırılması gerektiğini öneriyoruz.

³ Söz konusu haksız fiilin temel unsurları şunlardır: (1) Failin kasıtlı veya dikkatsiz davranması; (2) Davranışın ölçüsüz ve çirkin olması; (3) hareketin duygusal sıkıntıya neden olması ve (4) mağdurun, failin davranışının sonucu olarak ciddi duygusal sıkıntı çekmesi. Bkz: Wilkinson v. Downton, (1897) 2 Q.B. 57; Bkz: RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 46 (1965) (Şiddetli Duygusal Sıkıntıya Neden Olan Çirkin Davranış).

⁴ "Yalan" ve "hile" kavramlarının bu makalenin ilk bölümünde birbirlerinin yerine kullanıldığını belirtelim. Bununla birlikte, her iki davranış biçimi arasında belirgin farklılıklar vardır ve bu farklılık makalenin ikinci bölümünde daha ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

Gerçekten, fiziksel veya zihinsel sıkıntı vermenin ötesine geçerek; “ağır zarar”ın fırsat kaybı, özgürlük kaybı veya daha kolay tanımlanamayan bir hasar şeklinde ortaya çıkabildiği ve herhangi bir haksız fiil niteliği olmayan yalanları konu edinen birçok kurgu düşünülebilir. Örneğin, bir bireyin yetim bir çocuğa, bu çocuğun ebeveyn olarak bildiği kişilerin aslında onların hayatta olmasına ve çaresizce çocuğu aramalarına rağmen onların öldüğünü söylediği bir senaryo düşünün⁵. Burada suç tam olarak nedir? Bir kadının sevgilisine doğum kontrolü kullandığı konusunda yalan söyleyerek sevgilisinin kendisini hamile bırakmasını sağladığını düşünün. Bu adam sonuçta böyle bir çocuğun babası olmak istememektedir. Durumu tersten düşünerek kadının istemeyerek hamile bırakıldığını düşünün. Buradaki zararın derecesi (*haksız file konu olan*) nedir? Bir kadının, bir erkeğin evliliğini ve ailesini yok etmek amacıyla o erkekle duygusal ilişkiye girdiklerini iddia etmesi nasıl açıklanabilir?⁶ Böyle bir yalandan ağır bir zarar doğmaz mı? Aynı şekilde bir kişinin oda arkadaşının tıp fakültelerine kabul mektuplarını kıskançlıkla gizlediği ve oda arkadaşına da başvurduğu tüm okullardan reddedildiğini söylediği bir senaryo düşünün⁷. Aslında hatırı sayılır zararlara sebep olup da mevcut hukuk sistemi tarafından bu zararların tam anlamıyla önlenemediği ya da hatalı bir içerikle de olsa önlenemediği türden yalanların konu edildiği onlarca kurgu tasavvur edilebilir.

Yalan söyleme eylemini suç olarak ihdas etme fikri ilk bakışta radikal bir fikir gibi görünse de, bu eylemin hâlihazırda yalan tanıklık, yalan beyan ve cezayı gerektirir nitelikte küçük dürücü beyan suçlarında olduğu gibi pek çok farklı başlık altında cezaya tâbi kılındığı düşünüldüğünde bu fikrin kabul edilmesi aslında çok da uzak görünmemelidir. Bu makale (yukarıda bahsedilen suçlar için) getirilen yasaklamanın kapsamını eşit veya daha büyük zarara sebep olan ve tamamıyla benzer tarzdaki davranışları da içine alacak şekilde genişletmemenin

⁵ Söz konusu bireyin çocuğa karşı bakım yükümlülüğüne sahip olmadığını varsayıyoruz.

⁶ Böyle bir eylem Amerika Birleşik Devletlerinde suç değildir. Somut olayda iftira içerikli bir eylemden bahsedilmesi mümkün olmasına rağmen, böyle bir kurguda söz konusu eylemin iftira suçu teşkil edeceğini söylemek bile oldukça güçtür. Bkz. aşa: Bölüm II.B.1.c (“*İftira*”). Bu kurguda cinsiyetler tersine çevrilirse, işte o zaman eski Florida Kanunu’na göre bu davranış bir kabahat teşkil etmektedir. Bkz: **FLA. STAT. § 836.04 (2010)**. (“Evli veya evli olmayan bir kadın hakkında ona bir iffetsizlik isnadı doğuracak şekilde yanlışlıkla ve kötü niyetle konuşan kişi birinci dereceden kabahatten dolayı suçlu kabul edilir...”). Hiç şüphesiz, böyle bir davranış sebep olduğu zarar ile orantılı olarak verilecek bir cezayı hak etmektedir.

⁷ Aynı kişi oda arkadaşının kendisine ait e-posta adresini kullanmasını engellemiş olsaydı, aksi yönde davranan oda arkadaşı, B sınıfı bir kabâhatten dolayı para cezasıyla ya da altı aya kadar hapis cezasıyla karşılaşacaktı 18 U.S.C. § 1701 (2006), ancak böyle bir kınama, zararı gerçekten telafi edici nitelikte olmadığı gibi söz konusu failin davranışına denk düşen makûl bir niteleme de olmayacaktır.

mantıksal bir tutarsızlık ortaya çıkardığı iddiasındadır. Bununla beraber bu çalışmada, halen ceza hukukumuz tarafından özel olarak ele alınmayan yalan söyleme eyleminin belirli istisnaî durumlarda suç sayılıp sayılmayacağı meselesi tartışılacaktır. Ancak okuyucunun itirazı, bireylerin özel hayatları içerisinde kalan ilişkilerin ceza hukukunun ilgi alanı dışında kalması gerektiği yönünde olabilir. Başka bir ifadeyle, böyle bir eylemi suç olarak düzenleme fikrine okuyucu, özel yaşam alanına yapılacak böyle bir müdahalenin kabul edilemez ve tehlikeli olduğu gerekçeleriyle itiraz yöneltebilir. Hülasa böyle bir argüman söz konusu itiraza ciddî bir geçerlilik de kazandırabilir. Gerçekten de yalan söyleme eylemini suç olarak öngörme fikrine karşı kamu düzeni temelinde güçlü itirazlar yükseltilir; ancak, aşağıda da izah edileceği üzere, yasanın kapsamının böyle bir davranışı da içine alacak şekilde genişletmenin zorlayıcı sebepleri de bulunmaktadır.

Bireyleri bu tür zararlardan korumada pozitif hukukun hâl-i hazırda yetersizliği, onun ihmali haklı çıkararak bir argüman olarak kullanılamayacağı gibi, ceza hukukunun hareketsiz kalması da bu tür sakıncalı ve zarar verici eylemlerin cezalandırılmaması gerektiğine delalet etmez. İşte bu makalede de yalan söyleme eyleminin son derece fena türlerinin cezalandırılması gerektiği fikri savunulmaktadır. Bunu yaparak biz, “ağır zarara yol açan pek fena yalan söyleme eylemi” olarak kavramlaştırdığımız tamamen yeni bir suç kategorisinin oluşturulmasını önermekteyiz. Bu çerçevede makale geniş iki amaca sahip bulunmaktadır: birincisi, böyle bir suç kategorisinin neden mevcut olması gerektiğini ve ikincisi de bu suçun ana hatlarıyla nasıl yapılandırılması gerektiğini açıklamaktır.

Bu amaca yönelik olarak öncelikle siyaset bilimi kuramcısı *Joel Feinberg* tarafından önerilen bazı temel kavramları alıntı yapacağız. Feinberg’in “yön veren ilkeleri” incelendiğinde görülecektir ki; bu makalede söz konusu davranışın suç olarak kabul edilmesi fikri, bir davranışın devlet tarafından usûlüne uygun biçimde suç olarak ihdas edilmesi için Feinberg’in öngördüğü parametrelere uyularak ve yine onun öngördüğü “zarar ilkesi” ihlal edilmeden inşa edilmiştir⁸. Makalenin bu alana katkısı, yalan söyleme eyleminin bazı türlerinin bütünüyle cezalandırılması şeklinde belirttiğimiz amacın radikal bir yapıya sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bildiğimiz kadarıyla, böyle bir öneri bugüne kadar henüz yapılmamıştır. Bu sebeple, yalan söyleme eylemi akademik çevrelerde en azından kavramsal olarak makûl karşılanacak olursa, işte o zaman bu makale de amacına ulaşmış olacaktır.

⁸ Bkz: *aşşa*: Bölüm II. A.3.

Makale iki bölümden oluşmaktadır. Bölüm II’de yalan söyleme eyleminin gerçekten yanlış bir davranış biçimi olup olmadığı hususu ve bu konuda ahlâk felsefecileri tarafından ortaya konulan argümanlar inceleme konusu yapılmaktadır. Yalan söyleme eyleminin birçok türünün gerek ceza hukuku gerekse de haksız fiil hukuku ve hukukun diğer alanları içinde birbirinden farklı hâl ve şartlarıyla düzenlenmiş olduğundan bahisle söz konusu eylemin cezalandırılması noktasındaki duyarlılığımıza karşı büyük bir tepki oluşmamalıdır. Nitekim çalışmada bu konuyu ilgilendiren yasal düzenlemelere de yer verilmiştir. Ceza hukukunun kapsamının yalan söyleme eyleminin mağdurlarını kapsayacak ve onları koruyacak şekilde genişletilmesindeki isteksizliğin birtakım zorlayıcı sebepleri bulunmaktadır ki; buna ilişkin tartışmalar da yakından incelenecektir. BÖLÜM III’de esasında yalan söyleme eyleminin cezalandırılmasının bazı sınırlı şartlarla öngörülmesi yönünde bir öneri sunulmaktadır. Makalenin ikinci yarısı ise ana fikrin şekillendirildiği kısımdır. İşte bu kısımda suçun temel unsurlarını ortaya koyarak ve onun büyük oranda radikal bir öneri haline gelmesini sağlayan çıkarımları sunarak tamamen yeni bir suçu yapılandırmaktayız. Gerçekten de, yalanların bazı türlerinin suç haline getirilmesi başlangıçta hayâl ürünü gibi görünebilir, ancak bu makalenin amacı yalnızca bu durumun akla yatkinliğini sağlamak değil, aynı zamanda bu tür bir suçun kanun koyucu tarafından oluşturulmasının gerekliliğini tartışmaktır.

II. YALAN SÖYLEME EYLEMİNİN BAZI TÜRLERİ NEDEN CEZALANDIRILMALIDIR: POZİTİF HUKUKUN YALAN SÖYLEME EYLEMİNE YAKLAŞIMI

A. YALAN SÖYLEME EYLEMİNİN AHLÂKÎ BOYUTLARI

Bu konudaki mülâhazalarımızı ortaya koymak için sezgiye dayalı bir başlangıç noktası seçtik: annelerin azarlarken kullanmaktan kaçınmadığı ve her birimizin çocuk iken belki de ilk öğrendiği ahlâkî ilke; yalan söylemenin yanlış bir davranış olduğudur. Konuyu doğru bir biçimde kavramsallaştırmak için öncelikle bu eylemin ahlâkî boyutlarını incelememiz gerekmektedir. Bunun için, ilk olarak yalan söyleme eylemini teorize eden bazı felsefî görüşlerin öncelikle haritalanması gereklidir. Yalan söyleme ile ne kastedildiğini yapılan tanımlar üzerinden izâh etmekle başlayalım. Felsefeci Arnold ISENBERG, bu makalenin amacına hizmet edecek bir yalan tanımı önermektedir. Ona göre *yalan*; “bir kimsenin kendi inanmadığı bir şeye başka birinin inanmasını sağlama kastıyla yaptığı bir

beyandır”⁹. Yalan söylemek yaygın bir biçimde yanlış bir davranış olduğundan dolayı kınanmakta iken, bu ahlâkî yasağın arkasında yatan gerekçeler dramatik bir biçimde birbirinden farklılık göstermektedir. Bu yöndeki öncül argümanlar, her bir yalan söyleme eyleminin kendi özü itibariyle yanlış olduğuna veya yol açtığı zararların büyüklüğünün söz konusu eylemin yasaklanması için yeterli bir sebep oluşturduğuna ilişkindir. Birbirinden farklı olan bu iki görüş, birbiriyle çatışan iki kuram tarafından temsil edilmektedir: deontoloji ve sonuçsalcılık (sonuççuluk) (*consequentialism*): birincisi davranışın kendisini hedef alır; diğeri ise davranışların doğurduğu etkileri¹⁰. Bundan dolayı sonuçsalcılık yaklaşımı sırf zararlı sonuçlarından dolayı yalan söyleme eylemini yanlış bir davranış olarak kabul ederken; deontoloji, yalan söyleme eyleminin özü itibariyle yanlış bir davranış olduğunu ileri sürer.

⁹ Arnold ISENBERG, *Deontology and the Ethics of Lying*, 24 PHIL. & PHENOMENOLOGICAL RES. 463, 466 (1964). İlginçtir ki, *Izenberg*, bir kimsenin yalan söylerken mutlak bir biçimde karşı tarafı aldatma niyeti taşıdığı yönündeki önyargılı görüşün yanlış olduğunu iddia eder; öyle ki bir kimse muhatabına karşı hileli davranma kastı olmaksızın da yalan söyleyebilir. Konuşmacı tarafın niyeti oldukça önemlidir. Konuşmacı, kendisine zaten inanmayan bir kimseyi başka şekilde inandırma niyetinden yoksun ise yalan söylemiş olmaz. Örneğin, hataen söylenmiş yanlış bir söz yalan değildir ve eğer konuşmacı yanlış olduğunu bildiği bu hatalı söze muhatabının da inanmayacağını farkında ise, işte o zaman yalan söylemekten bahsedilmemesi gerekir. Alaylı bir söz kullanımı bunun bir örneği olabilir. Aynı şekilde daha fazla dinî eğilime sahip olan kişiler için Aziz Augustine benzer bir tanım kullanır: “*bir kişinin yanlış olduğunu bildiği bir sözü aldatmak kastıyla söylemesidir*”. RANDAL MARLIN, *PROPAGANDA AND THE ETHICS OF PERSUASION* 142 (2002). Başka tanınmış yazarlar da benzer tanımlar önermişlerdir. Immanuel Kant, yalanı “*bir kişiye karşı kasıtlı olarak yapılan gerçek dışı bir bildiri*” olarak tanımlamaktadır. SISSELA BOK, *LYING: MORAL CHOICE IN PUBLIC AND PRIVATE LIFE* 286 (1979). Benjamin Constant ve Hugo Grotius, yalanın “*gerçeği bilmeye hakkı olan bir kimseye karşı kasıtlı olarak yapılan gerçek dışı bir bildiri*” olarak tanımlanması gerektiğini savunmaktadırlar. Joseph Betz, *Sissela Bok on the Analogy of Deception and Violence*, 19 J. VALUE INQUIRY 217, 217 (1985).

¹⁰ Kısacası deontoloji, “belli başlı bazı davranışların kendi içerisinde yanlış olduğuna ilişkin duyulan inançtır.” KASPER LIPPERT-RASMUSSEN, *DEONTOLOGY, RESPONSIBILITY, AND EQUALITY* 15 (2005). Deontoloji, “ahlâken doğru ya da yanlış olanın, en iyi sonucu hangisinin doğurduğuna bağlı olarak değişeceğini savunan faydacılık akımını teorik olarak destekleyen sonuçsalcılığın zıddı olarak kabul edildiğinde belki daha iyi anlaşılabilir...Sonuçsalcıların inandıkları birçok değer sonuçta enstrümantaldir ve aslında hepsi de ahlâklılıktan önce var oldukları için ahlâkî olmayan değerleri yüceltmışlerdir”. STEPHEN L. DARWALL, *DEONTOLOGY* 1 (2003). Deontologlar, bazı eylemlerin sonuçlarına bakılmaksızın kategorik olarak yanlış olduğuna inanmaktadır. Bu tezin belki de en tanınmış savunucularından biri ileride de belirtileceği üzere Immanuel Kant’tır.

İleride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, suç yaratma (*criminalization*) konusunda daha incelikli ve ayrıntılı yaklaşımlar mevcuttur: örneğin bunlardan bir kısmı liberteryenizm, ekonomik analiz, faydacılık ve sözleşmecî kuram (*contractarianism*) içinde teessüs etmiştir¹¹. Bununla beraber söz konusu teoriler, deontolojik ve sonuçsalcılık kuramlarının bağlı oldukları ve içerdikleri unsurlar bağlamında birbirinden farklılıklar göstermektedir. İşte biz de bu makalede söz konusu iki temel kuramsal yaklaşımla yakından ilgileneceğiz. Ancak makalede bu kuramlardan ilkinin şiddetle reddedip, ikinci kuramı benimsemiş olduğumuzu şimdiden ifade etmemiz gerekir. Bu çalışmada öne sürülen tezde, yalan söyleme eyleminin kesin olarak yanlış bir davranış olduğuna ilişkin deontolojik bir bakış sergilemekten ziyade, bazı yalan beyanların sebep olduğu zararlara odaklanan bir bakış açısı esas alınmaktadır. Bir şeyi anlamak aslında ve ilk önce onun ne olmadığını anlamaya yaradığı için, deontolojik kuramı da bir bütün olarak reddetmeden önce bu kurama yakından bir göz atmakta fayda vardır.

1. Augustine, Aquinas ve Kant

En katı deontolojik teoriler yalan söyleme eyleminin aslında kendi özünde yanlış bir davranış olduğunu kabul etmektedir. Aziz Augustine ve Aziz Aquinas Aristo'dan etkilenerek yalan söyleme eyleminin doğanın kanunlarına aykırı olduğunu savunmuşlardır¹². Onlara göre, amacı ve sonucu ne olursa olsun, bir kişinin kendi inanmadığı bir şeyi ileri sürmesi kaçınılmaz olarak günahdır¹³. Immanuel Kant meşhur ifadesiyle yalan söyleme eylemini, “bütün koşullar altında mutlak yanlış olan, asılsız iddiadır” olarak tanımlamaktadır¹⁴. Onun görüşüne göre yalan söyleyen bir kişi “insanoğlu olarak kendi haysiyetini bir kenara atar, onu adeta bütününüyle tahrip eder¹⁵”. Yalan söyleme eylemi tüm insanlığa karşı bir suç teşkil eder ve belki daha da önemlisi yalan söyleyen kişinin kendi özünü kirletir. *Kant* bu hususta en meşhûr örneğini katilin müstakbel kurbanının nerede olduğunu sorduğu olay üzerinden vermiştir. Kant'ın görüşüne göre, böyle sıra dışı koşullarda bile yalan söylemek yanlış bir davranıştır. Öyle ki bu soruyu cevaplamaya zorlanan kişinin katile müstakbel kurbanının nerede

¹¹ Suç yaratma konusunda iyi bir analiz için şu iki yaklaşım: ekonomik analiz ve faydacılık (ve tabii ki *hukukî ahlâkçılık*) için bkz: DOUGLAS N. HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 180–205 (2008).

¹² Larry Alexander & Emily Sherwin, *Deception in Morality and Law*, 22 LAW & PHIL. 393, 396 (2003).

¹³ *a.e.*.

¹⁴ Immanuel Kant, THE METAPHYSICS OF MORALS 182 (Mary Gregor ed., Cambridge Univ. Press 1996) (1797).

¹⁵ *a.e.*.

olduğu konusunda yalan söylemesi dahi kategorik olarak yanlış bir davranış olacaktır¹⁶. Bu gerçekten de biraz ürkütücü bir değerlendirme olsa da, Kant'ın bakış açısı gayet açıktır.

2. Diğer deontolojik tartışmalar: Hobbes ve Rawls

Bazı yazarlar yalan söylemenin yanlışlığına ilişkin özgün dilbilimsel kanıtlar ortaya koymuşlardır: Buna göre tanım gereği bir iddia doğruyu içerir, yalan bir ifadenin beyan edilmesi dilin evrensel ve temel kullanım kuralını ihlâl eder ve bu nedenle her daim yanlıştır¹⁷. Diğer bir kanıt ise, yalan söylemenin yanlışlığını yalan ifadenin mağdurun özerkliği ihlâl etmesi olgusuna dayandırır. Bu argüman bir yalanın mağdurun akıl yürütme sürecini bozduğu ve rasyonel düşünce sistemine olumsuz olarak müdahale ettiği görüşünden yola çıkar; yalan bir kişinin inancına ve davranış biçimine ilişkin akılcı seçimler yapma kabiliyetini elinden alır- bu ise bir birey olarak onun bütünlüğüne yapılan haksız bir saldırıdır¹⁸. Mağdurun iradesi ve eylemleri, konuşmacının amaçları doğrultusunda değiştirilir ve manipüle edilir¹⁹. Bu aşamadaki bir müdahale ise “kişisel kazanımla yapılacak değerlendirmeler tarafından aksi ispat edilemeyeceği için varsayımsal olarak” yanlıştır²⁰.

Söz konusu deontolojik kaygının merkezinde “özerklik” ile beraber “iradîlik” kavramı da bulunmaktadır²¹. Örneğin, A'nın B'ye içerdiği bir bardak şarap olduğunu söylediği sıvıyı C'ye servis etmesi isteğinde bulunduğu bir yalan düşünelim. A, şarabın bir zehir içerdiğini biliyor ancak B'ye bunun şarap olduğunu söyleyip C'ye de bunu servis etmesi konusunda kendisine ısrar ediyor. Bu sayede B misafirini zehirleyebilir, ancak bunu istemli olarak yapmaz. Sonuç olarak A'nın yalanı, B'nin davranışının *istem dışı* yapılmasını sağlamıştır²². Bu bağlamda yalan söyleyen kişi aslında, mağdurun kendi kendini yönetme kapasitesine saygı göstermediğini ortaya koymaktadır. Bu görüş çoğu zaman *Kant'a* dayandırılır ve bazı Kantçılar tarafından daha da geliştirilmiştir. Ancak bu

¹⁶ Alexander & Sherwin, *yuk. dipnot 12*, s. 397.

¹⁷ *a.e.*

¹⁸ *Bkz:* Alan Strudler, *Incommensurable Goods, Rightful Lies, and the Wrongness of Fraud*, 146 U. PA. L. REV. 1529, 1546 (1998).

¹⁹ *Bkz:* Alexander & Sherwin, *yuk. dipnot 12*, s. 397.

²⁰ Strudler, *yuk. dipnot 18*, s. 1546.

²¹ *a.e.*

²² Yalan söyleyen kişinin mağdurlarını ikna etmede başarılı olması onlardaki iradîliği ortadan kaldırma sonucu doğururken, yalan ifadeye inanmadığı için müstakbel mağdurun özerkliğini baltalamayı başaramadığı durumlarda ise başarısız bir yalan söyleme girişiminden bahsetmek gerekecektir. *a.e.* s. 1548.

yazarlar da yalan söylemenin yanlış bir davranış olduğuna ilişkin temel prensibe – yalanın paternalist gerekçeler (*yalan söylenen kişinin menfaatine olması*) veya masum bir insanı savunmak amacıyla söylenmesi dışında- çok fazla istisna önermemişlerdir²³. Sonuç olarak, bu görüş doğrultusunda yalan ifade sonucu hâsıl olan yanlış inanç tam olarak zararın bizatihî kendisidir, mağdurun bunun ötesinde somut olarak farklı türde somut bir zarara uğraması gerekli değildir.

Tartışmanın bir başka tarafında ise bazı yazarlar, hepimizin bir dereceye kadar karşımızdakinin doğruyu söylemesine bağlı olduğumuz, varlığı inkâr edilemeyecek türden adil oyun ("*fair play*") sorumluluğumuz bulunduğunu iddia etmektedir²⁴. Bu adil oyun sorumluluğunun kökeni *Hobbes*'un toplumsal sözleşme anlayışında yer almaktadır ve son zamanlarda ise siyaset bilimci filozof *John Rawls* tarafından da birtakım eklemeler yapılmıştır:

*Varsayalım ki... işbirliği ile üretilen fayda belli bir seviyeye kadar ücretsiz olsun: Bu durumda eğer herhangi bir kişi kendi görevini yerine getirmese bile diğerlerinin tamamının (veya birçoğunun) kendi görevlerini yerine getirmeye devam edeceğini ve buna rağmen kendisinin yine de şemadaki kazançtan bir pay elde edebileceğini biliyorsa o taktirde söz konusu işbirliği şeması artık sabit değildir. Bu şartlar altında şemanın faydalarından yararlanmayı kabul eden bir kişi, kendi görevini yerine getirerek adil oyunun kurallarına uymakla ve işbirliği yapmasa bile üretilen faydadan ücretsiz olarak yararlanma avantajını kullanmamak ile yükümlüdür*²⁵.

Sonuç itibariyle, büyük çoğunluğun doğruyu söyleme eğiliminde olduğu bir toplumda, yalancılar en uygun zamanlarda yalanlarından faydalanmayı seçebildikleri için bedavacı (*free-rider*) hale gelir. Bu argüman özellikle insanlar arası etkileşimi destekleyici nitelikteki güven ağını kopararak toplumsal iradeyi zarara uğratan yalanlara odaklanmaktadır²⁶.

3. Mill, Feinberg ve Zarar Prensibi

Bu başlık nihaî olarak bizi sonuçsalcılık akımına götürmektedir. Faydacılık akımından *John Stuart Mill*'e göre yalanlar karşılıklı güveni yok etmektedir ki

²³ a.e. s. 1546-47. Bazı özerklik teorisyenleri, belirli koşullarda yalan söylemenin meşru olabileceği fikrini isteksizce benimsemektedir; tıpkı bir kişinin arkadaşının kalp krizi geçirmemesi için onu üzücü haberlerden koruması örneğinde olduğu gibi. a.e.s. 1547.

²⁴ a.e. s. 1557-58.

²⁵ John Rawls, *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, LAW AND PHILOSOPHY 3, 10 (Sidney Hook ed., 1964).

²⁶ Bkz: Alexander & Sherwin, *yuk. dipnot* 12, s. 398.

bunun da eksikliği, medeniyeti, erdemi, en geniş ölçekte insan mutluluğunun bağlı olduğu her şeyi yok etmek şeklinde isimlendirilebilecek daha nice şeyden fazlasına sebep olmaktadır²⁷. İşte bu noktada *Mill* sonuçsalcı bir yaklaşım önermektedir; onun yaptığı vurgu, davranışın daha geniş çaplı sonuçlarını baz almaktadır. *Mill*, birkaç dar ve iyi tanımlanmış istisna dışında yalanlara karşı genel yasaklayıcı bir uygulamanın faydacılık akımının amacına en iyi şekilde hizmet edeceğini kabul etmektedir²⁸. *Mill*'in kendi görüşünü destekleyici olarak ortaya koyduğu meşhûr zarar prensibi şu şekildedir: “uygar bir toplumun herhangi bir üyesi üzerinde kendi iradesine aykırı olarak gücün meşrû biçimde kullanılmasının tek amacı, o kişinin başkalarına zarar vermesini önlemektir”²⁹. *Feinberg* bu ilkeyi, bir davranışı cezalandırmak için yeterli bir zemin sağlayan “*hukukî paternalizm*” ve “*hukukî ahlâkçılık*”ı dışlayarak genişletmektedir³⁰. *Feinberg*'in çalışmaları, *Mill*'in zarar prensibini daha da rafine edip, ceza kanunlarının etkin bir şekilde uygulanabileceği sınırları belirlemek amacıyla farklı zarar türlerini birbirinden ayırt ederek daha ayrıntılı yorumladığı için bilhassa önemlidir. Nitekim *Feinberg*'in çalışmaları, pek fena yalan söyleme suçunun çerçevesini çizmek için gerekli parametreleri sağlamada önemli bir rol oynamaktadır. Cezaî yaptırımların uygulanmasını haklı çıkaracak zararların derecesini belirleme görevini üstlenirken *Feinberg*'e tekrar değineceğiz. Zira yasanın bireylerin özel hayatlarına müdahalesinin temel gerekçesi olan zarar prensibi mevcut çalışmamızın da temelini oluşturmaktadır³¹.

Mill'in açıkça ortaya koyduğu istisna dışında, yukarıda vurgulanan argümanlar esasında yalan söyleme eyleminin doğasındaki ahlâksızlığa odaklanmaları bakımından deontolojik bir konuma gelmiştir. Bu argümanlar oldukça önemli olmasına rağmen bu makalede onlarla herhangi bir etkileşim alanı bulunmamaktadır. Zira bu çalışmada deontolojik iddiaların değerli olduğu kabul edilmekle beraber, bizim tezimiz yalan söyleme eyleminin mutlak biçimde ahlâken kınanabilirliği düşüncesi ile bağlı olmadığından çok daha pragmatiktir. Bir

²⁷ John Stuart Mill, UTILITARIANISM (1869), *yeni baskı* UTILITARIANISM AND ON LIBERTY 181, 199 (Mary Warnock ed., 2d ed. 2003).

²⁸ Alexander & Sherwin *yuk. dipnot* 12, s. 399.

²⁹ JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 6 (Bobbs-Merrill 1956) (1859).

³⁰ Bkz: JOEL FEINBERG, HARM TO SELF (1986); JOEL FEINBERG, HARMLESS WRONGDOING (1988).

³¹ Bir davranışın ahlâksızlığının cezaî yaptırım için gerekli bir şart olup olmadığı hakkında yararlı tartışmalar için -*Mill ve Feinberg dışında*- genel olarak bkz: PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (1968); H.L.A. HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY (1963); MICHAEL S. MOORE, PLACING BLAME (1997); JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986); JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION (1994); Larry Alexander, Harm, Offense, and Morality, 7 CAN. J.L. & JURIS. 199 (1994).

başka deyişle, bu makale kesin bir biçimde bahsi geçen tartışmanın sonuçsalcılık tarafında yer almaktadır. Bu nedenle, ileride sunacağımız görüşlerimiz eylemin sebep olduğu zarar ile sınırlandırılmıştır. Yalanları hedeflemekteki amacımız *haddi zatında* ahlâka için herhangi bir deontolojik iddiaya dayanmamakla beraber, sadece söz konusu eylemden kaynaklanabilecek zararları sınırlamaktır - yalanların etik olmamaları sebebiyle kökünün kazınması değil de, kişilerin ve toplumun daha geniş çapta refahının korunması için bireyleri söz konusu eylemin pek fena biçimlerinden caydırmak amaçlanmalıdır. Bu noktada pek fena yalan söyleme suçunun unsurları ve şartlarının düzenlenmesi sürecini etkileyeceği için teorik yöntemler önem arz etmektedir.

Bazı eylemlerin mutlak biçimde ahlâkî bir niteliğe sahip olduğu düşüncesi birtakım normatif algıların içselleştirilmesini sağlayan bu tarz eylemlerle bütünleşik zararlara tanıklık ederek tetiklenmektedir. Aslına bakılacak olunursa, bir davranışta quasi-deontolojik bir algıya sebep olan ve o davranışa için ahlâkî bir niteliğin mevcut olduğunu teşhis etmiş olmaktadır³². Muhtemelen bu sürecin kökleri evrimin derinliklerindedir³³. Sezgisel çağrışımlar zarar derecesine ilişkin karmaşık hesaplamalara göre daha pratik ve etkili olduğu için, bu tür bir pre-rasyonel içselleştirme, toplumsallaşma ve grup işbirliği açısından belirgin yaşamsal bir avantaj sağlar³⁴. Bu anlamda, deontolojik yaklaşımın doğası uyarlanabilir vasıflı olması sayesinde tartışılabilir düzeydedir. Bir kişinin bedenine bıçak saplama eylemi, hayat kurtaran tıbbî bir müdahale gerçekleştiren cerrahın eylemi ya da kurbanını acımasızca bıçaklayan bir katilin eylemi ile aynıdır. Bir eylemin ahlâkî doğası tamamıyla o eylemden cereyan eden sonuçlara bağlı olarak ortaya çıkmaktadır – can alan bir katilin ya da hayat kurtaran cerrahın olayında olduğu gibi. Tekrar edecek olursak: Amacımız sırf doğası gereği yanlış bir davranış olduğu için yalan söyleme eylemini bütünüyle suç saymak olmayıp, sadece belli yalanların sonucu olarak ortaya çıkan zararları önlemektir. Sonuç

³² Bkz: Bryan Druzin, Law, Selfishness, and Signals: An Expansion of Posner's Signaling Theory of Social Norms, 24 CAN. J.L. & JURIS. (önümüzdeki ilkbahar 2011) (uyarlanabilir nitelik olarak normatif içselleştirmeyi açıklayarak).

³³ Bu durum, haksız fiile sebep olan çoğu karmaşık ticari yanlışın birçok suça eşit veya birçok suçtan daha fazla zarara sebep olmasına rağmen doğasındaki kriminal veya gayri ahlâkî unsurun toplum tarafından neden kolayca algılanmadığını açıklamaktadır. Diğer taraftan bu durum ayrıca vergi kaçakçılığı veya beyaz yakalı dolandırıcılık suçları gibi bazı suçların ahlâken yanlışlığı ile uyumlu bir hissiyat uyandırmamasının nedenini de açıklamaktadır; zira eylemin ardından gelen zararlar karmaşıktır ve doğrudan doğruya açık değildir, buna karşılık örneğin saldırı ya da cinayet suçlarında içselleştirme süreci kolaylıkla geri tepmez. Bernard Madoff gibi ünlü bir dolandırıcının olayında bile, kendisinin sahip olduğu içgüdüsel suçluluk duygusu, onun mağdurlarına verdiği zararın gerçek boyutuyla orantılı değildir.

³⁴ Bkz: Druzin, *yuk. dipnot* 30.

olarak bir zarar ortaya çıkmış olmalıdır ve bu zarar bilhassa ağır olmalıdır. Eğer söz konusu eylemi cezalandırmak için hakikî ve objektif bir ölçüt var ise o da budur.

B. YALAN SÖYLEME EYLEMİNE İLİŞKİN MEVCUT HUKUKİ DÜZENLEME

Bazı koşullar altında yalan suçunu cezalandırma fikri, hileli eylemlerin ceza hukuku, sözleşme hukuku, anayasa hukuku ve çeşitli yasalar altında belli şartlarla zaten düzenlenmiş olduğu göz önüne alındığında bu kadar radikal görünmemelidir. Bu alt başlıkta, söz konusu hukukî yapının kapsam ve sınırlarını açıklığa kavuşturmak için, yalan söyleme eylemini hâl-i hazırda bünyesinde barındıran yasal düzenlemelerin kapsamına ilişkin genel bir bakış sunacağız.

1. Haksız Fiil Hukuku

a- Yanlış Bilgilendirme

Yanlış bilgilendirme eylemi bir haksız fiildir ve eğer maddî bir zarara sebep olursa hukukî bir sorumluluk doğurabilir³⁵. Haksız fiil niteliğindeki yanlış bilgilendirme (*hile veya dolandırma olarak da adlandırılır*) öncelikli olarak maddî zararları kapsamaktadır. Yanlış bilgilendirme, fail tarafından mağdura yöneltilen ve mağdurun da kendi zararına olacak şekilde inandığı yanlış beyandır³⁶. Haksız fiildeki temel unsur karşı tarafı aldatmaktır- buna *kast unsuru* da denilmektedir³⁷. Fail “kendi beyanının yanlış olduğunu bilmeli veya kendi içinde doğruluk payı taşımadığına inanmalı veyahut da beyanının doğruluğu veya yanlışlığı konusunda dikkatsiz ve özensiz davranmış olmalıdır”³⁸. Ayrıca, fail mağdurun söz konusu beyanın somut doğruluğuna inandığını bilmeli ve bu inanç haklı ve makûl sayılmalıdır³⁹. Örneğin, aynı zamanda arazi sahibi olan bir şehir planlamacısı bilerek yanlış şekilde söz konusu arazinin ticari olarak imar edilmiş kıymetli bir arazi olduğu yönünde reklam yaparsa, bu “yanlış bilgilendirme” olacaktır; eğer ki alıcı, yanlış beyana inanarak araziyi satın almışsa, bundan dolayı uğradığı herhangi maddî bir zarar için planlanmacıya karşı dava açabilir. Bir avukat, doktor veya yediemin açısından gizliliği olan maddî olguların açıklanması sonucunu doğurabileceği için söz konusu haksız fiil sorumluluğu sonuçları itibariyle oldukça geniş olabilir.

³⁵ Bkz: Richard A. Epstein, *Privacy, Property Rights and Misrepresentations*, 12 GA. L. REV. 455, 466–67 (1977).

³⁶ WILLIAM P. STATSKY, *ESSENTIALS OF TORTS* 291 (2000).

³⁷ *a.e s. 202.*

³⁸ *a.e s. 292.*

³⁹ *a.e .*

Birçok eyalette teknik olarak kast unsuru aranmadığı gibi, yanlış bilgilendirmenin taksirle yapılmasından doğan maddî zararlar için de mağdura dava açma imkânı tanınmaktadır⁴⁰. Bu unsur, failin kendi beyanının doğruluğunu kanıtlamak için makûl adımlar atmadığı durumları kapsadığı gibi, kendi beyanının doğru olup olmadığı noktasında kayıtsız davrandığı hâlleri de içermektedir. Geleneksel olarak zararlar maddî ya da ekonomik zararlar ile sınırlıydı; ancak günümüzde birçok mahkeme mala ve cana verilen zararları telafi etmeye ve hatta bazı şartlarla ızdırap, hayâl kırıklığı ve haz kaybı niteliğindeki manevî zararların tazmini talebini de kabul etmektedir⁴¹.

b. Sahtekârlık

Haksız fiil niteliğindeki “yanlış bilgilendirme” eyleminin ceza yaptırımını gerektirdiği durumlardan birisi olan sahtekârlık, bir kişinin muhatabını kendi nitelikleri konusunda hileye uğratmasıdır. Bu eylem maddî zararlara yöneliktir ki buradaki finansal zararlar çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin, Kuzey Karolina’da sahtecilik hükümleri, “bir kişiyi dolandırarak ondan para, mülkiyet, hizmet, alacak veya bu nitelikte benzer menfaatler temin etme amacıyla başka bir kişiye ait para, mülkiyet, hizmet, alacak veya bu nitelikte benzer şeyleri ele geçirme”⁴² eylemi ile ilişkilendirilmektedir. Ortak hukukta sahtekârlık, mağdurun mülkiyet sahipliğinin devrine sebep olacak şekilde tasarlanmış kasıtlı yanlış bilgilendirme olarak tanımlanır.

c. İftira

Yalan söyleme eylemi haksız fiilin başka görünüşleri altında da ortaya çıkabilir. Bir kişinin onurunu lekeleyici ifadeler sözlü ya da yazılı iftira biçiminde olursa haksız fiil sorumluluğuna sebep olabilir. İftira, bir kişi hakkındaki yanlış bir bilginin onun zarara uğramasına sebep olacak şekilde alenileştirilmesidir⁴³. İftira içerikli bir ifade, bir kişiden nefret edilmesine, “onun hor görülmesine ve onunla alay edilmesine yol açarak onun itibarını zedelemek amacıyla tasarlanmış bir beyandır”⁴⁴. Birçok ülkede iftira medenî hukuk anlamında bir haksız fiil niteliğinde olduğu gibi aynı zamanda da suçtur⁴⁵. Tazminat olarak ödenecek para cezaları ile

⁴⁰ Bkz: a.e .

⁴¹ Aynı eser s. 289.

⁴² N.C. GEN. STAT. § 14-100(a) (2010).

⁴³ BLACK’S LAW DICTIONARY 427 (8th ed. 1999).

⁴⁴ Parmiter v. Coupland, (1840) 151 Eng. Rep. 340, 343.

⁴⁵ Bkz: ORG. FOR SEC. & CO-OPERATION IN EUROPE, LIBEL AND INSULT LAWS: A MATRIX ON WHERE WE STAND AND WHAT WE WOULD LIKE TO ACHIEVE 1 (2005), bkz: <http://www.osce.org/files/documents/1/0/41958.pdf>.

birlikte cezaî sorumluluk oldukça ağır olabilir. Nitekim Alman Hukukunda iftira adlı cezaya tâbi suçtur; öyle ki fail iftira suçundan dolayı beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Aynı şekilde Yunanistan, Kazakistan ve Çin’de de iftira suçundan dolayı beş yıla kadar hapis cezaları öngörülmektedir⁴⁶. Kanada Ceza Hukuku uyarınca, bir kimse hakkında bilerek yanlış bir bilgi yayınlayan bir kişi yazılı iftira suçundan dolayı beş yıla kadar hapis cezasına hükmedilir⁴⁷. İtalyan Ceza Hukuku uyarınca iftiranın çeşitli biçimleri, televizyon yayınları ya da örneğin yazılı basın yoluyla yapılanları altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır⁴⁸. Moldova’da iftira suçunun cezası yedi yıla kadar hapis cezası olabilmektedir⁴⁹.

Birçok otoriter rejimde iftira karşıtı yasalar siyasî kontrolün araçlarından biri olarak ya da gazetecilerin muhalefetini bastırmak amacıyla kullanılır⁵⁰. Orta ve Güney Amerika ülkelerinde, descato (saygısızlık) olarak bilinen iftira karşıtı yasalar yaygındır. Descato kanunları özellikle kamu görevlilerinin onurunu korur⁵¹. Bolivya, Brezilya, Kolombiya, Küba, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Haiti, Paraguay, Uruguay ve Venezuela’da bu yasalar halen yürürlüktedir⁵². Bu yasaların uygulanması bir ifadenin yalan içerikli olmasını gerektirmemektedir. İftira suçuna karşılık hapis cezası uygulaması, çoğunlukla hükümetler tarafından bunun siyasî amaçlar için kullanıldığı Asya ve Ortadoğu’da yaygındır⁵³.

⁴⁶ Bkz: aynı eser s. 68, 84. İftira suçunun Çin Hukukunda bir uygulamasını görmek için bkz: H. L. Fu & Richard Cullen, *Defamation Law in the People’s Republic of China*, 11 TRANSNAT’L L. 1, 1 (1998), ve *Criminal Defamation*, GLOBAL CAMPAIGN FOR FREE EXPRESSION, <http://www.article19.org///.html> (son erişim tarihi: May 20, 2010).

⁴⁷ Kanada Ceza Kanunu, 2010 c. C-46, § 300. Kanada Ceza Kanunu’nun 296.maddesinin 1. fıkrasına göre, “dini aşağılayıcı yazılı iftira” yayınlayan kişi iki yıla kadar hapsi cezası ile cezalandırılabilir. Bununla beraber söz konusu kişi dini konudaki bir fikrini “iyi niyetle ve uygun bir dilde ifade ettiğini” ya da “iyi niyetle kullanılmış bir argümanla ve uygun bir dilde” ifade etmeye teşebbüs ettiği yönünde bir savunma ileri sürebilir. Bkz: m.296/f.1. 1961 tarihli Yeni Zelanda Suçlar Kanunu m.123 hükmünde de “dini aşağılayıcı yazılı iftira” eylemi bir yıla kadar hapis cezasına hükmedilebilecek bir suç olarak düzenlenmektedir. İngiltere ve Galler’de de benzer bir cezaî düzenleme İrksal ve Dinsel Nefret Yasası (2006) ile yer değiştirmek üzere 2008 yılında kaldırıldı. Bkz: Ceza Adaleti ve Göç Yasası, 2008, c. 5, § 79. (Ortak hukuktaki dini aşağılayıcı ve inancı sarsıcı yazılı iftira suçu kaldırıldı); İrksal ve Dinsel Nefret Yasası, 2006, c.1, § 1.

⁴⁸ ORG. FOR SEC. & CO-OPERATION IN EUROPE, bkz. yuk: dipnot 45, s. 78–79.

⁴⁹ a.e. s. 107.

⁵⁰ Bkz. Fu & Cullen, yuk. dipnot 44, s. 1; ayrıca bkz: GLOBAL CAMPAIGN FOR FREE EXPRESSION, yuk. dipnot 44.

⁵¹ FRANCISCO FORREST MARTIN & STEPHEN J. SCHNABLY, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW: TREATIES, CASES AND ANALYSIS 763 (2006).

⁵² Bkz: GLOBAL CAMPAIGN FOR FREE EXPRESSION, yuk. dipnot 44.

⁵³ Bkz: a.e..

Amerika Birleşik Devletleri'nde iftira eyleminin cezalandırılmasını sağlayan herhangi bir federal yasa bulunmamaktadır; aynı şekilde cezalandırılabilir nitelikteki iftira suçu on yedi eyalette ve iki bölgede sadece "kitaplarda" kalmaktadır⁵⁴. 1965–2004 yılları arasında yaygın olmasa da Amerika Birleşik Devletleri'nde ceza infaz yasaları uyarınca iftira suçundan dolayı on altı kişi mahkûm edildi; bunlardan dokuzu hapis cezasına çarptırıldı⁵⁵. Söz konusu mahkeme kararları gereği ortalama hapis süresi altı ay, yaklaşık 173.6 gündü⁵⁶. Diğer cezalar ise şartlı tahliye, denetimli serbestlik ve ortalama 1.700 ABD doları para cezasını içermektedir⁵⁷. Özellikle **SLAPP davaları** (halkın iştiraki aleyhine stratejik dava)⁵⁸ olarak bilinen ve muhalifleri susturmak, korkutmak ve onları külfetli hukuk maliyetlerinin altında sindirmek amacıyla onlara karşı iftiradan dolayı açılan sunî tazminat davalarına karşı birçok ülkede **anti-SLAPP** yasaları⁵⁹ yürürlüğe konuldu. Olayların birçoğunda, yazılı ve sözlü iftira ve benzeri suçlarla ilgili davalar, imarlaşma ve arazi kullanımı gibi kamusal meselelere ilişkin açıklamada bulunmayı, protesto eylemi yapmayı ya da bu konuları gündeme getirmeyi isteyen kişilere karşı açılmaktadır⁶⁰. Bu tarz davalar aslında genellikle şehir planlamacıları, politikacılar ile insan ve tüketici hakları muhaliflerinin misilleme amacıyla açtıkları davalar olmaktadır.

⁵⁴ ORG. FOR SEC. & CO-OPERATION IN EUROPE, *yuk. dipnot* 45, s. 171. Bu eyaletler şunlardır: Colorado (COLO. REV. STAT. § 18-13-105 (2010)); Florida (FLA. STAT. § 836.01-836.11 (2010)); Idaho (IDAHO CODE ANN. § 18-4801-18-4809 (2010)); Kansas (KAN. STAT. ANN. § 21-4004 (2010)); Louisiana (LA. REV. STAT. ANN. 14:47 (2010)); Michigan (MICH. COMP. LAWS § 750.370 (2010)); Minnesota (MISS. CODE ANN. § 609.765 (2010)); Montana (MONT. CODE ANN. § 13-35-234 (2010)); New Hampshire (N.H. REV. STAT. ANN. § 644:11(2010)); New Mexico (N.M. STAT. ANN. § 30-11-1 (2010)); North Carolina (N.C. GEN. STAT. § 14-47 (2010)); North Dakota (N.D. CENT. CODE § 12.1-15-01 (2010)); Oklahoma (OKLA. STAT. tit. 21 §§ 771-781 (2010)); Utah (UTAH CODE ANN. § 76-9-404 (West 2010)); Virginia (VA. CODE ANN. § 18.2-417 (2010)); Washington (WASH. REV. CODE § 9.58.010 (2010)); Wisconsin (WIS. STAT. § 942.01 (2010)), as well as the territories of Puerto Rico (P.R. LAWS ANN. tit. 33, §§ 4101-4104 (2010)), ve the Virgin Islands (14-59 VI CODE ANN. § 1172 (LexisNexis 2010)).

⁵⁵ ORG. FOR SEC. & CO-OPERATION IN EUROPE, *yuk. dipnot* 43, at 78–79.

⁵⁶ *a.e.*

⁵⁷ *a.e.*

⁵⁸ SLAPP davaları hakkında geniş değerlendirmeler için bkz: George W. Pring & Penelope Canan, *Strategic Lawsuits against Public Participation (SLAPPs): An Introduction for Bench, Bar and Bystanders*, 12 U. BRIDGEPORT L. REV. 937 (1991) (güncel gelişmeler ve değerlendirmeler için) ayrıca bkz: MICHAEL PILL, STRATEGIC LAWSUITS AGAINST PUBLIC PARTICIPATION (SLAPP): SUBSTANTIVE LAW AND LITIGATION STRATEGY (1998); GEORGE WILLIAM PRING & PENELOPE CANAN, SLAPPs: GETTING SUED FOR SPEAKING OUT (1996).

⁵⁹ ABD'de bulunan 19 eyalet -Kaliforniya, Delaware, Florida, Gürcistan, Indiana, Louisiana, Maine, Massachusetts, Minnesota, Nebraska, Nevada, New Mexico, New York, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Tennessee, Utah ve Washington'da- bu tarz yasal düzenlemeler yapılmıştır.

⁶⁰ *a.e.* s. 173.

d. Gıda Ürünlerini Kötüleme Kanunları

ABD'nin çoğu yerinde iftira brokoliye kadar uzanır. Colorado eyalet yasası uyarınca, bir tarım ürünü hakkında bilerek “önemli derecede yanlış beyanda bulunmak” suçtur⁶¹. Buna ek olarak, diğer on iki eyalette gıda üreticilerinin kendilerine yapılan eleştirileri iftira sebebiyle başarılı bir şekilde dava etmelerini kolaylaştıran gıda ürünlerini kötüleme kanunları (Vegansal Kötüleme Kanunları)⁶² olarak bilinen kanunlar çıkarıldı⁶³. Bu kanunlar gıda üreticilerinin “kolay çürüeyebilen gıda ürünlerini veya mallarını kötüleyenlere karşı uğradıkları zararların tazmini için dava açmalarına” zemin oluşturdu⁶⁴. Tarım ürünlerini kötülemeye ilişkin yasal düzenlemeler uyarınca söz konusu tazminat alacağına esas olarak “yanlış bilgilerin” halka yayılmış olması şartı aranmakta iken; diğer bir şart da eyalet kanunlarına göre kötüleyenin kendi ifadesinin yanlış olduğunun farkında olması gerekip gerekmediğine göre değişmektedir⁶⁵. Örneğin, Alabama ve Oklahoma’da oldukça sıkı bir sorumluluk standardından bahsetmek mümkündür; buna göre bir ifadeyi dava edilebilir kılan tek zorunlu unsur: “yanlış bilgilerin herhangi yolla halka duyurulmasıdır”⁶⁶. Florida, Arizona ve Georgia’da bu eylemin “kasıtlı veya kötü niyetli” bir biçimde yapılması şartı aranmaktadır⁶⁷. Teksaslı bir şifir yetiştiricisinin televizyon karakteri Oprah Winfrey’e karşı, o ve

⁶¹ COLO. REV. STAT. ANN. § 35-31-101 (2007). (“İnsan ya da evcil hayvanlar tarafından kullanılan gıdalar ile normal koşullarda yetiştirilen, toplanan, üretilen meyve, sebze, tahıl, et ve diğer ürünlerin ticaretini engelleme kastıyla herhangi bir kişi, şirket, ortaklık, dernek veya topluluğun kendisi veya bunların çalışanı, acentesi, temsilcisi ya da yardımcısı hakkında....bilerek....önemli derecede yanlış beyanda bulunmak hukuka aykırıdır”.

⁶² Gıda ürünlerini kötüleme kanunlarının tarihi ve onların akasındaki kolektif çaba ile ilgili özlü açıklamalar için bkz: SHELDON RAMPTON & JOHN STAUBER, MAD COW U.S.A. 17–24, 137–45 (1997).

⁶³ Bu eyaletler şunlardır: Alabama (ALA. CODE § 6-5-620 (1995)); Arizona (ARIZ. REV. STAT. ANN. § 3-113 (1995)); Florida (FLA. STAT. § 865.065 (1994)); Georgia (GA. CODE ANN. § 2-16-1 (1995)); Idaho (IDAHO CODE ANN. § 6-2001 (1995)); Louisiana (LA. REV. STAT. ANN. § 3:4501 (1995)); Mississippi (MISS. CODE ANN. § 69-1-253(a) (1995)); Kuzey Dakota (N.D. CENT. CODE § 32-44-02 (2010)); Ohio (OHIO REV. CODE ANN. § 2307.81 (2010)); Oklahoma (OKLA. STAT. tit. 2, §§ 3011-12 (2010)); Güney Dakota (S.D. CODIFIED LAWS § 20-10A-2 (2010)); ve Teksas (TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. §§ 96.001-.004 (2010)).

⁶⁴ Naklen alıntılanan bu ifadeler için bkz: ALA. CODE § 6-5-620 (1994); ARIZ. REV. STAT. ANN. § 3-113 (West 1995); FLA. STAT. § 865.065 (1994); GA. CODE ANN. § 2-16-1 (1994); LA. REV. STAT. ANN. § 4501 (West 1995); MISS. CODE ANN. § 69-1-251 (1994); OHIO REV. CODE ANN. § 2307.81(A) (1996); and S.D. CODIFIED LAWS § 20-10A-2 (1995).

⁶⁵ Bkz: Kevin A. Isern, When Is Speech No Longer Protected by the First Amendment: A Plaintiff’s Perspective of Agricultural Disparagement Laws, 10 DEPAUL BUS. L.J. 233, 239–40 (1997).

⁶⁶ ALA. CODE § 6-5-620(1) (1994); OKLA. STAT. § 2-3011(1) (1995).

⁶⁷ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 3-113(A) (West 1995); FLA. STAT. § 865.065(a) (1994); GA. CODE ANN. § 2-16-2(1) (1994).

konuğunun deli dana hastalığının sığır eti güvenliği konusunda yarattığı korku üzerine yaptıkları yorumların “bozulabilir gıdaların kötülenmesi” ve “ticaretin karalanması” unsurlarını taşıdığı gerekçesiyle açtığı Texas Beef Group v. Winfrey davasında gıda ürünlerini kötüleme kanunları kamu duyarlılığının ön plana çıkmasına sebep oldu⁶⁸.

2. Sözleşme Hukuku

Hiç şüphesiz yalan söyleme eylemi “yanlış bilgilendirme” olarak tezahür ettiğinde sözleşme hukuku alanında da sorumluluk doğurabilir. Haksız fiillerde olduğu gibi yanlış bilgilendirme, bir kişinin sözleşmeye girmesine neden olan olaylar veya yasa kuralları konusunda o kişiye karşı yapılan açık, yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmaktan ibarettir⁶⁹. İçtihat hukuku (*case law*), bu eylemi “doğru olmadığını bilerek veya doğruluğuna inanmadan veyahut da doğru olup olmadığı konusunda kayıtsızlık ve dikkatsizlik içinde yapılan yanlış bir bildirim” olarak tanımlamaktadır⁷⁰. Yanlış bilgilendirmenin yapıldığı şekle bağlı olarak zarar gören taraf sözleşmeyi feshedebilir, tazminat davası açabilir veya her ikisini birden talep edebilir⁷¹. İlginçtir ki; yanlış bilgilendirme eyleminin karakteristik unsuru, diğer tarafı aldatma niyetidir⁷². Bu nedenle yanlış bilgi içeren salt satış görüşmeleri ve fikir açıklamaları hiçbir şekilde yanlış bilgilendirme eylemi ile eş değerde tutulamaz⁷³. Ortaya çıkan zararlar birbiriyle aynı olsa bile, bir kişiyi aldatma niyetinin derecesi, hile kastı, ihmâl ve kusursuzluk arasında yapılan ayırım vasıtasıyla yanlış bilgilendirme eyleminin ciddiyetini belirleyecektir. Sözleşme tarafının yalan söyleme kastının derecesi her bir eylemi birbirinden ayırt eden önemli bir unsurdur.

⁶⁸ Winfrey “*başka bir burger yemekten bütünüyle nefret ettirildiğini*” haykırdı. Tex. Beef Grp. v. Winfrey, 201 F.3d 680, 688 (5th Cir. 2000). Gösteriden sonraki iki hafta içinde sığır eti fiyatları yaklaşık yüzde on oranında düştü ve on bir ay boyunca baskı altında kaldı. Bkz: F. Dennis Hale, Free Speech Rouges and Freaks: An Analysis of Amusing and Bizarre Litigants of Free Expression, 25 COMM.& L. 55, 63 (2003).

⁶⁹ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW 217–18 (8th ed. 2009).

⁷⁰ Derry v. Peek, (1889) 14 App. Cas. 337.

⁷¹ JEFFREY F. BEATTY & SUSAN S. SAMUELSON, BUSINESS LAW AND THE LEGAL ENVIRONMENT 318 (2006).

⁷² Vaat içerikli hile hakkında çarpıcı açıklamalar için bkz: IAN AYRES & GREGORY KASS, INSINCERE PROMISES: THE LAW OF MISREPRESENTED INTENT (2005).

⁷³ Bkz: Bisset v. Wilkinson, [1927] A.C. 177 (somut olaydaki yanlış bilgilendirme eyleminin yalan beyanda bulunma olarak değerlendirilemeyeceği yönünde); Immock v. Hallett (1866) 2 L.R.P.C. 21 (aşırı övgünün- abartmanın- doğru bir beyan olarak düşünülmemeyeceği yönünde).

3. Anayasa Hukuku

Yalan söyleme eylemi, anayasa hukuku kapsamında da ele alınmaktadır. İfade özgürlüğüne bahsedilen anayasal koruma, Birleşik Devletler Anayasası'na göre herhangi bir bireysel hakka göre tanınmış belki de en sağlam korumadır⁷⁴. Birinci Değişiklik ifade özgürlüğüne açık bir koruma sağlamaktadır: “*Kongre ifade özgürlüğünü kısıtlayan.... hiçbir kanun yapamaz*”⁷⁵. Ancak bu hak bile konuşmacının kasıtlı olarak yanlış bilgi açıklamasında bulunduğu bazı durumlarda kısıtlamalara tâbidir⁷⁶. Örneğin, iftira içerikli bir konuşma anayasal olarak korunmamaktadır. “Birinci Değişiklik’e göre yanlış düşünce diye bir kavram söz konusu olmamasına rağmen”⁷⁷, *New York Times Co. v. Sullivan* ve *Gertz v. Robert Welch, Inc* davalarında konuşmacının kendisinin verdiği bilginin kesinlikle yanlış olduğunu bildiği durumlarda Birinci Değişiklik’teki anayasal korumanın iftira niteliğindeki ve karalayıcı ifadeleri kapsamayacağı kanaati yerleşmiştir⁷⁸. Yüksek Mahkeme, “Anayasa, maddî/manevî zarara sebep olan bütünüle yanlış ifadeler için mutlak koruma sağlanamayacağını” açık bir biçimde ifade etmiştir⁷⁹. Somut olaya özgü kötü niyetin ispatlanabileceği bu gibi durumlarda, konuşmacı iftira veya karalama suçlamalarıyla karşı karşıya kalabilir⁸⁰. “Somut olaya özgü kötü niyet”, konuşmacının kendi ifadesinin yanlışlığının farkında olduğu (veya ifadesinin doğruluğunu veya yanlışlığını umursamadan özensizce konuşma yaparak) ve böyle davranarak zarara uğratmayı istediği durumlarda söz konusudur⁸¹. Aynı şekilde aldatıcı reklamlar da anayasal koruma altında değildir⁸². İftira suçunu konu alan mahkeme kararlarına bakıldığında kanunun aslında devletin toplumu iftiradan kaynaklanan zararlardan korumaktan ziyade aldatıcı fiyat veya ürün reklamlarının sebep olduğu zararlara karşı korumak olduğu ve

⁷⁴ Bkz: Robert A. Sedler, An Essay on Freedom of Speech: The United States Versus the Rest of the World, 2006 MICH. ST. L. REV. 377, 379 (2006).

⁷⁵ “Kongre, bir din kuruluşuna saygı gösterilmesini veya onun faaliyetlerinin özgürce gerçekleştirilmesini, ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü; halkın barış içinde toplanma ve mağduriyetlerin giderilmesi için dilekçe verme hakkını kısıtlayan herhangi bir yasal düzenleme yapamaz”. U.S. CONST. amend. I, § 2.

⁷⁶ Bkz: *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974); *Konigsberg v. State Bar*, 366 U.S. 36, 49, 49 n. 10 (1961).

⁷⁷ *Gertz*, 418 U.S. s. 339.

⁷⁸ *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁷⁹ *Va. Pharmacy Bd. v. Va. Consumer Council*, 425 U.S. 748, 777 (1976).

⁸⁰ *N.Y. Times Co.*, 376 U.S. s. 282.

⁸¹ *Bkz s. 286–88*. Örneğin New York Ceza Kanunu çerçevesinde aldatıcı reklam 190.20. N.Y. PENAL LAW § 190.20 bölümü altında tanımlanmıştır (McKinney 2009).

⁸² *Keimer v. Buena Vista Books, Inc.*, 89 Cal. Rptr. 2d 781, 786 (Cal. Ct. App. 1999); ayrıca bkz: KEITH WERHAN, FREEDOM OF SPEECH: A REFERENCE GUIDE TO THE UNITED STATES CONSTITUTION 124 (2004).

bunun için de daha kapsamlı adımlar atılmasının tavsiye edildiği görülecektir⁸³. Nefret söylemi⁸⁴ Birleşik Devletler'de⁸⁵ anayasal düzlemde korunurken, diğer yargı çevrelerinde böyle bir korumadan bahsetmek pek mümkün değildir⁸⁶. Örneğin birçok Avrupa hukuk çevresinde Yahudi soykırımını inkâr etmek suçtur⁸⁷. II. Dünya Savaşı sırasında Yahudi soykırımı yaşandığını inkâr eden kişiler birçok Avrupa ülkesinde yargılanmıştır⁸⁸. Avusturya, Belçika, İsviçre ve Almanya'daki yasalar bizzat Yahudi soykırımının değersizleştirilmesini bir suç olarak kabul etmektedir⁸⁹. Yahudi soykırımının inkârı anti-semitik bir söylem olarak görüldüğü bu ülkelerde, (*kanıtlanmış bir zarar bulunmaksızın*) bu konudaki yalan bir ifade cezaî kovuşturmanın başlatılmasında yeterli olduğu için, söz konusu davranıştan dolayı herhangi bir "fiilî" zararın doğmuş olması şartı aranmaz⁹⁰. Elbette ki, buradaki yalan ifadeden fiilî bir zararın doğması şartının aranmaması, soykırımın inkârının Yahudi olmayanlar arasında anti-Semitizmi teşvik edeceği ve bunun devamını sağlayıp Yahudilere yönelik saldırılara sebep olabileceği dikkate alındığında isabetlidir⁹¹.

⁸³ *Va. Pharmacy Bd.*, 425 U.S. s. 777.

⁸⁴ Burada nefret söylemi ağırlıklı olarak Yahudi soykırımının inkâr edilmesi bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, nefret söyleminin pek çok biçiminde beyan ne kadar acımasız olursa olsun, konuşmacının aslında kendi söylediklerinin doğru olduğuna inanması muhtemeldir. Yahudi soykırımının inkâr edilmesine yaptığımız atıfta pek çok inkârcının kendi iddia ettikleri durumun doğruluğuna inanmadıkları varsayımını kabul ediyoruz.

⁸⁵ *Bkz: Michel Rosenfeld, Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, 24 *CARDOZO L. REV.* 1523 (2002) (teknolojinin ABD'nin anayasal koruması altında bulunan nefret söylemi üzerindeki etkileri ile ilgili); Paul J. Becker et al., *The Contentious American Debate: The First Amendment and Internet-based Hate Speech*, 14 *INT'L REV. L., COMPUTERS & TECH.* 33 (2000) (Nefret söyleminin internet üzerinden anayasal olarak korunmasının incelemesi).

⁸⁶ *Bkz: Sionaidh Douglas-Scott, The Hatredfulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches*, 7 *WM. & MARY BILL RTS. J.* 305 (1998) (nefret söyleminin korunmasının ABD'de ve diğer yargı çevrelerinde mukayese edilmesi ile ilgili); Kevin Boyle, *Hate Speech—The United States Versus the Rest of the World*, 53 *ME. L. REV.* 487 (2001) (ABD'deki nefret söylemi korumasının uluslararası çevrelerdeki yeri ile ilgili).

⁸⁷ Yahudi soykırımının inkâr edilmesine şu anda on Avrupa ülkesinde para cezası veya hapis cezası verilmektedir: Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Almanya, Litvanya, Polonya, Slovakya ve İsviçre. Christina Schori Liang, *Europe for the Europeans: The Foreign and Security Policy of the Populist Radical Right*, in *EUROPE FOR THE EUROPEANS: THE FOREIGN AND SECURITY POLICY OF THE POPULIST RADICAL RIGHT* 1, 24 (Christina Schori Liang ed., 2007).

⁸⁸ Robert A. Kahn, *Imagining Legal Fairness: A Comparative Perspective*, in *NEW APPROACHES TO COMPARATIVE POLITICS: INSIGHTS FROM POLITICAL THEORY* 125, 134 (Jennifer S. Holmes ed., 2003).

⁸⁹ *Bkz: Catriona McKinnon, Should We Tolerate Holocaust Denial?*, 13 *RES PUBLICA* 9, 13 (2007).

⁹⁰ *Bkz: McKinnon, yuk: dipnot 87.*

⁹¹ *Aynı eser s. 19.*

4. Ceza Hukuku

Bu çalışmanın kapsamına en fazla uygunluk gösteren husus bazı şartlar altında özel olarak yalan söyleme eyleminin suç olarak kabul edilmesidir. Yukarıda iftira suçuna kısaca değindik; ancak yalan söyleme eyleminin cezalandırılmasının kapsamı iftirayla sınırlı değildir. İngiliz ceza hukuku uyarınca aldatma bazı şartlar altında suçtur. Yıllar geçtikçe daha fazla eylem ve aldatma biçiminin suç haline getirilmesi yönünde kademeli bir ilerleme kaydedildiği için, bu konu artık ciddi bir mesele teşkil etmemektedir. İlk İngiliz kanunları yalnızca toplumun genelini hedef alan tehditleri konu edinmekteydi ve bu nedenle de yalnızca kalpazanlık, ağırlık ve ölçü birimlerinin yanlış kullanılması gibi belirli aldatma kategorileri cezaya tâbi tutulmaktaydı⁹². Sanayi Devrimi'nin başlamasıyla İngiltere'de dolandırıcılık suçlarının yaygınlaşmasını takiben: 1757 yılında yapılan yasal bir düzenlemeyle suç olarak ihdas edilen ve başka bir kişiye ait olan "para, mal, emtia veya ticari eşya"ın mülkiyetini elde etmek için sahte bir görünüş içerisinde "kasten veya tasarlayarak" o kişiyi aldatmak veya dolandırmak amacıyla yapılan tüm yalan beyanda bulunma eylemleri (yukarıda incelenen) aldatma suçları listesine girmiş oldu⁹³.

a. Yalan Tanıklık

Hukuk kuralları zamanla değişmeye devam etti ve hileye ilişkin konularda ceza yasasının uzun yıllar boyunca etkileyici bir biçimde bir geliştiğini gözlemledik. Birçok ülkede, yalan yere yemin ve yalan beyan suçları, karşılığında ağır cezaların öngörüldüğü ciddi suçlar haline gelmiştir⁹⁴. ABD yasalarına göre, yalan tanıklık suçunun beş temel unsuru vardır: (1) ABD yasalarına göre usulüne göre yapılmış yemin (2) yemin içeren beyanın yetkili bir mahkeme, memur veya görevli huzurunda alınmış olması, (3) yalan beyan, (4) rızayla alınmış olması, (5) davaya esas teşkil eden maddî vakıyayla ilgisinin bulunması gerekmektedir⁹⁵. Tarihî olarak

⁹² Bkz: Alexander & Sherwin, *yuk*: dipnot 12, s.405.

⁹³ Stuart P. Green, *Lying, Misleading and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements*, 53 HASTINGS L.J. 157, 185 (2001). Bu suçun kapsamı dolandırıcılık ve sahtekârlıkla ilgili ortak hukuktan gelen suçlardan oldukça geniş olmasına rağmen, yalan beyan eylemi yanlış bir vaat, fikir açıklaması ya da tahminde bulunmaktan ziyade mevcut bir gerçeğin yanlış gösterilmesinden ibaret kaldığı için kapsamı sınırlı kalmıştır. Örneğin, bir mücevherin değerini aldatma kastıyla güncel değerinden daha farklı bir fiyat üzerinden değerlendirmek sorumluluk doğururken, mücevherin önümüzdeki yıl içinde değer kazanacağı konusunda yalan söylemek herhangi sorumluluk doğurmayacaktır.

⁹⁴ WORLD OF CRIMINAL JUSTICE 562 (Shirelle Phelps ed., 2002).

⁹⁵ Bkz: 18 U.S.C. § 1621 (2006); 18 U.S.C. § 1623 (2006). Yalan beyan eylemi, yalan tanıklık suçu ile yakından ilgilidir; zira yanlış olduğunu bilerek "maddî vakaya ilişkin bir beyanın" herhangi bir mahkeme veya büyük jüri kararından önce veya bunlara yardımcı olmak üzere yemin altına alınmasını gerektirir. Green, *yuk*: dipnot 93, s. 174.

bakıldığında yalan tanıklık suçu her zaman ağır bir suç olarak görülmüştür: Hammurabi Kanunları, Roma Kanunları ve Fransa'nın ortaçağda yürürlükte olan hukuk kuralları uyarınca, yalan tanıklık edenler ölüm cezasına çarptırılmaktaydı⁹⁶. Nitekim İbranice İncil, dokuzuncu emirde “*Komşunuzun aleyhinde yalan tanıklıkta bulunmayın*” öğüdünü vererek yalan tanıklık eylemine atıfta bulunur⁹⁷. Modern dönemde de bu suça ilişkin tavır değişmedi: son zamanlarda suçla ilgili tutumlar, yalan tanıklık eyleminin hâlâ çok ağır bir suç olarak değerlendirildiğini göstermektedir⁹⁸. Suçun ciddiyeti, failin eyleminin mahkemenin yetkisini gasp ederek adaletin sağlanamaması sonucunu doğurduğu için kamuya karşı bir suç olarak kabul edildiği gerçeğinden kaynaklanmaktadır. ABD yasalarına göre yalan tanıklık ağır bir suçtur ve failer hakkında beş yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir⁹⁹. İngiltere’de Yalan Tanıklık Kanunu’na (1911) göre, yalan tanıklık suçu için yedi yıla kadar ağır hapis cezası öngörülebilmektedir¹⁰⁰.

b. Yalan Beyan Suçu

Federal bir yetkiliye yalan beyanda bulunmak da aynı şekilde suçtur¹⁰¹. Açıklamanın esaslı bir beyan olarak ele alınması için, “bu beyanın yöneltilecek karar organının kararını etkileyecek güce ya da yönlendirme yeteneğine sahip olması gerekmektedir”¹⁰². Resmî görevlinin söz konusu beyan çerçevesinde hataya düşürülmüş olması önemli değildir. Eylemin bizatihi kendisi cezaî sorumluluk doğurmak için yeterlidir. Maddî unsurları itibariyle herhangi bir yanlış, hayâli veya hileli beyanda bulunmaktan veya ifade vermekten suçlu bulunanlar federal yasa uyarınca (somut olayın özelliklerine bağlı olarak) beş veya sekiz yıla kadar hapis cezasına çarptırılır¹⁰³. Bu hüküm yazılı yalan beyanları da kapsamaktadır¹⁰⁴.

⁹⁶ Aynı eser.

⁹⁷ Exodus 20:16 (King James). İncil, başka yerlerde de yalan tanıklık yapılmasına benzer göndermeler yapar: “*Yanlış bir bilgiyi yaymayınız: “Kötülük uğruna tanıklık yaparak elinizi günahkâr bir kimseyle birleştirmeyin*”. Exodus 23:1 (King James); “*Komşunuzun aleyhinde yalan tanıklıkta bulunmayın*”, Benzer referanslar için bkz: Deuteronomy 5:20 (King James). Exodus 23:6, 7 Leviticus 19:11, 16; Deuteronomy 19:15–21; 1 Samuel 22:8–19; 1 Kings 21:10–13; Psalms 15:3, 101:5–7; Proverbs 10:18, 11:13; Matthew 26:59, 60; Acts 6:13; Ephesians 4:31; 1 Timothy 1:10; 2 Timothy 3:3; James 4:11.

⁹⁸ Green, *yuk* dipnot 91, s. 175.

⁹⁹ 18 U.S.C. § 1621 (2006); 28 U.S.C. § 1746 (2006).

¹⁰⁰ Yalan Tanıklık Kanunu, 1911, 1 & 2 Geo. 5, c. 6, § 1 (Eng.).

¹⁰¹ 18 U.S.C. § 1001 (2006).

¹⁰² United States v. Gaudin, 515 U.S. 506, 509 (1995).

¹⁰³ 18 U.S.C. § 1001(a)(2) (2006).

¹⁰⁴ 18 U.S.C. § 1001(a)(3).

c. Sahte Kimliğe Bürünme Suçu

Sahte kimliğe bürünmek de bir suçtur. Örneğin, New York ceza kanunu uyarınca, “gerçek adı, doğum tarihi veya adresi ile bilgileri üzerinden soruşturma yapılmasını engellemek amacıyla polis memuruna veya uzlaştırmacıya bu tür bilgileri bilerek yanlış veren bir kişinin” bu eylemlerinden dolayı suçlu olduğuna hükmedilir¹⁰⁵. New York Ceza Kanunu birinci derecede kimliğe bürünme (bir polis memurunu taklit etme¹⁰⁶) ve ikinci derece kimliğe bürünme (“birinden menfaat temin etme, birine zarar verme ya da birini dolandırma amacıyla” kimliğe bürünme) eylemlerini içeren suçları da düzenlemektedir¹⁰⁷. New York Kanunu ile düzenlenmiş olan yalan beyan ile ilgili diğer suçlar arasında aldatıcı reklamlar¹⁰⁸ ve kredi koşulları ile ilgili yalan beyanda bulunma suçları da bulunmaktadır¹⁰⁹.

d. Dolandırıcılık

Nihayet son başlıkta yalan söyleme eyleminin dolandırıcılık şeklinde görünümünü ele alacağız. Dolandırıcılık eylemine karşı haksız fiilden kaynaklanan bir davanın açılmasının yanı sıra eyalet ve federal düzeyde de ceza davası açılmaktadır¹¹⁰. Ortak hukukun ilk dönemlerinde dolandırıcılık eylemi yalnızca amuoyunun dolandırıldığı durumlarda cezaî kovuşturmaya tâbi tutulmaktaydı; özel hukuk kişileri arasındaki dolandırıcılık eylemlerinin akıbeti tamamen hukuk davalarına bırakılmıştı¹¹¹. Fakat diğer aldatma eylemlerinde olduğu gibi, hukuk sistemi giderek bu tür eylemleri de suç olarak düzenlemeye başlamıştır.

Dolandırıcılık birbirinden farklı şekillerde kendini gösterdiği için ona ilişkin net bir tanım vermek oldukça güç olmakla beraber en basit düzeyde şu şekilde bir tanım verilebilir: “doğruyu gizlemek ya da yanlış önerilerde bulunmak suretiyle bir başkası üzerinde üstünlük kazanmak için başvuru ve insan becerisiyle tasarlanan çeşitli yöntemlerdir. Eylemin kendisi tüm oyunları, hileleri, kurnazlığı,

¹⁰⁵ N.Y. CEZA KANUNU § 190.23 (McKinney 2009).

¹⁰⁶ N.Y. CEZA KANUNU § 190.26

¹⁰⁷ N.Y. CEZA KANUNU § 190.25

¹⁰⁸ N.Y. CEZA KANUNU § 190.20

¹⁰⁹ N.Y. CEZA KANUNU § 190.55

¹¹⁰ DAVID BRODY & JAMES R. ACKER, CRIMINAL LAW 342 (2007).

¹¹¹ Ellen S. Podgor, *Criminal Fraud*, 48 AM. U. L. REV. 729, 736 (1999); see also J.W. CECIL TURNER, KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW 275 (1952) (kamuoyunu hedef alan dolandırıcılığın tanımı); WILLIAM LAWRENCE CLARK & WILLIAM LAWRENCE MARSHALL, A TREATISE ON THE LAW OF CRIMES § 12.30 (Marian Quinn Barnes ed., 7th ed. 1967) (kamuoyunu hedef alan ve özel hukuk kişileri arasındaki dolandırıcılığın ayrımı hakkında); LLOYD L. WEINREB, CRIMINAL LAW: CASES, COMMENT, QUESTIONS 451–54 (5th ed. 1993) (kamuoyunu hedef alan ve özel hukuk kişileri arasındaki dolandırıcılığın ayrımının tarihsel kökeniyle beraber tartışılması).

ikiyüzlülüğü (değiştirme, gizleme) ve başkasının kandırılmasına neden olan tüm haksız yolları içermektedir”¹¹². Hileli davranış oldukça sofistike olabilese de, temel bileşeni sadece para, mal veya hizmet temin etme amacıyla karşı tarafı aldatmaktır¹¹³.

Daha açık ifade etmek gerekirse, dolandırıcılığın kendisi tipik olarak vazedilen unsurlarla¹¹⁴ tanımlanmış bir suç olmaktan ziyade, çeşitli ceza yasalarının özünde varlık gösteren bir kavramdır”¹¹⁵. Bundan dolayı dolandırıcılık teşkil eden davranış çeşitli biçimlerde ortaya çıkabildiğinden dolandırıcılığın tanımı da bu suçtan bahseden yasal düzenlenmenin niteliğine bağlı olarak farklılık gösterebilir¹¹⁶. Hem federal hem eyalet yönetimleri, bu tür eylemleri kovuşturmak için dolandırıcılığın çeşitli biçimlerini düzenleyen düzenlemeler ihdas etmişlerdir. Dolandırıcılığı düzenleyen yasalar, dolandırmak amacıyla örgüt kurmak ve internet dolandırıcılığı gibi çeşitli aldatıcı davranışları kapsayan geniş spektrumlu kurallardan, “suçun konusunu dar bir alana sınırlayan” kurallara kadar çeşitlilik göstermektedir¹¹⁷.

Dolandırıcılıkla ilgili olarak Amerikan Hukuku genel olarak İngiliz dolandırıcılık hukukunda Hırsızlık Kanunları altında tanımlanan ve aldatma suçları olarak bilinen suçlarla benzerlik göstermektedir¹¹⁸. 2006 yılında çıkarılan Sahtekârlık Kanunu, 1968 ve 1978 tarihli Hırsızlık Kanunlarının yerini almıştır¹¹⁹. Kanunun güncel amacı, kendisine veya başkasına menfaat temin etmek veya bir kişinin zarar görmesine sebep olmak veyahut onu zarar görme riskine maruz bırakmak amacıyla yanlış bilgilendirme yapan kişinin hile ile yaptığı bu bilgilendirme eyleminden dolayı suç işlemiş sayılacağını öngören § 2 (1) hükmüdür¹²⁰. Bu

¹¹² BLACK’S LAW DICTIONARY 468 (5th ed. 1979).

¹¹³ Bkz: THOMAS J. GARDNER & TERRY M. ANDERSON, CRIMINAL LAW 379 (2008).

¹¹⁴ Bir kişinin tek bir eylemi baz alındığında o kişi federal kanunlar uyarınca “dolandırıcılık” suçundan dolayı mahkûm edilemeyebilir. Buna karşılık bazı eyaletlerde “dolandırıcılık” suçunu özel olarak tipikleştiren yasal düzenlemeler mevcuttur. Bkz.; e.g., N.M. STAT. ANN. § 30-16-6 (Michie 1978).

¹¹⁵ Bkz: Podgor, yuk. dipnot 111, s. 730.

¹¹⁶ a.e. s. 740.

¹¹⁷ a.e. s. 734.

¹¹⁸ a.e. s. 737; ayrıca bkz.: EMLIN MCCLAIN, 1 TREATISE ON THE CRIMINAL LAW 669–70 (1897) (İngiltere ve ABD Hukukunda dolandırıcılık suçlarının mukayese edilmesi ile ilgili olarak); ANTHONY ARLIDGE ET AL., ARLIDGE & PARRY ON FRAUD 33 (2d ed. 1996) (İngiliz Hukukunda dolandırıcılığın tanımı ile ilgili olarak).

¹¹⁹ Kanunun Bölüm 1(1) maddesine göre, § 2 (yalan bilgilendirme yoluyla dolandırıcılık), § 3 (bilgiyi gizleme yoluyla dolandırıcılık), veya § 4 (görevin kötüye kullanılması yoluyla dolandırıcılık) hükümlerinde belirtilen yasakları ihlal bir kişi dolandırıcılık eyleminden dolayı suçlu kabul edilir. Bkz: Dolandırıcılık Kanunu, 2006, c. 35, § 1.

¹²⁰ Bkz: Carol Withey, The Fraud Act 2006—Some Early Observations and Comparisons with the Former Law, 71 J. CRIM. L. 220, 221 (2007).

makalede söz konusu suçun türlerinin ayrıntılı olarak açıklanması herhangi bir fayda sağlamayacaktır, ancak şimdilik şunu belirtmekle yetinelim ki; ABD hukukunda olduğu gibi İngiliz dolandırıcılık yasasının kapsamını esas itibariyle maddî ve finansal kazanç veya kayıplar oluşturmakla beraber, bu kapsamı başka türdeki hasar veya kayıp biçimlerini de içine alacak şekilde genişletme fikri desteklenmemektedir¹²¹. İngiliz Ortak Hukukunda da aynı şekilde dolandırmak amacıyla örgüt kurma eylemi tamamen ekonomik nitelikte bir zarara sebep olma olgusuyla ilişkilendirilmektedir¹²². Suçun unsurlarının oluşması için, “örgüt üyelerinin mağduru aldatarak onun ekonomik menfaatlerinin risk altına girmesine ya da kendisini ekonomik zarara uğratacak bir davranışta bulunmasına veya tam aksi bir davranışta bulunmaktan kaçınmasına sebep olacak ya da olabilecek hileli işleri yapmak için anlaşmaya vardıkları kanıtlanmalıdır...”¹²³. Dolandırıcılık teriminin merkezinde tamamen ekonomik bir algı vardır¹²⁴. Böyle olduğu için dolandırıcılıkla ilgili suçlar hilenin ekonomik kazanca yönelik yapıldığı durumlarda başarılı bir şekilde kovuşturulurken, zararın niteliğinin farklı olduğu durumlarda ise mesele büyük ölçüde çözümsüz kalmaktadır. Örneğin dolandırıcılık suçlaması bu makalenin girişindeki senaryolar için sonuç vermeyecektir.

Genel olarak, ceza kanununda hileli davranışın kapsamı kademeli olarak genişletilmiştir. Bu husus, bu bölümde ele alınan suçların çoğunda açıkça görülmektedir. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemenin temeli, ekonomik veya idarî alana veyahut bir kişinin itibarına yapılan saldırı sonucu ortaya çıkacak ağır zarar kavramına dayanır. Aynı şekilde bu makalede önerdiğimiz suçun varlığı da bir yalan tarafından sebep olunan zararın ağırlığına bağlıdır. Bu önerilen suç, özel ahlâk alanına karşı yapılan kendine göre haklı bir saldırı veya ahlâk sansürü uygulaması değildir. Söz konusu suç; -zararın oluşmasına ihtiyaç duyulmadığı (belli

¹²¹ “Kazanç ve kayıp”ın tanımı Dolandırıcılık Kanunu (2006) § 5’de verilmiştir. “Kazanç” yalnızca para veya diğer mülkiyet konusu eşyaları (aynî ve nisbî nitelikteki haklar dahil) kazanmayı veya kaybetmeyi kapsadığı gibi, geçici veya kalıcı nitelikteki kazanç veya kayıpları da içerir. Bkz: a.e. s. 226.

¹²² The leading English authority for the offense is *Scott v. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819. For an overview of the crime of conspiracy to defraud, see DUNCAN BLOY ET AL., PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 165–68 (2000).

¹²³ Lord Goff in *R v. Wai Yu-tsang*, (1992) 1 A.C. 269.

¹²⁴ Bunun tek bir istisnası, mağdurun kamu görevlisi olduğu ve failin davranışının merkezinde söz konusu kamu görevlisinin görevini kötü yönde etkileme kastının bulunduğu durumdur. PETER GILLIES, THE LAW OF CRIMINAL CONSPIRACY 109 (1990). *Scott v. Metropolitan Police Commissioner* davasında, İngiliz Lordlar Kamarası, “örgütlü dolandırıcılık eyleminin bir kişinin finansal çıkarlarını etkilemeyecek şekilde tasarlanmış olması halinde bu suçun oluşmayacağı hususunu açıklığa kavuşturdu. Bu kararda yer alan her iki görüşte de, ekonomik zarar olgusunun gerekliliği özel olarak vurgulanmıştır. a.e. s. 113.

bir kişiyi kastetmeksizin zarar verme anlamında) fahişelik, kumar, loitering (*suç işleme şüphesi yaratacak şekilde aylakça dolaşma*), kamusal alanda sarhoşluk, uyuşturucu kullanımı, hız yapma veya kamusal alanda teşhir gibi mağdursuz suç¹²⁵ olarak adlandırılan suçlarla mukayese edilebilir nitelikte değildir - bu tarz suçları yasaklayan kuralların amacı özü itibarıyla ahlâka aykırı olan davranışın kendisini yasaklamaktır¹²⁶. Daha önce de belirtildiği gibi, daha birçok somut olay üzerinden tartışma yapılması mümkün olsa bile, biz bu makalede yalan söyleme eyleminin ahlâken sorumlu tutulabilir tarafıyla ilgilenmiyoruz; bunun yerine bu eylemin sonuçlarıyla- yani sebep olduğu zararlar- ilgileniyoruz. Nitekim iki yazarın açık bir şekilde ifade ettiği gibi “bir kişinin kendine özgü inşa ettiği yolda cehenneme gitme yönünde vazgeçilmez nitelikte bir hakkı vardır, yeter ki o yolda başka birinin canına ya da mülküne zarar vermesin”¹²⁷.

C. YALAN SÖYLEME EYLEMİNE YÖNELİK YASAL DÜZENLEME YAPMA KONUSUNDAKİ İSTEKSİZLİK

Açıkça görünmektedir ki, yıllar geçtikçe hem medeni hukuk hem de ceza hukuku sistemleri hileli davranışa karşı gittikçe daha az hoşgörülü hale gelmeye başlamıştır. Her ne kadar ceza hukuku kamusal düzlemde hem devlete karşı yalan söyleme hem de ekonomik kayba neden olan dolandırıcılık eylemlerini cezalandırır da, ceza hukukunun bireyler arasındaki özel ilişkilere müdahale etme isteğinin birtakım sabit sınırları vardır. Aslında, ceza kanununun hileli davranışlara ilişkin düzenlemelerinin aynı konuda toplumda var olan ahlâki değerler ile çelişmesinin sağlam birtakım gerekçeleri bulunmaktadır. Tartışmayı ilerletmeden önce bu gerekçelere de yer vermekte fayda vardır.

1. Yasal Düzenlemelerin Yüksek Maliyetli Olması

Ceza hukukunun yalan söyleme eylemini düzenleme konusundaki yetersizliği veya isteksizliğine ilişkin en ikna edici açıklamalardan biri, bu eylemi genel

¹²⁵ Mağdursuz suçlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: E.M. SCHUR & H.A. BEDAU, VICTIMLESS CRIMES—TWO SIDES OF A CONTROVERSY (1974); ayrıca bkz: Alan Wertheimer, *Victimless Crimes*, 87 ETHICS 302 (1977) (mağdursuz suçların cezalandırılmasının hatalı olup olmadığı yönündeki tartışmalar).

¹²⁶ Aslında bu yasal düzenlemeler Mill’in zarar ilkesiyle çatışmaktadır. Bkz MILL, *yuk: dipnot. 27* (Bir kişinin fiziksel ya da ahlâken iyiliğinin amaçlanması yeterli haklı neden oluşturmaz. Zira belli bir davranış yapmak sırf başkalarının görüşüne göre daha akıllıca veya doğru olacağı için ve bunun da bir kişiyi daha mutlu kılacağından bahisle hiç kimse söz konusu davranış yapmaya ya da aksi bir davranış yapmaktan vazgeçmeye mecbur bırakılamaz. Bir kişinin davranışlarında topluma karşı sorumluluğunun doğduğu tek alan, davranışlarının başkalarını ilgilendiren kısmıdır”).

¹²⁷ NORVAL MORRIS & GORDON J. HAWKINS, THE HONEST POLITICIAN’S GUIDE TO CRIME CONTROL 2 (1972).

olarak hileli davranışa ait kurullarla ilişkili olacak şekilde yasallaştırmanın çok yüksek maliyetli olmasıdır. Hileli konuşma ve davranışın her biçiminin ortadan kaldırılması arzu edilebilirken, kıt kaynaklar göz önüne alındığında, diğer önceliklerin merkezde yer aldığı daha pratik düşünceler ön plana çıkmalıdır. Üstelik ceza hukuku sistemlerinin hal-i hazırda daralmış bütçeleri göz önüne alındığında, haklarında hüküm verilen dava tarafı özel kişilere ve yasal kurumlara yüklenecek olan soruşturma ve kovuşturma dahil yargılama masraflarını ayarlamak da oldukça güçtür.

2. Kayıt Dışı Uygulamaların Fazileti

Yalan söyleme eyleminin düzenlenememesinin muhtemel bir diğer gerekçesi de, hukuk sisteminin gayri resmî nitelikteki sosyal ilişkilerin sorumluluğunu üstlenmeyi ertelemeyi tercih etmesidir – makbûl olan yalancıları cezalandırmak için onaylanmama ve dışlanma mekanizmalarını kullanan daha spontan bir düzendir¹²⁸. Hileye ilişkin normların kayıt dışı olarak uygulanması yasal/resmî yaptırımlara göre daha fazla avantaja sahiptir: kolluk kuvvetleri ve mahkemelerin dedikodu, dışlama ve fişleme gibi sosyal fenomenleri dikkate almasıyla birlikte adli ve idari masraflarda kısıntı söz konusu olabilmektedir¹²⁹. Buna ek olarak, hileli davranışın sonuçları ekonomik bir zararı kapsamıyorsa, başkaları tarafından yalancıya uygulanan toplumsal yaptırımlar uzun vadede daha etkili olabilir ve mağdurlar için daha tatminkâr olabilir. Maddî zararlar söz konusu olduğunda mağdurlar yasal yollara başvurmayı tercih edebilir, ancak akran gruplar aslında hilenin sebep olduğu maddî olmayan zararları değerlendirme sürecinde daha verimli olabilir ve hileyi yapan kişiye bu davranışı onaylanamadıklarını ifade

¹²⁸ Spontane düzen ve norm uygulaması hakkında doktrindeki görüşler oldukça dikkat çekicidir. Doktrindeki görüşlerin tam bir listesi olmamasına rağmen bu konuda genel bakış açısı sunmak üzere bkz: ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW 139 (1991); 1 F.A. HAYEK, LAW, LEGISLATION, AND LIBERTY (1973); JOHN MAYNARD SMITH, EVOLUTION AND THE THEORY OF GAMES (1982); MATT RIDLEY, THE ORIGINS OF VIRTUE 53 (1997); MICHAEL TAYLOR, COMMUNITY, ANARCHY AND LIBERTY 28 (1982); Robert Axelrod and William D. Hamilton, The Evolution of Cooperation, 211 SCI. 1390 (1981); Robert Axelrod, The Emergence of Cooperation Among Egoists, 75 AM. POL. SCI. REV. 306 (1981); B.L. Benson, Economic Freedom and the Evolution of Law, 18 CATO J. 209 (1998); R.C. Ellickson, The Aim of Order Without Law, 150 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 97 (1994). Kavram hakkında genel bir bakış açısı sağlamak üzere, bkz: Barry Norman, The Tradition of Spontaneous Order, 5 LITERATURE OF LIBERTY 6 (1982). Ticari ilişkilerde yasal normların spontane ortaya çıkışıyla ilgili olarak bkz: Bryan Druzin, Law Without The State: The Theory of High Engagement and the Emergence of Spontaneous Legal Order Within Commercial Systems, 41 GEO. J. INT'L L. 559 (2010) (yasa kurallarının ticaretin karmaşık yapısından doğduğu yönünde).

¹²⁹ Bkz: Alexander & Sherwin, yuk: dipnot 12, s. 436.

ederek onu dizginleyebilirler¹³⁰. Bu gayrı-resmî uygulama, toplumun aldatıcı davranış üzerinde gözetim yapmasını gerektirse de, bu gözetim doğal olarak gerçekleşir çünkü davranış normlarını ihlâl edenler keşfedilir ve gerektiği gibi cezalandırılır. Böylece, kendi kendini düzelteren bir toplumsal sürece devletin ağır elinin müdahale etmesine ihtiyaç duyulmaz.

3. Özel Meselelere Müdahale Etme Konusunda İsteksizlik

Birçok yazar özel kişiler arasında gerçekleşen konuşmaları ve sosyal etkileşim alanlarına ceza hukukunun müdahale etmesi gerektiği görüşüne karşıdır. Devlet genellikle özel meselelere müdahil olmaya ve bu anlamda kahvelerde ve evlerde vatandaşlar arasında karşılıklı olarak paylaşılan söz ve bilgilere yön vermeye isteksiz davranmaktadır. Bu tür bir müdahale, devlet tarafından özel hayata büyük bir saldırı teşkil eder. Eğer Ceza Kanunu her yerde doğru konuşmayı zorunlu kılmakla görevliyse, yalan ne kadar küçük olursa olsun, içeriği veya sebep olduğu zararın seviyesi ne olursa olsun sonuç korkutucu olur. Keza Birinci Değişiklik ile ciddî anayasal kaygı uyandıran ifade özgürlüğü meselesi tekrar gündeme gelecektir. Devletin dokunaçlarının insan ilişkilerini gereksiz ayrıntısıyla incelediği bu seviyedeki bir devlet müdahalesi, onun adeta polis devletine benzemesine yol açmaktadır. Bu durum gizlilik ve kişisel özgürlüğün korunmasını hedef alan anayasal ideallere aykırı görünmektedir.

4. Kaygan Zemin

Yukarıdakilerle doğrudan ilgili olarak bu alanın kesinlikle “kaygan zemin” olduğu endişesi mevcuttur: - ceza kanununun yalan söyleme eylemini yaptırıma bağlaması, en küçük ve en gereksiz beyaz yalanların söylendiği oturma odalarında bile insanların birbirlerine söyledikleri yalanlardan dolayı cezaî sorumluluklarının doğmasına sebep olacaktır. Böyle bir müdahalenin bir kez olsun başlamış olması, bireysel hayatın en özel taraflarını bozguna uğratan bir dizi düzenlemenin de arkadan geleceği konusunda tereddüt uyandırmaktadır. Nitekim ceza kanununun kapsamının genişletilmesine ilişkin sınırlar, aslında bir anlamda bireysel özgürlük alanına devletin el atmasına karşı birer siperdir. Yasalar her zaman olduğu gibi “aşırı suçlama” konusu, bir davranış biçimini suç sayarak ceza kanunun kapsamının daha da genişletilmesinde az da olsa faydalı bir taraf bulunduğu düşüncesi etrafında tartışılmaya devam edecektir.

¹³⁰ a.e.

Doktrinde aşırı suçlama konusuna duyulan ilgi artmaktadır¹³¹. Hukuk camiasında adalet sisteminin hâl-i hazırda “aşırı suçlama”da bulunduğu konusunda geniş bir fikir birliği bulunmaktadır¹³². Bazıları yalan söyleme eyleminin suç olarak düzenlenmesi fikrine bu meseleyi daha da körükleyeceği gerekçesiyle itiraz yöneltebilir. Bu fenomene örnek veren kitaplarda halen amacı itibariyle şüphe barındıran birçok yasa kuralına yer verilmektedir. Örneğin, işlendiği eyalete bağlı olarak değişkenlik gösteren cezaya tabî suçlar: içecek yerine parfüm ya da losyon satmak¹³³, tavşanları veya kuşları boyamak¹³⁴, güvercinleri yuvalarından korkutmak¹³⁵, taşkınlık ve gürültü yaparak ibadet halindeki cemaati rahatsız etmek¹³⁶. Columbia Bölgesi’nde federal yasa uyarınca ABD bayrağı üzerine bir reklam yerleştirmek suçtur¹³⁷. Son birkaç yıldır Amerika Birleşik Devletleri’nde federal bölge ve eyalet düzeyinde “ceza hukukunun boyutu ve kapsamında ani bir genişlemeye” ve cezalandırmada belirgin bir artışa tanık olunmuştur¹³⁸. *Ken Mann* gibi bazı akademisyenler, ceza hukukunu “küçültmeyi” mesleki bir amaç haline getirmişlerdir. Bu bilim adamları, cezalandırma amacı barındıran yaptırımları kullanma ihtiyacını azaltarak, büyük oranda ceza hukukunu yansıtan ve cezalandırıcı yönü daha fazla olan bir medeni hukuk sistemini savunmaktadırlar¹³⁹. Devlet tarafından sıradan vatandaşların günlük faaliyetlerine yapılacak müdahalenin boğucu bir hal alabileceği endişesine sahip olan *Mann* gibi pek çok yazar, ceza kanununun kademeli olarak genişlemesinin alkışlanacak bir fenomen olmadığını savunmaktadır. Her çeşit yalanın yasaklanması ahlâkî

¹³¹ GENE HEALY, *GO DIRECTLY TO JAIL: THE CRIMINALIZATION OF ALMOST EVERYTHING* (2004); DOUGLAS HUSAK, *OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW* (2008); SANFORD H. KADISH, *The Crisis of Overcriminalization*, in *BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW* 21, 21–61 (1987); SANFORD H. KADISH, *More on Overcriminalization*, in *BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW* 36 (1987); SANFORD H. KADISH, *The Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, in *BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW* 40 (1987); Donald A. Dripps, *Overcriminalization, Discretion, Waiver: A Survey of Possible Exit Strategies*, 109 *PENN. ST. L. REV.* 1155 (2005); Stuart P. Green, *Why It’s a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses*, 46 *EMORY L.J.* 1533 (1997); Ellen S. Podgor, *Overcriminalization: The Politics of Crime*, 54 *AM. U. L. REV.* 541 (2005).

¹³² *Bkz:* Darryl K. Brown, *Rethinking Overcriminalization 2* (Bepress Legal Series, Working Paper No. 995, 2006).

¹³³ DEL. CODE ANN. tit. 4, § 901(6) (2001).

¹³⁴ IND. CODE § 15-17-18-11(b) (1998).

¹³⁵ MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 266, § 132 (2002).

¹³⁶ NEV. REV. STAT. § 201.270(2) (2003).

¹³⁷ 4 U.S.C. § 3 (2000).

¹³⁸ HUSAK, *yuk. dipnot* 129, s. 3.

¹³⁹ *Bkz:* John C. Coffee Jr., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Models and What Can Be Done About It*, 101 *YALE L.J.* 1875 (1992).

bir zorunluluğun yerine getirilmesini sağlarken, bu durum gerçekte toplumda büyük bir tahribat yaratabilir. Bu görüşe göre yalan söylemek, takip edilmeyi ve cezalandırılmayı hak eden yanlış bir davranış değildir; ceza yasasının alanına yönelik bazı kısıtlamalar, devletin özel hayatın gizli taraflarını açığa çıkarmayı haklı göstermeye başlamasından önce zorla inşa edilmelidir.

5. Hilenin Faydaları ve Yalanın Yararlı Olacağı Düşüncesiyle Yasal Düzenleme Yapma Konusunda İsteksizlik

Yasanın hileye hoşgörülü olmasına ilişkin bir diğer ikna edici gerekçe de, yasal düzenleme yapma konusundaki isteksizliğin sebebinin hilenin aslında olağanüstü derecede yararlı olabileceği düşüncesine bağlamaktadır. Diderot, Hegel ve Nietzsche gibi yazarlar, Kant'ın kategorik ve yarı kategorik ahlâkçılığına karşı ayaklandılar; çünkü onlar dünya üzerinde bazı dönüştürücü etkilere sahip olmak isteyenleri alkışlıyorlardı¹⁴⁰. Nietzsche, bir seferinde, ideal bir aktivistin “gerçeği söylemekten ziyade yalan söyleyen” bir kişi olduğunu... Çünkü bunun daha çok ruh ve irade gerektirdiğini” ifade etmiştir¹⁴¹. Bu bakış açısıyla bakıldığında, hakikat son derece güvenli ve basmakalıp bir liman olsa da düzeni bozmaya cesaret eden, zekâyı ve ahlâkı parçalayan kişi aslında yalan söyleyen kişidir¹⁴². Ahlâk felsefecisi David Nyberg, hakikâti söylemeyi “ahlâken abartılmış” olarak nitelendirir ve yalanların ve diğer aldatma biçimlerinin mahremiyetin ve duygusal konforun korunması açısından sivil topluma getireceği olumlu katkıları vurgular¹⁴³. Onun bakış açısına göre, dürüst olmamak birbiriyle olan etkileşimlerimizde büyük ölçüde yer alır; bu ise uyarlanabilir temel bir yetenektir ve iyi amaçlara hizmet edebilir¹⁴⁴.

Yalan söyleme eylemini ve yalan söyleyenleri kınamakla birlikte, hilenin kültürümüzün temel bir parçası olduğunu, mazur görülebilir ve gerekli iletişim araçlarından biri olduğunu da kabul ediyoruz. Bir adayın iş görüşmesindeki davranışlarını düşünelim; parlak gülümsemesi ve el sıkışması ile gösterdiği seçkin tutumu ve görüşme boyunca müstakbel işverenine karşı yapmacık tavırlarını ve duruşunu ve hatta kendi deneyimi ve eğitim geçmişi konusundaki abartmalarıyla ve yalanlarla kurduğu teması – bu temas boyunca yaşananların tamamı iş arayan bir kişinin aslında sahip olmadığı özgüven ve yetenek kendisinde varmış

¹⁴⁰ Bkz: William H. Simon, *Virtuous Lying: A Critique of Quasi-Categorical Moralism*, 12 GEO. J. LEGAL ETHICS 433, 450 (1999).

¹⁴¹ a.e. s. 450.

¹⁴² a.e.

¹⁴³ Alexander & Sherwin, *yuk*: dipnot 10, s. 399.

¹⁴⁴ a.e.

gibi yansıtması ve karşı tarafı yanıltması titizlikle tasarlanmıştır. Bazı meslek alanları için yalan söyleme eylemi işlerinin temel bir parçasıdır: delil toplamak ve işbirliğini ortaya çıkarmak için kolluk kuvvetleri sıklıkla şüphelilere yalan söylemektedir; doktorlar ve hemşireler acıyı teskin etmek için hastalara yalan söyler; araştırmacılar tepkileri ve davranışları değiştirmek amacıyla birtakım konuları incelemek için yalan söylemektedir; politikacılar ve diplomatlar dış politika müzakerelerinde avantaj elde etmek için yalan söylemektedir ve avukatlar görevlerinin meşru bir parçası olarak davayı dezavantajlı hale getirecek bilgileri müvekkillerinden gizlemektedir¹⁴⁵. Gerçekten de çelişmeli adalet sisteminde “hukuk düzeninin geleneksel yapısı gerçeği gizlemek için kullanılabilir...”¹⁴⁶. Yalan söyleme eylemi her yerde ve her an sürekliliği olan bir eylemdir¹⁴⁷. ABD’de yapılan araştırmalar, bir kişinin ortalama günde bir kaç kez yalan söylediğini ve birçoğunun daha fazlasını söylediğini göstermektedir¹⁴⁸. Aslında çok fazla ya da çok az yalan söyleyen kişilerin insafsız izlenimi yarattığı ileri sürülse de; çok iyi sosyalleşmiş bir kişi, bu iki uç arasında sorunsuz bir şekilde dolaşabilir¹⁴⁹. Yalan söylemenin her an her yerde olması, bunun işe yaradığını ve adeta toplumsal varlığımızın temel bir parçasını oluşturduğunu akla getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında yalan söyleme eylemi ceza hukukunun yaptırımını hak etmeyen veya gerekli kılmayan sıradan bir olaydır.

Ağır zararlar sonuçlanan pek fena yalan söyleme suçu bu itirazları hesaba katmalı ve bu konuların tamamının menziline kaçınmak için hazırlanmalıdır. Kanunkoyucu bu alanı son derece fena yalanlarla sınırlandırmalıdır – bu eylemi suç olarak düzenlerken ortaya çıkabilecek potansiyel tehlikeler, yalandan doğan çeşitli toplumsal zararlar karşısında düzgün bir şekilde dengelenmelidir. Yalan söyleme eyleminin kendisinin istinasız olarak ahlâka aykırı olduğu savunulsa bile, eylemin konusu olan her çeşit yalan cezaya tâbi olmamalıdır.

¹⁴⁵ Bkz: JAMES H. KORN, *ILLUSIONS OF REALITY: A HISTORY OF DECEPTION IN SOCIAL PSYCHOLOGY* (1997) (sosyal bilimcilerin deney konularını kandırma yollarının gösterilmesi ile ilgili); Anita L. Allen, *Lying to Protect Privacy*, 44 VILL. L. REV. 161, 166 (1999); bkz. ayrıca: Jennifer Jackson, *Telling the Truth*, 17 J. MED. ETHICS 5 (1991) (sağlık personellerinin yalan söyleme şekillerinin incelenmesi ile ilgili); Alan Ryan, *Professional Liars*, 63 SOC. RES. 620, 625–41 (1996) (politikacıların, hukukçuların ve doktorların benzer mesleki şartlarla yalan söylemeleri ile ilgili olarak).

¹⁴⁶ W. Peter Robinson, *Lying in the Public Domain*, 36 AM. BEHAV. SCIENTIST 359, 366 (1993).

¹⁴⁷ Bkz: F. G. BILEY, *THE PREVALENCE OF DECEIT* 27 (1991); DAVID NYBERG, *THE VANISHED TRUTH: TRUTH TELLING AND DECEIVING IN ORDINARY LIFE* 11 (1993); Bella M. Depaulo et. al., *Lying in Everyday Life*, 70 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 979, 993 (1996); bkz. ayrıca: CHARLES V. FORD, *LIES! LIES!! LIES!!! THE PSYCHOLOGY OF DECEIT* (1996) (yalanların psikolojik etkileri üzerine).

¹⁴⁸ Allen, *yuk. dipnot* 145, s. 167.

¹⁴⁹ a.e.

D. YALANLARI ÖZEL OLARAK SINIFLANDIRMA SORUNALI

Gerçekten de her yanlış olan cezaya tâbi değildir ve her cezaya tâbi olan da ahlâken yanlış değildir. Bu iki alanın birleştirilmesi birtakım pratik sonuçlar içerebilir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu makalede ortaya konan suç, yalan söyleme eylemini özü itibarıyla kınayan deontolojik bir temelle formüle etmekten ziyade, yalanın sonucu olarak ortaya çıkan zarara odaklanarak açıklanmaya çalışılmıştır. Bu ayırım, önerilen suçun teorik temelini açıklığa kavuştururken önemli bir soruyu da ortaya koyar: amacımız yalanın kendisinden ziyade yalanın sonucu olarak ortaya çıkan zararı azaltmak ise o zaman neden yalan söyleme eyleminin içinden yalnızca zarar doğuranlarını seçip ayırmıyoruz? Bir başka deyişle, hedeflenen zarara neden olmak için tasarlanmış davranışları yasaklamak yerine neden yalan söyleme eyleminin kendisini suç olarak düzenleyelim?

Bu itirazın başlı başına kayda değer bir tarafı vardır. Nitekim belirli suçların sebep oldukları zararın doğasına ve derecesine göre sınıflandırılmasında zarar fikrine verilen kavramsal önem gayet anlaşılabilir düzeydedir¹⁵⁰. Bir yazar bu durumu “*dönemin ve hukuk kültürlerinin aksine, suçların tek bir kavram etrafında sınıflandırılması kötücüdür*” diyerek açıklamaktadır¹⁵¹. Aslında burada sorulacak soru, “kimin veya hangi çıkarın zarar gördüğü veya korunmaya çalışıldığı” şeklinde ortaya çıkar¹⁵². Toplumsal zararların belirli türleri esas alınarak yapılan sınıflandırma şu şekildedir: “(1) kişiye yönelik suçlar, (2) mülkiyete yönelik suçlar, (3) konut ve zilyetliğe karşı suçlar ve sair”¹⁵³. Bu konuyu belirli suçların tasarlanması anına kadar genişletebiliriz. Suçlar genellikle eylemden doğacak belirli bir “sonuç” uğruna işlenir. Daha kesin bir ifadeyle, zarar hem ceza hukukunun “*olmazsa olmaz*” unsuru hem de cezayı haklı kılan ahlâkî unsur olarak görülerek...suçluluk tanımının merkezinde yer alır”¹⁵⁴. Nitekim kanunlarımızın kapsamlı düzenlemesi de davranışın sebep olduğu zarar

¹⁵⁰ Bkz: Stuart P. Green, Deceit and the Classification of Crimes: Federal Rule of Evidence 609(A) (2) and the Origins of Crimen Falsi, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1087, 1087 (1973).

¹⁵¹ a.e. s. 1123.

¹⁵² a.e. s. 1087.

¹⁵³ RONALD N. BOYCE & ROLLIN M. PERKINS, CRIMINAL LAW AND PROCEDURE 10 (7th ed. 1989).

¹⁵⁴ Green, yuk. dipnot 150, s. 1089; bkz. ayrıca: Albin Eser, The Principle of “Harm” in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests, 4 DUQ. L. REV. 345 (1966) (zarar prensibinin farklı ceza hukuku sistemlerinde incelenmesi ile ilgili); Stephen J. Schulhofer, Harm and Punishment: A Critique of Emphasis on the Results of Conduct in the Criminal Law, 122 U. PA. L. REV. 1497 (1974) (zarar prensibine verilen öneme karşı yapılan itirazlar ile ilgili olarak). Bkz. genel olarak: WILLIAM WILSON, CRIMINAL LAW: DOCTRINE AND THEORY (2d ed. 2003) (ceza hukuku teorisi genel bir bakış sağlamak için bkz.)

üzerinde yoğunlaşmaktadır¹⁵⁵. Bununla birlikte, tipik olarak belli bir davranış şekli tanımlanmıştır. Bu ise belirgin bir amaca hizmet eder: hangi davranış tarzının yasaklandığına dair insanları eğitmek için “eylemin” bütününe belirli davranış biçimlerine ayırtırmak hayati önem arz etmektedir.

Yukarıdaki tartışmayı mantıksal absürtlük zeminine taşıdığımızda, teorik olarak ceza hukukunun tamamını ilga edip, yerine “başka bir kişi ya da kişileri haksız yere zarara uğratan davranışlarda bulunmayı” yasaklayan tek bir hüküm ihdas etmek mümkündür, burada hükmedilecek ceza zararın ağırlığı ile orantılıdır (suçun kapsamı teşebbüs ve taksiri de içerecek şekilde genişletilebilir). Ancak bu çıkarım bizi, muazzam genişlikteki bu tarz bir torba suçun ihdas edilmesindeki gizli tehlikeleri ve devletin boyunu aşması ile sonuçlanacak kâbus gibi senaryoları anlık görmekten daha fazlasına götürmez. Kanunlarımızın kapsamı şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık ve meşru sınırlar ile çevrilmeli ve bu sınırlar içerisinde tutulmalıdır. Yüksek Mahkeme, “ceza kanunu hükümlerinin, davranışlarıyla cezaî sorumluluk altına girecek olanları bilgilendirmek için yeterince açık olması gerektiğini” belirtmiştir¹⁵⁶. Cezaî sorumluluk doğuracak davranışlar “yeterli açıklıkta tanımlanmalıdır”¹⁵⁷. Bu nedenle suçlar, hangi davranışın kabul edilebilir olduğunu ve hangisinin kabul edilemez olduğunu saptamak için belirli tipteki eylemlere ayırtırılmalıdır. Bu husus özellikle Bartley’in yalanında olduğu gibi açıkça muğlak ve içi boş zararlarla uğraşırken daha da ön plana çıkmaktadır. Sonuçta özel hayat alanına bu kadar müdahaleci bir adım atacak olursak, cezaî düzenlemenin alanını çok dar ve çerçevesi iyi çizilmiş bir davranış biçimine indirgeme noktasında da çok dikkatli olmalıyız.

Bazı durumlarda, zararın niteliği cezaî yaptırımını hak edecek kadar büyük olmasına rağmen, zararın niteliği birbirinden farklı biçimlerde ortaya çıkabileceği için bunun çerçevesini kesin olarak çizmek zor olabilir. Örneğin, New York kanunları uyarınca Bartley’nin yalanı herhangi bir suça uymayacaktır; bu davranış biçiminden dolayı Bartley New York Ceza Kanununun § 240.26 maddesi uyarınca yalnızca ikinci derece huzur bozma kabahatinden dolayı sorumlu tutulabilir. Hâlbuki yalan söyleme eylemi, bu zararların ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Yasalaşmada aşırıya kaçma tehlikesi olmadan amaca ulaşmak zor olacağı için ortaya çıkan ağır bir zarar üzerinden yasal düzenleme yapmanın en makûl ve mantıklı yolu olarak yalan söyleme eylemi görmezden gelinmektedir. Ancak bu örnekte bahsi geçen zararın oldukça dar tanımlanmış bir eylem olan yalan söyleme eylemine sabitlenmiş durumda olduğu gayet açıktır.

¹⁵⁵ “Mağdursuz suçlar” olarak adlandırılan suçların istisna oluşturduğu unutulmamalıdır.

¹⁵⁶ Connally v. Gen. Constr. Co., 269 U.S. 385, 391 (1925).

¹⁵⁷ Pierce v. United States, 314 U.S. 306, 311 (1941).

Eylem ve ortaya çıkan zarar yasama belirsizliğini önlemek için bir bakıma birbirleriyle ikame edilebilir. Örneğin, özellikle ortaya çıkan zarar fark edilebilir derecede müstakil nitelikte ise, bu zarara yol açan davranışın açık bir biçimde tanımlanması ile daha fazla kesinlik elde edilebilir. Bu makalede önerilen suçun konusu olaylarda zararın niteliği çeşitlilik gösterdiği için zararı tam olarak tespit etmek güçlük arz edebilir. Bununla birlikte, ortaya çıkan zararı bir eyleme –ki bu eylem yalan söyleme eylemidir- sıkı sıkıya bağlıyoruz. Hiç şüphesiz, her yasal düzenlemenin doğasında kaçınılmaz şekilde bir belirsizlik bulunur; lâkin bu belirsizlik pratik olarak mümkün olan en asgarî seviyeye indirilmelidir.

Toplumsal açıdan avantajlı olabilecek şekilde yasanın kapsamı genişletirken, kanunkoyucu yasanın aşırı genişlemesi ve aşırı suçlama tehlikesine karşın bu kapsamın olabildiğince dar tutulmasını sağlamak için büyük çaba göstermelidir. Böyle bir belirsizlik, “belirsizlik doktrini”¹⁵⁸ bağlamında hükümsüzlük seviyesine ulaşmasa ve adil yargılama sürecini ihlâl edecek nitelikte olmasa bile, özellikle niteliği itibariyle muğlak olan bir zararı ele alırken yasalasma aşamasında olabildiğince genellikle kaçınılmalıdır. Cinayet sonucu ortaya çıkan zarar açıktır (ölüm meydana gelir) ve hırsızlıktan kaynaklanan zararlar da belirgindir (eşya yasalara aykırı bir şekilde alınır) ancak bazı kötücül yalanlardan kaynaklanabilecek zararlar belirgin şekilde açık değildir. Bu nedenle en azından davranış daha açık ve net tanımlanmalıdır. Yasaların genelliğinin maliyeti, yasal genişlemenin ağır

¹⁵⁸ Bu doktrin, tüm ceza kanunlarının ortalama bir insanın kavrayabileceği kadar açık bir dille hazırlanmasını zorunlu kılan usul hukuku hükümlerinin Beşinci ve On Dördüncü değişikliğini müteakiben öngörülmüştür. *Bkz:* Jordan v. De George, 341 U.S. 223, 230 (1950) (“Bir davranışın suç olarak öngörüldüğünü, o davranış icra edilmeden önce ihbar etmeyi gerekli kılmayan ceza kanununun bu tutumu, usul hukukundaki ihtar imkânından anayasaya aykırı olarak mahrum kalmak sonucunu doğurur”). Yüksek Mahkeme kararları için bkz: City of Chicago v. Morales, 527 U.S. 41 (1998) (loitering suçunu anayasaya aykırı olarak belirsiz kılan hükümlerin eleştirisi için bkz); Bd. of Airport Comm’r of L.A. v. Jews for Jesus, Inc., 482 U.S. 569 (1986) (Herhangi bir kişinin Los Angeles Uluslararası Havaalanı’nda Birinci Değişiklik faaliyetlerine katılmasını yasaklayan bir yasanın geçersiz hale getirilmesi hakkında); Smith v. Goguen, 415 U.S. 566 (1973) (Birleşik Devletler bayrağını küçük düşürücü davranmayı, tahrif etmeyi, çiğnemeyi, alenen tanınmaz hale getirmeyi suç sayan yasanın geçersiz kılınması hakkında bkz); Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1971) (barış hukukunun ihlaline ilişkin hükümlerinin aşırı geniş kapsamlı bulunması hakkında bkz); Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 (1971) (dilencilik hükümlerinin geçersiz kılınması hakkında bkz); Palmer v. City of Euclid, 402 U.S. 544 (1970) (loitering suçunu anayasaya aykırı olarak belirsiz kılan hükümlerin eleştirisi için bkz); Baggett v. Bullitt, 377 U.S. 360 (1963) (Öğretmenlerin Amerika Birleşik Devletleri bayrağına ve kurumlarına saygıyı teşvik etmesini gerektiren bir yeminin geçersiz kılınması hükümetin eleştirilmesine kadar uzayabilir); Thornhill v. Ala., 310 U.S. 88 (1939) (grev gözcülüğünü tamamen yasaklayan yasa hükmünün geçersiz kılınması hakkında bkz); Cline v. Frink Dairy Co., 274 U.S. 445 (1926) (açıkça tespit edilebilir suç standardı öngörmeyen antitröst kurallarının eleştirisi için bkz); *Connally*, 269 U.S. at 385 (ücret yarasını belirsiz bulan görüş için bkz).

bedeli ve yaptırımında seçicilik tehlikesidir. Gerçekten de, bu durum Latince bir vecizede gayet isabetli olarak şu şekilde ifade edilmektedir: **misera est servitus ubi jus est aut incognitum aut vagum** (“sefillik, içinde bilinmeyen veya belirsiz olan yasaların barındığı kölelik halidir”)¹⁵⁹.

Bunların dışında bir de caydırıcılık konusu vardır. Bu anlamda örneğin, sebep olabileceği zarar nedeniyle alkollü araç kullanmayı suç olarak öngörmek toplumsal açıdan avantajlıdır. Nitekim sarhoş bir sürücü, bir kişinin ağır yaralanmasına, ölümüne veya malvarlığında zarara uğramasına sebep olduğu için (veya potansiyel olarak sebep olabileceği için) bu davranıştan kolayca sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte, hangi davranışın suç olduğunun (ve – umut edilir ki- bu davranıştan caydırmak için) açıklığa kavuşturulması için, kanunkoyucu zarara sebep olma olgusu ile yakından ilişkilendirdiği spesifik bir eylemi suç olarak öngörür. Bizim önerdiğimiz husus da aslında budur: Yalanın bazı türleri ağır zararlara yol açabilir, dolayısıyla da bireyleri bu tür eylemleri icra etmekten caydırmak amacıyla bizzat bu davranışların cezalandırılmasını sağlamaya çalışmaktayız. Bir an için ABD Ceza Kanununu ele alalım. Dolandırıcılık ve yalan beyan suçlarıyla ilgili federal yasa, bir şahsın hilesi¹⁶⁰, tasdikli çeklerde değişiklik yapmak¹⁶¹, arazi ödünç tahvili veya banka kredisi borçlanma senedi üzerinde tahrifat¹⁶², gizliliği olan kuruluşların gizli telefon kayıt bilgilerini edinerek dolandırıcılık veya benzer faaliyetlerde bulunmak¹⁶³, açık denizlerde veya diğer sularda iken sahtecilik yapmak¹⁶⁴ sebebiyle sorumlu tutulabileceği birbirinden bağımsız bir yığın eylemi tanımlamaktadır. Teorik olarak, bu kapsamlı liste yerine dolandırıcılık suçuna ilişkin tek bir geniş tanımlama yapılabilirdi. Aslında, dolandırıcılık suçu hırsızlık gibi daha geniş biçimde tavsif edilebilir ve hatta ABD Ceza Kanununun tamamının başlığı “başka birine haksız yere zarar vermek” olan tek bir suçtan oluşana dek kanunlaşmada genelliğin ölçüsü genişletilebilirdi.

Şimdi de e-posta dolandırıcılığına ilişkin yasal düzenlemeyi kısaca değerlendirelim. E-postanın içeriği (eyaletler arası bir kurye), federal yasanın uygulanabileceği bir eylemin net olarak teşhis edilmesinden başka bir anlam ifade etmez¹⁶⁵. Bazı yazarlar ise bu husustaki yasal düzenlemelerde daha en

¹⁵⁹ JAMES BOSWELL, THE LIFE OF SAMUEL JOHNSON, LL.D. 352 (Wordsworth Editions Limited 1999) (1820).

¹⁶⁰ Bkz: 18 U.S.C. § 1001–1040 (2006).

¹⁶¹ a.e. § 1004.

¹⁶² a.e. § 1013.

¹⁶³ a.e. § 1039.

¹⁶⁴ a.e. § 1025.

¹⁶⁵ Bkz: Podgor, bkz: dipnot 111, s. 748

baştan yeterli açıklık olduğunu düşünebilir. Örneğin, hileli iflas hükümlerine tabî bir kovuşturmada, eylemin kapsamı yasal düzenleme tarafından açık ve net bir davranış biçimiyle sınırlandırılmıştır¹⁶⁶. Başka bir örnek, bilişim dolandırıcılığına ilişkin yasal düzenlemedir. Devlet bilgisayarlarının karıştırılması ve şifrelerin kırılması gibi çok spesifik eylemler yasal düzenlemede ana hatlarıyla belirtilmiştir¹⁶⁷. Belirli davranışlar açıkça öngörülme suretiyle “savcılar yasa hükmünün kapsamını yalnızca bilgisayar kullanımını gerektiren her türlü hileli davranışı kapsayacak şekilde genişletmekten alıkonulmaktadır”¹⁶⁸. Aynı şekilde (*ekonomik suçlar bakımından*) Model Ceza Kanunu “ticari bir işin görülmesi sırasında dolandırıcılık, başka birinin kredi kartını kullanma ve sahtecilik yapma gibi hilenin çeşitli türlerini barındıran suç tiplerini ayrıntılı olarak düzenlemektedir”¹⁶⁹. Dolandırıcılığın bu suça özgü spesifik davranış tiplerini ayrıntılarıyla düzenleyen bir dizi suça ayrıştırılması belirliliğin önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.

İdeal olan, bir suçun zarar ve eyleme ilişkin tüm bileşenlerinin olabildiğince dar tanımlanmasıdır. Gerçekten de eğer zorunlu olarak bu denklemin bir tarafı belirsiz kalmışsa, işte o zaman bu belirsizliği en aza indirmek için bileşenin kalan kısmı olabildiğince açık ve net olmalıdır. Eylem ve zarar, yasal belirliliğin iki kanadını temsil eder; bir taraf zayıfsa, diğer taraf bu durumu telafi etmek için daha belirgin olmalıdır. Mevcut yasal düzenlemelerimizin görmezden geldiği yalan söyleme eyleminin özellikle ağır zarara sebep olan türünü tespit etmenin ve bu eylemden caydırmanın en iyi yolu, bu eylemi suç olarak ihdas etmektir.

III. YALAN SÖYLEME EYLEMİNİ SUÇ OLARAK İHDAS ETMEYE DOĞRU: AĞIR ZARAR DOĞURAN PEK FENA YALAN SÖYLEME EYLEMİNİ YAPILANDIRMAK

Bu makalede yalanlarının tamamının cezaya tâbi kılınması savunulmamaktadır. Bazı durumlarda bir yalan tarafından sebep olunan zararlar cezaî yaptırım gerektirecek kadar ağır olabilir, ancak bu durum her zaman geçerli değildir.

¹⁶⁶ Yasal düzenleme özellikle (1) iflas talebinde bulunmak; (2) iflas davasında dilekçe/belge sunmak; (3) Yanlış bir beyan, iddia veya taahhüdün (a) iflas usulüyle ilişkili müracaatın yapılmasından önce veya sonra veya (b) İflas yasası uyarınca devam etmekte olan bir davada yanlış yere ileri sürülmesi koşullarını öngörmektedir.

¹⁶⁷ *Bkz:* (18 U.S.C. § 1030(a)(3) (2006); 18 U.S.C. § 1030(a)(5)(b); 18 U.S.C. § 1030(a) hükümleri ile yasaklanan bilgisayar üzerinden yapılan faaliyetler hakkındaki tartışma için bkz: (2006); ELLEN S. PODGOR & JEROLD H. ISRAEL, WHITE COLLAR CRIME IN A NUTSHELL 237–40 (2d ed. 1997)).

¹⁶⁸ Podgor, *yuk. dipnot* 111, s. 764.

¹⁶⁹ *a.e.* s. 747. *Bkz.*; MODEL PENAL CODE § 224.2 (1962) (nadide ve antik eserleri taklit etme vb.); MODEL PENAL CODE § 224.6 (1962) (Kredi Kartları); MODEL PENAL CODE § 224.7 (1962) (Hileli Ticari Faaliyetler).

Önerdiğimiz suç, yalnızca eylem odaklı olmadığı gibi, deontolojik etik temelli de değildir¹⁷⁰. Zararın derecesi, cezaya tâbi eylem için yegâne turnusol testidir. Dolayısıyla, biz hareketin sonuçlarına bakmalıyız; öyle ki belli durumlarda hilenin bazı biçimleri o kadar fenadır ki cezaya tâbi olması adeta bir gereklilik arz eder. Makalenin ilk yarısında cezalandırılabilir bazı yalan türlerini belirttikten sonra, geri kalan kısmında da böyle bir suçun nasıl yapılandırılacağı ile ilgili tartışmalara yakından göz atmayı tercih ettik. Feinberg'in zarar ilkesine ilişkin çalışmaları bunu yaparken bize yardımcı olacaktır.

A. YALANLARIN CEZAYA TABİ KILINMASI İÇİN ÖNERİLEN ŞARTLAR

Birçok hukukçu yalan konusu ile ilgilenirken *Sissela Bok* bu konuda ufuk açan bir metin yazmıştır¹⁷¹. Yazar çalışmasında özellikle yalan söyleme eyleminin uğraşılması zor bir konu olduğunu ve bunun çözülmesi kolay olmayan ahlâkî belirsizlikler içerdiğini belirtmektedir¹⁷². Öyle ki yalan hayatımızın her alanına sızdığından, bazı durumlarda etik açıdan kabul edilebilir hale gelmiştir, ancak yine de bazıları için kınanabilir niteliktedir. *Bok*, insanların yalan söylemelerinin altında çeşitli nedenler olduğunu gözlemler; ona göre güç kazanmak, sıkıntıdan kurtulmak, itibarı kurtarmak veya başkasını incitmekten kaçınmak için yalan söylenebilir¹⁷³. Yazara göre genel bir başlangıç noktası olarak insanlar yalan söylemekten kaçınmalıdır; bu onlara başlangıçta olumsuz yönde bir ağırlık verecektir ancak bir seçenek işaretlemek zorunda kalırlarsa her zaman doğruluk alternatifini aramalıdır¹⁷⁴. Yazarın varsayımı yalanın sebep olduğu zararı temel almaktadır. Zira yalan söyleme eylemi, mağdura derhal zarar vermek ile onu güven ve işbirliği erozyonuna uğratarak aslında uzun vadede topluma zarar vermek gibi iki yönlü bir etkiye sahiptir¹⁷⁵. Yalan söyleme eylemi ve hilenin çeşitli şekilleri sıra dışı olmaktan ziyade normal davranışlar olarak görüldüğü için yalan söylemek toplumumuzun sıradan bir özelliğidir. Bu nedenle zor olan şey, kabul edilebilir yalanlar ile (açıkça) kabul edilebilir olmayanlar arasında ince çizgi ile sınır çekmektir.

¹⁷⁰ Tekrar önemle vurgulamak gerekir ki, amacımız yalanın/eylemin bizzat kendisini yargılamak değil; aksine, zarar verme kastının sonucu olarak ortaya çıkan ağır zarar ile birleşim halindeki eylemi yargılamaktır.

¹⁷¹ SISSELA BOK, LYING: MORAL CHOICE IN PUBLIC AND PRIVATE LIFE (1978).

¹⁷² a.e.. s. 28, 30, 33, 45, 119.

¹⁷³ Bkz: Steven R. Morrison, When is Lying Illegal? When Should It Be? A Critical Analysis of the Federal False Statements Act, 43 MARSHALL L.J. 111, 140–41 (2009).

¹⁷⁴ BOK, yuk. dipnot 169, s. 30–31.

¹⁷⁵ a.e.. s. 43.

Yalanların ve hileli davranışların her türünü cezalandırmanın idari ve yasal açıdan imkânsız olacağını ve bunun da aslında arzu edilen bir durum olmadığından bahsetmiştik. Bu sebeple bu yönde bir görüşü savunmak isabetli değildir. Sonuçta, ceza hukukunun örtülü amaçlarından biri, toplumun genel refahının ve işleyişinin azamî seviyede tutulmasıdır. Neden alkolün (aile içi şiddete, depresyona ve genel suça katkıda bulunan faktörlerden biri olmasına rağmen) yasadışı olmadığı ve araçlar için hız sınırının x mph'den az olması kazaları ve ölümleri azaltmasına rağmen neden yasal sınırın x mph olduğunun gerekçelerinden biri de budur¹⁷⁶. Belli bir noktada kanunkoyucu bilinçli (veya bilinçsiz) bir şekilde, bireylerin potansiyel olarak zarar verici faaliyetlerde bulunmalarına izin verme yönünde kararını verir, çünkü bu faaliyetlerin tamamen yasaklanması toplumun genel mutluluk ve refahını daha fazla bozabilir. Sonuçta eyleme ilişkin bu alan da dengelenebilir. Örneğin tütün kullanımı yasadışı değildir. Bununla birlikte, sigarayı hangi yaşta kimlerin içebileceği ve nerede içebileceği düzenlenmiş durumdadır. Doğru ve yanlışın birbiriyle yarıştırıldığı çoğulcu bir toplumda yaşadığımız için, yalan söylemeye karşı toplum tarafından takınılan ahlâkî tutum ile ceza hukuku birebir uyuşmaz.

Ne var ki, yalan söyleme eyleminin toplumda tamamıyla yaygın bir hal alması, bu davranışın mutlak biçimde doğru ve kabul edilebilir bir davranış olduğunu da göstermez. Yalanın bazıları için alışkanlık haline geldiği ve yalana bazı bağlamlarda zımnen göz yumulduğu gerçeği, yalanın ceza hukukunun yaptırımından korunmasını gerektirmez. Davranışın mağdur için her zaman olumsuz bir sonuç doğurduğu cinayet ve hırsızlık gibi bazı ağır suçlardan farklı olarak, yalanların da farklı korkunç tarafları vardır: Bir yalanın hayata geçebilmesi yalancı ve mağdur arasında etkileşim gerektirir ve bu etkileşim farklı şekillerde olabilir. Kanunkoyucunun yalancıları kovuşturmak için kayıtsızlığının ve isteksizliğinin arkasında yatan temel unsur şudur: yalanların arkasında geniş bir motivasyon yelpazesi vardır ve yalancı ile “yalan” arasındaki etkileşimin çok farklı tezahürleri vardır, bu sebeple hangi yalanın cezaya tâbi olacağını ve hangisinin olmayacağını tespit etme görevi aşırı güçlük arz eder. O halde ihtiyaç duyduğumuz şey, yalanları türlerine göre sınıflandırmaktır ki, böylece içlerinden hangilerinin cezaî yaptırıma tâbi olacağını kolayca seçebiliriz.

B. YALANLARIN SINIFLANDIRILMASI

Amerikan hukukçu Steven Morrison yalanların sınıflandırmasında oldukça yarar sağlayan bir sistematik geliştirdi; yazara göre yalanlar ciddiyetlerinin

¹⁷⁶ a.e. s. 47.

derecesi bakımından denklik göstermemektedirler. Ona göre en ciddî (en az mazur görülebilir) olandan en az ciddî (en çok mazur görülebilir) olana kadar sıralanabilecek **altı çeşit** yalan şunlardır : **(1)** başka bir kişiye veya varlığa zarar veren yalanlar; **(2)** yalancıya menfaat sağlayan yalanlar; **(3)** başka bir kişiye veya varlığa menfaat sağlayan yalanlar; **(4)** yalancının zarar görmesini önleyen yalanlar; **(5)** yalnızca yalancıya zarar veren yalanlar ve **(6)** başka bir kişinin veya varlığın zarar görmesini önlemek için tasarlanmış olanlar¹⁷⁷. Bu kategoriler birbirinden farklı yalan türlerinin yararlı bir dökümünü oluşturur; zira bu kategorik bölümlenme tek bir yasa hükmünün hepsine eşit muamele etmek üzere tasarlanamayacağını göstermektedir. Bu konuda bir adım daha ileri bir tespitte bulunan *Morrison*'a göre, ceza kanununun rolü toplumun mutluluğunu ve güvenliğini en üst düzeye çıkarmak ve etkinlik kazanmak ise, o zaman özellikle kategorik olarak iki ila altı arasında belirtilen yalanlarının cezalandırılmaması gerekmektedir¹⁷⁸. Bir yalan kişinin kendisi, muhatabı veya her ikisi için bir fayda sağlıyorsa veya bir zararı önliyorsa teşvik edilmeli ve hatta tebrik edilmelidir¹⁷⁹.

Morrison'un şematik sınıflandırmasına bakıldığında sebep oldukları zarar açısından tüm yalanların birbirine denk olmadığı açıktır. Bu nedenle, yalanlar istisnâ ve dar koşullar dışında genel bir çerçeve altında kriminalize edilmemelidir. Bunun için gerçekten de üst düzey yasal tedbirler alınmalıdır. Bu noktada hangi yalanların hangi şartlar altında cezaya tâbi olacağını asgari düzeyde belirlemek için gereken çaba gösterilmelidir. İşte bu çalışmada da, yalanların ağır zarara sebep olması kastıyla söylenmiş olması ve eylemin söz konusu zararlar sonuçlanması halinde suç sayılması gerektiği önerilmektedir.

Birçok (*oldukça geniş bir kısım*) yazar, beyan muhatabı olan bir kişinin doğruyu bilmeye hakkı olduğuna dair varsayımda bulunurken, ceza hukuku bu varsayımda o kadar cömert olamaz ve her tür yalanı cezaya tâbi kılamaz. *Morrison*'un yalan sınıflandırması özel olarak hangi yalan türünün suç haline getirilebileceğini belirleme noktasında isabetlidir. Zira herkesin gerçeği bilme noktasında eşit hakka sahip olmadığı yönündeki görüş üzerinden tartışma konusu yaratılabilir ise de; bazı yalanların olumlu sonuçları dikkate alındığında, bunların seçkin etik normlar tarafından tolere edilebileceği veya meşru kabul edilebileceği meselenin tam da özünü oluşturur. Kant'ın örneğini bir kez daha verecek olursak, hedefindeki kurbanın kapısının önüne gelerek onun yerini araştıran katilin gerçeği bilmeye hakkı olduğuna çok az insan razı olacak ve birçok insan da katile yalan söyleme

¹⁷⁷ Morrison, *yuk*: dipnot 173, s. 146.

¹⁷⁸ a.e.

¹⁷⁹ a.e.

konusunda ahlâk kökenli bir vicdan azabına sahip olmayacaktır. Aynı şekilde bir Nazi subayının Yahudilerin çatı katında barındıklarını bilmeye hakkı yoktur. Çoğu insan burada yalan söylemenin “doğru” bir davranış tarzı olacağını kabul eder. Bu, *Morrison*’un altıncı kategorisinde yer alan türe uygun bir yalandır: başka bir kişinin veya varlığın zarar görmesini önlemek için tasarlanmış olanlar. Yalanın bu türü en iyicil türüdür.

Yüksek miktarlarda sigara içen bir sigara tiryakisinin kendi doktoruna sigara tüketiminin seyrek olduğu konusunda yanlış bilgi verdiğini düşünelim. *Morrison*’un sınıflandırmasında bu beşinci kategoriye uyan bir yalan olurdu: sadece yalancıya zarar veren bir yalan. Bu yalan türü (diğerlerine zarar vermek açısından) nispeten zararsızdır. Bir diğer örnekte, cüzdanınızı teslim etmenizi isteyerek size yaklaşan bir hırsız var ve siz üzerinizde cüzdanınız olmadığını (aslında olmasına rağmen) iddia ettiniz. Yine, katilin olayında olduğu gibi, temel varsayım ve inancımız hırsızın gerçeği bilmek hakkına sahip olmadığı yönünde olduğu için çoğu insan yalancıya eleştirel bakmayacaktır. Bu tür bir yalan dördüncü kategoriye girer ve meşru görülebilir: yalancının zarar görmesini önleyen yalanlar. Şimdi ağır bir hastadan sevgili kızının ölümünü gizleyen bir doktorun durumunu düşünün. Burada, yalanın sağladığı muhtemel menfaat sabit iken, menfaat durumu yalanın ağırlık seviyesi ile dengelenmektedir. Böyle bir olayda yalan söyleme kararı net biçimde kolay bir seçim değildir ve çoğu insan yalan söylemeden önce çok dikkatli düşünürdü. Buradaki yalan üçüncü kategoriye uymaktadır: başka bir kişiye veya varlığa menfaat sağlayan yalanlar. Bu yalanı meşru kabul etmekte zorlanmamızın temel sebebi, karşımızdaki kişinin gerçeği bilmek ve kendi kendine tedbir alma hakkına sahip olması gerektiği noktasındaki içgüdüsel tepkimizdir - bunu bir kenara atmanın bir bakıma daha büyük bir zarara sebep olacağıdır. İkinci kategoride yer alan ve yalancıya fayda sağlayan yalanlar için, görevli gelen davetlilere kimlik bilgileri ya da donanımıyla ilgili egzotik yalanlar söyleyen biri örnek verilebilir. Burada mağdurlara doğrudan bir zarar verilmemekle birlikte, kendine özgü bir görüntü ortaya koyarak, mağdurları yalancıyı bağımsız bir perspektifle formüle etmeleri fırsatından mahrum bırakır ki; bu bile başlı başına bir tür zarar verir¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Mağdurun gerçeği bilmek hakkını talep edip etmeyeceği meselesi, kendisinin yalancı ile olan ilişkisinin niteliğine ve samimiyetinin derecesine bağlı olarak değişebilir. Bir partide yer alanların davetlilerin bir başkasının donanımı ile ilgili gerçeği bilme “hakkına” sahip olmadığı iddia edilebilir, ancak potansiyel bir işverenin böyle bir hakkı talep edebileceği rahatlıkla söylenebilir.

Ve son olarak, yalan sınıflandırmasında *Morrison*'a göre en ciddî seviyede olanı birinci kategoride yer alan yalan türüdür: başka bir kişiye veya varlığa doğrudan zarar veren yalanlar. Makalenin giriş paragrafında Bartley tarafından söylenen yalan bunun en yalın haline örnektir ve asgari seviyede haklı görülebilir. Özetle, yalın ve içgüdüsel bakıldığında bir ila altıncı sıra arasında yer alan yalanlar – öz gelişim, paternalizm, kendini koruma ve altruizm (*özgecilik*) kaynaklı oldukları için - ceza kanununun yaptırımını gerektirmezken (*hatta altıncı kategoride yer alan yalanlar bazı şartlarla teşvik edilebilir*), birinci kategoride yer alan yalanlar cezaî olarak yaptırıma tâbi tutulabilir ve hatta tutulmalıdır.

C. AĞIR BİR ZARARA YOL AÇAN PEK FENA YALAN SÖYLEME EYLEMİ: SUÇUN UNSURLARI

Tüm bunları göz önünde bulundurarak, şimdi önerdiğimiz suçun zorunlu unsurlarını ortaya koyalım. Ağır bir zarara yol açan pek fena yalan söyleme suçunun *actus reus*'u, yalanın fiilî zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verecek türden yazılı veya sözlü iletişim yoluyla nakledilmesidir. Kusur (*mens rea*) ise failin (*dikkatsizlik ve özensizlik niteliğinde olmayan*) ağır zarar sonucunu makûl derecede öngörebilmesini içeren özel kast'tır.

Önerilen suça ilişkin madde hükmü şu şekilde düzenlenebilir:

Başka bir kişiye: (1) o kişiye ağır zarar vermek kastıyla ve (2) ağır zarara yol açması şartıyla bilerek yalan söyleyen bir kişi ağır zarara sebep olan pek fena yalan söyleme eyleminden sorumludur. Bu madde hükmünde belirtilen "yalan", bir kişiye sözlü veya yazılı olarak yanlış bilgi verme anlamına gelmektedir.

Suçun bu iki unsurunun içinde yer alan dört bileşen bulunur. *Actus reus* (eylem) unsuru bakımından devlet, (1) kişinin başka bir kişiye yanlış bilgi verdiğini ve (2) o kişinin bundan dolayı ağır zarara uğradığını ispatlamakla yükümlüdür. *Mens rea* (kusur) unsuru bakımından (1) yanlış bilginin bilerek verilmesi ve (2) ağır zarara sebep olma kastının bir arada bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, meydana gelen zararın tam ve özel olarak hedeflenen zarar olması gerekli olmadığı gibi; yalanın sonucu olarak hedeflenen zarar ile aynı ağırlık derecesine sahip bir zararın doğmuş olması yeterlidir.

Suçta uygulanabilecek nihaî ceza yasama organının kararı ve mahkemelerin takdir marjına bağlı olarak değişecektir. Bu ceza, ortaya çıkan zararın ağırlığına bağlı olarak basit bir para cezasından fiili hapis cezasına kadar değişebilir. "Ağır zarar"ın kesin tanımını yapmak bu makalenin kapsamı dışında kalmaktadır.

Ancak giriş paragrafında yer alan Bartley örneğinde olduğu gibi ciddî psikolojik zarara veya zihinsel sıkıntıya sebep olan yalan uygun bir başlangıç noktası oluşturur. Bununla birlikte, ağır zararların kasıtlı bir yalandan kaynaklandığı çok sayıda senaryo düşünebilir - örneğin görüşmelerin başlangıcında resmedilen kötü niyetli yalan örneklerinin birkaçının sonucu olarak ortaya çıkan fırsat kaybı. Elbette, fırsat kaybının “ağır zarar” olarak kabul edilmesi meseleyi yukarıda bahsedilen kaygan zemin tartışmalarına maruz bırakabilir ve buna ek olarak çeşitli dolandırıcılık hükümleriyle örtüştürerek ekonomik işleyişin zarara uğramasına sebep olan hilenin cezalandırılması sağlanabilir. Bu durum açıkça göstermektedir ki; “ağır zarar” kavramına kesin ifadelerle mutlak bir tanım vermek oldukça zor olacağı için, kavramın netleştirilmesi ve rafine edilmesi işini içtihat hukukunun (case law) işleyişine bırakmak en iyi çözüm olacaktır.

Son olarak, cezaî yaptırıma tâbi olacak yalanın yazılı ve sözlü olarak beyan edilen yalan olduğunu, (müspet eylem veya ihmâl ile beyan edilen) yalan beyan veya yanıltıcı bilgilendirme olmadığını vurgulamak önemlidir. Bunun nedeni, yalanın hilenin bir alt kümesini oluşturmasıdır. Hile, failin başkalarının zihninde yanlış izlenim yaratabilecek sınırsız çeşitlilikte tasarımları ve oyunları kapsayan çok daha geniş bir davranış yelpazesini içerir. Genel olarak hileyi suç haline getirmek yasalâşmada gereğinden fazla aşırıya kaçma ve bunun da istikrar kazanması riskini beraberinde getirecektir. Bu nedenle yalan söyleme suçunun unsurları kesindir ve failin açıkça yalan söylemesini ve bu eylemin başkasını zarara uğratmasını ve bu zararın fiilen oluşmasını içerir. Bu son bileşen, söz konusu suçta ait alt başlıkta failin teşebbüsten sorumlu tutulmasını imkânsız hale getirerek suçun kapsamını sınırlandırmaktadır.

D. HİLE VE YALAN SÖYLEME EYLEMİ ARASINDAKİ AYIRIM

Pek fena yalan söyleme suçu yazılı veya sözlü şekilde ortaya çıkarken, bu durum genel olarak hile ile yalan söyleme eylemini de birbirinden ayırır. Bunun altında yatan pratik mülâhazalar burada kısaca tartışılacaktır. Belirttiğimiz gibi, yalan söyleme eylemini suç haline getirmek mahkemeleri hüküm verme aşamasında yasa yapan bir mayın tarlası haline sokabilir. Bu nedenle, mevzuatın kapsamını sadece pek fena yalan söyleme eylemi ile ve dar tanımlanmış yalan türlerini içerecek şekilde daraltmak esastır. Yalan büyük ölçüde açık ve net bir eylemdir. Diğer yandan hile çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir; yanlış bilgilendirme yapma, sorular sorma, görüş bildirme, hedef şaşırtma, emirler verme veya çeşitli sözlü ve sözsüz davranışları içerebilir. *Kant*'ın tasarladığı ve nitelik itibarıyla sadece yalandan ibaret olmayan hileye ilişkin ünlü bir örnek

ise şu şekildedir; A'nın bir çantayı paketlemesi ve bunu gördüğünde kendisinin bir yolculuğa çıktığı sonuca varacağını umarak B'ye çantayı bırakması, B'yi tatile çıktığına inandırmak için A'nın yaptığı bir hiledir¹⁸¹. John, Sevgililer Günü'nde Londra'da olduğundan emin olmasına rağmen Mary'ye "o gece ya Londra ya da Cambridge'de" olduğunu söylerse, Mary'yi kendisinin nerede olduğunu bilmediğini veya bunun belirsiz olduğunu farz etmeye yönlendirerek kesinlikle Mary'yi aldatmış olurdu. Ancak burada John hilekâr sayılmasına rağmen, ifadesi doğru olarak da yorumlanabileceğinden yalan söylememiş sayılır.

Stuart P. Green gibi bazı hukuk felsefecileri, bir şeyi doğru olarak kabul etmeden önce dinleyicinin belirli şartlar altında yaptığı beyanın doğruluğunu teyit etme sorumluluğunu üstlendiğini savunan 'sorumluluk dinleyiciye ait' (***caveat auditor***) prensibi sebebiyle hilenin her zaman açık bir biçimde yalandan çok daha az kötücül bir davranış olduğunu ileri sürerler¹⁸². Yalan mağdurlarından farklı olarak, hileye maruz kalmış olanlar kısmen kendi aldatmacasında mimardır. Hileye maruz kalan kişi yanıltıcı kanıtlarla karşılaşmış olmasına rağmen, yine de kendi seçiminden sonuç çıkarma konusunda (eğer herhangi bir sonuç çıkarması gerekiyorsa) serbesttir. Bir "sonuç çıkarma çağrısı"nın varlığı, yalan ve karşılıklı iletişime kapalı olan hile arasındaki en önemli ayırt edici faktördür.

Genel olarak hileye ilişkin geniş bir tanım vermekle uğraşırken karanlık bir arazide dolaşmış oluyoruz. Zira hilenin hangi aşamada gerçekleştiği her zaman açık ve net olmayabilir. Buna karşılık sözlü ve açık bir yalan kendisini dar çerçeveli, somut ve net bir eylem olarak ortaya koyar. Suçu genel anlamda hile seviyesine kadar yükseltmek belirlilik unsurunun terk edilmesine yol açacaktır ki; bu unsur olmaksızın cezaî aşırılık (*Actus reus'u ispatlamadaki lojistik engelden bahsetmiyorum bile*) riski büyük oranda artacaktır. Özetle burada belirtilen suçun daha genel kapsamlı hileli davranış biçimlerini kapsayan dolandırıcılık suçundan farklı olarak, yazılı veya sözlü olarak açık ve belirgin bir eylemle sınırlı olması başlıca farklardandır.

Şimdi, Morrison'un yalan sınıflandırmasının bu tartışmaya ne kadar yarar sağladığını açıkça belirtmeliyiz; burada önerilen pek fena yalan söyleme eylemi Morrison'un hiyerarşik sınıflandırmasında özellikle birinci kategoride yer alan yalan türünün yapısına uygunluk sağlamaktadır: başka bir kişiye veya varlığa zarar veren yalanlar. Bununla birlikte, bu sınıfa dahil olsa bile, bu tür yalanlar mutlaka cezaî yaptırıma tâbi olunmayı gerektirmez. Daha önce de belirttiğimiz

¹⁸¹ Bkz. Green, yuk. dipnot. 93, s. 163.

¹⁸² IMMANUEL KANT, LECTURES ON ETHICS 226 (Louis Infield trans., 1963).

gibi, yalan yapısı itibariyle ciddî bir seviyede olmalıdır. Burada önerilen suçun kapsamı son derece dar bir alanla sınırlandırılmıştır- aşırı derecede fena sayılan bu eylemin sadece sınırlı sayıdaki görünümleri cezaî yaptırıma tâbi olacaktır. Bu aynı zamanda yalan tarafından sebep olunan zararın ağırlığına bağlıdır. Bununla birlikte, hangi tür yalanların cezaî yaptırıma (*örneğin başka bir kişiye ağır zarar veren*) tâbi tutulması gerektiğini tespit ettikten sonra, uygulanacak yaptırımları belirlemek için zararın hangi derecesinin gerekli olduğunu açıklığa kavuşturmamız gerekir. Bu noktada, birinci kategoride yer alan tüm yalanlar söz konusu suçun kapsamına girmemelidir - yalnızca başka bir kişinin önemli derecede zarara uğramasına sebep olan yalanlar dikkate alınmalıdır. Yapmamız gereken şey, cezaî yaptırım sürecinin işlemeye başlaması için gerekli olan zarar derecesini tam olarak ortaya koymaktır. Bunu yapmak için *Feinberg*'e dönüyoruz.

E. DENGENİN DOĞRU AYARLANMASI: FEINBERG'İN YÖN VEREN İLKELERİ VE YALAN SÖYLEME EYLEMİNİN SUÇ OLARAK ÖNGÖRÜLMESİ

Morrison'un sınıflandırması, farklı yalan türlerinin tanımlanmasında son derece yararlı olsa da, ceza yaptırımların uygulanması için hangi seviyede zarara ihtiyaç duyulduğunu açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bartley örneği, onun bu davranışına karşı olumsuz bir tepki geliştirmek amacıyla tasarlanmış olmasına rağmen, bir kişiye zarar veren ama bunun gibi açıkça cezaya tâbi kılınmayı gerektirmeyen yalanlara çok sayıda örnek verilebilir. Kocalar eşlerine aslında işlerini gördükleri sırada nerede oldukları hakkında yalan söyleyebilir; arkadaşlar birbirlerinin uyuşturucu veya kumar alışkanlıklarını (uzun vadede korudukları insanların zarar görmesine sebep olsa bile) örtbas etmesine yardımcı olabilir; okulda ve işyerinde her gün yapılan dedikodu özsaygıyı düşürebilir ve huzursuzluk yaratabilir. Bu yalanların hepsi zarara sebep olur; ancak, sebep oldukları zararlar böyle aşırı cezaî bir yaptırımı gerektirecek kadar ciddî olmadığından suç sayılmamalıdır. Bu durumda sorulacak soru şu şekildedir: Cezaî yaptırım uygulama sürecinin hangi aşamadan itibaren başlatılması gerekir? Bu zarar ne kadar ağır olmalı? Makûl bir cezaî koruma ile mahkemenin yargılama sınırlarını aşması arasında kavramsal bir çizgi nereden çizebilir? Bu iki uç nokta arasındaki doğru dengenin kurulması önemlidir.

Joel Feinberg böyle bir değerlendirme yapmamızda bize yol gösterebilecek kavramsal çerçeveyi sunar. Ceza hukukunun ilgilendiği zarar kategorileri ile yasaların emin bir şekilde göz ardı edebileceği zarar kategorileri arasında nasıl bir sınır çekileceği *Joel Feinberg*'in çözmeye çalıştığı bir meseledir¹⁸³. Bu mesele

¹⁸³ JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 1 (1984)

aslında *Feinberg*'in devletin hakkaniyete uygun biçimde hangi tür davranışları suç sayması gerektiği sorusuna genel bir cevap bulabilmek için yürüttüğü geniş kapsamlı projesinin bir parçasıdır¹⁸⁴. *Feinberg*, John Stuart Mill'e ithafen şunları söylemektedir:

*O halde en meşru ya da doğru yöntemle suç ihdası meselesinde genelleme yaparak, şimdilik, devletin ciddî özel bir zararın doğmasına veya makûl sayılamayacak bir zarar riskine veyahut da önemli kamu kurumları ve uygulamalarının zarar görmesine sebep olan davranışları yasaklamasının hakkaniyete uygun olduğunu ifade edebiliriz. Kısacası, -hayatına müdahale edilen tarafın dışında- diğer tarafın zarar görmesini veya zarara uğraması riskini önlemek için makûl ölçüde ve gerekli olduğu takdirde (yani böyle bir müdahaleyi etkili ve gerekli kılacak makûl sebepler bulunduğu takdirde) devletin vatandaşların davranışlarına müdahale etmesi ahlâken meşru bir eğilimdir. Daha kesin bir ifadeyle, fail dışındaki taraflara (özel ya da kamusal) zarar verilmesini önleme ihtiyacı hukukun yaptırım gücünü uygulamak için her zaman haklı bir sebep teşkil eder.*¹⁸⁵

Cinayet, tecavüz, kötü muamele ve şiddet içerikli saldırı eylemlerini içeren suç sınıfının sebep olduğu zararlar açık bir biçimde görünür durumda olmasına rağmen, “zarar prensibi” daha “bulanık” bir davranışın suç sayılmasıyla birlikte cezaya tâbi kılınmasına karar verme aşamasında kanun koyuculara yardımcı olacak şekilde tasarlanmıştır. *John Stuart Mill* zarar prensibinin aslında özgürlük ihlalini haklı kılan yegâne belirleyici ilke olduğu görüşünün bir sonucu da, şartları yerine getirmeyen davranışların cezalandırılmamasıdır¹⁸⁶. *Feinberg* zarar prensibinin tamamlayıcı ölçütlerle veya “yön veren prensipler” ile birlikte ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁸⁷. *Feinberg*'e göre zarar prensibi yasama faaliyetinin en geçerli ilkesidir ancak bu prensip verimli bir başlangıç noktası olarak hizmet ederken tek başına yeterli değildir ve başka kriterlerle modifiye edilmelidir¹⁸⁸. *Morrison*'un yalan türlerine ilişkin yaptığı sınıflandırmayla birlikte ele alındığında, *Feinberg*'in yön veren ilkeleri pek fena yalan söyleme suçunun yapılandırılması aşamasında bize gayet anlaşılır bir dizi parametre sağlamaktadır.

¹⁸⁴ a.e.

¹⁸⁵ a.e. s. 11 (orijinal baskıdan).

¹⁸⁶ a.e.

¹⁸⁷ a.e. s. 187.

¹⁸⁸ Bkz: a.e. s. 188-206. *Feinberg*'in yön veren prensipleri şunları içermektedir: zararın ağırlığı; zarar olasılığı; yığılan zararlar; istatistiğe dayalı ayırım, zararın net indirilmesi ve zararın göreceli önemi. Bu kavramların genel bir değerlendirmesi için bkz: NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS 56–57 (2007). Bununla birlikte, bu çalışmanın konusuna en uygun olan ilkeler daha ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

1. Sadece Huzursuzluk Değil

Yön veren ilkelerden biri “başkalarına zarar veren her türlü eylem yasaklanamaz, yalnızca önlenabilir ve ağır zararlara neden olanlar”¹⁸⁹ olduğu için belirli davranışları önlemek amacıyla yasal bir düzenleme yapabilmek için zararın ağırlık seviyesinin ciddî boyutta olması ve yaşama birlikte gelen sıkıntıların, acıların, kırgınlıkların ve külfetlerin ötesinde yer alması gerekmektedir. Hoş olmayan duygu durumları ve mutsuz deneyimler (*mutlaka zarar içerikli olmasa da*) iki kategoriye ayrılabilir: “incinenler ve incitenler”¹⁹⁰. *Feinberg*, gerçekten zarar doğurucu durumlar ile zarar oluşturmakta yetersiz kalan çeşitli düzeydeki hüznü içerikli, istenmeyen fiziksel ve zihinsel hallerin tamamı arasında bir ayırım yapmaya çalışır; çünkü “menfaatlerimiz zarara uğramaksızın da deneyimlerimiz bizi rahatsız edebilir, öfkeliendirebilir, incitebilir”¹⁹¹. Hukukta temel ilkelerden biri olan *de minimis non curat lex* (hukuk küçük ayrıntılarla ilgilenmez)¹⁹² bu yön veren ilkeyi de desteklemektedir, çünkü önemsiz bir ayrıntıya müdahale etmenin aslında onun önlediği şeyden çok daha fazla zarar vereceği düşünülmektedir. Nitekim Model Ceza Kanunu Tasarısını hazırlayanlar “*de minimis ilkesi*” olarak adlandırdıkları hususun önemini açıkça belirtmişlerdir – ufak tefek yanlışlıklar yasanın konusu olmamalıdır¹⁹³. Bu durum da genel itibarıyla bu çalışmanın çizdiği görünümle tutarlılık göstermektedir – yalanın sebep olduğu zararın boyutunun büyük olması ve sadece incinme ya da üzülmeye seviyesinde olmaması gerekir. Nitekim bu makalede, tüm yalanların cezaî yaptırıma tâbi olması gerektiği ileri sürülmektedir; suç büyük ölçüde esaslı zarar veren yalanlarla sınırlı olmalıdır.

2. Riske Karşı Zarar Olasılığı

Bir diğer yön veren ilke de kanun koyucunun zarar riskine karşı uyanık olmasıdır. Bu, zararın büyüklüğü ile zarar olasılığının birleşimidir¹⁹⁴. Bu konuda *Feinberg*, eylemin yapısında ihmale dayalı unsurlar olsa da (*atıcının şaşkıncu bir taktik yapması durumu hariç*) havada rastgele bir tüfek atma örneğini

¹⁸⁹ a.e. s. 12.

¹⁹⁰ a.e. s. 46 (orijinal baskıdan).

¹⁹¹ a.e. s. 45. Yazar nahoş fiziksel ve zihinsel durumları kapsayan ayrıntılı bir liste çizmektedir. Fiziksel sıkıntı şunları içerebilir: acı, sancı, ağrı, bıçak yarası, dikiş izi, boyun tutulması, çarpıntı kas spazmları, gaz basıncı, kaşıntı, baş dönmesi, gerginlik, yorgunluk, titreme, zayıflık, uykusuzluk, tutulma vb. Zihinsel acı aşağıdakileri içerebilir: acı, keskin hayal kırıklığı, pişmanlık, depresyon, keder, gönül yarası, umutsuzluk, çok duyarlılık, telaş, nefret, hüsrana, panik atak, akut bıkkınlık, öfke, tiksime, suçluluk duygusu ve utanç.

¹⁹² BLACK’S LAW DICTIONARY 464 (8th ed. 2004).

¹⁹³ MODEL PENAL CODE § 2.12 (1962) (De Minimis ihlalleri)

¹⁹⁴ FEINBERG, *yuk* dipnot 181, s. 191.

kullanır; kaldı ki burada da hareketin sebep olduğu mevcut riske (düşük olasılık ama boyutu yüksek zarar) karşı denge kurulmalıdır¹⁹⁵. Öte yandan hastaların hastanelere hızla ulaştırılmasını sağlamak için hız sınırını aşan ambulansların aldığı risk bu davranışa atfedilen toplumsal değer bakımından haklı görülebilir¹⁹⁶. Bu yön veren ilkeleri *Morrison*'un yalanlar kategorisi ile birlikte ele alırsak, altıncı sıradaki yalan kategorisinin (katile söylenen yalanın) birtakım sosyal değerler taşıdığı söylenebilirken, birinci sıradaki yalan için haklı bir gerekçe sunmak daha zordur. Başka bir kişiye veya varlığa zarar veren yalanların (herhangi bir yarar temin etmeksizin) -yalancının hastalıklı bir zevk elde etmesi dışında- kendi doğasına içkin bir değer taşımadıklarını varsaymak hiç de zor değildir. Buna ek olarak, yüksek olasılık ve ciddi boyuttaki zarar birlikte ele alındığında bu davranışta yüksek oranda risk (*yüksek olasılık vardır çünkü kurban tarafından bir yalana inanılması ve güvenilmesi ihtimali havaya rastgele atış yaparken bir izleyiciye zarar verilmesi ihtimalinden daha fazladır*) vardır. Bu nedenle, yalnızca birinci kategoriye uyan yalanlar cezaî yaptırıma tâbi kılınmalıdır.

3. Yığılan Zararlar

Yukarda bahsedilen yön veren ilke ile doğrudan ilgili olup da kanun koyucunun dikkat etmesi gereken bir diğer konu da: yığılan zararlar meselesi. Kanun koyucu gerçekte zararsız olabilecek belirli bir davranış tipinin yanı sıra bazı davranışlara izin vermenin sebep olacağı genel zararı göz önünde bulundurmalıdır¹⁹⁷. Alkol tüketimi bu anlamda *Feinberg*'in işaret ettiği dikkat çekici bir örnektir. Burada alkol tüketiminin sebep olacağı zararların, alkolün yasaklanmış olması halinde ortaya çıkacak zararlardan daha fazla olacağı meselesi elbette tartışma konusu olamaz. Ancak, alkol geniş kapsamlı yasaklanırsa kendi tüketim düzeylerini kontrol eden ve içki içerken sorumluluk sahibi davranan insanların büyük çoğunluğu masum zevklerinden yoksun bırakılmış olacaktır¹⁹⁸. Birkaç kişinin yanlış davranmasından ötürü birçok insanın sahip olduğu ayrıcalıklardan mahrum bırakılması haksızlık olur. Yalanların büyük çoğunluğunun zararsız ve masum olduğu gerekçesiyle yalan söyleme eyleminin cezalandırılmasına karşı olanlar bu ilkeyi kullanarak cezaî yaptırıma karşı çıkabilirler. Bu makalede bütün yalanların cezalandırılması gerektiği savunulmuş olsaydı, bu argüman da o zaman etkili bir karşı sav olarak kabul edilebilirdi. Nitekim bu çalışmada farklı yalan türleri arasında kesin bir sınır çekilmiş olup, yalnızca *en ağır* zararı

¹⁹⁵ a.e.

¹⁹⁶ a.e.

¹⁹⁷ a.e. s. 193.

¹⁹⁸ a.e. s. 194.

doğuran yalanların cezaî yaptırıma tâbi olması gerektiği ileri sürülmektedir. Alkol tüketimi insanların büyük çoğunluğu için bir miktar toplumsal değer taşıdığı halde, başkasına ciddî şekilde zarar vermek amacıyla yalan söyleme eyleminin zevk verdiği kabul edilecek olsa bile, bu eylemin söz konusu “zevk”ten yoksun bırakılmadan daha ağır basacak cinsten meşru ve mazur görülebilir bir zevk içerdiği çok net bir şekilde söylenemez. Çatışan menfaatlerin göreceli önemini kıyaslayacak olursak, A'nın yalan söyleme konusundaki menfaatinin B'nin yalana karşı korunması menfaatinden daha büyük olduğu yönündeki bir gerekçeyi haklı kabul etmek zor olacaktır¹⁹⁹. Bu makalenin genel eğiliminin ve bazı şartlar altında yalan söyleme eyleminin suç olarak öngörülmesi fikrinin genel olarak zarar prensibi ve özel olarak ise *Feinberg*'in yön veren ilkeleri ile tutarlılık içinde olduğu açıktır.

Morrison ve *Feinberg*, pek fena yalan söyleme suçunu yapılandırmak için kapsamlı teorik rehberlik sunmaktadırlar. *Morrison*'un yalanlar sınıflandırması, cezaî yaptırımları tetikleyebilecek yalan türlerini tanımlamaktadır - başka bir kişiye veya varlığa zarar veren yalanlar. *Feinberg*'in yön veren ilkeleri ise, zararın derecesini, olasılığını ve bu zararın toplam maliyet-fayda ilişkisini göz önünde bulundurmayı gerektiren aşamaları tam olarak tespit ederek bu kategorileri daha da belirginleştirir. Bu sistematik, suçun kapsamını sonucu itibarıyla spesifik bir zarar seviyesine indirgenmiş belli bir davranış tipi olarak daraltmamıza da olanak tanır.

F. CEZA HUKUKU VEYA HAKSIZ FİİL? DAHA İYİ ÇÖZÜMÜ HANGİSİ SUNABİLİR?

Son olarak ele almamız gereken konu aslında meseleye ilişkin olarak merak edilen en genel sorundur: bireyleri cezbeden pek fena yalan söyleme eyleminden men etmek için en uygun alan ceza hukuku mudur? Bunu gerçekleştirmek için sert yaptırımlı ceza hukukundan daha az müdahaleci yollar var mıdır? Hukuk sisteminin şu anda aynı amaca ulaşmak - ağır maliyetli yaptırımlar uygulayarak insanların başkalarına zarar vermesini engellemek- için tasarlanmış iki ayrı kural dizisi kullandığını belirtmek gerekir. Nitekim bu amaca ulaşmak için hem medeni hukuk hem de ceza hukukumuz vardır. Medeni hukuktaki cezalandırıcı unsur, özellikle kötücül bir davranış için cezaî nitelikte tazminat uygulamasında belirgin

¹⁹⁹ Birinci kategorideki yalanın haklı kabul edilebilmesinin olası bir yolu, yalanın arkasında yatan motivasyonun tamamen başka birine zarar vermek değil de, bunun aynı zamanda üçüncü bir şahsın zarar görmesini önleme motivasyonu ile birleşmesidir. Farklı motivasyonların birleşiminin yalan kategorisini ciddiyet ve haklılık bakımından nasıl değiştirebileceğini tartışmak bu makalenin kapsamı dışındadır; ancak bu göz ardı edilemeyecek bir husustur.

seviyededir ve burada kast, ağır ihmal veya başkalarının haklarını bilinçli olarak ihmal etme şeklindeki kusur tipleri araştırılır. Ceza yasasının genişletilmesinden ziyade sınırlandırılmasını savunan yazarlardan bazıları, yukarıda ifade edildiği gibi, ceza hukukunun bazı kötücül davranışlara müdahale etmek için doğru alan olmadığını iddia edebilirler²⁰⁰. Bunun altında yatan gerekçe, ceza hukukunun aşamalı olarak genişlemesinin cezaya ihtiyaç duymayan ya da cezayı hak etmeyen davranışların kaçınılmaz olarak süreceği endişesidir.

Bu görüşün isabetli tarafları olduğunu belirtmek gerekir. Ancak aynı zamanda, medeni hukukun “teciyeden uzak” haksız fiil hükümlerinin insanların yaptığı yanlışları yeterli oranda telafi etmeye yetmemesi gerçek bir tehlike olarak ortada durmaktadır. Bu makalede tasavvur edilen suçun sadece ceza hukuku ve medeni hukuk sistemi tarafından ele alınmasının üç tane gerekçesi vardır: ceza hukuku, medeni yasaların ihtiva etmediği gerçek yaptırımı sağlar; utanç ve damgalama cezaî yaptırıma eşlik eder; adli kovuşturma, mağdurun cezalandırma talebinden bağımsız olarak işler.

Robert Cooter’in klasik çalışmalarında açıkladığı gibi, medeni hukuk “değerleme” yaparken ceza hukuku “müeyyidelendirme” yapar²⁰¹. Ceza kanunu, belirli türden davranışların tamamen sona ermesini sağlamak için tasarlanmışken, medeni kanun bu davranışın sonucunu değerlemekle daha fazla ilgilidir; medeni kanun insanları belli bir işleştikten tamamen alıkoymak arzusunda değildir- sadece pervasız ve tehlikeli bir işleyişe son vermek amacındadır²⁰². Ceza hukukunun, medeni hukukun sahip olmadığı ayıplama ve kınama yönünde ahlâkî bir etki yaratma gücü vardır. Ceza Hukuku toplumsal faydadan yoksun olan davranışı yasakladığı mesajını etkin bir şekilde verir. Dahası, ceza hukuku cezaları medeni hukuktaki tazminata göre daha ciddi dağıtmaktadır. Bartley’nin amacının rencide etmek ve ciddi zarar vermek olduğunu varsayalım: mağdur Bartley’i haksız fiil hükümlerine göre dava edebilir, ancak nihaî hedefe ulaşırsa ve fail de tazminat ödemeye yaklaşmazsa, o zaman mağdur medeni kanun yaptırımlarından büyük ölçüde etkilenmeyecektir. Bartley olağanüstü zengin olsaydı, söz konusu tazminat kararı çok az da olsa caydırıcı bir etki sağlayacaktı - bu sadece başka bir kişiye psikolojik olarak işkence yapmasının ya da hayatlarını mahvetmesinin “çok eğlenceli” tarafının bir bedeli olabilir.

²⁰⁰ Bkz: Coffee, *yuk.* dipnot 139, s. 1875.

²⁰¹ a.e. s. 1876.

²⁰² a.e.

Suç aynı zamanda ahlâkî bir hata olarak görülür ve hiç şüphesiz fail ceza hukuku vasıtasıyla utancın ve damgalanmanın ağırlığını taşır; bu da haksız fiil hükümlerinin sağlayamadığı bir sonuçtur²⁰³. Sonuçta, bir kişiyi haksız fiil faili olarak ilan etmektense suçlu olarak damgalamak onun karakterine yapılacak en ağır saldırdır. Utanç ve damgalanma olgularının medeni hukukta bulunmayan nitelikte caydırıcı bir etkisi vardır. Buna ek olarak, mağdurların çoğu zaman faillerin peşine düşmek ve onları dava etmek için yeterli kaynakları bulunmayabilir; aynı şekilde fail de yargılanamaz durumda olabilir (örneğin davalı iflas etmiş olabilir), tüm bunlar mağduru somut olayı hukuk mahkemesine taşımada yeterli düzeyde teşvik etmekten uzaklaştırır. Devletin kovuşturmayı kendiliğinden başlattığı ceza hukuku sistemi uyarınca mağdurlar, yargılama masrafları, davalının maddî durumu ve yargılama sürecine ait genel “risk”ler ile ilgilenmek zorunda kalmadıkları için, yukarıda bahsettiğimiz sorunlar büyük oranda geçerliliğini kaybetmiş olur.

İfade etmek gerekir ki; tüm bu gerekçelerden amaçlanan hedefin aslında caydırıcılık olduğu sonuçsalıcı bir yaklaşımın gerektirdiğinden daha fazlası değildir. Başka birini ağır zarara uğratma kapasitesine sahip davranışlar bakımından yalnızca medeni kanun yaptırımları ile yetinilmemesi elzemdir. Bir davranışın haksız fiil hükümlerine maruz kalması gayet yerinde ve isabetlidir; ancak bununla birlikte aynı davranışın ceza hukukunda da olması gereken tepkiyle karşılaşması gerekmektedir. Çünkü bu tür davranışların ancak ceza hukuku vasıtasıyla uygun şekilde cezalandırılması ve etkili bir cezaya layık görülmesi mümkündür.

IV. SONUÇ

Bazı yazarlar mevcut ceza kanunu tasarısı sürecinde kanunun kapsamının daraltılması, aşırı suçlamadan kaçınılması ve toplumsal olarak mazur görülebilir davranışlar için cezaların azaltılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu makalenin temelini oluşturan etik değerler bu yazarların hevesini kırsa da, çalışma bir bütün olarak, -yalan söyleme eyleminin hangi şartlar altında suç sayılması gerektiğini, birinin zarardan korunmaya olan menfaatinin neden diğerinin yalan söyleme özgürlüğüne ağır bastığını ve zarar prensibinin bir kişiyi diğerine karşı korumakta *nasıl* haklı bir gerekçe oluşturduğunu idrak etmek isteyen- yazarları hayâl kırıklığına uğratmamalıdır. Çatışan menfaatlerin göreceli önemini tartmak ve tarafları etkileyebilecek yıkıcı ve yapıcı uygulamaların derecesini açıkça ortaya koyabilecek objektif bir yöntem bulunmasa bile, Feinberg’in gerekçelerine açıkça

²⁰³ Bkz. Kenneth W. Simons, The Crime/Tort Distinction: Legal Doctrine and Normative Perspectives, 17 WIDENER L.J. 719, 729 (2008).

işlevsellik kazandıran sonuçsalci yaklaşım yalan söyleme eyleminin en fena biçimlerinin cezalandırılmasını yalnızca haklı göstermekle kalmaz, aynı zamanda bunu talep eder. Ceza hukukunun işlevi bireyleri belli davranış biçimlerinden caydırmak suretiyle zararı önlemek ise, o zaman yasalarımız bazı ağır zararların konu edildiği davalar bakımından yalan söyleme eylemini cezaî yaptırıma tâbi tutma konusunda ihmalkâr davranmayacaktır.

Yalan söyleme eylemine eşlik eden birçok somut yarar bulunsa ve davranışın bütünüyle yasaklanması olası tüm sosyal etkileşimlere büyük oranda zarar verse bile, yalan söylemeye iten çeşitli motivasyonlar arasında belirgin ayrımlar söz konusudur ve hatta daha da önemlisi yalanın sebep olduğu zararların derecelerinin birbirinden farklı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Yelpazenin en uç noktasında, mağdurun uğradığı zararın konu edildiği problemlerli davalar hukukun yasaklayıcı gücünü mazur gösterecek kadar ciddî boyuttadır. Özel şartlarıyla yalan söyleme eyleminin suç olarak düzenlenmesi herhangi bir yasa koyucu için meşakkatli bir mesele olacaktır; ancak bu suçun ortaya çıkabileceği sınırlı koşullar altında, özellikle de başkasının taciz edilmeme noktasındaki menfaatinin çok daha büyük ve tartışmasız hayatî önem taşıdığı durumlarda, sanığın dilediğini söyleme noktasında aktif bir menfaat talep edememesi gerekir.

ULUSLARARASI İLİŞKİLER GÖRÜŞLERDE ULUSLARARASI HUKUKUN KONUSU¹

Yazar: Hüseyin Kerimi FERT²

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Mohammed MAGHAMINIA³

Özet:

Bu makale, uluslararası ilişkiler bağlamındaki görüşlerde uluslararası hukuk konumunu araştırmaktadır. Bu görüşleri dört akımda kümeleştirmek mümkündür. Birinci akım, idealizmdir. Bu görüşe göre, güç ve dayatım çok az sıklıkta uluslararası hukukun gelişmesine ve yaygınlaşmasına neden olmaktadır. 1930'nun son on yıllarında hukuk idealizmin faşist saldırılar ve işlevsizliği nedeniyle gerçekçilik görüşü tarafından bu görüşe öğreti tanımsallığı, zehni ve uyumluluğu açısından önemli eleştiriler yönetilmiştir. İkinci akım, gerçekçiliktir. Gerçekçilik görüşüne göre, uluslararası hukuk güçlü devletlerin menfaatlerinin bir yansımasıdır ve bu hukukun devletlerin önemli davranışlarının anlaşılmasında gereken bir rolü söz konusu değildir. Üçüncü akım, Libralisim akımıdır ki kurumsallığa ve akıllılığa dayalı olarak hukukun devletler davranışına, kurallara, gruplara ve bireylere etkili olduğunu ileri sürmektedir. Dördüncü oluşturuculuk görüşüdür ki kimlikler ve menfaatlerin, özüyle toplumsal bölüklerden ayırt edilmesinin olanaksız olduğunu ve uluslararası hukukun, devletlerin ve toplum bölüklerin yarar ve kişiliklerini yansıttığını ve güçlendirdiğini ileri sürer. Sonuçta, uluslararası ilişkilerdeki her eylemin uluslararası hukukun gelişmesinde ve işlevinde temel işlev üstlendiği ve uluslararası hukuk ile uluslararası ilişkilerin birbiriyle karmaşık ilişkiler içinde olduğu sonucuna varılır.

Anahtar Sözcükler: Uluslararası Hukuk, Uluslararası ilişkiler, Uluslararası siyaset, İdealisim, Gerçekçilik, Liberalisim, Oluşturuculuk

¹ Kaynak:Uluslararası Hukuk Dergisi, Yıl: 32; 52.Sayı, İlbahar- Yaz 1394 Tahran,s. 313- 334: Cayegahe Hukuk-e Binulmelel Der Nazariyehaye Revabete Binulmelel (İmtiyaz sahibi: Cumhurbaşkanlığı Uluslararası Hukuki İşler Merkezi- Bilimsel ve Araştırma Müdürlüğü(ISC veri tabanı) Shapa No: 2251-614X)

² İslami Azad Üniversitesi (Ahvaz Birimi), Sosyal Bilimler Fakültesi Yardımcı Doçent

³ Gümüşhane Üniversitesi,İ.İ.B.F–İşletme Bölümü, Öğretim Üyesi Yardımcı Doçent e-posta m.magami@gumushane.edu.tr

Giriş

Uluslararası hukuk ve uluslararası siyaset araştırmacılarına göre, uluslararası siyasetteki davranış ve eylemler, uluslararası hukuk değişiminin özünü ve temelini oluşturur. Uluslararası hukuk ile uluslararası ilişkilerin karşılıklı ve karışık bağıllığı, kaçınılmaz bir durumdur. Hükümetlerin uluslararası hukuk kurallarının oluşturulması ve uygulanması için siyasi ortamın anlaşılması ve kavranılmasıyla birlikte ayrıca siyasetçilerin dış siyasetin yönetimi için uluslararası hukuk araçları ile yöntemlerinin kullanımını gerektirir. Mutlak adaletin egemen olup her türlü zulüm ve ayrımcılıktan yoksun olan uluslararası toplum bir medine-yi fazile-ye benzetilmez. Nitekim, uluslararası ilişkiler, güç ve siyasetin mutlak egemenliği altında değildir.

Uluslararası siyasetin ana ve kurumsal kavramı, “güç”tür. Oysa hukukta bu kavram özüne ilişkin bir değere sahip değildir. Hukuktaki ana kavram, “adalet” ve onun uygulamasıdır. Hukuk ve siyaset konusunu ikiz olgu şeklinde değerlendirerek ve ilişkilerini tek başına incelemek ve araştırmak, eksik bir yöntem olur. Hukuki düzenlerde hukuk ve siyaset arasındaki ilişki, niteliksel ve süreklidir. Uluslararası düzensel gücün dağıtıcı yapısının yatay biçimdeki hukuki kurallarının uluslararası rakipler arasındaki ilişkilere egemen olması, güç dengesinin bir sonucudur. Oysa, ülkeleğin iç hukuk düzeninde, güç yapısının dikey olması nedeniyle milli iç hukuk düzeni, uluslararası hukuka oranla siyasi değerlendirmelerden daha az etkilenir.

Uluslararası hukuk, barış - kurumlar ve güvenlik uyumları alanında siyaset ile karmaşık iletişim ve ilişkiler içindedir. Uluslararası hukuk, dayatıcı güç kullanımını önlenmek için anlaşmalar ile uyumlara dayalı davranışları benimser ve uluslararası kurallara göre kurumlaşır⁴.

Uluslararası ilişkilerde hukuk egemenliği için öngörülen çabalar, uluslararası düzenin rakipleri arasındaki ilişkilerde var olan anarşi etkileri azaltmaya yöneliktir. Diğer bir deyişle, siyasetteki kaçınılmaz konuların siyasi olmayan kurallarla sınırlandırılmasıdır. Siyasi yöneliş doğrultusunda uluslararası hukuk, uluslararası siyasetin toplumsal yazılımına göre kurulmuştur⁵.

Geçen yirmin yıla disiplinlerarası araştırmacılar (uluslararası hukuk ve uluslararası ilişkiler), uluslararası ilişkilerin hukuki yapılandırmanın sebep ve sonuçlarını anlamak için oldukça büyük çaba göstermişlerdir. Uluslararası hukuk

⁴ Janis Mark, “Peace and Security Norms and Institutions in Historical Context”, ASIL, 102nd Annual Meeting, April 9-12. 2008

⁵ Koskeniemi, Martti (1990), “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 1, no. 4, at: <http://v880.derecho.unam.mx:8083/papime/pdf/4.pdf>.

ile uluslararası ilişkilerin disiplinlerarası alanı çerçevesinde, ticaret, insan hakları ve insancıl hukuk gibi konular incelenebilir. Diğer bir deyimle, Bu iki alan, gerçi 20.yüzyılın sonlarında birbirinden ayrılmışsa da gene henüz birbiriyle karmaşık ilişkiler içindedir⁶.

Genel olarak siyaset ile hukuk arasındaki ilişki, ve özel olarak uluslararası ilişkiler ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki, çeşitli görüşün çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu makalede yanıtlanmaya çalışılan temel soru, uluslararası hukukun çeşitli uluslararası ilişkiler görüşlerinde hangi konuma sahip olduğu ile ilgilidir. Bu konuda makale'nin varsayımı da şu şekildedir: uluslararası hukuk, çeşitli uluslararası ilişkiler görüşlerinde farklı derece ve konuma sahiptir. Bu konum, uluslararası hukuk görüşlerin bazılarında, hukuk, uluslararası küresel konuların çözümünde yan ve işlevsiz bir konuma sahiptir. Diğer bazı görüşler ise uluslararası rakipler arasında işbirliğin, küresel barışın ve güvenin sağlanmasında uluslararası hukukun önemli bir konuma sahip olduğu yöndedir. Bu makalenin amacı, uluslararası ilişkilerin yarar ve uyumlaşma odaklı yaklaşımlarında uluslararası hukukun konumunu belirlemektir. Yirminci yüzyıl boyunca anılan bu dört düşünce akımı, uluslararası hukukun küresel olaylardaki konumu hakkında özel yaklaşım sergilemiştir.

1. İlk Düşünce Akımı: İdealizm (İdealizm görüş öğretilerine dayalı hukuki düzen)

Bu görüş, uluslararası hukuk kitaplarında ve makalelerinde hukuki düşünce çerçevesinde hukukun klasik yaklaşımını, hukuki idealizm yaklaşımı veya ütopyacılık yaklaşımı gibi adlar altında tanınmaktadır. İdealizm ilk düşünce akımı olarak birinci dünya savaşının sonuna dek 1930 yılların sonlarına kadar uluslararası ilişkiler yorumlarına etkin olup aşırı liberalizm bir oluş şekli olarak sayılmaktadır. "idealistler, ahlaki ilkelere ve uluslararası hukukun güçlenmesine odaklaşmakla güvenli bir dünya oluşturmanın çabasında idiler. Onlar demokrat parlamenter ve kanun egemenliği yoluyla uluslararası diplomasinin şekillenebileceği görüşündedirler. Çoğu idealistler, uluslararası alan düzenin iç koşullarının yeniden örgütlenmesi gerektiği görüşündedir. Ütopyacıların yaklaşımında barış, doğal bir durum olmayıp bir oluştur ki bilinçli planlama ile öngörülmesi gerekir. Diğer bir deyişle, bir biçimde barışın yönetilmesi gerekir"⁷.

⁶ Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, eds., *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (New York: Cambridge University Press, 2012).

قوام، عبدالعلى؛ روابط بين الملل؛ نظريه ها و رويكردها، سمت، 1384، ص 68

7

Onyedinci ve onsekizinci yüzyıllarda idealizm görüşün çıkış noktası, “savaşın gerçekleşmesinde ve barışın oluşturulmasında devletin mahiyeti önemli bir konuma sahiptir” varsayımına dayanmaktadır⁸. Buna göre eşit koşullarda liberal devletlerin liberal olmayan devletlere oranla uluslararası hukuka daha bağlı oldukları söylenebilir⁹. İdealistler için hukuki kurallar, uluslararası kuruluşlar ve ahlaki ilkeler, uluslararası ilişkilere ışık tutan ilkeler sayılır. Bununla çok yönlü tedbirlerle hukuki ilişkileri güçlendirerek uluslararası anarşinin etkilerini azaltmak mümkündür .

İdealistlerin yaklaşımına göre, ahlak kuralları, ilkesel kaynak sayılmakla uluslararası ilişkileri gütmektedir. Uluslararası toplumda uğraşın amacı adalete ulaşmak ve hukuk kurallarını eğemen kılmaktır. İnsanoğlu, davranış biçimlendirmesi için gereken öğrenim, ara bulma ve hukuk kurallara uyum yapısına sahiptir. Bu doğrultuda öğretinin ve düzeltmelerin amacı bütün halk için güven ve refah sağlanması olmalıdır. Bu amaçlar, uluslararası ilişkilerdeki hukuki davranışın temeli sayılır. Çok yönlü kuruluşların kurulmasını güçlendirmek, uluslararası savaş ve uyuşmazlıklara neden olan durumları düzeltebilir. Bunlara rağmen, gerçekçilere göre siyasetlere ve uluslararası modern kanunlara biçilen bu idealist felsefi düşünceler uygulanabilirlikten uzak ve gereksizdir. İdealistlere göre, güç unsuruna oranla uluslararası hukuk, ahlak ve uluslararası kuruluşlar uluslararası olaylarda daha etkilidir. Uluslararası düzenin temeli, bilfiil uluslararası sorunlara üstün gelmek üzere uğraşan devletler toplumuna dayanmaktadır. Onlara göre, uluslararası ilişkiler ilkelerinin ahlak temeline göre yapılandırılmalıdır.¹⁰

Bu yaklaşım çerçevesinde küresel düzen ve siyaset, bu gibi güçlerin düzensel deneğe sisteminden kaynaklanmamaktadır. Bunun yerine bu güç düzeni, hakim kuralların dizileri arasındaki bir çok ara katmanlı ilişkilerden yani kanunlardan, uyumluluk davranışlardan, kurumsal kurallardan ve gene uluslararası rejimlerden kaynaklanmış olabilir¹¹.

⁸ Slaughter, Anne-Marie, “International Law in a World of Liberal State”, *European Journal of International Law*, 1995, p. 537.

⁹ Yasuaki Onuma, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, *EJIL* (2003), vol. 14, no. 1, p. 116.

¹⁰ Ademola, Adeleke, “Essentials of International Relations and Diplomacy”, 2014, http://www.nou.edu.ng/noun_oci/pdf/sass/pol_231_essentials_of_international_relations_and_diplomacy.pdf

¹¹ Joyner, Christopher, “International Law Is, as International Relation Theory Does?”, *American Journal of International Law*, vol. 100, no. 1, 2006, p. 257.

ABD cumhurbaşkanı Wilson, hukuki varsayımlara dayalı olan dış siyasetin aracı olarak tanınmış ve birleşik milletler dünyasında barışın oluşturulması beklentisiyle idealizmin temelini atmıştır. Wilson, gerçekten kurucu idealizmi önermekle küresel barış ve huzur için milletler toplumunun oluşumunu amaç edinmiştir. Bu yaklaşım, insan mahiyetinin iyiliğini vurgulamakla şahsi istekler, kanun ve ahlakilik arasındaki uyumlaşmayı izlemiştir. Devletler arasındaki ilişkiler, dayanışma, barış ve uyuma dayanmaktadır. Uluslararası sistem, küresel sorunların çözümünde işbirlikçi eylemle uluslararası oyuncuların bir araya gelmesi biçiminde algılanır.

Wilson, uluslararası hukuk, özellikle birleşmiş milletler, toplumsal güvenlik, demokrasi için küresel güven, milletlerin kendi geleceğini belirleme hakkı, açık diplomasi, açık denizlerde gemicilik özgürlüğü, ekonomi engellerin kaldırılması ve ticari koşulların eşitliği gibi alanlarda barışın sağlanması için gerekli araçların oluşması üzerine durmuştur. O, serbest ticaretin barışın açılım ortamı olduğunu varsaymakla bu olgudan dolayı uluslararası kuruluşları da barışın araçları saymıştır¹².

Hukuki düşünce yaklaşımını savunan düşünürler, uluslararası düzendeki kargaşa ve sorunları inkar etmiyorlar. Bununla kurumsal ve örgütsel çalışmalar öngörmekle bu sorunların çözümü için çalışmaktadırlar. Öngörülen bu çalışmalardan biri, hukukun uluslararası toplumun örf ve adeti olarak sayılmasıdır. Diğer yandan, özgür toplumlar için örf ve adet, sağlanmış demokrasinin uyumlaşmasıdır. Nitekim hukuk, istekli sonuçlar ile gayri resmi ve iradi oluşumlar yoluyla güçlenmekte ve etkili olmaktadır¹³.

İdealistler, silahsızlanma ve uluslararası hukuk alanında küresel işbirliği özendirme için uluslararası kuruluşlar aracılığıyla bazı yöntemler önermektedirler. Bunlar, milli ve yerel bağlılığa dayalı egemen devletlerin varlığına odaklaşmak yerine insanların arasında birliği geliştirmek üzere dayanakların güçlendirilmesine; şiddet ile savaşa karşı küresel kamuoyu düşüncelerini etkileme için sınırlı siyasi toplumsallığın yoluyla varsayılanların olanaklarından yararlanmasına; milliyetçi ekonomiye odaklaşmak yerine uluslararası serbest ticaretin geliştirmesine ve engellerin kaldırılmasına; gizli diplomasi yerine açık anlaşmalardan oluşan askeri istikrara; iki taraflı birleşmelerin kurulması yerine toplu iş birliklere dayalı çok yönlülüğe ve askeri güçlendirmeye gerek vardır¹⁴.

¹² مشيرزاده حمير؛ تحول در نظريه هاي روابط بني الملل، سمت، 1384، ص

¹³ Steinberg Richard, Zasioff Jonathan M, "Power and International Law", *American Journal of International Law*, vol. 100, no. 1, 2006, p. 65.

¹⁴ *Ibid*, p. 69.

İdealistler, insaf ve tarafsızlık yapılar üzerine önemle dururlar. Ayrıca kişilerin, toplumların ve devletlerin birlikte yaşamalarının ancak insaf ve adaletle dayalı olabileceğini hatırlatırlar. Onlar baskı kullanımını ret ederler ve uluslararası toplumda adalet ve insafa önem verirler. İdealizm yaklaşımına göre insaf, anlamı itibariyle toplum amacı güdümünde medeniyetin kabul edilebilir aşamasına gelmiştir. Bununla toplum da birlikte yaşama anlamında, tarafsızlığı gözetmekte, uyumlara saygılı olmakta, uyumsuz ve iki yüzlü davranışlardan çekinmekte kendi rolünü ifa etmektedir. Ahlaki kurallar, bir temel olarak devletler arasında özgür ve tarafsız toplumsal davranışın oluşumu için kullanılmalıdır. Özetle, devlet siyasetçileri, bu davranışları kanunlaştırmak için uluslararası toplumda baskının kullanılmamasına ve adil kanunların öğretilmesine, özendirilmesine ve oluşturulmasına önem verirler. İdealizm yaklaşımı çerçevesinde uluslararası ceza divanı, Yugoslavya ve Rovunda suçlarına bakan mahkemeler, İnsan hakları mahkemeleri gibi mahkemeler ile uluslararası insancıl hukuk ve dünya ticaret örgüt kanunlarının temeli açıklanabilir.

Bu geleneksel hukuki yaklaşıma yönetilen eleştiriler şunlardır:

Geleneksel hukuki yaklaşım, uluslararası hukukun kavramsal çerçevesi olarak uluslararası siyasetin uygulama gerçekleriyle uyuşmamaktadır.

Sunulan araçların işlevsizliği: bu yaklaşımında sunulan araçlar, dünya istikrarını ve demokratik değerleri koruyamamıştır. (Hitler ve Musoluni'nin ortaya çıkması, Almanya ve İtalya'nın Milletlerarası Cemiyetten çıkması ve sonuçta bu cemiyetin çökmesi ile ikinci dünya savaşının başlaması, sunulan araçların işlevsizliğini kanıtlamıştır).

2. İkinci Düşünce Akımı: Hukuki Gerçeklilik (Gerçeklilik öğretilerine dayalı hukuki düzen)

Gerçeklilik görüşü, güç¹⁵, uluslararası hukuk¹⁶ ve devletlerin davranışları¹⁷ arasındaki ilişkinin belirlenmesi çabası içindedir. Bu görüşe göre, güvenlik ve barışın sağlanması için uluslararası hukuka dayanılması ve güvenilmesi, kendi özünde tehlikelidir. Çünkü, uluslararası hukuk, gücün temel gerçeklerini görmezlikten gelir. Barış ve güvenliğe ancak gücün dengeleştirilmesi ile ulaşılabilir. Uluslararası siyasette ana amaç, hukukun devletler davranışına olan etkisini dengelemektir¹⁸.

¹⁵ Power

¹⁶ International Law

¹⁷ Behavior

¹⁸ Raustials, Kal and Slaughter, Anne-Marie, "International Law, International Relations and Compliance", *Handbook of International Relation*, 2002, p. 538.

Gerçeklilik yaklaşımının yanlıları, anarşinin ve gücün uluslararası hukukun ve uluslararası kuruluşların güçsüz oluşumuna yol açtığını ileri sürmektedirler¹⁹. Devletler, uluslararası düzenin ana oyuncularını olarak uluslararası hukuku oluşturlar, uygularlar ve düzenlerler. Devletler, uluslararası hukukunu özel yöntemle belirlemezler. Oysa ki uluslararası hukuk, maddi güç ilişkilerde ve menfaat çerçevesinde oluşturulur. Bunun için uluslararası hukuk, devletlerin davranış nedeni sayılmaz. Ancak bu hukuk, devletlerin davranışlarının bir belirtisidir²⁰.

Gerçekçilere göre uluslararası hukuk, uluslararası ilişkiler tarihinin her döneminde aynı siyasi düzenin güç ilişkilerine bağlı bir tercümanı sayılır. Gerçekçi yaklaşımdaki bilginler ve siyaset yönetenler, uluslararası alandaki hukuk ve siyasetin birbirinden uzak ve her birinin ayrı bir kutup olduğunu varsaymaktadırlar. Onlar, uluslararası hukukunu ideal, ahlaki ve üst yapı özellikleriyle nitelendirir. Gerçekçiler karşısında görselciler (maddiciler) ise, uluslararası alanın alt yapısını, siyaset ve siyasi iş özelliklerine bağlarlar. Bu yaklaşıma göre devletler, sırf kendilerinin milli menfaatlerinin arayışındadırlar; onlar için sadece uluslararası ilişkilerdeki düzen ve kurallar ancak siyasi düzen ve kuralları sayılır. Oysa ki siyaset, güç odaklı çatışmalardan başka bir değildir²¹.

Uluslararası düzeyde, uluslararası hukuk kuralları ancak uluslararası kurallar ile hukuki düzenin dengeleri konumunda ve toplumun üst yapısı görünümünde, uluslararası toplumun alt yapı gelişmelerine dayalı olarak bağlayıcı gücünü devletlerin ortak iradesinden almaktadır. Bununla bağımsız egemenliklerin firelenmemiş gücün yerine düzenin güven ve istikrarının yerleşmesi için dönemin uluslararası hukuk kurallarına ilişkin koşulların, konumların ve durumların gerekliliği doğrultusunda uluslararası ilişkilerin düzenlenmesinin üstesinden gelinmeli ve uluslararası yaşamın yeni gerekliliklerinin ortaya çıkış düzeylerine ulaşılmalıdır. "Devletler, uluslararası hukuku sadece bu nedenle oluştururlar. Bu da, güvenliklerini ve yaşamsal yararlarını sağlamak içindir. Başka türlü bir durumda ondan uzaklaşacaklardır"²².

¹⁹ Mearsheimer, John J., "The False Promise of International Institutions", *International Security*, 1994, vol. 19, no. 3.

²⁰ Slaughter, Anne-Marie, "International Relations, Principal Theories", 2011, Published in: Wolf- rum, R. (Ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2011) www.mpepil.com, https://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/722_IntlRelPrincipaTheories_Slaughter_20110509zG.pdf

²¹ اسلامی، مسعود: «تعامل حقوق و روابط بنی المللی در عصر جهانی شدن». فصلنامه سیاست خارجی، سال چهاردهم، شماره 2، 2000، ص 51
جکسون، رابرت و گنورک سورنسون: در آمدی بر روابط بین الملل، ترجمه: مهدی ذاکریان، احمد تقی زاده، حسن سعیدی کلاهی، چاپ دوم، میزان ۷۰۰۲، ص ۸۰۱

Devletin davranış kaynağı, hukuki düzen ve adalet kavramı değildir. Oysa devletlerin davranışı “ menfaat” ve “güç” kavramı temeline göre oluşur²³. Gerçekçiler açısından uluslararası hukuk, kendi menfaatlerin sağlanması peşinde olan bağımsız devletlerin arasındaki karşılıklı ilişkilerin tercümesidir ve bu konumda var olan bütün güç ve olasılıklardan yararlanmaktadır²⁴. “Gerçekçilik” yaklaşımında kendini gösteren hukuki düzen, egemenlik ve güce sahip devletlere dayalı bir yaklaşımın sonucudur. Buna göre devletlere hakim “düzen”, ulusal ve uluslararası düzeyde devletin menfaatlerini sağlayacak varsayımında olan siyasi kamu düzenidir. Bu düzen kırılığandır ve sürekli savaş dürtüsüyle karşı karşıyadır. Nitekim devletlere düşen temel görev, coğrafi sınırları korumakla millî menfaatleri sağlamaktır. Bu yüksek ve üstün amacın gerçekleşmesi, her eylemi gerekçelendirir ve hiç kayıt ve şarta boyun eğmez. Buna göre devlet, bu amaçlara ulaşmak için geniş yetkilere donanmaktadır.

Profesör Edvard Halt Kar’a göre uluslararası hukuk, içinde bulunduğu siyasi yapının ve bu yapının gözönünde tuttuğu siyasi menfaatlerin dışında anlaşılmaz. Ona göre, bütün kanunların altında olması gereken bir siyasi özgeçmiş yatmaktadır ve kanunu uygulayabilecek üst iktidar da siyasetten beslenmiştir²⁵.

İkinci dünya savaşının sırasındaki büyük yıkımlar ve olağanüstü insanlık dışı vurgunlar sonucunda idealizm modeline karşı birçok eleştiriler yöneltilmiştir. Eleştirenler bu savaşın nedenlerini, dünya ihtilaline kalkışan ve kanun ile ahlak kurallarını tamamen gözardı eden Hitler ve Mosuluni gibi diktatorlara bağlarlar. İdealistler, yalın yüce değerlerin yanlıları olarak, kendi isteklerini başkalarının ihtiyaçlarına üstün tutmak için insanları güçlenme siyasetlerinin ve öznel benciliğinin hırçınlık gerçeğini hafife aldıkları için eleştirilmişlerdir²⁶.

Uluslararası hukuk kuralları, askeri gücü olmadan kağıttan anlaşmalardır, ki bunun gibi korkunç saldırılara engel olamazlar. Bu saldırılar ancak askeri güç ve devletin güç kullanımına ilişkin sağlam kararlarla engellenebilir. Bu eleştirenlerin 1940 yılı sırasında daha ileri gitmesiyle uluslararası ilişkiler alanında “gerçekçilik” adı altında ikinci akım, “idealizm”i oluşturan düşünce örgüleriyle giriştiği rekabet dolayısıyla şekillenir. Gerçekçiler, uluslararası siyasetleri güç kazanım çabaları olarak nitelendirirler. Hükümetler, muhasebecilik yönüyle kendi menfaatinin

²³ Scott, Shirley, “International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics”, *EJIL*, (1994), p. 323.

²⁴ Charney, Jonathan I., “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 87, no. 4, 1993, p. 529.

²⁵ . ملڪمحمدی نوری، حمیدرضا؛ درآمدی بر حقوق بنی الملل، شیراز، 1380 ، ص 166

²⁶ Joyner, *op. cit*, p. 252.

arttırımı için çalışır. Bunun için kişisel, kitlesel ve milli menfaatlerin edinim çabası, siyasetlerin kullanıldığını göstermektedir. Kişisel menfaatlerin arttırımı amacıyla güçlenmek, doğa kanunlarına uyumu gerektirir. Ki bu, en yararlıının kalıcılığını ifade eder. Bir kişinin en değerli makul sermayesi, ne ahlaki kurallardır ve ne iyi amaçlarıdır. Akıllı bir karar alıcı, siyasi oyunda adalet, ahlakiyat ve hukuki kuralları gözetmez. Oysa o, siyasi yararlar ve devletin kalıcılığına olan güvenini en büyük oranda yükseltme uğraşındadır. Bu, devletin gücü, toprak bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığı anlamındadır²⁷. İkinci dünya savaşından sonra bu görüşün egemen olmasıyla hukuki davranış ile uluslararası siyaset en aşağı düzeye inmiştir. Nitekim, iki bilimsel alan dalı olan hukuk ve uluslararası siyaset arasındaki ilişki oldukça güçsüzleşmiştir. Şöyle ki, biri diğerinin uluslararası konuları çerçevesindeki çözümüleme ve onaylama işlevselliğini ve yararlılığını tamamen inkar etmektedir.

Siyaset yapımcılar, kendi uluslararası siyasi menfaatlerinin savunda ve şimdiki dünya olanaklarından daha çok kar edinme uğrunda çalışırlar. Devletler, Hobbesçu bir yaklaşımla birbiriyle siyasi üstünlük için çekişirler. Devletler, güvencesiz ortamda kalıcı olmak için kendi dış siyasetini ihtiyatlı kararlarla yapılandırırırlar. Diğer yandan gerçekçiler, milli menfaatleri bu kapsamda güvenliğin arttırımı, askeri güç ve iktisadi güç olarak tanımlar.

Hukuki uyumlar, siyasi kararların bağlayıcı niteliğindeki kanuni davranış kurallarının yansımasıdır. Hukuki temel ve ölçü, hiç birden bire ve aniden oluşmaz. O ölçünün direk kaynağı, siyasi kararda yatmaktadır. Ancak uluslararası siyasetler ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi, düz bir ardaşlık olarak algılamamak gerek. Hukuki kural, ancak var olduğunda gelşi güzel biçimde kendi siyasi sonuçlarını ve onu içeren siyasi kararları etki altına alır. Hukuki uyumların amacı ve kapsamı, siyasi bakımdan belirlenir. Siyaset ve hukuk arasındaki bu yakın etkilişim, diğerini gözönünde tutmadan diğer birinin incelenmesini eksik kılacaktır. Siyasetin konusu ve yönetim yolları, kanuni biçimde düzenlenir. Bunun için hukuki düzenin siyasi çerçevesini ve siyasi yönetiminin hukuki alanını hesaba katmak gerekir²⁸.

Bu görüş yaklaşımına göre, madam ki uluslararası kuruluşların ve uluslararası hukukun aracılığıyla barış sağlanmıyorsa, güç ve önleme dengeler gibi tedbirlerden yararlanmak gerekir. Çoğu durumlarda güç dengesinin bozulması, uluslararası siyaset alanında savaşın çıkmasına sebep olmaktadır. Buna göre,

²⁷ *Ibid.*, p. 253.

²⁸ . رورنر، لوي «تعامل میان حقوق و سیاست بني المللی». ترجمه: گروه پژوهشی حقوق عمومی و بني الملل، فصلنامه پژوهش های حقوقی، شهر دانش، 1381، سال اول، شماره 1، ص 87

eğer bütün devletler kendi güçlerini en üst düzeye yükseltmeye girişirlerse, istikrar ile birlikte güç dengesi kurulacaktır. Bu koşullar altında akıcı birleşmeler düzeni, bu durumun kolaylaştırıcı etkeni olabilir. Bu temele göre güç olanakların düzeyini yükseltmek için birleşenlerin bulunması ve birleşmenin oluşturulması temel gereklilik ise de birleşenlerin bağıllığını kesin saymamak gerekir²⁹.

Gerçekçi görüşün yaklaşımında, küresel siyasette serilen konuları, keskin siyaset ve aşağı siyaset olarak iki kömeye ayırmak olasıdır. Askeri ve güvenlik konuları, keskin siyaset kömesinde yer alır. Buna göre bu yaklaşımda hukuki kurallar ve uyumların pek bir önemi bulunmamaktadır.

Gerçekçilerin önemli varsayımı, uluslararası ilişkilerin mahiyetine ilişkindir. Gerçekçiler, uluslararası düzenin bir anarşizm olduğunu ileri sürer. Diğer bir deyişle bu düzen, merkezi iktidardan yoksundur. Bu, uluslararası düzenin iç toplumdan ayrıtedici bir yönüdür. Onlar, uluslararası alanda kurallar egemenliğinin bulunmayışı konusundaki kanıları kesinleştirmeden önce, bu düzende iktidarın bulunmayışı konusuna odaklaşırlar. Onlara göre, anarşizm koşullarında devletler arasında zorbalığa yönelme meşru sayılır ve savaş, uluslararası düzenin önemli niteliğini oluşturur. Morgante, uluslararası düzen konusunda anarşizmin sonuçlarının ve buna bağlı olarak savaşın her zaman kaçınılmaz duruma geleceğini ileri sürer. Ona göre, tarih boyunca aynı zamanda uluslararası düzen ve barşın korunması için beş ana yöntem ortaya çıkmıştır. Bu yöntemler, güç dengesi, uluslararası hukuk, uluslararası örgütler, küresel egemenlik ve diplomasiyenin oluşur. O, bunlar arasında güç dengesi ve diplomasiyi en işlevsel araç olarak tanımlamaktadır³⁰.

Gerçekçilik görüşünde ilgi çeken konu, uluslararası hukukun yokluğuna vurgu yapılmayışı ve bunun yerine küresel sorunlarda uluslararası hukukun işlevsizliği üzerine odaklaşmadır. Uluslararası hukukun var oluşundan beri, dört yüzyıl boyunca onun “işlevselliği”, çoğu zaman birçok kuşku ve tereddütlerle karşı karşıya kalmıştır. Kurallardan her biri gözarda edildiğinde çoğu zaman ona karşı uygulamalı bir girişim gerçekleşmemiştir. Eğer böyle bir girişim eylemi gerçekleşmişse de bu girişim her zaman etkili olmamıştır. Buna göre uluslararası hukukun hukuk kurallarının birdüzeni olarak inkaredilmesi, milli hukuk düzenlerinin işlevselliğini özellikle uluslararası alandaki güç çekişmesinin düzenlenmesi ve sınırlandırılması konusunda onu onaylama anlamını taşımamaktadır. Oysa, uluslararası hukuk, aynı hukuki düzen gibi ilkel niteliğindedir. Bu hukuki düzen, aynı Avustralya yerlileri ve Kaliforniya küzeyindeki ilk yerleşenleri gibi bazı ilkel

²⁹ Steinberg, Zasioff, *op. cit.*, p. 72.

³⁰ . مشیرزادہ؛ همان، ص. 10

ve okur yazarı olmayan toplumlara hakim olan kanunlara benzer biçimde işlev görür. Uluslararası hukukun ilkel olmasının nedeni şudur ki bu düzen çok sayılı durumlar dışında tamamen kurumlaşmamıştır (merkizileşmemiştir). Opınham'ın bakış açısından milletler hukuku, ancak bir durumda var olabilir. Bu durum da devletler ailesinin üyeleri arasında bir tür güç dengesinin kurulmasıyla oluşabilir. Eğer güçler birbirini denetlemezse, bütün hukuki kurallar gereken uygulama etkinliğinden yoksun olacaktır. Çünkü bir devlet, aşırı güç edindiğinde doğal olarak kendi güdüsüne göre ve kanununa karşı davranmaya çalışır. Nitekim, egemen devletlerden başka milletler hukuk kurallarını uygulayacak hiç merkezi bir siyasi üst yetkili olmadığından ancak güç denge, devlet ailesinin üyelerinden birisinin istediği davranışta bulunmasına engel olabilir³¹.

Gerçekçiliğin yenilikçi akımı 1980 yılların sonlarında yeni boyutlara ulaşmıştır. Bunlar bazan yapıcı gerçekçiler olarak anılır ve uluslararası düzende çatışma ve savaş nedelerini açıklamaya çalışır. Yenilikçi gerçekçiler, küresel siyasetlerini çatışmalı şekliyle uluslararası sistemde ve kriz koşullarında ayakta kalmak için rekabet edilebilir sayarlar. Bu sistemde uluslararası hukukun, uluslararası örgütlerin ve ahlakıyatın etkisi çok azdır. Gerçekçilerin önemli düşünürlerinden olan Kent Waltiz, uluslararası düzendeki uluslararası işbirliğine, uyumların konumuna, uluslararası hukuk kurallarına, uluslararası kurumlara ve kurumsal birikimlerine karşı kötümserdir. Yenilikçi gerçekçilerin öngörülleri göz önünde tutulduğunda, uluslararası hukuk ve onun işlevselliği, yan değişkenler olarak bir çok siyasi bilim ve uluslararası ilişkiler bilginlerin araştırma alanlarından çıkmıştır.

Waltz ve izleyicilerine göre, hukuki kurallar ve uyumlar, herhangi biçimde bağımsız değişken olarak uluslararası ilişkiler alanının iz süren bir kaynağı olamaz. Yapıcı gerçekçiler, genel, tarife, ticaret (GAT) ve Uluslararası Para Fonu antlaşmalar gibi yapıları sadece üstünlük sağlama ve Rus siyasetine karşı ABD'nin önderliğine yönelik araçlar olarak tanımlarlar. Ayrıca bu araçlara ve benzerlerine her hangi kurumsal bir bağımsız rol konumu tanımazlar. Yapıcı gerçekçiler için ana öneri, uyumluluktan önce nitelendiricilik ve öngörücülüktür. Waltz'in yapıcı görüşü ile gerçek dünyada sonuçların belirlenmesindeki uluslararası düzen yapısının nedensel etkisine yönelik sağlam ve sıkı tutumu, dolaylı olarak ister istemez uyumluluk alanını yani uluslararası hukuk kuralların temel çerçevesini sınırlayacaktır³².

³¹ . مورگنتا، هانس جی؛ سیاست میان ملت ها، تلاش در راه قدرت و صلح، ترجمه: حمیرا مشیرزاده، وزارت امور خارجه، 1374 ص.

³² . ملکمحمدينوري؛ همان، ص. 181.

Özetle bu olgunun temel öğeleri şunlardan oluşmaktadır:

-Uluslararası hukuk, kuralların uyumlu bir bütünü olarak açık ve bilinçli şekilde devletlerce oluşturulur.

-Bu görüşe göre, hukuka olduğu gibi gözönünde tutulmalıdır.

-Devletlerin eylem özgürlüğü kabul edilmelidir.

-Devlet, uluslararası hukukun yapıcısı ve ana oyuncusudur.

Gerçekçilik yaklaşımında, “güç, anahtar unsurdur ve uluslararası siyasetlerle uluslararası hukuk arasındaki ilişkilere ilişkin bütün ilgileri etki altına alır. Bu durumun nedeni, bütün devletlerin arasında güç örgütlemenin (yatay olarak) dağılımı ve yaygınlaşmasıdır. Etkin biçimde bütün devletlerin temel yararlarının sağlanmasına güvence verecek hiçbir kurumsal güç yoktur. Bu durumun sonucu olarak, devletler kendi çıkarlarını korumak için kendi birikim gücüne önem vermelidir. Onlar da bu durumu çeşitli yollar ve farklı amaçlarla değişik etkiler yaratarak hukuk düzeni üzerine çalışabilirler. Ancak onlar en çok olası özgürlüğün kalıcı olması için araçlar ve amaçlar seçiminde ısrarcı davranmalıdırlar. Burada, onların kendi davranışına bir sınır tanımaya eğilimli olmadıkları görünür. Ancak bir durumda siyasi açıdan bu sınırlamalar onlar için kabul edilebilir olmalıdır. Oysa, bu açıdan devletlerin kolaylık ve müsamaha göstermesi olağan üsütü biçimde sınırlıdır. Nitekim, onlar bu tür kayıt ve koşul olasılığını kendi birikim gücününün genişlemesine bir tehdit olarak sayarlar.”³³

3. Üçüncü Düşünce Akımı: Hukuki Liberalizm (Liberalizm Öğretilere Dayalı Hukuki Düzen)

İnsan bireyleri kendi toplumsal gelişme boyunca savaş ve çatışma yerine gittikçe düzene, istikrara ve uluslararası huzura eğilir. Dolayısıyla bunda ortak maddi ve manevi bağlılıklar gereği, kendilerini uluslararası toplumun veya ortak yüce yararlarının paydaşları sayarlar.

Sison’a göre “İnsan, adalete yönelmek ve kötülükten sakınmak için var olmuştur. Bununla doğası ve fıtratı gereği karşılıklı ilişkilerde birbirine yardım etmeleri ve arkadaşlık kurmaları gerekir. Diğer bir deyişle, insanın bencil hesaplaşmaları ile çıkarıcı oluşları konusuna baskın şekilde vurgu yapan Hoppes’in aksine, adamoğllarının davranışında diğer etkin unsurlar da vardır. Gerçekten, halkın çoğu, kendi çağının hukukuna saygı göstermekle görevli olduklarını öngören ilkelere bağlı ve inançlıdır”³⁴.

33 . روزنر؛ همان، 1381، ص.89

34 . جونز، و.ت؛ خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه: علی رامنی، امپریکپی، 1370، ص. 171.

Uluslararası siyaseti hukukla birleştirme çabasında olan uluslararası hukuk öğretsine göre kurumların, hükümetler arası ile özel örgütlerin ve uyumlu yapıların çok önemli konumu söz konusudur. Onlara göre insanların işbirliği, karşılıklı kazanç elde etme amacıyla yapılır. Uluslararası örgütler ve çok yönlü örgütler, karşılıklı işbirliği için oluşur. Yeni liberallere göre devletler, anarşizm koşullarında kendi amaç ve isteklerine ulaşmak için uluslararası hukukun kurallar basamaklarını ve örgütlerini kullanırlar. Gerçi, uluslararası sistem anarşik bir sistemdir. Oyuncuların birbiriyle işbirliği yapma ve ortaklık kurma fırsatı elveriş içindedir. Hükümetler ile devletler, engellerin aşımı için uluslararası yapıları kullanmaktadır. Uluslararası yapılar, çeşitli ve sayılı nesnel alanlarda uluslararası sorunlar ve güçlüklerin çözümünü uluslararası rakiplerin yetkisine bırakırlar ve onlara araçlar sunarlar. Böylece ülkeler arasındaki işbirliğin yöntemleri ve uyumları, küresel hukukun değerleri ve kuralları temelinde kolaylaşır ve gelişir ve hükümetlerin işbirliği ve antlaşma yapma olanakları güçlenir. Girişimci bilim adamları, gerek siyaset ve gerek hukuk alanında rejim'in önemini vurgular. Örneğin, Andro Morosic "insan haklarının rejimi", Anna Hatoy "İşkencenin engelleme rejimi", Piter Has "Ozon tabakanın korunması" yönündeki çabaları için, Jefri Smit "Avrupa Birliğinde, Birleşmiş Milletlerde ve ticaret örgütünde yargı rejimleri" ve Kent Both " Su ve hava değişimlerinin rejimleri ... üzerine önemli vurgular yapmışlardır³⁵.

Bunun için uluslararası hukukta liberalizm bakışlı girişimlerin ilkini "rejimler" kavramının genişletmesi olmuştur. Nitekim 1975 yılında Jon Rogi, uluslararası siyasi edebiyatında yaygınlaştığı zaman, uluslararası rejimleri, "Devletlerin bir bölüğü tarafından kabul edilen karşılıklı beklentiler toplamı, kurallar ve kararlar, ölçütler, örgütsel yetkiler ve mali sorumluluklar" olarak nitelendirir³⁶.

Bir dönemler, uluslararası alanın tekel oyuncuları sadece devletler idi. Ancak, şimdi bu alanda diğer girişimci öğelerin ortaya çıkışını görüyoruz. Bu öğelerin ayrıca uluslararası ilişkilere ilişkin konumu, etkisi ve etkilemeleri, devletlerden az değildir. Örneğin, uluslararası ve bölgesel örgütler, ulusüstü kurumlar, çok uluslu ortaklıklar ile siyasetçiler kurulundaki kişiler büyük oyuncular kapsamında, doğrudan ve dolaylı olarak uluslararası hukuk ve ilişkileri etkisi altında almaktadırlar³⁷.

³⁵ Joyner, *op. cit.*, p. 255.

³⁶ Ruggie, John Gerard, "International Responses to Technology: Concepts and Trends", *International Organization*, no. 29, 1975, pp. 557-84, at p. 570.

³⁷ كاظمی، علی اصغر؛ روابط بني الملل در تئوري و عمل، قومنس، 1384، ص 35.

Devletler, uluslararası ve bölgesel örgütlerle kuruluşları kurmakla küresel sorun ve engeller için istikrarlı olguların oluşturulması çabasıdır ve dolaylı olarak bu rejimlerin aracılığıyla kendi milli yararlarını ve amaçlarını gerçekleştirmek için çalışmaktadırlar. Özet olarak, hukuk öğretisine göre yeni liberalizm görüşü, kurumları, değerleri ve uyumlu ölçütleri benimseyip oluşturmakta ve bölük alanı (sektör) araştırmacılara önem vermekle barış ve küresel güvenliğe oldukça çok yardım etmektedirler. 1907 yılında Lahey barış konferansı, 1947 yılında insancil hukuk rejimlerini, savaş hukukuna ilişkin dördü Cenev protokolunu, dünya genel tarife ve ticaret antlaşmasını(GAT), 1982 yılında denizlerin hukuk rejimini ve 1944 yılında WTO'nun oluşturduğu rejimlerin çerçevesinde incelenebilirler.

Bu görüşe göre uluslararası hukuku, işbirliği kolaylaştırabileceğinden dolayı önemli bir öge sayılır. Diğer bir deyişle uluslararası hukuk, çok yönlü işbirliğin temel iş yönetimini belirler. Bu görüşten esinen şu sonuçları belirtmek mümkündür:

- uluslararası hukuk, güçlü ve güçsüz devletlerin ilişkilerini yönetir.
- uluslararası hukuk, güçlü devletler için yararlı bilgi akışını üretir.
- uluslararası hukuk, meşru uluslararası yargının sonucuna süreklilik kazandırır.
- uluslararası hukuk, güçlü devletlere meşruiyet kazandırır veya onları gayri meşru gösterir.
- uluslararası hukuk, hukuki kurumların aşırılığını ve kusurlarını saydamlaştırır.

Çeşitli toplumlar ve milletler arasında bilgi teknolojinin gelişmesi ve derinleşmesi, çok geniş ilişkilerin oluşmasına ve milletler arasında karşılıklı bağlılığın artmasına neden olur. Diğer yandan küresel düzeydeki bağlılık da genel olarak düşünce birliğini oluşturur. Bugün, insan gereklilikleri daha çeşitlenmiş, detaylanmış ve artısıyla bir devletin milli yetki alanı dışında sağlanabilir hale gelmiştir. Küresel ortak yararlar, uluslararası barış ve güvenlik, insan konum ve onurunu koruma, insanlığın ortak miras ve yaşam çevresini koruma gibi kavramların ortaya çıkmasıyla küresel birlik ruhunun temeli atılmıştır. Bu da yeni bir uluslararası hukuk düzeninin oluşmasını gerektirmektedir.

Yaşamı çevreleyen mantığın, insan "güvenliği" ve "adaleti"ne kurulu ve dayalı olması, "olağanüstü gereksinim" düzenini dayatır. Olağanüstü gereksinim duyulması şu bakımdan ki bu düzenin bulunmaması kargaşanın ortaya çıkmasına neden olacaktır. Dolayısıyla bu da toplumun birlikte aradığı ve insana gerekli olan esenliğini ve doğasını bozacaktır. Bu açıdan gerek küçük veya büyük, gerek

güçlü veya güçsüz, bütün toplumlara akıl ve deneyim yardımıyla düzenel ilkelerin çerçevesi oluşturulmuştur. Bu ilkelerin aracılığıyla toplumun bütün üyeleri birbirine bağlanmıştır³⁸. Hukuk, dayanışmanın ve toplumsal yaşama gerekli olan bu ilkelerden esinen kuralların ve kararların çerçevesinde bir düzen biçimine gelmiştir. Bu düzenin gerekliliği, insan ihtiyaçlarının sağlanması, insan türünün geçerli doğal isteklerinin gerçekleşmesi, kamu güvenliği ile mutluluğun ilerlenmesi ve yükselmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır³⁹.

Liberallerin bakış açısına göre, sırf milli yararları dayanarak düşünsel olarak barışa karşı olmak, uygulamada uluslararası kamu düzeni ile ona egemen hukuki düzenin temellerini sarsmaktadır. Bu gidişte, uluslararası siyasetçilerin kısa süreli çıkarları toplumun uzun süreli yaşam yararlarına üstün tutulmaktadır. Oysa, egemen devletin bağımsızlığı ve özgür davranışı, “istediğini yapsın veya yapabildiğini yapsın” anlamında yanlış bir yorum olup, kaçınan ve kargaşacı bir düzen olarak uygulamada toplumsal ilişkiler hukukunun varlığına veya gerekliliğine ters düşmektedir⁴⁰. Bu nedenle her türlü tek yönlü bir siyasi girişim, uluslararası hukuk düzeninin temel ilkelerini gözarda ederek gerçekte “güç” ve “egemenlik” ölçütü ile anlam bulmaktadır. Ayrıca, ikinci dünya savaşından sonra oluşturulan ilkeler ve değerler, ayrıca “barış ve güvenlik” izinde olan küresel topluma ilişkin ortak değerlerle de çatışmaktadır.

Soğuk savaştan sonraki dönemlerde, devlet ile milletlerin -ki henüz milli menfaatler ve eğilimler uğruna çalışmaktadırlar. Uluslararası ilişkilerin kurumlaşmasına rağmen küresel barış ve güvenliğin korunması ve oluşturulması için kendi güvenlik çıkarları uğruna davuluna çalan girişimcilerle hareket edemez ve ilerleyemez. Bu açıdan, devletler arasında işbirliğe ve uyumluluğa dayanan küresel barış ve güvenin oluşması ve korunması, devletlerin küresel topluluğu çerçevesinde aranmaktadır⁴¹. Bu görüşte, devletlerin milli sınırları ve egemenliğinden kaynaklanan kısır görüşlere yenik gelmeli ve uluslararası toplumun gerekliliklerine uygun yeni bir hukuki düzenin kurulmasına adım atılmalıdır. Diğer yandan, insanlığın ilerlemesine ve gelişmesine yönelik hukukun konumu gereği bu konumun amaçsallığına ve toplum değişimleriyle toplumsal ilişkilerindeki etkinin derinliğine dayalı olmasıdır. Diğer bir deyişle hukukun kendine bağlı toplum değişimlerine ve olaylarına tercüman olmasıdır⁴².

38 . شاو، ملکم؛ حقوق بني الملل، ترجمه: محمد حسني وقار، اطلاعات . 1372 ، ص 9

39 . کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، دانشگاه تهران، 1368 ، ص 18

40 . وينست، اندرو؛ نظريه هاي دولت، ترجمه: حسني بشريه، نسژ ن، 1370 ، ص 177.

41 . Park, Soo Heon, “Global Common Society and International Cooperation”, in Conference on Global Governance in the 21st Century, Seol, (19-20) September, 2000, p. 2.

42 . نجعي اسفاد، مرتضى: “موضوعات حقوق بني المل”. در مجموعه مقالات اولتي سمينار تحول مفاهيم، به

Librerallere göre, ortak kurallar ve kurumlar, devletlerin birbiriyle olan çatışmalarını sınırlamaktadır. Onlara göre, egemenlik sahibi devletler gerçi uluslararası siyasetin ana oyuncularını ise de, uluslararası siyaset ne devletler arasındaki tam çatışmanın ve ne tam yararların eşdeğerlik yansımasıdır. Bütün devletler, aralarındaki ilişkilerde kendilerince oluşturacağı toplumsal kurallar ve kurumlara uymak zorundadır. Bu yelpazede bu somut gerçeğe şu şekilde eğilmek mümkündür. Şöyle ki, uluslararası hukuk, egemen devletler arasındaki ilişkilere egemen kurallar olarak, tarihi bir süreçte onların uluslararası canlılığının varlığını gerektiren ilkeler bütünlüğünü kapsamakla bu bütünlüğe dayanmasıdır. Kendi bütünlüğündeki bu ilkeler, kişisel çıkarlarının güdümünde olan “devletler toplumu”nu, toplu amaç ve yararlarına itmektedir.

Bu görüşe göre, egemenliğin yeni kavramı, dengeli ve yönetsel egemenliği, uluslararası toplumu oluşturan devletlerin gerekli niteliği ve uluslararası hukuk düzeninin temel direği sayan ve aynı zamanda uluslararası yaşamın gerektiği sınırlamalara bağlı koşullu bir kavram olarak daha gerçekçi ve kabul edilebilir olabilir. Bu görüş doğrultusundadır ki uluslararası ilişkilerde devletin dış iktidarı sınırsız sayılmaz. Bu bakımdan devlet, gerek kararıyla gerek gücün özgünlüğüne dayalı siyasetleriyle istediği biçimde diğer devletlerle davranamaz. Egemen devlet söz konusu olduğunda, bundan anlaşılması gerekirse gereksin, bu, devletin bağımsızlığıdır. Diğer bir deyişle, diğer bir devlete bağlı veya dayalı değildir. Ancak herhangi bir şekilde anlaşılması gereken, devletlerin iç ve dış alanda mutlak egemenliğe sahip olduğunu göstermez ve devletlerin ortak kararlarına dayalı ilke ve ölçütlerin üstünde olduğu anlamında değildir. Bu bakımdan gerek ahlaki, dini ve İnsan hakların küresel etkisinden, doğal hukuktan, gerek “özgürlük” ile “eşitlik”in siyasi-felsefi kurumlarından kaynaklanan ilkeler, devletlerin egemenliğini bağlar ve sınırlar. Bunun için küresel ahlak, hiç bir devlete egemenliğini siyasi kavramın gölgesi altında insanlığa karşı hukuk dışı davranma yetkisini vermez⁴³.

Günümüzde çoğunlukla yürürlükte ve etkinlikte olan küreselleşme durumu, nitelikli bir süreç olarak sınırlar arakasında ve millî gerekliliğin ötesinde çalışır. Bu alanda çoğu kararlar, küresel unsurların müdahalesi ile alınır ve insanlar küreselliğe ilişkin bir konum bütünlüğü olarak davranır ve küresel korumanın konusu olan değerleri göz önünde tutar. Onların eğilim ve titizlik gösterdikleri temel konular, sınır ötesi konulardır. Örneğin, çevre, sağlık, insan hakları

اهتمام سيدعلي قادري؛ دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی وزارت امور خارجه، 1370 ، ص 398

43 . آکهرست، مایکل؛ کلیات نوین حقوق بنی الملل، ترجمه: مهاباد داراب پور، جهان معاصر، 1370 ، ص ۸۹۳.

ve buna benzerleri. Bu doğrultuda kamusal niteliği olmayan kuruluşlar ve eylemler, devletlerin iradelerini arkasına alarak küresel sorumlulukla küresel gereksinimlerin karşısında sızma ve etkileme arayışındadırlar. Bu sonuç, bir takım değişimlerin göstergesidir.

Ortaya çıkmakta olan bu olgu, tanımına göre ve bu olgunun doğrultusunda diğer her tarihi dönemlerden fazla, milli nitelikteki kamu ve kamusal olmayan girişimcileri küresel düşünmeye ve yerel çalışmaya çağırılır. Ancak, küresel çalışmaya ulaşmak üzere kendi içinde küresel çalışma yeteneğine de sahiptirler. Şekillenmekte olan yeni uluslararası hukuk düzeni, bu sonucun bir ürünüdür. Ki bu sayımda hukuk düzeni, uluslararası ilişkilerin sacede egemenlik sahibi devletlerin arkasındaki milletlerin ilişkiler ile birlikte bunun ötesinde devlet içi ilişkilerde de devlet ile halk arasındaki ilişkileri araştırır. Ayrıca bu doğrultuda devletten istenen, onun kamusal olmayan kuruluşların denetimine ilişkin girişim sürecinde buyrukların ve yasakların uyulmasında görevli ve yükümlü sayılmasıdır. Oysa tersi durumda coğrafi sınırlar arkasında hukuki ve siyasi şekilde tepki göstermek zorunda olacaktır. Nitekim başka türlü esasen hukuki düzenin varlığından söz edilemez. Her hukuki düzenin varlık gereği, devlet yapı ve temelini korunması bağlamında taahhütler ve yükümlülükler çerçevesinde sınırlamalara boyun eğmektir. Bu doğrultuda, hukuki düzenin kural ve düzenlemelerini kapsayan bir alan çerçevesinin gelişmesi ile genişlemesine yol açacak yeni ortam oluşturulmuştur. Buna karşılık, bu tarihi dönemdeki dayanışma, ortak yarar ve duygular, uluslararası yaşamın inkar edilemez ve kaçınılmaz bir durumu sayılmaktadır. Bunun sonuçlarından biri, "ortak kader"⁴⁴ e inanmaktır. Bununla uluslararası hukuk düzenin temel taşı olarak egemenlik ilkesinin konumu ve durumu belirlenmelidir. Bu gerçeklik, hukuki düzenin gelişimini ve dinamikliğini temellendirir veya yeni hukuki düzenin oluşturulmasını gerektirir. Bu yönde Manfred Lax'a göre "Gerçekten, devletler onurlamanın ve şahlanmanın kaynağıdır."⁴⁴ Oysa ki düzen, titiz bakıldığında kamu düzenin çevresindeki değişimleri ve gelişmeleri yansıtmalıdır⁴⁵. Devletler, kendi egemenliğinin bir bölümünü yeni oyunculara devir etmey kabul etmişlerdir. Diğer bir deyişle günümüzde, devlet tek başına uluslararası toplumun oyuncusu olamaz; artık devlet odalı küresel gücün üstünlüğü söz konusu değildir⁴⁶.

⁴⁴ فرانکل، جوزف؛ روابط بني الملل در جهان متغیر، ترجمه: عبدالرحمن عالم، دفتر مطالعات سیاسی و بني المللی وزارت امورخارجہ، 1369، ص. 24

⁴⁵ . جيمز، روزنا؛ امنیت در جهان آشوب زده، در: ارزیابی انتقادی در زمینه امنیت بني الملل، گردآوری و ترجمه: علی رضا طیب، نشر ق، 1380، ص. 33.

⁴⁶ . لاکس، مانفرد "حقوق بني الملل در سده دوم قرن " 21 ترجمه: امير حسني رنجريان، فصلنامه سياست خارجي، شماره 1 . سال هفتم، 1372، ص. 91.

Devlet, artık mutlak eğemenliğiyle gelimiş teknoloji ve iletişim sistemlere karşı diremne g¼ce sahip değildir. Yeni gerçekleşen konuların ve sorunların hiç biri sınır d¼zeyiyle kısıtlı deđildir⁴⁷. Rozona, yeni sorunlara ek olarak, şu gerçeği g¼ndemde taşımaktadır: halk mikro elektronik devrimin getirisiyle s¼rekli d¼nyanın diğer bocaklarında gerçekleşmekte olan siyasi yetkinlik ve iktidarlık çalkantılardan haberdar olmakla birlikte ister istemez, en istikrarlı toplumlara da kuşkuya ve bağlılığa itmektedir. Bununla bu da h¼k¼met siyasetinin geçerliliğine karşı kuşku duyma temelini oluřturmaktadır⁴⁸.

4. D¼rd¼nc¼ D¼ř¼nce Akımı: Oluřturuculuk⁴⁹ (Oluşturuculuk ¼đretilerine dayalı hukuki d¼zen)

Oluşturuculuk, uluslararası ilişkiler bağlamındaki g¼r¼řlerin d¼rd¼nc¼ akımıdır. Bu g¼r¼ře g¼re “uluslararası hukuk d¼zeni” bir takım kurallar b¼t¼n¼ olarak bu kuralların uyumlaşması, resmi olmasına bağlı geleneklerden ve her bu kuralların kurumsal korunmasından kaynaklanmaktadır. Oluşturulan her takım kurallar ve gelenekler, belirli d¼zenleme çerçevesinde bir “rejim”i şekillendirir. Her rejim bir kurumdur. Devletler, hukuki rejimlerdir. Ayrıca devletlerin kendileri, uluslararası toplumun ¼yeleridir. Bu uluslararası toplum da bir rejim olarak kendine ait şekli ve resmi kuralları vardır. Uluslararası toplum, bir hukuki rejimdir”⁵⁰.

Oluşturucular, uyđar oluşumlar ve k¼lt¼rel etkenlerin devletler kimliğinin ve diğer kişiliklerinin hangi biçimde devlet yarar ve ¼nc¼ değerlerine g¼re şekilleneceği konusunda ¼nerilerde bulunur. Bu ¼neriler, bir t¼rl¼ “ k¼resel bakış” oluşturur ve uluslararası davranış ¼l¼tlerini etkiler. Uluslararası kuruluşlar, silahlanma rejimleri, insan hakları, uluslararası uyumları ve ... gibi uluslararası rejimleri araştıranları bu rejimlerin çıkarlarını ve ayrıca kimliklerini yeniden tanımlamalarına y¼neltir. Bu g¼r¼ře g¼re uluslararası hukuk, değerleri, uyumları ve genel olarak anlamlı ve maddi olmayan unsurları, g¼l¼ biçimde yansıtır ve etkinleştirir. Diğer bir deyimle, oluşturulan kimliğini yansıtır.

Oluşturuculuk, akılıcı g¼r¼řlerin varlık kimliği ve tanımlaması için engel sayılmaktadır. Bu bakımdan yararlar ve kimlikler toplumsal biçimde oluşturulur ve değişim olasılığına sahip olmakla birlikte geri tanımlanabilir. Uluslararası

47 . نجھی اسفاد، مرتضی، “موضوعات حقوق بني الملل”، د ر مجموع ه مقالات : اولئي سمينار تحول مفاهيم، به اهتمام سيد علی قادري؛ دفتر مطالعات سياسي و بين المللي وزارت امور خارجه، 1370 ، ص 297.
48 . روزنا؛ همان، ص 42.

49 Constructivism

50 . مشرژاده؛ همان، ص 348.

hukuk, yasa koyucunun kimliğini ve yararlarını yansıtmaktadır. Oluşturuculuk, siyaset ile toplum biliminin ve uluslararası hukukun edebiyatına sızmıştır⁵¹.

Aşırı oluşturucular, uluslararası hukuk sistemini devlet, egemenlik ve anlaşma gibi yapıcı öğeleri toplum yapıcıları olarak tanımlar. Buna göre, bu öğeler devletin davranışsal olgusunda yansır. Çünkü, hukuk özellikle bir iç zihniyet ortamı içinde bir kanıtlama işlemi olup bu kanıtlama sonuçlarının aracılığıyla devlet beklentilerinin⁵², uyumlarının⁵³ ve değerlerinin⁵⁴ katkısıyla oluşturulan bir yapılandırma. Devletler, uluslararası toplumlaşma yoluyla kendi kimliklerine dayalı kendilerini doğrudan veya yeniden tanımlayabilir.

Kozolovoski⁵⁵ ve Krotçvil'e⁵⁶ göre, uluslararası siyasette araştırmacılar araştırmalarıyla düzeni yeniden üretir veya geliştirir. Her uluslararası düzen yapıları, kendini geri üreten araştırmacıların geleneklerine bağlıdır. Uluslararası düzenin değişimi, araştırmacıların kendi gelenekleri aracılığıyla uluslararası uyumlarını ve davranışlarını değiştirdikleri anda gerçekleşir. Yeniden üretim geleneklerinin iç araştırmaları, bireyler ve gruplardır. Buna göre uluslararası siyasette temel değişimlerin gerçekleşeceği an, iç girişimcilerin güvendikleri ile kimliklerinin değiştiği ve bu yolla onların siyasi geleneklerindeki dayanaklı uyum kurallarında değişimin oluşmasıdır. Bu alanda iki türlü değişim söz konusudur: 1) Kurulan antlaşmalarda ve uluslararası düzenin ölçütlerinde gereken değişikliğin yapılmasından önce yeni kaynaklara başvurulmasıyla, farklı ve dağınık yeni olguların ortaya çıkmasının olanaklı olmasıdır; 2) Toplumsal düzenin dayandığı gelenekler ve antlaşmaların değişmesinin, uluslararası düzenin altyapı değişimlerine neden olabilmesidir. Bu tür değişimde kısmen veya tamamen, değişen düzenin dayandığı uyumlardır⁵⁷.

Oluşturuculuğun amacı, yapı ile yapıcının karşılıklı ilişkisini açıklamaktır. Bu kapsamda yapıcıdan anlaşılması gereken "birey" veya diğer "oyuncular"dır. Nitekim, uluslararası antlaşmalar yapısından güdülen, kanunlar, uluslararası örgütler ve diğer küresel sistemlerdir. Oluşturucuların iki yanlı karşılıklı üzerine durdukları sonuç, yapı ile yapıcıdır. Uluslararası yapı ile yapıcı, karşılıklı olarak birbirini oluşturur.

⁵¹ Joyner, *op. cit.*, p. 256.

⁵² Ideas.

⁵³ Norms

⁵⁴ Values

⁵⁵ Koslowski

⁵⁶ Krotchwill

Oluşturucular, hukuki rejimler olarak gördükleri devletler, geniş boyuttaki faaliyetlerde bulunmaya ve bu kapsamda diğer devletlerle ilişki kurmaya ilişkin temsil yetkisini devlete geçiren bireylerden oluşur. Devletler bir takım kuralları çerçevesinde özel uğraşların sorumluluğunu, bütününde hükümet denen işgüzarlara verir ki işgüzarlık tekelini kendi elinde tutarlar ve bu yöntemle kendini uluslararası topluma egemen üye olarak temellendirir.

Bu görüşe göre hukuk ve siyaset tamamen birbirinden ayrı değildir. Oysa aralarında karışık ve karşılıklı ilişki vardır. Uluslararası ilişkiler, devletlerin güç kazanmak üzere yaptıkları çatışmadır. Bir hükümetten olan düşüncemiz onun siyasi çıkışlarına göre belirlenir. Devletler, yönlendirici ve mantıklı seçeneklerle kendi yararlarının en iyi kuruyucusu sayılmaktadırlar.

Karşılaştırmada uluslararası hukuk, devlet adamını medeni beklentilere ulaşmak veya uyumlu kuralları sağlamak için çaba gösteren bir taşaron olarak göz önünde tutmaktadır. Uluslararası ilişkilerin kapsamı birbirine sarılmış toplumsal faaliyettir. Oyuncular, uluslararası uyumlar, kurallar, örf ve adetlerle dolu toplumsal-siyasi alt yapı temelinde kendi faaliyetine meşruiyet kazandırır. Hukuk ögesi ile siyasi ögenin bileşimi, devletin kendi çıkarlarını elde etmek için bir uğraştır.

Uluslararası hukuk, devletleri aşan üst bir hukuk değil, devletler arasında bir hukuk sayılır. Bu devletlerin değişik siyasi-toplumsal düzeninde ve aralarındaki iktisadi, sanayi ve askeri güçlülüklerinde derin boşluklar bulunmaktadır. Eğer bu farklılıklara yönelik uluslararası toplum üyesi ülkelerinin değişik inançsal siyasi bakışlarını, değişik tarihi deneyim ve geçmişlerini, farklı milli, kültürel, etnik ve mezhebi değerler ile geleneklerini ve değişik coğrafi özelliklerini eklersek, uluslararası hukukun durumu daha karmaşık hale gelecektir. Hukuk, uluslararası siyasetin uyumsal görünüşüdür. Dolayısıyla, devletler hukuku şekillendiren ana kişilikler sayılır⁵⁸.

Uluslararası hukukun, beklentilerini şekillendirecek uyumları, uluslararası örgütlerin hukuki kararlarında ve uluslararası konferansların nihai onaylarında aramak gerekir. "Oluşturucuların bakış açısından uluslararası hukuk, küresel siyasetteki toplumsal yapının yapılandırıcısıdır."⁵⁹. Gerçekten, uluslararası ortamdaki uluslararası uyumlar, devletleri toplumsallaştırma biçimine getirir. Bu

⁵⁸ . ملكمحمدي؛ همان، ص 11.

⁵⁹ Wiener, Antje, "Constructivist Approaches in International Relations Theory: Puzzles and Promises", 2006, at: https://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/sowi/politik/governance/Con-Web_Papers/conweb5-2006.pdf

uyumlar, aynı ortak ve değersel beklentiler olarak araştırmacıların kimliğini şekillendiren, toplu ve nihai amaçları tanımlayan uygun davranış görünümüdür. Nitekim, bu uyumlar devletlerin uluslararası ortamda uygun davranmına ve uyuşmasına neden olmuştur. Bu uyumlar, özellikle uluslararası düzene özgü değildir. Oysa ki, bu uyumların genel özelliği bütün toplumlarda uygulanabilir olmasıdır.

Kamu düzene ilişkin kuralların oluşumunda ve ileri gelişmişinde uyumlar şekillenirken kavramlara ve insanın ahlaki değere dayanır. Ortak vicdan ve insanın yüce ahlakından kaynaklanan ilkeler ve kurallar, uluslararası toplum üyelerinin bireysel zarar ve ziyanlarından yoksundur. Bu ilke ve kurallarda insanın öz değeri ve kamu hukuka olan saygısı göz önünde tutulmuştur. Uluslararası toplum üyesi devletler bu kurallara uymakla yükümlüdür. Ayrıca uluslararası toplumun tamamına bu kuralların uygulamasını üstlenmiş sayılır. Bununla egemen devletin uyumlu yapı ve barışçıl amaçlar ile yerleşen hukuk düzeninin bu yönde yeni kavramların işlevini, doğru şekilde uygulama sınır ve kapsamını belirlemek, uluslararası ilişkilere hukuki çerçevede şekil vermek, güçlendirmek, bütün devletler için oldukça önem taşıyan barış ve güvenliği kollamaktır. Bu da oldukça sırf milli çıkarlarına üstün tutulmaktadır⁶⁰.

Bu konu da tarihi bir süreçte nesnellik biçimine gelen uyumlar, uluslararası toplumun temel dönüşümlerinin altyapısını oluşturup bir yandan devletlerin egemenliğine ağır gölge düşürmekle diğer yandan ahlaki-insani değerlere bağlı ve dayalı bir özel hukuk düzen gerekliliğiyle bu değerleri, devletlerin uluslararası ilişkileri alanına sokma çabasıdır.

Meşruyet kazanımdaki baskın devletler, küresel düzeyde özel nesnel bölümler biçiminde kurallar ve kurumlar düzenler. Bu durum, güç ile hukukun karmaşık ilişkisinin bir görünümüdür. Oysa ki hukuk, gücün kaynağıdır. Devletler, güç ve hukuk ilişkisinde harcanır. Böylece, uluslararası düzenin oluşması için çalışırlar⁶¹.

Oluşturucuların bakış açısında uluslararası kurumlar ve örgütler, ortak yüce ve yetkilendirme anlamların somut görünümüdür ve onların çerçevesinde meşru ve mantıklı davranışların bu anlamlar temelinde açıklanmalı ve yorumlanmalıdır. Bunun için devletlerin davranışını anlamak için yorumcunun

⁶⁰ Steinberg, Zasioff, *op. cit*, p. 83.

⁶¹ Buitendag, Nico, "Power and International Law: Towards an Autopoietic Framework", *The Westminster Law & Theory Centre Online Working Papers*, 1/2014, 2014. Available at: <http://www.westminster.ac.uk/law-and-theory/publications/working-papers>.

hem nelere tavsiye edildiğini ve hem araştırmacılarca yapılan yorumların niteliğini göz önünde tutması gerekir. Bu bakımdan uluslararası kurumların bu uyumları, bu davranışların içinde kullanılan, yorumlanan ve dönüşüme uğranan alanlardır. Öte yandan bu kurumlar, uyumları yayarlar, araştırmalar ise toplumsallaştırırlar. Bununla kurumsal kültür, onların toplam değerlerinin bir parçası haline gelir. Sonuç itibarıyla, uluslararası düzendeki değişim bu kurumlar aracılığıyla gerçekleşir.

Bu yaklaşımla istenen insani uyumlara dayalı uluslararası toplum, ilkelere dayalı olarak devletler topluluğu arasında anlaşılabilir ilkelerden çok, kapsamlı ilkeler üzerine bağlılık gösterirler. Ahlaki açıdan devlet odaklı hukuk düzenine öncelik eden bazı olması gerekenler ile olmaması gerekenler, küresel toplumun ortak amaç ve değerleridir. Oysa, bunlar devletler toplumunun sınırlı amaç ve değerleri değildir. Yeni hukuk düzeni, geleneksel uluslararası varlıkları bir varsayım olarak öngörmektedir. Ancak bu varlıkların işlevlerini yeni gereklilik koşulları çerçevesinde tanımlar ve açıklar. Bu yaklaşım, var olan bu gerçeklerin etkin tarihi ve toplumsal verileri ışığında egemen kamu oyununun etkisiyle iç toplumdaki ahlaki-manevi ve duygusal ilişkilerin oluşumunu izler. Uluslararası düzeyde de, bir tür hukuki düzen, insanlık vicdanından ve gerekli akılcılıktan önemlidir⁶².

Genel olarak hukuki düzenlerin kuralları ve örf ve adetleri gerçeği birbirine benzer olsa da, dört ögesi ön plana çıkmaktadır. Bunlar: 1.Çıkarların korunması 2. gelenekler 3. İtibar 4. Hukuk uyumlarının telafi edilmesinden kaçınmak. Özellikle, bu uyumlar bir tarafın değer ve çıkarlarının gelişmesine yardımcı olması ve diğer tarafın da bu kuralları göz önünde tutarak çıkar beklentisi içinde olmadığı durumda bu hukuki uyumlar, ilişkilerin düzenlenmesi için uygun bir temel sayılır. Anılan bu kuralları, hükümetler arasında alışılan gelenekleri kolaylaştırır ve sonuçta her tarafa yarar sağlar⁶³.

⁶² . كلود آلبر، كلييار؛ سازمان هاي بني المللي، ترجمه و تحقيق: هدايت الله فلسفي، نشر فاخته، 1371 ، ص13.

⁶³ هالسي، كي.جي؛ مباني تحليل سياست بني الملل، ترجمه: بهرام مستقيمي و مسعود طارمسي، چاپ دوم، وزارت امور خارجه، 1376 .

Sonuç

Günümüzde uluslararası ilişkiler ile uluslararası hukuk arasındaki çatlak azalmaktadır. Küreselleşme etkisinin yoğunlaşması ve uluslararası uyuncuların artması ile her iki alan dalı, kavramların ortak anlaşılmasına ve uyumların sağlanmasına eğilmektedir. Bu ki alan dalının arasındaki ilişki, yıllarca araştırmacıların ilgi odağı olmuştur. Bu makalede uluslararası öğreti görüşleri çerçevesinde uluslararası hukukun yeri, inceleme konusu edilmiştir.

İdealistlere göre uluslararası hukuk, devletin güç ve yaptırımından kaynaklamaz ve güç aracı olamaz. Oysa ki, uluslararası hukuk, uyumlar üstünde varsayılır. Öte yandan bu yaklaşım, uluslararası hukukunu güçlendirilmek ve daha çok etkilemek üzere gerekli araçları sunma çabasıdır. Nitekim, meşru hukuki kurumların oluşturulması, uluslararası hukukunu etkileme yollarından biridir.

Hukuki gerçekçiliğin yaklaşımında güç ve dayatma, uluslararası hukuk oluşumunun kaynağıdır. Devletler de uluslararası hukukun sağlayıcısı ve uygulayıcısıdır. Devlet olmadan bu düzenin güçlendirilmesinde ve korunmasında çatışma kaçınılmazdır. Devlet, uluslararası hukukun ana oyuncusudur. Uluslararası hukuk, güçlü devletlerin güç kaynağının sonucu ve çıkarlarının yansıtıcısıdır. Güçlü devletler, uluslararası hukukunu örtülü olarak kendi amaçlarına varmak için kullanır ve uluslararası hukukun devletlerin davranışını açıklamada bir önemi söz konusu değildir. Genel olarak gücü kavramadan uluslararası hukukun anlaşılması olanaksızdır.

Yeni liberalizm 1980 son yılları sürecinde küresel siyasette yeni bir güç olarak, uluslararası hukuk konumun güçlenmesine sebep olmuştur. Bu doğrultuda devletler, uluslararası barış ve güvenlik yararlarını birkaç konuda tamamen kanıtlamış ya insan bireylerinin maddi hukukunu korumuştur. Bu konuda bir koşkuya yol vermeden kendi istek ve iradeleriyle kendilerine özel yükümlülük dayatan antlaşmalara girmişlerdir. Dolayısıyla uluslararası hukukun geleneksel düzeninde devletlerin iç ilişkilerinde vatandaşlara ve ildeşlere mutlak ve dayatıcı egemenliğe ağırlık verilmesiyle milli bağımsızlık ilkesi çerçevesinde “egemenliğe saygı gösterme ve iç işlere karışmama”, kamu düzeninin altyapısı kurulur. Bu durum uluslararası toplum için istenen sonuçları beraberinde getirmemiştir. Çünkü, “gerçekçilik olgusu” çerçevesinde devlet odaklı görüşün dayandığı öğeler gözönünde tutulduğunda kısa süreli ve geçici çıkarlar, toplu ve uzun süreli çıkarlara üstün tutulmaktadır.

Oluşturuculara göre, hukuk ve siyasetin gerçekliği toplumsal bir yapılandırmadır. Uluslararası ilişkiler geleneği, halk eylemi ve uluslararası olaylardan oluşur. Oluşturucular bakımından uluslararası ilişkilerde anarşi eklemi, devletlerin kesin davranışının kanıtı sayılmaz. Oysa ki, devletlerin davranışları devletlerin dış dünyalarına yönelik düşüncelerinden kaynaklanır ve anarşi, devletler tarafından üretilen bir durumdur.

Günümüzde, uluslararası araştırmacılar arasında etkileşim artışını, milletlerin bilinç yükselişini, kamu oyunun devletler eylemlerine olan etkisini, insan haklarına ilişkin devlet dışı kuruluşların çoğaldığını ve bu oluşum durumların küresel boyutlara ve sonuçlara olan etkisini göz önünde tutarsak, devletler girişimlerini özlü siyasi güç ve gözlemlerden uzaklaşıp insan hakları konularına yöneldiğini göreceğiz. En azından görünüşte olsa dahi, devletler kendi eylem ve sözlerini hukuki uyum çerçevesinde güncelleştirmeye çalışır.

Kaynaklar (منابع)

A.Farsça

الف: فارس

1-Kitap

1-کتاب

- آکهرست، مایکل؛ کلیات نوین حقوق بین الملل، ترجمه: مهرا ب داراب پور، جهان معاصر، 1370.
- جونز، و.ت؛ خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه: علی رامین، امیرکبیر، 1370.
- جکسون، رابرت و سورنسون گئورگ؛ درآمدی بر روابط بین الملل، ترجمه: مهدی ذاکریان، احمد تقی زاده، حسن معینی کلاهی، چاپ دوم، میزان، 1385.
- فرانکل، جوزف؛ روابط بین الملل در جهان متغیر، ترجمه: عبدالرحمن عالم، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی وزارت امور خارجه، 1369.
- «ارزیابی انتقادی در زمینه امنیت بین الملل»: «روزنا، جیمز؛ امنیت در جهان آشوب زده، در گردآوری و ترجمه: علیرضا طیب، نشر نی، 1380.
- شاور، ملکم؛ حقوق بین الملل، ترجمه: محمد حسین وقار، اطلاعات، 1372.
- قوام، عبدالعلی؛ روابط بین الملل؛ نظریه ها و رویکردها، سمت، 1384.
- کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، دانشگاه تهران، 1368.
- کاظمی، علی اصغر؛ روابط بین الملل در نظریه و عمل، قومس، 1384.
- کلیبار، کلود آلبر؛ سازمان های بین المللی، ترجمه و تحقیق: هدایت الله فلسفی، فاخته، 1371.

- ملکمحمدی نوری، حمید رضا؛ درآمدی بر حقوق بین الملل، شیراز، 1380
- مورگنتا، هانس جی؛ سیاست میان ملت ها، تلاش در راه قدرت و صلح، ترجمه: حمیرا مشیرزاده، وزارت امور خارجه، 1374
- مشیرزاده، حمیرا؛ تحول در نظریه های روابط بین الملل، سمت، 1384
- وینست، اندرو؛ نظریه های دولت، ترجمه: حسین بشیریه، نشر نی، 1370
- هالستی، کی جی؛ مبانی تحلیل سیاست بین الملل، ترجمه: بهرام مستقیم، مسعود طارم سري، چاپ دوم، وزارت امور خارجه، 1376

2-Makale

2 - مقاله

فصلنامه سیاست، «تعامل حقوق و روابط بین الملل در عصر جهانی شدن»؛ • اسلامی، مسعود 1379، خارجی، سال چهاردهم، شماره 2

ترجمه: گروه پژوهشی حقوق عمومی، «تعامل میان حقوق و سیاست بین المللی»؛ • روزنر، لوی 1381، و بین الملل، فصلنامه پژوهش های حقوقی، شهر دانش، سال اول، شماره 1

ترجمه: امیر حسین رنجبریان، «حقوق بین الملل در سده دهم قرن»؛ • 21؛ • لاکس، مانفرد 1372، فصلنامه سیاست خارجی، سال هفتم، شماره 1

در مجموعه مقالات: اولین سمینار، «موضوعات حقوق بین الملل»؛ • نجفی اسفاد، مرتضی تحول مفاهیم، به اهتمام سید علی قادری، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی وزارت امور خارجه، 1370.

B.İngilizce

ب: انگلیسی

- Ademola, Adeleke, “Essentials of International Relations and Diplomacy”, 2014, http://www.nou.edu.ng/noun_oci/pdf/sass/pol-231-essentials-of-international-relations-and-diplomacy.pdf
- Buitendag, Nico, “Power and International Law: Towards an Autopoietic Framework”, The Westminster Law & Theory Centre Online Working Papers, 1/2014, 2014. At: <http://www.westminster.ac.uk/law-and-theory/publications/working-papers>.
- Charney, Jonathan I., “Universal International Law”, American Journal of International Law, vol. 87, no. 4, 1993, p. 529.
- Park, Soo Heon, “Global Common Society and International Cooperation”, in Conference on Global Governance in the 21century, seol (19-20) September, 2000, p. 2.

- Joyner, Christopher, "International Law Is, as International Relation Theory Does?", *American Journal of International Law*, vol. 100, no. 1, 2006, p. 257.
- Steinberg Richard, Zasioff Jonathan M, "Power and International Law", *American Journal of International Law*, vol. 100, no. 1, 2006, p. 65.
- Koskenniemi, Martti (1990), "The Politics of International Law", *European Journal of International Law*, vol. 1, no. 4, at: <http://v880.derecho.unam.mx:8083/papime/pdf/4.pdf>.
- Mearsheimer, John J., "The False Promise of International Institutions", *International Security*, 1994, vol. 19, no. 3.
- Scott, Shirley, "International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics", *EJIL*, (1994), p. 323.
- Janis Mark, "Peace and Security Norms and Institutions in Historical Context", *ASIL*, 102nd Annual Meeting, April 9-12, 2008.
- Raustials, Kal and Slaughter, Anne-Marie, "International Law, International Relations and Compliance", *Handbook of International Relation*, 2002, p. 538.
- Wiener, Antje, "Constructivist Approaches in International Relations Theory: Puzzles and Promises", 2006.
- Slaughter, Anne-Marie, "International Law in a World of Liberal State", *European Journal of International Law*, 1995, p. 537.
- Slaughter, Anne-Marie, "International Relations, Principal Theories", 2011, Published in: Wolfrum, R. (Ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2011).
- Yasuaki Onuma, "International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society", *EJIL* (2003), vol. 14, no. 1, p. 116.
- Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, eds., *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (New York: Cambridge University Press, 2012).

AVUSTRALYA CEZA HUKUKUNDA ÇOCUĞUN SINİRÖTESİ CİNSEL İSTİSMARI¹

Fiona DAVID*

Çeviren: Arş. Gör. Eylem BAŞ** Arş. Gör. Engin BAYRAKTAROĞLU***

Çocukların cinsel sömürüden korunma hakkı gibi az sayıda konu, küresel bir destek bulmuştur. 34. maddesiyle taraf devletlere çocukların “her türlü cinsel sömürü ve istismardan” korunmasına ilişkin yükümlülük öngören 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi, ikisi hariç dünyadaki tüm ülkelerde imzalanmıştır. Çocuklar cinsel istismarı, çoğunlukla aile bireyleri ya da tanıdıkları herhangi bir kişi vasıtasıyla deneyimlemektedirler. Ayrıca, aile içi cinsel istismarın dışında da, çocukların cinsel hizmetlerine ilişkin uluslararası bir pazarın varlığına dair deliller de bulunmaktadır.

Gelişmiş ülkelerden (Avustralya dâhil) “turistler”in, gelişmekte olan ülkelerde çocukların cinsel hizmetlerine ilişkin arayışları bu olgunun genel yapısıdır. Bu ülkelerdeki çocuklar, fakirlik, toplumsal düzenin bozuk olması, ailenin dağılması, evsizlik ve/veya daha önceki cinsel mağduriyetler gibi nedenler dolayısıyla cinsel sömürüye karşı korunmasız olabilmektedirler. Bu koşullar, çocuklar ile girilen cinsel münasebetin evrensel olarak insan haklarının istismarı olarak kabul edildiği ve birçok ülkede suç olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu makale 1994 tarihli Avustralya Ceza Kanununun Değişikliğine (Çocuk Seksi Turizmi) İlişkin Kanuna ve bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren muhakemesi gerçekleştirilen davalara ilişkin bir inceleme sunmaktadır.

Adam Graycar, Müdür

Günümüzde, dünya çapında 24 ülke “çocuk seksu turizmi”ni ve bağlantılı faaliyetlerini yurtdışında işlenmiş olsalar dahi bir suç olarak öngören düzenlemelere sahiptir (ECPAT (Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürü ile Mücadele Ağı) Şubat/Mart 1999, s. 3). Avustralya “çocuk seksu turizmi”ne ilişkin fiilleri 1994’te suç olarak kabul etmiştir. Bu tarihten itibaren, çok sayıda olay

* Danışman, Başsavcılık

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, ebas@ankara.edu.tr

*** Anadolu Üniversitesi Turizm Fakültesi, Turizm İşletmeciliği Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, enginbayraktaroglu@anadolu.edu.tr

¹ “Fiona David, Child Sex Tourism, Australian Institute of Criminology, Trends & Issues in Crime & Criminal Justice, Haziran 2000, 1-6, Sayı 156” künyesini taşıyan makaleden dergi yayıncısının izni alınarak çevrilmiştir.

mahkemelere taşınmış ve bazı önemli hükümlerle sonuçlanmıştır. Bu makalede beş yıllık süreçteki söz konusu yasa ile ilgili gelişmeler incelenmekte ve yasa ile ilgili deneyimlenen sorunlar ve olumlu sonuçlar ele alınmaktadır.

Mevzuat

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)'ne taraf olan bir devlet olarak Avustralya'nın, çocukların insan haklarına saygı duyulmasına ilişkin özel bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Sözleşmenin 34. maddesi şunu öngörür: Taraf Devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve istismara karşı koruma güvencesi verir. Bu amaçla Taraf Devletler özellikle;

- Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını,
- Çocukların, fuhuş ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurularak sömürülmesini,
- Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemedeki kullanılarak sömürülmesini,

önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili veya çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alır.

Milletler Topluluğu Parlamentosu, Ceza Kanununa yeni bir bölüm olan "Bölüm IIIA-Çocuk Seksi Turizmi"ni ekleyerek, 1994 tarihli Ceza Kanunu değişikliğini (çocuk seksü turizmi) kabul etmiştir. Bölüm IIIA'nın başlığına karşın, bu yasa 16 yaşın altındaki çocuklarla denizaşırı olarak gerçekleştirilen cinsel fiilleri geniş bir ölçüde kapsamaktadır. Temsilciler Meclisi Üyelerinden biri 1994'te, "bu teklifin, suçta daha uygun şekilde adlandırılması (Denizaşırı Çocuk İstismarı gibi) gerektiğine" işaret etmiştir (Hall 1998, s. 95'den alıntı).

Bu yasanın üzerine inşa edildiği felsefe, bir ülkede gerçekleştirilen çocuğun cinsel istismarı ve sömürsünden öncelikle söz konusu ülkenin sorumluluğudur. Ülke dışındaki uygulamaları içeren Avustralya çocuk seksü turizmi suçları gibi kanunlar, ülkelerin bilinen failere yönelik tutum sergileyememesi veya sergilemek istememesi halinde ortaya çıkan boşluğu doldurmayı amaçlamaktadır. Buradaki amaç, çocuk seksü failerinin, kendi ülkelerine dönme imkânı olması nedeniyle, adaletten kolay bir şekilde kaçamamalarıdır.

Bu kanunun uygulanmasına ilişkin yükümlülük için, failin, hakkında isnad edilen suçun işlendiği anda, Avustralya vatandaşı olması ya da Avustralya'da ikamet etmesi; Milletler topluluğu, eyalet ya da bölge yasalarına tabi olan bir

tüzel kişi olması; ya da faaliyetlerini esasen Avustralya’da gerçekleştiren bir tüzel kişi olması gereklidir (Ceza Kanunu, m.50AD). Bu suçların genel itibariyle ticari bir yanının bulunması gerekli değildir. Ancak, bu kanun “çocuk seks turizmi”ne yardım edenleri, bunu örgütleyenleri veya bundan yarar sağlayanları hedeflememektedir.

Özetle, bu kanun şu fiilleri suç olarak öngörmektedir:

- Avustralya dışındayken, 16 yaşından küçük bir çocukla cinsel ilişkiye girmek (Ceza Kanunu, m.50BA).
- Avustralya dışında, bir çocuğu üçüncü bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesine teşvik etmek (Ceza Kanunu, m.50BB).
- Avustralya dışındayken, 16 yaşından küçük bir çocuğun dâhil olduğu ahlaka aykırı davranışlar gibi cinsel davranışlara katılmak (Ceza Kanunu, m.50BC).
- Avustralya’da veya dışında, yarar sağlamak amacıyla veya cesaretlendirerek, böyle bir suçu icra veya ihmal suretiyle işlemek. Örnek olarak, bir kimsenin bu tarz bir suçu işlemesine yardım edecek bir teklif sunulması veya bu suçu işleyebilmesi için Avustralya dışına seyahat etmesine yardımcı olunması verilebilir (Ceza Kanunu, m.50DA ve m.50DB).

Bu suçlar 12 yıldan 17 yıla kadar hapis cezasını gerektirir. Bu suçlara karşı aşağıdaki mazeretlerin ileri sürülmesi mümkündür:

- Failin, cinsel ilişkide veya ahlaka aykırı davranışta bulunduğu anda, çocuğun 16 yaşında veya üzerinde olduğuna inanmış olması (Ceza Kanunu, m.50CA). Bu savunmayı dikkate alan jüri, iddia edilen inancın makul olduğunu göz önünde bulundurabilir (Ceza Kanunu, m.50CD).
- Fail ile çocuğun gerçekte evli olması (Ceza Kanunu, m.50CB).

Düzenleme, tanık şayet Avustralya’da değilse ve tanığın katılımının, aşırı masraflı, zahmetli, tanıkta zarara ya da ızdıraba veya tanığın korkmuş ve sıkıntılı hale gelmesine neden olarak, onun bir tanık olarak güvenilirliğinin önemli ölçüde azalmasına yol açacağı durumlarda, video konferansa başvurulmasına imkân vermektedir (Ceza Kanunu, m.50EA).

Muhakemeye İlişkin Genel Değerlendirme

Yeni bölüm IIIA uyarınca muhakemenin ilk aşaması “çocuk seksü turizmi”nin olağan bir örneğidir. Regina aleyhine Anthony Richard Carr davasında (Hâkim Saunders’in raporlanmamış kararı, Yeni Güney Galler Bölge Mahkemesi, Ceza Yargısı, 26 Nisan 1996) sanık Filipinler’de tatil yaparken, 5 yaşlarında olduğu tahmin edilen bir çocuğun cinsel içerikli videosunu çekmiştir. Sanık, “1914 tarihli Ceza Kanunu Bölüm IIIA (MT²)” ve “Ceza Kanunu (YGG³)” uyarınca çocuklarla cinsel faaliyetlerde bulunma suçlarından birden çok kez suçlanmış ve hüküm giymiştir. Sanık 2 yılı denizaşırı ülkelerdeyken gerçekleştirdiği suçlardan olmak üzere toplamda 7 yıl hüküm giymiştir. Hâkim Saunders, Adalet Bakanı’nın tasarıyla ilgili ikinci sunuş konuşmasındaki şu yorumlarını dikkate almıştır:

Bu yasanın temel amacı, Avustralya vatandaşları ve Avustralya’da ikamet edenler tarafından, çocukların Avustralya dışında cinsel yönden istismar edilmesine karşı gerçek ve güçlü bir caydırıcılığı sağlamaktır. Ne yazık ki, Avustralya vatandaşlarının ve Avustralya’da ikamet edenlerin küçük bir azınlığı, bazı Asya ülkelerinde gerçekleştirilen söz konusu fiillerin başlıca failleri olarak uluslararası çapta kabul edilmektedir. Bunlar, belki de çocukların cinsel istismarına yönelik yasaların Avustralya’da olduğu gibi katı veya tutarlı şekilde uygulanmadığı yabancı ülkelerdeki çocukların savunmasızlığını istismar etmektedirler (tutanak, s.7).

Yargılamalar her zaman gelişmekte olan ülkelerdeki çocuklara karşı işlenen suçları içermemektedir. Bu yasa, denizaşırı işlenen çocukların aile içi cinsel istismarını da açık şekilde kapsamaktadır. Bilinmektedir ki, çocukların cinsel istismarı en çok çocuğun ailesinin içinde veya yakın sosyal çevresinde gerçekleşmektedir. Kraliçe aleyhine Andrew Justin Harman davasında (Hâkim Ross’un raporlanmamış kararı, Melbourne Yerel Mahkemesi, 8 Aralık 1997) sanık açık bir şekilde Birleşik Devletler’de akrabalarıyla kalırken gerçekleştirdiği cinsel suçlardan yargılanmıştır. Sanık, savcılarla işbirliği yapmış, suçlamaları kabul etmiş ve en az 12 ayı infaz edilmek üzere toplamda 2 yıl 6 ay cezai hüküm giymiştir. Çocuk seksü turizmüne ilişkin yasal düzenlemeden önce, masraflı ve karmaşık bir süreç olan bu şartlardaki bir kovuşturma, sanığın Birleşik Devletler’e iadesi gerçekleşmeden mümkün olamazdı.

Bu davalar, çocuk tanıklara veya denizaşırı delillere başvurmaksızın yalnızca Avustralya’da toplanan delillere dayanarak amacına ulaşmıştır. Kraliçe aleyhine

² Milletler Topluluğu

³ Yeni Güney Galler

Jesse Spencer Pearce davasında (Hâkimler Pincus J.A., Shepherdson ve White J.J.'nin raporlanmamış kararı, Queensland Temyiz Mahkemesi, 8 Ağustos 1997), sanık, durumuyla ilgili fotoğrafların varlığı ve kendi ikrarı ile çocuk seksü turizmi hükümleri uyarınca iki suçtan başarılı bir şekilde yargılanmıştır. Bu davada sanık Avustralya'da genç bir erkek çocuğuna cinsel saldırıya teşebbüs etmiştir. Polis, sanığın evini aramış ve sanığın yaşı 11 ila 14 arasında olan Asyalı bir kız çocuğu ile ahlaka aykırı bir fiilde bulunduğuna ilişkin ve Asyalı erkek çocukların cinsel içerikli fotoğraflarını bulmuştur. Sanık, polise kız çocuğu ile olan fotoğrafların Tayland'a son zamanlarda yapılmış bir gezide çekildiğini ve kıza yaklaşık 10 Amerikan Doları ödediğini söylemiştir. Ayrıca Tayland'a gerçekleştirdiği başka bir gezide yaklaşık 5 Amerikan Doları ödediği Asyalı bir erkek çocukla ahlaka aykırı bir fiil gerçekleştirdiğini itiraf etmiştir. Polise, diğer ahlaka aykırı fotoğraflarıysa Tayland'da bir kulüpte satın aldığını ve bunları Avustralya'ya kaçak yollardan soktuğunu söylemiştir. Sanık, Avustralya dışında 16 yaşın altındaki bir kişiyle ahlaka aykırı fiillerde bulunmaktan ve söz konusu fotoğrafları bulundurmaktan dolayı Queensland yasalarına göre birden fazla fiilden suçlanmıştır. Mayıs 1997'de, sanık tüm suçlamaları kabul emiş ve 8 yıla mahkûm edilmiştir.

Pearce davasındaki başarılı yargılamayla, Holloway davasında deneyimlenen, delillerin denizaşırı şekilde araştırılması ve tanıkların Kamboçya'dan Avustralya'ya getirilmesi gerekleri gibi zorlukların karşılaştırılması mümkündür. Holloway'ın Avustralyalı bir diplomat olması, konunun medyanın dikkatini çekmesine neden olmuştur. Avustralya'da herhangi bir delile ulaşılamadığından, muhakemede çocukların yerleri tespit edilmiş ve onlar Kamboçya'dan Avustralya'ya getirilmişlerdir. Muhakemede, ilgili mahkeme salonunda, o dönemde olanaklar imkân vermediğinden video konferans deliline başvurulmamıştır. İlk duruşma sekiz günden fazla sürmüş ve çocuklar müdafî tarafından çapraz sorguya tabi tutulmuşlardır. Çocuklar, özellikle, "cinsel şöhretleri" ve önceki cinsel deneyimleri hakkında çapraz sorguya tutulmuşlardır. Bölüm IIIA'da "cinsel şöhrete" ilişkin sorular ayrıca engellenmediğinden, sorgulamanın söz konusu şekline izin verilmiştir. Sonuç olarak, müşterek hukuk halen çocuk seksü turizmi için geçerlidir ve çocuk mağdurlar önceki cinsel geçmişleri hakkında çapraz sorguya çekilebilmektedirler.

Hâkim, çocuklardan elde edilen delilleri gözden geçirmiş ve bir suçun işlendiğine ilişkin karine olmasına rağmen bu delillerin jürinin sanığı tam anlamıyla suçlu bulmasına yetmeyeceğine karar vermiştir. Çocuklar, daha önce Avustralya Federal Polisine verdikleri beyanlarıyla çelişen deliller sunmuşlar ve daha önceden belirtilmemiş yeni husuları ileri sürmüşlerdir. Dava, delillerin

yetersizliği nedeniyle reddedilmiştir (Muntarbhorn 1998, ss. 21-22 ve ECPAT Avustralya Kasım / Aralık 1998, s. 2).

Muntarbhorn'un (1998, ss. 21-22) belirttiği üzere, adil yargılama açısından tüm sanıkların hakları korunmak zorundadır. Mevcut çelişme ilkesi, tanıkların, güvenilirliğin belirli standartlarını yerine getirmeleri ve sanık ya da onun müdafisi tarafından çapraz sorgunun konusu edilmelerini gerektirir.

Çelişme ilkesi, buna karşın, yargılama sürecinde suç mağdurlarının ve özellikle de cinsel istismara maruz kalanların çoğu için bilindiği üzere travmatiktir. Yetişkinler, yargılama sürecini çoğu zaman karmaşık, yabancılaştırıcı, saldırgan ve kişiliğe zarar verici bulmaktadırlar. Bu durumlar, neyin içinde oldukları ve bunların nedeni hakkında az bir bilgisi olan ya da hiç bilgisi olmayan çocuk tanıklar için daha da geçerlidir. Cinsel istismara uğrayan çocuk tanıklar, bu deneyimi tümüyle yabancı olanların, kendilerine çok az bir destek, mahremiyet veya esneklik sunan bir topluluğun önünde tekrar anlatmaları gerekli olabileceğinden, mahkeme tarafından tekrar mağdur edilmeleri açısından oldukça savunmasızdırlar (bkz. Cook vd. 1999).

Cinsel istismara uğramış olan çocuk tanıkların, karşılığında cezalandırılmayı, yıldırılmayı ve gizlilik arzusunu içeren bir takım sebeplerden dolayı, iddialarını geri çekmelerinin olası olduğunu gösteren husular kayıtlara geçmiştir. Benzer şekilde, cinsel istismara uğrayan çocuk tanıklar, istismar hakkında tutarsız bilgiler verebilirler. Yine, bu tutarsızlığın sebepleri, karmaşık ve çeşitlidir; kafa karışıklığı ya da hafızadaki eksikliklerden kaynaklanabilir (Freckelton 1997, ss. 247-83). Aynı zamanda çocuk tanıklar, hayal gücüne kapılmaya ve mübalağaya yatkın, güvenilmez ve yalancı tanıklar olarak algılanabilirler (İnsan Hakları ve Fırsat Eşitliği Komisyonu (HREOC) ve Avustralya Hukuk Reformu Komisyonu (ALRC) 1997, s. 37).

Açıktır ki, cinsel saldırı davalarındaki çocuk tanıklarla ilgili zorluklar, çocuk seksüel turizmi mevzuatına dayanan muhakemelerle sınırlı değildir. HREOC ve ALRC, bütün bir dava sürecinde, çocukların ihtiyaçları doğrultusunda daha duyarlı olunmasına ilişkin önemli değişikliklerin yapılmasını tavsiye etmiştir. Bunlar:

- Çocuk tanıklarla görüşme yapmak üzere sağlık çalışanlarını da içeren uzman ekiplerin ve polis ve avukatların yanında bulunan danışmanların kullanılması,
- Çocuk tanıkların yararına kullanılacak kapalı televizyon sisteminin ve çocukların mahkemede fiilen bulunmalarını engelleyecek imkânların sunulması,

- Duruşma günleri belirlenirken, mahkemelerin, çocuk tanıkların dâhil olduğu konulara öncelik vermesi,
- Çocukların da yetkinliğe haiz tanıklar olarak kabul edilmesi ve hâkimlerin, jüri tarafından çocuk tanıkların güvenilmez bir tanık sınıfı olduğuna ilişkin itirazları yasaklaması,
- Çocuk tanıkların, yaşlarına uygun bir dilin kullanılması; bir literatürün ve bekleme odalarının sağlanması,
- Mahkemelere, çocukların sorulan soruyu anlayamadığına kanaat getirdikleri veya çocuğun konuşmasının anlaşılmasının güç olduğu durumlarda, bu çocuklar tarafından ileri sürülen delilleri tahlil etmek üzere “çocuk tercümanlarının” kullanılması imkânı verilmesi,
- Çocuk tanıkların, avukatlar tarafından, rahatsız edilmelerini ve sindirilmelerini engellemek üzere gerekli esasların geliştirilmesidir (HREOC ve ALRC 1997, ss. 38-43).

Bu tavsiyelerin birçoğu Batı Avustralya’da yerine getirilmiştir fakat diğer yargılama bölgelerindeyse henüz uygulanmamaktadır. Bu tavsiyelerin uygulanması, çocuk seksü turizmi mevzuatını da içeren tüm ceza muhakemeleri aşamalarında, çocuk tanıklar için dikkate değer faydalar sağlamaktadır.

Çocuk seksü turizmi mevzuatı altında yapılan dördüncü başarılı uygulama ise, mevzuatın sınırlarını test etmiştir. Harry Ernst Rupper (Victoria yerel mahkemesinin raporlanmamış kararı, 19 Ağustos 1998), Gana’da yetişkinlere gönderdiği ve onları çocuklarla cinsel ilişkide bulunmaya teşvik ettiği, bir takım cinsel içerikli mektuplar nedeniyle suçlanmıştır. 55 yaşındaki Rupert, Avustralya dışında 16 yaşından küçük çocuklarla ilişkiyi teşvik ettiği 3 fiilden suçlu bulunmuştur. Bu mektuplar, Gana’lı yetişkinleri, 4 ila 10 yaşları arasındaki kız çocuklarını, yetişkinlerle cinsel münasebete girmek üzere eğitmeye teşvik etmekteydi. Hâkim, Rupert’in iyi hali nedeniyle 500 Amerikan Doları kefalet belirleyerek, 6 aylık hapis cezasını ertelemiştir. Bu, mevzuat kapsamında verilen en hafif cezadır. Hâkim bu hükmünde, “Parlamento’nun, Avustralya’da yaşayan bir kimsenin, bir başka ülkede yaşayan kimseler arasındaki cinsel davranışları teşvik etmeyi yasaklamayı amaçladığına ilişkin şüpheleri” olduğunu belirtmiştir. Bu yorum mevzuatın amacı dışına çıkmış gibi görünmektedir. Adalet Bakanı, tasarı ile ilgili ikinci sunumunda şuna işaret etmiştir:

Tasarı aynı zamanda, çocuk seksü turizmini örgütleyen ve bundan çıkar sağlayan kimselerin fiillerine odaklanmıştır. Avustralya’dan yönetilmesi veya

Avustralya'yla ilişkili bağlantısı olması kaydıyla, bu kişiler, yabancı çocukların istismarına iştirak etmekle suçlandırılabilirler... (vurgulanmıştır, Hall 1998, s. 90'dan alıntı).

Ruppert'le ilgili kararda, sanığın Avustralyalı olmasının, ilişkili bağlantıyı gösterdiği, öne sürülebilir. Bu, onun, çocuklarla cinsel ilişkiye girmek için teşvik ettiği kimselerin Avustralyalı ya da Ganalı olmasıyla ilgili değildir. Her iki durumda da sanık, çocukların denizaşırı cinsel istismarını teşvik etmiştir.

Bu güne kadar, çocuk seks turları organize edenler hakkında başarılı bir muhakeme gerçekleştirilmemiştir. Söz konusu muhakemelerden biri Raymond John Jones (Melbourne Sulh Ceza Mahkemesi'nin raporlanmamış kararı, 11 Mayıs 1998) vakasıdır. Bu vakada sanık, Melbourne'daki bir gazeteye, Filipinlerdeki bir iş için yatırımcılar aradığına ilişkin ilan vermiştir. Tanık, ilanı cevaplamış ve sanığın bahsettiği işe yatırımda bulunma olanağını görüşmüştür. Sanık, tanığa, Filipinli kadın ve çocukların çeşitli çıplaklık derecelerine sahip fotoğraflarından oluşan bir albüm göstermiştir. Sanık, tanığın kadın ve kız çocuklarıyla cinsel ilişki amacıyla buluşmalarını organize edebileceğini söylemiş ve 15 yaşındaki bir kız çocuğuyla nasıl cinsel ilişkide bulunulacağını tarif etmiştir. Tanık, söz konusu hususları polise bildirmiştir. Avustralya Federal Polisi bir soruşturma başlatmış ve sanığı tutuklamıştır. Ama sanık, yeterli delil olmaması nedeniyle serbest bırakılmıştır.

Rupper ve Jones vakaları, çocuk seks turizmi "organizatörlerinin", örgütlü ticari girişimler olmaktan ziyade, kârın ikincil bir güdü olarak yer aldığı ve kendileri ile benzer cinsel ilgi alanlarına sahip diğer kimseleri arayan bireyler olduğunu göstermektedir. Bu, 1995 tarihli Ulusal Suçlar Otoritesi Parlamento Karma Komitesi'nin aşağıda verilen bulgularıyla uyumludur:

Çocuklara yönelik cinsel saldırıların çoğu, tam anlamıyla pedofili kavramıyla nitelendirilemeyen ve örgütlü veya şebekeleşmiş herhangi bir şekilde faaliyet göstermeyen akrabaları veya komşuları tarafından gerçekleştirilmektedir... Organize pedofili gruplarının, büyüklükleri, amaçları, yapıları, yöntemleri, ömrü vb. bakımından, geleneksel anlamda "örgütlü suç" grupları olarak düşünülen yapılarla benzerlik gösterdiğine ilişkin herhangi bir delile rastlanmadığı belirtilmelidir... Avustralyalı pedofililer tarafından, onlara çekici geldiği bilinen denizaşırı destinasyonlara düzenlenen veya tanıtılan mevcut turların bulunduğu ilişkin herhangi bir delil bulunmamaktadır. Ancak, pedofiller arasındaki resmi olmayan bağlantılar, bazı turistlerin denizaşırı ülkelere pedofili suçlarını işlemek üzere gitmesine yardımcı olabilmektedir (Hall 1998, ss. 95-96'dan alıntılanmıştır).

Buna karşın, yakın tarihli Steel davası nispeten doğru bir yargılamadır. Aralık 1998’de, Bruce Clyde Steel, Newcastle’da 6,5 yıldan fazla olmamak üzere cezalandırılmıştır. Steel, Yeni Güney Galler’de ve Hindistan’da 1976’dan 1997’ye kadar 15 kez çocuk istismarında bulunduğunu ikrar etmiştir. Steel, gerçekleştirdiği bu fiillerle ilgili detaylı itirafını yazıya dökmüş ve polise teslim olmuştur.

En güncel olanıysa, sanığın, Avustralya dışında bir çocukla cinsel ilişkiye girmekten ve Avustralya dışındayken 16 yaşın altındaki çocuklar üzerinde ahlaka aykırı fiillerde bulunmaktan suçlandığı Lee (Perth Bölge Mahkemesi, 28 Mayıs 1999) kararıdır. Lee, en az 6 yılı infaz edilmek koşuluyla, 12 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. ECPAT Avustralya’ya göre bu hüküm, dünyanın herhangi bir yerinde, sınırötesi çocuk seksu suçları açısından verilmiş en ağır cezadır (ECPAT Avustralya Mayıs/Haziran 1999, s. 1).

İlk tutuklama, Lee’nin Kamboçya’da, çocuklarla cinsel faaliyetlere girdiği fotoğrafları da göstermek suretiyle, gerçekleştirdiği fiilleri çalışma arkadaşlarına övünerek anlatmasını takiben yapılmıştır. Avustralya Federal Polisi’nin Kamboçya’daki çocukların yerlerini belirlemede başarısız olması nedeniyle, bu fotoğraflar delillerin önemli bir kısmını oluşturmuştur. Fotoğraflarda Lee’nin yüzü görünmemekte ancak parmaklarının ve bacaklarının bir bölümü görünmektedir. Adli tıpçılar bilirkişi görüşü vermek üzere mahkemeye çağırılmış ve fotoğraflardaki parmaklar ile Lee’nin parmakizlerini eşleştirmişlerdir. ECPAT Avustralya, Lee davasının “dikkate değer ve eşsiz” olduğuna işaret etmiştir:

[Bu], çocuk seksu turizmi yargılamasında adli delile dayanan ilk davadır. Bu aynı zamanda, çocuk seksu turizmine dâhil olan Avustralyalıların yargılanması için, otoritelerin yetkilerinin kapsamını göstermektedir... Son olarak bu davanın başarısı, Lee’nin müstehcen fotoğrafları göstermesinin ardından “çalışma arkadaşının” polise gitmesi gibi durumlarda toplum eğitiminin önemini göstermektedir.

Sonuç

Çocuk seksu turizmi mevzuatının, çocuklarla denizaşırı cinsel ilişki kurmaya karar veren Avustralyalılar üzerinde gerçekten caydırıcı bir etkisi olup olmadığı bilinmemektedir. Bunun nedeni, bu bireylerin faaliyetlerinde mevcut yasalardan dolayı daha dikkatli davranmaları olabilir. Buna karşın, çocuk seksu turizmi mevzuatının başarısı, Avustralya hukukunun daha önceden ulaşamadığı çocuklara karşı denizaşırı gerçekleştirilen cinsel suçlara yönelik yapılan bazı başarılı yargılamalar yoluyla gösterilmektedir. Bu mevzuat, beklendiği üzere “kâğıttan kaplan” olmaktan ziyade, Avustralyalılar tarafından işlenmiş denizaşırı suçlar

için bir dizi önemli mahkûmiyetle sonuçlanmıştır. Bu yargılamaları çevreleyen medya ilgisi yalnızca, kamuoyunda, çocuk seksü turizminin Avustralyalı otoriteler tarafından kabul edilmeyeceğine ilişkin bir farkındalığı ortaya çıkartabilmiştir. Özellikle, iki vaka, üçüncü bir kişinin, sanığın suç teşkil eden fiilini öğrenmesini takiben polise şikâyetinde bulunması sonucu dava konusu edilmiştir.

Çocuk seksü turizmi mevzuatı uyarınca muhakemenin gerçekleştirilmesi için uygulamada sınırlamalar bulunmaktadır. Bunlar:

- Tanıkların yerlerinin belirlenmesinde ortaya çıkan maliyetler ve zorluklar ile soruşturma ve kovuşturma sürecinde tercümanların kullanılması gerekliliğini içeren, denizaşırından delillerin toplanmasıyla ilgili güçlükler,
- Özellikle cinsel istismara ve sömürüye maruz kalan çocuk tanıklarla ilgilenme noktasında karşılaşılan güçlüklerdir.

Holloway davası ayrıca, çocuk seksü turizmi muhakemelerinde tanıkların “cinsel şöretleri” ve cinsel geçmişleri hakkında sorgulanabildikleri uygunsuz durumları da göstermektedir. Bu durum Federal mevzuatın, Eyalet ve Bölge mevzuatlarına uygun hale getirilmesine kadar devam edecektir.

Çocuk seksü turizmi mevzuatının başarısının karşısındaki en önemli engelin, cinsel suçların çocuk mağdurlar (veya aileleri) tarafından bildirilme düzeylerinin düşüklüğü olduğu açıktır. Çocukların cinsel suçları bildirmemelerinde, suçun hassas ve zorlayıcı yapısı, fail tarafından yapılan baskı, suçlamaları destekleyecek tanık eksikliği, cezalandırılma korkusu ve mağdurların; bu bildirim kendilerine, ailelerine ve belki de faile yönelik sonuçları hakkındaki korkusunu içeren pek çok neden bulunmaktadır (Gallagher, Hickey ve Ash 1997, s. 3).

Gelişmekte olan ülkelerde, bu faktörler, yoksulluk (cinsel hizmetlerin sunulması yoluyla ekonomik anlamda yaşamını sürdürebilme ihtiyacını içeren), temel altyapı eksikliği ve/veya ceza adaleti sistemindeki şeffaflık eksikliğinden kaynaklanabilmektedir. Bu şartlar altında, çocuk hakları, çocukların korunması ve cinsel ilişki ve cinsellikle ilgili daha geleneksel eğitim stratejilerinin yanı sıra, gelişmekte olan ülkelere ekonomik ve teknik yardımın sağlanması suçların engellenmesi stratejisinin geçerli bir bileşenidir.

Not: Bu makalenin yazılmasından bu yana, Victoria Bölge Makemesi 31 Mayıs 2000’de bir davayı sonuçlandırmıştır. Sanık, Ceza Kanunu (Çocuk Seksi Turizmi) uyarınca 3,5 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.

Teşekkür

Yazar, bu çalışmadaki yardımları için Anna Grant'a teşekkür etmektedir.

KAYNAKÇA

Çocuk Hakları Sözleşmesi, A/RES/44/25.

Cook B., David F. ve Grant A. 1999, "Victim's Needs, Victim's Rights: Policies and Programs for Victims of Crime in Australia", Research and Public Policy Series, sayı 19, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1999.

Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürü ile Mücadele Ağı (ECPAT) Avustralya Kasım/Aralık 1998, ECPAT Australia Bulletin, sayı 50, End Child Prostitution, Pornography and Trafficking, Collingwood.

—Şubat/Mart 1999, ECPAT Australia Bulletin, sayı 51.

—Mayıs/Haziran 1999, ECPAT Australia Bulletin, sayı 52.

Freckelton, I. 1997, "Child Sexual Abuse Accommodation Evidence: The Travails of Counterintuitive Evidence in Australia and New Zealand", Behavioural Sciences and the Law, cilt 15, sayı 3, ss. 247-83.

Gallagher, P., Hickey, J. ve Ash, D. 1997, Child Sexual Assault. An Analysis of Matters Determined in the District Court of New South Wales During 1994, Judicial Commission of New South Wales, Sydney.

Hall C. 1998, "The Legal and Political Dimensions of Sex Tourism: The Case of Australia's Child Sex Tourism Legislation" in Oppermann, M. (ed.), Sex Tourism and Prostitution: Aspects of Leisure, Recreation and Work, Cognisant Communication Corporation, ss. 87- 96.

İnsan Hakları ve Fırsat Eşitliği Komisyonu (HREOC) ve Avustralya Hukuk Reformu Komisyonu (ALRC), A Matter of Priority: Children and the Legal Process, Canberra, 1997.

Muntarhorn V. 1998, Extraterritorial Criminal Laws Against Commercial Child Sexual Exploitation, UNICEF.

Parliamentary Joint Committee of the National Crime Authority 1995, Organised Criminal Paedophile Activity, A Report by the Parliamentary Joint Committee of the National Crime Authority, Parliament of the Commonwealth of Australia, Canberra, 1995.

The Queen ve John Arthur Lee (Hüküm), Transcript of Proceedings at Perth on Friday 28 May 1999 (910 / 1998), District Court of Western Australia.

İlgili Yayınlar

- Cook, B., David, F. ve Grant, A. 1999, "Victims' Needs, Victims' Rights", Research and Public Policy Series, sayı 19, Australian Institute of Criminology, Canberra.
- David, F., Grant, A. ve Grabosky, P.N. 1997, "Child Pornography in the Digital Age", Transnational Organized Crime, cilt 3, sayı 4, ss. 171-88.
- David, F. 2000, "Human Smuggling and Trafficking: an Overview of the Response at the Federal Level", Research and Public Policy Series, sayı 24, Australian Institute of Criminology, Canberra.

HUKUK DİLLERİNİ ANLAMAK: BİR KARŞILAŞTIRMALI HUKUKÇUNUN DİLBİLİMSEL ENDİŞELERİ*

Yazar: Jaakko HUSA**

Çeviren: Arş. Gör. Mehmet ŞEKER***

'Gelin yeryüzüne inip dillerini karıştıralım ki birbirlerini anlamasınlar'.¹

1. Giriş

Hukuk ve dil arasındaki ilişki belirsiz gibi görünmektedir ki; hiç kimse bu ilişkinin önemini yadsıyamaz. Bununla birlikte bu ilişki bariz bir biçimde hukuk alanında çalışan kişilerin ortaya koyduğu çalışmalarda yer almamaktadır. Ancak hukuk ve dilin, batı hukuk kültürü içerisinde derin bir bağla iç içe geçmiş olduğunu ileri sürebiliriz.² Genellikle hukukun olağan uygulaması ve hukuk sisteminin olağan çalışmaları bu ilişkiyi saklamaktadır; öyle ki bu durum özellikle, sadece bir tane hukuk dilinin olduğu sistemlerde kendini göstermektedir. Basitçe söylemek gerekirse, hukuk ve dil öyle derinlemesine birbiri ile ilişkilidir ki bu ikisi arasındaki ilişki bilinçli bir şekilde tasarlanmıştır. Birden fazla resmi hukuk dili olması halinde ise hukuk ile dil arasındaki bağlantı görünür hale gelir. Örneğin; bir hukuk metninin kesin çizgilerle belirlenmiş hukuki içeriğini değiştirmeksizin bir dilden diğerine nasıl çevirebiliriz?

Bu soru, bugünün Avrupası için çok özel bir önem taşımaktadır. Şüphesiz ki hukukçevirisi, Avrupa'da hukukun uyumlaştırılması süreci içinde büyük bir öneme sahiptir. Örneğin; Avrupa Birliği mevzuatının yirmi üç farklı muteber dil çeşidinde

* Makalenin asıl metni için bkz. <http://ssrn.com/abstract=2326910>

** Lapland Üniversitesi (Finlandiya), Hukuk Kültürü ve Hukuk Dilbilimi Profesörü, Maastricht Avrupa Özel Hukuk Enstitüsü'nde davetli akademisyen ve Helsinki Üniversitesi, Karşılaştırmalı Hukuk Bilimi, misafir profesör. Yazar, Profesör Juha Karhu ve Doçent Doktor Petri Kesitalo'ya taslak aşamasında metne yaptıkları öneriler ve nazik eleştirileri için teşekkür etmektedir.

*** Araştırma Görevlisi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD. e-posta: mehmetseker07@hotmail.com

¹ Genesis 11:7 (İncil'den yapılan bu alıntıdaki fikir şudur; büyük tufandan sonra insanlar bir araya gelmişler ve sadece tek bir dili konuşmuşlardır ve fakat insanlar cahillik etmişler ve üstünlük taslamaya çalışmışlardır ve böylece Tanrı onların kafalarını karıştırmaya karar vermiştir.)

² Ancak, yazılı hukukun tek olasılık olmadığının kabul edilmesi önem arz etmektedir. Bu çalışmada ise yerel kabile hukuku, Afrika örf adet hukuku veya Torah'a dayanan şifahi hukuk geleneği dikkate alınmamıştır çünkü odak nokta, AB hukukunun uygulandığı bölgedir. Daha geniş bir tartışma için bkz. D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures* (Dartmouth: Aldershot, 1997).

yorumlanması ve uygulanması sadece, yeterli miktarda dilbilimci-çevirmenlerin kullanılmasıyla uygun bir şekilde karşılanabilecek olan teknik bir zorluğu değil, aynı zamanda - sevsek de sevmesek de - AB gibi çok katmanlı ve dilbilimsel olarak karmaşık bir ortam içinde, uygun hukuki çeviri yapma zorluğunu beraberinde getiren teorik birtakım meseleleri de içinde barındırmaktadır. Günümüz için kesin bir biçimde şu kabul edilebilir: hukukun özgün bir biçimde uyumlu hale getirilmesi; AB mevzuatlarının bir şekilde yeknesak yorumlanması ve uygulaması ile mümkündür. Ancak AB'nin hukuk dili meselesi sadece uyumlaştırma ile ilgili değildir; ayrıca derinlemesine kökleşmiş hukuk kültürünün ulusal değerlerine de dokunmaktadır.³ Böylesi bir durumda hukuk çevirisinin önemli bir role sahip olması kaçınılmazdır. Bu gereklilik şu gözleme dayanmaktadır; eğer AB hukukunun çok dilli⁴ olma özelliği dikkate alınmazsa sistemin doğru bir şekilde ele alınamayacağını kavramak çok önemlidir.⁵ O halde söz konusu durum hukuk çevirisinin önemine vurgu yapmaktadır. Fakat hukuk çevirisi ancak çeviriyi yapan kişinin, kaynak dil(ler) ve hedef dil(ler)in hukuk dilini ve hukuk kültür(lerini)ünü 'anlaması' halinde mümkün olabilmektedir.⁶

Tabii ki çeviride farklı seviyeler veya en azından katmanlar bulunmaktadır. Ayrıca çeviride her zaman derin hukuk-kültür bilgisi de gerekmemektedir. Lakin sorunların, terminoloji veya keskin hukuki yorumları ilgilendirmesi ile ilgili olarak, artması halinde; söz konusu sorunlar daha da derinleşebilir, böylece derin hukuk-kültür bilgisi bazen çok önemli bir hale gelir. Bu çalışmada uyumlaştırılmış AB hukukunun uygulanabilirliği tartışması değil daha ziyade karşılaştırmalı hukuk bakış açısı ile hukuk dilinin anlaşılması konusundaki zorluğa

³ Bunun anlaşılması zor değildir. AB patent mevzusunda görüldüğü gibi, üstünlüğü bulunan bazı hukuk dillerinin var olması korkusu bir gerçektir; birçok kimse, ortak bir dilden ziyade Babil kulesini yeğlemektedir. Sadece üç dilin kullanılmasına dair öneri ciddi feverana sebep olmuştur. Yeni bir Avrupa patent hukukunun sadece tek bir temel Avrupa dilinde (İngilizce, Fransızca veya Almanca) düzenlenmesi, AB'nin gelecekteki dil rejimine ilişkin olarak ciddi eleştirileri ortaya çıkarmıştır. Söz konusu mesele hukuk sözcüsü Juliane Kokott tarafından 1/09 sayılı görüşte (2 Temmuz 2010) vurgulanmıştır. Kokott'ün görüşüne göre, Birliğin merkezileştirilmiş patent mevzuatı AB hukuku ile uyumlu olmayabilir. Önerilen dil sisteminin savunma hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir.

⁴ Çn: Multilingual

⁵ Bu konu hakkında ikna edici yönde bkz. M. Derlen, *Multilingual Interpretation of European Union Law* (The Hague: Kluwer, 2009).

⁶ Radikal hukuk-kültür izafiyesinin altını çizen kişiler tarafından ortaya atılan görüşler burada dikkate alınmamıştır. Bu görüşler, kendi vardıkları sonuçlar bağlamında mantıklı olarak kabul edilirse bir kimsenin yabancı bir hukuku hiçbir şekilde anlamayacağı manasına gelebilir. Hukuk çevirisi için bu, garip bir şekilde kötü bir sonuç ortaya koyar; neredeyse yerine getirmesi imkânsız bir şeydir. Söz konusu radikal görüşler için bkz. örneğin, P. Legrand, *Le droit comparé* (Paris: Presses Universitaires de France, 1999).

değnilmiştir. Özellikle çok dilli çeviri ile kaplı “dil ve hukukun” dilbilime ait karakterine vurgu yapılmıştır. Bu çalışmanın temel savı esasen şudur: hukuk dili içerisinde çeşitli seviyeler veya katmanlar mevcuttur ve dilbilimsel nihai ürünler olarak, mevcut hukuk metinlerinin (kanunlar, yargı kararları, kamu kurumlarının kararları, özel belgeler) yüzeysel katmanından ziyade hukuk dilinin esas katmanı konu ile daha bir ilişkilidir.⁷ Bu ilk bakışta ihtilaflı gibi görünebilir. Ancak hukuk dilini anlamak normalde düşündüğümüzden daha karmaşıktır ancak yabancı bir hukuk dilini anlamak korktuğumuzdan daha kolaydır. Söz konusu meseleler, bu çalışmada, dilbilimsel anlamda hassas olan karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde tartışılmaktadır.

Bir başka deyişle, bu çalışmanın altında yatan teorik temel çıkarım, hukuk dilinin karmaşık bir olgu olduğudur. Bir diğer çıkarım da şudur; farklı hukuk dillerini anlamak, birden fazla dil söz konusu ise hukuk dili kendisini çoğaltmaktadır ve bu da var olan hukuk dili çeşitliliğinin sebep olduğu özel birtakım problemleri barındırmaktadır. Hukuk dili sadece farklı işlevleri barındırmaz aynı zamanda anlayışın çeşitli seviyelerini de barındırır. En azından teknik yüzeysel katman ve daha derin epistemik katmanı birbirinden ayırabiliriz.⁸ Bu iki seviye iki örnekle açıklanabilir; ilki (bölüm 4) ius commune dili ile ilgilidir ve bu hukuki kavrayış açısından hukuki epistemik katmanın önem arz ettiğini ortaya koyma çabasıdır. İkincisi; (bölüm 5) yüzeysel katman açısından anlamanın kolay olduğu ancak hukuki epistemik katman açısından anlamanın zor olduğu hukuk dilinin anlaşılması yönünden ne gibi problemler ile karşılaşabileceğinin altını çizmeye çalışmaktadır. İkinci kısım, İngiliz içtihat hukukunun anlaşılmasına dair bir takım zorlukları ele almaktadır. Son kısımda (bölüm 6) ise yazar, çok dilli bir ortamda hukuk çevirisi ile ilgili olarak birtakım sonuçları ortaya koymuştur. Nasıl çevirmenlere ihtiyaç duyulduğu ve dahası zor durumlarda iyi bir hukuk çevirisinin ne gibi zorluklarla karşı karşıya kalacağına ilişkin sorulara cevap verilmek istenmektedir. Temel sav, zor vaka olarak adlandırılan zor durumlardaki hukuk çevirisi ile ilgilidir ki bu da bir çevirmenin “zor vaka” çevirmeye

⁷ Hukukta çeşitli tipteki metinler için bkz. M. Galdia, *Legal Linguistics* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009), 90–91.

⁸ Epistemik seviye burada hukuk türlerinin bir araya gelmesine işaret etmektedir. Bu türler genellikle hukuk metninin bir hukukçu gibi anlaşılabilmesi için gerekli olan kategorilerdir. Bu tarz genel kategoriler hukuki argümantasyonun kurallarını (bir kimse nasıl yerinde bir iddia ortaya atabilir), hukukun kaynakları hakkındaki doktrinleri (hangi kaynaklar kullanılmalıdır veya kullanılabilir, farklı kaynaklar arasındaki hiyerarşik düzen nasıldır), hukuk sistemi ve genel hukuk kavramlarının sistematik yapısını (örneğin, hak, yükümlülük, yasal ve yasal olmayan gibi) içinde barındırmaktadır. Cf. G. Samuel, ‘Epistemology and Comparative Law’, in *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, ed. M. Van Hoecke (Oxford/Portland: Hart, 2004), 36.

zorlanmasına kadar gün ışığına çıkmayan bir çeviri problemidir. Burada odak noktası sayıca daha az önemli ve fakat hukuki açıdan büyük önem arz eden, olağan bir tercümenin katı bir şekilde uygulanmasının yeterli olmayacağı veya yanlış anlaşılma riski barındıran “zor vaka” üzerinde toplanmaktadır.⁹

Sav, ikinci ve üçüncü dil çevirisi etrafında toplanmaktadır ki bu da farklı bir yabancı dilden kişinin, hukuki ve kültürel temelini oluşturan kendi anadiline yapacağı çeviri açısından özel bir zorluk barındırmamaktadır. Bir karşılaştırmalı hukukçunun endişelerine sebep olan problemler çevirmenlerin, hukuk-kültürü ile bağının olmadığı bir dile çeviri yapmaları halinde ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada genellikle hukuk çevirisinin tartışıldığı durumlarda, diğer meseleleri gölgede bırakma eğiliminde olan terminolojik detaylara yer verilmeyecektir.¹⁰ Teknik ve detaylandırılmış sorulardan kaçınılmaya çalışılmış ve onun yerine hukuk dillerini ve bu dillerin hukuk-kültürü içine yerleşmiş kısımlarını ilgilendiren derin teorik boyutlar gün yüzüne çıkarılmaya çalışılmıştır.¹¹ Hukuki epistemik dil kavramını tartışmadan evvel, öncelikle günümüz AB’sinde yer alan hukuk çevirisi zorluklarının doğasına bir bakalım.

2. AB Hukuku İçinde Çok Dilli Olmanın Zorlukları: ‘Tüm Diğer Dil Çeşitleri’

Çok dilli bir çevredeki hukuk çevirisi, AB’de olduğu gibi, sadece dilbilimsel bir mesele değildir fakat hatalı çevirinin sebep olduğu bariz hukuki sonuçları beraberinde getirebilir. Burada birçok zorlaştırıcı etmen söz konusudur. Birden fazla hukuk dilinin olması halinde hukuk ve dil, birçok farklı yönden iç içe geçmiştir. Bir örnek olarak Avrupa Adalet Divanının (2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması sonrası ‘Avrupa Birliği Adalet Divanı’) vermiş olduğu bir karara bakalım. 2007 yılında Mahkeme, dil versiyonları arasındaki farklılıklar ile alakalı olan bir davada bir ön karar vermiştir¹². Mahkeme’nin ifadesi şu şekildedir:

Her ne kadar söz konusu hükmün Fince versiyonu bahsi geçen işlemin “pro rata” olarak tahsis edilecek sabit giderlere dair gerekliliğe ilişkin bir atıfta bulunmasa da söz konusu husus sonuca bir etki etmemektedir, çünkü yerleşik içtihadı göre topluluk hükümleri, topluluk dillerinde var olan tüm

⁹ Ayrıca bkz. Galdia, *Legal Linguistics*, 210–211 (Dworking’in zorlu meseleler ve olağan meseleler ayrımını hukuk dilbilimi bakış açısından tartışmaktadır).

¹⁰ Cf. M. Galdia, ‘Comparative Law and Legal Translation’. In *The European Legal Forum* 2003: 1 et seq.

¹¹ Daha ayrıntılı bir tartışma için bkz. L.J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*. Tome II (Paris: Librairie Générale du Droit et du Jurisprudence, 1974), 144–150.

¹² 15 Mart 2007 tarihli Mahkeme Kararı (İkinci Divan) – Avrupa Komisyonu’na karşı Finlandiya Cumhuriyeti, Dosya no C-54/05.

versiyonlar ışığında yeknesak bir şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Bu sebeple de Fince versiyon dışındaki diğer dillerde açıkça bahsi geçen işlemin “pro rata” veya orantılı olarak tahsis edilecek sabit giderlere dair gerekliliğe değinmektedir.¹³

‘Dışındaki dil versiyonu’ ifadesini açıklamak, çok dilli hukuk metnlerinin açıkça karşılaştırılmasını gerektirir. Ancak o zaman, diğer sistemlerin açık bir şekilde meseleyi belirttiği ve fakat Fince versiyonun eksik kaldığı tartışmasını yapmak mümkün olacaktır. Bir önceki dava İtalyanca ve diğer dil versiyonları arasındaki farklılıklara ilişkin bir yargıya işaret etmektedir.¹⁴ Bahsi geçen davanın ana paragrafında Mahkeme şu şekilde görüş beyan etmiştir:

Esasen ilk derece Mahkemesi haklı olarak içtihat kararında şuna hükmetmiştir; Birlik hükümleri, diğer birlik dilleri içinde var olan versiyonlar ışığında yeknesak bir şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır... Bu husus aslında madde 85’in İtalyanca versiyonunda, tek başına değerlendirildiğinde, açık ve belirsizliğe yer vermeyecek şekildedir, çünkü tüm diğer dil versiyonları bir alternatif olarak Sözleşme madde 85(1)’de yer alan şartı açıkça ifade etmektedir.¹⁵

Yine “tüm diğer dil versiyonları açık bir şekilde ifade etmektedir” ifadesini açıklamak, çok dilli hukuk metnlerinin hukuk ve dilbilimsel olarak karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Bunlar sadece örneklerdir fakat nelerin tehlike oluşturabileceğini de göstermektedir. AB’nin aşırı çok dilli yapısı bağlamındaki problemi şudur: temelde bir kaynak dilden yirmi iki hedef dile yapılan çevirinin mümkün olduğunca yeknesak olmasıdır. Hiç şüphesiz ki bu durum, makul teorik bir anlayışla dahi ulaşılamaz bir boyuttadır. Açıkça söz konusu durum, hukuk dilinin anlaşılması ve çevrilmesi ile ilgili problemin boyutunu göstermektedir. Bu davalar, AB çerçevesinde hukuk dilinin çevirisinin doğasına ışık tutmaktadır. Böyle bir durum kesinlikle hiç karşı karşıya kalınmamış bir sürpriz değildir. İstikrarlı bir hukuk terminolojisi için gerçek, hukuki bir gereklilik olduğu zaten 1990’larda hukuken gayet iyi bir şekilde anlaşılmıştır.¹⁶

¹³ Paragraf 20.

¹⁴ Köşeli parantez içindeki tüm atf: “özellikle, karşılaştırmalı olarak” Dosya no. C-219/95 P Ferrerie Nord v. Commission [1997] ECR I-4411, paragraf 15’.

¹⁵ Paragraf 15. (Lütfen maddelerin numaralarının değiştiğini göz önünde bulundurunuz)

¹⁶ İçtihat hukukunda bu durum öteden beri anlaşılmaktadır. Bkz. örneğin, “tüm diğer dil versiyonları”ndan birisi hakkındaki içtihat hukuku. Dosya no. 9/79 Marianne Wörfsdorfer, née Koschniske v. Raad van Arbeid, paragraf 5–8 (Hollanda dilindeki diens echtgenote ifadesi ile ilgili olarak – kimin karısı – spouse/aegtefaelle/ehegatte/conjoint/coniuge’den hangilerinin anlamları, diğer dil versiyonlarında her iki cinsiyeti de gizlemektedir).

En temel mesele hem geçmiş hem de günümüz itibarıyla; dilbilimsel ve hukuki olarak AB içinde yer alan farklı hukuk kültürlerinin nasıl bir araya getirileceği ve bununla beraber tutarlılığın nasıl sağlanacağıdır. Problemin kabulü, 1999 tarihli Birlik Taslak Mevzuatı Kalitesi Hakkında Müşterek Prensiplere Dair Kurumlar Arası Anlaşma'da ortaya konulmuştur.¹⁷ Anlaşmanın 5. Bölümünde, “herhangi bir ülke hukuk sistemine özgü kavramlar veya terminoloji, dikkatle kullanılacaktır” ifadesi yer almaktadır.¹⁸ Bir başka deyişle hukuk dilleri doğal dillerin anlamlarını barındırmaktadır, böylece doğal dillerin hukuki türleri kendi hukuk-kültürü çevrelerinden ayrıştırılamayacaktır. O halde şu soruyu sormakta haklılık payı vardır: yirmi üç farklı dilin hepsini aynı anda kullanmaya gerçekten gerek var mı? Tabii ki de yok, çünkü resmi AB dillerinin sayısındaki ani artış, AB mevzuatının dilbilimsel boyutuna bir parça gerçeklik de katmıştır.

1969 yılındaki meşhur Stauder davasında Adalet Divanı, yeknesak yorum yararına “diğerlerinden ayrı bir şekilde bir metnin tek bir versiyonunun göz önünde bulundurulmasının imkânsız” olduğu ve “metnin müellifinin gerçek niyeti” ve daha da önemlisi “özellikle tüm diğer dört dil versiyonları ışığında” yorumlanması gerektiği kanısında idi.¹⁹ Nihai sonucun kabul edilmesi, bizim yirmi üç dil ile aynı anda çalışmamız gerektiği sonucunu ortaya koymaktadır. Ancak Stauder kararı, günümüz için, yorum yapılması gerektiğinde tüm bu yirmi üç dilin kontrol edilmesi görevi, hakimlerin ve devlet yetkililerinin üzerinde ağır bir yük olacağından pratik olarak ulaşılamaz niteliktedir. Yani çok dilli günümüz ortamında daha az dil versiyonlarının karşılaştırılması daha pratik bir olasılık olarak görünmektedir. AB hukukunun zengin çok dilli özelliğinin sonuçlarından birisi, günümüzde “çoğul dillilik”²⁰ konseptinin salt çok dillilik yerine kullanılmasıdır. Çoğul dillilik, çok dilliliğin ötesine geçmektedir ve bireylerin, dilleri kendi kültürel bağlamlarında görmelerine ve böylece de bireylerin, “bu dilleri ve kültürleri keskin bir şekilde ayrıştırılmış zihin bölmelerinde tutmayacaklarına” vurgu yapmaktadır. Bunun yerine bireyler, “dilini tüm anlamının ve deneyiminin katkıda bulunduğu ve dillerin ilişki kurduğu ve etkileştiği bir iletişimsel yeterlilik” inşa etmektedirler.²¹ Devamla bu durum farklı anlayış seviyelerine

¹⁷ Official Journal C 073, 17/03/99.

¹⁸ Manuela Guggeis ve William Robinson (bu bölümde) kültürel ve dilbilimsel olarak tarafsız bir dil bulmaktaki zorluğunu ele almışlardır (örneğin, ‘taksir’ (çn: ‘negligence’) yerine ‘haksız fiil’ (çn: ‘tort’) veya avukat (çn: ‘lawyer’) yerine hukuk danışmanı (çn: ‘solicitor’) veya dava vekili (çn: ‘barrister’)).

¹⁹ 29/69 sayılı 12 Kasım 1969 tarihli Mahkeme Kararı, Erich Stauder’e karşı Ulm şehri (ön karar), paragraf 1.

²⁰ Çn: Plurilingual

²¹ The Common European Framework of Reference for Languages (Cambridge, Cambridge University Press, 2001), 4.

müsaade etmektedir. Ancak hukuk çevirisi için problem, hemen hemen her olayda kaynak ve hedef dillerin geniş bir şekilde anlaşılması gerektiği yönünde varlığını sürdürmektedir. Özünde hukukla bağlantılı bir biçimde hukuk metninin anlaşılmasındaki zorluk, söz konusu ortamı çok dilli veya çoğul dilli bir ortam olarak ifade etsek de ya da etmesek de AB hukuk çevirisinin ayrılmaz bir parçasıdır.²² Özellikle güvenilir hukuk çevirisinin gerektirdiği şey, hukuk dilinin seviyesinin derinlemesine anlaşılmasıdır ki bu da kesin olmamakla birlikte hukuk dilinin hukuki epistemik katmanı olarak adlandırılabilir.

3. Hukuki-Epistemik Dil Hakkında

“Hukuki-epistemik dil” kavramı hakkında genel hatlarıyla da olsa bir tanım yapabilmek adına öncelikle genel olarak hukuk dili hakkında konuşmak gerekir. Çok genel bir bakış açısı ile bakılacak olursa hukuk dili; çeşitli hukuk alanındaki uzman kişilerden oluşan grupların sayısınca birçok alt türe ayrılabilir. Örneğin hukuk alanında yazan kişilerin, idarecilerin, kanun koyucuların, avukatların ve hakimlerin dili olarak ayırabiliriz.²³ Her ne kadar bu alanda problem bolluğu olsa da günümüzde İngilizceyi teknik hukuki ortak dil olarak kabul edebiliriz.²⁴ Barbara Pozzo (mevcut bölüm) İngilizceyi gayet yerinde bir ifadeyle “zorunlu bir tercih” olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla diğerleri ise eski kıta Avrupası ortak hukuk dili olan Latinceyi tercih edebilirler.²⁵ Latince aslen Romalılardan gelmektedir ve fakat bizatihi Romalılardan gelmemektedir daha ziyade evrilmiş Roma Hukuku ve hukuki Latincenin ortaya koyduğu mirastan gelmektedir. Ius commune tarihsel olarak özgün bir Roma hukuku değildir aksine ihtiyar ve orta yaşın biraz üstündeki bilim insanları tarafından Roma hukukunun parçalanmış temelleri üzerine inşa edilen gün yüzüne çıkmamış ve esnek bir yapıya sahip olan bir hukuk sistemidir.²⁶ Ancak şunu akılda tutmak gerekir ki Latince ve ius commune’nün dağınık sistemi esasen tek bir hukuk dili değildir, doğrusunu

²² Şu şekilde formüle edilebilecek yalın bir gerçek üzerine kurulmuştur: “hukukun anlamı, hukuk söyleminin kendi özel çevresine nasıl tepki gösterdiğine bağlıdır” demektir R. Cotterell, ‘Is it so Bad to be Different – Comparative Law and the Appreciation of Diversity’, in *Comparative Law – A Handbook*, ed. E. Özücü & D. Nelken (Oxford/Portland: Hart, 2007), 141.

²³ H.E.S. Mattila, *Comparative Legal Linguistics* (Aldershot: Ashgate, 2006), 4.

²⁴ Özel hukuk ortak-temel hareketinin, ortak-temel hukukun temelinde mahiyeti gereği üst dilbilimsel olduğu varsayılmıştır. Ancak bu yaklaşım sorgulanabilir ve eleştirilebilir; bkz. N. Kasirer, ‘The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles’, *Global Jurist Frontiers* 2 (2002) Iss. 1, Article <<http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol2/iss1/art2>>, 1 Aralık 2010. Problem şudur ki; hukuk üst dili, bir sistem veya sistemlerin doğal dilinden daha fazlasıdır. Ayrıca bkz. Galdia, *Legal Linguistics*, 281.

²⁵ Bkz. supra n. 21, 128–131.

²⁶ Ibid., 125.

söylemek gerekirse mevcut bir hukuk sistemi hiç değildir, aksine Latince ifade edilen hukuki görüşlerin genel kavramsal bir sistemidir. Ayrıca saklı kalmış olası bir üst dilbilim kavramsal çerçevesi kapsamında en önemli parça; hukuki dil bilgisidir.²⁷ Burada dilin hukuki-epistemik katmanı ile ifade edilen şey şudur: bu terim, kavramları, doktrinleri ve kurumları hukuki olarak akla yatkın bir sıra içinde ortaya koymaktadır.

Devamla, dil ve hukuktan bahsettiğimizde, özgün dilin bir türü olan bu dil ile neyin kastedildiği hususuna açık ve ayırıcı olacak şekilde büyük bir özen göstermemiz gerekmektedir. Basitçe belirtmek gerekirse dil kavramı birçok anlama gelebilir. Eğer bir kimse yeni bir ortak hukuk dilinin oluşturulmasının imkânsız olduğunu söyleyen bir görüşü kabul edecekse, aynı zamanda Avrupalı kanun koyucular ve hakimlerin, bir kelimenin derin manası yönünden aynı dili paylaşabileceklerini beklemenin gerçekçi olmadığını da kabul etmeleri gerekir.²⁸ Ortak bir hukuk dilinin uygulanabilirliği meselesine, dili, mutlak bir hukuk dili olacak şekilde, örneğin hukuk Fransızcası ve hukuk Dancası gibi, oldukça teknik bir bakış açısı ile anlamak çekici gelebilir. Her ne kadar doğru olsa da hukuk dilinin epistemik katmanı göz önünde bulundurulmak isteniyorsa daha fazla şeye ihtiyaç duyulmaktadır.²⁹

Sonuç olarak hukuk dili birçok farklı yönden anlaşılabilir. Genel bir bakış açısı ile bunları özel amaçlı dil, doğal dilin işlevsel bir türü olarak kabul edebiliriz ve bu tür, biçimsel, sözdizimsel, anlamsal ve faydasal yönleri ile ilgili belirli özellikleri barındırmaktadır.³⁰ Ancak bu çalışmada yer alan tartışma açısından daha dinamik bir tanım uygun olacaktır. Dinamik bakış açısına göre hukuk dilinin, çeşitli hukuk aktörleri arasında hukuki söyleme müsaade eden bir “iletişim biçimi” olduğu da vurgulanmaktadır.³¹ Aşağıda, “hukuki epistemik dil” kavramı hakkında daha sağlam bir içerik vermek amacıyla *ius commune* ve hukuk Latincesinin tarihsel dilbilim bölümü irdelenecektir.

²⁷ M. Bellomo, *The Common Legal Past of Europe: 1000–1800* (Washington DC: The Catholic University America Press, 1995), 184.

²⁸ E. Özüçü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), 201.

²⁹ Bu, “sanatın dili” gibi bir ifade ile karşılaştırılabilir.

³⁰ Bkz. *supra* n. 21, 3–4 and 11–12.

³¹ Bkz. A. L. Kjær, ‘A Common Legal Language in Europe’, in *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, ed. M. Van Hoecke (Oxford/Portland: Hart, 2004), 387–388.

4. Hukuk Dilinin Epistemik Katmanı: *Ius Commune*'ü Anlama Örneği

Orta Çağlarda temel hukuk ayırımına göre hukukun oluşturulduğu yöntem, iki ana gruba ayrılmıştı: yerel ve ulus ötesi. *Ius proprium* kavramı, *ius commune*'ne karşılık gelen farklı yerel hukukları (çoğul olarak *iura propria*) tanımlanmaktadır. *Ius proprium*, genellikle bölgesel olmayan *ius commune* öncesi mahkemelerde uygulanan özel veya bölgesel bir hukuk olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda *iura propria*, resmi olarak *ius commune*'den daha güçlü bir konuma sahipti. Ancak uygulamada *ius commune*, *ius proprium* ile ilişkisi bağlamında epistemolojik olarak kesin bir üstünlüğe sahipti. Bunun sebebi ise *ius commune*'ün sadece mevcut bir hukuk sistemi olmaması ve farklı boyutlara sahip olmasıdır.³² Bu boyutların, ideolojik ve kültürel inançlar ile bir ilgisi bulunmaktadır ki bu inançlar da karşılık olarak farklı idealize edilmiş değerler tarafından etkilenmiştir. Derin hukuk kültürü algısı içinde *ius commune*, sadece tamamlayıcı bir hukuk değildir, çünkü *ius commune* hukuki mantığı, hukuki kavramları ve hukuk terminolojisi ile hukuki muhakemenin farklı yöntemlerini yaymaktadır. Bu sebeple bizler, bu hususta “hukuk hakkında Romalı düşünüş biçimi”nden bahsedebiliriz.³³

Kısacası müşterek epistemolojiyi barındıran bölgesel olmayan bir *ortak dil* (*lingua franca*) vardır buna derseniz hukuk dil bilgisi de diyebilirsiniz. Bir yönüyle *ius commune*, hakimler ve hukukçular için varlık biçimi olan; iç içe geçmiş (hukuk-kültür) dil(inin bir) etmeni olarak tanımlanabilir.³⁴ *Ius commune*'ün, hukuki bir varlık biçimi olarak işleyebilme ihtimalinin arkasında yatan önemli dilbilimsel bir unsur vardır. Muhakkak ki bu; hukuk alanı içinde yer alan uzmanlar arasında kültürel birliğin bir çeşidini ortaya koymaya yardımcı olan, Latincenin dilbilimsel temeli olan, bir dildir.³⁵ Fakat burada kilit unsur, Latincenin kendisi değil, adeta “hukuk dil bilgisinin dilbilimsel taşıyıcısı” olmasıdır. Burada mühim bir hukuk dilbilim boyutu söz konusudur: *ius commune*'ün, ortak bir (hukuki epistemik) dilin ürünü olmasıdır. M. Bellomo'nun ifade ettiği gibi, dil önemli bir faktördü ve hala da öyledir:

Ne kadar ulusal veya bölgesel dil var ise o kadar yerel hukuk (*iura propria*) söz konusudur. Ayrıca ulusal diller Latin dilini tanımakla kalmamış ayrıca onu

³² Birçok yönden İngiliz müşterek hukukunun tarihi ile karşılaştırılabilir, dahası Avrupa'da herhangi bir yerde ilişkisel, bölgesel olmayan hukuklar söz konusudur. Bkz. H. P. Glenn, 'Transnational Common Laws', in *Fordham International Law Journal* 29 (2006): 462–464 (aynı bölge içinde hukukun çeşitli kaynakları uygulanabilmekte idi).

³³ P. Legrand, 'Structuring European Community Law: How Tacit Knowledge Matters', in *Hastings International and Comparative Law Review* 21 (1998): 873.

³⁴ Bkz. supra n. 25, at 78–90.

³⁵ *Ibid.*, at 116.

kabul etmişler ve birbiri içine geçmişlerdir. Böylece çeşitli *iura propria*, Latin dil ailesindeki dillerin Latince'den ayrıldığı gibi, derinden birbirinden uzaklaşma olasılığı bulunan *ius commune* ile iç içe geçmiştir.³⁶

Bu görüş bağlamında Bellomo gibi düşünürsek, *ius commune*'ün “bir dilin kullanımı bağlamında temel bir ortak usulü” ve ayrıca “ortak hukuki kavramları, doktrinleri ve kurumları” kapsadığını farz edebiliriz.³⁷ Bu hukuki epistemik mantık kapsamında Latince, sadece teknik bir hukuk dili değildir aynı zamanda, kesinlikle günümüz Avrupa İngilizcesinde yer almayan, iç içe geçmiş hukuk dil bilgisini de içermektedir.³⁸ Bu bakış açısıyla Latince ve İngilizceyi hukuki olarak karşılaştırılabilir diller olarak kabul edemeyebiliriz. Kuşkusuz İngilizce, teknik ve pratik hukuk iletişimine imkân sağlayan yüzey katmanına konumlanmıştır ve fakat ortak bir Avrupa hukuk dil bilgisini barındırmamaktadır.³⁹ Buna karşılık, kendi yapısından ve kavramları itibarıyla kendi tabiatından kaynaklanan ortak hukuki unsurları barındırmaktadır (bkz. bölüm 7.5).⁴⁰

Benzer bir biçimde eğer bir kimse ortak bir hukuk dili ve özelde ise bu özel dilin (diğer bir deyişle nihai ürün olarak metinlerin) anlaşılması hakkında konuşacak olursa, teknik bir dil olarak sadece hukuk dilinin dış görünüşünün incelemesinin kapsamını sınırlandıramaz. Hukuk tarihi bakış açısıyla, F. Wieacker tarafından ifade edildiği gibi, orta çağ hukukçuları için Roma hukukunun ve kullandığı dilin, “yargısal bir dil bilgisi” barındıran, dağınık bir yöntem olduğu gerçeğine işaret edebiliriz. Görünen o ki bu durum; *ius commune*'ün mevcut kurallarının bir bütünü olarak hukuktan daha büyük bir öneme sahip, Latin giysileri ile bezenmiş, Batı Avrupa'da belirli bir yerde imkan dahilinde uygulanma kabiliyeti olabilecek, gizlenmiş bir dil bilgisidir.⁴¹ Daha fazla ileri gitmeden, teamüllerin hesaba katılacağı bilgisi ile söz konusu hususun günümüz Avrupasında da oldukça

³⁶ Ibid., at 179.

³⁷ Ibid., at 219.

³⁸ Bkz., e.g., T. Weir, ‘Die Sprachen des europäischen Rechts – Eine skeptische Betrachtung’, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4 (1995): 368.

³⁹ Bu çalışmada dil bilgisi kavramı, hukuki olarak ilgili cümlelerin oluşturulduğu (örneğin savlar), atf yapıldığı ve kullanıldığı usulü tanımlayan hukuk dilinin belli başlı özelliklerini ifade etmektedir. Bu, hukuki olarak anlaşılabilir bir biçimde hukuk dilinin oluşturulmasına yardımcı olan görünmez bir iskelettir.

⁴⁰ Bir kimse, bu alandaki, örneğin; *Rechtstaat* veya *état de droit* kavramlarını İngilizce hukukun üstünlüğü (çn: rule of law) gibi en temel kavramları çevirmeye çalışırken dahi çok hızlı bir biçimde bunu farkederek. Söz konusu kavramlar açıkça işlevsel olarak eşdeğer değildir ve fakat yaklaşık olarak ortak meselelerle ilgili gibi görünmektedir.

⁴¹ F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe* (New York: Oxford University Press, 1995), 55–56.

geçerli olduğunu – AB ve üye ülkeler tarafından uygulanan sözleşmeler ve diğer hukuki belgelerde yer alan mevcut kuralların, İnsan Hakları hakkındaki Avrupa Konvansiyonu örneğinde olduğu gibi sadece görünen yüzünü oluşturduklarını kabul etmek önem arz etmektedir. *Currente calamo*; hukuki kavramlar, doktrinler ve kurumlar içinde yer alan daha derin katmanlar bulunmaktadır.

Dolayısıyla hukuk dilinin kültürel hukuki epistemik boyutu önem arz etmektedir. Diller, dilbilimsel semboller, yorumlar ve söylemlerin yardımı ile oluşturulan ve devam ettirilen kültürel ve epistemik topluluklarda gerçek bir varlık göstermektedir. Hiç tartışmasız dil, bu yönden zorunlu bir araçtır. Ancak dil, derin bir anlam bağlamında, sadece sözcükler veya dil bilgisi değildir; dil ayrıca ortak hukuki anlamların pratik olarak anlamlandırılmasını da içermektedir.⁴² Benzer bir şekilde, Wieacker Almanya’da Roma hukukunun kabul edilmesini değerlendirdiğinde, hakiki hukuk kurallarının kabul edilmesi üzerinde çok durmamıştır; onun yerine, hukukçuların hukuk kültürü öğretimlerinin yer aldığı gelişim sürecine değinmiştir. Ayrıca önemli olan, sosyal hayatın içine girmiş hukukun, hukuk kültürü dil bilgisidir. Odak noktasının, teknik bağlamda maddi hukuk ve onun hukuk dili olan mevcut kurallar ile bir ilgisi yoktur. Kabul aşamasında söylemin rolü, özellikle de hukukçuların bilimsel söylemleri açısından, çok önemli bir rol üstelenmiştir.⁴³

5. Hukuk Hangi Dili Konuşur?

Daha önce bahsedilenler dışında bugün, Latince’nin zamanında iddia edildiği gibi, bir ortak dil söz konusu değildir. Bu da şu anlama gelir: farklı ulusal kültürlerle sahip hukukçular epistemik duyum bağlamında ortak bir hukuk dilini paylaşmamaktadırlar ve fakat pratik hukuk iletişimi için sadece teknik dilleri kullanmaktadırlar. Ancak kültürel hukuk iletişiminin kesişmesinin imkânsız olduğunu kabul etmez isek, hukuk dillerinin bölgesel ve ulusal sınırları dışında bir yol olmalıdır.⁴⁴ Hukuk dilinin kabulünün olası yollarından biri dilin, belirli sosyal grupların bir üyesi olan ve kendi mesleki kültürleri için faaliyet gösteren hukukçuların iletişim araçlarından biri olduğunun altının çizilmesidir. Bu gerekçelendirmeyi kabul edersek mantıki hukuk dilinin, hukuk dilinin kullanıcılarının tabi olduğu kültüre ve sosyal gruba bağlı olduğunu idrak ederiz.

⁴² V. Gessner, A. Hoeland & C. Varga, ‘National Legal Orders Without a European Legal Culture?’, in *European Legal Cultures*, ed. V. Gessner, A. Hoeland & C. Varga (Aldershot: Dartmouth, 1996), 493 et seq.

⁴³ Bkz. *supra* n. 39, 94–96.

⁴⁴ Bkz. *supra* n. 29, 378–379.

Bu doğrultuda temel mesele A. Kjær'in belirttiği gibidir: "Hukukçular, diller ve hukuk sistemleri arasında iletişim kurduklarında hangi dili konuşurlar?". Kjær'in ilgi çekici fikirlerinde birisi, hukuk dilinin durağan sembolik bir sistem olarak değil "farklı hukuk aktörleri arasındaki söylemin değişken bir akışı" olarak kabul edilmesidir. Bu görüş hukuk diline, belirli sosyal bağlamlarda kullanılan iletişimsel (hukuki bilgi içeren) bir eylem olan söylem olarak bakılmasını gerektirir.⁴⁵ Odak nokta, hukuki belgenin hukuki anlamı yani hukuken ne kastettiğidir, metinsel olarak dilbilimsel yönü ile nasıl ifade edildiği değil.

Bir grubun üyeleri böyle bir hukuk dilini kullandıklarında, bu gruba üye olan diğer kimseler üzerinde bir etki meydana getirir. Hukuki söylem, hukuk dünyasındaki kavramlar ve görüşler üzerinde; "hukuki bir algı ile bu dünyanın nasıl anlaşıldıkları" üzerinde bir etkiye sahiptir. Bu şu anlama gelir; her ne kadar Avrupa hukuk dilleri birbirinden farklı olsa da değiştirilemez değillerdir, aksine hukuki söylem sebebiyle sürekli bir değişim halindedirler. Dahası Kjær oldukça cüretkâr bir biçimde, Avrupa'da hukuk hakkındaki varsayımların temelde aynı olduğuna inanmaktadır. Kjær burada eski *ius commune* ve Roma hukukunun mirasına atıfta bulunmaktadır.⁴⁶ Şimdi burada, bir kimsenin onun yaptığı benzerlik çıkarımının ve hatta Avrupa'da hukuk iletişiminin doğası ile ilgili argümanının kabul edilebileceği kadar ileri gitmesine gerek yoktur. Ortak olanın farklı hukuki metinlerin hakiki dili olmadığı aksine farklı hukuk aktörlerinin yer aldığı söylem olduğu sonucuna varmıştır. Bu değerlendirmeler, teknik manası içinde hukuk dili *ius commune* gibi bir dil olarak kabul edilemez aksine *iura propria* olarak kabul edilebilir şeklindeki önemli bir meselenin altını çizmektedir. Dahası bu bakış açısına göre, "ortak bir hukuk dili" üzerine konuşulmamalı fakat hukuk metinleri, mahkemeler ve bölgesel olmayan hukuk doktrinleri arasında etkileşimde bulunan ortak Avrupa hukuk söylemi üzerine konuşulmalıdır.⁴⁷

Hukuk dilinin önerildiği şekliyle anlaşılması onun bir madde olarak değil bir iletişim formu olarak görülmesini gerektirir. Bu yönde düşünmenin ortaya koyduğu en bağlantılı sonuçlarından birisi, Avrupa hukukunu farklı merkezi ve merkezde toplanmış yükümlülüklerle yabancı olan "organik ve canlı bir varlık" olarak görmektir. Herhangi bir kimse için söylemi kontrol etmek ve yönlendirmek, maddi kuralların ve kurumların anayasacılık veya "hukukun üstünlüğü" gibi şeylerin merkezinde olmasının tercih edilebileceği düzenleme altına alınmış birtakım kuralların, kurumların ve yetkilerin aksine zordur. Şüphesiz bu durum

⁴⁵ Kjær, 'A Common Legal Language in Europe', 384 and 388. Ayrıca bkz. Galdia, *Legal Linguistics*, 89–90.

⁴⁶ Kjær, 'A Common Legal Language in Europe', 391–395.

⁴⁷ *Ibid.*, 396–397.

günümüzde *ius commune*'ün olasılık dâhilinde nasıl tanımlandığına ilişkin yöntem üzerinde bir etkiye sahiptir. Bu tarz bir epistemik *ius commune*'nün, geniş bir bakış açısı ile karşılaştırmalı hukukun hukuk dilinin şart koştuğu bir iletişim formu olarak algılanabilmesi söz konusu olabilecektir.⁴⁸ Bu itibarla bu tarz bir *ius commune*, *novum ius commune europaeum* tartışmaları ile yürütülen Roma ve özel hukukta ele alınandan oldukça farklı bir görüntü çizmektedir.⁴⁹ Büyük ölçüde basitleştirme için; İngiltere'deki hukuk İngilizcesi, İngilizce konuşmamaktadır ve fakat müşterek hukuk İngilizcesi konuşmaktadır. Bir kara Avrupası hukukçusu veya hukuk çevirmeni için bu durum epistemik bir problem ortaya koymaktadır.

6. Epistemik Hukuk Dilinden Yoksunluk: Kara Avrupası Hukuk Bakışıyla Bir Müşterek Hukuk Örneği

Anlama kavramı hakkında konuştuğumuzda, bir kimsenin anlaması veya anlamaması durumu kısmen problem yaratmıyor gibi görünebilir. Ancak bu iki parçaya ayırma biçimi, hukuk dilleri söz konusu olduğunda kötü bir şekilde işlemektedir ki çoğul dillilik bunu ortaya koymaktadır. Esasen, bazı durumlarda bir kimsenin hukuk dilini teknik boyutuyla anlamaması, teknik boyutuyla anlamasından daha kolaydır. Hukukun genel dil bilgisini gizlemiş bir halde içinde barındıran *ius commune*'ün hukuki epistemik diline verilen önceki örnekte şu hususa işaret edilmektedir: “*ius commune* hukukçusu gibi düşünmeye” karşılık Latince konusunda uzmanlaşmak açıkça ikincil derecededir. Yani (belirli bir hukuk kültürü içinde) hukukçu gibi düşünmenin, genel dilbilimsel anlayış içinde belirli bir hukuk dilinin bilinmesinden daha fazla önem arz ettiği ileri sürülebilir. Bu iddia ihtilaflı gibi görünebilir ve fakat bir kimsenin şüpheleneceği kadar ihtilaflı değildir çünkü hukuk dilinin anlaşılması kapsamında ikiden fazla ihtimal bulunmaktadır; kavramanın çeşitli seviyeleri vardır. Ancak biz, esasında ne gibi bir epistemik anlama ile ilgileniyoruz?

Epistemik katman ve yabancı bir hukuk metninin anlaşılması ile neyi kastettiğimizi tanımlamaya çalışırken, yorum bilgisel felsefeye bir bakış atabiliriz. Genel olarak yorum bilgisel felsefe, anlamının önemine vurgu yapan yorum bilimin esas meselesi, anlamının doğası olmasına ilişkin bu çalışmanın amacı açısından uygun görünebilir. Ancak bu çalışmada, yoruma dayalı felsefenin

⁴⁸ Bkz. supra n. 25, 15.

⁴⁹ Neopandectist düşünceye ilişkin olarak özellikle bkz. R. Zimmermann, ‘Savigny’s Legacy’, in *Law Quarterly Review* 112 (1996): 576 et seq ve eleştirel yorumlar için bkz. N. Roos, ‘NICE Dreams and Realities of European Private Law’, in *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, ed. M. Van Hoecke (Oxford/Portland: Hart, 2004), 202–213 (not: *novum ius commune europaeum*, NICE olarak kısaltılmaktadır).

çok temel bazı fikirlerine değinildiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Örneğin P. Ricoeur (1913-2005) bir metnin belli boyutlarından bahsederken “çalışmanın evreni”ninden söz etmektedir. Burada ortaya atılan “evren” kavramı metin ile örtülmüş gibi metnin arkasına yerleştirilmiş değildir. Bunun yerine Ricoeur, bu evrenin aslında “metnin önünde” olduğunu ve metnin onu ortaya çıkararak göstereceğini düşünmektedir. Böylece Ricoeur için anlama, metnin önünde yer alan şeyin bizatihi anlaşılması anlamına gelmektedir.⁵⁰

Yabancı dilde yer alan hukuk metnini anlamaya çalışırken ki anahtar görev, eğer Ricoeur’ün fikri kabul edilir ise, “çalışmanın evrenini” anlamaya çalışmaktır. Ricoeur’ün işaret ettiği evren, hukuki bir metnin evreni; kısaca, söz konusu dilin hukuki dil bilgisini içinde barındıran hukuki kültürel seviye olarak anlaşılmalıdır. Bu fikir, hukuk, dil ve anlama eyleminin arasındaki derin bağın tanınmasını gerekli kılmaktadır, çünkü Ricoeur’ün gayesi aslında hukukun, dil kapsamında ve vasıtasıyla bir hukukçu için anlaşılabilir olduğunu belirtmektir.

Bununla birlikte eğer bu evrene ulaşılamaz veya dokunulamaz ise hukuk metninin yabancı bir hukuk diline çevrilmesi, hukukun derin hukuki kültürel boyutuna ulaşılmasında başarısızlık ile sonuçlanacak teknik ve lafzi bir uygulamaya dönüşür. Ancak burada biraz da olsa tevazu gösterebiliriz. Rutine dönüşmüş çeviride, bu yıkıcı bir problem değildir. Burada bir karmaşa etkisi yoktur; hukuk terimlerinin bütünü rutin çevirilerde zamanla edinilebilir. Lakin zorlu hukuk dilbilim çevirileri üzerinde çalışıldığında hukuki epistemik katmana veya “çalışmanın evrenine” erişme kabiliyeti tümüyle önemli bir hal alır. Burada kastedilen sonuç, hukuki epistemik katmanın belirli bir hukuk dili üzerinde teknik-dilbilimsel bir üstünlük elde edilmesinden daha önemli olduğudur.

Özellikle bir hukuk çevirmeni, zorlu terimler, kavramlar ve belirli bir dile has ifadeler ile uğraşırken ise çevirinin aslında hızlı bir şekilde yorumlamaya dönüştüğü görülür. H.G. Gadamer’in (1900-2002) dediği gibi: “her bir mütercim aynı zamanda bir tercümandır”.⁵¹ Dahası Gadamer aslen mütercimin ve tercümanın durumunun temelde aynı olduğunu ileri sürmektedir. Devamla, yabancı dilin çevrilmesi halinde, meydana gelen şey bir metnin kalitesinin elde edilmesine yönelik bir girişimdir.⁵² Her şeyi hesaba katmak gerekirse “anlama ve yorumlama sağlam bir biçimde birbirine bağlıdır”.⁵³ Ayrıca Gadamer şu soruyu

⁵⁰ P. Ricoeur, *Hermeneutics & the Human Sciences* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981), at 143. Cf. Legrand, ‘Structuring European Community Law: How Tacit Knowledge Matters’, 891 (hukuk geleneğinin “kendi dünyasının kendi vizyonu”ndan bahsetmektedir).

⁵¹ H.G. Gadamer, *Truth and Method* (New York: Continuum, 1994), 387.

⁵² *Ibid.*, 387.

⁵³ *Ibid.*, 399.

sorarak önemli bir meseleye değinmiştir: “kendi dilimizde tutsak iken yabancı bir dilde yazılmış herhangi bir şeyi anlamak” ne kadar mümkündür?⁵⁴ Bu soru, hukuk dili söz konusu olduğunda önemli bir hal almaktadır. Etkileyici bir şekilde ortaya koymak için: bir çevirmen metnin ne dediği ile ilgilenirken bir hukukçu metnin ne anlama geldiği ile ilgilenmektedir.⁵⁵ Şimdi eğer bizler zor ve problemlili çevirilerle uğraşıyorsak bu ayırım önem arz etmektedir. Bununla birlikte metnin ne dediği ve metnin ne anlama geldiği her zaman ayrıştırılamayabilir ki bu; bir çevirmenin ve bir hukukçunun da her zaman ayrıştırılamayacağına işaret eder.⁵⁶ Daha da ileri giderek şunu ileri sürebiliriz: hukuki epistemik katmanı barındıran bir hukuki metin, yaşayan bir varlık iken yüzeysel katmanlı teknik hukuki metin sadece dilsiz bir evraktır.⁵⁷ Bir başka deyişle hukuk, dilbilimsel özellikleri (işaretler, terimler, cümleler, metnin yapısı vb.) sebebiyle değil, hukukçular tarafından tanımlanmış normatif bir varlık olarak ortaya koyduğu etki sebebiyle var olmaktadır. Buna uygun bir şekilde hukuk dilbilimcisi metinsel nihai ürünü parçalara ayırma işlemi yapan bir patolog gibi iken bir hukukçu metnin yaşayan anlamı ile uğraşan bir hekim gibidir.

Gadamer’in söylemlerinden bazıları hukuk çevirisi için biraz problemlili görünmektedir. Onun görüşlerini biraz daha ileriye giderek kabul edecek olursak esas metin ve çeviri arasında kaçınılmaz bir boşluk meydana gelecektir. İlaveten o, bu boşluğun hiçbir zaman tamamıyla doldurulamayacağını düşünmektedir. Bununla birlikte Gadamer, bir kimsenin yabancı bir dili mükemmel bir şekilde öğrenebileceğine inanmaktadır.⁵⁸ Bir hukuk çevirmeni için durum daha da karmaşıktır: öncelikle, bir kimsenin yabancı bir dili ve dilleri öğrenmesi gerekmektedir ve sonrasında da eşdeğer hukuk dillerini öğrenmek zorundadır. Böylece zorluk iki kat artmaktadır. Bu durum, karmaşık ve açık bir biçimde teorik görünebilir, ancak durum çok da öyle değildir. Her ne kadar burada sadece çok genel noktalar gösterilebilecek olsa da müşterek hukuk İngilizcesinden birkaç örnek verelim.⁵⁹

⁵⁴ Ibid., 402.

⁵⁵ Ibid., 413.

⁵⁶ “Hukukçu dilbilimci” veya “hukuk ve dilbilimi uzmanı” gibi bir kavramın var olması açıkça bu meseleyi açık bir biçimde kanıtlamaktadır. Bkz. J. F. Morgan, ‘Multilingual legal drafting in the EEC and the work of Jurist/Linguists’, in *Multilingua* 1 (1982): 109 et seq.

⁵⁷ Bkz. supra n. 49, 397.

⁵⁸ Ibid., 384–385. Karşılaştırmalı hukuk teorisi bakış açısı için bkz. V. G. Curran, ‘Comparative Law and Language’, in *Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. M. Reimann & R. Zimmermann (Oxford: Oxford University Press, 2006), 706–707.

⁵⁹ Burada vurgu, yalnızca İngiliz müşterek hukukuna yapılmaktadır. Kısaca müşterek hukukun özelliklerini görmek için bkz. G. Samuel, ‘Common Law’, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, ed. J. Smits (Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2006), 145.

7. Farklı Okuyucu Çağrışımları: Çeviride Olması Muhtemel Kayıplar

İngilizcenin hukuki ortak dil olarak fonksiyon gösterebileceğini varsaymak çekici bir olasılık olarak görünebilir. Ancak AB kapsamındaki İngilizce, müşterek hukuk içinde derin köklere sahiptir ve doğrudan imkânsız olmasa da bu kökleri tamamıyla ortadan kaldırmak ve saf bir AB hukuk İngilizcesi yaratmak çok zordur, çünkü gizli kalmış hukuk kültürünün kalıntıları varlığını sürdürecektir. AB mevzuatının her zaman, hukuk dilinin bağlama dayalı olması gibi tek bir basit sebeple yorumlayıcı bazı farklılıklara öncülük edecek olması daha muhtemeldir. Yani hukuk İngilizcesi, belirli koşullar altında olduğu durumlara ayrılmaz bir biçimde bağlıdır. Kısacası günümüz için dahi hukuk İngilizcesinin karakteri yalnızca İngiltere'nin hukuk ve dilbilim tarihi ile açıklanabilir. Bu da kısaca hukuk İngilizcesinin kıta Avrupası hukuk dillerinden neden bu kadar farklı olduğunu açıklamaktadır. Ancak bütün mesele bu değildir. İngiliz hukuku, hukukçular ve dilbilimciler dahil yabancı bir kişi için anlaşılması neredeyse imkânsız olan birçok hukuk kavramını, doktrini ve kurumları içinde barındırmaktadır.⁶⁰

Kıta Avrupası hukukçuları veya hukuk çevirmenleri için hukukun zor alanlarından birisi İngiliz sözleşmeler hukukudur.⁶¹ Kuşkusuz İngiltere'deki sözleşmeler hukuku görünürde Kıta Avrupasına oldukça benzerdir: bu alan hukuk mahkemelerinin hizmet ettiği bir özel hukuk alanı olarak kabul edilebilir ve taraflar arasındaki hakları ve yükümlülükleri ele alır. Bu borçlar, sözleşme tarafından dayatılır ve tanımlanır ve sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürülür. Sözleşmesel yükümlülüklerin nasıl ortaya çıktığına ilişkin çeşitli yollar bulunmaktadır fakat en tipik olanları, rızaya bağlı akit olan, anlaşma üzerine kurulmuş olanlardır.⁶²

Terminolojik ve hukuki olarak ilgi çekici olan bir kurum olarak müşterek hukuk mahkemeleri tarafından geliştirilmiş, consideration doktrini⁶³ kavramı mevcuttur. Bu kelime (consideration) önceleri belirli bir teknik öneme sahip olmayan bir kelime olarak kullanılmıştır fakat sonraları, "sözleşmeye aykırı bir fiil

⁶⁰ Bkz. Mattila, *Comparative Legal Linguistics*, 221–240.

⁶¹ Cf. *Ibid.*, 236 ('features peculiar to legal English').

⁶² P. Shears, & G. Stephenson, *James' Introduction of English Law* (London: Butterworths, 1996), 219–220.

⁶³ Çn: Doctrine of consideration. Söz konusu hukuki kurum Türk Hukuk sisteminde olmadığından tam karşılığı bulunmamaktadır. Bu sebeple kavram Türkçeye çevrilmemiş ve olduğu şekliyle bırakılmıştır. Bunun yanı sıra metinde terim olarak kullanılan "consideration" kavramı, bedel (karşılık) ve değerlendime, düşünce anlamlarını ve hukuki olarak metinde yer alan teknik bir anlamı da içinde barındırmaktadır. Bu kavramın karşılığı olarak belirtilen hususları içeren bir kelime Türkçede teşhis edilemediğinden terimin aynen bırakılması uygun görülmüştür.

için gerekli şartların toplamını ifade eden sanatsal bir kelime” haline gelmiştir. Kısaca söz konusu kelime, taahhütlerin yerine getirilmesi için hukuki yaptırımları gerekçelendirmenin, müşterek hukuk uyarınca yeterli olan taahhütlerin belirlenmesini sağlamak için kullanılan hukuki bir “kavrama” dönüşmüştür.⁶⁴ İngiliz müşterek hukuk alanında klasikleşmiş emsal karar niteliğindeki V. Haldane kararında, sözleşmeler hukuku ile ilgili olarak İngiliz hukukunda bazı temel prensiplerin olduğunu ileri sürülmüştür. Bu prensipleri desteklemek için şu şekilde bir formülasyona gitmiştir: “nihai karara varılmış bir sözleşme olmaksızın yapılan sözleşmede eğer bir kimse bu sözleşmenin yerine getirilmesini sağlayabiliyor ise, bedelin, taahhütte bulunan kişi veya taahhütte bulunan kişinin talebi üzerine bir başka kişi tarafından verilmiş olması gerekmektedir.”⁶⁵ Basitleştirmek gerekirse, consideration bir icap ve bir icabın kabulünü içerir dolayısıyla kabul beyanı, hukuki olarak icra edilebilir bir taahhüt içerir. Bu mübadelenin çok önemli bir unsuru vardır ki o da consideration’dır, bu kavram ise icap ve kabulün bir karşılık olarak verildiğini ifade etmektedir. Bu unsur, her iki tarafın da, hukuki hakların ve borçların sözleşmede yer almasını sağlamaları yönünden beyanlarında ve eylemlerinde gerçek iradelerini gösterdikleri manasına gelmektedir.⁶⁶

Netice itibariyle consideration, sözleşme yapıldığı sırada sözleşmenin diğer tarafına karşı taahhüt edilmiş, değere bakılmaksızın, herhangi bir şey olabilir. Uygulamada bu genellikle para, hizmet veya sözleşmenin kurulması halinde ileride yapılması taahhüt edilen bir fiildir. Consideration hukuki olarak bağlı olunan sözleşme için çok büyük önem arz etmektedir; sözleşmenin hukuki olarak bağlayıcı olduğu yönündeki anlaşmadan evvel bazı consideration’ların önerilmesi her iki taraf için bir ön koşuldur. Klasik olarak bir consideration söz konusu değilse hiçbir sözleşme hukuki olarak bağlayıcı değildir. Esasen “pazarlık” anlayışı müşterek hukuk sözleşmelerinin temelinde yatmaktadır.⁶⁷ Böylece consideration “pazarlığın bedeli” olarak da tanımlanabilir ki bunun hukuki bakış açısı ile araştırılması mümkün olacak şekilde bir değeri haiz olması gerekir. Hatta bu durum consideration’ın belirli bir değeri, örneğin piyasa değeri gibi bir değeri haiz olması gerekeceği anlamına gelmese bile consideration’ın belli bir değeri haiz olması mühimdir.⁶⁸

⁶⁴ E. A. Farnsworth, ‘Comparative Contract Law’, in Oxford Handbook of Comparative Law, ed. M. Reimann & R. Zimmermann (Oxford: Oxford University Press, 2006), 908.

⁶⁵ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd’e karşı Selfridge & Co Ltd [1915] AC 847.

⁶⁶ Ayrıca bkz. supra n. 6, 297.

⁶⁷ C. Valcke, ‘Convergence and Divergence of the English, French, and German Conceptions of Contract’, in European Review of Private Law 16 (2008): 36.

⁶⁸ Bkz. supra n. 62, 229.

Tüm bunlar hukuki olarak anlaşılabilir görünmektedir fakat bu bize hukuk çevirisi hakkında ne söylemektedir? Şaşırtıcı bir şekilde çok şey söyleyebilir, çünkü consideration terimi standart İngilizcede oldukça farklı bir anlama sahiptir. Oxford İngilizce Sözlüğü (OİS) consideration'ı temelde bir şeye bakma veya fiziki veya zihinsel olarak inceleme fiilini; dikkatle bakma, dikkatle seyretme anlamında gelen bir dikkate alma fiili olarak tanımlar. Bu bağlamda consideration, bir şeye belirli bir şekilde bakılması, gözlemlemenin bir boyutudur. Söz konusu kelimenin ikinci anlamı bir nesneyi zihnin önüne koymaya işaret etmektedir. Bu özenli bir düşünme hali, tefekkür veya meditasyondur. İkinci anlam belirli bir düşünmeye veya zihinsel tefekküre atıfta bulunur. Bir söz öbeği olarak kullanılacaksa OİS, dikkate alma fiili veya bir şeyin dikkate alınması (gözetilmesi) fiiline atıfta bulunan, "dikkate alma" ve "üzerinde düşünme" kavramlarından bahsetmektedir. Üstelik OİS, göz önünde bulundurma, ilgili olarak veya yerine kavramlarına karşılık gelen "karşılık olarak" öbeğini kullanmaktadır. Netice itibarıyla OİS, olası altıncı anlam olarak hukuki manasından bahsetmektedir: bir kişinin bir başka kişinin yaptığı veya yükümlendiği, özellikle de sözleşmeler hukukunda, karşılık veya eşdeğer olarak kabul edilen herhangi bir şey. Bu bizzat bir taahhüt olabilir. Taahhüt yoksa consideration icra edilemez meğerki senet ile yapılmış olsun demektir OİS.⁶⁹

Söz konusu husus, hukuk çevirisi bağlamında ne anlama gelmektedir? Bu durum, hukuk çevirmenlerinin müşterek hukuk terimi olan "consideration" kavramını nasıl çevireceklerini bilemediklerini iddia etmemektedir. Bu beyhude bir fikirdir ki: söz konusu kavram, iyi bilinen bir örnektir. Burada temel mesele eğer hukuk sisteminin özü bilinmiyor ise yahut doğru bir şekilde değerlendirilmiyor ise hukuk dilinin, düzgün bir şekilde anlaşılması zor olan derin epistemik bir özellik barındırabileceğini ortaya koymaktır. Kilit nokta, hukuk metni içerisinde hukuk-kültür bağlamı ve dilbilimsel ifadeler arasındaki etkileşimli bağlıdır.⁷⁰

Hukuk İngilizcesi ve hukuk Almancası arasındaki farklılıkların altını çizmek için bir başka örneğe bakabiliriz. Burada bir orijinallik iddia edilmemektedir, çünkü örnek Alman Medeni Kanununda (BGB, Bürgerliches Gesetzbuch 1900 § 242) yer alan, "borçlu borcunu yerine getirirken, örf ve adet kurallarını göz önünde bulundurarak dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdür" ifadesini hüküm altına alan meşhur Treu und Glauben maddesidir.⁷¹ Söz konusu Alman

⁶⁹ Oxford English Dictionary <<http://dictionary.oed.com/>>, 1 November 2010.

⁷⁰ Burada tartışılan mesele Galdia'nın hukuk dilindeki faydacılar ve hukuk dili çalışması hakkındaki söylediği şeylere dair bazı benzerlikleri barındırmasıdır. Bkz. supra n. 6, 35–44.

⁷¹ Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.'

doktrini kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yaygın olarak yer almaktadır.⁷² Bu hükmün ince tutumu önemli kabul edilmektedir çünkü bu hüküm BGB'yi yüksek toplumsal ahlaka bağlamıştır ve böylece şahsa bağlı özerkliğe (privatautonomie) dair hukuki fikrin zaferi karşısında bir denge oluşturmuştur.⁷³

Alman hukuk dilindeki *Treu und Glauben* ifadesi, orta çağ Roma hukuku kaynaklıdır ve *bona fides*'in en meşhur kavramı olan *Treu und Glauben*, 1800'lerin sonunda, Latince terimin hukuki eş anlamlı bir ifadesi olarak kabul edilmiştir.⁷⁴ *Ius commune*'ün geleneksel bakış açısıyla Almanca kavram "sadakat ve güven" anlamına gelmektedir. Genellikle kullanılan İngilizce çevirisi "iyi niyettir" ki bu çeviri yeterli bir karşılık oluşturmamaktadır. Bu, Alman sözleşmeler hukuku ve İngiliz sözleşmeler hukukunu tam olarak olmasa da bilen kişileri hayretler içinde bırakmaz. *Treu und Glauben* kavramının normalde "iyiniyet ve dürüstlük" şeklinde çevrilmesini büyük oranda açıklamaktadır. Bu yöntem, ortaya çıkabilecek problemlerden bazılarını çözebilmektedir, çünkü "dürüstlük" anlayışını içinde barındırmaktadır ki bu anlayış, müşterek hukuk sözleşmeler hukukuna *bona fides* anlayışından daha kolay uyum sağlamaktadır. Fakat G. Teubner'in güçlü bir biçimde işaret ettiği gibi rejimin altında yatan sebeplerin farklı olması sebebiyle "dürüstlük" anlayışının, İngiliz müşterek hukuk kültürüne zar zor uyum sağladığı belirtilmiştir.⁷⁵ Esasen müşterek hukukun, geleneksel olarak böyle olağan bir kuralın varlığından habersiz olduğunu ve İngiliz mahkemelerinin, "sözleşmenin bir tarafı üzerinde anlaşılması güç bir baskı" olarak kabul edilen böyle bir kuralı kabul etmekte katı bir biçimde isteksiz olduğunu ifade edebiliriz.⁷⁶

⁷² Örneğin, İtalyan Medeni Kanunu md. 1375 şöyle hüküm kurmaktadır: 'Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede' ki manası ise şudur: 'Sözleşme hakkaniyetli bir şekilde yorumlanmalıdır'. Ayrıca Yunan Medeni Kanun'u md. 288 şöyle hüküm kurmaktadır: 'Ο οφειλέτης έχει υποχρέωση να εκπληρώσει την παροχή όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη' ki manası ise şudur: "borçlu, ticari teamül de göz önünde bulundurarak, hakkaniyet gerekliliklerine uygun olarak borcunu ifa yükümlülüğü altındadır". Diğer örnekler de belirtilebilir (örneğin, Portekiz, Fransa, Hollanda ve Belçika). Ayrıca Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri md. 1-106, "hakkaniyet" ifadesini kullanmaktadır (ayrıca maddede "ve dürüstlük" ifadesi de geçmektedir). Genel bir açıklama için bkz. J. Smits, *The Making of European Private Law* (Antwerp: Intersentia, 2002), 189–201.

⁷³ Ayrıca bkz. supra n. 64, 56.

⁷⁴ S. Whittaker & R. Zimmermann, 'Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape', in *Good Faith in European Contract Law*, ed. S. Whittaker & R. Zimmermann (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 16–18. Alman hukuk dilinin Almanlaştırılması hakkında bkz. Mattila, *Comparative Legal Linguistics*, 166–167.

⁷⁵ G. Teubner, 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences', *Modern Law Review* 61 (1998): 11 et seq. Burada hukuk tarihinin önemli derece bağlamsal bir payı vardır. "İngiliz iyiniyet kavramının, tarihsel ve kültürel durum içinde gelişen Alman kavramı olan *Treu und Glauben* ile aynı olduğu akla uygun değildir" (ibid., at 20).

⁷⁶ Bkz. supra n. 62, at 919.

İngiliz ve Alman sözleşmeler hukuku ile ilgili olarak karşılaştırmalı hukukçular tarafından, Treu und Glauben anlayışının hususiyetle Alman olduğunu ve güçlü ius commune temeli olduğu söylenilerek, ortalık bulandırılmıştır. Gerçi söylenenlerin tekrar edilmesi hemen hemen hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bunun yerine her ne kadar “dürüstlük” kavramı Alman ve İngiliz hukuk kültürü arasında ayırıcı bir faktör gibi görünse de başa çıkılmaz bir engel olmadığını ifade edebiliriz. Buna bağlı olarak M. Hesselink, “Dürüstlüğün, İngiliz hukukçularının deneyimledikleri adalet kavramından çok da farklı olmadığına” işaret etmektedir. Bu fikri ciddi bir şekilde göz önünde bulundurursak Treu und Glauben kavramını mahkemeler tarafından uygulanan “sözleşmeler hukuku adaleti” şeklinde çevirmek durumunda kalabiliriz.⁷⁷ Ancak hukuk dilinin teknik seviyesi vurgulanacak olursa Treu und Glauben kavramının “sözleşmeler hukuku adaleti” olarak çevrilmesi fikri elverişli görünecek ve hatta yetersiz de görünecektir.⁷⁸ Fakat eğer müşterek hukukun hukuk dilinin hukuki epistemik katmanı göz önünde bulundurulur ise oluşturulan “sözleşmeler hukuku adaleti” kavramının sistematik ve yapısal olarak müşterek hukuka, talihsiz “dürüstlük” kavramından daha iyi uyum sağlayacağına inanılır.⁷⁹ Bu tarz bir çeviride karşılaşılan problem oldukça görünür vaziyettedir: Bir çevirmen için bu yöntemin değerlendirilmesi epistemik olarak mümkün hale gelmeden önce müşterek hukukun derinlemesine anlaşılmasını gerekmektedir.⁸⁰ Bu sebeplerle hukuki epistemik katman ile ilgili esas hüner, “dürüstlüğün” Avrupa sözleşmeler hukukunun “ortak temel bir prensibi” olarak kabul edilebileceği şeklinde algılanmaması ve fakat neden böyle kabul edildiğinin anlaşılmasıdır.⁸¹ Tekraren hukuk söyleminin temel bilgisi kesindir: bu temel katman hukuk dilinin yüzeysel katmanını gölgede bırakmaktadır.

Yukarıda bahsi geçen her iki örnek bir şeyin birebir çevrilmesinin nasıl da tehlikeli olduğunu göstermektedir. Bir başka deyişle, müşterek hukuk sözleşmeler hukukundaki “consideration” kavramı ve Alman hukukundaki ‘Treu und Glauben’ kavramı gibi hukuk kültürü olarak içi dolu kavramların bu tarz birebir çevrilmesi açıkça aldatıcı olabilir. Burada üzerinde durulması gereken nokta

⁷⁷ M. Hesselink, ‘The Concept of Good Faith’, in *Towards a European Civil Code*, ed. A.S. Hartkamp et al. (The Hague, London, Boston: Kluwer, 2004), 497.

⁷⁸ Burada adalet kavramı, bir yargıç tarafından hiçbir şekilde ölçülülüğün uygulanması söz konusu olmaksızın hukukun son derece katı bir şekilde uygulanmasına (ius strictum veya katı hukuk) karşı olan fikre atıf yapmaktadır. Adalet ayrıca müşterek hukukun aksine tarihsel olarak hukukun bütün düzenlemelerine de atıfta bulunmaktadır. Bkz. supra n. 58.

⁷⁹ Fakat, kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi İngiliz müşterek hukukunda, buna benzer bir yapı bulunmadığının hatırlanması gerekmektedir. Bkz. Ibid., 154–155.

⁸⁰ “Sözleşme hukuku adaleti” açıkça yeni bir terim olarak türetilmiştir. Ayrıca bkz. supra n. 21, 112–117.

⁸¹ Bkz. supra n. 46, 701.

uzman çevirmenlerin bu tarz terimleri düzgün bir şekilde çeviremeyeceklerini iddia etmek değildir. Bunun yerine söz konusu örneklerin, hukuk dillerine ve özellikle de bu dillerin eşlik ettiğini hukuk kültürleri ile ne kadar derinden etkileşim içinde olduğuna, ki bu gerçek karşısında dikkatsiz olamayız, dair bir şeyler söylediği savunulmaktadır. Açıkça görülüyor ki müşterek hukuk ve kıta Avrupası hukuku ortaya koydukları şeyler açısından bunun en temel örneklerini oluşturmaktadırlar.⁸²

Buna ek olarak, karşılaştırmalı hukuk dilbilimcisi H.E.S. Mattila tarafından, hukuk kurumlarının ve kavramlarının hatasız bir şekilde çevrilmesi üzerine çaba sarf edildiği sırada, bu kurum ve kavramların doğru bir şekilde anlaşılması ile derinlemesine bağlı halde bulunan gerçek zorlukların söz konusu olduğu ortaya konulmuştur. Bir hukuk dilinin hukuk kültürüne dair bağlamsal bilginin yeterli bir şekilde edinilmesinin önemini belirtmektedir. Bu problem Mattila'nın bütünüyle ayrıntılandırılmış cevabı, karşılaştırmalı hukuk ve dil analizlerinin gerçek bir biçimde bir araya getirilmesidir. Bu görüşe göre genel hukuk kültürü analizi çok büyük bir önemi haizdir: "Bu analizler, hukuk metninin kavranması ve çevrilmesindeki hatalar ve yanlış anlaşımaların önüne geçmek için bir olanak sağlayabilir."⁸³ Bir kez daha söylemek gerekirse bizler, hukukun özünün yoruma dayalı önemi ile karşı karşıya kalıyoruz.

8. Babil'den Kaçış: Sonuç

Bu bölümün temel mahiyeti, hukukun özünün anlaşılması ile ilgili olan meselenin, yalnızca teknik dilbilimsel yönelimden daha mühim olduğunun altını çizmektir.⁸⁴ Sav, temelde hangi hukuk dillerine, hukuki epistemik katmanı içinde barındıran, hukuki açıdan anlamlı birer nesne olarak yaklaşılması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Ayrıca sabık Avrupa Adalet Divanı içtihat hukukunun, burada savunulan fikri güçlendirdiği görülmektedir. Bununla birlikte bu görüş, zorlu hukuk kavramlarının çevrilmesi gerektiği durumlara en doğru biçimde uygulanmaktadır. Gadamer'in görüşü kapsamında hukuk metninin anlaşılması, Ricoeur'ün "çalışmanın evreni" olarak isimlendirdiği, metnin epistemik katmanına erişmeyi şart koşmaktadır. Bu, aciz bir biçimde teorik ve ne yazık ki soyut yorum bilimsel felsefe gibi görünebilir ve fakat esasen

⁸² Mattila, *Comparative Legal Linguistics*, 261–262. Bizler bu ikisini, "yaşamın hukuki yollarının" farklılaşması olarak kabul edebiliriz: "Roma hukuku anlayışı ve müşterek hukuk geleneği, hukuk içinde yaşamın iki farklı yolunu ortaya çıkarmaktadır", Legrand, 'Structuring European Community Law: How Tacit Knowledge Matters', 879.

⁸³ Mattila, *Comparative Legal Linguistics*, 267.

⁸⁴ Hukuk dillerindeki hüner ve bunları çevirmede kullanılan dilsel yetenek büyük bir önemi haiz değildir demiyoruz; zira bunun söylenmesine gerek yoktur.

ortaya koyduğu şey, oldukça basittir: hukuk dili özel bir söylem türüdür ki bu söylem, hukuk dilbiliminin birtakım işaretlerini içinde barındırır. Bu dili (yani onun işaretlerini) doğru bir biçimde anlamak için hukuk söyleminin anlaşılması gerekmektedir. Çok dilli bir ortamda bu, aynen De Groot ve Van Laer'in ortaya koyduğu gibi şu anlama gelmektedir: "hukuk terminolojisinin çevirmenleri, karşılaştırmalı hukuk çalışmakla yükümlüdürler".⁸⁵

Buradaki derin, felsefi temel kanı, özde bir yorum bilimsel kavram olarak kabul edilen metnin (hukuki) doğası ile ilgilidir. Böylece metin, metnin hukuki anlamından bağımsız olarak dil bilgisi ve dilbilimsel bakış açısı ile çözümlenen nihai bir ürün olmaktan çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak bir hukukçu, "metin hukuki olarak ne söylemektedir"den ziyade nasıl söylediği şeklindeki dilin fonksiyonu açısından çözümlenen metinsel bir nihai ürüne ulaşmaya çalışmamaktadır. Böylece bir hukuk çevirisi yapan bir kimse epistemolojik olarak dilbilimciden ziyade hukukçuya daha yakındır, çünkü bu kişiden beklenen şey; kaynak dilden hedef dile bir metnin hukuki anlamlarının veya bir başka deyişle bir hukuk dilinden ve bir hukuk kültüründen diğerine hukuki anlamların aktarılmasıdır.⁸⁶ Bu hususta doğuştan gelen zorluklar, Marta Chromá'nin, (bu ciltte) kültürel olarak derinlere yerleşmiş hukuk mesajlarının şifrelenmesi için; göstergeler arası veya iki farklı hukuk sisteminin yer aldığı hukuk sistemlerindeki çeviri gayreti hakkında kendine ayrılan alanda gösterdiği gibi bariz bir şekilde görülmektedir.

Yukarıda söylenen şey çok dilli bir ortamda hukuk çevirisi bizi ne ile karşı karşıya bırakacaktır? Yukarıda tartışılan mesele kesinlikle, AB'nin hukuk dili sorununun sadece hazmonizasyonla ilgili olmadığını; derinlere işlemiş hukuk kültüründeki ulusal değerlere ve kültürel olarak derinlere işlemiş hukuki mesajlara değindiğini ifade etmektedir. Bu zorluktan kaçınılamaz: AB'nin yerleşik içtihat hukuku, bir dilin, çok dilli metinlerin hukuki ve dilbilimsel karşılaştırılması açısından çatışmaya zorlanması ile "diğer tüm dil versiyonlarının açık bir biçimde çevirisi yapılır" ifadesini kullanmaktadır. Çok önemli bir şekilde bu durum, hukuk ve dilbilim bakış açılarının bir araya getirilmesini şart koşan ve böylece "çok yönlü bir yaklaşım"ın kaçınılmazlığını ortaya çıkaran çift başlı zor bir görev mahiyetindedir.

Bütün bunlara rağmen düzgün bir cevap ortaya çıkmamaktadır. En azından bir kimse teknik yüzeysel katman ile derin hukuki epistemik katmanı ayırt edebilir.

⁸⁵ G.R. de Groot & C.J.P. van Laer. 'The Quality of Legal Dictionaries: An Assessment', <<http://ssrn.com/abstract=1287603>>, 1 Aralık 2010.

⁸⁶ H.G. Gadamer'in yukarıda bahsi geçen görüşü için bkz. H.G. Gadamer, 'Text und interpretation'. In *Gesammelte Werke*. Band 2 (Tübingen: JCB Mohr, 1983), 330 et seq.

Ayrıca doğru bir hukuk bilgisi için derin epistemik katman daha önemlidir. Eğer söz konusu sav genişletilir ve daha ileriye taşınır ise, yazarın hukuk teorisinde tanıdık olan “zorlu vaka” kavramı ile paralellik gösterdiği problemlili bir çeviri örneğinde, yüzeysel katmanın alt seviyesinin, yüzeysel katmandan daha önemli olduğu ortaya çıkacaktır.

Ayrıca yabancı bir hukuk söz konusu olduğunda, her çok dilli çevirmen bu alanda çalışan bir karşılaştırmalı hukukçuya dönüştürecektir.⁸⁷ Açıkça görülüyor ki; çevirmenlerin hukuki tanımlar içeren sözlükler gibi yardımcı araçlar kullanması dolayısıyla söz konusu problemlerin aşılabilir nitelikte olduğu söylenebilir. Fakat açıkça belirtildiği gibi, sadece iki dilli sözlüklerin bazıları bu kaliteye erişebilecek seviyededir.⁸⁸ Ayrıca çeşitli hukuk veri tabanları ve bu veri tabanlarına eşlik eden çok dilli hukuk sözlükleri tartışmasız bir şekilde yardımcı niteliktedir, fakat “dilbilimsel olarak zorlu olan bir vaka” ile karşılaşıldığında söz konusu kaynaklar yeterli olamayabilir.⁸⁹

Bazıları, hukukun karşılaştırmalı olarak çalışılmasının bu çıkmaz sokaktan bir çıkış yolu bulabileceğine kanaat getirmektedir. Kural olarak bu fikir mantıklı gibi görünebilir çünkü hukukun ve hukuk dillerinin karşılaştırmalı olarak çalışılması, Avrupa ve hatta evrensel hukuk açısından ortak bir hukuk dili geliştirilebilecek iyi bir konuma sahip olduklarını gösterebilir.⁹⁰ Bunun yanı sıra olabilecek en iyi fikir olan söz konusu bu fikir, birbirlerine karşı açıktan veya zımni olarak bir küçümseme duygusu gösteren farklı ekollere ve bölümlere ayrılmış günümüz karşılaştırmalı hukuk dalı gerçeğine oldukça yabancı görünmektedir.⁹¹ Görünüşe bakılırsa biraz daha tamahkar davranarak durumdan memnun olmak zorundayız. Karşılaştırmalı hukuk ve hukuk dilbiliminin bir birleşimi, Mattila'nın “karşılaştırmalı hukuk dilbilimi” olarak adlandırdığı gibi hitap edebiliriz ve bu daha gerçekçi bir olasılık gibi görünmektedir. Ancak bizler kesinlikle, hukuk çevirisi amacıyla iki dilli veya çok dilli hukuk sözlükleri oluşturabiliriz ve şüphesiz çok dilli hukuk terminolojisini güncelleştirebiliriz, fakat hukuk ve hukuk dilini kendi hukuk kültürü bağlamında anlamaktaki temel zorluk ortadan kalkmayacaktır; genel hukuk dil bilgisi önceliklidir, ondan sonra ise bir dil üzerinde teknik uzmanlaşma gelir.

⁸⁷ Ayrıca bkz. G.R. de Groot, ‘Legal Translation’, in Elgar Encyclopedia of Comparative Law, ed. J. M. Smits (Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2006), 423–424.

⁸⁸ Bkz. supra n. 84.

⁸⁹ Örneğin, Avrupa için kurumlar arası terminolojik veri tabanı olan, AEET (Avrupa için Elverişli Etkileşimli Terminoloji), <<http://iate.europa.eu/>>, 1 Ocak 2011.

⁹⁰ Bkz. supra n. 6, 274.

⁹¹ Bkz. J. Husa, ‘Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?’, in *Revue internationale de droit comparé* 57 (2006): 1095.

Ancak, hukukçuların en iyi çevirmenler olduğu ve tüm çevirmenlerin mutlaka hukukçular olması gerektiği şeklindeki görüşü fazla basite indirgememekle beraber böyle bir iddiada bulunamayız. Hayır, esasen bizim ihtiyacımız olan şey hukuk ve çeviri alanındaki becerilerin bir araya gelmesidir. Örneğin, AB'nin hukukçu dilbilimcileri, sadece birçok AB hukuk dillerinde az da olsa yetenekleri olan bir hukukçu olmamalılar aynı zamanda dilbilimi ve çeviri alanında da yeteneklerinin olması gerekmektedir. Devamla, çoğul dilli bir çevredeki hukuk metinlerinin çevrilmesi mevzu bahis olduğunda, aranan beceri iki kategoriden birisine - ya, ya da (hukukçu ya da dilbilimci/çevirmen) - indirgenmemeli her ikisi birden aranmalıdır.⁹² Dahası, günümüzde bizler, faydasız bir ihtilafa sebep olacak, modası geçmiş "bir kişiye bağlı" prensibine sarılmak yerine ne tür etkileşimli bir takım oluşturmamız gerektiği üzerine düşünmeliyiz.⁹³ En azından hukuk çevirisi çalışmalarının, hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla hukuk çevirisinin zorlukları ile baş eden çevirmenler için önemli olduğu aşikardır.

Netice itibariyle, günümüz Avrupasındaki hukuk metinleri artık belirli bir ulusal hukuk sistemi içinde işleyecek şekilde sınırlandırılmış ve inşa edilmiştir. Bu durum ise her şeyi çok daha karmaşık bir hale getirmektedir. Bu nedenle, çoğul dillilik sorunu veya birçok hukuk dilinin aynı anda anlaşılmasına dair ortaya çıkan büyük ihtiyaç, hem dilbilimsel olarak hassas karşılaştırmalı hukukçular hem de hukuk dilbilimcileri için bu denli önemli bir endişe yaratmaktadır.⁹⁴ Dahası, anlamak bile yeterli değildir, çünkü bu anlayışın, hedef dildeki metinler olarak; açık, anlaşılır ve hukuki olarak en doğru şekilde, dilsel bağlamda iyi bir çeviriye dönüştürülmelidir. Bu zorluğun boyutu hafife alınmamalıdır; Babil kulesi ile ilgili İncil'de geçen hikâye hemen akla gelmektedir.⁹⁵ Fazla yük yüklenmeden ve hukuk çevirisinin sınırları dolayısıyla işlemez hale gelmezden evvel hukuk çevirisinin sınırlarının bilinmesi önemlidir.

⁹² Ayrıca bkz. S. Šaršević, *New Approach to Legal Translation* (The Hague: Kluwer, 1997), 114–115.

⁹³ "Hukukçu olmayan çevirmenler", "Dilbilimci olmayan hukukçular" vb.

⁹⁴ Bu görüş, hukuk dilbilimcisi ve karşılaştırmalı hukukçu arasında keskin bir çizginin olmadığı yönündeki fikre dayanmaktadır; hukukun dahili (hukuki) ve harici (dilbilimsel) boyutlarının gerçek manada ayrıştırılamaz. H. E.S. Mattila, 'Oikeuslingvistiikka ja oikeusvertailu' (Legal Linguistics and Comparative Law), *Lakimies* 108 (2010): 719. Ancak bu, geniş bir biçimde hukuk dilbiliminin ne olduğunun anlaşılmasını gerektirmektedir; genel olarak hukuk dili üzerine çalışan akademik alanların tamamına yaklaşmaktadır (örneğin, hukuk teorisi, hukuk ve edebiyat, hukuk filolojisi vb.).

⁹⁵ Babil kulesi savı için ayrıca bkz. Curran, 'Comparative Law and Language', 691–693.

FRANSIZ DANIŞTAYI'NIN BİR İDARİ SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN TAHKİM KARARINI İNCELEME KRİTERLERİ: FOSMAX KARARI

Çeviren: Arş. Gör. Muhammed Ali AYDIN

CONSEIL D'ETAT (FRANSIZ DANIŞTAYI)

ESAS NO: 388806

KARAR TARİHİ: 09.11.2016

Lebon derlemesinde yayınlandı.

Danıştay Yargısal Genel Kurulu (Conseil d'État, Assemblée)

Raportör Frédéric Dieu Bey,

Kamu raportörü Gilles Pellissier Bey,

Sayın avukatlar: Matuchansky, Poupot, Valdelievre; Piwnica, Molinie.

FRANSIZ CUMHURİYETİ

FRANSIZ MİLLETİ ADINA

Fosmax şirketi 18 Mart, 18 Haziran ve 5 Ekim 2015 ile 13 Temmuz ve 3 Ekim 2016 tarihlerinde Danıştay sekreterliğine verdiği özet dilekçeler ve ek beyan dilekçeleri ile:

1- Paris'te 13 Şubat 2015 tarihinde Uluslararası Ticaret Odası (ICC) himayesinde kurulan hakem heyeti kararının (CCI no:18466/ND/MHM) iptalini talep etmektedir. Söz konusu tahkim hükmünde ilk olarak; STS ortak girişiminin, TCM FR, Tecnimont ve Saipem şirketleri birliğinin ana para ve bu ana paraya 28 Şubat 2009 tarihinden itibaren işletilmek üzere faiz ilavesiyle birlikte 48.217.345 Euro olmak üzere toplamda 68.805.345 Euro bir meblağı bu davanın davacısı Fosmax şirketine ödemesine karar verilmiştir. İkinci olarak ise Fosmax şirketi ana para ve bu ana paraya işletilen faiz ilavesiyle birlikte 128.162.021 Euro bir meblağı STS ortak girişimine ödemeye mahkûm edilmiştir. Son olarak ise Fosmax şirketinin 1.200.000 Usd olarak belirlenen tahkim yargılama ücretinin yarısını ödemesine karar verilmiştir. Fosmax şirketi işbu tahkim kararının iptalini talep etmektedir.

2- Fosmax şirketi, İdari Yargı Kanunu'nun L. 761-1 maddesi uyarınca TCM FR, Tecnimont ve Saipem şirketlerinin 10.000 Euro tazminat ödemesine karar verilmesini talep etmektedir.

Dosyanın diğer içerikleri görüldü;

Yabancı tahkim hükümlerinin tanınması ve infazına dair 10 Haziran 1958 tarihli New York Andlaşması, özellikle 5. maddesi;

Medeni Kanun;

Enerji Kanunu;

Medeni Usul Kanunu;

11 Aralık 1992 tarihli 92-1282 sayılı kanun;

3 Ocak 2003 tarihli 2003-8 sayılı kanun;

9 Ağustos 2004 tarihli 2004-803 sayılı kanun;

23 Temmuz 2015 tarihli 2015-899 sayılı kanun hükmünde kararname;

3 Ağustos 1993 tarihli 93-990 tarihli tüzük;

8 Ocak 2002 tarihli 2002-56 sayılı tüzük;

27 Şubat 2015 tarihli 2015-233 sayılı tüzük;

11 Nisan 2016 tarihli 4043 esas sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kararı;

İdari yargı kanunu nazara alındı.

Daha sonra raportör Frédéric Dieu ile kamu raportörü Gilles Pellissier Beylerin hazırladıkları raporlar duruşma yapılarak dinlendi.

Raportörlerin hem görüşlerini açıklamalarından önce hem de açıkladıktan sonra Fosmax şirketinin avukatları Bay Matuchansky, Bay Poupot, Bay Valdeliévre ile TCM FR, Tecnimont ve Saipem şirketlerinin avukatları Bay Piwnica ve Bay Molinié'ye söz verildi. Değerlendirmeye geçildi.

1- 27 Kasım 2001 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde bir görüş yayınlanmıştır. Sınai ve ticari bir kamu kuruluşu olan Gaz de France, Fos Cavaou adası yakınlarında LNG¹ tanklarının doldurulması ve boşaltılması, LNG dâhil çeşitli gazların depolanabileceği ve gaz dolumlarının yapılabileceği bölümleri içeren bir LNG terminali tesisinin inşası amacıyla tesisin kurulacağı yerin tahsisini de içeren bir ihaleye çıkmıştır. İhalenin peşi sıra 17 Mayıs 2004 tarihinde daha sonra TCM FR adını alacak olan Sofregaz, SN Technigaz ve Saipem şirketlerinden

¹ Sıvılaştırılmış doğal gaz veya LNG İşlenmiş doğal gazı içerisindeki kirliliği arındırarak atmosferik basınçta yaklaşık olarak -163 derecede yoğunlaştırılmış doğal gaz. Bir birim/hacim LNG buharlaştırıldığında 600 birim/hacim doğal gaz elde edilir.

oluşan STS ortak girişimi ile sözleşme imzalanmıştır. Daha sonra özelleştirilmesi üzerine anonim şirkete dönüşen Gaz de France ise 17 Haziran 2005 tarihinde söz konusu sözleşmeyi geçmişe etkili olarak kabul eden bir sözleşmeyi diğer taraf şirketleriyle beraber imzalamıştır. Aynı ek sözleşmeye Gaz de France'ın bağlı şirketi olan ve daha sonra B..A.. adını alacak olan Fos Cavaou LNG terminali şirketi de imza atmıştır. 23 Ocak 2008 tarihinde yapılan ek sözleşme ile SN Technigaz şirketinin daha önce imzalanan sözleşmelerden doğan hak ve borçları Saipem şirketine ve İtalya hukukuna göre kurulmuş olan Tecnimont şirketinin bu sözleşmelerin tarafı olması üzerine bu şirkete aktarılmıştır. 11 Temmuz 2011 tarihinde imzalanan yeni bir ek sözleşme ile de daha önceki sözleşmelerden doğacak olan her türlü uyuşmazlığın Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tahkim düzenlemesi çerçevesinde kurulacak olan ve söz konusu düzenleme kurallarına göre atanacak olan 3 hakem tarafından kesin olarak hükme bağlanacağına dair tahkim şartı eklenmiştir. Tahkim şartının konulmasından sonra da bir uyuşmazlık doğduğunda Fos Cavaou LNG terminali şirketinin paylarının çoğunluğunu elinde bulunduran Fosmax LNG şirketi, LNG terminalinin tamamlanarak teslim edilmesinde gecikme olduğu ve teslim edilen terminalin de ihale ve sözleşmede öngörülen şartlara uygun olarak yapılmadığı gerekçesiyle tazminat talebinde bulunmuş ve Uluslararası Ticaret Odası'nın himayesinde kurulmak üzere tahkim yoluna başvurmuştur. STS ortak girişimi ise kendi açısından uyuşmazlığa dair savunmalarda bulunmuş ve terminalin inşa edilebilmesi için öngörülenden daha fazla maliyet doğması nedeniyle ortaya çıkan ek masrafların tümünün karşı tarafın kendilerine ödemesine karar verilmesini talep etmiştir. Uluslararası Ticaret Odası himayesinde kurulan hakem heyeti ise 13 Şubat 2015 tarihinde vardığı hükümlerle, STS ortak girişiminin 68.805.345 Euro miktarında bir bedeli Fosmax şirketine; Fosmax şirketinin ise ek masrafları ödemesi gerektiğine ve STS ortak girişimine ek masraflar için 128.162.021 Euro ödemesine karar vermiştir. İki tarafın da fazlaya ilişkin talepleri reddedilmiştir. 18 Mart 2015 tarihinde Fosmax şirketi tahkim hükmünün iptali amacıyla Danıştay'a başvurmuştur. Danıştay 3 Aralık 2015 tarihinde aldığı bir kararla önlerine gelen uyuşmazlıkta Danıştay'ın 27 Şubat 2015 tarihli tüzüğü'nün 35. maddesi uyarınca kendilerinin yetkili olup olmadıklarına karar verilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurulmasına karar vermiştir. 11 Nisan 2016 tarihinde, Uyuşmazlık Mahkemesi, tahkim hükmünün iptali talebiyle açılacak olan bir davanın çözümü görevinin idari yargının görev alanında olduğuna karar vermiştir.

Somut uyuşmazlığın kapsamına gelecek olursak;

2- Fosmax şirketi en başta, sözleşmenin mâli dengesini bozduğu gerekçesiyle kendisini STS ortak girişimine 87.947.425 Euro ödemeye mahkûm eden tahkim hükmünün 2. maddesinin iptalini talep etmektedir. İkinci olarak, Fosmax şirketi, kendisinin STS ortak girişimi hesabına yapmış olduğu işlerin 36.359.758 tutarında hesaplanan masrafının bedelini söz konusu terminali yapma işinde işin hasarı ve riski üstlenmek STS ortak girişimine ait olduğu için tahkim başvurusunda bu bedelin kendisine ödenmesini talep etmesine rağmen ret yönünde hüküm kuran tahkim kararının 6. maddesinin iptalini talep etmektedir. Fosmax şirketi bu taleplerine ek olarak tahkim kararının tümünün iptalini talep etmektedir. Her halükarda da taraflar arasındaki uyuşmazlığın yeni bir tahkim heyeti önünde görülmesine karar verilmesini talep etmektedir.

Karşı dilekçede öne sürülen, önceki beyanlara aykırı tutum yasağı (estoppel) hakkında;

3- Davalı taraf STS ortak girişimi, Fosmax şirketinin tahkim kararı uyarınca varılan hükümde belirlenen bedeli kendilerine ödemesine rağmen işbu dava ile tahkim kararının iptali talebiyle dava açmasının, Fosmax şirketinin önceki beyanlara aykırı tutum yasağını ihlal etmesi sonucunu doğurduğunu ileri sürmektedir. Fosmax şirketinin tahkim kararında hükme bağlanan miktarı ödediği ve sonrasında bu davayı açtığı açıktır. Ancak, yapılan ödeme hukuken sonuç doğuran bir tahkim kararının uygulanması niteliğinde olup söz konusu kararın kabullenildiği şeklinde yorumlanamaz. Dolayısıyla Fosmax'ın tahkim kararının gereğini yerine getirerek bedeli ödemiş olmasının kabullenme addedilerek dava haklarından vazgeçtiği ve işbu başvurusunun önceki beyanlara aykırı tutum alma yasağını ihlal ettiğinden bahisle kabul edilemezlik kararı verilmesi talebinin reddedilmesi gerekmiştir.

Uluslararası tahkim alanında verilen bir hükmün Danıştay'ın görev kapsamına girip girmediği hakkında;

4- Somut olaydaki uyuşmazlık, yabancı hukuka göre kurulan tüzel kişilerin, Fransız hukukuna göre kurulan tüzel kişilerin ve Fransız kamu tüzel kişisinin arasında imzalanan bir sözleşmenin uygulanması ve bu sözleşmeye aykırı olduğu öne sürülen davranışlar nedeniyle ortaya çıkan ihtilafın Fransa'da kurulan bir tahkim heyeti tarafından tahkim kararı verilerek çözülmesi üzerine bu kararın iptali talebiyle ortaya çıkmıştır. Söz konusu sözleşme Fransa toprakları üzerinde uygulanacak olmasına rağmen uluslararası ticaret menfaatlerini ilgilendiren bir sözleşmedir. Başvurunun kapsamında görüleceği üzere, sözleşme kamu düzenine

uygulanan idare hukuku rejiminin kapsamındadır. Çünkü tahkim kararının, Fransız kamu hukukunun emredici kurallarına uygun olup olmadığını denetleme meselesi, idari yargının görev alanına giren kamu mallarının işgali ve tahsisi konusuyla ve dolayısıyla kamu düzeni konusuyla ilgilidir. Dahası, verilen tahkim kararı, 23 Temmuz 2015 tarihli kanun hükmünde kararnamenin 90. maddesi uyarınca kamu ihalelerinin kapsamına giren bir içeriğe de sahiptir. Mademki, 23 Temmuz 2015 tarihli kanun hükmünde kararname kamu ihalelerine ilişkin kamu ve özel ortaklığıyla yapılacak işlerde tek bir hukuki rejim oluşturma amacıyla çıkarılmıştır ve uluslararası ticari menfaatleri ilgilendiren kamu-özel kişilerinin sözleşmelerinden doğan ihtilafların çözülmesini hedeflemektedir, o zaman buna uygun bir yorum yapılması gerekir. Şöyle ki, mezkûr madde hükmü Medeni Usul Kanunu'nun 4. kitabındaki hükümlere gönderme yapmasına rağmen bu düzenlemelerle uyuşmamaktadır. Dolayısıyla 23 Temmuz 2015 tarihli kanun hükmünde kararname ile Medeni Usul Kanunu beraber değerlendirildiğinde, bu ikisinin somut uyuşmazlıktaki tahkim kararları gibi tahkim kararlarına karşı başvuru yollarına ilişkin yargı kolları arasında bir görev paylaşımı getirdiği görülecektir. 23 Temmuz 2015 tarihli kanun hükmünde kararname Medeni Usul Kanunu'nun kamu ihalelerine ilişkin tahkim uyuşmazlıklarındaki hükümlerini ilga etmiştir. Bu sebeplerle, idari yargı kolunda Danıştay, kamu-özel sözleşmelerine ve kamu ihalelerine ilişkin uyuşmazlıklara dair verilen böylesi tahkim kararlarına karşı yapılan başvuruları karara bağlamak İdari Yargı Kanunu'nun L. 321-2 maddesi uyarınca görevli ve yetkilidir.

5- Yukarıda çerçevesi çizilen türden bir tahkim kararına ilişkin başvuru yapıldığında, bu tahkime yetki veren tahkim şartının, tahkim sözleşmesinin veya uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tahkime gidilmesi konusunda yapılan bir anlaşmanın hukuka uygun olup olmadığını iddia üzerine veya gerekirse re'sen inceleyip karara bağlamak Danıştay'ın yetkisine girer. Tahkimin hukuka aykırı olduğu iddiası ise ancak belirli hallerde kabul görebilir. Tahkim kararının hukuka aykırı olabilmesi için tahkim yoluna, ya usule ilişkin kurallara aykırı şartlar altında gidilmiş olmalı veyahut da alınan tahkim kararı kamu düzenine aykırı olmalıdır. Usule ilişkin tahkim kurallarına gelecek olursak; özel olarak idari yargının yetki alanına giren tahkim uyuşmazlıkları süreçlerine uygulanacak olan usul kuralları ayrıca düzenlenmemiştir. Dolayısıyla genel tahkim usulü kuralları uygulanır. Bu cümleden olmak üzere; hakem heyetinin haksız yere kendisini yetkili veya yetkisiz sayması üzerine, hakem heyetinin usule aykırı kurulması üzerine, hakem heyetinin özellikle tarafsızlık ve bağımsızlık kurallarına aykırı kurulması üzerine, hakem heyetinin kendisine tevdi edilen konu yerine başka bir konu hakkında karar alması üzerine, hakem heyetinin silahların eşitliği ilkesine aykırı yargılama

yapması üzerine, hakem heyetinin kararının gerekçesini belirtmemesi üzerine alınan tahkim kararları usul yönünden hukuka aykırı olur. Esas yönünden hukuka aykırılıklar da tahkim kararını hukuka aykırı kılar. Eğer sözleşmenin konusu gayri meşru ise, sözleşmenin tarafları sözleşmeyi kurarken iradeleri hata, hile veya ikrah nedeniyle ağır bir şekilde ifsad edilmiş ise, sözleşmede kamu tüzel kişilerini ve kamu görevlilerini bağlayan emredici hukuk kuralları göz ardı edilmiş ise, kamu mallarının bağışlanamayacağı, devredilemeyeceğine dair kural ihlal edilmiş ise, sözleşmenin uygulanması sırasında kamu tüzel kişilerine kamu yararı maksadıyla tanınmış olan kamu gücü ayrıcalıklarından vazgeçilmişse veya göz ardı edilmişse, Avrupa Birliği'nin kamu düzeni kuralları göz ardı edilmişse söz konusu sözleşme kamu düzenine aykırılıktan bahisle esas yönünden hukuka aykırı olur.

6- Önüne gelen olayda Danıştay, özellikle kanuni düzenlemeler ile veya usulüne uygun bir şekilde onaylanarak iç hukuka aktarılan uluslararası andlaşmaların tahkime gidilmesine yetki vermesi hariç olmak üzere kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurma yasağının ihlal edildiğini tespit ettiği takdirde tahkim kararının iptaline karar verir. Tahkim kararının iptaline karar vermesinin yanı sıra Danıştay bu dava hakkında karar vermek üzere dosyayı yetkili idare mahkemesine gönderir veya bu dava hakkında kendisi yetkili ise ilk derece mahkemesi sıfatıyla tahkim heyeti önünde öne sürülen iddia ve savunmalar çerçevesinde uyuşmazlığı kendisi karara bağlar. Öte yandan, eğer Danıştay iptali istenen tahkim kararına konu olan uyuşmazlığın tahkime götürülebilecek bir konu olduğunu tespit ederse yapmış olduğu inceleme sonucunda tahkim kararının iptali talebini reddedebileceği gibi talepleri haklı görmesi halinde kısmen veya tamamen iptal kararı da verebilir. Ayrıca, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde denetleyen yargı organına uyuşmazlığı tahkim kararından sonra esastan karara bağlama yetkisi açıkça öngörüldüğü takdirde veya öngörülme bile iptali talebiyle dava açıldığında davanın iki tarafının da uyuşmazlığın esasının Danıştay tarafından çözülmesi için talepte bulunması halinde Danıştay'ın konuyu esastan karara bağlaması da söz konusu olabilir. Bahsedilen yetkileri açıkça öngören bir hükmün sözleşmede yer almadığı veya iki tarafın bu konu üzerinde daha sonra uzlaşmadığı veya iki tarafın birlikte yetkili idare mahkemesine başvurmaya karar vermediği bir durumda eğer tahkim kararının kısmen veya tamamen iptaline karar verilirse, sözleşmeden doğan uyuşmazlık idari yargı tarafından tamamen çözüme kavuşturulmuş olmayacağı için tarafların uyuşmazlığı yeniden tahkim heyeti önüne götürmesi mümkündür.

7- Eğer bir tahkim kararı kamu düzenine aykırıysa bu tahkim kararının cebrî icrasına izin verilemez. Fransa'da veya yabancı bir ülkede verilmiş olsun, uluslararası ticaret menfaatlerini ilgilendiren ve kamu düzenine uygulanan idare hukuku rejimine tâbi olan ve bir Fransız kamu tüzel kişisi ile yabancı hukuka göre kurulmuş olan bir tüzel kişi arasında imzalanmış olan idari sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için verilmiş olan bir tahkim kararının, Fransa'da ulusal yargı organları tarafından tenfizi talebiyle idari yargıya başvurulduğunda, idari yargı hakimi 5. paragrafta anlatılmış olan kontrol ve değerlendirmeyi yapmalıdır.

Dava konusu edilen tahkim kararı hakkında:

Usulün hukuka aykırı olduğu iddiaları ile ilgili olarak:

8- İlk olarak; davacı taraf Fosmax şirketinin iddialarının aksine, tahkim kararında Fosmax şirketinin uyuşmazlığın niteliğinin idari olduğunun göz önünde bulundurulmasına ilişkin iddialarının incelendiği, tartışıldığı ve gerekçelendirildiği görülmüştür. Bu sebeple, tahkim kararının gerekçesiz olduğu ve bu sebeple usul yönünden iptal edilmesi gerektiği iddiasının temelsiz olduğuna karar verilmesi gerekmiştir.

9- İkinci olarak; asıl sözleşmeye 11 Temmuz 2011 tarihinde 6 numaralı bir ek sözleşme ile tahkim şartı eklenmiştir. Bu ek sözleşmenin 2. maddesinde "*Tahkim Fransızca dilinde yapılacaktır. Tahkim yeri Paris, Fransa'dır. Uyuşmazlığın esasına gerekli görülmesi hâlinde Fransız idare hukuku hükümleri dâhil olmak üzere Fransız hukuku uygulanacaktır.*" denilmektedir. Ek sözleşmenin 4. maddesinde ise, "*Sözleşmenin idare hukukunun uygulama kapsamında olduğuna dair sözleşmenin tarafları hemfikir değildir. Başka bir deyişle, sözleşmeye Fransız hukukunun uygulanacağına uzlaşmaya varılmış olmasına rağmen sözleşmenin niteliği uyarınca idare hukuku kapsamına girip girmediği konusunda bir uzlaşmaya varılamamıştır. Bu hukuki sorun hakkında ise tahkim heyetine herhangi bir yönlendirme yapılmamış ve Fransız yasaları, içtihadlar ve Fransız mahkemesi kararlarında belirlenen kriterlere göre sözleşmeye idare hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı noktasında karar verme yetkisi tahkim heyetine tanınmıştır. Tahkim heyetinin görevlerinin en başında bu kriterlerin sıkı bir uygulaması ışığında idare hukukunun uygulanabilir olup olmadığına karar vermek gelmektedir.*" denilmektedir. Tahkim heyeti ise yapmış olduğu yargılamada sözleşmenin Fransız hukuku açısından özel hukuk hükümlerine tâbi olan istisna akdi olduğu sonucuna varmıştır. Mahkememiz tarafından yapılan başvuru hakkında Uyuşmazlık Mahkemesi 11 Nisan 2016 tarihinde vermiş

olduğu kararla uyuşmazlık konusu olan sözleşmenin kamu hukukuna tâbi olan bir sözleşme olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte, sözleşmenin tâbi olduğu hukuk dalının tespit edilmesi yetkisinin sözleşmenin tarafları tarafından tahkim heyetine verildiği göz önüne alındığında tahkim heyetinin kendisine verilen göreve uygun davranmadığı sonucuna varılamaz.

10- Son olarak; STS ortak girişimi tahkim heyeti önünde vermiş olduğu dilekçelerde, 24 Ocak 2008 tarihli, 5 numaralı ek sözleşmeden sonra gerçekleşen muhtelif olaylar nedeniyle sözleşmenin mâli dengesinin bozulduğundan bahisle 165.407.813 Euro tazminat talep etmiştir. Tazminat talebine konu yaptığı sözleşmenin mâli dengesinin bozulması iddiasını ise imzalanan ek sözleşmenin yapılması gereken işin hacmini artırmasına ve dolayısıyla masrafların da artmış olmasına ve ayrıca Fosmax şirketinin bu sözleşmelerin tarafı yapılmış olmasına dayandırmıştır. STS ortak girişiminin iddialarının aksine, tahkim heyeti Fosmax şirketinin sözleşmenin uygulanması sırasında müteaddit defalar müdahalelerde bulunmasını sözleşmenin mâli dengesinin bozulması olarak görmemiştir. Buna karşılık, tahkim kararında, ortaya çıkan ek masrafların ilk sözleşmede yer alan paket fiyatı üzerinden değil taraflar arasında daha önceden tartışılıp, üzerinde uzlaşılmamış olan hukuki bir temel üzerinden zararın hesap edilmesi suretiyle tazminine karar verilmiştir. Hakem heyeti, vermiş olduğu kararın gerekçesinde tarafların tartışmış olduğu fiili olaylar ve hukuk uyarınca varmış olduğu sonucu gerekçelendirmekle beraber tarafların bu olaylar ve hukuk hükümlerinden varmış oldukları gözlem ve izlenimlere karşılık vermek zorunda değildir. Dolayısıyla Fosmax şirketinin, silahların eşitliği ilkesinin ve dinlenilme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları temelsiz bulunmuştur.

Kamu düzeni kurallarının ihlal edildiğine ilişkin iddialar hakkında:

11- İlk olarak; 5 numaralı paragrafta izah edildiği üzere, bir idari yargı hakiminin, bir tahkim kararı üzerindeki inceleme yetkisi, tarafları bağlayan sözleşmeye hakemlerin vermiş olduğu idari veya özel sözleşme olduğuna dair niteliği denetlemeyi kapsamaz. İdari yargıç esasa ilişkin yalnızca uyuşmazlığa ilişkin çözümü denetleyebilir. Çözüme ilişkin bu inceleme de tahkim kararının çözümünün kamu düzeni kurallarından birini ihlal edip etmediğiyle sınırlıdır. Ancak bir kamu düzeni kuralı ihlal edilmişse tahkim heyetinin çözümü iptal edilebilir. Somut olayda, Uyuşmazlık Mahkemesi 11 Nisan 2016 tarihli kararıyla uyuşmazlık konusu sözleşmenin bir idari sözleşme olduğu sonucuna varmıştır. Buna rağmen, tahkim heyeti yaptığı yargılamada bu sözleşmeye uygulanacak hukukun özel hukuk olduğuna hatalı bir şekilde karar vermiştir. Bununla birlikte, Danıştay, tahkim heyetinin mezkûr sözleşmenin niteliği konusundaki hatalı

kararının onları idari sözleşmelere uygulanan kamu düzeni kurallarından birini ihlal etmeye veya göz ardı etmeye sevk etmemesi hâlinde bu tahkim kararını iptal edemez.

12- İdari sözleşmelere uygulanan genel kurallardan hareketle, kamu inşaat müteahhidinin sözleşmenin şartlarına uygun olarak yürütmeyi üstlendiği hizmetleri, iş sahibi kamu kurumunun uyarılarına rağmen yerine getirmemesi veya getirememesi mümkündür. Bu hâllerde, iş sahibi kamu kurumu, masrafı ve riski sözleşmenin diğer tarafına yüklenmek üzere sözleşmenin edimlerini yerine getirme yetkisini üçüncü bir kişiye verebileceği gibi bizzat kendisi de yerine getirebilir. İhale eden taraf, bir kamu işleri sözleşmesinin uygulanmasını engelleyen kamu inşaat müteahhidinin ihlalleri veya kötü niyetinin sözleşmenin konusu olan işin akamete uğratmaması için bu yola başvurabilir. Kamu işinin yarıda kalmaması için işin bizzat kamu kurumu tarafından yapılması veya 3. bir kişiye devredilmesi sözleşmede açık bir hüküm bulunmaması durumunda bile uygulanabilir. Çünkü kamu yatırımının tamamlanması kamu yararının gereğidir. İşin idare tarafından bizzat veya 3. bir kişiye devredilmesi suretiyle görülmesi geçici nitelik taşıyan zorlayıcı bir önlemdir. İşin belirli bir kısmının veya istisnalar hâlinde tamamının müteahhidin elinden alınması iş sahibi idare ile kamu inşaat müteahhidi arasındaki sözleşme bağının koparıldığı anlamına gelmez. Bu tedbirin alınması iş sahibi idarenin önceden sözleşmeyi feshetmiş olması şartına da bağlanamaz. Çünkü izah edildiği üzere, sözleşmede idareye açıkça böyle bir yetki tanınmamış olsa bile sözleşme konusu işin tamamlanabilmesi için hasarı ve riski kamu inşaat müteahhidine yüklenmek üzere bizzat veya 3. kişi tarafından işin devam ettirilmesinde kamu düzeni rejimini ilgilendiren, kamu yararını hedefleyen bir nitelik vardır. Dahası, kamu tüzel kişilerinin yapmış oldukları sözleşmelerde bu yetkilerinden önceden vazgeçmeleri de mümkün değildir.

13- Somut olayda dava konusu edilen uyuşmazlık, konusu Gaz de France'a teslim edilecek LNG terminali olan sözleşmenin uygulamasından doğmuştur. Mezkr LNG terminalinin, ikmal güvenliğini temin eden, gaz temininde süreklilik sağlayabilen, Gaz de France'ın yerine getirmesi gereken kamu hizmeti yükümlülüklerine uygun olan nitelikte olması gerekmektedir. Bu sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinde kullanılacak olan bir kamu tesisinin yapılmasıdır. Uyuşmazlık konusu olan sözleşmenin 34.2.1 ve 34.2.3 numaralı maddelerine göre bahsi geçen kamu gücü yetkisinin ön fesih yapılmadan uygulanamayacağı öngörülmüştür. Tahkim heyeti bu hükme dayanarak, ön fesih yapılmadan sözleşmenin konusu olan terminalin inşası işinin 3. kişiye devredilmesini

sözleşmenin ihlali olarak yorumlamıştır. Tahkim heyeti, Fosmax şirketinin, hasarı ve riski STS ortak girişimine yükletilmek üzere terminal işinin 3. kişi tarafından görülmesi nedeniyle STS ortak girişimi tarafından masrafların ödenmesi talebini reddetmiştir. 12. paragrafta izah edildiği üzere, idarenin mezkûr kamu gücü yetkisinden sözleşme uyarınca bile vazgeçmesi mümkün olmadığından tahkim heyetinin masrafların ödenmesi talebini reddetmesi kararı hatalıdır.

14- Tahkim kararında, sözleşmenin uygulanması sırasında iş sahibi idarenin davranışlarının muhtelif vesilelerle neden olduğu ek masrafların sözleşmenin mâli dengesini bozduğundan bahisle Fosmax şirketinin tazminat ödemesine karar verilmiştir. Tahkim heyeti, inşaat sözleşmesinin ekonomik dengesinin karışıklığa uğradığı gerekçesiyle STS grubunun karşı hak taleplerini kabul ederek sözleşmede kabul edilen sabit fiyatlı götürü bedelin kamu ihale yasasının emredici kurallarını ihlal ederek bu hükümleri geçersiz kıldığını açıkladı. Kamu ihalesi sonucu imzalanan bir kamu sözleşmesinde belirli bir sabit fiyat üzerinde anlaşmaya varılması söz konusu olabilir. Sözleşme tarafı olan müteahhidin sözleşmeyi yürütmesinin zorlaştığı durumlarda sabit fiyatla yapılan bir kamu sözleşmesine tazminat şartları eklenmesi veya daha sonra tahkim heyeti tarafından tazminata hükmedilmesi kamu düzeni rejimini ihlal eden bir özellik taşımaz. Somut olayda inşaat projesi sırasında sözleşmeyi yapan idari makamın davranışlarından kaynaklanan ek maliyetler ortaya çıkmış ve idarenin müdahaleleri önemli ek işlere yol açmıştır. Ayrıca inşaat bölgesi, Marsilya İdare Mahkemesi tarafından 29 Haziran 2009'da verilen kararla LNG terminalinin faaliyete geçmesine izin veren 15 Aralık 2003 tarihli valilik ruhsatının iptal edilmesi üzerine üç aydan daha uzun bir süre durdurulmuştur. Aktarılan olayların önemli ek masraflara ve işlere yol açtığı nazara alındığında, tahkim heyetinin bu masraflara yönelik Fosmax şirketinin, STS ortak girişimine tazminat ödemesine karar vermesinin kamu düzenini ihlal eden bir yönü yoktur.

15- Yukarıda aktarılan gerekçelerle davacı Fosmax LNG şirketinin tahkim kararının iptalini talep etmekte kısmen haklı olduğu sonucuna varılmıştır. Fosmax şirketinin STS ortak girişimi hesabına yaptığı tesis inşaatının masrafları ve riskinin bu gruba yükletilmesi ve 36.359.758 Euro olarak hesaplanan bedelinin kendisine ödenmesi talebinin tahkim heyetince reddedilmesi hükmünün iptalini talep etmesi haklıdır. Bununla birlikte, Fosmax şirketinin, kendisini sözleşmenin mâli dengesini bozduğu gerekçesiyle 87.947.425 Euro tazminat ödemeye mahkûm eden tahkim hükmünün iptali talebi mahkememizce reddedilmiştir. Mahkememiz tarafından işbu kararlar, STS ortak girişiminin, Fosmax şirketine bahsi geçen masrafları ödemesine karar verilemeyeceğinden dolayı Fosmax

LNG şirketi eğer gerek görüyorsa işbu kararla tahkim kararının iptal edilen hükümleriyle sınırlı olmak üzere yeniden tahkime başvurabilir. Ayrıca sözleşmenin tarafları sözleşmeden doğan uyuşmazlığın yetkili idare mahkemesinde çözüme kavuşturulması için birlikte yetkili idare mahkemesine de başvurabilirler.

16- Yargılama masraflarına gelecek olursak; işbu davada Fosmax şirketinin taleplerinden bir kısmı kabul edilip tahkim kararının bazı hükümlerinin iptal edildiğini göz önüne aldığımızda Fosmax şirketi bu davada kaybeden taraf olmamaktadır. Dolayısıyla idari yargı kanununun L. 761-1 maddesi uyarınca yargılama giderleri Fosmax'a yüklenilemez. Buna karşılık, aynı kanunun uygulamasıyla davanın açılması ve sürdürülmesi sırasında Fosmax şirketinin yapmış olduğu harcamalara karşılık olmak üzere TCM FR, Tecnimont ve Saipem şirketlerinin her birinin Fosmax şirketine 2.000 Euro ödemesine karar verilmiştir.

KARAR:

1- 13 Şubat 2015 tarihinde, Paris'te, Fosmax LNG şirketi ile STS ortak girişimi arasında yapılan tahkim yargılaması sonucunda verilen tahkim kararının; Fosmax şirketinin STS ortak girişimi hesabına yaptığı tesis inşaatının masrafları ve riskinin bu gruba yükletilmesi ve 36.359.758 Euro olarak hesaplanan bedelinin kendisine ödenmesi talebinin reddedilmesi hükmü iptal edilmiştir.

2- Fosmax LNG şirketinin fazlaya ilişkin talepleri reddedilmiştir.

3- İdari Yargı Kanunu'nun L. 761-1 maddesi hükmü uyarınca yargılama giderleri masraflarına karşılık gelmek üzere TCM FR, Tecnimont ve Saipem şirketlerinin her birinin Fosmax LNG şirketine 2.000 Euro ödemesine hükmedilmiştir.

4- TCM FR, Tecnimont ve Saipem şirketlerinin İdari Yargı Kanunu'nun L. 761-1 hükmünün uygulamasına dair vermiş oldukları dilekçelerde öne sürmüş oldukları iddia ve talepleri reddedilmiştir.

5- İşbu karar Fosmax LNG, TCM FR, Tecnimont ve Saipem şirketlerine tebliğ edilecektir.

ROBOTLAR ZARARA NEDEN OLUYORSA, KİM SORUMLU TUTULABİLİR? KENDİ KENDİNİ SÜREN ARABALAR VE CEZAI SORUMLULUK¹

Yazarlar: Sabine GLESS², Emily SILVERMAN³, Thomas WEIGEND⁴

Çeviren: Arş. Gör. Serkan OĞUZ⁵

Robotların, özellikle de kendi kendini süren arabaların, günlük hayatımızın bir parçası olması ceza hukukunda alışılmışın dışında neticeleri ortaya çıkarmaktadır. Robotlar arızalı çalışabilir ve ciddi zararlara neden olabilirler. Ancak şimdiki duruma bakarsak, robotlar ceza hukukuna muhatap olmaya uygun değildirler, çünkü onlar kendilerini özellikle manevi açıdan sorumlu kişiler olarak algılamazlar ve cezalandırıcı adalet kavramını anlamazlar. Robotları üreten, programlayan, pazarlayan ve çalıştıran insanlar, eğer başkalarına zarar verecek robotları bilerek kullanırlarsa, kasten işlenen suçlardan dolayı cezai bakımdan sorumluluğa tabidirler. Kendi kendine öğrenen robotların insanlar ile etkileşim halinde olmasına izin veren bir kişi, robotların kontrolden çıkabileceği ve başkalarına zarar verebileceğini öngörebilir. Bu gerçeklik tek başına taksirli sorumluluğa neden olur. Bununla birlikte bugünün birçok robotunun kullanılması ile bağlantılı olan geniş kapsamlı sosyal menfaatleri ışığında, yazarlar robotlardan ortaya çıkacak riskleri kontrol etmek için gerekli önlemleri almayı ihmal ettikleri durumlarda operatörlerin cezai sorumluluklarının sınırlandırılması lehinde görüş bildirmektedirler.

Anahtar kelimeler: *Robotlar, kendi kendini süren arabalar, cezai sorumluluk, taksir*

¹ Makale 2016 yılında “New Criminal Law Review” adlı dergide “If Robots cause harm, Who is to blame? Self-driving Cars and Criminal Liability” adında yayımlanmış, yazarların ve derginin izinleri alınarak Türkçeye çevrilmiştir.

² Prof. Dr. Sabine Gless, Basel Üniversitesi (İsviçre) Ceza Hukuku. Araştırma alanları, Ceza Hukuku, Yeni Teknolojiler ve Uluslararası Ceza Hukukudur.

³ Dr. Emily Silverman, Max Planck Enstitüsü Freiburg (Almanya). Araştırma alanları, Karşılaştırmalı ve Amerikan Ceza Hukukudur.

⁴ Prof. Dr. Thomas Weigend, Cologne Üniversitesi (Almanya) Ceza Hukuku. Araştırma alanları, Karşılaştırmalı Ceza Usul Hukuku, Ceza Hukuku Teorisi ve Uluslararası Ceza Hukukudur.

⁵ Almanya-Bayreuth Üniversitesi Hukuk Fakültesi LL.M Öğrencisi, çeviri ile ilgili her türlü eleştirileriniz için, srknoguz@yahoo.de

GİRİŞ

Robotlar günlük hayatımıza ayak bastılar. Geçmişte kendi kendini idare eden araçlar senaryoların ve bilim kurgu kitaplarının malzemesi iken, şimdi, kendi kendini süren arabalar şaşırtıcı bir hızla gerçek oldular. Hepimiz robotların hayatımızı daha iyi yapacağını umuyoruz. Bununla birlikte, onlar bilgileri işleme için sınırlı kapasiteye sahiptirler, onların dikkat aralığı bizimkinden daha az sınırlıdır ve onlar daha az hata yaparlar. Örneğin kendi kendini süren araba durumu, engelli, yaşlı ve araba sürmek için çok genç olanlar gibi dezavantajlı kişilerin hareketliliğini hızlandırmak için yeni imkânlar sunmaktadır.

Ancak, ya kendi kendini süren bir arabada bir gezinti, ölümcül bir kaza ile sonuçlanırsa?⁶ Kendi kendini süren arabaların hata önleyici olduğunu varsaymak ahmakçadır. Onlar, sadece kendi çevreleriyle güvenli bir şekilde etkileşim halinde bulduklarında, özellikle insan sürücüler, yayalar, bisikletliler ve gelecekte diğer kendi kendini süren arabaların yanı sıra “akıllı sokakları” içeren trafik ile kuşatıldıklarında düzgün bir şekilde fonksiyonlarını yerine getirebilirler. Kendi kendini süren bir araba, öngörülemeyen bir krizde düzgün bir şekilde reaksiyon göstermeyebilir veya onun karışık teknolojisi basit bir şekilde arızalanabilir ve zarara, yaralanmaya veya hatta insan hayatının kaybına neden olabilir. Bu gerçekleştiğinde, bir talep ile birlikte kamuoyunun feryadı, kamu zararının yüklenmesi ve cezai sorumluluk dâhil, sorumluluğun belirlenmesi ile birleşir.⁷

Bu tür aksamalar için sorumluluk sorununu çözmek zordur çünkü kendi kendini süren arabalar sadece bir sürücü olmaksızın değil, aynı zamanda tüm belirleyici işletim hali olmaksızın da çalışırlar. Bu tür kendi kendini süren arabaların Akıllı Üstlenici (Intelligent Agent) özellikleri modeller için bilgi araştırıp bulan ve insan müdahalesi olmadan onlara tepkime gösteren akıllı teknolojidir. Örneğin kendi kendini kullanan arabalar, en iyi ihtimalle topladıkları bilgileri öğrenme yeteneğine sahiptirler. ⁸ Onlar, bilgi evreninde örnekler ortaya çıkarır,

⁶ Bkz. Frank Douma & Sarah Aue Palodichuk, *Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles*, 52 SANTA CLARA L. REV. 1157, 1159 (2012); Eric Hilgendorf, *Können Roboter schuldhaft handeln?, Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs*, içinde JENSEITS VON MENSCH UND MASCHINE 119 (Susanne Beck ed., 2012); Woodrow Hartzog, *Unfair and Deceptive Robots*, 74 MD. L. REV. 785, 791 (2015).

⁷ Yeni teknolojiler bağlamında cezalandırılma tartışmalarına için, bkz. Sarah Summers, *EU Criminal Law and the Regulation of Information and Communication Technology*, 3 BERGEN L. J. 48, 54 (2015).

⁸ Teknolojik yaklaşımlar konusundan daha detaylı bilgi için, bkz. Adeel Lari, Frank Douma, & Ify Onyiah, *Self-Driving Vehicles and Policy Implications: Current Status of Autonomous Vehicle Development and Minnesota Policy Implications*, 16 MINN. J. L. Sci. & TECH. 735, 745 (2015).

bu örneklerden modeller inşa eder ve bu modelleri öngöründe bulunmak ya da karar vermek için kullanırlar.⁹ Bu, kendi kendini süren arabaların mühendislik ürünü ve kendi kendine öğrenen bir parça olduğu anlamına gelmektedir. Önceden ayarlanmış algoritmalar, çevresel koşullar, kullanıcının verileri ve yapay zekâ onun parçalarıdır. Robotlar, tabi ki, talimatları takip ederler, fakat bu talimatlar onlara özgür olmalarını öğretir, “deneyimlerden” öğrenilir, onlara yeni stratejiler denemelerini söyler ve bu denemelerin çıktılarında öğrenmeye çalışır. Makineler, kendi yargılarını düzenledikleri için, bu çıktılar önceden tahmin edilemez. Ne insan üreticileri ve programları ne de onun insan kullanıcıları bir robotun olası tüm aksiyonlarını önceden öngörebilir; tüm bu aktörler kesin olarak Akıllı Üstlenicinin kendi çözümünü icat edeceğini söylerler.¹⁰

Özel hukuk ve sigorta hukuku alanındaki uzmanlar, robotun “kendisinin” neden olduğu zararların sorumluluğu konusunda tartışırlar.¹¹ Haksız fiil avukatları, muhtemelen kusursuz sorumluluğa dayanarak, Akıllı Üstlenicinin zararlar için sorumlu tutulmasını önerirler.¹² Diğer seçenek, robotun eyleminden veya sigorta sisteminin yaratılmasından zarar görenin zararının tazmin edilmesi için özel bir fon kurulmasıdır.¹³ Özel hukukta, özel kişilerden farklı olan zararlar için varlıkların elde tutulması olasılığı, sıra dışı değildir; dolayısıyla sistem büyük bir zorluk olmaksızın robotun sorumluluğuna uyum sağlayabilir.

Buna karşın ceza hukukunda insani olmayan faktörlerin “hareketlerini” düzenlemek zordur. Robotları yöneten uluslararası ceza hukuku olmadığı için, her ulusal hukuk sistem kendi kural ve prensiplerine dayanan çözümler planlamalıdır. Birleşik devletler gibi faydacı hukuk sistemleri, her ne kadar insani olmayan “hareketleri” bütünsel de, robotların hareketlerinin cezai sorumluluğu modelini düzenleyebilir¹⁴. Ancak, diğer hukuk sistemleri bu açıdan daha

⁹ Susanne Beck, *Dealing with Diffusion of Legal Responsibility: The Case of Robotics*, içinde RET-HINKING RESPONSIBILITY IN SCIENCE AND TECHNOLOGY 167 (Fiorella Battaglia, Nikil Mukerji, & Julian Nida-Ridmelin edt., 2014).

¹⁰ Robotların sözde suç işlemleri konusundaki senaryolar için, bkz. Hartzog *dipnot* 1, sayfa 791.

¹¹ Bkz. JOCHEN HANISCH, HAFTUNG FOR AUTOMATION (2010); Douma & Palodichuk, *dipnot* I, sayfa 1159; Elbert de Jong, *Regulating Uncertain Risks in an Innovative Society: A Liability Law Perspective*, içinde *Robotik und Gesetzgebung* 163 (Eric Hilgendorf & Jan-Philipp Gunther edt., 2013).

¹² Cf. HANISCH, *dipnot* 6; Douma & Palodichuk, *dipnot* I, at 1159; de Jong, *dipnot* 6; Peter Brautigam & Thomas Klindt, *Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht*, 68 NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 1437, 1138-39 (2015); Lennart S. Lutz, *Autonome Fahrzeuge as rechtliche Herausforderung* 68, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 119 (2015).

¹³ Malte-Christian Gruber, *Rechtssubjekte und Teilrechtssubjekte des elektronischen Geschäftsverkehrs*, içinde JENSEITS VON MENSCH UND MASCHINE 133 (Susanne Beck edt, 2012).

¹⁴ *Örneğin*, EDMUND P. EVANS, THE CRIMINAL PROSECUTION AND CAPITAL PUNISHMENT OF

tereddütlüdür. Ceza hukuku halen on dokuzuncu yüzyıl idealist felsefesinde sıkı sıkıya kökleşen Almanya buna bir örnektir. Almanya insani olmayan varlıkların, kurumlar ve diğer yasal kişiler dâhil olmak üzere, cezai sorumluluğunun genişletilmesi fikrine bu zamana dek direnmiştir. Bu nedenle, eğer robotların eylemleri için cezai sorumluluk Alman sistemine dâhil edilirse, bu muhtemelen bu başarının her yerde tekrarlanmasını mümkün kılar. Bu nedenle biz şimdi robotların cezai sorumluluklarının Alman ceza hukukuna nasıl gireceği veya girip giremeyeceği sorusu üzerine yoğunlaşıp, bunu Birleşik Devletler hukukunun robotların sorumluluğu konusundaki tutumu ile karşılaştıracamız.

I. ROBOTLARIN CEZAI SORUMLULUĞU?

Haydi, ilk olarak, hukukun Akıllı Üstlenici 'ye cezalandırmaya tabi bir varlık olarak davranıp davranamayacağı sorusuna bakalım.¹⁵ Geçmişte, bu temel olarak bilim kurgu roman ve filmlerinin bir konusuydu.¹⁶ Ancak, otonom, kendi kendine rehberlik eden robotların gelmesi ile Akıllı Üstleniciler hareketlerinden dolayı insanlardan daha az "sorumlu" değildiler.¹⁷

Robotların potansiyel sorumlulukları konusu "kişinin" ne olduğu temel sorusuna geri dönüş yapılmasına yol açmıştır. Filozoflar bu konu üzerine uzun tartışmalar yapmışlar ve farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Bir yaklaşım kendini ifade etme kapasitesi olan bireyciliğe dayanmışlardır. Örneğin John Locke'a göre, bir insan, "hukuk, mutluluk ve ıstıraba yeterli olmak" anlamına gelir. Daha da fazlası, böyle bir araç kendi geçmişinin bilincine sahip olmalıdır: "Bu

ANIMALS (1906), <http://www.gutenberg.org/files/43286/43286-h/43286-h.htm>.

¹⁵ Bu soru hakkında, bkz. Beck, *dipnot 4*, sayfa 172 vd. ; Bert-Jaap Koops, Mireille Hildebrandt, & David-Olivier Jaquet-Chiffelle, *Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?*, I MINN. J. L. Sc. & TECH. 497, 522 vd. (2010); Mireille Hildebrandt, *Autonomic and Autonomous "Thinking" Preconditions for Criminal Accountability*, içinde LAW, HUMAN AGENCY AND AUTONOMIC COMPUTING 41 (Mireille Hildebrandt & Antoinette Rouvroy ed., 2011).

¹⁶ *Örneğin*, içinde STAR TREK, THE ULTIMATE COMPUTER (1968), McCoy şunu açıklar: "Merhamet. Bu, bir makinenin sahip olmadığı tek şeydir. Bu belki, de bir insanı onlardan üstün tutuna tek şeydir. "ve Kaptan Kirk bir makine ile tartışır: "Bu geminin dışında birçok insan var. Onlar öldürüldüler. Sen katiller tarafından kurtarılmalı mısın?" M-5: "Bu ünite öldürülemez " Kaptan Kirk: "Neden?" M-5: "Cinayet insanın ve Tanrının kanunlarına aykırıdır." Kaptan Kirk: "Ama sen öldürülmelisin. Senin tahrip ettiğin uzay gemisi *Excalibur*'u gözden geçirin. Orada hayat var mı?" M-5: "Hayat yok." Kaptan Kirk: "Çünkü Onu sen öldürdün. Cinayetini cezası nedir?" M-5: "Ölüm." Kaptan Kirk: "Ve sen, cinayetini cezasını nasıl ödeyeceksin?" M-5: "Bu ünite, ölmeli."

¹⁷ Peter M. Asaro, *A Body to Kick, But Still No Soul to Damn*, içinde ROBOT ETHICS: THE ETHICAL AND SOCIAL IMPLICATIONS OF ROBOTICS i69, 180-83) (Patrick Lin, Keith Abney, & George A. Bekey ed., 2011).

kişilik kendisini neyin geçmiş olduğu güncel varlığının ötesini sadece bilinç ile genişletir, -onun vasıtasıyla onunla ilgilenmeye başlanır ve sorumlu tutulabilir; kendisini geçmiş eylemlerini, şimdi gerçekleşen aynı nedenler ve aynı sebepler üzerine olduğu gibi, kabul eder ve o itham edilir.”¹⁸ Immanuel Kant benzer bir şekilde bilincin önemi üzerinde durmuştur: Kişi kendisinin farkında olduğu için, kendi özgürlüğünü anlar ve kendi isteğinin hareketlerinin her birine neden olduğunu bilir. Bu nedenle, bir kişi her hareketini işlemekten sakınabileceğinden ve bunun sonucu olarak kendi hareketlerinin sorumlusu olarak kendisini göz önüne alacağından haberdardır. Kant vicdanın (*Gewissen*) bastırılmaz sesini bu iddianın doğruluğuna bir kanıt olarak zikretmektedir.¹⁹ Sonuç olarak, diğer kişiler de failin hareketinin sorumlusu olarak kabul edilebilirler.

Açıkçası, on sekiz ve on dokuzuncu yüzyıl felsefecileri çağdaş robotlar hakkında düşünemiyorlardı. Ancak, modern bir Akıllı Üstlenicinin idealist anlamda bir kişinin ihtiyaçlarını karşılamayacağı açıktır: Öğrenebilse ve bir insanın tarafından öngörülemeyen kararlarda bulursa da, bir robot kendi özgürlüğünün bilincinde değildir, kendisini geçmiş ve geleceğiyle bir bütün olarak kavrayamaz ve doğal olarak hak ve yükümlülüklerle sahip olma konseptini anlayamaz.²⁰ Hatta öğrenebilen robotlar bir bilince sahip değildirler ve kendi hareketlerini iyi veya kötü olarak değerlendiremezler.²¹ Bu nedenle, biz robotları, onları “kişisel olarak” zarar verdikleri eylemlerden dolayı sorumlu gösterilen “özgür” araçlar olarak görmemekteyiz.

Emin olmak için, bu açıklamalar bizim onları 2016 yılında Akıllı Üstlenici olarak bildiklerimize işaret etmektedir. Geçen yıllarda bizim bilgisayar biliminde meydana gelen aşırı değişimlere göz atıldığında, geleceğin Akıllı Üstlenicilerinin onları neredeyse bir insan yapacak kapasite ve kaliteye sahip olması ihtimal dışı değildir. Onlar kendilerini ifade etme ve bilinç gibi bir şeyleri elde ederlerse, onların kişiliği yeniden düşünülmelidir.²²

¹⁸ JOHN LOCKE, AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING, § XVII, No. 26, 331 (1690).

¹⁹ Immanuel Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, içinde IMMANUEL KANT, WERKE IN ZEHN BANDEN, Vol. 6, 223-24 (Wilhelm Weischedel ed., 1975).

²⁰ Bkz. Lawrence B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences* 7, 0 N.C. L. REV. 1231 (1992); ANDREAS MATTHIAS, AUTOMATEN ALS TRAGER VON RECHTEN (2. Bs., 2010).

²¹ Bkz. Koops et al., *dipnot* 10, sayfa 522 vd..

²² Robotların hukuki statüleri konusundaki görüşler için, bkz. Susanne Beck, *Über Sinn und Unsinn von Statusfragen-zu Vor-und Nachteilen der Einführung einer elektronischen Person*, içinde ROBOTIK UND GESETZGEBUNG 239 (Eric Hilgendorf & Jan-Philipp Giinther ed., 2013); Mireille Hildebrandt, *From Galatea 2.2 to Watson-And Back?*, içinde HUMAN LAW AND COMPUTER LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES 23, 27 vd.. (Mireille Hildebrandt & Jeanne Gaakeer ed., 2013).

Ancak robotlar felsefi ve hukuki açıdan herhangi bir kişi değilse dahi, belki yine de cezalandırılabilirler mi?

A. Birleşik Devletler

Birçok hukuk sisteminde, tüzel kişiler (şüphesiz yukarıda tartışılan “kişi” değil) cezai yaptırımlara tabidirler.²³ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu yaklaşık yüz yıldan fazla bir süredir yürürlüktedir.²⁴ Federal düzeyde ve bazı devletlerde *işverenin sorumluluğu* doktrini (haksız fiil hukukundan ödünç alınan), tüzel kişilerin cezai sorumluluk temelini oluşturmaktadır. Bu doktrin, tüzel kişinin lehine, tüzel kişinin faydası için ve temsilcinin otoritesi kapsamında, kendi temsilcileri tarafından işlenen suçlar için tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun yüklenmesine izin vermektedir.²⁵ Amerika Birleşik Devletleri’nin birçok devleti, bir çeşit daha fazla sıkı –suça karışanlara dayanarak- tüzel kişi sıfatı için “yüksek bir yönetsel vekil” idaresini gerektiren bir ceza kanunu modeli yaklaşımı benimsemiştir.²⁶ Kanun, işaret edilmelidir ki, mutlak olmayan sorumluluk suçları için “gerekli özen” savunması gerektirmektedir. Bu savunmaya, eğer tüzel kişi avukatları, denetleme sorumluluğundaki yüksek yönetici vekilin dava konusu üzerinde gerekli özenden dolayı suçun engellenmesi konusunda istihdam edildiğini ispat ederlerse, başvurulur.²⁷

B. Almanya

Şu an itibariyle, Almanya tüzel kişilerin “hakiki” cezai sorumluluğunu kabul etmemiştir.²⁸ Alman otoriteleri tarafından ileri sürülen temel itiraz,

²³ Örneğin İsviçre’de, ortaklık ve diğer hukuki kuruluşlar soruşturulabilir ve eğer bu işler kapsamındaki kişilerce işlenen ve özellikle kişisel olarak izleri sürülemeyen haksız fiilleri işlerlerse beş milyon İsviçre frankı ile cezalandırılabilirler.

²⁴ Birleşik Devletler federal yasaları, ortaklıklara para cezası verilmesini, bunların beş yıla kadar denetimli serbestliğe çarptırılmasına, yeniden kuruluşa emir verilmesine ve/veya hatalı işlemlerinden ötürü toplumun ve bundan zarar görenlerin bundan dolayı ortaklıklara ihtarda bulunulmasını tanımlamaktadır. Bölüm 8. Genel bir bakış için, bkz. Pamela H. Bucy, *Corporate Criminal Responsibility*, in I ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND JUSTICE 259 Uoshua Dressier edt, 2. Basım. 2002).

²⁵ Örneğin bkz., *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 48 (1909); *United States v. Singh*, 518 F.3d 236 (4 th Cir. 2008); J. KELLY STRADER, *UNDERSTANDING WHITE COLLAR CRIME* 16-47 (3d ed. 2011).

²⁶ MPC § 2.07. Bkz. ELLEN S. PODGOR, PETER J. HENNING, JEROLD H. ISRAEL, & NANCY J. KING, *WHITE COLLAR CRIME* 29 (2013).

²⁷ MPC § 2.07(5).

²⁸ İdari bir para cezası, eğer ki sorumlu bir kişi ortaklık adına bir suç işler veya haksız bir fiilde bulunursa, uygulanabilir, (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten madde 30). Kurumsal cezai so-

robotların cezai sorumluluğuna da uygulanabilir: İlk olarak, tüzel kişiler “hareket” edemezler, yani onlar kendileri için otonom amaçlar belirleme ve bu amaçlara erişim hareketlerine sahip değildirler ve ikinci olarak onların kendi hareketlerinin yanlış olduğunu fark etme kapasiteleri yoktur ve bu nedenle kendi hareketlerinden dolayı suçlanamazlar. Bu itirazların tüzel kişiler açısından uygun olup olmadığı sorusunu açık bırakacağız fakat onlar robotlara uygulanabilir mi? Yolda sürücüsüz araba seyahati veya gökyüzünde bir drone’nun süzülmesi, kuşkusuz Akıllı Üstlenicilerin kendi motivasyonlarının ustası olarak onların bir “fail” olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Ancak Alman ceza hukuku teorisi için, bir “hareket” bir özerk irade gerektirmektedir.²⁹ Bazı yazarlar, başkası tarafından yönlendirilmeyen, fail devinimlerinden “hareket” olarak bahsetse de,³⁰ diğerleri insanın amaca ulaşma (*Finalität*) hareketini onun karakteristik özelliği olarak kabul etmektedirler. Bu son görüşe göre, fiziksel bir hareket, sadece belirli bir amaca ulaşmadan kaynaklanıyorsa, ceza hukukunun konusu olabilir.³¹ Robotlar

rumluluk hakkındaki Alman tartışması için, bkz. Klaus Volk, *Zur Bestrafung von Unternehmen*, 48 JURISTENZEITUNG 429 (1993); GONTER HEINE, DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT VON UNTERNEHMEN.

VON INDIVIDUELLEM FEHLVERHALTEN ZU KOLLEKTIVEN FEHLENTWICKLUNGEN, INSBESONDERE BEI GROBRISIKEN (1995); Günther Jakobs, *Strajbarkeit juristischer Personen?*, içinde FESTSCHRIFT FOR KLAUS LODERSSEN ZUM 70. GEBURTSTAG AM 2. MAI 2002 559 (Cornelius Prittwitz edt, 2002); Michael Hettinger (edt.), REFORM DES SANKTIONENRECHTS: VERBANDSSTRAFE, C. 3 (2003); Bernd Schünemann, *Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?*, içinde STRAFRECHT UND WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT: DOGMATIK, RECHTSVERGLEICH, RECHTSTATSACHEN. FESTSCHRIFT FOR KLAUS TIEDEMANN ZUM 70. GEBURTSTAG 429 (Ulrich Sieber, Gerhard Dannecker, Urs Kindhduser, Joachim Vogel, & Tonio Walter edt., 2008); Wolfgang Frisch, *Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung*, içinde GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT IN INTERNATIONALER

DIMENSION. FESTSCHRIFT FOR JURGEN WOLTER ZUM 70. GEBURTSTAG AM 7. SEPTEMBER 2013 349 (Mark A. Ziller, Hans Hilger, Wilfried Kuiper, & Claus Roxin edt., 2013); Martin Böse, *Strajbarkeit juristischer Personen-Selbstverständlichkeit oder Paradigmenwechsel im Strafrecht*, 126 ZEITSCHRIFT FOR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT 532 (2014). Ayrıca 2013 yılındaki tüzel kişilerin cezai sorumlulukları yasa tasarısına bkz.: Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen für ein Verbandsstrafgesetzbuch, http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenzi3/zw3/TOP-I_1_Gesetzentwurf.pdf.

²⁹ Çeşitli “hareket teorileri” için farklı görüşler,” bkz. HANS-HEINRICH JESCHECK & THOMAS WEIGEND, LEHRBUCH DES STRAFRECHTS, ALLGEMEINER TEIL 217-31 (3t 1996); CLAUD ROXIN, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 1: GRUNDLAGEN. DER AUFBAU DER VERBRECHENSLEHRE 236-71 (4. Basım 2006); Ingeborg Puppe, *vor§ 13 marginal note 31 etseq.*, içinde NoMos KOMMENTAR STRAFGESETZBUCH (Urs Kindhauser, Ulfrid Neumann, & Hans-Ullrich Paeffgen edt., 4. Basım 2013).

³⁰ Bkz. JORGEN BAUMANN, ULRICH WEBER, & WOLFGANG MITSCH, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 207-11 (2. Basım 2003).

³¹ Hans Welzel, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, 6. JURISTISCHE SCHULUNG 421-28 (1966); HANS WELZEL, DAS DEUTSCHE STRAF-

bu gerekliliği yerine getirebilirler mi? Çevrelerine uyma yeteneklerinden ötürü, Akıllı Üstlenici, onlar için belirlenmiş amaçlara ulaşmak için otonom kararlar alabilirler. Örneğin, kendi kendini süren bir araba, bir kavşağa yaklaşan diğer araçları teşhis edebilir ve durmamaya karar “verebilir”, çünkü o doğru yolda olduğunu öğrendiğini farz eder. Ancak, Akıllı Üstlenicinin “kendi” iradesi ile ürettiği olarak kabul edilen otonom kararlarda bulunup bulunmadığı veya onun kendi programına uygun basit tercihlerde bulunup bulunmadığı, bir başka açık sorudur. Bugün bu sorunun nasıl cevaplandırıldığına bakılmaksızın, gelecekte daha fazla öğrenme, hatırlama ve seçme kapasitesine sahip olacak Akıllı Üstlenicilerin, kendi iradelerini şekillendirme kapasitesine sahip olacağı *göz ardı edilemez*.³²

Ancak bir robotun karar verdiği farz edilse dahi, -en azından bugün- onun kendi amaçlarını kararlaştırması mümkün değildir; daha da fazlası, bir robot kendi hareketlerinin (bırakın ahlaki) sosyal sonuçlarının farkında değildir. Akıllı Üstlenicilerin bir gün kendi hareketlerini yansıtmaya yeteneğine sahip olup olmayacağı konusunda tartışmalar vardır, fakat şimdiye kadar bu etkinin pozitif delilleri halen yoktur.³³ Bu, bizim “hareket” in “yoğun” bir tanımını benimseyip benimsemeyeceğimize dayanan bir robotun son tahlilde “hareket” edip etmeyeceği, otonom hedef belirleme kabiliyetini içeren veya bir başka vasıta tarafından kesin olarak verilen herhangi bir fiziksel yönelim kararına göre bir “zayıf” karara dayanıp dayanmayacağı sorusunun cevabı anlamına gelir.

Hatta robotların hareket edebileceği varsayılsa dahi, onların kendi hareketlerinden dolayı suçlanıp suçlanamayacağı daha zor bir soru olarak kalmaktadır. Almanya’da “sorumlu tutulabilirlik ilkesi” anayasada temelleri bulunan bir güvencedir.³⁴ Federal Mahkeme, 1952 yılındaki yol gösterici bir kararında, her ergin insanın özgür olma ve kendi kendini belirleme yeterliliğine

RECHT33-42 (11. Basım 1969); benzer modern bir görüş için, bkz. GONTER STRATENWERTH & LOTHAR KUHLLEN, STRAPRECHT ALLGEMEINER TEIL. DIE STRAFTAT 57-58 (6. Basım 2011); GUNTER STRATENWERTH, SCHWEIZERISCHES STRAFRECHT. ALLGEMEINER TEIL I: DIE STRAFTAT 128-29 (4. Basım 2011).

³² Cf. Beck, *dipnot* 17; Hildebrandt, *dipnot* 17, sayfa 27-28.

³³ Bkz. DOUGLAS HOFSTADTER, FLUID CONCEPTS AND CREATIVE ANALOGIES: COMPUTER MODELS OF THE FUNDAMENTAL MECHANISMS OF THOUGHT 179-204 (1997).

³⁴ Bkz. 45 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [bundan sonra BVERFGE] 187, 227 (1977); 95 BVERFGE 96, 140 (1996). İçinde 123 BVERFGE 267, 413 (2009), Anayasa Mahkemesi, anayasal bir değişikliğin dahi sorumlu tutulabilirlik ilkesini değiştiremeyeceğini belirtmiştir, çünkü bu insan onurunun yüksek değerinde kök salmaktadır. Sorumlu tutulabilirlik teorisi üzerine, bkz. *genel bir şekilde* ROXIN, *dipnot* 24, sayfa 851-80; STRATENWERTH & KUHLLEN, *dipnot* 26, sayfa 159-91; KRISTIAN KOHL, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 364-430 (7. Basım 2012); HELMUT FRISTER, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 29-40 (7. Basım 2005).

sahip olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, ergin kişiler kendi hakları lehine ve suç işlememeye karar verebilecekleri ve kendi hareketlerini hukukun gerekliliklerini uydurabilecekleri için, hukuk normlarını ihlal ettikleri için sorumlu tutulabilirler.³⁵ Bu düşünceye göre, sorumlu tutulabilirlik failin doğru veya yanlış yapma arasında karar vermesi yeteneğini veya bir diğer kelime ile failin kanuna aykırı bir suç işlemekten sakınması yeteneğini gerektirmektedir. Bu tanım, oldukça yüksek zekâdaki robotların dahi, sorumlu tutulabilirlikten kategorik bir şekilde dışlanacağı göstermektedir. “Zekâlarına” rağmen, robotlar kendi görevlerini programlamalarına uygun bir şekilde tamamlayan makinelerdir; onlar kendini gerçekleştirme ilkesi fikri ile dolu değildirler. Ahlaki temellere dayanan hareketler arasında çeşitli insani karar alma özgürlüğü üzerine şüpheye neden olacak kesin bilimsel beyin araştırmaları sonuçlarını biz hesaba katsak dahi, bu sonuç önemli bir şekilde değişmeyecektir.³⁶ Sinir bilimciler insani karar alma ön belirlemesi hakkında bir şeyler keşfedebilirler, sosyal ilişkiler, –hukuki normların oluşumu ve uygulanması dâhil- bir kişinin “özgür irade” ye sahip olduğu varsayımına, yani kişi, reşit veya akıl hastası olmadığı sürece, onun hareketlerinin ona atfedilebileceğine dayanmaktadır.³⁷

Bazı Alman yazarlarının bakış açısına göre, cezai kusurluluk ek bir fonksiyonel karaktere sahiptir. Onlar, kusurluluğun yüklenmesini özgür iradenin kusurlu hareketine ahlaki bir reaksiyon olarak değil, suçlu tarafından ihlal edilen

³⁵ 2 ENTSCHIEDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES IN STRAFSACHEN [bundan sonra BGHST194, 200 (1952).

³⁶ *Örneğin bkz.*, Wolf Singer, *Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen*, içinde HIRNFORSCHUNG UND WILLENSFREIHEIT: ZUR DEUTUNG DER NEUESTEN EXPERIMENTE 30-65 (Christian Geyer edt, 2004); MICHAEL PAUEN & GERHARD ROTH, FREIHEIT, SCHULD UND VERANTWORTUNG: GRUNDZÖGE EINER NATURALISTISCHEN THEORIE DER WILLENSFREIHEIT (2008). Ceza hukuku perspektifinin eleştirel bir yaklaşımı için, *bkz.* Thomas Hillenkamp, *Strafrecht ohne Willens eiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung*, 60 JURISTENZEITUNG 313 (2005); Franz Streng, *Schuldbegiff und Hirnforschung*, içinde FESTSCHRIFT FOR GÜNTHER JAKOBS ZUM 70. GEBURTSTAG AM 26. JULI 2007, 675 (Michael Pawlik & Rainer Zaczyk edt., 2007); Gunnar Duttge, *Über die Brücke der Willensfreiheit zur Schuld-Eine thematische Einföhrung*, içinde DAS ICH UND SEIN GEHIRN, DIE HERAUSFORDERUNG DER NEUROBIOLOGISCHEN FORSCHUNG FOR DAS (STRAF-) RECHT 13 (Gunnar Duttge edt, 2009); Bettina Weier, *Ist das Konzept strafrechdicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaft widerlegt?*, 160 GOLDTAMMERS ARCHIV FOR STRAFRECHT 26 (2013); REINHARD MERKEL, WILLENSFREIHEIT UND RECHTLICHE SCHULD: EINE STRAFRECHT-SPHILOSOPHISCHE UNTERSUCHUNG (2nd ed. 2014).

³⁷ *Bkz.* GÜNTHER JAKOBS, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL: DIE GRUNDLAGEN UND DIE ZURECHNUNGSLEHRE 484-85 (2d ed. 1991); ROXIN, *dipnot* 24, sayfa 869-80; FRISTER, *dipnot* 29, sayfa 31-33. Ayrıca *bkz.* Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, içinde IMMANUEL KANT, WERKE IN SECHS BANDEN, Vol. 2, 501 (Wilhelm Weischedel edt, 1975).

hukuki geçerliliğe toplum güveninin eski hale iadesi olarak bakmaktadırlar.³⁸ Bu bakış açısına göre, bir kişiye cezai suçluluğun yüklenmesi, hukuk normunun geçerliliğini şüpheye düşürme kapasitesine sahip bir kişiyi gerektirmektedir. Çocuklar ve deliler bu kapasiteye sahip değildirler, çünkü onların hareketleri akıl yürütme ile belirlenmez ve bu nedenle hukuk normunun geçerliliğinin devamına bir meydan okuma olarak görünmez. Fail sadece normatif sorun üzerine bir söyleme iştirak eden olarak kabul edilen özel bir durumda olduğunda, failin cezai hareket performansı normun geçerliliğinin devamına bir tehdit olabilir. Bu, tekrar, kendini ifade edebilme yeteneğine sahip bir faili gerektirir.³⁹ Kendi geçmişinin farkında olmama kapasitesi ve ahlaki referans sistemine uygun bir şekilde geçmişin değerlendirilmesi, kusurluluğun yüklenmesi için küçük bir (sosyal) anlam ifade edebilir. Bir bilince sahip olmayan bir varlık ahlaki konular üzerine bir diyaloga giremez ve suçlamalara tepki gösteremez. Böyle bir fail-örneğin bir çocuk veya ahlaki muhakeme yeteneği ciddi bir şekilde hasara uğrayan akıl hastası bir kişi-, eğer kendisi veya başkası için tehlike oluşturuyorsa, fiziksel olarak sınırlandırılabilir ancak ona kusurlu hareket etmiş gibi davranmak çok mantıklı değildir.

C. Robot Bakış Açısı

Modern Akıllı Üstleniciler, kendi fikirlerinin evrimine dayanan kararlar verebilirler. Onlar “ahlaki ikilemlere” reaksiyon vermek için öğrenmeye tabi tutulabilirler, yani, eğer hedefe, sadece önemli maddi zararlara neden olarak ulaşılabilirse, hedefi önceden takip etmeyi tercih edebilirler. Örneğin, kendi kendini süren bir araba kendi yönüne hızlı ve sapma olmaksızın yetismeye programlanmasına rağmen, öyle bir tarzda programlanabilir (programlanmalıdır) ki, yolu kapatan yayaları çiğnememelidir.⁴⁰ Makine etiği alanını ile uğraşan araştırmacılar, ahlaka dayanan karar alıcı sistemlerin robotlarda programlanıp programlanmadığını –eğer mümkünse, nasıl programlanacağını- belirlemeye

³⁸ Bkz. JAKOBS, *dipnot 32, sayfa 471-75.*

³⁹ Bkz. LOCKE, *dipnot 13*; Kurt Seelmann, *Personalität und Zurechnung von der Auklärung bis zur Philosophie des Idealismus*, içinde “TOUJOURS AGITE-JAMAIS ABATTU”: FESTSCHRIFT FOR HANS WIPRACHTIGER 575 (Marianne Heer, Stefan Heimgartner, Marcel Alexander Niggli, & Marc Thommen ed., zou); KURT SEELMANN & DANIELA DEMKO, *RECHTSPHILOSOPHIE* 152-54 (6. Basım 2014).

⁴⁰ Bilgisayar bilimi dünyası şimdi Akıllı Üstlenicilerin ahlaki dilemması hakkında tartışmaktadır: Bunlar bir yayayı ezme için programlanabilirler mi, eğer yapılabilirse, onlar diğerlerinin hayatını kurtarabilir mi? Bkz., Alex Tabarok, *The Google- Trolley Problem*, June 15, 2012, erişim: <http://marginalrevolution.com/marginalrevolution/2012/06/the-google-trolleyproblem.html>. Ayrıca bkz., TORSTEN PFOTZENREUTER, *INTELLIGENTES MISSIONSMANAGEMENT FOR AUTONOME MOBILE SYSTEME* (2005).

çalışıyorlar.⁴¹ Hâlihazırda, bu çabalar halen emekleme çağındalar, zira çoğunlukla ahlaki karar almanın biçimlendirilmesi fazlasıyla karışık görünmektedir.⁴² Bununla birlikte, bazı araştırmacılar Akıllı Üstlenicinin bir gün ahlaki muhakeme ile irtibatlandırılma yeteneğini elde edeceğini ummaktadırlar. Robotlar, kesin kararlar vermek için “ehliyet” ve “kusur” sistemi ile programlanabilirler ve bu sistem ahlaki temellere dayanan kendi kendini belirleme analogu olarak işlem görebilir. Bu adım atılır atılmaz, robotların kusur sorumluluğunu yüklenmesi artık mümkündür.⁴³ Kusur konsepti daha sonra Akıllı Üstlenici karakteristik özelliği olarak kabul edilmelidir. Bir Akıllı Üstlenici, hareketlerinin sakıncalı olduğunu ve bu nedenle onları “negatif” olarak değerlendirmesi gerektiğini fark ederse, kendi hareketlerinden “sorumlu tutulabilir”.

Robotların sorumlu tutulabileceği varsayıldığında, onlar cezalandırılabilir mi? Bizim ceza kanunlarımızdaki yaptırımlar insana yöneliktir; onlar ne insani olmayan varlıkları kastetmiş ne de onları cezalandırmak için tasarlanmıştır.⁴⁴ Hukuki kişilerin resmi bir şekilde cezalandırmaya konu oldukları yerlerde dahi, (ekseri maddi) yaptırımlar tüzel kişileri etkilemek amacına sahip değildir, fakat daha ziyade tüzel kişinin finansal varlığında menfaati olan insanları etkilemektedir: Tüzel kişinin ortakları, üyeleri veya yöneticileri.⁴⁵ Günümüzde,

⁴¹ THOMAS GEORGES, *DIGITAL SOUL: INTELLIGENT MACHINES AND HUMAN VALUES* (2003); J. STORRS HALL, *BEYOND AI: CREATING THE CONSCIENCE OF THEMACHINE* (2007); WENDELL WALLACH & COLIN ALLEN, *MORAL MACHINES: TEACHING ROBOTS RIGHT FROM WRONG* (2009); MICHAEL ANDERSON & SUSAN LEIGH ANDERSON, *MACHINE ETHICS* (2011).

⁴² *Bkz.* Nick Bostrom & Eliezer Yudkowsky, *The Ethics of Artificial Intelligence*, içinde *THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE* 316 (Keith Frankish & William M. Ramsey ed., 2011); Luke Muehlhauser & Louie Helm, *Intelligence Explosion and Machine Ethics*, içinde *SINGULARITY HYPOTHESES: A SCIENTIFIC AND PHILOSOPHICAL ASSESSMENT IOI* (Amnon Eden, Johnny Soraker, James H. Moor, & Eric Steinhart ed., 2012), <http://intelligence.org/files/IE-ME.pdf>; Christopher Charles Santos-Lang *Moral Ecology Approaches to Machine Ethics*, içinde *MACHINE MEDICAL ETHICS* Im (Simon Peter van Rysewyk & Matthijs Pontier ed., 2014).

⁴³ *Cf.* Gruber, *dipnot* 8, sayfa 150; Günther Teubner, *Elektronische Agenten undgrosse Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteurstatus in Recht und Politik*, 27 *ZEITSCHRIFT FOR RECHTSSOZIOLOGIE* 5 (2006); Susanne Beck & Benno Zabel, *Person, Persönlichkeit, Autonomie-Juristische Perspektiven*, içinde *PERSONLICHKEIT: NEUROWISSENSCHAFTLICHE UND NEUROPHILOSOPHISCHE FRAGESTELLUNGEN* 49 (Michael Zichy & Orsolya Friedrich ed., 2014); Mireille Hildebrandt, *Criminal Liability and “Smart” Environments*, içinde *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW 507* (R.A. Duff & Stuart P. Green ed., 2014).

⁴⁴ *Bkz.* WALLACH & ALLEN, *dipnot* 36; MATTHIAS, *dipnot* 15

⁴⁵ Bu kişilerin nasıl ve hangi şartlar altında diğerleri için tehlike oluşturan hareketler için cezalandırabileceği sorusuna cevap vermek zordur; *Bkz.* Mordechai Kremnitzer & Khalid Ghannayim, *Die Strafbarkeit von Unternehmen*, 113 *ZEITSCHRIFT FOR DIE GESAMTE STRAFRECHT-SWISSENSCHAFT* 539, 542 vd. (2011); Kurt Seelmann, *Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen,*

insanlara uygulanan cezai yaptırımlar gibi aynı amaçları tamamlayan Akıllı Üstlenicilere karşı yaptırımlar hayal etmek zordur. Robotlar malları olmadığı için (en azından mal sahibi olduğunun farkında değildir),⁴⁶ ona verilen herhangi bir para cezası onun hukuki sahibi veya potansiyel sorumluluk için kurulmuş bazı fonlar tarafından ödenmelidir. Bir insan gözlemcisine göre, bir robotun fiziksel tahribi veya bozukluğu bedensel ceza ve hatta ölüm cezasına benzemektedir; ancak en azından yaşama isteği (sağlıklı) aşılanmadığı sürece, robotlara uygulanan yaptırımla karşılaştırılmaz. Robotlar, kısaca cezalandırmanın anlamını kavrama yeteneğine sahip değildirler ve bu nedenle “onlara uygulanacak” herhangi bir şey ile onların önceki kusurları arasında bir bağlantı bulunmamaktadır.

Kısaca, programlandıkları şekle uygun olarak harekete geçen robotlar ceza hukuku anlamında bir fail olarak nitelendirilemezler. Kendi belleklerindeki modelleri tanımlayarak karar veren ve olası bir hareket planı seçen robotlar bile hali hazırda onları sorumlu tutulacak olası hedefler yapan kendi kendinin farkında olma ve kendi kendini yansıtmaya çeşidine sahip değildirler. Ancak bu, Akıllı Üstlenici hitap etmeyi öğrenir ve ahlaki konularda karar verirse değişebilir.⁴⁷ Son adım, robotların cezalandırmayı anlama kapasitesine ulaştırabilir, yani, onların önceki hareketlerindeki yanlışlık ile çevrelerindeki kesin değişiklikler arasında ilişkide bulunmayı öğretebilir. Ancak, bu son adıma erişene kadar gidilecek çok uzun bir yolun olduğu gözükmektedir.

II. “MAKİNEİNİN ARKASINDAKİ İNSANIN” CEZAI SORUMLULUĞU

Eğer robotlar cezalandırılmıyorsa, hangi şartlar altında insanlar zarara neden olan bu Akıllı Üstlenicilerin üretimi, programlanması veya kullanılmasından dolayı sorumlu tutulabilirler? Örneğin, kendi kendini süren bir araba, bir üçüncü kişinin ölümüne sebep olacak bir “karar verirse”, onun ortaya çıkmasına yardım eden bir mühendis cinayetten dolayı sorumlu tutulabilir mi?

Eğer bir insan kasten veya bilerek bir kişiye zarar verecek bir robot programlarsa, programcının cezai sorumluluğu kolay bir şekilde geleneksel

Paradoxien und Folgen, içinde WIRTSCHAFT UND STRAFRECHT. FESTSCHRIFT FOR NIKLAUS SCHMID ZUM 65. GEBURTSTAG 169 (Jiirg-Beat Ackermann, Andreas Donatsch, & Jörg Rehberg ed., 2011); MATTHIAS FORSTER, DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DES UNTERNEHMENS NACH ART. 102 STGB 38-39 (2006); Thomas Weigend, *Societas delinquere non potest?: A German Perspective*, 6 J. INT’L CRIM. JUST. 927, 941-42 (2008); Gerson Trüg, *Sozialkontrolle durch Strafrecht Unternehmenssrafrecht*, 16 STRAFVERTEIDIGERFORUM 471, 473 (2011).

⁴⁶ Bkz. Koops ve diğerleri, *dipnot* 10, sayfa 527 vd.

⁴⁷ Hildebrandt, *dipnot* 16, sayfa 27 vd.; Beck, *dipnot* 4.

insat etme kavramına dayanarak ve kasıtlı suçta tesis edilir: Programcı kendi amacını yerine getirmek için bir araç olarak ve zorunlu bir şekilde kasten ve bilerek yerine getirerek, bu suçu robotu kullanarak- onun yapay zekâsı hesaba katılmaksızın- işler.⁴⁸

Taksirli durumlar büyük problemler ortaya çıkarmaktadır. Kendi kendini süren arabanın üreticisi, programlayıcısı ve-veya maliği –bundan sonra topluca “operatör olarak atıf yapılacaktır- yayaların taksirli bir şekilde yaralanmasından dolayı cezai bakımdan sorumlu tutulabilirler mi? Örneğin, onun çevreyi tarayan sensörlerinin çevresindekileri yanlış yorumladığı ve çocukları bir insan olarak nitelemede hataya düştüğü kendi kendini süren bir arabanın küçük bir çocuğu ezmesini ele alalım.⁴⁹ Veya bir robotun çalışması hakkındaki riskleri, yerde uyuklarken talihsiz bir şekilde elektrikli robot süpürgenin onun saçlarını içine çektiği ve açık bir şekilde onun saçını çöp ile karıştırdığını öğrenen bir Güney Koreli kadının talihsiz tecrübesini ele alalım.⁵⁰

Bu soruya cevap vermek ve bir senaryodan ortaya çıkan sorumluluk sorununu kıyaslamak için, biz mevzuat-kanunlara ve insanlar tarafından (taksirli bir şekilde) kullanılan makinelerle ilgili davalara işaret edeceğiz.⁵¹ Biz prensip olarak geleneksel araçların üretim sorumluluğundan sapmayacağız. Güney Kore olayında, bir veya birden fazla elektrikli süpürgenin önceden ayarlanmış algoritmaları – muhtemelen bir tanesi engelleri fark etme ve onlardan sakınma yeteneğini kontrol etmektedir-uyuyan kadının saçlarını bir engel, yaralanmaya neden olan bir hata olarak fark etmesi bozukluğuna neden olmuştur.

A. Almanya

Alman hukukunda, eğer ilgili zararda (örneğin bir kişinin ölümü veya yaralanması) nedensellik bağı varsa, eğer fail zararı öngörebilecek durumda ise ve eğer fail, öngörülebilir zararın meydana gelmesini engellemek için gerekli

⁴⁸ Bu duruma bir başka örnek ise, bireysel siteler için yapılan aramaları manipüle eden Google bombdur.

⁴⁹ Güncel sensör teknolojileri için detaylı bir bilgi, bkz. Lari, Douma, & Onyiah, *dipnot* 3, sayfa 745.

⁵⁰ Justin McCurry, *South Korean Woman's Hair "Eaten" by Robot Vacuum Cleaner as She Slept*, THE GUARDIAN, 9 Şubat 2015, <http://www.theguardian.com/world/2015/feb/09/south-korean-womans-hair-eaten-by-robot-vacuum-cleaner-as-she-slept>.

⁵¹ Brautigam & Klindt, *dipnot* 7, sayfa 1140; Bryant Walker Smith, *Proximity-Driven Liability*, 102 GEO. L.J. 1777 (2014); Stephen S. Wu, *Product Liability Issues in the U.S. and Associated Risk Management*, içinde AUTONOMES FAHREN. TECHNISCHE, RECHTLICHE UND GESELLSCHAFTLICHE ASPEKTE 575 (Markus Maurer, J. Christian Gerdes, Barbara Lenz, & Hermann Winner edt., 2015).

özeni göstermemişse, cezai ihmalden dolayı sorumludur.⁵² Taksirin arkasındaki genel sorumluluk, failin zarara yeterli bir şekilde dikkat göstermesinin başkalarına zarar verebileceğidir. Sorumluluk, failin söz konusu zarara engel olması mümkün ise, eğer fail bu şekilde davranabilirken davranmamışsa söz konusudur. Özenli bir kişi zararın gerçekleşebileceğini anlayamadığında burada kusurlu bir hareket ve bu nedenle cezalandırılabilirlik yoktur. Örneğin, bir tel patlayıcı bir araca görünmeyecek bir şekilde bağlanmış ve buna dokunan kimse bunu tetikliyorsa, bir kişi buna dokunmakla bir patlamaya neden oluyorsa, bu kişi bu hareketinin bir patlamaya neden olabileceğini öngörmediği sürece cezalandırılmaz. Benzer bir şekilde, eğer bir insan gerçekleşecek zararı önleyemiyorsa, örneğin bir tren sürücüsü treni bir zarara engel olmak için zamanında durduramıyorsa ve bu tren raylarda duran bir çocuğa çarpıyorsa, bu kişi taksirden dolayı cezai açıdan sorumlu tutulamaz.

Uygun dikkat ve özen standartları insana yönelir. Onlar basit bir şekilde robotlara aktarılamaz çünkü robotlar sonuçları “öngöremezler”, onlar sonuçları öngörmek için programlanmamışlardır. Ancak ya robotları tasarlayan, programlayan veya üreten insanlar?

Akıllı Üstleniciler en son nesildir, bizim gördüğümüz gibi, onlar kendi operatörlerinin öngöremeyeceği detaylar hakkında karar veriyorlar. Örneğin, bir kendi kendini süren araba, öngörülemeyenlerle ve çevresiyle etkileşim halinde olmalıdır. Kendi kendine öğrenme moduna dayanarak, bir robot kayıtlı her şeyi kullanmak ve gelebilecek tüm bilgileri kendi dinamik çevresine dayanarak oluşturmak ister. Operatörler, robotların elde ettiği bilgileri bağımsız bir şekilde analiz edebileceğini ve otonom bir şekilde bu analizlerinin sonuçlarına cevap verebileceklerinin farkındadırlar.

Bu, operatörün robotun diğerlerine verebileceği zararı sıfıra indirme imkânı olmadığı anlamında gelir. Bu durum, operatörün taksirden sorumluluğu konusunda karşılıklı iki görüşün olduğunu ortaya çıkarır. Robotun “kendi başına” hareket etmesinden dolayı operatörün sorumlu tutulmayacağı tartışılabilir; alternatif bir şekilde, onun, robotların neden olabileceği tüm zararları öngörebileceği ve bu nedenle de fiili bir şekilde robotun hareketinin neden olduğu zararlardan sorumlu tutulacağı da iddia edilebilir.

⁵² Gunnar Duttge, § 15 *marjinal dipnot 107 vd.*, içinde I MONCHENER KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH (Wolfgang Joecks & Klaus Miebach ed., 2001). Akıllı Üstlenicilerin taksirden dolayı sorumlulukları üzerine düşünceler, bkz. Eric Hilgendorf, *Grundfragen strafrechtlicher Compliance am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung für teilautonome technische Systeme*, in CRIMINAL COMPLIANCE VOR DEN AUFGABEN DER ZUKUNFT 19, 24 *vd.* (Thomas Rotsch ed., 2013).

İlk argüman ikna edici değildir. Akıllı Üstlenicilerin genel olarak öngörülemez olması gerçeği operatörün sorumluluğunu azaltmaz çünkü robotların öngörülemez olması özen yükümlülüğünü arttırır. Benzer bir şekilde, eğer hayvanat bahçesi yöneticisi bir aslanı kafesten salsa ve aslan sokakta bir kişiyi öldürse, yönetici, aslanın çok vahşi bir hayvan olduğunu ve bu nedenle de kontrol altına alınamayacağını iddia edemez. Biz robotların cezaî sorumluluklarının olmadığını bildiğimiz için, genel olarak onların operatörlerinin sorumluluktan hariç tutulacağı düşünülür, aslında sürücüsüz bir hatalı aracın tesadüfi bir şekilde öldürdüğü bir kurban için kimse sorumlu tutulamaz.⁵³ Bu nedenle ceza hukuku tarafından koruma altına alınan bir menfaatin (diğerlerinin hayat ve sağlıkları gibi) kendi hareketi ile zarara uğrayabileceğini öngörebilen bir kişi, bu hareketten kendisini alıkoymakla yükümlüdür.⁵⁴ Dolayısıyla, eğer hayvanat bahçesi yöneticisi aslanı salıverdiğinde bir zarara neden olacağını öngörüyorsa, onu kafesinden salmama yükümlülüğü altındadır. Benzer durum, potansiyel tehlikeli ürünler için de geçerlidir: Eğer bir arabanın üreticisi, makul bir özenle, aracın frenlerinin kötü havaya dayanıklı olmadığını biliyor ve buna rağmen arabayı pazarlıyorsa özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır.

Almanya’da güvenli olmayan ürünler için sıkı hukuki sorumluluk kuralları geliştirilmiştir ve bu kurallar geniş bir şekilde ceza hukukuna da aktarılmıştır, bu nedenle bu kuralların ihlali taksirden dolayı sorumluluğa yol açar.⁵⁵ Bir ürünü pazarlamadan önce, üretici mutlaka onun güncel bilimsel ve teknik standartlarını ve onun tüketici için güvenli bir şekilde test edilmesini saptamalıdır.⁵⁶ Eğer ürün pazarlama aşamasında ise, üretici devamlı bir şekilde tüketici geri dönüşlerini kontrol etmeli ve vakit kaybetmeden bir ürününü sebep olduğu kaza ve zararlar ile ilgili şikâyetlere reaksiyon göstermelidir. Eğer başka zararların engellenmesi için zorunlu ise, üretici bunu uymalı ve hatalı ürününü

⁵³ Amerikan hukukundaki hukuki sorumluluk problemleri için, bkz. *örneğin*, John W. Terwilliger, *Navigating the Road Ahead: Florida Autonomous Vehicle Statute and Its Effect on Liability*, 89 FLA. B.J. 26, 27 (205).

⁵⁴ Duttge, *dipnot* 47, § 15 *marjinal not* 121 *vd.*

⁵⁵ Ürünlerin cezaî sorumlulukları konusundaki yok gösterici dava 37 BGHSt 106 (1990) (*“Leder spray”*). *Ürünlerin cezaî ve hukuki sorumlulukları arasındaki bağlantı üzerine*, bkz. Lothar Kuhlen, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, 49 JURISTENZEITUNG 1142 (1994); WIN. FRIED HASSEMER, *PRODUKTVERANTWORTUNG IM MODERNEN STRAFRECHT* 74 (2d ed. 1996); Joachim Vogel, § 15 *marjinal nottan önce* 277-281, *çinde* I STRAFGESETZBUCH. LEIPZIGER KOMMENTAR (Wilhelm Heinrich Laufhitte, Ruth Rissing-van Saan, & Klaus Tiedemann ed., 12. Basım 2007); Sabine Gless, *Strafrechtliche Produkthaftung*, 31 RECHT 54, 57 (2013); Lothar Kuhlen, *Strafrechtliche Produkthaftung, içinde* HANDBUCH WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT 79 (Hans Achenbach & Andreas Ransiek ed., 4. Basım 2015).

⁵⁶ IT ürünleri için bkz, Briutigam & Klindt, *dipnot* 7, sayfa 1140.

geri çağırarak ve hatta bunların tamamının satışını durdurmalıdır. Eğer üretici bu standartları yerine getiremiyorsa, o, ürünün verdiği herhangi bir zarardan (riskin farkında ise) sorumludur ve kasten veya taksiren bu zarardan sorumlu tutulur.⁵⁷ Bu cezai sorumluluğun nedeni hukuka aykırı risk yaratımı değil sadece ekonomik amaçları takip eden ve hukuka uygun bir şekilde toplumun geneli için reaksiyonları önceden güvenli bir şekilde kestirilemeyen ve kontrol edilemeyen Akıllı Üstleniciyi yaratan üreticidir.⁵⁸ Bu cezai sorumluluk konseptinin eşsiz bir örneğini, eldeki bilgiler ışığında cezai sorumluluğa neden olabilecek bir bilginin olduğu hukuka uygun bir şekilde pazarlanan kendi kendini süren bir arabadır.⁵⁹ Araba endüstrisi için bu geniş sorumluluk alanını kabul etmek zor olabilir. Ancak kendi kendini süren bir arabanın neden olduğu kazalardan zarar görenler de aynı şekilde sürücünün olmadığı bir durumda hiç kimsenin zararlardan dolayı sorumlu tutulmamasını zor karşılamaktadırlar.

B. Birleşik Devletler

Birleşik Devletlerde durum aynıdır. Eğer bir elektrikli süpürge robotundan zarar gören yukarıda bahsedilen durumu Amerika'da robotun üreticisine karşı bir dava olarak getirirse, bu kişi bu zararın robotun tasarlanmasındaki bir hatadan, bir imalat hatasından, yetersiz talimatlar veya robotun neden olabileceği zararlar hakkındaki yetersiz uyarılardan veya bu üç kategorinin birleşiminden kaynaklandığını ispatlamalıdır.⁶⁰ Buna ek olarak, eğer durum üreticinin önemli ve maruz görülemez risklerin zarara neden olduğunu gösteriyorsa üretim firması ihmalden dolayı cezai sorumluluk ile karşı karşıya gelebilir ve bu durum özen yükümlülüğü standartlarından büyük bir sapma oluşturur.⁶¹ Sorumluluğun kusura

⁵⁷ Thomas Weigend, § 13 *marjinal not 53 vd.*, içinde I STRAFGESETZBUCH. LEIPZIGER KOMMENTAR (Wilhelm Heinrich Laufhitte, Ruth Rissing-van Saan, & Klaus Tiedemann ed., 12. Basım 2007); Kuhlen, içinde HANDBUCH, *dipnot 50*, sayfa 79.

⁵⁸ İsviçre için, bkz. 134 IV AMTLICHE SAMMLUNG DER ENTSCHEIDUNGEN DES SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS [BGE], 255, 260 *vd.* Almanya için, bkz. Lothar Kuhlen, *Strafhaftung bei unterlassenem Riickrufgesundheitsgefdhrdender Produkte – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.7.1990 - 2 StR 549/89*, 10 NEUE ZEITSCHRIFT FOR STRAFRECHT 566, 568 (1990); JAKOBS, *dipnot 32*, sayfa 810-13; GEORG FREUND, ERFOLGSEDELİKT UND UNTERLASSEN 199-223 (1992).

⁵⁹ Hukuka aykırı bir şekilde risk yaratımına dayanan ihmâl olarak, bkz. STRATENWERTH, *dipnot 26*, sayfa 467-68; ANDREAS DONATSCH & BRIGITTE TAG, STRAFRECHT I. VERBRECHENSLEHRE 308 (9. Basım 2013); FRISTER, *dipnot 29*, sayfa 303 *vd.*

⁶⁰ Restatement (Third) of Torts: Products Liability § 2 (1998); Douma & Palodichuk, *dipnot I*, sayfa 1159; BRUCE L. OTTLEY, ROGELIO A. LASSO, & TERRENCE F. KIELY, PRODUCTS LIABILITY LAW 123-24 (2d ed. 2013).

⁶¹ JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 132 (7. Basım 2015). Toplu bir taksirli sorumluluk tartışması için, bkz. David Kerem, *Change We Can Believe In: Comparative Pers-*

dayandığı yerlerde, üretici öngörülebilecek tüm riskleri azaltmak için gerekli tüm adımları atmalıdır. Birçok durumda üretici şunlara uymalıdır: Kendi ürünlerinin verebileceği olası tüm zararları makul bir şekilde ortadan kaldırmalı; tüketicileri olası gizli tüm tehlikelere karşı uyarmalı; kendi ürünlerini tehlikeyi en aza indirecek şekilde üretmeli ve kendi ürünlerinin güvenliğinin yanlış yorumlanmasından sakınmalıdır.⁶² Taksire dayalı sorumluluktan sakınmak için, üreticiler bu açıdan makul özeni göstermelidirler; eğer onlar bu şekilde davranırlarsa, ürünün kullanımından ortaya çıkan hatalar, doğal tehlikeler veya diğer riskleri tüketici üstlenmelidir. Sorumluluk bağlamında, önlenemez tehlikelere sahip ürünlerin üreticileri, tüketicileri ürünlerin tamamen tehlikesiz olduğu konusunda ve bu gizli tehlikeler konusunda tüketicileri uyarmak zorundadırlar.⁶³ Otuz devletten fazlası ürünlerin satımından sonra ortaya çıkacak yükümlülükler konusunda benzer versiyonlar benimsemesine rağmen, uyarma ve güncelleme yükümlülüğü de dâhil,⁶⁴ satış sonrası yükümlülükler yeknesak değildir ve Amerika Birleşik Devletleri'nde tutarlı bir durum vardır ve mahkemeler tekrar ve tekrar üreticinin satıştan sonraki güncelleme yükümlülüğünü reddetmektedirler (bu yükümlülük bilim adamları tarafından da reddedilmektedir).⁶⁵

III. TAKSİRE DAYALI CEZAİ SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

Prencip olarak robotların piyasaya sunumunda neden aynı standartların uygulanmadığı konusunda iyi nedenler bulunmamaktadır. Diğerlerinin hayat ve sağlığına gelebilecek orantısız riskleri alarak kar peşinde koşan operatörlerin farkında olunmalıdır. Ancak, kendi kendini süren arabalar söz konusu olduğunda üreticilerin sorumluluğunu sınırlandırmak konusunda iyi nedenler vardır. Eğer kendi kendini süren bir araba, kazaya neden oluyorsa ve yaşlı ve engellilerin eşit araçlarla kişisel hareketliliğini sağlıyorsa, burada aracın operatörünün (cezaî) sorumluluğunu zarara neden olma ile değiştirmek adil değildir. Dahası, eğer cezaî sorumluluk riski, hatta büyük bir özen gösterildiğinde dahi, engellenemiyorsa, robotlar piyasadan çekilebilir ve onların tanıtımı ile ilgili karlar kaybedilebilir. Kendi kendini süren bir arabanın operatörünün başkalarının hayat ve bedenleri için bir tehlike oluşturduğu doğrudur, ancak yine de aynı durumun geleneksel

pectives on the Criminalization of Corporate Negligence, 14 TRANSACTIONS: TENN. J. Bus. L. 95 (2012).

⁶² Merton E. Marks, *US Product Liability Law*, 2 INT'L Bus. LAWYER 69 (1998).

⁶³ David G. Owen, *Inherent Product Hazards*, 93 Ky. L.J. 377, 379 (2004).

⁶⁴ Tom Stilwell, *Warning: You May Possess Continuing Duties After the Sale of Your Product!*, 26 REV. LITIG. 1035, 1037 (2007).

⁶⁵ Smith, *dipnot* 46, sayfa 1802-08.

ve bir kişi tarafından sürülen araçların satıcısı ve üreticisi için de geçerlidir. 2014 yılında, Almanya’da trafik kazalarından 3,377 kişi -ki bunların çoğu insan hatalarından kaynaklanmıştır-, ölmüştür.⁶⁶

İnsanlar tarafından sürülen arabalar yerine kendi kendini süren arabaların alınması trafikte meydana gelen bu zararların sayısını azaltabilir; toplumun bu nedenle kendi kendini süren arabaların kullanılmasında geçerli bir menfaati olabilir. Bu hep ya da hiç kurallarını koymak yerine, çatışan menfaatlerin özenli bir şekilde dengelenmesi gerekmektedir. Bu, bir taraftan robotun hatalı çalışmasından kaynaklanan aksaklıklardan zarar gören kişilerin çektiği acıların telafi edilmesine yardımcı olur. Diğer taraftan bu durum robotu finanse etmede menfaati olan üreticilerin meşru menfaatlerine de uygundur. Tolumun genel anlamda teknolojik uygulamaların ve gelişmelerde, kendi kendini sürene arabaların oluşturacağı menfaatleri de içeren, güvenilir ve uygun menfaatleri, vardır. Çatışan bu menfaatlere bakıldığında, biz taksire dayanan cezai sorumluluk konusunda orta bir yol bulmaya çalışacağız. Otonom bir şekilde öğrenmenin sonuçlarının öngörülemez olması, robotların tehlikeli aktivitelerinin olasılıklarını öngörebilir yapmasına rağmen, biz onların operatörlerinin cezai sorumluluklarını standartlara uygun bir şekilde sınırlandırmak ve bu tür arabaların tasarlama ve programlanmasındaki bazı hataların hoşgörüle karşılanmasını istiyoruz.

Cezai sorumluluğun azaltılması zararlı sonuçların niteliklerinin sınırlandırılması ile mümkündür. Ceza hukuku teorisi tipik bir şekilde, eğer fail bu zarara yol açan sonuçla bağlantılı değilse ve bu zarardan sorumlu değilse onu hesaba katmaz. Bu durumun dışında kalan bir sorumluluk nedeni olarak zararlı sonucun bir başkasının özgür iradesinden kaynaklanması, zarar görenin kendisinden kaynaklanması veya bir “değişiklikten” kaynaklanması (tehlikeli dünyamızda olağan riskleri karşılayan bir başka kelime) gösterilebilir.

Genellikle, bir zarar bir kişiye atfedilebilecek bir dikkatsizlik veya ihmalden kaynaklanır. Ancak geleneksel Alman doktrini gibi⁶⁷ Amerikan aydınları da⁶⁸ bir başkasının özgür bir şekilde illiyet bağına müdahalede bulunduğu ve zararın bu aşamadan sonra artık asıl failin “fili” olarak görülemediği durumları istisna

⁶⁶ Federal Daire istatistikleri için, erişim: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/TransportVerkehr/Verkehrsunfaele/Tabellen/UnfaelleVerunglueckte.html>.

⁶⁷ Örneğin bkz., JESCHECK & WEIGEND, *dipnot 24*, sayfa 281; Puppe, *dipnot 24*, § 13 *marjinal nottan önce 236-38*, Jörg Eisele, § 13 *StGB 13 marjinal nottan önce 77, 100 vd.*, içinde STRAF-GESETZBUCH. KOMMENTAR (Adolf Schonke & Horst Schröder edt., 29. Basım 2004).

⁶⁸ WAYNE R. LA FAVE, CRIMINAL LAW § 6.4(0(5)), 367 (5. Basım 2010); SANFORD H. KADISH, STEPHEN J. SCHULHOFER, & CAROL S. STEIKER, CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES: CASES AND MATERIALS, 586-607 (9. Basım 2012).

olarak kabul etmiştir. Örneğin A'nın kusurlu bir şekilde sebep olup V'yi yaraladığı ve V'nin bu yaradan dolayı götürüldüğü hastanede öldüğü bir durumda, V'nin ölümü A'ya yüklenebilir. Ancak, V tedavi edilirken hastanenin B tarafından yakılması ve V'nin alevlerden dolayı ölmesi halinde durum farklıdır ve V'nin ölümü A'ya yüklenemez, hatta A'nın hareketi olmasa V hastaneye getirilip orada ölmeyecek olsa dahi bu durum geçerlidir. Üçüncü kişinin müdahalesinin olduğu bu durumlarda sorumluluğun sınırı bellidir.⁶⁹ İlk failin⁷⁰ suçtan tek başına sorumluluktan, bu durum üçüncü bir kişinin bir eyleminden kaynaklansa dahi, mutlak bir şekilde kurtulması mümkün değildir.⁷¹

Bizim bağlamımızda, robotun müdahalesinin fail ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağına kesip kesmediğine kolay bir şekilde cevap verilemez. Bir gözlemciye göre, kendi kendini süren bir arabanın ani bir şekilde yoldan çıkıp kalabalığa dalması arabanın keyfi ve otonom bir kararı gibi ve programlamadaki bir hatadan veya arabanın pazarlanmasındaki bir kişinin bir ihmali değilmiş gibi görünebilir. Ancak “makinenin arkasındaki insanın” sorumluluğunun illiyet bağına kestiğine dayanan iki güçlü argüman vardır. İlk olarak, dış görünüş yanıltıcı olabilir; ortaya çıkan zarar, arabada öngörülemeyen bir sorundan değil, programlamadaki bir ihmalden kaynaklanmış olabilir. İkinci olarak, robotun kendisi cezai sorumluluktan dolayı sorumlu tutulamadığı sürece, zarara uğrayan (ve toplum) bir sorumluluk boşluğu ile yüz yüze gelebilir; robot ciddi bir zarara sebep olduğunda dahi ya makineyi ya da makinenin arkasında bulunan kişiyi sorumlu tutmak mümkün değildir. Böyle bir sorumluluk boşluğu, robotlarca yapılan müdahaleleri desteklemekte bir uçuruma neden olabilir. Bu mülahazalar, robotun neden olduğu zararlardan dolayı robot operatörünün sorumluluğunun olmaması genel düşüncesine karşıdır.

⁶⁹ Jost ANTONIO CARO JOHN, DAS ERLAUBTE KAUSIEREN VERBOTENER TATEN - REGRESSVERBOT (2007); Puppe, *dipnot* 24, § 13 13 *marjinal nottan önce* 16768; DRESSLER, *dipnot* 56, sayfa 190 (“Saniğin davranışlarını “toplum adaletinden” daha sert ve hızlı bir şekilde hükümsüz kılan bir başka kural yoktur.”).

⁷⁰ A, taksiren kamuya açık bir yerde dolu silahını bırakır ve B, bu silahı alıp V'yi vurduğu gibi. B'nin kasti hareketinin her zaman A'nın taksirli sorumluluğu önüne geçtiği tartışması üzerine (sözde *Regressverbot*), bkz. Wolfgang Naucke, *Über das Regressverbot im Strafrecht*, 76 ZEITSCHRIFT FOR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT 409 (1964); WOLFGANG FRISCH, TATBESTANDSMALIGES VERHALTEN UND ZURECHNUNG DES ERFOLGES 62-63 (1988); ROXIN, *dipnot* 24, sayfa 236-37; CARO JOHN, *dipnot* 64, sayfa 55-56; Puppe, *dipnot* 24, § 13 *marjinal nottan önce* 167-68, 236-37; Eisele, *dipnot* 62, § 13 *StGB 13 marjinal nottan önce* 77, 100 vd.

⁷¹ Eğer A arabasıyla kasten V'yi ezse ancak V ölmeyip götürüldüğü hastanede B'nin çıkardığı yangından dolayı ölürse, bu ölüm halen A'ya yüklenemez, ancak bu örnek, A'nın taksirli davranması durumuna daha yakındır.

İsnat etme teorisi bakış açısına göre ise, eğer bir zarar günlük yaşamda gerçekleşebilecek “olağan” risklerin sonucunda gerçekleşiyor ise, bu kişi cezai bakımdan sorumlu tutulamaz; bu tür durumlarda zarara uğrayan kişiden zararın tazmini olmadan bu zarara katlanması beklenir. Örneğin, D, V’yi ormanda bir yürüyüşe ikna etse ve doğal nedenlerden ötürü uç kaya V’nin ölümüne sebep olursa, V’nin ölümünden onu gezintiye çıkmaya ikna eden D sorumlu tutulamaz. Bu sonuçlar, Alman doktrinine göre⁷² eğer bu gezinti sırasında D, V’yi öldürmeyi istemiş olsa dahi geçerlidir. Birleşik Devletlerde, nedensellik bağlantısını tesadüfen ortadan kaldıran nedenler denilen bu durumlarda, örneğin bir ağacın devrilmesi veya yıldırım çarpması, benzer bir şekilde, araya giren müdahale öngörülemez olduğu sürece, sanığın cezai sorumluluğunun illiyet bağıını kesmektedir.⁷³ Bu nedenle, yukarıdaki örnekte eğer V bir ağacın düşmesi sonucu ölürse, onun ölümü D’ye yüklenemez, hatta D, V’nin ölümünü gizliden istese dahi, suç işlememiştir.

Bu teorilere dayanılarak, robotların hayatın “olağan” risklerin bir parçası olup olmadığı, şimşek ya da düşen ağaçla karşılaştırılarak tartışılabilir. Ancak günümüzde ve yakın gelecekte robotların potansiyel tehlikelerinin toplum tarafından basit bir şekilde hoşgörüle karşılaması ve toplumun onları hayatlarına alması mümkün gözükmemektedir. Bilakis, bir robotun yaratılıp gerçek dünyaya salınması halen istisnai bir tehlike yaratmak olarak görünmektedir; bu nedenle eğer nedensellik ispat edilirse, bu zarar doğal bir şekilde operatöre yüklenebilir.

Ancak bunun gelecekte değişebileceği öngörülmektedir. İnternette, aynı anda farklı yerde olan arama makinelerinin bilgi işlemleri onların birçok kullanıcı tarafından kabul edilen doğal tehlikelerin ortak bir alan olmaları tartışılmaktadır. Aslında online bir şekilde ürün alan ve hizmet talep eden ve arama motoru yardımı ile bilgilere ulaşmaya çalışan kullanıcılar Akıllı Üstlenicinin bu internet servisleriyle onların kişisel bilgilerini depoladığını ve bunları daha sonra kullanıcıların özel hayatlarını ihlal edecek şekilde kullanacağını tamamen farkındadırlar.⁷⁴ Bu nedenle kullanıcıların özel hayatlarına gelecek zararlardan

⁷² Bkz. Tonio Walter, *§ 13 StGB, 13 marjinal nottan önce 103 vd.*, içinde I STRAFGESETZBUCH. LEIPZIGER KOMMENTAR (Wilhelm Heinrich Laufhiitte, Ruth Rissing-van Saan, & Klaus Tiedemann ed., 12. Basım 2007); Puppe, *dipnot 24, § 13 13 marjinal nottan önce 236 vd.*

⁷³ KADISH, SCHULHOFER, & STEIKER, *dipnot 63, sayfa 571-84*; DRESSLER, *dipnot 56, sayfa 191-93.*

⁷⁴ Bkz. Naren Ramakrishnan, Benjamin J. Keller, Batul J. Mirza, Anath Y. Grama, & George Karypis, *Privacy Risks in Recommender Systems*, IEEE INTERNET COMPUTING 54 (Nov.-Dec. 2001), erişim: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.2.2932&rep=rep1&type=pdf> daha fazla detaylı bilgi için, bkz. Krista Nadakavukaren Schefer, *Ein vol1kerrechtlicher Schutz*

dolayı Akıllı Üstlenicinin operatörünün sorumlu tutulması kısa vadede mümkün değildir. Gelecekte, kendi kendini süren bir araba “normal” etkileşiminin bir partneri olabilir. Onlar, günlük trafiğin doğal bir parçası olarak görünür görünmez, bu araçların insanlar için olağan riskler teşkil etmesi ve kendi kendini süren arabanın operatörünün aracın öngörülebilir bir bozukluktan dolayı cezai bakımdan sorumlu tutulması değil, ama engellenebilir kuruluş, programlama veya çalıştırma hatasından dolayı sorumlu tutulmaları mümkün olacaktır.

Ancak, bu zaman gelmeden önce dahi, operatörlerin özen yükümlülüğünü azaltarak onların cezai sorumluluklarını özellikle bir kişinin kontrol edemeyeceği riskleri diğerlerini tehlikeye atamayacağı kuralına uyarınca sınırlandırabiliriz.⁷⁵ Robotların, yanlış öğrenmeden kaynaklanan ölümcül hatalar işleyeceğinin öngörülebildiği durumlarda dahi, operatörlerin (en azından bazı) yükümlülükleri en iyi bilgiyi uygulama ve üretim, programlama, test etme ve onları gözetleme teknolojisi ile azaltılabilir. Robotların üreticileri onları, özellikle öğrenme süreçlerinde, detaylı ve yakın bir şekilde gözetmelidir. Buna ek olarak, tüketicilerden gelen geri dönüşleri denetlemeli ve bu zararlara acilen reaksiyon göstermelidirler.⁷⁶ Eğer, örneğin yeni üretilmiş bir kendi kendini süren bir araba bilinmeyen nedenlerden ötürü hatalı bir şekilde kazaya neden oluyorsa, üretici olası nedenleri kontrol etmekle yükümlüdür. Eğer bu kazalar hatalı işlem ya da üçüncü kişilerin müdahalesi ile açıklanamıyorsa ve bu problem arabanın yeniden programlanması ile çözülemiyorsa, üretici bu aracı piyasadan almalıdır. Eğer böyle yapmazsa ve araba bu şekilde kişilere zarar veriyorsa, üretici taksiren veya kasten bedensel zarara neden olma veya insan ölümünden sorumlu tutulacaktır.⁷⁷

der kollektiven Privatsphaere? Der Schutz der Privatsphäre und die Anonymität im Zeitalter kommerzieller Daten, 133 ZEITSCHRIFT FOR SCHWEIZERISCHES RECHT 259 (2014).

⁷⁵ Cf. Vogel, *dipnot* 50, § 15 13 marjinal notta önce 214 vd.; Puppe, *dipnot* 24, § 13 13 marjinal notta önce 157 vd.; Eisele, *dipnot* 62, § § 3ff StGB, 13 marjinal not 91. Alternatif ve işe yarar bir çözüm izin verilen riski (*erlaubtes Risiko*) bir mazeret-gereğe olarak kabul edilebilir.; Bkz. ROXIN, *dipnot* 24'teki tartışma, sayfa 382-83; Theodor Lenckner & Detlev Sternberg-Lieben, *Vorbem. §§ 32 ff StGB, 13 marjinal not 107*, içinde STRAFGESETZBUCH, KOMMENTAR (Adolf Schönke & Horst Schröder ed., 29. Basım 204). Ancak kontrol dışı veya kendi kendini süren bir arabanın kurbanına-zarara görenine, zararın gerçekleştiğini ve bunun meşru olduğunu, bu nedenle kendisinin bir tazminat olmadan hukuka uygun bir şekilde acı çekmesi gerektiğini açıklamak zordur.

⁷⁶ Kuhlen, *dipnot* 52.

⁷⁷ Gless, *dipnot* 50, sayfa 59, bunu zarar görünür gözükmez ortaya çıkan “uykudaki görev” olarak nitelendirmektedir.

Bu sıkı şartlara uyan operatörlerin, bazı risklerin kaldığını (herkes gibi) bilmelerine rağmen, kendi özen yükümlülüklerini yerine getirdikleri sayılır. Eğer bir robot, kendi otonom öğrenme sisteminden ötürü ondan beklenen şeyden sapıyorsa, bu olağan üstü durumların neden olduğu zararlar Akıllı Üstlenicinin çalışması ile ilişkili olan bu riskleri kabul eden “topluma” yüklenebilir. Bu tür bir bozukluktan zarar gören bir kişi, özel bir kişinin neden olduğu taksirin değil, toplumun kabul ettiği riskin bir kurbanı olarak kabul edilir.

SONUÇ: Almanya ve Birleşik Devletlerdeki Durum

Tamamen otonom olan arabaların günlük yaşamımızın bir parçası olması olasılığı birkaç yılımızı daha alacaktır. Almanya’da arabaların teknolojik kapasiteleri, örneğin otomatik pilot veya park gereçleri, eğer arabada bir insan varsa ve acil durumlarda bunu yapmaya kapasitesi varsa kullanılabilir. Kendi kendini süren arabaların testlere tabi tutulduğu Birleşik Devletlerde⁷⁸ ana esaslar ve yasalar bir arabada araba kullanma fiil ehliyeti olan ve teknik bir problem ortaya çıktığında buna müdahale etmeye hazır ehliyeti olan bir kişinin varlığını gerektirmektedir.⁷⁹ İnsanların ve robotların potansiyel bir şekilde bir arada var olmalarına olan hazırlıksızlıkları insanın sadece kendi kendini süren bir arabaya güvenip güvenemeyeceği ve hangi durumlarda bunu yükleneceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bu tür soruların pratik sonucu bugünkü hukukçular için bu makalede işlenmiş gelecekle ilgilenen bir kişiden daha ivedidir; ancak bunlar kolay bir şekilde geleneksel ceza hukuku doktrini sınırları ile çözülebilir.

Buna karşılık, tamamen otonom arabalar ve diğer Akıllı Üstleniciler, ceza hukuku doktrininin sınırlarını zorlamaktadırlar. Günümüzde kendi kendini süren arabaların, kusurlu bir şekilde hareket etmeye elverişli olmamalarından (geleneksel anlamda hiçbir şekilde) ve onların cezalandırmanın mantığını kavrayamamalarından ötürü sorumlu tutulamadığını görmekteyiz. Ancak gelecekte robotlar insana benzeyecekler, onlar bizim gibi, cezanın etkisini “hissedecekler”. Bu aşamaya erişilir erişilmez, robotların cezalandırılması bir anlam ifade edecektir.

Hem Almanya hem de Birleşik Devletlerde, eğer bir araba öngörülebilir bir aksaklıktan dolayı bedensel bir zarar veya ölüme neden oluyorsa, kendi kendini süren bir arabanın operatörü taksiren bundan sorumlu tutulabilir. Bu durumda,

⁷⁸ *Örneğin bkz.*, Google Self-Driving Car Project, at <http://www.google.com/selfdrivingcar>.

⁷⁹ *Örneğin bkz.*, Nev. Rev. Stat. Ann. § 4 82.A.0 70 (204); Cal. Veh. Code § 38750 (b) (2005); Fla. Stat. 316.86(1). Güncel hukuki durum hakkında daha iyi bir gözlem için, bkz., <http://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-legislation.aspx>.

cezai sorumluluk genel kurallara göre, hatta onların taksiri sadece tehlikeli bir kazaya tam bir reaksiyon vermemeleri olsa dahi, operatörlere yüklenebilir. Ancak kendi kendine öğrenen bir robotun idaresini öngörmek ve onu kontrol etmek insanlar için çok zor olabilir bu nedenle bizim taksire dayanan sorumluluğun gerekliliğine, robotların gelişimi ve kullanımını yasaklayan cezaların risklerinden ötürü ihtiyacımız vardır. Eğer toplum uygun koşulları, imkânları ve kendi kendini süren arabalar ile ilgili güvenceleri benimserse, robotların (olası çok az durumdaki) beklenmedik aksiyonları için hazır olmamız tesadüfen zarar gören kişilere verilen (genel) öngörülebilen zararları beraberinde getirecektir. Bu arada, robotların aksaklıkları için hoşgörülü olmak sıkı kısıtlamalara bağlıdır. Yıkıcı potansiyele sahip Akıllı Üstlenicilerin kullanımındaki bu zorluklar, toplum ile yeniliklerin ortaya çıkması ve tehlikeler arasındaki hassas dengeyi fazlasıyla etkilemeye devam edecektir. Bu denge sürecinde düşünülen bir faktör robotların kullanımındaki sosyal faydanın onların söz konusu potansiyel tehlikeleri ile ilgilidir.⁸⁰ Bu tür faydacı yaklaşım çeşidi altında, özen standartları oyuncaklar gibi daha az sosyal fayda sağlayan robotlar açısından daha katıdır. Bir diğer taraftan, kendi kendini süren arabalara gelince, bu arabaların kullanılmasındaki genel faydaya karşılık, bunların dikkatli bir şekilde test edilmesi ve denetlenmesinden sonra risk kalmaktadır.

Eninde sonunda, iyi bir yaşam için bazı risklerin cezai sorumluluğundan ve bu risklerin ne olduğundan taviz verme ile ödüllendirilecek değişikliklere yatırım yapılıp yapılamayacağı sorusuna her toplumun bizzat kendisi cevap vermelidir.

⁸⁰ CORNELIUS PRITZWITZ, STRAFRECHT UND RISIKO: UNTERSUCHUNGEN ZUR KRISE VON STRAFRECHT UND KRIMINALPOLITIK IN DER RISIKOGESELLSCHAFT 297-98 (1993); Christian von Bar, *Die Grenzen der Haftung des Produzenten*, in *PRODUKTVERANTWORTUNG UND RISIKOAKZEPTANZ* 40-41 (Manfred Lieb ed., 1998).

KAMUSAL YAPTIRIMLAR VE TEDBİRLERE İLİŞKİN AVRUPA KURALLARI

Çeviren: Dr. Hakan A. YAVUZ *

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları Hakkında Verdiği CM/Rec (2017) 3 Sayılı Tavsiye Kararı¹

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Kuruluş Kanunu'nun 15(b) maddesi uyarınca;

Avrupa Konseyi üyesi devletler arasındaki bütünleşmiş (*integrated*)² ceza politikaları alanında uluslararası iş birliğini güçlendirmek için genel ilkelerin tespit edilmesi hususunun önemini dikkate alarak;

Kamusal alanda infaz edilen (*enforcement*) yaptırımlar (*sanctions*) ve tedbirlerin (*measures*) uygulanmasında üye devletlerde meydana gelen önemli gelişimi dile getirerek;

Bu tür yaptırımlar ve tedbirlerin; suçla mücadele, suçun ortaya çıkardığı zararların azaltılması ile adaletin güçlendirilmesi için önemli araçlar olduğunu, gözaltı (*custody*) ve hapis cezası uygulamalarının olumsuz etkilerini azalttıklarını dikkate alarak;

Bu yaptırımlar ve tedbirlerin oluşturulması, hükmedilmesi (*imposition*) ve uygulanmasına yönelik uluslararası normların geliştirilmesine atfedilen önemi dikkate alarak;

* Hâkim, Lahey Adalet Müşaviri, hayavuz@gmail.com, <https://independent.academia.edu/HakanYavuz>

¹ **Çevirenin Notu:** Bu karar, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 22 Mart 2017 tarihli 1282. Bakan Yardımcıları Toplantısında kabul edilmiştir. Giriş bölümünde de ifade edildiği üzere, bu karar ile "Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları Hakkındaki Rec (92)16 Sayılı Tavsiye Kararı" ile "Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kurallarının Uygulanmasının Geliştirilmesine İlişkin Rec (2000)22 Sayılı Tavsiye Kararı" ortadan kaldırılmıştır. Çeviri, Kararın İngilizce metni esas alınarak yapılmış olup, açıklayıcı metin (*commentary*) bölümü çeviriye dahil edilmemiştir. Tavsiye Kararı'nın orijinal metnine erişim için bkz: "Recommendation CM/Rec (2017)3 of the Committee of Ministers to Member States on the European Rules on Community Sanctions and Measures", <https://rm.coe.int/168070c09b>, Erişim Tarihi: 23.10.2017.

² **Çevirenin notu:** Çeviri yapılırken asıl metindeki şekil formatı ve vurgulara sadık kalınmış, bununla birlikte terminolojik olarak önem atfedilen bazı kelime ve kavramların orijinalleri parantez içlerinde metne dâhil edilmiştir. Yine bazı kelime ve kavramların alternatif çevirileri kesme işaretiyle birlikte okuyucuların dikkatine sunulmuştur.

Zaman içerisinde kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin daha etkin kullanımı için yeni imkânların ortaya çıkması ve bu nedenle hapis cezasına ancak son çare (*last resort*) olarak başvurulması gerektiğinin bilincinde olarak;

Ayrıca kamusal alanda/toplum içinde infaz edilen yaptırımlar ve tedbirler alanında meydana gelen önemli gelişmeler ve değişen uygulamalar ile üye devletlerce ortaya konan hususların, Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları'nda yer alan hükümlerin düzenli şekilde güncellenmesini gerektirdiği hususunun farkında olarak;

Bu yaptırımlar ve tedbirlere başvurulması ve uygulanmasında her zaman Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (ETS No. 5) yer alan temel yasal güvencelere ve Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları'nda yer alan ilkelere saygı gösterilmesi gerektiğine vurgu yaparak;

Bu Tavsiye Kararının, Bakanlar Komitesi'nin şu Tavsiye Kararları ile olan ilgisini kabul ederek:

Cezalandırmada Tutarlılığa İlişkin Rec (92)17 sayılı Tavsiye Kararı,

Ceza ve Tedbirlerin Uygulanmasıyla İlgili Personele İlişkin Rec (97)12 Sayılı Tavsiye Kararı,

Ceza İşlerinde Arabuluculuğa İlişkin Rec (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı,

Cezaevlerinin Aşırı Kalabalıklaşması ve Cezaevi Nüfusu Enflasyonuna İlişkin Rec (99)22 Sayılı Tavsiye Kararı,

Şartla Salverilmeye İlişkin Rec (2003)22 Sayılı Tavsiye Kararı,

Denetimli Serbestliğe İlişkin Avrupa Kuralları Hakkında CM/Rec (2010)1 Sayılı Tavsiye Kararı,

Elektronik İzlemeye İlişkin Avrupa Kuralları Hakkında CM/Rec (2014)4 Sayılı Tavsiye Kararı;

Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları'nı (Tokyo Kuralları) göz önünde bulundurarak;

Bu Tavsiye Kararı ile hâlihazırda bulunan;

Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kurallarının Uygulanmasının Geliştirilmesine İlişkin Rec (2000)22 Sayılı Tavsiye Kararı ile,

Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları Hakkındaki Rec (92)16 Sayılı Tavsiye Kararı'nı **geçersiz kılarak**;

Üye devlet hükümetlerine aşağıdaki **tavsiyelerde bulunmaktadır**:

- Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin politikalarını, mevzuatını ve uygulamasını gözden geçirirken bu tavsiye kararının ekinde yer alan standart ve ilkeleri dikkate almalıdır.
- Bu tavsiye kararı ve beraberindeki açıklamaların, kendi ulusal dillerine tercüme edilmesini ve mümkün olan en geniş şekilde ve özellikle de yargı makamları, denetimli serbestlik hizmetleri, sosyal hizmetler ve cezaevi yönetimleri ile basına ve kamuya dağıtılmasını sağlamalıdır.

EK

Kapsam ve Amaç

Bu kurallar şu amaçları hedeflemektedir:

- a. Ulusal kanun koyuculara, karar ve uygulama makamlarına kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin adil ve etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanmasına yardımcı olacak bir dizi standartlar oluşturulacaktır. Bu uygulama, toplumun korunması, yasal düzenin sağlanması ve failerin (*offenders*) neden olduğu zararları telafi etmelerine imkân tanırken aynı zamanda sosyal rehabilitasyona destek verilmesi gerekliliğini dikkate almalıdır;
- b. Üye devletlere, kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin faydalarından tam olarak yararlanmaları ve tüm ilgili tarafların temel haklarını korumaları için kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin uygulamaya konması ve kullanılmasına ilişkin yönlendirme yapacaktır. Benzer şekilde, bu yaptırımlar ve tedbirlerin kötüye kullanımına – örneğin, belirli bir toplumsal grubun aleyhine kullanımından kaynaklanabilecek – karşı önlem alınması önem arz etmektedir. Bu nedenle, bu yaptırımlar ve tedbirlerin toplumsal avantajları ve dezavantajları ile bunlardan kaynaklanan veya kaynaklanabilecek olan olası risklerin dikkate alınması gerekir. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlere ancak uygun olan durumlarda başvurulmalıdır;
- c. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin uygulanmasından sorumlu olan personele ve bu alanda rol alan toplumdaki herkese davranış kuralları açık biçimde bildirilecek; böylece yaptırımlar ve tedbirlere, öngörülen koşullar ve yükümlülöklere uygun şekilde uygulanması nedeniyle meşruiyet kazandırılacaktır. Yaptırımlar ve tedbirler katı ve şekilci biçimde uygulanmamalı; ancak, bireyselleştirme ilkesine uygun olarak uygulanmalıdır. Böylece, kamusal yaptırımlar ve tedbirler suç ile şüpheli ve failin özelliklerine uygun olacaktır. Ayrıca uluslararası düzeyde belirlenmiş olan kurallara atf yapılabilmesi, özellikle çalışma yöntemleri bakımından tecrübe paylaşımına imkân tanıyacaktır.

Bu Kurallar, hakkında kamusal yaptırım veya tedbir uygulaması yapılan kişiler için geçerlidir. Kamusal yaptırımlar veya tedbirler, haklarında mahkûmiyet kararı olan failer hakkında da uygulanabilir. ‘Şüpheliler (*suspects*)’ terimi, hakkında mahkûmiyet kararı olmayan ancak yargı veya başka bir makam tarafından haklarında kanunda öngörülen tedbirlere başvurulmuş olan kişiler için kullanılır. Ancak, özellikle çocuklarla ilgili olan yaptırımlar ve tedbirler, Bakanlar Komitesi’nin Yaptırımlar veya Tedbirlere Tabi Olan Çocuk Faillere İlişkin Avrupa Kuralları hakkındaki CM/Rec (2008)11 sayılı Tavsiye Kararı kapsamında yer almaktadır.

Tanımlar

Bu tavsiye kararı kapsamında:

“Kamusal yaptırımlar ve tedbirler” tabiri, şüpheli veya failerin toplumda yer almasını sağlayan ve bu kişileri belirli koşul ve/veya yükümlülüklerle tabi tutarak, özgürlükleri üzerinde bazı kısıtlamalar uygulayan yaptırımlar ve tedbirler anlamına gelir. Bu terim, yargı veya idari bir makam tarafından hükmedilen herhangi bir yaptırım ya da yaptırım içeren bir karar öncesinde veya bu karar yerine alınan herhangi bir tedbir ile hapis cezasının cezaevi dışında infaz edilmesini sağlayan diğer yöntemler için kullanılmaktadır.

“Karar makamları” tabiri, yargısal, idari veya kanun gereğince kamusal yaptırımlar veya tedbirleri uygulamaya ya da bunların koşulları ve yükümlülüklerini değiştirmeye yetkili kılınmış kurum veya kurumlar anlamına gelmektedir.

“Uygulama makamları” tabiri, kamusal yaptırım veya tedbirin uygulanma şekline karar veren ve fiili olarak uygulanmasından sorumlu olan kurum veya kurumlar anlamına gelmektedir. Uygulama makamı birçok ülkede, denetimli serbestlik kurumudur.

Bölüm I: Temel İlkeler

1. Kamusal yaptırımlar ve tedbirler, özgürlükten mahrum bırakma yoluna başvurulmaksızın, şüpheli veya faillerin adil ve etkin bir şekilde denetimine, yönlendirilmesine ve bu kişilere yardım sağlanmasına imkân verebilir. Bunlar (kamusal yaptırımlar ve tedbirler) suçtan vazgeçirmeyle ilgili toplumsal kapsayıcılığa/sosyal içerilmeye (*social inclusion*) ilişkin beklentilerin gelişmesini sağlayabilir.

2. Ulusal mevzuat, yeterli ölçüde çeşitlendirilmiş uygun kamusal yaptırımlar ve tedbirler içermeli ve bunlar pratikte de uygulanabilir olmalıdır.

3. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin mahiyeti ve süresi, kişiye isnat edilen suç veya kişi hakkında hükmolunan cezanın ağırlığı ile orantılı olmalı ve ilgilinin kişisel koşulları dikkate alınmalıdır.

4. Kamusal yaptırımlar ve tedbirler, insan haklarını koruyacak, şüpheli veya failere toplumun bir kişiyi olarak sorumluluklarını yerine getirme imkânı tanıyacak ve bu konuda onları teşvik edecek bir şekilde uygulanmalıdır. İnsan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin uluslararası standartlara aykırı olan kamusal yaptırımlar veya tedbirler düzenlenmemeli veya uygulanmamalıdır.

5. Kamusal yaptırımlar veya tedbirler, uluslararası düzeyde kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tıbbi veya psikolojik tedavi içermemelidir.

6. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlere hükmedilmesi ve bunların uygulanmasında ırk, renk, etnik köken, milliyet, cinsiyet, yaş, maluliyet, cinsel yönelim, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ekonomik, sosyal veya diğer statüler ya da fiziksel veya ruhsal durum temelinde herhangi bir ayrımcılık yapılmamalıdır. Şüpheli ve faillerin farklılıkları ve kendilerine özgü kişisel ihtiyaçları dikkate alınmalıdır.

7. Kamusal yaptırım ve tedbirler, yabancı uyruklu şüpheliler ve failler için bu Kurallarda belirlenen ilkeler uyarınca adil bir şekilde uygulanabilir olmalı ve onların şartlarından kaynaklanan farklılıklar dikkate alınmalıdır.

8. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin mahiyeti, kapsamı ve uygulama yöntemleri; şüpheli ve faillerin, ailelerinin ve diğer ilgililerinin haysiyet ve mahremiyetine saygı gösterilmesine ilişkin ilkelere uygun olmalıdır.

9. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin uygulanmasının suç mağdurlarıyla irtibat kurulmasını gerektirdiği durumlarda mağdurların haklarına, bu alanda uluslararası düzeyde kabul edilen etik standartlar uyarınca saygı gösterilmelidir.

10. Uygun durumlarda ve suç mağdurlarının haklarına ve gereksinimlerine gerekli özen gösterilerek, faillere mağdurlar veya kamu aleyhine işledikleri suçlar nedeniyle telafi (*reparation*) imkânı tanınmalı ve failler bu yönde teşvik edilmelidir.

11. Kamusal yaptırımlar ve tedbirler, ilgili kararda belirlenenin üzerinde acı/eza (*afflictive*) verecek şekilde uygulanmamalıdır. Haklar, bu yaptırımlar veya tedbirlerin uygulanması için gerekli olandan daha geniş bir kapsamda sınırlandırılmamalıdır.

12. Mevzuatta, ilgili yaptırım veya tedbire ilişkin bir koşul veya yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, kamusal yaptırımın veya tedbirin otomatik olarak hapis cezasına çevrileceği yönünde bir hüküm bulunmamalıdır. Ancak bu durum, koşullu salıverilme şartları uyarınca cezaevinden tahliye edilen ancak ilgili yükümlülükleri yerine getirmeyen failerin cezaevine tekrar gönderilme seçeneğini engel olmamalıdır.

13. Ulusal mevzuat, uygulama makamlarının işlemlerinin düzenli şekilde denetlenmesini ve bağımsız şekilde izlenmesini öngörmelidir. Denetim ve izleme süreci, nitelikli ve tecrübeli kişiler tarafından yürütülmelidir.

Bölüm II: Yasal Çerçeve

Mevzuat

14. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin türü, süresi ve uygulama usullerinin yanı sıra kullanımı da kanunla düzenlenmelidir.

15. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlere ilişkin koşullar ve yükümlülükler ile bu bunlara uyulmamasının sonuçları açık ve net ifadeler ile tanımlanmalıdır.

16. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlere hükmedilmesi, bunların değiştirilmesi ve kaldırılması hususlarına karar veren makamlar ile bunların yetki ve sorumlulukları kanunla düzenlenmelidir.

17. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin uygulanmasından sorumlu makamlar ile bunların görev ve sorumlulukları kanunla düzenlenmelidir. Bu makamların, uygulama yöntemlerine karar verme, uygulamaya ilişkin görevlerini gerekli olduğu takdirde üçüncü kişilere devretme veya yaptırımlar ve tedbirlerin uygulanmasına ilişkin anlaşmalar (*agreements*) yapma yetkileri de kanunda düzenlenmelidir.

18. Ulusal mevzuat, belirli suçlara uygun bir karşılık olarak hapis cezası gerektirmeyen yaptırımlar veya tedbirler öngörmek suretiyle özgürlükten

mahrum bırakmayı gerektiren cezalara başvurulmasının azaltılmasına imkân tanınmalıdır.

19. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin ağır ve mükerrer suçlular bakımından veya belirli suç türlerine ilişkin olarak kullanımını engelleyen kanunlar dâhil her türlü resmi engeller gözden geçirilmeli ve uygun olduğu ölçüde yürürlükten kaldırılmalıdır.

20. Var olan sosyal güvenlik sisteminden yararlanma hakları veya diğer medeni haklar, kamusal yaptırım veya tedbire hükmedilmesi veya bunların uygulanması nedeniyle kısıtlanmamalıdır (yaptırımın bir parçasını teşkil eden sınırlamalar hariç).

Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere Hükmedilmesi

21. Kamusal yaptırım veya tedbirin süresi, kararı vermeye yetkili olarak kanunla öngörülen makam tarafından belirlenmelidir.

22. Kamusal yaptırım veya tedbirin mahiyeti ve süresi, suçun ağırlığına ve mağdura verdiği zararla orantılı olacak ve kişisel ihtiyaçlar ve koşulların yanı sıra, değerlendirmesi yapılan riskleri de dikkate almalıdır.

23. Genel olarak, kamusal yaptırım veya tedbire belirli bir süre ile hükmedilmelidir. Ancak istisnai olarak kanunun, kamusal yaptırım veya tedbirin süresinin uzatılabileceğini öngördüğü durumlarda, karar makamı tarafından söz konusu istisnai koşulların halen geçerli olup olmadığının değerlendirilmesi için düzenli incelemeler yapılmalı ve geçerli olmadığının tespit edilmesi halinde, kamusal yaptırım veya tedbirin uygulanmasına son verilmelidir.

24. Mahkeme veya savcıya kamusal yaptırım veya tedbirin formüle edilmesi, buna hükmedilmesi veya bunların uygulanmasına ilişkin tavsiye, ancak kanunda öngörülen kurumun görevlisi tarafından verilebilmelidir.

25. Şüpheli ve failer, kendilerini kamusal yaptırım veya tedbire tabi tutan karara karşı bir yargı makamı önünde itirazda bulunma hakkına sahip olmalıdır.

26. Karar ve uygulama makamları arasında kamusal yaptırımlar ve tedbirlere hükmedilme ve bunların uygulanmasına ilişkin uygulamaya yönelik hususların düzenli şekilde ele alınmasını kolaylaştıran iletişim kanalları oluşturmalıdır.

Bölüm III: Kamusal Yapıtlımlar ve Tedbirler: Uygulama ve Yöntemler

Genel Olarak

27. Kamusal yapıtlımlar ve tedbirlere hükmedilmesi ve bunların uygulanması ile kişinin topluma karşı sorumluluk bilincini geliştirilmesi amaçlanmalıdır. Bu nedenle, kamusal yapıtlımlar ve tedbirler şüpheli ve failer açısından mümkün olduğu kadar anlamlı hale getirilmeli ve bu onların kişisel ve sosyal gelişimine katkı sağlanması amaçlanmalıdır. Gözetim (*supervision*) yöntemleri de bu amaçlara hizmet etmelidir.

28. Uygulama makamları; kamusal yapıtlımlar ve tedbirlere tabi olan kişileri, sahip oldukları hak ve yükümlülükler hakkında bilgilendirmeli ve bu hakların güvence altına alınması ile yükümlülüklerin yerine getirilmesine imkân sağlamak için bu kişilere yardımcı olmalıdır. Uygulama makamı personeli ile sürece iştirak eden kuruluşların personeli ve toplumdaki seçilecek kişiler bu bağlamdaki görevleri hakkında bilinçlendirilmelidir.

29. Kamusal yapıtlım veya tedbirin uygulanması ile şüpheli ve failer ile işbirliği yapılmasının sağlanması ve bu kişilerin kamusal yapıtlım veya tedbiri, işlenen suç için adil ve makul bir karşılık olarak görmelerinin sağlanması amaçlanmalıdır. Bu nedenle, şüpheli ve failer, kamusal yapıtlım veya tedbirin hakkında verilecek karar öncesinde sözlü veya yazılı olarak beyanda bulunma hakkını haiz olmalı ve karar alma sürecine mümkün olduğu kadar katılabilmelidirler.

30. Kamusal yapıtlım veya tedbirin uygulanmasına ilişkin kararlar, şüpheli veya failere anlayacakları dilde açıkça anlatılmalıdır. Bu kişilere uygulama makamları tarafından verilecek talimatlar, elverişli (*practical*) ve kesin (*precise*) olacaktır.

31. Mükerrer suçluluğun azaltılmasına ve yeniden sosyalleşmeye (*social reintegration*) odaklanan kamusal yapıtlımlar ve tedbirlerin uygulanması, şüpheli veya fail, gözetim görevlisi (*supervisor*) ile uygulamaya iştirak eden kurumlar veya toplumdaki seçilen kişiler arasındaki iş ilişkilerinin gelişimine/tekâmülüne bağlıdır.

32. Uygulama yöntemleri, her dosyanın kendine özgü koşullarıyla uyumlu olmalı, yapıtlımlar ve tedbirlerin uygulanmasından sorumlu makam ve personel, bunun gerçekleştirilmesi için yeterli ölçüde takdir yetkisine (*discretion*) sahip olmalıdır.

33. Kişinin, kamusal yapıtlımlar ve tedbirlerin uygulanmasına istinaden kişisel, sosyal veya maddi desteğe ihtiyaç duyduğu tespit edildiği takdirde

yükümlülüklerin yerine getirilmesine imkân sağlayacak adil ve uygun önlemler (*fair and proper provision*) alınmalıdır.

34. Kontrole yönelik faaliyetler (*controlling activities*), ancak hükmedilen yaptırım veya tedbirin uygun bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli olduğu ölçüde gerçekleştirilmelidir. Bu faaliyetlerde, işlenmiş olan veya işlendiği iddia edilen suçla orantılı olmalı, risk ve ihtiyaç faktörleri ile mağdurun hak ve menfaatleri de dahil olmak üzere şüpheli veya failin kişisel durumları dikkate alınmalıdır. Bu faaliyetler, hükmedilen yaptırım veya tedbirin amaçları ile sınırlı olmalıdır.

35. Uygulama makamları, kanıta dayalı (*evidence-based*) ve mesleki standart kurallarıyla uyumlu olan çalışma yöntemleri kullanılmalıdır.

36. Kamusal yaptırım veya tedbirin doğrudan doğruya uygulanmasından kaynaklanan masraflar normal şartlar altında şüpheli veya faile yüklenmemelidir.

Denetim ve Kamu Hizmeti

37. Kamusal yaptırımlar ve tedbirler, yüksek düzeyde denetim veya kontrol içerdiği durumlarda dahi suçtan vazgeçilmesini (*desistance from crime*) desteklemelidir.

38. Rehabilitasyona yönelik programlar ve faaliyetler, çeşitlendirilmiş yöntemlere dayalı olmalıdır. Şüpheli veya failerin belirli program ve faaliyetlerle yükümlendirilmesi süreci net kriterler ile yönlendirilmelidir.

39. Kamu hizmeti (*community service*) ile yükümlendirilen failere verilen görevler, sosyal anlamda faydalı ve anlamlı olmalı ve mümkün olduğu kadar failin becerilerini kullanmasına ve/veya geliştirmesine imkân sağlamalıdır.

40. Kamu hizmeti, uygulama makamları ve personeli yararına veya ticari kar elde etmek amacıyla gerçekleştirilmemelidir.

41. Kamu hizmeti ifa eden failerin çalışma ve mesleki koşulları, yürürlükteki tüm sağlık ve güvenlik mevzuatına uygun olmalıdır. Failler, kamu hizmetinin yerine getirilmesinden kaynaklı kaza, yaralanma ve kamusal mali sorumluluğa (*public liability*) karşı sigortalanmalıdır.

Dosya Kayıtları, Verilerin Korunması ve Gizlilik

42. Kişisel dosya kayıtları uygulama makamı tarafından oluşturulmalıdır. Kayıtlar güncel bir halde tutulmalıdır, böylece diğer hususların yanı sıra, kişinin yaptırım veya tedbirin şartları veya öngörülen yükümlülüklerle uyumluluk düzeyi hakkında zorunlu olan raporlar hazırlanabilmelidir.

43. Kişisel dosya kayıtlarındaki bilgiler sadece hükmedilen yapıtlım veya tedbire ve bunların uygulanmasına ilişkin hususları içermelidir. Bu tür bilgiler, mümkün olduğu kadar güvenilir ve objektif olmalıdır.

44. Gözetim görevlisi normal şartlar altında, şüpheli veya failleri haklarındaki dosya kayıtları ve düzenlenen raporların içeriği hakkında bilgilendirmelidir.

45. Şüpheli veya fail ya da onlar adına hareket eden kişi, diğerlerinin mahremiyet hakkına hanel getirmediği ölçüde kendilerine ait kişisel dosya kaydına erişebilmelidir.

46. Şüpheli veya fail, dosya kaydının içeriğine itirazda bulunma hakkına sahip olmalıdır. Çözümüne kavuşmamış anlaşmazlığa ilişkin hususlar dosyada kayıt altına alınmalıdır.

47. Kişisel dosya kaydında yer alan bilgiler, ancak yasal olarak bu bilgilere erişim hakkı olanlara açıklanmalıdır. Açıklanan bilgiler, bilgi talep eden makamın hukuki amaçlarıyla ilgili olduğu ölçüyle sınırlandırılmalıdır.

48. Kamusal yapıtlım veya tedbire ilişkin uygulamanın sonunda, uygulama makamının elinde bulunan dosya kayıtları imha edilmeli veya ulusal veri koruma mevzuatı uyarınca arşivlenmelidir.

49. Kamu hizmeti için çalıştırma yapılan iş yerleriyle iş yerleri veya her tür kişisel ve sosyal yardımı temin eden kuruluşlara kişiler hakkında verilen bilgilerin türü ve kapsamı, söz konusu işlemin amacı kapsamında belirlenecek ve bununla sınırlı olmamalıdır. Özellikle, normal şartlar altında suça ilişkin bilgiye yer verilmemelidir.

Bölüm IV: Toplum Katılımı

50. Toplumla yeniden bütünleşme (*reintegration*) kamusal yapıtlımlar ve tedbirlerin önemli bir hedefi olduğu için uygulama makamları, şüpheliler ile faillerin ihtiyaçlarını karşılamak, toplumsal kaynaşmayı teşvik etmek ve toplum güvenliğini artırmak için diğer kamusal veya özel kuruluşlar ve yerel topluluklar ile aktif bir işbirliği halinde faaliyet göstermelidir.

51. Gerçek kişiler ile özel ve kamu kurum ve kuruluşları dahil olmak üzere toplum, kamusal yapıtlımlar ve tedbirlerin uygulanması sürecine katılmaya teşvik edilmelidir. Şüpheli ve failere, toplumla anlamlı bağlarını geliştirilmesi, iletişim ve destek bağlamındaki fırsatlarının artırılması konusunda yardımcı olunması ve kamunun bu kişilerin sosyal anlamda yeniden bütünleşme sürecine olumlu katkıda bulunmaya teşvik edilmesi için girişimde bulunulmalıdır.

52. Toplum katılımı süreci, kişi veya kurumların maddi çıkar sağlaması amacıyla gerçekleştirilmemelidir.

53. Sürece katılan kuruluşlar ve toplumdan seçilen kişiler, ancak kanunda öngörülen veya kamusal yaptırımlar veya tedbirlere hükmedilmesinden veya bunların uygulanmasından sorumlu olan makamlar tarafından belirlenen kapsamda gözetim yapabilmelidir. Bu durumlarda, karar verme veya uygulama makamları, kamusal yaptırım veya tedbirin uygun şekilde yerine getirilmesine ilişkin tüm sorumluluğunu sürdürmeli ve süreçte rol alan tüm tarafların dürüstlüğünü, güvenliğini ve bütünlüğünü sağlamak için gerekli çabayı göstermelidir.

54. Süreçte yer alan kurumlar ve toplumdan seçilen kişiler, mahremiyet gereklilikleri ile şüpheli ve faillerin haklarına saygı gösterilmesi ilkesi ile bağlı olmalıdır.

55. Uygulama makamının, kamusal yaptırım veya tedbire tabi olan şüpheli veya failere hizmet sağlayacak kurum veya kişilerle doğrudan ilişki kurması halinde bir anlaşma/mutabakat (*agreement*) hazırlanmalı ve bu anlaşmada özellikle bu kurum veya kişilerin görevlerinin mahiyeti ve bu görevlerin ifa edileceği yöntem belirlenmelidir.

Bölüm V: Rıza, İşbirliği ve Uygulama/İnfaz

56. Kamusal yaptırımlar veya tedbirlere ancak uygun koşul veya yükümlülüklerin kararlaştırıldığı ve şüpheli veya failin bu koşul ve yükümlülükler konusunda işbirliği yapacağı ve bunlara uyacağına bilindiği durumlarda hükmedilmelidir.

57. Şüpheli veya failin rızasının gerektiği durumlarda, bilgilendirme yapılmalı ve alınan rıza açık/net olmalıdır.

58. Söz konusu rıza, hiçbir zaman şüpheli veya faileri temel haklarından mahrum bırakacak sonuçlar doğurmamalıdır.

59. Şüphelinin rızası, aksi kanunla öngörülmediği sürece, yargılama öncesinde (*before trial*) veya yaptırım yerine uygulanacak olan bir kamusal tedbire hükmedilmesinden önce alınmalıdır.

60. Kamusal yaptırım veya tedbirde belirtilen koşullar ve yükümlülükler, kişilerin ihtiyaçları ve koşulları ile mükerrer (ve özellikle de ciddi zarara neden olan) suç işleme riskleri dikkate alınarak belirlenmelidir.

61. Resmi belgelere ilave olarak, şüpheli ve failler, uygulamaya geçilmeden önce yaptırım veya tedbirin mahiyeti ve amacı ile uyulması gereken koşullar ve yükümlülükler hakkında anladıkları dilde ve gerekli ise yazılı olarak bilgilendirilmelidir.

Bölüm VI: Uymama ve Kaldırma

62. Kamusal yaptırım veya tedbirin uygulanmaya başlanması esnasında, şüpheli ve failler; yaptırım veya tedbirin mahiyeti ile kendilerinden ne beklendiği, kararda belirtilen koşullar ve yükümlülükler uylmamasının sonuçları ile belirtilen koşul ve yükümlülükler hiç veya yeterince uylmaması nedeniyle karar makamı önüne tekrar çıkarılabileceği durumlar hakkında bilgilendirilmelidir.

63. Uygulama makamı, şüpheli veya failin gerekliliklere hiç veya yeterince uymaması halinde izlenecek prosedürleri açıkça belirlemelidir.

64. Yaptırım veya tedbirin kaldırılmasına yönelik prosedürün uygulanmasını gerektirmeyen küçük ihlaller, takdire bağlı yöntemlerle veya gerek duyulması halinde idari bir işlemle derhal ele alınmalıdır. Bu durumlarda, şüpheli veya faile açıklama yapma (*comment*) fırsatı verilmelidir. İzlenen prosedür ve sonuç, kişisel dosya kaydına işlenmeli ve ilgili kişiye derhal ve açık bir şekilde açıklanmalıdır.

65. Kamusal yaptırım veya tedbirde öngörülen koşullar veya yükümlülükler bariz bir şekilde uylmaması, uygulama makamı tarafından karar makamına yazılı olarak derhal rapor edilmelidir.

66. Koşullara ve yükümlülükler uylmadığı konusunda düzenlenen yazılı raporda söz konusu ihlalin ortaya çıktığı durum ve koşullara ilişkin objektif ve detaylı bir açıklamaya yer verilmelidir.

67. Kamusal yaptırım veya tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasına ilişkin karar, kanunla öngörülen makam tarafından alınmalıdır. Karar makamı, uygulama makamı tarafından rapor edilen hususları detaylı bir şekilde inceleyip değerlendirdikten sonra yaptırım veya tedbirin değiştirilmesi ya da kısmen veya tamamen kaldırılmasına ilişkin bir karar vermelidir.

68. Kamusal yaptırım veya tedbirin kaldırılmasına ilişkin karar sonucunda kişi hakkında hapis cezası kararı verilmesi zorunlu olmamalıdır.

69. Karar makamı kamusal yaptırım veya tedbirin değiştirilmesine ya da kısmen veya tamamen olarak kaldırılmasına karar verirken; şüpheli veya failin, ilgili belgeleri inceleme ve yerine getirilmesi gereken koşul veya yükümlülüğün ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak kendi durumu hakkında açıklama yapma

fırsatına sahip olmasını temin etmelidir. Şüpheli veya fail, hukuki yardımından faydalanma hakkını haiz olmalıdır.

70. Kamusal yaptırım veya tedbirin kaldırılması söz konusu olduğunda, öngörülen koşullara ve yükümlülüklerle uyulan kısımları dikkate alınmalıdır. Fail tarafından yaptırım veya tedbirin ihlal edilmesi nedeniyle hapis cezası verilmesi halinde, uyulan kısımlar hapis cezasının uzunluğu belirlenirken dikkate alınmalıdır.

71. Kamusal yaptırım veya tedbir gereğince belirlenmiş koşul veya yükümlülük, durumlardaki değişiklikler ve/veya şüpheli ya da failin kaydettiği gelişme dikkate alınarak karar makamı tarafından değiştirilebilmelidir. Koşullar veya yükümlülüklerde değişikliğe gidilmesi konusunda şüpheli veya fail ile uygulama makamı tarafından ya da kanundan kaynaklı bir gereklilik halinde başvuruda bulunulabilmelidir.

72. Kanun uyarınca karar makamı; şüpheli veya failin gerekli koşul ve yükümlülükleri yerine getirdiğinin tespit edildiği ve yaptırım veya tedbirin amacını gerçekleştirmek için uygulamaya devam edilmesinin artık gerekli olmadığı sonucuna varıldığı durumlarda yaptırım veya tedbirin hükmedildiği süre dolmadan sonlandırabilmelidir. Bu gerekçelerle yaptırım veya tedbirin sonlandırılması konusunda şüpheli veya fail ya da uygulama makamı tarafından başvuruda bulunulabilmelidir.

Bölüm VII: Kurum, Personel ve Kaynaklar

Genel Olarak

73. Uygulama birimlerinin yapısı, statüsü ve kaynakları, bu birimlere verilen görevler ve sorumlulukların kapsamı ve güçlüğüne (*complexity*) uygun olmalı ve birimler tarafından sağlanan hizmetlerin önemini yansıtmalıdır.

74. Uygulama makamları, görevlerini ve yükümlülüklerini etkin ve uygun bir şekilde yerine getirmek için adalet sisteminin diğer kurumları, destekleyici kurumlar ve sivil toplum ile işbirliği halinde çalışmalıdır.

75. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin uygulanmasından sorumlu makamların faaliyetleri, işlevleri, hedeflerini ve temel değerlerini tanımlayan belirli bir politika belgesi (*policy statement*) bulunmalıdır. Bu belgeye olarak hizmet planlamaları ile uygulamaya ilişkin talimatlar ve yönlendirmeler yazılı olarak eklenmelidir.

76. Uygulama makamları, iç denetim sistemleri kurmalı, böylece kurumun ve personelinin performansını takip etmelidir.

Personel

77. Uygulama makamları; yapıtlar ve tedbirlerin uygulanması aşamasında görev alan personele ilişkin Avrupa Konseyi metinlerinde belirtilen ilkeler uyarınca istihdam edilmiş ve eğitim almış yüksek nitelikli personele sahip olmalıdır.

78. Personel, uygulama makamına karşı sorumlu olmalıdır. Bu makam, personelinin görevlerini, haklarını ve sorumluluklarını belirlemeli; personelin yönetimi ve denetimi konusunda gerekli düzenlemeleri yapmalı ve personelin ifa ettiği işin uygunluğu, verimliliği ve geçerliliği konusunda değerlendirme yapmalıdır.

79. Genel konularda ve özellikle istihdam koşullarına ilişkin hususlarda yönetim, personelle görüş alışverişinde bulunulmasını temin edecek düzenlemeler yapılmalıdır.

80. Personelin işe alınması, seçilmesi ve terfi ettirilmesi süreçlerinde ırk, renk, etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, din, siyasi veya diğer görüşler, ekonomik ve sosyal statü temelinde ayrımcılık yapılmamalıdır.

81. Personelin istihdamı ve seçimi sürecinde, belirli gruptaki kişilerin özel ihtiyaçları ve denetlenecek şüpheli veya faillerin çeşitliliği dikkate alınmalıdır.

82. Uygulamadan sorumlu personel sayısı, görevlerin etkin bir şekilde yerine getirilmesini sağlayacak sayıda olmalıdır. Personel, görevlerinin ifası için gerekli olan kişisel özellikler ve mesleki nitelikleri haiz olmalıdır.

83. Uygulamadan sorumlu personel, faaliyet alanları, uygulamaya ilişkin görevleri ve işlerinin etik gerekliliklerini tam olarak kavrayabilmelerine imkân tanıyacak yeterlilikte eğitimi haiz olmalıdır. Personele verilen eğitim, gerçekleştirdikleri işe katkı sağlamalarını teşvik edecek nitelikte olmalıdır. Personelin mesleki yeterlilikleri verilecek eğitimler ve performans değerlendirmeleri ile düzenli olarak geliştirilmelidir.

84. Personelin maaşları ve çalışma koşulları, onların yetenekleri ve sorumlulukları ile orantılı olmalıdır. Personel; yasal, finansa ve çalışma saatleri temelinde görevlendirilmeli, böylece mesleki ve kişisel gelişimin devamlılığı sağlanmalı, çalışanların görevlerine ilişkin sorumluluk bilinci güçlendirilmeli ve çalışma koşullarına ilişkin statüleri, benzer görevler ifa eden diğer profesyonel kişilerle aynı düzeyde olmalıdır.

Gönüllülerin Sürece Dâhil Edilmesi

85. Uygulama makamı; yapıtlımlar ve tedbirlerin uygulanması aşamasında toplumun katılımını artırmak için faaliyetlerine katkı sağlamak amacıyla gönüllü kişilerle çalışmalıdır.

86. Gönüllüler, kamusal yapıtlımlar ve tedbirlerin uygulanmasına önemli katkılar sağlayabilirler; ancak profesyonel kişilerce yürütülmesi gereken faaliyetleri gerçekleştirmemelidirler.

87. Uygulama makamları, toplumdaki seçilen gönüllü kişilerin seçilme kriterlerini ve usullerini, bu kişilerin görevleri, sorumlulukları, yetki ve hesap verebilirlik sınırları ile diğer hususlarla ilgili kriterler belirlemeli, onlara gerekli olan eğitim verilmelidir.

88. Gönüllüler, profesyonel personel tarafından yönlendirilmeli ve desteklenmeli, ayrıca; kendilerine verilen rollerin sınırları dâhilinde becerilerine ve ilgi alanlarına uygun olan görevleri yapmalarına imkân tanınmalıdır.

89. Gönüllüler, uygulama makamı tarafından kendilerine verilen görevleri ifa ederken ortaya çıkan kaza, yaralanma ve kamusal mali sorumluluğa (*public liability*) karşı sigortalanmalıdır. Gönüllülerin yeterli ölçüde sigortalı olmasının temini uygulama makamının görevidir. İfa ettikleri görev boyunca yapılacak zorunlu harcamalar gönüllülere geri ödenmelidir.

Mali Kaynaklar

90. Uygulama makamları, kamu fonlarından temin edilen yeterli mali kaynaklara sahip olmalıdır. Üçüncü taraflarca mali katkı veya başkaca destekler sağlanabilir; ancak uygulama makamları hiçbir zaman mali açıdan üçüncü taraflara bağılı olmamalıdır.

91. Uygulama makamlarının üçüncü taraflarca sağlanan mali destekleri kullandığı durumlarda izlenecek usulleri, bu bağlamda belirli sorumluluk yüklenen kişileri ve kaynakların kullanımını denetleyen yöntemlerin belirlendiği kurallar bulunmalıdır.

Bölüm VIII: Denetim, İzleme ve Şikâyet Usulleri

92. Uygulama makamları, denetime açık olmalı ve yetkili makamlara ifa ettikleri görevlerle ilgili olarak düzenli bir şekilde raporlar sunmalı ve geri bildirimde bulunmalıdırlar. Uygulama makamları, denetime ve/veya izleme sürecine tabi olmalı ve bu süreçlerde tam bir işbirliği sergilemelidirler. Resmi kurumlar ve bağımsız izleme kurumları tarafından yapılan denetimler sonucunda elde edilen bulgular kamuyla paylaşılmalıdır.

93. Uygulama makamı tarafından alınan kararlar veya alınması gereken bir kararın alınmaması veya yaptırım veya tedbire ilişkin genel konularda uygun, basit ve tarafsız bir şikâyet (*complaint*) usulü bulunmalıdır.

94. İlk derecedeki uygulama makamı, yaptırımlar veya tedbirlerin uygulanmasına ilişkin şikâyetleri ele alarak ve araştırmalıdır. Şikâyetler, gecikmeksizin incelenerek ve karara bağlanmalıdır.

95. Şikâyeti inceleyen kişiler, konuyu karara bağlamaları için gerekli olan tüm bilgileri toplamalıdır. Bu yönde bir talepte bulunulması halinde, şikâyet sahibinin bizzat dinlenilmesi konusundaki isteği dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir.

96. Şikâyeti inceleyen kişilerin verdiği karar ve bu kararın gerekçesi; şikâyet sahibine, uygulama makamına ve ilgili personele yazılı olarak bildirilmelidir.

97. Şikâyet sahibi, kendi seçtiği bir kişiden danışmanlık veya destek alabilmeli; gerek duyması halinde hukuki yardımından faydalanabilmelidir.

Bölüm IX: Araştırma, Değerlendirme, Basın ve Toplumla Birlikte Çalışma

98. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlere ilişkin araştırma yapılması teşvik edilmelidir. Kamusal yaptırımlar ve tedbirler düzenli bir şekilde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Programlar ve faaliyetler ilgili araştırmalar sonucunda ortaya çıkan bilgilere göre yapılandırılmalıdır.

99. Program ve faaliyet sonuçlarının niteliğini azami seviyeye çıkarmak amacıyla bunlara ilişkin fayda ve dezavantajların çeşitli perspektiflerden değerlendirilmesine imkân tanımak için verimlilik ve performans kıstasları belirlenmelidir. Programlar ve faaliyetlerin ifasına ilişkin standartlar ve performans göstergeleri oluşturulmalıdır.

100. Uluslararası düzeyde onaylanan etik standartlara uygun yeni kamusal yaptırımlar ve tedbirler, deneme amaçlı olarak uygulamaya konulmalıdır. Yürütülecek pilot projeler veya denemeler, bu Kuralların ruhuna uygun olarak gerçekleştirilmeli, dikkatli bir şekilde izlenmeli ve değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

101. Politika belirleyiciler, kanun koyucular, yargı makamları ve halk, hapis cezasına daha az başvurulması sonucunda elde edilen ekonomik ve sosyal faydalar ile kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin avantajları hakkında sürekli olarak bilgilendirilmelidir. Belirli bir halkla ilişkiler politikası mevcut olmalıdır.

102. Kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin mahiyeti ve içeriği ile bu yaptırımlar ve tedbirlerin farklı uygulama yöntemleri hakkındaki bilgilerin mevcut olmasını sağlamak için etkin bir çaba gösterilmelidir, böylece halkın kamusal yaptırımlar ve tedbirleri anlayabilmesi ve suç teşkil eden eylemler için yeterli ve inandırıcı bir karşılık olarak kabul etmesi sağlanmalıdır.

103. Yargı makamları ile diğer karar makamları, kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin güçlü yönleri ve sınırları ile ilgili anlayışın yayılmasını sağlamak için kamusal yaptırımlar ve tedbirlerin uygulanmasına ilişkin politikaların oluşturulması ve gözden geçirilmesi sürecinde yer almalı ve sonuçlardan haberdar edilmelidir.

104. Uygulama makamlarınca şüpheliler ve failer, gözetime tabi tutulma tecrübesiyle ilgili değerlendirmelerini ilgili makamlar ile paylaşmaya teşvik edilmeli, böylece politika ve uygulamaların iyileştirilmesi sağlanmalıdır. Uygulama makamları, mağdurların da katılımının sağlandığı faaliyetlerde onların da görüşlerini almalıdır.

Bölüm X: Kuralların Gözden Geçirilmesi

105. Bu Kurallar, düzenli olarak gözden geçirilmelidir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BİR ANAYASA MAHKEMESİ MİDİR?

Prof. Dr. juris Geir ULFSTEIN¹

Çeviren: Hüseyin GÖKTEPE*

GİRİŞ

Uluslararası makamlar² giderek artan bir şekilde uluslararası kamu gücü denilen yetkiyi kullanmaktadır³. Yasama, yürütme ve yargı karakterli olan bu güç, ulusal anayasal organların fonksiyonları (görevleri) ile kıyaslanabilir. Bu bağlamda, uluslararası anayasacılık hakkında konuşabiliriz⁴. Fakat uluslararası makamlar, ulusal anayasal organlar tarafından kullanılan güce gittikçe daha fazla müdahalede bulunmaktadır. Uluslararası anayasacılık denilen kavram bu gerilimden doğmaktadır.

Öte yandan, ulusal ve uluslararası hukuk iki farklı yasal sisteme sahiptir. Bu hukuk sistemleri otonom bir yapıya sahiptir ve aralarında hiyerarşi yoktur. Dünya üzerinde uluslararası ya da ulus ötesi bir anayasa bulunmamaktadır⁵. Bu durum aynı zamanda uluslararası ve yerel mahkemeler arasındaki ilişki için de geçerlidir; Bu mahkemeler farklı iki tür yasal düzene tabidir. Bu nedenle, ulusal anayasa mahkemelerinin aksine uluslararası mahkemeler yerel kurallar çerçevesinde yargılama faaliyeti yürütmezler.

¹ Department of Public and International Law, University of Oslo. This article was written under the auspices of ERC Advanced Grant 269841 MultiRights – on the Legitimacy of Multi-Level Human Rights Judiciary and the project Judicial Dialogues on the Rule of Law: Inter-action between national Courts and the European Court of Human Rights, financed by The Research Council of Norway/European Science Foundation (ECRP); and partly supported by the Research Council of Norway through its Centres of Excellence Funding Scheme, project number 223274 PluriCourts – The Legitimacy of the International Judiciary.

* Yargıtay 18. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi, huseyingoktepe@hotmail.com

² Yazar uluslararası makam ve otorite ifadesi ile ülkelerin gönüllü olarak bir takım alanlarda başka otoritelerin(mahkeme, denetim komitesi v.b) yetkisini kabul ettiğini kastettiği düşünülmektedir. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 1987 yılında bireysel başvuru yapılabileceğinin kabulü örnek gösterilebilir. (Çevirmen Notu (Ç.N).

³ A. von Bogdandy, P. Dann & M. Goldmann, 'Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities', in A. von Bogdandy *et al.* (eds), *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (2010), 2, 5 & 11.

⁴ See the overview on international constitutionalization in J Klabbers, "Setting the Scene" in J Klabbers, A Peters and G Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law* (OUP, 2009) 1-45.

⁵ G Ulfstein, 'The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism', 4 *Goettingen Journal of International Law* 2 (2012), 575-583.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) mükerrer bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) Avrupa kamu düzeninin (ordre public)⁶ anayasal bir aracı olarak nitelemiştir. Bununla birlikte biz AİHS'in böyle bir bağlamda oluşuyla ilgili değerlendirme yapmamakta ancak AİHM'in anayasal statüsü ile ilgilenmekteyiz. Birçok yazar AİHM'in Anayasa Mahkemesi olduğunu -ya da olması gerekebileceğini iddia etmektedirler.⁷

Ancak AİHM'in anayasallaştırılmasına ilişkin bazı eleştiriler vardır. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Torbjorn Jagland, AİHM'in geleceği hakkında Interlaken Konferansında şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Geçen yıllardan beri AİHM'in “Anayasa Mahkemesine” dönüşmesine ilişkin çekişmeli bir tartışma devam etmektedir. Bu tartışma henüz herhangi bir şekilde uzlaşma ile sonuçlanmamasına rağmen, bu tartışmanın faydalı olmadığı yönünde bir sonuca sebebiyet verdi. AİHS Avrupa Anayasası niyeti ile yapılmadığı gibi AİHM'in halihazırda var olan ulusal anayasa mahkemelerine dönüşeceğini görmek de oldukça zordur.”⁸

AİHM üye mahkemelerin hukuk sistemlerinden farklı bir hukuki sistem uygulamaktadır. Burada cevaplanması gereken soru AİHM'in demokrasi ve insan haklarının etkili bir şekilde korunması gibi anayasal değerleri muhafaza etmesi yanında uygulamada AİHM'in ikincil olarak ulusal-uluslar arası hukuk sistemlerinin koruyucusu olup olmayacağıdır. Aynı zamanda yerel mahkemelerin AİHM ile ilişkisinin ne şekilde olduğu-olması gerektiği-hususunu da irdelenecektir.

A-) AİHM'in Rolü

Takdir marjı AİHM ile ulusal Anayasa Mahkemeleri arasındaki ilişkiyi düzenlemede anayasal bir prensip olarak görülebilir. Takdir marjı, AİHM tarafından bazı şartlar altında ulusal makamlar tarafından verilmiş kararları kabul edebileceği, ve bunları sözleşmeye uygun göreceği anlamına gelmektedir. Takdir marjı AİHM tarafından uzunca bir süre uygulanarak kabul edilmiş bir kavramdır. Ancak 15 numaralı protokol AİHS'in önsözünün sonuna aşağıdaki cümleleri ekleyerek takdir marjı kavramına yer vermiştir.

⁶ Louizidou v.Turkey (Preliminary Objections) Application no. 15318/89 (1995), para.75. See also e.g. Al-Skeini and Others v. United Kingdom, [GC] Application no.55721/07 (2011), 655-687.

⁷ See inter alia S Greer and L Wildhaber, “Revisiting the Debate About “Constitutionalising” the European Court of Human Rights, 12 Human Rights Law Review 4 (2012), 655-687

⁸ Quoted from A Mowbray, “The interlaken Declaration- The Begening of New Era fort he Euro- pean Court of Human Rights? 10 Human Rights Law Rewiev 3 (2010), 519-528, 523.

“İkincillik ilkesi uyarınca, iş bu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeci taraflara ait olduğunu, ve Yüksek Sözleşmeci taraflar bunu yaparken iş bu Sözleşme ile kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahip olduklarını teyit ederek”⁹

George Letsas’ın önerdiği ve kavramsallaştırdığı şekilde, takdir marjı bir yönüyle bireysel özgürlükler ve ortak yararı açıklayan “bağımsız bir kavram” olarak anlaşılmalıdır. Bu kavram aynı zamanda, farklı insan hakları arasında denge kurma ya da aynı hakkın farklı kişilerce talep edilmesi anlamına da gelmektedir. Takdir marjının bu bakış açısı, temel yükümlülüklerin aleniyeti dolayısıyla takdir yetkisinin uyduğu durumlarla ilişkilidir. Letsas tarafından “yapısal kavram” şeklinde adlandırılan ve uluslararası bir organ pozisyonundaki AİHM’in denetiminin sınırları ve yoğunluğunu açıklayan durum ikinci yaklaşımdır. Bu makale de değinilecek olan ikinci yaklaşımdır.¹⁰ Bu kavram, yerel mahkemelerin kararlarının denetimi de dahil olmak üzere yerel makamlarca verilen kararların denetimini yapan ve uluslararası bir organ olan AİHM’i anayasal düşünce ile ilgili standart bakışa riayet etmeye davet eder.

AİHS’te teminat altına alınan ve üye devletler tarafından saygı duyma ve koruma yükümlülüğüne sahip olan hakların ve bu hakları koruma sorumluluğunun yerine getirilip getirilmediği AİHM tarafından denetlenirken 15 numaralı protokol takdir marjını ikincillik ilkesinin bir unsuru olarak tanımlamıştır. Bunun sonucu olarak AİHM tarafından bakıldığında takdir marjının negatif ve pozitif tarafı vardır. AİHM, ilk olarak uyumsuzlukların ilk derece mahkemesinde çözülmesine müsaade etmelidir. Ancak ikinci olarak, AİHM ulusal makamların AİHS’te teminat altına alınan haklara riayet edildiğinden emin olmalıdır.

Peki AİHM tarafından denetlenen ve riayet edilmesi gereken yükümlülükler nelerdir ve AİHM tarafından yapılan bu denetim yerel mahkemelerin verdiği kararlarla ne derecede farklı olmalı ya da ne ölçüde benzeşmelidir? Andrew Legg takdir marjının AİHS’in muhatap devletlerin muhakemesinin 3 temel faktör temeline dayalı olarak ağırlık tahsis edilmesiyle oluştuğunu ileri sürmektedir; (i) demokratik meşruiyet; (ii) devletin genel uygulaması, ve; (iii) uzmanlık. Aynı zamanda demokratik yönünü ve uzmanlığın sorunlarını tartışacağım. Fakat, ulusal yasama organlarının kararları ve diğer ulusal anayasal organların kararlarına

⁹ Protocol No.15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (available at <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/213.htm>).

¹⁰ G Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (OUP, 2007), 80-81.

saygıyı birbirinden ayırt edeceğim. Ayrıca, başka bir faktör olarak her bir devletin takdir yetkisini sınırlamada kullanılan devletlerin genel uygulamasını da göz önünde bulunduracağım. Nihayet, takdir marjının ayrı bir yönü mahiyetinde devletlerin farklılığına dayalı olarak gelişen saygı gösterme hususunu tasnif edeceğim. Dolayısıyla, ulusal kararların denetlenmesi uygulamasında AİHS'in saygınlığı ile alakalı olduğunu düşündüğüm dört özelliği tartışacağım: 1) AİHM'in uzmanlığı 2) Yerel demokrasiye saygı (ulusal yasama organı) 3) Diğer Anayasal organlara saygı (yürütme ve mahkeme) ve 4) Üye devletler arasındaki farklılığa saygı. Bu unsurların her biri ayrı ayrı alt kategorilere ayrılabilir.

1) AİHM'in uzmanlığı

İlgili anayasal organların uzmanlığı ile AİHM'in uzmanlığı karar verme mekanizmasına bağlı olarak birbirinden farklıdır. Ulusal organların konuya ilişkin olaylara ve uygulanacak yerel hukuka üst düzeyde hakim olması beklenir. Mevcut saptama, AİHM'in "dördüncü derece şikayet" olmadığı yönündeki ısrarında da kabul edilir. Bu durum, öncelikle AİHM'in yalnızca olay ve olgulardaki hatalar ile AİHS'in ihlali yönünden önem taşıması halinde ilgili hukuk yönünden değerlendirme yapacağı anlamına gelir. Fakat aynı zamanda AİHM, davaya konu olayların saptanmasında yerel mahkemelerin denetimini ve yerel hukuku nasıl yorumladığını ve uyguladığını da inceleyecektir. Ulusal anayasa mahkemelerinin olay ve olgulara yakınlığı ve bakış açısı ile karşılaştırılabilmesine rağmen, AİHM'in (ulusal hukuk yönünden) uzmanlığı ulusal hukuk hakkında en iyi teorik bilgiye sahip olmakla kalmayıp buna ilave olarak yerel anayasa ile uyumlu olarak- anayasanın nihai yorumunu yapma fonksiyonuna sahip yerel anayasa mahkemelerden oldukça farklıdır. Fakat, AİHM'in yerel mahkemelerden bir çok bakımdan daha fazla uzmanlığa sahip olması gereken diğer yönleri de vardır. AİHM, AİHS'in yorumlanması ile alakalı olan ortaya çıkan "yükselen Avrupa konsensüsü" konusunu tespit etmek açısından daha iyi bir pozisyondadır. Bunun nedeni AİHM'in içtihat birimi Avrupa Konseyine üye olan 47 ülkenin yerel hukukunu analiz edecek kapasite ve yeteneğe sahip olmasıdır¹¹. AİHM, bilhassa, AİHS'i uygulamaya yönelik iyi bir pozisyondadır. Bu durum, yerel mahkemelerin ağırlıklı olarak ulusal hukukla (AİHS hukukunun çok daha önemli olmasına rağmen) ilgili değerlendirmeler yapmasına karşılık, AİHM'in daima AİHS çerçevesinde yorum yapmasından kaynaklanır.

¹¹ Yazarın burada vurgulamak istediği husus; yerel makamların aksine AİHM'in herhangi bir konu hakkında hukuki değerlendirme yaparken o konuda diğer ülkelerin ne şekilde bir düzenlemeye sahip olduğunu rahatlıkla tespit edebilmesidir. Diğer bir anlatımla, yargılamaya konu olan mesele üzerinde üye ülkelerdeki eğilimin ne yönde olduğunu tespit edilmek suretiyle Avrupa hukukunun ilerlediği yön değerlendirilebilecektir. (Ç.N)

Fakat AİHM'in bazı özel fonksiyonları vardır; O'nun AİHS'in yorumlanması ve uygulanması noktasında son söze sahip olduğu kabul edilir. Netice olarak, AİHM'in bu konudaki müthiş birikimi insan hakları sisteminde yer alan rolü ile de desteklenir.

2) Ulusal siyasal demokrasiye saygı (ulusal kanunkoyucu-parlamento)

Siyasal demokrasinin korunmasının önemi AİHS'in önsözünde de kabul edilmiştir;

*“dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan **etkili demokratik bir siyasal rejime**, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını bir kez daha tekrarlayarak”* (vurgu eklendi)

Siyasal demokrasiye saygı ulusal yasama organlarının geliştirilen şekilde AİHS'in yorumlanması için belirli bir saygınlığı içermelidir. Fakat alıntılanan paragrafta da vurgulandığı gibi bir yanda demokratik özgürlükler diğer yanda ilgili insan haklarının *“genel anlama ve uyumu”* nun dengelenmesine ihtiyaç olabilir. AİHM yasama organını (ve yargıyı) bazı şartlara bağlı olmak kaydıyla dinlemeye ilişkin gönüllüğünü vurgulamıştır. Mahkumların oy hakkına ilişkin Hirst kararında (2005), Büyük Daire şu hususlara değinmiştir;

“Birleşik Krallık'ta yasama ve yargı tarafından kabul edilen tutuma eklenecek ağırlığa ilişkin olarak, parlamentonun şimdiye kadar rekabet eden çıkarları ağırlıklı kılmaya veya bir mahkumun battaniye yasağına ilişkin oy verme hakkının orantılılığını değerlendirmeye çalıştığına dair bir kanıt bulunmamaktadır”¹²

Eğer AİHM, rekabet eden çıkarların ağırlığını araştırıp mahkumların oy vermekten yasaklanmasının orantılılığını değerlendirebilseydi, muhtemelen AİHM'in yasama (ya da yargı) organına ağırlık verecekti.

Öte yandan, Birleşik Krallık Yüksek Mahkeme Başkanı'nın 12 Şubat 2014 yılında yaptığı konuşmada söylediği gibi AİHM tarafından yapılan bu tip bir denetim kolaylıkla kabul edilmez:

Avrupa Mahkemelerinin Parlamentoların kararlarından üstün olabileceği ideası milletlerimizin anayasal uygunluğuna küçük bir saldırıdır.¹³

¹² Hirst v. United Kingdom (No.2) [GC] Application no. 74025/01 (2005), para. 79.

¹³ L. Neuberger, *Cambridge Freshfields Annual Law Lecture*, 2014.

Bu ifadeler karşı çoğunluk karakteri yönünden ulusal düzeyde tartışılan demokratik karar alma süreci üzerindeki anayasal denetimin uygunluğuna ilişkin soruları akla getirmektedir.¹⁴ Fakat uluslararası mahkemeler tarafından yapılan denetim birçok yönden yerel mahkemeler tarafından yapılan denetimden farklıdır.

Bir taraftan, uluslararası mahkemece yapılan denetim, ilgili ulusal yasama organının anayasayı yasa değişikliği yolu ile bir anda değiştirerek tepki verme kabiliyeti olmadığı için, ulusal demokrasiye yönelik ağır bir müdahale olarak görülebilir. Ayrıca, AİHM'e yön gösterecek uluslararası demokratik organ da (Bakanlar Komitesinin ve Parlamenterler Meclisinin bağlayıcı olmayan kararları hariç) yoktur. Muhtemel çözüm bütün üye devletlerin rızasını gerektiren AİHS'in değiştirilmesidir. Ya da devletler dramatik bir şekilde hep birlikte AİHS'ten çekilme yönünde adım atabileceklerdir.

Diğer yönden ise, devletler, -demokratik organları vasıtasıyla- AİHM'e, AİHS'in uygulanması ve yorumlanması konusunda bağlayıcı kararlar alması için yetki vereceklerdir (AİHS m.46) İkinci olarak, AİHM, kararların nasıl uygulanacağı ve yorumlanacağı konusu ile ilgili olarak ulusal karar alıcılara belli oranda takdir yetkisi bırakmaktadır. Ve son olarak, AİHM, ulusal mevzuatın geçersiz olduğunu beyan etmemektedir. O sadece, AİHS'in ihlal edildiğinin tesbitini yapar ve uluslararası düzeyde çözümlerin neler olduğunu belirtir. Eğer konuya ulusal hukuk hiyerarşisi çerçevesinde yaklaşırsak, AİHM kararının ulusal düzeyde etkisinin ne olacağını değerlendirmesi devlete kalmıştır. Yerel mahkemeler, örneğin, AİHM kararını uygulamanın anayasayı ya da kanunu ihlal edeceğini tespit edebilir ve kararı ulusal düzeyde uygulamayabilir. Bu durum uluslararası yasal yükümlülüklerin ihlali anlamına gelecektir. Fakat diğer yönden ulusal hukuk bakımından mükemmel bir uyumluluk sağlayacaktır. Dolayısıyla, ulusal demokratik yasa yapıcıların (yasama organı ve parlamento¹⁵) müdahalesi, ulusal anayasa mahkemelerinin müdahalesinden daha elverişlidir.

3) Diğer ulusal anayasal organlara saygı (yürütme ve mahkeme)

Ulusal anayasa mahkemeleri ulusal güçler ayrılığının bir yönü olarak yürütmeye belli oranda takdir hakkı tanıyabilir. Ancak bu takdir hakkı A .v United Kingdom case (2009) kararında belirtildiği üzere AİHM tarafından farklı bir şekilde anlaşılmış ve kullanılmıştır:

¹⁴ See Jeremy Waldron "The Core of the Case Against Judicial Review (2006) 115 *Yale Law Journal* 1346-1406 and Richard Bellamy *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy* (CUP 2007)

¹⁵ Ç.N eklendi

Takdir marjı doktrini, her zaman, Mahkeme ve ulusal otoriteler arasında ilişkiyi tanımlama anlamına gelen bir kavram olarak kullanılmıştır. Bu kavram, ulusal düzeyde devlet organlarının birbiri arasındaki ilişkide aynı şekilde uygulanamaz (para 184).¹⁶

Ulusal anayasal sistemden bir diğer fark ise, AİHM'in yalnızca yasama ve yürütme organlarına değil yerel mahkemelere de saygı (takdir hakkı tanınması) duymasıdır. Fakat bu saygı ve takdir hakkı tanıma durumu, AİHM'in önceki başkanı Bratza tarafından da belirtildiği üzere yerel mahkemelerin kararlarının kalitesine bağlıdır. Bratza şu ifadeleri kullanmıştır:

*"İkinci olarak, Strasburg Mahkemesi, bana göre, insan hakları anlaşmalarının pratik hayatta etkili olmasına sebebiyet verdiği için İngiliz Mahkemelerinden çıkan kararlara her zaman saygılı olmuştur ve bu durum bu mahkemelerin AİHM'in yargılama işini oldukça kolaylaştıran kararlarının yüksek bir kalitede olmasından kaynaklanmaktadır."*¹⁷

Öte yandan, hiçbir ulusal anayasa mahkemesi söz konusu takdir hakkını alt dereceli bir mahkemeye tanımamaktadır. Bu durum özellikle önemlidir çünkü davalar genel olarak yerel mahkemeler tarafından AİHS'in iç hukuk yollarının tüketilmesi gereklilikleri çerçevesinde filtre edilmektedir.

4) Üye devletler arasındaki çeşitliliğe saygı

AİHM üye devletler arasında farklılık ve çeşitlilik olduğunu kabul eder. AİHS'in önsözü "*büyük bir birleşme*" ye işaret eder, tam bir uyuma değil. Böylece, AİHM, AİHS'te yer alan insan haklarına eşit saygı gösterilmesini sağlarken diğer yandan üye devletler arasındaki farklılığa da saygı göstermiş olmaktadır. Ahlaki değerler ile ifade özgürlüğü arasında bir gerilim olması durumunda devletlere takdir marjı hakkının tanındığına ilişkin klasik referans Handyside (1976) kararıdır:

*"Ülkelerinin hayati kaynakları ile devamlı ve doğrudan irtibatlı olmaları sebebiyle devlet otoriteleri prensip olarak bu gereksinimin [örneğin ahlak] içeriği hakkında görüş verme konusunda uluslararası hakimden daha iyi bir konumdadır....(para 48)"*¹⁸

¹⁶ A. and Others v. United Kingdom, Application no. 3455/05 (2009) [GC]

¹⁷ N. Bratza, The Relationship between the UK Courts and Strasburg , 5 *European Human Rights Law Review*, (2011), 505-512, 507.

¹⁸ Handyside v United Kingdom, Application no. 5493/72 (1976)

Bu durum, yargı yetkisini kullandıkları topraklar üzerinde aynı anayasal standardı uygulayan ulusal anayasa mahkemelerinden farklıdır. Böylece, AİHM uluslararası mahkeme olması ile birlikte anayasal fonksiyonunu birleştirmektedir. Ancak, AİHM bir çok yönden ulusal anayasa mahkemelerinden ayrılmaktadır. Öte yandan, AİHM, uluslararası ve ulusal hukuk arasında var olan dualizmin müsaade ettiği ölçüde ve demokratik kaygılar ile insan haklarının etkili korunmasını da dikkate alarak ulusal anayasal organlar ile iletişime girerek büyük ve tutarlı bir hukuk sistemi içerisinde var olduğunu gösterir.

Yerel mahkemeler tarafından etkileşim

Peki yerel mahkemelerin rolü nedir: Yerel mahkemeler anayasal bir tavır olarak düşünülebilecek şekilde AİHM ile etkileşime giriyorlar mı? ve olası böyle bir etkileşimin özellikleri ne olmalıdır? Yerel mahkemeler, iç hukuk meselesi ve yargılama pratiği olarak AİHM tarafından verilen kararları dikkate alırlar. Bu durum uluslararası hukukun devletlerin bir davaya (*res judicata*) taraf olmaları durumunda AİHM kararını uygulamaları anlamına gelen bir gerekliliktir. Fakat, ülkelerin aynı zamanda AİHM'in önceki (*erga omnes*) uygulamalarının etkilerini de dikkate almaları gerekir. Bu tür tutarlı yorumların (AİHM kararları) uygulanması uluslararası anayasacılığın bir yönü olarak görülebilir. (örneğin: Ulusal hukuk, farklı bir çözüm için özel bir sebep olmadıkça, uluslararası hukuk yükümlülükleri doğrultusunda yorumlanır.)

Öte yandan, yerel mahkemeler AİHM tarafından yapılan yorumu reddetmeyi seçebilirler ve iç hukuk içeriğinin son söz sahibi olarak kendi durumlarına güvenebilirler. Ancak, yerel mahkemeler bu tavrı ile sonrasında AİHM tarafından incelenme riskini almış olurlar. Tutarlı yorumların (AİHM içtihadı) uygulanmasının ötesinde yerel mahkemelerin AİHM ile etkileşim içerisinde olmalarının üç yolu bulunmaktadır: 1) Yerel mahkemeler, AİHM'i takdir marjını kullanmaları konusunda yetkilendirildikleri gerçeğine ikna etmeyi deneyebilirler, 2) AİHM'in yorumlanması için hayati önemi olan Avrupa konsensusunun geliştirilmesine aktif bir şekilde katılabilirler ya da 3) AİHM'in ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda AİHM'i ikna etmeye çalışabilirler.

1. Takdir Marjı

Kendi yorumlarının doğru demokratik sürecin izlenmesinin bir sonucu olduğuna ve yaptıkları yorumun (ölçülülük prensibi gibi) AİHM tarafından da dikkate alındığına AİHM'i ikna edebilirlerse, yerel mahkemeler de dahil ulusal anayasal organlar, takdir marjını kullanması hususunda için daha iyi bir şansa sahiptir. AİHM *von Hannover* (No 2) (2012) kararında da vurguladığı gibi:

“ Dengenin ulusal otoriteler tarafından AİHM içtihatlarında belirtilen kriterlere uygun yapıldığı durumda, AİHM kendi görüşünü yerel mahkemelerin yerine ikame edebilmesi için çok sert gerekçelere ihtiyaç duyacaktır. (para 107) “

Böylece, yerel mahkemeler sadece pasif bir şekilde takdir marjı kavramına dayanmayacaklar aynı zamanda AİHM’in içtihatlarında geliştirdiği kriterlerin ulusal makamlarca uygulandığını göstererek aktif bir tavırla AİHM ile etkileşim içerisinde olacaklardır.

2. Avrupa Konsensusu

Buna ilaveten, AİHS’in yorumu dinamiktir ve aynı zamanda gelişmekte olan Avrupa konsensusuna tabi olabilir. AİHS’in yaşayan bir enstrüman olduğu hususu *Tyrer* davasına (1978) kadar gider:

“Mahkeme aynı zamanda komisyon tarafında da vurgulandığı şekilde Sözleşme’nin yaşayan bir enstrüman olduğunu ve günün şartlarına göre yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Görülmekte olan davada Mahkeme önceki gelişmelerden etkilenmez ancak bu konuda Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin geliştirdikleri ve genel olarak kabul ettikleri ceza politikasını dikkate alır. para.31)”¹⁹

Yerel mahkemelerin en nihayetinde bir Avrupa normu olarak kabul edilebilecek muhtemel bir Avrupa standardına katkı yapabilmeleri onlar açısından önemli olacaktır. AİHS’in kuvvetli yorumu olarak görülebilecek bir yerel uygulama tartışmasız bir şekilde yerel mevzuatın yorumundan daha ağırlık taşıyacaktır.

3. AİHS’in yorumu

Son olarak, yerel mahkemeler Avrupa konsensusunu geliştirmeye ya da takdir marjına herhangi bir atıf yapmaksızın AİHS’in uygun bir yorumunu yaptığı konusunda AİHM’i ikna edebilir. Ancak bu çaba, yerel mahkemelerin AİHS’i AİHM’i ikna edecek bir şekilde yorumlaması ve önündeki davayı Avrupa temeline oturtmasını gerektirir. Aynı zamanda yerel mahkemenin yorumu diğer üye ülke mahkemelerini de ikna ederse daha faydalı olur.²⁰

¹⁹ *Tyrer v. United Kingdom*, Application no. 5856/72, (1978).

²⁰ M Andenas and E Bjorge, National Implementation of ECHR Rights “in A Follesdal, B Peters and G Ulfstein (eds), *Constituting Europe; the European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (CUP, 2013), 181-263, 261.

Genel olarak AİHM, yerel mahkemelerin AİHS'i, yorumuna ilişkin argümanlarına, bu argümanlar bazı yerel mahkemelerce hegemonyayı temsil etmediği ve insan haklarının korunması için gereken ilkenin altını oymadığı sürece açıktır. Fakat AİHM, uygun olan AİHS yorumunun tespiti konusunda son sözü söyleme hakkına sahip olmalıdır.

Bundan dolayı yerel mahkemeler AİHM ile etkileşiminde farklı yollar seçebilirler. Ancak yerel mahkemelerin AİHM ile yapıcı bir tavır ile etkileşime geçmesi yaygın olanıdır. Bu, iç hukukun uluslararası yükümlülükleri ihlal etmediğinden emin olmak için yapılan pasif yorumun çok ötesindedir.

AİHM ve yerel mahkemelerin iki yönlü ortak girişimin bir parçası olarak etkileşime girmeleri gerekir. Ulusal yasal sistemden farklılık arz eden bu etkileşim AİHM ve ulusal mahkemeler de dahil olmak üzere ulusal anayasal organların, insan haklarının ortak ulus ötesi yasal korunmasında karşılıklı işlevleri tanımlama anlamında anayasal niteliklere sahiptir.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ KARARI

First Options of Chicago, Inc v. Kaplan

Çeviren: Erman EROĞLU

Özet

Bu dava, Filedelfiya Menkul Kıymetler Borsası'nda hisse senedi ticareti yapan davacı First Options of Chicago, Inc. (First Options) ile davalı Manuel Kaplan, eşi, ve hisselerinin tamamına sahip olduğu yatırım şirketi MK Investments, Inc. (MKI)'in borçlarının yeniden yapılandırılmasını düzenleyen, dört parçadan oluşan borcun yeniden yapılandırılması sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklanmıştır. First Options, ödeme talepleri yerine getirilmediğinde Filedelfiya Menkul Kıymetler Borsası heyetince yapılan tahkim yargılamasında hakkını aramıştır. Yalnızca tahkim sözleşmesinin bulunduğu belgeyi imzalayan MKI tahkime başvurmuş; ancak o belgeyi imzalamamış olan Kaplanlar, First Options ile uyuşmazlıklarının tahkim edilebilirliğini reddedip, hakem heyetine itirazda bulunmuşlardır. Hakemler uyuşmazlığın esasına ilişkin yargılama yetkisi olduğuna karar verip First Options lehine hüküm vermiştir. Bu kararı federal bölge mahkemesi onarken federal istinaf mahkemesi bozmuştur. İstinaf mahkemesi uyuşmazlığın tahkim edilemeyeceğine karar vermiş; hakem heyetinin bir uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisinin olup olmadığına bağımsız mahkemelerce karar verilmesi gerektiğini, ve Kaplanların tahkim kararının iptaline yönelik dilekçelerinin bölge mahkemesince reddinin değerlendirmesinde olağan inceleme standartlarının uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Gerekçeler

1. Kaplan/FirstOptions uyuşmazlığının tahkim edilebilirliği mahkemeler tarafından yapılan bağımsız bir incelemenin konusuydu.
 - a. Bir uyuşmazlığın esasının tahkim edilmesini tarafların kabul edip etmediğine karar verecek birincil yetkiye mahkemelerin mi yoksa hakemlerin mi sahip olduğu sorusunun cevabı oldukça basittir. Tıpkı, bir uyuşmazlığın esasının tahkim edilebilirliğinin tarafların o uyuşmazlığın tahkimini kabul edip etmediklerine bağlı olması gibi¹ "tahkim edilebilirlik kararında kim birincil karar merciidir" sorusu da tarafların bu soruyu tahkime sunmayı kabul edip etmediklerine bağlı olacaktır. Eğer taraflar soruyu tahkime sunmayı kabul etmişlerse, o zaman mahkemeler hakemlerin tahkim edilebilirlik kararına saygı göstermelidir. Eğer kabul etmemişlerse, o zaman mahkemeler soruya bağımsızca karar vermelidir. Bu iki soru tahkim sözleşmesinin taraflar arasındaki basitçe bir sözleşme konusu olduğu gerçeği üzerinden dümdüz akıp gitmektedir.

¹ Bkz. *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, ante, at 52.

- b. Kaplanlar tahkim edilebilirliğin tahkimini kabul etmedi. Mahkemeler böyle bir sözleşmenin var olup olmadığına karar verirken genellikle sözleşmenin tertibini düzenleyen olağan eyalet hukuk ilkelerine başvurmalıdır. Fakat tarafların tahkim edilebilirliğin tahkimini kabul ettiklerini gösteren açık ve belirgin bir delil olmadıkça mahkemeler buna yönelik bir varsayımda bulunmamalıdır.² First Options, Kaplanların kısmı üzerinde açıkça bir anlaşmaya vardıklarını gösteremeyebilir. Kaplanların hakemlerin yargılama yetkisine itirazları, hakemlerin kendileri üzerinde bağlayıcı bir otoriteye sahip olmalarını istemediklerini gösterir. Bu sonuç, (1) Kaplanların hakemler önünde hazır bulunmaları için aşikâr bir açıklamayla (ki Bay Kaplan'ın tüm hisselerine sahibi olduğu şirketi borcun yeniden yapılandırması sözleşmesinin konularını tahkim ediyordu), ve (2) bağımsız mahkemelerce incelenme hakkını kaybetmeksizin Kaplanların tahkim edilebilirliği hakemlerle müzakere edebileceklerini belirten 3. İstinaf Mahkemesi'nin kuralıyla desteklenmektedir. First Options'ın karşı savları ikna edici değildir.
2. İstinaf mahkemeleri, tahkim kararlarını onayan bölge mahkeme kararlarını (diğer bir deyişle "açıkça hatalı" olmayan maddi bulguları kabul etme ama *de novo* hukuk meselelerine karar verme gibi) incelerken olağan standartlar kullanılmalı; o durumlarda özel bir "takdir yetkisinin kötüye kullanılması" standardı uygulamamalıdır. Geçerli bir sebep olmadıkça inceleme standartlarının çoğaltılması yoluyla hukukun daha da karmaşıklaştırılması arzulanamamaktadır. Daha da önemlisi, istinaf mahkemesinin bölge mahkemesini değerlendirmedeki tutumu, değerlendirme standartlarından muhtemelen hangisinin esasa ilişkin belirli bir sonucu vereceğine değil; ilgili kurumsal yargılama ve istinaf mahkemelerinin sağladığı faydalara bağlı olmalıdır. Belirli bölge mahkemesi kararlarının incelenmesi sırasında istinaf mahkemelerinin farklı bir standart kullanması gerekliliğini dile getiren First Options iddiasını Tahkim Yasası içerisindeki hiçbir husus desteklememektedir.
3. İstinaf mahkemesinin uyuşmazlığın tahkim edilemeyeceği nihai sonucunda hata edip etmediği sorusu, bizim incelemeyi kabul ettiğimiz soruların kapsamının dışındadır.

² Bkz. *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U. S. 643, 649.

Yargıç Breyer oy birliği ile alınan kararı açıkladı.

James D. Holzhauser davacının savlarını ileri surdu. Onunla beraber layihalarda Timothy S. Bishop, Stephen P. Bedell, Timothy G. McDermott ve Kenneth E. Wile yer aldı.

John G. Roberts, Jr., davalıların savlarını ileri surdu. Manuel Kaplan için olan layihada John G. Roberts, Donald L. Perelman, Richard A. Koffman ve David G. Leitch yer aldı. Carol Kaplan için olan layiha Gary A. Rosen tarafından hazırlandı.

Karar

Yargıç Breyer mahkemenin kararını açıkladı.

Bu davada, Federal Tahkim Yasası (Amerika Birleşik Devletleri Kanunnamesi Madde 9)³ kapsamında mahkemelerin belirli hususları nasıl değerlendirmesi gerektiğine dair iki soru mütalaa edilmiştir. Bunlar (1) tarafların tahkim edilmesi için anlaştıkları hakem kararlarının bölge mahkemelerince⁴ nasıl değerlendirmesi gerektiği ve (2) bölge mahkemelerinin tahkim kararını onama veya iptal isteminin ret kararı üst mahkeme tarafından nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir.

I

Bu dava, bir tarafta Filedelfiya Menkul Kıymetler Borsası'nda hisse senedi ticareti yapan First Options of Chicago, Inc. (First Options) ve üç kişinin oluşturduğu diğer tarafta ise; First Options tarafından işlemi yapılmış MK Investments, Inc. (MKI), bu şirketin tüm hisselerinin sahibi Manuel Kaplan, ve onun eşi Carol Kaplan arasında var olan uyuşmazlıklarla ilgilidir. Bu uyuşmazlıkların merkezinde, 1987 Ekim'inde borsadaki hisselerin çakılması sonucu MKI ve Kaplanların borcunun First Options'a yeniden yapılandırılmasını düzenleyen, dört belgede vücut bulmuş, borcun yeniden yapılandırma sözleşmesi bulunmaktadır. 1989

³ 9 U.S.C. §1 ve devamı.

⁴ Burada öncelikle Amerika Birleşik Devletleri'nin federal düzeyde mahkeme yapısından genel olarak bahsetmek gerekir. Birleşik Devletler federal düzeyde üç yapılı bir mahkeme sistemine sahiptir. İlk derece mahkemeleri olarak, 94 adet olarak teşkil edilmiş, bölge mahkemeleri (United States District Courts) yer almaktadır. Bunların vermiş olduğu kararları incelemekle görevlendirilmiş olan mahkemeler ise istinaf mahkemeleri (United States Courts of Appeals) olarak yer almaktadır. 11 adet olan istinaf mahkemelerinin yetki alanları coğrafi bölgelere göre teşkil edilmemiştir. Örneğin; 1. İstinaf Mahkemesi'nin (United States Court of Appeals for the First Circuit) yerleşkesi Boston'da yani Doğu Yakası'nda bulunurken Porto Riko gibi Kuzey Atlantik Okyanusu'nda bulunan yerler de bu istinaf mahkemesinin yetki alanında yer almaktadır. Bölge mahkemelerince verilen kararların incelenmesi yapan en üst düzey temyiz mercii olarak Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of the United States) yer almaktadır.

yılında, sözleşme imzalandıktan sonra, MKI 1.500.000 Amerikan Doları daha kaybetmiştir. Bunun üzerine First Options, MKI'nın belirli varlıklarının kontrolünü ele alıp, onları nakde çevirip, MKI'nın borcunun tamamının acilen ödenmesini talep edip, Kaplanların herhangi bir açığı kişisel olarak ödemelerinde ısrar etmiştir. Talepleri yerine getirilmediğinde, First Options, Filedelfiya Menkul Kıymetler Borsası heyetince yapılan tahkim yargılamasında hakkını aramıştır.

MKI, dört belgeden tahkim şartını içeren yeniden yapılandırma belgesini imzalayarak tahkime gitmeyi kabul etmiştir. Ancak kişisel olarak o belgeyi imzalamayan Kaplanlar, First Options ile olan anlaşmazlıklarının tahkim edilebilirliğini reddedip, tahkim heyetine yazılı itirazda bulunmuşlardır. Hakem heyeti, tarafların uyuşmazlığının esası üzerine yargılama yetkisi olduğuna karar verip First Options lehinde karar vermiştir. Buna müteakiben Kaplanlar, Federal Tahkim Yasası'nın 10. maddesine dayanarak Federal Bölge Mahkemesi'nden tahkim kararının iptalini istemiştir. First Options ise aynı yasanın 9. maddesine dayanarak kararın onanmasını talep etmiştir. Mahkeme kararı onamıştır. Bununla beraber, 3. İstinaf Mahkemesi'nce, bölge mahkemesinin onama kararı bozulmuş, uyuşmazlığın tahkim edilemeyeceği yönünde Kaplanlar lehine hüküm verilmiştir.⁵

Kaplanlar ve First Options arasındaki uyuşmazlığın tahkim edilebilirliğine ilişkin kararın incelenmesinde istinaf mahkemesince kullanılan standartlara ilişkin iki soruyu değerlendirmek için temyiz başvurusuna karar verdik.⁶ İlk olarak; istinaf mahkemesi, mahkemelerin "hakem heyetinin, herhangi özel bir uyuşmazlığın esası üzerine yargılama yetkisine sahip olup olmadığına bağımsız bir biçimde karar vermesi gerektiğini" dile getirmiştir.⁷ First Options, itiraz eden taraf "hakemlere karar vermeleri için bir sorun sunduğunda", mahkemelerin "tahkim edilebilirliğe ilişkin hakem kararlarını değerlendirirken", değerlendirme standartlarını *de novo*⁸ olarak mı yoksa esasa dair hakem kararlarıyla daha uyumlu olacak biçimde mi uygulamaları gerektiğine karar vermemizi talep etti.⁹ İkinci olarak; istinaf mahkemesi, bölge mahkemesince verilen ticari tahkim kararının (ve ilgili onama dilekçesinin verilmesinin) iptal başvurusunun reddini "*de novo*" olarak değerlendireceğini belirtti.¹⁰ First Options, bunun yerine istinaf

⁵ 19 F. 3d 1503 (1994).

⁶ 513 U. S. 1040 (1994).

⁷ 19 F. 3d, at 1509.

⁸ "De novo" Latince bir kelimedir. Anlamı yeni baştan demektir. Burada bahsedilen husus ise mahkemenin kararları hiçbir standart olmaksızın incelemesi olarak dile getirilmektedir.

⁹ Pet. for Cert. i..

¹⁰ 19 F. 3d, at 1509.

mahkemesinin “takdir yetkisinin kötüye kullanımı” standardını uygulaması gerektiğini iddia etmektedir.¹¹

II

İlk soru, yani tahkim edilebilirliğe dair hakem kararına uygulanan inceleme standardı, dar kapsamlı bir sorudur. Kapsamının ne kadar sınırlı olduğunu anlamak için bu davada sunulan üç tip anlaşmazlık incelenmelidir. İlk; Kaplanlar ve First Options, MKI’nın First Options’a olan borcundan Kaplanların kişisel olarak sorumlu tutulup tutulamayacağına dair anlaşmamaktadırlar. Bu anlaşmazlık *uyuşmazlığın esasını* oluşturmaktadır. İkinci olarak; taraflar *esasın tahkim edilmesini* kabul edip etmediklerine dair anlaşmamaktadırlar. Bu anlaşmazlık *uyuşmazlığın tahkim edilebilirliğine* ilişkindir. Üçüncü olarak; taraflar *ikinci konuya karar vermede kimin birincil karar mercii olması gerektiğine* dair anlaşmamaktadırlar. Bu yetki birincil olarak hakemlere mi (hakemlerce verilmiş tahkim edilebilirlik kararlarının mahkemelerce uyumla incelemesinden dolayı) yoksa mahkemeye mi (tahkim edilebilirliğe dair mahkemelerin bağımsızca karar vermelerinden dolayı) ait olacaktır? Biz burada bu sorulardan yalnızca üçüncüsünü inceleyeceğiz.

Sorunun kapsamı sınırlı olmasına karşın uygulamada belirli bir öneme sahiptir. Bunun nedeni, tahkime gitmeyi kabul etmeyen tarafın, normal olarak, anlaşmazlığın esası hakkındaki bir mahkemenin kararına (burada olduğu gibi, sözleşme altındaki yükümlülüğü) sahip olma hakkının olmasıdır. Ancak taraf tahkimi kabul ettiği yerde, mahkeme yargısına başvurma hakkının uygulanabilirliğinden büyük oranda feragat etmiş olacaktır. Taraf buna rağmen mahkemeden hakemin kararını incelemesini talep edebilir fakat mahkeme verilen kararı yalnızca olağanüstü durumlarda iptal edecektir.¹² Bu nedenle, bir tarafın tahkim edilmeyi kabul edip etmediğine karar veren birincil otoriteye kimin sahip olacağı (mahkeme ya da hakem heyeti) tahkime direnen taraf açısından ciddi bir değişiklik yaratabilir.

“Kim” sorusuna (yani gözden geçirme standardı sorusuna) cevabın oldukça basit olacağına inanıyoruz. Anlaşmazlığın esasının tahkim edilebilirliğinin taraflarca *uyuşmazlığın tahkim edilmesinin kabul edilip edilmemesine* bağlı olması gibi¹³ tahkim edilebilirliğe ilişkin birincil otoritenin kim olacağı sorusu da

¹¹ Bkz. *Robbins v. Day*, 954 F. 2d 679, 681–682 (CA11 1992).

¹² Bkz. 9 U.S.C. § 10 (Yolsuzluk, hile ya da usulsüz bir biçimde oluşturulan karar, hakemin yetkisini aşması hali), *Wilko v. Swan*, 346 U. S. 427, 436–437 (1953) (Hukukun açıkça ihlal edilmemiş olduğu hakem kararıyla bağlı olan taraflar), başka sebepler üzerinden reddedilen, *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U. S. 477 (1989).

¹³ Bkz. *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, ante, at 57; *Mitsubishi Motors Corp. v.*

o konu üzerinde tarafların neyi kabul ettiğine bağlı olmaktadır. Taraflar tahkim edilebilirliğin tahkime sunulmasını kabul etti mi? Eğer öyleyse, o zaman o konu hakkındaki hakem kararının gözden geçirilmesi için mahkeme standardı, tarafların tahkimini kabul ettiği herhangi bir konunun incelenmesinde, mahkemenin uyguladığı standartlardan farklı olmamalıdır.¹⁴ Bu demek oluyor ki, mahkeme hakemlere kayda değer ölçüde rahat hareket edebileceği bir alan vermeli, hakem kararlarının iptalini yalnızca belli durumlarla sınırlamalıdır.¹⁵ Diğer taraftan, taraflar tahkim edilebilirliğin tahkime sunulmasını kabul etmedilerse, o zaman mahkeme tarafların tahkime sunmadıkları herhangi bir konuda karar verdiği gibi, yani bağımsızca, karar vermelidir. Bu iki cevap tahkimin taraflar arasındaki basit bir sözleşme olduğu gerçeğinden, yalnızca tarafların tahkime sunulmasını kabul ettikleri uyuşmazlıkların çözülmesi yolunda dosdoğru bir biçimde akıp gitmektedir.¹⁶

First Options'a katılmaktayız çünkü; taraflar konuyu tahkime götürdüklerinde, mahkeme hakemlerin tahkim edilebilirlik hakkındaki kararına riayet etmesi gerekir. Bununla beraber, bu sonuç First Options'a davayı kazanması için dayanak oluşturmaz. İnceleme standardı sorusuna verilecek adil ve eksiksiz bir cevap, tarafların tahkim edilebilirlik konusunu tahkime götürmeyi kabul edip etmediğine mahkeme tarafından nasıl karar verilmesi gerektiğine dair de bir kaç söz söylenmesini gerektirir. Bu sözler de burada Kaplanların tahkim edilebilirliğin tahkimini kabul etmediğini netleştirmektedir.

Belirli bir konunun tahkim edilmesinin (tahkim edilebilirlik de dahil) taraflarca kabul edilip edilmemesine karar verirken, mahkemeler genellikle (yukarıda tartıştığımız nitelikte birlikte) sözleşmelerin kuruluşunu düzenleyen olağan eyalet hukuku ilkelerini uygulamalıdır.¹⁷ Örneğin; burada ilgili eyalet hukuku, mahkemenin tarafların tahkim edilebilirlik konusunu tarafsızca tahkime sunma niyeti gösterip göstermediğini anlamasını gerektirirdi.¹⁸

Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U. S. 614, 626 (1985).

¹⁴ Bkz. *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U. S. 643, 649 (1986) (Taraflar tahkim edilebilirliğin tahkim edilmesini kabul edebilir.); *Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U. S. 574, 583, n. 7 (1960) (aynı).

¹⁵ Bkz. 9 U. S. C. § 10.

¹⁶ Bkz. *AT&T Technologies, supra*, at 649; *Mastrabuono, ante* 57–58, ve n. 9; *Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson*, 513 U.S. 265, 271 (1995); *Mitsubishi Motors Corp., supra*, at 625–626.

¹⁷ Bkz. *Mastrobuono, ante*, at 62–63, and n. 9; *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U. S. 468, 475–476 (1989); *Perry v. Thomas*, 482 U.S. 483, 492–493, n. 9 (1987); G. Wilner, 1 Domke on Commercial Arbitration § 4:04, p. 15 (rev. ed. Supp. 1993) (Buradan sonra Domke olarak bahsedilecektir).

¹⁸ Bkz. *Estate of Jesmer v. Rohlev*, 241 Ill. App. 3d 798, 803, 609 N. E. 2d 816, 820 (1993) (borcun yeniden yapılandırılması sözleşmesini düzenleyen eyaletin hukuku); *Burkett v. Allstate Ins. Co.*, 368 Pa. 600, 608, 534 A. 2d 819, 823–824 (1987) (Kaplanların tahkim edilebilirliğe itiraz ettikleri eyaletin hukuku) Ayrıca bkz. *Mitsubishi Motors, supra*, at 626.

Ancak bu mahkeme, mahkemelerin bir tarafın tahkim edilebilirliğinin hakemlerce tahkim edilebileceğini kabul edip etmediğine karar verdikleri zaman uygulanabilecek, (az önce de belirttiğimiz gibi) önemli bir nitelik ekledi: Mahkemeler tarafların tahkim edilebilirliğinin tahkim edilebileceğini kabul ettiklerini açık ve belirgin bir delil olmadığı sürece farz etmemelidirler.¹⁹ Bu şekilde, kanun “tahkim edilebilirliğe (birincil olarak) kim karar vermeli” sorusunun barındırdığı sessizlik ya da muallaklığa, “geçerli bir tahkim sözleşmesinin kapsamı içerisinde olduğu için esasa ilişkin bir uyuşmazlığın tahkim edilip edilemeyeceği” sorusunun barındırdığı sessizlik ya da muallaklıktan daha farklı davranır. Bunun nedeni, ikinci soru hususunda kanunun karineyi tersine çevirmesidir.²⁰

Ancak davranıştaki bu tip farklılık anlaşılabilir. İkinci soru tarafların bazı hususların tahkimini temin eden sözleşmeye sahip olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Böyle durumlarda, taraflar büyük olasılıkla tahkimin kapsamına ilişkin en azından bir miktar kafa yormuş olacaktırlar. Tahkim hususunda kanunun hoşgörülü politikalarını göz önünde bulundurarak²¹, tarafların ilgili bir konunun tahkimini *istemediğine* karar vermeden önce kanunun neden belirginlik konusunda ısrar ettiği anlaşılabilir.²² Öte taraftan, birinci soru, yani “tahkim edilebilirliğe (birincil olarak) kim karar vermeli” sorusu sırlarla doludur. Bir taraf bu soruya ya da hakemlerin kendi yetkilerinin kapsamına karar vermelerinin önemine çoğunlukla odaklanmayabilir.²³ Bir tarafın yalnızca önceden tahkime sunmaya özellikle kabul ettiği konularda tahkime zorlanabileceği ilkesi dikkate alındığında, mahkemelerin hakemlere yetki vererek “kimin tahkime karar vermesi gerektiği” konusunun barındırdığı sessizliği ya da muallaklığı yorumlamaya neden tereddüt edebilecekleri anlaşılabilir; çünkü böyle yapmak çoğu zaman isteksiz tarafları mantık çerçevesinde bir hakemden ziyade bir hakimin karar vereceğine inandıkları bir konunun tahkimine zorlayabilir.²⁴

Önümüzdeki dosyada, First Options, Kaplanların hakemlerce tahkim edilebilirlik sorusuna karar verilmesini (yani tahkimi) açıkça kabul ettiğini gösteremeyebilir. First Options, Kaplanların hakemlere hitaben, yazılı

¹⁹ Bkz. *AT&T Technologies, supra*, at 649; Ayrıca Bkz. *Warrior & Gulf, supra*, at 583, n. 7.

²⁰ Bkz. *Mitsubishi Motors, supra*, at 626 (“tahkim kapsamına yönelik herhangi bir şüphe tahkim lehine olacak şekilde çözümlenmelidir”) (quoting *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U. S. 1, 24–25 (1983)); *Warrior & Gulf, supra*, at 582–583.

²¹ Bkz. *Mitsubishi Motors, supra*, at 626.

²² Bkz. Domke § 12.02, p. 156 (Tahkim şartının sorunları içerdiği açık olmadıkça tahkim edilebilir kabul edilecektir).

²³ Bkz. Cf. Cox, *Reflections Upon Labor Arbitration*, 72 Harv. L. Rev. 1482, 1508–1509 (1959), cited in *Warrior & Gulf*, 363 U. S., at 583, n. 7.

²⁴ *A.g.e. Genel olarak Bkz. Dean Witter Reynolds Inc. v. Byrd*, 470 U. S. 213, 219–220 (1985) (Tahkim Yasası'nın temel amacı “tahkim için anlaşılmış özel sözleşmelerin yargısal müeyyidesini garanti etmek”tir).

beyanname ile hakemlerin yargılama yetkisine itirazına dayanmaktadır. Ancak hakemle tahkim edilebilirlik konusunu yalnızca müzakere etmesi tahkime açık bir istekliliğin olduğunu göstermez. Başka bir deyişle, isteklilik o konuda hakem kararıyla etkin bir biçimde bağlı olmaaktır. Aksine, Kaplanlar, First Options ile olan uyuşmazlığın hakemlerce karar verilmesine şiddetle itiraz ettiği kadar, doğal olarak hakemlerin kendileri üzerinde bağlayıcı bir yetkiye sahip olmamalarını isterdi. Bu kanı; (1) hakemlerin önünde Kaplanların mevcudiyeti için bariz bir açıklamadan (yani Bay Kaplan'ın tamamen sahip olduğu firma MKI'nın borcun yeniden yapılandırması sözleşmesinin konularını tahkim yapıyor olması), ve (2) bağımsız mahkeme tarafından incelenme hakkını kaybetmeksizin hakemlerle tahkim edilebilirliği müzakere edebilirliğini destekleyen istinaf mahkemesi kararından ek destek almaktadır.²⁵

First Options çeşitli karşı argümanlar oluşturmuştur: (1) Kaplanların hakemlerle konuyu müzakere etmeksizin, tahkim edilebilirlik sorusu üzerine bağımsız bir mahkeme kararı almak için başka yollara sahip olduğu (mesela tahkimi yasaklatarak ya da tahkime katılmayı reddedip First Options'ın tahkime mecbur bırakacak bir mahkeme talebine karşı savunma yaparak²⁶); (2) sonuçla bağlı olmaksızın, taraflara tahkim edilebilirliği hakemlerle tartışma izni vermenin uyuşmazlığın çözümünü geciktireceği ve zarara uğratacağı; ve (3) bu sebeple Tahkim Yasası'nın Kaplanların hakemlerin kararıyla bağlı olmayı kabul ettiği karinesini gerekli kıldığıdır; aksini değil. Fakat bu hususlardan ilki, doğru olmasına rağmen, Kaplanların hakem kararıyla bağlı olma kasıtlarının olup olmadığına dair hiçbir şey söylememektedir. İkinci nokta da bir sonuca varamamıştır çünkü fiili durumlar hakemlerin vereceği başlangıç düzeyinde (ama bağımsızca incelenebilir) bir tahkim edilebilirlik kararına müsaade etmenin anlaşmazlığın karara bağlanması sürecini genel olarak yavaşlatıp yavaşlatmayacağıyla ilgili emin bir kaniya izin vermeyecek kadar çokça değişmektedir. Üçüncü husus hukuki olarak hatalıdır; çünkü First Options'a özgü tezler lehine güçlü bir tahkimsel politika olmamasıdır. Nihayetinde, tarafların istekleri ne olursa olsun²⁷ bu alandaki temel amaç anlaşmazlıkları olabilecek en hızlı biçimde çözmek değil; ticari tahkim anlaşmalarının tıpkı diğer anlaşmalar gibi tarafların maksatlarına²⁸ ve "anlaşmanın koşullarına göre uygulanmasını"²⁹ temin etmektir. Bu politika First Options'ın değil, Kaplanların lehinedir.

²⁵ Bkz. *Teamsters v. Western Pennsylvania Motor Carriers Assn.*, 574 F. 2d 783, 786–788 (1978); Ayrıca Bkz. 19 F. 3d, at 1512, n. 13.

²⁶ Bkz. 9 U. S. C. § 4.

²⁷ Bkz. *Dean Witter Reynolds, supra*, at 219–220.

²⁸ Bkz. *Mitsubishi Motors*, 473 U. S., at 626. Ayrıca Bkz. *Allied-Bruce*, 513 U. S., at 271.

²⁹ Bkz. *Mastrobuono, ante*, at 54 (quoting *Volt Information Sciences*, 489 U. S., at 479).

Kaplanların açıkça tahkim edilebilirlik sorusunun tahkime götürülmesini kabul etmediğinden istinaf mahkemesinin Kaplan/First Options uyuşmazlığının tahkim edilebilirliği konusunun bağımsız mahkemelerce incelenmesi yönündeki çıkarımının doğru olduğu kanısındayız.

III

Bir hakem kararını iptal eden³⁰ ya da onaylayan³¹ mahkeme kararı incelenirken istinaf mahkemesinin uygulayacağı standarda bakmak gerekir. 3. İstinaf Mahkemesi'nin, standartları bazen “*de novo*” kelimesiyle tasvir etmiş olmasına karşın, mahkemenin görüşü, böyle durumlarda bölge mahkemesinin kararına yol gösteren özel bir standart olmadığına olan inancını (biri hariç tüm istinaf mahkemelerinin yaptığı gibi) açıkça ortaya koymaktadır. Bilakis, örneğin bir bölge mahkemesinin tarafların anlaşmazlıklarını tahkime sunmaya kabul ettikleri gerekçesiyle bir tahkim kararını doğrulama hükmünün değerlendirilmesi, tıpkı taraflar arasında anlaşma sağlayan herhangi başka bir yerel mahkemenin hükmünün (örneğin “açıkça hatalı” olmayan maddi bulguları kabul etme ama *de novo* hukuk meselelerine karar verme gibi) değerlendirilmesine benzer bir biçimde ilerlemelidir.³²

İstinaf mahkemelerinden birisi, 11. İstinaf Mahkemesi, farklı bir hususu dile getirmiştir. Tahkim lehine olan devlet politikasından dolayı, hakem kararını onayan bölge mahkemesi kararlarını incelerken mahkemenin özellikle hoşgörülü bir “takdir yetkisinin kötüye kullanılması” standardı (hukuki meselelere ilişkin dahi olsa) uyguladığını söylemiştir.³³ First Options, 11. İstinaf Mahkemesi'nin görüşünün doğruluğunu kabul etmemizi talep etmektedir.

Ancak çoğu istinaf mahkemesinin; hakem kararının onayan bölge mahkemesi kararını incelenirken istinaf mahkemelerinin özel değil, aksine olağan standartları uygulaması gerektiğine yönelik söyleminin doğru olduğuna inanmaktayız. Evvela, iyi bir sebep olmaksızın inceleme standartlarının çoğaltılması yoluyla hukukun daha da karmaşıklaştırılması arzulanmamaktadır. Daha da önemlisi, istinaf mahkemesinin yerel mahkemeyi değerlendirmedeki tutumu, muhtemelen hangi değerlendirme standardının esasa ilişkin belirli bir sonucu vereceğine değil “ilgili kurumsal yargılama ve istinaf mahkemelerinin faydalarına” bağlı olmalıdır.³⁴ Örneğin, hukuk tüm (istinaf ve yerel) mahkemelere bağımsız idari kurumların³⁵

³⁰ Bkz. 9 U. S. C. § 10 (1988 ed., Supp. V).

³¹ Bkz. §9.

³² Bkz. 19 F. 3d, at 1509.

³³ Bkz. *Robbins v. Day*, 954 F. 2d, at 681–682.

³⁴ Bkz. *Salve Regina College v. Russell*, 499 U. S. 225, 231–233 (1991).

³⁵ Burada “administrative agencies” kavramını bağımsız idari kurumlar olarak çevirmek daha

yaptığı belirli yasa yorumlarını incelerken onlara bir nebze yasal hareket alanı tanımasını söylemektedir.³⁶ Ancak bildiğimiz kadarıyla hiç kimse bağımsız idari kurumlara hareket alanı tanıyan bu politikanın, istinaf mahkemesinin kurumları onayan yerel mahkeme kararına daha fazla hareket alanı bırakması gerektiği anlamına geldiğini öne sürmemiştir. Benzer bir biçimde mahkemeler hakem kararlarını incelerken hakemlere kayda değer ölçüde hareket alanı tanımakta ancak bu durum hakem kararlarını onayan bölge mahkemelerine daha fazla hareket alanı verilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Tahkim Yasası'nın bir bölümünde, istinaf mahkemelerine bölge mahkemelerince verilen tahkimi onayan kararları (örneğin tahkimin yasaklanmasını reddeden kararlar) değil de belirli tahkim karşıtı kararları (örneğin tahkimi yasaklayan kararlar) ara değerlendirmeye alma izni tanımasından dolayı, First Options, Tahkim Yasası'nın ayrıcalıklı olduğunu ileri sürmektedir.³⁷ Ancak Tahkim Yasası'nın o bölümü inceleme süresini düzenlemektedir. O yüzden bu önerme, istinaf mahkemesinin belirli bir bölge mahkemesi kararlarını incelerken farklı bir standart kullanması gerektiği iddiası için çok zayıf bir istinaddır. Yasa, inceleme standardına ilişkin hiçbir şey söylememektedir.

Kanaatimizce; 3. İstinaf Mahkemesi, bölge mahkemesinin tahkim edilebilirliğin tespitinin incelenmesinde uygun standartları kullanmıştır.

IV

Sonuç olarak, inceleme standardı sorusunda First Options aleyhine karar versek bile, First Options, Kaplan/First Options uyumsuzluğunun esasının tahkim edilemeyeceği nihai sonucunda istinaf mahkemesinin yanıldığını kabul etmemiz gerektiğini ileri sürmektedir. Bu sorun bizim incelemeyi kabul ettiğimiz soruların kapsamının ötesindedir.

İstinaf mahkemesinin kararı onanmıştır.

Bu şekilde takdir edilmiştir.

yerinde olacaktır. Bu kurumlar kural koyma ve düzenleme yetkisine sahiptirler. Securities and Exchange Commission(SEC), Environmental Protection Agency(EPA) ya da Central Intelligence Agency(CIA) buna örnektir. Kararda da belirtildiği gibi kurumlara, kuralları oluştururken genişçe hareket alanı tanınmıştır. Bu sebeple Yargıç Breyer, ki kendisinin "Regulation and Its Reform" adlı kitabı da "administrative agencies" üzerinedir, hakemin hareket alanı ile bu kurumların hareket alanı arasında benzerlik kurmaktadır.

³⁶ Bkz. *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843–844 (1984).

³⁷ Bkz. 9 U. S. C. § 16 (1988 ed., Supp. V).

İŞYERİNDE DİNİ İNANÇ GEREĞİ BAŞÖRTÜSÜ TAKMANIN YASAKLANMASI SURETİYLE AYRIMCILIK YAPILMASINA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARI

(EuGH, Urt.v. 14.3.2017–C-157/15)¹

Çeviren: Esra ÖZEN, LL.M.²

C-157/15 sayılı dava, Avrupa Birliği Çalışma Usulü Hakkındaki Sözleşmenin 267. Maddesi uyarınca Yargıtay'ın (Kassationshof, Belgien) 9 Mart 2015 tarihli kararıyla, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na 3 Nisan 2015 tarihinde ulaştırılmıştır.

Davacı: Samira Achbita, Fırsat Eşitliği ve Irkçılıkla Mücadele Merkezi (Zentrum für Chancengleichheit und Bekämpfung des Rassismus)

Davalı: G4S Secure Solutions NV

AB Adalet Divanı (Büyük Daire),

K. Lenaerts (Mahkeme başkanı), A. Tizzano (Başkan yardımcısı), R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, L. Bay Larsen, M. Berger, M. Vilaras und E. Regan (Daire başkanları), A. Rosas, A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, F. Biltgen (Raportör), K. Jürimäe, C. Lycourgos hakimleri ve hukuk sözcüsü J. Kokott'tan oluşmaktadır.

Mahkeme, 15 Mart 2016 tarihindeki yazılı ve sözlü duruşma ve yargılamaların ardından tarafların ve Belçika hükümeti vekili sıfatıyla L. Van den Broeck ve M. Jacobs; Fransız hükümeti vekil sıfatıyla G. de Bergues, D. Colas ve R. Coesme; Birleşik Krallık vekil sıfatıyla J. Kraehling, S. Simmons ve C. R. Brodie; Avrupa Komisyonu vekil sıfatıyla G. Wils ve D. Martin'in açıklamaları gözönünde bulundurarak ve Hukuk sözcüsünün dinlenmesinden sonra aşağıdaki şekilde hüküm kurmuştur.

¹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188852&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1> adresinden karara online olarak erişim mümkündür.

² Georg-August Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Doktora öğrencisi, ozen.esra09@gmail.com

Karar:

[1] Divan önüne gelen dosya, çalışma hayatında eşit davranma ilkesinin uygulanmasının genel çerçevesini belirlemeye yönelik olan 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78 sayılı AB direktifinin 2. Maddesi 2. fıkrasının a bendinin yorumlanmasına ilişkindir.

[2] Dava konusu uyuşmazlık, bayan Samira Achbita ve Fırsat Eşitliği ve Irkçılıkla Mücadele Merkezi (Zentrum für Chancengleichheit und Bekämpfung des Rassismus) ile Belçika'daki G4S Secure Solutions NV firması arasında, G4S tarafından işçilerine bildirilen işyerinde politik, felsefi ya da dini görüşü sembolize eden görülebilir işaretlerin taşınmasının ya da bunlardan doğan ritüellerin ifade edilmesinin yasaklanması nedeniyle çıkmıştır.

Hukuki Çerçeve:

2000/78 sayılı AB Direktifi

[3] Direktifin 1. ve 4. Maddeleri:

“(1) AB sözleşmesinin (EUV) 6. Maddesinin 2. Fıkrası gereğince Avrupa Birliği demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklerin dikkate alınması ile hukuk devleti ilkelerine dayanır. Bu ilkeler tüm üye ülkelerde aynı geçerliliğe sahiptir. Avrupa Birliği, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunca güvence altına alınan ve üye ülkelerin ortak hukuk kurallarına sahip olma anlayışından doğan temel hakları gözetir.

(4) Tüm insanların yasa önünde eşitliği ve ayrımcılığa karşı korunması, bir temel insan hakkıdır. Bu hak, İnsan Hakları Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Anlaşması, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Antlaşma (ICCPR), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Antlaşma ile tüm üye ülkelerce imzalanan Avrupa Birliği İnsan Hakları Komisyonunda tanınmıştır. 111 sayılı Uluslar Arası İş Örgütü (ILO) de iş ve meslek yaşamında ayrımcılığı yasaklamıştır.”

[4] 2000/78 sayılı AB direktifinin 1. Maddesi:

“Bu direktifin amacı, üye ülkelerde eşit davranma ilkesinin hayat bulması bakımından, dini ya da dünya görüşü, engellilik, yaş ya da cinsi eğilim sebebiyle iş ve meslek yaşamında ayrımcılıkla mücadelenin genel kapsamının belirlenmesidir.”

[5] Direktifin 2. Maddesi:

“(1) Bu direktife göre ‚Eşit davranma ilkesi‘, 1. Maddede belirtilen nedenlerden dolayı doğrudan ya da dolaylı hiçbir ayrımcılığın sözkonusu olmaması demektir.

(2) 1. Fıkra bağlamında

a) doğrudan ayrımcılık, kişinin 1. Maddede anılan nedenlerden dolayı benzer bir durumda başka bir kimseye nazaran daha az avantajlı bir muameleye maruz kalıyor, kalmış ya da kalacak olması halinde;

b) dolaylı ayrımcılık, objektif düzenleme, kriter ya da uygulamalara göre, belirli bir dini ya da dünya görüşüne, engellilik durumuna, yaşa ya da belli bir cinsi eğilime sahip kişilerin, diğer kişilere nazaran mağdur olabilmesi halinde sözkonusudur. Bu durumun istisnasını ise:

i) Sözkonusu düzenleme, kriter ya da uygulamanın, hukuki bir amaçla beslenmesi ve bu amaca ulaşmada başvurulan aracın “uygun” ve “gerekli” olması hali teşkil eder.

(5) Üye ülke hukukunda, demokratik bir toplumda kamusal güvenliğin sağlanması, kamusal düzenin korunması ve suç teşkil eden eylemlere karşı korunmanın gerçekleştirilebilmesi için ve sağlığın ve hak ve özgürlüklerin korunması adına alınmış olan ve gerekli olduğu öngörülen önlemler saklıdır.”

[6] Direktifin 3. Maddesi 1. Fıkrası:

“Bu direktif, topluluğa devredilen yetkiler kapsamında , kamu kurumları dahil olmak üzere kamusal ve özel alanda herkes için;

c) Çalışma ve iş koşulları ile işten çıkarma şartları ve ücret bakımından geçerlidir.”

Belçika Hukuku

[7] 25 Şubat 2003 tarihli, Ayrımcılıkla Mücadele Yasası ve 15 Şubat 1993 tarihli Fırsat Eşitliği ve Irkçılıkla Mücadele Merkezinin Kurulması ile İlgili Yasanın Değiştirilmesine İlişkin Yasa, 2000/78 sayılı AB direktifinin uygulanmasına hizmet eder.

[8] Sözkonusu değişiklik yasının 2. Maddesi 1. Fıkrasına göre:

“Doğrudan ayrımcılık; nesnel ve uygun olmayan bir farklı davranış, doğrudan kişinin cinsiyet, ırk, renk, soy, ulusal ya da etnik köken, cinsel tercih, medeni durum, doğum, mal varlığı, yaş, inanç ya da dünya görüşü, halihazırdaki ya da

gelecekteki sağlık durumu, engellilik ya da bedensel özelliğinden kaynaklanması halinde sözkonusudur.”

[9] Aynı yasanın 2. Maddesinin 2. Fıkrasına göre:

“Dolaylı ayrımcılık; obejktif düzenleme, kriterler ya da uygulamaların, kişinin üzerinde 1. Fıkroda anılan nedenlerden dolayı ayrımcılık olarak kabul edilen olumsuz etkilere sahip olması halinde söz konusudur. Bu sonuç, ancak bu düzenleme, kriter ya da uygulamanın nesnel ve uygun olması halinde doğmayacaktır.”

Hukuki Uyuşmazlık ve Soru İbrarı

[10] G4S hem kamu hem de özel sektörden müşterilerine resepsiyon ve karşılama hizmeti sunan bir özel teşebbüstür.

[11] İslam dinine mensub bayan S.A., 12.2.2003 tarihinde G4S tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile resepsiyonist olarak işe alınmıştır. Bu tarihe kadar G4S'nin işyerinde görünür herhangi bir politik, felsefi ya da dini inanca dair sembollerin taşınamayacağına yönelik yazılı olmayan işyeri kuralı geçerlidir.

[12] Nisan 2006 tarihinde S.A., işyerindeki amirini işyerinde artık islami inancına ilişkin başörtüsü takacağına dair bilgilendirmiştir.

[13] İşyeri ise, işçinin bu davranışının teşebbüsün amaçladığı objektiflik ya da tarafsızlık ilkesine (Neutralität) aykırı olduğu gerekçesiyle kendisine bu konuda taviz verilmeyeceğini ifade etmiştir.

[14] İşçi, işverenine hastalık sebebiyle ayrıldığı izinden sonra 15.5.2006 tarihinde tekrar işe devam edeceğini ve islami başörtüsünü de takacağını yinelemiştir.

[15] İşletme temsilciliği de 29.5.2006 tarihinde, 13.6.2006 tarihinde yürürlüğe girecek olan işyeri yönetmeliğindeki bir uyarlamayı onaylamıştır. İşyeri yönetmeliğindeki yeni düzenlemeye ise şöyledir: „İşçiler, işyerinde politik, felsefi ya da dini inanca dair görülebilir işaretleri taşıyamaz ve bunlardan doğan ritüelleri ifade edemezler.“

[16] İşçi S.A., 12.6.2006 tarihinde bir müslüman olarak işyerinde başörtüsü takmak yönündeki ısrarı nedeniyle, üç aylık maaşı tutarındaki tazminatı ve sözleşmesinden doğan kazanılmış hakları ödenerek işten çıkarılmıştır.

[17] İşçi feshe karşı yargı yollarına başvurmuş, ancak başvurusu önce ilk derece iş mahkemesince (ArbG Antwerpen) ve ardından İş Mahkemesi Adalet Divanı (Arbeitsgerichtshof Antwerpen) tarafından reddedilmiştir. Divan kararını, yönetmelikte geçen yasaklamanın doğrudan ayrımcılığa vücut vermediğinden ve ayrıca dolaylı ayrımcılık ya da kişisel ya da dini özgürlüğün zedelenmesi söz konusu olmadığından bahisle, feshin haksız veya geçersiz görülmediği şeklinde gerekçelendirmiştir.

[18] Mahkeme, doğrudan ayrımcılığın olayda söz konusu olmadığına ilişkin olarak, işçinin dini inancından dolayı değil, bilakis bu inancını çalışma saatleri içinde başörtüsü takarak görünür kılmaya yönelik kararlı tutumundan dolayı işten çıkarıldığını ifade etmiştir. İşyeri yönetmeliği genel geçerliliğe sahip olup tüm işçiler aynı davranıştan men edilmiştir. İşverenin benzer durumda başka bir işçiye, özellikle başka bir inanca sahip olan ve aynı yasağa uymamakta direnen başka bir işçiye farklı davrandığına dair de hiçbir veri yoktur.

[19] Mahkeme ayrıca, sözkonusu yasağın doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğine ilişkin iddiayı, bu yasağın sadece dini inanca dair işaretlerin taşınmasına değil, aynı zamanda felsefi inanca dair sembollerin taşınmasına da ilişkin olduğu gerekçesiyle reddetmiş ve bunun yukarıda anılan direktifin din ve dünya görüşüne ilişkin koruma kriterleri ile uyum içinde olduğunu belirtmiştir.

[20] S.A. ise temyiz aşamasında (Kassationshof, Belgen); mahkemenin, yasağın dayandığı dini inancın objektif bir kriter olduğundan ve bu yasağın belirli bir dini inancı hedef almadığından bahisle başörtüsü takan ve takmayan işçilere farklı davranılması sözkonusu olmadığından yola çıkarak, 2000/78 sayılı AB direktifinin 2. Maddesi 2. Fıkrası bağlamında “doğrudan ayrımcılık” ve “dolaylı ayrımcılık” kavramlarını yanlış yorumladığını ileri sürmüştür.

[21] Bu şartlar altında, Yargıtay (Kassationshof, Belgen) tarafından yargılamaya, AB Adalet Divanınca şu sorunun açıklığa kavuşturulması amacıyla ara verilmiştir:

2000/78 sayılı AB direktifinin 2. Maddesi 2. Fıkrasının a bendi, bir müslümanın işyerinde başörtü takmasının yasaklanmasının, sözkonusu düzenlemenin işyerindeki tüm işçileri görünür her türlü politik, felsefi ya da dini inanca dair sembollerini taşımaktan men etmesi halinde doğrudan ayrımcılık teşkil etmeyeceği şeklinde yorumlanabilir mi?

Soruya İlişkin:

[22] Avrupa Adalet Divanına sunulan dosyada açıklığa kavuşturulması gereken husus, anılan AB direktifinin 2. Maddesi 2. Fıkrasının a bendi bağlamında, işyerinde her türlü politik, felsefi ya da dini işaretlerin ve dolayısıyla islami başörtüsünün takılmasını men eden işyeri yönetmeliğinin, direktifce yasaklanan doğrudan ayrımcılığa vücut verip vermediğidir.

[23] İlk olarak AB direktifinin amacı, 1.maddesine göre çalışma yaşamında dini inanç, dünya görüşü, bedensel engelli olma, yaş ya da cinsiyete dair tercihler sebebiyle ayrımcılıkla mücadelenin genel çerçevesinin, üye ülkelerde eşit davranma ilkesinin uygulanması kapsamında belirlenmesinde yatar.

[24] Direktifin 2. Maddesinin 1. Fıkrası gereği eşit davranma ilkesi, 1. Maddesinde belirtilen sebepler nedeniyle doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın sözkonusu olmaması demektir. Direktifin 2. Maddesi 2. Fıkrası a bendince, 1. Fıkra bağlamında doğrudan ayrımcılık, kişinin 1. Fıkroda belirtilen sebeplerden dolayı aynı durumdaki diğer işçilere kıyasla dezavantajlı muameleye maruz kalması halinde sözkonusudur.

[25] Direktifte, 1. Maddede geçen din kavramı tanımlanmamıştır.

[26] 2000/78 sayılı AB direktifinde yasa koyucu, 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunda garanti altına alınan temel hakları gözönünde bulundurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunun (EMRK-Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten) 9. Maddesinde; herkesin düşünce, vicdan ve din hürriyetine sahip olduğu ve bu hürriyetin, dini ve dünya görüşünün birey ya da topluluk olarak, özelde ya da kamusal alanda, dini törenler, dersler ya da dini gelenek ve ritüeller yoluyla tanınmasını da kapsadığı ifade edilmiştir.

[27] 2000/78 sayılı AB direktifinde topluluk aynı zamanda, ortak hukuk anlayışına yönelik olarak topluluk hukukundan doğan ve Avrupa Birliği İnsan Hakları Şartında yer verilen temel hakları da dikkate almıştır. Avrupa Birliği İnsan Hakları Şartı (GRC- Charta der Grundrechte der Europäischen Union) 10. Maddesinin 1. Fıkrası, dini ya da dünya görüşünü değiştirme özgürlüğüne ve bu özgürlüğün, dini ya da dünya görüşünü birey ya da topluluk olarak, özelde ya da kamusal alanda, dini törenler, dersler ya da dini gelenek ve ritüeller aracılığıyla tanınmasını da kapsadığına işaret eder. Hem GRC'nin hem de EMRK'nın düzenlemesinden anlaşıldığı üzere, garanti edilen hak ve özgürlük birbiriyle özdeş ve GRC'nin 52. Maddesinin 3. Fıkrasına göre aynı anlam ve etkiye sahiptir.

[28] EMRK ve GRC, din kavramına geniş bir anlam yüklemiştir. Buna göre 2000/78 sayılı AB direktifinin 1. Maddesi bağlamında din kavramı, sadece dini inanca ve kanaate sahip olmayı (*forum internum*) değil, aynı zamanda dini inancı açığa vurmayı (*forum externum*) da kapsadığı şeklinde yorumlanmıştır.

[29] İkinci olarak, davada sözkonusu olan işyeri yönetmeliği düzenlemesinden, işçiye dini ve dünya görüşü sebebiyle eşit davranılmadığı sonucunun çıkıp çıkmadığı; bu sonuç çıkıyor ise, bunun direktifin 2. Maddesi 2. Fıkrası a bendi bağlamında doğrudan ayrımcılığa vücut verip vermediği açıklığa kavuşturulmalıdır.

[30] Somut olayda, sözkonusu işyeri yönetmeliğindeki düzenleme politik, felsefi ya da dini anlayışa dair simgelerin taşınmasına ilişkin olup, aynı zamanda bu anlayışın fark gözetilmeksizin her türlü açığa vurulmasını da kapsamaktadır. Anılan düzenlemeye göre her işçinin eşit muameleyle karşılaştığından söz edilebilir. Çünkü işçiler, hiçbir ayırım ve uygulama farklılığı gözetilmeksizin aynı yasağa tabi olup, işyerinin “tarafsızlık” (Neutralität) politikasına uygun olarak giyinmek zorundadır. Anılan simgelerin görünür biçimde taşınması ise bu politikaya aykırıdır.

[31] Avrupa Adalet Divanına sunulan dosyadan, işyeri yönetmeliğinin ilgili maddesinin, S.A.’ya diğer işçilerden farklı biçimde uygulandığı da çıkarılamamaktadır.

[32] Bu nedenle ilgili işyeri yönetmeliğinin, 2000/78 sayılı AB Direktifinin 2. Maddesi 2. Fıkrası a bendi bağlamında din ya da dünya görüşü nedeniyle doğrudan ayrımcılığa vücut vermediği tespit edilmiştir.

[33] Buna karşılık, yerleşmiş içtihatlar göre; Adalet Divanı, her ne kadar kendisine dosyayı sunan mahkeme, Avrupa Birliği Hukukunun belirli hükümlerine ilişkin açıklık talep etmiş ise de somut olayı açıklığa kavuşturacak tüm yorum ilkelerine başvurabilir. Dolayısıyla Divan, kendisine sunulan dosyada Avrupa Birliği hukukunun somut olay açısından yoruma ihtiyaç gösteren kavramlarını yorumlamakla görevlidir (Karşılaştırınız Kararlar: 12. Şubat 2015, Oil Trading Poland, C349/13, EU:C:2015:84, Rn. 45 ve orada geçen içtihat)

[34] Somut olayda sözkonusu işyeri yönetmeliğinin, AB direktifinin 2. Maddesinin 2. Fıkrasının b bendi kapsamında din ya da dünya görüşüne dayalı dolaylı ayrımcılığa vücut vermesi olasılığı mahkemece değerlendirmeye açıktır. Bu bağlamda dolaylı ayrımcılık, sözkonusu işyeri yönetmeliği gereği tarafsız giyinme yükümlülüğünün, özellikle belli bir dini inanca ya da dünya görüşüne sahip kişilerin ayrımcılığa maruz kalmasına sebep olması halinde sözkonusu olacaktır.

[35] 2000/78 sayılı AB Yönergesinin 2. Maddesi 2. Fıkrasının b (i) bendine göre; böyle bir eşit davranmama durumu, ancak hukuki bir amaca hizmet ediyor ve başvuru araç “uygun” ve “gerekli” ise direktifin 2. Maddesinin 2. Fıkrasının b bendi bağlamında doğrudan ayrımcılık teşkil etmeyecektir.

[36] Davaya sözkonusu olan işyeri yönetmeliğinin bu kriterleri sağlayıp sağlamadığının tespiti, davayı gören ulusal mahkemenin görevi olmakla birlikte, Adalet Divanı ulusal mahkemenin hukuki uyumsuzluğu çözmesine hizmet edecek bilgiyi vermeye yetkilidir.

[37] İlk olarak, hukuki bir amacın varlığı bakımından, işverenin müşterileri ile ilişkisinde politik, felsefi ya da dini tarafsızlığı amaçlamasının hukuken geçerli görülüp görülemeyeceğine işaret edilmelidir.

[38] İşverenin müşterilerine bir tarafsızlık resmi sunma isteği, GRC’nin 16. Maddesine tanınan bir işletmesel özgürlük olup, kural olarak işverenin bu amaca ulaşmaya yönelik tedbirleri, yalnızca müşterilerle birebir iletişim halinde olan veya olması gereken işçilere ilişkin olması halinde hukuken geçerli görülebilecektir.

[39] Böyle bir amacın güdülmesinin, belirli sınırlar içinde din özgürlüğünün kısıtlanmasına izin verdiği şeklindeki yorum, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Konvansiyonun 9. Maddesine yönelik içtihatları ile de kabul görmüştür. (EGMR, NJW 2014, 1935 Rn. 94- Eweida ua Birleşik Krallığa karşı CE ECHR:2013:0115JUD004842010, Rn. 94)

[40] İkinci olarak, asıl davaya sözkonusu olan işyeri yönetmeliğindeki gibi bir düzenlemenin, amaca giden yolda başvuru araç olarak “uygunluğu” konusunda ise, işçilerin politik, felsefi ya da dini sembolleri görünür biçimde taşımalarının yasaklanmasının, işverenin “tarafsızlık” politikasının yapılan düzenlemeye uygun olarak yürütülmesine veya gerçekleştirilmesine uygun olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Ayrıca işverence tespit edilen bu politikanın, gerçekten de bu bağlamda ve sistematik olarak yürütülüyor olması gerekmektedir (karşılaştırınız EuGH Urt. v. 10. Mart 2009, Hartlauer, C169/07, EU:C:2009:141, Rn. 55, ve 12. Ocak 2010, Petersen, C341/08, EU:C:2010:4, Rn. 53).

[41] Bu bakımdan ulusal mahkeme, işverenin (G4S) işçi S.A.’nın işten çıkarılmasından önce, müşterilerle birebir iletişim halinde olan diğer işçilere karşı da aynı yasağa ilişkin politikayı fark gözetmeksizin uygulayıp uygulamadığını incelemelidir.

[42] Üçüncü olarak, sözkonusu işyeri yönetmeliğinde düzenlenen yasağın, “gereklilik” sınırları içinde kalıp kalmadığı incelenmelidir. Gereklilik kriteri kapsamında; dini, politik ya da felsefi görüşle ilişkilendirilebilecek her türlü sembol ya da kıyafetin yasaklanmasının, yalnızca müşteriler ile doğrudan iletişim kuran işçilerle sınırlı kalıp kalmadığının tespiti gerekmektedir. Eğer yasak direkt müşteri ile ilgilenen işçilerle sınırlı ise, yasağın güdülen amaca ulaşmak adına gerekli olduğu söylenebilir.

[43] Somut olayda işçinin işini ifa ettiği sırada islami başörtüsünü takmama yönündeki yasağa karşı tavrı ile ilgili olarak; mahkeme, işverenin işletme içi zorlukları gözönünde bulundurarak ve ekstra yükümlülük altına girmeden, işçiye işten çıkarma yerine, müşterilerle yüz yüze gelmeyeceği bir iş verme ihtimalinin olup olmadığını kontrol etmelidir. Somut olay göz önünde tutulduğunda, mahkemece her iki tarafın menfaati hesaba katılmalı ve sözkonusu özgürlüklerin kısıtlanması “gereklilik” ile sınırlanmalıdır.

[44] Tüm bu açıklamalardan sonra, Divan soruyu şu şekilde cevaplamıştır:

2000/78 sayılı AB direktifinin 2. Maddesi 2. Fıkrası a bendi gereğince, görülebilir biçimde her türlü politik, felsefi ya da dini işaretleri taşınmasını men eden bir işyeri yönetmeliğine dayanarak işyerinde başörtü takılmasının yasaklanması, kişinin dini inançlarından dolayı doğrudan ayrımcılığa mağruz kaldığı sonucunu doğurmaz.

Böyle bir işyeri yönetmeliğinin, ancak anılan direktifin 2. maddesinin 2. fıkrasının b bendi kapsamında dolaylı ayrımcılığa meydan vermesi ise, yönetmeliğin içerdiği objektif sorumluluğun, gerçekte belirli bir dini inanca ya da dünya görüşüne sahip kişinin herhangi bir şekilde mağduriyetine sebep olması halinde söz konusudur. Bu durumda dolaylı ayrımcılık, ancak yönetmeliğin işverenin müşterileri ile olan ilişkisinde politik, felsefi ya da dini tarafsızlığı hedeflemiş olması gibi geçerli bir amaca hizmet etmesi ve kullanılan aracın yani yasağın, bu amaca ulaşmak için “uygun” ve “gerekli” olması halinde haklılaştırılabilir.

Masraflar:

[45] Davanın tarafları açısından Divan’ın bu faaliyeti, yalnızca ulusal mahkemenin önündeki uyuşmazlığın çözümü açısından bir ara aşama olduğundan, masraflar hakkındaki kararı ulusal mahkeme verecektir. Davaya katılan diğer tarafların mahkemeye görüş bildirmek için yaptıkları masraflar giderilmez.

Bu sebeplerden dolayı Divan kararını şu şekilde açıklamıştır:

İş ve meslek hayatında eşit davranma ilkesinin genel çerçevesinin belirlenmesine yönelik olan 27 Kasım 2000 tarihli 2000/78 sayılı AB direktifinin 2. Maddesi 2. Fıkrası a bendi; işyerinde görülebilir biçimde her türlü politik, felsefi ya da dini işaretleri taşımayı men eden bir işyeri yönetmeliğine dayanarak işyerinde başörtü takılmasının yasaklanmasının, kişinin bu direktif bağlamında dini inanç ya da dünya görüşlerinden dolayı doğrudan ayrımcılığa mağruz kaldığı sonucunu doğurmayacağı şeklinde yorumlanmalıdır.

Böyle bir işyeri yönetmeliğinin, ancak anılan direktifin 2. maddesinin 2. fıkrasının b bendi kapsamında dolaylı ayrımcılığa meydan vermesi ise, yönetmeliğin içerdiği objektif sorumluluğun, gerçekte belirli bir dini inanca ya da dünya görüşüne sahip kişinin herhangi bir şekilde mağduriyetine sebep olması halinde söz konusudur. Bu durumda dolaylı ayrımcılık, ancak yönetmeliğin işverenin müşterileri ile olan ilişkisinde politik, felsefi ya da dini tarafsızlığı hedeflemiş olması gibi geçerli bir amaca hizmet etmesi ve kullanılan aracın yani yasağın, bu amaca ulaşmak için “uygun” ve “gerekli” olması halinde haklılaştırılabilir.

