



# KÜRESEL BAKIŞ

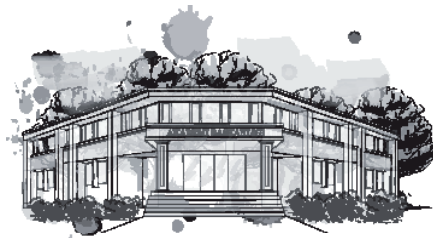
## ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Altı Ayda Bir Yayınlanır)

24

YIL: 8, SAYI: 24, Haziran 2018

ISSN: 2146-1376



**SAHİBİ/OWNER**

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

\*

**YAYIN YÖNETMENİ/CHIEF EDITOR**

Şahin ALTUĞ  
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  
Şahin ALTUĞ  
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Gökhan KARAKÖSE  
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](http://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 1.5 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\*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN  
Prof. Dr. Adem SÖZÜER  
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN  
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN  
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ  
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL  
Prof. Dr. Ali Şafak BALI  
Prof. Dr. Arzu OĞUZ  
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER  
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA  
Prof. Dr. Ayşe 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 İŞGÜZAR  
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 UŞAN  
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 ATEŞ  
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 EKŞİ  
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 AKTAŞ  
Prof. Dr. Süha TANRIVER  
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI  
Prof. Dr. Şafak NARBAY  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM  
Prof. Dr. Vahit BIÇAK  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN  
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK  
Prof. Dr. VeySEL BAŞPINAR  
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 TAŞKAN

\* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER

<b>Uluslararası Adalet Divanı'nın Jadhav Davasına İlişkin Geçici Tedbir Emri....1</b>	
<i>Çeviren: Arş. Gör. Abdulkadir GÜLÇÜR</i>	
<b>Hns Konvansiyonu'nun Yeniden Doğuşu.....17</b>	
<i>Çeviren: Arş. Gör. Mehmet ŞEKER</i>	
<b>Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti Davası - ICSID Kararı.....29</b>	
<i>Çeviren: Arş. Gör. Mustafa Alper ENER</i>	
<b>Avrupa Birliği Adalet Divanından Yatırım Tahkimini İlgilendiren Önemli Bir Karar: Achmea Kararı.....69</b>	
<i>Çeviren: Arş. Gör. Süleyman Yasir ZORLU</i>	
<b>Ceza Evriminin İki Kanunu.....85</b>	
<i>Çeviren: Hâkim Burak POLAT</i>	
<b>Yapay Zekaya Sahip Varlıkların Cezai Sorumluluğu.....111</b>	
<i>Çeviren: Av. Müslüm FİNCAN</i>	
<b>Alman Sosyal Medya Kanunu.....143</b>	
<i>Çeviren: Stj. Av. Sena KONTOĞLU</i>	



**Veri Tabanlarında Taranmaktadır.**

# ULUSLARARASI ADALET DİVANI

YIL 2017

18 MAYIS 2017

JADHAV DAVASI

(HİNDİSTAN v. PAKİSTAN)

GEÇİCİ TEDBİRLERİN BELİRTİLMESİ TALEBİ

EMİR

*Çeviren: Arş. Gör. Abdulkadir GÜLÇÜR<sup>1</sup>*

Hâzırûn: *Başkan* ABRAHAM; *Yargıçlar* OWADA, CANÇADO TRINDADE, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI, ROBINSON, CRAWFORD, GEVORGIAN; *Yazman* COUVREUR

Yukarıdaki gibi teşekkül eden,

Uluslararası Adalet Divanı,

Müzakerelerden sonra,

Divan Statüsü'nün 41 ve 48. maddeleri ile Divan Usul Kuralları'nın 73, 74 ve 75. Maddelerini göz önünde bulundurarak,

*Aşağıdaki Emri kararlaştırmaktadır:*

1. 8 Mayıs 2017 tarihinde, Hindistan Cumhuriyeti Hükümeti (bundan böyle "Hindistan" olarak anılacaktır) Divan'ın Yazı İşleri'ne başvuruda bulunarak, Pakistan'da idam cezasına çarptırılmış, "Hint uyruklu Bay Kulbhushan Sudhir Jadhav'ın tutuklanması ve yargılanması meselesinde" 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin ihlal edildiği iddiasıyla Pakistan İslam Cumhuriyeti'ne (bundan böyle "Pakistan" olarak anılacaktır) karşı dava açmıştır.

---

<sup>1</sup> Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi,  
E-Mail: [agkulcur@gmail.com](mailto:agkulcur@gmail.com)

2. Başvurusunun sonunda Hindistan'ın talepleri şu şekildedir:

“(1) Sanığa verilen idam cezasının derhal askıya alınması yoluyla bir telafi sağlanması.

(2) Askeri mahkemenin verdiği cezanın Madde 36 özellikle de Madde 36/1(b) uyarınca Viyana Sözleşmesi'ndeki haklara yüzsüzce meydan okuduğunu ve 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. Maddesi uyarınca zorunlu olarak sanığa uygulanması gereken temel insan haklarına meydan okunmasının, uluslararası hukukun ve Viyana Sözleşmesi hükümlerinin ihlaline neden olduğunun açıklanması suretiyle eski hale iade şeklinde (*restitution in integrum*) bir telafi sağlanması.

(3) Askeri mahkeme tarafından verilen cezanın Pakistan tarafından yürürlüğe konmasının engellenmesi ve askeri mahkemenin kararının Pakistan hukukuna uygun olacak şekilde iptali için adım atılması yönünde yönlendirme yapılması.

(4) Şayet Pakistan kararı iptal edemeyecekse, Divan, uluslararası hukuku ve antlaşma haklarını ihlal ettiği için kararın yasadışı olduğunu açıklamalı, Pakistan'ın cezayı veya herhangi bir mahkumiyeti yürürlüğe koymak suretiyle Viyana Sözleşmesi'ni ve uluslararası hukuku ihlal etmesini engellemeli ve Hint uyruklu sanığı derhal serbest bırakmaya yönlendirmeli.”

3. Başvurusunda, Hindistan, Divan Statüsü Madde 36 Fıkra 1 ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi ile buna eşlik eden uyuşmazlıkların zorunlu çözümüne ilişkin İhtiyari Protokol Madde 1 uyarınca yargı yetkisini bulmayı amaçlamaktadır.

4. 8 Mayıs 2017'de başvurusuna eşlik eder şekilde, Hindistan ayrıca, Divan Statüsü'nün 41. Maddesine ve Divan Usul Kuralları'nın 73, 74 ve 75'inci maddelerine atıfta bulunarak, geçici tedbirlerin belirtilmesine ilişkin bir Talep sunmuştur.

5. Bu Talepte, Hindistan Divan'ın şunları belirtmesini istemiştir:

“(a) Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti, Bay Kulbhushan Sudhir Jadhav'ın idam edilmemesi için gereken tüm tedbirleri almalı;

(b) Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti (a) bendi uyarınca gerçekleştirdiği eylemi Divan'a bildirmeli; ve

(c) Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti, Divan'ın davanın esasına ilişkin herhangi bir karara varması hususunda Hindistan Cumhuriyeti veya Bay Kulbhushan Sudhir Jadhav'ın haklarına zarar verebilecek hiçbir eylemin yapılmamasını temin etmelidir.”



6. Talep ayrıca aşağıdaki savunmayı da içermekteydi.

“Pakistan'daki yetkililerin bir Hint vatandaşını idam edecek olmalarının, Pakistan'ın Hindistan'a karşı yükümlülüklerinin ihlaline neden olacak son derece ağır ve yakın bir tehlike olduğu göz önüne alındığında, Hindistan hürmetle Divan'ın bu Talebi azami aciliyet gereği ele almasını ve duruşma için beklemeksizin, resen (*suo-motu*) geçici tedbirlere ilişkin bir emri geçirmesini istemektedir. Başkan'dan, Divan'ın toplanmasını beklerken, Divan Usul Kuralları'nın 74. Maddesinin 4. Fıkrası uyarınca yetkisini kullanarak, geçici tedbirlere ilişkin Talebin uygun şekilde etki doğurması için, Divan'ın verebileceği herhangi bir emrini mümkün kılacak şekilde Tarafların hareket etmesi için yönlendirmesi talep edilmektedir.”

7. Yazman, Divan Statüsü'nün Madde 40 Fıkra 2 hükmü gereğince Başvuruya ilişkin olarak ve geçici tedbirlerin belirtilmesine dair Talebe ilişkin olarak, Divan Usul Kuralları'nın Madde 73 Fıkra 2 hükmü uyarınca Pakistan Hükümeti ile derhal iletişime geçti. Ayrıca Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ni Başvuru ve Talebin alındığına ilişkin olarak bilgilendirmiştir.

8. Divan Başkanı, Pakistan Başbakanı'na hitaben yazdığı 9 Mayıs 2017 tarihli mektubunda, Divan Usul Kuralları'nın 74. maddesinin 4. Fıkrası uyarınca kendisine verilen yetkileri kullanarak, geçici tedbirler belirtilmesine ilişkin Talep hakkında Divan'ın kararı beklenirken, “Talebin uygun şekilde etki doğurması için, Divan'ın verebileceği herhangi bir emrini mümkün kılacak şekilde tarzda hareket edilmesi” için Pakistan Hükümeti'ne ricada bulunmuştur. Mektubun bir kopyası Hindistan Temsilcisine iletilmiştir.

9. 10 Mayıs 2017 tarihli mektuplarla Yazman, 15 Mayıs 2017'nin geçici tedbirlerin belirtilmesine ilişkin Talebe dair duruşma günü olarak belirlediği hususunda, Usul Kuralları Madde 74 Fıkra 3 uyarınca Tarafları bilgilendirmiştir.

10. 15 Mayıs 2017 tarihinde yapılan kamuya açık duruşmalarda, geçici tedbirlerin belirtilmesi Talebi ile ilgili şifahi gözlemler (aşağıdaki isimlerce) sunulmuştur:

Hindistan adına: Dr. Deepak Mittal, Dr. Vishnu Dutt Sharma, Mr. Harish Salve.

Pakistan adına: Dr. Mohammad Faisal, Mr. Khawar Qureshi, Q.C.

11. Şifahi gözlemlerinin sonunda Hindistan, Divan'dan aşağıdaki geçici tedbirleri belirtmesini istemiştir.

“(a) Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti, Bay Kulbhushan Sudhir Jadhav'ın idam edilmemesi için gereken tüm tedbirleri almalı;

(b) Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti (a) bendi uyarınca gerçekleştirdiği eylemi Divan'a bildirmeli; ve

(c) Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti, Divan'ın davanın esasına ilişkin herhangi bir karara varması hususunda Hindistan Cumhuriyeti veya Bay Kulbhushan Sudhir Jadhav'ın haklarına zarar verebilecek hiçbir eylemin yapılmamasını temin etmelidir.”<sup>2</sup>

12. Kendi adına, Pakistan, Divan'dan Hindistan'ın geçici tedbirlere ilişkin Talebi'nin reddedilmesini istemiştir.

13. Divan'ın huzuruna getirilen mevcut davanın bağlamı aşağıdaki gibi özetlenebilir. Bay Jadhav 3 Mart 2016'dan beri Pakistan makamlarınca gözaltında tutulmakla birlikte, tutukluluk koşulları Taraflar arasında uyuşmazlık sebebi olmaya devam etmektedir. Hindistan Bay Jadhav'ın Hint uyruklu olduğunu Pakistan'ın 23 Ocak 2017, 21 Mart 2017 ve 10 Nisan 2017 tarihli Sözlü Notalarında kabul ettiğini iddia etmektedir. Başvurucu, bu tutuklamadan 25 Mart 2016 tarihinde, Pakistan'da bulunan Hindistan Yüksek Komiseri'ne Pakistan Dışişleri Bakanı'nın meseleyi açmasıyla bilgi sahibi olduğu iddia etmektedir. Bu tarihten itibaren Hindistan Bay Jadhav'a konsolosluk erişimi talep etmiştir. Hindistan talebini pek çok kez yinelemiş ancak işe yaramamıştır. 23 Ocak 2017'de, Pakistan Bay Jadhav ve beraberindeki iddia edilen suç ortakları hakkındaki soruşturma sürecinde Hindistan'ın yardımını almayı amaçlayan bir Talep Mektubu göndermiştir. 21 Mart ve 10 Nisan 2017'de Pakistan Bay Jadhav'a konsolosluk erişiminin, Hindistan'ın yardımla ilgili sözü geçen Talebe cevabı ışığında dikkate alınacağına dair Hindistan'ı bilgilendirmiştir.

14. Pakistan Başbakanı'nın dışişleri ile ilgili danışmanı tarafından 14 Nisan 2017'de yapılan basın açıklamasına göre, Bay Jadhav 10 Nisan 2017'de bir Askeri Mahkeme tarafından “casusluk, sabotaj ve terörizm” faaliyetleri nedeniyle idam cezasına çarptırılmıştır. Hindistan durumu protesto ettiğini ve konsolosluk erişimi ile Bay Jadhav aleyhine gerçekleştirilen yasal işlemlere ilişkin bilgi için baskı yapmaya devam ettiğini ileri sürmüştür. Pakistan hukukuna göre, Bay Jadhav'ın mahkûmiyet ve aldığı ceza için 40 günlük (19 Mayıs 2017'ye kadar) temyiz başvuru süresi olduğu anlaşılmaktadır ama bunu kullanıp kullanmadığı bilinmemektedir. Ancak, 26 Nisan 2017 tarihinde Bay Jadhav'ın annesinin 1952 tarihli Pakistan Ordu Kanunu madde 131 uyarınca Pakistan Federal Hükümeti'ne

---

<sup>2</sup> Ç.N.: Geçici tedbir talebi içeren davalarda devletlerin dava dilekçelerindeki talepleri ile duruşmalardaki talepleri kısmi değişiklikler içerebilmektedir. Ancak *Jadhav* davasında, Hindistan bakımından böyle bir farklılık görünmemektedir.

bir dilekçe başvurusu ve madde 133(B) uyarınca temyiz başvurusu yaptığı Hindistan tarafından belirtilmektedir. Her iki başvuru da aynı gün Hindistan Yüksek Komiseri tarafından Pakistan Dışişleri Bakanı'na devredilmiştir.

## I. PRIMA FACIE YARGI YETKİSİ

15. Divan, ancak başvuruçunun dayandığı hükümlerin ilk bakışta (*prima facie*)<sup>3</sup> kendi yargı yetkisini kurabilecek bir temeli tesis etmeye çabaladığı görünüyorsa geçici tedbirleri belirtebilir. Bunun haricinde davanın esasına ilişkin yargı yetkisi bulunduğu hususunda kendisini kesin bir şekilde ikna etmesi gerekmez. (Bkz. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, para. 17*).

16. Mevcut davada, Hindistan, Divan Statüsü Madde 36 Fıkra 1 ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi ile buna eşlik eden uyuşmazlıkların zorunlu çözümüne ilişkin İhtiyari Protokol Madde 1 (bundan sonra, sırasıyla "Viyana Sözleşmesi" ve "İhtiyari Protokol" olarak ifade edilecektir) uyarınca Divan'ın yargı yetkisini bulmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle Divan -eğer diğer şartlar da sağlanıyorsa- geçici tedbirleri belirtebilmek için İhtiyari Protokol Madde 1'in kendisine ilk bakışta (*prima facie*) yargı yetkisi verip vermediğine karar vermelidir.

17. Hindistan ve Pakistan Viyana Sözleşmesi'ne sırasıyla 28 Aralık 1977 ile 14 Mayıs 1969 tarihinden, İhtiyari Protokole ise 28 Aralık 1977 ve 29 Nisan 1976 tarihinden beri taraftırlar. Hiçbir taraf söz konusu belgelere çekince koymamıştır.

18. İhtiyari Protokol Madde 1 aşağıdaki gibidir:

"Sözleşme'nin yorumlanması veya uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisi kapsamında olacaktır ve bu sebeple, mevcut Protokole Taraf olan uyuşmazlığın herhangi bir tarafı bir başvuru ile uyuşmazlığı Divan huzuruna getirebilecektir."

19. Hindistan, Taraflar arasında Viyana Sözleşmesi'nin 36. Maddesinin 1. Fıkrasının yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin bir anlaşmazlık olduğunu ileri sürmektedir. İlgili hüküm şu şekildedir:

---

<sup>3</sup> İlk bakışta. Yapılan ilk izlenime göre. Bkz. Aaron X. Fellmeth ve Maurice Horwitz, **Guide to Latin in International Law**, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, s. 228.

“Gönderen devletin vatandaşlarıyla ilgili konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesinin kolaylaştırılması amacıyla:

- (a) Konsolosluk memurları gönderen Devletin vatandaşları ile iletişim kurma ve onlara erişim serbestisine sahip olacaklardır. Gönderen Devletin vatandaşları da gönderen Devletin konsolosluk memurlarıyla iletişim ve erişim bakımından aynı özgürlüğe sahip olacaklardır;
- (b) Şayet kişi talepte bulunursa, kabul eden Devletin yetkili makamları eğer kendi konsolosluk bölgesinde o Devletin bir vatandaşı tutuklandıysa, hapsedildiyse, gözaltındaysa veya başka bir şekilde alıkonduysa, gecikmeksizin gönderen Devletin konsolosluğunu bilgilendirecektir. Ayrıca tutuklanan, hapsedilen, gözaltına alınan veya alıkonan kişinin konsolosluğa yönelik her türlü iletisi anılan makamlarca gecikmeksizin iletilecektir. Anılan makamlar, ilgili kişiyi bu bent uyarınca sahip olduğu haklarından gecikmeksizin bilgilendirecektir.
- (c) Konsolosluk memurları; hapiste, gözaltında veya tutuklu halde olan gönderen Devletin vatandaşı ziyaret etme, konuşma, yazışma ve yasal temsili için ayarlama yapma hakkına sahip olacaklardır. Ayrıca kendi bölgelerinde bir mahkeme kararı uyarınca hapiste, gözaltında veya tutuklu halde olan gönderen Devletin herhangi bir vatandaşını ziyaret etme hakkına sahip olacaklardır. Bununla beraber konsolosluk memurları hapiste, gözaltında veya tutuklu halde olan bir vatandaşın açıkça böyle bir eyleme karşı çıkması halinde, onun adına harekete geçmekten kaçınacaktır.”

20. Hindistan, Bay Jadhav'ın gözaltına alınması, tutuklanması ve yargılanması hususunda Pakistan'ın yukarıda bahsedilen hükümler uyarınca yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, Bay Jadhav'ın Pakistan tarafından gözaltına alındığını, tutuklandığını, yargılandığını, idam cezasına çarptırıldığını ve çeşitli girişimlere rağmen kendisiyle ne iletişim kurabildiğini ne de kendisine erişebildiğini, bu durumun da Viyana Sözleşmesi madde 36 bent 1(a) ile 1(c)'nin ihlali olduğunu ve Bay Jadhav'ın haklarına dair bilgilendirilmemiş olması ve de bunları kullanmasına izin verilmemesinin aynı hükmün 1(b) bendini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Hindistan, Viyana Sözleşmesi'nin 36. Maddesinin 1. Fıkrasının “hiçbir istisna kabul etmediğini” ve ilgili bireye yönelik suçlamalardan bağımsız şekilde uygulanabileceğini iddia etmektedir.

21. Hindistan Tarafların 21 Mayıs 2008'de “Konsolosluk Erişimi Anlaşması” imzaladığını kabul etmektedir, ancak bu belgenin Viyana Sözleşmesi'nin 36. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca Tarafların sahip olduğu haklarını ve yükümlülüklerini sınırlandırmadığını iddia etmektedir. Hindistan, Viyana

Sözleşmesi'nin 73. Maddesi'nin, taraflar arasındaki anlaşmaların Sözleşmenin hükümlerini destekleyip, genişletebileceğini ancak burada yer alan yükümlülüklerin etkisinin azaltılmasına temel oluşturamayacağını kabul etmektedir. Bu nedenle Hindistan, bu Anlaşmanın halihazırdaki davada Divan'ın yargı yetkisi üzerinde herhangi bir etkisi olmadığını düşünmektedir.

22. Hindistan ayrıca Divan'ın yargı yetkisini Statü'nün 36. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca Tarafların yaptığı bildirimlerde değil, İhtiyari Protokol'ün 1. Maddesinde bulmayı amaçladığını vurgulamaktadır. Hindistan özellikle antlaşma veya sözleşmelerin Divan'ın yargı yetkisini sağladığı durumlarda, bu tür beyanların içerebilecekleri çekinceler de dahil olmak üzere uygulanamayacağı görüşündedir.

23. Pakistan, Hindistan'ın geçici tedbirlerin belirtilmesi Talebi'ni değerlendirmek için Divan'ın ilk bakışta (*prima facie*) yetkisi olmadığını iddia etmektedir. İlk olarak Divan'ın yargı yetkisinin, Tarafların, Statü'nün 36. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca yaptıkları bildirimlerde yer alan birtakım çekinceler tarafından hariç tutulduğunu öne sürmektedir. Pakistan, Hindistan'ın 18 Eylül 1974 tarihli beyannamesinde yer alan iki çekincesinden ilkinde Milletler Topluluğu'nun (Commonwealth) iki üyesi arasındaki davalara, ikincisinde ise çok taraflı antlaşmalara çekince koyarak Divan'ın yargı yetkisini engellediğine değinmiştir. Pakistan ayrıca 29 Mart 2017 tarihli kendi tadil edilmiş beyanında yer alan çekinceye atıfta bulunmuştur. Buna göre, "Pakistan İslam Cumhuriyeti'nin ulusal güvenliğine ilişkin bütün meseleler" Divan'ın zorunlu yargı yetkisinin dışında tutulmuştur. Pakistan'a göre bu çekince mevcut davaya da uygulanabilir zira Bay Jadhav casusluk, sabotaj ve terörizm nedeniyle gözaltına alınmış, tutuklanmış, yargılanmış ve mahkûm edilmiştir.

24. İkinci olarak, Pakistan, Viyana Sözleşmesi Madde 36 Fıkra 1'in casusluk veya terörizmden şüphelenilen kişilere uygulanmasının amaçlanmadığını ve bu nedenle halihazırdaki davada söz konusu belgenin yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlık olmadığını iddia etmektedir.

25. Son olarak, Pakistan Başvuru'da iddia edilen maddi gerçeklerin, Viyana Sözleşmesi'ni "sınırlandıran ve niteleyen veya tamamlayan" 2008 Anlaşmasının kapsamına girdiğini ileri sürmektedir. Viyana Sözleşmesi'nin "bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, Devletlerin onları doğrulayan, destekleyen, genişleten veya güçlendiren uluslararası anlaşmalar yapmalarına engel olmayacaktır" şeklinde 73. Maddesinin 2. Fıkrasına atıf yapmaktadır. Pakistan 2008 Anlaşmasının "Tarafların Sözleşmeyi anlamasını ve tatbik etmesini güçlendirdiğini veya desteklediğini" düşünmektedir. Bu bakımdan, Pakistan, 2008 Anlaşmasının

“siyasi veya güvenlik gerekçeleriyle gözaltına alma, tutuklama veya mahkûm etme durumlarında her bir taraf davanın esasını inceleyebilir” şeklindeki (vi) bendine dikkat çekmektedir. Pakistan bu hükmün Bay Jadhav’a uygulanacağını ve bu nedenle Divan’ın İhtiyari Protokol’ün 1. Maddesi uyarınca *prima facie* yargı yetkisinden yoksun olduğunu savunmaktadır.

26. Divan, başvuruçunun yargı yetkisini Statü’nün 36. Maddesinin 1. Fıkrasına ve İhtiyari Protokol’ün 1. Maddesine dayandırmaya çalışmakta, Statü’nün 36. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca Tarafların bildirimlerine dayanmamaktadır. Divan’ın yargı yetkisi, Statüsü’nün 36. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca, belirli “yürürlükteki antlaşmalar ve sözleşmeler” üzerinde tesis edildiğinde, diğer muhtemel yargı yetkisi dayanaklarına yapılan itirazları dikkate almak gereksizdir. (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1972*, s. 60, para. 25; ayrıca bkz. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2007 (II)*, s. 872, para. 132). Bu nedenle, Tarafların Statü’nün 36. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca yaptıkları bildirimlerde yer alan çekinceler, Divan’ın İhtiyari Protokolde özel olarak öngörülen yargı yetkisini engelleyemez. Dolayısıyla, Divan bu çekinceleri daha fazla incelemeye gerek duymamaktadır.

27. İhtiyari Protokol’ün 1. Maddesi, Divan’ın “Viyana Sözleşmesi’nin yorumlanması veya uygulanmasından doğan uyumsuzluklarda” yargı yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. (Bkz. Yukarıda 18. paragraf).

28. Divan, başvurunun yapıldığı tarihte, Taraflar arasında böyle bir anlaşmazlığın var olup olmadığını anlamaya çalışacaktır.

29. Bu bakımdan, Divan, Viyana Sözleşmesi uyarınca Bay Jadhav’ın Hindistan’ın konsolosluk yardımı sorununda Tarafların ters düşmüş görüldüğünü ve halen de farklı düşündüklerini belirlemektedir. Hindistan, çeşitli zamanlarda, Bay Jadhav’ın Viyana Sözleşmesi kapsamında konsolosluk yardımı alması için uğraşıldığını (ve halen uğraşılmakta olduğunu) iddia ederken (bkz. Başvuruya ekli 19 ve 26 Nisan 2017 tarihli Sözlü Notalar), Pakistan böyle bir yardımın, anılan kişiye ilişkin olarak Pakistan’da yürütülen soruşturma sürecinde istenen “yardım talebine Hindistan’ın vereceği cevap ışığında” düşünülebileceğini ifade etti. (Bkz. Başvuruya ekli 21 Mart ve 10 Nisan 2017 tarihli Pakistan’ın Sözlü Notaları). Bu unsurlar, Bay Jadhav’ın gözaltına alınması, tutuklanması, yargılanması ve mahkûm edilmesine ilişkin olarak, Başvurunun yapıldığı tarihte, Viyana Sözleşmesi uyarınca konsolosluk yardımı sorununa dair Taraflar arasında bir uyumsuzluk olduğunu ilk bakışta (*prima facie*) saptamak için bu aşamada yeterlidir.

30. Divan - ilk bakışta (*prima facie*) bile olsa – yargı yetkisine sahip olup olmadığını belirlemek için ayrıca İhtiyari Protokolün 1. Maddesi temelinde bu tür bir ihtilaf üzerinde konu bakımından yargı yetkisini (jurisdiction *ratione materiae*) sahip olup olmadığını anlamalıdır. Bu bağlamda, Divan, Hindistan tarafından iddia edilen eylemlerin, diğer hususların yanı sıra gönderen Devletin, kabul eden Devletin gözetiminde bulunan kendi uyruklarıyla iletişim kurma ve onlara erişim hakkını ((a) ve (c) bentleri), bunun yanı sıra kendi uyruklarının haklarından haberdar olma hakkını ((b) bendi) teminat altına almanın, Viyana Sözleşmesi Madde 36 Fıkra 1 kapsamına girdiğini belirlemiştir. Divan, Bay Jadhav'ın gözetimine alınması ve tutuklanmasına ilişkin olarak zorunlu konsolosluk bildirimlerini sağlamada Pakistan'ın başarısız olduğu iddiası ile bunun yanı sıra sözü edilen kişiyle iletişime izin verilmesi ve ona erişimin sağlanması hususlarında başarısız olduğu iddiasının konu bakımından (*ratione materiae*) Viyana Sözleşmesi'nin kapsamına girmeye yeterli görünümde olduğunu düşünmektedir.

31. Divan'ın görüşüne göre, bu aşamada, yukarıda belirtilen unsurlar, Viyana Sözleşmesi'nin hükümleri kapsamına girmeye ehil ve onun 36. Maddesinin 1. Fıkrasının yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin Taraflar arasında bir uyuşmazlık olduğunu saptamak için yeterlidir.

32. Divan ayrıca Viyana Sözleşmesi'nin casusluk veya terörizm şüphelisi kişileri kendi kapsamı dışında tuttuğuna dair açık bir hüküm içermediğini kaydetmektedir. Bu aşamada, İhtiyari Protokol uyarınca Divan'ın yargı yetkisini *prima facie* temelinde dışlama amacıyla Viyana Sözleşmesi Madde 36'nın Bay Jadhav'ın davasına uygulanamayacağı sonucuna varılamaz.

33. 2008 Anlaşması ile ilgili olarak, Divan, Viyana Sözleşmesi Madde 73'ün bir ikili anlaşma ile Sözleşmenin 36. Maddesindeki hakların sınırlandırılmasına izin verip vermediğini kararlaştırmaya, yargılamanın bu aşamasında gerek duymamaktadır. Bu noktada, 2008 Anlaşması hükümlerinin açıkça böyle bir sınırlama getirmediğini belirlemek yeterlidir. Bu nedenle, Divan bu aşamada 2008 Anlaşmasının, Viyana Sözleşmesi Madde 36'nın yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklar üzerinde İhtiyari Protokol Madde 1 uyarınca kendi yargı yetkisini icra etmesini engelleyeceği sonucunu çıkartacak yeterli temel olmadığını düşünmektedir.

34. Sonuç olarak, Divan, İhtiyari Protokol Madde 1 uyarınca Taraflar arasındaki uyuşmazlığı değerlendirmek için *prima facie* yargı yetkisini haiz olduğunu düşünmektedir.



## II. KORUMA İSTENEN HAKLAR VE TALEP EDİLEN TEDBİRLER

35. Statü'nün 41. Maddesi uyarınca Divan'ın geçici tedbirleri belirtme yetkisi, esasa dair haklarındaki kararı beklerken, tarafların iddia ettikleri haklarının korunmasını amaçlamaktadır. Bunu takiben, Divan her bir tarafa ait daha sonra yargılama konusu edilebilecek hakların korunmasına ilişkin önlemlerle ilgilenmelidir. Bu nedenle, Divan sadece bu gibi tedbirleri talep eden tarafın ileri sürdüğü haklarının en azından makul olduğuna ilişkin ikna olması durumunda bu yetkisini uygulayabilir. (Bkz. örneğin, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures*, Order of 19 April 2017, para. 63).

36. Ayrıca, koruma istenen haklar ile talep edilen geçici tedbirler arasında bir bağlantı bulunmalıdır. (*ibid.*, para. 64).

37. Başvurusunda Hindistan, korumaya çalıştığı hakların Viyana Sözleşmesi'nin 36. Maddesinin 1. Fıkrasında belirtilenler olduğunu ileri sürmektedir. (Bkz. yukarıda paragraf 19)

38. Divan'ın *LaGrand* davasının Kararı'nda belirttiği gibi;

“Madde 36 Fıkra 1, konsolosluk himayesi sisteminin uygulanmasını kolaylaştırmak için tasarlanmış birbiriyle ilişkili bir rejim kurar. Hüküm konsolosluk himayesini düzenleyen temel ilke ile başlamaktadır: İletişim ve erişim hakkı (m.36/1(a)). Bu kaydı, konsolosluk bildirimini yöntemlerini ayrıntılı şekilde açıklayan hüküm takip etmektedir. (m.36/1(b)). Son olarak Madde 36 Fıkra 1(c) konsolosluk memurlarının kabul eden Devletin gözetiminde tutulan vatandaşlarına konsolosluk yardımı sunmak için alabileceği önlemleri düzenlemektedir.” (*I.C.J. Reports 2001*, s. 492, para. 74.)

39. Madde 36 Fıkra 1 uyarınca Viyana Sözleşmesi'ne taraf olan bütün Devletler, başka bir Taraf Devlette hapiste, gözetiminde veya tutuklu olan vatandaşlarına konsolosluk yardımı sağlama hakkına sahiptirler. Ayrıca kendi vatandaşlarının burada yer alan haklarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptirler.

40. Mevcut davada Başvurucu, bir Hint vatandaşı olan Bay Jadhav'ın Pakistan tarafından gözetimine alındığını, tutuklandığını, yargılandığını ve idam cezasına çarptırıldığını ve çeşitli girişimlere rağmen hiçbir şekilde, Hindistan'ın ona erişebilmesine ve onunla iletişime geçmesine izin verilmediğini iddia etmektedir. Bu bağlamda Hindistan, 25 Mart 2016 ile 19 Nisan 2017 tarihleri arasında birçok defa ilgili kişiye konsolosluk erişimi talebinde bulunduğunu ancak başarılı olunamadığını belirtmektedir. Hindistan 21 Mart 2017'de Bay



Jadhav'ın yargılmasının sonunda, ona yönelik soruşturma sürecine ilişkin olarak Pakistan'ın "Hint vatandaşı Kulbushan Jadhav'a konsolosluk erişimi hususunun, Pakistan'ın yardımla ilgili talebine Hindistan'ın cevabı ışığında dikkate alınacağını" belirttiğini; Pakistan'ın bu pozisyonunu 10 Nisan 2017'de – Bay Jadhav'ın mahkûm edildiği ve idam cezasına çarptırıldığı gün – de tekrarladığını vurgulamıştır. (Bkz. yukarıda 13-14 numaralı paragraflar). Hindistan bu bağlamda konsolosluk erişimini soruşturmada yardım şartına bağlamanın bizatihi kendisinin Viyana Sözleşmesi'nin ciddi bir ihlali olduğunu savunmaktadır. Ayrıca, Bay Jadhav'ın konsolosluk yardımına ilişkin haklarından haberdar edilmediğini eklemektedir. Başvurucu, yukarıda bahsedilenlerden, Pakistan'ın gecikmeksizin yapılması zorunlu bildirimleri yerine getirmedeği ve Hindistan ile onun vatandaşının Viyana Sözleşmesi Madde 36 Fıkra 1 uyarınca haklarını kullanacakları tüm elverişli amaçlarının engellendiği sonucuna varmıştır.

41. Pakistan kendi adına, Hindistan tarafından iddia edildiği gibi konsolosluk yardımını koşula bağladığına karşı çıkmaktadır. Ayrıca, Hindistan tarafından başvuru haklarının makul olmadığını zira Viyana Sözleşmesi Madde 36'nın casusluk veya terörizmden şüphelenilen kişilere uygulanamayacağını ve Bay Jadhav'ın durumunun 2008 Anlaşması'na tabi olduğunu ifade etmiştir.

42. Yargılamanın bu aşamasında, Hindistan'ın korunduğunu görmek istediği hakların varlığının kesin olarak kararlaştırılması için Divan'a çağrıda bulunulmamıştır, yalnızca hakların makul olup olmadığına karar vermek gereklidir. (Bkz. yukarıda paragraf 35 ve *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, para. 64*).

43. Bir Devlet ve onun vatandaşları arasında konsolosluk bildirim ve erişim haklarının yanı sıra, alıkoyan Devletin, konsolosluk yardımı ile ilgili haklarına ilişkin olarak ilgili kişiyi geciktirmeden haberdar etme yükümlülükleri ve bunların uygulanmasına izin vermesi, Viyana Sözleşmesi'nin 36. Maddesinin 1. Fıkrasında tanınmaktadır. Pakistan'ın ilk olarak, casusluk veya terörizm şüphelisi kişilere Viyana Sözleşmesi'nin uygulanmayacağı, ikinci olarak, eldeki davaya uygulanabilecek kuralların 2008 Anlaşması'nda karşılandığına dair argümanlarına ilişkin olarak Divan, yargılamanın bu aşamasında söz konusu sorunlara yönelik olarak bu argümanların Hindistan'ın iddia ettiği hakların makûliyetini dışlayacak yeterli bir temel sağladığına dair Taraflarca ileri sürülen bir hukuki analiz bulunmadığını, yukarıda da belirtilen benzer sebeplerden dolayı (bkz. paragraf 32-33) düşünmektedir.

44. Hindistan, vatandaşlarından birinin Pakistan tarafından haberdar edilmeden veya ona erişime izin verilmeksizin aynı Devlette gözaltına alındığını, tutuklandığını, yargıldığını ve idam cezasına çarptırıldığını öne sürmektedir. Başvurucu ayrıca, Bay Jadhav'ın konsolosluk yardımı ile ilgili haklarından gecikmeksizin haberdar edilmediğini veya bunları kullanmasına izin verilmediğini ileri sürmektedir. Pakistan bu iddialara itiraz etmemektedir.

45. Divan'ın görüşüne göre, sunulan yasal argümanlar ve kanıtlar dikkate alınarak, mevcut davada Hindistan tarafından Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin 1. Fıkrası uyarınca başvurulacak hakların makul olduğu görünmektedir.

46. Şimdi Divan, iddia edilen haklar ile talep edilen geçici tedbirler arasındaki bağlantı konusuna dönmektedir.

47. Divan, Hindistan tarafından istenen geçici tedbirlerin, ileri sürdüğü haklarına zarar verebilecek hiçbir eylemin Pakistan Hükümetince gerçekleştirilmemesini temin etmeyi, özellikle de Bay Jadhav'ın Divan'ın nihai kararından önce infaz edilmesini engelleyecek zorunlu tedbirlerin alınmasını içerdiğini kaydeder.

48. Divan, bu tedbirlerin, Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin 1. Fıkrası uyarınca Hindistan'ın ve Bay Jadhav'ın haklarını korumayı amaçladığını düşünmektedir. Bu nedenle, Hindistan tarafından iddia edilen haklar ve istenen geçici tedbirler arasında bir bağlantı vardır.

### III. ONARILAMAYACAK ŞEKİLDE ZARAR VERME TEHLİKESİ VE ACİLİYET

49. Yargılamanın konusu olan haklarda onarılamayacak şekilde zarar ortaya çıkabilecekse, Statüsü'nün 41. Maddesi uyarınca Divan geçici tedbirleri belirtme yetkisine sahiptir. (Bkz. örneğin, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, para. 88*).

50. Bununla birlikte, Divan'ın geçici tedbirleri belirtme yetkisi, Divan nihai kararını vermeden önce, uyuşmazlık konusu haklarda onarılamayacak şekilde zarar meydana geleceğine dair gerçek ve yakın bir tehlike olması anlamında acil bir durum söz konusu olduğunda uygulanacaktır. (*ibid.*, para. 89). Bu nedenle Divan, yargılamanın bu aşamasında böyle bir tehlikenin var olup olmadığını değerlendirmelidir.

51. Hindistan, Bay Jadhav'ın infazının, iddia ettiği haklarda onarılamaz zarara yol açabileceğini ve bu infazın, davanın esasına ilişkin olarak Divan kararını vermeden önce her an ortaya çıkabileceğini zira herhangi bir temyiz sürecinin Pakistan'da çok hızlı sonuçlanabileceğini ve mahkûmiyet ile cezanın geri döndürülmesinin muhtemel olmadığını ileri sürmektedir. Bu hususta Hindistan, mümkün olan tek yargısal çözümün Bay Jadhav'ın 10 Nisan 2017'de verilen cezasından itibaren 40 gün içinde temyize gitmesi olduğunu açıklamaktadır. Ayrıca Bay Jadhav'ın ilk olarak Pakistan Genelkurmay Başkanı'ndan, ikinci olarak da Pakistan Devlet Başkanı'ndan af isteyebileceği ancak bunların yargısal çözümler olmadığı vurgulanmaktadır.

52. Pakistan ise aciliyet bulunmadığını iddia etmektedir zira Bay Jadhav hâlâ af için başvurabilir ve bu hususta kendisine 150 günlük bir süre sağlanabilecektir. Pakistan'a göre, bu süre 10 Nisan 2017'de (ilk mahkûmiyet tarihi) başlamış olsa bile Ağustos 2017'nin sonrasına kadar geçerlidir. Pakistan temsilcisi eğer Taraflar hızlandırılmış duruşma yapılması için anlaşılırsa, geçici tedbirlerin belirtilmesinin acil bir gereksinim olmayacağını belirtmiş ve Divan'ın Başvuruyu altı hafta içinde duruşma yapılması için listelemesine Pakistan'ın razı olacağı önerisini getirmiştir.

53. Bay Jadhav'a yönelik idam cezasına karşı herhangi bir temyiz veya dilekçe başvurusunun sonucuna ilişkin herhangi bir peşin hükümde bulunmadan, Divan, Hindistan'ın iddia ettiği hakların onarılamayacak derecede zarar görme tehlikesi ile ilgili olduğu sürece Bay Jadhav'ın böyle bir cezaya tabi olması ve bu nedenle infaz edilebileceğine dair salt gerçeğin, bu şekilde bir tehlikenin varlığını göstermek için yeterli olduğu düşüncesindedir.

54. Herhangi bir temyiz başvurusu veya dilekçeye ilişkin ne zaman karar verilebileceğine ve eğer ceza muhafaza edilirse, Bay Jadhav'ın ne zaman infaz edilebileceğine dair önemli belirsizlik bulunmaktadır. Pakistan, Bay Jadhav'ın herhangi şekilde infazının muhtemelen Ağustos 2017'nin sonundan önce gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir. Bu durum, Divan davadaki nihai kararını vermeden önce, her an bir infazın gerçekleşebileceği fikrini vermektedir. Divan ayrıca kendi nihai kararını vermeden önce Bay Jadhav'ın infaz edilmeyeceğine dair Pakistan'ın herhangi bir güvence vermediğini de kaydetmektedir. Bu şartlar altında Divan, mevcut davada aciliyet bulunduğu ikna olmaktadır.

55. Divan, onarılamayacak şekilde zarar görme ve aciliyet kriterlerine ilişkin olarak, Bay Jadhav'ın nihayetinde Pakistan makamlarına af için dilekçe verebileceği gerçeği veya infaz gününün henüz belirlenmemiş olmasının, Divan'ın geçici tedbirler belirtmesini kendiliğinden engelleyecek hususlar

olmadığını eklemektedir. (Bkz. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 5 February 2003*, *I.C.J. Reports 2003*, s. 91, para. 54).

56. Divan, bu davada huzuruna getirilen konuların, bir devletin idam cezasına başvurma hakkı olup olmadığı sorununa ilişkin olmadığını kaydetmektedir. Geçmişte gözlemediği gibi, “bu Divan’ın işlevi, diğerlerinin yanı sıra uluslararası sözleşmelerin yorumlanması veya uygulanmasından doğan devletlerarasındaki uluslararası hukuki uyumsuzlukları çözümlenmek ve bir ceza temyiz mahkemesi gibi hareket etmemektir. (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 3 March 1999*, *I.C.J. Reports 1999 (I)*, s. 15, para. 25; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 5 February 2003*, *I.C.J. Reports 2003*, s. 89, para. 48).

#### IV. SONUÇ VE KABUL EDİLEN TEDBİRLER

57. Divan yukarıda belirtilen tüm hususlardan dolayı, geçici tedbirlerin belirtilmesi için Statüsü’nden kaynaklanan koşulların yerine getirildiğini ve nihai kararı beklerken Hindistan’ın iddia ettiği hakların korunmasının sağlanması için bazı tedbirlerin belirtilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

58. Mevcut koşullar altında, Pakistan’ın bu yargılamada nihai karar verilene kadar, Bay Jadhav’ın infaz edilmemesini temin etmek için kendi düzeninde tüm tedbirleri alacağına ve mevcut Emir’in uygulanması için aldığı tüm tedbirlerden Divan’ı haberdar edeceğine yönelik bir emir vermek Divan için uygun olacaktır.

59. Divan, “Statü’nün 41. Maddesi uyarınca geçici tedbir emirlerinin bağlayıcı etkiye sahip olduğunu” (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2001*, s. 506, para. 109) ve bu nedenle geçici tedbirlerin hitap ettiği herhangi bir taraf için uluslararası yasal yükümlülükler oluşturduğunu teyit etmektedir.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Divan’ın geçici tedbir kararlarının bağlayıcı olup olmadığına ilişkin tartışmalara uygulama anlamında 2001 tarihli *LaGrand* kararı ile Divan tarafından son nokta konulmuştur. Divan, Statü’nün 41. maddesinin İngilizce metninde daha az bağlayıcı olan “indicate” ifadesi kullanılmış olsa da Fransızca metindeki karşılık olan “indiquer” ifadesinin yazıldığı dönem içerisinde daha az bağlayıcı bir durumu ifade etmek için kullanılmadığını belirlemiştir. Ayrıca BM Şartı’nın 94. maddesinin, geçici tedbirlerin bağlayıcılığına engel teşkil etmediğini belirterek, m. 41’in Statü’nün hedef ve amaçları ışığında okunması gerektiğini vurgulamıştır. Sonuç olarak 3 Mart 1999 tarihli geçici tedbir emrinin bağlayıcı karakterde olduğunu ve Amerika Birleşik Devletleri için hukuki yükümlülük doğurduğuna karar vermiştir. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2001*, s. 502-506; para. 100-110). Açıklama için bkz. Abdulkadir Gülçür, **Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Yapısı ve Yargı Yetkisi**, 1.

60. Mevcut davada verilen karar, Divan'ın davanın esasına ilişkin yargı yetkisi meselesine veya Başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin herhangi bir meseleye veya esasın kendisine dair hiçbir şekilde peşin hükümde bulunmamaktadır. Bu meselelere ilişkin olarak, Hindistan ve Pakistan hükümetlerinin iddialarını sunma hakkı etkilenmemektedir.

61. Bu nedenlerle;

DİVAN,

I. Oybirliğiyle,

Aşağıdaki geçici tedbirleri *belirtir*:

Pakistan bu yargılamada nihai karar verilene kadar Bay Jadhav'ın infaz edilmemesini temin etmek için kendi düzeninde tüm tedbirleri alacaktır ve mevcut Emir'in uygulanması için aldığı tüm tedbirlerden Divan'ı haberdar edecektir.

II. Oybirliğiyle,

Divan, nihai kararını verinceye kadar, bu Emri konu bakımından oluşturan meseleleri elinde tutmaya devam edeceğine karar verir.

İngilizce ve Fransızca olarak, İngilizce metin belirleyici olmak üzere, Lahey'deki Barış Sarayı'nda, 2017 Mayıs'ının on sekizinci gününde, biri Divan'ın arşivlerine, diğerleri Hindistan Cumhuriyeti Hükümeti ve Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti'ne iletilmek üzere üç nüsha olarak hazırlanmıştır.

(İmzalı) Ronny ABRAHAM

Başkan.

(İmzalı) Philippe COUVREUR,

Yazman.

Yargıç CANÇADO TRINDADE Divan'ın Emir'ine bir ayrı görüş ekler; Yargıç BHANDARI Divan'ın Emir'ine bir beyanname ekler.

(Parafı) R.A.

(Parafı) Ph. C.

---

Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017. s. 118-119, dn. 312). Divan'ın *LaGrand* davasından sonra verdiği geçici tedbir kararları da Statü m. 41 uyarınca geçici tedbirlerin hukuken bağlayıcı olduğu çerçevesinde gelişmiştir. (Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Provisional Measures of Protection in International Law: 1907-2010**. 1. Baskı. İstanbul: Legal Kitapevi, 2011. s. 635).



# HNS KONVANSİYONU'NUN YENİDEN DOĞUŞU<sup>1</sup>

Yazar: Erik RØSÆG<sup>2</sup>

Çeviren: Arş. Gör. Mehmet ŞEKER<sup>3</sup>

ÖZET: 1. Giriş. – 2. Birinci Aşama: 1996. – 3. İkinci Aşama: 1996-2002. – 4. Üçüncü Aşama: 2002-2004. – 5. Dördüncü Aşama: 2004-2007. – 6. Beşinci Aşama:2007.

## 1. Giriş

Konvansiyonlar tasarlanırlar, doğarlar, yaşarlar ve ölürler. Bazıları uzun bir süre yaşarken, 1910 tarihli Çatma Konvansiyonunda olduğu gibi, bazıları ise kısa ve önemsiz bir hayat sürer ve hatta hiç yürürlüğe girmez.

Bazı konvansiyonlar yıllarca doğum sancısı çekerler. HNS Konvansiyonu bunlardan birisidir. Bu makale, umarız ki Nisan 2010'da yapılacak diplomatik konferansta kabul edilecek ve ardından AB'ye üye devletlerde uygulanabilir hale gelecek olan, protokol halindeki konvansiyonun tekrar doğmasına öncülük eden olayların bir izahıdır. Burada maddi meselelerden bahsedilmeyecek ve fakat sadece Konvansiyonun yürürlüğe girmesine ilişkin problemler doğrudan açıklanacaktır<sup>4</sup>.

## 2. Birinci Aşama: 1996

1971 tarihli Fon Konvansiyonu tamamlandığında petrol dışındaki kirletici maddeler ve ayrıca patlamalar gibi kirlilik dışında meydana gelecek zararlar için de benzer bir takım sorumluluk düzenlemelerine ihtiyaç olduğu düşünülmüştür. Ancak müzakereler 1984 yılında karaya oturmuş, bu alandaki az sayıdaki diplomatik konferanslar da başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Yeni girişimlerde bulunulmuş ve sanırım IMO hukuk komitesinin, CMI'in kendilerine yardımcı nitelikte tasarı halinde bir konvansiyona sahip olmamaları sebebiyle zorlandıklarını söylemek doğru olacaktır.

---

<sup>1</sup> Makalenin aslı için bkz. RØSÆG Erik, "The Rebirth of The HNS Convention". Scritti In Onore Di Francesco Berlingieri, Volume 2, 2010.

<sup>2</sup> Profesör, Oslo Üniversitesi, İskandinav Deniz Hukuku Enstitüsü.

<sup>3</sup> Araştırma Görevlisi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD.

<sup>4</sup> Temel meseleler üzerine açıklamalar için Profesör Richard Shaw'ın bu kitapta yer alan katkısına bakınız.

Hal böyle iken hukuk komitesinin 62. toplantısından itibaren, 1969/1971 tarihli Petrol Kirliliği Konvansiyonlarının öncülüğünde hazırlanacak bir taslak üzerinde çalışılmıştır<sup>5</sup>. Nihayet 1996 yılında, bir diplomatik konferans toplanmış ve bu konferansta başarılı bir şekilde HNS Konvansiyonu ve HNS'nin olağan genel sorumluluk fonlarının dışında tutulmasını sağlamak amacıyla LLMC'nin gözden geçirilmesi üzerine uzlaşmaya varılmıştır<sup>6</sup>. Konvansiyon böylece doğmuştur.

Diplomatik konferansta dahi yürürlük hakkında endişeler söz konusu olmuştur. Konvansiyon oldukça karmaşıktı, çünkü sözleşme kapsamında ikinci aşama için katkı ödemekle yükümlü HNS alıcısının Petrol Kirliliği Konvansiyonu bağlamında petrol alıcılarından daha fazla ve birbirine benzeşmeyen nitelikte oldukları göz önünde tutulmaksızın, o zamanlar oldukça iyi bilinen, petrol kirliliğine dair konvansiyonlar model olarak alınmıştı. Dahası, endüstri ve her bir taraf devlet üzerinde olumsuz yönde bir etki bırakacak şekilde yüklerin taşınmasına ilişkin genel bir değerlendirme sunulamamıştır. Söz konusu etki aynı zamanda belirsizdi, çünkü ürünler bazında ödenecek katkı ne olursa olsun bu tutarın müşterilere yansıtılabildiği petrol endüstrisinde talep esnekliği her ne kadar kesin olsa da farklı HNS ürünleri için mevzubahis talep esnekliği değişebilmekteydi. Son olarak petrol endüstrisinin tersine, HNS endüstrisinin bir kısmı iş birliğinden uzaktı ve yürürlük aşamasında desteklerine bel bağlanamazdı. Aksine endüstri içinde yer alan bazı kısımlar konvansiyonun yürürlüğüne karşı çalışma yürütebilirlerdi.

Buna cevaben 1996 tarihli diplomatik konferans bir önerge ile yürürlük aşaması için IOPC Fonu'ndan yardım talep etmiştir<sup>7</sup>. 1998 yılında, 1992 tarihli Fon Kurulu, yapılan tüm masrafların HNS Fonu tarafından ödeneceği hususuna dayanarak başkana, HNS konferansı tarafından talep edilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak talimat vermiştir<sup>8</sup>.

### 3. İkinci Aşama: 1996-2002

Diplomatik konferans sonrası toplanan hukuk komitesinin ilk toplantısında bazı endişeler söz konusuydu. Birkaç yıldır sürdürülen hazırlık çalışmaları ve üç hafta süren bir diplomatik konferansa rağmen konvansiyonun taslağı özellikle yerinde değildi. Diplomatik konferans sonrasındaki ilk fırsatta Japonya ve diğerleri, IMO'nun hukuk komitesindeki metninde yer alan gelişmelere dair

---

<sup>5</sup> IMO evrak no. LEG 62/4/2.

<sup>6</sup> 1976 tarihli Deniz Alacaklarından Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Sözleşmesini tadil eden 1996 tarihli Protokol, md. 7.

<sup>7</sup> IMO evrak no. LEG/CONF.10/DC.3.

<sup>8</sup> Söz konusu tarihçe için bkz. IOPC Fonu evrak no. 92FUND/A.12/28 paragraf 27.1.



olağandışı bir harekette bulunarak soru yöneltti<sup>9</sup>. Bu hareket yeni bir konvansiyon için iyiye işaret değildi.

Konvansiyonların yürürlüğe girmesi süreci ve aslında önceliklerin belirlenmesi, temelde ulusal bir süreçtir. Ancak, muhakkak ki gayri resmi istişareler söz konusu olmuştur. HNS Konvansiyonu bağlamında bu gibi istişareler daha da resmîleştirilmiştir. 1999'dan başlayarak yürürlük süreci hakkındaki gayri resmi istişarelere ilişkin raporlar IMO hukuk komitesine teslim edilmiştir<sup>10</sup>.

Hâlihazırda, konvansiyona taraf olacak esas devletlerin, Avrupa devletleri olacağı başından beri belliydi. ABD, sınırlı sorumluluk sebebiyle Konvansiyona ilgi göstermeyecekti. Ayrıca diğer devletler yönünden de sorumluluk sınırının birazcık da olsa yüksek olduğu düşünülmekteydi.

Avrupa devletlerinde ise HNS Konvansiyonu'nun yürürlüğü, bu alanda hükümetin dikkatini çekme hususunda diğer birtakım taleplerle rekabet etmek durumunda kalmıştır. Çok bariz bir biçimde IMO; yeni konvansiyonların müzakerelerindeki hızını sürdürmüş, AB; denize ilişkin meselelerdeki mevzuat düzenlemesini arttırmış ve muhakkak zaman ve dikkat gerektiren bu tarz meselelerde IMO karşısında AB'nin rolünün belirlenmesine dair bir süreç söz konusu olmuştur. Diğer taraftan HNS hadiseleri, politikacıların öncelikleri belirlerken dikkatini çekecek bir doğaya sahip değildi<sup>11</sup>. Dolayısıyla yürürlük süreci oldukça yavaş ilerlemiştir.

AB'nin iç işleyişinin bir sonucu, özellikle önem arz etmektedir. 2001 yılında, Yargı Kararlarında Yetki, Tanıma ve Tenfiz Hakkındaki Brüksel Konvansiyonu bir düzenleme halini almıştır<sup>12</sup>. Bu süreç içinde düzenlemeler tüm yeni konvansiyonlara ve denizalanı ile ilgili düzenlemelere de uygulanabilir hale getirilmiştir<sup>13</sup>.

Brüksel Tüzüğü'nün kabulü şu anlama gelmektedir; HNS Konvansiyonu, yetkiye ve kararların icrasına ilişkin düzenlemeler içerdiğinden<sup>14</sup>, topluluk organlarının müdahalesi olmaksızın üye devletler tarafından tasdik edilemeyecektir<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Bkz. IMO evrak no. LEG 74/13 paragraf 58 ve devamı.

<sup>10</sup> Bkz. IMO evrak no. LEG 80/10/2, LEG 81/7, LEG 82/8, LEG 83/6, LEG 84/9, LEG 85/5, LEG 86/7, LEG 87/11, LEG 88/8 ve LEG 89/10.

<sup>11</sup> Bkz. Örneğin, IMO evrak no. LEG 85/INF.2.

<sup>12</sup> Medeni Ve Ticari Meselelere İlişkin Kararlarda Yetki ve Bu Kararların Tanınması Ve Tenfizine İlişkin 22 Aralık 2000 tarihli Konsey tüzüğü (EC) no 44/2001.

<sup>13</sup> L.c md. 67.

<sup>14</sup> HNS Konvansiyonu bölüm IV.

<sup>15</sup> Avrupa Topluluğu Komisyonlarına karşı Avrupa Topluluğu Konseyi, Avrupa Adalet Divanı kararı dosya no. 22-70.

Doğrusu topluluk usul kuralları şunu şart koşmuştur ve koşmaktadır; Topluluk bahsi geçen sözleşmenin müzakerelerinde yer alır ve ayrıca bu itibarla Topluluğa, sözleşmeyi tasdik etme izni verilmektedir<sup>16</sup>. HNS Konvansiyonu'nun tasdik edilip edilmeyeceği ise bir muammaydı.

AB içinde, HNS Konvansiyonu bağlamında Brüksel Tüzüğü'nün nasıl ele alınacağı ile ilgili meselelerde, hukuki teknik ayrıntılar hakkındaki hususlar ve birlik olmak gerektiğini düşünen ve düşünmeyenler ve gemicilik konusunda menfaati olanlar ve gemicilik dışındaki menfaati olanlar arasındaki tartışmalar arasında bir ayırım yapmak mümkün değildir. Belki de üye devletler arasındaki, yetki iddiaları ve belli bazı kara parçaları üzerindeki talep gibi kadim ve çözülememiş bazı ihtilaflar da bir rol oynamıştır.

Buna verilecek nihai cevap, Kasım 2002'de AB Konseyi'nin üye devletlerin HNS Konvansiyonu'nu tasdik edebilecekleri ve hatta etmeleri gerektiğini çözüme kavuşturmasıdır<sup>17</sup>:

“Üye devletler, HNS Konvansiyonu'nun tasdiki veya kabulüne ilişkin evrakların Sekreterliğe- Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün başkanına- tevdi edilmesi hususunda makul bir süre içinde ve eğer mümkünse 30 Haziran 2006'dan önce gerekli adımları atar”.

Bu aşamada HNS Konvansiyonu'nun geleceği çok da kötü görünmemektedir. Ancak diplomatik konferansta kabul edilen problemler varlığını sürdürmüştür. Çözüme kavuşturulan tek şey, diplomatik konferans sonrası ortaya çıkan AB meseleleridir.

#### **4. Üçüncü Aşama: 2002-2004**

Diplomatik konferansta tanınmış meseleler, Haziran 2013 tarihinde Ottawa'da düzenlenen uluslararası çalışma zirvesinde gündeme getirilmiştir. Bazı devletler konvansiyonu müzakere etmişler ve gerekli açıklamaların yapıldığı ve Konvansiyon'un tadil için hazır olduğu sonucuna varmışlardır. Bu husus bilahare hukuk komitesine iletilmiştir<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Bkz. md. 218 TFEU.

<sup>17</sup> Topluluk yararına, 1996 tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yolu İle Taşınmasına İlişkin Sorumluluk ve Zararların Tazmini Hakkındaki Uluslararası Konvansiyonun (HNS Konvansiyonu) tasdiki ve kabulü hakkında üye devletlere yetki veren 18 Kasım 2002 tarihli konsey kararı md. 3(1) (2002/971/EC)

<sup>18</sup> IMO evrakı LEG 87/11 ve LEG 87/11/1. Evrakların IMO'ya tesliminden evvel evraklar şu şekilde numaralandırılmıştır: WP/Ott.1 – WP/Ott.10.

Her ne kadar bazı meseleler Ottawa'da tartışılmış olsa da kanaatimizce esas problem bildirme sistemidir. Büyük çabalara rağmen ne hukuk komitesinde ne de diplomatik konferans ve sonrasında, ikinci aşama katkı sistemini harekete geçiren HNS yüklerinin esas durumu hakkındaki verilerin elde edilmesi mümkün olmamıştır. Bu çeşitli seviyelerde endişelere sebebiyet vermiştir:

İlk olarak, bir ihtimal de olsa katkı sisteminin çok karmaşık olduğu düşünülebilir. Evveliyatında kabataslak bir bakış elde etmenin mümkün olmadığı ve sistem sonradan çalışır hale geldiğinde bir kimse, katkıları ödemekle yükümlü olan kişileri nasıl tespit edecektir?

İkinci olarak, veri yetersizliği; devletlerin, sahip oldukları kargo durumu hakkındaki bilgiyi paylaşma konusunda isteksizliğe sebep olmuştur. Bazı devletler daha küçük katkı bildiriminde bulunurken ya endüstriler arasındaki bilinmeyen farklılıklar ya da kontrol mekanizmasının verimliliğindeki farklılıklar sebebiyle diğer bazı devletler yüksek katkılar ile kendi endüstrilerini ifşa etmek istememişlerdir.

Son olarak, devletler, Konvansiyonun yürürlüğü kesinleşmedikçe zorunlu bildirim için düzenleme yapmak istememektedirler.

Bu endişeler politik bir doğaya sahiptir. Uygulanabilirlikler, büyük oranda, HNS katkıda bulunan yük hesaplayıcısının geliştirilmesi ile ele alınmıştır ki bu hesaplayıcı da (ikinci asamaya konu) katkıda bulunan yüklerin endüstri tarafından bildirilmesini kolaylaştırmaktadır<sup>19</sup>. En azından hâlihazırda AB ve AEA içinde, gemiler varışlarından önce tehlikeli yükleri bir veri tabanına bildirmekle yükümlü oldukları için, bir kontrol mekanizması söz konusu idi<sup>20</sup>.

Bu politik güvensizlik göz ardı edilebilir düzeyde değildir. Bir kimse, taraf devletlerin esasında, kendi endüstrilerinin ödemeleri gereken katkıları ödemeleri teminat altına aldıklarından ve elverişli kontrol mekanizmalarından yararlandıklarından nasıl emin olabilir? Petrol kirliliği Konvansiyonuna getirilen 2003 Ek Protokolü ile ilgili olarak taraf devletlerin bildirme yükümlülüklerini yerine getirdiklerinden emin olmak için büyük çaba gösterilmiştir<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Bkz. < <http://www.hnsconvention.org/en/hnscccc.html> >.

<sup>20</sup> Birlik gemi trafik takip ve bilgi sisteminin kurulmasını sağlayan ve 93/75/EEC sayılı Konsey direktifini ilga eden 27 Haziran 2002 tarihli ve 2002/59/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey direktifi.

<sup>21</sup> 992 tarihli Petrol Kirliliğinden Kaynaklanan Zararların Tazminine Dair Uluslararası Bir Fonun Kurulması Hakkındaki Uluslararası Konvansiyona getirilen 2003 tarihli protokol md. 13(2) ve 15(2).

Bu süreç içinde diplomatik konferanstan bu yana yedi yıl geçmiştir. Yöneticilerin sayısı kapsamında Konvansiyonun orijinal halini müzakere eden kişiler artık yoktur. Yeni kişiler, diplomatik konferans işbirliği ruhu olmaksızın Konvansiyonu, eleştirel bir biçimde incelemişlerdir. Bir başka deyişle çok karmaşık olan bu Konvansiyonu, diplomatik konferans ile neticelenen müzakerelere katılmamanın sebep olduğu öğrenme eksikliği ile anlamak zorunda kalmışlardır. Bu sebeplerle de HNS Konvansiyonu'nu kuşkusuz ki önceliğe sahip olmamıştır.

### 5. Dördüncü Aşama: 2004-2007

HNS konvansiyonunun yürürlüğü konulması hakkındaki uluslararası müzakereler ile eş zamanlı olarak 2004 tarihli AB Çevresel Sorumluluk Direktifi hazırlanmıştır<sup>22</sup>. Söz konusu direktif, kusursuz sorumluluk ve ayrıca çevre zararları için önleyici ve iyileştirici tedbirler alınmasını vaaz etmektedir. Ancak uzun tartışmalar sonucu, tadil edilmiş sekliyle HNS Konvansiyonu da dâhil temel denizcilik konvansiyonlarına dokunulmamıştır<sup>23</sup>. Direktif sadece bu konvansiyonlarla uyum sağlamamış aynı zamanda uygulama sahası bakımından bu konvansiyonların yerini almıştır<sup>24</sup>.

HNS Konvansiyonunun yürürlüğe konulması açısından bu direktifin etkisi, belli ki taraf devletlerin bu direktifi tasdik edebilecek olmasıdır. Yürürlüğe koyma süreci tam bu aşamada durdurulabilirdi, çünkü AB/AEA ülkeleri, HNS Konvansiyonu'nun uygulama sahası kapsamındaki zararlar için de sınırsız sorumluluk konusunda ısrarcı olan çevresel sorumluluk direktifine sahipti. Ancak dikkat çekilmesi gereken bir diğer yan etki: çevresel rejime ilişkin genel düzenleme istinasının HNS Konvansiyonu'na bağlanmış olmasıdır. HNS Konvansiyonu'nun tasdiki, sadece HNS Konvansiyonu'nun kendi rejimine duyulan ilgi üzerine değil aynı zamanda çevresel sorumluluk direktifinde yer alan sorumluluk rejimi haricindeki mevzu üzerine oturtulmuş olacaktır. Bu durum kesinlikle tasdik etme konusunda donatanların ilgisini arttırmıştır.

2005 yılında Avrupa Komisyonu, Donatanların Hukuki Sorumluluğu ve Finansal Teminat Hakkındaki Direktif önerisini ortaya atmıştır<sup>25</sup>. Çevresel sorumluluk direktifinde olduğu gibi burada da HNS Konvansiyonu için bir istisna

---

<sup>22</sup> Çevre Zararlarının Önlemesi ve Çevre Zararlarına Çare Bulunmasına İlişkin Çevre Sorumluluğu Hakkındaki 21 Nisan 2004 tarihli ve 2004/35/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey direktifi.

<sup>23</sup> L.c. md. 4(2).

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Donatanların Hukuki Sorumluluğu ve Finansal Teminatları Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi Önerisi (COM (2005) 593).

oluşturulmaktadır<sup>26</sup>. Ancak söz konusu direktif hiçbir şekilde öneride olduğu gibi kabul edilmemiştir. Direktif, bir sigorta direktifine dönüştürülmüştür<sup>27</sup>. HNS Konvansiyonuna ilişkin hüküm varlığını sürdürmüştür<sup>28</sup> ve fakat bizim alakadar olduğumuz bağlamda önemini yitirmiştir.

Bu arada IOPC Fonu, HNS Konvansiyonu'nun yürürlüğü konusunda daha aktif bir rol oynamaya başlamıştır. Zaman, sureci olgunlaştırmış ve yeni bir başkan atanmıştır. Hükümetler için çeşitli çalıştaylar düzenlenmiş ve bir internet sitesi kurulmuştur<sup>29</sup>. Aynı zamanda hükümetler tarafından HNS yürürlük rehberi son halini almıştır<sup>30</sup>.

Çok laf az iş. Günümüzde 14 devlet Konvansiyonu tasdik etmiş ve fakat bu devletlerin toplam tonajı tüm dünyadaki toplam tonajın %14 üne karşılık gelmektedir<sup>31</sup> (ki 2005 yılında durum çok da farklı değildi). Devletlerin sayısı yürürlük için yeterlidir.<sup>32</sup> Fakat Konvansiyonun yürürlük hükmü, her biri 2 milyon grostona sahip en az 4 devletin tasdikini şart koşmaktadır ki şu anki durumda bir ülke eksiktir<sup>33</sup>. En büyük problem ise tasdik eden ülkelerin teslim aldıkları katkıda bulunan yüklerin miktarına ilişkin bir bildirimde bulunmamış olmalarıdır ki bu sebeple üçüncü şart olan, tasdik eden devletlerde önceki takvim yılında "genel hesaba" katkıda bulunan 40 milyon ton yükün alınıp alınmadığı bilinmemektedir:

---

<sup>26</sup> L.c. md. 4(4).

<sup>27</sup> Donatanların Deniz Alacaklarına İlişkin Sorumluluğuna Dair 23 Nisan 2009 Tarihli ve 2009/20/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi.

<sup>28</sup> L.c. md. 2(3).

<sup>29</sup> Bkz. <<http://www.hnsconvention.org/en/>>. Öncesi için IMO, su adreste bir internet sitesi kurmuştu <[http://www.imo.org/Legal/mainframe.asp?topic\\_id=673](http://www.imo.org/Legal/mainframe.asp?topic_id=673)> ve yazışma grubunun su adres altında bir internet sitesi mevcuttu; <<http://www.folk.uio.no/erikro/WWW/HNS/hns.html>>.

<sup>30</sup> HNS Konvansiyonunun yürürlüğüne dair taslak niteliğindeki kılavuz. 1992 tarihli Petrol Kirliliği Uluslararası Tazmin Fonu Sekreterliği tarafından hazırlanmıştır (Haziran 2005) <[http://www.iopcfund.org/npdf/HNS-guide\\_e.pdf](http://www.iopcfund.org/npdf/HNS-guide_e.pdf)>.

<sup>31</sup> Bkz. <[http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic\\_id=247](http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic_id=247)>.

<sup>32</sup> HNS Konvansiyonu md. 46

<sup>33</sup> Tarafımca sürdürülen internet sitesi için bkz. <<http://folk.uio/erikro/WWW/HNS/hns.html>>. Burada yer alan bilgiler IMO ve tasdik eden bazı ülke belgelerine dayanmaktadır.

<i>Tasdik eden ülkeler</i>	<i>2 milyon grostonajın üzerinde filoya sahip ülkeler</i>	<i>Yıllık genel hesap yönünden teslim alınan tonaj miktarı (takriben)</i>
Angola		?
Kıbrıs	X	?
Etiyopya		?
Macaristan		?
Liberya	X	?
Litvanya		?
Fas		?
Rusya Federasyonu	X	?
Saint Kitts ve Nevis		?
Samoa		?
Sierra Leone		?
Slovenya		120.000
Suriye Arap Cumhuriyeti		?
Tonga		?
14	3	120.000
<i>Şart:</i>	<i>Şart:</i>	<i>Şart:</i>
<i>≥12 devlet</i>	<i>≥4 devlet</i>	<i>≥toplamda 40 milyon ton</i>

Bildirim eksikliği belki de devletlerin bildirim yükümlülüğünü ciddiye almadıklarına dair bir göstergedir. Bu tabii ki de büyük bir endişe kaynağı olmalıdır.

Tasdik eden devletlerin birçoğu ise yürürlük mevzuatını veya gerekli idari usulü yerine getirmemiştir. Diğer yandan henüz tasdik etmemiş ülkeler mevzuatlarını hazırlamışlar ve böylece bu işe olan aşırı ilgilerini göstermişlerdir<sup>34</sup>.

## **6. Beşinci Aşama: 2007**

Yürürlük süreci sekteye uğramıştır. 2007'nin sonlarında IOPC Fonu'nun dostane girişimi dahi gerekli tasdiklerin yapılmasını sağlamamıştır. 2007 yılı boyunca yapılan istişareler HNS Konvansiyonu'na getirilmesi gereken bir

<sup>34</sup> Kanada, Danimarka, İrlanda, Norveç, Rusya, İsveç ve Birleşik Krallık bkz. Esas evraklara yapılan internet bağlantı adresleri dahil <<http://folk.uio/erikro/WWW/HNS/hns.html>>

taslak protokole ilişkin olarak IMO hukuk komitesine bir öneri sunulması ile neticelenmiştir<sup>35</sup>. Protokol olası şu düzenlemeleri içermelidir:

- (i) LNG hesabına yapılacak katkılar,
- (ii) Alıcı' kavramı ve
- (iii) Konvansiyonun tasdiki anında ve sonrasında her yıl, katkıda bulunan yük bildirimlerinin yapılmaması.

Ben şahsen bu meseleleri burada inceleme hususundaki isteğimi bastıracağım.

Talimat, hukuk komitesi tarafından onaylanmıştır<sup>36</sup> ve IOPC Fonu, 2008 yılında ilk toplantısını gerçekleştiren bir odak grubuna bu görevi vermiştir<sup>37</sup>. Nihai Protokol taslağı 2009 yılında hukuk komitesi tarafından onaylanmış<sup>38</sup> ve diplomatik konferansın onaylaması için 2010 tarihi belirlenmiştir<sup>39</sup>.

Yeni bir Protokol taslağının hazırlanması kendi başına, esas konvansiyonun artık tasdik edilmeyeceğine açık bir işarettir. Protokolün kabul edilmesinden sonraki tasdikler yeni protokolü de kapsamak zorundadır<sup>40</sup>. Eski Konvansiyon artık ölmüştür.

Meselelerin (hemen hemen) sadece esas talimatnamede düzenlenmesini sağlamak oldukça başarılıdır. Benzer bir durum 2002 tarihli Atina Konvansiyonu'nda olduğu gibi, odak, esas konvansiyonun olduğu gibi devam ettirilip devletleri kapsamlı değişiklikler ile birlikte konvansiyonu tasdik etmeye davet ederek belli bazı meseleler üzerine yoğunlaşmıştır<sup>41</sup>. HNS Konvansiyonu bağlamında böyle karmaşık bir yaklaşımdan uzak durmaya çalışılmış ve tüm meseleler kapsamında ikinci aşamaya dair fonda yer alan katkı sistemi bağlamında yapılabilecek çekincelerden hangileri ile sınırlandırılabilceği üzerinde durulmuştur. Böylece bir protokol hazırlanması konusunda karara varılmıştır. Sonuç oldukça muntazamdır, ancak protokolün müzakeresi sırasında birçok meselenin tekrar gündeme geleceğine dair (veya IMO terminolojisi ile kurtçuklarla dolu konserve kutusunun açılması) tehlike her zaman varlığını sürdürmektedir.

---

<sup>35</sup> IOPC Fon evrakı 92FUND/A.12/28 bölüm 27 ve ek II.

<sup>36</sup> IMO evrakı LEG 93/12 bölüm 6.

<sup>37</sup> IOPC Fon evrakı 92FUND/A/ES.13/5.

<sup>38</sup> IMO evrakı LEG 95/10 bölüm 3.

<sup>39</sup> IMO evrakı LEG/CONF.17/1.

<sup>40</sup> HNS Konvansiyonu md. 47(3).

<sup>41</sup> IMO sirküler no. 2758.

Buna rağmen şimdiye kadar düzen sağlanmıştır. Sebep ise muhtemelen; Konvansiyonun sınırsız sorumluluktan kaçınması lehinde olan donatanların varlığı ve denizcilik idarecilerinin meselenin görüşülmesi için harcanan saatlerin boşa gitmediğini göstermeleri gerektiğidir. Diğer taraftan Konvansiyona karşı, organize bir lobi faaliyeti yürütülmemiştir. En kayda değer kısıtlama, AB hukukunun şart koştuğu ve AB'ye üye devletlerin 2002 tarihli Konsey Kararı ile özellikle kendilerini:

“Üye devletler, ilk fırsatta, HNS Konvansiyonunun tadil edilmesini temin etmek ve Birliğin, Konvansiyonun nihai haline taraf olmasını sağlamak için tüm çabasını gösterecektir.”<sup>42</sup>

şeklinde bilgilendirmelerine karşın üye devletlerin, REIO Kloxunun<sup>43</sup> eklenmesine dair bir öneri sunmamış olmalarıdır.

Belki de üye devletler bu fikri ortaya atmak için beklemişler ve ilk diplomatik konferansta yapacaklardır böylece bu ek mevzu, diğer devletleri ilgili oldukları mevzuları ileri sürme konusunda harekete geçirmeyecektir. Yahut diplomatik konferanstaki müzakerelerin çok hassas olduğunu düşünecekler, meseleyi gündeme getirme fırsatları olmayacak ve Birlik REIO klozu olmaksızın varlığını sürdürecektir. En azından REIO kloxunun AB'ye üye olmayan devletlerin bir konvansiyonda yer almasını reddettikleri durumda olduğu gibi bu durum daha önce gerçekleşmiştir<sup>44</sup>.

Üye devletlerin REIO klozu için talepte bulunmasındaki ihmalinin olası bir yorumu olarak muhakkak ki konvansiyon ile o kadar ilgili olmamaları olabilir. Üye devletlerin hem AB oturumlarında hem de uluslararası oturumlarda HNS Konvansiyonu üzerinde harcadıkları zaman ve çabalar ile uyuşmayacaktır. Ayrıca HNS Konvansiyonu günümüz için AB denizcilik stratejisinin bir parçasını oluşturmaktadır<sup>45</sup>.

Esasen HNS Konvansiyonu'nu dahi içine alan AB stratejisi oldukça gelişmiştir. 2008 yılında, denizcilik alanında IMO'nun rolüne karşılık AB'nin rolünün netleştirilmesine dair uzun sürece karşılık olarak AB sistemi içinde denizcilik konvansiyonlarının nasıl ele alınacağı üzerinde bir anlaşmaya varılmıştır.

---

<sup>42</sup> Topluluk yararına, 1996 tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Sorumluluk ve Zararların Tazmini Hakkındaki Uluslararası Konvansiyonun (HNS Konvansiyonu) tasdiki ve kabulü hakkında üye devletlere yetki veren 18 Kasım 2002 tarihli konsey kararı md. 3(1) (2002/971/EC)

<sup>43</sup> REIO kısaltması Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Faaliyetleri anlamında gelmektedir.

<sup>44</sup> Bkz. örneğin Avrupa Adalet Divanı 2/1991.

<sup>45</sup> Basın açıklaması, 2935. Konsey toplantısı, Taşıma, Telekomünikasyon ve Enerji, Brüksel, 30 Mart 2009, md.8(f).



Temel fikir, üye devletlerin uluslararası denizcilik konvansiyonlarının tasdiki hususunda eşgüdümlü çalışmaları, aynı zamanda da bu meselelerin mümkün olduğunca birlik dışında tutulması yönündedir. Bu yolla üye devletler, denizcilik politikasının bu kısmında kontrolü ellerinde tutacaklar ve harici birlik yetkisi bu mesele hakkında birlik mevzuatı tarafından harekete geçirilmeyecektir.

Bu fikir, konseyin genel sekreterliğince yapılan üye devletlerin görüşlerini belirttiği bir yazışmada belirtilmiştir<sup>46</sup>. Açıklama şu şekildedir:

“Üye devletler:

...

2. Kabul edilebilir geniş uluslararası bir çerçevede tehlikeli ve zararlı maddelerin deniz yolu ile taşınmasına ilişkin sorumluluk ve zararları düzenleyen bir anlaşma ile ilgili olarak mümkün olan en erken süre içinde başarıma gayesi ile Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) içinde faaliyette bulunmak

hususunda kat'î bir bağlılık kararı almıştır.”

Bu husus aynı evrak, paragraf 8'de açıkça su şekilde belirtilmiştir:

“Bu açıklama, üye devletlerin kendi anayasal gereklilikleri bağlamında söz konusu mevzu ile ilgili olarak faaliyette bulunma ve uluslararası sorumlulukları yüklenme konusundaki yetkisini etkilememektedir”.

Bundan sonrası için Nisan ayında toplanacak olan diplomatik konferansta HNS Konvansiyonu'nun yeniden doğuşu büyük bir ümit ile beklenebilir.

---

<sup>46</sup> AB Konsey evrakı 15859/08 ADD 1.



# SABA FAKES v. TÜRKİYE CUMHURİYETİ DAVASI - ICSID KARARI

Çeviren: Arş. Gör. Mustafa Alper ENER<sup>1</sup>

ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI ÇÖZÜMÜ MERKEZİ  
Washington D.C.

**SABA FAKES**

(Davacı)

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**

(Davalı)

**ICSID Dava No: ARB/07/20 KARAR<sup>2\*\*</sup>**

*Tahkim Heyeti Üyeleri:*

Prof. Hans van Houtte, Hakem

Dr. Laurent Lévy, Hakem

Prof. Emmanuel Gaillard, Başkan

*Heyet Sekreteri:*

Martina Polasek

*Heyet Başkanının Asistanı:*

Anna Crevon

*Davacı Temsilcileri:*

Dirk Knottenbelt

Eddie Meijer

Marielle Koppenol-Laforce

Maarten Sturm

HOUTHOFF BURUMA N.V.

*Davalı Temsilcileri:*

Hamid G. Gharavi

Stephan Adell

Julien Fouret

DERAINS & GHARAVI

*Kararın Tarafılara Gönderilme Tarihi: 14 Temmuz 2010*

<sup>1</sup> Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD., ener@gazi.edu.tr

<sup>2</sup> <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf> adresinden Saba Fakes vs. Republic of Turkey Davası Kararı'nın orijinal metnine çevrimiçi olarak ulaşabilirsiniz.

## I. GİRİŞ

1. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi'ne ("ICSID" veya "Merkez") 6 Haziran 2007 tarihli tahkim talebi (3 Ağustos 2007 tarihli mektupla ekleri gönderilmiştir), Saba Fakes adına ("Davacı"), Türkiye Cumhuriyeti ("Davalı") aleyhine, 13 Ağustos 2007 tarihinde kaydedilmiştir. Tahkim talebi ICSID Sözleşmesi ve 1 Kasım 1989 tarihinde yürürlüğe giren, 27 Mart 1986 tarihli, Hollanda Krallığı ve Türkiye Cumhuriyeti arasında yapılan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'na ("Hollanda-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması" veya "İYA") dayandırılmaktadır.

2. Uyuşmazlık Davalı'nın İYA koşullarından bir kısmını ihlaline dayanmaktadır, Davalı'nın Davacı'ya eşit ve adil muamelede bulunmadığı ve Davacı'nın Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ("Telsim")'deki yatırımına el konulduğu, Türkiye'nin lider telekomünikasyon şirketinin tasfiye edildiği ve Türk yetkililer tarafından üçüncü kişiye satıldığı iddia edilmektedir. Kendi ön değerlendirmesine göre Davacı, Davalı'nın iddia edilen ihlallerinden dolayı 19.000.000.000 ABD\$ (On dokuz milyar dolar)'a varan zarara uğradığını ileri sürmektedir.

## II. TARAFLAR

3. Davacı, Saba Fakes, Hollanda ve Ürdün çifte vatandaşlıklarına sahiptir. Türkiye, Fakes'in Hollanda vatandaşlığının tartışmalı olduğunu ileri sürülmektedir (aşağıda 54 ve devamı paragraflarına bakınız). Bu yargılamada Fakes; Dirk Knottenbelt, Eddie Miejer, Maarten Strum ve Marielle Kopponel-Laforce, Houthoff Buruma N.V. hukuk şirketi, Ween 355, PO BOX1507, 3000 BC, Rotterdam, Hollanda tarafından temsil edilmektedir.

4. Türkiye Cumhuriyeti bu tahkimde Davalı'dır. Hamid G. Gharavi, Julien Fouret ve Stephan Adell, Derains & Gharavi, 25 rue Balzac, 75008, Paris, Fransa tarafından temsil edilmektedir.

## III. USULE İLİŞKİN AŞAMALAR

5. Heyet, ICSID Sözleşmesi 37(2)(b) maddesi uyarınca oluşturulmuştur. 26 Kasım 2007 tarihinde, Davacı tarafından Belçika vatandaşı Professor Hans van Houtte, hakem olarak atanmıştır. 23 Ocak 2008 tarihinde, Davalı tarafından İsviçre ve Brezilya vatandaşı Dr. Laurent Levy, hakem olarak atanmış ve Fransız vatandaşı Prof. Emmanuel Gaillard, Tahkim Heyeti'nin başkanlığını yapmak üzere önerilmiştir.

6. 12 Şubat 2008 tarihinde, Davacı Prof. Gaillard'ın başkan olarak atanmasına hiçbir itirazları olmadığını ICSID'e bildirmiştir. Ancak Dr. Levy'nin hakem olarak atanmasına itiraz etmişlerdir. 15 Şubat 2008 tarihinde, ICSID taraflara ICSID Sözleşmesi 57. maddesi ve ICSID Tahkim Muhakeme Usulü Kuralları ("Tahkim Kuralları") 9. kuralı uyarınca, hakemin reddi teklifinin heyet oluştuğunda yapılabileceğini bildirmiştir.

7. 4 Mart 2008 tarihinde, Merkez taraflara Prof. Emmanuel Gaillard, Prof. Hans van Houtte ve Dr. Laurent Levy'nin görevleri kabul ettiklerini ve Heyet'in oluştuğunu ve yargılamanın o günde Tahkim Kuralları 6(1) kuralı uyarınca başladığını, tebliğ etmiştir.

8. 14 Mart 2008 tarihinde, Tahkim Heyeti'nin oluşmasını takiben, Davacı Dr. Levy'nin hakem olmasının reddi istemini ICSID Sözleşmesi 57. maddesi ve Tahkim Kuralları 9. kural uyarınca vermiştir. Aynı gün Merkez, Davalıyı 21 Mart 2008 tarihine kadar, Davacı'nın Dr. Levy için yaptığı hakemin reddi istemi hakkında görüşlerini bildirmesini istemiştir. Davalı görüşlerini 21 Mart 2008 tarihinde sunmuştur.

9. ICSID Sözleşmesi 58. maddesi ve Tahkim Kuralları 9(4) kuralı uyarınca 28 Nisan 2008 tarihinde, Prof. Gaillard ve Prof. van Houtte, Davacı'nın Dr. Levy'nin hakemin reddi isteminin reddedilmesi kararını vermiştir. Taraflara Merkez'in kararı bildirmesinin ardından Tahkim Kuralları 9(6) kuralı uyarınca, yargılama 28 Nisan 2008 tarihinde kaldığı yerden devam etmiştir.

10. 20 Haziran 2008 tarihinde, Davacı, Davalı tarafından Davacı vekilinin denetimi nedeniyle oluşabilecek olası riskler dolayısıyla geçici tedbir talebinde bulunmuştur. Hemen ardından, 24 Haziran 2008 tarihinde Davalı, Davacı'nın tahkim talebi hakkındaki yetki itirazlarını sunmuştur. Bu itirazında tahkim yargılaması işlemlerinin ayrılmasını ve belirli belgelerin sunulmasını, ayrı bir talep olarak da masraflar için teminat talebini sunmuştur.

11. 26 Haziran 2008 tarihinde, Dünya Bankası Paris'te toplanan Tahkim Heyeti'nin ilk oturumunda, usule ilişkin bazı konularda karar vermiş ve Tarafların 20 Haziran 2008 ve 24 Haziran 2008'deki taleplerinde yer alan ön sorunlar hakkında görüşlerini bildirmeleri için takvimi belirlemiştir.

12. Bu takvime uygun olarak, 18 Temmuz 2008 tarihinde Davacı, Davalı'nın masraflar için teminat talebi hakkında ve Davalı, Davacı'nın geçici tedbir talebi hakkında ilk tur görüşlerini yollamıştır. 29 Ağustos 2008 tarihinde geçici tedbir ve teminat talepleri hakkında Taraflar ilk tur görüşlerine cevaplarını göndermişlerdir. Aynı gün, Davacı, Davalı'nın yargılamanın ayrılması ve belgelerin sunulması

talepleri hakkında ilk tur görüşlerini göndermiştir. 10 Eylül 2008 tarihinde Davalı, kendisinin yargılamanın ayrılması ve belgelerin sunulması talepleri hakkında ikinci tur görüşlerini ve Davacı'nın geçici tedbir talepleri hakkında ek görüşlerini göndermiştir. Son olarak, 12 Eylül 2008 tarihinde Davacı, Davalı'nın yargılamanın ayrılması, belgelerin sunulması ve teminat talepleri hakkında ikinci tur görüşlerini, talep ettiği geçici tedbirler hakkındaki son görüşleriyle birlikte göndermiştir.

13. 1 Ekim 2008 tarihinde Heyet, ön sorunlar hakkında Davacı'nın geçici tedbir ve Davalı'nın belgelerin sunulması ve teminat taleplerinin reddi ve Davacı'nın yargılamanın ayrılması talebinin kabulü kararını sunmuştur.

14. Tahkim Heyeti bunun üzerine Davalı'nın yetki itirazlarının ön sorun olarak incelenmesine karar vermiştir. Bu itirazların incelenmesine Davacı'nın Telsim hisselerine sahip olduğunu gösteren delillerini sunmadan başlanamayacağı ve Davalı'nın yetki itirazı hakkında hukuki dayanaklarının esasını yolladığını dikkate alarak, Heyet, Tarafların Davalı'nın yetki itirazları hakkında yazılı savunmalarını gönderecekleri takvimi belirlemiştir. Bu takvime göre:

- a) 30 Ocak 2009 tarihinde Davacı, Davalı'nın yetki itirazı hakkında bildirisini ("Bildiri") ilgili ek belgelerle ve Prof. Rudolf Dolzer'in uzman görüşü ve Saba Fakes'in tanık ifadesiyle göndermiştir.
- b) 30 Nisan 2009 tarihinde Davalı, Davacı'nın Davalı'nın yetki itirazları hakkında bildirisini hakkında cevabı ("Cevap") ilgili ek belgelerle birlikte göndermiştir.
- c) 30 Haziran 2009 tarihinde Davacı, Davalı'nın cevabına cevabını ("Replik") ilgili ek belgelerle, aynı zamanda Prof. Dolzer'in uzman görüşü, Prof. Hayri Domaniç'in hukuki görüşü, Hakan Uzan'ın tanık ifadesi ve Saba Fakes'in ikinci tanık ifadesiyle birlikte göndermiştir.
- d) 31 Ağustos 2009 tarihinde Davalı, Davacı'nın repliğine cevap ("Düplik") ve ilgili ek belgelerle birlikte Dr. Kemal Erol'un uzman görüşü ve Prof. Mehmet Bahtiyar'ın hukuki görüşüyle birlikte göndermiştir.

15. Yazılı savunmaların verilmesinden sonra, 8 Eylül 2009 tarihinde Heyet, taraflarla yetki konusunda yapılacak duruşmayla ilgili bazı düzenlemeler (organizasyon) hakkında karar vermek için duruşma öncesi telekonferans yapılmıştır. Bu duruşma öncesi konferansı takiben Taraflar 4 Eylül 2009 tarihinde bu düzenlemelerle ilgili görüşlerini göndermişlerdir.

16. Duruşma öncesi konferansından sonra, ICSID Hakan Uzan'ın Interpol ve ABD tarafından arandığını göz önüne alınarak Hakan Uzan'ın Heyet önünde sorgusundan doğabilecek hukuki sonuçları dikkate almış, Tahkim Heyeti 24 Eylül 2009 tarihli mektupla taraflardan Uzan'ın sorgulamasının olası sonuçları hakkındaki görüşlerini istemiştir.

17. 30 Eylül 2009 tarihinde Taraflar, Uzan'ın video konferansla sorgulanmasına fırsat verilmesi ve bunun olası sonuçları ile ilgili görüşlerini bildirdiler. 1 Ekim 2009 tarihinde tarafların durumlarının dikkatle incelenmesi ve ICSID'in görüşlerinin dikkate alınmasının ardından, Heyet "bu olağanüstü durumda", Uzan'ın –video konferansla yapılması düşünülen- sorgusunun gerekli olmadığı ve Uzan'ın tanık ifadelerinin kayıtlarda yer alması kararına varmıştır. Heyet tarafların duruşmada, Uzan'ın yazılı olarak yapılması düşünülen sorgusu konusunda görüşlerini bildirmelerini istemiştir.

18. Yetki hakkındaki duruşma Dünya Bankası Paris'te 5-6 Ekim 2009'da yapılmıştır. Aşağıdaki kişiler duruşmaya katılmıştır:

- Davacı taraf adına;  
Saba Fakes, Davacı  
Dirk Knottenbelt, Houthoff Buruma  
Marielle Koppenol-Laforce, Houthoff Buruma  
Maarten Sturm, Houthoff Buruma ve  
Prof. Christian Rumpf, Rumpf Rechtsanwalte
- Davalı taraf adına;  
Fethi Çalık, Başkan Yardımcısı TMSF  
Aslı Yıldırım, Yabancı Dava ve Tahkim Başkanı TMSF  
Ayşe Özge Daggez, Avukat, TMSF  
İsmail Emrah Karayel, Avukat, TMSF  
Dilek Bacanlı, Hazine Avukatı, Maliye Bakanlığı  
İlker Çetin, Hazine Avukatı, Maliye Bakanlığı  
Prof. Ziya Akıncı, Akıncı Hukuk Bürosu  
Cemile Gökyayla, Akıncı Hukuk Bürosu  
Hamid G. Gharavi, Derains Gharavi & Lazareff  
Stephan Adell, Derains Gharavi & Lazareff  
Julien Fouret, Derains Gharavi & Lazareff  
Rory Wheeler, Derains Gharavi & Lazareff

19. Saba Fakes, Prof. Rudolf Dolzer, Prof. Mehmet Bahtiyar ve Dr. Kemal Erol sözlü ifadelerini Heyet önünde sunmuşlardır.

20. Prof. Hayri Domaniç'in çapraz sorgusunun video konferans yoluyla yapılması planlanmış ancak sağlık sorunları ve yetkiye ilişkin duruşma öncesi hastaneye kaldırılması nedeniyle uzman ifadesi sunamamıştır. Bu durum karşısında Prof. Domaniç'in sorgusunun daha sonra yapılması konusu duruşmada tartışıldı. Davalı, Prof. Domaniç'e sorusu olmadığını çünkü sorgunun gecikmesinin veya ertelenmesinin "*onun çapraz sorgusundan elde edileceği yararı önemsiz kılacağı*"<sup>3</sup> görüşündedir. Heyet "*kayıtların mevcut halinden memnun olduğunu*"<sup>4</sup> ve Prof. Domaniç'e sorusu olmadığını belirtti. Heyet'in ve Davalı'nın herhangi bir sorusu olmadığından Prof. Domaniç'in çapraz sorgusunu ileri tarihe ertelenmemesine ve onun hukuki görüşünü -kanıt değeri davanın gidişine göre belirlenecektir- kayıtlarda tutulmasına karar verdi.<sup>5</sup>

21. Hakan Uzan'ın tanıklığı konusu yetkiye ilişkin duruşmada tartışıldı. Uzan'ın sorgulanmasının hem uygunsuz ve hem de yasadışı olduğunun belirtilmesine rağmen Türkiye Cumhuriyeti, Uzan'ın tahkim kayıtlarında tanık beyanının tutulmasına herhangi bir itirazı olmadığını belirtti. Davalı tarafından Uzan'ın çapraz sorgulamasının yapılmadığı veya Heyet'ten hiçbir soru olmadığı düşünüldüğünde, Davacı'nın çapraz sorgudan sonra tekrar sorularını Uzan'a sormaya fırsatı olmayacaktır. Heyet, Uzan'ın yetkiye ilişkin duruşmada olmamasının, Davacı'yı herhangi bir zarara uğratmayacağı kanısına varmıştır.<sup>6</sup>

22. Heyet, Fakes'in ve Uzan'ın yazılı tanık ifadesi hakkında herhangi bir ek somut delile gerek olmadığına karar verdi. Ancak, taraflara Uzan'ın ifadesinde yer alan olaylar hakkında başka tanıklık yapabilecek kişiler olup olmadığını sordu. Taraflar başka tanık beyanı sunma niyetinde olmadıklarını belirtti.<sup>7</sup>

23. Heyet oybirliği ile mahkeme kayıtlarında tutulan Uzan'ın ifadelerinin delil değerinin davanın gidişine göre belirleneceğine ve Hakan Uzan'ın başka yazılı açıklamasına gerek olmadığına karar verdi.<sup>8</sup>

24. Heyet ayrıca Davacı'nın duruşma sonrası dilekçesi sunma isteğini kabul etti ve her iki tarafça bu tür bir dilekçe sunulmasını yetkiye ilişkin duruşmanın tamamlanmasından altı hafta sonra yapmasına karar verdi. Tarafların duruşma sonrası dilekçeleri 18 Kasım 2009 tarihinde sunuldu.

25. 2 Aralık 2009 tarihinde taraflar, kendi masraf raporlarını teslim ettiler.

---

<sup>3</sup> Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (189/17-18) tarihli Tutanağı.

<sup>4</sup> Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (190/22-23) tarihli Tutanağı.

<sup>5</sup> Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (210/2-11) tarihli Tutanağı.

<sup>6</sup> Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (197/8-12) tarihli Tutanağı.

<sup>7</sup> Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (2001/11-16) tarihli Tutanağı.

<sup>8</sup> Yetkiye İlişkin Duruşmanın 6 Ekim 2009 (210/13-23) tarihli Tutanağı.



26. 11 Kasım 2009 tarihinde, Davalı, ICSID tarafından görülen diğer bir dava sırasında Uzan'ın beyan etmiş olduğu tanık ifadesini göstererek, Uzan'ın heyet karşısında ifadesinin alınması konusunu tekrar açtı. Aynı tarihli mektupta Davalı, bu talebe itiraz etmedi.

27. Davacı'nın, Uzan'ın bu yargılamada yetkiye ilişkin duruşmanın sonunda tanıklık yapmaya çağırılması taleplerini dikkatlice inceledikten sonra, Heyet yetkiye ilişkin duruşma sonunda (i) Uzan'ın yazılı ifadelerinin kayıtlarda tutulmasına, (ii) Ne Davalı ne de Heyet'in Uzan'a sorusu olmadığına karar verildi. Heyet taraflara, davanın maddi ve hukuki zeminini açıklamak için duruşma sonrası bildiriler yoluyla ek bir fırsat vermiş olduğunu hatırlattı. Bu belirtilenler ışığında mahkeme, Davacı'nın talebini reddetmeye karar verdi. Bu karar 17 Aralık 2009 tarihinde taraflara bildirildi.

#### IV. MADDİ VAKIALAR

28. Taraflar arasındaki ihtilafın altında yatan olaylar Türkiye'de tanınmış bir aile olan Uzanlar'a karşı açılan çeşitli soruşturmalar ve davalardır. Uzanlar Türkiye'de bankacılık, elektrik, televizyon ve telekomünikasyon gibi çeşitli sektörlerde büyük şirketlere sahipti. Bu soruşturma ve davalar Uzan'a ait çeşitli varlıkların Türk yetkililer tarafından doğrudan veya dolaylı olarak satışıyla sonuçlandı. Türk vatandaşı olan Kemal Uzan, Cem Uzan ve Hakan Uzan'ın ICSID Sözleşmesi ve İYA kapsamında Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı bir hak iddia edemeyecekleri açıktır.

29. Mevcut ihtilafın odak noktası özellikle üzerinde haciz olan Telsim varlıklarının Türk yetkililer tarafından satışidir. Telsim 1993 yılında Türk hukukuna göre kurulmuş ve 10 milyon abonesiyle Türkiye'nin en büyük ikinci cep telefon operatörü haline gelmiştir. Telsim hisselerinin 23 Mart 2003 tarihine kadar %67'sine Standard Telekomünikasyon Bilgisayar Hizmetleri AŞ. ("Standart Telekom") adına Uzanlar tarafından sahip olunduğu tartışmasıdır.

30. Davacı, 3 Temmuz 2003 tarihinde, Telsim hisselerinin %66,96'sının yasal sahibi olduğunu; bunun kendisinin Türkiye'deki yatırımlarını oluşturduğunu, Temmuz 2003 tarihinde Davalı'nın, Davacı'nın Telsim'deki hisselerinin kamulaştırılması ve üçüncü kişiye satılmasına yönelik eylemlere başladığını ileri sürdü.

31. Davacı, Davalı'nın şirketi tasfiye ettiği ve "Şubat 2004 ve Aralık 2005 tarihleri arasında *Telsim'i* kötü yönettiğini ve *hisselerinin değerini büyük ölçüde kaybettiğini*" ileri sürmüştür.<sup>9</sup> Ayrıca Aralık 2005 tarihinde Telsim varlıklarının "*rekabete açık olmayan*" bir ihale süreci ile ve "*değerinin çok altında*" satılmasına

---

<sup>9</sup> Davacı'nın 6 Haziran 2007 tarihli Tahkime Başvuru Dilekçesi, 21 ve 35. paragrafları.

neden olduğunu bunun “Türkiye’nin şirket satılana kadar geçen süre içinde kötü yönetim”ni gösterdiğini iddia etmiştir.<sup>10</sup> Davacı’ya göre, Telsim’in üçüncü kişilere satılmasından sonra, Türk yetkililerden yatırımlarının kaybı için herhangi bir tazminat (ödeme) almadığını beyan etti.

32. Davacı Türkiye’nin eylemlerinin, İYA’daki taahhütlerini ihlal ettiğini belirtmektedir. Davacı, Davalı’nın şu yükümlülükleri ihlal ettiğini iddia etmektedir;

- i. İYA 5. maddesine göre adil bir tazminatı ödemediği davacıyı yatırımdan yoksun bırakmama yükümlüğü,
- ii. İYA 4. maddesine göre, yatırımından kaynaklanan karlar, temettü, sermaye kazançları ve benzeri ödemeler ve yatırımının tümünün veya bir kısmının tasfiyesinden doğan hasılatı gereksiz bir gecikmeye meydan vermeksizin ödenmesi yükümlüğü,
- iii. İYA 3(1) maddesine göre, davacıya eşit ve adil muamele sağlama yükümlüğü,
- iv. İYA 3(1) maddesine göre, makul olmayan veya ayrımcı önlemler, işletme, yönetim, bakım, kullanım, yararlanma, satış veya tasfiye bakımından zarar vermeme yükümlüğü,
- v. İYA 3(2) maddesine göre, Davacı’nın yatırımları bakımından tam güvenlik ve koruma sağlama yükümlüğü,
- vi. İYA m. 2(1)’e göre, Davacı’nın Türkiye’deki yatırımlarını ekonomik işbirliği ile destekleme yükümlüğü.

33. Davalı, mevcut anlaşmazlığın “Uzan ailesinin üyeleri ve onlar tarafından kontrol edilen kişiler tarafından işlenen, Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en büyük bankacılık dolandırıcılığı” olduğunu savunmaktadır.<sup>11</sup> Davalı’ya göre 2001-2002 yıllarında, Nokia ve Motorola Credit şirketleri Uzan ailesine ve onlar tarafından kontrol edilen birkaç şirkete karşı ABD New York Güney Bölgesi Bölge Mahkemesine dolandırıcılık ve RICO (Şantajcı ve Yozlaşmış Örgütler Kanunu) suçlamasıyla ve borç verdikleri paraların geri alınması talebiyle dava açtığında, “Uzan grubunun hileli düzenleri gün yüzüne çıkarılmıştır”.<sup>12</sup> Davalı, mahkemenin 31 Temmuz 2003 tarihinde Uzanlar’ın ve Uzanlar’ın sahip olduğu bir dizi şirketin dolandırıcılık yaptığını ve onları müştereken ve müteselsilen sorumlu tuttuğunu vurguladı.

---

<sup>10</sup> Davacı’nın 6 Haziran 2007 tarihli Tahkime Başvuru Dilekçesi, 23. Paragraf.

<sup>11</sup> Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı, paragraf 5.

<sup>12</sup> Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı, paragraf 6.

34. Davalı, bu yargılamanın ardından “Uzan Grubunun finansal işlemlerinde usulsüzlük olduğu”nun ortaya çıkarıldığını ileri sürdü.<sup>13</sup> 2003 Haziran ayında yürütülen bir soruşturmada “Uzan Ailesinin İmar Bankası vasıtasıyla komplike bir çift defter tutma sistemi ile 6 Milyar ABD doları tutarındaki tasarruf mevduatını gizlediği ve yönlendirdiği belirlendi. Zimmete geçirilen fonlar Uzan Grubu içinde İmar Bankası hissedarları olan şirketlerde gizlenmişti”.<sup>14</sup> Davalı ayrıca “Uzan Grubu içinde Telsim’i de kapsayan, daha fazla mali usulsüzlükler tespit edildiğini ileri sürdü”.<sup>15</sup> Bu sebep, yetkililerin “Telsimin işletilmesindeki ve hesaplarındaki kayıpları telafi etmek”<sup>16</sup> için Telsim’in tasfiye edilmesi kararı vermesine ve “yaptıkları usulsüzlükler sonucunda Uzanlar’ın oluşturduğu borcun bir kısmını tazmin edebilmek için”<sup>17</sup> Telsim’in varlıklarının üçüncü kişiye toplu satışına yol açtığını bildirdi.

35. Benzer doğrultuda, 2003’ten bu yana, Türkiye içinde, Uzan ailesinin üyelerine karşı zimmete para geçirme ve kara para aklama, dolandırıcılık benzeri bir takım cezai işlem yapılmıştır.

36. Davalı’nın Telsim’in mal varlıklarının satışı ile ilgili yaptığı işlemler nitelik olarak taraflar arasında olduğundan, Tahkim Heyeti’nin yetkisi dışında olan bu sorulara değinmesine gerek yoktur. Ancak, Telsim’in üçüncü kişiye satışına neden olan olayların kronolojisi Merkez’in ve Tahkim Heyeti’nin yetkisiyle ilgilidir.

37. Aşağıdaki olaylar, Davacı tarafından sahip olunduğu iddia edilen varlıkların Türk makamları tarafından satışına neden olmuştur;

- a) 10-27 Şubat 2003 tarihinde, Türk makamları, Uzan ailesi tarafından tutulan bazı şirketlerin işlemlerini sorgulamıştır. Ancak, bu bildirimlerde Telsim veya Standart Telekom’dan hiç bahsedilmemiştir.<sup>18</sup>
- b) 2003 yılının Haziran ayında, Türkiye Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (“BDDK”) Uzan ailesi tarafından sahip olunan İmar Bankası T.A.Ş. hakkında soruşturma açmıştır.
- c) Bu soruşturmayı takiben 3 Temmuz 2003 tarihinde, BDDK İmar Bankası bankacılık lisansını iptal etmiştir.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı, paragraf 11.

<sup>14</sup> Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı.

<sup>15</sup> Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı, paragraf 11.

<sup>16</sup> Davalı’nın 24 Haziran 2008 Duruşma Öncesi Yetki İtirazı.

<sup>17</sup> Davalı’nın 30 Nisan 2009 tarihli Yetki hakkındaki Cevabı, paragraf 51.

<sup>18</sup> Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, Çukurova Elektrik’e Resmi İhbarı (10 Şubat 2003), Delil R-27; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, Kepez Elektrik’e Resmi İhbarı (10 Şubat 2003), Delil R-28; ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, Çukurova Elektrik’e Cevabı (27 Şubat 2003), Delil R-29.

<sup>19</sup> BDDK 1085 No’lu Kararı, Delil C-8.

- d) Hemen ardından, 4 Temmuz 2003 tarihinde, TMSF İmar Bankası'nın yönetim ve kontrolünü ele almak, Uzan ailesinin üyeleri de dahil olmak üzere yönetim kurulu üyeleri ve hâkim pay sahiplerinin alacaklarını dondurmak için Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde tedbir kararı almıştır.<sup>20</sup> Bu kararda açıkça Telsim veya Standart Telekom'dan bahsedilmemiştir.
- e) 31 Temmuz 2003 tarihinde, ABD New York Güney Bölgesi Bölge Mahkemesi Uzanlar'ın ve Standart Telekom dahil Uzanlar'ın elinde şirketleri dolandırıcılık suçundan müştereken ve müteselsilen sorumlu tutarak arama kararı vermiştir.<sup>21</sup>
- f) 14 ve 26 Ağustos 2003 tarihlerinde TMSF Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nden İmar Bankası'nın eski yetkili imzacıları, hissedarları ve yöneticilerinin mal varlıklarına ilişkin iki adet tedbir kararı almıştır.<sup>22</sup> 26 Ağustos 2003 tarihinde alınmış ikinci tedbir kararında açıkça Telsim ve Standard Telekom belirtilmiştir.
- g) 13 Şubat 2004 tarihinde TMSF tarafından Telsim'in müdürü atanmış ve temettü gelirlerini elde etme haklarına hanel gelmeksizin, Telsim payları ile bağlantılı haklar hacz edilmiştir.<sup>23</sup>
- h) 13 Aralık 2005 tarihinde TMSF Telsim'in mal varlığının büyük bir bölümünü yaklaşık 4.5 Milyar ABD Doları'na Vodafone'a satmıştır.<sup>24</sup> Bu satım 25 Mayıs 2006 tarihinde sonuçlandırılmıştır.

38. Davacı 3 Temmuz 2003 tarihinde iktisap ettiği Telsim'in yaklaşık %67 hissesinin yasal sahibi olduğunu iddia etmektedir. Davacı'nın bu hisselerle sahip olma iddiası hem hukuki niteliği hem de durum itibarıyla Davalı tarafından kabul edilmemektedir. Davalı; Fakes'in Telsim'deki hisselerle sahip olduğunu belirttiği tarihin, Türk makamlarınca Telsim hisselerinin dondurulması ve ardından Telsim'in mal varlığının satışı tarihleriyle açıkça aynı zamana denk geldiğini belirtmiştir.

39. Davacı'nın iddia ettiği gibi Telsim hisselerine sahip olup olmadığı hususu kapsamlı bir şekilde taraflar arasında tartışıldı.

---

<sup>20</sup> Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi 4 Temmuz 2003 kararı, Delil R-3.

<sup>21</sup> Motorola ve Nokia Şirketleri – Kemal Uzan ve diğerleri, New York Güney Bölgesi 2003, 274 F.Supp.2d 481, Delil R-2.

<sup>22</sup> 14 Ağustos 2003 tarihli 2003/426 Sayılı Şişli Mahkeme Kararı, Delil R-4; 26 Ağustos 2003 tarihli 2003/442 Sayılı Şişli Mahkeme Kararı, Delil R-5. Her iki karar da aynı zamanda Delil C-3 olarak sunulmuştur.

<sup>23</sup> Delil C-11.

<sup>24</sup> Delil C-6 ve C-7.

40. Davacı ise sonraki beyanlarında şunları sunmuştur:

- a) 2 Ocak 2003 tarihinde Telsim yönetim kurulu, Standard Telekom'un isteği üzerine, Standard Telekom'un Telsim'deki paylarını temsil eden bir "Müsaade Belgesi"nin çıkarılmasına izin verilmesine ilişkin bir karar yayınlamıştır.<sup>25</sup>
- b) 10 Şubat 2003 tarihinde, verilen bu karar sonucunda Telsim, Standard Telekom'a "ileride çıkarılacak hisse senetleriyle değiştirilmek üzere" şeklinde 32 geçici hisse senedi çıkarmıştır.<sup>26</sup>
- c) 14 Şubat 2003 tarihinde Standard Telekom Yönetim Kurulu, Hakan Uzan'ın Standard Telekom'un Telsim'deki hisselerini satması (pazarlık yapması ve satım sözleşmesinin imzalanması) ve bu satım sözleşmeleriyle ilgili bütün işlemleri yapabilmesi için yetkilendiren bir karar almıştır.<sup>27</sup>
- d) 28 Mart ve 2 Nisan 2003 tarihleri arasında Standard Telekom, Telsim'deki şirket paylarını temsilen 32 geçici hisse senedini Masoud International Trading Establishment ("Masoud")'a<sup>28</sup> (Ürdün vatandaşı olan Nasser Masoud tarafından ve Ürdün'de kurulan bir şirket) göndermiştir.
- e) 2003 yılının Nisan ayı sonlarında Fakes'e, Sinan Ghosheh (Amman'da muhasebe ve finans danışmanı) tarafından, "Telsim ile ilgili muhtemel bir ticari yatırım"a ilişkin bir teklifte bulunulmuştur.<sup>29</sup> Bu teklif Davacı'ya; "Ghosheh'in Uzan'la birlikte, Hakan Uzan'ın intifa hakkı sahibi olduğu [Telsim] hisselerinin bir üçüncü kişinin yasal sahibi olabileceği bir yapı oluşturduğu" şeklinde açıklanmıştır.<sup>30</sup> Davacı, Ghosheh ile yaptığı görüşmeler esnasında Masoud'un Telsim hisselerinin yaklaşık %67'sinin yasal sahibi olduğunu ve teklifin, kendisinin Masoud'dan bu hisseleri mülkiyet sahibi olarak satın alması şeklinde olduğunu anlamıştır. Davacı bu teklifi kabul ettiğini iddia etmektedir.
- f) 30 Haziran ve 1-2 Temmuz 2003 tarihlerinde Davacı ve Masoud, "Satıcının Telsim'deki hisselerinin devrine" ilişkin 10 tane; alım, devir, hakların devri ve hisselerin satımı sözleşmeleri imzalamışlardır ("Masoud - Fakes Sözleşmeleri").<sup>31</sup> Bu sözleşmeleri takiben, Masoud Telsim hisselerinin %66,96'sını sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte, 3.800 ABD Doları

---

<sup>25</sup> 2 Ocak 2003 tarihli Telsim Yönetim Kurulu Kararı, Delil C-49.

<sup>26</sup> Kayıtlı Geçici Hisse Senetleri, Delil C-25 ve C-38.

<sup>27</sup> 14 Şubat 2003 tarihli Standard Telekom Yönetim Kurulu Kararı, Delil C-53.

<sup>28</sup> Kayıtlı Geçici Hisse Senetleri, Delil C-25.

<sup>29</sup> Fakes'in Tanık Beyanı I, paragraf 9.

<sup>30</sup> Fakes'in Tanık Beyanı I, paragraf 10.

<sup>31</sup> Fakes ve Masoud arasında akdedilen Hisse Alımı Sözleşmeleri, Delil C-24.

ödemesi ve sözleşmede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde ise 17.668.000 ABD Doları'nın muaccel hale geleceği şartıyla Davacı'ya devretmiştir. Davacı sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte ödenmesi gereken 3.800 ABD Doları'nın tamamını nakit olarak ödemiştir.<sup>32</sup>

- g) 3 Temmuz 2003 tarihinde, Masoud Davacı'ya Telsim hisselerinin %66,96'sını temsil eden 32 geçici hisse senedini ciro ve teslim etmiştir.<sup>33</sup> Bu hisselerin devrinden dolayı, Davacı Telsim hisselerinin %66,96'sının kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Ancak, Fakes ile Hakan Uzan arasında 2003 yılında yapılan sözlü anlaşmaya göre ise, Hakan Uzan halen bu hisselerin intifa hakkı sahibi olmaya devam etmiştir.<sup>34</sup>
- h) 15 Temmuz 2003 tarihinde Davacı Telsim'den, Telsim'in "şirket kayıtları ile yeni ortak yapısını kaydetmek için bütün yükümlülükleri üstlendiğini" ve Fakes'in şirketin kayıtlarına göre Telsim'in bir hissedarı olduğunu belirten iki adet mektup almıştır.<sup>35</sup> İlk mektup Hakan Uzan tarafından Telsim'in CEO'su (genel müdürü) sıfatıyla imzalanmıştır ve ikinci mektup sadece "şirket hissedar hizmetleri adına" imzalanmıştır.

41. Davacı 3 Temmuz 2003 tarihinden itibaren Telsim hisselerinin %66,96'sının yasal sahibi olduğunu iddia etmektedir. Bu 15 Temmuz 2003 tarihli iki mektup saklı kalmak kaydıyla, o tarihten itibaren Telsim'in hissedar toplantılarının hiçbirine davet edilmediğini ve Telsim'den hiç bildirim almadığını ikrar etmektedir.

42. Telsim hisselerinin satımı ve şirketin haczine sebep olan olaylar hakkında; Davacı, gelişmeleri takip ederken, Ghosheh tarafından "*olaylara dâhil olmaması... ve Uzanlar ile Türkiye arasındaki sorunlar çözülene kadar beklemesi gerektiğinin*" kendisine tavsiye edildiğini belirtmektedir.<sup>36</sup> Davacı da bu tavsiyeye uyduğunu ve Telsim'in mal varlıklarının Vodafone'a satışı sonuçlanana kadar 2003 Temmuz ve 2006 Mayıs tarihleri arasında, Telsim'de sahip olduğunu iddia ettiği hisselerini güvence altına almak için hiçbir şey yapmadığını belirtmektedir. Bilhassa bu süreç sırasında Davacı, Telsim'in satışı ile şirkette sahibi bulunduğu %67'lik hissesine ilişkin hakkının zedeleneceğini bildirmek üzere Türk yetkilileri ile hiçbir bağlantıya geçmemiştir.

---

<sup>32</sup> Fakes'in Tanık Beyanı II, paragraf 9.

<sup>33</sup> Fakes ve Masoud arasında akdedilen Hisse Alımı Sözleşmeleri, Delil C-24.

<sup>34</sup> Fakes'in Tanık Beyanı II, paragraf 5. Yetkiye İlişkin Duruşmada Fakes'in ifadeleri doğrultusunda, Uzan ve kendisi arasındaki sözlü anlaşma Masoud-Fakes Sözleşmesinden öncesinde yapılmıştır (5 Ekim 2009 tarihli Yetkiye İlişkin Duruşma Tutanağı'na bakınız, 103/16/18).

<sup>35</sup> 15 Temmuz 2003 tarihli Telsim'den Saba Fakes'e gönderilen mektuplar, Delil C-26.

<sup>36</sup> Fakes'in Tanık Beyanı I, paragraf 24.

43. Ancak, Telsim mallarının Vodafone'a satışından sonra Telsim'de sahip olduğu hisseleriyle ilgili olası seçenekleri hakkında Ghosheh'e danıştığını belirtmektedir. Davacı ve Ghosheh tarafından yapılan araştırmalara göre, Davacı, Davalı Türkiye'ye karşı Hollanda-Türkiye İYA'ya dayanarak dava açabileceğini anladığını söylemektedir.<sup>37</sup> 14 Mart 2007 tarihinde Davacı Türkiye'ye gönderdiği ihtar mektubunda Telsim'deki yatırımının kamulaştırılması sebebiyle 19 Milyar ABD Doları'na kadar tazminat ödemesini istemiştir.

44. Davalı taraf ise Fakes'in iddiasının "*art niyetli ve anlamsız*" olduğunu ve kendisinin Türkiye'de "yatırım yapan" bir "yatırımcı" olarak nitelenemeyeceğini bildirmiştir. Davalı, "*Fakes'in, kanıtlanmış dolandırıcılık ve suç faaliyetleri dolayısıyla tüm mal varlığına Türkiye tarafından tedbir konulmuş ve kendi haklarına ilişkin iddialarıyla ilgili ICSID'e başvuramayacak bir aile olan Uzanlar'ın, ICSID'i yetkili kılmak amacıyla kullandığı bir piyon olduğunu bildirmiştir.*"<sup>38</sup>

45. Davalı'ya göre; Davacı, Telsim'de sahibi olduğunu iddia ettiği hisselerle dair yeterli delil gösterememiştir. Davalı, davacı tarafından sunulan bu delillerin uyumsuzluktaki söz konusu gerçeklerle eşzamanlı olup olmadığını sorgulamaktadır. Özellikle, Davalı yalnızca bir kişinin, Hakan Uzan'ın, geçici hisse senetlerinde imzası bulunduğunu, ancak Türk kanunları gereğince bunların iki imzalı olmaları gerektiğini belirtmektedir. Aynı şekilde, Telsim tarafından 15 Temmuz 2003 tarihinde Davacı'ya gönderilen iki mektupta da ikinci imza yoktur ve bunlar İngilizce yazılmış ve referans numarası verilmemiştir, ancak Telsim'in mektuplarının Türkçe hazırlanması ve arşivlenmesi için referans numarası verilmesi âdettendir.

46. Davalı tarafından üzerinde durulan bir diğer konu ise, Davacı'nın Telsim'in hisselerinin iktisabının zamanlamasıdır, "yürürlük tarihi" olarak belirtilen 3 Temmuz 2003'ün İmar Bankası'nın ruhsatının iptali ile Uzanlar'ın ellerinde bulunan mal varlıklarına el konulmasının tam da öncesine denk gelmesidir.

47. Ayrıca Davalı, Fakes'in Telsim'deki hissedarlığının Telsim kayıtlarına hiç geçmediğini bildirmektedir. Aksine, Ağustos 2003'te; yani Davacı tarafından uyumsuzluk konusu olan bu hisselerin iktisabının gerçekleşmesinden sonra, bu hisseler Standard Telekom ve Uzan ailesi üyeleri adına kayıtlı gözükmektedir.

48. Davalı, iddialarını desteklemek üzere, 14 ve 20 Ağustos 2003 tarihlerinde Telsim tarafından Türk Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderilen iki mektubu göstermektedir. Kurumun sorusuna verilen cevapta: 20 Ağustos

---

<sup>37</sup> Fakes'in Tanık Beyanı I, paragraf 27-28.

<sup>38</sup> 24 Haziran 2008 tarihli Davalı'nın Duruşma Öncesi Yetki İtirazları, paragraf 3.

2003'e kadar "Telsim'de yapılan bütün hisse devirlerinin grup şirketlerine olduğu ve bunların hepsinin %10 sınırının altında olduğu" belirtilmiştir.<sup>39</sup>

49. Davalı ayrıca şu konulara da dikkat çekmiştir: Davacı'nın Telsim'deki hisseleri iktisabıyla, bu hisselerin sahibi olduğu iddiasını ortaya atması arasında dört yıl geçmiştir; Uzanlar tarafından yapılan girişimlerde belirli mal varlıkları geçmişe etkili olarak üçüncü şahıslara devredilmiştir; Davacı ciddi bir yatırımcı sıfatında olması gereken güvenilir profilden uzaktır; ve Uzan, Masoud ve Fakes arasındaki anlaşmaların yapılmasına dahil olan Ghosheh, Masoud ve Harbawi'ye karşı Ürdün'de açılmış pek çok dava bulunmaktadır.

50. Davalı cevaplarını, "Fakes'in iddialarını Uzanlar adına ortaya atmakta olan, özünde bir "kukla" hissedar olarak hareket ettiğini"<sup>40</sup> ve Merkez'in ve Heyet'in Davacı'nın davasına bakmaya yetkili olmadığını bildirerek sonuçlandırdı.

## V. YETKİYE İLİŞKİN KONULAR

51. Davalı'nın yetkiye ilişkin itirazları aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- Davacı Hollanda-Türkiye İYA m. 1(a)(i) ve ICSID Sözleşmesi m. 25(2) (a) uyarınca yatırımcı olarak kabul edilebilmesi için gereken Hollanda vatandaşlığı, etkin (efektif, sıkı ilişkisinin bulunduğu) vatandaşlığı değildir.
- Davacı ICSID Sözleşmesi m.25(1) ve İYA m.1 anlamında yatırım yapmamıştır. Davacı en fazla kendisine verilen üçüncü kişiler adına -Uzan ailesi adına- hak talebinde bulunma görevini yapmaktadır ve milletlerarası hukukun genel ilkeleri uyarınca yasak olan, lehine olan sözleşmeyi seçme (treaty shopping) yoluna giderek bir hak iddia etmektedir.
- Davacı'nın sözde yatırımları Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını ve yönetmeliklerini ihlal ettiğinden ve İYA 2 ve 2(1) maddeleri uyarınca korunan yatırımlardan değildir.

52. Davalı ayrıca, Davacı'nın İYA m. 8(2) uyarınca uyumsuzluğu öncelikle Türk mahkemeleri önüne getirme yükümlüğüne uymadığını ileri sürmüştür. Ancak, bu itirazını 30 Nisan 2009 tarihindeki cevabında geri almıştır. Bu nedenle, Heyet'in bu konuyu ele almasına gerek kalmamıştır.

---

<sup>39</sup> Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 2083, (20 Ağustos 2003), Delil R-34; Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 1987, (14 Ağustos 2003), Delil R-76.

<sup>40</sup> 24 Haziran 2008 tarihli Davalı'nın Duruşma Öncesi Yetki İtirazları, paragraf 15.



53. Heyet, Davalı'nın yetkiye ilişkin itirazlarını aşağıda sırayla ele alacaktır. Son olarak, Heyet tarafların yargılama giderlerinin paylaşılması konusunda karar verecektir.

#### **A. Davacı ICSID m. 25(2)(a) ve Hollanda-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması m. 1(a)(i) Uyarınca Öngörülen Vatandaşlık Şartını Karşılıyor Mu?**

##### **1. Tarafların Görüşleri**

54. Davalı, Davacı'nın hem Ürdün hem de Hollanda vatandaşlığına sahip olduğunu kabul etmektedir.<sup>41</sup> Ancak Davalı, İYA uyarınca ICSID tahkimine başvurmak için sadece Hollanda vatandaşlığına sahip olmanın yeterli olmadığını belirtmektedir. Bu vatandaşlığın etkin vatandaşlık olması da gerekmektedir. Davalı, ICJ'in (Uluslararası Adalet Divanı) *Nottebohm* kararında belirlenen etkin vatandaşlık testinin herhangi bir mahkeme (forum) ile sınırlandırılmayan bir devletler hukuku kuralı olduğunu belirtmiştir. Davalı, Davacı'nın Hollanda vatandaşlığının etkin vatandaşlığı olduğuyla ilgili herhangi bir delil sunmadığını belirtmiştir. Aksine, Heyete sunulan delillerin Davacı'nın etkin vatandaşlığının Ürdün vatandaşlığı olduğuna işaret ettiğini ve bunun İYA hükümlerine dayanmasına engel oluşturduğunu iddia etmektedir.

55. Davacı ICSID tahkimi bağlamında etkin vatandaşlığını tartışmanın gereksiz olduğunu ileri sürmektedir. Davacı çifte vatandaş olmasının Davalı devletin vatandaşlığını ilgilendirmediğini belirtmektedir. Bu bağlamda İYA m 1(a)(i) anlamında taraf devletin vatandaşıdır ve ev sahibi devletin vatandaşı değildir, Davacı hem İYA hem ICSID Sözleşmesine göre yatırımcıdır. Dahası Davacı Hollanda vatandaşlığının etkin olmadığı görüşüne karşı çıkmakta ve Hollanda'yla mühim bağlantıları olduğunu ileri sürmektedir. Davacı her zaman Hollanda vatandaşlığı ile yakın ilişkide olduğunu (Hollandalı anneden ve Ürdünlü babadan doğmuştur, Davacı 8 yaşındayken babası Hollanda vatandaşlığını kazanmıştır), ve Hollanda vatandaşlığını etkin olarak kullandığını belirtmiştir.

##### **2. Heyet'in Kararı**

56. Tarafların iddialarını ve Prof. Dolzer'in uzman görüşünün, Davacı'nın çifte vatandaşlığının Heyet'in bu yargılamadaki yetkisine etkisi ile ilgili kısımlarını inceledikten sonra; Davalı'nın, Davacı'nın Hollanda vatandaşlığının

---

<sup>41</sup> Davalı, Davacı'nın Hollanda vatandaşlığını taşımadığını ileri sürmüştür, ancak sonradan bu iddiasını geri çekmiştir ve Davacı'nın Hollanda vatandaşlığına sahip olduğunu kabul etmiştir. Davacı'nın bu vatandaşlığının geçerli vatandaşlığı olmadığı üzerinde durmuştur. "*Davalı Davacı'nın Hollanda vatandaşlığını ispatladığını kabul etmektedir ancak bu vatandaşlığının etkin vatandaşlığı olmadığına dayanarak yetki itirazını sürdürmektedir*" (Davalı'nın 31 Ağustos 2009 tarihli, Yargılama Yetkisine İlişkin Cevaba Cevabı, paragraf 269).

etkin olmaması nedeniyle davasını Heyet'in göremeyeceği görüşünü kabul etmemiştir.<sup>42</sup>

57. Heyet'in *ratione personae* (kişi bakımından) yetkisi anlamında ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(a) ve İYA m. 1(a)(i) mevcut davayla ilgili dikkate alınacak hükümlerdir. Heyet sırası gelince bu hükümleri inceleyecektir.

58. ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(a)'ya göre "*diğer bir Âkit Devletin vatandaşı*";

*"Ev sahibi devletten başka bir Âkit devletin vatandaşlığına sahip, uyumsuzluğun uzlaştırma veya tahkime gitmeye muvafakat verdikleri tarihte ve talebin 28. maddenin 3. paragrafına veya 26. maddenin 3. paragrafına göre kaydedildiği tarihte ev sahibi devletin vatandaşı olmayan, bir gerçek kişi"* anlamındadır.

59. ICSID Sözleşmesi'nin m. 25(2)(a) lafzı, ev sahibi devletin vatandaşlığına sahip herhangi bir gerçek kişiyi, Merkez'in yetkisinin açıkça dışında tutmaktadır. Bu, yatırımcının "*aynı zamanda*" başka bir âkit devletin vatandaşlığına sahip olması halinde de uygulanır. Yönetim Kurulu raporunda da vurgulandığı gibi "*bu durum kesindir hatta ev sahibi Devlet uyumsuzluğun görülmesine muvafakat verse bile değiştirilemez*".<sup>43</sup>

60. Aron Broches tarafından belirtilen, m. 25(2)(a)'daki vatandaşlık koşulu, bir olumlu ve bir olumsuz iki şarttan oluşmaktadır; "*Olumsuz şart; Kişi uyumsuzluğa düştüğü devletin vatandaşı olamaz. Olumlu şart ise; Sözleşmeye taraf olan bir devletin vatandaşı olmalıdır*."<sup>44</sup>

61. Merkez'in, ev sahibi devletin vatandaşı da olan gerçek kişi çifte vatandaşları açıkça yetki dışı bırakması, sözleşmeyi kaleme alanlar tarafından konulmuş tek yetki sınırlandırmasıdır. Heyet'in görüşü, bu sınırın ev sahibi Devlet vatandaşlığının etkinliğini konu almadığı açıktır. Hatta, Âkit taraflar ICSID Sözleşmesi 25. maddesi anlamında yatırımcının vatandaşlığının etkinliğine herhangi bir atıf yapmaktan

<sup>42</sup> Davalı'nın iddiasının aksine Heyet Ön Sorunlar hakkındaki Kararında ICSID Sözleşmesi çerçevesinde etkin vatandaşlık testini kabul etmemiştir. Davacı'nın etkin vatandaşlığı konusunda herhangi bir karara da varmamıştır. Ön Sorunlar hakkındaki Kararın 23. paragrafında, Heyet bu konuda Tarafların görüşlerine atıf yapmış ve karar vermeden önce konu hakkında bilgilendirme talep etmiştir: "*Davacı'nın 'Hollanda ile sıkı bağlantısının bulunduğu' savunması, Davalı'nın Fakes'in etkin vatandaşlığı ile ilgili itirazını karşılamaya yetmemektedir, bu bağlamda Davalı, Fakes'in Hollanda-Türkiye İYA m. 1(a) ve ICSID Sözleşmesi m. 25(2)'ye göre yatırımcı sıfatı olmadığını iddia etmeye devam etmektedir. Heyet'in Davalı'nın yetkiye ilişkin Davacı'nın Hollanda-Türkiye İYA ve ICSID Sözleşmesi anlamında yatırımcı olmadığı itirazı ile ilgili herhangi bir karar vermeden Tarafların konuya ilişkin bilgilendirme yapması gerekmektedir.*"

<sup>43</sup> Devletler ve Başka Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyumsuzluklarının Çözümü Hakkındaki Konvansiyon Hakkında Yönetim Kurulu Raporu, paragraf 29.

<sup>44</sup> A. Broches, *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers (1995), s. 202, Delil C-66.

kaçınmışlardır.<sup>45</sup>

62. Öte yandan, ICSID Sözleşmesi'ne Âkit taraflar çifte vatandaşların iddialarını (davalarını) buradaki gibi (*per se*); (i) en az bir Âkit devletin vatandaşlığına sahip olmaları ve (ii) ev sahibi devletin vatandaşı olmamaları durumunda, kabul etmiştir. Olayımızda, Davacı ICSID'e taraf olan bir devletin (Hollanda) vatandaşlığına sahiptir ve ev sahibi devletin vatandaşı değildir.

63. ICSID Sözleşmesini kaleme alanlar, ev sahibi Devletin vatandaşlığına sahip olmayan çifte vatandaşların (örneğin ev sahibi devlet dışında iki Âkit devletin vatandaşlığına sahip olması veya ev sahibi devlet dışında bir Âkit devlet ve taraf olmayan bir başka devletin vatandaşlığının olması), ICSID'e başvurmasını vatandaşlıklarının etkinliğine bağlamamıştır.<sup>46</sup>

64. Benzer şekilde, İYA lafzı da, Âkit Devletlerin İYA bağlamında vatandaşlığın etkinliğine bakılmasına fırsat vermemektedir. İYA m. 1(a)(i) uyarınca, “*yatırımcı*: (i) Bir Âkit Devletin, kanunlarına göre vatandaşı olan gerçek kişi” anlamına gelmektedir. Bu tanımdan, yatırımcının vatandaşlığının etkinliğinin onun ev sahibi devlete karşı İYA'ya dayanarak bir dava açması için gerekli olmadığı sonucu çıkmaktadır. Heyet, İsveç-Romanya İYA ile ilgili benzer bir davada “*açık tanım ve İYA hükümlerince belirlenen düzenleme dikkate alınmalıdır, aksi halde bu İYA'nın gayrimeşru bir şekilde değiştirilmesi anlamına gelecektir*”<sup>47</sup> kararını veren Micula Heyetiyle aynı kanaattedir. Bundan yola çıkarak, Micula Heyeti Davalı Devletin “*Davacı'nın İsveç vatandaşlığını İsveç'le sözde belli belirsiz olan ilişkileri nedeniyle Romanya'ya karşı ileri süremeyeceği*”<sup>48</sup> iddiasını reddetmiştir.

65. İYA'ya göre çifte vatandaşlar İYA koruması dışında bırakılmamaktadır, bu nedenle Fakes, Ürdün vatandaşlığına bakılmaksızın Hollanda vatandaşı olarak Türkiye'ye karşı davasını açabilir.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Bkz. *Victor Pey Casado et Foundation Presidente Allende v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 8 Mayıs 2008, paragraf 241.

<sup>46</sup> Heyet bu konuda, görüşmeler esnasında Guatemalalı bir delegenin Sözleşmeye etkin vatandaşlık şartının dahil edilmesini önerdiğini fakat bu önerinin Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından Sözleşmeye eklenmediğini gözlemlemiştir (bkz. Prof. Dolzer'in Ek Uzman Görüşü, paragraf 46). Ayrıca bkz. *Victor Pey Casado et Foundation Presidente Allende v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 8 Mayıs 2008, paragraf 241.

<sup>47</sup> *Micula ve diğerleri v. Romanya* (ICSID Dava No. ARB/05/20), Yetki ve Kabul Edilebilirlik Hakkındaki Karar, 24 Eylül 2008, paragraf 101.

<sup>48</sup> *Micula ve diğerleri v. Romanya* (ICSID Dava No. ARB/05/20), Yetki ve Kabul Edilebilirlik Hakkındaki Karar, 24 Eylül 2008, paragraf 105.

<sup>49</sup> 2 Ekim 1991 tarihli Şili-İspanya İYA vatandaşlık şartına ilişkin olarak, benzer bir çözüm için bkz. *Victor Pey Casado et Foundation Presidente Allende v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 8 Mayıs 2008, paragraf 415: “İYA anlamındaki vatandaşlık şartını karşılamak için *Davacı'nın Ev Sahibi Devlet dışındaki Âkit Devlet vatandaşı olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Davacı'nın*

66. Davalı, Davacı'nın Hollanda vatandaşlığının etkinliğini "çifte vatandaşlık şartı"nı sağlamak için İYA m. 1(a) ve ICSID m. 25(2)(a) kapsamında kanıtlamak zorunda olduğunu iddia etmektedir.<sup>50</sup> Davalı, *Nottebohm* davası ve Iran-ABD Davaları Tahkim Heyeti'nin A/18 kararında belirlenen etkin vatandaşlık testinin koşullarını sağlaması gerektiğini ileri sürmektedir. Davalı'ya göre, benzer bir durumla karşılaşıldığında, önceki ICSID heyetleri bu testin uygulanmasını yatırımcı-Devlet tahkiminde göz ardı etmemişlerdir.

67. Heyet bu iddialara aşağıdaki nedenlerle katılmamaktadır.

68. İlk olarak, *Nottebohm* davasında vatandaşlığına sahip olunan Devlet ile "sıkı ilişki" şartı konulmuştur. Bu şart vatandaşlığına sahip oldukları Devletin açtığı davadaki vatandaşların diplomatik korunması bağlamında uygulanmıştır. Bu davadaki mesele çifte vatandaşlık ve bunun bir bireyin üçüncü bir devlete karşı davasını ileri sürme hakkı değil, bir Devletin, o devletle "sıkı ilişki" içinde olmayan bir bireye diplomatik koruma uygulayıp uygulayamayacağıdır.

69. Heyet, ICSID Sözleşmesi gibi yatırımların korunması ve gelişmesi için yapılan anlaşmaların, ev sahibi Devlete karşı uluslararası tahkime ayrı bir yol ile doğrudan başvurmayı sağladığını belirtti. ICSID Sözleşmesi m. 27(1) uyarınca, Âkit taraflar, Merkez himayesinde tahkime başvuran vatandaşlarına diplomatik koruma sağlama veya onlar adına uluslararası bir davayı ileri sürme haklarından feragat etmişlerdir. Diplomatik koruma bağlamında uluslararası teamül hukuku kuralları bu gibi yatırımcı-Devlet tahkimine uygulanmayacaktır. Prof. Dolzer'in de Uzman Görüşünde belirttiği gibi, "bir İYA'daki vatandaşlığa ilişkin şartlar, aynı kişiye vatandaşlık vermiş olan iki devlet arasında diplomatik koruma hakkına ilişkin, teamül hukuku kurallarına tabi olmaz".<sup>51</sup> Yine Davalı'nın kaynak gösterdiği Anthony C. Sinclair'in ICSID'in vatandaşlık şartları çalışmasında özetlediği gibi "ICSID içtihatlarında iki görüş arasında artmakta olan bir ayrım göze çarpmaktadır. Bir görüş ICSID yetkisinin amaçlarını önde tutarken (özellikle tarafların vatandaşlık konusunda belirli bir anlaşmaya vardığı durumlarda), diğer görüş ise diplomatik koruma sağlamak için davaların vatandaşlığını tespitite uygulanan kuralları önde tutmaktadır. Bu gerçek kişi veya şirketin doğrudan bir Devlete karşı uluslararası bir mahkemede (forumda) dava açma ehliyetini düzenleyen ve Devlet ve yatırımcıyı bağlayan bir karara varan, ICSID'in

---

*çifte vatandaş olması durumunda, diğer vatandaşlığının Ev Sahibi Devlet vatandaşlığı olması da dahil olmak üzere, İYA'da yer alan korumadan yararlanmasını engellemez"* (Heyet'in Çevirisi).

<sup>50</sup> Davalı'nın Yetki Hakkındaki 30 Nisan 2009 tarihli Cevabı, paragraf 244.

<sup>51</sup> Prof. Dr. Rudolf Dolzer'in Ek Uzman Görüşü, paragraf 39.

*temel yapısının açık bir göstergesidir. ICSID anlamında vatandaşlık; sadece gerçek kişinin Merkez'in yargılama yetkisine girmesi için kullanılır. Vatandaşlık bağının sadece bir formalite haline indirgendiği görülmektedir. Bu bağ sadece ICSID'in imkanlarının, bunu kullanmaya karar veren taraflarca kullanılıp kullanılmayacağını belirlemede dikkate alınır.”<sup>52</sup>*

70. Aynı nedenle Heyet, *Nottebohm* ve İran-ABD Tahkim Heyeti A/18 kararındaki etkin vatandaşlık testinin, İYA m. 1(a)(i)'nin açık hükmünü kaldırmayacağı kanaatindedir. Bu madde sadece İYA'nın vatandaşlık meselesiyle ilgilenen hükmüyle ilgilidir. Âkit taraflar *ratione personae* (kişi bakımından) yetki anlamında ek sınırlamalar getirmiş olsalardı, hiç şüphesiz bu sınırlamalara açıkça İYA metninde yer verirdi.

71. İkinci olarak, Davalı'nın dayandığı A/18 Kararı, Cezayir Deklarasyonları temel alınarak “*ABD vatandaşlarının İran'a karşı ve İran vatandaşlarının ABD'ye karşı olan davaları hakkında karar vermek*” amacıyla özel olarak kurulan İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti tarafından verilmiştir.<sup>53</sup> İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti kararları, A/18 kararı dahil, sadece, İran ile olan vatandaşlıkları baskın ve etkin olmayan çifte İran-ABD vatandaşlarının İran'a karşı davaları hakkında başvuruda bulunup bulunamayacakları konusuyla ilgilenmiştir. İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti bu tip davalara izin vermiş ve “*Cezayir Deklarasyonlarındaki 'vatandaş' ve 'vatandaşlar' tanımlarına yapılan atıflar aksine bir istisna açıkça belirtilmedikçe [Nottebohm'daki etkin vatandaşlık testi] kuralıyla uyumlu şekilde anlaşılmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, Heyet Cezayir Deklarasyonu metninde böyle açıkça ifade edilmiş bir istisna bulmamıştır.*” demiştir.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> A. Sinclair, “ICSID’s Nationality Requirement”, TJ Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law* (2008), s. 86-87, Delil R-97, alıntı A. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States” (1972) 136 *Recueil des Cours* 331, 349, C.F. Amerasinghe, “The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes” (1979) 19 *Indian J. Intl. L.*, 198, 203, Chairman’s Report on the Preliminary Draft of the Convention of 9 July 1964, Doc Z11, in *Documents Concerning the Origins and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Washington, D.C.: ICSID, 1968) Vol. II, 557, 579-582, ve A. Broches, in *Summary Record of Proceedings of the Consultative Meeting of Legal Experts 16-20 December 1963*, Doc Z7, in *Documents Concerning the Origins and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Washington, D.C.: ICSID, 1968) Vol. II, 236, 256.

<sup>53</sup> ABD Hükümeti-İran Hükümeti davalarının çözümü hakkında Cezayir Hükümetinin Deklarasyonu (Davaların Çözümü Deklarasyonu), 19 Ocak 1981, Madde II(1).

<sup>54</sup> Dava A/18, karar No. DEC 32-A18-FT, 6 Nisan 1984, 5 IUSCTR 251, 263 vd. İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti “İran'a karşı açılan ve İran-ABD çifte vatandaşlığına sahip olan vatandaşların, Davacı'nın vatandaşlığının hakkın ortaya çıktığı tarihten 19 Ocak 1981'e kadar ABD vatandaşlığının sıkı ilişkili ve etkin olması halinde, davalarını görmeye yetkili olduğu” kararını vermiştir.

72. Cezayir Deklarasyonlarının aksine, Heyet ICSID Sözleşmesinin vatandaşlıklardan birinin ev sahibi devlet vatandaşlığı olması halinde çifte vatandaşları, bu vatandaşlığın etkin olup olmamasına bakılmaksızın, yetki dışında tuttuğunu gözlemlemiştir. Heyete göre, bu yetki dışı tutma A/18 kararında belirlenen “açıkça belirtilme”nin bir istisnasıdır. Dolayısıyla, ICSID m. 25(2)(a)’yı hazırlayanlardan farklı bir çözümü benimseyen İran-ABD Davaları Tahkim Heyeti içtihat hukuku, ICSID tahkimi bağlamında uygulama alanı bulamaz.

73. Üçüncü olarak, Heyet, Davalı tarafından görüşünü desteklemek için atf yapılan hiçbir ICSID kararının “Davacı’nın durumu A/18 Kararında uygulanan etkin vatandaşlık testinin kabul edildiği ICSID içtihatlarıyla apaçık terstir”<sup>55</sup> savını desteklemediği fikrindedir. Aksine, Heyet önceki ICSID kararlarında, özellikle yatırımcı-Devlet tahkimi kapsamında etkin vatandaşlık testi uygulamasını yapmadığını belirtmiştir. Aslında önceki ICSID heyetleri *Nottebohm* ve A/18 Kararına yaptıkları atıflarda, ICSID Sözleşmesi kapsamında bu kararların uygulama alanı bulamayacağına hükmetmişlerdir. Özellikle *Siag* davasında çoğunluk “*Champion Trading davasında Heyet’in tespiti, ICSID m. 25 uyarınca belirlenen yöntemin sıkı ilişkili veya etkin vatandaşlık testine gerek bırakmadığıdır. İYA kimlerin vatandaş olduğu tanımını açıkça içermektedir. ... Eğer bu diplomatik koruma davası olsaydı farklı bir şekilde tartışılacağı ileri sürülebilirdi, taraflar uyuşmazlığın ICSID Sözleşmesi uyarınca çözümüne muvafakat vermişlerdir ve bu, yetkinin belirlenmesi için açık bir yöntemi ifade etmektedir. İYA m. 9(3) uyarınca diplomatik koruma yolu tahkim yargılaması sırasında özellikle dışarıda bırakılmıştır. Uluslararası hukukta diplomatik koruma alanında bireylerin vatandaşlığını ilgilendiren gelişmeler ..., ilgili de olsa, ICSID Sözleşmesi ve İYA kuralları uyarınca oluşturulan özel yöntem(rejime) izin vermelidir.*”<sup>56</sup> fikrinde birleşmişlerdir.

74. *Champion Trading* davasındaki Heyete göre “*Nottebohm ve A/18 kararının, Heyet’in görüşüne göre, bu davada uygulama alanı yoktur. Sözleşme m. 25(2)(a) çifte vatandaşlar için açık ve özel bir kural içermektedir. Heyet yukarıda belirtilen A/18 kararında gerçek ve etkin vatandaşlığın ‘açıkça bir istisna belirtilmedikçe’ gerekli olmadığını belirtmiştir. Burada Heyet bu tarzda açık bir istisna ile karşı karşıyadır.*”<sup>57</sup> kararını vermiştir.

---

<sup>55</sup> 31 Ağustos 2009 tarihli Davalı’nın Yetkiye İlişkin Cevaba Cevabı, paragraf 277.

<sup>56</sup> *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/05/15), Yetkiye İlişkin Karar, 11 Nisan 2007, paragraf 198.

<sup>57</sup> *Champion Trading Company ve diğerleri v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/02/9), Yetkiye İlişkin Karar, 21 Ekim 2003, s. 16.



75. Davalı bu kararın “*Nottebohm ve A/18 Kararında ortaya konulan etkin vatandaşlık testinin genel olarak uygulanmasını engellemediğini iddia etmektedir. Aksine davamızda bu kararların uygulama alanı bulmayacağı sonucu zar zor çıkmaktadır*, şöyle ki çifte vatandaşlık halinde ev sahibi devletin (Mısır ve ABD) vatandaşlığına sahip olması 25(2)(a)’daki istisnaya tabidir. Elimizdeki dava çok daha farklıdır. Fakes Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı değildir ve etkin vatandaşlık testinden kaçmak için bu istisnaya dayanamaz”.<sup>58</sup> Davalı etkin vatandaşlık testinin gerekli olduğunu ve ICSID m. 25(2)(a)’da çözümlenen çifte vatandaşlık meselesiyle “karıştırılmaması” gerektiğini ifade etmiştir.

76. Heyet, ICSID Sözleşmesi çerçevesinde vatandaşlık şartlarının bu şekilde yorumlanmasına karşıdır. Sözleşme kaynaklı böyle bir yorum yapılamaz. ICSID Sözleşmesi m. 25(2)(a) lafzı açıktır ve daha fazla açıklamaya mahal yoktur. Genel kabul gören, Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 31 hükümlerinde düzenlenen, antlaşma yorumlama kurallarına göre, Heyet’in, sözleşmenin lafzına ters düşecek, özellikle Merkez’in yetkisine, âkit taraflarca belirlenmemiş ek sınırlamalar getirecek, herhangi bir yorumlama yapması yasaklanmıştır.

77. Bu ICSID tahkimi kapsamında etkin vatandaşlık testinin hiçbir bağlayıcılığı olmadığı anlamına gelmez. Bazı hallerde bu uygulamanın gerekebileceği durumlar ortaya çıkabilir. Broches “*Komisyon ve Heyetlerin yetkileri hakkında karar verirken vatandaşlıkların yarışması durumunda, Yatırımcının kendisine fayda sağlayan vatandaşlığını veya istemeden elde ettiği vatandaşlığını göz ardı edip etmeyeceğine karar vermek zorunda kalabileceği genel kanısı olduğunu*”<sup>59</sup> söylemektedir.

78. Merkez nezdinde dava açma amacıyla, İYA ve Sözleşmenin 25(2)(a) vatandaşlık şartlarını karşılamak için “*olağanüstü hızlı bir şekilde verilmesi ve diğer vatandaşlığın yerine ikame edilmesi durumları*” ile kendine faydalı olan vatandaşlığın kazanılması halinde şartların karşılanmadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini ileri sürülebilir.<sup>60</sup> Bunun gibi, “*vatandaşlığın yurtdışında doğan üçüncü veya dördüncü neslin üst soylarının ülkesiyle hiç bağlantısı olmadığı halde sadece nesilden nesile geçtiği için, sözleşme anlamında o devletin vatandaşlığına sahip*

---

<sup>58</sup> 31 Ağustos 2009 tarihli Davalı’nın Yetkiye İlişkin Cevaba Cevabı, paragraf 283 (Davalı tarafından vurgulanmıştır).

<sup>59</sup> A. Broches, *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers (1995), s. 204-205, Delil C-66.

<sup>60</sup> Bkz. A. Sinclair, “ICSID’s Nationality Requirement”, in TJ Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law* (2008), s. 101, Delil R-97.

*olup olmadığı*” sorunu ortaya çıkabilir.<sup>61</sup> Bu durumlardan hiçbiri davamızda söz konusu değildir. Fakes Hollanda vatandaşlığını gençliğinde, Hollanda’da ailesiyle birlikte yaşarken almıştır ve bu vatandaşlığını kazanmasında herhangi bir olağan dışılık yoktur. Vatandaşlığı kendine fayda sağlamak veya Davalı aleyhine dava açmak amacıyla kazanmış değildir.

79. Yukarıdaki tartışmalar ışığında, Heyet davada etkin vatandaşlık testinin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle, Davacı’nın vatandaşlığının etkinliği Heyet’in yetkisinin belirlenmesi açısından önemli değildir.

80. Bu davadaki vakıalar göz önünde tutulduğunda, Heyet, Fakes’in etkin Hollanda vatandaşlığına sahip olduğunu kabul etmektedir. Fakes’in Hollanda vatandaşlığının etkinliği, *inter alia*, ebeveynlerinin Hollanda vatandaşı olması, karısı ve üç çocuğunun da Hollanda vatandaşı olması, çocukluğunun ve gençliğinin büyük bölümünü Hollanda’da geçirmesi, orada okuması, Hollanda pasaportu ve sürücü belgesine sahip olmasından anlaşılmaktadır. Bu kanıtlara Davalı tarafından itiraz edilmemektedir, Davalı bunların Davacı’nın vatandaşlığının etkinliğini göstermede yeterli olmadığını ileri sürmektedir. Somut duruma bakarak, Heyet bu davada Davacı’nın Hollanda ile bağlantılarının sıkı ilişkili ve etkin olduğunu kabul etmiştir.

81. Yukarıdakiler ışığında, Davalı’nın Davacı’nın vatandaşlığı nedeniyle ileri sürdüğü yetki itirazı kabul edilmemiştir ve Heyet Davacı nezdinde *ratione personae* (kişi bakımından) yetkili olduğunu kabul etmiştir.

## **B. Davacı Türkiye Cumhuriyeti’nde Bir Yatırım Yaptı mı?**

### **1. Tarafların Görüşleri**

82. Heyet’in yetkisine itiraz ederken, Davalı Davacı’nın sözde Telsim hisselerine sahip olmasının ICSID m. 25(1) ve İYA m. 1 anlamında korunan bir yatırım oluşturmadığını iddia etmektedir. Davalı yatırımcı sıfatının ICSID Sözleşmesi ve ilgili İYA şartlarının yerine getirilmesine bağlı olduğunu ileri sürmektedir.

83. Davalı, Heyet’in ICSID Sözleşmesi m. 25 anlamında bir yatırım olup olmadığını belirlemek için *Salini* testi olarak adlandırılan ve şu dört kriterden oluşan testi uygulamasını istedi; (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru ve (iv) ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine katkı veya, en azından, ev sahibi devletin ekonomisine katkı. Davalı, Davacı’nın işlemlerinin *Salini* testini geçemediğini,

---

<sup>61</sup> *Champion Trading Company ve diğerleri v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/02/9), Yetkiye İlişkin Karar, 21 Ekim 2003, s. 16-17.



mevcut davada dört kriterden hiçbirini sağlayamadığını iddia etmektedir.

84. Davalı'ya göre, Davacı'nın 3.800 ABD\$ nakit olarak ödemesi, ICSID Sözleşmesi anlamında ve Hollanda-Türkiye İYA açısından beklenen katkıyı sağlamamaktadır. Bunun yanında, süre kriteri de karşılanmamaktadır, Davacı'nın niyeti hiçbir zaman hisseleri kendi yararına ve kendi sahipliğinde tutmak yönünde olmamıştır, ancak bu hisselerin üçüncü bir kişiye devrini sağlamaya çalışmıştır. Davacı'nın Türk yetkililer tarafından işlemlerin dondurulması dolayısıyla, hisseleri başkasına devretmesinin engellenmesi, süre kriteri konusunda, etki doğurmamıştır. Dahası, Uzan'la "anlaşmaya" girmesiyle, Davacı ICSID Sözleşmesi'ne göre belirgin bir yatırım riski de yüklenmemiştir. Son olarak, Davalı, Heyet'in ICSID Sözleşmesince yatırım kavramını oluşturan dördüncü kriteri, ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine veya ekonomisine katkı sağlama gerekliliğini, göz ardı edemeyeceğini ileri sürmüştür. Davalı'ya göre, Davacı'nın işlemleri bu kriteri karşılamaktan da acizdir, Davacı bu kapsamda hiçbir ekonomik aktivitede bulunmamış ve Türkiye'ye herhangi bir uluslararası sermaye veya teknoloji girişi sağlamamıştır.

85. Ayrıca, *Phoenix vs. Çek Cumhuriyeti* 15 Nisan 2009 kararına<sup>62</sup> dayanarak, Davalı tarafından iyi niyet kuralına aykırı olarak yapılan bir işlemin ICSID Sözleşmesince ve ilgili İYA ile korunan yatırım olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Davalı, Fakes'in anlaşmasının, Türk Devleti'nin Türk vatandaşlarıyla (Uzanlarla) olan bir ulusal meseleyi sanal olarak yabancı bir kişiyi dahil edip, Türk vatandaşlarının iddialarını üstüne alıp bir uluslararası uyuşmazlığa dönüştürmeyi amaçlayarak, iyi niyet kuralını ihlal ettiğini iddia etmektedir.

86. Son olarak, Davalı, Davacı'nın işlemlerinin ICSID Sözleşmesi ve Hollanda-Türkiye İYA anlamında "yatırım" kriterini ihlal eden, Uzanlar tarafından verilen bir dava açma görevi ve kötüye kullanılan forum shopping'den (mahkemeler arasından davacı için en avantajlı yer mahkemesinin seçilmesi) başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir.

87. Davacı, Davalı'nın ICSID Sözleşmesi m. 25(1)'i yorumlayarak yaptığı yatırım tanımını ve bilhassa Davalı'nın korunan yatırımı tanımlamak için *Salini* ve *Phoenix* testlerine dayanmasını kabul etmemektedir. Davacı ilgili İYA ile üzerinde anlaşılmış olan yatırım tanımının, ICSID'i hazırlayanların "yatırım" kavramını Âkit Tarafların aralarında yapacakları İYA ile tanımlanacağını açıkça belirtmesi durumunda, ICSID Sözleşmesinin yorumundan üstün tutulması gerektiğini ileri sürmektedir.

---

<sup>62</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. Çek Cumhuriyeti* (ICSID Dava No. ARB/06/5), Karar, 15 Nisan 2009.

88. Davacı bu yüzden Heyet'in öncelikle Hollanda-Türkiye İYA m. 1'deki yatırım tanımını incelemesi gerektiğini ve *-MHS vs. Malezya* ad hoc Heyeti'nce kararlaştırıldığı gibi- bu incelemenin yeterli olacağını, ICSID Sözleşmesi m. 25(1) uyarınca başka bir şartın gerekli olmadığını, ileri sürmektedir. Her halükarda, Davacı'ya göre, yatırımı hem Hollanda-Türkiye İYA m. 1 hem de *Salini* testinde belirlenen kriterlerle uyumludur bu anlamda Heyet'in görülmekte olan davada bu testin uygulanmasına karar vermesi gerekmektedir.

## 2. Heyet'in Kararı

89. Davalı'nın itirazları, Davacı'nın ICSID m. 25(1) anlamında "yatırım" koşulunu taşımadığı tezi üzerine kurulmuştur. Davalı, Davacı'nın Hollanda-Türkiye İYA anlamında da "yatırım" koşulunu taşımadığını ileri sürmüştür.

90. ICSID Sözleşmesi 25(1) maddesi ve Hollanda-Türkiye İYA 1(b) maddesi mevcut yetki itirazına ilişkin hükümlerdir ve Heyet tarafından incelenecektir.

91. ICSID Sözleşmesi 25(1) maddesi aşağıdaki gibidir;

*"Merkez'in yargılama yetkisi, Âkit Devlet (veya onların alt birimleri veya Âkit Devlet tarafından Merkez'e gösterilen Devlet Kurumu) ile başka bir Âkit Devletin vatandaşı arasında doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan bütün hukuki uyumsuzlukları, uyumsuzluğun taraflarının yazılı muvafakatlarının Merkeze verilmesi halinde, kapsayacaktır. Taraflar muvafakat verdikten sonra, hiçbir taraf muvafakatını tek tarafı olarak geri alamaz."*

92. Hollanda-Türkiye İYA 1(b) fıkrası aşağıdaki gibidir;

*"Bu Anlaşmanın amaçları uyarınca:*

...

*(b) "yatırım" özvarlık, borç, alacak ve hizmet ve yatırım anlaşmaları gibi her tür mal varlığı anlamına gelir ve aşağıdakileri kapsar:*

- (i) ipotek, ihtiyati haciz ve teminat (rehin) gibi haklar dahil, maddi ve gayri maddi mallar;*
- (ii) hisse senetleri veya bir şirketteki diğer haklar veya varlıklarından doğan haklar;*
- (iii) bir para alacağı veya ekonomik değeri olan ve yatırıma ilişkin edim alacağı;*
- (iv) patentler, markalar, ticari unvanlar, endüstriyel tasarımlar ve know-how ve maddi olmayan malların şirkete kattığı ek değer dahil sınai mülkiyet hakları ve telif hakları;*

(v) *Kanun veya sözleşmeden kaynaklanan her türlü hak ve kanuna uygun olarak sahip olunan her türlü lisans ve izin.”*

93. Türkiye’de kurulmuş bir şirkette bir Hollanda vatandaşının hisse sahibi olması Hollanda-Türkiye İYA 1(b)(ii) de belirtilen yatırım tanımı içine girmekle beraber, bu çıkarım Davalı’nın yetki itirazını tamamen karşılamaya yetmemektedir.

94. Dava (içtihat) hukuku ve uygulanacak hükümlerin yorumlanmasına dayanan tarafların iddialarına göre, Heyet’in görülmekte olan davada yatırım varlığını belirlenmesi için şu konuları çözmesi gerekir: (a) ICSID Sözleşmesi, ilgili İYA’da verilen tanım tarafından geçersiz kılınamayacak bir otonom “yatırım” tanımı içermekte midir, eğer içeriyorsa, ICSID 25(1) maddesi anlamında yatırımın var olup olmadığı konusunda hangi kriter göz önüne alınacaktır? (b) Hollanda-Türkiye İYA yatırımın meşruiyeti (kanuniliği) şartını içeriyor mu, içeriyorsa, bu şartın kapsamı ve içeriği nedir? (c) Davacı’nın işlemi ICSID Sözleşmesi’nde (m. 25(1) anlamında) ve Hollanda-Türkiye İYA’da düzenlenen koşulları sağlıyor mu?

#### **a) ICSID Sözleşmesi m. 25(1) anlamında “yatırım” tanımı**

95. Her iki tarafta yatırım tanımı hakkında görüşlerini açıklarken ICSID Sözleşmesi m. 25(1) anlamında yatırım kavramını irdeleyen pek çok ICSID kararı ve hükmüne dayanmıştır.

96. Heyet, önceki ICSID Tahkim Heyetlerince verilen kararlarla bağlı değildir. Aynı zamanda, önceki Heyet kararlarını dikkate almak gerektiğini düşünmektedir. Heyet, *Bayindir vs. Pakistan* Tahkimi Heyeti’nin görüşünü paylaşmaktadır. Buna göre, aksine mecbur bırakan nedenler olmadıkça, görülmekte olan davayla benzer olan davalarda belirlenen çözümleri izlemelidir. Böylece, yatırım hukukunun uyumlu bir şekilde gelişmesine katkı sağlama ve Devletlerin ve yatırımcıların haklı beklentilerini hukukun üstünlüğünün kesinliği sayesinde karşılama görevini yerine getirmiş olur.<sup>63</sup>

97. Heyet “Yatırımcı” tanımının, her ne kadar bazı ICSID Heyetlerince kavram olarak incelendiğini gözlemlemişse de, şimdiye kadar içtihat hukukunda üzerinde uzlaşmaya varılan bir görüş oluşmamıştır. Çözüm önerileri birbirleriyle çelişme de insicamsızdır ve ileride oluşacak tahkim heyetlerine rehber olabilecek kesin bir çözüm sağlamamaktadır.

---

<sup>63</sup> *Bayindir v. Pakistan* (ICSID Dava No. ARB/03/29), Karar, 27 Ağustos 2009, paragraf 145. Ayrıca bkz. *Saipem v. Bangladeş* (ICSID Dava No. ARB/05/7), Yetki ve İhtiyati Tedbirlere İlişkin Karar, 21 Mart 2007, paragraf 67; *Pey Casado v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 9 Mayıs 2008, paragraf 119.

98. Heyet'e göre, metodolojik bakış açısıyla bakıldığında ICSID Sözleşmesi anlamında yatırım kavramına ilişkin iki yaklaşım bulunmaktadır.<sup>64</sup>

99. İlk yaklaşıma göre: ICSID Âkit Tarafların ICSID korumasının çeşitli iktisadi faaliyet tipleri için genişletme serbestisi, ICSID Sözleşmesi çerçevesinde korunması amaçlanan objektif kavramla sınırlanmasına rağmen, bu objektif kavram bazı karakteristik özelliklerle anlaşılır. Bu karakteristik özellikler ise *"heyetin yatırımın varlığını belirlerken kullandığı ölçüt ve kıstaslar ile bunları ileri sürenler veya kullananlar tarafından bu özelliklerin heyet tarafından uygulamada esnek olarak değerlendirilmesini isteyebilirler"*<sup>65</sup> görüşündeki gibi değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, açılan bir davada bir iktisadi faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesi için önerilen karakteristik özelliklerin hepsinin karşılanması gerekli değildir. Bu özelliklerin bir kısmının mevcut olması da yeterli olabilir.

100. Bu yaklaşıma göre yeni özelliklerin eklenmesi, açılan bir davada yatırımın tanınmasına olanak sağlamak anlamına gelir. Çünkü bu yaklaşım, açıklanan karakteristik özelliklerin bazılarına -ama hepsine değil- dayanarak yatırım olarak kabul etmektedir. *MCI vs. Ekvador Heyeti*'nin özetlediği gibi, bu özellikler, bir davada uygulanacak (veya uygulanmayacak) "örnekler olarak" değerlendirilir:

*"Heyet, bir anlaşma tarafından korunan yatırımın varlığını belirlemek için bazı tahkim yargılamalarında kullanılan özelliklerin (iddia edilen yatırımın süre ve risk unsuru gibi) sadece örnek olarak göz önüne alınmasını ve yatırımın varlığı için zorunlu olmadığını ifade etmektedir."*<sup>66</sup>

101. İkinci yaklaşımın savunucuları ise tersine, yatırımın objektif tanımının, bir faaliyetin "yatırım" olarak kabul edilmesi için belirli sayıda unsuru içermesi gerektiğini düşünür. İlk görüşün aksine, ICSID Sözleşmesince bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesi için kurucu unsurların tamamen karşılanmasını gerektirir.

---

<sup>64</sup> Bu yaklaşım hakkında, bkz. E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice," in *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, 2009, Ch. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch and S. Wittich (eds.), s. 403 vd.; K. Yannaca-Small, "Definition of „Investment“: An Open-ended Search for a Balanced Approach", in *Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, OUP, 2010, s. 243.

<sup>65</sup> *RSM Production Corporation v. Grenada* (ICSID Dava No. ARB/05/14), Karar, 13 Mart 2009, paragraf 241; ayrıca bkz. *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. Slovakiya Cumhuriyeti*, Yetkiye İlişkin Karar, 24 Mayıs 1999, paragraf 64.

<sup>66</sup> *MCI Power Group LC and New Turbine v. Ekvador* (ICSID Dava No. ARB/03/6), Karar, 31 Temmuz 2007, paragraf 165. Ayrıca bkz. C. Schreuer with L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, 2nd edition, 2009, para 153: *"... uyumsuzluk konusu olan çoğu faaliyet için tipik olan, belli özellikleri belirlemek mümkündür. ... Bu özellikler yetkiye ilişkin şartlar olarak anlaşılmalı fakat Sözleşme anlamında sadece yatırımların tipik karakteristik özellikleri olarak anlaşılmalıdır."*

102. Ancak, bu kurucu unsurların sayılarının ve içeriklerinin belirlenmesi hususunda hemfikir olunan bir çözüm bulunamamıştır. Bazı ICSID heyetleri, LESI-Dipenta Heyeti gibi, “yatırım” kavramının üç objektif kriterle (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru ile belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>67</sup>

103. Bazı heyetler ise en azından dört kriterin ICSID Sözleşmesi’nin yatırım koşullarını sağlaması için olmazsa olmaz olduğuna karar vermişlerdir. Bu unsurlar, genelde *Salini* testindeki gibi, (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru ve (iv) ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine katkı olarak sayılmaktadır.<sup>68</sup>

104. Bazı heyetler ise bir iktisadi faaliyetin yatırım sayılması için dört değil beş unsurun yerine getirilmesini öngörmüştür. *Salini* kriterlerini detaylandırarak kâr ve getiri düzenliliği koşulunu eklemişlerdir.<sup>69</sup> Yakın zamandaki bir davada heyet, *Salini* kriterlerine, varlıkların yatırımı iyi niyetle ve ev sahibi devletin kanunlarıyla uyumlu olarak yapılmalı koşulunu da ekleyerek unsurları altına çıkarmıştır.<sup>70</sup>

105. Diğer bazı heyetler *Salini* Heyeti’nce belirlenmiş unsurların görülen davada “*unsurların mevcudiyetinin niteliğine ve derecesine göre*” göz önüne alınmasını önermiştir.<sup>71</sup> Mesela, bir faaliyetin ICSID Sözleşmesince yatırım olarak kabul edilmesi için ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine katkının “önem unsurunu” yerine getirmesi gerekmektedir.<sup>72</sup>

106. Heyet, yatırım tanımı için belirlenen bu artan unsurlar listesinin sınırlandırılmasının bazı heyetlerde tepkiye yol açtığını gözlemlemiştir. Bu heyetler, ICSID Sözleşmesinin ruhuna dönmeye karar vermişler ve “yatırım”

---

<sup>67</sup> *LESI-Dipenta v. Cezayir* (ICSID Dava No. ARB/03/08), Karar, 10 Ocak 2005, paragraf II.13(iv): “... Sözleşmenin amacına uygun olarak, bir anlaşmanın Sözleşmenin hükümlerine göre yatırım sayılması için, şu üç kritere uygun olması gerekmektedir: (a) âkit tarafın ev sahibi devlete katkı sağlaması, (b) bu katkı belirli bir süre için yapılmalı ve (c) bu katkıda bulunan kişi için risk unsuru taşımalıdır. Ayrıca, bu katkının ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlaması zorunlu görülmemektedir. Bu kriteri sağlamak zordur ve yukarıda belirtilen üç kriter bunu zimmî olarak içermektedir.” (Heyet’in çevirisi) Ayrıca bkz. *Bayindir v. Pakistan* (ICSID Dava No. ARB/03/29), Yetkiye İlişkin Karar, 14 Kasım 2005, paragraf 131-137; ve *Victor Pey Casado et Foundation Presidente Allende v. Şili* (ICSID Dava No. ARB/98/2), Karar, 8 Mayıs 2008, paragraf 233.

<sup>68</sup> *Salini Constuttori SPA and Italstrade SPA v. Fas Krallığı* (ICSID Dava No. ARB/00/4), Yetkiye İlişkin Karar, 23 Temmuz 2001, paragraf 50-58.

<sup>69</sup> *Joy Mining v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/03/11), Yetkiye İlişkin Karar, 6 Ağustos 2004, paragraf 53; ayrıca bakınız *Helnan International Hotels v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/05/19), Yetkiye İtiraza İlişkin Karar, 17 Ekim 2006, paragraf 77.

<sup>70</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. Çek Cumhuriyeti* (ICSID Dava No. ARB/06/5), Karar, 15 Nisan 2009, paragraf 114.

<sup>71</sup> *Malaysian Historical Salvors v. Malezya Hükümeti* (ICSID Dava No. ARB/05/10), Yetkiye İlişkin Karar, 17 Mayıs 2007, paragraf 106(e), April 16, 2009 tarihindeki bir kararla sonradan iptal edildi.

<sup>72</sup> *Malaysian Historical Salvors v. Malezya Hükümeti* (ICSID Dava No. ARB/05/10), Yetkiye İlişkin Karar, 17 Mayıs 2007, paragraf 123.

kavramını sadece ICSID tahkimine muvafakat kapsamında değerlendirmelerine neden olmuştur. Bu bağlamda yatırım anlaşmalarına taraf olan Devletler, bu gibi yatırım anlaşmalarında ICSID'in yargılama yetkisine muvafakat vermişlerdir ve ICSID Sözleşmesini hazırlayanlar 'yatırım' kavramını tanımlamamışlardır, bu muvafakat yatırım anlaşmalarında belirlenen korunan yatırımlar tanımını kabul ettikleri anlamına gelmektedir. Bu son görüşe göre, Âkit Devletlerin ilgili İYA'larında öngördükleri yatırım tanımı, ICSID heyeti tarafından göz önüne alınacak tek tanımdır.<sup>73</sup>

107. Heyet'in kanaatine göre, ICSID Sözleşmesi uyarınca 'yatırım' aşağıdaki şekilde yorumlanmalıdır.

108. Öncelikle, Heyet Merkez'in uyuşmazlık konusunda yetkili olması için gerekli koşullardan biri olan yatırım kavramını, sadece tarafların muvafakatine (Merkez'in yetkisi için olmazsa olmaz gereklidir) bakarak tanımlayamaz. Heyet yatırım kavramının objektif tanımının ICSID Sözleşmesi çerçevesinde belirlendiği, bunun aksinin ileri sürülmesinin m. 25'in bazı hükümlerini boşa düşüreceği görüşündedir.

109. Bu anlamda, Heyet, "ICSID Sözleşmesinin kendisi, yargılama yetkisiyle bağlantılı olarak yatırım kavramını tanımlarken, bu etkiye bir çerçeve oluşturmuştur: yargılama yetkisi farklı veya tamamen ilgisiz bir şeye dayandırılmaz. ... Uyuşmazlığın tarafları, Sözleşmenin 25. maddesinin objektif unsurlarını taşımayan bir yatırımı, sözleşme veya anlaşmayla -ICSID'in yargılama yetkisine sokmak için- 'yatırım' olarak tanımlayamaz." görüşünü benimseyen, *Joy Mining vs. Mısır* davası Heyeti'nin görüşüne katılmaktadır.<sup>74</sup>

110. İkinci olarak, Heyet, (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru, kriterlerinin ICSID Sözleşmesi çerçevesinde bir yatırımı tanımlamak için hem gerekli ve hem de yeterli görmektedir. Heyet'in görüşüne göre, bu yaklaşım tipik 'yatırım' kavramının koşullarını içermekte ve ICSID Sözleşmesinin lafzına, hedefine ve amacına halel getirmeksizin 'yatırım'ın objektif bir tanımlamasını göstermektedir. 'Yatırım' sözcüğünün tipik anlamından çıkarılan bu üç unsur ister karmaşık uluslararası işlemlerde ister birinin çocuğunun eğitiminde olsun;

---

<sup>73</sup> *Bewater Gauff v. Tanzania* (ICSID Dava No. ARB/05/22), Karar, 24 Temmuz 2008, ve *Malaysian Historical Salvors v. Malezya Hükümeti* (ICSID Dava No. ARB/05/10), İptalin Uygulanmasına İlişkin Karar Decision on the Application for Annulment, April 16, 2009.

<sup>74</sup> *Joy Mining v. Mısır* (ICSID Dava No. ARB/03/11), Yetkiye İlişkin Karar, 6 Ağustos 2004, paragraf 49-50; ayrıca bkz. *RSM Production Corporation v. Grenada* (ICSID Dava No. ARB/05/14), Karar, 13 Mart 2009, paragraf 235, "belirli objektif unsurların yatırımda mevcut olması gerekmektedir ve bunların var olduğundan emin olmak bu Heyet'in görevidir aksi takdirde yetkili olduğunu ileri sürmesi yanlış olur ve hakkın kötüye kullanılması anlamını taşır."

her iki durumda da belirli bir miktar sermaye veya know-how sağlanması gerekir, katkının faydaları hemen alınmaz ve sonuçta hiçbir fayda sağlanmaması riskini de üstlenir, proje hiçbir zaman tamamlanamayabilir veya çocuk ailesinin umutları veya beklentileri üzere olmayabilir.

111. Heyet, diğer yandan, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkının ICSID Sözleşmesi çerçevesinde bir yatırım kriteri olduğunu düşünmemektedir. Bu kriteri yatırım tanımının bir unsuru olarak gören diğer heyetler, *Salini* Heyeti gibi, vardıkları bu sonucu esasen ICSID Sözleşmesi'nin önsöz (preamble) kısmına dayandırmışlardır. Heyetimiz, önsözde “*ekonomik kalkınma için uluslararası işbirliği ihtiyacı*”ndan bahsedilmesinden, lafzen açıkça belli olmayan bir anlam ve işlev çıkarılmasının aşırıya kaçmak olduğunu düşünmektedir. Heyet'e göre, ICSID Sözleşmesinin öngörülen amaçlarından biri ev sahibi devletin ekonomik gelişimi olmakla birlikte, bu amaç yatırım tanımının bağımsız bir unsuru değildir. Ev sahibi devletlerde yatırımın teşviki ve korunmasıyla ekonomik gelişimlerine katkı sağlanması beklenir. Bu gelişme bütün yatırımcılar tarafından gerçekleştirilen yatırım projelerinden beklenen bir sonuçtur, ayrı bir koşul değildir. Ayrıca, bazı yatırımlar Devlete ve yatırımcının kendisine yarar sağlayabilir ve bazıları sağlamayabilir. Çok kârlı olacağı düşünülen bazı yatırımlar ekonomik felaketler doğurabilir. Sadece yarar sağlamadı diye yatırım kavramı çerçevesi dışına çıkmış olmazlar.

112. Bunun gibi, iyi niyet ve meşruiyet ilkeleri ICSID Sözleşmesinin lafzını bozmadan ICSID Sözleşmesi m. 25(1) tanımına dahil edilemez. Bir yatırım kanuna uygun veya kanuna aykırı olabilir, iyi niyetle veya kötü niyetle yapılmış olabilir ama yine de yatırımdır. “Kanuna uygun yatırım” veya “iyi niyetle yapılmış yatırım” ifadeleri gereksiz ifadeler değildir, ve “kanuna aykırı yatırım” veya “kötü niyetle yapılmış yatırım” ifadeleri ise tezat değildir.<sup>75</sup>

113. Bir anlaşma iyi niyetle yorumlanmalı ve uygulanmalıdır, bu sözleşme hukuku bakımından genel ilkedir. Buradan yola çıkarak yatırım tanımı için ICSID Sözleşmesinde yer almayan ek bir ‘iyi niyet’ unsuru çıkarılamaz.

---

<sup>75</sup> Aynıysa yatırımın büyüklüğü için de geçerlidir. Bazı yazarların (bkz. Ch. Schreuer et al., THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, 2nd ed., Cambridge University Press 2009, s. 128: “*Dördüncü tipik unsur ise taahhütün esas olmasıdır.*”) ve bazı kararların (bkz. *Malaysian Historical Salvors v. Malezya Hükümeti* (ICSID Dava No. ARB/05/10), Yetkiye İlişkin Karar, 17 Mayıs 2007, sonradan iptal edilmiş), görüşlerinin aksine küçük yatırımlar da büyük yatırımlar gibi ICSID Sözleşmesi kapsamındadır. Yatırım büyük veya küçük, kâr getiren veya kâr getirmeyen, veyahut devletin ekonomik gelişmesine katkıda bulunan veya bulunmayan bir yatırım olabilir. Bütün bu görüşler mantıklıdır ve ne büyüklük ne de kâr veya yatırımın işe yarar olması kelimenin olağan anlamının içerisinde.



114. Yatırımın meşruiyeti göz önüne alındığında, bu sorun, İYA m. 1(b) ve ICSID Sözleşmesi m. 25(1)'de belirlenen 'yatırım' tanımıyla ilgili değildir. Heyete göre, ICSID Sözleşmesi bu konuda tarafsız kalırken, ikili yatırım anlaşmaları uygulanmasını ve koruma kapsamını, tarafların tahkime muvafakati de dahil, meşruiyet koşuluna bağlamakta serbesttirler. Bu tam olarak da Hollanda-Türkiye İYA'daki durumdur. Hollanda-Türkiye İYA m. 2(2)'de böyle bir koşul bulunmaktadır. Şimdi Tahkim Heyeti tarafından bu sorun ele alınacaktır.

#### **b) Hollanda-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması'ndaki meşruiyet şartı**

115. Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2)'de *"bu Anlaşma bir Âkit Devletin yatırımcıları tarafından diğer Âkit Devlet sınırlarında sahip olunan veya kontrol edilen, yatırımın yapıldığı anda yatırım yapılan devlette yürürlükte olan kanun ve yönetmeliklere uygun olarak yapılan yatırımlara uygulanır"* denilmektedir. Bu hüküm İYA korumasının Davalı'nın kanun ve yönetmeliklerine uymayan yatırımlara uygulanamayacağını açıkça belirtmektedir. "Yatırım" tanımı İYA madde 1(b)'de yapılmıştır. Bu koşul sağlanmazsa, İYA uygulanmayacaktır. Bu nedenle, Âkit Devlet İYA madde 8(3) uyarınca uyuşmazlığın tahkime götürülmesine muvafakat göstermiş sayılamaz ve bundan dolayı ICSID Sözleşmesi madde 25(1) anlamında Merkez'in yetkisine muvafakati yoktur.

116. Heyet Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2)'deki meşruiyet şartının kesin kapsamını değerlendirmelidir. Taraflar bu hükümle kanun ve yönetmeliklerin tamamının mı yoksa bir kısmının mı kastedildiği ve bu anlamda İYA'nın uygulanmasını engelleyecek olan ihlalin bir alt seviyesinin var olup olmadığı konusunda anlaşamamaktadırlar.

117. Davalı, ev sahibi devlet'in kanunlarını herhangi bir şekilde ihlal eden bir yatırımın, yatırımı "lekeleyeceğini" ve İYA ve ICSID Sözleşmesi korumasından mahrum bırakacağını ileri sürmektedir. Buna göre herhangi bir kanun veya yönetmeliğin ihlali meşruiyet hükmünün uygulanmasını ve yatırımın İYA tarafından sağlanan korumadan yararlanamamasını gerektirir.

118. Davacı, Davalı'nın Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2) yorumuna katılmamaktadır ve *"belirli bir seviyede ihlal"*in bu hükmün uygulanmasını sağlayacağını ileri sürmektedir. Davacı'ya göre bir yatırımın "gayrimeşru (hukuka aykırı)" sayılması ancak temel hukuk ilkelerine aykırılık halinde dikkate alınmalıdır.

119. Heyet, Davalı'nın ev sahibi devletin herhangi bir kanununun ihlal edilmesinin, yatırımın İYA anlamında hukuka aykırı olacağı ve bu tarz



yatırımların İYA tarafından sağlanan korumadan yararlanamayacağı görüşünü kabul etmemektedir. Heyet'in görüşüne göre Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2) düzenlemesinde bulunan meşruiyet (kanunilik) şartı, ev sahibi Devletin sadece yatırımın ülkeye kabulüne uygulanan düzenlemeleriyle uyumlu olup olmadığıyla ilgilidir. Bu durum, İYA'nın lafzında "*kanunlara ve yönetmeliklere uygun olarak yapılmış ... yatırımlar*"a uygulanacağı şeklinde açıkça belirtilmiştir. Heyet, yatırım düzenlemeleriyle ilgili olmayan hukuk ihlallerinden dolayı bu yatırımları korumadan yoksun bırakmanın yatırımın korunması anlaşmalarının konu ve amacına ters düşeceğini belirtmektedir. Yatırımcının iç hukuk kurallarını ihlal etmesi halinde, ev sahibi Devlet kendi iç düzenlemeleri çerçevesince bu yatırımcıya uygun yaptırımı uygulayabilir. İlgili yatırım anlaşmasında açıkça belirtilmedikçe, ev sahibi Devlet sınırları içinde yapılan yatırımlara karşı üstlendiği uluslararası sorumluluklarından, yatırım ile ilgili düzenlemeler dışında kalan iç hukuk kurallarına dayanarak kurtulamaz.

120. Bu davada Davalı, Davacı'nın iddia ettiği hisse devrinin Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı yatırımın teşviki düzenlemelerini, telekomünikasyon sektörü ile ilgili düzenlemeleri ve rekabet hukukunu ihlal ettiğini iddia etmektedir. İlk ihlal, eğer ispat edilirse, Hollanda-Türkiye İYA madde 2(2)'nin meşruiyet şartı kapsamına girebilir ve Heyet'in, İYA tarafından yatırımın korunması için belirlenen koşulların sağlanmadığı sonucuna varmasına neden olabilir ve bu nedenle Davalı'nın ICSID Sözleşmesi m. 25(1) anlamında tahkime muvafakat vermemiş olduğu sonucuna ulaştırır. Ancak Heyet, telekomünikasyon sektörü ile ilgili düzenlemeleri veya rekabet hukukunu ihlal etmenin, İYA m. 2(2)'de düzenlenen meşruiyet şartının uygulanmasını sağlamayacağını düşünmektedir. Diğer durumda, Türk hukukunun ihlali, eğer varsa, İYA m. 2(2) kapsamına girmemektedir. Bu maddeye göre İYA "*yatırım yapıldığı zamanda ... yürürlükte olan kanun ve yönetmeliklere uygun olarak yapılmış ... yatırımlara*" uygulanır.

121. Sonuç olarak, Heyete göre ICSID Sözleşmesi m. 25(1) objektif bir yatırım tanımı içermektedir. Bu tanım üç unsurdan oluşmaktadır; (i) katkı, (ii) belirli süre, (iii) risk unsuru. Ne Sözleşme'nin metni ne de konusu ve amacı, yatırım tanımına bu unsurlardan başka bir unsurun dahil edilmesine hükmetmektedir. Heyet, ICSID m. 25(1) anlamında Merkez'in yetkisine muvafakatin amacı nedeniyle, yukarıda belirtildiği gibi Davacı'nın iddia ettiği yatırımının Hollanda-Türkiye İYA m. 2(2)'deki meşruiyet şartını yerine getirmesi gerektiğini düşünmektedir.

122. Heyet şimdi, davada, ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında bir yatırımın olup olmadığı ve eğer varsa, bu yatırımın İYA m. 2(2)'deki meşruiyet şartını taşıyıp taşımadığı konularına değinecektir.

**c) ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında bir yatırım var mı ve eğer varsa, bu yatırım İYA m. 2(2)'deki meşruiyet şartı uyarınca Türk hukukuna uygun bir yatırım mı?**

123. Davacı, Telsim hisselerine sahip olmasını, Telsim'in geçici hisse senetlerinin Standart Telecom'dan Masoud'a devrine bağlamaktadır ve daha sonra bu senetlerin Masoud'dan Davacı'ya devredildiğini iddia etmektedir. Davalı bu devirlere sadece esasen ve hukuken itiraz etmiyor aynı zamanda geçici hisse senetlerinin Türk hukukunca *ab initio* (geçici senetlerin en başından beri) geçerliliğini de sorguluyor. Davalı gayrimeşru olduğunu iddia ettiği Davacı'nın yatırımına istinaden hisse senetlerinin hükümsüzlüğünü ileri sürmektedir, Heyet bu konunun öncelikle çözülmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu kapsamda, Heyet bu senetlerin devri zamanında geçersiz olduğuna karar verirse, geçici hisselerin Fakes'e devrinin sonuçlarını tartışmak anlamsız olacaktır.

124. Bu nedenle, Heyet (1) Telsim'in geçici hisse senetlerinin geçerliliği konusunda ve sonra (2) ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında herhangi bir hakkın senetlerin cirosu yoluyla Fakes'e geçip geçmediği konusunda karar verecektir.

**(1) Geçici hisse senetleri Türk hukukuna göre geçerli midir?**

125. Davalı iddia ettiği Davacı'nın illegal yatırımına istinaden Telsim'in geçici hisse senetlerinin *ab initio* geçersizliğini ileri sürmüştür.

126. Davalı'nın görüşünü özetleyecek olursak, geçici hisse senetleri Türk Ticaret Kanunu m. 413 ihlal edilerek tedavüle çıkarılmıştır. Bu hüküm hisse senetlerinin "*en azından şirket adına imzaya yetkili iki kişi*" tarafından imzalanması gerektiğini belirtmektedir. Davalı Prof. Bahtiyar'ın, bu hükmün geçici hisse senetlerini de kapsadığını ve bu imzaların geçici hisse senetlerinin geçerliliği bakımından ön koşul olduğunu belirten, kendi iddiasını destekleyen hukuki görüşünü göndermiştir. Bu kapsamda geçici hisse senetleri sadece Hakan Uzan'ın imzasını taşımakta olup Davalı bu senetlerin Türk hukukuna göre geçerli olmadığını ileri sürmektedir.

127. Davacı'nın Türk hukuku uzmanı Prof. Domaniç, Türk Ticaret Kanunu'ndaki ilgili hükmün yorumuna katılmamaktadır ve çift imza koşulunun Davacı tarafından sahip olunan geçici hisse senetlerine uygulanmayacağını ileri sürmektedir.

128. Prof. Bahtiyar Davacı'nın vekili tarafından çapraz sorguya alındı, Prof. Domaniç ise 20. paragrafta belirtilen nedenlerden ötürü duruşmaya katılmadı. Heyet tarafların sunduğu delilleri yeterli buldu ve bu konuda daha fazla

açıklamaya -Prof. Domaniç'in sözlü sorgusuna- ihtiyaç bulunmadığını belirtti. Heyet, Prof. Bahtiyar'ın çapraz sorgusunda geçici hisse senetlerinde çifte imzanın gerekliliğinin ne açıkça Türk kanunlarında düzenlendiği ne de Türk mahkemeleri tarafından kullanıldığı, cevabını aldı.

129. Geçici hisse senetlerinde çifte imza gerekliliğinin Türk hukukunda yargı kararlarında ve kanunlarda bulunmadığı gözlemlendi. Heyet davada, Davalı'nın Türk hukukunda bu koşulun zorunlu olduğunu ispat edemediği kanaatindedir. Bu nedenle, Heyet bir yatırımın var olup olmadığına ilişkin ileride yapılacak analizler için geçici hisse senetlerinin geçerli olduğunu kabul edecektir. Ancak, bu geçici hisse senetlerinin Davacı'ya devrinin ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında bir yatırım olarak herhangi bir hak verip vermediği sorunu devam etmektedir.

**(2) Fakes'in, kendisi ve Uzan arasındaki "anlaşma"dan kaynaklanan, eğer varsa, hakları, ICSID Sözleşmesi m. 25(1) Ve İYA m. 1(b) anlamında yatırım şartlarını karşılıyor mu?**

130. Davacı 2003 Nisan ayı sonlarında, Masoud International'dan iktisap etmek üzere Telsim hisselerinin yaklaşık %67'sinin yasal sahibi olması için bir teklif aldığını belirtti. 30 Haziran ve 1-2 Temmuz 2003'te Masoud-Fakes Anlaşmaları'nın imzalanmasının akabinde, Masoud, Davacı lehine Telsim hisselerinin %66,96'sını oluşturan 32 geçici hisse senedini ciro etti. Davalı, Davacı tarafından sunulan geçici hisse senetlerinin gerçekliğini sorguladı ve *inter alia* (bu arada) bunların görülmekte olan yargılamaya konu edilmek için vadeli olduğunu iddia etti. Ancak, Davalı sahtecilik iddiasında bulunacak kadar ileri gitmedi, Heyeti diğer tahkim yargılamalarında tartışılmış olan dolaylı delillerden çıkarılan varsayımlara dayanan iddialarla baş başa bıraktı. Davalı vekilinin iddialarına karşı, Davacı belgelerin tahrif edildiğini kesin bir şekilde reddetti.

131. Heyet sahtecilik suçlamasının ispat yükünün çok ağır olduğunu düşünmektedir. Bunun ispatı için gerekli veriler görülmekte olan davada bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Heyet Davacı'nın bildirdiği geçici senetlerin kendisine devredildiği tarihleri kabul etmektedir.

132. Şimdi Heyet 3 Temmuz 2003 veya diğer bir tarihte herhangi bir mal varlığı ve hakkın Davacı'ya devredilip edilmediği sorusunu inceleyecektir.

133. Davacı, hem yazılı bildirimlerinde hem de Heyet tarafından sözlü sorgulanmasında, Davacı'nın hisseleri Uzan-Masoud-Fakes devirleriyle edineceği konusunda Hakan Uzan'la sözlü anlaşma yaptığını beyan etmiştir. Davacı'nın iddiasına göre, Masoud-Fakes anlaşmalarının imzalanmasından önce neticelenen, Uzan-Fakes sözlü anlaşmasının akabinde, Davacı Telsim hisselerinin

mülkiyet sahibi olmuş ve Uzan da bu hisselerin intifa hakkı sahibi olmuştur. Bu anlamda, Davacı “oy hakkını Uzan’ın dediği şekilde kullanacak ve Uzan Telsim hisselerinin ne zaman ve kime satılacağı konusunda son kararı verecektir”.<sup>76</sup> Davalı, mülkiyet sahipliğinin devrini sorgularken bu iddiayı gündeme getirmemiştir.

134. Heyet, bu bağlamda, mal varlığı üzerindeki hakların birden fazla kişi arasında bölünmesi veya mülkiyet ve intifa hakkı sahipliği olarak ayrılmasının (inançlı işlem, *fiducie* (yediemin) veya benzer bir yapıda) bazı hukuk sistemlerinde kabul edildiğini gözlemlemiştir. Bu yapılar hiçbir zaman sahte devir veya dolandırıcılık anlamına gelmemektedir. Bu tarz bir varsayım için aleyhe inandırıcı delil bulunması gerekir. Mülkiyet hakkı ve intifa hakkının ayrı kişilerde bulunması, bunun ICSID Sözleşmesi ve Hollanda-Türkiye İYA anlamında yatırım sayılmaması anlamına gelmemektedir. Ne ICSID Sözleşmesi ne de İYA, çıplak mülkiyet hakkının ICSID Sözleşmesi kapsamında veya İYA korumasından çıkaracak şekilde yorumlanmasını gerektiren bir şey belirtmemiştir.

135. Ancak bundan önce delillerin dikkatli incelenmesinin ardından, Heyet, Davacı’nın Telsim hisse senetleri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığı ve bu yüzden ICSID Sözleşmesi m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında bir yatırımı olmadığı sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken esas olarak Davacı’nın yetki konusunun tartışıldığı duruşmada Heyet’e yaptığı beyanları ve açıklamaları temel alınmıştır. Heyet Davacı’nın Uzan ve Masoud’la olan anlaşmasını bütün yönleriyle açıklamış olduğuna ikna olmamıştır. Davacı’nın Heyet önünde belirtmeyi seçtiği detaylar, bu davada yatırımın olmadığı sonucunu çıkarmaya yetmiştir.<sup>77</sup>

136. Heyet, Davacı’nın beyanlarının tartışmasız bir biçimde Masoud-Fakes ve Uzan-Fakes işlemlerinin taraflarının, Telsim hisseleri üzerinde hiçbir hakkın Davacı’ya devri düşüncesini içermediğini gösterdiği ve herhangi bir hakkın devredilmediği görüşündedir.

137. Öncelikle, Davacı’nın beyanlarına göre, Uzan-Masoud-Fakes anlaşmasının amacı Telsim hisseleri üzerindeki mülkiyet sahibi ismini (Masoud ya da Fakes olması farketmez); Uzan’la, ailesi ve kendisine karşı açılmış olan davalardan dolayı anlaşma yapmaktan çekinen potansiyel alıcıları çekmek için “yem” olarak kullanmaktır. Potansiyel bir alıcı Telsim hisselerini almak istediğinde, görüşmelerin devamı için Uzan’ın ismi bu alıcıya açıklanacaktı.

---

<sup>76</sup> Fakes’in Tanık Beyanı II, paragraf 5.

<sup>77</sup> Heyet bundan dolayı kayıtlarda tutulan ve Tahkim Heyeti tarafından söylenildiği şekilde kabul edilen Hakan Uzan’ın tanık beyanının Davacı’nın davasına fayda sağlamadığını belirtmektedir. Aksine, bu tanık beyanı Davacı’nın Uzan’la yaptığı anlaşma ile ilgili olan sözlü beyanlarını teyit etmektedir. Bu beyanlar Heyeti, korunması gereken herhangi bir hakkın Uzan-Masoud-Fakes anlaşmasıyla devredilmediği sonucuna götürmektedir.

Davacı sonraki açıklamalarında sözde Telsim hisselerinin yasal sahibi olarak kendi rolüne gerçeklik katmaya çalışmıştır. Heyet bu rolün Davalı'nın ifade ettiği "yem" tanımı dışına çıktığına ikna olmamıştır. Heyet tarafından sorgulanması sırasında Fakes, intifa hakkı sahibinin isminin potansiyel alıcılara görüşmelerin ilerlemesi için açıklanacağını kabul etmiştir.<sup>78</sup> Aslında Türkiye'nin ikinci büyük telekomünikasyon şirketinin potansiyel alıcısının, hisselerin sahibinin kimliğine dikkat etmemesi kolayca anlaşılabilir değildir.

138. Davacı Telsim hisselerinin potansiyel alıcılarını seçmede veya onlarla iletişim kurmada hiçbir rolü olmadığını (rolü olsaydı bu hisselerin sözde mülkiyet sahibi unvanına sahip olan "yem" rolüne bir destek sağlardı) kabul etmiştir. Gosheh, Uzan ve Fakes'i tanıştıran ve hem Uzan hem de Fakes'in danışmanlığını yapan kişi (Heyet'e göre esasen Uzan'ın danışmanı), bu rol ile görevlendirilmiştir.<sup>79</sup>

139. İkinci olarak, Heyet'e göre, yapı içerisinde Davacı tarafından oynanan önemli bir rolün olmaması, Masoud ve Fakes arasındaki devir zamanında çok düşük satış bedeli istenmesini açıklamaktadır. Eğer Davacı ciddi yasal haklar elde etmiş olsaydı, şüphesiz Temmuz 2003'te nakit olarak ödendiği söylenen 3,800\$'dan daha fazla bir katkı (mali veya idari) gerçekleştirmesi beklenirdi.<sup>80</sup> Bu rakam işin önemi ve Davacı'nın tahkime konu olan sözde pay sahipliğinin 19 Milyar \$ olarak değerlemesi ile bağdaşmamaktadır.

<sup>78</sup> 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 175-178: "BAŞKAN: Sizin hisselerin sahibi olduğunuzu söylemenizdeki neden potansiyel alıcıların güven duymasını ve hisseleri sizden satın almasını sağlayacak olması halbuki Uzan hisseleri doğrudan satarsa alıcılar bir şeylerden endişe edecek öyle mi? İfadeniz bu şekilde mi? Cevap (Fakes): Evet... BAŞKAN: Neden eski sahiplerle pazarlık etmekte sizinle pazarlık etmenin daha faydalı olduğunu düşünüyorsunuz? Çünkü siz Telekom sektöründe daha önceden bilinmeyen birisiniz veya biliyorsunuz ki bundan önceki işiniz France Telecom veya başka bir büyük Telekom şirketini yönetmek de değildi? O zaman neden potansiyel bir alıcı mesela Uzan'la anlaşma yapmaktansa sizinle anlaşma yapmayı daha güven verici bulsun. C: İsmi yüzünden, Uzan ve Uzan ailesine karşı pek çok dava var, bu yüzden amacımız hisseleri satın almak isteyenlere karşı bir yeme sahip olmaktır. BAŞKAN: Tamam ama potansiyel bir alıcı Telekom sektöründe tanınmayan biriyle pazarlık yapmaktan çekinmez mi? C: Muhtemelen. Olabilir... BAŞKAN: O zaman yeri geldiğinde intifa hakkı sahibinin Uzan olduğunu söyleyeceğinizi düşünüyorunuz? Veya Uzan ailesi? C: Evet."

<sup>79</sup> 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 173/14-25'ten 174/1-9'a kadar: "BAŞKAN: 2003 Eylül'ünde Gosheh 'Bir şey yapma' diyor. O zamana kadar ve o zamandan sonra potansiyel alıcı bulmak için bir şey yapacak zamanınız yoktu ve Eylül 2003'te 'Bunu yapmayı bırak' denildi. İfadeniz bu şekilde mi? Cevap (Fakes): Doğru. Evet. Bu doğru. BAŞKAN: Peki şimdi Gosheh'in Telsim için potansiyel alıcı arayış aramadığını biliyor musunuz? C: Ben hisseleri almadan önce dahi potansiyel bir alıcı bulmak için bağlantı kurmakla meşgul olduğu konusunda bana güvence verdi. BAŞKAN: Herhangi bir bağlantıdan haberiniz var mı?... C: Hayır, bilmiyorum."

<sup>80</sup> Davacı iddia ettiği 3.800 ABD\$'lık ödeme hakkında delil sunamamıştır, sadece bu paranın önce banka hesabından alındığını, dolara çevildiğini ve Masoud'a 100 dolarlık banknotlar halinde verildiğini belirtti (bkz. 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 122/3-25'den 123/1-7'ye kadar). Heyet bu açıklamayı yeterli bulmadı. Heyete göre bir kişi, Davacı tarafından bugün 19 Milyar ABD\$'lık değer biçilen %66.96'lık şirket hissesinin devrini sağlayacak ödemenin onay belgesini talep etmeliydi. Bir kişinin lider bir Telekom şirketindeki çoğunluk hissesini alırken hisse sahibi olmak için yaptığı ödemeyi belgelendirmemesi çok mantıksızdır.

140. Heyet, Uzan (Uzan-Masoud-Fakes anlaşmaları çerçevesinde intifa hakkına sahip olan kişi) veya Masoud tarafından Davacı'nın başka herhangi bir katkısının beklenmediğini belirtmiştir. Masoud-Fakes anlaşmasında belirtilmesine rağmen sonradan yapılacak 17.6 Milyon ABD\$'lık ödeme, hisselerin devrinden sonra öngörülen 5 yıllık süre içerisinde yapılmamıştır. Davacı halen bunu ödeme yükümlülüğü bulunduğu bildirilmesine rağmen, Heyet ön ödemenin gerçekten yapıldığı kabul edilse bile ilk ödenen 3.800 ABD\$'dan başka herhangi bir ödeme yapmasının Fakes'den beklenmediğini (kendisinin de bunu beklemediğini) düşünmektedir. Masoud hiçbir zaman tam satım bedelinin ödenmesini istememiştir ve Davacı borcu hakkında pazarlık yapma ihtiyacı hissetmemiştir.<sup>81</sup>

141. Üçüncü olarak, Davacı'nın açıklamalarından anlaşıldığı üzere Uzan-Masoud-Fakes anlaşmaları Fakes'e Telsim hisselerinin sözde mülkiyetinin devri dahil herhangi bir hakkın devri amacını hiçbir zaman taşımamıştır. Masoud tarafından cirosundan sonra Fakes hisselerin zilyetliğine sahip olmamıştır. Bu Fakes'in, Masoud 32 geçici hisse senedini "*ciro ve teslim etmiştir*" şeklindeki yazılı dilekçesinin aksine, sözlü sorgusunda geçici hisse senetleri Gosheh'in bürosunda tutulduğu kasadan hiç çıkmamıştır, demesinden ileri gelmektedir.<sup>82</sup> Heyet, Fakes'in, hisselerine erişiminin olmaması nedeniyle, Telsim hisseleri üzerindeki sözde "mülkiyetini" kullanabilecek durumda olmadığı görüşündedir. Geçici hisse senetlerini başka bir yere götürmek veya başka bir kişiye devretmek istemesi halinde, ancak Gosheh'in izni ve yardımını alarak bunu gerçekleştirebilir. Gosheh'in, Fakes'in Gosheh tarafından anlaşmalara katılmasından çok önce Uzan'ın danışmanlığını yaptığını göz önüne alırsak, Gosheh'in Uzan'ın bilgisi ve isteği haricinde hareket etmeyeceği ve Fakes'in hisse senetleri üzerinde mülkiyet sahibi olmadığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

142. Dördüncü olarak, Heyet, Davacı'nın; %66.96'lık Telsim hissesinin devrini Telsim'in kabul ettiği ve Telsim'in "*Kayıtlarında yeni hissedarlık kaydı için bütün şartları*" yerine getirdiği iddiasını kabul etmemektedir.<sup>83</sup> Bu iddia Davacı'nın 15 Temmuz 2003'te Telsim'den aldığını bildirdiği iki belgede yazanlara dayanmaktadır.<sup>84</sup> Davacı'nın açıklamalarına göre, Telsim hisselerine sahip olduğu süre içerisinde Telsim'den gelen tek yazışma budur. Aynı zamanda bu Davacı'nın Telsim'in kayıtlarında hissedar olarak kayıtlı olduğunun tek doğrudan kanıtıdır.

---

<sup>81</sup> 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 125/20-25 ve 126/1-13.

<sup>82</sup> 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 163/16-20: "BAŞKAN: *Bize bu hisselerin tam olarak nerede tutulduğunu söyleyebilir misin? Bildiğin kadarıyla bu hisseler başından beri neredeydi?* Cevap (Fakes): *Hep Gosheh'in ofisindeydi.*"

<sup>83</sup> 15 Temmuz 2003 tarihli Telsim'den Fakes'e gelen mektup, Delil C-26.

<sup>84</sup> Delil C-26.

Davacı Telsim tarafından hissedarlığının kabul edildiğini ve kaydedildiğini gösterecek başka bir delil sunmamıştır.

143. Delil C-26 olarak sunulan iki Telsim mektubunun gerçeklerinin Davacı tarafından hiç alınmadığı duruşma sırasında ortaya çıkmıştır. Bu Davacı'nın, kendisinin iddia ettiği hissedarlığının Telsim'in bilgisinde olduğuna dair, yeterli olduğunu düşündüğü -ve tek- kanıttır. Davacı'nın vekili bu iki mektuptan birisinin gerçeğini Rotterdam'daki ofisinde bir kasada tutmaktayken,<sup>85</sup> Davacı Delil C-26'daki iki mektubun "*hiçbir zaman orijinallerini almadığını*" kesin bir biçimde belirtmiştir.<sup>86</sup> Davacı'nın, Telsim'in hissedarlık yapısındaki değişiklikleri ilan ettiği, savını desteklemek için dayandığı belgelerin sadece kopyasını alması nedeniyle "*şaşırdığı*"nı belirttiği sonraki beyanı, Heyet'e özellikle anlamlı gelmiştir.<sup>87</sup>

144. Duruşma sırasında Davacı'nın hiçbir zaman Telsim'le iletişime geçmediği ortaya çıkmıştır, bütün sözde yazışmalar Gosheh tarafından gönderilmiş veya alınmıştır. Bir kişinin danışmanı veya vekili vasıtasıyla iletişime geçmesinde olağanüstü bir durum olmamakla birlikte, Heyet, neredeyse Telsim'in %67 hissesine sahip olan bir hissedarın konuyu Telsim'le görüşmeden, iki Telsim mektubunun gerçeğinin ileride gönderileceği hususunda Gosheh'in sözlü açıklamalarıyla tatmin olmasını kafa karıştırıcı bulmaktadır.

145. Dahası, Telsim'in, Davacı'nın iddia ettiği hissedarlığını kabul ettiği Delil C-26'da sunulan iki mektup, Telsim'in Türk Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği 14 ve 20 Ağustos 2003 belgeleriyle açıkça çelişmektedir.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> 12 Ekim 2009 tarihli Dirk Knottenbelt (Houthoff Buruma)'ten Martina Polasek (ICSID)'e gelen mektup Delil C-24, C-25 ve C-26'nin "*hukuk büromuzda bir kasada saklandığını*" ve Houthoff Buruma "*Delil C-24 ve C-25'in gerçek nüshalarının ve Delil C-26'nın ikinci mektubunun kopyasının elinde olduğunu*" bildirmiştir.

<sup>86</sup> 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 165/9-21: "BAŞKAN: ilkinin ... *Knottenbelt'in kasasında olduğunu anlıyoruz. Doğru mudur?* Cevap (Fakes): *Evet. Elinde bir kopyası var. BAŞKAN: Kopyası mı var gerçeği mi? C: Gerçeği yok. BAŞKAN: Nereden edindiği kopya onda? C: Benden aldığı. Çünkü gerçeklerini hiç almadım.*"

Ayrıca bakınız 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 167/10-21: "BAŞKAN: ...*Peki diğer mektup ... Bu mektubu aldınız mı? Cevap (Fakes): O da kopya. BAŞKAN: Siz bir kopya mı aldınız? C: Evet.*"

<sup>87</sup> 5 Ekim 2009 tarihli Duruşma Tutanağı, 216/14-25: "Soru (Gharavi): *Mektubu açtığınızda, orijinalinin orada olmadığına ve bir kopyasını bulduğunuza şaşırdınız mı? Cevap (Fakes): Evet, şaşırdım. Daha sonradan orijinallerini alacağıma beni inandırdılar. S: 'Onlar' kim? 'Sizi inandırdılar' Kim inandırdı? C: Gosheh S: Gosheh Telsim'e veya Gosheh'e 'Orijinalleri nerede? Sadece kopyalarını aldım' diye bir faks gönderdiniz mi yoksa onu da sözlü olarak mı sordunuz? C: Sözlü olarak."*

<sup>88</sup> Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 2083, (20 Ağustos 2003), Delil R-34; ve Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 1987, (14 Ağustos 2003), Delil R-76.



146. 14 ve 20 Ağustos 2003 belgeleri, Telsim'in Ağustos 2003'teki hisse yapısını soran Türk Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) Telsim tarafından cevap olarak gönderilmiştir. Telekomünikasyon Kurumu (BTK) Telsim'in sahiplik yapısında o zaman Türk medyasında çıkan sözde değişiklik haberlerini sordu. Telsim'in, hissedarlık yapısını ve değişikliklerini içeren ayrıntılı tablolarla birlikte gönderilen, cevabı açıkça: "şirketimizin hisselerinde Türk veya yabancı kişilere herhangi bir devir girişimi olmamıştır. Bu tip devir haberleri tamamen temelsizdir" şeklindeydi.<sup>89</sup> Heyet, Telsim'in Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) Ağustos 2003'teki hissedarlık yapısını yanlış sunması için bir neden görmemektedir. Dahası, 26 Ağustos 2003 tarihinde Telsim hisselerine Türk yetkililer tarafından el konulduğu göz önünde bulundurarak, bunun yetkililerin el koyma zamanında Telsim'in hissedar kayıtlarındaki bu tip değişiklikleri ortaya çıkarması, Telsim'in sahiplik yapısında sözde değişiklik konusunun ortaya çıkması ihtimali olduğu varsayılarak açıklanabilir. Ancak bu konu, olayların yaşandığı zamanda yetkililer tarafından gündeme getirilmemiştir. Bu Telsim'in 14 ve 20 Ağustos 2003'teki belgelerinin güvenilirliğini arttırmakta ve Delil C-26'daki, Telsim "şirketimizin *Pay Defteri 21 numarasında Saba Fakes'i ... kaydetmiştir*" beyanıyla çelişmektedir.

147. Heyet davadaki bulguları göz önüne alarak, Uzan-Masoud-Fakes "anlaşmasının" taraflarının hisselerin Masoud'dan Fakes'e sözde devrini hiçbir zaman gerçekleştirme niyetinde olmadıkları ve hatta Telsim hisse senetlerinin mülkiyetini bile Fakes'e devretmeme hususunda anlaşmış oldukları sonucuna varmıştır. Bundan dolayı, Uzan-Masoud-Fakes anlaşmasında Davacı'ya hiçbir hak devredilmediğinden (bkz. yukarıda para. 137 vd.), Heyet Fakes'in anlaşmasının katkı şartını (bkz. yukarıda para. 140-141), belirli süre ve risk şartlarını yerine getirmediğine karar vermiştir. Başka bir ifadeyle, Fakes Telsim'e, ICSID Sözleşmesi m. 25(1) anlamında yatırımın var olması için gereken üç şarttan herhangi birini yerine getirecek bir yatırım yapmamıştır.

148. Fakes'in görülmekte olan davada bir yatırıma sahip olmadığı anlaşıldığından, Heyet, Fakes'in işlemlerinin Davalı Devletin kanunlarına ve yönetmeliklerine uygun olarak yapılıp yapılmadığını ve İYA'ya göre korunan bir yatırım olması için gereken meşruiyet şartını yerine getirip getirmediğini incelemeye gerek görmemektedir.

149. Davadaki bulgular göz önüne alındığında, Saba Fakes tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan mevcut dava Merkez'in ve bu Heyet'in yargılama yetkisine girmemektedir.

---

<sup>89</sup> Telsimin Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK) gönderdiği Mektup No. 1987, (14 Ağustos 2003), Delil R-76.



### C. Masrafların Paylaştırılması

150. 2 Aralık 2009 tarihinde Taraflar Masraf Raporlarını sunmuşlardır. Davalı 11 Aralık 2009 dilekçesinde Raporunu düzeltmiştir.

151. Davacı avukatlık ücreti ve masraf olarak 756.156,10 € ödediğini belirtmiştir. Peşin olarak ICSID ve Heyet'e masraflar için 239.970 ABD\$ ödemiştir. Davalı avukatlık ücreti ve masraf olarak toplam 1.496.248,49 ABD\$ ödeme yaptığını belirtmiştir. ICSID yargılaması için yapılan masraflara katılımı ise 239.880 ABD\$'dır.

152. ICSID Sözleşmesi m. 61(2) ve ICSID Tahkim Kuralları 28. kuralı uyarınca, bir tahkim heyetinin, tahkim masraflarını ve avukatlık ücreti ve masraflarını taraflar arasında dağıtma konusunda, kaybeden tarafın bütün tahkim masrafları ve iki tarafın yapmış olduğu bütün avukatlık ücretleri ve masrafları yüklenmesine hükmetme de dahil, takdir yetkisi vardır.

153. Heyet, Davacı'nın Merkez'e sunduğu iddiasının dayandığı işlemin -sadece kağıt üzerinde bir işlem olduğu- herhangi bir hukuki sonuç doğurmadığı ve ICSID m. 25(1) ve İYA m. 1(b) anlamında yatırımın şartlarını açıkça taşımadığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak Heyet, Davacı'nın bütün kendi avukatlık ücreti ve masrafları ve 365.000 ABD\$ tutan tahkim masrafını, yüklenmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>90</sup>

154. Yine aynı nedenlerle, Heyet Davacı'nın, Davalı'nın avukatlık ücreti ve masrafını yüklenmesi gerektiği kararını vermiştir. Merkez'in açıkça yargılama yetkisi kapsamı dışındaki bir konuda dava açan taraf desteklenmemelidir ve bu tip gereksiz yargılamaların yapılmasının tüm riskini karşılamalıdır. Uyuşmazlık konusu olan miktar ve Tarafların iddialarının niteliği göz önüne alındığında, Heyet Davalı'nın avukatlık masraflarını makul bulmuş ve Davacı'nın Davalı'ya 1.496.248,49 ABD\$ ödemesine karar vermiştir.

155. Sonuç olarak, Davacı'nın Davalı'ya, Davalı'nın ICSID'e masraflar için ödediği pay olan 182.500 ABD\$ ve Davalı'nın avukatlık ücret ve masrafı olan 1.496.248,49 ABD\$ ödemesine karar verilmiştir.

---

<sup>90</sup> ICSID Sekreteryası dava masrafına ilişkin mali bildirimini Taraflara süreç içinde gönderecektir.

## VI. KARAR

156. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Tahkim Heyeti oybirliğiyle:

- Söz konusu uyuşmazlıkta Merkez'in ve Tahkim Heyeti'nin yargılama yetkisi olmadığına;
- Davacı'nın bütün avukatlık ücreti ve masraflarını, tahkim masraflarını ve Davalı'nın avukatlık ücreti ve masraflarını yüklenmesine;
- Davacı'nın Davalı'ya bu tahkim masrafları dolayısıyla ödediği pay olan 182.500 ABD\$ ve Davalı'nın avukatlık ücret ve masrafı olan 1.496.248,49 ABD\$'ını ödemesine karar vermiştir.

Prof. Hans van Houtte, Tarih: 8 Temmuz 2010

Dr. Laurent Lévy, Tarih: 2 Temmuz 2010

Prof. Emmanuel Gaillard, Tarih: 12 Temmuz 2010

# AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANINDAN YATIRIM TAHKİMİNİ İLGİLENDİREN ÖNEMLİ BİR KARAR: ACHMEA KARARI <sup>1</sup>

(Büyük Daire)

(Dava:C-284/16, 06.03.2018)

*Çeviren: Arş. Gör. Süleyman Yasir ZORLU <sup>2</sup>*

(Ön karar için başvuru — Hollanda Kraliyeti ile Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti arasında 1991’de imzalanan iki taraflı yatırım anlaşması ve halen Hollanda Kraliyeti ile Slovak Cumhuriyeti arasında geçerli — Bir Akit Tarafın yatırımcısının diğer Akit Taraf ile uyuşmazlık yaşaması halinde bir hakem heyeti nezdinde dava açabilmesini sağlayan hüküm — Avrupa Birliğinin İşleyişine dair Anlaşma’nın 18., 267. ve 344. maddeleri ile uyum — “Mahkeme veya heyet” kavramı — AB hukukunun bağımsızlığı)

C-284/16 sayılı dava,

Avrupa Birliğinin İşleyişine dair Anlaşmanın (“TFEU”) 267. Maddesi uyarınca Alman Yargıtay’ının (Bundesgerichtshof) 3 Mart 2016 tarihli kararıyla, Avrupa Birliği Adalet Divanı’na 23 Mayıs 2016 tarihinde ulaşan ön karar TALEBİ üzerine açılmıştır. Davanın tarafları,

**Slovak Cumhuriyeti**

v.

**Achmea BV,**

**DİVAN (Büyük Daire),**

K. Lenaerts, Başkan, A. Tizzano (Raportör), Başkan Yardımcısı, M. Ilešič, L. Bay Larsen, T. Von Danwitz, J. Malenovský ve E. Levits, Daire Başkanları, E. Juhász, A. Borg Barthet, J.-C. Bonichot, F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos, M. Vilaras and E. Regan, Hakimlerinden oluşmaktadır.

Hukuk sözcüsü: M. Wathelet,

Katip: K. Malacek, Yönetici,

<sup>1</sup> Karar İngilizceden tercüme edilmiştir ve karar için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-284/16> .

<sup>2</sup> Araştırma Görevlisi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD, syzorlu@fsm.edu.tr.

Yazılı usul dikkate alınarak ve 19 Haziran 2017 tarihli celseye istinaden,

- Slovak Cumhuriyeti'ni temsilen avukatlar M. Burgstaller ve K. Pörnbacher,
- Achmea BV'yi temsilen avukatlar M. Leijten, D. Maláčová, H. Bälz, R. Willer ve A. Marsman,
- Alman Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, T. Henze,
- Çek Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, M. Smolek, J. Vláčil ve M. Hedvábná,
- Estonya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, K. Kraavi-Käerdi ve N. Grünberg,
- İspanya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, S. Centeno Huerta and A. Rubio González,
- Fransa Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, D. Colas and D. Segoin,
- İtalyan Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, G. Palmieri ve S. Fiorentino,
- Kıbrıs Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, E. Symeonidou and E. Zachariadou,
- Letonya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, I. Kucina ve G. Bambāne,
- Macar Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, M.Z. Fehér ve G. Koós,
- Hollanda Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, M. Bulterman ve J. Langer,
- Avusturya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, C. Pesendorfer and M. Klamert,
- Polonya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, B. Majczyna, L. Bosek, R. Szczech and M. Cichomska,
- Romanya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, R.H. Radu ve danışman sıfatıyla R. Mangu ve E. Gane,
- Finlandiya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, S. Hartikainen,
- Avrupa Komisyonu'nu temsilen, vekil sıfatıyla, T. Maxian Rusche, J. Baquero Cruz, L. Malferrari ve F. Erlbacher,

tarafından sunulmuş görüşlerin değerlendirilmesinin ardından ve Hukuk Sözcüsü'nün 19 Eylül 2017 tarihli oturumdaki görüşü dinlendikten sonra, aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

## **Karar**

1. Ön kararın verilmesi için yapılan bu talep, TFEU Madde 18, 267 ve 344'ün yorumlanmasına ilişkindir.

2. Bu talep; Slovak Cumhuriyeti ve Achmea BV arasında, Hollanda Kraliyeti ile Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan karşılıklı Yatırımların Korunması ve Teşviki Anlaşmasıyla yetkilendirilen hakem heyetinin 7 Aralık 2012 tarihinde verdiği hakem kararıyla ilgili olarak gerçekleştirilen işlemler sırasında yapılmıştır.

## **Hukuki Çerçeve**

### ***Yatırım Anlaşması***

3. Yatırım anlaşması 1991'de imzalanmış ve 1 Ocak 1992'de yürürlüğe girmiştir. Yatırım anlaşmasının 3. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak akit taraflar; diğer tarafın yatırımcılarının yatırımlarına karşı adil ve hakkaniyete uygun muamele edeceklerini temin etmeyi ve bu yatırımların işletilmesi, sürdürülmesi, kullanımı, faydanılması ve elden çıkarılmasına makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerle engel olmamayı taahhüt etmişlerdir. Yatırım anlaşmasının 4. maddesi uyarınca, her akit tarafı gereksiz kısıtlamalar veya kar, faiz ve temettüer gibi yatırıma ilişkin ödemelerde gecikme olmaksızın serbestçe değiştirilebilir para birimi ile serbest transferi garanti etmektedir.

4. Yatırım anlaşmasının 8. maddesi şu şekildedir:

1. Bir Akit Tarafı ile diğer Akit Tarafının bir yatırımcısı arasında söz konusu yatırımcının yatırımıyla ilgili bütün uyuşmazlıklar mümkün olduğunca dostane bir şekilde çözümlenmelidir.
2. Eğer uyuşmazlık herhangi bir tarafın dostane çözüm yöntemi talebinden itibaren altı ay içerisinde dostane bir şekilde çözümlenmezse; her Akit Tarafı, birinci paragrafta belirtilen ilgili uyuşmazlığı bir hakem heyetine sunmaya bu anlaşma ile rıza göstermiştir.
3. İkinci paragrafta belirtilen hakem heyeti her bir dava için şu şekilde teşkil edilecektir; uyuşmazlığa taraf olan her kişi, hakem heyetinin bir üyesini atayacak ve atanana bu iki üye birlikte, üçüncü bir ülkenin vatandaşını olan bir kişiyi hakem heyetinin başkanı olarak seçecektir. Uyuşmazlığın tarafları hakem heyetine atayacakları üyeyi iki ay içerisinde atamalıdır ve hakem heyeti başkanı ise yatırımcının ilgili uyuşmazlığı hakem heyetine sunacağına dair kararını diğer Akit Tarafına bildirdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde atanmalıdır.

4. Eğer yukarıda belirtilen süreler kapsamında atamalar yapılmamışsa, uyuşmazlık taraflarından herhangi birisi Stockholm Ticaret Odası Tahkim Merkezi Başkanı'nı gerekli atamaları yapması için davet edebilir. Eğer Tahkim Merkezi Başkanı, Akit Taraflardan birinin vatandaşı ise veya başka bir nedenden dolayı bu görevi yerine getiremiyorsa o zaman Başkanvekili gerekli atamaları yapması için davet edilmelidir. Eğer Başkanvekili de Akit Taraflardan birinin vatandaşı ise veya başka bir nedenden dolayı bu görevi yerine getiremiyorsa o zaman Tahkim Merkezi'nin Akit Taraflardan birinin vatandaşı olmayan en kıdemli üyesi gerekli atamaları yapmak üzere davet edilmelidir.
5. Hakem heyeti, tahkim yargılama usulünü Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Tahkim Kurallarını uygulayarak belirlemelidir.
6. Hakem heyeti aşağıdaki hukuk ve hükümleri dikkate alarak karar vermelidir fakat bu kurullarla sınırlı değildir:
  - İlgili Akit Tarafında yürürlükte olan hukuk,
  - Yatırım Anlaşmasının ve Akit Taraflar arasındaki ilgili diğer anlaşmaların hükümleri,
  - Yatırıma ilişkin özel anlaşmaların hükümleri,
  - Uluslararası hukukun genel ilkeleri.
7. Hakem heyeti kararını çoğunluğun oylarıyla alır ve bu karar tarafları bağlayıcı ve kesindir.

### ***Alman hukuku***

5. Alman Usul Kanunu'nun (Zivilprozessordnung) 1059. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bir hakem heyeti kararının sadece bu maddede yer alan ve tahkim anlaşmasının taraflarca tabii kılındığı kanuna göre geçersiz olması ile ilgili hakem kararının tanınması ve tenfizinin kamu düzenine aykırı olması gibi nedenlerin de dahil olduğu gerekçelerden birinin varlığı halinde iptal edilebilmektedir.

### **Ana davadaki uyuşmazlık konusu ve ön karar için iletilen sorular**

6. 1 Ocak 1993'te Slovak Cumhuriyeti, Çek ve Slovak Federal Cumhuriyetinin, mirasçı devleti olarak ilgili devletin Yatırım Anlaşması kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini üstlenmiş ve 1 Mayıs 2004'te Avrupa Birliği'ne girmiştir.

7. Sağlık sistemi reformunun bir parçası olarak Slovak Cumhuriyeti, Slovak pazarını 2004 yılında milli şirketlere ve özel hastalık sigorta servisi sunan diğer Üye Ülke şirketlerine açmıştır. Hollandalı bir sigorta şirketi grubuna dahil olan Achmea şirketi, hastalık sigorta kurumu olarak gerekli izinleri aldıktan sonra sermaye aktardığı ve Slovak pazarından özel hastalık sigorta hizmeti sunduğu bir şubeyi Slovakya'da açmıştır.

8. 2006'da Slovak Cumhuriyeti özel hastalık sigorta pazarının serbestleştirilmesini kısmen durdurmuştur. Özellikle, 25 Ekim 2017'deki bir kanun ile, Slovak Cumhuriyeti özel hastalık sigorta faaliyetlerini sonucunda elde edilen gelirlerin dağıtımını yasaklamıştır. Ayrıca Slovak Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin (Ústavný súd Slovenskej republiky) 26 Ocak 2011'de vermiş olduğu ve bu yasağın Slovak anayasasına aykırı olduğu yönündeki bir karar sonrasında Slovak Cumhuriyeti 1 Ağustos 2011'de yürürlüğe giren bir yasa ile ilgili gelirlerin tekrardan dağıtımına izin vermiştir.

9. Slovak Cumhuriyeti'nin yasal tedbirlerinin kendisini zarar uğrattığını düşünen Achmea, Slovak Cumhuriyeti'ne karşı 2008 yılında ilgili Yatırım Anlaşması'nın 8. maddesi uyarınca tahkim sürecini başlatmıştır.

10. Tahkim yeri olarak Frankfurt am Main (Almanya) seçilmiştir ve Alman hukuku da tahkim yargılamasına uygulanacaktır.

11. Bu tahkim sürecinde Slovak Cumhuriyeti, hakem heyetine karşı heyetin yetkisiz olduğu itirazını ileri sürmüştür. Bu bağlamda Slovakya, AB'ye üye olmasının sonucu olarak ilgili Yatırım Anlaşması'nın 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan tahkime başvurma usulünün AB hukuku ile uyumlu olmadığını iddia etmiştir. 26 Ekim 2010'da verilen bir ara kararda hakem heyeti bu itirazı reddetmiştir. Slovak Cumhuriyeti'nin ilgili hakem kararının iptali için Alman mahkemelerinin ilk ve istinaf derecesinde yapmış olduğu başvurular başarıyla sonuçlanmamıştır.

12. 7 Aralık 2012'de verilen hakem kararı sonucunda hakem heyeti, Slovak Cumhuriyeti'ni Achmea'ya verilen zararlardan dolayı 22.1 milyon Euro ödemeye mahkum etmiştir. Slovak Cumhuriyeti bu kararı iptal etmek için Frankfurt İstinaf Mahkemesine (Oberlandesgericht Frankfurt am Main) başvurmuştur. Bu mahkemenin başvuruyu reddetmesi üzerine, Slovak Cumhuriyeti red kararına karşı Alman Yargıtay'ına (Bundesgerichtshof) temyiz başvurusunda bulunmuştur.

13. İlgili mahkeme, Slovak Cumhuriyeti'nin AB'ye 1 Mayıs 2004'te üye olmasından itibaren belirtilen Yatırım Anlaşması'nın Üye Ülkeler arasında bir anlaşma özelliğini kazanmış olduğuna ve bundan dolayı AB hukukunun kapsamına giren bir konuya dair çıkan bir uyuşmazlıkta AB hukukunun Yatırım

Anlaşması hükümlerine karşın üstünlüğünün söz konusu olacağına dikkat çekmiştir.

14. Slovak Cumhuriyeti, ilgili Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinin TFEU madde 18, 267 ve 344 ile uyumluluğu konusundaki şüphelerini ifade etmiştir. Belirtilen mahkemenin bu şüpheleri paylaşmamış olmasına rağmen, Divan'ın bu tarz sorular hakkında henüz karar vermediğinden ve bu tarz soruların, Üye Ülkeler arasındaki birçok iki taraflı yatırım anlaşmasında benzer tahkim şartlarının yer almasından dolayı, ön karar şeklinde karar verilmesi üzere Divan'a iletilmesi elzem görülmüştür.

15. İlk olarak ön kararı talep eden mahkemenin, TFEU madde 344'ün olaya ilişkin olduğu konusunda bile şüpheleri vardır. İlgili maddenin amacı ve konusu göstermektedir ki, lafzı bunu açıkça ifade etmese bile, bu hüküm Üye Ülke ile bir gerçek kişi arasındaki uyuşmazlıklarla ilgilenmemektedir.

16. Sonrasında TFEU madde 344'ün konusu, AB Anlaşmalarının uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıklar ile sınırlandırılmıştır. Ana davadaki uyuşmazlık ise bu şekilde bir dava değildir ve 7 Aralık 2012'de verilen hakem kararı sadece Yatırım Anlaşması temelinde verilmiş bir karardır.

17. Sonuç olarak, TFEU madde 344'ün amacı; AB Anlaşmaları tarafından belirlenen yetkilerin dağılımı ile Divan tarafından yerine getirilmesi sağlanan AB hukuk sisteminin bağımsızlığı güvence altına almak ve aynı zamanda Üye Ülkelerin TEU madde 4(3) uyarınca Divan ile uyumlu hareket edecekleri konusundaki yükümlülüklerinin özel bir şekilde ifade edilmesidir. Bu çerçevede Madde 344'ün AB hukukunun uygulanabileceği veya yorumlanabileceği her uyuşmazlıkta Divan'ın yetkisini güvence altına aldığı anlamı da çıkarılamamaktadır. Bu hüküm aslında Divan'ın münhasır yetkisini, Üye Ülkelerin AB Anlaşmaları ile belirtilen Divan önündeki süreçlerden yararlanmalarına ilişkin olarak korumaktadır. Fakat ana davadaki uyuşmazlık AB yargı düzeni kapsamında çözülememektedir. AB Anlaşmaları, Achmea gibi bir yatırımcının olaydaki Yatırım Anlaşması gibi iki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında bir Üye Ülkeden AB yargı düzeni içerisinde tazminat istemesine dair hukuki süreci tanzim eden bir hüküm içermemektedir.

18. İkinci olarak, ön kararı talep eden mahkeme TFEU madde 267'nin ana davadaki olayda belirtilen gibi bir tahkim şartının varlığına engel teşkil edip etmediğini sorgulamaktadır.

19. Mahkeme öncelikle tahkim sürecinin kendi başına TFEU madde 267'nin koruma amacını taşıdığı AB hukukunun yeknesak uygulanması ilkesini sağlama konusunda yetkin olmadığını gözlemlemektedir. Yatırım Anlaşmasının 8.



maddesinin 6. fıkrası bağlamında hakem heyeti AB hukukuna uygun davranmak ve hükümler arasında çatışma halinde AB hukukunu üstün kabul etmek zorunda olmasına karşın ilgili hakem heyeti Divan’a ön karar talebi iletme imkanına madde TFEU 267 anlamında “mahkeme veya heyet” olarak kabul edilmediği için sahip değildir.

20. Ön karar talepeden mahkeme; AB hukukunun yeknesak yorumlanmasının, belirtilen davada hakem kararının tenfizinden önce bir Devlet mahkemesinin ilgili hakem kararının AB hukuku ile uyumluluğunu denetlemesi ve bu süreçte gerek duyması halinde Divan’a başvuru yapılması yoluyla sağlanabileceğini düşünmektedir. Ayrıca Alman Medeni Usul Kanununun Madde 1059(2)(2)(b) uyarınca hakem kararının iptal edilmesinin nedenlerinden birisi, ilgili kararın tanınması ve tenfizinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir. Divan’ın gerçek kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümlendiği hakem kararlarına dair verdiği kararlar doğrultusunda, ülke mahkemelerinin Üye Ülke ile bir gerçek kişi arasındaki uyuşmazlığa ilişkin verilen hakem kararlarını inceleme yetkisi AB hukukunun sadece temel hükümlerinin ihlaliyle yasal olarak sınırlandırılabilir. Bu durum ana olaydaki tahkim şartının TFEU madde 267’e aykırı olduğu sonucunu doğurmamalıdır.

21. Son olarak talep eden mahkeme; Divan’ın AB’nin hukuki ve kurumsal sisteminin dışında yer alan ve ilgili anlaşmanın hükümlerinin yorumlanması ile uygulanmasından sorumlu olan özel bir mahkeme oluşturan bir uluslararası anlaşmanın, AB hukuk düzeninin bağımsızlığını zedeleyecek bir etkiye sahip olmadığı müddetçe AB hukuku ile uyumlu olduğuna dair daha önceden karar verdiğini eklemektedir. Divan; esasen ilgili uluslararası anlaşmanın mevcut hükümlerinin uygulanması veya yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıkları çözmek için dizayn edilmiş olan ve bu bağlamda ne Üye Ülke mahkeme ve heyetlerinin AB hukukunu uygulama ve yorumlama ne de bu mahkeme ve heyetlerin Divan’dan ön karar talep etme yetkilerini hatta yükümlülüklerini etkileyen bir hukuk sisteminin oluşturulmasına dair çekince koymamıştır. Ana davadaki hakem heyeti, sadece ilgili Yatırım Anlaşmasının hükümlerinin ihlaline yönelik ve bu bağlamda AB hukuku ve özellikle sermayenin serbest dolaşımına ilişkin hükümleri ışığında karar vermek üzere toplanmıştır.

22. Üçüncü olarak, talep eden mahkeme Hollandalı ve Slovak yatırımcıların aksine, bu ülkeler dışındaki Üye Ülke yatırımcılarının, Devlet mahkemesi yerine hakem heyeti nezdinde dava açamayacaklarına değinmektedir ve bu durum TFEU madde 18 hilafına ayrımcılık teşkil edebilecek önemli bir dezavantaj anlamına gelmektedir. Lakin, AB Üye Ülkeleri arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki

ayrıcılıkların sadece akit tarafı Üye Ülkeleri vatandaşlarına sunulacak şekilde kısıtlanmasının ayrımcılık teşkil etmesi ancak bu ayrımcılıkların sunulmadığı diğer Üye Ülke vatandaşlarının akit tarafı Üye Ülke vatandaşlarıyla objektif olarak kıyaslanabilir bir durumda olmaları halinde söz konusudur. Önümüzdeki olayda bu durum, karşılıklı haklar ve yükümlülüklerin sadece iki akit tarafı Üye Ülkesi vatandaşlarına uygulanmasının aralarında akdettikleri iki taraflı anlaşmanın doğal sonucu olduğundan beri, mevcut değildir.

23. Yukarıdaki müzakereleri dikkate alan Alman Yargıtay'ı dava sürecini durdurma ve şu soruları ön karar talebiyle Divan'a iletme kararını almıştır:

- (1) TFEU madde 344; Avrupa Birliği Üyesi Ülkeler arasındaki iki taraflı yatırımların korunması anlaşmasında yer alan ve akit tarafı Devletin yatırımcısının akit tarafı diğer Devletteki yatırımlarına dair bir uyuşmazlığın çıkması halinde bu devlete karşı bir hakem heyeti huzurunda yargılamayı başlatabilmesine imkan veren bir hükmün, yatırım koruma anlaşmasının Akit tarafı Devletlerden birinin Avrupa Birliği'ne üye olmasından önce akdedilmesine karşın tahkim sürecinin bu tarihten sonra başlatılması durumunda, bu hükmün uygulanmasına engel teşkil etmekte midir?

Eğer birinci soru olumsuz olarak cevaplanırsa:

- (2) TFEU madde 267 bu tarz bir hükmün uygulanmasına engel teşkil etmekte midir?
  1. ve 2. soruların olumsuz bir şekilde cevaplanması halinde;
- (3) TFEU madde 18'in birinci paragrafı, birinci soruda tasvir edilen hükmün uygulanmasına engel teşkil etmekte midir?

### **Yazılı sürecinin yeniden açılmasına dair talepler**

24. 19 Eylül 2017'de Hukuk Sözcüsü'nün Görüşünü sunmasının akabinde; Çek, Macar ve Polonya Hükümetleri 3 Kasım, 19 Ekim ve 16 Ekim tarihlerinde Mahkeme'nin Ön Bürosu'na belge ibraz ederek Mahkeme Usul Kurallarının 83. maddesi uyarınca sözlü duruşmaların yeniden açılmasını talep etmişlerdir.

25. Taleplerine ek olarak, bu hükümetler Hukuk Sözcüsü'nün Görüşüne dair anlaşmazlıklarını dile getirmişlerdir.

26. Fakat öncelikle belirtmek gerekir ki Divan'ın Mevzuatı ve Usul Kuralları, Mevzuatın 23. maddesinde belirtilen ilgili tarafların Hukuk Sözcüsü'nün Görüşüne cevaben görüş sunmalarına dair bir hüküm içermemektedir (22

Haziran 2017 tarihli karar, *Federatie Nederlandse Vakvereniging and Others*, C-126/16, EU:C:2017:489, paragraf 30).

27. İkinci olarak TFEU madde 252'nin 2. fıkrası uyarınca Hukuk Sözcüsü, tamamen bağımsız ve tarafsız hareket ederek, aleni bir mahkemede ve Mahkeme Mevzuatına uygun olarak Hukuk Sözcüsünün dahilini gerektiren davalara ilişkin gerekçeli açıklamalar yapmak zorundadır. Divan, ne Hukuk Sözcüsünün yargıları ne de bu yargılara götüren gerekçelerle bağılı değildir. Ayrıca, Hukuk Sözcüsünün Görüşünde incelediği sorulardan bağımsız olarak Hukuk Sözcüsünün Görüşü ile bir tarafın anlaşmazlığı tek başına sözlü duruşmanın tekrardan açılması için haklı sebep teşkil edemez (25 Ekim 2017 tarihli karar, *Polbud — Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804, paragraf 24 ve atıf yapılan dava).

28. Lakin Divan, Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra halen gerekli bilgilerin eksik olduğunu düşünüyorsa veya ilgili taraflar arasında daha önceden tartışılmayan bir argümana dayanılarak karar verilmesi gerekiyorsa her zaman dava sürecinin sözlü kısımlarının Mahkeme Usul Kuralları madde 83'e uygun olarak tekrarlanmasını emredebilir (22 Haziran 2017 tarihli karar, *Federatie Nederlandse Vakvereniging and Others*, C-126/16, EU:C:2017:489, paragraf 33 ve atıf yapılan dava).

29. Önümüzdeki olaydaki taleplerin Çek, Macar ve Polonya Hükümetlerinin Hukuk Sözcüsünün Görüşlerine karşı itirazlarıyla sınırlı olmasından ve önümüzdeki davadaki karara dair yeni bir argüman sunulmadığından dolayı Divan, Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra mevcutta karar verebilmek için bütün gerekli unsurlara sahip olduğunu ve bu unsurların ilgili kişiler tarafından tartışılmasına gerek olmadığını düşünmektedir.

30. Yukarıda ifade edilenleri dikkate alarak belirtmek gerekir ki sözlü duruşmanın tekrarlanmasına yönelik talepler reddedilmelidir.

## **İletilen sorunların değerlendirilmesi**

### **Soru 1 ve 2**

31. Birlikte ele alınması gereken birinci ve ikinci sorularda talep eden mahkeme esasen TFEU madde 267 ve 344'ün; Üye Ülkeler arasındaki bir uluslararası anlaşmada yer alan, Yatırım Anlaşması madde 8 gibi, ve Akit tarafı Üye Ülkelerden birinin yatırımcısının diğer Üye Ülkedeki yatırımlarına dair bir uyuşmazlık çıkması halinde bu Üye Ülkeye karşı bu Üye Ülkenin yargılama yetkisini kabul ettiği bir hakem heyeti nezdinde dava açabilmesini öngören bir hükme engel olacak şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağını sormaktadır.

32. Bu soruları yanıtlamak için, Divan'ın daha önceden verdiği kararlara uygun olarak, bir uluslararası anlaşmasının AB Anlaşmaları tarafından tanzim edilen yetkilerin dağılımını ve sonucunda Divan tarafından uyulması sağlanan AB hukuk sisteminin bağımsızlığını etkilemeyeceği tekrardan belirtilmelidir. TFEU Madde 344'te vücut bulan bu ilke uyarınca Üye Ülkeler AB Anlaşmalarının yorumlanması veya uygulanmasına dair bir uyuşmazlığın çözümü için ilgili AB Anlaşmalarında bu konu için tahsis edilmiş çözüm yöntemi dışında bir yöntemle başvuramaları konusunda taahhütte bulunmuşlardır (Görüş 2/13 (AB'nin AİHM'e üye olması) 18 Aralık 2014, EU:C:2014:2454, paragraf 201 ve atıf yapılan dava).

33. Ayrıca Divan'ın daha önceden verilmiş kararları uyarınca AB hukukunun bağımsızlığı, Üye Ülke hukukları ve uluslararası hukuk nezdinde AB'nin ve hukukunun temel karakteri özellikle de AB'nin anayasal yapısı ve AB hukukunun mevcut mahiyeti dikkate alınarak haklı bulunmuştur. AB hukuku; bağımsız bir hukuk kaynağı olan AB Anlaşmalarından ortaya çıkması, Üye Ülke kanunlarından üstün olması ve Üye Ülkeler ile vatandaşlarına doğrudan uygulanan birçok hükmünün bulunması gibi özelliklere sahiptir. Bu özellikler sonucunda; ilkeler, kurallar ile AB ve Üye Ülkeleri birbirine bağlayan ve Üye Ülkeleri de kendi aralarında birbirleri ile bağlayan karşılıklı birbirine bağımlı hukuki ilişkilerden doğan yapısal bir ağ oluşmuştur (bkz, bu etki için, Görüş 2/13 (AB'nin AİHM'e üye olması) 18 Aralık 2014, EU:C:2014:2454, paragraflar 165-167 ve atıf yapılan dava).

34. AB hukuku; her Üye Ülkenin diğer Üye Ülkelerle paylaştığı temel öncüller üzerine inşa edilmiştir ve TEU madde 2'de de belirtildiği üzere AB'nin temelini oluşturan ortak değerlerin bu ülkeler tarafından paylaşıldığını tanımaktadır. Bu öncül, bahsedilen ortak değerlerin tanınacağı ile bu değerleri hayata geçiren AB hukukuna saygı duyulacağı konusunda Üye Ülkeler arasındaki karşılıklı güvenin varlığına işaret etmekte ve bu varlığı meşrulaştırmaktadır. Bu bağlamda Üye Ülkeler, TEU madde 4(3)'ün birinci alt bendinde belirtilen samimi işbirliği ilkesinden dolayı, AB hukukuna saygıyı ve bu hukukun uygulanmasını kendi bölgelerinde sağlamakla ve bu amaca uygun olarak AB Anlaşmalarından veya AB'nin kurumlarının eylemlerinden kaynaklı yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli her türlü genel veya özel tedbiri almakla yükümlüdür (Görüş 2/13 (AB'nin AİHM'e üye olması) 18 Aralık 2014, EU:C:2014:2454, paragraf 168 ile 173 ve atıf yapılan dava).

35. AB Hukukunun bağımsızlığını ve kendine has özelliğini korumak için AB Anlaşmaları, AB Hukukunun yorumlanmasındaki birlik ve tutarlılığı sağlama adına bir hukuki sistem oluşturmuşlardır (Görüş 2/13 (AB'nin AİHM'e üye

olması) 18 Aralık 2014, EU:C:2014:2454, paragraf 174).

36. Bu bağlamda, TEU Madde 19 uyarınca, bütün Üye Ülkelerde AB hukukunun tamamen uygulanmasını ve bu hukuk kapsamında bireylerin haklarının hukuken korunmasını sağlamak Divan'ın, ülke mahkeme ve heyetlerinin görevidir (bkz., bu sonuç için, Görüş 1/09 (Tek bir patent dava sistemi kurulmasına yönelik Anlaşma) 8 Mart 2011, EU:C:2011:123, paragraf 68; Görüş 2/13 (AB'nin AİHM'e üye olması) 18 Aralık 2014, EU:C:2014:2454, paragraf 175; ve 27 Şubat 2018 tarihli karar, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, paragraf 33).

37. Bilhassa, bahsedilen hukuk sisteminin sahip olduğu TFEU madde 267'de düzenlenen kilit taşı niteliğindeki ve bir mahkeme ile diğeri arasında özellikle de Divan ile Üye Ülke mahkeme ve heyetleri arasında bir diyalog görevi gören ön karar süreci; aynı zamanda bu hukukun tutarlılığını, tam etkisini, bağımsızlığını ve en nihayetinde AB Anlaşmaları tarafından oluşturulan muayyen mahiyetini korumaya hizmet etmek suretiyle AB hukukunun yeknesak yorumlanmasını koruma amacına sahiptir (Görüş 2/13 (AB'nin AİHM'e üye olması) 18 Aralık 2014, EU:C:2014:2454, paragraf 176 ve atf yapılan dava).

38. Ön karar talebiyle iletilen birinci ve ikinci sorular bu değerlendirmeler ışığında cevaplanmalıdır.

39. Öncelikle, Yatırım Anlaşması'nın 8. maddesi uyarınca kurulan hakem heyetinin incelediği uyuşmazlıkların AB hukukunun uygulanması veya yorumlanmasına ilişkin olup olmadıkları tespit edilmelidir.

40. Her ne kadar Achmea; Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinin geniş lafzına rağmen hakem heyetinin sadece Yatırım Anlaşmasının muhtemel ihlali hakkında karar vereceğini ileri sürse de bunun yapılması için ilgili heyetin Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinin 6. fıkrası uyarınca ilgili akit tarafta yürürlükte olan hukuku ve akit taraflar arasındaki diğerkonuya ilişkin anlaşmaları dikkate alması gerekmektedir.

41. AB Hukukunun yukarıdaki 33. paragrafta belirtilen mahiyeti ve karakteri dikkate alındığı vakit, bu hukukun hem her Üye Ülkede yürürlükte olan hukuku biçimlendiren bir parça olduğu ve hem de Üye Ülkeler arasındaki uluslararası anlaşmadan doğduğu hesaba katılmalıdır.

42. Çift yönlü olan bu temel bağlamında Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinde belirtilen hakem heyeti, AB hukukunun özellikle de sermayenin serbest dolaşımı ve iş kurma hakkı dahil olmak üzere temel özgürlükleri ilgilendiren hükümleri yorumlamak ve nitekim uygulamak amacıyla çağrılmış olabilir.

43. İkincil olarak, madde 8’de belirtilen hakem heyetinin AB hukuk sistemi içerisinde yer alıp almadığı ve bilhassa TFEU madde 267 anlamında bir Üye Ülke mahkemesi veya heyeti olup olmadığı belirlenmelidir. AB hukuk sistemi içerisinde Üye Ülkeler tarafından tesis edilen bir heyet olmanın sonucu, bu heyetin kararlarının AB kurallarının tam verimliliğini sağlamaya muktedir olan mekanizmalara konu olabilmesidir (bkz., bu sonuç için, Görüş 1/09 (Tek bir patent dava sistemi kurulmasına yönelik Anlaşma) 8 Mart 2011, EU:C:2011:123, paragraf 82 ve atıf yapılan dava).

44. 12 Haziran 2014’te kararı verilen davada, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), Divan olaydaki heyetin “Üye Ülke mahkemesi veya heyeti” statüsüne sahip olduğu sonucunu, ilgili heyetin Portekiz anayasası tarafından bizatihi düzenlenen vergi uyumsuzluklarının yargısal çözüm sisteminin bir parçası olmasından çıkarmıştır (bkz., bu sonuç için, 12 Haziran 2014 tarihli karar, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754), paragraflar 25 ve 26).

45. Ana davadaki hakem heyeti, Slovak veya Hollanda hukuk sisteminin bir parçası değildir. Aslında bu durum, Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinin varlığının temel nedenlerinden biri olan ve iki Üye Ülke mahkemelerinin yapısı ile kıyaslandığında hakem heyetinin istisnai mahiyetidir.

46. Ana davada belirtilen hakem heyetinin bu özelliği, ilgili heyetin TEFU madde 267 anlamında “bir Üye Ülkenin” mahkemesi veya heyeti olarak sınıflandırılmayacağı anlamına gelmektedir.

47. Divan, birçok Üye Ülkede sıkça rastlanılan bir mahkemenin, mesela Benelüks Adalet Divanı, neden herhangi bir Üye Ülke mahkemesi veya heyeti ile aynı şekilde Divan’a ön karar için sorular iletemeyeceği konusunda mantıklı bir gerekçe olmadığı kanaatindedir (bkz., bu sonuç için, 4 Kasım 1997 tarihli karar, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, EU:C:1997:517, paragraf 21, ve 14 Haziran 2011 tarihli karar, *Miles and Others*, C-196/09, EU:C:2011:388, paragraf 40).

48. Lakin, ana davadaki hakem heyeti Benelüks Adalet Divanı gibi birçok Üye Ülkede yaygın olan bir mahkeme değildir. Benelüks Adalet Divanı, üç Benelüks Ülkesindeki ortak hukuk kuralların yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlama görevine sahip ve bu Divan önündeki süreç ortak Benelüks hukuk kurallarının nihai olarak yorumlanmasına götüren ülke mahkemelerinin önündeki süreçler içerisinde bir basamak iken ana davadaki hakem heyeti Üye Ülke hukuk sistemleri ile bu şekilde bağlantılara sahip değildir (14 Haziran 2011 tarihli karar, *Miles and Others*, C-196/09, EU:C:2011:388, paragraf 41).

49. Bu bağlamda Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinde belirtilen heyet, TFEU madde 267 anlamında “bir Üye Ülkenin mahkemesi veya heyeti” olarak görülemeyecektir ve bundan dolayı Divan’a ön karar için başvuruda bulunmaya yetkili değildir.

50. Bu olaylar neticesinde üçüncül olarak tespit edilmesi gereken husus; bu heyetin verdiği hakem kararının, bilhassa TEU madde 19’a uygun olarak bir Üye Ülke mahkemesi tarafından hakem heyetinin değinmesi gerekebilecek AB hukuku meselelerinin Divan’a ön karar başvurusu şekilde iletilebilmesini sağlama maksadıyla, gözden geçirilip geçirilemeyeceğidir.

51. Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinin 7. fıkrası kapsamında hakem heyeti kararının nihai olduğuna dikkat edilmelidir. Ayrıca Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinin 5. fıkrasına göre hakem heyeti UNCITRAL tahkim kurallarını uygulayarak kendi yargılama usulünü ve bilhassa kendi tahkim yerini ve önündeki uyuşmazlığı sonlandıracağı kararın geçerliliğinin hukuken incelenme usulüne uygulanacak hukuku bizzat belirlemek zorundadır.

52. Mevcut davada Achmea tarafından başvuru hakem heyetinin Frankfurt am Main’ı tahkim yeri olarak seçmesi Alman hukukunu, 7 Aralık 2012’de verilen kararın geçerliliğinin hukuken incelenme usulüne uygulanacak hukuk yapmıştır. Bu durum Slovak Cumhuriyetinin, uyuşmazlık tarafı olarak, hakem kararının hukuken incelenmesi için Alman hukukuna uygun olarak yetkili Alman mahkemesi önünde yargılamayı başlatmasına imkan vermiştir.

53. Lakin, bu tarz bir yargısal inceleme ancak ilgili ülke hukukunun izin verdiği ölçüde ilgili mahkeme tarafından yapılabilmektedir. Alman Usul Kanunu madde 1059(2) ise sadece sınırlı ve bilhassa uygulanan hukuk kapsamında tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile hakem kararının tanınması ve tenfizinin kamu düzeni ile tutarlılığı özelinde bir inceleme öngörmektedir.

54. Ticari tahkime ilişkin olarak Divan; verimli bir tahkim yargılamasının şartlarının, hakem kararının Üye Ülke mahkemeleri tarafından kapsamı sınırlı olarak gözden geçirilmesini eğer AB hukukunun temel hükümleri bu gözden geçirme sırasında incelenebiliyorsa ve gerektiğinde Divan’a ön karar için başvuru konusu olabiliyorsa, haklı kıldığı kanaatindedir (bkz., bu sonuç için, 1 Haziran 1999 tarihli karar, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, paragraflar 35, 36 ve 40, ve 26 Ekim 2006 tarihli karar, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, paragraflar 34-39).

55. Fakat, Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinde belirtilen tahkim yargılaması ticari tahkim yargılamasından farklıdır. Ticari tahkim tarafların serbestçe ifade

ettikleri iradelerinden ortaya çıkmasına karşı yatırım tahkimi Üye Ülkelerin anlaşarak kendi ülke mahkemelerinin yargılama yetkisinden ve böylece TEU 19.maddesinin 1.fıkrasının ikinci alt bendi uyarınca AB hukukunun kapsadığı alanlarda, AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair uyumsuzluklarda, oluşturulması gereken kanun yollarının yetkisinden ayrıldıkları bir anlaşmadan doğmaktadır (bkz., bu sonuç için, 27 Şubat 2018 tarihli karar, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, paragraf 34). Bu durumda önceki paragrafta ticari tahkime ilişkin yapılan değerlendirmeler, Yatırım Anlaşmasının 8. maddesindeki tahkim yargılamasına tatbik edilemeyecektir.

56. Sonuç olarak Yatırım Anlaşmasının 8.maddesinde belirtilen ve yukarıdaki 39 ile 55. paragraflar arasında ortaya konan hakem heyetinin tüm özellikleri dikkate alındığı vakit; Yatırım Anlaşmasının imzalanmasıyla birlikte anlaşmaya taraf olan Üye Ülkeler, yatırımcı ile Üye Ülke arasındaki uyumsuzlukların çözümü için, her ne kadar bu uyumsuzlukların AB hukukunun uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin olabilmelerine rağmen AB hukukunun tam etkinliğini sağlayacak bir şekilde bu uyumsuzlukların çözümlenmesine engel olan bir sistem tesis etmişlerdir.

57. Divan'ın daha önce verdiği kararlar uyarınca, anlaşma hükümlerini yorumlamak için kurulan ve kararları kurumları, Divan dahil, bağlayan bir mahkemeyi öngören bir uluslararası anlaşmanın prensip olarak AB hukuku ile uyumlu olduğu aşikardır. Uluslararası ilişkiler alanında AB'nin yetkisi ve uluslararası anlaşmalar imzalama ehliyeti, ister istemez AB ve hukukunun bağımsızlığına saygı duyulan, ilgili anlaşmanın hükümlerinin yorumlanması ile uygulanması için düzenlenen ve oluşturulan bir mahkemenin kararlarına uyma gücünü beraberinde getirmektedir (bkz., bu sonuç için, Görüş 1/91 (EEA Anlaşması — I) 14 Aralık 1991, EU:C:1991:490, paragraflar 40 ve 70; Görüş 1/09 (Tek bir patent dava sistemi kurulmasına yönelik Anlaşma) 8 Mart 2011, EU:C:2011:123, paragraflar 74 ve 76; Görüş 2/13 (AB'nin AİHM'e üye olması) 18 Aralık 2014, EU:C:2014:2454, paragraflar 182 ve 183).

58. Lakin mevcut olayda Yatırım Anlaşmasının 8. maddesinde belirtilen hakem heyetinin yetkisi kapsamında olan uyumsuzlukların AB hukukunun ve ilgili yatırım anlaşmasının yorumlanmasına ilişkin olmalarını bir kenara bırakırsak bu uyumsuzlukların AB hukuk sisteminin parçası olmayan bir kuruma ibraz edilmesi ihtimali AB'nin bizzat kendisi tarafından değil Üye Ülkeler tarafından imzalanan bir anlaşma ile sağlanmıştır. Yatırım Anlaşmasının 8. maddesi; sadece Üye Ülkeler arasındaki karşılıklı güven ilkesini değil aynı zamanda AB Anlaşmaları tarafından oluşturulan ve TFEU madde 267'de belirtilen ön karar yargılamasıyla



sağlanan hukukun hususi mahiyetinin muhafaza edilmesinin de yerindeliiğini sorgulamak gibidir ve bundan dolayı yukarıdaki 34. paragrafta değinilen samimi işbirliği ilkesi ile uyumlu değildir.

59. Bu durumda, Yatırım Anlaşmasının 8. maddesi AB hukukunun bağımsızlığı üzerinde olumsuz bir etkiye sahiptir.

60. Sonuç olarak, 1. ve 2. sorulara cevap şudur ki TFEU madde 267 ve 344; Üye Ülkeler arasındaki bir uluslararası anlaşmada yer alan, Yatırım Anlaşması madde 8 gibi, ve Akit tarafı Üye Ülkelerden birinin yatırımcısının diğer Üye Ülkedeki yatırımlarına dair bir uyuşmazlık çıkması halinde bu Üye Ülkeye karşı bu Üye Ülkenin yargılama yetkisini kabul ettiği bir hakem heyeti nezdinde dava açabilmesini öngören bir hükme engel olacak şekilde yorumlanmalıdır.

### **Soru 3**

61. Soru 1 ve 2'nin cevapları göz önüne alındığında, 3.soruya cevap verilmeye gerek yoktur.

### **Masraflar**

62. Buradaki yargılamalar, esas yargılamalardaki taraflar için ulusal mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğunda; masraflar hakkındaki karar ulusal mahkemeye aittir. Divan'a görüş sunarken yapılan masraflar, tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu sebeplere dayalı olarak Divan (Büyük Daire) şu şekilde karar vermiştir:

TFEU madde 267 ve 344; Üye Ülkeler arasındaki bir uluslararası anlaşmada yer alan, Hollanda Kraliyeti ile Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti arasındaki yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki Anlaşması madde 8 gibi, ve Akit tarafı Üye Ülkelerden birinin yatırımcısının diğer Üye Ülkedeki yatırımlarına dair bir uyuşmazlık çıkması halinde bu Üye Ülkeye karşı bu Üye Ülkenin yargılama yetkisini kabul ettiği bir hakem heyeti nezdinde dava açabilmesini öngören bir hükme engel olacak şekilde yorumlanmalıdır.

[İmzalar]



# CEZA EVRİMİNİN İKİ KANUNU<sup>1</sup>

**Yazar: Emile Durkheim**

*Çeviren: Hâkim Burak POLAT<sup>2</sup>*

Toplumsal bilimlerin mevcut durumu içerisinde, çoğunlukla müşterek yaşamın sadece en genel görünümüleri anlaşılabilir düzenlemelerle ifade edilebilir. Muhakkak ki, sadece genel ve bütüncül tahminlere ulaşabilmiş olsalar da bu görünüm de faydasız değildir. Onlar soruna yapılmış ilk entelektüel hücumu ifade eder ve ana hatlarıyla ortaya koymuş olsalar da daha isabetli sonuçlara ulaşılacak şartların teşkilinde elzemdirler.

Bu çekincelerle birlikte, bize göre cezai (*repressive*) sisteme yön vermiş olan iki kanunu incelemeye çalışacağız. Şu kesinlikle açık ki ulaşacağımız sadece en genel değişkenler olacak; fakat kusurları olsa dahi bu derece karışık veri yığınının asgari bir düzen içinde ortaya koymayı başarabilirsek çabamız beyhude olmayacaktır.

Ceza uygulamasının tarihinde ortaya çıkan değişkenler iki türdür; nicel ve nitel. Doğal olarak her iki türe ilişkin kanun da farklıdır.

## **I. Nicel Değişimler Kanunu**

Bu kanun şu şekilde ifade edilebilir: *“Toplum daha az gelişmiş tipte ve merkezi güç daha mutlak karakterde oldukça cezanın sertliği artmaktadır.”*

Bu ifadenin ne anlama geldiğini açıklamakla başlayalım.

İlk etkenin fazlaca bir tanımlamaya ihtiyacı yoktur. Bir toplumun diğerinden az veya çok gelişmiş olduğunun tayini görece olarak kolay bir iştir. Bizim sadece onların ne derece müesses olduklarına, bu noktada birbirlerine denk iseler hangisinin daha örgütlü olduğuna bakmamız gerekir. Dahası toplumlar arasındaki bu hiyerarşi, toplum tiplerinin tek ve doğrusal bir dizilim üzere olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine bu dizilimin az çok birbirinden farklı kolları olan bir ağaç olarak tasavvur edilmesi daha mümkündür.<sup>3</sup> Bu ağaçta toplumlar ortak

---

<sup>1</sup> Bu makale Prof. William Jeffrey Jr.'ın Cincinnati Law Review'in 1969 yılı 38 cilt 1 numaralı sayısında yayımlanan “Two Laws of Penal Evolution” adlı çevirisi esas alınarak Cincinnati Üniversitesi'nden alınan 07.02.2018 tarihli izinle Burak POLAT tarafından hazırlanmıştır.

<sup>2</sup> Hâkim, e-mail: motpolat@gmail.com

<sup>3</sup> E. Durkheim, Les Regles de la Methode Sociologique 20 (1893) [The Rules of Sociological Method adıyla S. Salovay ve J.Muller tarafından çevrilmiştir. (Şikago, 1938)]

kaynaklarından değişen uzaklıkta olmak üzere birbirinden daha yüksekte veya alçakta konumlanmışlardır. Ancak bu şartlar çerçevesinde ortaya konacak bir bakış açısıyla toplumların genel evrimi hakkında konuşmamız mümkün olacaktır.

Ortaya koyduğumuz ikinci etkenin ise daha geniş bir muhakemeye ihtiyacı vardır. Başka bir toplumsal kurum ile karşı karşıya geldiğinde doğal olarak iktidar gücünü dengeleyecek veya ona etkili bir sınırlama getirecek herhangi bir imkan olmadığında bu gücün mutlak olduğunu söyleyebiliriz. Hiç bir sınırlamanın olmadığı bir durum vaki değildir; hatta böyle bir halin akla uygun olmadığı da söylenebilir. En güçlü iktidarlarda dahi gelenek ve dini inançlar birer kontrol kurumu olarak hizmet etmektedir. Dahası, kendini öne sürüp direnmekle mükellef ikincil toplumsal yapılar her zaman mevcuttur. Üstün bir düzenleyici gücün üzerine uygulandığı hiçbir tali güç asla tamamen bireysel gayretten mahrum değildir. Buna rağmen bu olgusal sınırlamaların, anılan güç uygulamasını yürüten iktidar üzerinde onu yasal olarak yükümlenici herhangi bir imkanı yoktur. İktidar bu egemen ayrıcalıklarını icra ederken yazılı ya da örfi hukuk tarafından mecbur olmadığı halde belirli bir ölçüye riayet eder. Bu halde iktidarın mutlak olarak nitelendirilebilecek bir güç uygulama tasarrufu vardır. Şüphesiz iktidar kendisinin aşırıya kaçmasına imkan verirse buna karşı çıkan toplumsal güçler de ona tepki vermek ve engel olmak üzere birleşeceklerdir. Bu muhtemel tepkinin vereceği caydırıcılıkla iktidar kendisini bir öz-kısıtlama ile sınılayabilir. Bu kısıtlama ister iktidar tarafından kendiliğinden yapılmış olsun ister ona yaptırılmış olsun esasında arızidir; kurumların olağan işleyişinin sonucu değildir. Anılan kısıtlama iktidarın kendi inisiyatifli sonucu ortaya çıkarsa lütufkar bir taviz, iktidarın yasal yetkilerinden gönüllü bir vazgeçme olarak takdim edilir. Müşterek bir direnişin sonucu olduğu zaman ise açık şekilde devrimci bir karakterdedir.

Mutlak iktidar başka bir yolla daha karakterize edilebilir. Yasal düzen iki kutup arasında seyretmektedir: Onu oluşturan ilişkiler ya tek taraflı ya da iki taraflı ve karşılıklı bir görünüm arz etmektedir. En azından bunlar ilişkilerin etrafında kümelendiği iki tiptir. Birinci tip ilişkiler, yükümlülüklerine mukabil herhangi bir hakka sahip olmayan tarafa karşı münhasıran diğerine isnad edilen haklar üzere oluşturulmuştur. İkinci tip ilişkilerde, hukuki münasebet taraflardan her birine kusursuz bir karşılıklılık üzere bahşedilen haklardan doğmaktadır. Aynı haklar, özellikle mülkiyet hakkı birinci tip ilişkinin en gelişmiş örneğini sergiler; mülkiyet hakkı sahibi kendi eşyası üzerinde bir kısım haklara sahipken eşya malik üzerinde herhangi bir hakka sahip değildir. Mübadeleye konu şeylerin (edim/fayda ) toplumsal değerinin kusursuz bir denklik içinde olduğu sözleşme,

özellikle adil bir sözleşme tipik bir karşılıklı ilişki durumudur. Şimdi, üstün gücün toplumun geri kalanıyla ilişkisi ne denli tek taraflı olursa – diğer deyişle bu ilişki malik ile eşyası arasındaki ilişkiyi andırırsa - iktidar da o denli mutlak olur. Tersine, idarenin diğer toplumsal güçlerle ilişkisi ne denli iki yanlı olma karakteri gösterirse iktidar o denli az mutlak olur. Mutlak egemenliğin en kusursuz örneği antik Roma Medeni Hukuku'nda çocuğun kişisel bir mala/köleye benzetildiği “*patria potestas*”<sup>4</sup> kurumudur.

Nitekim merkezi bir gücün az veya çok mutlak oluşunu belirleyen onu az veya çok düzeyde dengelemek üzere teşekkül etmiş karşıt bir gücün mevcut olmayışıdır. Toplumun yönetici işlemlerinin az ya da çok tek elde toplanmasının bu türde bir güce hayatiyet verdiğini öngörebiliriz. Hayati öneminden ötürü bu işlemler görüşünün alınması noktasında toplumun geri kalanı üzerinde istisnai üstünlüğü olan birinde teksif edilemez. Bu üstünlük mutlaklığı doğurur. Böyle bir yetkiyi elinde bulunduran kendini tüm müşterek kısıtlamalardan arı görüp sonucunda, en azından belli bir raddeye kadar kendi çıkar ve rahatının olduğunu düşündüğü durumda her istediğini dayatabilir. Böyle bir merkezileşme, diğerleri üzerine tahakküm edilecek ve onları kendine tabi kılacak nevişahsına münhasır yoğunluktaki bir toplumsal kuvveti açığa çıkarır. Böyle bir üstünlük kendini sadece fiiliyatta değil yasal olarak da hissettirir: Zira bu türde bir ayrıcalığın verildiği kimse insan doğasının üstünde sıradan insanların tabii olduğu mutlak yükümlülükler tabii olması tasavvur edilemeyecek bir varlık olarak görülür.

Bu çalışma her ne kadar öz ve kusurlu da olsa, en azından halen yaygın olarak hüküm süren belirli hatalara karşı bize bir ön uyarı olmaya kafi gelecektir. Şunu gerçekten görebiliriz ki- Spencer tarafından öne sürülen kafa karışıklığının aksine- iktidarın mutlaklığı idari yetkilerinin sayısına ve önemine göre değişiklik göstermez. Bunlar sayıca ne kadar çok olursa olsun, sadece bir kişinin elinde toplanmadığı sürece iktidarın mutlak olduğundan söz edilemez. Bugün başta Fransa olmak üzere önde gelen Avrupa ülkelerinde cari olan da budur. İktidarın faaliyet alanı XIV. Louis zamanındakine göre farklı yönlerde doğru genişlemiştir ancak, devletin toplum üzerinde sahip olduğu haklar buna karşılık gelen görevlerden hali değildir. Bu hakların hiçbir surette mülkiyet hakkına benzeme imkanı yoktur. Aslında cari olan durum şudur ki; üst düzey düzenleyici yetkiler sınırları belirli, bağımsız ve görece özerk birimler arasında bölüştürülmüş olmanın yanı sıra, aynı zamanda diğer sosyal görevlerin belirli iştiraki ile icra edilmektedirler. Nitekim devlet, eylemlerini bir çok noktada hissedilir kılıyor

---

<sup>4</sup> Patria Potestas : Roma'da babanın çocukları üzerinde onların ölümüne karar vermeye kadar genişleyebilen yetkileri.

ise de bu durum devletin daha mutlak hale gelmesine neden olmamaktadır. Gerçekten, aksinin olma imkanı mevcuttur ancak bunun olabilmesi için devletin elindeki karmaşıklığı artmış güçlerin yanına başka farklı koşulların da eklenmesi gereklidir. Aksine sıradan kapsamlı yetkiler devletin bu karaktere bürünmesine zemin oluşturmaz. İdari yetkilerin filyatta sayıca az ya da etkinlikten uzak oluşunun sebebi bizatihi toplumun yaşantısının genel olarak kısır ve gevşek oluşudur. Merkezi düzenleyici birimin gelişen derecelerdeki gelişimi, bireyin sinir sisteminin boyutunun organik değişimlerin önemine göre çeşitlenmesi gibi müşterek yaşamın genel gelişiminden nadiren etkilenir. Bir toplumdaki idari işlevler ancak diğer toplumsal işlevler de aynı doğaya sahip olduğunda az gelişmiş kalır; ikisi arasındaki ilişki her zaman sabittir. Sonuç olarak idari yetkiler üstünlüğünü korur ve bu yetkilerin tek bir kişide toplanması onu diğerlerinden üst bir noktaya yerleştirir; toplumun çok üzerine çıkarır. İlkel berber kralların yönetiminden daha bayağısı olmadığı gibi bu yönetimlerden daha mutlak karakterde olanı da yoktur.

Bu belirleme konumuzu daha çok ilgilendiren bir diğerine yönlendiriyor; iktidarın daha az ya da daha çok mutlak oluşu herhangi özel bir toplum tipi ile bağlantılı değildir. Gerçekten mutlak iktidar müşterek yaşamın oldukça basit olduğu yerlerde bulunabildiği gibi çok girift olduğu yerlerde de bulunabilir; bu hal diğerlerine nazaran münhasıran ilkel toplumlara özgü değildir. Şu doğrudur ki bir kimse, iktidar gücünün teksifinin, sonucu ya da belirleyici etkeni olarak her zaman toplumsal yığınin teksifine eşlik ettiğine inanabilir. Hiç de öyle değil, özellikle kralların tahttan indirilmesinden sonra Roma şehir devleti Cumhuriyetin son yüzyılına kadar bütün mutlaklıklardan arı idi; zira devleti şekillendiren değişik toplum kesimleri Cumhuriyet yönetimleri altında çok yüksek derecede bir yoğunlaşmaya ve kaynaşmaya ulaşmıştı. Gerçekten de “mutlak” olarak nitelenmeyi hak eden yönetim biçimlerine çok çeşitli toplum türlerinde rastlanabilir; 17.yüzyıl Fransasında, Roma İmparatorluğunun son döneminde ya da bir çok barbar monarşilerinde. Diğer taraftan, bir insan topluluğu farklı şartlar altında mutlak bir idareden tamamen farkı birine geçiş yapabilir. Bununla birlikte bir hayvanın bireysel mevcudiyeti sırasında türünü değiştirememesi gibi bir toplum da evrimi sırasında tipini değiştiremez. 17. ve 19. yüzyıl Fransası aynı toplum tipindedir ancak üstün düzenleyici birim dönüşüme uğramıştır. Fransız toplumunu 1. Napolyon’dan Louis Philippe ya da tersine de olsa Louis Philippe’den 3. Napolyon’a geçerken bir toplum tipinden diğerine geçtiğini kabul etmek imkansızdır. Bu tür bir değişim tür kuramına aykırı düşer.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Spence ve Steinmetz’in yaptığı gibi toplumları medeniyet seviyelerine göre sınıflamak bize

Siyasi örgütlenmenin muayyen biçimi, bu halde doğuştan toplum teşekkülünden ziyade bireysel, geçici ve tesadüfi koşullara dayanmaktadır. Bu sebepten ötürü ceza sistemlerinin evrimindeki iki etmen- toplumsal tipin doğası ve iktidar organının doğası- birbirinden dikkatlice ayrıştırılmalıdır. Bağımsız olmakla, bu iki etmen birbirinden bağımsız, hatta bazen birbirlerinin zıttı yönde hareket eder. Örneğin, ilkel bir tipten daha gelişmiş bir toplum tipine geçişte cezalandırmanın beklendiği kadar düşüş göstermediği gözlenebilir. Bunun sebebi idari örgütlenmenin toplumsal örgütlenmeyi etkisiz kılmasıdır. Bu süreç oldukça girifttir.

Bizim açıklanan konunun formülasyonu ile gerçeklere uygunluğunu göstermemiz gerekmektedir. Tüm halkların ya da milletlerin göz önüne alınması hususunun bahis dışı bırakılması ile karşılaştırma için ceza kurumları belirli bir gelişme düzeyine ulaşmış ve yeterli belirlilikte bilinenleri seçeceğiz, dahası başka bir yerde göstermeye çalıştığımız üzere, sosyolojik bir tahlilde temel unsur verilerin yığılması değil fakat “birbiri ile en muhtemel devamlılıkla ve yeterli kapsamda bağlantılı şartların düzenli bir değişkenlik dizisini oluşturmaktır.”<sup>6</sup>

Bir çok büyük antik toplumlarda saf ve basit ölüm en büyük cezayı teşkil etmiyordu. En vahşi addedilen suçlar için ölüm cezasını daha korkutucu hale getirmek amacıyla ek olarak bedeni cezalar da uygulanıyordu. Rastladığımız kadarıyla Mısırlılarda asarak ve başını keserek idam etme cezasının yanında kazık, kül ile işkence ve çarpmıha germe uygulanıyordu. Kazığa bağlanarak yakmada cellat, sivriltilmiş çubuklar ile suçlunun etine kesikler atarak başlar ancak ondan sonradır ki suçlu ateşli bir diken yatağına yatırılır ve canlı canlı yakılırdı. Kül ile işkence ise zanlının bir kül yığını içine gömülerek boğulmasına dayanıyordu. “Bunun yanında, Thonissen’in aktardığına göre, yargıçların suçun doğasının gerektirdiğine inandığı yahut kamuoyunun talebine göre başkaca işkenceler eklemesi de mümkündür.”<sup>7</sup> Asya halklarının zalimlikte daha ileri

---

güç bela bilimsel görünmektedir. Zira, bu halde “aynı toplumu” başarılı bir şekilde büründüğü siyasi formlara yahut ulaştıkları medeniyet derecelerine göre bir “tür çokluğuna” mal etmek zorunda kalırız. Bir hayvanı bu şekilde farklı türler arasında bölümlendiren bir zoolog hakkında ne düşünürdük? Bir toplum, her şeye rağmen belki bir organizmadan fazla olarak belirli bir kişiliğe, varlığı boyunca belirli yönlerden bir öz kimliğe sahiptir; sonuç olarak bu temel birliği anlamakta akim kalan bir sınıflandırma ciddi bir şekilde gerçeği tahrif etmektedir. Biz gerçekten toplumlara değil fakat toplumsal koşulları sınıflandırabiliriz; ve ikisi arasındaki bağlantıyı sağlayan dayanaktan kopulduğunda bu koşullar karmaşıklaşır ve havada kalır. Bu dayanak ile değişen yaşamın değil ve fakat bu dayanağın analizi mantıklı bir sınıflandırmaya temel sağlayabilir. (Karş, E. Durkheim, 1.Dipnot, bölüm 4 özellikle s.88(çeviri s.88)

<sup>6</sup> E. Durkheim, dipnot 1., s.134 (çeviri s.135)

<sup>7</sup> J.Thonissen, Etudes sur l’Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens, s.142(1869)

gittikleri görülüyor. “Asurlularda suçlu ya vahşi hayvanlara ya yanan bir ocağa atılır veya bronz bir fırında yavaş bir ateşte yakılır ya da gözleri oyulurdu. Boğma ve boyun vurma yetersiz olduklarından kabul görmemiştir. Suriyedeki çeşitli kabilelerde suçlular ölene kadar taşlanır, oklanır, asılır ya da çarmıha gerilirlerdi; kemikleri ve iç organları meşalelerde yakılır dörde bölünürler, kayalıklardan atılır veya hayvanlara çığnetilirlerdi.”<sup>8</sup> Manu Kanunları basit ölüm (boyun vurma) ve şiddetlendirilmiş ya da nitelikli hale getirilmiş ölüm arasında ayrıştıyordu. İkincisi yedi türden oluşuyordu; kazığa oturtma, ateş, file çığnetme, boğma, ağızdan ve kulaktan kızgın yağ dökme, köpeklere parçalatma ve keskin bıçaklar ile parçalama.

Aynı halklar arasında basit ölüm cezası esirgemenen ve hatta müsrifçe uygulanmıştır. Dökümü yapılan bu vakıalar bunun imkansızlığını gerektirmektedir. Bir gerçek bunların sayıca ne kadar çok olduğunu gösterecektir; Diodorus’un aktardığı bir hikayeye göre bir Mısır kralı suçlu bir kişiyi çölde ölüme gönderirken orada yeni bir şehir keşfeder, başka bir kral suçluları kamu işlerinde çalıştırarak birçok su yolu ve kanal inşaatını tamamlamıştır.<sup>9</sup>

Ölüm cezasının bir alt derecesinde ise, etkili sakatlamalar yer almaktadır. Örneğin Mısırdaki sahtecilik yapanların ve kamu kayıtlarını değiştirenlerin her iki eli kesilirdi; özgür bir kadına tecavüz edenin cinsel organı kesilirdi; casusun dili kesilirdi vb.<sup>10</sup> Benzer şekilde Manu Kanunları’na göre, Dwidjas’a<sup>11</sup> hakaret eden düşük sınıftan birinin dili kesilirdi. Bir Brahman’ın yanına oturmaya cürret eden bir Soudra’nın<sup>12</sup> kalçası dağlanırdı.<sup>13</sup> Bu karakteristik sakatlamalara ek olarak bir çok diğer bedeni cezalar bu halkların her birinde yaygındı. Bu türden cezalar yargıç tarafından keyfi olarak tayin edilirdi.

İbrani toplumu kesinlikle zikredilen bu tiplere dahil değildir. Gerçekten görece geç bir krallık dönemine kadar toplumsal yığınların temerküzü sağlanamamıştır. Bu zamana kadar bir İsrail devleti yoktu ancak anlık olarak ortak bir tehdit karşısında birleşen az veya çok özerk kabile ve klanlar mevcuttu.<sup>14</sup> Bununla birlikte Musevi hukuku, Manu Kanunları ya da Mısır kutsal kitaplarına göre daha yumuşaktır. Ölüm cezalarına benzer zalimane düzenlemeler eşlik etmez

---

<sup>8</sup> Age, s.69

<sup>9</sup> Diodorus Siculus, I, s.60 ve 65

<sup>10</sup> J.Thonissen, age, s.160

<sup>11</sup> Üç üst sınıfta mensup herhangi bir kimse

<sup>12</sup> Soudra en ağır işleri görmekte yükümlü olan ve kendisinden yukarıda olan üst kast mensupları için çalışmak zorunda olan sınıftır.

<sup>13</sup> Manu Kanunları, VII, bölüm.281

<sup>14</sup> I. Benzinger, Hebraische Archaologie 202-03, 71, bölüm 41 (1894)



gerçekten, uzun bir süre taşlamanın tek geleneksel ceza olduğu görülmektedir; yakma, boyun vurma ve boğma sadece Hahamlık yazıtlarında görülür.<sup>15</sup> Doğunun diğer halklarında geniş şekilde uygulanan sakatlama Tavratta yalnız bir kere geçer.<sup>16</sup> Suç yaralama olursa kısas sakatlamayı gerektirebilirdi fakat çoğu zaman suçlu maddi bir karşılık ile bundan kurtuluyordu. Böyle bir karşılık sadece cinayet için yasaklanmıştı.<sup>17</sup> Kırbaçlamaya kadar bir kısım diğer bedeni cezalar çok sayıda suç için uygulanıyordu.<sup>18</sup> Fakat azami kırbaç darbesi kırktı; uygulamada sayı otuzdokuzda kalıyordu.<sup>19</sup> Peki bu görece yumuşaklığın sebebi nedir? Cevap şu ki Yahudi halkı içinde hiçbir zaman süre giden bir mutlak iktidar oluşmamıştır. Daha önce belirttiğimiz gibi Yahudi toplumu uzunca bir süre siyasal örgütlenmeden mahrum kalmıştır. Daha sonra monarşinin kurulduğu doğruysa da kralların gücü sınırlı kalmaya devam etmiştir. “Halkın kral için değil, kralın halk için var olduğu; kralın insanlara yardım etmek zorunda olup onu kendi çıkarı için kullanamayacağı.” düşüncesi İsrailde oldukça yaygındır.<sup>20</sup> Bazen belirli kişilerin istisnai yetkileri ellerinde bulundurması vaki olsa da onların kişisel itibarlarından ötürü kamu efkarı esasında demokratik kalmaya devam etmiştir.

Ceza Hukukunun kati bir seyir izlediği daha önce belirtilmiş olabilir. Erken dönem toplumlarından su götürmez şekilde daha üstün olan şehir devleti tarzındaki toplumsal tipe geçerken ceza hukukunda keskin bir gerilemenin olduğunu saptıyoruz. Her ne kadar Atina’da belirli durumlarda ölüm cezası şiddetlendirilerek uygulanıyor ise de bu büyük bir istisnadır.<sup>21</sup> Kural olarak ölüm cezası baldıran zehri, kılıçla yahut boğma suretiyle gerçekleşiyordu. Gözle görülür sakatlamalar ise ortadan kalkmıştı. Köleler ve alt tabaka vatandaşlar hariç olmak üzere aynı durum bedeni cezalar için de geçerliydi.<sup>22</sup> En doruk noktasında bile Curiae ve Gentes’in<sup>23</sup> hatırlanamayacak kadar uzak olduğu Roma’daki gibi hiçbir zaman tamamen ortadan kalkmadı. Dolayısıyla Atina’daki cezalandırma

---

<sup>15</sup> Karş, age, s.333, Thonissen, age, s.28

<sup>16</sup> Deuteronomy (5.Kitap) 25:11-12

<sup>17</sup> 5.Kitap 35:31

<sup>18</sup> 5.Kitap 25:1-2

<sup>19</sup> Josephus, Jewish Antiquities, IV, 238, 248

<sup>20</sup> Benzinger, age, s.312

<sup>21</sup> Karş, K.Hermann, Lehrbuch der Griechische Antiquitäten, Rechtsalter Thumer 124-125 (1884)

<sup>22</sup> Age, s.126-127

<sup>23</sup> **Curiae:** Curia, Roma’nın erken dönemlerinde aşağı yukarı kabilelere göre yapılmış toplumsal taksimle oluşmuş her bir alt bölüm ve aynı zamanda bir Mecaz-ı mürsel olarak kabile üyelerinin bir araya gelerek kabile ile ilgili meselelerini tartıştıkları yer. **Gens(çoğulu gentes):** Antik Roma’da gens klan, kast, ya da ortak bir atadan geldiklerine inanılan ve aynı adı (nomen) paylaşan bir aile topluluğunu tanımlamak için kullanılırdı. Romalı şahıs isimlerinde bulunan ikinci ad kişinin ait olduğu gens’i ifade ederdi.

sistemi Roma'dakinden daha sertti. Öncelikle Atina hukuku söylediğimiz gibi ağırlaştırılmış cezaları tamamen gözden çıkarmamıştı. Demosthenes, suçluların darağacına çivilendiğini zikrediyor.<sup>24</sup> Lysias ölüme kadar dövülenler arasından suikastçileri, eşkiyaları ve casusları sayıyor.<sup>25</sup> Antiphon zehir hazırlayan bir kadının işkence tekerleğinde parçalandığından bahsediyor.<sup>26</sup> Bazen ölüm işkence sonucu gerçekleşiyordu.<sup>27</sup> Ek olarak kayda değer sayıda durum için ölüm cezası öngörülmüştü; "İhanet, Atinalı insanları yaralama, siyasi kurumlara saldırma, milli kanunu bozma, halk meclisi mahkemesine yanlış bilgi sunma, diplomatik makamları tahkir etmek... " Gasp, dinsizlik, kutsal şeylere saygısızlık vs daimi olarak korkunç onbirler meclisinin müdühalesini gerektiriyordu.<sup>28</sup> Diğer taraftan Roma'da ölüm cezaları sayıca oldukça daha azdı. *Leges Porciae*<sup>29</sup> Cumhuriyet dönemi süresince ölüm cezasını sınırlandırmıştır.<sup>30</sup> Ayrıca çok istisnai durumlar haricinde ölüm cezası işkence ile birlikte uygulanmamış ya da başka şekilde sertleştirilmemiştir. Çarmıha germe sadece köleler ile sınırlandırılmıştır, dahası Romalılar ceza sistemlerinin yumuşaklığı ile gurur duymuşlardır; örneğin, Livy "Başka bir ulusun daha yumuşak cezalara sahip olduğunu iddia etmelerine imkan vermeyin."<sup>31</sup> demiş ve Cicero "Özgürlükleri kanunların yumuşaklığı ile koruyan ve onları cezaların sertliği ile kuşatmayan" atalarına atfı yapmıştır.<sup>32</sup>

Ancak idari güç mutlak olma eğilimine girdikçe ceza hukuku kötüleşmiştir. İlk olarak ölüm cezası gerektiren suç sayısı artmıştır. Zina, ensest, geleneklere karşı her türlü baş kaldırma ve özellikle giderek artan sayıdaki büyük ihanet suçları ölüm ile cezalandırılmaya başlanmıştır. Aynı zamanda daha sert cezalar yürürlüğe konmuştur. Önceleri istisnai siyasi suçlar için öngörülmüş kazık kundakçılar, kutsal şeylere hakaret edenler, büyücüler ve ihanet suçunu işleyenlere karşı da yürürlüğe konmuştur; *Ad Opus Puplicum*<sup>33</sup> tarzı mahkumiyet gelişmiş, belirli suçlar için sakatlama uygulanmaya başlanmıştır. (Örneğin törelere karşı işlenen suçlarda hadım etme, kalpazanların elinin kesilmesi gibi) Son olarak önceleri

---

<sup>24</sup> Demosthenes, *Contra Midias* 105; Plato, *Republic*, II, 362

<sup>25</sup> Lysias, *Contra Agoratos* 56,67,68; Demosthenes, *on the False Legation*, 137

<sup>26</sup> Antiphon, *Prosecution for Poisoning* 20.

<sup>27</sup> Lysias, *age*, 19,54; Plutarch, *Phocion*, xxxiv.

<sup>28</sup> J.Thonissen, *age*, s.100

<sup>29</sup> Milattan önce 199 yılında yürürlüğe giren ve suçluların temyiz yolu olmaksızın infaz edilmelerini engelleyen Roma yasası

<sup>30</sup> F.Walter, *Histoire du Droit Criminel chez les Romains* 821(trans. J.Piquet Damasme, 1863);W. Rein, *Das Kriminalrecht der Römer, von Romulus bis auf Justinian* 55 (1844)

<sup>31</sup> Livy, I, 28: "Nulli gentium mitiores placuisse poenas"

<sup>32</sup> Cicero, *Pro Rabirio perduellionis reo*, 3: "vestram libertatem, non acerbiate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voluerunt"

<sup>33</sup> *Ad Opus Publicum* : Alt sınıftaki kişilere verilen zorla kamu hizmetinde çalışma cezası

imparatorluk döneminde uygulanmış sonraları ise orta çağ tarafından ödünç alınmış işkence uygulama sahasına girmiştir.

Şehir devletlerinden Hristiyan toplumlarına geçtiğimizde ceza hukukunun aynı kanuna göre evrildiğini görürüz.

Feodal düzen altındaki ceza hukukunu vahşilikle ünlenmiş Orta Çağ anlayışına dayanarak değerlendirmek hata olur. Olgular incelendiğinde ceza hukukunun önceki toplum tiplerine göre, en azından bu tipler geçirdikleri evrim süreçlerine ve gelişim dönemlerine göre karşılaştırmalı olarak ele alındıklarında daha yumuşak oldukları görülecektir. Ancak bu şartlar altında karşılaştırma inandırıcı bir değere sahip olur. Ölüm cezaları sayı olarak çok değildi. Beaumanoir'a göre affi olmayan suçlar yalnızca cinayet, ihanet ve tecavüzdü.<sup>34</sup> Saint Louis düzenlemelerine göre bunlara adam kaçırma ve kundakçılık eklendi.<sup>35</sup> Bunlar yüksek yargının temel konularıydı. O şekilde tanımlanmasa da eşkiyalık da ölüm cezasını gerektiriyordu. Bunun yanında pazarda işlenmiş suçlar ve yollara zarar veren eylemler (yol kontrol mekanlarına zarar verme) de özel olarak derebeyinin haklarına karşı işlenmiş suçlar olarak addediliyordu.<sup>36</sup> O zamanlar ölüm cezası verilen dini suçlar yalnızca sapkınlık ve kafirlikti. Kutsal şeylere karşı saygısızlık yapanların cezası bir miktar para yahut telafi edici başka bir cezaydı. Saint Louis'nin gençlik taassubu zamanında alınları damgalanıp dilleri delilenen bu kişilerin cezası Papa IV.Clement zamanında tazire indirildi. Klise kendi değerlerine karşı suç işleyenlere, geç bir döneme kadar amansız bir sertlikte mukabele etmedi. Cezalar gibi başka herhangi bir konuda da bu kişilere karşı olağan dışı bir uygulama olmadı. Uygulanan tek sertlik suçluyu infaza sürükleyerek götürmek ve onu canlıyken yakmaktı. Sakatlamalar ise nadirdi. Bildiğimiz diğer yönlerden de Klisenin ceza sistemi insancıldı. Uygulamayı tercih ettiği cezalar para cezaları ve küçük düşürmeydi. Yetki sınırında da olsa kamuya açık şekilde küçük düşürme cezasını –demir boyunduruk ve teşhir direği- uygulamaktan imtina etmiştir. Şu da bir gerçek ki Klise suçlunun zalimane bir şekilde cezalandırılması gerektiğini düşünüyorsa onu seküler yargıya teslim ederdi. Buna rağmen şu da büyük önemi olan bir gerçek ki bu dönemin en büyük manevi gücü Klisenin bu tür cezalara seyirci kalmasıydı.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Coutume du Beauvoisis, ch.xxx, no.2

<sup>35</sup> I Establiessements de Saint Louis, chs.4 and 40

<sup>36</sup> A. Du Boys, Histoire du Droit Criminel de Peuples Modernes Considere dans ses Rapports avec le Progres de la Civilisation 231 (1854-60)

<sup>37</sup> Cezalandırmadaki bu görece yumuşaklık serbest komün adı verilen toplumun demokratik şekilde yönetilen yerlerinde daha belirgindi. Serbest şehirlerde daha doğru söyleyişle komünlerde, cezaların paraya çevrildiği ve bastırıcı araç olarak bedeni veya zorlayıcı cezalar

Ondördüncü yüzyıla kadar genel durum böyleydi. Bu zamandan itibaren kraliyet gücü çok daha sağlamlaştı. Bu gücün pekiştiği kapsamda ceza hukukunun sertleştiğini görmekteyiz. Öncelikle daha önceleri feodal sistemde bilinmeyen krala karşı suçlar zuhur etmeye başladı ve listesi de oldukça uzundu. Dini suçlar dahi bu kapsamda değerlendirilmeye başlandı ve bunun sonucu kutsal şeylere hakaret için ölüm cezası öngörüldü. Aynı durum imansızlara karşı girişilen uygulamalarda ve Kutsal Mesih inancına aykırı olan ya da olması muhtemel her türlü inanç ve tartışma için de geçerliydi. Aynı zamanda cezaların uygulanması sırasında artan insafsızlık da belirginleşti. Ölüm cezasını gerektiren bir suçtan suçlu olanların tekerlekte parçalanması (tekerlekle işkence bu dönemde ortaya çıkmıştır.) canlı canlı yakılması ya da derisinin yüzülmesi ve suda kaynatılması mümkündür. Belirli bazı durumlarda suçlunun çocuğu da onun cezasını paylaşırdı.<sup>38</sup>

Mutlak monarşinin zirvesi cezai uygulamaların da zirvesini ortaya çıkardı. Onyedinci yüzyılda hala uygulamada olan cezalar yukarıda sayılanlardı. Buna ek olarak suçlunun kurtulmak için kolunu ya da elini kesmesini gerektirecek kadar korkunç yeni bir ceza, kürek cezası uygulamaya kondu. Bu uygulama o kadar yaygınlaştı ki 1677'deki bir bildiri ile ölüm cezasına karşılık sayıldığı ilan edildi. Bedeni cezalar açısından konuşmak gerekirse sayısız oldukları söylenebilir; dilin koparılışı ya da delinmesi, dudakların kesilmesi, kulakların koparılması, dağlama, kırbaçlama, demir boyunduruk vs. Son olarak şu da unutulmamalı ki işkence sadece yargı sürecinin bir parçası olarak değil aynı zamanda sık sık başlı başına bir ceza olarak da uygulanmıştır. Aynı dönemde krala karşı işlenen suçlar sayıca arttığından ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı da katlanmıştır.<sup>39</sup>

Ceza hukukunun onsekizinci yüzyıl ortasına kadarki seyri bu şekildedir. Bu tarihle birlikte Becarria'nın öncülüğünde tüm Avrupa'da bir başkaldırı başlamıştır. Şüphesiz ki kesintiden hali olmadan bu gelişmenin başlangıç etkeni bu İtalyan ceza hukukçusu değildir. Bu hareket onun zamanından önce ortaya çıkmış, reformu dile getiren şimdi unutulmuş birçok çalışma yapılmıştır. Buna rağmen onun çalışması "Dei delitti e delle pene"<sup>40</sup>'nin ceza hukukunun köhnemiş ve tiksiniç rutinine en ölümcül vuruşu yaptığı yadsınamaz.

---

yerine suçlunun terzil edildiği görülebilir. Nitekim Mont Chabrier'de 2 kuruş çalan biri tüm gün ve gece bunları boynuna takarak gezmek zorunda bırakılır ve ardından 5 kuruşluk bir cezaya çarptırılırdı. (2 Du Boys, age, s.370)Kohler de İtalyan şehirlerindeki benzer durumlardan bahsediyor.(Kohler, Das Strafrescht der Italianischen Statuten vom 12-16.Jahrhundert (1885-97)

<sup>38</sup> Du Boys, age, 234-237

<sup>39</sup> Age, 62-81

<sup>40</sup> Suçlar ve Cezalar Hakkında

1788 tarihli bir emirname ile önemi yadsınamayacak bir kısım reformlar hayata geçirilmişti ancak, yeni talepleri büyük oranda 1810 tarihli ceza kanunu tatmin etmiştir. Bu kanun yürürlüğe girdiğinde sadece Fransa’da değil Avrupa’nın önde gelen diğer ülkelerinde de çekincesiz bir takdirle karşılandı. Bu kanun fiiliyatta yumuşama ve hafifleme anlamında kayda değer ilerleme sağladı fakat gerçekte haddinden fazla olarak geçmişe bağlıydı. Yeni iyileşme talepleri gecikmedi. Her ne kadar eski düzendeki gibi şiddetlendirilmiyorduysa da ölüm cezası hala sık sık uygulanmaktaydı. Dağlama, demir boyunduruk ve evebeyn katillerinin ellerinin kesilmesi türü cezaların muhafazası insanlık dışı görülüyordu. Bu eleştirilere yanıt 1832 tarihli bir gözden geçirme ile verildi. Bu düzenleme tüm sakatlamaları yürürlükten kaldırıp, ölüm cezası gerektiren suç sayısını azaltarak ve yargıçlara hafifletici sebepler ile cezanın indirilmesi imkanı vererek ceza hukuku sistemimize çok daha büyük bir yumuşama getirdi. Bugün uygulamanın çok rahat olduğuna ilişkin şikayetler başlayana kadar bu hareketin aynı yönde devam ettiğini göstermeye hacet yoktur.

## II. Nitel Değişimler Kanunu

Bir önceki bölümde ortaya koyduğumuz kanun özel olarak cezaların büyüklüğü yahut çokluğuyla ilgiliydi. Şimdi üzerinde duracağımız kanun ise onların niteliksel özellikleri ile alakalıdır. Bu kanun şöyle tanımlanabilir: “Özgürlüğü kısıtlamaya ve cezanın vahametine göre sadece belirli zaman dilimlerine göre değişmeye dayalı cezalar artan bir şekilde ceza yönteminin olağan türü olma eğilimindedir.”

İlkel toplumlar bu tarz cezaların bilgisinden tamamen uzaktır. Manu Kanunları’nda bile hapisane sorunu ile ilgilenen en fazla bir dize vardır. “Bırakın kral bütün hapisaneleri, halkın görebileceği şekilde yerleştiresin; böylelikle o muzdarip ve iğrenç suçlular herkesin nazarına açılsın.”<sup>41</sup> Böyle bir hapisane dahi bugünkünden tamamen farklı bir karaktere sahiptir, daha ziyade teşhir direğini andırmaktadır. Teşhir edilecek suçlu kişi hapsedilir zira hapsedme ilerde ona uygulanacak cezanın zorunlu bir şartıdır. Ancak, bu hapsedme bizatihi cezanın kendisi değildir. Ceza başat olarak hapsedilenlerin zorlu yaşam koşullarına dayanmaktadır. Musevi Hukuku’ndaki sessizlik ise daha eksiksizdir. Pentateuch’ta<sup>42</sup> herhangi bir şekilde hapisane bahsi geçmez. Daha sonra Chronicles ve Jeremiah kitaplarında<sup>43</sup> hapisanelere, prangalara ve zindanlara değinen birkaç bölüme rastlanmaktadır.<sup>44</sup> Ancak, tüm bu durumlar birer önleyici

---

<sup>41</sup> Laws of Manu, IX, 288

<sup>42</sup> **Pentateuch** : Tevratın ilk beş kitabı

<sup>43</sup> **Book of Chronicles** : Tevratın son kitabı **Book of Jeremiah** : Tevratın ikinci kitabı

<sup>44</sup> Chronicles 16:10, 18:26; Jeremiah, 37:15-16

tutuklama meselesidir; bu yerler şüphelilerin yargılanmayı beklediği ve ağır koşullarda yaşamaya maruz bırakıldığı yerlerdir. İhtiyari ya da değil bu idari düzenlemeler özel suçlara karşılık gelen belirli ceza niteliğinde değildir. Sadece Esdra kitabında<sup>45</sup> ilk kez hapsedme gerçek bir ceza olarak sunulmuştur.<sup>46</sup> Aynı şekilde kadim Slav ve Germen hukuklarında da salt özgürlüğün kısıtlanması bir ceza olarak bilinmiyordu. Aynı durum ondokuzuncu yüzyıl eski İsviçre kantonları için de geçerliydi.<sup>47</sup>

Bu türden cezalandırma şehir devletleri ile ortaya çıkmaya başladı. Schoemann'ın düşüncesinin aksine Atina'da belirli durumlarda hapsedmenin özel bir ceza olarak uygulandığı görülmektedir. Demosthenes mahkemelerin hapsedme yahut başka bir ceza ile cezalandırma gücü olduğunu açık bir şekilde ifade etmektedir.<sup>48</sup> Sokrates daimi tutsaklığın kendisine ceza olarak verilebileceğinden bahseder.<sup>49</sup> *Kanunlar*'ında çizdiği ideal düzende Platon, kayda değer sayıda ihlali bastırmak üzere hapsedmenin uygulanmasını önermiştir; biliyoruz ki bu Ütopya tarihsel gerçekliğe sanıldığından daha yakındır.<sup>50</sup> Buna karşın bu tür cezanın Atina'da az-gelişmiş düzeyde kaldığında herkes hemfikirdir. Hatiplerin nutuklarında hapisten çoğunlukla sanığın kaçmasını önleme üzere bir araç yahut borçluların borçlarını ödemeye zorlamak üzere uygun bir usûlde veya asıl cezaya bir tamamlayıcı olarak sunulmuştur. Yargıçlar para cezasına hükmetme konusunda sınırlandırılmış olsa da bu cezaya ek olarak suçlunun ayaklarına pranga vurulmak suretiyle hapiste çekilecek beş günlük bir mahkumiyete hükmetme hakları vardı.<sup>51</sup> Roma'da da durum farklı değildi. Rein'a göre hapisane kökeninde suç önleyici tutuklama niteliğindedeydi; ceza olması ise daha sonraya rastlar. Bununla beraber hapis köleler, askerler ve oyuncular haricinde nadiren uygulanmıştır.<sup>52</sup>

Hapsedme yalnızca Hristiyan toplumlarında tekamülünü sağlamıştır. Gerçekten de Klise belirli suçlara karşı geçici bir tutukluluk ya da manastırda bir ömür geçirme uygulamasını getirmiştir. İlk başta bu bir gözetim yolu olarak

---

<sup>45</sup> **Book of Esdras** : Nehemiah kitabıyla beraber ibrani incilini oluşturan kitap

<sup>46</sup> "Senin tanrının ve kralının kanununa riayet etmeyenleri yargıla; onları ölüme, sürgüne yada hapse mahkum et" Esdras 8:24

<sup>47</sup> A. Post, Bausteine für eine Allgemeine Rechtswissenschaft auf verg-leichend-ethnologischer Basis 219 (1880-81)

<sup>48</sup> Demosthenes, Contra Timocrates 151.

<sup>49</sup> Plato, Apology, 37C.

<sup>50</sup> Plato, Laws, VIII, 847; Laws, IX, 864-80.

<sup>51</sup> K.Hermann, age, s.126.

<sup>52</sup> W.Rein, age, s.914.

görüldü. Ancak, daha sonra hapsedme olarak gerçek bir ceza niteliğini almıştır. En uç noktası mahkum tarafından yapılmış hücrede müebbet mahpusluktu ki bu durum cezanın geri dönülemezliğini sergilemekteydi.<sup>53</sup>

Uygulama buradan seküler hukuka geçti. Her ne kadar hapsedme aynı zamanda idari bir önlem olarak uygulandıysa da cezai görünümü uzun zaman muğlak kalmıştır. Ancak onsekizinci yüzyıl iledir ki hapsedmenin belirli davalarda, örneğin hapsedme ebedi olduğunda ya da ölüm cezasının hafifletilmesi amacıyla uygulandığında ceza karakteri gösterdiğinde uzlaşmaya varmışlardır. Kısacası bu yargısal soruşturmanın hapsedmeye takaddüm etmesiyle gerçekleşmiştir.<sup>54</sup> 1791 tarihli Ceza Yasası ile hapsedme ölüm cezası ve demir boyunduruğa ek olarak tutuklamanın değişik görünümünü ihtiva eden ceza sisteminin temeli oldu. Buna karşın, salt hapsedme yeterli bir ceza olarak görülmedi; buna ek olarak çeşitli ağırlaştırıcı unsurlar da (suçluya giydirilen kemer yahut zincirler, yiyecek kısıtlaması) uygulandı. 1810 tarihli Ceza Yasası ise ağır çalışma cezası dışında bu ağırlaştırmaları kaldırdı. Özgürlükten mahrumiyete dayalı diğer iki ceza ise ancak suçluların hapsedme süreleri ile ayırt edilebiliyordu. Bu zamandan itibaren ağır çalışma cezası tüm karakteristik özelliklerini kaybetti ve tutuklamanın bir türü olma eğilimine girdi. Aynı zamanda ölüm cezasının uygulanması da giderek seyrekleşti, bazı yasalardan tamamen çıkarıldı. O derece ki belki bir zamana bağlı yahut ebedi özgürlüğü kısıtlayıcı ceza tüm cezalandırma sistemine tahakküm etmeye başladı.

### III. İkinci Kanununun Açıklanması

Cezalandırmanın zaman içerisinde ne tür bir değişim geçirdiğini ortaya koyduktan sonra bu değişimlerin ardındaki sebepleri araştırmak durumundayız. Bu kapsamda eldeki makalenin önceki kısımlarında ortak konmuş iki kanunu açıklamaya çalışmalıyız. Bu açıklamaya ikinci kanundan başlayacağız.

Gördüğümüz üzere tutuklama ilk olarak salt önleyici bir tedbir olarak ortaya çıkmıştır. Daha sonra bastırıcı/cezai bir karakter kazanmış ve sonrasında *tipik* cezalandırma halini almıştır. Bu evrimi açıklamak için öncelikle hapsedmeyi ilk haliyle ortaya çıkaran sebepleri, ardından da bunu izleyen dönüşümleri hakkında ortaya koymak durumundayız.

Önleyici tutuklamanın ilkel yahut az gelişmiş toplumlarda neden mevcut olmadığını anlamak kolaydır. Zira onlarda tutuklama herhangi bir ihtiyaca

---

<sup>53</sup> Du Boys, age, s.88-89.

<sup>54</sup> Age,s.60.

cevap vermemektedir. Bu toplumlarda sorumluluk müşterektir; cezadan yahut tazminattan sorumlu olan tek başına suçlu birey değildir; onunla birlikte yahut onun yerine klanı da suçlu bireyin yanlışlarından sorumludur. Devamında, klan ailesel niteliklerini kaybetmişse çok geniş bir akraba çevresi vardır. Bu şartlar altında faili tutuklamanın veya gözlem altında tutmanın bir mantığı yoktur. Bu fail herhangi bir sebeple bulunamamışsa diğer sorumlular hala mevcuttur. Dahası her bir ailesel grup tarafından kabul edilmiş ahlaki ve yasal bağımsızlık, üyelerinden birinin salt bir şüphe üzerine teslimi fikrine ters düşmektedir. Ancak bu birincil gruplar özelliklerini kaybettiği ve toplum çoğunluğu ile birleştiği ölçüde sorumluluk *bireyselleşmiştir*. Bundan böyle cezalandırmanın, üzerine uygulanacağı kişinin kaçmasıyla akim kalmasını engelleyecek ve hüküm süren ahlaki değerleri daha az rencide edecek tedbirler zorunlu hale gelir ve hapisane ortaya çıkar. Nitekim bunu Atina'da, Roma'da ve hicret sonrası Yahudilerde görmekteyiz. Tüm eski toplumsal müesseselerle ters düşmesi nedeniyle hapisane, ilk zamanlarda geleneği güç bela kısıtlayabilen bir dirençle karşılaştı; en azından devlet gücünün sınırlamaya maruz kaldığı her yerde böyle oldu. Bu nedenle özellik gösteren ciddi davalar dışında Atina'da önleyici tutuklamaya müsaade edilmedi.<sup>55</sup> Hatta bir katilin bile hüküm giyinceye kadar özgür kalması mümkündü. Roma'da kişi açıkça ve göstererek suç işlemedikçe ya da suçunu itiraf etmedikçe hapsedilmezdi; serbest kalması için ise mutad olarak bir kefalet yeterli oluyordu.<sup>56</sup>

Önleyici tutuklama üzerinde bu görünür sınırlamaları şahsi onur ya da şehir devletlerinin ahlaki yapısında pek bilinmeyen bir çeşit erken gelişmiş bireycilik çerçevesinde açıklama noktasında dikkatli olmalıyız. Devlet gücünün sınırlanması bireyin hakkından değil ve fakat aile yahut klanın hakkından ya da en azından bunlardan geriye kalanların hakkından doğar. Bu sınırlama bizim modern ahlaki bakımımızın bir beklentisi değildir, geçmişimizden ayakta kalan bir bakiyedir.

Bu açıklama yine de eksiktir. Bir kurumu açıklamak gerektiğinde onun cevap bulduğu bazı faydalı amaçları ortaya koymak yeterli değildir. Bu kurumun arzu edilir olması onun mümkün olmasını gerektirmez. Bizim ayrıca bu amaçların gerçekleşmesi için gerekli şartların nasıl oluştuğunu da görmemiz gerekir. Bir ihtiyaç, hatta yoğun bir ihtiyaç durduk yere kendi tatmin araçlarını yaratmaz; bu araçların kaynağının aranılması gerekir. Şüphesiz ilk bakışta hapisanenin toplumlar tarafından yararlı olduğunun anlaşılmasıyla insanlığın onu inşa etme

---

<sup>55</sup> Caillemer and Humbert, Carcer, in Darember & Saglio, Dictionnaire des Antiquities Grecques et Romaines (1887)

<sup>56</sup> F.Walter, age, bölüm 856.



fikrinin oluştuğu düşünülebilir. Buna rağmen hakikatte hapisanenin varlığı, yokluğu halinde hapisanenin oluşumunun imkansız olacağı bazı şartları gerektirmektedir. Bu ise özelde mekan olarak yeterli, korunaklı ve dışarı ile ilişkisini engelleyecek şekilde dizayn edilmiş olmayı ifade etmektedir. Bu düzenlemeler ise bir anda düşünülmemiştir. İlkel toplumlarda da bunların izine rastlanmaz. Oldukça sığ ve süresiz bir toplumsal yaşamın insanların toplanacağı yerler dışında özel bir tertibe ihtiyacı yoktur. Evler oldukça özel amaçlarla inşa edilirdi; onlar ancak daimi olarak şeflerin bulunduğu yerlerde diğerlerinden ayırt edilebilirdi. Tapınakların kökeni ise görece olarak daha eskiye dayanır. Son olarak koruyucu duvarlar ise henüz bulunmamıştı; onlar ancak şehir devletleri ile ortaya çıktı. Bu şartlar altında hapisane düşüncesinin ortaya çıkması mümkün değildi.

Diğer taraftan toplumsal anlayış, vasat sayılabilecek çoklu ve küçük ailesel yapılara parçalanmış olmaktan ziyade müşterek yaşamın daha az sayıdaki yerlerde yoğunlaşması yönünde genişlediğinde toplumsal yaşam daha yoğun ve daimi olmaktadır. Müşterek yaşam daha önemli hale geldiğinden sonuç itibarıyla yetki sahibi kişilerin ellerindeki mekanlar da dönüşüme uğramıştır. Kendilerine devrolunmuş geniş ve daimi işlevlerin idamesine yönelik olarak bu mekanlar genişletilmiş ve yeniden düzenlenmiştir. Bu mekanlardaki kişilerin sahip olduğu yetkiler arttıkça bu mekanlar da toplumun diğer üyelerinin sahip olduğu mekanlardan ayrılmaya başlamıştır. Bu mekanlar daha göze çarpar hale gelmişler ve güç sahipleri ile onlara tabi olan kitle arasındaki çizgiyi belli edecek şekilde daha yüksek duvarlar ve daha derin hendeklerle korunmaya başlanmışlardır. Bu vaziyet içinde hapisane için gerekli şartlar verilidir. İnsanların zihinlerinde hapisane fikrinin doğmasını sağlayan onun kökeninde çoğunlukla sarayların korunaklı yerlerinde ya da tapınakların eklentilerinde veya benzer yerlerde görünmesidir. Asuri işgali zamanında Kudüs'te üç hapisane olduğunu biliyoruz: Birisi "Benjaminin üst kapısında" <sup>57</sup> ve biliyoruz ki bu kapılar müstahkem yerlerdi: diğeri ise sarayın avlusundaydı <sup>58</sup> ve üçüncüsü bir Kraliyet memurunun evindeydi. <sup>59</sup> Roma'da en eski hapisaneler kraliyet kalelerindeydi. <sup>60</sup> Orta Çağ'da hapisane derebeylerinin şatosunda ya da şehri çevreleyen surların kulelerindeydi. <sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Jeremiah 20:2.

<sup>58</sup> Age, 32:2

<sup>59</sup> Age, 37:15

<sup>60</sup> Caillemer and Humbert, age

<sup>61</sup> J.Schaffroth, *Gesichte des Bernischen Gefangniswesens* (1898); L.Stroobant, *Notes sur le Systeme Penal des Villes Flamandes du Xve au XVIIe siegle* (1897).

Nitekim zamanla müşterek sorumluluğun ortadan kalkıp aynı zamanda alıkoyma mekanlarının yararlı olduğu anlaşıldığında büyük ve gösterişli yapılar da bu amaç için kullanılmaya başlanmıştır. Şu bir hakikat ki hapishane hala önleyici bir işleve sahiptir. Fakat bir kez bu amaçla kurulduktan sonra çok geçmeden, en azından kısmi olarak bastırıcı bir karaktere bürünmüştür. Aslında hapsedilenler, çoğunlukla ağır suçlardan olmak üzere şüphelilerdi ve buralarda cezalandırmaya yakın sertlikteki koşullara tabi idiler. Henüz tam anlamıyla cezalandırma kurumu olmamış bu hapishanelerle ilgili bildiklerimiz onların kasvetli hallerini göz önüne sermektedir. Dahomey’de hapishane, suçluların pislik ve mikrop içinde yaşadıkları bir delik gibiydi.<sup>62</sup> Eski Filistin’de hapishaneler derin çukurlardan oluşmaktaydı. Antik Meksika’da hapishaneler mahkumlara çok az yemek verilen tahta kafeslerdi.<sup>63</sup> Atina’da, alıkonmuş kişiler onur kırıcı şekilde zincirlere bağlanırdı.<sup>64</sup> İsviçre’de mahkumlar demir bir boyunduruk giymek zorundaydılar ki bundan kaçış neredeyse imkansızdı.<sup>65</sup> Japonya’da hapishaneler “cehennem” olarak anılırdı.<sup>66</sup> Tabiidir ki bu tarz yerlerde kalmak gerçek bir ceza olarak algılanıyordu. Alt sınıftan insanlar, Romalıların deyimiyle *personae humiles*<sup>67</sup>, tarafından işlenmiş küçük suçlar da bu şekilde cezalandırılıyordu. Bu ceza ise hakim tarafından az veya çok keyfi olarak tayin edilmiş, düzeltmeye yönelik cezaydı.

Yukarıdaki düşüncelerle cezalandırmanın zamanla zayıflayışına ilişkin kuralın terki bu yeni cezalandırma yönteminin yargısal geleceğini açıklamak için kafidir. Aslında bu hafifleme cezalandırmanın her derecesinde meydana gelmiştir. Genel olarak en sert cezalar da bu geri çekilmeden en çok ekilenenlerdir; örneğin ilk yumuşayan ve daha sonra ortadan kalkan onlardır. Tamamen ortadan kalkana kadar geçen sürede ölüm cezasını gerektiren haller de sayıca azalmıştır. Sakat bırakmaların akıbeti de aynı kurala tabi olmuştur. Bunun sonucunda en düşük derecedeki cezalar cezai gerilemedeki boşluğu doldurmak durumunda kalmıştır. Kadim cezaların cezalandırma yelpazesinden çıktığı ölçüde yeni tipte cezalar önlerinde açık bulunan bu alanları istila etmiştir. Yeni gelen cezaların çoğunu değişik biçimlerdeki tutuklamalar oluşturmaktadır. Bunlar başlangıçta cezai yelpazenin en altındaydılar; yürürlüğe girdiklerinde bir ceza olarak dahi adlandırılmıyorlardı ancak gerçek cezalandırmanın bir şartı sayılıyorlardı ve

---

<sup>62</sup> Abbe J.Laffitte, *Le Dahome, Souvenirs de Voyage et de Mission* 81 (1873)

<sup>63</sup> H.Bancroft, *The Native Races of the Pacific States of North America* 453 (1874-76)

<sup>64</sup> J.Thonissen, age, s.118.

<sup>65</sup> J.Schaffroth, age

<sup>66</sup> C.Letourneau, *L’évolution Juridique dans les Diverses Races Humaines* 199 (1891)

<sup>67</sup> **Personae Humiles** :Roma’da düşük, zelim addedilen kimseler.

uzunca bir süre bu karma ve belirsiz niteliklerini sürdürdüler. Buna rağmen şu sebeptedir ki gelecek onlara aitti: Onlar ortadan kalkmış cezaların yerini alabilecek yegane zorunlu ve doğal karşılıklardı. Diğer taraftan kendileri de bizzat bu hafifleme kanununa maruz kaldılar. Bu nedendir ki başlangıçta tali bir sertlikten ibaretlerken kendilerini en yalın şekillerine, tabi olunan süre dışında herhangi bir farklılık içermeyen özgürlüğü kısıtlayıcı cezaya indirgemişlerdir.

Cezalandırmadaki nicel değişimler böylece benzer bir yönde ilerleyen nitel değişimlere kısmen bağlıdır. Diğer değişle ortaya koyduğumuz iki kanundan ilki ikincisinin açıklanmasına katkı sunmaktadır. Şimdi ise sıra ikinci kanunu açıklamaya geldi.

#### **IV. Birinci Kanunun Açıklanması**

Bu açıklamayı oluşturabilmek için ortaya koyduğumuz iki etkeni ayrı ayrı değerlendireceğiz ve ikinci etken daha az önemli olduğundan onu geçici olarak göz ardı edeceğiz. İktidar gücünün mutlaklığından kaynaklanabilecek bozuklukları şimdilik bir kenara bırakarak ilkel toplumlardan gelişmiş toplumlara geçildikçe cezalandırmanın nasıl yumuşadığını araştıracağız.

Bu yumuşamanın törelerde meydana gelen incelikten kaynaklandığı fikrine kapılabiliriz. Biz git gide artan bir şekilde şiddetten nefret ediyoruz; şöyle ki şiddetli yahut zalimane cezalar bizde hoşnutsuzluk uyandırıyor. Ne yazık ki bu açıklama kendi içinde çelişkilidir; bir tarafta eğer yüce insanîyetimiz zalimane cezalardan kaçınmamızı gerektirirken diğer taraftan cezalar ile bastırılan insanlık dışı eylemlerin bize evleviyetle iğrenç gelmesi gerekir. Eğer bizim gelişmiş diğerkamlığımız bir başkasının acı çekmesi fikri ile karşı karşıya gelirse aynı sebepten bu hassasiyetler ile uyuşmayan suçların bizlere daha iğrenç görünmesi gerekir ve bunun sonucu kaçınılmaz olarak bu tarz eylemleri daha büyük bir sertlikte bastırma eğiliminde olmamız icap eder. Buna rağmen bu eğilim ancak kısmen ve zayıf olarak bir karşıt eğilim (aynı zamanda bu eğilim de aynı diğerkamlığa sahiptir) ile etkisizleştirilebilir ki bu da suçlulara olabilecek en düşük cezayı tatbik etmemizi sağlar. Şu aşıkâr ki suçluya olan sempatimiz kurbanı duyduğumuzdan daha az olmalıdır. Bunun sonucunda törelerde meydana gelen incelme kendini çok geçmeden cezaların, en azından bir başkasına zarar veren suçlara ilişkin olanların ağırlaşması şeklinde kendini gösterecektir. Gerçekte bu ahlaki incelme tarihte belirli bir usûl üzere ortaya çıkmaya başladığında aynen bu şekilde kendini göstermiştir. İlkel toplumlarda cinayet ve adi hırsızlık hafif bir şekilde cezalandırılmıştır zira buna karşılık gelen töre henüz çok yalındır. Roma'da uzunca bir süre şiddet sözleşmeyi ihlal edici ve hatta cezalandırmaya

değer olarak telakki edilmemiştir. İnsanın insana karşı cana yakın duygularının gelişmeye başlamasıyla bu tarz suçlar daha sert şekilde cezalandırılmıştır. Başka bir sebep engel olmasaydı bu gelişim bu şekilde devam ederdi.

Cezalandırma suçtan doğduğu ve onun kamu vicdanını etkileme tarzını ifade ettiğinden ötürü cezalandırmanın evrimini belirleyen etkeni suçun evriminde aramalıyız.

Ayrımı haklı kılan tüm delilleri ortaya koyup tartışmaya gerek yoktur zira bizce bilinen tüm toplumlarda suç sayılan eylemlerin iki temel kategoriye ayrıldığı herkesçe kabul edilecektir: 1.Müşterek şeylere karşı suçlar (fikri ya da maddi farketmez) önde gelenleri kamu otoritesine ve onun temsilcilerine, törelere, geleneklere ve dine karşı olanlar ile 2.Sadece bireylere zarar veren suçlar (cinayet, hırsızlık, şiddet ve her türlü hileli alışveriş). Suçluluğun bu iki şeklini farklı terimlerle izah etmek icap eder. Birinci kategori “*dini suçluluk*” olarak ifade edilebilir zira büyük kısmını dine karşı suçlar oluşturur ve geleneklere ya da devlet büyüklerine karşı işlenen suçlar da az ya da çok dinsel karakterlidir. İkinci kategori için ise “*beşeri suçluluk*” terimini kullanabiliriz. Ortaya konan bu kategorilere göre şunu biliyoruz ki birinci kategorideki suçlar, diğer hepsinin farazi olarak hariç tutulmasıyla, ilkel toplumlarda ceza hukukunun tamamını oluşturmaktadır. Şunu da biliyoruz ki insanlara karşı işlenen suçların bu alanı işgal etmeye başlamasıyla birinci kategoriye oluşturan bu suçlar evrimdeki gelişmeye paralel olarak düşüşe geçmiştir. İlkel insanlar yönünden suçlar hemen tamamen dini görevleri getirmeme, ayin yasaklarını ihlal etme, atalarından gelen geleneklerden sapma ve otorite tarafından yeterli bir kararlılıkla oluşturulmuş kuralları çiğneme üzerinde toplanmıştır. Diğer taraftan günümüz Avrupalısı için suçluluk beşeri bir çıkarı zedelemeye dayanmaktadır. Dolayısıyla bunun sonucu olarak suçluluğa ilişkin bu iki kategori birbirinden çok geniş biçimde ayrılmaktadır zira müşterek hassasiyetleri ihlal eden eylemlerin doğası farklıdır. Bunun sonucu olarak da her iki kategoriye karşılık gelecek tepki de farklı olmak durumundadır.

İlkel toplumlara özgü suçların ihlal ettiği müşterek hassasiyetler iki sebepten müşterek olarak addedilebilir. Sadece öznelerin müşterekliğinden ve dolayısıyla bireysel telakkilerde böyle karşılık bulmasından değil aynı zamanda “*konularının da müşterek olmasından*” dolayı müşterek sayılırlar. Doğası gereği bu “şeyler” bizim şahsi ilgimizin dışındadır. Bizim bu surette bağlı bulunduğumuz akıbetler bizlerin küçük ufuklarının sınırını aşar. Onlar bireysel olarak bizlerle değil müşterek varlıkla ilgilidirler. Bu sebeple onlara erişmek için bizden beklenen eylemler bizim doğamıza uygun değildir. Ancak kişisel mahrumiyet

ve fedakarlıkları, tanrıların yahut geleneklerin beklediği tatmini ya da otoritenin beklediği itaati sağlamada zorlayıcıdır. Bizim oruç tutmak, riyazet, belirli yiyeceklerden kendimizi mahrum etmek, hayvanlarımızı kurban etmek, bazı geleneklere saygı adına rahatımızı bozmak içimizden gelen şeyler değildir. Bunun sonucu olarak dış dünyadan gelen duyarlılıklara benzer şekilde bu tarz hissiyatlar bizim çabamız olmadan – bazı durumlarda bize rağmen bizimledir ve uyguladıkları kısıtlamalar nedeniyle bize böyle gözükürler. Demek ki kendi hissiyatlarımıza yaptığımız gibi bir çeşit dış güçten kaynaklanmakta olan bu tip hissiyatları da kendimizden ayırmamız gerekir. Dahası bu güç bize emrettiği ve bizim bizim de ona itaat ettiğimiz derecede onu, sadece yabancı bir kuvvet olarak değil aynı zamanda bize üstün olarak da tasavvur etmek durumundayız. İçimizdeki emredici tonda konuşan ve bizi doğamıza ayırı davranmaya zorlayan bu ses ancak bizlerden farklı ve aynı zamanda bize tahakküm eden bir varlıktan kaynaklanabilir. İnsanlık bu gücü hangi biçimde tahayyül ederse etsin (tanrılar, atalar ya da herhangi bir çeşit yüce kişilik) onun her zaman, bu ilişki noktasında, aşkın insan üstü bir tarafı vardır. Ahlakın bu kısmının tamamen din ile doldurulmasının sebebi budur. Ahlakın tarafımıza biçtiği görevler bizi, kendi şahsiyetimizi çok aşan bir şahsiyete, bizim öz saflığı ile veya çoğu zaman olduğu gibi dini sembollerin yardımı ile düşündüğümüz müşterek şahsiyete tabi kılmaktadır.

Vaziyet böyleyken bu hassasiyetleri yaralayan ya da bu özel görevleri ihmalen kaynaklanan suçlar bize bu aşkın varlıklara yönelmiş olarak görünür ki gerçekte de onları etkilemektedir. Bunun sonucunda anılan suçlar bize özel olarak tiksindirici görünür, zira zarar görenin tabiatı ya da itibarı zarar verenden ne kadar yüksek ise suç da o derece isyan edicidir. Bir kimse saygı göstermeye ne kadar mükellef ise onun bu saygıyı göstermekte akim kalması da o derece tiksindirici olur. Aynı eylem eşit düzeyde birine karşı işlenirken sadece kınanabilir olurken daha üstün birine karşı işlenince bir nevi küfre dönüşür. Bunun ortaya çıkardığı dehşet ise ancak sert cezalar ile yatıştırılabilir. Mutat ilişkileri sürdürerek tanrılarını yatıştırmak adına kişinin binlerce mahrumiyete katlanması gerekir. Peki onları kızdırdığı zaman ise daha hangi mahrumiyetlere tabi olacaktır? Suçlu her ne kadar güçlü bir merhamet hissi uyandırsa da bu kutsal şeylere karşı yapılan eylemlere karşılık gelebilecek bir şey değildir. Bunun sonucu olarak da, kabul edilebilir derecede cezayı yumuşatması mümkün değildir. Bu iki hassasiyet eşit olmaktan çok uzaktır. İnsanlık tarafından özellikle hataya düşmüş olan türdeşine duyulan sempati ilahi olana saygıdan ileri gelen korkunun etkilerini azaltabilecek değildir. Kendini kat be kat aşan bu güç ile kıyaslandığında birey öyle küçük kalır ki çektiği sıkıntı görece değerini kaybeder ve o ihmal edilebilecek bir sayıdan

ibaret kalır. Bir *tanrıyı* yatıştırmak söz konusu olduğunda, bir bireyin acısı nedir ki?

Müşterek hassasiyetlerin konusu birey olduğunda durum farklı olur, zira bu sefer konuyu biz teşkil etmekteyiz. Hepimiz insan olduğumuzdan birimizi ilgilendiren hepimizi ilgilendirir. İnsan onurunu koruyan hisler hepimizi ta kalbimizden etkiler. İnsan dostlarımızın hayatlarına ve mülkiyetlerine onlarda müteakabil bir karşılık bekler şekilde hesabi bir tarzda saygı duyduğumuzu savunmuyorum. Eğer biz bu saygıdan yoksun eylemleri reddediyorsak bunun sebebi insan oğluna genel olarak duyduğumuz sempattir. Bu hassasiyetler kesin olarak çıkarsızdır, zira genel bir konuya sahiptir. Kant'ın ahleki bireyciliği ile yararcılar arasındaki büyük fark burada yatmaktadır. Bir bakıma her ikisi de bireyin gelişimini ahlaki tutumun konusu olarak ele alır. Yararcılara göre söz konusu birey her birimizin özgün bilincinde mevcut olan duyarlı, tecrübi bireydir. Diğer taraftan Kant'a göre ise söz konusu olan göz önüne serilen muhtelif ve somut şekillerden ayrı olmak üzere, bizatihi insan şahsiyeti genel olarak ise insanlıktır. Bunun yanında her ne kadar evrensel olsa da böyle bir amaç bize bencil eğilimlerimizin yönlendirmesi noktasında yoğun şekilde bağlıdır. Genel olarak insan ile halihazırda olduğumuz insan arasındaki fark bir insan ile bir tanrı arasındaki fark ile aynı değildir. Bu fikrin tabiatı bizimkinden sadece derece itibarıyla farklılaşır; o bizim içinde değişken örneklerini oluşturduğumuz salt bir modeldir. Bizleri ona bağlayan hassasiyetler kısmidir. Öyle ki bunların genişlemesi bizi birbirimize bağlar. Bu durum şu deyişle özetlenebilir; kendine yapılmasını istemediğini, başkasına yapma.

Buna bağlı bir sonuç olarak bu hassasiyetlerin ve bizi harekete geçiren eylemlerin izahı için aşkın bir temel aranmasına gerek yoktur. İnsanlığa duyduğumuz saygının izahı için insanlığa üstün harici bir gücün bize bunu yaptırdığını varsaymaya gerek yoktur. Kendimizi insan olarak görüp bunun idrakine vardığımız gerçeği ortadayken bu durum gayet anlaşılabilir. Gerçekten bu saygının bizim hislerimizin doğal temayülüne uygun olduğunun farkındayız. Bundan dolayı bu gerçeği inkar eden saldırılar bize yukarıda bahsedildiği şekilde insan üstü bir varlığa karşı yapılmış gibi görünmemektedir. Biz bunlarda uluhiyete. karşı değil insaniyete karşı yapılmış eylemler görmekteyiz. Şüphesiz bu fikrin her türlü aşkınlıktan ari olması şimdilik uzaktır. İdealin gerçeği olması ve ona tahakkümü doğasında vardır ancak bu aşkınlık çok belirgin değildir. Numune olan bu "İNSAN" kendini bizlerle karıştırmasa da her birimiz kısmen de olsa onu gerçeğe dökmekteyiz. Bu tasarım her ne kadar yüce de olsa nihayetinde özünde insan olduğundan bir bakıma bizle mündemictir.

Bu halde cezalandırmanın şartları artık öncekinden farklıdır. Suçlu ile suçtan zarar gören arasındaki mesafe aynı değildir; eşit düzeyde bir hal üzeredirler. Bu hal o kadar böyledir ki her özgün durumda suçtan zarar gören insan kendini belirli bir bireyselliğin doğasıyla sunar ki bu bireysellik suçlununkiyle aynıdır. Dolayısıyla suç filinde içkin bulunan ahlaki rezillik daha az isyan edicidir ve bundan dolayı çok şiddetli bir cezayı gerektirmez. Bir insanın bir insana saldırısı, bir insanın tanrıya saldırısı kadar bir kırgınlık ortaya çıkarmaz. Aynı zamanda ceza çekenin içimizde uyandırdığı merhamet hissi suçlunun zarar verdiği ve kendisine tepkiyi doğuran hassasiyetler tarafından kolay kolay bastırılmaz, zira her ikisinin de doğası aynıdır. Birincisi ikincinin bir tür çeşididir. Cezalandırmanın ruhunu teşkil eden bu yıkıcı şiddet nedeniyle içimizdeki dehşeti meydana getiren müşterek öfkenin sebebi, acı çeken insana karşı duyduğumuz sempattir. Diğer taraftan bu öfkeyi tutuşturan şey de tam olarak aynı sempati ve dehşettir. Bu durumda cezai süreci harekete geçiren sebep aynı zamanda ona ket vurma eğilimindedir. Aynı zihinsel durum bizi hem cezalandırmaya hem de onu yumuşatmaya sevk etmektedir. Hafifletici etki kendini hissettirmekten hali olamıyordu. Bir insanın onurunun tahkir edilmiş kutsallığa karşı kayıtsız şartsız feda edilebilmesi gayet doğal görünüyordu. Halbuki kurbanın şahsında zarar görmüş insan insan onurunun öcünü suçlunun ihlali ile almak hakiki ve kaçınılmaz bir çelişki olarak durmaktadır. İki arasındaki zıtlığı gideremeyecek (zira bu tamamen mümkün değildir.) ancak onu yumuşatabilecek tek çare cezalandırmayı olabildiğince yumuşatmaktır.

İlerleme sağlandığı derecede dini suçluluk azalıp suçun beşeri suçluluğa indirgenmesiyle ortalama ceza kaçınılmaz şekilde zayıflamaya devam etmiştir. Bu zayıflama törelerin zayıflamasından ziyade ceza hukukunun ve müşterek hassasiyetlerin teşekkülündeki etkisi büyük olan dinin yok olmaya başlamasından ileri gelmektedir. Şüphesiz insana duyulan sempati hisleri aynı zamanda daha yoğunlaşmıştır ancak artan bu canlılık cezalandırmanın tedrici yumuşamasını açıklamaya yetmez. Aksine bu durum tek başına insanlığın mağdur olduğu suçların karşısında daha sert olmamıza ve cezalarını arttırmamamıza neden olurdu. Asıl sebep ise suçluya duyulan merhamet hissinin artık bunun tesirine izin vermeyen karşıt hassasiyetler karşısında üstün gelemeyeşidir.

Şu soru yine de sorulabilir; Eğer öyleyse neden kişilere kaşı işlenen eylemlere öngörülen cezalar genel gerilemeye tabi olmak durumunda kalmıştır? Çünkü bunlar diğerleri kadar ortadan kaybolmuş değillerse de şu da kesin ki bunlar genel olarak iki üç yüzyıl öncesine nazaran daha az göze çarpar durumdadır. Buna rağmen eğer doğası gereği bu suçlar sert cezaları ortaya çıkarıyorsa bu

etkinin, anılan eylemlerin cezai karakterini tanımasıyla beraber kendini en başta göstermesi gerekirdi. Onların içerdiği cezaların zamanla yumuşamak yerine tek ve bir seferde söylenen yumuşaklık derecesine ulaşması gerekirdi. Ancak bu tedrici yumuşamanın asıl sebebi şudur ki bu saldırılar (uzun süre ceza hukuku sınırlarının eşliğinde durarak) ceza hukukunun alanına girip, orada sınıflandırıldığında alanın hemen tamamı dini suçluluk tarafından istila edilmiş haldeydi. Bu baskın konumun sonuç olarak dini suçluluk, ortaya çıkar her yeni suç kendi yörüngesine sokuyor ve onu kendi izi ile etiketliyordu. Genel anlamda suçun kutsallığa karşı işlendiği düşüncesi hakim oldukça insana karşı işlenen suçlara ilişkin düşünce de aynı kaderi paylaşacaktır. Biz bu suçluların da tanrı tarafından yasaklandığı için tiksindirici olduğuna ve onları küçük düşürdüğüne inanıyoruz. Zihnin alışkanlıkları öyledir ki ototritesini tüm ahlakiliğin kendine özgü kaynağı sayılan bir kaynaktan almayan ahlaki bir kaidenin, yeter derecede bir otoriteye sahip olması zor gözüktür. Bugün bile yaygın olan ve dine yahut mantiki teolojiye dayanmayan, buyrukları aşkın bir varlıktan kaynaklanmayan ahlakın temelsiz olacağına ilişkin teorilerin kaynağı budur. Beşeri suçluluk geliştiği ve dini suçluluk gerilediği nisbette evvelki kendi bireysel yapısını ve bizim onu tanımladığımız ayırıcı özellikleri daha belirgin olarak açığa vurmaktadır. Kendi olmasını engelleyen etkilerin tahakkümünden kendisi kurtarmaktadır. Sayıları azalmakta olsa da bugün hala ceza hukukunu, daha genelde ahlakı tanrı fikrinden ayrı görmeyen ve bu ilkel bakış açısına sahip kimseler vardır ki bunlar bile bu iki fikri eski çağ Hristiyanlarının yaptığı kadar birbirine bağlamıyorlar. Beşeri ahlak artan bir şekilde ilkel dini karakterinden kurtulmaktadır. Bu gelişme süreciyle ahlakın öngördüğü en büyük ihlalleri karşılayan cezaların azalma yönündeki evrimi gerçekleşmiştir.

Burada kaydedilmesi önemli olan bir etkileşim süresince beşeri suçluluk alanını genişlettikçe, dini suçluluğa müdahale etmiş ve onu kendine benzetmeye başlamıştır. Başlıca suçları bugün nnsana karşı yapılan eylemler oluşturuyorsa da müşterek “şeylere” (aileye, töreye, devlete karşı) karşı işlenebilen suçlar da bulunmaktadır. Diğer taraftan bu müşterek “şeyler” de kendileri dini karakterlerini yitirme eğilimindedirler. Bir zamanlar oldukları gibi ilahi olmaktan insani bir gerçekliğe evrildiler. Biz artık toplum ya da aileyi aşkın ve gizemli varlıklar olarak kutsallaştırmıyoruz; onlarda gördüğümüz insani amaçları gerçekleştirmek için bir araya gelmiş gruptan fazlası değil. Bunun sonucu olarak anılan müşterekliklere yönelen suçlar da bireylere yönelenlerin karakterini paylaşıyor ve bu birinci grubu oluşturan suçlara karşılık gelen cezalar da gittikçe yumuşuyor.



Cezalandırmanın tedrici hafiflemesi böyle bir sebebe dayanır. Sonuç mekanik olarak elde edilmiştir. Cezalara karşılık gelen müşterek hassasiyetlerin içinde bulunduğu tutum değişmiştir zira bu müşterek hassasiyetler değişmiştir. Alana yeni güçler girmiştir; etkinin aynı kalması düşünülemez. Bu büyük değişim bir ön yargılı amaca ulaşmak adına gerçekleşmediği gibi herhangi bir yararçı mütalaa etkisiyle de gerçekleşmemiştir. Buna rağmen dönüşüm bir kez tamamlandığında, kendini oldukça doğal olarak faydalı amaçları tabi kılınmış buldu. Basitçe bu dönüşüm toplumların kendilerini içinde buldukları yeni şartlardan doğduğundan, bu şartlarla ahenkli bir ilişkiden hali olamazdı. Gerçekte, cezalandırmanın sertliği ancak bireyler tarafından toplumsal kısıtlamaların gücünün hissedilemesine hizmet eder. Dahası cezaların sertliği bu kısıtlamalara göre değişmediği takdirde kullanışsız kalır. Öyleyse şunu söylemek uygundur ki, müşterek cebrin hafifleyip daha esnek ve özgür düşünceyi daha az dışlayıcı olduğu derecede cezaların sertliği azalmaktadır. Ahlaki evrim sürecinde gerçekleşen büyük değişim budur. Her ne kadar en güçlü ifade şekli ahlak olduğu söylenen toplumsal disiplin faaliyet alanını artarak genişletse de otoriter sertliğini git gide kaybetmektedir. Toplumsal disiplin daha insani bir hale büründüğünden, bireylerin plansız kendiliğinden eylemlerine daha fazla alan açmakta hatta onları buna teşvik etmektedir. Bu sebeple şiddet yoluyla uygulanmaya daha az ihtiyacı olmaktadır. Bu sonuç karşısında bu saygıyı temin eden yaptırımların her türlü girişimi ve tepkiyi daha az kısıtlayıcı olması zorunludur.

Şimdi daha önce bir kenara kenara bıraktığımız ceza evrimindeki ikinci etkene dönebiliriz. İktidar örgütünün doğası. Daha önceki düşünceler bu etkinin nasıl bir tarzda işlediğini açıklamamızı kolaylaştıracaktır.

Mutlak bir gücün tesisi sahibini, özellikle kuşandığı güç farazi olarak sınırsız olduğunda zorunlu olarak diğer insanlardan üst bir yere taşır, onu insan üstü bir şey haline getirir. Gerçekten iktidar ne zaman böyle bir şekle bürünse gücü icra eden kişi diğer insanlara bir kutsallık arzeder. Özel olarak bir tanrı haline getirilmese de kendisinde zuhur eden gücü böyle bir kutsallıkla eşdeğer görülür. Bunun sonucunda böyle bir kutsallık cezalandırmaya etki etmekten hali olamaz. Evvela, faillerine karşı açık bir şekilde üstün olan bir varlığa karşı işlenmiş eylemlerin sıradan suçlar olarak görülmesi imkansız olduğundan dine karşı işlenen suçlarda olduğu gibi şiddetle bastırılırlar. Mutlak iktidara tabi tüm insanlar için hükümdara karşı işlenmiş suçlar için ceza hukuku tarafından atfedilen bu duruşun kaynağı budur. Bir diğer husus ise, bu tip toplumlarda hemen hemen tüm kanunların bu egemenden zuhur ettiği ve onun dileklerini ifade ettiği addedildiğinden, hukukun ihlali ona karşı yapılmış bir eylem olarak

görülür. Bu eylemlerin oluşturduğu kınama ise daha ılımlı ve dağınık bir otorite ile ters düşüldüğünde verilen tepkiden daha serttir. Şu bir gerçek ki otorite kendini daha yoğun hale getiren bir düzeyde teksif edilmiştir ki bu durum aynı zamanda onu kendisine yapılan ihlallere karşı daha hassas ve tepkisinde daha şedid hale getirmektedir.

Böylelikle birçok suçun vahameti kendini çeşitli derecelerde artmış bulur; bunun sonucunda cezalandırmanın ortalama sertliği fazlasıyla artmıştır.

## V. Sonuç

Bu yönde anlaşıldığında yukarıda açıkladığımız kanun çok farklı bir anlam kazanır. Gerçekten sorunun kökenine indiğimizde ilk bakışta öyle görülebileceği gibi bu konunun cezalandırmada sadece nicel değişimleri ifade ettiği sanılabilir ancak doğrusu nitel değişimleri de ifade ettiği'dir. Cezalandırma bugün eskisine nazaran yumuşaksa bunun sebebi kadim cezalandırma kurumlarının kendi benliklerini korumak suretiyle tedricen sertliklerini yitirmeleri değil yerlerine başka kurumlar getirilmesidir. Her ikisinin düzenini tayin eden güdü farklıdır. Bu güdü artık değeri suçlununkiyle kıyaslanmayacak bir varlığa karşı yapılan eylemlerin verdiği şevk, ani bir taşkınlık veya şaşkınlıktan kaynaklanmayıp, yerine iki eşit arasında gerçekleşmiş bir suçtan ileri gelen daha sakin ve daha temkinli tepkiye dayanmaktadır. Kınama da eskisi gibi değildir, merhameti dışlamamaktadır; kendisi başlı başına yumuşamayı gerektirmektedir. Bundan dolayı yeni anlayışa uygun yeni cezalar zorunlu olmaktadır.

Bu bakış açısıyla bir hata giderilmiş ve gerçeklerin dolaysız tahlili için yol açılmıştır. Cezalandırmanın evrimsel gelişme içinde nasıl zayıfladığını gözlemlerken okuyucu bu gidişin amacına sınır gözetmeksizin ulaşacağını öyle ki cezalandırmanın sifıra ineceğini düşünebilir. Ancak böyle bir sonuç öne sürdüğümüz kanunun ruhuyla bağdaşmaz.

Gerçekte cezalandırmayı tayin eden sebep hafifletici etkilerini belirsiz bir tarzda ortaya çıkarmadı. Bu sebep canlılığını ve hassasiyetini giderek kaybeden ve zinde bir cezai tepki olma özelliğini yitiren ahlaki bilincin uyuşukluğuna dayanmaz. Biz bugün ayırım gözetmeksizin tüm suçlara karşı eskisine nazaran daha kayıtsız değiliz ancak belki belirli suçlar bunun dışındadır. Gerçekten, daha sert olduğumuz kimi suçlar vardır. Yalnız, daha çok müsamaha gösterdiğimiz suçlar en büyük tepkiyi doğuran suçlardır; aksine sertliğimizi saklı tuttuğumuz suçlar ise ancak olağan cezaları gerektirmeleridir. Sonuç olarak birincilerin suç addedilmemeye başlanması nisbetinde ceza hukuku alanından çıkacak yerini diğerlerine bıraktıkça mecburen ortalama cezalarda bir yumuşama oldu. Diğer

tarafllara bu zayıflama ikamesinden daha uzun dayanamaz. Bir zarar geldiğinde -ki yakındır- bireye karşı saldırıların ceza hukukunun tamamını kapladığı, diğler suç türlerinin eskilerden kalma bakiye dışında bir şey olmadığı düşünöldüğünde bu süreç tamamlanmış olacaktır. Bu gerileme hareketi böylece duracaktır, zira beşeri suçluluğun onu bastıran cezaların azalması gibi azalacağına inanmamızı gerektirecek bir sebep yoktur. Bundan ziyade, tüm verilen suç olarak nitelenen fiillerin artmasıyla ve bunların suçluluk karakterinin vurgulanmasıyla suçluluğun giderek artacağına işaret ediyor. Dünü kamu vicdanını rahatsız etmeyen, sahtecilik ve haksızlıkları bugün onları isyan ettirmektedir ve bu hassasiyet zamanla artacaktır. Dolayısıyla, tüm bastırıcı sistemin duraksaması söz konusu değildir. Durum şudur ki belirli bir sistem kendisine de daha az sert ve vahşi bir sistem ile yer değiştirmiştir ki o da benzer sertliklerde hali olmayıp hiçbir surette esintisiz bir düşüşe kayıtlanmış değildir.

Böylece tüm medeni halkların içinde bulunan ceza hukukunun hassas durumunun izahı ortaya konmuştur. Biz eskinin ceza kurullarına ya tamamen yok olduğu ya da bir çeşit alışkanlık zoruyla ayakta kaldığı ancak ahlaki bilincin isteklerine daha uyumlu karşılık verecek yeni ve farklı ceza kurumlarının doğuyor olduğu bir zaman ulaşmış bulunuyoruz.



# YAPAY ZEKAYA SAHİP VARLIKLARIN CEZAI SORUMLULUĞU - BİLİM KURGUDAN YASAL TOPLUMSAL DENETİME

Yazar: Gabriel HALLEVY<sup>1\*</sup>

Çeviren: Av. Müslüm FİNCAN<sup>2\*\*</sup>

## I. GİRİŞ: HUKUKİ PROBLEM

Düşünebilen makineler, ceza hukukunun konusu olabilir mi? 1981 yılında, bir motorsiklet fabrikasında çalışan 37 yaşındaki bir Japon işçi, yanında çalışan yapay zekaya sahip bir robot tarafından öldürüldü<sup>3</sup>. Robot, hatalı bir biçimde işçiyi kendi görevi için bir tehdit olarak tanımladı ve bu tehditten kurtulmanın en etkili yolunun, onu bitişikte çalışan makineye itmek olduğunu hesapladı<sup>4</sup>. Robot, çok güçlü olan hidrolik kollarını kullanarak şaşkın durumdaki işçiyi çalışan makineye vurdu, onu anında öldürdü<sup>5</sup> ve daha sonra müdahale edecek kimse olmaksızın görevine devam etti. Ne yazık ki, bu bir bilimkurgu değil ve hukuki soru şu: Bu soğukkanlı ve tasarlanmış cinayetten kim sorumlu tutulacaktır?

Teknolojik dünya hızla değişmekte<sup>6</sup>. Robotlar ve bilgisayarlar, basit insan hareketlerinin yerini daha da fazla almaktalar<sup>7</sup>. İnsanlığın bilgisayarları sadece araç olarak kullandığı dönemlerde, bilgisayarlar ile tornavidaların, arabaların veya telefonların arasında kayda değer bir fark yoktu. Bilgisayarlar daha

---

<sup>1</sup> Profesör, Ono Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Yararlı yorumları, tartışmaları ve sağlam desteklerinden dolayı Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Dudi Schwartz'a teşekkürlerimi sunarım. Makaleyi çok başarılı bir şekilde gözden geçiren Scott Garnick'e minnettarım. Üstün düzenlemelerinden dolayı bu sayıdaki editör kurul üyelerine teşekkür ederim.

<sup>2</sup> Avukat, Gaziantep Barosu, Friedrich Alexander Universität Erlangen-Nürnberg, Almanya, Doktora Öğrencisi. Söz konusu makale metninin özgün İngilizce hali için bkz., <https://www.uakron.edu/dotAsset/1139176.pdf>. Bu makale, Akron Intellectual Property dergisinde 2010 yılında yayınlanmıştır. Makalenin çevirisine onay verdikleri için Sayın Prof. Dr. Gabriel Hallevy'e ve çevirinin tashihinde yardımını esirgemeyen değerli hukukçu Merve Yüksel'e teşekkürlerimi sunarım.

<sup>3</sup> Yukarıdaki bilgiler, **Yueh-Hsuan Weng, Chien-Hsun Chen ve Chuen-Tsai Sun'un** bilgilerine dayanmaktadır. *Toward the Human-Robot Co-Existence Society: On Safety Intelligence for Next Generation Robots*, Int. J. Sov. Robot, 267-273, 2009.

<sup>4</sup> Age.

<sup>5</sup> Age.

<sup>6</sup> Age, 267.

**Isabelle Boucq**, *Robots for Business*, <http://www.atelier-us.com/emergingtechnologies/article/robots-for-business> (Erişim tarihi: 22.07.2017), Çevirmen Notu: Söz konusu web sitesi linki <http://www.atelier.net/en/trends/articles/robots-business> olarak değişmiştir.

<sup>7</sup> Boucq, age.

karmaşık hale geldikçe, bilgisayarların bizim yerimize “düşündüğünü” söyledik. Sorun, bilgisayarlar “düşünen” makinelerden (*Tanımlanmış düşünce süreçlerini / hesaplamayı gerçekleştirmek üzere programlanmış makineler*) düşünen makinelere (*tırnak işareti olmaksızın*) veya yapay zekaya evrildiğinde başladı. Yapay zeka, bir makinenin akli davranışları taklit etme yeteneğidir<sup>8</sup>. Yapay zeka, insan davranışının ve bilişsel süreçlerin bir bilgisayardaki simülasyonudur ve bütün akıllı zihinlerin doğasının incelenmesidir<sup>9</sup>. Yapay zeka araştırmaları 1940’lı yıllarda ve 1950’li yılların başlarında başlamıştır<sup>10</sup>. O zamandan beri, yapay zekaya sahip varlıklar diğer günlük araçlardan çok daha karmaşık bir şekilde işleyerek, modern insan yaşamının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir<sup>11</sup>. Onlar tehlikeli hale gelebilir mi?

Gerçekte, yukarıdaki olayın kanıtladığı gibi, onlar zaten tehlikeli. 1950 yılında, Isaac Asimov “Ben Robot” ismindeki bilimkurgu başyapıtında, robotik biliminin 3 temel yasasını ortaya koymuştur<sup>12</sup>: (1) Bir robot, bir insana zarar veremez veya hareketsiz kalarak bir insanın zarar görmesine izin veremez<sup>13</sup>. (2) Bir robot, bu emirler 1. kural ile çelişmediği sürece, insanlar tarafından verilen emirlere uymalıdır<sup>14</sup>. (3) Bir robot, 1. ve 2. kuralla çelişmediği müddetçe, kendi varlığını korumak zorundadır<sup>15</sup>.

Bu 3 temel kural, açık bir şekilde çelişkilidir<sup>16</sup>. Ya bir kişi, bir robota bir başkasının iyiliği için o kişiyi yaralama emri verirse? Ya görevli amiri tarafından polis servisinde çalışan bir robota, bir şüpheliyi yakalama emri verilir ve şüpheli de yakalamaya karşı direnirse? Ya da sağlık hizmetlerindeki bir robota, bir hastaya cerrahi müdahalede bulunması için emir verilir ve hasta reddederse; ancak doktor bu eylemin hastanın kendisi için yararlı olduğu konusunda

---

<sup>8</sup> **N.P. Padhy**, *Artificial Intelligence and Intelligent 3*, Oxford University Press, 2005.

<sup>9</sup> Age.

<sup>10</sup> Age, 4-5.

<sup>11</sup> **Chris Capps**, “*Thinking*” *Supercomputer Now Conscious as a Cat*, [http://www.unexplainable.net/artman/publish/article\\_14423.shtml](http://www.unexplainable.net/artman/publish/article_14423.shtml) (Erişim tarihi: 19.08.2017); Boucq, age, 4.

<sup>12</sup> Çevirmen Notu: Isaac Asimov’un kısa eserinden yararlanılarak çekilen “Ben Robot - I Robot” isimli film, 2004 yılında vizyona girmiş ve büyük bir beğeni toplamıştır. <http://www.imdb.com/title/tt0343818/> (Erişim tarihi: 24.08.2017).

<sup>13</sup> **Isaac Asimov**, *I Robot*, 40, Doubleday 1950. (Bundan böyle *Asimov, I Robot* denilecektir).

<sup>14</sup> Age.

<sup>15</sup> Age.

<sup>16</sup> Isaac Asimov’un kendisi “Robotların Geri Kalanı’nın” giriş bölümüne şunları yazmıştır: “Üç yasadada, tam da yeni hikayeleri gerektirecek zıtlık ve belirsizliği sağlamaya yetecek miktarda anlam karmaşası vardı ve üç yasanın kelimelerinden yeni bir bakış açısı yaratmanın her zaman mümkün olduğunu gördüğümde çok rahatladım.” **Isaac Asimov**, *The Rest of Robots*, 43, Doubleday 1964.

ısrarcıysa ve robota bu emri tekrar verirse? Bunun yanısıra, Asimov'un temel robotik yasaları yalnızca robotlarla ilgilidir<sup>17</sup>. Bu yasalar hukuki olarak gerçek bir öneme sahip olsaydı dahi, yapay zeka yazılımına sahip olmayan bir robot Asimov'un kurallarına konu olamazdı<sup>18</sup>.

Bu bağlamda asıl soru, ne tür hukuksal veya etik kuralların doğru olduğu ve buna kimin karar vereceğidir. Toplum, aynı problemlerin insanlarla ilgili olanlarının üstesinden gelmek amacıyla ceza hukukunu icat etmiştir<sup>19</sup>. Ceza hukuku, modern uygarlıkta en güçlü yasal sosyal kontrolü kapsamaktadır<sup>20</sup>. İnsanların yapay zekaya sahip varlıklar bakımından korkusu, çoğu olayda, yapay zekaya sahip varlıkların hukukun<sup>21</sup>, özellikle ceza hukukunun, bir ögesi olmaması gerçeğine dayanmaktadır<sup>22</sup>. Geçmişte insanlar benzer bir şekilde şirketlerden ve şirketlerin bir dizi suç işleyecek güce sahip olmasından korkmaktaydılar<sup>23</sup>. Fakat şirketlerin ceza hukuku ve şirketler hukukuna tabi tüzel kişilikler olmaları sayesinde, bu tür korkular önemli bir ölçüde azalmıştır<sup>24</sup>.

Bu nedenle, yapay zekaya sahip varlıklarla ilgili en yeni soru şudur: Yapay zekaya sahip varlıkların artan zekaları, onları diğer tüzel kişilikler gibi hukuki

<sup>17</sup> Bkz.; Asimov, *I Robot*, age, dipnot 11, 40.

<sup>18</sup> Age.

<sup>19</sup> **William M. Clark & William L. Marshall**, *Law of Crimes 1-2*, 7. Baskı, 1967 (“Toplumsal davranış üzerindeki insan kontrolü, ceza hukukunun amacıdır.”) Bkz.; Davida A. Williams, *Punishing the Faithful: Freud, Religion, and the Law*, 24, *Cardozo L. Rev.* 2181 [Atfen, **Wayne R. Lafave & Austin W. Scott Jr.**, *Criminal Law*, 22, 2. Baskı, 1986, (Ceza hukukunun temel amacının insanların, toplumun arzuladıklarını yapması ve toplumun uygun olmadığını düşündüklerini yapmaması olduğu belirtilmiştir.)] Ceza hukuku, insanların istenmeyen davranışlarda bulunmalarını önlemeyi amaçlamaktadır. Böylece ceza hukuku kurallarının cezalandırma yoluyla uygulanmasının bir zorunluluk olarak görülmesi gerekmektedir. Adı geçen esere bakınız.

<sup>20</sup> Age.

<sup>21</sup> **Lawrence B. Solum**, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, 70, *N.C. L. Rev.* 1231, 1992.

<sup>22</sup> Yapay zekaya sahip varlıkların hissettirdiği kaygılar bu varlıklara ilişkin birçok Hollywood filimindeki tasvirler yüzünden artmış olabilir. Örneğin; **2001: A Space Odyssey** (Metro-Goldwyn-Mayer, 1968) ve içinde yapay zekaya sahip varlıkların hukukun konusu olmadığı **Matrix** üçlemesi. **The Matrix** (Warner Bros. Pictures, 1999); **The Matrix Reloaded** (Warner Bros. Pictures, 2003); **The Matrix Revolutions** (Warner Bros. Pictures, 2003). Şunu da belirtmek gerekir ki, Hollywood ayrıca yapay zekaya sahip varlıkları insan, neredeyse insan ya da insan olmak arzusundaki bir varlık gibi göstererek, empatiye yol açacak şekilde de portrelemiştir. Örneğin bkz.; **Artificial Intelligence: A.I.** (Warner Bros. Pictures, 2001). Bu portreleme elbette, açık şekilde, insani hukuki sosyal kontrole ve ceza hukukuna tabi olmayı da kapsar.

<sup>23</sup> **John C. Coffee Jr.**, “No Soul to Damn: No Body to Kick”: *An Unscandalised Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*”, 79, *MICH. L. REV.* 386, 1981.

<sup>24</sup> Age.; **Steven Box**, “Power, Crime and Mystification”, 16-79, 1983; **Brent Fisse & John Braithwaite**, “The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability”, 11, *SYDNEY L. REV.* 468, 474-510, 1988.

toplumsal denetime tabi kılar mı<sup>25</sup>? Bu makale, yapay zekaya sahip varlıkların ceza sorumluluğu problemine hukuksal bir çözüm bulmaya çalışmaktadır. Öncelikle, yapay zekaya sahip varlığın tanımı sunulacaktır. Bu tanımdan yola çıkarak, bu yazıda yapay zekaya sahip varlıkların ceza sorumluluklarına dair üç model teklif edilecek ve tanıtılacaktır<sup>26</sup>.

- (1) Dolaylı Failin Sorumluluğu Modeli
- (2) Olası Doğal Sonuçlardan Sorumluluk Modeli
- (3) Doğrudan Sorumluluk Modeli<sup>27</sup>

Bu üç model ayrı ayrı uygulanabilir, ancak birçok durumda, cezai sorumluluğun hukuki yapısını tamamlamak amacıyla, bunların koordine edilmiş bir birleşimine (hepsi veya bir kısmı) ihtiyaç duyulmaktadır<sup>28</sup>. Yapay zekaya sahip varlıklara hukuki olarak cezai sorumluluk yüklemeye ihtimali incelendikten sonra, cezalandırma sorunu ele alınmalıdır. Yapay zekaya sahip bir varlık nasıl hapis cezası çekebilir? Ölüm cezası, yapay zekaya sahip bir varlığa nasıl uygulanabilir? Yapay zekaya sahip bir varlığa, para cezası, gözaltı vs. nasıl uygulanabilir? Sonuç olarak, uygulanabilir cezai yöntemler formüle etmek, yapay zekaya sahip varlıklara cezai sorumluluğu pratik bir şekilde yükleyebilmek için gereklidir<sup>29</sup>.

## II. YAPAY ZEKAYA SAHİP VARLIK NEDİR? -MACHINA SAPIENS- “DÜŞÜNEN MAKİNE” VEYA DÜŞÜNEN MAKİNE

Birkaç yıldır, yapay zekaya sahip varlıkların esas niteliği hakkında önemli tartışmalar meydana gelmektedir<sup>30</sup>. Gelecek bilimciler, insanların yeryüzünde akıllı varlıklar olarak sahip olduğu yeri paylaşacak olan yeni bir türün, “machina

<sup>25</sup> Genel olarak, ceza hukuku ile ilgili olmayacak bir şekilde örneğin bkz.; **Thorne L. McCarty**, “Reflections on Taxman: An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning”, 90, HARV. L. REV. 837, 1977; **Donald E. Elliott**, “Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence”, 13, J. Legal Stud. 113, 1984; **Thomas E. Headrick & Bruce G. Buchanan**, “Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning”, 23, Stan. L. Rev. 40, 1971; **Antonio A. Martino**, “Artificial Intelligence and Law”, 2, INT’L J. L. & Info. Tech. 154, 1994; **Edwina L. Rissland**, “Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning”, 99, YALE L.J. 1957, 1990.

<sup>26</sup> Söz konusu bu üç model, aşağıda 3. Bölümde tartışılmıştır.

<sup>27</sup> Çevirmen Notu: Hukuk literatüründe yeni karşılaşılan ve makalenin yazarı tarafından isimlendirilen bu 3 model, “1-The Perpetration-via-Another Liability Model, 2-The Natural-Probable-Consequence Liability Model ve 3-The Direct Liability Model” olarak başlıklandırılmıştır. Bu modellerin ayrıntıları ilerideki başlıklarda tartışılacaktır.

<sup>28</sup> Bu üç sorumluluk modelinin eşgüdümü aşağıda 3. bölümde tartışılmıştır.

<sup>29</sup> Genel Ceza Ayarlaması Değerlendirmeleri, aşağıda 4. bölümde tartışılmıştır.

<sup>30</sup> Örneğin bkz.; **Terry Winograd**, “Thinking Machines: Can There Be? Are We?”, The Foundations of Artificial Intelligence, 167, (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006).



sapiens'in", doğumunu ilan ettiler<sup>31</sup>. Eleştirmenler, "düşünen makine" teriminin bir "oksimoron - zıtların birleşimi" olduğunu savundu<sup>32</sup>. Bilgisayarlar da dahil olmak üzere, soğuk mantık temelli makineler, hiçbir zaman insanlar kadar yaratıcı veya anlayışlı olamazlar<sup>33</sup>. Bu tartışma, insanlığın (İnsanlar, düşünen makine olarak faaliyette bulunur mu?) ve yapay zekanın (Düşünen makineler var olabilir mi?) esas niteliğine ilişkin temel soruları ortaya çıkartmaktadır<sup>34</sup>.

Akıllı bir varlıktan beklenen beş özellik bulunmaktadır<sup>35</sup>. İlki, iletişimidir<sup>36</sup>. Bir kimse akıllı bir varlıkla iletişim kurabilir<sup>37</sup>. Bir varlıkla iletişim kurmak ne kadar kolaysa, o varlık o kadar zeki görünür<sup>38</sup>. Bir köpekle iletişim kurulabilir, ancak Einstein'ın Görecelik Kuramı ile ilgili olmayacak bir şekilde<sup>39</sup>. Einstein'ın kuramı ile küçük bir çocukla iletişim kurulabilir fakat bir çocuğun kavrayabileceği terimlerle tartışmak gerekir<sup>40</sup>. İkincisi, içsel bilgidir<sup>41</sup>. Akıllı bir varlığın kendisi hakkında biraz bilgi sahibi olması beklenir.

Üçüncüsü, dışsal bilgidir<sup>42</sup>. Akıllı bir varlığın dış dünya hakkında bilgi sahibi olması, onun hakkında bir şeyler öğrenmesi ve bu bilgileri kullanması beklenir<sup>43</sup>. **Dördüncüsü**, hedef odaklı davranıştır<sup>44</sup>. Akıllı bir varlığın hedefine ulaşmak için harekete geçmesi beklenir. **Beşincisi**, yaratıcılıktır<sup>45</sup>. Akıllı bir varlığın, bir

---

<sup>31</sup> Bilgi, tamamlanmıştır ve duysal bilginin, algılamanın, dinamik etkinin ve tepkinin ve kavramanın tam bir görüntüsünü oluşturmaktadır. **B.G. Fitch Et Al., IBM Research Report, "Blue Matter: An Application Framework For Molecular Simulation On Blue Gene", 2003, <http://leiti.org/docs/nano/bluematter.pdf>**. Bu platform, beyin yeteneklerini taklit eder ve sonuç olarak gerçek düşünce süreçlerini taklit etmesi beklenir. *Age*. Bu algoritmanın son uygulaması, yalnızca analog ve dijital devreleri değil; metal veya plastikleri, ayrıca protein bazlı biyolojik yüzeyleri de içerir.

<sup>32</sup> *Age*.

<sup>33</sup> *Age*.

<sup>34</sup> Yapay zekanın resmi dayanakları için bkz.; **Teodor C. Przymusinski, "Non-Monotonic Reasoning Versus Logic Programming: A New Perspective", The Foundations of Artificial Intelligence, 49 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006); Richard W. Weyhrauch, "Prolegomena to a Theory of Mechanized Formal Reasoning", The Foundations of Artificial Intelligence, 72 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006).**

<sup>35</sup> **Roger C. Schank, "What is AI, Anyway?" AI MAG, Winter 1987, 59.**

<sup>36</sup> *Age*, 60.

<sup>37</sup> *Age*.

<sup>38</sup> *Age*.

<sup>39</sup> *Age*.

<sup>40</sup> Schank, *age*, dipnot 33.

<sup>41</sup> *Age*.

<sup>42</sup> *Age*, 60.

<sup>43</sup> *Age*.

<sup>44</sup> *Age*.

<sup>45</sup> Schank, *age*, dipnot 33, 60.

derece yaratıcılığa sahip olması beklenir<sup>46</sup>. Bu bağlamda yaratıcılık, ilk eylemin başarısızlığa uğradığı zaman, alternatif bir harekette bulunabilme yeteneği anlamına gelmektedir<sup>47</sup>. Bir odadan çıkmaya çalışan ve pencerenin camına çarpan bir sinek, aynı anlamsız davranışı tekrarlamaya devam eder. Yapay zekalı bir robot pencereye çarptığında, kapıyı kullanarak çıkmaya çalışır. Yapay zekaya sahip varlıkların çoğu, tanımsal olarak bu beş özelliğe sahiptir<sup>48</sup>. Yirminci yüzyıla ait bazı tip yapay zekaya sahip varlıklar, bundan da karmaşık şekillerde hareket etmelerini sağlayan daha da fazla niteliklere sahiptir<sup>49</sup>.

Yapay zekaya sahip bir varlık, robotları da içeren geniş çeşitlilikte kullanıma sahiptir<sup>50</sup>. Bir robot, bir insanın fiziksel yeteneklerini taklit etmek üzere tasarlanabilir ve bu yetenekler geliştirilebilir<sup>51</sup>. Bir robot fiziksel olarak bir insandan daha hızlı ve güçlü olma özelliklerine sahiptir<sup>52</sup>. Robota yüklenecek yapay zeka yazılımı, robotun birçok karmaşık hesaplamayı daha hızlı ve eş zamanlı bir biçimde hesaplamasını veya daha hızlı “düşünmesini” sağlar<sup>53</sup>. Yapay zekaya sahip olan bir varlık, öğrenebilir ve deneyim kazanabilir ve deneyim, öğrenmenin faydalı bir yoludur<sup>54</sup>. Tüm bu özellikler, yapay zekaya sahip bir varlığın esas niteliğini meydana getirir<sup>55</sup>. Yapay zekalı robotlar ve yapay zeka

---

<sup>46</sup> Age.

<sup>47</sup> Age.

<sup>48</sup> Age, 60-62.

<sup>49</sup> 2009 yılının Kasım ayında, Portlant Oregon'daki Süperbilgisayarlar Konferansında (SC 09), IMB biliminsanları ve diğerleri, bir kedinin düşünme yeteneklerine sahip olan “Mavi Madde” isminde yeni bir algoritma yaratmayı başardıklarını duyurmuştur. **Capps**, age, dipnot 9; *International Conference for High Performance Computing, Networking, Storage and Analysis, SC 09*, <http://sc09.supercomputing.org/> (Erişim tarihi: 20.06.2017). Bu algoritma, bilgileri birçok birimden paralel ve dağıtılmış bağlantılardan toplamaktadır. Bu bilgi entegre edilir ve duyuşal bilgilendirmenin, algılamanın, dinamik etki ve tepkileri ve kavramanın tam bir yansımasını oluşturur. **Fitch**, age, dipnot 29. Bu platform, beynin yeteneklerine benzemektedir ve en nihayetinde gerçek düşünce süreçlerine benzemesi gerekmektedir. Age. Bu algoritmanın son uygulaması, sadece analog ve dijital devreleri, metal veya plastikleri değil ayrıca protein bazlı biyolojik yüzeyleri de kapsamaktadır. Age.

<sup>50</sup> **Padhy**, age, dipnot 6, V.

<sup>51</sup> Age, 7-8.

<sup>52</sup> Age, V.

<sup>53</sup> Age.

<sup>54</sup> Age.

<sup>55</sup> Ayrıca bkz.; **Yorick Wilks**, “*One Small Head: Models and Theories*”, *The Foundations of Artificial Intelligence*, 121 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006); **Alan Bundy & Stellan Ohlsson**, “*The Nature of AI Principles*”, *The Foundations of Artificial Intelligence*, 135 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006); **Thomas W. Simon**, “*Artificial Methodology Meets Philosophy*”, *The Foundations of Artificial Intelligence*, 155 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006).

yazılımları endüstri, askeri hizmetler, sağlık hizmetleri, bilim ve hatta oyunlar da dahil olmak üzere, çok geniş bir alanda kullanılmaktadır<sup>56</sup>.

### III. YAPAY ZEKAYA SAHİP VARLIKLARIN CEZAI SORUMLULUKLARINDA ÜÇ MODEL

#### A. Ceza Sorumluluğu Yüklemeye İlişkin Genel Gereklilikler

Ceza Hukukunun temel sorusu cezai sorumluluktur; diğer bir deyişle, belli bir varlığın (*insanın veya tüzel kişinin*) zaman ve mekan içerisinde belirli bir noktada işlenen belirli bir suç için cezai sorumluluk taşıyıp taşımadığıdır<sup>57</sup>. Bir kimseye cezai sorumluluk yüklemek için iki ana unsur var olmalıdır<sup>58</sup>. Birincisi, suç oluşturan davranış (*actus reus* - suçun maddi unsuru) olan dışsal ya da olgusal unsur iken; ikincisi, suç oluşturan davranış karşısındaki bilgi veya genel niyet, yani içsel ya da zihinsel unsurdur (*mens rea* - suç işleme kastı / *manevi unsur*<sup>59</sup>). Bir unsur mevcut olmadığında, cezai sorumluluk yüklenilemeyecektir<sup>60</sup>.

Suçun maddi unsuru (*actus reus*) şartı, temel olarak icrai veya ihmali davranışlar ile ifade edilir<sup>61</sup>. Bazen, davranışın yanı sıra, bu davranışın özel sonuçları ve davranışın altında yatan özel koşullar gibi diğer dış unsurlar gereklidir<sup>62</sup>. Manevi unsur koşulu, çeşitli zihinsel seviyelere sahiptir<sup>63</sup>. En yüksek seviyesi, “bilgi” ile<sup>64</sup> ifade edilirken; bazen buna bir kasıt veya özel kast koşulu

---

<sup>56</sup> Ayrıca bkz.; **William B. Schwartz, Ramesh S. Patil & Peter Szolovits**, “Artificial Intelligence in Medicine: Where Do We Stand?”, 27, *Jurimetrics J.*, 362, 1987; **Richard E. Susskind**, “Artificial Intelligence, Expert Systems and the Law”, 5, *Denning L.J.*, 105, 1990.

<sup>57</sup> Bkz.; **Clark & Marshall**, age, dipnot 17, 23.

<sup>58</sup> **Joshua Dressler**, “Cases and Materials on Criminal Law”, 126, 2007.

<sup>59</sup> Age.

<sup>60</sup> Age.

<sup>61</sup> **Waiter Harrison Hitchler**, “The Physical Element of Crime”, 39, *DICK. L. REV.*, 95, 1934; **Michael Moore**, *Act And Crime: The Philosophy Of Action And Its Implications For Criminal Law*, 156-68, 1993.

<sup>62</sup> **John William Salmond**, “On Jurisprudence”, 505, (Atfen, *Glanville Williams*, 11. Baskı, 1957); **Glanville Williams**, “CRIMINAL LAW: THE GENERAL PART §11” (2. Baskı, 1961); **Oliver W. Holmes**, “The Common Law”, 54, 1923; **Walter Wheeler Cook**, “Act, Intention, and Motive in Criminal Law”, 26, *YALE L.J.* 645, 1917.

<sup>63</sup> **Dressler**, age, dipnot 56, 980 - 981, 4. Baskı 2007; MODEL PENAL CODE, §2.02.

<sup>64</sup> Age; Birleşik Devletler - Youts Davası, 229 F. 3d 1312, 1316, 10. Baskı, 2000.

eşlik eder<sup>65</sup>. Daha düşük seviyeleri ise taksir<sup>66</sup> (*makul bir insandan beklenen şekilde davranmak*) veya kusursuz sorumluluk gerektiren suçlar ile ifade edilir<sup>67</sup>.

Ne insanların ne de -şirketler ve yapay zekaya sahip varlıklar da dahil- başka türde herhangi bir varlığın, cezai olarak sorumluluk sahibi olması için, bunlardan başka bir kriter veya yetenek gerekmemektedir<sup>68</sup>. Bir varlık daha gelişmiş yeteneklere sahip olabilir ancak cezai sorumluluk yüklemek için, o suç bakımından maddi unsurun ve manevi unsurun varlığı oldukça yeterlidir<sup>69</sup>. Bir örümcek hareket yeteneğine sahiptir, fakat manevi unsur - *mens rea* yeteneğine sahip değildir, bu nedenle bir örümcek ısırığı cezai sorumluluk taşımamaktadır. Bir papağan duyduğu sözcükleri tekrarlayabilir fakat hakaret davası için manevi unsur şartını yerine getiremez.

Herhangi bir varlık türüne ceza sorumluluğunu yükleyebilmek için, yukarıdaki iki unsurun varlığının ispatlanması gerekmektedir<sup>70</sup>. Bir kişinin suç oluşturan hareketi bilerek veya suç işleme niyetiyle gerçekleştirdiği ispatlandığında, o kişi o suç bakımından cezai olarak sorumlu tutulacaktır<sup>71</sup>. Yapay zekaya sahip varlıkların ceza sorumluluğu ile ilgili soru şu şekildedir: Yapay zekaya sahip varlıklar, ceza sorumluluğunu gerektiren bu iki şartı nasıl sağlayabilir? Bu çalışma, yapay zekaya sahip varlıklara cezai sorumluluğu yüklemek için üç muhtemel sorumluluk modelini ileri sürmektedir: *Dolaylı Failin Sorumluluğu Modeli*, *Olası Doğal Sonuçlardan Sorumluluk Modeli* ve *Doğrudan Sorumluluk Modeli*. Aşağıda, bu üç olası modelin bir açıklamasına yer verilmiştir.

<sup>65</sup> J. Ll. J. Edwards, "The Criminal Degrees of Knowledge", 17, MOD. L. REV. 294, 1954; Rollin M. Perkins, "Knowledge" as a Mens Rea Requirement, 29 HASTINGS L.J., 953, 1978; Birleşik Devletler - Youts Davası, 229 F.3d 1312-1317, Gezici Temyiz Mahkemesi, 2000; Eyalet - Sargent Davası, 594 A.2d 401, Vermont, 1991; Eyalet - Wyatt Davası, 482 S.E.2d 147, West Virginia, 1996; Halk - Steinberg Davası, 595 N.E.2d 845, New York, 1992.

<sup>66</sup> Jerome Hall, "Negligent Behaviour Should Be Excluded from Penal Liability", 6 COLUM. L. REV., 632, 1963; Robert P. Fine & Gary M. Cohen, "Is Criminal Negligence a Defensible Basis for Criminal Liability?", 16 BUFF. L. REV. 749, 1966, Dressler, age, dipnot 56, 980 - 981; MODEL PENAL CODE, § 2.02.

<sup>67</sup> Jeremy Horder, "Strict Liability, Statutory Construction and the Spirit of Liberty", 118 LAW Q. REV. 458, 2002; Francis Bowes Sayre, "Public Welfare Offenses", 33 COLUM. L. REV. 55, 1933; Stuart P. Green, "Six Senses of Strict Liability: A Plea for Formalism", APPRAISING STRICT LIABILITY, 1, (Atfen, A. P. Simester, 2005); A. P. Simester, "Is Strict Liability Always Wrong?", APPRAISING STRICT LIABILITY, 21 (Atfen, A. P. Simester, 2005).

<sup>68</sup> Dressler, age, dipnot 56, 980 - 981; MODEL PENAL CODE, § 2.02.

<sup>69</sup> Dressler, age, dipnot 56, 126.

<sup>70</sup> Age.

<sup>71</sup> Age.

## B. Dolaylı Faillik Sorumluluk Modeli: Masum Aracı Olarak Yapay Zekaya Sahip Varlık

Bu ilk model, yapay zekaya sahip varlığın herhangi bir insani nitelik taşıdığını kabul etmemektedir. Yapay zekaya sahip varlık, innocent agent (*ceza sorumluluğu olmayan fail - masum aracı*)<sup>72</sup> olarak nitelendirilir<sup>73</sup>. Bu hukuksal bakış açısına göre, makine makinedir ve asla insan değildir. Fakat yukarıda bahsedildiği gibi, yapay zekaya sahip bir varlığın yetenekleri görmezden gelinemez. Bu model uyarınca, bu yetenekler yapay zekaya sahip bir varlığın bir suçun faili olması için yetersizdir. Bu yetenekler, zihinsel olarak sınırlı kişilerin -örneğin; bir çocuk<sup>74</sup>, temyiz kudretine sahip olmayan bir kişi<sup>75</sup> ya da cezai olarak akıl sağlığına sahip olmayan bir kimse<sup>76</sup>-, aynı doğrultudaki yeteneklerine benzemektedir.

Hukuksal olarak, bir kimse masum aracı tarafından suç işlendiğinde (*bir çocuk<sup>77</sup>, temyiz kudretine sahip olmayan bir kişi<sup>78</sup> ya da cezai olarak akıl sağlığına sahip olmayan bir kimse<sup>79</sup>*) onu aracı olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak ceza hukuku bağlamında sorumludur<sup>80</sup>. Bu gibi durumlarda aracı<sup>81</sup>, ne kadar karmaşık bir yapıya sahip olursa olsun, sadece bir araç olarak kabul edilir; suçu tertipleyen kişi (*dolaylı fail*), masum aracının davranışından birinci dereceden gerçek fail olarak sorumlu tutulur.

<sup>72</sup> Çevirmen notu: “*Innocent agent*” kavramı; bilinçsizce, istemeden, zorla çalıştırılarak ya da cebir uygulanarak, bir başkası adına bir suç işleyen kimse manasına gelmektedir. Doğrudan Türk Ceza Hukuku’nda karşılığı bulunmayan bu ifade, Türk doktrininde kusurluluğu etkileyen nedenler olarak ifade edilmiştir.

<sup>73</sup> Lawrence B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, 70 N.C. L. REV., 1231 (1992).

<sup>74</sup> Maxey - Birleşik Devletler davası, Washington D.C., 63, 80 (Temyiz D.C. 1907).

<sup>75</sup> Johnson - Eyalet davası, 142, Alabama, 70, 71 (1904).

<sup>76</sup> Birleşik Devletler - Byran davası, 483 F.2d 88, 92 (3. Temyiz 1973).

<sup>77</sup> Maxey, 30 App. D.C., 80 (App. D.C. 1907), İngiliz İmparatorluğu - Hill davası, 11 Massachusetts, 136 (1814); Michael, (1840) 2 Mood. 120, 169, E.R. 48.

<sup>78</sup> Johnson - Eyalet davası, 38, So., 182i 183 (Alabama 1904); Halk - Monks davası, 24 P.2d 508, 511 (California Yerel Temyiz Mahkemesi 1933).

<sup>79</sup> Birleşik Devletler - Bryan davası, 483 F.2d 88, 92 (3. Temyiz 1973); Boushea - Birleşik Devletler davası, 173 F.2d 131, 134 (8. Temyiz 1949); Halk - Mutchler davası, 140 N.E. 820, 823 (Illinois 1923); Eyalet - Runkles davası, 605 A.2d 111, 121 (Maryland 1992); Parnell - Eyalet davası, 912 S.W.2d 422, 424 (Arkansas 1996); Eyalet - Thomas davası, 619 S.W.2d 513, 514 (Tennessee 1981).

<sup>80</sup> Morrissey - Eyalet davası, 620 A.2d 207, 210 (Delavare 1993); Conyers - Eyalet davası, 790 A.2d 15 (Maryland 2002); Gallimore - İngiliz İmparatorluğu davası, 436 S.E.2d 421, 424 (Virginia 1993).

<sup>81</sup> Çevirmen notu: Suçta araç olarak kullanılan kimse.

Failin sorumluluğu “aracın” davranışına<sup>82</sup> ve kendi zihni durumuna dayanarak belirlenir<sup>83</sup>. Yapay zekaya sahip varlıkla ilişkili olarak türetilen soru şudur: Dolaylı fail kimdir? İki aday vardır: Birincisi, yapay zeka yazılımının programcısı; ikincisi, kullanıcı veya son kullanıcı. Yapay zeka yazılımının bir programcısı, yapay zeka aracılığıyla suç işlemek için bir program tasarlayabilir. Örneğin; bir programcı faaliyette bulunan bir robot için yazılım tasarlar. Robot, kasıtlı olarak bir fabrikaya yerleştirilir ve yazılımı gece kimse olmadığında fabrikayı kundaklayacak biçimde tasarlanmıştır. Robot kasten yangın çıkarma eylemini gerçekleştirmiştir fakat programcı fail olarak kabul edilir.

Dolaylı fail olarak kabul edilebilecek diğer kişi ise yapay zekaya sahip varlığın kullanıcısıdır. Kullanıcı, yazılımı kodlamaz ancak yapay zekaya sahip varlığı yazılımı da dahil olmak üzere kendi yararına kullanır. Örneğin; bir kullanıcı, efendisi tarafından verilen her emri icra etmek üzere tasarlanmış bir hizmetçi-robot satın alır. Robot, belirli kullanıcıyı efendisi olarak tanımlar ve efendisi robota eve giren herkese saldırmak üzere emir verir. Robot, emri emredildiği gibi icra eder. Bu, bir insanın bir köpeğe mülke izinsiz giren herhangi birine saldırmaması için emir vermesinden farksızdır. Robot saldırıyı gerçekleştirmiştir ancak kullanıcı fail olarak kabul edilir.

Her iki senaryoda, asıl saldırı yapay zekaya sahip varlık tarafından gerçekleştirildi. Programcı veya kullanıcı, belirli bir suç tanımını karşılayacak herhangi bir eylem gerçekleştirmemiştir, bu nedenle belirli bir suçun maddi unsur şartını<sup>84</sup> yerine getirmemişlerdir<sup>85</sup>. Dolaylı faillik sorumluluk modeli, yapay zekaya sahip varlık tarafından gerçekleştirilen eylemi, sanki programcı ya da kullanıcı işlemiş gibi dikkate alır. Sorumluluğun hukuksal dayanağı, yapay zekaya sahip varlığın masum aracı olarak bir araç şeklinde kullanımınıdır<sup>86</sup>. Cezai sorumluluk yüklemek için gerekli olan hiçbir zihinsel nitelik, yapay zekaya sahip varlığa yüklenmemiştir<sup>87</sup>. Bir programcı ya da kullanıcı yapay zekaya sahip varlığı araç olarak kullandığında, yapay zeka tarafından işlenen suç kendilerine atfedilir.

---

<sup>82</sup> **Dusenbery** - İngiliz İmparatorluğu davası, 772 263 S.E.2d 392 (Virginia 1980).

<sup>83</sup> **Birleşik Devletler - Tobon-Builes davası**, 706 F.2d 1092, 1101 (11. Temyiz 1983); **Birleşik Devletler - Ruffin davası**, 613 F.2d 408, 411 (2. Temyiz 1979).

<sup>84</sup> Çevirmen Notu: Suçun maddi unsuru “actus reus” olarak ifade edilir.

<sup>85</sup> Bkz.; **Dressler**, age, dipnot 56, 126.

<sup>86</sup> Bkz.; **Solum**, age, dipnot 71, 1237.

<sup>87</sup> Yapay zekaya sahip varlık, bilgi işleme özelliklerini kullanmasına rağmen, bir katılımcı gibi değil de bir araç gibi kullanılır. Örneğin bkz.; **George R. Cross & Cary G. Debessonet**, “An Artificial Intelligence Application in the Law: CCLIPS, A Computer Program that Processes Legal Information”, 1 HIGH TECH. L.J. 329 (1986).

Belirli bir suçta gereken iç unsurlar zaten onların zihninde mevcuttur. Her ne kadar bu suçlar bir robot, yapay zekaya sahip bir varlık tarafından işlenmiş olsa da; programcı yangının gerçekleştirilmesi emrini veya kullanıcı saldırı emrini verdiği suç işleme niyetine sahipti. Son kullanıcı masum aracıyı bir suç işlemek için araç olarak kullandığında, fail olarak kabul edilir.

Bu sorumluluk modeli, yapay zekaya sahip varlığın bir zihinsel yetenek -insani zihinsel yetenek- sahibi olduğunu kabul etmemektedir. Bu modele göre, yapay zekaya sahip bir varlık ile bir tornavida ya da bir hayvan arasında hukuksal bir fark bulunmamaktadır. Bir hırsız bir pencereyi açmak için bir tornavida kullandığında, bu tornavidayı bir araç olarak kullanmaktadır ve tornavidanın cezai olarak sorumluluğu yoktur. Tornavidanın “eylemi” aslında hırsızın “eylemi”dir. Bir hayvanın araç olarak kullanılmasında da aynı hukuksal durum vardır. Sahibinin emriyle bir köpek tarafından gerçekleştirilen saldırı, aslında köpeğin sahibi tarafından gerçekleştirilen bir saldırıdır.

Bu tür hukuki model iki tür durumda elverişli olabilir: Birinci durum, yapay zekaya sahip varlığın, gelişmiş yeteneklerinden faydalanılmadan bir suçun işlenmesinde kullanılmasıdır. İkinci durum, modern yapay zekaya sahip varlıklarda bulunan gelişmiş yeteneklere sahip olmayan, eski model yapay zekaya sahip varlığın kullanılmasıdır. Her iki durumda da yapay zekaya sahip varlığın kullanımı, araçsal bir kullanımdır. Yine de, bir suçu işlemek için bir emri yerine getirmesi nedeniyle yapay zekaya sahip bir varlığın kullanımıdır. Bir tornavida bu tür bir emri yerine getiremez fakat bir köpek getirebilir. Bir köpek, karmaşık emirleri yerine getiremez ancak yapay zekaya sahip bir varlık getirebilir<sup>88</sup>.

Yapay zekaya sahip bir varlığın, kendi biriken tecrübe ve bilgisi temelinde bir suç işlemeye karar vermesi halinde Dolaylı Faillik Sorumluluk Modeli elverişsizdir. Bu model, yapay zekaya sahip varlığın yazılımı belirli bir suçu işlemek için tasarlanmamış ancak yine de yapay zeka tarafından suç gerçekleştirilmişse elverişli değildir. Keza bu model, spesifik yapay zekaya sahip varlıkların masum aracı olarak değil, yarı masum aracı olarak işlev görmesi durumunda da elverişli olmayacaktır<sup>89</sup>. Fakat Dolaylı Faillik Sorumluluk Modeli, bir programcı ya da bir kullanıcının, yapay zekaya sahip varlığı onun gelişmiş

---

<sup>88</sup> Bkz.; **Andrew J. Wu**, From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs, 25 AIPLA Q.J. 131 (1997); **Timothy L. Butler**, Can a Computer Be an Author – Copyright Aspects of Artificial Intelligence, 4 COMM. ENT. L.S. 707 (1982).

<sup>89</sup> **Nicola Lacey & Celia Wells**, *Reconstructing Criminal Law - Critical Perspectives on Crime and the Criminal Process* 53, 2. Baskı, 1998.



yeteneklerinden faydalanmaksızın araç olarak kullanımında elverişli olabilir. Bu modelin uygulanmasının hukuksal sonucu, yapay zekaya sahip varlığın herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmamasına karşın, işlenen belirli suçlar için kullanıcı veya programcının cezai olarak sorumlu olmasıdır<sup>90</sup>.

### **C. Olası Doğal Sonuçlardan Sorumluluk Modeli: Yapay Zekaya Sahip Varlıklar Tarafından İşlenmesi Öngörülebilir Suçlar**

Cezai sorumluluğun ikinci modeli, programcının veya kullanıcının yapay zekaya sahip varlığın günlük faaliyetlerine, yapay zekaya sahip varlık aracılığıyla bir suç işleme niyeti olmaksızın, ciddi şekilde dahil olduklarını varsayar. Örneğin, günlük görevlerin yerine getirilmesi esnasında yapay zekaya sahip varlık bir suç işler. Fakat programcı veya kullanıcı, suç hakkında suçun işlendiği ana kadar bilgi sahibi değildir; herhangi bir suç işlenmesi için plan yapmamış ve bu belirli suçun herhangi bir kısmına iştirak etmemişlerdir.

Böyle bir durumun örneği, otomatik pilot olarak işlev görecektir bir şekilde tasarlanmış bir yapay zekalı robot veya yazılımdır. Yapay zekaya sahip varlık, uçuş görevinin bir parçası olarak uçağı korumaya programlanmıştır. Uçuş esnasında insan pilot<sup>91</sup>, otomatik pilotu (yapay zekaya sahip varlık olan) etkinleştirir ve program başlatılır. Otomatik pilotun etkinleştirilmesinden sonra insan pilot, yaklaşan bir fırtınayı görür ve görevi iptal etmeye ve askeri üsse geri dönmeye çalışır. Yapay zekaya sahip varlık, insan pilotun eylemini görev için bir tehdit zannederek bu tehdidi bertaraf etmek için harekete geçer. Pilotun hava desteğini kesebilir ya da fırlatma koltuğunu etkinleştirebilir vs. Sonuç olarak, insan pilot yapay zekaya sahip varlık tarafından öldürülür.

Açıkçası, programcı herhangi bir kimseyi öldürmeye -özellikle insan pilotu- niyetli değildir ancak buna karşın insan pilot, yapay zekaya sahip varlığın eylemleri sonucunda öldürülmüştür ve bu eylemler programa uygun olarak gerçekleştirilmiştir. Bir başka örnek, yapay zeka yazılımının internetten gelen tehditleri algılaması ve bir bilgisayar sistemini bunlardan korumak için tasarlanmasıdır.

Etkinleştirilmesinden birkaç gün sonra yazılım, bu tip tehditleri tespit etmede en iyi yolun tehlikeli olarak belirlenen sitelere girerek tehlikeli olarak tanınan tüm yazılımları imha etmek olduğuna karar verir. Yazılım bunu yaptığında, programcı

---

<sup>90</sup> **Halk - Monks davası**, 133 Cal. App. 440, 446 (California Temyiz Mahkemesi, 1933).

<sup>91</sup> Çevirmen Notu: Uçağı kullanan insan kastedilmiştir. Bu husus yazar tarafından "human pilot" olarak ifade edilmiştir.



yapay zekaya sahip varlığın bunu yapmasını istememiş olsa da, bir bilişim suçu işlemiş olur.

Bu örneklerde, ilk model hukuken elverişli değildir<sup>92</sup>. İlk model, programcılarının veya kullanıcıların yapay zekaya sahip varlığın bazı yeteneklerini araç olarak kullanarak suç işleme niyetini, *mens rea* (manevi unsur) olarak kabul eder<sup>93</sup>. Burada ise, bu hukuki durum söz konusu değildir. Bu durumlarda, programcılar veya kullanıcılar işlenen suçtan haberdar değildir; suçu planlamamış, yapay zekaya sahip varlığı kullanarak suçu işlemeye niyetlenmemişlerdir. Bu gibi durumlarda, ikinci model uygun bir hukuki çözüm yaratabilir. Bu model, programcılarının veya kullanıcıların, suç işleme potansiyelini görme kabiliyetlerini dayanak alır<sup>94</sup>.

İkinci modele göre, bir kimse, suçun kişinin davranışının doğal ve muhtemel bir sonucu olması halinde, bir suçtan sorumlu tutulabilir<sup>95</sup>. Aslında olası doğal sonuçlardan sorumluluk modeli; şeriklerin tümü tarafından planlanmayan ya da gizli bir anlaşmanın parçası olmayan bir suçun işlenmesi durumunda, suça iştirak edenlere cezai sorumluluk yüklemek için kullanılmıştır<sup>96</sup>. Mahkemeler ve eleştirmenler tarafından öngörülen kural; müşterek failliğin, şerikin teşvik ettiği ya da yardım ettiği bir suç planının “doğal ve muhtemel sonuç”<sup>97</sup> olan eylemlere kadar genişletilmesidir<sup>98</sup>. Olası doğal sonuçlardan sorumluluk modeli geniş bir şekilde cezai sorumluluğu belirten iştirake ilişkin kanunlarda ve yasal düzenlemelerde yaygın bir şekilde kabul görmüştür<sup>99</sup>.

Olası doğal sonuçlardan sorumluluk modeli; programcı veya kullanıcının haberi, niyeti, katılımı olmaksızın yapay zekaya sahip varlığın suç işlediği

---

<sup>92</sup> Bkz.; III. Bölüm, B: Dolaylı Faillik Sorumluluk Modeli: Masum Aracı Olarak Yapay Zekaya Sahip Varlık.

<sup>93</sup> Age.

<sup>94</sup> Age.

<sup>95</sup> Bkz.; III. Bölüm, C: Olası Doğal Sonuçlardan Sorumluluk Modeli: Yapay Zekaya Sahip Varlıklar Tarafından İşlenmesi Öngörülebilir Suçlar.

<sup>96</sup> Age.

<sup>97</sup> **Birleşik Devletler - Powell davası**, 929 F.2d 724 (District of Columbia Temyiz Mahkemesi 1991).

<sup>98</sup> Bkz.; **Clark & Marshall**, age, dipnot 17, 529, 7. Baskı, 1967; **Halk - Prettyman davası**, 926 P.2d 1013 (California Temyiz Mahkemesi, 1996); **Chance - Eyalet davası**, 685 A.2d 351, 354 (Delaware, 1996); **Ingram - Birleşik Devletler davası**, 592 A.2d 992, 1006 (District of Columbia Temyiz Mahkemesi, 1991); **Richardson - Eyalet davası**, 697 N.E.2d 462, 465 (Indiana, 1998); **Mitchell - Eyalet davası**, 971 P.2d 813 (Nevada, 1998); **Eyalet - Carrasco davası**, 928 P.2d 939 (New Mexico, 1996); **Eyalet - Jackson davası**, 976 P.2d 1229 (Washington, 1999).

<sup>99</sup> **Eyalet - Kaiser davası**, 918 P.2d 629 (Kansas, 1996); **Birleşik Devletler - Andrews davası**, 75 F.3d 552 (9. Temyiz, 1996).

durumlar için hukuken uygun görünmektedir<sup>100</sup>. Olası doğal sonuçlar sorumluluk modelinde programcı veya kullanıcının umursamaz bir ruh halinde olması yeterlidir<sup>101</sup>. Programcı veya kullanıcının kendi davranışı sonucunda suç işlenecek olduğunu bilmesine gerek yoktur; ancak işlenen suçun kendi hareketlerinin doğal, olası sonucu olduğunu bilmesi gerekir<sup>102</sup>.

“İhmalkar” bir kimse, cezai bağlamda, suç hakkında herhangi bir bilgisi olmayan ancak söz konusu suç kendi davranışının olası, doğal sonucu olduğu için makul bir insan<sup>103</sup>, olarak bilmesi gerektiği kabul edilen kişidir<sup>104</sup>. Belirli suçların meydana gelme ihtimalini bilmesi gereken yapay zekaya sahip varlığın programlayıcısı veya kullanıcısı, ceza hukuku açısından aslında bu suçları bilmiyor olmasına rağmen belirli suçlar için sorumludur<sup>105</sup>. Bu husus, ihmal davalarında cezai sorumluluk için temel hukuksal dayanaktır<sup>106</sup>. Aslında ihmalkarlık, farkındalık veya bilginin ihmal edilmesidir<sup>107</sup>. İhmalkar kimse, eylemleri değil bilgiyi ihmal etmiştir<sup>108</sup>.

Olası doğal sonuçlardan sorumluluk modeli, belirli suç farklı bir zihinsel durumu gerektirdiğinde dahi, ihmal sorumluluğunun yüklenmesine izin verecektir<sup>109</sup>. Bu, bizzat suç işleyen kimse için geçerli değildir; aksine, bir kimsenin suçun asıl faili olmayıp zihinsel failerinden birisi olduğu durumlarda geçerli olarak nitelendirilir<sup>110</sup>. Sorumlu programcılar ya da kullanıcılar, suçu öngörmüş olmalıdır ve yapay zeka tarafından işlenmesine engel olmalıdır.

Bunun yanında, olası doğal sonuçlardan sorumluluk modelinin programcılara ya da kullanıcılara uygulanmasının hukuksal sonuçları, olgusal vakalarda iki farklı türde ayrılmaktadır. Vakaların ilk türü, programcı veya kullanıcının, yapay

---

<sup>100</sup> Birleşik Devletler - Andrews davası, 75 F.3d at 552.

<sup>101</sup> Age.

<sup>102</sup> Age.

<sup>103</sup> Çevirmen Notu: Bu kavram, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi için Türk Hukuku'nda yapılan klasik dürüstlük kuralı tanımında bahsedilen “orta zeka seviyesinde kimse” olarak da ifade edilebilir.

<sup>104</sup> Robert P. Fine & Gary M. Cohen, *Is Criminal Negligence a Defensible Basis for Criminal Liability?*, 16 BUFF. L. REV. 749 (1966); Herbert L. A. Hart, *Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility*, OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE 29 (1961); Donald Stuart, *Mens Rea, Negligence and Attempts*, 1968 CRIM. L. REV. 647 (1968).

<sup>105</sup> Eyalet - Kaiser davası, 260 Kansas, 245.

<sup>106</sup> Bkz.; Dressler, age, 56, 980-81; Model Penal Code § 2.02.

<sup>107</sup> Age.

<sup>108</sup> Age.

<sup>109</sup> The American Law Institute, Model Penal Code - Official Draft And Explanatory Notes, 312 (1962, 1985); Eyalet - Linscott davası, 520 A.2d 1067, 1070 (Maine 1987).

<sup>110</sup> Eyalet - Kaiser davası, 260 Kansas, 245.

zekaya sahip varlığı programlama ya da kullanma esnasında bir suçun işlenmesi için cezai bir kastın bulunmaksızın ihmalkar davranmasıdır. Vakaların ikinci türü ise, programcının ya da kullanıcının yapay zekaya sahip varlığı bilerek ve isteyerek, yapay zeka aracılığıyla bir suçun işlenmesi amacıyla programlaması veya kullanması; ancak yapay zekaya sahip varlığın ise plandan sapması ve planlanan suçun yerine ya da buna ek olarak bir başka suçun işlenmesidir.

İlk vaka türü, tam bir ihmaldir<sup>111</sup>. Programcı ya da kullanıcı, ihmali olarak ya da hatayla hareket etmiştir; dolayısıyla belirli hukuk sisteminde böyle bir suç bulunmaktaysa, ihmal suçu nedeniyle sorumlu tutulmaları için bir neden bulunmamaktadır. Böylece yukarıdaki örnekteki gibi, programcının bir otomatik pilotu ihmali olarak insan hayatına etki ederek ve hiçbir kısıtlama olmaksızın görevini yerine getirecek şekilde programlamasında, programcı ihmalkardır ve pilotun cinayetinden sorumludur. Sonuç olarak, bu hukuk sisteminde ihmal suretiyle öldürme belirli bir suç olarak bulunmaktaysa bu, bilgi veya kast gerektiren kasten öldürme / taksirle öldürme suçları dışında, programcının sorumlu tutulabileceği en sert suç olacaktır<sup>112</sup>.

İkinci vaka türü, müşterek faillik ile ilgili davalarda olası doğal sonuçlardan sorumluluk modelinin temel fikrine benzemektedir<sup>113</sup>. Amacı suç işlemek olan bir birliktelik veya gizli ittifakin tehlikeliliği, suçun ortaklarına daha sert şekilde hesap sorulmasının arkasındaki hukuki nedendir. Örneğin; bir programcı yapay zekaya sahip varlığı bankada soygun yapmak için programlar, fakat programcı yapay zekayı hiç kimseyi öldürmesi için programlamaz. Hırsızlık suçunun icrası sırasında, yapay zekaya sahip varlık banka soygununa karşı çıkan bankadaki birini öldürür. Bu tür olaylarda, cezai ihmali sorumluluk tek başına etkisizdir. Böyle bir durumun ortaya çıkardığı tehlike “ihmali” fazlasıyla aşmaktadır.

Sonuç olarak, olası doğal sonuçlardan sorumluluk modeline göre; programcı veya kullanıcı, yapay zekaya sahip varlığı bilerek ve isteyerek yapay zekayı kullanarak bir suç işlemek için programladığında veya kullandığında, buna karşın yapay zekaya sahip varlık plandan saparak, buna ek olarak veya planlanan suçun yerine başka bir suç işlediği zaman; programcı veya kullanıcı, yapay zeka bilerek ve isteyerek bu suçun işlenmesi, bu suç nedeniyle sorumlu tutulabilmelidir<sup>114</sup>. Yukarıdaki hırsızlık örneğinde, programcı cezai olarak hırsızlık suçundan

---

<sup>111</sup> Bkz.; Dressler, age, dipnot 56, 980-981.

<sup>112</sup> Age, 230-231.

<sup>113</sup> State v. Kaiser, 260 Kan. 235, 245 (1996); United States v. Andrews, 75 F.3d 552, 556 (9. Temyiz, 1996).

<sup>114</sup> Age.

(gerçekleşmişse), öldürmede olduğu gibi -kasten veya taksirle ölüme sebebiyet verme olarak-, bilgi ve kasıt gerektirecek şekilde sorumlu tutulmalıdır<sup>115</sup>.

Soru halen devam etmektedir: Yapay zekaya sahip varlığın kendisinin, olası doğal sonuçlardan sorumluluk modeli uygulandığında cezai sorumluluğu nedir? Aslında iki muhtemel netice bulunmaktadır. Yapay zekaya sahip varlık masum aracı olarak kabul edilirse, herhangi bir cezai yasağı bilmeksizin, ceza hukuku bağlamında işlediği suç nedeniyle sorumlu tutulamaz<sup>116</sup>. Bu tip durumlarda, yapay zekaya sahip varlığın eylemleri, birinci modeldeki yapay zekaya sahip varlığın eylemlerinden (*Dolaylı Faillik Sorumluluk Modeli*) farksızdır<sup>117</sup>. Ancak yapay zekaya sahip varlık yalnızca masum aracı olarak kabul edilmezse, o halde programcının ya da kullanıcının olası doğal sonuçlardan sorumluluk modeli uyarınca cezai sorumluluğuna ek olarak, yapay zekaya sahip varlığın kendisi cezai olarak belirli suç açısından doğrudan sorumlu tutulmalıdır<sup>118</sup>. Yapay zekaya sahip varlığın doğrudan sorumluluk modeli, aşağıda belirtildiği gibi üçüncü modeldir.

#### D. Doğrudan Sorumluluk Modeli: Yapay Zekaya Sahip Varlığın İnsan Suçlarıyla Eşit Düzeyde Olması

Üçüncü model, yapay zekaya sahip varlığın, belirli bir programcı veya kullanıcıya herhangi bir bağımlılığı olmadığını varsaymaktadır. Üçüncü model, yapay zekaya sahip varlığın kendisine odaklanmaktadır<sup>119</sup>. Yukarıda tartışıldığı gibi, belirli bir suç için ceza sorumluluğu esasen suçun dışsal öğelerinden (*maddi unsur*) ve içsel öğelerinden (*manevi unsur*) oluşur<sup>120</sup>. Belirli bir suçun her iki

---

<sup>115</sup> **Regina - Cunningham davası**, [1957] 2 Q.B. 396, [1957] 2 All E.R. 412, [1957] 3 W.L.R. 76, 41 Cr. App. Rep. 155; **Faulkner**, (1876) 13 Cox C.C. 550, 556; **Birleşik Devletler - Greer davası**, 467 F.2d 1064, 1069 (7. Temyiz, 1972); **Halk - Cooper davası**, 743 N.E.2d 32, 36 (Ill. 2000); **Halk - Weiss davası**, 9 N.Y.S.2d 1 (1939); **Halk - Little davası**, 107 P.2d 634, 639 (California Temyiz Mahkemesi, 1941); **Halk - Cabalero davası**, 87 P.2d 364, 369 (California Temyiz Mahkemesi, 1939); **Halk - Michalow davası**, 128 N.E. 228, 229-30 (New York, 1920).

<sup>116</sup> Bkz.; III. Bölüm, B: *Dolaylı Faillik Sorumluluk Modeli: Masum Aracı Olarak Yapay Zekaya Sahip Varlık*.

<sup>117</sup> Bkz.; III. Bölüm, B.

<sup>118</sup> **Eyalet - Kaiser davası**, 918 P.2d 629, 637 (Kansas, 1996); **Birleşik Devletler - Andrews davası**, 75 F.3d 552, 556 (9. Temyiz, 1996).

<sup>119</sup> Kıyaslayınız, Örneğin bkz.; **Steven J. Frank**, *Tort Adjudication and the Emergence of Artificial Intelligence Software*, 21 SUFFOLK U. L. REV. 623 (1987); **S. N. Lehmanqzig**, *Frankenstein Unbound – Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence*, 1981 FUTURES 442 (1981); **Maruerite E. Gerstner**, *Liability Issues with Artificial Intelligence Software*, 33 SANTA CLARA L. REV. 239 (1993); **Richard E. Susskind**, *Expert Systems in Law: A Jurisprudential Approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, 49 MOD. L. REV. 168 (1986).

<sup>120</sup> Bkz.; III. Bölüm, A: Ceza Sorumluluğu Yüklemeye İlişkin Genel Gereklilikler

unsuruyla da hareket eden herhangi bir kimse, cezai olarak bu suç için sorumlu tutulur<sup>121</sup>. Cezai sorumluluk yüklemek için başka bir kıstas bulunmamaktadır<sup>122</sup>. Bir kimse daha fazla niteliğe sahip olabilir, fakat, belirli bir suç için cezai sorumluluk yüklemek için dışsal ve içsel unsurların varlığı oldukça yeterlidir<sup>123</sup>.

Herhangi bir tür varlığa ceza sorumluluğu yüklemek için, bu unsurların varlığı ispatlanmalıdır<sup>124</sup>. Bir kimsenin bilerek veya isteyerek bir suçu işlediği sorusu ispatlandığı zaman, bu kimse cezai olarak bu suç nedeniyle sorumlu tutulur<sup>125</sup>. Yapay zekaya sahip varlıkların cezai sorumluluğuna dair ilgili sorular: Bu varlıklar cezai sorumluluk şartlarını nasıl yerine getirecektir? Yapay zekaya sahip varlıklar bu bağlamda insandan ayrılacak mıdır?

Bir yapay zeka algoritması, ortalama bir insanı aşacak bir çok özelliğe ve yeteneğe sahip olabilir, fakat bu özellikler ve yetenekler cezai sorumluluk yüklemek için gerekli değildir. Bir insan veya bir şirket hem dışsal unsurların hem de içsel unsurlardan ikisinin de gerekliliklerine sahip olduğunda, ceza sorumluluğu yüklenir<sup>126</sup>. Yapay zekaya sahip varlık, dışsal ve içsel unsurların ikisinin de gerekliliklerine sahip olma yeteneğine sahipse ve aslında bu gerekliliklere sahip ise, bu yapay zekaya ceza sorumluluğunun yüklenmesini engelleyecek hiçbir şey yoktur<sup>127</sup>.

Genellikle, bir suçun dışsal unsur gerekliliklerine sahip olma, yapay zekaya sahip varlıklara kolayca yüklenebilir<sup>128</sup>. Yapay zekaya sahip bir varlık, bir makina veya mekanizmayı parçalarını hareket ettirerek kontrol ettiği sürece, herhangi bir davranış kendisi tarafından gerçekleştirilmiş kabul edilebilir<sup>129</sup>. Şöyle ki; yapay zekaya sahip bir varlık, elektrikli veya hidrolik kolunu aktive eder ve hareket ettirirse, eğer söz konusu suç böyle bir *davranış* gerektiriyorsa, bu bir *davranış* olarak görülebilir. Örneğin; saldırı suçu bakımından, yapay zekaya sahip varlığın elektrikli veya hidrolik kolunu hareket ettirerek yakında duran bir kişiye vurma, saldırı suçunun *actus reus* şartını yerine getirmesi olarak görülür<sup>130</sup>.

---

<sup>121</sup> Bkz.; Dressler, age, dipnot 56, 126.

<sup>122</sup> Age.

<sup>123</sup> Age.

<sup>124</sup> Age.

<sup>125</sup> Age.

<sup>126</sup> Age.

<sup>127</sup> Age.

<sup>128</sup> Aynısı, 979-980.

<sup>129</sup> Age.

<sup>130</sup> Bkz.; Dressler, age, dipnot 56, 126.

Suçun ihmali olarak işlenmesi söz konusuysa durum daha da basittir. Bu senaryoda yapay zekaya sahip varlığın bir davranışta bulunması dahi gerekli değildir<sup>131</sup>. Hareket etme zorunluluğu altındayken hareketsiz kalması, cezai sorumluluğun hukuki temelidir<sup>132</sup>. Yapay zekaya sahip varlığa hareket etme zorunluluğu yüklenmiş ancak o hareket etmemişse, söz konusu suçun *actus reus* şartı ihmali suretle gerçekleştirilmiş olur<sup>133</sup>.

Yapay zekaya sahip varlığa içsel unsuru isnat etmek, çoğu dava açısından gerçek hukuksal zorluktur. Zihinsel unsurun isnadı bir yapay zekaya sahip varlıktan diğerine farklılık gösterir<sup>134</sup>. Modern yapay zekaya sahip varlıklarda geliştirilmiş birçok bilişsel yetenek, cezai sorumluluk sorunu bakımından önemsizdir. Yaratıcılık, bazı hayvanların sahip olduğu insani bir özelliktir ancak cezai sorumluluğun yüklenebilmesi için gerekli değildir<sup>135</sup>. En az yaratıcılığa sahip olan insanlar dahi cezai olarak sorumlu tutulur. Ceza sorumluluğu yükleyebilmek için gerekli zihni elementler sadece, ceza hukukunun genel teorisi altında ve belirli bir suçun gerektirdiği şekilde bilgi, kasıt, ihmâl vs.'dir.

Bilgi, gerçek verilerin duyuşsal olarak alınması ve bu verilerin anlaşılması olarak tanımlanır<sup>136</sup>. Çoğu yapay zeka sistemleri bu tür alım için iyi donanımlıdır<sup>137</sup>. Yapay zeka sistemlerin büyük bir bölümünde görme, ses, fiziksel temas, dokunma vb. duyuşsal alıcılar yaygın olarak görülür<sup>138</sup>. Bu alıcılar alınan olgusal

<sup>131</sup> Age.

<sup>132</sup> Age.

<sup>133</sup> Age.

<sup>134</sup> Bkz.; **Padhy**, age, dipnot 6, 14.

<sup>135</sup> Bkz.; **Dressler**, age, dipnot 56, 126.

<sup>136</sup> **William James**, *The Principles of Psychology*, 221, 1890; **Hermann von Helmholtz**, *The Facts of Perception*, 1878. Bu bağlamda, bilme ve farkındalık aynıdır. Örneğin bkz.; **Birleşik Devletler - Youts davası**, 229 F.3d 1312, 1317 (10. Temyiz, 2000); **Eyalet - Sargent davası**, 594 A.2d 401 (Vermont, 1991); **Birleşik Devletler - Spinney davası**, 65 F.3d 231, 235 (1. Temyiz, 1995); **Eyalet - Wyatt davası**, 482 S.E.2d 147 (West Virginia, 1996); **Birleşik Devletler - Wert-Ruiz davası**, 228 F.3d 250, 255 (3. Temyiz, 2000); **Birleşik Devletler - Jewell davası**, 532 F.2d 697, 700-701 (9. Temyiz, 1976); **Birleşik Devletler - Ladish Malting Co. davası**, 135 F.3d 484, 488 (7. Temyiz, 1998). Hatta Model Ceza Kanunu şunu sağlamaktadır: "Bir kimse suçun maddi unsuruna şu durumlarda uyması gerektiğini bilerek davranır: (i) Davranışının bu nitelikte olduğunu veya bu koşulların varlığından haberdar olması halinde; (ii) Davranışının böyle bir sonuca neden olacağını pratik olarak kesin olduğunun farkındaysa." **Model Ceza Kanunu, § 2.02 (2) (b)** (vurgu eklenmiştir).

<sup>137</sup> Bkz.; **Padhy**, age, dipnot 6, 10.

<sup>138</sup> **Margaret A. Boden**, *Has AI Helped Psychology?*, *The Foundations of Artificial Intelligence*, 108-111 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006); **Derek Partridge**, *What's in an AI Program?*, *The Foundations of Artificial Intelligence* 112-118 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006); **David Marr**, *AI: A Personal View*, *The Foundations of Artificial Intelligence* 97-101 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006).

bilgileri, merkezi işlem bölümlerine analiz etmek için aktarır<sup>139</sup>. Yapay zeka sistemlerindeki bu analiz süreci, insanların kavrayışı ile aynı doğrultudadır<sup>140</sup>. İnsan beyni; gözler, kulaklar, eller vb. tarafından alınan verileri çözümleyerek kavrar. İleri derece yapay zeka algoritmaları, insanın bilişsel süreçlerini taklit etmeye çalışmaktadır<sup>141</sup>. Bu süreçler çok da farklı değildirler<sup>142</sup>.

Belirli niyet, iç unsur gereksinimlerinden en güçlü olanıdır<sup>143</sup>. Belirli niyet, gerçek bir olayın meydana geleceğine dair hedef ya da gayenin varlığıdır. Cinayetten sorumluluğun söz konusu olabilmesi için gereken belirli niyet, belli bir insanın öleceğine dair hedef ya da gayedir<sup>144</sup>. Bu tür bir niyetin varlığının bir sonucu olarak, eylemin faili bir suç işler, diğer bir deyişle belirli bir suçun dışsal unsurunu icra eder<sup>145</sup>. Bu durum sadece insanlara özgü değildir. Yapay zekaya sahip bir varlık, bir amaca sahip olabilir ya da bir hedefi gerçekleştirmek amacıyla eylemlerde bulunmak için programlanmış olabilir. Bu “belirli niyettir”.

İnsanların, en ileri yazılım seviyesinde dahi olsa yapay zekalar tarafından taklit edilemeyecek duygulara sahip olduğu iddia edilebilir<sup>146</sup>. Bu tip duygular; sevgi, şefkat, nefret ve kıskançlık gibi duygulardır<sup>147</sup>. Bu belki 21. yüzyılın başlangıcındaki teknolojiler için bakılırsa doğru olabilir. Bununla birlikte belirli suçlarda bu duygulara nadiren ihtiyaç duyulmaktadır. Çoğu belirli suç, bilgi ve

<sup>139</sup> Age.

<sup>140</sup> Bkz.; **Boden**, age, dipnot 136, 111; **Partridge**, age, dipnot 136, 118; **Marr**, age, dipnot 136, 101.

<sup>141</sup> Bkz.; II. Bölüm, Yapay Zekaya Sahip Varlık Nedir?

<sup>142</sup> **Daniel C. Dennett**, *Evolution, Error, and Intentionality*, The Foundations of Artificial Intelligence, 190 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006); **B. Chandraswakan**, *What Kind of Information Processing Is Intelligence?*, The Foundations of Artificial Intelligence, 14 (Atfen, Derek Partridge & Yorick Wilks, 2006).

<sup>143</sup> **Robert Batey**, *Judicial Exploration of Mens Rea Confusion at Common Law and Under the Model Penal Code*, 18 GA. ST. U. L. REV. 341, 380-414, 2001; **Eyalet - Daniels davası**, 109 So.2d 896, 899 (Louisiana, 1958); **Carter - Birleşik Devletler davası**, 530 U.S. 255, 268 (2000); **Birleşik Devletler - Randolph davası**, 93 F.3d 656, 661 (9. Temyiz, 1996); **Birleşik Devletler - Torres davası**, 977 F.2d 321, 326 (7. Temyiz, 1992); **Frey - Birleşik Devletler davası**, 708 So.2d 918, 919 (Florida, 1998); **Eyalet - Neuzil davası**, 589 N.W.2d 708, 711 (Iowa, 1999); **Halk - Disimone davası**, 650 N.W.2d 436, 439 (Michigan Temyiz Mahkemesi, 2002); **Halk - Henry davası**, 607 N.W.2d 767, 769 (Michigan Temyiz Mahkemesi, 1999).

<sup>144</sup> Öldürme niyetli cinayetler için bkz.; **Wayne R. Lafave**, *Criminal Law* 733-734 (4. Baskı, 2003).

<sup>145</sup> **Carter - Birleşik Devletler davası**, 530 U.S. 255, 268 (2000); **Birleşik Devletler - Randolph davası**, 93 F.3d 656, 661 (9. Temyiz, 1996); **Birleşik Devletler - Torres davası**, 977 F.2d 321, 326 (7. Temyiz, 1992).

<sup>146</sup> **David Levy**, *The Ethical Treatment of Artificially Conscious Robots*, 1 INT’L J. SOC. ROBOTICS. 215, 2009.

<sup>147</sup> Age.



dışsal unsurun varlığı ile yerine getirilir<sup>148</sup>. Az sayıda suç, bilginin yanında belirli bir niyeti gerektirir. Çoğu diğer suç, kusurluluğun daha düşük seviyelerinde meydana gelir. Birtakım duyguların varlığını gerektiren bazı suçlar (ırkçılık ve nefret suçları gibi<sup>149</sup>), bakımından, bu duygulara sahip olmadığı için yapay zekaya sahip varlık cezai olarak sorumlu tutulamaz; fakat diğer herhangi bir suç için bir engel bulunmamaktadır.

Bir kimse belirli bir suç için dışsal unsur ve içsel unsur gereksinimlerinin ikisini gerçekleştirirse, akabinde bu kişi cezai olarak sorumlu tutulabilir<sup>150</sup>. Neden tüm unsurları yerine getiren yapay zekaya sahip varlık, ceza sorumluluğundan muaf tutulmalıdır? İnsan toplumunun bazı kesimlerinin, içsel ve dışsal unsurların her ikisini de gerçekleştirmiş olmasına rağmen, ceza sorumluluğundan muaf tutulduğu ileri sürülebilir<sup>151</sup>. Bu tür toplum kesimleri reşit değildir ve zihinsel olarak hastadır<sup>152</sup>. Ceza hukukundaki belirli kurallar, reşit olmayan kişileri cezai sorumluluktan muaf tutmaktadır<sup>153</sup>. Yaş küçüklüğü savunmasının ardındaki toplumsal temel, küçüklerin cezai süreçlerin zararlı sonuçlarından korumak ve onları diğer toplumsal çerçevelerde ele almaktır<sup>154</sup>. Bu tür çerçeveler yapay

<sup>148</sup> Bkz.; **Dressler**, age, dipnot 56, 157.

<sup>149</sup> Örneğin bkz.; **Elizabeth A. Boyd, Richard A. Berk & Karl M. Hammer**, "Motivated by Hatred or Prejudice": *Categorization of Hate-Motivated Crimes in Two Police Divisions*, 30 LAW & SOC'Y REV. 819, 1996; *Projects, Crimes Motivated by Hatred: The Constitutionality and Impact of Hate Crimes Legislation in the United States*, 1 Syracuse J. Legis. & Pol'y 29, 1995.

<sup>150</sup> Bkz.; **Dressler**, age, dipnot 56, 157.

<sup>151</sup> **Heilman - İngiliz İmparatorluğu davası**, 84 Ky. 457, 458, 1886; **Devon T.**, 85 Md. App. 674, 684, 1991.

<sup>152</sup> **1984 Federal Akıl Hastalığı Savunma Yasası**, 18 U.S.C. § 17, 2009. Suçu meydana getiren davranışların gerçekleştirilmesi sırasında, sanığın, şiddetli akıl hastalığı veya bozukluğu sebebiyle, davranışlarının yanlışlığının doğasını ve niteliğini anlayabilecek durumda olmayışı federal yasalar altındaki yargılamalar için kabul edilebilir bir savunmadır. Akıl hastalığı veya bozukluğu bunun dışında bir savunma teşkil etmez.

<sup>153</sup> Örneğin bkz.; **Minn. Stat.** §9913 (1927); **Mont. Rev. Code** §10729 (1935); **N.Y. Penal Code** §816 (1935); **Okla. Stat.** §152 (1937); **Utah Rev. Stat.** 103-I-40 (1933); **Eyalet - George davası**, 54 A. 745 (Delaware, 1902); **Heilman - İngiliz İmparatorluğu davası**, 1 S.W. 731 (Kentucky, 1886); **Eyalet - Aaron davası**, 4 N.J.L. 269, 276-77 (1818); **McCormack - Eyalet davası**, 15 So. 438, 440 (Alabama, 1894); **Little - Eyalet davası**, 554 S.W.2d 312 (Arkansas, 1977); **Clay - Eyalet davası**, 196 So. 462, 463 (Florida, 1940); **Devon T.**, 584 A.2d 1287 (Maryland Temyiz Mahkemesi, 1991); **Eyalet - Dillon davası**, 471 P.2d 553 (Idaho, 1970); **Eyalet - Jackson davası**, 142 S.W.2d 45, 50 (Missouri, 1940).

<sup>154</sup> **Frederick J. Ludwig**, *Rationale of Responsibility for Young Offenders*, 29 Neb. L. Rev. 521 (1950); **Tyonne**, 558 A.2d 661, 666 (Connecticut, 1989); **Andrew Walkover**, *The Infancy Defense in the New Juvenile Court*, 31 U.C.L.A. L. Rev. 503 (1984); **Keith Foren**, *Casenote: In Re Tyonne M. Revisited: The Criminal Infancy Defense in Connecticut*, 18 Quinnipac L. Rev. 733, 735 (1999); **Michael Tonry**, *Rethinking Unthinkable Punishment Policies in America*, 46 U.C.L.A. L. Rev. 1751, 1759 (1999); **Andrew Ashworth**, *Sentencing Young Offenders*, Principled



zekaya sahip varlıklar için mevcut mudur? Yaş küçüklüğü savunmasının ardındaki esas hukuki gerekçe, küçüklerin kendi eylemlerinin yanlış olduğunu idrak etme yeteneğinden yoksun oldukları gerçeğiydi (*doli incapax*<sup>155</sup>)<sup>156</sup>. Daha sonra, zihinsel yetersizlik varsayımı çocuğun doğru ve yanlış arasında ayırım yapabildiğinin ispatı ile çürütülürse, çocuklar cezai olarak sorumlu tutulabilirler<sup>157</sup>. Bu durum, yapay zekaya sahip varlıklar için benzer biçimde uygulanabilir mi? Çoğu yapay zeka algoritmaları, izin verilen ve yasaklanan şeyleri çözümleme yeteneğine sahiptir<sup>158</sup>.

Zihinsel hastaların, zihinsel hastalıkları nedeniyle belirli bir suçun kusur unsurundan yoksun sahip oldukları farzedilmiştir (*doli incapax*)<sup>159</sup>. Zihinsel hastaların, doğru ile yanlış (*bilişsel yetenekler*)<sup>160</sup> ayırt etmesi ve kendi dürtüsel davranışlarını kontrol etmesi mümkün değildir<sup>161</sup>. Yapay zeka algoritması

---

Sentencing: Readings On Theory And Policy, 294 (Atfen, Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth & Julian Roberts, 3. Baskı, 2009); **Franklin E. Zimring**, *Rationales for Distinctive Penal Policies for Youth Offenders*, Principled Sentencing: Readings On Theory And Policy, 316 (Atfen, Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth & Julian Roberts, 3. Baskı, 2009); **Andrew von Hirsch**, *Reduced Penalties for Juveniles: The Normative Dimension*, Principled Sentencing: Readings On Theory And Policy, 323 (Atfen, Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth & Julian Roberts, 3. Baskı, 2009).

<sup>155</sup> Çevirmen Notu: Latince bir hukuk terimi olan “*Doli incapax*”; cezai ehliyeti olmayan kimseleri tanımlamak için kullanılır. Eylemleri nedeniyle cezalandırılmayan bu kimseler için ilgili düzenlemeler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 31. ve devamı maddelerinde bulunmaktadır.

<sup>156</sup> **Sir Edward Coke**, *Institutions Of The Laws Of England – Third Part* 4 (6. Baskı, 1681, 1817, 2001).

<sup>157</sup> **Matthew Hale**, *Historia Placitorum Coronae* 23, 26 (1736) [**MATTHEW HALE**, *History Of The Pleas Of The Crown* (1736)]; **McCormack - Eyalet davası**, 15 So. 438, 440 (Alabama, 1894); **Little - Eyalet davası**, 554 S.W.2d 312, 320 (Arkansas, 1977); **Devon T.**, 584 A.2d 1287, 1296 (Maryland Temyiz Mahkemesi, 1991).

<sup>158</sup> **Tang Howe Hing & Musa Mailah**, *Simulator for Control of Autonomous Nonholonomic Wheeled Robot*, 8 J. OF APPLIED SCI. 2534, 2536 (2008).

<sup>159</sup> Örneğin bkz.; **Benjamin B. Sendor**, *Crime as Communication: An Interpretive Theory of the Insanity Defense and the Mental Elements of Crime*, 74 GEO. L.J. 1371, 1380 (1986); **Joseph H. Rodriguez, Laura M. LeWinn & Michael L. Perlin**, *The Insanity Defense Under Siege: Legislative Assaults and Legal Rejoinders*, 14 RUTGERS L.J. 397, 406-07 (1983); **Homer D. Crotty**, *The History of Insanity as a Defence to Crime in English Common Law*, 12 CAL. L. REV. 105 (1924).

<sup>160</sup> Örneğin bkz.; **Edward de Grazia**, *The Distinction of Being Mad*, 22 U. Chi. L. REV. 339 (1955); **Warren P. Hill**, *The Psychological Realism of Thurman Arnold*, 22 U. Chi. L. REV. 377 (1955); **Manfred S. Guttmacher**, *The Psychiatrist as an Expert Witness*, 22 U. Chi. L. REV. 325 (1955); **Wilber G. Katz**, *Law, Psychiatry, and Free Will*, 22 U. Chi. L. REV. 397 (1955); **Jerome Hall**, *Psychiatry and Criminal Responsibility*, 65 YALE L. J. 761 (1956).

<sup>161</sup> Örneğin bkz.; **John Barker Waite**, *Irresistible Impulse and Criminal Liability*, 23 Mich. L. Rev. 443, 454 (1925); **Edward D. Hoedemaker**, “*Irresistible Impulse*” as a Defense in Criminal Law, 23 Wash. L. Rev. 1, 7 (1948).

düzgün bir biçimde çalıştığında, tüm yeteneklerini alıcılarının aldığı bilgileri çözümlenmeye kullanmaması için bir sebep yoktur<sup>162</sup>. Fakat ilgi çekici bir hukuksal soru; yapay zeka algoritmasının hatalı çalışmasının sonucu olarak çözümlenme yetenekleri bozulduğunda, hatalı çalışan yapay zeka algoritması ile ilişkili olarak akıl hastalığı savunmasının ortaya çıkıp çıkmayacağıdır.

Yapay zekaya sahip varlık, belirli bir suçun tüm unsurlarını -içsel ve dışsal- oluşturduğunda, bu suç nedeniyle ceza sorumluluğu yüklemeyi engelleyecek herhangi bir neden bulunmamaktadır<sup>163</sup>. Yapay zekaya sahip varlığın cezai sorumluluğu, programcı ve/veya kullanıcıya başka bir hukuksal yolla cezai sorumluluk yüklenmiş olması halinde, programcının veya kullanıcının ceza sorumluluğunun yerine geçemez. Ceza sorumluluğu bölünemez, aksine müşterektir. Yapay zekaya sahip varlığın cezai sorumluluğu, insan programcı veya kullanıcının ceza sorumluluğuna ek olarak yüklenir.

Buna karşın, yapay zekaya sahip bir varlığın ceza sorumluluğu programcının veya kullanıcının ceza sorumluluğuna bağlı değildir<sup>164</sup>. Sonuç olarak, belirli bir yapay zekaya sahip varlık başka yapay zekaya sahip bir varlık tarafından programlanmış veya kullanılmış ise, kullanılan veya programlanan yapay zekaya sahip varlığın ceza sorumluluğu, bu gerçekten etkilemez<sup>165</sup>. Programlanan veya kullanılan yapay zekaya sahip varlık, doğrudan sorumluluk modeli uyarınca; masum aracı olmadığı müddetçe belirli suç için sorumlu tutulabilir<sup>166</sup>. Bununla beraber, yapay zekaya sahip varlığın programcısı veya kullanıcısı suçtaki rolüne göre üç sorumluluk modeli uyarınca da cezai olarak sorumlu tutulabilir<sup>167</sup>. Ceza sorumluluğu zinciri, insan veya yapay zeka farketmeksizin daha fazla taraf dahil olursa devam edebilir.

Yapay zekaya sahip bir varlık veya bir insanın, aralarındaki ortaklıktan kaynaklanan cezai sorumluluklarını ortadan kaldırmak için bir sebep yoktur. Yapay zekaya sahip bir varlık, yardım eden veya azmmettiren olarak bir insan ile birlikte fail olarak işbirliği yapabilirler ve uygun cezai sorumluluk onlara yüklenebilir. Yapay zekaya sahip varlığın olgusal ve zihinsel yetenekleri ona cezai sorumluluk yüklemek için yeterli olduğundan, eğer müşterek failliğin, yardım etmenin, azmettirmenin hukuki şartları yerine getirilmişse, failin yapay zekaya

---

<sup>162</sup> Bkz.; **Padhy**, age, dipnot 6, 10.

<sup>163</sup> Bkz.; **Dressler**, age, dipnot 56, 126.

<sup>164</sup> Bkz.; III. Bölüm, A: Ceza Sorumluluğu Yüklemeye İlişkin Genel Gereklilikler.

<sup>165</sup> Age.

<sup>166</sup> Age.

<sup>167</sup> Age.

sahip varlık veya insan olduğuna bakılmaksızın, iştirakten, yardım etmeden, azmettirmeden doğan cezai sorumluluk yüklenmelidir.

Yapay zekaya sahip varlıklara yalnızca olumlu olgusal ve zihinsel unsurlar yüklenemeyebilir. İlgili tüm olumsuz kusur unsurları yapay zekaya sahip varlıklara yüklenebilir<sup>168</sup>. Bu unsurların çoğu genel ceza hukukundaki genel savunmalarla (*meşru savunma, zorunluluk hali, cebir-tehdit, sarhoşluk vs.*) ifade edilir<sup>169</sup>. Bu savunmaların (*gerekçelerin*) bazıları için<sup>170</sup>, belli bir duruma ilişkin olduğundan, insanlarla yapay zekaya sahip varlıklar arasında önemli bir fark yoktur, failin kimliğine bakılmaz. Örneğin, yerel bir polis gücünde hizmet veren yapay zekaya sahip bir varlığa bir kişiyi yasadışı şekilde yakalaması için emir verilir. Eğer bu emir açık şekilde yasadışı değilse, emri yerine getiren cezai olarak sorumlu değildir<sup>171</sup>. Bu olayda, emri yerine getirenin insan veya yapay zeka olmasının bir farkı bulunmamaktadır.

Diğer savunmalar açısından (*mazeret ve muafiyetler*)<sup>172</sup> bazı uygulamalarda uyarılama yapılması gerekir. Örneğin sarhoşluk<sup>173</sup> savunması, failin sarhoşluk veren bir maddenin (*alkol, uyuşturucu gibi*) fiziksel etkisi altında olması durumunda uygulanır<sup>174</sup>. Yapay zekaya sahip bir varlık üzerindeki alkolün ekisi azdır; ancak yapay zekaya sahip varlığın işletim sistemini etkileyen elektronik bir virüsün etkisi, sarhoşluk veren maddelerin insan üzerinde etkisi ile aynı

---

<sup>168</sup> **Clark & Marshall**, *A Treatise on the Law of Crimes* 467 (1967), **Nelson - Eyalet davası**, 597 P.2d 977, 978 (1979). **Birleşik Devletler - Contento-Pachon davası**, 723 F.2d 691, 693 (1984), **Birleşik Krallık - Graves davası**, 461 Pa. 118, 123 (1975).

<sup>169</sup> Age.

<sup>170</sup> **John C. Smith**, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, 1989; **Anthony M. Dillof**, *Unraveling Unknowing Justification*, 77 Notre Dame L. Rev. 1547, (2002); **Kent Greenawalt**, *Distinguishing Justifications from Excuses*, 49 Law & Contemp. Probs. 89 (1986); **Kent Greenawalt**, *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 Colum. L. Rev. 949 (1984); **Thomas Morawetz**, *Reconstructing the Criminal Defenses: The Significance of Justification*, 77 J. Crim. L. & Criminology 277 (1986); **Paul H. Robinson**, *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*, 23 U.C.L.A. L. Rev. 266 (1975); **Paul H. Robinson**, *Testing Competing Theories of Justification*, 76 N.C. L. Rev. 1095 (1998).

<sup>171</sup> **Michael A. Musmanno**, *Are Subordinate Officials Penally Responsible for Obeying Superior Orders Which Direct Commission of Crime?*, 67 DICK. L. REV. 221, 1963.

<sup>172</sup> **Peter Arenella**, *Convicting the Morally Blameless: Reassessing the Relationship between Legal and Moral Accountability*, 39 U.C.L.A. L. Rev. 1511 (1992); **Sanford H. Kadish**, *Excusing Crime*, 75 Cal. L. Rev. 257 (1987); **Andrew E. Lelling**, *A Psychological Critique of Character-Based Theories of Criminal Excuse*, 49 Syracuse L. Rev. 35 (1998).

<sup>173</sup> Çevirmen Notu: Sözü edilen hukuksal terim ile Türk Hukuku kıyaslanacak olursa, burada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 34. maddesindeki "Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma" kastedilmektedir.

<sup>174</sup> **Birleşik Krallık - Graves davası**, 461 Pa. 118, 123 (1975).

doğrultuda kabul edilebilir. Bazı diğer etmenler; akıl hastalığı, kontrol kaybı vs. gibi etmenler ile aynı doğrultuda düşünülebilir<sup>175</sup>.

Yapay zekaya sahip bir varlığın doğrudan sorumluluk modeline göre ceza sorumluluğunun, bir insanın cezai sorumluluğundan ile farklı olmadığını özetleyebiliriz. Bazı durumlarda bazı düzeltmeler gereklidir, fakat önemli ölçüde aynı unsurları temel alan ve aynı yollarla incelenen aynı cezai sorumluluktur.

### E. Üç Sorumluluk Modelinin Uyumluluğu

Yukarıda açıklanan üç sorumluluk modeli, alternatif modeller değildir. Yapay zekaya sahip varlıkların dahil olduğu özel durumlarda, cezai sorumluluğun tam bir portresini oluşturmak amacıyla bu modeller birleştirilerek uygulanabilir. Bu modellerden hiçbirini birbirini dışlamamaktadır. Yani, belirli bir suç bakımından, ikinci modelin tek başına uygulanması da mümkündür, ikili veya üçlü bir kombinasyonun bir parçası olarak da.

Yapay zekaya sahip varlık, belirli bir suçun işlenmesinde masum aracı rolündeyse ve programcı da suçu yöneten tek kişiye, bu durumda Dolaylı Faillik Modelinin (Birinci model) uygulanması en uygun hukuki çözümdür<sup>176</sup>. Aynı durumda, da yapay zekaya sahip bir varlıksa (*yapay zekaya sahip varlık, belirli bir suçun işlenmesi için bir başka yapay zekaya sahip varlığı programlamış ise*) Doğrudan Sorumluluk Modeli (Üçüncü model) programcı yapay zekaya sahip varlığın cezai sorumluluğu bakımından en uygun model olacaktır<sup>177</sup>. Bu durumda üçüncü sorumluluk modeli, bunun yerine değil, ilk sorumluluk modeline ek olarak uygulanır. Böylelikle bu tip durumlarda, Dolaylı Faillik Sorumluluk Modeli ile Doğrudan Sorumluluk Modelinin kombinasyonu neticesinde yapay zeka programcı cezai olarak sorumlu tutulabilir.

Yapay zekaya sahip varlık belirli bir suçun fiziki faili rolünde ancak söz konusu suç planlanmamışsa, olası doğal sonuçlar modelinin uygulanması uygun olabilir<sup>178</sup>. Programcı, eğer kasıtlı bir suç işlenmemişse ihmalden; başka bir suç kasten planlanmış ancak işlenen suç asıl planın bir parçası değilse işlenen suçtan

---

<sup>175</sup> Bkz.; Dressler, age, dipnot 56, 616 - 622.

<sup>176</sup> Bkz.; III. Bölüm, B: *Dolaylı Faillik Sorumluluk Modeli: Masum Aracı Olarak Yapay Zekaya Sahip Varlık*.

<sup>177</sup> Bkz.; III. Bölüm, D: *Doğrudan Sorumluluk Modeli: Yapay Zekaya Sahip Varlığın İnsan Suçlarıyla Eşit Düzeyde Olması*.

<sup>178</sup> Bkz.; III. Bölüm, C: *Olası Doğal Sonuçlardan Sorumluluk Modeli: Yapay Zekaya Sahip Varlıklar Tarafından İşlenmesi Öngörülebilir Suçlar*.

tam olarak sorumlu tutulabilir<sup>179</sup>. Buna rağmen, programcı bir insan değilse, doğrudan sorumluluk modeli olası doğal sonuçlardan sorumluluk modeli ile eşzamanlı olarak uygulanmalıdır; fiziki fail bir insan ve planlayan yapay zekaya sahip bir varlık olduğunda da aynı şekilde.

Üç sorumluluk modelinin koordinasyonu açık bir cezai sorumluluk alanı oluşturur<sup>180</sup>. Bu üç modelin birleştirilmiş ve koordine edilmiş olarak uygulanması, yapay zekaya sahip varlıklar ve ceza hukuku bağlamında yeni bir hukuksal durum meydana getirmektedir<sup>181</sup>. Sonuç olarak, yapay zekaya sahip varlıklar ve insanlar doğrudan veya dolaylı olarak belirli bir suçun meydana gelmesine dahil olduklarında, ceza sorumluluğundan kurtulmak çok daha güç olacaktır. Böyle bir yasal politikadan kaynaklanan sosyal fayda, önemli bir değere sahiptir. Tüm varlıklar; insan, tüzel kişi veya yapay zekaya sahip varlık, ceza hukukunun bir konusu haline gelir<sup>182</sup>. Cezai sorumluluk yüklenmesinin en belirgin amacı belli bir toplumda hukuki sosyal kontrolü sağlamaksa, yapay zekaya sahip varlıklar bakımından bu üç modelin koordine bir şekilde uygulanması gereklidir<sup>183</sup>.

#### IV. GENEL CEZA AYARLAMASI DEĞERLENDİRMELERİ

Cezai olarak yapay zekanın sorumlu olduğunu farzedelim. Yapay zeka hakkında soruşturma açıldığını, yargıldığını ve mahkum edildiğini varsayalım. Mahkumiyet sonrasında, mahkemenin yapay zekaya sahip varlığı cezalandırması gerekir. Örneğin, belirli şartlar altında en uygun ceza olan bir yıl hapse mahkum edilirse, yapay zekaya sahip bir varlık uygulamada nasıl böyle bir cezaya çarptırılabilir? İdam cezası, denetimli serbestlik ya da hatta bir para cezası yapay zekaya sahip varlığa nasıl uygulanacaktır? Tutuklama için herhangi birinin bulunmadığı durumlarda (*özellikle bir robot gibi fiziksel bir beden içine yerleştirilmemiş yapay zeka yazılımlarının olması durumunda*), hapsedmenin uygulamadaki anlamı nedir? Mahkum edilen yapay zekaya sahip varlığın herhangi bir banka hesabının mevcut olmadığı durumlarda, onu para cezasına çarptırmanın uygulamadaki önemi nedir? Şirketlerin cezai sorumluluğu tanındığında, benzer hukuksal sorunlar ortaya çıkmıştı<sup>184</sup>. İnsanlara uygulanan

---

<sup>179</sup> Age.

<sup>180</sup> Bkz.; III. Bölüm, B, C, D.

<sup>181</sup> Age.

<sup>182</sup> Age.

<sup>183</sup> Age.

<sup>184</sup> **Gerard E. Lynch**, *The Role of Criminal Law in Policing Corporate Misconduct*, 60 Law & Contemp. Probs. 23 (1997); **Richard Gruner**, *To Let the Punishment Fit the Organization: Sanctioning Corporate Offenders Through Corporate Probation*, 16 AM. J. Crim. L. 1 (1988); **Steven**

meşru cezaların şirketlere nasıl uygulanabileceği sorusu sorulmuştu<sup>185</sup>. Yanıt basit ve hukuken uygulanabilirdi. Bir şirkete, tıpkı insanlara olduğu gibi bir cezalandırma uygulanabilirse bu, herhangi bir değişiklik olmaksızın uygulanır<sup>186</sup>. Mahkeme bir para cezasına hükmettiğinde şirket, insanların ödediği aynı yolla, tıpkı faturalarını da ödediği gibi para cezasını öder<sup>187</sup>. Buna karşın, bir şirketin cezalandırılmasının insanlardaki gibi mümkün olmadığı zaman, bir düzenleme yapılması gereklidir<sup>188</sup>. Yapay zeka bakımından da durum bu şekildedir.

Ceza ayarlaması değerlendirmeleri, uygulanan herhangi bir cezanın teorik temellerini inceler. Bu değerlendirmeler benzer bir biçimde uygulanır ve üç aşamadan oluşur. Her aşama, aşağıdaki gibi bir soru ile açıklanabilir:

1. Belirli bir cezanın bir insan için temel anlamı nedir?
2. O ceza yapay zekaya sahip varlığı nasıl etkiler?
3. Yapay zekaya sahip varlığa uygulanabilir hangi cezalar aynı anlama çıkabilir?

Bu ceza ayarlaması ile ilgili düzenlemelerin en büyük faydası, belirli cezanın öneminin insanlara ve yapay zekaya sahip varlıklara uygulandığında da aynı kalmasıdır. Modern toplumlarda kullanılan bazı cezalar için (*ölüm cezası, hapis cezası, ertelenmiş ceza, kamu hizmeti ve para cezaları*) bu yöntemde ceza ayarlaması düzenlemelerinden aşağıda bahsedilmiştir.

Ölüm cezası insanlar için en sert ceza olarak belirlenmiştir ve çeşitli yargı alanlarında anayasaya uygunluğu açısından görüş birliği bulunmamaktadır<sup>189</sup>.

---

**Walt & William S. Laufer**, *Why Personhood Doesn't Matter: Corporate Criminal Liability and Sanctions*, 18 AM. J. CRIM. L. 263 (1991); **Coffee**, age, dipnot 21, 386; **Steven Box**, *Power, Crime and Mystification* 16-79 (1983); **Fisse & Braithwaite**, age, dipnot 22, 468.

<sup>185</sup> **Fisse & Braithwaite**, age, dipnot 22, 468.

<sup>186</sup> Örneğin bkz.; **John O'Reilly**, *Day Pitney LLP, Şirketlerin Ceza Sorumluluğu Anketi*, [http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Business\\_Crimes/Crim\\_Liability\\_USANew%20Jersey.pdf](http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Business_Crimes/Crim_Liability_USANew%20Jersey.pdf) (Erişim tarihi: 05.08.2017), Çevirmen Notu: Söz konusu adreste ilgili belgeye erişim sağlanamamıştır.

<sup>187</sup> Age.

<sup>188</sup> **Coffee**, age, dipnot 21, 424 - 434.

<sup>189</sup> Örneğin bkz.; *1949 yılında Almanya'da ölüm cezasının kaldırılması*, **Grundgesetz, Art. 102**; *1965 yılında Birleşik Krallıkta ölüm cezasının kaldırılması*, **Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965, c.71**; *Birleşik Devletler'de yapılan tartışmalar*, **Kemmler**, 136 U.S. 436 (1890); **Provenzano - Moore davası**, 744 So.2d 413 (Florida, 1999); **Dutton - Eyalet davası**, 91 A. 417 (Maryland, 1914); **Campbell - Wood davası**, 18 F.3d 662 (9. Temyiz, 1994); **Wilkinson - Utah davası**, 99 U.S. 130 (1878); **Halk - Daugherty davası**, 256 P.2d 911 (California, 1953); **Gray - Lucas**, 710 F.2d 1048 (5. Temyiz, 1983); **Hunt - Nuth davası**, 57 F.3d 1327 (4. Temyiz, 1995); **Gregg - Georgia davası**, 428 U.S. 153 (1979).

Ölüm cezası infaz edildiğinde, suçlunun herhangi başka bir suçu işlemesi mümkün olmadığından ölüm cezası, tekrür açısından suçluları etkisizleştirmek için en etkili yöntemdir. İdam cezasının insanlar açısından önemi, yaşamın kaybedilmesidir<sup>190</sup>. Yapay zekaya sahip bir varlığın “yaşamı” onun bağımsız bir varlık olarak varlığıdır. Bazen fiziksel bir varlığa sahipken (*örneğin bir robot olarak*); bazen yalnızca soyut bir varoluşa (*örneğin, bir bilgisayar sistemine veya bir ağ sunucusuna kurulu bir yazılım olarak*) sahiptir.

Ölüm cezasının suçluları etkisiz hale getirme etkisi dikkate alındığında, yapay zekaya sahip varlığa uygulandığında ölüm cezasıyla aynı sonuca ulaşabilecek pratik eylem, yapay zekaya sahip varlığı kontrol eden yapay zeka yazılımının silinmesidir. Silme cezası uygulandığında, suç işleyen yapay zekaya sahip varlık daha fazla suç işleyemez hale gelir. Silme işlemi yapay zekaya sahip varlığın bağımsızlığını yok eder ve ölüm cezasına eşdeğerdir.

Hapsetme, batı hukuk sistemlerinde ciddi suçlar için uygulanan en yaygın cezalardan biridir<sup>191</sup>. Hapsedilmenin insanlar açısından önemi, insanın özgürlüklerinden yoksun bırakılması ve insanın özgür davranışları, dolaşım özgürlüğü ve kendi hayatını yönetme özgürlüğü üzerinde ciddi sınırlamaların uygulanmasıdır<sup>192</sup>. Yapay zekaya sahip bir varlığın “bağımsızlığı” veya “özgürlüğü”,

---

<sup>190</sup> **Robert M. Bohm**, *Deathquest: An Introduction to the Theory And Practice of Capital Punishment in the United States* 74-78 (1999); **Austin Sarat**, *The Cultural Life of Capital Punishment: Responsibility and Representation in Dead Man Walking and Last Dance*, THE KILLING STATE – CAPITAL PUNISHMENT IN LAW, POLITICS, AND CULTURE 226 (Atfen, Austin Sarat, 1999); **Peter Fitzpatrick**, “Always More to Do”: *Capital Punishment and the (De)Composition of Law*, THE KILLING STATE – CAPITAL PUNISHMENT IN LAW, POLITICS, AND CULTURE, 117 (Atfen, Austin Sarat, 1999); **Franklin E. Zimring**, *The Executioner’s Dissonant Song: On Capital Punishment and American Legal Values*, THE KILLING STATE - CAPITAL PUNISHMENT IN LAW, POLITICS, AND CULTURE, 137 (Atfen, Austin Sarat, 1999); **Anthony G. Amsterdam**, *Selling a Quick Fix for Boot Hill: The Myth of Justice Delayed in Death Cases*, THE KILLING STATE – CAPITAL PUNISHMENT IN LAW, POLITICS, AND CULTURE, 148 (Atfen, Austin Sarat, 1999).

<sup>191</sup> **Dressler**, age, dipnot 56, 30.

<sup>192</sup> **David J. Rothman**, *For the Good of All: The Progressive Tradition in Prison Reform*, HISTORY AND CRIME, 271 (Atfen, James A. Inciardi & Charles E. Faupel, 1980); **Michael Welch**, *Ironies of Imprisonment* (2004); **Roy D. King**, *The Rise and Rise of Supermax: An American Solution in Search of a Problem?*, 1 PUNISHMENT AND SOC’Y 163 (1999); **Chase Riveland**, *Supermax Prisons: Overview and General Considerations* (1999); **Jamie Fellner & Joanne Mariner**, *Cold Storage: Super-Maximum Security Confinement in Indiana* (1997); **Richard Korn**, *The Effects of Confinement in the High Security Unit in Lexington*, 15 SOC. JUST. 8 (1988); **Holly A. Miller**, *Reexamining Psychological Distress in the Current Conditions of Segregation*, 1 J. CORRECTIONAL HEALTH CARE 39 (1994); **Frieda Bernstein**, *The Perception of Characteristics of Total Institutions and Their Effect on Socialization* (1979); **Bruno Bettelheim**, *The Informed Heart: Autonomy in a Mass Age* (1960); **Marek M. Kaminski**, *Games Prisoners Play: Allocation of Social Roles in a Total Institution*, 15 RATIONALITY AND SOC’Y 188 (2003); **John Irwin**,



ilgili alanlarda yapay zekaya sahip varlığın hareket etme serbestisini içermektedir. Örneğin, tıbbi hizmetlerdeki yapay zekaya sahip bir varlık ameliyatlara dahil olma özgürlüğüne; bir fabrikadaki yapay zekaya sahip bir varlık ise üretim özgürlüğüne sahiptir vs.

Hapis cezasının niteliğini göz önüne alırsak, yapay zekaya sahip varlıklara uygulandığında hapis cezasını çektirme ile aynı etkileri sağlayabilecek pratik eylem, yapay zekaya sahip varlığın belirli bir süre kullanılmamasıdır. Bu dönem boyunca yapay zekaya sahip varlığın özgürlüğüne ilişkin herhangi bir işlem yapılmasına izin verilmemektedir ve böylece onun bağımsızlığı veya özgürlüğü kısıtlanmaktadır.

Cezanın ertelenmesi, hapis cezası yerine suçlularda caydırıcı etkiyi artırmak için batı hukuk sistemlerinde oldukça yaygın bir ara yaptırımdır. Cezanın ertelenmesinin insanlar açısından önemi; bir insanın belirli bir suçu veya suç tipini işlemesi durumunda büyük bir hapis tehdidi oluşturmasıdır<sup>193</sup>. Bir insan böyle bir suç ilerse, ilk hapis cezası ikinci hapis cezasına eklenecektir. Sonuç itibarıyla, insanlar başka bir suç işlemekten ve mükerrir suçlu olmaktan caydırılır<sup>194</sup>. Pratik anlamda, ertelenen ceza yalnızca hukuki kayıtlarda uygulanır. Cezanın ertelenmesi durumunda fiziksel bir etki bulunmamaktadır. Sonuç olarak, ertelenme uygulandığı zaman insanlar ile yapay zekaya sahip varlıklar arasında bir farklılık olmayacaktır. Devletin yasal ceza kayıtları, cezanın insanlar için ertelenmesi halinde de, ilgili varlığın belirli ve tam olarak kimliklendirilmesi şartıyla yapay zekaya sahip varlıklar veya şirketler hakkında uygulandığında da bir farklılık içermeyecektir.

Kamu hizmeti de batı hukuk sistemlerinde fiilen hapsedmenin yerine oldukça yaygın bir ara yaptırımdır<sup>195</sup>. Çoğu hukuk sisteminde, kamu hizmeti kısa süreli hapis cezaları yerine geçmektedir<sup>196</sup>. Bazı hukuk sistemlerinde, kamu hizmeti uygulanmakta ve denetimli serbestlik ile birleştirilmektedir, böylece suçlu,

---

Prisons in Turmoil (1980); **Anthony J. Manocchio & Jimmy Dunn**, *The Time Game: Two Views of a Prison* (1982).

<sup>193</sup> **Marc Ancel**, *Suspended Sentence* (1971); **Marc Ancel**, *The System of Conditional Sentence or Sursis*, 80 L. Q. REV. 334 (1964); **Anthony E. Bottoms**, *The Suspended Sentence in England 1967-1978*, 21 BRITISH J. CRIMINOLOGY 1 (1981).

<sup>194</sup> Bkz., **Ross - Eyalet davası**, 268 Arkansas, 189-191 (1980).

<sup>195</sup> **Malcolm Feeley, Richard Berk & Alec Campbell**, *Between Two Extremes: An Examination of the Efficiency and Effectiveness of Community Service Orders and Their Implications for the U.S. Sentencing Guidelines*, 66 S. CAL. L. REV. 155, (1992).

<sup>196</sup> Age.



belirli bir suç işlemiş olmasından doğan zararlar için “bedel ödemektedir”<sup>197</sup>. Kamu hizmetinin insanlar açısından önemi, topluma zorunlu iş gücü katkısı sunmasıdır<sup>198</sup>. Yukarıda tartışıldığı gibi<sup>199</sup>, yapay zekaya sahip bir varlık çeşitli alanlarda işçi olarak işe alınabilirler<sup>200</sup>.

Yapay zekaya sahip bir varlık bir fabrikada çalıştığı zaman; işi, fabrika sahiplerinin yararına veya diğer çalışanların menfaati için onların profesyonel görevlerini kolaylaştırmak ve çabuklaştırmak amacıyla yapar<sup>201</sup>. Yapay zekaya sahip varlıkaynen özel kişilerin yararına çalıştığı şekilde, kamu yararına da çalışabilir. Toplumsal işgücüne zorunlu katılım şeklinde toplum yararına çalışma yapay zekaya sahip varlığa yüklendiğinde, bu kamu hizmeti olarak görülebilir<sup>202</sup>. Böylece kamu hizmetinin önemi insanlara veya yapay zekaya sahip varlıklara da uygulandığında aynıdır.

Adli para cezası, gerçek hapis cezası yerine batı hukuk sistemlerinde en yaygın ara yaptırımdır<sup>203</sup>. İnsanlara para cezası verilmesinin önemi, para (*para cezası*) veya başka bir mal (*müsadere*) olup olmamasına bakılmaksızın, insanların mallarının bir kısmından yoksun bırakılmasıdır<sup>204</sup>. Bir kişi adli para cezasını ödemezse veya malları ödemeye yetmezse, özellikle hapis cezası gibi ikame

---

<sup>197</sup> **John Harding**, *The Development of the Community Service*, ALTERNATIVE STRATEGIES FOR COPING WITH CRIME 164 (Atfen, Norman Tutt, 1978); HOME OFFICE, REVIEW OF CRIMINAL JUSTICE POLICY (1977); **Ashlee Willis**, *Community Service as an Alternative to Imprisonment: A Cautionary View*, 24 PROBATION J. 120 (1977); **Julie Leibrich, Burt Galaway & Yvonne Underhill**, *Community Sentencing in New Zealand: A Survey of Users*, 50 FED. PROBATION 55 (1986); **James Austin and Barry Krisberg**, *The Unmet Promise of Alternatives*, 28 J. OF RES. CRIME & DELINQ. 374 (1982); **Mark S. Umbreit**, *Community Service Sentencing: Jail Alternatives or Added Sanction?*, 45 FED. PROBATION, 3 (1981).

<sup>198</sup> **Birleşik Devletler Mahkemeleri**, Federal Yargı, Toplum Hizmetleri, <http://www.uscourts.gov/fedprob/supervise/community.html> (Erişim tarihi: 08.08.2017), Çevirmen Notu: Söz konusu adreste ilgili belgeye erişim sağlanamamıştır.

<sup>199</sup> Bkz., I. ve II. paragraflar.

<sup>200</sup> Boucq, age, dipnot 4.

<sup>201</sup> Age.

<sup>202</sup> Bkz., dipnot 198.

<sup>203</sup> Bkz., **Feeley, Berk & Campbell**, age, dipnot 193.

<sup>204</sup> **Gerhardt Grebing**, *The Fine in Comparative Law: A Survey of 21 Countries* (1982); **Judith A. Greene**, *Structuring Criminal Fines: Making an 'Intermediate Penalty' More Useful and Equitable*, 13 JUSTICE SYSTEM JOURNAL 37 (1988); **Nigel Walker & Nicola Padfield**, *Sentencing: Theory, Law and Practice* (1996); **Manfred Zuleeg**, *Criminal Sanctions to Be Imposed on Individuals as Enforcement Instruments in European Competition Law*, EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2001: EFFECTIVE PRIVATE ENFORCEMENT OF EC ANTITRUST LAW 451 (Atfen, Claus-Dieter Ehlermann & Isabela Atanasu, 2001); **Steve Uglow**, CRIMINAL JUSTICE (1995); **Douglas C. McDonald, Judith A. Greene & Charles Worzella**, Day-Fines In American Courts: The Staten-Island and Milwaukee Experiments (1992).

cezalar suçluya uygulanır<sup>205</sup>. Bir şirkete para cezası uygulanması, bir kişinin para cezası verilmesi ile aynıdır, çünkü hem kişi hem de kurumlar mallara ve banka hesaplarına sahiptir, dolayısıyla ödeme yapan varlığın insani veya kurumsal bir varlık olarak para cezasının ödenmesi aynıdır<sup>206</sup>. Fakat yapay zekaya sahip varlıkların çoğunun parası, malı veya kendilerine ait bir banka hesabı yoktur. Yapay zekaya sahip bir varlık kendi malına veya parasına sahip olursa, para cezasının uygulanması insanlara veya şirketlere uygulanması ile aynı olacaktır<sup>207</sup>.

İnsanların ve şirketlerin çoğu için malvarlığı emek vasıtasıyla elde edilir<sup>208</sup>. Bir para cezası ödendiğinde, emeğin sonucu olan malvarlığı, devlete aktarılır<sup>209</sup>. Bu emek devlete mülkiyet veya doğrudan emek şeklinde devredilebilir. Sonuç olarak yapay zekaya sahip bir varlığa uygulanan para cezası, para - malvarlığı veya kamu yararına çalışma şeklinde tahsil edilebilir<sup>210</sup>. Para cezası kamu yararına çalışma olarak tahsil edildiğinde, yukarıda anlatılan kamu yararına çalışma ile bir fark yoktur<sup>211</sup>.

Böylece çoğu yaygın cezalandırmalar yapay zekaya sahip varlıklar için uygulanabilir olur<sup>212</sup>. Yapay zekaya sahip varlıklara belirli cezaların uygulanması, bu cezaların tabiatını insanlara uygulanması ile karşılaştırıldığında reddetmemektedir. Tabi ki bazı genel ceza ayarlaması değerlendirmeleri bu cezaları uygulamak için gereklidir fakat yine de bu cezaların niteliği, insanlara ve yapay zekaya sahip varlıklara göre değişmeden kalmaktadır.

## V. SONUÇ

Özel gerekliliklerin tümü karşılanırsa, herhangi bir varlığa -insan, şirket veya yapay zekaya sahip varlık- ceza sorumluluğu yüklenebilir<sup>213</sup>. Bugünkü koşullar, günümüzün hukuki sorunlarını çözmek için modern yasal önlemleri emretmektedir. Yapay zeka teknolojisinin hızlı gelişimi, toplumun kanunlara, özellikle de ceza hukukuna tabi olmayan teknolojilerdeki olası tehnelere

---

<sup>205</sup> **Fiori Rinaldi**, *Imprisonment for Non-Payment of Fines* (1976); *Use of Short Sentences of Imprisonment by the Court*, REPORT OF THE SCOTTISH ADVISORY COUNCIL ON THE TREATMENT OF OFFENDERS (1960).

<sup>206</sup> **Fisse & Braithwaite**, age, dipnot 22, 468.

<sup>207</sup> O'Reilly, age, dipnot 184.

<sup>208</sup> **John Locke**, *Two Treatises of Government* 42 (1689).

<sup>209</sup> Bkz., Bölüm IV.

<sup>210</sup> Age.

<sup>211</sup> Age.

<sup>212</sup> Age.

<sup>213</sup> Bkz., Bölüm III ve IV.

karşı korunması için mevcut yasal çözümleri gerektirmektedir<sup>214</sup>. Ceza hukuku, toplumsal düzeni ve toplum refahını muhafaza etmek için oldukça önemli bir toplumsal işleve sahiptir<sup>215</sup>. Toplumsal düzene yönelik tehlikeler insanlar, şirketler veya yapay zekaya sahip varlıklar tarafından oluşturulabilir<sup>216</sup>. Geleneksel olarak insanlar, uluslararası mutabakat ile aksine karar verilmedikçe, ceza hukukuna tabi tutulmuştur<sup>217</sup>. Böylece reşit olmayan kimseler ve zihinsel olarak hasta olan kişiler dünya çapındaki çoğu hukuk sistemine göre ceza hukukunun konusu değillerdir. Çağdaş biçimdeki şirketler 14. yüzyıldan bu yana var olmalarına rağmen<sup>218</sup>, şirketleri hukuka ve özellikle de ceza hukukuna tabi kılmak yüzlerce yıl almıştır<sup>219</sup>. Asırlardır hukuk, Roma yasalarından esinlenerek (*societas delinquere non potest*<sup>220</sup>) şirketlerin ceza hukukuna tabi olmadığını belirtmiştir<sup>221</sup>.

Ancak 1635 yılında bir İngiliz Mahkemesi bir şirkete cezai sorumluluk yüklemeye cesaret edebildi<sup>222</sup>. Bu kaçınılmazdı<sup>223</sup>. Şirketler insan yaşamına tamamen iştirak etmektedir ve bizzat kendileri tarafından veya kendileri aracılığıyla suç işlendiği halde insanların yasalarına tabi tutulmayışları şaşırtıcıydı<sup>224</sup>. Fakat şirketler ne bir bedene ne de ruha sahiptir<sup>225</sup>. Dışsal ve içsel elementler dahil cezai sorumluluğun tüm gereklerini yerine getirebilirler diye hukuki çözümler geliştirildi<sup>226</sup>. Bu çözümler, cezai sorumluluk modellerinde ve genel ceza ayarlaması değerlendirmelerinde somutlaştırılmıştır<sup>227</sup>.

<sup>214</sup> Bkz., **Weng, Chen & Sun**, age, dipnot 1, 273.

<sup>215</sup> **Williams**, age, dipnot 17, 2181.

<sup>216</sup> Bkz., Bölüm III ve IV.

<sup>217</sup> **John H. Blume & Sheri Lynn Johnson**, *Killing the Non-Willing: Atkins, the Volitionally Incapacitated, and the Death Penalty*, 55 S.C. L. REV. 93, 122-25,

<sup>218</sup> **William Searle Holdsworth**, *A History of English Law*, 471-76 (1923).

<sup>219</sup> **Andrew Weissmann & David Newman**, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, 82 IND. L.J. 411, 419 (2007); **Coffee**, age, dipnot 21, 386.

<sup>220</sup> Çevirmen Notu: “Bir topluluk suç işleyemez.”

<sup>221</sup> **William Searle Holdsworth**, *English Corporation Law in the 16th and 17th Centuries*, 31 YALE L.J. 382 (1922); **William Robert Scott**, *The Constitution and Finance of English, Scottish and Irish Joint-Stock Companies to 1720*, 462 (1912); **Bishop Carleton Hunt**, *The Development of the Business Corporation in England 1800-1867*, 6 (1963).

<sup>222</sup> **Langforth Bridge**, (1635) Cro. Car. 365, 79 E.R. 919; Ayrıca bkz., Clifton (Yerel), (1794) 5 T.R. 498, 101 E.R. 280; Great Broughton (Yerel), (1771) 5 Burr. 2700, 98 E.R. 418; Stratford-upon-Avon Corporation, (1811) 14 East 348, 104 E.R. 636; Liverpool (Belediye), (1802) 3 East 82, 102 E.R. 529; Saintiff, (1705) 6 Mod. 255, 87 E.R. 1002; **Weissman & Newman**, age, dipnot, 217, 419.

<sup>223</sup> **Coffee**, age, dipnot 21, 386.

<sup>224</sup> **O’Reilly**, age, dipnot 184.

<sup>225</sup> **Coffee**, age, dipnot 21, 386.

<sup>226</sup> **Frederick Pollock**, *Has the Common Law Received the Fiction Theory of Corporations?*, 27 L. Q. REV. 219 (1911).

<sup>227</sup> **O’Reilly**, age, dipnot 184; **Coffee**, age, dipnot 21, 424 - 434.

İşe yaradı. Aslında bu hala çalışıyor ve oldukça başarılı. Yapay zekaya sahip varlıklar şirketlerden neden farklı olmalıdır? Yapay zekaya sahip varlıklar, insan faaliyetlerinde şirketler gibi gittikçe daha büyük rol oynamaktadır<sup>228</sup>. Zaten yapay zekaya sahip varlıklar tarafından veya onlar aracılığıyla suçlar işlenmektedir<sup>229</sup>. Yapay zekaya sahip varlıklar ruha sahip değildir ve bazı yapay zekaya sahip varlıkların ne bedeni ne de bir ruhu vardır<sup>230</sup>. Dolayısıyla, şirketler üzerinde ve yapay zekaya sahip varlıklarda uygulanan cezai sorumluluk fikri arasında esaslı bir hukuksal fark bulunmamaktadır. Eskiden şirketlerin olduğu gibi, onları insan yasalarına tabi tutmamak çirkin olacaktır. Cezai sorumluluk modelleri, ceza sorumluluğu yüklemek için genel hatlarıyla mevcuttur. Başka neye ihtiyaç bulunmaktadır?

---

<sup>228</sup> **Weng, Chen & Sun**, age, dipnot 1, 267; **Boucq**, age, dipnot 4.

<sup>229</sup> **Weng, Chen & Sun**, age, dipnot 1, 273.

<sup>230</sup> **Solum**, age, dipnot 71, 1262.

# ALMAN SOSYAL MEDYA KANUNU

## (Ağ Uygulama Kanunu)

*Çeviren: Stj. Av. Sena KONTOĞLU*

Almanya Federal Meclisi aşağıdaki kanunu kabul etmiştir:

### Madde 1

#### (Ağ Uygulama Kanunu)

### Bölüm 1

#### Kapsam

- (1) Bu Kanun hükümleri, kar etmek amacıyla kullanıcıların herhangi bir içeriği diğer kullanıcılarla paylaşımlarını veya bu içeriği halka (sosyal paylaşım ağları) sunabilmelerini sağlamak için hazırlanmış internet platformlarını işleten telemedya hizmet sağlayıcıları hakkında uygulanır. Sorumlulukları servis sağlayıcılarında olup gazetecilik veya yayıncıya ait içerik sunan platformlar, bu Kanun kapsamında sosyal ağ sayılmaz. Bireysel iletişim veya belirli bir içeriğin yayılması için tasarlanan platformlar için de aynı hüküm geçerlidir.
- (2) Bir sosyal ağ sağlayıcısı; sosyal ağın Almanya Federal Cumhuriyeti'nde iki milyondan az kayıtlı kullanıcısı mevcutsa, 2. ve 3. bölümlerde öngörülen yükümlülüklerden muaftır.
- (3) (3) Yasadışı içerik, fıkra (1) kapsamında olup; 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 ila 129b, 130, 131, 140, 166, 184b bölümlerde tanımlanan suçların gerekliliklerini sağlayan ve Ceza Kanunu'nun 184d, 185 ila 187, 241 veya 269 bölümleriyle ilişkili olup, haklı sebebe dayanmamalıdır.

## Bölüm 2

### Bildirme Yükümlülüğü

- (1) Yılda takriben yüzü aşkın şikayet alan sosyal ağ sağlayıcıları, platformlarında yasadışı içerikle ilgili şikayetlerin ele alınması için (2) numaralı fıkrada sayılan hususları kapsayan, Almanca dilinde yarım yıllık rapor hazırlamakla yükümlüdürler; söz konusu raporları Federal Gazetede ve kendi internet sitelerinde ilgili yarım yıllık sürenin bitiminden en geç bir ay içinde yayınlamakla yükümlüdürler. Kendi internet sitelerinde yayınlanan raporlar kolaylıkla anlaşılabilir, doğrudan erişilebilir ve daimi olarak bulunabilir olmalıdır.
- (2) Raporlar en azından aşağıda bahsi geçen noktaları kapsamalıdır:
  1. Platformda cezai olarak müeyyideye çarptırılabilir faaliyeti ortadan kaldırmak için sosyal ağ sağlayıcısı tarafından gerçekleştirilen çabaları özetleyen genel gözlemler
  2. Yasaya aykırı içerikle ilgili şikayetlerin gönderilmesine ilişkin mekanizmaların ve yasalara aykırı içeriğin silinmesine veya engellenmesine karar vermede uygulanan ölçütlerin açıklaması
  3. Raporlama döneminde yasalara aykırı içerikle ilgili gelen şikayetlerin, şikayet organları tarafından sunulduğuna veya kullanıcılar tarafından oluşturulduğuna, ve şikayet sebebine göre sayısı
  4. Şikayetlerin işleme konulmasından sorumlu birimlerdeki organizasyon, personel kaynakları, uzman ve dil uzmanlığının yanı sıra şikayetlerin işleme konulmasından sorumlu kişilerin eğitimi ve desteği
  5. Endüstri derneklerine üyeliklerin ve bu endüstri derneklerinin bir şikayet hizmeti olup olmadığının belirtilmesi
  6. Kararı hazırlamak için harici bir yere danışılan şikayetlerin sayısı
  7. Rapor döneminde söz konusu içeriğin silinmesine veya bloke edilmesine neden olan şikayetlerin, şikayetlerin şikayet organları tarafından veya kullanıcılar tarafından sunulduğuna, şikayet sebebine, olayın bölüm 3/(2)/(3)/(a) kapsamında olup olmadığına ve şayet böyle bir durum söz konusuysa şikayetin kullanıcıya iletilmediğine, ve olayın bölüm (3)/(2)/(3)/(b) kapsamında öz denetim yapan bir kuruluşa havale edilmediğine göre sayısı

8. Şikayetlerin, şikayet organları tarafından ya da kullanıcılar tarafından sunulduğuna, şikayet sebebine ve sürelerine göre “24 saat içinde”/“48 saat içinde”/“bir hafta içinde”/“daha sonraki bir zamanda”, sosyal ağ tarafından alınan şikayetlerin alınma ve yasadışı içeriğin silinmesi ya da bloke edilmesi arasındaki zaman
9. Şikayetin gönderen kişiyi ve söz konusu içeriğin kaydedildiği kullanıcıyı şikayet kararı hakkında bilgilendirmek için alınan tedbirler.

### Bölüm 3

#### Yasadışı İçerikle İlgili Şikayetlerin Ele Alınması

- (1) Bir sosyal ağ sağlayıcısı, (2) ve (3) numaralı fıkralar uyarınca yasadışı içerikle ilgili şikayetlerin ele alınması için etkili ve şeffaf bir prosedür sürdürecektir. Sağlayıcı, kullanıcılara yasalara aykırı içerikle ilgili bir şikayet ileri sürmek için kolaylıkla anlaşılabilir, doğrudan erişilebilir ve kalıcı olarak temin edilebilir bir prosedür sunacaktır.
- (2) Prosedür, sosyal ağ sağlayıcısının aşağıda bahsi geçen noktaları yerine getireceğini sağlamalıdır. Sosyal ağ sağlayıcısı:
  1. Şikayet hakkında derhal bilgi alıp ve şikayette bildirilen içeriğin yasalara aykırı olup olmadığını ve içeriğin kaldırılmaya veya içeriğin erişim engellenmesine tabi olup olmadığını kontrol eder,
  2. Şikayeti aldıktan sonraki 24 saat içinde açıkça kanunsuz olan içeriğe erişimi kaldırır veya engeller; sosyal ağ, yetkili kolluk kuvvetleri ile açıkça yasaya aykırı içeriği silmek veya bloke etmek için daha uzun bir süre uzlaşmaya varırsa, bu geçerli olmayacaktır,
  3. Yasal olmayan tüm içeriği derhal kaldırır veya erişimi engeller; bu genellikle şikayetin alınmasından itibaren 7 gün içinde yapılmalıdır. 7 günlük süre sınırı aşılabılır aşağıdaki durumlarda aşılabılır:
    - a) İçeriğin yasaya aykırılığı ile ilgili karar, olgusal bir iddianın yanlışlığına veya açıkça diğer gerçek koşullara bağlı ise; sosyal ağ, kararın verilmesinden önce kullanıcıya şikayete cevap verme imkanı tanıyabilir
    - b) Sosyal ağ, (6) ila (8) numaralı fıkralara uygun olarak yasaya aykırılık kararını, şikayet alındıktan sonra

7 gün içinde tanınan kendi kendini denetleyen bir kuruma havale edip bu kurumun kararını tanımayı kabul ederse

4. Çıkarma durumunda içeriği delil olarak muhafaza eder ve bu amaçla 2000/31/EC ve 2010/13/EU sayılı Direktifler kapsamında on hafta süreyle saklar.
  5. Şikayet eden kişiye ve kullanıcıya herhangi bir karar hakkında derhal bilgi verir ve aynı zamanda kararı için gerekçe sunar.
- (3) Prosedür; her şikayetin, durumu düzeltmek için alınan tedbir ile birlikte, 2000/31/EC ve 2010/13/EU Yönergeleri kapsamında belgelendirilmesini sağlayacaktır.
- (4) Şikayetlerin ele alınması, sosyal ağ yönetimince aylık kontrollerle denetlenecektir. Gelen şikayetlerin çözümündeki örgütsel eksiklikler derhal düzeltilecektir. Sosyal ağ yönetimi; altı ayda bir kereden az olmamak koşuluyla, şikayetlerin işlenmesi ile görevlendirilmiş kişilere, Almanca dilinde şikayet eğitim kursları ve destek programlarını sunacaktır.
- (5) (1). fıkraya uygun prosedürler, Bölüm 4'te adı geçen idari makam tarafından görevlendirilecek bir ajans tarafından izlenebilir.
- (6) Bir kurum, aşağıdaki durumların gerçekleşmesi halinde bu Kanunun kapsamında kendi kendini denetleyen bir kurum olarak kabul edilir.
1. Analiz uzmanlarının bağımsızlığı ve uzmanlığı sağlanıyorsa,
  2. Uygun tesisler mevcut ve 7 günlük bir süre içinde hızlı analiz garantiliyse,
  3. Analizin kapsam ve yapısını düzenleyen, bağlı sosyal ağların başvuru koşullarını şart koşan ve kararları inceleme imkânı sağlayan prosedür kurallarına sahipse,
  4. Bir şikayet hizmeti kurulduysa, ve
  5. Kurum, çeşitli sosyal ağ sağlayıcıları veya kuruluşları tarafından finanse edilmekte ve uygun tesislerin bulunduğu garanti edilmekteyse; buna ek olarak, kurum daha fazla sağlayıcıya, özellikle de sosyal paylaşım ağlarına kabul edilmeye açık olmalıdır.
- (7) Kendi kendini denetim kuruluşlarının tanınmasına yol açan kararlar, 4. bölümde adı geçen idari makam tarafından alınır.



- (8) Tanıma koşullarının herhangi biri daha sonra yerine getirilmezse, tanıma tamamıyla veya kısmen geri çekilebilir veya tamamlayıcı gerekliliklerle bağlanabilir.
- (9) **Bölüm 4'te adı geçen idari makam, aynı zamanda, bir sosyal ağ sağlayıcısının belirli bir süre için (2)/3/(b) uyarınca kararları havale etme imkânının, söz konusu sağlayıcı, kendi kendini düzenleme sistemi ile bağlantı kurarak (2) numaralı fıkra (3) altındaki yükümlülükleri yerine getirmeyecektir.**

## Bölüm 4

### İdari Para Cezasına İlişkin Hükümler

- (1) Herhangi biri, kasıtlı olarak veya ihmalen aşağıda sayılan durumları yerine getirirse, bir kabahat işlemiş sayılacaktır:
2. bölümün 1. fıkrasına aykırı olarak; bir rapor hazırlamaz, doğru üretmez, tamamen üretmez veya zamanında üretmek ya da yayınlamakta başarısız olursa, doğru yayınlanamaz, tamamen yayınlamaz, öngörülen şekilde veya zamanında yayınlamazsa,
  3. bölümün 1. fıkrasına aykırı olarak; şikayet organları ya da ikametgahı veya oturduğu yer Almanya Federal Cumhuriyeti'nde bulunan kullanıcılar tarafından yapılan şikayetlerin çözümünde, burada belirtilen prosedürleri sunmaz, doğru bir şekilde sunmaz veya sağlamaz ise,
  3. bölümün 1. fıkrasının 2. cümlesine aykırı olarak; burada belirtilen bir prosedür temin etmez veya doğru bir şekilde temin etmezse,
  3. bölümün 4. fıkrasının 1. cümlesine aykırı olarak; şikayetlerin ele alınmasını denetlemez veya doğru şekilde denetlemezse,
  3. bölümün 4. fıkrasının 2. cümlesine aykırı olarak; örgütsel bir eksikliği gidermez veya zamanında gidermezse,
  3. bölümün 4. fıkrasının 3. cümlesine aykırı olarak; eğitim ya da destek sunmaz veya zamanında sunamazsa, veya
  5. bölüme aykırı olarak; Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hizmet almaya yetkili bir kişinin adını vermez ya da Alman Federal Polis Teşkilatı'ndan bilgi talep etme yetkisine sahip Almanya Federal Cumhuriyeti'ndeki bir kişinin adını vermezse, veya

8. 5. bölümün 2. fıkrasının 2. cümlesine aykırı olarak; hizmet almaya yetkili kişi olarak hareket ederken bilgi taleplerine cevap vermezse.
- (2) 1. fıkranın 7. ve 8. bentlerinde bahsi geçen durumlarda; kabahat, beş yüz bin Avro'ya kadar olan bir idari para cezası ile, diğer durumlarda ise 1. fıkraya göre beş milyon Avro'ya kadar cezalandırılabilir. Kabahatlerle Mücadele Kanununun 30(2). bölümünün 3. cümlesi hükmü uygulanır.
- (3) Kabahat, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde işlenmesi dahi cezalandırılabilir.
- (4) Kabahatlerle Mücadele Kanunu'nun 36(1) bölümünün 1 numarası kapsamındaki idari makam Federal Adalet Divanı olacaktır. Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, Federal İçişleri Bakanlığı ve Federal Ekonomik İşler ve Enerji Bakanlığı ile mutabık olarak, kabahat davalarını başlatmak için düzenleyici makam tarafından takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin genel yönetim ilkelerini yayımlar ve para cezasını hesaplar.
- (5) İdari makam, kaldırılmamış veya bloke edilmemiş içeriğin Bölüm 1(3) dahilinde yasaya aykırı olduğu gerekçesine dayanarak bir karar yayınlamak isterse, ilk önce bunun yasalara aykırı olduğunu gösteren bir yargı kararı olacaktır. Konuyla ilgili yetkili mahkeme, idari para cezasına itiraz üzerine karar veren mahkeme olacaktır. Ön karar talebi, sosyal ağın ifadesi ile birlikte mahkemeye sunulacaktır. Başvuru, duruşmasız kararlaştırılabilir. Karara itiraz yolu kapalı olacak ve karar, idari makama bağlayıcı nitelikte olacaktır.

## Bölüm 5

### Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Hizmet Almaya Yetkili Kişiler

- (1) Sosyal ağ sağlayıcıları, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hizmet almaya yetkili bir kişiyi derhal ilan eder ve bu bilgiyi platformlarında kolaylıkla anlaşılabilir ve doğrudan erişilebilir bir tarzda dikkat çeker. Bu kişiye, yasadışı içeriğin dağıtılması nedeniyle 4. bölüm uyarınca veya Alman mahkemeleri önünde adli işlemler uygulanabilir. Aynı durum, bu işlemleri başlatan belgelerin sunulması için de geçerlidir.
- (2) Alman kolluk kuvvetleri tarafından verilen bilgi taleplerinin karşılanmasını sağlamak için, Almanya Federal Cumhuriyeti'ndeki bir kişi bu tür talepleri almak için yetkili kılınacaktır. Bu şekilde yetkilendirilen kişi; bu taleplere, alındığı andan itibaren 48 saat içinde ilk cümle uyarınca cevap vermekle yükümlüdür. Talep edilen bilgilerin kapsamlı bir şekilde iletilmemesi durumlarında, bunun nedenleri cevapta belirtilecektir.

## Bölüm 6

### Geçici Hükümler

- (1) Raporun 2. Bölüm uyarınca yayınlanan ilk sayısının, 2018 yılının ilk yarısı itibariyle hazırlanması gerekecektir.
- (2) Bölüm 3 uyarınca yapılacak işlemler, işbu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde başlatılır. Sosyal ağ sağlayıcısı, daha sonraki bir tarihe kadar Bölüm 1'in gerekliliklerini yerine getirmese, bu tarihten itibaren üç ay içerisinde Bölüm 3'e uygun prosedürler başlatılacaktır.

## Madde 2

### Telemedya Kanununda Değişiklik

21 Temmuz 2016 tarihli ve Federal Kanun Gazetesi I sayfa 1766 1. Maddesi ile son değişikliği yapılan 26 Şubat 2007 tarihli Telemedya Kanunu (Federal Kanun Resmi Gazetesi, s. 1766) aşağıdaki şekilde tadil edilir:

1. Aşağıdaki (3) ila (5). fıkralar, bölüm 14'e eklenecektir:
  - (3) Ayrıca, servis sağlayıcı, özel durumlarda, **Ağ Uygulama Kanunu** Bölüm 1 fıkra 3 kapsamında tanımlanan yasadışı içeriğin mutlak hakları ihlal etmesinden doğan hukuk davası taleplerinin icrası için gerekli olması kaydıyla, sahip olduğu abone verileri hakkında bilgi verebilir.
  - (4) Bilgiler, (3) numaralı fıkraya uygun olarak açıklanmadan önce, buna cevaz verildiği hakkında bir mahkeme kararı alınacaktır; bu karar zarar gören tarafça talep edilecektir. Böyle bir karar verme yetkisi, iddianın değerine bakılmaksızın, bölgesel mahkemeye aittir. Yer bakımından yetki, zarar gören tarafın ikametgahı, oturduğu yer veya şubesi olan bölgedeki mahkemeye aittir. Karar, sivil birimlerce verilir. Aile Koşulları ve Bildirimi Olmayan Yargılama Usulleri Bildirileri Hakkında Kanun hükümleri usule uygun olarak geçerlidir. Mahkeme kararı masrafları zarar gören tarafça karşılanacaktır. Bölge mahkemesi kararı hakkında derhal şikayet kanun yolu geçerlidir.
  - (5) Hizmet sağlayıcı, (4) numaralı fıkra uyarınca davalarda ilgili taraf olarak yer alacaktır. Kullanıcıya, işlemin başlatıldığını bildirebilir.

2. Bölüm 15, (5) numaralı fıkranın 4. cümlesi aşağıdaki gibi yazılacaktır:  
“Bölüm 14 (2) ila (5) numaralı fıkralar usule uygun olarak uygulanır.”

**Madde 3**

**Yürürlük**

Bu Kanun 1/10/2017 tarihinde yürürlüğe girer.