

ISSN: 2146-1376



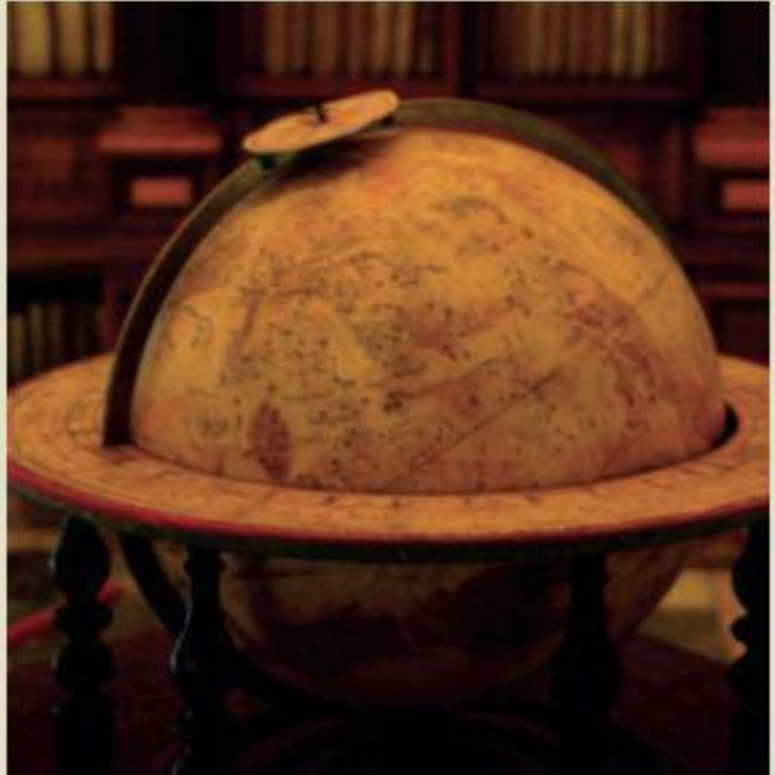
TEMMUZ 2012

SAYI:6

YIL:2

# KÜRESEL BAKIŞ

Çeviri Hukuk Dergisi



6

Üç Ayda Bir Yayınlanır



# KÜRESEL BAKIŞ

## ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

( Üç Ayda Bir Yayınlanan Çeviri Hukuk Dergisidir )



**YIL: 2, SAYI: 6, TEMMUZ 2012**

[www.humanlawjustice.gov.tr](http://www.humanlawjustice.gov.tr)

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

**ISSN: 2146-1376**

## **SAHİBİ**

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Hüseyin YILDIRIM  
Yargıtay Üyesi  
\*

## **GENEL EDITÖR**

Murat KÖSE  
Hâkim  
\*

## **EDITÖR**

Dr. İlyas ŞAHİN  
Hâkim

Burak Cenk İLHAN  
Hâkim  
\*

## **SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ**

Hakan ÖZTÜRK  
Hâkim  
\*

## **YAYIN KURULU**

Hüseyin YILDIRIM  
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Yargıtay Üyesi

Dr. Fikret ERKAN  
Danıştay Genel Sekreter Yardımcısı

Dr. Hasan Mutlu ALTUN  
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Ayşe Neşe GÜL  
TAA Eğitim Merkezi Müdürü

Mehmet GEDİK  
TAA Genel Sekreter V.  
\*

## **YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

Türkiye Adalet Akademisi  
Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095, Çankaya-Ankara  
Tel: 312. 489 81 80 Faks: 312. 489 81 01

**E-posta:** taa@taa.gov.tr  
general\_editor@yahoo.com  
kureselbakis@taa.gov.tr

**Web :** www.taa.gov.tr  
www.humanlawjustice.gov.tr  
\*

## **BASKI**

**Afşar Matbaacılık**  
İvogsan 21. Cadde 599. Sokak No:29 İvedik/ANKARA  
Tel: 0312 394 34 22 • Fax:0312 394 39 24

## 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 yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılırlar. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
- 3) Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, “makalesinin Türkçe’ye çevrilerek yayımlanmasına izin verdiğini” gösteren yazının yanı sıra, makale, çevrilmeden önceki haliyle şayet herhangi bir yerde (dergi, vs.) yayımlanmışsa, buralardan da söz konusu makalenin Türkçe’ye çevrilerek yayımlanabileceğini gösteren izin yazısının(e-posta yolu ile de alınmış olabilir.) Türkiye Adalet Akademisi Enformasyon Genel Koordinatörlüğüne ulaştırılması gerekmektedir.
- 4) Çevirilerin öncelikle [general\\_editor@yahoo.com](mailto:general_editor@yahoo.com) adresine veya [kureselbakis@taa.gov.tr](mailto:kureselbakis@taa.gov.tr) adresine gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
- 5) Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orijinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle PDF veya metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11,5 Times New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- 6) Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelenmek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.
- 7) Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, mobil telefon numarası, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
- 8) Yazarlara ve hakemlere “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.
- 9) Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

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

## DANIŞMA KURULU \*

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

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy  
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz  
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu  
Prof. Dr. Metin Günday  
Prof. Dr. Mithat Sancar  
Prof. Dr. Muhammet Özekes  
Prof. Dr. Mustafa Akkaya  
Prof. Dr. Mustafa Avcı  
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım  
Prof. Dr. Mustafa Koçak  
Prof. Dr. Nadir Arıcan  
Prof. Dr. Nevzat Koç  
Prof. Dr. Nuray Ekşi  
Prof. Dr. Osman Doğru  
Prof. Dr. Osman Pehlivan  
Prof. Dr. Ömer Ulukapı  
Prof. Dr. Salih CENGİZ  
Prof. Dr. Sami Selçuk  
Prof. Dr. Selçuk Öztekin  
Prof. Dr. Selma Çetiner  
Prof. Dr. Serap Yazıcı  
Prof. Dr. Sermet Koç  
Prof. Dr. Serpil Salaçin  
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi  
Prof. Dr. Şanal Görgün  
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı  
Prof. Dr. Şükrü Kızılot  
Prof. Dr. Tankut Centel  
Prof. Dr. Tayfun Akgüner  
Prof. Dr. Tevfik Odman  
Prof. Dr. Timur Demirbaş  
Prof. Dr. Turan Yıldırım  
Prof. Dr. Ümit Biçer  
Prof. Dr. Veli Özer Özbek  
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı  
Prof. Dr. Yavuz Atar  
Prof. Dr. Yener Ünver  
Prof. Dr. Yusuf Karakoç  
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

\* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER

Karşılaştırmalı Hukuk İsviçre Hukukunda Trust ve “Treuhand”.....	1-3
Trust ve İsviçre Hukuku.....	5-8
<b>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Eylem APAYDIN</b>	
Avrupa Birliği Adalet Divanının Hizmet Sunumu Serbestîsi Çerçevesinde Şans Oyunlarının Reklamının Değerlendirilmesine İlişkin HIT and HIT LARIX Kararı.....	9-18
<b>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. İlke GÖÇMEN</b>	
ABD Yüksek Mahkemesi’nin Hükümlü ve Tutukluların Hapishaneye Girişlerde Çıplak Olarak Aranabileceklerine İlişkin: “Florence /Board of Chosen Freeholders of The County of Burlington” Kararı .....	19-29
<b>Çeviren: Dr. İlyas ŞAHİN</b>	
Ayıp Bildiriminin İçeriğinin Doldurulması.....	31-43
<b>Çeviren: Dr. İpek YÜCER</b>	
Yetki Devrine Dayanarak Çıkarılan Tasarruf, Uygulama Tasarrufu ve Yeni Komitoloji Tüzüğü.....	45-72
<b>Çeviren: Nurullah TEKİN</b>	
Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın C-518/07 Sayılı Veri Koruma Kurumlarının Bağımsızlığına İlişkin Kararı.....	73-86
<b>Çeviren: Ulvi ALTINIŞIK</b>	
Belçika, Hollanda, İskoçya ve İspanya’da Kamu Yararına Çalışma (Karşılaştırmalı Değerlendirme).....	87-109
<b>Çeviren: Burhan ALICI</b>	
Avrupa Parlamentosunun İnsani Müdahale Kriterleri Hakkındaki Kararı.....	111-116
<b>Çeviren: Kenan DÜLGER</b>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire’nin İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu / Türkiye Kararı.....	117-131

*Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı :*



**KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İSVİÇRE HUKUKUNDA  
TRUST VE “TREUHAND”**  
Erich HUBER

*Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Eylem APAYDIN\**

İngilizce bir kelime olan “trust”, İsviçre dilinde yabancı bir kelime olarak, genellikle tercüme edilmeden orijinal dilindeki anlamından çok farklı bir anlamda kullanılır. İsviçre’de “trust” kelimesi yaklaşık olarak şu anlama gelmektedir: “Kendi bireysel öz ekonomik varlıklarından vazgeçmiş bağlı şirketleri olan ve bunların hâkim şirketle birleşerek merkez yönetiminin pazar üzerinde tekeli kontrolü olan bir birlik oluşturduğu tekelleştirilmiş iştir.”<sup>1</sup>

Ancak İsviçre’de Anglo-Amerikan anlamında “trust”tan bahsetmek istediğimizde, bu kelimeyi Almanca’ya Treuhand, Fransızca’ya fiducie,<sup>2</sup> İtalyanca’ya fiducia olarak tercüme ederiz.

1

Saf bir hukuk bakış açısı ile bakıldığında, bizim Treuhand ile Anglo-Amerikan hukukunun trustı arasında büyük farklılıklar vardır. İsviçre hukukunda güvenilen çok küçük bir öneme sahiptir.<sup>3</sup> Ancak yine de isteğe bağlı akdi şekilde olmakla birlikte, Treuhand burada ziyadesiyle yaygındır.

“Trustee (güvenilen)” kelimesi ile biz “kurucunun talimatları doğrultusunda, kurucunun yararına kullanması amacı ile belli hakların inançla devredildiği”<sup>4</sup> bir kişiyi anlarız.

Treuhand’dan bahsederken Treugeber (İngilizce’de settlor, Fransızca’da fiduciant, İtalyanca’da fiduciante (Türkçe’de kurucu ç.n.), Treuhänder (İngilizce’de trustee, Fransızca’da fiduciaire, İtalyanca’da fiduciario

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Yardımcı Doçenti. eyapaydin@yahoo.com Makalenin aslı (1952) International and Comparative Law Quarterly Vol.1 No.1 s.64-66’da yayımlanmıştır. British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press tarafından yayımlanmıştır, izinle tercüme edilmiştir. Makalenin Türkçeye çeviri hakları Dr. Eylem Apaydın’a aittir.

<sup>1</sup> Grener in the *Schweiz Juristische Kartothek*, Finanzgesellschaften, IV, p.2

<sup>2</sup> Cf. Piccard, Steiner, Thilo, *Dictionnaire juridique*, “fiduciaire” başlığı altında vb., s.246 vd.

<sup>3</sup> Rivoire’nin *Dictionnaire du Code Civil Suisse* adlı eserinde “fiducie” ve ondan türeyen kelimelere hiçbir şekilde yer verilmemiştir.

<sup>4</sup> Geratle, *Das reine Treuhandgeschäft im schweiz, Recht*, s.11



(Türkçe’de inanılan / güvenilen ç.n.) ve Begünstigter (İngilizce’de beneficiary, Fransızca’da beneficiarie, İtalyanca’da beneficiario (Türkçe’de yararlanan ç.n.) ayrımını yaparız.

İsviçre hukukuna göre, şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelikte ve bu yüzden devredilemez olmamak şartıyla, bütün mallar ve haklar birisine inançla temlik edilebilir. Bu işlem ile eğer şeyle ilgili ise güvenilen *tam mülkiyeti* kazanır ve eğer haklar devredilmişse (örneğin talep hakkı) güvenilen *tam hak sahibi* (alacaklı) olur. Güvenilen ile kurucu arasındaki hukuki ilişki eşya hukukunun değil, borçlar hukukunun kapsamı içindedir. Ancak kurucunun güvenilene yöneltilebilecek, onun kendisine inançlı temlikle devredilmiş şeyleri kurucunun yararına ve kurucunun talimatlarına uygun olarak yönetmesine ilişkin bir talep hakkı vardır. Eğer güvenilen bu talimatlara aykırı hareket eder ve örneğin inanılan şeyi iyiniyetli bir üçüncü kişiye devrederse, kurucunun bu üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecek bir hakkı yoktur. Kurucu yalnızca uğradığı zararın tazmini için güvenilene başvurabilir. Daha da ötesi, eğer güvenilen iflasını ilan ederse, inanılan şeyler müflisin malvarlığı içinde yer alır; kurucunun şeyin ayrılmasına ilişkin bir hakkı yoktur. Kurucunun talep ettiği tazminat için de sıradan bir alacaklı konumundadır. Kurucunun talimatlarına uymayan güvenilen emniyeti suiistimalden suçlu olur.<sup>5</sup>

2

Bu yüzden güvenilene seçerken dikkatli davranılmalıdır. Kural olarak, kurucu, bir güvenilen şirketi güvenilen olarak atamalıdır. “Treuhandgesellschaft” adı İsviçre’de korunmamaktadır; bu sebeple, herhangi bir şirket seçilmemelidir. Ancak gayet iyi bir şekilde yönetilen bu tür birçok şirket de vardır.

İsviçre Federal Mahkemesi Treuhand’ı şöyle tanımlar:

“İnançlı işlemin niteliği şunda belirlemektedir, sözleşen taraflardan biri (kurucu), bir diğeri için (güvenilen) onu üçüncü kişilere karşı, bir hakkın sınırsız sahibi kıldığı bir hukuki durum yaratmaktadır; buna karşılık o da kurucuyla yaptığı sözleşme gereği, devredilen hakkı hiç kullanmamayı veya kısmen kullanmamayı veya kabul edilen bazı durumlarda tekrar devretmeyi borçlanır...”<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Madde 159 İsviçre Ceza Kanunu

<sup>6</sup> BGE, 71, II, s.100 = Praxis, XXXIV, s.302.

İsviçre hukukuna göre mülkiyetin (taşınır veya taşınmaz) devrinde, hakkı devredebilmek için sebep (causa) adı verilen bir temel işlem<sup>7</sup> gereklidir. Bu temel işlem, genellikle bir sözleşmedir. Trust sözleşmesi de bu basit hükmün (İBK madde 894 vd.) koşullarına uygundur ve bir sebebi oluşturur. Taşınmazlar için, devredilen (güvenilen) tapu kütüğüne tescil yaptırmak zorundadır; sadece bu tescil üzerine mülkiyet hakkını kazanabilir.<sup>8</sup> Güvenilenin hukuken malik olabilmesi için taşınırın güvenilenin zilyetliğine geçmesi zorunludur.<sup>9</sup>

Bir alacak hakkı temlik edildiğinde, İsviçre hukuku bir sebebin varlığını gerekli kılmamaktadır; bu, onun sebepten soyut geçerliliği ile mümkün olmaktadır.<sup>10</sup> Ancak temlik anlaşması yazılı olarak yapılmalı ve borçlu bunun sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir.

Daha da ötesi, İsviçre hukuku, Anglo-Amerikan trust hukukunun sağladığı amaçların aynılarını veya benzerlerini sağlayabilecek özel kurumlar tanımaktadır. Bunlar, aile vakfı ve anonim ortaklık (holding şirketi) gibi belli bazı ortaklıklardır.

Aile vakfı bir malvarlığının, bir ailenin belli çıkarlarını korumak için özgülenmesiyle ortaya çıkar. Tek bir yönetici (Vasi de denebilir) gerektirir ve herhangi yere tescilinin yapılması zorunlu değildir.

Anonim ortaklıkların kuruluşu (ve diğer ortaklıklar) İsviçre’de, herhangi bir idari lisansa gerek olmadığı için nispeten çok kolaydır.

---

<sup>7</sup> Madde 657 ve 974, İMK, taşınmazlar için. Taşınır için kanunda bu yönde bir hüküm yoktur ancak Federal Mahkeme kararları bu yöndedir, cf, Brodbeck, Daepfen, Welti *Bundesgerichtspraxis zum Zivilgesetzbuch II*, Madde 714 notları.

<sup>8</sup> Madde 656 İsviçre Medeni Kanunu

<sup>9</sup> Madde 714 İsviçre Medeni Kanunu

<sup>10</sup> Madde 165 İsviçre Borçlar Kanunu



## TRUST VE İSVİÇRE HUKUKU

Hermine Herta MEYER

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Eylem APAYDIN\*

Erich Huber'in (1952) *International and Comparative Law Quarterly* Vol.1 No.1 s.64-66'da yayınlanan " İsviçre Hukukunda Trust ve 'Treuhand' " başlıklı makalesi, İsviçre hukukunun Anglo-Amerikan hukuku trust'ıyla kıyas edilebilir birtakım hukuki kurumlar öngördüğü yönünde bir izlenim bıraktığı için bazı açıklamalar gerektirmektedir. Hatta yazar şunu ifade edecek kadar ileri gitmektedir (66. sayfada): "Daha da ötesi, İsviçre hukuku, Anglo-Amerikan trust hukukunun sağladığı amaçların aynılarını veya benzerlerini sağlayabilecek özel kurumlar tanımaktadır. Bunlar, aile vakfı ve anonim ortaklık (holding şirketi) gibi belli bazı ortaklıklardır."

Aslında, Amerikan trustının genel amacı için İsviçre hukukundaki aile vakfını kullanmak yönünde teşebbüsler olmuştur. ABD'de belli bir zaman yaşamış olan bir aile başkanı, aile üyeleri ve mümkünse onların altsoyları için aile servetinin korunması amacına yönelik bir aile vakfı kurmuştur. İsviçre'nin en yüksek mahkemesi, Federal Mahkeme, aile vakfı kurumunun "bir 'trust'ın genel amacına" yönelik olarak kullanılmayacağını belirtmiş ve böyle bir amaç için kurulmuş ve yönetilmiş bir aile vakfının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir (29 Haziran 1945 tarihli Karar, *Re G. v. Wehrsteuer-Rekurskommission des Kantons Luzern*, BGE 71 I 265, 269).

Bir aile vakfının hangi amaçlarla kurulabileceği İsviçre Medeni Kanunu madde 335'te belirlenmiştir: "Eğitim masraflarının karşılanması, düğün çeyizi veya aile üyelerine mali destekte bulunmak ve benzeri amaçlar" ile aile vakfı kurulması mümkündür. Mahkemeler hükmü dar yorumlamış ve sayılan amaç tanımlamalarının münhasır olduğuna karar vermiştir (Bakınız, örneğin, BGE 78 II 87 (1947)).

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Yardımcı Doçenti. eyapaydin@yahoo.com Makalenin aslı (1952) *International and Comparative Law Quarterly* Vol.1 No.1 s.378-381'de yayımlanmıştır. British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press tarafından yayımlanmıştır, izinle tercüme edilmiştir. Makalenin Türkçeye çeviri hakları Dr. Eylem Apaydin'a aittir.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bir trustın genel olarak kurulabileceği iki sebebi anarsak, belli bir malın korunması ve/veya adları belli birtakım yararlananlar için bir geliri güvence altına almak amacı, hukuka aykırı bulunmuştur zira “Unterhaltsstiftung”na (Maintenance Foundation)<sup>1</sup> izin verilmemektir [bakınız BGE 71 I 265, 269 (1945); BGE 78 II 86 (1947).]

Genel olarak, İsviçre hukukunun bir malın mülkiyetinin devredilebilirliğinin askıya alınmasına karşı olduğu ve İngiliz ve Amerikan hukuklarının kabul ettiği gelecekteki menfaatler kavramını tanımadığı söylenebilir. Aile vakfı özelinde, Federal Mahkeme Maintenance Foundation hakkındaki kararını, kanunlaşma sürecinde açıklanan açık maksada (Amtliches Stenographisches Bulletin der schweiz. Bundesversammlung (İsviçre Federal Meclisi Resmi Stenografik Bülteni) 1905, s.856, 858, 1234) ve Medeni Kanunun iki maddesine dayandırmıştır:

6

1. Aile vakıflarının kurulmasına izin veren maddenin 2. fıkrasında yer alan, bir malvarlığının başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesine dair yasak (m.335).

2. Mirasbırakanın, yasal veya atanmış mirasçısını, mirası, art mirasçı olarak belirlediği bir kişiye devretmekle yükümlü kılabilmesine izin veren ancak böyle bir yükümün bu art mirasçıya yüklenmesini yasaklayan Medeni Kanunun 488. Maddesi hükmü.

Aile vakfı, eğer geçerli ise, ancak Anglo-Amerikan hukukundaki ortaklıkla kıyaslanabilecek bir tüzel kişidir. Usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş temsilcileri aracılığı ile hareket eden vakıf, malvarlığı değerlerinin sahibidir. Yararlananların malvarlığı değerleri üzerinde herhangi bir hakları yoktur ancak sadece vakıf senedi hükümlerinin ihlali halinde, vakıf adına hareket eden yetkili kişileri dava edecek bir hakkı olabilir. (BGE 50 II 422, 423 (1924) ; Egger Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, 2.baskı, Madde 335, N.15, 16) Ancak bu hak, bir alacak hakkıdır ve hiçbir şekilde Anglo-Amerikan trustında yararlananın sahip olduğu hak ile kıyaslanamaz. Sebep çok basittir: İsviçre hukukunun yasal ve yararlanmaya dayalı mülkiyet ayrımını tanımaması. Bu ilke salt, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde, hakların kamuya açık ve bilinebilir olmasının zorunluluğuna dair hâkim temel kuralın mantıki bir sonucudur.

<sup>1</sup> Unterhaltsstiftung (Maintenance Foundation) bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesidir. (ç.n.)

İsviçre bu kurala gayet tutarlı bir şekilde bağlı kalmaktadır. Taşınmaz mülkiyetine ilişkin herhangi bir hakkın aynı hak olarak değer kazanabilmesi için hakkın tapu kütüğüne tescil edilmesi zorunludur (Medeni Kanun madde 971) ve tapu kütüğüne güvenerek iyiniyetle hak kazanan kişi tamamen korunacaktır (Medeni Kanun madde 973). Taşınır mülkiyeti alanında, zilyetlik tapu sicilinin yerini alır. Mülkiyet hakkının devri için kanun, zilyetliğin devrini aramaktadır (Medeni Kanun madde 714/1) ve taşınırlarda mümkün olan tek diğer aynı hak olan rehin hakkının tesisi için de zilyetliğin devri gereklidir (Medeni Kanun madde 884); tek istisna, özel olarak izin verilmiş kuruluşlardan alınacak kredileri güvence altına almak için kurulan, özel bir sicile tescil edilmesi gereken rehin hakkı söz konusu olduğunda, rehin verilecek hayvanlar için yapılmıştır (Medeni Kanun madde 885). Gayet tutarlı olarak, Medeni Kanun madde 980, bir taşınırın zilyedinin onun maliki olarak addolunacağını ifade eder. Bu karinenin tabii ki aksi ispatlanabilir, ancak bir taşınırı zilyedinden satın alan veya rehin olarak alan kişi, zilyedin malik olmadığını bilmedikçe veya bilmesi gerekmedikçe, daha önceki hiçbir hakla sınırlandırılmış olmaksızın mülkiyet hakkını veya rehin hakkını kazanır (Medeni Kanun madde 933 ve 714). Eşyanın kaybedilmiş veya çalınmış olması durumunda, iyiniyetle satın alan kişi, aralıksız beş yıllık iyiniyetli zilyetlik süresinin sonunda korunur (Medeni Kanun madde 934).

İfade edilen bu ilkelerin, trust mülküne zilyet olan kişinin “çıplak” yasal mülkiyet hakkına sahip olduğu, öte yandan, yararlanmaya dayalı mülkiyet hakkının, görünürde bu mülkle bağlantısı olmayan diğer kişilere ait olduğu, Anglo-Amerikan trust kurumu ile bağdaşmaz olduğu çok açıktır. İsviçre’deki bir “Treuhaender” asla İngiltere’deki veya Amerika’daki “trustee (güvenilen ç.n.)” ile aynı durumda olamaz. O, ya daha çoktur ya da daha az. “Treuhaender” adı, “trustee” adının Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yaptığının aksine, kendi konumunun belirteçlerini göstermez. Bu sebeple “Treuhaender” asla “trustee (güvenilen)” olarak tercüme edilmemelidir; yerine, işlevlerine dair bir açıklamaya gereksinim duyan eşit muğlaklıkta bir belirleme olarak “fiduciary (inanılan)” kelimesi ile tercüme edilmelidir.<sup>2</sup> “Treuhaender”in

---

<sup>2</sup> Salt kelime anlamları itibariyle trustee kelimesi ve fiduciary kelimesi Türkçe’ye eş anlamlı kelimeler olarak tercüme edilebilir. Ancak bu çalışmada, inanılan kavramı Türk hukukundaki inançlı işlem kurumunda yer alan taraflardan birini anlatmak amacı ile kullanılmıştır. Güvenilen ise henüz Türk hukukunda tam bir karşılığı olmayan “trustee” terimine karşılık

konumu her bir durumda inanan ile yaptığı anlaşmaya dayanır. “Treuhaender”, hiçbir şekilde mülkiyet hakkı devri olmaksızın, sadece temsilci sıfatı ile hareket eden bir yönetici gibi davranabilir veya tarafların niyeti tam mülkiyet hakkını onun üzerine geçirmek olabilir.<sup>3</sup> Böyle bir durumda, güvenilen “çıplak” mülkiyeti değil, tüm dünyaya karşı, yasal ve yararlanmaya dayalı tam maliktir. Ondan mülkiyet hakkını kazanan herhangi bir kişi, onun inançlı işleminden kaynaklanan yetkisini bilse bile, gerçek malikinden hakkı edinen kimse gibi sınırsız tam malik olur. Mülkiyet İngiltere’de ve ABD’de olduğu gibi “trust ile sınırlanmış” değildir. İnanılanın önceki malike (Fiduziant) olan borçları tamamen akdidir. İsviçre hukuku inanılana bırakılan mallar üzerinde kurucunun veya yararlananın herhangi bir ayni hakkı olmasına imkân vermez ve hiçbir ayni hak bu sözleşme ile yaratılamaz. Weiser, *Trust on the Continent* adlı kitabında, bu duruma mani olan ilkenin, tüm Kara Avrupası kodifikasyonlarında kabul edilen “*numerus clausus*” adı verilen ilke olduğunu işaret eder (sayfa 7’de). İsviçre’de mülkiyet hakkı, irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin hakkından öte herhangi bir “ayni” hak yoktur. Kısaca, İsviçre’de “trust” yoktur.

---

kullanılmaktadır. Aslında bu tercihler, makale yazarı tarafından anlatılmak istenen duruma uygundur. (ç.n.)

<sup>3</sup> Bay Huber’e göre (s.64) güvenilen (Treuhaender), kendisine inanılan şeyleri ele geçirmesi ile birlikte tam mülkiyeti kazanır. Bay Huber’in gerçekten bunu kastetmediğine eminim. Salt zilyetlik olsun olmasın veya zilyetlik artı mülkiyet geçirilecek olsun, tarafların niyetlerine bağlı olarak mülkiyet hakkının geçişini sağlayabilmek için İsviçre hukukundaki gerekli şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. İsviçre hukukunda az sayıda şekil şartı vardır ancak bunlar kesin surette yerine getirilmelidir. Kısmi ifanın şekil şartlarına aykırılığı ortadan kaldıracığına ilişkin doktrin, İsviçre’de tanınmamaktadır.

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ HİZMET SUNUMU  
SERBESTİSİ ÇERÇEVESİNDE ŞANS OYUNLARININ  
REKLAMININ DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN  
HIT and HIT LARIX KARARI**  
(Dava C-176/11 HIT and HIT LARIX, Karar Tarihi: 12 Temmuz 2012.)

*Çeviren: Yrd.Doç.Dr. İlke GÖÇMEN\**

**DİVAN KARARI (Dördüncü Daire)\*\***

**12 Temmuz 2012\*\*\***

[Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (“ABİHA”) madde (“md”) 56 – Hizmet sunma serbestisine yönelik kısıtlama – Şans oyunları – Bir başka üye devlette kumarçılar için sağlanan hukuki koruma düzeyi, ulusal düzeydeki ile eşdeğer değilse; o devlette yerleşik kumarhanelerin reklam yapmasını yasaklayan bir üye devletin mevzuatı – Haklı gösterme – Kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler – Orantılılık]

C-176/11 sayılı Davada,

ABİHA md. 267 uyarınca (Avusturya) *Verwaltungsgerichtshof* tarafından 28 Mart 2011 tarihli karar ile yapılan ve Divan tarafından 14 Nisan 2011 tarihinde alınan ön karar başvurusu,

**HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica,**

**HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd**

ile

**Bundesminister für Finanzen,**

arasındaki uyuşmazlık ile ilgilidir.

DİVAN (Dördüncü Daire),

Başkan J.-C. Bonichot ve Hâkimler A. Prechal, L. Bay Larsen, C. Toader (Raportör) ve E. Jarašiūnas ile oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü: J. Mazák,

---

\* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, igocmen@ankara.edu.tr

\*\* <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0176:EN:HTML>>

\*\*\* Davadaki Dil: Almanca



Kâtip: Yönetici K. Malacek,

Yazılı usul ve 9 Şubat 2012 tarihindeki duruşmayı göz önüne alarak,

– Avukat R. Vouk tarafından *HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica* ve *HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd*,

– Vekil sıfatıyla C. Pesendorfer ve J. Bauer tarafından Avusturya Hükümeti,

– Vekil sıfatıyla L. Van den Broeck ve M. Jacobs ile avukat sıfatıyla P. Vlaemminck tarafından Belçika Hükümeti,

– Vekil sıfatıyla E.-M. Mamouna tarafından Yunan Hükümeti,

– Vekil sıfatıyla S. Centeno Huerta tarafından İspanyol Hükümeti,

– Vekil sıfatıyla L. Inez Fernandes, A. Barros, A. Silva Coelho and P.I. Valente tarafından Portekiz Hükümeti,

– Vekil sıfatıyla G. Braun and I. Rogalski tarafından Avrupa Komisyonu

10 namına sunulan görüşleri değerlendirdikten sonra,

17 Nisan 2012 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsünün Görüşünü dinledikten sonra,

Aşağıdaki kararı vermektedir:

### **Karar**

1. Bu ön karar başvurusu, ABİHA md. 56'nın yorumuna ilişkindir.

2. Bu başvuru, *HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica* ve *HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd* (toplu olarak, “HIT ve HIT LARIX”) ve *Bundesminister für Finanzen* (Federal Maliye Bakanlığı; “Bakanlık”) arasında geçen ve HIT ve HIT LARIX'in Slovenya'da işlettikleri kumarhaneler adına Avusturya'da reklam yapmak için yaptıkları izin başvurusunun Bakanlık tarafından reddine ilişkin dava esnasında yapılmıştır.

### **Hukuki çerçeve**

*Ulusal mevzuat*

3. 28 Kasım 1989 tarihli Kumar hakkında Federal Kanun'un (*Glücksspielgesetz*) (BGBl. I, 620/1989 – BGBl. I, 54/2010 ile yayımla-

nan son haliyle; “GSpG”) “Kumarhaneler ve Lisans” başlıklı 21. paragrafi, Avusturya’da kumarhane işletmek için verilecek lisansa yönelik koşulları ortaya koymaktadır. Bu paragraf uyarınca, özellikle, lisans alan, denetim kurulu olan ve Avusturya’da yerleşik bir sermaye şirketi olmalı; lisans alan, en az 22 milyon Euro hisse sermayesine sahip olmalı ve –duruma göre– lisans alanın, kumarcılarının korunması ve kara paranın aklanmasının önlenmesi hakkındaki GSpG hükümleri ile uyumlu olarak, en iyi biçimde lisansı kullanacağını farz etmek haklı çıkarılabilir (/savunulabilir) olmalıdır.

4. GSpG’nin “Kumarhane Müşterileri” başlıklı 25. paragrafi, esasen, kumara bağımlılığın ilerlemesi ve hesapsızca para harcamanın teşviki gibi, kumar ile bağlantılı risklere karşı kumarcıları korumak için tasarlanan bir dizi önlemi (özellikle, kumarhanelere girişin yalnızca ergin kişilerle sınırlanması, kumarhane yönetimine bağımlı gibi görünen kumarcılar hakkında kişilerin ödeme gücü ile ilgili bilgi sunan bağımsız bir kuruluştan bilgi isteme yükümlülüğü getirilmesi, –uygun görülürse– bir kumarcının kumara katılmasının onun geçimi için gerekli belirli asgari gelirini tehlikeye sokup sokmadığını belirlemek için onunla görüşme yapılması, girişe yönelik geçici veya kalıcı bir yasak getirilmesi) içermektedir.

5. Yine, 25. paragrafta göre kumarhane müşterileri, zarara uğradıkları andan itibaren üç yıl içinde, kumarcıları korumaları için üstlendikleri yükümlülükleri ihlal eden kumarhane yönetimine karşı doğrudan hukuk davası açabilecektir. Kumarhane yönetiminin kumar sözleşmesinin geçerliliğinden ya da kumar sebebiyle oluşan zararlardan dolayı sorumluluğu, münhasıran bu paragrafta tâbidir ve gelir için gerekli olan spesifik belirli gelir ile sınırlıdır.

6. GSpG’nin “İzin Verilebilir Reklam” başlıklı 56. paragrafi uyarınca:

“(1) İşbu Federal Kanun uyarınca lisans alanlar ve izin sahipleri, reklamlarla ilgili etkinliklerinde sorumlu bir tutum takınır. Bu sorumlu tutum gerekliliğine uyum, münhasıran, Federal Maliye Bakanlığının denetimi aracılığıyla sağlanır ve Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun’un 1. paragrafi ve devamı uyarınca açılan davaların infazından etkilenmez. Bu alt paragrafın birinci cümlesi, Medeni Kanun’un 1311. paragrafi yönünden koruyucu hukuk (/kural) oluşturmaz.

(2) Avrupa Birliği üyesi devletler ya da Avrupa Ekonomik Alanı devletlerindeki kumarhaneler, Avrupa Birliği ya da Avrupa Ekonomik Alanı

üyeyi devletlerde ve Avusturya dışında yerleşik işletmelerine ziyaretler ile ilgili olarak, 1. alt paragrafta öngörülen ilkelere uygun olarak ve eğer kumarhane işletmecisi [Bakanlık]'tan bu yönde bir izin almış ise, Avusturya'da reklam yapabilir. Böyle bir izin, kumarhane işletmecisi [Bakanlık]'a şunları kanıtlarsa verilir:

1. Kumarhane işletmek için verilen lisans, 21. paragraftaki gereksinimlere uymaktadır ve kumarhane, onu veren devlette –ki bu devlet, Avrupa Birliği ya da Avrupa Ekonomik Alanı üyesi bir devlettir– o lisansa uygun olarak işletilmektedir.

2. O üye devletçe kumarcılarının korunması için çıkarılan düzenlemeler, en azından Avusturya'daki düzenlemelere denk düşmektedir.

Eğer reklamla ilgili önlemler, 1. alt paragrafın gereksinimlerini karşılamıyor ise; [Bakanlık], Avusturya dışında yerleşik kumarhanenin işletmecisinin reklam yapmasını yasaklayabilir.”

### **Esas davadaki uyumsuzluk ve ön karar için gönderilen soru**

12

7. HIT ve HIT LARIX, Slovenya'da yerleşik iki halka açık şirkettir. Bu şirketler, Slovenya'da belirli şans oyunlarını işletmek için lisansa sahiptir ve o devlette yerleşik birkaç tesis üzerinden bu hizmetleri bilfiil sunmaktadır.

8. HIT ve HIT LARIX, GSpG'nin 56. paragrafı temelinde, Slovenya'da yerleşik kumar tesisleri –özellikle kumarhaneleri– için Avusturya'da reklam yapmak adına izin başvurusu yapmıştır. Bakanlık, 14 Temmuz 2009 tarihli iki kararı ile bu başvuruları reddetmiştir; zira HIT ve HIT LARIX, şans oyunlarına ilişkin Sloven düzenlemelerinin (“Sloven düzenlemeleri”) Avusturya'da sunulan düzeye denk düşecek bir düzeyde kumarcılarının korunmasını sağladığını kanıtlayamamaktadır; oysaki bu koşulda uygunluk, GSpG'nin 56(2)(2). paragrafı uyarınca başvuru izni verilebilmesi için gereklidir.

9. HIT ve HIT LARIX, izni reddeden bu kararlara karşı dava açarak, esasen, bu kararların kendilerinin Avrupa Birliği hukuku uyarınca faydalandığı serbestçe hizmet sunma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

10. Başvurucu mahkeme önündeki açıklamalarda, Bakanlığa göre, HIT ve HIT LARIX, Sloven düzenlemelerinin kumarhane yönetimine kumarcılarını uyarma ve yasaklama hukuki yükümlülüğünü vazettiğini ya da Avusturya hukukuna göre mevcut bulunan gözetim (/izleme) sistemi ile

karşılaştırılabilir bir sistem olduğunu gösterememiştir. Dahası, ne Sloven düzenlemelerinin kumar salonlarında ergin olmayanların korunmasına ilişkin detaylı kurallar içerdiği ne de kumarhane müşterilerinin lisans alan kendi yükümlülüklerini ihlal ettiğinde Sloven adli mahkemeleri önünde doğrudan bir dava açabileceği kanıtlanabilmiştir.

**11.** Bakanlığa göre Avusturya Cumhuriyeti'nin ülkesindeki tüketicileri koruma yükümlülüğü, bu tüketiciler Avusturya'da yürürlükte olanlara nazaran açıkça daha az koruma standardı uygulayan diğer üye devletlerde yerleşik kumarhaneleri ziyaret etmek için reklam yoluyla teşvik edildiğinde ortadan kaybolmamaktadır (/azalmamaktadır); çünkü hem bu reklam hem de o tesislerin bu tür reklamlar ile cezbedilen Avusturya mukimlerinde bilfiil ziyaret edilmesi, hem birey hem de toplum açısından ahlaken ve mali olarak zararlı sonuçlar doğurabilir ve böylelikle Avusturya'da mukim kişilerin ve ailelerin yanı sıra kamu sağlığını da ciddi biçimde tehlikeye atabilir. Dahası, benzer koruyucu tedbirlerin var olup olmadığının denetimi ihtiyacı, Avrupa Birliği hukukunun öngördüğü tutarlılık gereksiniminden kaynaklanmaktadır.

**12.** Başvurucu mahkeme, Adalet Divanının yerleşik içtihat hukukuna gönderme yaparak, bu içtihat hukuku ışığında, GSpG'nin 56(2). paragrafının ilke olarak ABİHA md. 56 yönünden hizmet sunum serbestisine yönelik bir kısıtlama oluşturduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, böyle bir kısıtlama, orantılı olmak kaydıyla, kamu yararına ilişkin ağır basan sebep ile haklı gösterilebilecektir.

**13.** Başvurucu mahkemeye göre, Divanın içtihat hukuku uyarınca, hizmet sunum serbestisine yönelik bir kısıtlamayı haklı gösterebilecek kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler, ilgili hizmet alıcılarının –daha genel olarak tüketicilerin– korunmasının yanı sıra toplumsal düzenin korunması amacını güden kumar ve bahis oyunları alanındaki ulusal mevzuat hedeflerini de içermektedir. Yine, başvuru mahkemeye göre, şans oyunları alanında Avrupa seviyesinde uyumlaştırma düzenlemelerinin yokluğunda, her bir üye devlet, sağlamaya uğraştığı kumarıcıların korunması düzeyini kendisi belirleyecektir.

**14.** Başvurucu mahkeme, bu olay yönünden, Divanın içtihat hukukunun bu hususta üye devletlere tanıdığı serbestlik derecesini göz önüne alarak, ihtilafli ulusal düzenlemelerin gerekçesinin hizmet sunumu serbestisine yönelik kısıtlamayı haklı gösterebileceğini bertaraf etmemektedir.

**15.** Bu koşullar altında, *Verwaltungsgerichtshof* (İdari Mahkeme), davayı durdurarak, Divana ön karar için şu soruyu göndermeye karar vermiştir:

“Ülke dışında yerleşik kumarhanelerin yerelde reklam yapmasına ancak yabancı ülkedeki kumarcılarının korunmasına ilişkin mevzuatın yerel hükümlerle eşdeğer olması halinde izin veren bir üye devlet düzenlemesi, hizmet sunumu serbestisi ile uyumlu mudur?”

### **Ön karar için gönderilen soru**

*Hizmet sunumu serbestisine yönelik kısıtlamanın varlığı*

**16.** ABİHA md. 56, hizmet sunumu serbestisine yönelik tüm kısıtlamaların kaldırılmasını gerektirir. Hatta bu kısıtlamalar, ulusal hizmet sunucular ile diğer üye devletlerdeki hizmet sunuculara ayırım yapılmaksızın uygulanıyor olsa bile, bir başka üye devlette benzer hizmetleri hukuka uygun olarak sunan ve orada yerleşik bir hizmet sunucusunun etkinliklerini yasaklamaya, zorlaştırmaya veya daha az avantajlı hale getirmeye elverişli olanları da içerir. Dahası, hizmet sunumu serbestisi, hem hizmet sunucuları hem de hizmet alıcılarının yararınadır (diğerlerinin yanında, bakınız, Birleşik Davalar C-403/08 ve C-429/08 *Football Association Premier League and Others* [2011] ECR I-0000, paragraf 85 ve alıntılanan içtihat hukuku).

**17.** Daha spesifik olarak, şans oyunlarına dönük reklam alanında, Divan kararlarına göre, bir başka üye devlette hukuka uygun olarak düzenlenen kumarın bir (diğer) üye devlette reklamının yasaklanması etkisine sahip ulusal düzenleme, hizmet sunumu serbestisine yönelik bir kısıtlama oluşturur. (Bu etki için bakınız, Birleşik Davalar C-447/08 ve C-448/08 *Sjöberg and Gerdin* [2010] ECR I-6921, paragraflar 33 ve 34).

**18.** Aynı şekilde, esas davadaki ihtilaflı olan gibi bir ulusal düzenleme, hizmet sunumu serbestisine yönelik bir kısıtlama oluşturur; çünkü bu düzenleme, Avusturya mukimi tüketicilerin diğer üye devletlerde yerleşik kumarhanelerce sunulan hizmetlere erişimini, bu etkinliklerin Avusturya’da reklamının yapılmasını bir izin prosedürüne tâbi kılarak, zorlaştırır. Nitekim bu izin prosedürüne göre, özellikle, ilgili kumarhanenin işletmecisi, o kumarhanenin işlediği üye devlette çıkarılan kumarcılarının korunmasına yönelik düzenlemelerin alakalı Avusturya düzenlemelerine en azından denk düştüğünü kanıtlamalıdır (“ihtilaflı koşul”).

**19.** Sonuç olarak, esas davadaki ihtilafli olan gibi bir ulusal düzenleme, ABİHA md. 56 ile korunan hizmet sunumu serbestisine yönelik bir kısıtlama oluşturur.

*Hizmet sunumu serbestisine yönelik kısıtlamanın haklı gösterilmesi*

**20.** Esas davadaki ihtilafli kısıtlamanın ne ölçüde –ABİHA md. 62 aracılığıyla uygulama alanı bulan– ABİHA md. 51 ve 52’nin öngördüğü açık bir istisna olarak kabul edilebileceğinin veya Divanın içtihat hukuku uyarınca kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı görülebileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

**21.** Divanın içtihat hukukuna göre açıktır ki; kumar etkinliklerine yönelik kısıtlamalar, tüketicinin korunması ve hem yolsuzluğun (/hilekârlığın) hem de kumara hesapsızca para harcamanın teşvikinin önlenmesi gibi kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler ile haklı gösterilebilir (Bu etki için bakınız, Dava C-46/08 *Carmen Media Group* [2010] ECR I-8149, paragraf 55 ve alıntılanan içtihat hukuku).

**22.** Bununla birlikte, üye devletlerce getirilen kısıtlamalar, orantılılıkları ile ilgili olarak Divanın içtihat hukukunca belirlenen koşulları sağlamalıdır; yani, bu kısıtlamalar, güdülen hedefe erişimin sağlanması için uygun olmalı ve bu hedefe erişmek için gerekli olanın ötesine geçmemelidir. Bu açıdan, bir ulusal düzenleme, yalnızca tutarlı ve sistematik bir biçimde dayanan hedefe erişmeye yönelik endişeyi gerçekten yansıtıyorsa, o hedefe erişimin sağlanması için uygun sayılır. Her durumda, kısıtlamalar, ayrımcı olmaksızın uygulanmalıdır (Bu etki için bakınız, Dava C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International* [2009] ECR I-7633, paragraflar 59 ila 61 ve alıntılanan içtihat hukuku).

**23.** Mevcut dava yönünden, ihtilafli ulusal düzenlemenin ve özellikle ihtilafli koşulun –bu kararın 21. paragrafından anlaşıldığı üzere– hizmet sunumu serbestisine yönelik kısıtlamayı haklı gösterecek kamu yararına ilişkin ağır basan sebep oluşturabilecek, şans oyunları ile bağlantılı risklere karşı tüketicilerin korunması hedefini güttüğü tartışmalı değerdir.

**24.** Bu bağlamda, Divan, şans oyunları ile ilgili düzenlemelerin üye devletler arasında kayda değer ahlaki, dini ve kültürel farklılıklar içeren alanlardan bir tanesi olduğuna defalarca hükmetmiştir. Bu alandaki uyumlaştırmanın yokluğunda, her bir üye devlet, kendi değerler ölçüsüne uygun olarak, bu alanlar yönünden alakalı çıkarları korumak için ne gerektiğini

kendisi belirleyecektir (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International*, paragraf 57 ve alıntılanan içtihat hukuku).

**25.** Dolayısıyla, bir üye devletin bir başka üye devletçe benimsenen koruma sisteminden farklı bir sistemi tercih etmesi, kendiliğinden, bu amaca dönük olarak çıkarılan hükümlerin orantılılığının değerlendirmesini etkileyemez. Bu hükümler, yalnızca ilgili üye devletin yetkili makamlarının güttüğü hedefler ve sağlamaya çalıştıkları koruma düzeyi nazara alınarak değerlendirilmelidir (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International*, paragraf 58 ve alıntılanan içtihat hukuku).

**26.** Burada, Avusturya Hükümetine göre esas davadaki hizmet sunumu serbestisine yönelik ihtilaflı kısıtlama, güdülen hedeflere ilişkin olarak orantısız değerdir. Hükümete göre kumarhane sayısı, Avusturya içinde en fazla 15 olarak sınırlanmıştır ve kumarhane işletmecileri, söz gelimi kumarcuların kimlik detaylarını en az beş yıl muhafaza etme yükümlülüğü veya bir kumarcının kumara katılımının sıklığı ve yoğunluğunun geçimi için gerekli asgari gelirini tehlikeye sokup sokmadığını belirlemek için onun davranışını gözleme yükümlülüğü gibi kumarcuların korunmasına yönelik sıkı kurallara riayet etmekle yükümlü tutulmuştur.

**27.** Avusturya Hükümetine göre, uygulamada, bu önleyici kuralların uygulanması, 2011 yılında 80.000'den fazla kişinin Avusturya kumarhanelerine girişinin kısıtlanmasının veya yasaklanmasının gösterdiği üzere, kumarıcı sayısında ciddi bir düşüş ile sonuçlanmıştır. Bundan ötürü, ihtilaflı koşulun yokluğu hâlinde, kumarcular, sınırı geçmeye ve kimi durumlar yönünden benzer düzenleyici güvencelerin bulunmadığı diğer üye devletlerde yerleşik kumarhanelerde daha fazla riske girmeye teşvik edilebilir.

**28.** Bu yönden, ihtilaflı koşula göre açıktır ki; ülke dışında yerleşik kumarhanelerin Avusturya'da reklam yapması izni verilmesi için, ilk olarak, ilgili farklı hukuk sistemlerinde var olan kumarcuların korunması düzeyi karşılaştırılmalıdır.

**29.** Bu tür bir izin prosedürü, eğer bir başka üye devlette yerleşik kumar tesisleri için reklam yapılmasına izin verilmesini şans oyunları ile bağlantılı risklere karşı mukimleri koruma meşru amacına ilişkin başka üye devletin düzenlemesinin ulusal düzenleme ile öz itibarıyla eşdeğer güvenceler sunması koşuluna tâbi tutmakla sınırlanmışsa, ilke olarak, orantılılık koşulunu sağlamaya elverişlidir.

**30.** Böyle bir koşul, Divanca kamu yararına ilişkin ağır basan bir sebep olarak tanınan şans oyunlarında içkin risklere karşı halkın korunması hedefi göz önünde tutulursa, işletmeciler açısından aşırı bir yük oluşturuyor gözükmemektedir.

**31.** Üye devletler, şans oyunları ile ilgili politika hedeflerini belirlemede ve amaçlanan koruma düzeyini detaylarıyla tanımlamakta serbest olduğundan (Bakınız *Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International*, paragraf 59 ve alıntılanan içtihat hukuku), esas davadaki ihtilafli olan gibi bir ulusal düzenleme; reklam yapma izninin verilebilmesi için salt diğer üye devletteki ilgili düzenlemenin kumarın risklerine karşı sağladığı korumanın kendisinin koruduğu düzey ile öz itibariyle eşdeğer bir düzeyde olduğunun ortaya konmasını gerektirmesi kaydıyla; gerekli olanın ötesine geçmemektedir.

**32.** Bununla birlikte, bir düzenleme, diğer üye devletlerdeki kuralların aynı olmasını gerektirseydi veya kumarın risklerine karşı koruma ile doğrudan ilgili olmayan kurallar getirseydi; durum değişirdi ve o düzenleme orantısız olarak addedilirdi.

**33.** Ulusal mahkemeler ile Adalet Divanı arasında açıkça işlev ayrılığına dayanan bir hüküm olan ABİHA md. 267'deki prosedür uyarınca, vaka değerlendirmek, ulusal mahkemelere düşmektedir (Bakınız Birleşik Davalar C-316/07, C-358/07 ila C-360/07, C-409/07 ve C-410/07 *Stoß and Others* [2010] ECR I-8069, paragraf 46 ve alıntılanan içtihat hukuku).

**34.** Dolayısıyla, başvuru mahkeme, ihtilafli koşulun bir başka üye devlette yerleşik kumar tesisleri için reklam yapılmasına izin verilmesini şans oyunları ile bağlantılı risklere karşı bireyleri koruma meşru amacına ilişkin başka üye devletin düzenlemesinin ulusal düzenleme ile öz itibariyle eşdeğer güvenceler sunması koşuluna tâbi tutmakla sınırlandırmadığı konusunda bir karar verecektir.

**35.** Başvuru mahkeme, özellikle, GSpG'nin 56(2)(1). paragrafının – 21. paragrafa bütünüyle yaptığı gönderme ile birlikte– tüketicinin korunmasının ötesine geçen koşullar getirip getirmediğini değerlendirebilecektir.

**36.** Buraya kadar belirtilenler ışığında, gönderilen soruya verilecek yanıtta göre, ABİHA md. 56, ancak bir başka üye devletteki kumarcuların korunmasına ilişkin hükümlerin ev sahibi üye devletteki alakalı hükümlere özü itibariyle eşdeğer olan güvenceler sunması hâlinde bir başka üye



devlette yerleşik kumarhanelerin ev sahibi üye devlette reklam yapmasına izin veren ev sahibi üye devlet düzenlemesinin önüne geçmez şeklinde yorumlanmalıdır.

### **Masraflar**

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

Bu sebepler ışığında Divan (Dördüncü Daire) şu şekilde karar vermektedir:

**ABİHA md. 56, ancak bir başka üye devletteki kumarcılarının korunmasına ilişkin hükümlerin ev sahibi üye devletteki alakalı hükümlere özü itibariyle eşdeğer olan güvenceler sunması hâlinde bir başka üye devlette yerleşik kumarhanelerin ev sahibi üye devlette reklam yapmasına izin veren ev sahibi üye devlet düzenlemesinin önüne geçmez şeklinde yorumlanmalıdır.**

[imzalar]

**ABD YÜKSEK MAHKEMESİNİN  
HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARIN HAPİSHANEYE GİRİŞLERDE  
ÇIPLAK OLARAK ARANABİLECEKLERİNE İLİŞKİN:  
"FLORENCE / BOARD OF CHOSEN FREEHOLDERS OF THE  
COUNTY OF BURLINGTON" KARARI\***

*Çeviren: Dr. İlyas ŞAHİN\*\**

## **I. GİRİŞ**

Güvenlik amacıyla özgürlüklerin daraltılmasına yönelik adımlar her zaman eleştirilirdi konusu olmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesinin 2 Nisan 2012 tarihinde verdiği Florence / Board of Chosen Freeholders of the County of Burlington kararı hapisanelerin ve nezarethanelerdeki aramalar ve izleme kuralları açısından verilmiş önemli bir karardır. ABD Hukukunda mahkemelerin özgürlükler konusuna yaklaşımı ve bunların sınırlanmasındaki ölçülere bakışına ışık tutması açısından kararın Türkçeye kazandırılmasında yarar bulunduğu düşüncesiyle çeviri yapılmıştır.

19

**Kararda konu edilen ve tartışılan husus, tutuklu kişilerin ilk kez hapisane veya nezarethaneye gittiklerinde onların hapisane görevlileri tarafından tamamen çıplak olarak aranmaları ve bunun ABD Anayasasına aykırı olup olmadığıdır.<sup>1</sup>**

Kararın özet olarak ifade ettiği hususlar şunlardır: Hapisane veya tutukevine giren alınan kişilerin hangi nedenle gelmiş oldukları veya ağır ya da hafif suçlu olup olmamaları aramanın uygulanma kriteri açısından önem arz etmemektedir. Arama yapmak için aramayı haklı kılacak bir makul şüphe de aranmamaktadır. ABD Hukukunda bu tür hallerde aramalar ya şüphe üzerine ya da hiçbir gerekçe olmadan rutin olarak yapılmaktadır. Bu ayrıma göre buradaki arama ise bir nevi rutin arama olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir şekilde basit bir trafik suçundan da tutuklu olsa yine aynı muameleye tabi tutulacağı için bu durum sivil haklar savunucularını harekete geçirmiştir. Yapılan bu işlem hapisanenin güvenliğini sağlamak için yapılan bir güvenlik taramasından öte genel bir

\* Kararın tam metni için: <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-945.pdf>

\*\* Türkiye Adalet Akademisi hâkimi

<sup>1</sup> Konuyla ilgili haber metinleri için bkz. [http://newsandinsight.thomsonreuters.com/Legal/News/2012/04\\_April/Supreme\\_Court\\_upholds\\_jail\\_strip-searches/](http://newsandinsight.thomsonreuters.com/Legal/News/2012/04_April/Supreme_Court_upholds_jail_strip-searches/)

uygulama halinde yerine getirildiği için kişi hakları açısından endişeleri artırmaktadır.<sup>2</sup>

Cevabı aranan husus, eyaletlerin yasama organları bu şekilde geniş yetkileri olabilecek bir düzenlemeyi yapmalarının ya da hapishane yönetimlerinin bu tarz bir uygulama yürütmelerinin anayasaya göre uygun olup olmadığıdır. Bunun cevabını bu kararda bulmak mümkün olacaktır. Olay New Jersey eyaletinde geçtiği için Sivil Haklar Kuruluşları Birliği bunun hem New Jersey eyaleti kanunlarına hem de ABD Anayasasının Ek 4. Maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek yargı yoluna başvurmuştur.

## II. KARARDAN ÖNCEKİ SÜREÇ

### A. Olayın Özeti

1998 yılında bu davaya konu olan olaydan yaklaşık 7 yıl önce davacı Albert Florence, New Jersey'de polis tarafından bir takip sonrası yakalanmış ve adaleti engelleme ve silah kullanmadan dolayı hakkında dava açılmıştı. Yargılama sırasında pazarlığı kabul ettiği için aylık taksitler halinde para cezasına mahkûm oldu. Ancak bu taksitlerden birini zamanında ödemediği için 2003 yılında hakkında yakalama kararı çıktı. Bundan bir hafta sonra kalan bakiye parayı yatırdı. Ancak yine de açıklanamayan nedenlerle bu karar eyalet çapında tutulan bilgisayar kayıtlarında kalmıştı.

Bundan iki yıl sonra New Jersey sınırlarında davacı ve eşi birlikte otomobilinde iken eyalet devriye polisi tarafından durduruldu. Eyalet bilgisayar kayıtlarındaki yakalama kararına dayanarak polis, davacıyı gözaltına alıp Burlington County Tutukevine götürdü.

Burlington County Tutukevine girişte uygulanması gereken prosedüre göre her tutuklu kişi içeri girerken, görevlilerin tüm bedeninde yara izi, çizik veya üzerinde yasak bir madde bulunup bulunmadığını görmesini temin edebilmesi için elbiselerinden arındırılacaktır. Burada uygulanan prosedür bir yakalama ya da hapsedilme durumunda uygulanması gereken usul değil hapishane ya da tutukevine girişlerde uygulanan ve bu türlü bütün kurumlarda geçerli olan bir prosedürdür.

Davacının iddiasına göre bu arama sırasında çıplak iken kendisinden ağzını açması, dilini kaldırması, kollarını yana açması ve arkasını dönmesi istenmiş ve cinsel organlarını kaldırıp altına bakılmıştır.

<sup>2</sup> <http://www.theroot.com/views/ruling-strips-away-dignity-and-privacy-rights>

Bundan 6 gün sonra ise Essex County Hapishanesine nakledildi. Burası eyaletin en büyük hapishanesi olup her yıl 25.000 kişinin kaldığı ve bazı zamanlar aynı anda 1.000 tane silahlı çete üyesinin bulunabildiği bir yerdi. Hapishaneye vardıklarında oraya yeni gelen tüm mahkûm ya da tutuklularla birlikte önce metal detektörden geçirildikten sonra daha ileri aramaya tabi tutulmak için hep birlikte bir hücrede bekletildiler. Sonra bu hücreden alınıp elbiselerinden arındırıldıktan sonra bir görevli bedenlerinde bir işaret, yara bere ya da üzerlerinde kaçak madde olup olmadığını tespit için bakmıştır. Görevliler bedenine dokunmaksızın kulaklarına, burun deliklerine, saçlarına, saç derisine, ellerine, kollarına, koltuk altlarına, tırnak aralarına ve diğer görülebilir beden boşluklarına bakmıştır.

Bu uygulama hapishaneye alınan kişilerin yakalanma şekline, hangi nedenle alındığına, onların davranışlarına, suç konusundaki geçmişlerine bakılmaksızın bundan bağımsız olarak yerine getirilmektedir. Davacı burada ayrıca cinsel organlarının altına bakmak için yukarı kaldırılmasını istediklerini, arkasını dönmesini, çömelmiş olarak öksürmesini istediklerini iddia etmiştir. Ayrıca bir taraftan da elbiseleri aranmış ve daha sonra içeriye alınmıştır.

Bundan bir gün sonra ise hakkındaki suçlama kaldırılmış olması sebebiyle serbest bırakılmıştır. Sonuç olarak, davada aramaya tabi tutulan ve davacı olan kişi, trafik cezası ödemeyi aksattığı gerekçesiyle gözüaltına alınıp tutukevine konulmuş ama gerçekte de bunun hatalı olarak yakalandığı ortaya çıkmıştır.<sup>3</sup>

Kişi, bu hapishane idaresini ve uygulamayı yapan belli görevlileri dava etmiştir. İlk dava New Jersey Federal Bölge Mahkemesinde görülmüştür. Davada, kuruma girişte yapılan aramalarda suçların ağır ya da hafif olmasına göre bir ayırım yapılmamasına, her suç için rutin arama yapılmasına itiraz edilmiş ve basit suçlar da dahil edilerek yapılan böyle bir rutin aramanın yapılamayacağı, bunun Anayasanın Ek 4. ve Ek 14. maddelerinin ihlalini oluşturduğu gerekçesiyle ABD Federal Kanunlarına (42 U.S.C § 1983) göre tazminat talep edilmiştir. Davacının iddiasına göre görevlilerin böyle bir aramayı yapabilmeleri için içeri alınan kişinin üzerinde silah, uyuşturucu veya başka bir kaçak madde bulunduğu dair şüphelenmeyi gerektiren nedenlerinin olması gerekirdi.

---

<sup>3</sup> Inimai **CHETTIAR**, "Supreme Court Says Jails Can Strip Search You-Even for Traffic Violations", <http://www.aclu.org/blog/criminal-law-reform/supreme-court-says-jails-can-strip-search-you-even-traffic-violations>

## **B. İlk Derece Mahkemesinin Kararı**

Hukuka aykırı arama iddiasına dayanarak yapılan yargılama sonunda ilk derece mahkemesi olan federal bölge mahkemesi, ağır olmayan suçlardan dolayı makul bir şüphe olmadan çıplak arama yapmayı öngören bir kuralın Anayasanın Ek 4. maddesinin ihlalini oluşturduğuna karar verdi.

## **C. Federal Bölge Temyiz Mahkemesinin Kararı**

Federal 3. Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur. Temyiz Mahkemesince, hem Burlington County hem de Essex County hapishanesinde küçük adi suçlardan dolayı alınan bir grup insana görevlilerin yasak bir madde bulundurdıklarına dair şüphelenmeyi gerektiren bir haklı gerekçe olmadan bu tür bir çıplak arama yapıldığı vakası tespit edilmiştir. Bu tespit ile birlikte, gerekçe olarak güvenlik ihtiyaçları ve zorunlulukları ile kişinin mahremiyet ve gizlilik hakkı arasında karşılıklı bir analiz yapılması gerektiğini ve bir makul dengenin olması gerektiği belirtilerek ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur.

## **22 III. YÜKSEK MAHKEMENİN KARARI**

### **A.Yargıç Kennedy Tarafından Kaleme Alınan Mahkeme Görüşü**

Hapishanelerde güvenliği sağlamakla sorumlu olan görevlilerin, içeriye gelenlerin yanlarında veya bedenlerinde ne getirdiklerinden emin olmak ve yasaklanmış madde getirmelerini önlemek bakımından arama yapmakta meşru olarak nitelenmesi gereken yararları ve aynı zamanda sorumlulukları vardır. Eğer bu konuda yeterli önlem alınmaz ise hem görevliler hem de içerde kalanlar tehlikeye atılmış olabilir. Bu dava bu alanda kuralların neler olduğunu ve yakalanan kişilerin hapishaneye alınması sırasındaki arama kurallarının neler olduğunu ve anayasanın arama konusunda hangi ilkeleri emrettiğini ortaya koymaktadır.

Burada kullanılan "jail" tabiri, hapishane ve her türlü tutukevi kurumlarını içerir biçimde geniş anlamda ele alınmıştır. Detaylarda hangi tedbirlerin alınacağı tanımlanabilir. Ancak asıl tartışma konusu olan husus bir tutukevine giren her kişinin elbiselerinden arınmış olarak yakından görek ince bir aramaya tabi tutulup tutulmayacağıdır.

Mahkemeler bu tür anayasal tartışmaların söz konusu olduğu durumlarda bir ölçü esas almalıdır. hapishane görevlilerinin uygulamaları gereken ilkeleri her durumda mutlak uygulanacak ilkeler olarak görmemek gerekir. İlkelerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda görevlilere takdir

hakkı tanımak gerekir. Çoğu zaman bu konuda gerekli yargıyı oradaki görevlilere bırakmaları gerekir. Hapishane güvenliği problemlerini karşı-  
lama açısından zorunluluk varsa ya da kayıtlar ve deliller ilkelerin uygu-  
lanmasını haklı gösterecek yeterlilikte değilse takdiri görevlilere bırak-  
mak gerekir. Bu davada da sözünü ettiğimiz bu tarz ilkelerin uygulanma-  
sını gerektiren bir durum söz konusu değildir.

Çıplak aramanın tam olarak ne olduğu ve neleri kapsadığı da muğlak bir  
durumdur. Bu bazen kişinin elbiselerinden arındırılıp belli bir mesafeden  
(5 feet gibi) bakılmasını; bazen insanı rahatsız edecek şekilde elbiselerini  
çıkartıp daha yakından bazı kontrolleri içerebilir; mesela, elleri ile saçları-  
nı karıştırmasını, ellerini kaldırıp koltuk altlarını göstermesini, kulakla-  
rının arkasını açmasını, genital bölgelerini veya kalçalarını iki yana ayırıp  
iç kısımlarını göstermelerini ya da çömelerek öksürmesini de içerebilir.  
Ancak belirtmek gerekir ki, somut davada kişi elbiselerinden arındırıl-  
makla birlikte sözü edilen son hususların uygulandığı ya da bedenine  
dokunulduğu iddiası bulunmamaktadır.

Bir hapishanede güvenlik ve yönetimle alakalı karşılaşılan zorlukların  
olabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Adalet Bakanlığının kayıtlarına  
göre hapishanelere bir yılda 13 milyondan fazla kişi alınmaktadır.[Dept.  
of Justice, Bureau of Justice Statistics, T. Minton, Jail Inmates at Midyear  
2010—Statistical Tables 2 (2011)]. Çok büyük hapishanelerde bir günde  
kabul edilen kişi sayısı yüzlercedir. Bu tür kalabalık girişlerin olduğu  
yerlerde güvenlik ve düzeni sağlamak için oradaki görevlilerin karşılaştıkları  
problemlerin üstesinden gelebilmeleri uzmanlık gerektiren bir hu-  
sustur.

Mahkememizin Bell / Wolfish kararındaki<sup>4</sup> görüş, hapishanelerde karşıla-  
şılan sorunlar ile Ek 4. Madde ilkelerinin karşılıklı yüzleşmesinin başlan-

<sup>4</sup> Bell / Wolfish, 441 U. S. 520, (1979) kararında Yüksek Mahkeme, görevlilerin, hükümlünün  
vücut boşluklarında arama yapmasının Ek 4. Maddeden kaynaklanan haklar bağlamında makul  
olmayan bir arama sayılmadığına karar vermiştir. Mahkeme gerekçe olarak "Bir cezaevinde gü-  
venliğin ve iç disiplinin sağlanması, kişilerin bireysel özgürlüklerine göre daha önceliklidir. Da-  
hili asayişin sağlanmasına yönelik kuralların sıkı bir şekilde uygulanmasını gerekli kılan bu du-  
rum sebebiyle hem hükümlüler bakımından hem de yargılama öncesi aşamadaki tutuklular ba-  
kımından anayasal haklardan bazı kısıtlamalar sözkonusu olabileceği" kabul edilmiştir. Bunun  
"bir yandan görevlilerin ve içerde bulunan hükümlülerin güvenliğini sağlama, bir yandan da  
yetkisiz girişleri ve kaçmayı önleme bakımından gerekli olduğu" ifade edilmiştir. Ayrıca bu tür  
önlemler "sadece işlenmiş bir suçun delillerinin tespiti yönünden değil, işlenmeden önce suçun  
önlenmesi bakımından gerekli" görülmektedir. Burada "kurum açısından gerçekten hayati  
önemi olan kişiyi takip etmedeki güvenlik yararları ile kişinin gizlilik yararları karşılıklı denge  
analizine tabi tutulduğunda bu tür aramaların makul aramalar sayılacağı" sonucuna varılmış-

giç noktası olmuştur. Bu davada, FBP<sup>5</sup> yönetimindeki bir infaz kurumun-  
da kalmakta olan yargılama öncesi tutuklularla ilgili kurallara işaret eden  
bir karar verilmiştir. Kararda dışardan bir ziyaretçi ile görüşen her bir  
tutuklunun bu görüşme sonrasında beden boşluklarını görsel olarak ince-  
lemeye imkân verecek şekilde çıplak beden aramasına onay verilmiştir.

Benzer bir durum New York Metropolitan Hapishanesindeki tutuklular  
tarafından tartışma konusu edilmiştir. İleri sürülen itirazlara göre, görev-  
liler ziyarete gelen misafirleri zaten arama yaparak içeri almakta ve ayrı-  
ca içerde görüşme sırasında da sürekli izleme altında olduklarına göre bu  
şekilde bir çıplak aramanın haklılığı olmadığı ileri sürülmüştür. Mahke-  
me bu argümanlara rağmen uygulamayı yine de onaylamıştır. Burada  
amaç sadece kaçak olarak getirilen şeyin bulunması değil, bu şekildeki  
bir aramanın içeri kaçak ve yasaklanmış silah, uyuşturucu gibi maddele-  
rin girişini önleyici bir etki oluşturmasını sağlamaktır.

Kişi haklarının ihlaline sonuç veren bu müdahalelerin verdiği rahatsızlık  
ile bu tür rahatsız edici müdahaleleri ortaya çıkaran zaruretlar birbiri ile  
karşılıklı dengelenmelidir. Mahkememizin Bell / Wolfish kararından  
itibaren hapishane ve tutukevlerindeki yasaklanmış maddelerin girişini  
önlemeye yönelik aramalara ilişkin ilke ve uygulamaları ihtiva eden da-  
valar genellikle onaylanmaktadır. Örneğin, Block / Rutherford<sup>6</sup> davasın-  
da, Los Angeles County Tutukevinin onların karşılaştıkları tehlikeler  
nedeniyle tutuklu ile ziyaretçinin bedensel temas edebildiği ziyaretleri  
tamamen yasaklayabileceğine karar verilmiştir. Gerekçe olarak da, ziya-  
retçilerin yanlarında silah, bıçak, uyuşturucu ve benzeri yasaklanmış  
maddeleri çeşitli yollarla getirebildikleri için buna izin vermekle bu tür  
kaçak maddelerin kuruma girmesine fırsat verilmiş olacağını kabul etmiş-  
tir. Sürekli teyakkuzda olan nöbetçiler varken bile bunları çok kolaylıkla  
bu yakın temas sırasında tutukluya intikal ettirebilme tehlikesi bulunmak-  
tadır. [566 U. S. (2012)]

tır. Bu kararda, cezaevinde tutuklu olarak bulunan kişilerin bir ziyaretçi ile veya dışardan bir  
kimse ile irtibatı olması halinde o kişinin elbiselerinden arındırılıp aramaya tabi tutulabileceği  
gibi ayrıca vücut boşluklarında da arama yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak karara muhalif ka-  
lan bazı yargıçlara göre yargılama öncesi aşamada kişi henüz bir suçla bile suçlanmadığı için bu  
tür uygulamalar anayasaya aykırıdır. Karşıoy kullanan yargıçlar özellikle beden boşluklarında  
arama yapılmasını eleştirmektedir. Çünkü buldukları koşullar itibariyle üzerlerinde hapishane  
idaresi tarafından verilen tek bir parça elbise olduğu ve görüşmeler sırasında da sürekli  
izleme altında oldukları için bedenlerinde bir şey saklamaları çok zordur.

Karar için bkz. <http://caselaw.lp.findlaw.com>

<sup>5</sup> Federal Bureau of Prisons

<sup>6</sup> Block v. Rutherford, 468 U. S. 576 (1984)

Belirli bazı hükümlü-tutuklular açısından bakıldığında, bunlarla ilgili uygulamada istisnaları belirlemeye çalışmak yerine genel bir yasaklamayı dayatma bakımından birçok haklı kılacak nedenler vardır. [587 U. S.\_ (2012)]

Hudson / Palmer<sup>7</sup> kararında da, hapishane görevlilerinin mahkûmların hücrelerinde ve kilitli dolaplarında yasaklanmış bir maddeyi sakladıklarına dair şüphelenmeyi gerektiren bir neden olmasa bile rastgele arama yapıp yapamayacakları sorusu üzerinde durulmuştur. Hükümlüler arama protokolündeki kuralların boşluklarına adapte olup bir şekilde keşfettikleri yollarla kurumun güvenliğini tehlikeye atabilecekleri ihtimalinin varlığı her zaman kabul edilmelidir. Mahkeme sonuç olarak, ilan edilmiş genel bir politikaya dayanarak buna uygun şekilde yapılan aramaların veya belirli bir şahsa şüphe odaklandığı zaman onunla alakalı hapishanede arama yürütmenin kural ve ilkelerini bertaraf edecek bir uygulamanın da anayasal olduğunu onaylamıştır.

Hapishane görevlilerinin, kurumlarına kaçak madde sokulmasını önlemek için ve getirilen maddeleri bulmak için makul arama politikaları tasarlayabilmesine bu davalar izin vermekte ve bunda bir zorunluluk olduğunu ortaya koymaktadır. Mesela Bell / Wolfish davasına baktığımızda kararda şöyle denilmiştir: "İnfaz kurumunun güvenliğini sağlamak ve içerdeki düzen ve disiplini sağlamak asıl ve en önemli hedeftir. Bu da hem hükümlüler açısından hem de tutuklular açısından bazı sınırlamaları ve bazı anayasal haklardan kısıtlamalara gidebilmeyi gerektirir".[441 U.S., at 546]

İnfaz kurumlarının güvenlik bakımından meşru menfaatleri gereği olarak uygulanmakta olan arama ilkelerinin makul olup olmadığını belirleme görevi, özellikle tecrübeli infaz görevlilerinin inisiyatifindedir. Bell kararında Mahkeme şu uyarıyı yeniden ifade etmiştir: "Görevlilerin bu konularda sorumluluklarını yerine getirmede aşırıya gitmiş ve yetkilerini abartmış olup olmadığını belirleme konusunda kayıtlar yeterli değilse, mahkemeler genellikle bu konularda kendi uzman görüşlerine bırakmaları gerekir"[Bell, 441 U.S.,at 548]

---

<sup>7</sup> Hudson / Palmer, 468 U. S. 517 (1984)



Hapishane görevlileri çeşitli şekillerde çıplak beden aramasını hapishane güvenliğini artırmak amacıyla gerçekleştirmektedir. bu uygulama sadece belli bir yerde değil birçok eyalette ifa edilmektedir<sup>8</sup>.

Kabahat türünden küçük suçlar için tutuklanmış olan kişiler için de bu kapsamda bir arama söz konusu olabilir. Bu konuda **Atwater / Lago Vista** davası<sup>9</sup> örnek teşkil etmektedir. Atwater kararında Anayasada küçük suçlardan şüpheli olarak tutukevine alınanların aranmasında bir kısıtlama öngördüğüne dair bir hususa işaret edilmediği belirtilmiştir.

Kimlerin özgürlüğünden mahrum kalabileceği ve tutukevine konulabileceği sorusuna işaret edilmekte olan bu davada, bir kadın sürücü ve çocukları da araçta iken hiçbirinde emniyet kemeri olmadığı halde polis tarafından fark edilmiş ve gözaltına alınmıştır. Kadın itiraz olarak, tutukevine atmayı gerektiren bir suç olmayan hallerde Ek 4. Maddenin bir karar olmaksızın böyle bir tutmayı yasakladığını ileri sürmüştür. Mahkeme ise görevlilerin bu yakalama yetkisi hakkında verdiği kararda, görevlilerin bir şüpheliyi yakalama yetkisinin birçok davada kişinin cebinden çıkan belli miktardaki uyuşturucunun bulunmasına, kişinin tekrar bir suç işleyip işlemeyeceği, birini yakalamak için gerekli olan zorlayıcı nedenlerin varlığı gibi sebeplere göre belirlenmektedir. Ek 4. Maddenin belirli vakalarda gözaltına almaya yönelik yakalamayı yasakladığı gibi bir kabulü reddeden Mahkemeye göre, kural olarak daha önceden oturmuş ilkelere dayanarak görevlilerin kişinin suç işlediğine ilişkin inandırıcı makul gerekçeler olduğu takdirde yakalayabileceği ilkesini tekrar etmiştir.

Bazı federal temyiz mahkemeleri bu durumdaki suçlardan yakalananlar için görevlilerin çıplak aramaya yetkileri olmadığına karar vermişlerdir. Bu kararlara göre, bir kaçak madde sakladığına ilişkin makul şüphe yoksa bu tür bir arama yapılamaz. Hatta eliyle hiç dokunmadan bakmak şeklinde de olsa bu tür bir aramaya izin verilmemektedir. Ancak son on yıldaki federal temyiz mahkemelerinin kararlarına bakıldığında, bu konuya te-

<sup>8</sup> Rhode Island, Oklahoma, Idaho eyaletleri bunlar arasındadır. Bkz. [Roberts / Rhode Island, 239 F. 3d 107, 108-109 (CA1 2001)]; [Chapman / Nichols, 989 F. 2d 393, 394 (CA10 1993)]; [Giles / Ackerman, 746 F. 2d 614, 615 (CA9 1984)]; [Bull / City and Cty. of San Francisco, 595 F. 3d 964 (CA9 2010)]; [Powell / Barrett, 541 F. 3d 1298 (CA11 2008) (en banc) (Fulton Cty., Ga.)]; [Masters / Crouch, 872 F. 2d 1248, 1251 (CA6 1989) (Jefferson Cty., Ky.)]; [Weber / Dell, 804 F. 2d 796, 797-798 (CA2 1986) (Monroe Cty., N. Y.)]; [Stewart / Lubbock Cty., 767 F. 2d 153, 154 (CA5 1985) (Lubbock Cty., Tex.)].

<sup>9</sup> Atwater / Lago Vista, 532 U. S. 318 (2001)

mas eden kararlarında bunun tersi sonuçlara da ulaşılmıştır.[Bame / Dillard, 637 F. 3d 380 (CADC 2011)]<sup>10</sup>

Tutukevi ve hapishanede çalışan görevlilerin içeriye girişte yaşanan prosedürün bir parçası olarak yapılan esaslı aramada çok önemli hayati yararlar vardır. Tutuklu ve hükümlülerin kurumlara kabulünde görevlilerin kendisi açısından ve içerde bulunanlar açısından çok kritik sayısız tehlikeler vardır. Bu konuda görevlilerin uygulamalarını haklı çıkaracak bir çok örnek olay ve bunlara dayanak teşkil eden belge ve raporlar bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını örnekler vermek gerekirse; bulaşıcı hastalık ve bit vakaları kayıtlara geçenler arasındadır. Bkz.[Deger & Quick, The Enduring Menace of MRSA: Incidence, Treatment, and Prevention in a County Jail, 15 J. Correctional Health Care 174, 174–175, 177–178 (2009)]; [Bick, Infection Control in Jails and Prisons, 45 Healthcare Epidemiology 1047, 1049 (2007)].

FBP<sup>11</sup> Yönetimi, görevlileri yeni alınan hükümlü ve tutukluların taramasında hassas olmakta uyarılmaktadır. [Clinical Practice Guidelines, Management of Methicillin-Resistant Staphylococcus aureus (MRSA) Infections 2 (2011)]; [Clinical Practice Guidelines, Lice and Scabies Protocol 1 (2011)].

Benzerlik oluşturan bir durum da tıbbi tedavi zorunluluğudur: Tutukluların üzerinde elbiselerinden soyularak bakılması sonucunu doğuran tıbbi tedaviyi gerektiren çeşitli yaralar olabilir. Bu şekilde bir tedavide üzerlerindeki elbiseleri çıkarmadan problemin ne olduğunu teşhis ve nasıl bir tedavi gerektiğini belirlemek zor olabilir. Bunun için çıplak olarak beden muayenesi gerekir [Prison and Jail Administration: Practice and Theory 142 (P. Carlson & G. Garrett eds., 2d ed. 2008) (hereinafter Carlson & Garrett)].

Hapishaneler ve tutukevleri, içeriye alınan silahlı çete üyelerinin sayısındaki artış sebebiyle çok ciddi tehdit ile karşı karşıya kalmaktadırlar. [Brief for Policemen's Benevolent Association, Local 249, et al. as Amici Curiae 14 (hereinafter PBA Brief); New Jersey Comm'n of

---

<sup>10</sup> 1.2.5.6.ve 10 Federal Temyiz Mahkemeleri bu tür durumlarda küçük suçlardan dolayı hapishane veya tutukevine alınan kişilerin çıplak beden aramasına tabi tutulması için onun üzerinde kaçak bir madde veya silah bulundurduğuna dair makul şüphe bulunmasını zorunlu saymaktadır. Ancak 9. ve 11. Federal Temyiz Mahkemeleri ise bu zorunluluğu aramamaktadır. bkz. <http://www.faegrebd.com/18135>

<sup>11</sup> Federal Bureau of Prisons

Investigation, Gangland Behind Bars: How and Why Organized Criminal Street Gangs Thrive in New Jersey's Prisons . . . And What Can Be Done About It 10–11 (2009)]. "Çeteler arasındaki rekabet giderek aradaki tansiyonu, şiddeti ve cebir ve zorlamayı artırmaktadır" [Carl-son & Garrett 462.] Gruplar zorla ve çeşitli yollarla görevlilere karşı saldırgan olan yeni elemanlar kazanmakta ve bu durum diğer hükümlü ve tutuklulara da kendilerini korumak için bir anlamda silahlanma gerekçesi olmaktadır. Aradaki çarpışmalar çok acımasız ve ölümlü sonuçlanan nitelikte olabilmekte ve dolayısıyla görevliler çok incitici ve kişilere zarar verici önleyici yöntemlerin uygulanmasına emir vermek zorunda kalabilmektedirler. [PBA Brief 17].

Bütün bu sayılan endişeler, içeriye almada bir süreç ve prosedür olarak daha detaylı inceleme ve silahlı çete üyelerinin işaretlerinin ve belli dövme-lerin bulunup bulunmadığını saptayabilmek adına kişileri birbirinden ayırt etmek için görsel bakışla denetleyip içeri almak için çok haklı makul gerekçeler sağlamaktadır. İçeriye kabul edilmeden önce çete üyelerinin kimler olduğunu tespit ve bunları diğerlerinden tecrit kurumdaki herkesin güvenliği ve korunması adına uygulanan hususlardır. [Cf. Fraise v. Terhune, 283 F. 3d 506, 509–510 (CA3 2002) (Alito, J.)]

İlk içeri alınan kişilerin aranması ve bunları üzerinde sakladığı kaçak maddeleri bulup ortaya çıkarmak önemli bir sorumluluktur. Silahlar, uyuşturucu maddeler, alkol gibi şeyler hapishanenin güvenliğe ilişkin yönetimini zorlaştırmaktadır. [Cf. Hudson, 468 U. S., at 528] Hapishane görevlilerinin bu arama işlemini yapmaları sırasında yakalanarak içeri alınan kişilerden bıçak, makas, jilet, cam parçası ve diğer yasaklanmış nesnelere üzerlerinde ve hatta bedenlerinin görünmeyen boşluklarında saklayanlarla karşılaşmaktadır. [Bull, 595 F. 3d, at 967, 969; Brief for New Jersey County Jail Wardens Association as Amicus Curiae 17–18 (hereinafter New Jersey Wardens Brief)]. Bazen eroin ve uyuşturucu da saklanmış olarak bulunmaktadır. [Brief for City and County of San Francisco et al. as Amici Curiae 9–11 (hereinafter San Francisco Brief)]. Uyuşturucu kullanımı kişileri kendi aralarında ve görevlilere karşı şiddete teşvik etmektedir. Kullanımın ötesinde sadece onun alım-satımı, ticareti de ayrıca şiddeti körükleyen bir unsur olmaktadır. [PBA Brief 11].

Bazı belgelerde, "çakmaklar ve kibritlerin potansiyel birer silah olduğu ve yangın ve kundaklama için kullanılabilmesi; cep telefonlarından birlikte toplu halde suç işlerken yönetmekte bir araç olarak yararlanılacağı; hap ve ilaçların kişileri kendilerine zarar vermek için cesaretlendirme

amacıyla kullanılabilceği; sakız gibi nesnelere kilitleme sistemlerini bloke etmede kullanılabilceği; saç tokalarının ise kelepçelerin kilidini açmada; perukların da uyuşturucu ve silahları saklamada kullanılabilceğinin dikkate alınması gerektiğine işaret edilmektedir. [New Jersey Wardens Brief 8–9]

San Francisco'da karşılaşılan bir örnekte; görevliler, hırsızlık ve halkı rahatsız eden davranışları sebebiyle gözaltına alınan kişileri gözaltına alıp tutukevine nakledilirken beden boşluklarına bir şeyler gizlediklerini tespit etmişlerdir.[San Francisco Brief 3].

### **B. Yargıç Breyer Tarafından Kaleme Alınan ve Diğer Yargıçlar Ginsburg, Sotomayor ve Kagan Tarafından İştirak Edilen Muhalefet Görüşü**

Uyuşturucu veya şiddet gibi suçlar dışındaki basit suçlardan -mesela trafik suçları ya da basit düzenleyici kurallara aykırılıklar halinde- hapishane yetkililerinin şahsın üzerinde uyuşturucu veya kaçak bir madde bulunduğu dair makul şüpheleri yoksa yakalanan kişilerin aranması Ek 4. Maddeye aykırılık teşkil eden ve makul olmayan bir aramadır.

### **C. Sonuç**

Yüksek Mahkemenin kararı, görüşüne gerekçe olabilecek bazı yaşanmış olayları içeren dokümanlardan da örnekler verilerek, basit suçlardan bile olsa yakalanan veya tutuklanan şahısların bir infaz kurumuna alınırken görevlilerin yapmış olduğu aramaların Anayasanın Ek 4. Maddesinde öngörülen kişi haklarının korunması ilkesine aykırı olmayacağı şeklinde sonuçlanmıştır.



## AYIP BİLDİRİMİNİN İÇERİĞİNİN DOLDURULMASI

İsviçre Federal Mahkemesi I. Hukuk Dairesi'nin 28 Mayıs 2002 tarihli 4.C 395/2001 Sayılı Kararı\*

David RÜETSCHI\*\*

Çeviren: Dr. İpek YÜCER\*\*\*

### Somut Olay

1995 yılından beri birbirleri ile hukuki ilişki içinde olan davacı (A) ve davalı (X AG), 22 Kasım 1998 tarihinde, önceki teslimlere eş kalite ve değerde akçaağaç oval odun teslimine yönelik anlaşmışlardır. Odunlar, 1998 yılının Ekim ve Kasım aylarında kesilmiş, korucu tarafından ölçülmüş, sınıflandırılmış ve odun ölçü listesine (Holzmasslisten) kaydedilmiştir. Odunlar davalıya 6, 7 ve 21 Ocak 1998 tarihlerinde teslim edilmiştir. Teslim edilen odunların toplam bedeli davacı tarafından 13.496.45 İsviçre Frankı olarak hesaplanmıştır. Odunların teslimi üzerine davalı 22 Ocak 1999 tarihinde yazılı olarak “akçaağaç oval odunların önceki teslimlere göre daha az kaliteli olduğunu size üzülenek bildirmek zorundayız” şeklinde bir ayıp bildiriminde bulunmuştur. Bu bildirimde ayrıca “birçok kök sadece ambalaj yönünden kalitelidir ve bunlar artık bizim tarafımızdan işlenemez. Bu nedenle biz odunları size geri gönderiyoruz ve odunların durumu konusunda testereci D.Gerne'den görüşünü bekliyoruz.” ifadelerini kullanmışlardır. Somut olayda hem davacı hem davalı odunların durumuna ilişkin bir rapor almak üzere İsviçre Ticaret Borsasına başvurmuşlardır. Burada davalı tarafından görevlendirilen ekspertiz 30 Mart 1999 tarihinde oluşturduğu rapor ile; 54 odun kökünün çok düşük bir kalitede olduğunu ve testereci tarafından yapılan değerlendirmenin skalanın çok üstünde olması nedeniyle haksız bulunduğunu tespit etmiştir. Davacı 1999 yılının Haziran ayında hukuki ilişkinin hüküm ve sonuç doğurmaması nedeniyle 4692.40 İsviçre Frankı miktarındaki zararı için mahkemeye başvurmuştur. Davacı 1 Haziran 1999 tarihinde 13.496.45 Frank miktarındaki satım bedelini, bunun faizini ve bunlara ek olarak haklı olmayan bildirim ve ödeme emri masraflarının ödenmesini talep etmiştir. Bunun üzerine davalı sözleşmeden dönmeye yönelik irade açık-

\* İsviçre Federal Mahkemesinin internet sitesinden (<http://www.bger.ch/>) karar numarasına başvurarak resmi karar metninin yayımlanmış haline ulaşılabilir.

\*\* Dr.iur., Basel/ Aarau

\*\*\* Dr. İur., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Bilim Dalı Öğretim Elemanı, Ankara

lamasında bulunduğunu, bu nedenle satım sözleşmesinin tasfiye edilmiş olduğunu ve satım sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmamasından dolayı kendisinin uğradığı zararların davacı tarafından ödenmesi gerektiği savunmasında bulunmuştur. Bu dava bölge mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak, davacının faiz yanında 13.496.45 Frank değerindeki zararının tazmini için başvurduğu Thurgau Yüksek Mahkemesi, talebi uygun bulmuştur.

### **İsviçre Federal Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Görüşü**

İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin şu tespitleri yapmıştır:

“ (...) 2.1.1 Bildirim külfetine ilişkin hükümler satım sözleşmesinde ilişki güvenliği menfaatinin korunmasına hizmet eder ve taraflar arasındaki fiili ve hukuki ilişkinin hızlı bir şekilde açıklığa kavuşturulmasını amaçlar. Zira, satıcı malın kabul edilmiş olup olmadığına ilişkin hızlı bir şekilde bilgi edinmelidir ve şikâyet satıcıya onun kendi incelemesi ile bildirimini gerekçelendirebileceği ve buna ilişkin bir karara varabileceği kadar zamanında yapılmalıdır. (BGE 88 II 364 E.2) Ayıp bildirimini düzenleyen hükümler, bir yandan alıcının spekülasyon yapmasını önlemek, diğer yandan da konuya ilişkin herhangi bir bilgiye sahip olmayan satıcıyı, alıcının sınırlanmamış bir sürede ayıptan doğan haklarını kullanması ile karşı karşıya kalmaması için korumak amaçları ile satıcının menfaatine hizmet ederler. Nitekim, satıcı, örneğin malı kendisine teslim edene karşı kendi haklarını korumak gerekliliğini elde etme imkânına sahip olmalıdır (BGE 81 II 56 E.2b: Honsell, Basler Kommentar, N.1 zu Art.201 OR; Giger, Berner Kommentar, N. 12 zu Art.201 OR; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N. 5 zu Art.201 OR; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9.Aufl., § 42 N. 23, S. 384; Tercier, Les contrats spéciaux, 2.Aufl., N. 412; Cavin, Kuaf, Tausch, Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/I, Basel 1977, § 12/I, S. 88 f.).

Ayıp bildirimini, satıcının ayıp sorumluluğundan doğan borcundan bildirilmemiş ayıplar bakımından kurtulmasını sağlama fonksiyonuna sahip olan, alıcının ayıptan doğan haklarının korunması için gerekli olan ve onun ayıba ilişkin düşüncesini ifade ettiği bir irade açıklamasından ibarettir. (Eser sözleşmesine ilişkin BGE 107 II 437 numaralı karar) Ayıp bildiriminin asgari içeriği, satım konusu malın ne dereceye kadar ayıplı olarak öngörüldüğü (Zehnder, Die Mängelrüge im Kauf- Werkvertrags- und Mietrecht, SJZ 96 2000 545 ff., 546), yani malın bildirilen ve dürüstlük kuralına göre bulunması gereken niteliklere ne dereceye kadar uygun

olmadığının belirtilmesinden oluşur (Art.197 Abs. 1 OR; eser sözleşmesine ilişkin BGE 114 II 239 E. 2 S. 32 numaralı karar; yine eser sözleşmesine ilişkin BGE 100 II 30 E. 2 S. 32; BGE 124 III 456 E. 4d/aa). Alıcının memnuniyetsizliğini somut ayıba değinmeksizin genel olarak açıklaması, bu anlamda yeterli değildir. (Honsell, adı geçen eser, N. 10 zu Art.201 OR; Giger, adı geçen eser, N. 63 zu Art.201 OR; Oser/Schönenberger, adı geçen eser, N. 28 zu Art.201 OR; Guhl/Koller, adı geçen eser, § 42 N. 28, S. 385; Tercier, adı geçen eser, N. 428). Buna karşılık, örneğin “malın işlenemeyecek kadar kötü olduğu” şeklinde belirtilen memnuniyetsizlik yeterlidir (Gsell, Die Mängelrüge beim Kauf nach schweizerischem Obligationenrecht, Zürich 1926, 59, Anm. 1). Bildirimin içeriği maddi olarak doldurulmak zorundadır, teslimin sözleşmeye uygun olarak kabul edilmediği ve bu durumun da teslim edeni sorumlu kıldığı ifadelerini de içermek zorundadır (Eser sözleşmesine ilişkin BGE 107 II 172 numaralı karara atıf yapılarak). Ayıp bildiriminin içeriğinin doldurulması gereği, bildirimin amacından ortaya çıkar. Bildirim, satıcıya şikâyetin amacı, temeli ve şekline ilişkin bilgi verilmek suretiyle yapılmalıdır, ki böylece satıcı kendisini nasıl bir sorumluluğunun beklediğini anlayıp, buna ilişkin karar verebilsin. Bu amaçla hangi ifadelerin gerekli olduğu somut olaya bağlıdır (BGE 22, 498 E. 2, S. 503; Honsell, adı geçen eser, N. 10 zu Art.201 OR; Giger, adı geçen eser, N. 62 zu Art.201 OR). Özel hukukta geçerli olan güven ilkesine göre, bildirim amacına muhalif olan herhangi bir talep söz konusu olmaksızın (Usul hukukunda Art.29 Abs.1 BV’de abartılı resmi şekil türetme yasağı için, BGE 127 I 31 E.2a), irade açıklamasının lafı ve bağlantısı, somut olayda mevcut olması gerekenlere göre yorumlanmalıdır (BGE 126 III 119 E. 2a S. 120 numaralı karara atıf yapılarak). Alıcının şüpheli düşünce açıklaması da, satıcının dürüstlük kuralına göre herhangi bir zahmete girmeksizin, hangi ayıbın bildirdiğini anlayabileceği şekilde yorumlanmalıdır.

2.1.2 Komşu ülkelerin hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında, İsviçre hukuku diğerlerine göre daha sert sayılır. Alman Hukuku, İsviçre Borçlar Kanununa benzer düzenlemeyi ticari satımlar için kabul etmiştir (§ 377 HGB; Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 30.Aufl., München 2000, N. 30 zu § 377), buna karşılık adi satımlarda gözden geçirme ve bildirim külfetleri olmaksızın (Palandt/Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, 60.Aufl., München 2001, N. 11, § 462) ayıp sorumluluğundan doğan talepler için sadece zamanaşımı süresi öngörmüştür. (§ 477 BGB) Avusturya Medeni Kanununda da adi satımlar bakımından gözden geçirme ve bildirim külfetleri mevcut değildir, burada sadece ayıp sorumluluğundan doğan hak-



ların belirli süre içinde mahkeme önünde ileri sürülmediği hallerde hak düşümünün söz konusu olacağı belirtilmiştir. (§ 933 AGBG) Ticari satımlar için geçerli olan düzenleme ise Alman hukuku ile paraleldir (Rummel/Reischauer, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Wien 1990, N. 1 und 8 zu § 933). Fransız Medeni Kanununda da esaslı bir bildirim külfeti kabul edilmemiştir. Burada, ayıp sorumluluğundan doğan talepler sadece gizli ayıplar için mevcuttur ve bunlar alıcı tarafından kısa süre içinde ileri sürülmelidir, ancak açık ayıplarda alıcının malı teslim sırasında derhal reddetmesi gerektiği, aksi takdirde kendi talep haklarını kaybedeceği hükme bağlanmış olduğundan, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin fiilen mevcut olduğundan söz edilebilir (Art. 1648 CC), (Micheal Georg Gerny, Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG, Basel 1999, 117 f.). İtalyan Medeni Kanununda ise sadece alıcının bildirim külfeti kabul edilmiştir, ancak gözden geçirme külfeti benimsenmemiştir. Ayıp sorumluluğundan doğan hakların düştüğünü iddia eden satıcı, ayıba ilişkin bilgisini ispat etmek zorundadır (Art. 1495 CC), (Cian/Trabucchi, Commentario Breve al Codice Civile, 2. Aufl., Mailand 1996, N. II zu Art.1495; yine tamamı Eugen Bucher, Der benachteiligte Käufer, SJZ 67 1971 17 ff.).

İsviçre'nin de taraf olduğu 11 Nisan 1980 tarihli Viyana Satım Sözleşmesi (CISG= United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), alıcının satıcıya malın sözleşmeye aykırılığını uygun bir süre içinde bildirmesi gerektiğini ve ayıbın türünü de belirli bir şekilde ifade etmek zorunda olduğunu, aksi takdirde malın sözleşmeye aykırılığı nedeniyle dayanabileceği talep haklarını kaybedeceğini düzenlemiştir.(Art.39 CISG) Bildirim yoluyla satıcı, sözleşmeye aykırılığa ilişkin tasvir yapabilecek ve gerekli tedbirleri alabilecek şekilde bilgilendirilmelidir. Bildirim, alıcının sözleşmeye aykırılık rizikosunu ile yükümlü olması, bundan dolayı da bildirimin içeriğinin doldurulmasına yönelik aşırı taleplerin koyulmaması gerektiği ile açıklanamaz (Hans-Josef, Vogel, Die Untersuchungs- und Rügepflicht im UN-Kaufrecht, Bonn 2000, 95 f.)”.

İsviçre Federal Mahkemesi 2.1.3'deki görüşünde, ayıp bildiriminin içeriğinin doldurulmasına ilişkin 19 ve 20.yüzyıllarda verdiği resmi olmayan altı karar dışında, dar bir yorum benimsemiştir.(BGE 21 570; 22 498; 22 566; 24 II 62; 32 II 294; 38 II 542) Hem de, ayıp bildiriminin içeriğinin yeterli bir şekilde doldurulmuş olarak nitelendiren 4 Kasım 1992 tarihin-

deki yayımlanmamış karara atıf yapılmıştır. (4C.224/1992) İlgili görüşte kullanılan temel ilkedden somut olayın açıklanmasını takiben ayrılmıştır:

“2.2 (...)”

2.3 Davalı 22 Ocak 1999 tarihindeki ayıp bildiriminde, akçaağaç tesliminin eski teslimlere nispeten daha az kaliteli olduğu ve birçok kökün sadece ambalaj kalitesinin olduğu ve bundan dolayı da artık işlenemeyeceğini belirtmiştir. Burada teslim edilen odunların ölçüsü hiçbir şekilde şikâyet edilmemiştir. Satım değeri tarafların anlaşmasına göre değil, köklerin kalınlığına göre belirlenir. Bundan dolayı, ayıp bildirimini, sözleşmede kararlaştırılan değer sınıfındaki sıraya da uygun değildir. Davalı teslim edilen odunları ayıplı bulmuştur ve bundan dolayı da niteliklerini şikâyet etmiştir. Davacının bildirim içeriğinin açık olmadığına ilişkin tespiti itiraz edilen kararda kabul edilmemiştir. Davacı, önceki mahkeme tarafından verilen kararı göz önüne alarak, davalının odunları iade etmesini dayandırdığı genel bildirim şikâyet etmiştir. Burada, bu “sübjektif” ve “onlar tarafından kabul edilebilir olmayan” şeklinde ifade edilmiştir. Bu, davacının gerekçelendirmeyi anlamadığı anlamına gelmez. Davalı, niteliklerin genel olarak eleştirilmediği, bilakis teslim edilen odunların kalitesinin önceki teslimlere nazaran daha az kaliteli olduğu ve birçok kökün sadece ambalaj yönünden kaliteli olmasından dolayı artık işlenemeyeceğini açıklamıştır. Taraflar, satım konusunun önceki teslimler gibi aynı kalitede olması gerektiğini kararlaştırmış olduklarından dolayı, bunların bu kalitede olmadığını bildirim yeterli. Davacının ayrıntılı bir şikâyetten her bir kökün odun ölçüsü listesine göre belirli bilgilerine ulaşabileceği düşünülebilir. Özellikle satıcının Art. 206/2 OR anlamında mesafe satımlarında modern nakliye araçları ile cins malının yenisini derhal sağlamak yoluyla alıcının diğer talep haklarından kurtulması şeklindeki hâkim fikrin kabul edildiği hallerde, sonradan teslim edilen kök ve odunların kalite ve sayısına ilişkin belirli ifadeler faydalı olabilirdi (Giger, adı geçen eser, N. 19 zu Art.206 OR; Honsell, adı geçen eser, N. 1 zu Art.206 OR). Ancak, davalıdan 42.9 m<sup>3</sup> ve 54 kökten oluşan odun teslimi göz önüne alınarak, önceki kurumun kararı da dikkate alınarak, böyle kapsamlı bir ayıp bildirim beklenmemelidir. Satıcı, bildirimden alıcıya teslim edilen odunların önceki teslimlere kıyasla, büyük bir bölümünün işlenemeyeceği şekilde kalitesiz olduğunu öngörebilmelidir. Bu bildirim doldurulması talebi için yeterlidir. Davacının Art.206/2 anlamında odunları teslim etmek yoluyla taleplerden kurtulabildiği hallerde, bildirim ona malı yenisini ile değiştirmeyi teklif etme im-

*kâni verir. Davalı, ayıp bildiriminde teslimi zaten reddetmiş ve malın tamamını davacıya geri göndermiştir. Önceki kurumun görüşüne göre, davacı, bildirimden davalının ayıp bildirimini ile ileri sürdüğü dönme açıklaması kabul edilmemişse, davalının ayıbı güç olarak değerlendirebileceğini ve bundan dolayı da dönmeyi hesaba katmak zorunda olduğunu öngörebilmelidir. Nihayet, önceki kurumun satıcının ayıp bildiriminin maddi gerekçesini inceleyebildiği hallerde, bunu incelemek zorunda olduğuna ilişkin görüşü de kabul edilemez. Bildirim, sadece alıcının görüşünü açıklamak zorundadır. Satıcının buna inanmadığı hallerde, bunun ispatına yönelik gerekli tedbirleri almalıdır. Bu satıcı için alıcının 22 Ocak 1999 tarihinde yaptığı ayıp bildirimini ile mümkün olur.”*

Böylece İsviçre Federal Mahkemesi için ayıp bildiriminin içeriği yeterince doldurulmuştur. Önceki kurumun kararı bozulmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, somut olayda fiilen bir ayıbın mevcut olup olmadığına yönelik bir karar verilemediğinden, uyuşmazlık yeni bir karar verilmesi için İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ilk derece kurumuna geri gönderilmiştir.

## 36 Görüşler

1. Yüksek mahkeme, ayıp bildiriminin içeriğinin yeteri kadar doldurulmamış olduğu ve bundan dolayı da sözleşmeden dönmeye ilişkin şartların mevcut olmamasından dolayı, satım bedelinin ödenmesine ilişkin davayı onaylamıştır. Önceki kurumun görüşüne göre, alıcı akçaağaç kökleri teslimini somut olarak şikâyet etmekle yükümlü olmak zorundaydı. Odun ölçü listesine göre, eleştirilen niteliklerde, her bir teslim ayıplı bulduğundan, bildirim detaylı olarak yapılması gerektiği gerekçesi ile bildirim önceki kurum tarafından yetersiz bulunmuştur. Elbetteki, tek bir seferde genel olarak yapılan bir ayıp bildiriminin, satıcıya, dönme mi bedel indirimi hakkının mı tercih edildiği veya alıcının ücretsiz onarım hakkının mevcut olup olmadığına ilişkin bir tahminde bulunma imkânı vermediği göz önüne alınır. Bu davada, İsviçre Federal Mahkemesi, Art.201/1 OR'ye göre ayıp bildirimine ilişkin hangi talebin söz konusu olduğuna ilişkin soruyu açıklamak zorundadır, özellikle alıcının satıcıya, teslim edilen odunların kalitesini kötü bulduğu ve bundan dolayı ayıbı net olarak yazmadan ve nitelendirmeden bunların işlenemeyeceğini bildirdiği hallerde, bunun yeterli olup olmamasına karar verilmesi bakımından geçerlidir.

2. Art.201/1 OR'ye göre, ayıp bildiriminde esaslı bir irade açıklaması değil, irade açıklaması olarak nitelendirilen bir açıklama söz konusudur<sup>1</sup>. Bir hukuki sonuca yönelik olmak zorunda olan irade açıklamasına karşın, buradaki irade açıklamasında böyle bir irade şart değildir. Bilakis ayıp bildiriminin yeterli içeriği; alıcının malı sözleşmeye uygun olarak kabul etmediği ve bundan dolayı satıcının sorumlu olduğuna ilişkin satıcıya duruma ilişkin bilgi vermek oluşturur. Buna karşın alıcının daha ayıp bildirimini ile Art.206 OR anlamında hangi talep hakkını kullanacağı, yani sözleşmeden dönme veya bedel indirimi mi talep edeceğine yönelik nihai kararını vermesi şart edilmez<sup>2</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi gibi uygulamada<sup>3</sup> ve doktrinde<sup>4</sup> de, ayıp bildiriminin amacının, satıcıyı alıcı ve malı teslim aldığı kişilere karşı ileri sürülen ayıba göre hareket etme fırsatı vermek suretiyle korumak olduğu vurgulanır<sup>5</sup>. İsviçre Federal Mahkemesine göre bildirim: “ satıcıya şikâyetin şekli, kapsamı ve temeline ilişkin bilgi vermek suretiyle yapılmalıdır ki, böylece satıcı mevcut sorumluluğu bakımından nasıl davranmak istediğine karar verebilsin”<sup>6</sup>.

3. Yeni kararlarda, ayıp bildiriminin içeriğinin yeterli olarak doldurulmasına yönelik olan doktrinden ayrılan 2.1.1'deki yorum, derlenerek birleştirilmiştir. Tanım ve ifadelerin içeriğinin öngörülebilir şekilde doldurulması talebi, somut olaya bir çözüm getirilememekle beraber, konuya ilişkin neredeyse hiçbir açık talebin mevcut olmadığı gerçeğini sezdirmeden ortaya koymaktadır. Bunun üzerine İsviçre Federal Mahkemesi de konuya ilişkin şu tespiti yapmıştır: “ ayıp bildiriminde hangi ifadelerin kullanılması gerektiği somut olaya bağlıdır”<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Heinrich, Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001, 80; Ingeborg, Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2001, N. 2.06; Hans, Giger, Berner Kommentar, Art.201 N. 61; Ernst A. Kramer, Münchener Kommentar zum BGB, Vor §116 N. 34; Claus- Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl., München 2000, §31 N 36; aynı anlamda BGE 107 II 437 f. ve Andreas von Tuhr/ Hans Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd.I, Zürich 1979, 176 Anm. 25.

<sup>2</sup> Max Keller/ Kurt Siehr, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, 84 f.; Heinrich Honsell, Basler Kommentar, Art. 201, N. 10.

<sup>3</sup> BGE 88 II 364 ve özellikle BGE 81 II 57.

<sup>4</sup> 2.1.1' de yer alan gerekçede açıklanan literatür

<sup>5</sup> Deutsche BGH, BGHZ 101, 49, 53; karşı görüş için bkz. Eugen Bucher, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971 1 ff.

<sup>6</sup> Giger, adı geçen eser, Art.201, N. 62; Keller/Siehr, adı geçen eser, N. 84; Micheal Georg Gerny, Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG, Basel 1999, 33 f.

<sup>7</sup> Giger, adı geçen eser, Art.201, N. 62, “bu talep her durumda somut olayın şartlarından ortaya çıkar”.

Her somut olayın takdirinin esas alındığı bu kıstas, ayıp bildiriminin içeriğinin doldurulmasına ilişkin genel ilkeye ilişkin tartışmanın yerini, eser sözleşmesine ilişkin yeni kararlarda, bildirim zamanındalığına ilişkin tartışmanın aldığı ve bundan dolayı da mevcut problemin sadece şekli olarak satım sözleşmesi ile ilgili olduğu görüşüne halel getirmektedir. “ Ayıp bildiriminin içeriği maddi olarak doldurulmak zorundadır, en azından ayıp belirli şekilde ifade edilmeli ve işsahibinin eseri sözleşmeye uygun olarak kabul etmediği ve bundan yüklenicinin sorumlu olmasını talep ettiği belirtilmelidir”<sup>8</sup>. Belirli (kesin) ifade ile ne kastedilmek istendiği, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından açıklanmamıştır, böylece bu kararda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin 10 Haziran 1991 tarihli kararı<sup>9</sup> da, yeni kararlardan özel bir karar olarak nitelendirilmez. Bu kararda, bildirim gecikmiş olarak öngörülmüştür, bu nedenle bildirim içeriği hüküm için esas alınmamıştır. Ancak, burada İsviçre Federal Mahkemesi bildirim içeriğine ilişkin asgari talepleri formüle etmiştir. Buna karşılık, ayıp bildirimini somut olaya bağlayarak açıklayan ilk derece mahkemesi kararlarının tamamı eski tarihlidir. Altı kişilik resmi olmayan bir grup, yeni kararlarda dar bir şekilde yer alan ve yayımlanan 1895- 1912 tarihleri arasındaki İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını<sup>10</sup> somut olaylardan bağımsız olarak bir araya getirmişlerdir. Ancak, bu kararların eski tarihli olmaları onların bağlayıcılığını da önemli ölçüde azaltmıştır. İlerleyen zamanlarda sadece iki kararda sorun ele alınmıştır. Bunlardan biri İsviçre Federal Mahkemesi tarafından zikredilen 4 Kasım 1992 tarihli karar<sup>11</sup> ve diğeri de en azından Fransızca tercümesine ulaşılabilen ve yeni kararlarda bahsi geçmeyen 18 Ocak 1949 tarihli karardır<sup>12</sup>. Bu sekiz kararda somut olayın içeriğine girilmemekle beraber, altı tanesinde ayıp bildiriminin içeriğinin yeterince doldurulmuş olduğunun, birinde en azından içeriğin kısmen yeterli olduğunun ve 1895 tarihli kararda da alıcının satıcıyı hangi peynirlerin şikâyet konusu olduğu ve kaç tanesinin ayıplı olduğuna ilişkin bilgi vermemesinden dolayı ayıp bildiriminin içeriğinin yetersiz olduğunun belirtilmiş olması, dikkate şayandır.

Bundan başka, ayıp bildiriminin içeriğinin doldurulmasına ilişkin genel ilkeyi tekrar ele almayan ve bundan dolayı da bu konudaki hukuki geliş-

<sup>8</sup> BGE 107 II 172, 175.

<sup>9</sup> SJ 1992 103 ff.=BR 1992 38 Nr. 73'de yayımlanmıştır.

<sup>10</sup> BGE 21 570; 22 498; 22 566; 24 II 62; 32 II 294; 38 II 542.

<sup>11</sup> Karar numarası: 4C.224/1992.

<sup>12</sup> SJ 1950 273 ff.'de yayımlanmıştır.

meye neredeyse hiç yardımcı olamayan, satım ve eser sözleşmelerinde ayıp bildirimiminin içeriğine yönelik başka kantonal kararlar da yayımlanmıştır<sup>13</sup>.

4. Tamamen bu içtihatlardaki nadir hareket noktaları göz önüne alınarak, İsviçre Federal Mahkemesi yeni somut olayların takdirinde de sadece teolojik yorum yolunu korumuş ve somut olayda bunun şartlarını belirlemek için ayıp bildirimine ilişkin düzenlemelerin amaçlarını esas almıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, ayıp bildirimiminin, çok detaylı olarak oluşturması suretiyle satıcıya bunun içeriğini inceleme imkânı verme amacına hizmet etmediğini açıkça belirtmiştir. Ayıp bildiriminde alıcının sübjektif görüşünü belirtmesi yeterlidir. Teslim edilen odunların eskilere oranla daha az kaliteli olduğu, bundan dolayı da işlenemeyeceğine ilişkin alıcı tarafından yapılan ayıp bildirimini, satıcıya ayıbın önemine ilişkin, yani teslim edilen odunların sözleşmede kararlaştırılan kaliteden işlenmesi mümkün olmayacak kadar farklı olduğuna yönelik bilgi vermesi bakımından yeterlidir. Bundan dolayı ayıp bildirimiminin içeriğinin yeteri kadar doldurulmuş olduğu öngörülmüş ve Art.201/1 OR'deki şartların yerine getirilmiş olduğu belirtilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi görüşüne göre, alıcıdan ayrıntılı bir şikâyette bulunması beklenemeyeceğinden, ayıbın kapsamı, özelleştirilmesi ve her bir ağaç kökünün niteliğinin detaylı olarak belirtilmesi talep edilemez<sup>14</sup>. Ayıp bildiriminde edim konusunun tamamı değil, sadece bir bölümü ayıplı olarak nitelendirildiğinden ("birçok kök"), ki 54 kökün kaç tanesinin ayıplı olduğunun belirtilmesi tahmini bir miktar olmaksızın da mümkündür, bu karar şaşırtıcıdır.

5. Bu kararda bizim de katıldığımız somut probleme ilişkin doktrindeki görüşün anlaşılıp anlaşılmamış olduğu şüphelidir. İlgili karar, İsviçre Federal Mahkemesinin Art.201 OR'nin cömert bir şekilde uygulanması ve böylece ayıp bildirimini içeriğinin doldurulmasına ilişkin sert taleplerin tamamının reddedilmesi görüşünü benimsediğinden başka bir şekilde yorumlanamaz. Her şeyden önce, elbetteki İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenen görüş haklıdır. Böylece, 2.1.2'deki tespitler göz önüne alınarak, ilgili düzenlemenin, İsviçre hukukunda komşu hukuk sistemlerine göre daha esnek ve cömert bir şekilde yorumlandığı sonucu çıkarılabilir. Bu özellikle Alman ve Avusturya hukuk sistemleri için ge-

<sup>13</sup> Örneğin; TC Ti, Rep. 1979 312= BR 1980 46; CJ GE, SJ 1980 410; KG VS, ZWR 1990 158, 160; OG AR, ARGVP 1994 83,85; OG BL, SJZ 1996 315=Baurecht 1997 53; Cour de Cassation NE, RJN 1988 43=BR 1989 67 Nr.95.

<sup>14</sup> Bu tartışma özellikle Ingeborg Schwenzer, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., München 2000, Art.39 N.9'da yer almaktadır.

çerlidir. Çünkü, buralarda ayıp sorumluluğundan doğan taleplerin ileri sürülmesi tacir olmayanlar bakımından en azından bildirim külfetine bağlanmamış, bilakis buralarda bu hakların ileri sürülmesi bakımından sadece zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. İsviçre Federal Mahkemesi § 477 BGB'deki düzenlemeyi esas alır; bu norm 1 Ocak 2002 tarihindeki Borçlar Kanunu reformu ile yürürlüğe girmiştir ve böylece eski düzenleme yürürlük tarihinden birkaç ay önce iptal edilmiştir ve bunun içeriği yeni BGB § 438/1'e nakledilmiştir<sup>15</sup>. Zamanaşımı süresi, "Tüketici Mallarının Satımı ve Bağlı Garantiler Hakkında 25.05.1999 tarihli Avrupa Birliği Direktif"ine uyarlanmak suretiyle 2 yıla çıkarılmıştır. İlgili Direktif, tüm bildirim sürelerinin en az 2 ay veya daha uzun olması gerektiğini ve bu sürenin sözleşmeye aykırılığın tespiti ile işlemeye başlamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucunda Alman hukukunda tacir olmayan alıcı, satım sözleşmesinde ayıplı malın tesliminden itibaren satıcıya başvurmak zorunda olduğu ana kadar, hakkını kaybetmeksizin 2 yıl bekleyebilmektedir. Alman hukukuna ilişkin bu durum, 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren Avusturya hukuku bakımından da geçer olmuştur. Nitekim burada da aynı düzenleme § 933 AGBG'de yer almaktadır<sup>16</sup>. Buna karşın İtalyan hukukunda yapılan reformda ilgili Direktiften uyarlama yapılmamış, bilakis burada "Code Civil", "Code Unique"ye çevrilerek tüketici satımına ilişkin özel hükümler hükme bağlanmıştır<sup>17</sup>. Fransız hukukunda ise, ticaret hukuku Alman ve Avusturya hukuk sistemlerine benzer şekilde genel hükümlerde yeni düzenlemelerle kendine özgü bir şekilde düzenlendiğinden, Fransa'da ayıp sorumluluğuna ilişkin olarak planlanan reform yapılmamıştır. Dolayısıyla Fransız hukukunda geçerli olan gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin uygun süre içinde yerine getirilmek zorunda olması ve genel garanti süresi de göz önüne alınarak, alıcının ayıbı 5 yıl içinde ileri sürmek zorunda olması hükümleri zararsız şekilde uygulanmaya devam etmektedir (Art.1648 CC)<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Borçlar Kanunu'nun modernleştirilmesine ilişkin 26 Kasım 2001 tarihli Kanun, Resmi gazete numarası: Nr. 61/2001 Teil I, 29 Kasım 2001, 3138 ff. (<http://217.160.60.235/BGBL/bgb1f/b101061.f.pdf>).

<sup>16</sup> Ayıp sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesine ilişkin Kanun- GewRÄG, Resmi gazete numarası: Nr. 48/ 2001 Teil I, 08.05.2001, 1019 ff. (<http://www.lrz.muenchen.de/-Lorenz/schumod/material/oesterreich.pdf>).

<sup>17</sup> Decreto Legislativo 2 Şubat 2002, n.24 (<http://www.centroeuropeoconsumatori.it/normative/dlgs-24-2002.html>).

<sup>18</sup> Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25.mai.1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation vom Mai 2002 (<http://www.justice.gouv.fr/publicat/RappGTIDF.htm>).

Bu düzenlemeler ışığında, İsviçre hukukundaki düzenlemeler alıcı için fiilen sert olarak yorumlanabilir. Hem Almanya hem de Avusturya hukuklarında § 377 HGB’de sadece tacirler için geçerli olan normun, İsviçre hukukunda Art.201 OR’de kabul edilmiş olduğu unutulmamalıdır<sup>19</sup>. Bu düzenlemeler mahkemeler tarafından hem bildirim süresinin uzunluğu hem de bildirim içeriğinin doldurulması konularında geleneksel şekilde satıcı lehine yorumlanmaktadır<sup>20</sup>. İtalyan hukuku da Tüketicinin Korunmasına ilişkin düzenlemeler dışında 8 günlük bildirim süresi kabul eder, ancak bildirim içeriğine ilişkin talepler burada Alman hukukuna nazaran daha sadedir, burada malın ayıplı olması sebebiyle beklenen kullanıma uygun olmadığına ilişkin genel bir bildirim yeterli sayılmaktadır<sup>21</sup>.

Böylece hukuk sistemleri karşılaştırıldığında, Alman hukukunda taleplerin olağanın üstünde sert olduğu ve özellikle tacir olmayanlara yönelik olan İsviçre normlarının benzersiz şekilde katı olduğu görülmektedir. Bu durum İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 2.1.2’deki görüşte açıkça belirtilmiştir. Bunun kararın sonucu ile olan ilişkisi ancak şu şekilde açıklanabilir: bu Art.201 OR’nin şartlarının cömert bir şekilde uygulanması için bir yol olmalıdır ve böylece alıcının iyi bir duruma getirilmesi sağlanmalıdır. Bu anlamda, İsviçre Federal Mahkemesi Elektronik İşlem İlişkilerine İlişkin olan ve 2001 yılının Ocak ayında sunulan Tasarı’da da, ayıp bildirimine ilişkin Art.201 OR’deki düzenlemenin kısmen Avrupa Birliği Direktifine uyarlanması ile “derhal bildirim külfetinin” “uygun süre içinde bildirim külfeti” şeklinde modifiye edilmesini teklif etmiştir. Buna karşın Direktifin m. 5/2’de düzenlenen 2 aylık bildirim süresinin kabulünden bilinçli olarak vazgeçilmiştir<sup>22</sup>. Bu sınırlanmış sonuçlara rağmen, alıcının iyi bir duruma getirilmesi niyetinin varlığı gayet açıktır.

**6.** Bunun dışında, İsviçre Federal Mahkemesinin yeni kararları CISG’ye ilişkindir. Art.39 CISG’ye göre, alıcı uygun süre içinde ve devirden sonra en geç 2 yıl içinde satıcıya malın sözleşmeye aykırılığını bildirmek zorundadır ve elbetteki sözleşmeye aykırılığın türü de belirli olarak ifade edilmelidir. Aksi takdirde, alıcı malın sözleşmeye aykırılığından doğan haklarını kaybeder. OR’deki gibi CISG’de de, ayıp bildiriminin amacının satıcıyı satım konusu malın sözleşmeye aykırılığına ilişkin bilgilendirmek

<sup>19</sup> “Bu düzenleme 1881 tarihli eski OR Art.246/1’de de vardı”Bkz Bucher, adı geçen eser, 18 ff.

<sup>20</sup> Zur Rechtsprechung zu § 377 HGB Karsten Schmidt, Handelsrecht, 3. Aufl., Köln etc. 1999, § 29 III.

<sup>21</sup> Peter Kindler, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg 2000, § 5 N. 75.

<sup>22</sup> Elektronik İşlem İlişkilerine İlişkin İsviçre Federal Mahkemesi Tasarısı Ek Raporu, 22 Ocak 2001.



ve böylece onun gerekli tedbirleri almasını sağlayabilmek olduğu belirtilir<sup>23</sup>. Gerçi, doktrinde açıkça Alman hukukundaki sert taleplerin CISG'ye aktarılmaması gereği ihtar edilir ve cömert taleplerin göz önüne alınması gerektiği belirtilir<sup>24</sup>. Bu halde, CISG'ye ilişkin Alman hukukundaki uyumsuzluğa § 377 HGB'nin, yani Art.201 OR'deki kriterlerin hâkim hukuk olması nedeniyle uygulanma arayışı içinde olunması tehlikesi vardır<sup>25</sup>. Özellikle Alman mahkemesi birçok olayda bunu sağlam bir gerekçe olarak görmüş ve uygulamıştır<sup>26</sup>. Ancak yeni kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi buna açıkça karşı çıkmaktadır. Bu yeni oryantasyon, özellikle Art.201 OR'deki taleplerin adi satımlar bakımından uzun zamandır sert bir şekilde uygulandığı ve cömert uygulamanın tavsiye edildiği verimli bölgelerde geçerlidir<sup>27</sup>. Yabancı hukuk sistemleri ve Avrupa hukukundaki gelişmeler göz önüne alınarak, korumanın ilke olarak satıcı menfaatine olmadığı, bilakis alıcının menfaatinin korunduğu kabul edilir. Gerçi işlem ilişkisinde dürüstlük ilkesi gereği, alıcının bildirim yapmadığı hallerde, sonradan artık ayıba dayanamayacağına ilişkin kural hükme bağlanmıştır. Ancak, bildirim fiilen mevcutsa ve bildirim içeriği yeteri kadar doldurulmuşsa, bu ayıp sorumluluğuna ilişkin taleplerin kaybını engeller. Böylece, tacir olmayan kişi tarafından yapılan ve içeriği yeteri kadar doldurulmamış olan bildirimde, dürüstlük ilkesi göz önüne alınarak tacir olmayan alıcıdan ayrıntı talep etmeye ilişkin külfet ters dönerek satıcıya ait olur<sup>28</sup>.

42

7. Yeni kararların temeli, Art.201 OR'deki taleplerin cömert bir şekilde yorumlanması gereğine dayanmaktadır. Bu düşünce hem ayıp bildiriminin içeriğinin doldurulması hem de Art.201 OR'deki diğer talepler bakımından geçerlidir.

<sup>23</sup> Schwenger, adı geçen eser, Art.39 N.6.

<sup>24</sup> Schwenger, adı geçen eser, Art.39 N. 6; Staudinger/Magnus, Art.39 N. 5; Hans-Josef Vogel, Die Untersuchungs- und Rügepflichten im UN-Kaufrecht, Bonn 2000, 95 f.; Gerny, adı geçen eser, 197.

<sup>25</sup> Hanns- Christian Salger, Wolfgang Witz/Hanns- Christian Salger/Manuel Lorenz(Hrsg.), Internatioanl Einheitliches Kaufrecht, Heidelberg 2000, Art.39 N.8.

<sup>26</sup> BGH'nin 25 Haziran 1997 tarihli kararı, www.cisg-online.ch Nr.277; BGH'nin 25 Aralık 1996 tarihli kararı, www.cisg-online.ch Nr.260; OLG Koblenz'in 31 Ocak 1997 tarihli kararı, www.cisg-online.ch Nr.256; OLG Saarbrücken'in 3 Haziran 1998 tarihli kararı, www.cisg-online.ch Nr.354; KG NW SZIER 1998 81 f.= www.cisg-online.ch Nr.331; HG ZH 21 Eylül 1998, SZIER 1999 188 f.= www.cisg-online.ch Nr.416.

<sup>27</sup> Ayıbın nitelendirilmesi için özel bölüm bkz. HGer ZH, SZIER 1999 188,189; Schwenger, adı geçen eser, Art.39 N.6 f.; genel bölüm Honsell, adı geçen eser, 80; Schwenger, adı geçen eser, N.27.06; Bucher, adı geçen eser, 21.

<sup>28</sup> Sadece CISG için geçerli olmak üzere bu anlamda Gerny, adı geçen eser, 199.

İlgili karar, komşu ülkelerde de İsviçre hukukunun uygulanabileceğine ilişkin açık bir örnek teşkil etmektedir. Nihayet, CISG'ye ilişkin düzenlemelerin özel bir anlamda takdir edilmesi de hatırı sayılır niteliktedir. Elbetteki, geçerli olan İsviçre hukuku olduğundan İsviçre Federal Mahkemesi her iki hukuki düzenlemenin mümkün olduğunca yeknesak uygulanmasına değer verir. Ayrıca, ulusal hukukların yorumlanmasında görüş birliği sağlanması talep edilmesi ile beraber, her bir devlette farklı kural- ların mevcut olması, bunun ilke olarak yeknesak hukuk kuralları ile sağ- lanmasına neden olur ve İsviçre Federal Mahkemesi de bu kararda OR'nin yorumlanması için CISG'ye dayanmaktadır<sup>29</sup>. Bu davranış mem- nuniyetle karşılanmalıdır, ancak CISG'nin daha modern ve birçok konu- da uygulamanın ihtiyaçlarına daha uygun olduğu göz ardı edilmemelidir. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre'deki hukuk uygulayıcılarının Avrupa'daki gelişmelere gözlerini daha fazla kapatamayacağını göstermiştir. Yabancı ve devletlerarası satım sözleşmelerindeki ayıp sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin bilinçli olarak benimsenmesi ile doğru yolda bir adım atılmıştır. Diğer gelişmeler ilgi ile beklenmelidir.

---

<sup>29</sup> Ernst A.Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, 192 f.; Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen 1996, 26 f.; Franco Ferrari, Peter Schlechtriem (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 3. Aufl., München 2000, Art. 7 N. 9 ff.



# YETKİ DEVRİNE DAYANARAK ÇIKARILAN TASARRUF, UYGULAMA TASARRUFU VE YENİ KOMİTOLOJİ TÜZÜĞÜ\*

Paul CRAIG\*\*

Çeviren: Nurullah TEKİN\*\*\*

**Konu:** Avrupa Birliği **İlgili Diğer Konu:** Mevzuat

**Anahtar kelimeler:** Komite usulleri; AB hukuku; AB yasama süreci; uygulama; ikincil mevzuat

**Alıntı yapılan mevzuat:** Üye Devletler tarafından Komisyonun uygulama yetkilerini kullanılmasında için kontrol mekanizmalarına ilişkin kurallar ve genel ilkelere dair 182/2011 Tüzüğü (Avrupa Birliği)

Lizbon Antlaşması 2007

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmanın(ABIDA) 291'inci maddesi

45

## \*671 Özet

*Normlar hiyerarşisi, Lizbon Antlaşması reformlarının merkezinde bulunmaktaydı. Bu hiyerarşi, önemli ölçüde, farklı yönetim ve hesap verebilirlik rejimlerinin iki eylem türüne uygulanmasından dolayı, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayrıma dayanır. Bu makalenin ilk yarısı bu ayrımın savunma kolaylığıyla ilgilidir ve Lizbon ikilemiyle ilgili beş problemin olduğu savunulmaktadır. Bu durumda, odak noktası ABIDA'nın 291'inci maddesince düzenlenen uygulama tasarrufuna uygulanan yeni Komitoloji Tüzüğü'nün analizine kayar. Yeni rejimin zorlukları vurgulanacaktır ve yeni Tüzüğü'nün önceki kuralları basitleştirmesi yönündeki resmi inanış sorgulanacaktır.*

\* Bu eser, European Law Review Dergisi'nden alınarak Türkçe'ye çevirisi yapılmıştır. [E.L. Rev. 2011, 36(5), 671-687]

\*\* İngiliz Hukuku Profesörü

\*\*\* Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi

## Giriş

16 Aralık 2010 tarihinde AB Belçika Dönem Başkanlığı, ABIDA 291'inci maddesi uyarınca uygulama tasarrufuna uygulanan yeni Komitoloji Tüzüğü<sup>1</sup> konusunda Avrupa Parlamentosu ve Komisyonuyla birlikte bir anlaşma düzenlediklerini bildiren bir basın bildirisi yayınlamıştır. Bildiride çok kısa bir zamanda anlaşmanın müzakere edildiği ve hem çıkar grupları için vazgeçilmez bir araç hem de Avrupa Araştırmaları öğrencileri için bir kâbus olan o zamanki mevcut komitoloji sistemi günlerinin sayılı olduğu belirtilmiştir. Şüphesiz, önceden var olan komitoloji rejimi aslında şu an yoktur. Yeni sistemin öğrenciler ve benzer şekilde kurumsal aktörler için daha az bir kâbus olduğunu kanıtlayıp kanıtlamaması büyük ölçüde belirsizdir.

Bu makale; yeni komitoloji kurallarını içeren 182/201 Tüzüğünü ayrıntılı bir şekilde analiz etmektedir. Bununla birlikte, tartışma yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayrımla başlamaktadır. Oldukça farklı kontrol ve hesap verebilirlik mekanizmaları sistemlerinin iki eylem türüyle ilişkili olarak işlediği için Lizbon sonrası dünyada bu durum kritiktir. Bu ikilikle ilgili beş problemin olduğu, iki eylem türü arasındaki ayırım kriterinin hassas ve uygulamasının zor olduğu ve ayırım yapma erdeminin yerindeliliğinin sorgulandığı savunulmaktadır. Bundan dolayı tartışma, belirsizliklerin ve zorluk alanlarının altını çizerek yeni Tüzük hükümlerini ayrıntılı bir şekilde incelemektedir. Bu makale 182/2011 nolu Tüzükle ilgili daha fazla fikir yürütülmesiyle tamamlanıyor, kabul gören inancı sadece iki usulü kapsamı yönünden sorgulamakta ve bu inancın uygulamada sona ermesi yöntemini göz önünde bulundurmaktadır.

### **\*672 Yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayırım: beş problem**

Lizbon Antlaşması, ilgili kuralları sırasıyla ABIDA'nın 290 ve 291'inci maddelerinde belirtilen iki yasama eylemi kategorisi altında yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufunu tesis etmiştir. Lizbon hiyerarşi normları ve bu normları şekillendiren güçler hakkında birçok tartışma yapılmıştır<sup>2</sup>. Bu genel alanı dikkatle inceleme gibi bir

<sup>1</sup> Komisyonun uygulama yetkilerinin Üye Devletler tarafından kontrol edilmesi mekanizmalarına ilişkin kuralları ve genel ilkeleri koyan 182/2011 no.lu Tüzük[2011] OJ L55/13

<sup>2</sup> A. von Bogdandy, J. Bast and F. Arndt, "Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis" (2004) 23 Y.B.E.L. 91; K. Lenaerts and M. Desomer, "Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal

niyetim yok. Ben sadece yeni düzen için oldukça önemli olmasından ötürü yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayrımın mahiyeti üzerinde ciddi bir şekilde durmak istiyorum. Bu ayrımın gerekçesi, ikincil önlemler arasında, “yasama”<sup>3</sup> veya “yasama benzeri” bir niteliği bulunan yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve daha çok salt “yürütme” niteliği olduğu kabul edilen uygulama tasarrufu arasında ayrım yapmaktı. Bununla birlikte, bu ayrımı yapmanın zorlukları, Anayasal Antlaşmalar veya Lizbon Antlaşması görüşmeleri boyunca tam olarak düşünülmemiştir ve bu amacın gerçekleştirilmiş olduğu şüphelidir.

ABIDA'nın 290'ıncı maddesi; yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarrufların genel uygulama olduğunu ve yasama işleminin önemsiz sayılan unsurlarını değiştirdiğini veya bu unsurlara ilave getirdiğini öngörür. Uygulama tasarrufları normalde genel uygulama niteliğindedir; Uygulama işlemleri normalde genel uygulama niteliğinde olacaktır, zira ABIDA'nın 291. Maddesi, kanunen bağlayıcı işlemlere yönelik yeknesak şartların gerekli olduğu durumlarda kullanılabileceği hususunu belirtmektedir. Buradan hareketle, çoğu durumda uygulama tasarrufları genel uygulama niteliğinde olacaktır. Bu yüzden, temel ayırt edici özellik, uygulama tasarruflarının tadil veya ilave olmaksızın yasama işlemini yerine getirmesidir. Lizbon ikilemiyle ilgili beş önemli problem vardır.

### *Dil problemi*

Kuşkusuz en temel mesele, bir eylemin yasama işlemini tadil ettiğine veya ilave getirdiğine karar vermektir. İkincil bir önlem, bir yasama

Instruments and Procedures” (2005) 11 E.L.J. 744; J. Liisberg, “The EU Constitutional Treaty and its Distinction between Legislative and Non-Legislative Acts” in B. Olsen and K. Sorensen (eds), *Regulation in the EU* (Thomson, 2006), pp.133-168; B. de Witte, “Legal Instruments and Law-Making in the Lisbon Treaty” in S. Griller and J. Ziller (eds), *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty* (Springer, 2008), pp.79-108; H. Hofmann, “Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality” (2009) 15 E.L.J. 482; B. Driessen, “Delegated Legislation after the Treaty of Lisbon: An Analysis of Article 290 ABIDA” (2010) 35 E.L. Rev. 837; P. Craig, *The Lisbon Treaty, Law, Politics and Treaty Reform* (Oxford: Oxford University Press, 2010), Chs 2, 7.

<sup>3</sup> ABIDA'nın 290'ıncı maddesinde yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarrufların yasama niteliğinde olmadığı belirtilir. Ancak salt bu durum, Antlaşma uyarınca, yasama eylemlerinin yasama usulü gereğince yapılan eylemler olduğuna dair resmi konumu yansıtır. (ABIDA'nın 289'uncu maddesi) Bu yüzden, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruflara uygulanmakta olan “yasama niteliğinde olmayan” şeklindeki adlandırma, yasama eyleminin kendisi içindeki maddelerin anlamını veya uygulanmalarını daha ayrıntılı bir şekilde belirten tali kuralları oluşturan genel uygulama eylemi olmaları açısından bu eylemlerin genel olarak öz itibariyle yasama ya da yarı yasama niteliğinde oldukları gerçeğini gizlememelidir.

işlemini tadil ediyor veya bu işleme ilave getiriyorsa, o zaman bu, bir yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf olmalıdır. Eğer ikincil önlem bunların hiçbirini yapmıyorsa, o zaman bu, bir uygulama tasarrufudur.

Komisyon problemin özüne yaklaşmıştı, ancak yeni planın zorluklarını tam olarak kavramadı<sup>4</sup>. “Tadil etme” ve “ilave getirme” dili 2006 tarihli incelemeye tabi yasama usulünün uygulanabileceği durumları göstermek için kullanılmıştı<sup>5</sup>. Komisyon, Lizbon sonrası dünyada yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayrımı yorumlamak için bu dilden yararlanmıştı.

Buradan hareketle, “tadil etme”nin o durumda yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarrufların kullanımını talep edecek temel belgede resmi değişikliğin yapıldığı durumları çağrıştırdığını savundu. Komisyon, doğru bir şekilde, değişikliğin mahiyeti ne olursa olsun söz konusu durumun bu şekilde olması gerektiğini belirtmiştir. Temel bir kanunun ekinde yapılan değişiklik, söz konusu yasanın temel metninde bulunan maddelerde yapılan değişiklikler gibi yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf rejimine tabidir.

48

**\*673** Komisyon daha sonra “tadil etme” fiilinden daha az belirli olduğunu ifade ederek, “ilave getirmek” fiilinin anlamını irdeledi. Bir önlemin temel belgeye “ilave getirip getirmediğini” belirleme yaklaşımı, gelecekteki önlemin Komisyona takdir alanı bırakarak kanunun çerçevesini değiştiren yeni önemsiz kurallara özellikle ekleme yapıp yapmadığını değerlendirmektir. Eğer bu durum gerçekleşirse, önlem temel belgeye “ilave getirecektir” ve yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf rejimi daha sonra tekrar gerekli olacaktır. Diğer taraftan, önlemler sadece temel belgenin mevcut kurallarını yürürlüğe koymayı amaçlamışsa, bu önlemler ek önlemler olarak anılmamalıdır ve böylece, uygulama tasarrufu rejimi kullanılabilir.

Artık dil problemi olarak adlandırdığım konuyu değerlendirebiliriz: Tüm ikincil önlemler temel veya birincil eyleme bazı eklemeleri içermektedir. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun (AET) kuruluşundan itibaren binlerce ikincil önlem kabul edilmiştir. Paradigma durumunda, ikincil önlemler genel uygulama niteliğindedir ve birincil kanunun bir maddesinin

<sup>4</sup> Implementation of Article 290 of the Treaty on the Functioning of the European Union COM(2009) 673 final.

<sup>5</sup> Komisyona verilen uygulama yetkilerini kullanma usullerini koyan 1999/468 no.lu Kararı tadil eden 2006/512 no.lu Karar[2006] OJ L200/11.

anlamına daha fazla kesinlik katar. Bu yüzden, örneğin, tarımla ilgili karmaşık bir birincil kanun olabilir ve ikincil bir önlem, örneğin birincil tüzük uyarınca para ödeyen kurumların bağımsızlığı için gerekliliklere ilişkin birincil kanunun ilk bölümünü ayrıntılı bir şekilde belirtir. Bu tür önlemler, birincil kanuna açık bir şekilde “bazı şeyler katmaktadır.” Uygulamanın yeknesak koşullarının salt ayrıntısı, yasama işlemindeki yetki veren hükme “bazı şeyler” katacağından bu durum, Lizbon sonrası dünyada uygulama tasarrufu olarak sınıflandırılan her türlü önlem için eşit ölçüde doğru olacaktır.

Bu yüzden, temel mesele eklenen şeyin yasama işlemine “ilave getirdiğinin” kabul edilip edilmemesidir. İster istemez bu durum, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayrımın aşağıdaki değerlendirmeye bağlı olduğu ve aşağıdaki değerlendirmeyi gerektirdiği anlamına gelir. Bu kriter, Lizbon planından kaynaklanan kriterdir<sup>6</sup>.

Yasama işlemindeki maddenin ilgili konuları yeterli derecede çözdüğü düşünülebilir. Sonuç olarak, ikincil önlem, kanun maddesini açık bir şekilde daha fazla doldurmasına ve böylece “bazı şeyler eklemesine” karşın, 290’ıncı maddeye başvurulmasına neden olmak için her türlü önemsiz “yeni” unsuru ekleyerek maddeye ilave getirmez ve böylelikle 291’inci madde kullanılabilir.

Diğer durumlarda, yasama işlemindeki ilgili maddenin daha az belirgin olduğu düşünülebilir. Sonuç olarak, yasama işlemi 290’ıncı madde uyarınca kanuniliği için gerekli ilkeler konusunda yeterli rehberliği sağlamış olsa da, ikincil önlem, önemsiz “yeni” tedbirleri ekleyerek ilgili maddeye “ilave getirmiştir.” Bu yüzden, 290’ıncı madde kullanılmalıdır.

Yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayrım bir önceki tespite bağlıdır. Bu durumun tatmin edici olduğunu düşünmek zordur. Bu tespitin ABIDA’nın 290’ıncı maddesine mi yoksa 291’inci maddesine mi dayandırılması gerektiğine ilişkin kurumlararası uyuşmazlıkları oluşturma eğilimi vardır. Yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu konusunda işleyen farklı kontrollerin normatif temelinin yerindeliğini sorgular. Eylemlerin yan yana olmasının bazı örnekler hakkında oldukça kısıtlı neden gösterdiği durumlar kaçınılmaz bir şekilde olacaktır. Örneğin, yasama

<sup>6</sup> Craig, *The Lisbon Treaty*, 2010, Ch.7.



işlemine “ilave getirilmesi”, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarrufuna ihtiyaç duyulması yönünde “yeni” önemsiz unsur olarak görülmelidir. Yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarrufu gerektiğinde ki diğer durumlarda böyle değildir, uygulama tasarrufu kullanılabilir.

Bu nokta daha açık bir şekilde belirtilebilir. Önceki kriteri kullanarak 290’ıncı maddeye başvurulmasını gerekli kılmak amacıyla “yeni” önemsiz unsurları ekleyerek temel belgeye “ilave getirmek” için ikincil bir önlem kararına varılmasının gerekip gerekmediğini bağımsız bir şekilde düşünmeleri üzere 20 uzmanı ele alın. Sonuçları ve gerekçeyi karşılaştırın.

Bu ince çizginin siyasi sonuçları aşağıda dikkate alınacaktır. Önceki ikilem çevresinde “bazı” hukuk yollarının bulunabileceği savunulabilir. Hukuki yönden düşünmek son derece yaratıcıdır ve bu yüzden birtakım çözümler önerilebilir. Tahmin edilemeyeni tahmin etmeye çalışmayacağım. Bu konuda yalnız şu kadarı söylenebilir. Bu ikileme yönelik her türlü “hukuki” çözüm en azından bir dereceye kadar pragmatik, metinsel ve normatif olarak sürdürülebilir olmalıdır.

50

**\*674** Mesela bu yüzden, uygulama için yeknesak koşulların gerektiği durumlarda, uygulama tasarrufunun temel bir eylemi tadil etmesine veya bu eyleme ilave getirmesine izin verilmesi gerektiği doğrultusunda kabul edilen argüman, metinsel ve normatif yönden başarısızlığa uğramaktadır<sup>7</sup>. Bu tür bir argümanın Antlaşmanın üslubunda bir dayanağı bulunmamaktadır ve iki ikincil önlem türü arasındaki ayrımın tam gerekçesini normatif açıdan zayıflatmaktadır.

Alternatif bir “çözüm”; yukarıda tanımlanan ikilemin asıl nedeni olan ve temel kanuna “bir şeyler katan” tüm ikincil önlemleri inkâr etme girişimi olabilir. Kuşkusuz sorun, böylesi bir argümanın anlam ifade etmemesidir. İkincil önlemler açık bir şekilde bir şeyler katmakta, böylece aksini iddia etmek adeta gerçekten uzaklaşmaktır. Şayet birisi bu tür bir argümanda bulunma eğiliminde olsaydı, o zaman bu kişi uygulama için yeknesak koşulları belirten ve bununla birlikte, temel eylemin ilgili hükmüne bir şeyler katmayan ikincil önlem örnekleri verme yükümlülüğünde olacaktı.

Yarı-yasama/idari ayrımı genel atfını esas alan her türlü “çözüm”, farklı nedenlerden dolayı da olsa eşit ölçüde sorunludur. Tali eyleme ilişkin olarak, bilgisi olmayan gözlemci bir yana, bilgisi olan bir gözlemcinin

<sup>7</sup> Craig, *The Lisbon Treaty*, 2010, pp.279-280.

önlemin 290 veya 291'inci maddelerinin kapsamına girip girmediğine karar vermesini sağlayan sanki bir sihirli değnek varmış gibi “yasama/yarı-yasama niteliğinde” ve “idari nitelikte” gibi ifadelerde bulunmanın, bu ifadelerin ayırım konusunda karar verilmesinde belirli veya tahmin edilebilir bir temel sağlayamamasından dolayı bir anlamı bulunmamaktadır. Bu tür dayanaksız ifadeler sadece altta yatan asli meseleyi saklar ve bu meseleyi çözmez. Söz konusu ifadeler her ikisi de genel nitelikte olan ve temel kanuna bir şeyler katan iki ikincil önlemin kontrol ve gözetim rejimi açısından neden farklı bir muameleye tabi tutulması gerektiğine dair hiçbir açıklama sağlamaz. Bu soruya yönelik her türlü cevap, doğrudan veya dolaylı olarak, tadilin ya da ilavenin anlamına götürür.

Aynı durum, ikincil bir önlemin bir yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf mu yoksa uygulama tasarrufu olarak mı sınıflandırılmasını belirlemek amacıyla iki eylem türü arasındaki ayırımın bir dizi faktöre bağlı olmasını sağlayacak olan “işlevsel testler” için de geçerlidir. Her iki ikincil önlem türünün bu paradigma durumunda genel uygulama niteliğinde olacağı ve temel eyleme bazı şeyler katacağı dikkate alındığında, tadil/ilave dışında bu faktörler dizisinin ne olacağı açık değildir. Bu türden herhangi bir “testin” belirsizliği, kaçınılmaz şekilde, ilgili bir üçüncü şahıs bir yana, kurumsal aktörlere oldukça kısıtlı bir rehberlik sağlayacağı anlamına gelir ve belirli bir kurumsal aktörün istenen emirlerine araçsal olarak hizmet etmek olarak yorumlanır.

### *Zamansal problem*

İkinci problem, ilkinden daha az belirgindir, ama ilkiyle eşit ölçüde önemlidir. Herhangi bir taslak önlem yasalaşmadan önce değişebildiğinden ve bu durumun önlemi yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf kategorisinden uygulama tasarrufu kategorisine veya aksi yöne doğru getirebileceğinden dolayı, bir tali önlemin alınmasına kadar, önceki kriter uyarınca ikincil bir önlemin yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf veya uygulama tasarrufu kategorisine girip girmediğine kesin olarak karar vermek zordur. Yeni Komitoloji Tüzüğü'nün taslak uygulama tasarrufuna geçmek için çeşitli olanakları bulunmaktadır. Komisyonun uygulama tasarrufu yapma yetkisini aşip aşmadığını kontrol etmek için tek mekanizma 11'inci maddede bulunur. Ancak bu maddenin kullanımıyla ilgili bazı kısıtlamalar mevcuttur ve bu madde öncelikli olarak yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayırma yönelik değildir.

Bununla birlikte, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki seçim ilk aşamada yapılacaktır. Bunun nedeni, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarruflarını yapma usullerinin oldukça farklı olmasıdır. Yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf Konsey veya Avrupa Parlamentosu tarafından 290'ıncı maddede yapılan olay öncesi ve sonrası kontrollere tabidir. Uygulama tasarrufları gözden geçirilmiş komitoloji usulüne tabidir. Tehlike şu ki, bir taslak önlemin örneğin uygulama tasarrufu olarak sınırlandırıldığı zaman ve gözden geçirilmiş komitoloji usulü devreye girdiğinde, Komisyon bu süreçle yapılan her türlü değişikliğin “yeni” önemsiz unsurların girişi vasıtasıyla yasama işlemine “ilave getirmeyi” \*675 içerdiğini kabul etmekten çekinecektir. Çünkü bu durum eylemin, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf olarak kabul edilmesi anlamına gelecektir.

#### *Kurumsal problem*

Lizbon planıyla ilgili üç kurumsal sorun vardır. Bu sorunlar birbiriyle ilgilidir ama birbirinden ayrılır. İlk sorun, ikinci ve üçüncüden daha belirgindir.

52

İlk olarak, Lizbon rejimi daha büyük kurumsal karmaşıklığa neden olacaktır. 291'inci madde uyarınca kurulan ve önceden olduğu gibi listelenecek olan komitoloji komiteleri olacaktır. Bununla birlikte, Ortak Anlayışta kabul edildiği üzere, Konsey ve muhtemelen Avrupa Parlamentosu tarafından bu kurumların veto yetkilerini kullanıp kullanmayacağına karar vermelerini sağlamak için pek çok danışma komitesi bulunacaktır ve bu tür komitelerin bilinmesi veya listelenmesi için resmi bir mekanizma yoktur. 290'ıncı madde komiteleri 291'inci madde uyarınca oluşturulan komitelerden ayrı ve üyelikleri farklı olacaktır.

İkinci olarak, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufları arasındaki ayırım için Antlaşma kriterlerini uygulamadaki zorluklar, hemen hemen, asli kurumsal aktörlerin, kontrollerini maksimum hale getirmek için ikincil önlemleri kategoriye ayırma amacıyla olacağı anlamına gelecektir. Bunun nasıl olacağı belirsizliğini korumaktadır. Örneğin, 290. madde uyarınca resmi bir veto yetkisi bulunmamasına ve yeni Komitoloji Düzenlemesinin Konseye herhangi bir başvuru imkânı vermemesine rağmen, Konsey önlemlerin yasaların uygulanması olarak kategorize edilmesine rıza gösterebilir.

Bunun nedeni, 291'inci madde yolunun Üye Devlet temsilcilerine önlemin alınmasında resmi ve ayrıntılı bir girdi olanağı vermesidir. Ayrıca, Konsey sıfatıyla Konseye önceden sahip olduğu gözetim rolü verilmezken, siyasi gerçek, aşağıda görüleceği üzere, işlerin farklı bir şekilde sonuçlanacak olmasıdır. Diğer taraftan, veto yetkisini içeren maddenin 290'uncü madde olması ve 291'inci maddenin Avrupa Parlamentosuna sunacağı çok az şey olmasından dolayı Avrupa Parlamentosunun, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf kategorisinde daha fazla önlemin bulunması için baskı yapması olasıdır.

Üçüncü olarak, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufları arasındaki yeni ayırım asli kurumsal aktörler tarafından değerlendirildiği üzere maksimum siyasi yarar için kullanılırsa, o zaman bu durum iki eylem türü arasındaki ikiliğin tam gerekçesine zarar verir. Siyasi gerçeklik, uygulamada ayırımın iki eylem türü arasında gerçek bir fark bulundurmamasıysa, ancak bu ayırım kurumsal yarar için araçsal olarak kullanılıyorsa, bu durumda yeni Antlaşma planının bu kısmının tam gerekçesinin doğruluğu sorgulanır.

#### *Geçici sınıflandırma problemi*

53

Şeytan daima ayrıntıda gizlidir. Sadece detayın nerede bulunduğuna bağlıdır. Bu örnekte, yeni Komitoloji Tüzüğündeki aralıklarda bulunur. 12'inci madde 1999/468 Kararını yürürlükten kaldırmakta; ancak 5(a) maddesinin sonuçlarını muhafaza etmektedir. Böylelikle, incelemeye tabi yasama usulüne bağlı olan eylemler için 5(a) maddesinin sonucunda ilerlemenin devamlılığı sağlanacaktır. 182/2011 Tüzüğünün 13'üncü maddesi; bazıları yeni danışma usulüne, bazıları yeni inceleme usulüne tabi olan geçici hükümleri içermektedir.

Önceden yönetim ve düzenleyici usule tabi olan binlerce ikincil önlemin bundan böyle uygulama tasarrufu olarak kabul edileceği varsayımı vardır. Bu yüzden, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki devam eden ayırım, şimdiye kadar var olan kategorileşmeyle güçlü bir şekilde şekillenecektir.

Bu şekilde sınıflandırma yapmanın doğru olduğu savunulabilir. Bu tür bir argüman şu gerekçeye dayanır. Lizbon öncesi dünyada incelemeye tabi yasama usulüne bağlı olmayan her türlü önlem, temel belgeyi tadil etmemiştir veya buna ilave getirmemiştir. Lizbon sonrası dünyada \*676, bu yüzden, bu tür önlemlerin yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf olarak değil uygulama tasarrufu olarak kabul edilmesi doğrudur. Bu akıl

yürütme düzgündür, ancak aşağıdaki nedenlerden dolayı eksiklikleri bulunmaktadır.

İlk olarak, 5(a) maddesinde incelemeye tabi yasama usulünden bahsedilmesi kriteri, temel belgenin ortak kararla yapıldığı ve genel kapsamdaki ikincil önlemin bunu tadil ettiği veya yeni önemsiz unsurların eklenmesiyle buna ilave getirdiği yönündedir. Bu yüzden, bu usul, ikincil önlemin aksi takdirde temel eylemi tadil ettiğinin veya bu eyleme ilave getirdiğinin kabul edilip edilmeyeceğine bakılmaksızın, temel kanunun ortak kararla geçmediği yerde uygulanamazdı. Sorun doğrudan doğruya açıktır. Lizbon Antlaşması şu anda olağan ikincil önlemler olan ortak karar kapsamını birçok yeni alana doğru genişletmiştir. Bu tür alanlardaki ikincil önlemleri kendiliğinden uygulama tasarrufu olarak görülmesinin gerekçesi azalmaktadır. Bu şekilde kabul edilebilir ya da edilmeyebilir. Her halükarda varsayımda bulunamayız. İlgili önlemin temel eylemi tadil ettiğine veya bu eyleme ilave getirdiğine yukarıda tartışılan şekilde karar vermek zorundayız.

54

İkinci olarak, yönetim ve düzenleyici usule tabi olan her şeyin düzgün bir şekilde uygulama tasarrufu olarak kabul edilmesi temel dayanağı yalnızca 2006 yılında komitoloji usulüne yapılan değişiklikler ışığında müktesebat tashihiinin yeni Komitoloji Tüzüğünden önce tamamlandığının varsayılmasıyla anlam kazanır. 1999 komitoloji rejimine yapılan 2006 tadili, şimdiye kadar yönetim veya düzenleyici usule tabi olan ikincil önlemlerin, bu tür önlemlerin ortak karar yoluyla temel kanun uyarınca geçmesi ve eylemi tadil etmesi veya bu eyleme ilave getirmesi sebebiyle incelemeye tabi yasama usulüne yükseltilmesinin gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesini talep etmiştir. Değerlendirme ve yükseltme görevi üstlenildi<sup>8</sup>. Bununla birlikte, Avrupa Parlamentosunun bir ilke kararından açık olduğu üzere bu süreç en azından 2008 yılına kadar hala devam etmekteydi<sup>9</sup>. Bununla birlikte, Komisyon Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden önce incelemeye tabi yasama usulüne uyarlanmamış yasama işlemi uyarınca yetkilerin,

<sup>8</sup> Antlaşmanın 251'inci maddesinde yer alan usule tabi olan bazı enstrümanları, incelemeye tabi yasama usulü bakımından 1999/468 no.lu Konsey Kararına uyarlayan 1137/2008 no.lu Tüzük—İncelemeye tabi yasama usulüne uyarlama—Kısım Bir [2008] OJ L311/1. Ayrıca bkz. 219/09 [2009] OJ L87/109 no.lu Tüzük; 596/2009 [2009] OJ L188/14 no.lu Tüzük

<sup>9</sup> Hukuki fiillerin yeni Komitoloji Kararına Uyumlaştırılması. Hukuki fiillerin yeni Komitoloji Kararına uyumlaştırılması hakkında Komisyona tavsiyelerle birlikte 23 Eylül 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ilke kararı (2008/2096(INI) [2010] OJ C8E/22.

gerektiği takdirde, 290'ıncı madde uyarınca yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf rejimine uyarlanacağını belirtmektedir<sup>10</sup>.

Üçüncü olarak, yönetim ve düzenleyici komite usulüne tabi olan her şeyin haklı olarak uygulama tasarrufu olarak düşünüleceğine dair temel dayanak sadece üstlenilen yükseltme sürecine değil, ayrıca bu sürecin yürütülmesi şekline bağlıdır. Bazı durumlarda bu tartışmalı değildi. Bu nedenle, Komisyona tali bir önlem vasıtasıyla 251 AT maddesi uyarınca geçen bir temel eylemi tadil etme yetkisi verildiği takdirde, bu durum incelemeye tabi yasama usulüne yükseltilmesini açıkça tetiklemiştir. Bu yükseltme işleminde önemsiz yeni bir unsurun eklenmesiyle ilave fikrine yapılan yorum hakkında bir fikir belirtmek daha zordur. Böylelikle, müktesebatın salt iki “yığın”’a bölündüğü gerçeği, ikincil bir eylemin temel eyleme ilave getirip getirmediğine dair çok önemli bir tespitle bulunulmasında kullanılan kritere çok az işaret etmektedir.

Son olarak, incelemeye tabi yasama usulü ve diğer komitoloji usulleri arasındaki ayrımı tespit etmek için kullanılan kriterlerin, her ne kadar bu ayırım uygulansa da, Lizbon sonrası dünyada kusursuz bir şekilde saptanabileceği yönünde kendiliğinden bir varsayımda bulunulmamalıdır. Avrupa Parlamentosu Lizbon öncesi uyum sürecinin yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasında gelecekteki ayırım için tam bir emsal olarak kabul edilemeyeceğini belirtirken bu noktadan bahsetmiştir<sup>11</sup>. Bu noktada zorlama vardır. İncelemeye tabi yasama usulü ve diğer komitoloji usulleri arasındaki ayırım önemliydi. Ancak Avrupa Parlamentosunun amacı kesinlikle doğrudur. Yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayırım Lizbon Antlaşması uyarınca daha çok önemlidir. Bunun nedeni kısmen 290'ıncu ve 291'inci maddelerde bulunan farklı kontrol ve hesap verebilirlik rejimleri \*677 açısından, bölünmenin sonuçlarının daha kapsamlı olmasıdır. Bir dereceye kadar bu ayırım şu anda asli Antlaşmada somutlaşmıştır ve her şeyin ötesinde anayasal bir önemi bulunmaktadır.

### *Şekilcilik sorunu*

Yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayrımla ilgili son sorun, normlar hiyerarşisi bakımından Antlaşma planının şekilciliğinden kaynaklanır. 290'ıncı madde, yasama işlemi uyarınca yapılan yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf şartına

<sup>10</sup> Council 5768/11, February 7, 2011.

<sup>11</sup> Alignment of Legal Acts to the new Comitology Decision [2010] OJ C8E/22, Recitals, K, L.

bağlıdır. 289'uncu maddede yasama tasarrufunun tanımı, şeklindedir. Bu tasarruf olağan veya özel yasama usulü tarafından yapılır.

Rekabetle ilgilenen ABIDA'nın 103 ve devlet yardımıyla ilgilenen 109'uncu maddeleri gibi önemli Antlaşma hükümleri vardır. Bu hükümler, olağan yasama işlemi kategorisine girmeyen açılardan tüzük yapma yetkisini verir ve maddelerin özel yasama işlemi kategorisine girip girmediği tartışılabilir<sup>12</sup>.

Bu alanlardaki asli kanununun özel yasama işlemi olarak kabul edilemediği durumlarda 290'ıncı maddenin kullanılması için emsal koşulu ortadan kalkar. Sonuç, her türlü ikincil önlemin asli kanunu tadil etse veya bu kanuna ilave getirirse bile 291'inci madde yoluyla yapılması zorunda kalınacağıdır. Bu alanlardaki asli önlemlerin önemli politika ve değer konularını kapsadığından ve sadece 290'ıncı madde usulüyle tadil edilebileceğinden veya ilave getirilebileceğinden dolayı bu durum ilke olarak hatalı olabilir.

### **Yeni Komitoloji Tüzüğü**

56 Bu zamana kadarki tartışma, Lizbon sonrası rejimde yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayırımı mevcut zorluklarla ilgili olmuştur. Bu ayırımın önemi, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufuna uygulanan oldukça farklı kontroller dizilerinin gerçekleştirilmesiyle iyice belirgin hale gelmiştir.

291'inci madde uyarınca uygulama tasarrufları için yeni komitoloji planı 182/2011 Tüzüğünde bulunmaktadır. Bunu izleyen analiz, Tüzüğü ve bunu şekillendiren siyasi güçleri ayrıntılı bir şekilde inceleyecektir. Sadece Komisyonun orijinal önerisini<sup>13</sup> bitirterek ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyindeki sonraki görüşmelere dikkat ederek, Komisyonun itiraz ve yeni Tüzüğün geçmesini sağlamak için yapmak zorunda olduğu tashih alanları takdir edilebilir.

*İki genel usul: aralarında seçim yapma kriterleri*

182/2011 Tüzüğü önceden var olan komitoloji rejimini basitleştirmiştir. Danışma ve inceleme usulü olmak üzere şu anda aşağıdaki yorumlara

<sup>12</sup> Craig, *The Lisbon Treaty*, 2010, pp.257-258.

<sup>13</sup> Komisyonun uygulama yetkilerinin Üye Devletler tarafından kontrol edilmesi mekanizmalarına ilişkin kurallar ve genel ilkeleri koyan bir Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü önerisi. COM(2010) 83 nihai.

tabi olan iki temel usul bulunmaktadır. Ancak bu görüntü, nitelikler yoluyla ve Tüzüğün 8’inci maddesinin ayrıca acil durumlar nedeniyle uygulama tasarruflarının anında uygulanabilir olmasını teminen önlem aldığı için ilk izlenime göre daha karmaşık bir hal alır.

İkinci madde, ilgili usullerin ne zaman uygulanacağını belirtir. İkinci maddenin birinci fıkrası, temel eylemin gerekli uygulama tasarrufunun niteliği veya etkisini dikkate alarak, danışma veya uygulama usulünü öngörebildiğini ifade eder.

**\*678** Ancak inceleme usulünün zorunlu olduğu durumlar haricinde kullanılacak olması bakımından danışma usulünün varsayılan usul olması 2(3) maddesinde açıktır<sup>14</sup>. 2(3) maddesi ayrıca inceleme usulünün zorunlu olduğu hallerde bile danışma usulünün “gerekçelendirilmiş durumlarda” kullanılabileceğini öngörür. Bu anlaşılmaz ifadeye verilen tam anlam hala belirsizliğini koruyor. Tüzüğe yapılan 15’inci Beyan, danışma usulünün inceleme usulünün olmadığı “veya bu usulün daha uygun görüldüğü durumlarda” uygulanması gerektiğini belirterek bu konuda sınırlı bir yardım sağlamaktadır. Bu ifade 182/2011 Tüzüğünde birçok yerde geçiyor, ancak kullanılan içerik, görüleceği üzere, çok farklıdır.

Danışma usulü kullanımının “uygun şekilde gerekçelenmiş” olduğunu kimin tespit ettiği belirsizdir. Bu eylemin uygulama tasarruflarının geçmesine izin veren yasama işleminde yapıldığı muhtemeldir. Ancak Konsey ve Avrupa Parlamentosunun 2(3) maddesindeki istisnai harekete geçirmeleri ve şimdiye kadar bilinmeyen uygulama tasarruflarının ne olduğu konusunda yeterince öngörülü olmaları nadir bir durum olacaktır. Büyük bir olasılıkla danışma usulünün “usulüne uygun olarak gerekçelenmiş” olduğunu ve böylelikle inceleme usulünün yerini aldığını savunan Komisyon olacaktır ve aslına bakılırsa, bu ifadenin tam olarak dâhil edilmesi, Komisyonun mümkün olan ölçüde daha az zahmetli bir danışma usulüne başvurma isteğinin bir göstergesidir.

Bu durum böyle bir başvurunun mümkün olup olmadığına nihai olarak kimin karar vereceği meselesini açıkta bırakmaktadır. İlgili komitoloji heyeti, danışma usulünün aslında usulüne uygun olarak gerekçelendirir ve inceleme usulünden bu usule geçmeyi kabul etme sinyalleri verirse, o zaman şüphesiz danışma usulü kullanılacaktır. Kuşkusuz daha zor bir

<sup>14</sup> Komisyonun uygulama yetkilerini Üye Devletler tarafından kontrol edilmesi mekanizmalarına ilişkin kurallar ve genel ilkeleri koyan bir Tüzük önerisi. COM(2010) 83 nihai md. 2(3).



durum, Komisyonun “uygun şekilde gerekçelendirilmiş” şartına başvurma isteğinin belirli bir uygulama tasarrufu için inceleme usulünde devam edilmesini isteyen komitoloji heyetinin muhalefetiyle karşılaşmasıdır. 182/2011 Tüzüğü’nün mantığı, Komisyonun komitoloji heyetinin iradesine karşı inceleme usulünden danışma usulüne geçişi “hukuken zorlamasını” sağlaması için karar özerkliği olduğunu gösterecek hiçbir şey bulunmadığı için inceleme usulünün geçerli olduğu şeklinde olmalıdır. Bu durumun siyasi açıdan nasıl gelişeceği ise tamamen başka bir meseledir.

2(2) maddesi “özellikle” inceleme usulünün kullanılmasının gerektiği yerleri belirtir ve yönetim ile düzenleyici usullerin kullanımı için 1999 Komitoloji Tüzüğü’nde belirtilen örneklerden yararlanır<sup>15</sup>. Böylece 2(2)(a) maddesi inceleme usulünün genel kapsamlı uygulama tasarrufuna ilişkin olarak uygulandığını belirtir. Ardından 2(2)(b) maddesi de inceleme usulünün kullanılmasının gerektiği diğer eylemleri listeler. Bu eylemler büyük yansımaları olan programlara; ortak tarım ve balıkçılık politikalarına, çevre, emniyet ve sağlık güvenliği veya insan, hayvan, bitkilerin sağlığın korunması ve güvenliği, ortak ticaret politikası ve vergilendirmeye ilişkin eylemlerdir.

58

Bu yüzden, 2’inci maddede bulunan daha titiz inceleme usulü kriterlerinin bir kısmı eylemin niteliği, genel kapsamlı uygulama tasarrufu veya büyük yansımaları olan programlarla; bir kısmı ise tarım, balıkçılık, vergilendirme vb. gibi belirli alanlarla ilgilidir. Net etki, danışma usulünün, inceleme usulünün gerekli olmadığı durumlarda uygulanması bakımından varsayılan usul olmasına rağmen, inceleme usulünün kendisinin, hem bireysel hem de bir bütün olarak bakıldığında, 2(2)’deki inceleme usulü uygulama kriterlerinin geniş olmasından dolayı uygulama tasarruflarının geniş kapsamına ilk bakışta uygulanabilir olmasıdır. Örneğin bu yüzden, birçok uygulama tasarrufu geniş kapsamlı olacaktır. Daha özel olarak, inceleme usulü uygulama kriterinin, uygulama tasarrufunun kendisinin önemli etkileri olmasından ziyade ilgili olduğu programın bu tür yansımaları olmasını talep etmesinden dolayı büyük etkileri olan programlara ilişkin birçok uygulama tasarrufu olacaktır.

<sup>15</sup> Komisyona verilen uygulama yetkilerini kullanma usullerini koyan 99/468 no.lu Karar md. 2 [1999] OJ L184/23.

\*679 2(2) maddesindeki inceleme usulü için kriterlerin uygulanması, özellikle belirli mevzu alanlarıyla ilgili olmayan kısımlarda doğaları gereği, örneğin bir programın önemli etkileri olup olmadığına dair büyük bir takdir alanı bırakacaktır. Komisyonu cezbeden şey, şüphe duyduğu hallerde, belirli uygulama tasarrufunu daha az talepkar danışma usulüne doğru sürüklemek veya ilk bakışta inceleme usulüne tabi olan bir uygulama tasarrufunun danışma usulü yoluyla ele alınabileceği “uygun şekilde gerekçelendirilmiş” şartına başvurma isteği olabilir.

*Danışma ve inceleme usulleri: ortak hükümler*

3'üncü madde danışma ve inceleme usulünde ortak olarak kullanılan belli hükümleri belirtir. Böylece, her iki durumda, Komisyona, Komisyon temsilcisi tarafından başkanlık edilen Üye Devlet temsilcilerinden oluşan bir komite destek olur; ancak başkan komite oylamasına katılmaz.

Başkan Komisyon tarafından kabul edilmek üzere taslak uygulama tasarrufunu komiteye sunar ve “uygun şekilde gerekçelendirilmiş” durumlar haricinde, taslak uygulama tasarrufunun ve taslak gündemin komiteye sunulmasından itibaren ve 14 günden az olmamak koşuluyla bir komite toplantısı yapar. Komite, meselenin aciliyetiyle uygun olacak şekilde başkan tarafından belirtilen zaman sınırı içerisinde taslak uygulama tasarrufu konusundaki görüşünü bildirir. Bununla birlikte, 3(3) maddesi “zaman sınırının orantılı olacağını ve komite üyelerine taslak uygulama tasarrufunu incelemeleri ve görüşlerini ifade etmeleri için önceden ve etkili olanaklar sağlayacağına” açıklık getirir.

3(4) maddesi, işlemlerin kontrolünü ellerinde tutmaya devam etmeleri için Komisyona izin vermesi yönünden önemlidir. Bu madde komite görüş bildirene kadar herhangi bir komite üyesinin tadil önerilerinde bulunabileceğini ve başkanın taslak uygulama tasarrufunun tadil edilmiş versiyonlarını sunabileceğini öngörür. Bununla birlikte, başkan özellikle komitede geniş ölçüde kabul edilmiş olan önerilere ilişkin olmak üzere tartışmaların ve tadil önerilerinin dikkate alınış şekli konusunda komiteyi bilgilendirmekle görevlidir.

Sihirli bir ifade olan “uygun şekilde gerekçelendirilmiş” ifadesi bir kez daha 3(5) maddesinde görülmektedir. Bu durumda, bu ifade başkanın komitenin yazılı usulle görüşünü almasını haklı göstermek için kullanılır. Başkan taslak uygulama tasarrufunu komite üyelerine gönderir ve konunun aciliyetine göre bir görüş bildirilmesi için bir zaman sınırı koyar. Taslak uygulama tasarrufuna karşı çıkmayan veya bunun üzerine

zaman sınırı dolmadan oy vermekten açık bir şekilde kaçınmayan her komite üyesi, taslak uygulama tasarrufunu zımnen kabul etmiş sayılır. Bununla birlikte, yazılı usule başvurma olasılığı 3(5) maddesi tarafından şarta tabi tutulmuştur. Bu maddede, temel belgede aksi belirtilmediği müddetçe, yukarıda belirtilen zaman sınırı içerisinde, yazılı usulün başkanın bu yönde karar alması veya bir komite üyesinin talep etmesi durumunda sona erdiği belirtilir. Bu tür durumlarda, başkanın makul bir süre içerisinde bir komite toplantısı yapması gerekir.

#### *Danışma usulü*

Danışma usulü 4'üncü maddede belirtilir. İnceleme usulüyle karşılaştırıldığında danışma usulü basittir. Bu yüzden 4(1) maddesinde danışma usulünün uygulandığı yerlerde, komitenin gerektiğinde oylama yaparak görüşünü bildirdiği belirtilir. Komite oylama yaparsa, görüş komite üyelerinin basit çoğunluğuyla bildirilir. 4(2) maddesi danışma usulünün “danışma” niteliğini gösterir. Maddede aşağıdaki husus belirtilmektedir:

60

“Komisyon; komitedeki tartışmalardan çıkarılan sonuçlar ve bildirilen görüşleri dikkate alarak, kabul edilecek olan taslak uygulama emrine karar verir.”

\*680 Bundan dolayı, Komisyonun komitenin görüşüne bağlı olmadığı, ancak sadece bu görüşe “azami dikkat” vermesi gerektiği açıktır.

#### *İnceleme usulü*

Buna karşın, inceleme usulü daha fazla karmaşıktır ve bu usule ilişkin ilk Komisyon önerileri diğer kurumsal aktörler tarafından dile getirilen eleştiriler ışığında değiştirilmiştir.

5(1) maddesi; Komisyon'un önerisi üzerine kabul edilecek kararlar için, inceleme usulünün uygulanacağı yerlerde, Komitenin Avrupa Birliği antlaşmasının 16(4) ve (5) maddeleri ile uygun olan hallerde ABİDA'nın 238(3) maddesinde belirtilen çoğunlukla karar vereceğini öngörmektedir.

Üye Devlet temsilcilerinin komite üzerindeki oyları bu maddelerde belirtilen şekilde ağırlıklandırılır. 5'inci madde; komitenin taslak önlem lehine, aleyhine oy kullanıp kullanmadığına ya da hiçbir görüş bildirip bildirmediğine bağlı olarak farklı sonuçlar öngörür.

Komitenin olumlu oyu, hiç şartıcı olmayacak şekilde, en basit senaryodur. 5(2) maddesi komitenin önceki oylama kurallarına göre olumlu bir görüş bildirmesi halinde, Komisyonun taslak uygulama tasarrufunu kabul etmesini öngörür.

Komitenin olumsuz oy vermesi daha büyük bir karışıklığa yol açar. 5(3) maddesi komitenin olumsuz bir görüş bildirmesi halinde, Komisyonun bu tür durumlarda taslak uygulama tasarrufunu kabul etmeyeceğini düzenler. Bununla birlikte, bu durum dört şekilde sınırlandırılır:

İlk olarak, 5(3) maddesi; bir uygulama tasarrufunun gerekli görüldüğü yerlerde, başkanın, olumsuz görüşün verilmesinden itibaren iki ay içerisinde aynı komiteye taslak uygulama tasarrufunun değiştirilmiş bir şeklini sunabileceğini öngörür.

İkinci olarak, 5(3) maddesi; alternatif olarak, Komisyonun görüş bildirilmesinden itibaren bir ay içinde taslak uygulama tasarrufu üzerinde daha fazla düşünülmesi için itiraz komitesine sunabileceğini öngörür.

Üçüncü olarak, 7'inci madde; Komisyonun olumsuz bir görüş olsa bile tarım alanında pazarların önemli ölçüde aksama oluşmasından veya ABIDA 325'inci maddesinin anlamı dâhilinde Birliğin mali çıkarlarında risk oluşmasından kaçınmak için taslak uygulama tasarrufunun kabul edilmesinin gerekli olması halinde bu eylemi kabul edebileceği şeklinde olmak üzere 5(3) maddesinden sapılmasını içerir.

O halde Komisyon, kabul edilen eylemleri itiraz komitesine derhal sunar eğer komite kabul edilen eylem hakkında olumsuz bir görüş bildirirse Komisyon bu eylemi iptal etmelidir. İtiraz komitesi olumlu bir görüş bildirirse veya hiçbir görüş bildirmezse, eylem yürürlükte kalmaya devam eder.

Dördüncü olarak, aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde açıklanan 8'inci madde; 5'inci maddeden daha fazla istisna öngörmekte ve böylece, 8'inci maddedeki koşullara tabi olarak Komisyon acil durumlarda taslak kanunu kabul edebilmektedir.

Komitenin hiçbir görüş bildirmemesinin sonuçları da karmaşıktır. 5(4) maddesinde varsayılan durum, Komisyonun taslak uygulama tasarrufunu kabul edebilmesi veya tadil edilmiş bir versiyonunu komiteye sunabilmesidir. Bununla birlikte, bu varsayılan durum aşağıdaki özelliklere tabidir.

İlk olarak, Komisyonun taslak uygulama tasarrufunu kabul edemeyeceği durumlar 5(4) maddesinde sayılmıştır. Bunlar vergilendirme, mali hizmetler, insan, hayvan veya bitkilerin sağlığının korunması veya güvenliği ya da belirli çoklu önlemler ile ilgili uygulama tasarrufları; temel belgenin, görüş bildirilmemesi veya komite üyelerinin basit çoğunluğunun buna karşı çıkması halinde taslak uygulama tasarrufunun kabul edilemeyeceğini öngörmesi durumlarıyla ilişkilidir.

İkincisi, önceki paragrafta belirtilen hususlara ilişkin olarak taslak uygulama tasarrufunun kabul edilememesidir. Bunun nedeni, 5(4) maddesinin ilaveten aşağıdaki hususu öngörmesidir:

“Bir uygulama tasarrufunun, gerekli görüldüğü yerde ikinci bentte sayılı her bir durumda, başkan ya tasarrufun tadil edilmiş şeklini oylamadan itibaren 2 ay içinde aynı komiteye sunar ya da üzerinde daha fazla düşünülmesi için taslak uygulama tasarrufunu itiraz komitesine gönderir.”

\*681 Üçüncüsü, komitenin hiçbir görüş bildirmediği ve yukarıda listelenen hususlara ilişkin olarak taslak uygulama tasarrufunu kabul edememe durumu 7’inci madde tarafından daha fazla şarta tabi tutulmuştur: Komisyon, olumsuz bir görüş olsa bile, tarım alanında pazarların önemli ölçüde aksamasından veya ABIDA 325’inci maddesinin anlamı dâhilinde Birliğin mali çıkarlarında risk oluşmasından kaçınmak için taslak uygulama tasarrufunu kabul edebilir. Bu durum, Komisyonun kabul edilen kanunu yukarıda açıklandığı şekilde itiraz komitesine sunmasına bağlıdır.

Dördüncüsü, komite tarafından hiçbir görüş bildirilmemesi ve üyelerin basit çoğunluğunun taslak uygulama tasarrufuna karşı çıkması halinde, belirli anti dumping veya telafi edici önlemlerinin kabul edilmesi konusunda 5(5) maddesi 5(4) maddesinden sapılmasıdır. 5(5) maddesi bu tür durumlar için Komisyonun taslak uygulama tasarrufunu itiraz komitesine sunmasının ardından, aşağıdaki şekilde 6’ncı madde uyarınca görüşünü bildiren Komisyonun Üye devletlere danışma durumlarını kapsayan ayrı bir usul içerir.

Son olarak, 8’inci madde; Komisyonun belli koşullara bağlı olarak, acil durumlar sebebiyle bir kanunun derhal kabul etmesini sağlayan 4’üncü ve 5’inci maddelerden genel bir sapma göstermektedir.

### *Anında uygulanabilir uygulama tasarrufları*

Yukarıdaki tartışma, anında uygulanabilir uygulama tasarrufları ile ilgili Tüzüğün 8'inci maddesine değinmiştir. Şu anda bu tür tasarruflara ilişkin kuralları incelemek gerekir. Yeni Tüzük sadece danışma ve inceleme usullerini gerektirecek şekilde geliştirilmiş olmasına rağmen, anında uygulanabilir uygulama tasarrufuna ilişkin kurallar yeni komitoloji dünyasında prosedürün üçüncü bir tipini teşkil etmektedir.

8(1) maddesi; 4'üncü ve 5'inci maddelerden saparak, temel bir kanunun uygun şekilde gerekçelendirilmiş zorunlu nedenlerden dolayı, anında uygulanabilir tasarruf usulünün uygulanacağını öngörür. Bu durumda Komisyon, komiteye önceden sunulmadan derhal uygulanan ve temel tasarruf aksini öngörmedikçe (8(2) maddesi) altı ayı geçmeyecek şekilde yürürlükte kalan bir uygulama tasarrufunu kabul eder. Ancak, başkan kabul edilmesinden itibaren 14 gün içinde uygulama tasarrufunu görüşünü almak üzere ilgili komiteye sunmakla yükümlüdür. (8(3) maddesi). Şayet tasarruf inceleme usulünün uygulanacağı tasarruf ise ve komite olumsuz bir görüş bildirirse, o zaman Komisyon uygulama tasarrufunu iptal etmelidir. (8(4) maddesi). Bununla birlikte, geçici anti damping veya telafi edici önlemlere uygulanabilir özel hükümler bulunmaktadır. Komisyon Üye Devletlere danıştıktan veya çok acil durumlarda bu Üye Devletleri bilgilendirdikten sonra bu tür önlemleri kabul eder. (8(5) maddesi)<sup>16</sup>.

### *İtiraz komitesi*

182/2011 Tüzüğü için asıl Komisyon önerisi<sup>17</sup> itiraz komitesine dair hiçbir hüküm içermiyordu. Yeni komitoloji kurallarının bir parçası olarak bu tür bir komitenin dâhil edilmesi Avrupa Parlamentosu tarafından önerilen değişikliklerin bir neticesiydi<sup>18</sup>. Bu tür bir komitenin yeni komitoloji rejiminde tam olarak oynayacağı rol konusunda çetin mücadeleler verildi ve aşağıda görüleceği üzere, özellikle inceleme usulüne ilişkin olarak bu komiteye yeni planda önemli bir rol verildi.

3(7) maddesi; itiraz komitesinin Komisyonun önerisi üzerine, üyelerinin basit çoğunluğuyla kendi usul kurallarını kabul etmesini öngörmektedir.

<sup>16</sup> Üye Devletler sadece bilgilendirilecekse, istişareler Komisyon tarafından kabul edilen önlemlerin Üye Devletlere bildirilmesinden sonra en geç 10 gün içinde yapılır: 8(5) maddesi.

<sup>17</sup> COM(2010) 83 final.

<sup>18</sup> Committee on Legal Affairs, November 26, 2010, 2010/0051, Rapporteur József Szájer. See also Council, November 30, 2010, 16976/10.

Komite uygun şekilde gerekçelendirilmiş durumlar hariç ve başvuru tarihinden sonra \*682 en geç altı hafta içerisinde olmak üzere 14 gün içerisinde toplanmalıdır. Bir Komisyon temsilcisi itiraz komitesine başkanlık eder. Başkan, Üye Devletlerin ve Komisyonun yeterli düzeyde temsil edilmesini sağlamak için komiteyle yakın işbirliği içerisinde itiraz komitesi toplantısının tarihini belirler. Burada varsayılan kural, itiraz komitesinin başvuru tarihinden itibaren iki ay içerisinde görüşünü bildirmesidir.

İtiraz komitesinin daha genel çalışmaları 6'ncı maddede düzenlenmiştir. İtiraz komitesi, TEU 6(4) ve 16(5) maddeleri ve ABIDA 238(3) maddesi uyarınca nitelikli çoğunluk anlamına gelecek şekilde, 5(1) maddesinde öngörülen çoğunlukla görüşünü bildirir<sup>19</sup>. Bir görüş bildirilinceye kadar itiraz komitesinin herhangi bir üyesi taslak uygulama tasarrufuna değişiklik önerisinde bulunabilir ve başkan bu eylemde değişiklik yapıp yapılmamasına karar verebilir. Başkan, itiraz komitesinde mümkün olan en yüksek desteği alan çözümleri bulmaya çalışır. Başkan ayrıca tartışmaların ve özellikle de itiraz komitesinde geniş destek alan değişiklik önerileri konusundaki önerilerin dikkate alınış şeklini itiraz komitesine bildirir.

64

Daha sonra, 6(3) maddesi itiraz komitesinin olumlu görüş, olumsuz görüş bildirmesi veya hiçbir görüş bildirmemesi durumlarında neler olacağını belirtmektedir. Olumlu görüş bildirmesi halinde, Komisyon taslak uygulama tasarrufunu kabul eder. Hiçbir görüş bildirilmezse Komisyon da görüş bildirmeyebilir<sup>20</sup>. İtiraz Komitesi olumsuz bir görüş bildirirse, Komisyon taslak uygulama tasarrufunu kabul etmez.

#### *Komite işlemlerine dair bilgi*

Komitolojinin ilk yılları, ilgili komiteler ile ilgili şeffaflık eksikliğiyle göze çarpmıştı. Bu hususta yapılan eleştiri komitoloji sicilinin kurulmasına yol açmıştır<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Bu durum 6(5) maddesindeki şarta tabidir: 1 Eylül 2012 tarihine kadar itiraz komitesi nihai anti-damping ve telafi edici önlemler taslağı konusunda üyelerinin basit çoğunluğuyla görüşünü bildirir.

<sup>20</sup> Bu durum 6(4) maddesindeki şarta tabidir: 5(1) maddesinde öngörülen çoğunluk tarafından olumlu görüşün yokluğunda, kesin çok taraflı korunma önlemlerinin kabul edilmesi amacıyla 6(3) maddesinden sapılması yoluyla, Komisyon taslak önlemleri kabul etmez.

<sup>21</sup> Bakınız; <http://ec.europa.eu/transparency/regcomitology/index.cfm?CLX=en> [Accessed August 22, 2011].

10'uncu madde bu konudaki yeni kuralları düzenlemektedir. 10(1) maddesi; Komisyonun komite listesi, komite toplantıları gündemleri, Komitenin Üye Devletler tarafından kişilerin ait olduğu ve temsil etmeleri için görevlendirildiği makamlar ve örgütlerin listeleri, komiteleriyle beraber özet kayıtlar, komitelerin üzerinde görüş bildirmelerinin istendiği taslak uygulama kanunları, oylama sonuçları, komitelerin görüş bildirmesinin ardından nihai taslak uygulama kanunları, nihai taslak uygulama kanunlarının Komisyon tarafından kabul edilmesine dair bilgi ve komitelerin çalışmasına ilişkin istatistikî verileri içeren bir komite işlemleri sicilini tutması gerektiğini şart koşmaktadır. Komisyon, komitelerin çalışması konusunda yıllık bir rapor yayınlamalıdır<sup>22</sup>.

10'uncu madde; ayrıca hükümler bu konuda tam olarak açık olmasa da, bu bilgilere Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in erişimini düzenlemektedir. Bu suretle, 10(3) maddesi; Avrupa Parlamentosu ve Konseyin “uygulanabilir kurallar” uyarınca 10(1) maddesinde belirtilen bilgilere erişebileceğini öngörür. Ancak bu ifadenin anlamı açık değildir. Beyan 20'den genişletilerek bu, Komisyona uygulanabilir sınıflandırılmış belgelerin korunmasına ilişkin kuralların ayrıca, Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından sicil kullanımına uygulanması gerektiği anlamına gelebilir.

10(4) maddesi her durumda daha fazla belirgindir. Bu madde Komisyonun, komite üyelerine gönderildikleri aynı zaman içerisinde belli belgelerin Avrupa Parlamentosu ve Konseyin “kullanımına sunmasını” zorunlu kılar. Bu belgeler, komite toplantıları gündemleri, komitenin görüş bildirmesinin istendiği taslak uygulama kanunu ve komite görüşünün bildirilmesinin ardından nihai taslak uygulama kanunudur. Ayrıca 10(4) maddesi Komisyonun ek olarak Avrupa Parlamentosu ve Konseyini bu tür belgelerin bulunma durumu konusunda bilgilendirmesi gerektiğini belirtir.

**\*683 Halka açık bilgi**

Yeni rejim uyarınca halka açık bilgiyi ayırt etmek bir bakıma daha zordur. Ancak sonuçta oluşan görüntü, halka çok fazla şey sunuyor izlenimi vermemektedir.

<sup>22</sup> Tüzük 182/2011 madde 10(2).



10(5) maddesi; 10(1) maddesinde tüm belgelere yapılan “atıflar” ve istatistikî veriye ilişkin bilgilerin sicile kaydedilip halka açıklanmasını öngörür. O halde bu madde, “belgelere kamu erişimi konusunda ilkeler ve koşullar ile Komisyona uygulanabilir veri koruma kurallarının komiteye uygulanmasını” öngören 9(2) maddesiyle birlikte yorumlanmalıdır.

Bu suretle, 10(5) maddesi, 1999 Komitoloji Tüzüğü'nün 7(5) maddesinin esasını tekrarlarlarken 9(2) maddesi şimdiye dek 7(2)'de bulunan aynı lafza vurgu yapmaktadır. Ancak Bunyan'ın belirttiği üzere, Komisyon tarafından kurulan kamu sicili bu atıfları nadiren içermiştir ve ayrı komitoloji sicili bazı durumlarda listelenen ve bazı durumlarda listelenmeyen özet kayıtlarla düzensiz bir halde bulunuyordu<sup>23</sup>.

Sonuç aşağıdaki gibi görünmektedir. Daha önce gördüğümüz üzere, 10(3) maddesi, Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 10(1) maddesinde sayılan belgeler başta olmak üzere “bilgilerin” içeriğine erişeceğini öngörür. Bununla birlikte, halkın, 10(5) maddesi uyarınca, bu belgelere yapılan “atıflara” sadece komite işlemleri sicili yoluyla erişimi olacaktır. Komitelerin çalışmasına dair istatistikî verilerin halka sağlanacağı gerçeğine bağlı olarak, halkın belgelerin ayrıntılı içeriğine erişip erişemeyecekleri hususu ise şüphelidir.

#### *Avrupa Parlamentosu ve Konseyin İnceleme Hakkı*

ABIDA 291'inci maddesiyle ilişkili olarak Komisyonun konumu, uygulamanın her zaman kendisi ve Üye Devletler arasındaki bir mesele olduğu şeklindedir. Uygulama tasarruflarının gerekli olduğu durumlarda, ilgili komitelerde bulunanlar Üye Devlet temsilcileridir. Komisyon, Konsey ve Avrupa Parlamentosunun Lizbon rejimi dâhilinde hiçbir kurumsal rolü olmadığı kabul edilmiştir. Bu görüşün doğruluğu aşağıda dikkate alınacaktır. Ancak bu görüş komite işlemleri hakkında bilgi erişimiyle ilgili olanlar dışında Konsey ve Avrupa Parlamentosuna hiçbir hak vermeyen 182/2011 Tüzüğü<sup>24</sup> haline gelen asıl Komisyon önerisinde iddialı bir şekilde dile getirilmiştir. Daha fazla gözetim yetkisi baskısı

<sup>23</sup> T. Bunyan, “EU: Deepening the democratic deficit: the failure to “enshrine” the public's right of access to documents”, p.3, *Statewatch Analysis*, <http://www.statewatch.org/analyses/no-121-eu-access-to-documents.pdf> [Erişim Tarihi 22 Ağustos 2011].

<sup>24</sup> COM(2010) 83 final.

altında bulunan Konsey ve Avrupa Parlamentosu'ndan gelen baskı sonucunda bu durum, Tüzüğün geçmesi sırasında değişti<sup>25</sup>.

Sonuç, temel kanunun olağan yasama usulü uyarınca kabul edildiği hallerde, Avrupa Parlamentosu veya Konseyin dilediği zaman temel kanunda öngörülen uygulama yetkilerini aşmak için bir taslak uygulama kanununu düşündüğünü Komisyona belirtebileceğini öngören 11'inci maddede yer alır. Komisyonun, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin görüşlerini dikkate alarak, taslak kanunu gözden geçirme görevi bulunmaktadır.

11'inci maddenin dâhil edilmesi Avrupa Parlamentosu ve Konseyi için bir nevi zaferdi. Ancak bunun sınırlarının belirtilmesi gerekir. Görüldüğü üzere, Komisyon taslak kanunu geri çekmekten değil, sadece bu kanunu gözden geçirmekten sorumludur. Bu sınırlı yükümlülük ayrıca olağan yasama usulü yoluyla yapılan yasama işlemi uyarınca sadece uygulama tasarruflarına uygulanabilir. Yasama işlemlerinin çoğu Lizbon sonrası dünyada bu şekilde yapılacaktır. Bununla birlikte, 11'inci madde yükümlülüğünün özel yasama usulü yoluyla yapılan temel kanunlara uygulanmadığı hususunu açıklamak kolay değildir. 11'inci maddeye dayanak oluşturan normatif argüman \*684, yani olası yetki aşımı uygulama tasarruflarını kontrol etme, temel kanunun özel yasama usulüyle yapıldığı yerde eşit şekilde geçerli olacaktır.

Daha az belirgin ama eşit ölçüde önemli olabilecek gerçek ise; 11'inci maddenin, yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf uyarınca yapılan uygulama tasarrufları için geçerli olmadığı hususudur. ABIDA 291(2) maddesi yasal yönden bağlayıcı Birlik kanunları uyarınca uygulama tasarruflarının kullanımına yetki verir ve bu madde açık bir şekilde yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarrufları içerir. Bununla birlikte, 11'inci madde uygulama tasarrufunu takiben yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf durumunu kapsamaz. 11'inci madde temel yasama işleminde öngörülen uygulama yetkilerini aşmayan taslak uygulama kanunu açısından şekillendirildiği için bu ifadenin bu boşluğu doldurmak için genişletilmesi kolay değildir. Komisyona uygulama yetkisi vermiş olan bir yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarrufta 11'inci maddeye benzer bir hükmün eklenmesiyle bu boşluğun doldurulabileceği tartışılabilir. Komisyon bu tür bir hamleyle karşı koyabilir. Komisyon, hemen hemen

<sup>25</sup> Committee on Legal Affairs, November 26, 2010, 2010/0051, Rapporteur József Szájer; Council, November 30, 2010, 16976/10.

her zaman böyle bir harekete karşı koyabilir ve şunu düşünür; eğer uygulama yetkisi yetki devrine dayanarak çıkarılan bir tasarrufa istinaden veriliyorsa 290. madde Konsey ve Avrupa Parlamentosu'na böyle şartlar ihdas etmeye müsaade etmez.

### *Geçici hükümler*

12 ve 13'üncü maddeler sonuçları kısa bir şekilde özetlenebilecek olan geçici hükümleri içerir. 12'nci madde, 5(a) maddesi sonuçlarının muhafaza edilmesine tabi olarak, 1999/468 Kararını, buna atıfta bulunan temel kanunlar için incelemeye tabi yasama usulünü fesheder. Öyle görünüyor ki, bu eylemler Lizbon rejimine uyarlanacak ve ikincil önlemler bundan böyle yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf olarak kabul edilecektir<sup>26</sup>. 13'üncü maddenin sonucu, şimdiye kadar danışma usulü uyarınca yapılan önlemlerin 182/2011 Tüzüğü uyarınca bu şekilde yapılmaya devam edeceğidir. 13'üncü madde ayrıca önceden yönetim usulü ve düzenleyici usul yoluyla yapılan önlemlerin şu anda inceleme usulü yoluyla yapılacağını öngörür. Yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayırım için bu hükümlerin birbiri ile olan ilgisi yukarıda dikkate alınmıştır.

68

### **Yeni Komitoloji Tüzüğüne Dair Düşünceler**

Daha önceki analiz ABIDA 290 ve 291'inci maddeler arasındaki ayırımın mevcut zorluklarını ortaya çıkarmıştır. 182/2011 Tüzük tartışması yeni komitoloji rejiminin bazı karmaşıklıklarını göstermiştir. Bununla birlikte, yeni Komitoloji Tüzüğü'nün daha genel bir öneme sahip olan iki noktası bulunmaktadır.

#### *İki veya dört usul*

Yeni Tüzük, önceden var olan daha karmaşık usuller dizisiyle kıyasla, danışma ve inceleme usulleri olmak üzere şu anda sadece iki usul hipotezi temelinde daha fazla sadeliğe yol açacak şekilde geliştirilmiştir. Ancak bu basitleştirmenin gerçek anlamda nereye kadar gerçekleştirilmiş olduğu sorgulanabilir.

Bunun nedeni kısmen, 182/2011 Tüzüğü'nün, 8'inci maddenin açık ifadesinden anlaşıldığı üzere, anında uygulanabilir tasarruflara ilişkin kuralların diğer uygulanabilir danışma ve inceleme işlemlerinden farklılık göstermesinden dolayı üç farklı usule sahip olmasıdır.

<sup>26</sup> Council 5768/11, February 7, 2011.

Ancak, temel usullerin danışma ve inceleme olmak üzere ikiye indirilmesi konusunda şüphecilüğün nedeni daha az belirgin ancak pratik açıdan daha önemlidir. İşte bu sebeple \*685 inceleme usulünün işleyiş şeklindeki ayrıntılara daha yakından bakıldığında şimdiye kadar var olan yönetim ve düzenleyici usul arasındaki ayrım da daha çok belirginleşir.

İnceleme usulündeki ayrımın yönetim ve düzenleyici usuller arasındaki ayrımla tam olarak aynı olduğunu iddia etmiyorum. Gerçekte inceleme usulü içerisinde yeni ve eski rejimler arasındaki farkı azaltan iki yol olduğunu savunuyorum.

Kuşkusuz yönetim ve düzenleyici usul arasındaki temel farklılık, Konseye başvurulmasına neden olan kriterler açısından. Yönetim komitesi usulü durumunda, komite önlem aleyhinde oy verdiğinde bu durum meydana gelmiştir. Düzenleyici usul durumunda, tetikleyici neden, lehine oy kullanamamadır.

Yeni rejim, Konseye imkân dâhilinde hiçbir başvuru olmaması açısından eski rejimden açık bir şekilde farklıdır. Bu konu aşağıda dikkate alınacaktır. Ayrıca yönetim ve düzenleyici usuller tarafından önceden ayrı bir şekilde ele alınan önlemlere uygulanabilir inceleme usulü bakımından da farklılık arz etmektedir.

İnceleme usulüne ilişkin karmaşık kurallar dâhilinde komitenin önlem aleyhine oy vermesi veya bu önlem lehine oy kullanamamasına bağlı olarak uygulanan ve yürürlükte bulunan farklı rejimler bulunmaktadır. Yeni rejimin karmaşıklığından uzak durarak ve bu rejimin temel yapısını takdir ederek bu durum kolayca görülebilir.

Komitenin olumsuz bir görüş bildirmesi halinde, 5(3) maddesi Komisyonun taslak uygulama tasarrufunu kural olarak kabul etmeyeceğini öngörür. Ancak o zaman bu durum dört şekilde sınırlandırılır. Komite hiçbir görüş bildirmezse, 5(4) maddesindeki varsayılan durum, Komisyonun taslak uygulama tasarrufunu kabul edebileceğidir veya tadil edilmiş bir versiyonu komiteye sunabileceğidir. Ancak bu da yukarıda incelenen sınırlamalara tabidir.

Komitenin önlem aleyhine oy vermesine ya da hiçbir görüş bildirmemesine bağlı olarak farklı kuralların uygulanması gerçeği hiç de şaşırtıcı değildir. Bu durum, farklı özelliklere tabi olan farklı varsayım kurallarıyla birlikte inceleme usulü içerisinde aslında iki yol olduğu gerçeğini değiştirmez. Hiçbir görüş bildirilmemesi halinde, önceden

düzenleyici usul uyarınca olduğu gibi, olumlu bir oy ihtiyacını esas yönünden muhafaza ederek, önlemin kabul edilmemesi gerektiğini Konsey ve Avrupa Parlamentosu'nun temel kanunda belirtmesine izin veren 5(4) maddesi hükmü tarafından ikiz yollar güçlü bir şekilde sembolize edilir. İtiraz komitesinin önlem lehine veya aleyhine karar verdiği veya hiçbir görüş bildirmediği zaman neler olacağını belirten bilhassa 6(3) maddesinde itiraz usulü tarafından bu ayırım daha da fazla güçlendirilir.

#### *Avrupa Parlamentosu ve Konseyin rolü*

Avrupa Parlamentosu ve Konseyin, 182/2011 Tüzüğü'nün 10'uncu maddesi uyarınca belli belgelere erişimleri bulunduğunu gördük. Bu durum, yeni Tüzük ile önceki komitoloji rejimi arasındaki farkı kamufle etmemelidir. Gördüğümüz üzere, Komisyon asıl önerisinde kontrolün Üye Devletler tarafından yapılacağını ve ne Konseye ne de Avrupa Parlamentosuna \*686, işlemlerle ilgili bilgilere erişebilseler bile komiteler üzerinde doğrudan bir rol verilmediğini vurgulamıştır<sup>27</sup>.

70

“291'inci maddede belirtilen, uygulama tasarrufuna dair yeni Antlaşma hükümleri, Avrupa Parlamentosuna ve Konseye Komisyonun uygulama yetkilerini kullanmasını kontrol etme yetkisi vermez. Bu tür kontrol sadece Üye Devletler tarafından yapılabilir. Bu tür kontrol mekanizmalarını kurmak için yasal çerçeve gerekmektedir.”

Bu yaklaşım Tüzükte belirtilmiştir. Komiteler Üye Devlet temsilcilerinden oluşur. Ancak önceki komite rejiminde olduğu gibi, Konseye başvuru yoktur. Yeni Tüzük komitelerde görev yapan Üye Devlet temsilcilerini Konsey'de görev yapanlardan resmen ayırır. Ancak bu durumun pratikte sürdürülebilir olup olmadığı belirsizliğini korumaktadır. Konseyde Üye Devletleri temsil eden bakanlar, kendi bölgelerinden tayin edilen ve yeni komitoloji kurullarında görev yapan kimselere oldukça fazla ilgi gösterebilir.

Ayrıca iki personel grubu arasında görüş alışverişi olabilir. Komitenin komitoloji komiteleri Üye Devlet temsilcileri yoluyla uygulama girdisi ve Konsey'de dile getirilen Üye Devlet çıkarları arasındaki ayrımı muhafaza etme isteğini sürdürmek, özellikle komite oylama kurallarının Konseyin kendisinin oylama kurallarını yansıttığından dolayı zor olabilir. Bu yüzden, Konsey'deki Üye Devlet temsilcilerinin önemli uygulama

<sup>27</sup> COM(2010) 83 final, p.3.

tasarrufları konusunda alınması gereken politika konusunda kendi temsilcileriyle tartışma yapmayacağına, brifing vermeyeceğine ve danışmayacağına inanmak zordur. Bu karşılıklı değişim büyük bir ihtimalle her iki yoldan işleyecektir. Komiteler konusunda Üye Devlet temsilcileri, Konseyde Üye Devletlerini temsil eden kişilerle veya büyük bir olasılıkla, Coreper'de ya da kendi ülkelerinde olsun veya olmasın, Konseyde bakanlık temsilcilerini destekleyen memurlarla birlikte hareket edebilir, onları bilgilendirebilir veya görüşlerini alabilir.

Bu yüzden, Komisyonunu daha önce fikrini belirttiği üzere, Konseye uygulama tasarrufunu kontrol etme konusunda hiçbir görevin verilmemesi hususu resmen doğru olmasına rağmen, yukarıda taslağı çizilen iletişim kanalları türünün ortaya çıkması olasıdır. Bu iletişim türü, doğrudan yollarla yapılamasa da Konseyin amaçlarını gerçekleştirmek için kullanılabilir.

Bu durum şartıtcı değildir ve 291'inci madde stratejisinin pratik ve teorik dayanağının kırılmasını gözler önüne serer. Uygulama tasarruflarının Konsey sıfatında Konseyi ilgilendirmediği ve Konsey ve Avrupa Parlamentosu'nun her ikisinin de kendilerine resmi kurumsal rol verildiği yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarrufların aksine, sadece her Üye Devlette uygulama pratiği meselesi olduğu varsayımına dayanır. Bu varsayım, yukarıda belirtilen yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ile uygulama tasarrufu arasındaki ayrımın zorluğundan dolayı problemlidir.

İkincil eylemin yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf olarak mı yoksa uygulama tasarrufu olarak mı nitelendirileceğinin tartışılabilir olduğu birçok durum olacaktır. Bu ince hesap, önlemin uygulama tasarrufu olarak sınıflandırılmasına yol açarsa, o zaman Konsey veya Avrupa Parlamentosu'nun önleme yönelik hiçbir kurumsal ilgisinin olmaması ve bu durumun salt her bir Üye Devlette uygulama pratiği olduğu varsayımı, incelemeye kolaylıkla direnmez. Gerçek şu ki; değer yargıları ve siyasi tercihler uygulama tasarrufu kapsamında olacaktır ve bu eylemler yoluyla gerçekleştirilecektir. Bunlar hem resmi hem de maddi açıdan AB önlemleridir. Böylece Konsey sıfatında Konsey veya Avrupa Parlamentosu'nun, temel kanunu detaylı açıklayan ve daha ayrıntılı olan bu önlemlere ilgi duyması şartıtcı olmayacaktır.

### **\*687 Sonuç**

Yeni önlemlerin kanunlaşmasının yerleşik hale getirilmesi daima zaman almakta ve 182/2011 Tüzüğü'nün bu durumun nasıl üstesinden geldiği belirsizliğini korumaktadır. Yetki devrine dayanarak çıkarılan tasarruf ve uygulama tasarrufu arasındaki ayrım Lizbon sonrası dünyada zorluk çıkarmaya devam edecektir ve durum, bu ayrıma yukarıda belirtildiği üzere mantık çerçevesinde Lizbon Antlaşması planından mı, siyasi güçlerden mi yoksa ikisinin karışımından kaynaklanan kriterin mi neden olduğuna bakılmaksızın, bu şekildedir. Bu nedenle, ayrımın tartışmalı olacağı örnekler kaçınılmaz bir şekilde çok olacaktır.

# AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN C-518/07 SAYILI VERİ KORUMA KURUMLARININ BAĞIMSIZLIĞINA İLİŞKİN KARARI\*

Çeviren: Ulvi ALTINIŞIK\*\*

## BÜYÜK DAİRENİN 9 MART 2010 TARİHLİ KARARI

(Bir Üye Ülkenin Sorumluluğunu Yerine Getirmemesi- 95/46/EC Sayılı Direktif-Kişisel Verilerin İşlenmesine ve Serbest Dolaşımıyla İlgili Olarak Bireylerin Korunması-Madde 28(1)-Ulusal Denetim Makamları-Bağımsızlık-Bu Makamların İdari Denetimi)

Sözleşmenin 226 maddesine göre bir üye ülkenin sorumluluklarını yerine getirmemesi nedeniyle 22 Kasım 2007 tarihinde açılan C-518/07 sayılı davada:

Davacı Avrupa Birliği Komisyonu, C.Docksey, C. Ladenburger ve H. Kramer tarafından temsil edilmiş, başvuran Avrupa Veri Koruma Denetçisi tarafından desteklenmiş ve temsilcileri H. Hijmans ve A. Scirocco müdahil sıfatıyla davaya katılmıştır.

Davalı Federal Almanya Cumhuriyeti M. Lumma ve J. Möller tarafından temsil edilmiştir.

Başkan V. Skouris, Daire Başkanları A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot ve hâkimler E. Levits, A. Rosas, K. Schiemann (Raportör), J.-J. Kasel, M. Safjan ve D. Šváby,

Kanun Sözcüsü J Mazák

Kâtip R.Grass'tan oluşan Mahkeme(Büyük Daire), 12 Kasım 2009 tarihli oturumda Kanun Sözcüsü'nün görüşünü dinledikten sonra aşağıdaki hükmü vermiştir:

**1.** Avrupa Toplulukları Komisyonu, yaptığı başvuru ile mahkemenin, farklı federe devletlerde kamu sektörü dışındaki alanlarda kişisel verilerin işlenmesini izlemekle yetkili makamları devlet denetimine tabi tutmak

\* Kararın İngilizce yayınlanan metninden çevrilmiştir. Davanın dili Almanca'dır.  
European Court Reports 2010 Page I-01885 Kararın çeviri öncesi haline şu linkten ulaşılabilir:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0518:EN:NOT>

\*\* Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi



suretiyle veriyi korumakla görevli denetim makamlarının “tam bağımsızlığı”na ilişkin şartı Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yanlış olarak iç hukuka aktardığını, 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin kişisel verilerin işlenmesi ve serbestçe dolaşımına ilişkin 95/46/EC sayılı Direktifin (RG 1995 L 281s 31) (Direktif 95/46) **28/1 maddesinin 2. paragrafından** kaynaklanan yükümlölüklerini yerine getiremediğine karar vermesini talep etmektedir.

## HUKUKİ ÇERÇEVE

### Topluluk Mevzuatı

2. 95/46 sayılı Direktif Avrupa Toplulukları Antlaşmasının 100a (değişiklikten sonra 95 md) maddesine dayanılarak kabul edilmiştir ve kişisel verilerin işlenmesinde milli hukukların uyulaştırılmasını amaçlamaktadır.

3. Direktifin önsözünde yer alan 3, 7, 8, 10 ve 62. paragraflar aşağıdaki gibi kaleme alınmıştır:

74

(3) Antlaşmanın 7a (şimdi 14(2)EC) maddesine uygun olarak malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı bir iç pazarın kurulması ve işleyişi sadece kişisel verilerin bir üye ülkeden diğerine serbestçe akışını değil aynı zamanda bireylerin temel haklarının da güvence altına alınmasını gerektirir.

...

(7) Üye ülkelerde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak, özellikle mahremiyet hakkı, bireylere sağlanan hak ve özgürlüklerin korunması seviyelerindeki fark bir üye ülkenin toprağından diğerininkine veri iletimini engelleyebildiği için; böylece bu farklılık Topluluk seviyesinde pek çok ekonomik faaliyetin yürütülmesine engel oluşturabildiği, rekabeti engellediği, yetkili makamların Topluluk hukukundan kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirmelerini engellediği için; bu koruma seviyesindeki farklılık çok çeşitli milli kanunlar, düzenlemeler ve idari hükümlerden kaynaklandığı için;

(8) Halbuki kişisel verilerin dolaşımına ilişkin engellerin ortadan kaldırılması için, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması seviyesi tüm üye ülkelerde eşdeğer olmalıdır; bu amaç iç pazar açısından hayati olmakla birlikte üye ülkelerin buna tek başına ulaşması mümkün olmadığı için, özellikle halihazırda üye ülkelerin hukukları arasında bulunan farklılık ölçeğinde

ve Antlaşmasının 7a maddesinde belirtilen iç pazarın amacı doğrultusunda kişisel verilerin sınır ötesi aktarımını tutarlı bir şekilde düzenleyecek şekilde üye ülkelerin hukuklarını koordine etme zarureti olduğu için; bu hukukların yaklaştırılması için Topluluk eylemi gerekir.

...

(10)Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin milli kanunların amacı hem Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi [4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmıştır (AİHS)] nin 8. maddesinde hem de Topluluk hukukunun genel ilkelerinde benimsenen temel hak ve özgürlüklerin, özellikle mahremiyet hakkı, korunması olduğu için; bu nedenle bu kanunların birbirine yaklaştırılması sağladıkları korumanın azalmasına yol açmamalı, tam aksine Topluluk içinde daha yüksek bir koruma düzeyi sağlamayı amaçlamalıdır.

...

(62)Üye ülkelerde bağımsız denetim makamlarının kurulması, görevlerini tam bağımsız olarak ifa etmeleri bireylerin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak korunmasında önemli bir unsur olduğu için.

75

**4.** 95/46 sayılı Direktifin “Direktifin Amacı” başlıklı 1. maddesi aşağıdaki gibidir:

(1)Bu direktife uygun olarak Üye Ülkeler gerçek kişilerin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak temel hak ve özgürlüklerini özellikle mahremiyet hakkını koruyacaklardır.

(2) Üye ülkeler, kişisel verilerin üye ülkeler arasında serbest akışını 1. paragraf altında tanınan korumayla ilişkili gerekçelerle ne sınırlandırabilir ne de yasaklayabilir.

**5.** 95/46 Sayılı Direktifin “Denetim Makamı” başlıklı 28. maddesi aşağıdaki gibidir:

‘(1) Her üye ülke bu direktife uygun olarak kabul edilen hükümlerin kendi ülkelerinde uygulanmasını izlemekle sorumlu bir veya birden fazla kamu kurumu kuracaktır.

Bu kurumlar kendilerine verilen görevlerin ifası esnasında tam bağımsızlık içerisinde hareket edecektir.

(2)Her üye ülke, kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin olarak bireylerin hak ve özgürlüklerine dair idari tedbirler alınırken veya düzenlemeler

yapılırken denetim kurumlarına danışılmasını temin edecektir.

(3)Her kurum özellikle:

-Veri işleme operasyonunun maddi konusunu teşkil eden veriye erişim ve denetim görevlerini yerine getirmesi için gerekli olan tüm bilgileri toplama yetkileri gibi soruşturma yetkileri,

-20 maddeye göre veri işleme operasyonları yapılmadan önce görüş belirtme, bu görüşlerin uygun bir şekilde basılmasının temini, verinin bloke edilmesi, silinmesi, yok edilmesi, geçici veya süreyle sınırlı olarak işlemeye yasağına karar vermek, veri kontrolörünü uyarmak veya görevini yapmaya davet etmek, konuyu ulusal parlamento veya diğer siyasi kurumların gündemine taşımak gibi etkili olarak müdahale etme yetkisi,

-Bu direktife uygun olarak kabul edilen ulusal hükümlerin ihlali halinde adli süreçlere müdahil olmak veya bu ihlalleri yargı mercileri önüne taşıma yetkisi,

ile donatılmalıdır.

76

Şikâyetlere neden olan denetim makamlarının kararlarına karşı mahkemelere itiraz etmek mümkündür.

(4) Her denetim makamı, kişisel verilerin işlenmesine yönelik olarak kişinin hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla herhangi bir kişi veya o kişiyi temsilen bir birliğin ileri sürdüğü şikâyeti dinler.

Bu direktifin 13. maddesine göre ulusal hükümler kabul edildiğinde, her denetim makamı, özellikle, veri işlemenin hukukiliğinin kontrol edilmesine dair herhangi bir kimse tarafından ileri sürülen iddiaları inceler. Her aşamada kişi kontrolün yapıldığına dair bilgilendirilir.

(5)Her denetim makamı, kendi faaliyetleri hakkında düzenli aralıklarla bir rapor hazırlar. Bu rapor kamuoyuna duyurulur.

(6)Veri işlemeye uygulanacak milli hukuk ne olursa olsun her denetim makamı 3. paragrafta kendisine verilen yetkileri kendi ülkesi sınırları dahilinde uygulamaya yetkilidir. Ulusal denetim makamları görevlerini yerine getirebilmeleri için gerekli olduğu ölçüde özellikle yararlı bilgileri aralarında değişerek işbirliği yaparlar.

(7)Üye ülkeler, denetim makamlarının üyeleri ile çalışanlarını, görevleri sona ermiş olsa bile görevleri sırasında eriştikleri mahrem bilgilere ilişkin

olarak mesleki sır saklamak yükümlülüğüne tabi tutarlar.

6. AT antlaşmasının 286. maddesine göre kabul edilen ve Topluluk kurum ve organlarınca kişisel verilerin işlenmesi ve bu verilerin serbest dolaşımına ilişkin olarak kişilerin korunması hakkındaki 18 Aralık 2000 tarih ve 45/2001/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nün 44(1) ve (2) maddeleri:

“(1)Avrupa Veri Koruma Denetmeni görevinin ifası esnasında tam bağımsız olarak hareket eder.

(2) Avrupa Veri Koruma Denetmeni görevinin ifası esnasında ne bir başkasından talimat alır ne de talimat ister.”

hükümlerini ihtiva eder.

### **Ulusal Mevzuat**

7. Kişisel verilerin, işlenmesi nedeniyle bireylerin korunmasına ilişkin olarak Alman Hukuku, veri işlemenin kamu kurumlarınca yapılıp yapılmamasına göre bir ayırım yapar.

8. Bu nedenle kamu kurumlarının veri koruma hükümlerine uyumunu denetlemekle görevli makamlarla, piyasada rekabet eden kamu dışındaki kurum ve kuruluşlarının veri koruma hükümlerine uyumunu denetlemekle görevli makamlar arasında fark vardır.

9. Kamu kurumları tarafından verilerin işlenmesi, “kişisel verilerin işlenmesi ve bilgiye erişim özgürlüğünden sorumlu Federal temsilciler” tarafından Federal seviyede denetlenir, bölgesel seviyede ise bölgesel verilerin korunmasından sorumlu kişilerce denetlenir. Bu temsilciler sadece kendi ilgili parlamentolarına karşı sorumludurlar ve normal olarak denetimlerinin konusu olan kamu kurumlarının hiçbir incelemesine, talimatına veya başka bir etkisine konu olmazlar.

10. Öte yandan, kamu kesimi dışındaki kurumlarca veri işlenmesini denetlemekle görevli makamların yapıları federe devletler arasında farklıdır. Ancak, federe devlet seviyesindeki tüm hukuklar bu denetim makamlarını açıkça devlet denetimine tabi tutmaktadır.

### **DAVA ÖNCESİ SÜREÇ VE MAHKEME ÖNÜNDEKİ İŞLEMLER**

11. Komisyon, kamu kesimi dışındaki kurumların kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ilişkin hükümlerle uyumlu olmasını denetlemekle görevli olan makamların tüm Federal Almanya

Cumhuriyeti eyaletlerinde olduğu gibi devlet denetimine tabi tutulmasını 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin 2. paragrafının ihlali olduğunu düşünerek 5 Temmuz 2005 tarihinde resmi bir mektupla durumu Federal Almanya Cumhuriyeti'ne bildirmiştir. Sonraki (Federal Almanya Cumhuriyeti. U.A) 12 Eylül 2005 tarihli mektupla cevap vermiş ve ilgili Alman denetleme sisteminin direktifin gerekleriyle uyumlu olduğunu belirtmiştir. 12 Aralık 2006 tarihinde Komisyon daha önce yapılan şikâyeti tekrarlayan gerekçeli görüşünü Federal Almanya Cumhuriyeti'ne iletmiştir. 14 Şubat 2007 tarihli cevabında Federal Almanya Cumhuriyeti başlangıçtaki pozisyonunu korumuştur.

**12.** Komisyon, işte o şartlarda bu davayı açmaya karar vermiştir.

**13.** Mahkeme başkanı 14 Ekim 2008 tarihli talimatıyla Avrupa Veri Koruma Denetçisi'ne Komisyon'un talebine destek olmak mahiyetinde davaya müdahil olma hakkı tanımıştır.

## **DAVA**

### **Tarafların İddiaları**

78

**14.** Mevcut dava, Avrupa Veri Koruma Denetmeni tarafından desteklenen Avrupa Komisyonu ile Federal Almanya Cumhuriyeti'nin 95/46 sayılı direktifin 28(1). Maddesinin 2. alt paragrafındaki “tam bağımsızlıkla” ifadesi ile kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ilişkin olarak veri koruma makamlarının görevlerinin icrasına dair iki farklı yorum hakkındadır.

**15.** Komisyon ve Avrupa Veri Koruma Denetmeni'nin “tam bağımsızlıkla” ifadesinin geniş yorumuna dayanan görüşüne göre, denetim makamları görevlerini tam bağımsızlık içinde ifa eder gerekliliği, bir denetim makamının görevini ifa ederken başka kurumlardan veya kurum dışından gelecek her türlü etkiden uzak olmalı şeklinde yorumlanmalıdır. Kamu kesimi dışındaki kurumların kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ilişkin hükümlerle uyumlu olmasını denetlemekle görevli olan makamların Almanya'da devlet denetimine tabi tutulması gerçeği bu gerekliliğin ihlalidir.

**16.** Buna karşılık Federal Almanya Cumhuriyeti, “tam bağımsızlıkla” ifadesinin dar yorumunu önermekte ve 95/46 sayılı direktifin 28(1). Maddesinin 2. alt paragrafının, bir denetim makamının dış etkilere maruz kalmayacak şekilde, denetim altında ve kamu kesimi dışındaki sektörde kurumlardan bağımsız olacak şekilde fonksiyonel anlamda bir

bağımsızlığa sahip olmasını gerektirdiğini belirtmektedir.

### **Mahkemenin Bulguları**

#### **Denetim Makamlarının Bağımsız Olması Gereğinin Kapsamı**

**17.** Mevcut davanın esasının değerlendirilmesi 95/46 sayılı Direktifin 28(1)maddesinin ikinci alt paragrafında yer alan bağımsızlık gerekliliğinin kapsamına ve o hükmün yorumuna bağlıdır. O kapsamda, o hükmün lafzı, 95/46 sayılı direktifin amaçları ve sistematiki dikkate alınmalıdır.

**18.** “tam bağımsızlık ile” kelimeleri o direktifte tanımlanmamış olduğundan 95/46 sayılı Direktifin 28(1)maddesinin ikinci alt paragrafının lafzına ilişkin olarak ilk planda bunların genel anlamlarının dikkate alınması önemlidir. Bir kamu otoritesine ilişkin olarak, “bağımsızlık” kavramı genellikle ilgili kurumun herhangi bir talimat almadan veya herhangi bir baskı altına alınmadan tamamen özgürce hareket edebildiği bir statüyü ifade eder.

**19.** Federal Almanya Cumhuriyeti'nin aldığı pozisyonun aksine, bağımsızlık gerekliliğinin münhasıran denetim makamları ile o denetime tabi kurumlar arasındaki ilişkileri ilgilendirdiğini belirtecek bir husus bulunmamaktadır. Aksine, “bağımsızlık” kavramı, karar alma gücünün denetim makamı üzerinde doğrudan veya dolaylı harici bir etkiden bağımsız olmasını ima eden “tam” sıfatıyla tamamlanmıştır.

**20.** İkinci planda, 95/46 sayılı Direktifin amaçlarına ilişkin olarak, Direktifin önsözündeki üçüncü, yedinci ve sekizinci paragraflardan açıkça anlaşılmaktadır ki, kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ilişkin ulusal hükümlerin uyumlaştırılması aracılığı ile direktif, öncelikle AT Antlaşmasının 14(2). Maddesi anlamında iç pazarın kuruluşu ve işleyişi için gerekli olan o verilerin üye ülkeler arasında serbestçe dolaşımını sağlamayı amaçlamıştır. (bkz. Birleşik Davalar C-465/00, C-138/01 ve C-139/01 Österreichischer Rundfunk ve Diğerleri[2003]ECR I-4989, paragraflar 39 ve 70)

**21.** Fakat, kişisel verilerin serbest dolaşımı, diğerlerinin yanında AİHS'nin 8. maddesinde tanınan özel yaşam hakkı ve Avrupa Toplulukları hukukunun genel ilkeleriyle kesişmektedir. Bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aşığıdaki kararlarına bkz: Aman / Stwitzerland, 16 Şubat 2000, ECHR 2000-II §§ 69 80 ve Rotaru / Romania, 4 Mayıs 2000 ECHR 2000-V, §§43 ve 46)

**22.** O nedenle ve özellikle 95/46 sayılı direktifin önsözünün 10. paragrafından ve 1. maddesinden anlaşılacağı üzere, sonraki, mevcut ulusal kurallarca korunan temel hakların zayıflatılmasını değil, tam aksine Avrupa Topluluğunda kişisel verilerin işlenmesi bağlamında temel hak ve özgürlüklere yüksek bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır.

**23.** Bu yüzden, 95/46 sayılı direktifin 28. maddesinde belirtilen denetim makamları o temel hak ve özgürlüklerin muhafızlarıdır (koruyucularıdır) ve 95/46 sayılı direktifin önsözündeki 62. paragrafta belirtildiği gibi onların üye ülkelerdeki varlığı kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasının önemli bir bileşeni olarak değerlendirilmektedir.

**24.** O korumayı garanti altına almak için denetim makamları, bir yandan temel bir hak olan özel yaşam hakkının korunması ile diğer yandan kişisel verilerin serbest dolaşımına ait menfaatler arasında adil bir denge kurmak zorundadır. Ayrıca, 95/46 sayılı direktifin 28(6). Maddesinde farklı ulusal denetim makamlarının birbiriyle işbirliği yapması ve hatta gerektiğinde diğer bir üye ülkenin denetim makamının talebi üzerine kendi yetkilerini kullanması öngörülmektedir.

80

**25.** Ulusal denetim makamlarının bağımsızlığının teminat altına alınması, denetimlerin kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ilişkin hükümlerle uyumluluğunun etkililiği ve güvenilirliğini sağlamak amacıyla ve bu amaç ışığında yorumlanmalıdır. Denetim makamlarının ne bizatihi kendilerine ne de onlar adına çalışan temsilcilerine özel bir statü sağlamak için değil, onların kararlarından etkilenen kişi ve kurumlara sağlanan korumanın güçlendirilmesi amacıyla kurulmuştur. Bunun sonucu olarak denetim makamları görevlerini ifa ederken objektif ve tarafsız davranmak zorundadırlar. Bu amaçla, sadece denetlenen kurumların etkilerinden değil, devletin veya federe devletin doğrudan veya dolaylı etkisi dâhil olmak üzere her türlü harici etkiden azade olmalıdırlar.

**26.** Üçüncü olarak, 95/46 sayılı direktifin sistematığıne ilişkin olarak, sonraki, AT antlaşmasının 286. maddesinin ve 45/2001 sayılı tüzüğü dengi olarak anlaşılmalıdır. Sonraki kişisel verilerin Avrupa Topluluğu kurum ve organlarınca işlenmesine ve o verilerin serbest dolaşımına ilişkindir. 95/46 sayılı Direktif de o amaçlara ulaşmayı hedef alır ancak o verilerin üye ülkelerde işlenmesine ilişkin olarak.

**27.** Ulusal seviyede denetim makamlarının bulunması gibi kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ilişkin kuralların

uygulanmasından sorumlu olan Avrupa Veri Koruma Denetçisi(EDPS) adlı bir denetim makamı Avrupa Topluluğu seviyesinde bulunmaktadır. 45/2001 sayılı tüzüğün 44(1). Maddesine uygun olarak o kurum görevlerini tam bir bağımsızlık içerisinde ifa etmelidir. Tüzüğün 44(2). Maddesi, kurumun (EDPS-Avrupa Veri Koruma Denetmeni) görevlerini ifa ederken herhangi birinden ne talimat ister ne de talimat alır şeklindeki eklemeye bağımsızlık kavramına açıklık getirmektedir.

**28.** 45/2001 sayılı Tüzüğün 44 Maddesi ve 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin aynı genel kavrama dayandığı gerçeğinden hareketle o iki hüküm, sadece EDPS (Avrupa Veri Koruma Denetmeni)'nin bağımsızlığı değil aynı şekilde ulusal denetim makamlarının bağımsızlığı da görevlerinin ifasına ilişkin olarak her türlü talimatın bulunmamasını içerir, şeklinde birbiriyle uyumlu olarak yorumlanmalıdır.

**29.** 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci alt paragrafının lafzına ve direktifin amaçlarına ve sistematığına dayanarak 28(1) maddenin ikinci alt paragrafının daha açık bir yorumuna ulaşmak mümkündür. Bu nedenle o direktifin çıkış noktasını dikkate almaya veya Komisyon ve Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından sunulan ve o noktada birbiriyle çatışan argümanlar hakkında karar vermeye gerek yoktur.

**30.** Yukarıda belirtilenler ışığında 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci alt paragrafının, kamu sektörü dışında kişisel verilerin işlenmesinin denetlenmesinden sorumlu denetim makamlarına, harici etkilerden azade olarak görevlerini ifa etmelerine imkân veren bir bağımsızlıktan tanıyacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. O bağımsızlık sadece denetlenen kurumların uyguladığı etkiyi değil aynı zamanda, o otoritelerin görevlerini ifa ederken özel yaşam hakkı ile kişisel verilerin serbest dolaşımı arasında adil bir denge kurulması sorusunu akla getiren ister doğrudan ister dolaylı olsun, her türlü talimat ve harici etkiyi engeller.

#### Devlet Denetimi

**31.** Devamında, denetim makamlarının Almanya'da devlet denetimine tabi olmasının yukarıda açıklanan bağımsızlık gerekleriyle uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesi gereklidir.

**32.** Not edilmelidir ki hangi şekilde yapılırsa yapılsın devlet incelemesi kural olarak ilgili federe devletin veya o devlete tabi bir idari kurumun, doğrudan veya dolaylı olarak denetim makamlarının kararlarını



etkilemesine veya davada olduğu gibi, bu kararları iptal etmelerine ve yerine yeni bir karar vermelerine müsaade eder.

**33.** Gerçekten baştan kabul edilmelidir ki, Federal Almanya Cumhuriyetince de iddia edildiği gibi, Devlet sadece denetim makamlarının eylemlerinin uygulanabilir ulusal ve AT hükümleriyle uyumlu olmalarını garanti etmeyi amaç edinir ve bu sebepten devlet o kurumların kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ilişkin kurallar ve temel haklarla bağdaşmayan siyasi amaçlar takip etmeleri için zorlamayı amaç edinmez.

**34.** Ancak, genel idarenin bir parçası ve bu nedenle ilgili oldukları federe devletin kontrolü altında olan, incelemeyi yapan makamların kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kuralları yorumladıkları ve uyguladıkları esnada objektif olarak hareket edememe ihtimali bulunmaktadır.

**35.** EDPS (Avrupa Veri Koruma Denetmeni)'nin kendi gözlemlerinde belirtildiği gibi, kişisel verinin bir kamu kurumu niteliğinde olmayan kurumlar tarafından işlenmesi söz konusu olduğu hallerde ilgili federe devletin hükümetinin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hükümlerle uyum sağlamamakta bir menfaati olabilir. Örneğin, kamu özel sektör ortaklığı veya kamu sektörünün özel sektörle sözleşme yapması halinde olduğu gibi eğer o hükümet gerçekten veya potansiyel olarak oraya katılan ise kendisi bizzat o işlemede ilgili bir taraf olabilir. Özellikle vergi veya hukukun (kanunun) uygulanması amaçları gibi nedenlerle hükümetin görevlerini ifa edebilmesi bakımından veri tabanlarına erişimi gerekli veya sadece faydalıysa o hükümetin özel bir menfaati de olabilir. Ayrıca, o hükümet, ekonomik açıdan o federe devlet veya bölge için önemli olan bazı şirketlerce kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına dair hükümlerin uygulanmasında ekonomik menfaatleri kayırmaya teşebbüs (meyil) edebilir.

**36.** Ayrıca dikkat çekilmelidir ki incelemeyi yapan kurumların denetim makamlarının kararları üzerinde siyasi tesir icra edebilme riski sonrakilerin (denetim makamları) görevlerini bağımsız olarak ifa etmelerini engellemeye yeterlidir. İlk olarak, Komisyon tarafından belirtildiği gibi, inceleyen makamların karar alma pratiği ışığında o makamların tarafında bir “önceden(baştan) itaat etme” durumu bulunabilir. İkinci olarak, o makamların kabul ettikleri özel hayat hakkının bekçileri olmaları rolünün amaçları bakımından kararlarının ve o makamların kendilerinin her türlü tarafgirlik şüphesinin üzerinde

bulunmaları önemlidir.

**37.** Yukarıda belirtilen düşünceler ışığında belirtilmelidir ki kamu sektörü dışında kişisel verilerin işlenmesini denetlemekle sorumlu Alman denetim makamları üzerinde icra edilen devlet denetimi bu kararın 30. paragrafında belirtilen bağımsızlığın gereği ile uyumlu değildir.

Federal Almanya Cumhuriyetince İddia Edilen Topluluk Hukukunun İlkeleri

**38.** Federal Almanya Cumhuriyeti, 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci alt paragrafında belirtilen bağımsızlık gereğinin Üye Ülkeleri, denenmiş ve test edilmiş olan kamu sektörü dışında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin denetim makamlarının denetlenmesi sisteminden vazgeçmek zorunda bırakılacak şekilde yorumlanması AT hukukunun pek çok ilkesine aykırı olacağını iddia etmektedir.

**39.** Öncelikle, o Üye Ülkenin fikrine göre, demokrasi ilkesi, özellikle, bağımsızlık gereğinin geniş yorumlanmasını engeller.

**40.** Yalnız Alman Anayasasında değil aynı zamanda AB Antlaşmasının 6(1) maddesinde de belirtilen o ilke idarenin parlamentosuna karşı sorumlu olan hükümetin talimatına tabi olmasını gerektirir. Bu yüzden vatandaşların ve kurumların haklarına yönelik müdahalelerin yasallığı yetkili bakanın incelemesine tabi olmalıdır. 95/46 sayılı direktifin 28(3) maddesine göre, kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasından sorumlu olan denetim makamlarının kamu sektörü dışında vatandaşlar ve kurumlara müdahale etme yetkileri bulunduğu için yasallığı veya esaslı izleme araçları yardımı ile denetim makamlarının eylemlerinin yasallığının incelenmesinin artırılması mutlak anlamda gereklidir.

**41.** Belirtilmelidir ki demokrasi ilkesi AT hukukunun bir parçasını oluşturur ve AB Antlaşmasının 6(1). Maddesinde bunun Avrupa Birliği'nin esaslarından birisi olarak açıkça belirtilmiştir. Üye ülkelerin ortak ilkelerinden birisi olarak, 95/46 sayılı direktifin 28. maddesinde olduğu gibi bu ilke ikincil hukuk yasalarının yorumlanmasında dikkate alınmalıdır.

**42.** Bu ilke, klasik idari hiyerarşi dışında az veya çok hükümetten bağımsız kamu kurumlarının varlığını engellemez. Bu makamların varlığı ve çalışma şartları üye ülkelerde kanunla ve hatta bazı ülkelerde anayasa ile düzenlenir ve o makamların yetkili mahkemelerin denetimine tabi

olan yasalara uygun olması gerekir. Alman yargı sisteminde bulunan bu tür bağımsız idari makamların sıklıkla düzenleyici görevleri vardır veya siyasi etkiden uzak olarak yerine getirilmesi gereken görevleri vardır ve aynı zamanda yetkili mahkemelerin denetimine tabi olan hukuka uygun olmak zorundadır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin denetim makamlarının görevlerine ilişkin durum kesinlikle o durumla aynıdır.

**43.** Gerçekten, o makamların üzerinde herhangi bir parlamenter etkinin olmaması anlaşılmalıdır. Ancak, belirtilmelidir ki 95/46 sayılı direktif hiçbir şekilde parlamenter etkinin olmamasını üye ülkeler için bir zorunluluk haline getirmez.

**44.** Bu yüzden, ilk olarak, denetim makamlarının yönetimi hükümet ya da parlamento tarafından atanabilir. İkinci olarak, yasama organı o makamların yetkilerini belirleyebilir.

**45.** Ayrıca, yasama organı denetim makamlarına faaliyetlerini parlamentoya rapor etme yükümlülüğü yükleyebilir. Bu meyanda, her denetim makamının faaliyetlerine ilişkin bir rapor hazırlaması ve bunu kamuoyuna açıklamasını öngören 95/46 sayılı direktifin 28(5). Maddesi ile bir kıyaslama yapılabilir.

**46.** Yukarıda belirtilenler göz önünde bulundurularak, kamu sektörü dışında kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasından sorumlu olan denetim makamlarına genel idareden bağımsız bir statü tanınması kendi başına o makamların kendi demokratik meşruiyetlerinden yoksun kaldıkları anlamına gelmez.

**47.** İkinci olarak, AT Antlaşmasının 5. maddesinde belirtilen ve Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından da ileri sürülmüş olan devredilmiş yetkiler ilkesi Topluluğu kendisine verilen yetkiler çerçevesinde ve AT Antlaşmasınca kendisine verilen amaçların sınırları içinde hareket etmeye mecburdur.

**48.** Bu anlamda Federal Almanya Cumhuriyeti, yüksek idari makamlara ilişkin olarak 95/46 sayılı direktifin dayanağı olan AT Antlaşmasının 100A maddesine göre denetim makamlarının bağımsızlığının bir gereklilik olamayacağını iddia etmektedir.

**49.** O hüküm Topluluk yasama organını iç pazarının kuruluş ve çalışma şartlarını geliştirecek önlemler almak için yetki verir ve gerçekten AT antlaşmasınca teminat altına alınan ekonomik özgürlüklerin engellerini kaldırmaya katkı sağlama amacına sahip olmalıdırlar. (bkz, in özellikle,

Case C-376/98 *Germany / Parliament and Council* [2000] ECR I-8419, paragraflar 83, 84 ve 95; Case C-491/01 *British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco* [2002] ECR I-11453, paragraf 60; ve Case C-436/03 *Parliament / Council* [2006] ECR I-3733, paragraf 38).

**50.** Şimdiye kadar belirtildiği üzere, kararları üzerinde etkisi olabilecek her türlü harici etkiden azade olmak zorunda kaldıkları için denetim makamlarının bağımsızlığı 95/46 sayılı direktifin amaçları ışığında esaslı bir unsurdur. İç pazarın kurulması ve çalışması için gerekli olan verilerin serbest dolaşımına katkı sağlamak ve eşit seviyede bir kişisel veri koruma seviyesi oluşturmak için o bağımsızlık bütün üye ülkelerde gereklidir.

**51.** Yukarıda belirtilenler ışığında, denetim makamlarının bağımsız olması gereğine ilişkin geniş yorum, 95/46 sayılı direktifin yasal temelini oluşturan AT Antlaşmasının 100a maddesinde Avrupa Topluluğuna verilen yetkilerin sınırlarının ötesine geçmez.

**52.** Üçüncü olarak, Federal Almanya Cumhuriyeti, AT antlaşmasının 5. maddesinin iki ve üçüncü paragraflarında belirtilen ikincillik ve orantısallık ilkeleri ile AT Antlaşmasının 10. maddesinde belirtilen üye ülkelerin birbiriyle ve topluluk organlarıyla iyi niyetli işbirliği ilkelerini ileri sürmüştür.

**53.** Özellikle Amsterdam Antlaşmasıyla AB ve AT antlaşmalarına eklenen, ikincillik ilkesi ve orantısallık ilkelerinin uygulanmasına ilişkin protokolün 7. paragrafına göre Topluluk hukukuna hâle gelmeksizin üye ülkelerin hukuk sistemlerinin oldukça yerleşmiş ulusal düzenlemeleri, organizasyonu ve işleyişine saygı duyulması için çaba sarf edilir.

**54.** Federal Almanya Cumhuriyetinin hukuk sistemine yabancı bir sistemi kabul etmeye, verilerin korunması mevzuatı alanında ulusal seviyenin ötesinde model olarak hareket eden ve neredeyse 30 yıldır kurulu bulunan etkili bir denetim sisteminden vazgeçmeye mecbur kılmak o ilkeyle uyumsuz olacaktır.

**55.** O argümanlar kabul edilemez. Şimdiki kararın 21.den 25. paragrafına kadar ve 50. paragrafında izah edildiği gibi 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci alt paragrafında belirtilen bağımsızlık gereğinin devlet denetimini engelleyecek şekilde yorumlanması AT Antlaşmasının amaçlarına erişmek için gerekli olan sınırı aşmaz.

**56.** Daha önce belirtilen tüm mülahazaları göz önüne alarak belirtilmelidir ki, farklı federe devletlerde kamu kurumu olmayan

kurumların ve kamu hukuku ile yönetilip de piyasada rekabet eden kurumların kişisel verileri işlemlerini denetlemekten sorumlu makamları devlet denetimine tabi tutarak ve böylece o otoritelerin görevlerini “tam bağımsızlık ile” yapar şeklindeki gerekliliği iç hukuka yanlış aktararak Federal Almanya Cumhuriyeti 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci alt paragrafından doğan sorumluluğunu yerine getirememiştir.

#### Masraflar

**57.** Mahkemenin işleyişine ilişkin iç tüzüğün 69(2). Maddesine göre eğer başarılı olan tarafın talepleri arasında belirtilmişse başarısız olan tarafın masrafları ödemesi emredilir. Komisyon masraflar için başvurmuş ve Federal Almanya Cumhuriyeti de başarısız olduğu için, sonrakinin masrafları ödemesi emredilmelidir.

**58.** EDPS (Avrupa Veri Koruma Denetmeni)'nin kendi masraflarını ödemesi emredilmiştir.

#### **Bu gerekçelerle, Mahkeme (Büyük Daire):**

86

1. Farklı federe devletlerde kamu kurumu olmayan kurumların ve kamu hukuku ile yönetilen ve piyasada rekabet eden kurumların kişisel verileri işlemlerini denetlemekten sorumlu makamları devlet denetimine tabi tutmak ve böylece o otoritelerin görevlerini “tam bağımsızlık ile” yapar şeklindeki şartı iç hukuka yanlış aktararak Federal Almanya Cumhuriyeti, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 24 Ekim 1995 tarihli 95/46 sayılı kişisel verilerin işlenmesi bağlamında bireylerin korunmasına ve o verilerin serbest dolaşımına ilişkin direktifin 28(1) maddesinin ikinci alt paragrafından doğan sorumluluğunu yerine getiremediğini bildirir.

2. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin Komisyon'un masraflarını ödemesini emreder.

3. Avrupa Veri Koruma Denetmeni'nin (EDPS) kendi masraflarını üstlenmesini emreder.

[imzalar]

## BELÇİKA, HOLLANDA, İSKOÇYA VE İSPANYA’DA KAMU YARARINA ÇALIŞMA (KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRME)\*

Gill Mc IVOR, Kristel BEYENS, Ester BLAY and Miranda BOONE\*\*

Çeviren: *Burhan ALICI\*\*\**

### I. GİRİŞ: Ceza Söylemleri ile Pratiğin Karşılaştırılmasındaki Güçlük

Son kriminolojik araştırmalar, özellikle cezalandırma konusunda bir geriye dönüşle karşı karşıya olup olmadığımız sorusu ile ilgilenmektedir. Öyle gözükmektedir ki Batı demokrasileri bugün, 20 – 30 yıl öncesine göre farklı bir şekilde cezalandırmaktadır. “Yeni Cezalandırma” literatürü (Pratt, et. al., 2005) ve David Garland’ın (2001) “kontrolün kültürü” konusundaki çalışması, bu soru ile ilgili devam eden tartışma ve araştırmaların oluşmasına neden olmuştur. Bununla birlikte ceza uygulamaları ve tedbirlerin cezalandırıcılığını karşılaştırmak için çeşitli yollar vardır. Örnek olarak Cavadino & Dignan (2006) tarafından yapılan karşılaştırmalı önemli bir araştırmada, hapsedilme oranlarındaki değişikliklerle siyasal ekonomi arasındaki çelişki ile ilgilidir. Ancak, cezalandırma dereceleri kullanılan göstergeye bağlı olarak epey değişiklik gösterebilecektir. İdeal olan tüm göstergelerin hesaba katılarak olası bir ceza değişikliği açısından bir anlam ifade etmesidir. Bu özel sayıda, kamu yararına çalışmanın kullanım şekli, infazı ve modern bir ceza olarak karakterleri üzerinde yoğunlaştık. Kamu yararına çalışmanın değişik yönleri konusundaki söylemler ile uygulamanın detaylı açıklanmasıyla, ortak noktaları ve yerel farklılıkları tespit etmeyi amaç edinerek, kamu yararına çalışmayı anlamaya ve açıklamaya çalıştık. Bu nedenle cezalandırmanın artması ya

\* Bu makale EUROPEAN JOURNAL OF PROBATION adlı derginin Vol. 2, No.1, 2010, pp 82 – 98, www.ejprob.ro; Bu makale tüm yazarlar ile dergi editörü Ioan DURNESCU’nun onayları ile çevrilmiştir.

\*\* Prof.Gill Mc Ivor: Stirling Üniversitesi, İskoç Suç ve Adalet Araştırmaları Merkezi, İskoçya, gillian.mcivor@stir.ac.uk; Prof.Kristel Beyens: Brüksel Serbest Üniversitesi (VUB) ,Kriminoloji Bölümü Başkanı, Belçika, Kristel.Beyens@vub.ac.be; Prof.Ester Blay: Pompeu Fabra Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Barcelona, ester.blay@upf.edu; Prof.Miranda Boone: Utrecht Üniversitesi Willem Pompe Enstitüsü Ceza Hukuku ve Kriminoloji Bölümü, Hollanda, M.M.Boone@uu.nl.

\*\*\* Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Hâkimi ve aynı zamanda Brüksel Serbest Üniversitesi (Vrije Universiteit Brussel , VUB) Kriminoloji ve Hukuk Fakültesi, Kriminoloji bölümünde görevli. burhan.alici@adalet.gov.tr ; balici@vub.ac.be.

da azalması konusundaki soru, bu çalışmayla ilgili olarak bizi ilgilendiren birkaç noktadan sadece biridir.

David Nelken (2007), karşılaştırmalı incelemelerde karşılaşılan olmazsa olmaz kendine özgü zorlukları ifade etmektedir. *“Yabancı kavramların anlamı, uygun verilerin eksikliği, güvensiz istatistiklerin varlığı ve benzeri teknik, kavramsal ve dil kaynaklı problemlerin olduğu bir dizi nedenler; diğer dillerdeki, uygulamalardaki ve dünya görüşlerindeki farklılıkların anlaşılması konusundaki komplikasyonlar, aynı şeyi karşılaştırıp karşılaştırmadığımızı bilmemizi zorlaştırmaktadır”* (Nelken, 2007: 147 -148). Hepimiz bununla uğraştık. Ancak çeşitli ülkelerdeki “kitaplardaki hukuk” ve “uygulamadaki hukuk” üzerinde durmaktan ziyade, İskoçya, Hollanda, Belçika ve İspanya'da kamu yararına çalışma ile ilgili temel gelişmeleri alarak açıklamaya gayret ettik. Böyle yaparak, her ülkeyle ilgili makaleyi kaleme alan yazarlar kendi ülkeleriyle ilgili özelde toplumsal yaptırımları genelde ise cezalandırma konusunda sosyal pratikleri, ceza kültürlerini; kendi ülkeleriyle ilgili araştırma ve bilgileri kaleme almışlardır.

88 Karşılaştırmalı araştırmalarda uygun terminolojinin kullanılması önemli bir konudur. Burada sadece bireysel yetki dahilinde çeşitli kavramların zamanla toplumsal yaptırımlara doğru değişen bir eğilimi ifade etmesi değil, aynı zamanda kavramların anlamlarında sınırlar ötesi bir farklılığın olduğunu da görmekteyiz. Bu karşılaştırmalı çalışmamızda en yaygın kullanılan ve kullanılmasını istediğimiz kamu yararına çalışma (community service) kavramını seçtik.

Çalışmamızda açıkça göreceli olarak daha küçük ve Anglo Sakson olmayan ülkeleri seçtik. Bunda amacımız, karşılaştırma yaparken Anglo Sakson ülkelerin kriminolojik üstünlükleri veya başarısından kaçınmak istememizdir. Bu karşılaştırmalı makalede modern tecrübelerden başlıyoruz. Ancak aynı zamanda Albrecht ve Schädler'e (1986) ait daha erken bir karşılaştırmayı, konunun nasıl değiştiğini daha geniş bir anlayışla yansıtmak için kullanıyoruz. Van Kalmthout ve Tak'ın gözlemlediği gibi (1988 - 15), çoğu Avrupa ülkelerinin kamu yararına çalışmayı iyi bir şekilde kabul etmelerine rağmen, “bazen kamu yararına çalışmanın yerine getirilmesinde öyle önemli farklılıklar var ki, bir ülkenin tecrübesini diğer ülkenin hukukuna aktarmak bazen imkânsız ve gerçekten sorumsuzca olmaktadır.” Ancak, van Kalmthout ve Tak (1988: 15 -16) aynı zamanda, çeşitli hukuk sistemlerindeki yaptırımların uygulanmasında daha kapsamlı derslerin tespiti için, karşılaştırmalı analizlerin kıymetini kabul etmektedir. Onların daha önce tartıştığı gibi, “Her ülkenin kamu

yararına çalışma ile ilgili tecrübeleri ile kendi sosyal yapısı ve yargısı bağlamında ülkelerin bu yaptırımı nasıl şekil verdiğini analiz ve tarif etmek mümkündür. Ancak bundan sonra, başka yerde de uygulanabilecek sonuçların çıkartılıp çıkartılamayacağını görmek mümkün olabilecektir.”

## II. Ücretsiz Çalışmanın Yürürlüğe Girmesi ve Yaygınlaşması

Kamu yararına çalışma ile ilgili Avrupa uygulamalarının karşılaştırmalı analizinde, Albrecht ve Schädler sadece Birleşik Krallık'ta kamu yararına çalışmanın müstakil bir yaptırım olduğunu gözlemlediler. Diğer yargı sistemlerinde yalnızca alternatif bir yaptırımın yerine (örneğin hapis veya adli para cezası) verilebiliyordu. Hatta İskoçya'da dahi kamu yararına çalışma kararları sadece, mahkemenin kamu yararına çalışma kararına hükmetmemesi halinde hapis cezası vereceği haller için öngörülmüştü. Buna rağmen alternatif hapis cezası, cezanın açıklandığı aşamada belirlenmesine gerek yoktur. Uygulamada kamu yararına çalışma kararları müstakil ceza gibi görev ifa etmektedir. Albrecht ve Schädler kamu yararına çalışmanın Avrupa genelinde artan bir şekilde müstakil bir yaptırım olarak kendi haklarına sahip olacağını tahmin etmişlerdir. Bu 2002 yılında kamu yararına çalışmanın müstakil bir “çalışma cezası” [daha önce ertelemenin bir koşulu (probation) olarak uygulanıyordu] haline geldiği Belçika'da gerçekleşmiştir. Sonuç olarak mahkemeler tarafından çalışma cezasının kullanımında önemli bir artış olmuştur. İspanya'da, kamu yararına çalışmanın çocuklardaki ilk kullanılışından sonra, yetişkinler için ücretsiz çalışmanın yaptırım olarak 1995 yılında ceza kanununda yerini alarak yürürlüğe konulmuştur. Buna rağmen kamu yararına çalışma kararları, başlangıçta sadece hafta sonu tutuklamaları yerine veya para cezaları yerine verilen hapis cezalarında hükmedilebiliyordu. 2003 yılında ceza kanununda yapılan büyük değişikliklerle birlikte, nihai olarak müstakil bir ceza şeklinde hapis cezasının ikamesi veya para cezasının verildiği davalarda yerine verilen özgürlükten alıkoymanın yerine hükmedilebilme imkânı getirilmiştir. Benzer şekilde Hollanda'da, kamu yararına çalışma kararlarının pilot uygulamasını takiben, ücretsiz çalışma Hollanda Ceza Kanunu'na (HCK) para cezası ve hapis cezası yanında üçüncü ceza olarak şeklen 1989 yılında yerini alarak yürürlüğe konulmuştur (2001 yılına kadar ücretsiz çalışma sadece kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine ikame olarak kullanılması düşünülmüştü). 2001 yılında savcılar için kamu yararına çalışma kararları mahkeme dışı anlaşmayı (soruşturmada kurtulma) temin edebilecek kararları verebilme imkânı vermekteydi. İskoçya'daki mevcut toplumsal yaptırımlar yerine son ola-



rak teklif edilenler toplumsal cezaların yeni “uç ve karma” formunu oluşturmaktadır. Bu teklifler, genel olarak toplumsal yaptırımların özünde mevcut gerekli bir kısım koşulları bulundurması yerine ücretsiz çalışmanın kendine özgü ceza statüsüne gelmesi imkânını kaybetmesi sonucunu doğuracaktır.

1980’li yılların ortalarında, kamu yararına çalışma Avrupa’da zaten iyi gelişmiş bir yaptırım haline gelmişti (Albrecht ve Schädler, 1986) ve kullanılabilirliği o zamandan beri daha arttı. Kamu yararına çalışma, yargı sistemlerinde değişen zaman dilimlerinde ele alınarak mevcut olmuştur. İlk önce İskoçya’da geliştirildi (1979) sonra Hollanda’da (şeklen 1989’da) ve en son olarak Belçika (1994) ve İspanya’da (1995). Buna rağmen dikkate şayan bir özellik şudur ki; yürürlüğe konulduğundan itibaren kullanımının yaygınlaşması, çeşitli ülkelerde değişik neden ve yollarla olmuştur. Örneğin Belçika’da kamu yararına çalışmanın müstakil bir ceza olarak yürürlüğe konulmasından sonra kullanımı aşırı derecede artmıştır (bu durum sadece denetimli serbestliğin bir koşulu olarak kullanılmasına kıyasla zıt bir durumdur). İspanya’da kamu yararına çalışma, genellikle yol güvenliği ve çok ciddi olmayan aile şiddeti suçlarında kullanılabilir bir seçenek ceza olarak verilebilir olmasından sonra kullanımı yaygınlaşmıştır (bu da tartışmalı bir şekilde bu suçlarla kısıtlı olarak kullanımını doğurmuştur). Hollanda’da verilen kamu yararına çalışma kararlarının sayısı 2000 ile 2008 yılları arasında ikiye katlanmıştır. Bu 2001 yılında değiştirilen kanunun amaçları ile doğru orantılı bir durumu yansıtmaktadır. Bu kanun, kamu yararına çalışmaya hükmedilmesini, kamu yararına çalışmayı “orta derece” (hapis cezası ile para cezası arası bir yerde) ceza olarak hükmedilmesini ve soruşturmanın alternatifi olarak genişletilmesini cesaretlendirmiştir. Son olarak İskoçya’da, kamu yararına çalışma kararları, merkezi hükümetin finansal desteği, milli hedefleri ve standartları yürürlüğe koymasını takiben belirgin bir şekilde artmıştır. 5 yıllık süreçte, 1996’ya kadar hemen hemen iki katına çıkmıştır (Mc Ivor, 1996). Bu tarihten sonra 2004/2005 yılına kadar verilen karar sayısı göreceli olarak sabit kalmıştır. Bu tarihten sonra tekrar - açık olmayan nedenlerden dolayı - artmaya başlamıştır (Scottish Government, 2009a).

Elbette, başarılı bir kamu yararına çalışmanın infazı için görevli tüm adli personelin desteği ile çok çalışma gereklidir (Albrecht and Schädler). Ücretsiz çalışmanın bir ceza olarak gözlemlenen yayılması, bir olasılıkla, en azından tedbire olan adli güveni yansıtmaktadır. Örneğin,

İskoçya'da başlangıçtan itibaren kamu yararına çalışmaya asliye ceza mahkemelerine (sherif courts) başkanlık eden ile "kesin ve net" (Carnie, 1990) özelliğine değer atfeden hâkimler (sheriffs) arasında nisbeten geniş bir destek varken, daha düşük mahkemelerin hâkimleri kamu yararına çalışmaya diğer yüksek mahkemelerdeki hâkimler gibi cezai bir seçenek olarak kullanma imkânının olmamasından memnun değillerdi. Adli güven, kamu yararına çalışmanın Belçika'da da artan bir şekilde kullanılmasına neden olan açık faktörlerden biridir. Belki Hollanda'da ve İspanya'daki kamu yararına çalışmada ise artışın nedenleri bu kadar net değildir.

İspanya'da kamu yararına çalışmanın ülkenin bir kısım yerlerinde uygulamaya geçmesinin gecikmesi, uzun bekleme listeleri ve çok sayıda verilen kararların infaz sürelerinin dolması (sürenin tüketilmesi) hâkimlerin eleştiri yapmasına neden olmuştur. Hâkimler aynı zamanda uygun olmayan hükümlülere bu kararların verilmesi hakkındaki endişelerini de ifade etmişlerdir. Benzer endişeler İskoç yargısında da - kamu yararına çalışmaya destek olmasına rağmen- gündeme gelmiştir. Hükümlülerin işyerlerine yerleştirilmelerinin ve kararların infazının gecikmesi hâkimler tarafından kamusal eleştiri yapılmasına neden olmuştur. Bu eleştiriler, hükümet tarafından infaz sürecinin hızlandırılması için mali desteğin artırılması ile sonuçlanmıştır. Belçika'da da uzun bekleme listeleri dönemsel olarak çalışma cezasının başarısı olarak ortaya çıkan bir sonuç olmuştur. Ancak buna rağmen bu durum, çalışma cezasını hâkimler arasında kredisini kaybetmiş bir ceza konumuna gelmesi sonucunu henüz doğurmamıştır.

Kararların infazındaki ertelemeler, yetersiz kaynak nedeniyle kararların verimli bir şekilde yönetilmemesine atfedilebilir. Bir kısım mevzuatta (Belçika ve İspanya gibi) kamu yararına çalışma kararlarının verilmesinin sayı olarak hızlı bir artışla karşı karşıya olması bu durumu kötüleştirebilir. Yine bununla birlikte kabul etmek gerekir ki, hükümlüler tarafından kamu yararına çalışmanın - özellikle her ülkenin mevzuatı açıkça yapılan işin bu hükümlünün olmaması durumunda, yapılmaması gereken bir iş olması durumunu incelemektedir (ücretli bir işçiye yaptırılmamalıdır) - icra edildiği yerlerdeki işlerin özellikle akşam ve hafta sonu planları ile ilgili fiili kapasitelerinin farklı yapısından kaynaklanan önemli kısıtlamalar vardır. Bu özellikle ücretsiz çalışmanın yerine getirilmesi için mahkemeler tarafından istendiği ve hükümlülerin

sayılarının önemli miktarda arttığı tekliflerde belirgin bir endişedir (İskoçya'daki gibi).

Fiili kapasite , kamu yararına çalışmanın olası olarak ücretsiz çalışmanın daha geniş cezalara verildiğinin dikkate alındığı ülkelerde daha etkili olmaktadır. Bu konu ile ilgili birçok mevzuat arasındaki büyük farklılık bizi düşünmeye sevk etmektedir. İskoçya'da kamu yararına çalışmanın tüm hükmedilen cezalar içerisinde “pastasında” düşük bir orana sahip olmasına rağmen (İskoç mahkemelerinde mahkûmiyet alanların sadece % 4'ü), Hollanda'da kamu yararına çalışma 2006 yılında hükmedilen cezaların %30'unu temsil etmektedir. Bu oran İspanya'da cezalandırılanların yaklaşık yarısı (%45) için kullanılmaktadır. Belçika'nın cezalandırmaya ilişkin verilerinin sınırlılığı, maalesef müstakil çalışma cezasının hükmedilmesini diğer cezaların kullanımıyla karşılaştırılmasında oransal olarak ayırt edilemiyor.

### **III. Uygulama: Hapis Cezası ve Belirli Suçlarda Kullanmadan (Net Widening) Sapma**

92

İngiltere'nin diğer yerlerinde olduğu gibi İskoçya'da da kamu yararına çalışma mahkemelere hapse alternatif daha fazla seçenek sunmak amacıyla yürürlüğe konmuştu. Kamu yararına çalışmanın hapse alternatif olarak rolü, ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalıklaşmaya ve rekor seviyede hapis cezası vermeye başlanması sonucu, tam devlet destekli ve ulusal amaç ve standartlarla güçlendirilen mevcut toplumsal yaptırımların daha fazla kullanılmasına yönelik siyasi talebin geldiği 1980'li yılların sonlarına doğru şekillendirilmiştir. 1991 yılında yürürlüğe konan mevzuat, kamu yararına çalışmayı mahkemeler tarafından doğrudan hapis cezasına bir alternatif olarak uygulanmasını garanti altına almayı gaye edinmişti (buna rağmen bu uygulamada gerçekleşmemiştir). Hollanda ve Belçika'da da kamu yararına çalışmanın yürürlüğe konması, ceza infaz kurumlarındaki kapasite eksikliğinin varlığı ve hapis cezalarının kullanımını azaltmaya yönelik endişelerle gerekçelendirilmişti. İskoçya'da olduğu gibi kamu yararına çalışma (kısa süreli) hapis cezasının yerine geçme niyetiyle yürürlüğe konmuştu. İspanya'da kamu yararına çalışma, hapis cezası gerektirmeyen basit suçlarla mücadele kapsamında verilebilecek yaptırım olarak tanımlanmaktaydı. Kararların potansiyel çeşitliliğine rağmen başlangıçta davalar hafta sonu tutukluluğu ve para borçları ile sınırlı kalmıştı. Kamu yararına çalışma sadece birkaç yıl sonra bir yıla kadar hapis cezası yerine ve istisnai olarak da iki yıla kadar hapis cezası yerine kullanılabilirdi.

İlgili tüm yargı sistemlerinde, sanıklara yönelik ücretsiz çalışmanın ceza adalet sisteminin çeşitli noktalarında yürürlüğe konulmuş olduğuna ilişkin deliller vardır. Örneğin hem hapis cezasına alternatif hem de para borçlarının ödenmemesi sonucu verilen hapis cezasına alternatif olarak verilmektedir. Yine soruşturmanın alternatifi olarak da yürürlüğe konulmuştur. Kamu yararına çalışmanın genelde hapis cezasına alternatif olarak kullanılmadığına ilişkin deliller de vardır. Böylece hapis cezası dışındaki bir alanda (net-widening) bir derece kullanımı ortaya çıkmıştır. Örneğin İspanya'da kamu yararına çalışmanın daha hafif (trafik) suçlarda yaygın olarak kullanılması, belirli suçlarda (net-widening) kullanılmaya açık bir delil olarak sayılabilir. Özellikle şu anda kamu yararına çalışmanın verilebildiği bir kısım suçların önceden idari suçlar (cezai olmaktan ziyade) olduğu bilinmesi gerekmektedir. İskoçya'da kamu yararına çalışma hapis cezasına alternatif olduğu yasal olarak belirtilmiş olmasına rağmen diğer hapis dışı cezalar yerine de sıklıkla kullanılması da muhtemeldir. Örneğin, son yıllarda İskoçya'da toplumsal yaptırımların (kamu yararına çalışma dahil) sayısında artışlar olurken ceza infaz kurumlarının mevcudu da daha önce görülmemiş oranda artmaya devam etmiştir. Bu durum toplumsal yaptırımların adli para cezası gibi hapsi gerektirmeyen seçeneklerin yerine geçtiğini düşündürmektedir. Benzer bir eğilim Hollanda'da da gözlemlenmiştir. Ayrıca ücretsiz çalışma para borcunun ödenmemesi halinde yerine geçen bir seçenek olarak yürürlüğe sokulmuştur. Son zamanlarda ise hafif suçlar için soruşturmaya alternatif olarak uygulanmaya başlanmıştır. Kamu yararına çalışmada benzer bir yaygınlaşma "hafif suçlarda kullanma eğilimi" Hollanda'da ortaya çıkmıştır ki, burada kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif olarak soruşturmanın yerine geçen bir araç şeklinde ek olarak uygulanabilmesine rağmen 1995 ile 2003 yılları arasında kısa süreli hapis cezaları artmıştır (ki kamu yararına çalışmanın bu cezalar yerine verilmesi amaçlanmıştı). Belçika'da kamu yararına çalışmanın uygulamaya girmesi ile kullanımındaki artış, ceza infaz kurumlarındaki mahpus sayısındaki artış ile atbaşı gitmiştir. Ancak buradaki fotoğraf, 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezalara infaz aşamasında elektronik takiple infaz etme imkânının yürürlüğe sokulması ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz edilmemesi nedeniyle biraz net değildir.

Kamu yararına çalışmanın amaç edinilen suçlar dışında kullanılmaya başlanması özel bir endişedir. Elbette kamu yararına çalışmanın ihlal edildiği noktadan sonra istenmeyen bir cezanın (hapis cezası gibi) verilecek olması muhtemeldir. Bu da asıl suç ile garanti altına alınmış

olunur. Kamu yararına çalışma doğrudan başka bir düzenlemenin yerine ikame olarak uygulamada görev icra ediyorsa, ihlal halinde hüküm verene ne yapması gerektiği konusunda çok az bir takdir hakkı kalmaktadır. Daha fazla esnekliğin olduğu yerde, başka cezalara yönelmenin sonucu olarak “daha yüksek bir tarife” uygulama ihtimali artacaktır. İlginç bir şekilde, İskoçya’da gerçekleştirilen araştırmalar göstermiştir ki, hüküm verenler asıl cezayı tekrar vermede az veya çok hoşgörülü olabilmektedirler (bu yerine getirmemenin ne kadar “kasıtlı” olarak algılandığı ile bağlantılıdır). Bu hoşgörü, yine hükümlünün cezalandırılmak üzere dosyasının mahkemeye gönderildiği durumda, infaz edilen kamu yararına çalışma miktarının, hapis cezasından ne kadarının düşürülmesi gerektiği konusundaki istekliliğin farklılığı ile ilgilidir (Carnie, 1990). Usuli bir güvence olarak, Hollanda’da ihlal halinde verilen cezadan infaz edilen kamu yararına çalışmanın indirilmesi yasal bir gerekliliktir. Aynı güvence İspanya’da da kamu yararına çalışmanın hapis yerine geçen bir uygulama olarak verildiği durumlarda geliştirildi. Ancak, müstakil bir ceza olarak verildiği durumlarda ise ihlal halinde sadece adli para cezası verilebilmektedir.

Kamu yararına çalışmanın toplumsal bir ceza olarak tüm Avrupa’da yürürlüğe konulması, cezalandırmaya yönelik geniş kapsamlı penolojik atmosferin olduğu ve arttığı döneme denk gelmektedir. Bu durumda şu sorular ön plana çıkmaktadır. Acaba kamu yararına çalışmanın kendisi mi cezalandırmayı - toplumun içinde “gerçek” ceza fırsatlarını sunması ve açık cezalandırıcı amaçları aracılığıyla - tetiklemiştir? Yoksa kamu yararına çalışma, denetimli serbestlik gibi yaptırımların gözden düşmeye başladığı rehabilitasyon düşüncesinin “ölümünün” bir ürünü müdür? Biz ikinci düşüncenin olanı izah ettiğini düşünmekteyiz. Bunun yanında kamu yararına çalışmanın belirli tip suçlarda kullanılmamasına yönelik potansiyel endişelerin kaynağı olabilecektir. Kamu yararına çalışmanın iyi kurulmasındaki başarı, bu yaptırımın hapis cezasının verilmesinin ağır, diğer mevcut seçeneklerin de hafif olarak kabul edildiği davalarda tartışmalı bir şekilde ara yaptırım olarak kullanılmasına borçludur.

#### **IV. Kamu Yararına Çalışmanın Belirtilen Amaçları ve Gerçek Amaçları ile Bunların Nasıl Başarıldığı**

Tüm ceza yaptırımlarının özelliği karşıt amaçları ile birlikte sunulmasıdır. Toplumsal yaptırımlar için bütün bunlara rağmen iyi niyetli olsa da atfedilen amaçlar daima tartışmalı ve net olmamıştır. Anlattığımız yargı sistemlerinin kamu yararına çalışma için ifade ettikleri çeşitli

amaçları vardır. Bunlar hapis cezasına daha insancıl bir alternatif, rehabilitasyon ve onarımdır. Bu amaçlar yargı sistemleri arasında çoğunlukla paylaşıyorken, yargı sistemlerinde bu amaçlara değişen derecede önem atfedilmektedir. Ayrıca her yargı sisteminde kamu yararına çalışmaya yüklenen farklı amaçların göreceli önemi zaman içerisinde değişmiştir. Bu sebeple ceza amaçlarının ne derecede değiştiğini, bu değişikliklerin hangi faktörlerden kaynaklanmış olabileceğini ve uygulamadaki etkilerini yansıtmak yapıcı olacaktır.

Rehabilitasyon halen tüm yargı sistemlerinde kamu yararına çalışmanın belirtilen amacıdır. Ancak rehabilitasyondan ne anlaşılması gerektiği konusu değişmiştir. Yaygın olarak tanımlandığı şekliyle, hükümlülerin davranışlarında ve görüşlerinde yararlanıcılarıyla iletişim sağlamak veya faydalı bir işte çalışmak aracılığıyla desteklenebilen değişiklik yapmaktan ziyade, şimdi daha çok mükerrirliğin düşürülmesi olarak daha dar veya daha açık bir kavramsallaştırma anlaşılmaktadır. Hükümlülerin davranışlarında ve görüşlerinde değiştirilmesiyle ilgili diğer amaçlar halen varlığını sürdürürken, mükerrirliğin azaltılması öncelikli hale gelmiştir. Bu İskoçya, Hollanda ve Belçika'daki (tam net olmasa da) durumdur. Rehabilitasyon, bu dar anlamı kapsamında dahi, bahsettiğimiz tüm yargı sistemlerinde, kararlar artan bir şekilde ve fazla personel desteği olmadan yerine getirilmesi sağlanıyorsa da, ciddi bir şekilde takip edilmemektedir. İspanya'da örneğin artan işyükü, daha çok standartlaşan ve az müdahaleci olan uygulamalara sebep olmaktadır. İskoçya'da, denetimli serbestlik görevlilerinin nitelikli sosyal çalışmacı olmalarına gerek yoktur. Sosyal çalışma desteğine ihtiyaç duyan hükümlülerle ilgili kamu yararına çalışma yerine büyük olasılıkla denetimli serbestlik (diğer tedbirlere) tavsiye edilmektedir. Belçika'da, infaz yetkilileri kamu yararına çalışmaya az mı ya da hiç mi rehabilitasyon desteği verilip verilmemesi gerektiği konusunda kararsızdır. Ancak denetimli serbestlik görevlileri bu "çıplak" infaza karşı dirençlerini göstermişlerdir. Böylece rehabilitasyon yönündeki bu ilk viraj infaz uygulamasında artık net bir şekilde yansımamaktadır. Avrupa'da kamu yararına çalışmanın önceki bir değerlendirmesinde, "kamu yararına çalışmanın (tekrar) sosyalleşme etkisi gelecekte artan bir şekilde önemli hale gelecek ve ceza olarak (hükümlünün boş zamanının bir kısmını almak suretiyle) rolü yok olacaktır" (Albrecht/Schädler 1986:192). Ancak, tüm yargı sistemlerindeki gelişmeler ışığında, durumun tam aksi olduğunu görüyoruz. Rehabilitasyon asgari olarak daha dar bir şekilde tanımlanıyor

(eğer çekilmemişse) ve kararın cezalandırıcı boyutları yargısal ve kamu desteğini kazanma çabasıyla vurgulanıyor.

Son zamanlarda yargı sistemlerinde kamu yararına çalışmanın cezalandırıcı amacına yönelik daha ağır vurgunun yapıldığı görülmektedir. Kamu yararına çalışma genelde ceza - bu sebeple Hollanda ve Birleşik Krallıkta başlangıçta denetimli serbestlik görevlileri arasında bir kısım dirençle karşılaşılmıştır - ile ilişkilendirilmesine rağmen, aslında yaptırımın cezai yönü hükümlünün serbest vaktinden mahrum bırakılması ile ilişkilendirilmiştir. Bu doktrinde hapis cezasının cezalandırıcı unsuru ile uygun bir görüştür. Bu nedenle çalışmanın kendisinin açık bir şekilde cezai nitelikte olmaması gerekir (Ashworth 1992, Boone 2000). Bu kamu yararına çalışmanın, temelde hapis cezasına ikame ve müstakil bir ceza veya doğrudan ceza olarak gelişmesini, bu şekilde kullanıldığı zaman kredibilitisini vurgulamak için gerekli algı ihtiyacını karşılaması (İspanya, Hollanda) ve hükümetlerin kararlara kamuoyu desteğini komuta etmek için kredibilitisini güçlendirmek şeklinde değişmesi sonucunu doğurmuştur (İskoçya, Belçika, Hollanda). Kamu yararına çalışmanın yeterli bir ceza olarak toplumsal kabulü, kamu yararına çalışmanın yaygın olarak uygulanması için gereklidir. Yaptırımın toplumsal kredibilitesi birçok yargı sisteminde geçmişte olduğu gibi halen önemli bir konudur. Örneğin Hollanda'da en azından 1990'ların başına kadar (Van der Laan, 1993) kamuoyundan beğenilen geniş ve popüler destek almasına rağmen, kamu yararına çalışma kararları son zamanlarda bir kısım medya ve diğer toplum kesimleri tarafından bazı kategorideki cezalara çok hafif gelmesi nedeniyle sorgulanmaktadır. İspanya'da yüksek derecedeki güven, hükümlüler tarafından çalışılan gün ve saatlerin artırılması suretiyle temin edilmiştir. Hollanda'da kamuoyunda artan cezalandırma olgusunun hükümlülere daha fazla görevlerin verilmesinin istenmesi ile sonuçlanması özel bir endişe kaynağıdır. Buna karşılık İskoçya'da siyasilere tarafından kamu yararına çalışmanın görünür ve fiziğe dayalı olmasına yönelik talepler periyodik - kısa ömürlü olsa da - olarak dile getirilmiştir. Bu çok şansız bir durumdur çünkü kamu yararına çalışma yaptırımını tecrübe eden hükümlülerle ilgili, bu kişilerin bu yaptırımı kanıksamalarına hatta uzun dönemde tekrar suç işleme üzerinde etkili olabileceğine ilişkin deliller vardır (Mc Ivor, 1992). Özellikle, pratik veya kişisel becerinin bir derece gerektiği ve hem hükümlüler hem de çalışanlar için doyurucu olan işyerleri, cezadan vazgeçirmeyi amaç

edinen görüşü daha çok destekliyor gözükmekte, ya da en azından hükümlüye verilen cezanın pozitif anlamını vurgulamaktadır.

Başlangıçta, tüm yargı sistemlerinde hapis cezasının azaltılması da kamu yararına çalışmanın yaygın amacı arasındaydı. Bu, kamu yararına çalışmanın ceza infaz kurumlarının kapasite eksikliğini hafifletebilecek daha insani bir cevap sunmak için yürürlüğe konduğu Hollanda’da açıkça belirtilmişti. İskoçya’da mevzuat, mahkemelere kamu yararına çalışmayı sadece, kamu yararına çalışmanın verilmemesi halinde hapis cezası verileceği davalarda kullanımını cesaretlendirmek için yürürlüğe konulmuştur. Böylece kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların kullanımı azaltılmak istenmiştir. Belçika’da çalışma cezasının hapis cezası ile birlikte verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. İskoçya’da kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların kullanımını azaltmak amaç olarak kalırken, bu durum ulusal standartlarda “mahkemeler her zaman tutukluluğa veya hapis cezasına kredibilitesi yüksek bir alternatif olan toplumsal tasarruflara erişimi garanti altına almak” olarak ifadesini bulmuştur (Scottish Government 2009b, s.2). Hollanda’da bu kamu yararına çalışmanın açık bir amacı olmaktan çıkarılmıştır.

Son olarak ıslah, bazı yargı sistemlerinde kamu yararına çalışmanın ifade edilen amacıdır. Buna rağmen ıslah genelde, hükümlülerin mağdurlardan ziyade toplumda değişiklik yaptıkları sembolik terimlerle ifade edilmiştir (Islah amacının kanunda düzenlendiği ancak uygulamada az öneminin bulunduğu İspanya’da dahi durum böyledir). İskoçya’da uygulanması teklif edilen “geri ödemenin (payback)”<sup>1</sup> yeni düzenlemesinde ıslahla ilgili daha çok cezalandırma manasında işaretler vardır. Burada artan bir şekilde mahalli topluluklara hükümlülerle ilgili projeleri gerçekleştirmeye yönelik fırsatlar öneriliyor. Bu gelişmenin sonuçlarının dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerekecektir. Örneğin bu öneriler toplumların intikama olan susamışlıklarını yansıtan ve gittikçe artan bir şekilde istenen, cezalandırmayı amaç edinen işyerlerinin oluşması ile mi sonuçlanacaktır? Ya da onun yerine hükümlülere yönelik, verilen zararı sembolik olarak tamir etmeleri halinde onların entegrasyonlarını desteklemek için coşkulu bir arzuyu ve toplumsal adanmışlığı ifade eden daha derin bir duyguyu mı telkin edecektir?

Kamu yararına çalışmanın değişik amaçlara bağlı bu anlamındaki değişiklikler ile göreceli vurgusu , bir kısım faktörün cevabı olarak ortaya

<sup>1</sup> Çevirmen notu: “payback” Anglo-sakson hukuk sistemlerinde kamu yararına çalışma yaptırımı yerine kullanılan terimdir.



çıkıştır. Öyle görünmektedir ki, örneğin cezanladırmaya yönelik görüş değişikliği en azından bazı yargı sistemlerinde kamu yararına çalışma üzerinde kısmen etkili olmuştur. Organizasyonel düzenlemeler de kararın değişik amaçlarının gelişimi konusunda etkiye sahiptir. Özellikle rehabilitasyonla ilgili olarak. kararların infazından ve gözetiminden sorumlu tüm kurumlar [İskoçya’da mahalli sosyal çalışma bölümleri, Hollanda’da Denetimli Serbestlik Servisi, İspanya’da Ceza İnfaz Kurumu Sosyal Servisleri ve Belçika’da Adalet Evleri (Denetimli Serbestlik Servisinin karşılığı) ile mahalli organlar] müdahale etmekle görevlidir. Bu organizasyonel temel başlangıçtan beri, kamu yararına çalışmanın rehabilitasyon kökenli bir “meyil” olduğunu belki ifade etmek istemiştir. Hatta kamu yararına çalışmanın bu rehabilitasyonel amaçları yetkililer tarafından açıkça ifade edilenlerden ziyade örtülü olarak anlaşılan veya doğal olarak ortaya çıkan amaçlardı. Ancak resmi olarak bildirilenle kamu yararına çalışmanın “sahadaki” uygulanmasında da gerginlik olabilirdi. Bu da kararların rehabilitasyon içeriğinin niçin uygulamada abartılı ortaya çıktığını veya tersinden amaçların resmi beyanlar indinde daha az önemli görüldüğünü açıklayabilir. Mevcut amaçlarla beyan edilen amaçlar arasındaki gerginlik - ki bu rehabilitasyonun uygulamasını ve yorumlanmasını değiştirmiştir - uygulamanın değişik aşamalarında ortaya çıkabilir. Bu sebeple kamu yararına çalışmanın amaçlarının analizinde, hem resmi beyanlardaki aşama hem de infaz aşamasındaki uygulamaları birlikte dikkate almak gerekir. Yine bu her iki aşamanın ilişkileri ile değişen ve birbirine kompleks etkilerine dikkat etmek gerekir.

## V. Hükümlülerin Özellikleri

Yargı sistemleri içinde kamu yararına çalışmanın analizinde, toplum için ücretsiz çalışmayı yerine getirmekle yükümlü hükümlülerin özelliklerinde ilginç farklar ortaya çıkmıştır. Kamu yararına çalışmanın tespitinde mahkemelerin diğer cezalarla ilgili kullanımı farklılığı yansıtan durumdur. Belçika, Hollanda ve İskoçya gibi kamu yararına çalışmanın (kısa süreli) hapis cezasının yerine geçmesinin arzu edildiği yerlerde, hükümlülerin kamu yararına çalışmaya hüküm giydikleri suç tipleri büyük ölçüde aynıdır. Bunun aksine İspanya’daki kamu yararına çalışma, belli kategorideki suçları - aile içi şiddet ve trafik suçları - odak edinmiştir. Bu da ücretsiz çalışmaya, farklı profildeki hükümlüleri cezalandırması sonucunu doğurmuştur.

İncelenen her yargı sisteminde, kamu yararına çalışma baskın bir şekilde erkeklere hükmedilmiştir. Çünkü mahkeme önüne çıkan sanıkların çoğunluğunu erkekler oluşturmaktadır. İspanya ve İskoçya'da erkeklere oranla kadınlara daha az miktarda kamu yararına çalışmaya hükmedilmektedir. Bu durum, kadınlar için verilen kararlarla ilgili altyapı eksikliği - çocuk bakımına yönelik uygun yapılanmalarının olmayışı gibi - ile çalışmanın erkeklerle ilişkilendirilmesine yönelik devam eden ataerkil davranışların sonucu olabilir. Ancak İskoçya, Belçika ve Hollanda'da kamu yararına çalışma altında bulunan kadınların oranı ceza infaz kurumlarındaki kadınlardan daha yüksektir. Örneğin Belçika'da kamu yararına çalışma altında bulunan kadınların oranı % 8'ken bu oran ceza infaz kurumlarında % 4'dür. Bu bazı davalarda kadınların aile sorumluluğunu taşıyan kişiler (bu sebeple hapsedilmemeli) olarak kabul edilmesi veya yargı tarafından ciddiyeti daha az olan hafif suçları işleyen kişiler olarak kabul edilmiş olmaları olabilir (bu nedenle daha az tehlikeli kabul ediliyor ve hapsedilmeleri gerekmiyor) (Beyens, 2000). İspanya ve İskoçya'da bununla birlikte kadınlara kamu yararına çalışmadan daha ziyade hapis cezası verilmektedir. Bu İspanya'da kamu yararına çalışmanın yaygın olarak bu kararlar için odaklanan suçların tipiyle bağlantılı bir gerçeğe açıklanabilir.

İncelenen ülkelerin yargı sistemlerinde, yabancıların kamu yararına çalışmaya erişimlerinin de ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğini ortaya koymuştur. Hollanda ve Belçika'da göçmen kökenli kişilerin kamu yararına çalışma kararları içerisinde oranlarının düşük olduğunu belirtmek gerekir. Bunun aksine bu kişiler hapsedilenler içerisinde ise oldukça yüksek oranda temsil edilmektedir. İspanya'da ise İspanyol kökenli olmayanların kamu yararına çalışmada ve ceza infaz kurumu mevcudu içerisinde (daha fazla) yüksek bir oranda olduğunu söyleyebiliriz. İskoçya için yayınlanmış veri bulunmamakla birlikte 2001 yılındaki sayıma göre etnik olarak kamu yararına çalışma ve ceza infaz kurumlarında homojen bir nüfusun bulunduğunu ve yalnızca %2'lik bir etnik azınlığın bulunduğu tespit edilmiştir. Hollanda ve Belçika'da bu kökenden olmayanların kamu yararına çalışma kararları içerisinde düşük oranda temsil edilmelerinin temelinde, kamu yararına çalışmaya hükmedilmesinde halen önemli bir kriter olan milli dilin yeterli düzeyde konuşulması yeteneğinin aranmasıdır. Yine çoğu ülkeler kayıtlı olmayan yabancıları da toplumsal cezalar kapsamına dahil etmemektedir.

Hükümlülerin demografik profili de ülkeden ülkeye değişmektedir. Hükümlülerin yaş profili de oldukça gençtir. Bu özellikle hükümlülerin %69’unun 30 ve daha genç olduğu İskoçya’daki durumdur. İskoçya’da cezalandırılan hükümlü profilinde, kamu yararına çalışmaya hüküm giyenlerin yaş profili daha düşüktür (Scottish Government, 2010). İskoçya’da diğer Avrupa ülkeleri sistemlerine göre daha genç profille karşılaşılmasının temelinde, kısmen İskoçya mevzuatına göre 16 ve üstünün yetişkin mevzuatı kapsamında değerlendirilmesidir ki diğer ülkelerde yetişkinlerin yargılandığı mahkemelerde yargılanma çok az istisna dışında 18 yaş ve üstüdür.

Kamu yararına çalışmaya hüküm giyenlerin iş durumu ve eğitim seviyeleri ile ilgili olarak; İspanya’da kamu yararına çalışmaya, çalışan ve göreceli olarak yüksek eğitim görmüş kişilerin tercih edildiğini özellikle not etmek gerekir. Bu diğer ülkelerin sistemlerine göre farklılık arz etmektedir. İspanya’daki bu farklı demografik profil ve hükümlülerin cezalandırıldıkları cezaların tipi, bu ülkede kamu yararına çalışma ile ilgili kararların infazından sonra diğer ülkelerle karşılaştırıldığında en düşük mükerrerlik oranının da açıklaması olabilir. Kanaatimizce bu İspanya’da kamu yararına çalışmaya konu suçların olası olarak fakirlik veya yoksullukla güçlü ilişkisi olmayanları hedef seçmesinin yansımasıdır. Bu durumdan yoksul hükümlülerin daha büyük olasılıkla ceza infaz kurumuna gönderilmesiyle yüzleşirken, kamu yararına çalışmanın daha çok orta sınıf hükümlülere kolayca verildiğine ilişkin eğilimin geliştiği ortaya atılabilir (Eğer verilme imkânı varsa mahkemelerde öğrencilere hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesindeki isteksizlik buna bir örnek olarak gösterilmiştir).

Sonuç olarak bu bulgular Kalmthout’un değerlendirmesine destek verir gözükmektedir. “Toplumsal yaptırımlara hüküm giyen hükümlülerin karakteristiklerine baktığımızda, çok önemli kategorideki hükümlülerin oldukça az oranda temsil edildiği sonucuna ulaşmak zorundayız (uyuşturucu bağımlıları, yabancılar ve evsiz insanlar gibi). Yine bir kısım suçlar, çoğu ülkelerde şekli düzenlemeler veya cezalandırma uygulamaları nedeniyle toplumsal yaptırımlara başvurmadan mahrum bırakılmış olması dolayısıyla düşük oranda temsil edilmektedir (uyuşturucu suçları, şiddet suçları, alkollü araç kullanma ve cinsel suçlar). Az da olsa sabıkası olan hükümlüler de hariç tutulmaktadır. Bu durum, toplumsal projelerin mali yetersizlik ve siyasi istek eksikliği nedeniyle mevcut olmadığı, hükümlülerin git gide toplumsal projelere kabul edilmediği, belli kategorideki hükümlülerin arttığı haline geldiği ceza infaz kurumlarının mevcudunun

önemli ölçüde değişen karakteristiği ile de örtüşmektedir (Van Kalmthout 2000, sh. 131-132).

## VI. Çalışmaya İlişkin Konular

Daha önce kamu yararına çalışmanın amaçlarının her yargı sisteminde rehabilitasyon odaklı amaçtan cezalandırmaya nasıl dönüştüğünü belirtmiştik (Örneğin toplum içerisinde görünür bir şekilde fiziken çalışma). Bu felsefi dönüşümle birlikte, hükümlü gözetimi eksenli uygulama ile hükümlü yönetimi eksenli uygulamalardan hangisinin daha iyi kavramlaştırılabileceğine ilişkin soru gündeme gelmiştir. Bu dönüşümde ücretsiz çalışmayı yerine getiren hükümlülere sunulan sosyal çalışma / refah desteğindeki tedrici erozyon ile kararların rehabilitasyon yönüne olan dikkatteki azalma belirleyici olmaktadır. İlginç bir şekilde Belçika'da, kararların infazından sorumlu olan ve sosyal çalışmacı olan adalet görevlileri arasında gözetim ve destek, cezanın başarılı bir şekilde infazı ve sonlandırılması için zaruri görülmesi nedeniyle bu tür gelişmeler büyük bir dirençle karşılaşmaktadır. Benzer bir direnç yeni nesil personelin göreve başlamasıyla Hollanda'da kaybolmuş gözüküyor. Ancak "Business Process Reengineering" adı verilen idari kökenli bakışın Belçika'da yürürlüğe konulması ile daha çok standartlaşmaya doğru bir akım amaçlanmış ve infaz aşamasında görevlilere daha az özgürlük tanınmıştır. Bu program ile Hollanda'da gerçekleşen duruma benzer eğilime yol açabileceğine ilişkin belirtiler vardır. İspanya'da ise gözetimcilere devredilen dava yükündeki artış ile sayıdaki artış baskısı müdahaleci uygulamaları imkânsız hale getirmiş ve gözetimin sadece idari şekli ile daha aceleci türüne doğru net dönüşüm gelmiştir. İskoçya'da 1991 yılında merkezi hükümetin desteği ile ulusal standartlar ve amaçların yürürlüğe konulması, Mc Ivor'un (1992) araştırmasında tespit edildiği gibi bir kısım İskoç programları tarafından kabul edilen açık sosyal çalışma yaklaşımını aşındırmıştır. Buna rağmen kamu yararına çalışma için varsayımsal olarak, sosyal çalışma departmanları tarafından *örtülü* bir sosyal yardım yönlendirme sorumluluğunun halen devam ettiği öne sürülmektedir.

Kamu yararına çalışmanın, hükümlünün fırsatlarla birlikte kabul edildiği kamusal tamirin bir şekli olarak "iletişimsel" bir fonksiyonunun olabileceği tartışılmıştır (Duff, 2001). "Hükümlü kendisinin topluma karşı yeni taahhüdü ile yapmış olduğu şeyin anlamını ifade etme fırsatı elde eder", toplum için de "kamu yararına çalışmanın tamamlanması ile işlemiş olduğu suç için hükümlü yeterli özrü dilediğini" kabul etme fırsatı doğmuştur (Rex, 2004, sh.117). Bu elbet de Albrecht ve Schadler'in (1986) ,

hükümlülerin çalışmak suretiyle topluma yapmış oldukları katkının lum tarafından saygı değer olduğuna ikna edilmesinin önemi arkasındaki vurguda da vardır. Bu iddia da en iyi olarak bu çalışmanın yapılacağı “kamu yararına çalışmayı yerine getirmede hükümlüye *anlamlı bir iş* yaptığı duygusunu verebilecek yetkin yerlerin” güçlü kurumların tespiti ve kullanılması ile daha iyi başarılacaktır (sh. 193, original emphasis). Boone'nin makalesinde<sup>2</sup> belirttiği gibi, bu süreçlere ve etkilerine ilişkin az deneysel veri vardır. Olay belki de mevcut kaygıyı, mükerrer suçluluğu azaltan bir durum olarak irca edilmelidir. Kanaatimize göre ücretsiz çalışma aracılığıyla personelin ve sosyal değişikliğin hangi yollardan ve nasıl değiştirilebileceği ve tetiklenebileceğine ilişkin daha ileri keşif yapıp yapmamaya ilişkin önemli bir alan bulunmaktadır.

Bahsedilen bu konular kamu yararına çalışmanın daha fazla yönetim/idari yaklaşımı ile ilgili olası önemli sorunları gündeme getirmektedir. Örnek verecek olursak; İspanya'da (Katalonya) kamu yararına çalışma iyi seçilmiş bir bölgede yürürlüğe konulması ile Hollanda'da özel/ticari sektörün kamu yararına çalışmanın yerine getirileceği yerlerdeki düzenlemelerde artan bir ilgi göstermesi tartışmalı bir durumdur. Bu her iki gelişme de öncelikle mali gerekçeler ön plandadır. Bu gelişmeler, mahkemelerden daha fazla kamu yararına çalışma kararı verilmesini doğurabilir. Bu da daha az imkânları, daha az kamusal yönü (hükümlülerin yararlanıcı olan toplumla irtibatla bulundurma anlamında), daha az üretkenliği, daha az yaratıcılığı ve daha az verimliliği olan uygunsuz çalışma imkânları ile sonuçlanabilir. İlginç olan ise İspanya'da henüz bu olumsuzluklar ortaya çıkmamıştır. İspanya'da kamu yararına çalışma kararı verilen hükümlülerin artan sayısı artan oranda kamu mekanlarında ve yaratıcı bir şekilde yerine getirilmektedir (Buna rağmen gözetim desteği olmaması nedeniyle sonuç olarak verim düşüktür).

## VII. Verimlilik – Güvenilir Veri Eksikliği

Kamu yararına çalışmanın amaçlar bakımından parçalanmış karakteri karşısında her şeye rağmen rehabilitasyon (mükerrerliğin azaltılmasından daha geniş manada), hapis cezasını ikame etme (en azından bazı davalarda), tamir ve sorun çözümünün; kamu yararına çalışmanın önemli amaçları olduğuna ilişkin yargı sistemleri arasında bir seviyeye kadar bir uyum ve konsensüs mevcuttur. Bu nedenle kamu yararına çalışmanın bu amaç-

<sup>2</sup> Çevirmen notu: Yazarın European Journal of Probation adlı derginin 2010 yılı 2 (1)'inci sayısındaki makale kastedilmektedir.

larına ilişkin etkililiği ile ilgili göreceli olarak az bilgi sahibi olmamız şaşırtıcıdır.

Kamu yararına çalışmanın ikame amacı (yukarıya bakınız) yanında, İspanya'da ve Hollanda'da sistematik olarak araştırmalara konu olan tek amaç suç tekrarının azaltılmasıdır. Bu konu, kamu yararına çalışma kararı alan hükümlüler ile hapis cezası alan hükümlülerin oldukça farklı kişiler olması nedeniyle soruşturulması zor olan bir konudur. Rasgele kontrol denemeleri ise çözülmemiş uygulama problemleri veya önemli hukuki ve ahlaki itirazlarla karşılaşmaktadır. Buna rağmen gerçekleştirilen çalışmaların sonuçları cesaret vericidir. İskoç hükümetinin son verileri kamu yararına çalışma kararı verilen hükümlülerin tekrar mahkûm olma oranlarının özellikle daha geniş suç geçmişi olan hükümlülerden daha düşük olduğunu göstermektedir (Scottish Government 2009c). Bu veri sonraki aşamada dahi hükümlülerin kamu yararına çalışma kararlarından bir şeyler öğrenebileceğini ve bu nedenle kamu yararına çalışma kararlarının ilk suç işleyenler dışındaki hükümlülere de verilmesi gerektiğine ilişkin argüman olarak değerlendirilmelidir. Kamu yararına çalışmada, çoğu seçim etkilerinin kontrol edilebileceğine ilişkin Hollanda'da son bir çalışma yayınlanmıştır. Çalışmanın sonucu, kamu yararına çalışma kararı verilen hükümlülerin, hapis cezası verilen hükümlülerden daha iyi sonuç aldıklarıdır. Mahkûmiyetin verildiği ilk yıldan sonra kamu yararına çalışma kararı verilen mala ilişkin suçlarda suç tekrarı %67 şiddet suçlarında ise %60 azalmıştır. Bu sonuçlar sonraki sekiz yıl için de tutulmuştur. Sekiz yılın sonunda kamu yararına çalışma kararı verilen hükümlülerin suç tekrarı oranları %50 daha az olarak tespit edilmiştir (Wermink et al. 2009).

Kamu yararına çalışmaya atfedilen diğer amaçlarla ilgili son zamanlarda hemen hemen hiçbir araştırma yürütülmemiştir. Rehabilitasyonun, hükümlülerin iyileştirilmesi ve sosyal entegrasyonunu göz önünde tutan yönleri de bunun içerisinde. Hükümlülerin kamu yararına çalışma tecrübeleri hakkında hangi bilgiye sahibiz? Hükümlüler bundan ne öğrendi ve onlara ne kazandırdı? “Çalıştıranlar” kamu yararına çalışmaya nasıl bakıyorlar? Yapılan işi takdir ediyorlar mı? Bu tecrübeleri suç ve suçluya olan bakışlarını değiştiriyor mu? Son zamanlarda Belçika'da yapılmış olan sınırlı ve tanımlayıcı çalışma ile İspanya'da devam eden araştırma dışında bu sorularla ilgili sistematik ve yeni denilebilecek az veri bulduk (bu konularla ilgili Hollanda ve İskoçya'da araştırma yapılmış ancak bu 20 yıl öncesine ait). Hükümetlerin bu ilgi eksiklikleri toplumsal cezaların

diğer (muhtemel) amaçları ile ilgili muhtemel arzu eksikliğini yansıtmaktadır. Kamu yararına çalışmayla ilgili olarak günlük bazda binlerce insan işlemiş oldukları suçlar nedeniyle bu yaptırımla irtibatlandırılmak suretiyle faydalanmaktadır. Halen bu etkileşimin kamu yararına çalışmanın bu geniş sosyal sürecine katkı ya da zarar mı verdiği hakkında çok az bilgiye sahibiz. Çeşitli yargı sistemlerinde, ücretsiz çalışmanın işleyişi konusunda daha modern ve eleştirel analizler yapılması için açık bir alan mevcuttur.

### VIII. İnsan Hakları

Kamu yararına çalışma kararlarının karakterine ilişkin diğer yaygın açıklama ise halen bu kararların “lütufl” özelliğine sahip olması ve belki de görülmesidir. Bu durum halen Hollanda, İspanya ve Belçika'da kamu yararına çalışmanın hukuki pozisyonu ile ilgili bir kısım yönlerin, en azından hapis cezası ile karşılaştırıldığında, niçin hemen hemen hiç çalışılmadığını ve ciddi şekilde uygulanmadığının (Kelk 2003) açıklaması olabilir. Kamu yararına çalışma kararının verildiği kişilerin hukuki pozisyonunun karşılaştırmalı olarak incelenmesi farklı bir özel sayının konusu olabilir. Ancak göz ardı etmek istemediğimiz insan hakları ile ilgili önemli iki konu vardır.

104

#### a. Zorla çalıştırma

İlk konu, çoğu milli anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS. Bölüm 4) yer alan zorla çalıştırma yasağı ile bağlantılı olan çalıştırılırken onay alma, şarttır. İskoçya, İspanya ve Belçika'da sanık veya avukatı tarafından verilecek sözlü onay, kamu yararına çalışma kararı verilebilmesi için halen bir şarttır. Bununla birlikte Hollanda'da hükümlünün sözlü veya yazılı bir beyanla onay vermesi şart olmaktan çıkarılmıştır. Bu kamu yararına çalışma kararlarının hükümlünün yokluğunda da verilebilecek cezalarda uygulanabilmesine ilişkin istekten kaynaklanmıştır. Bugün kanun koyucular onayın çalışmaya başlarken de ifade edilebileceğini kabul etmektedir. Burada sorun, bu durumun bilgilendirme sonrası rızayı zorunlu kılan AİHS'nin içtihadı (Van der Musselle, EHRM 23 November 1983 Series A, vol. 70) ile nasıl uyum içinde olacaktır. Aynı şart, Toplumsal Yaptırım ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları'nın (TYTİAK) 31'inci maddesinde “Bir kamusal yaptırım veya tedbire, sadece hükümlünün işbirliği yapmaya ve bunlara uymaya hazır olduğunun ve hangi koşullar ile yükümlülüklerin uygun olacağını bilmesi halinde hükmedilmelidir.” ifadesini bulan cümlelerde de ifade ediliyor gözük-

mektedir. Bu hükme göre mahkemede onayını vermek zorunda olunan durumlarda da problem olarak gündeme gelebilecektir. Çünkü Hollanda, Belçika ve İskoçya'da denetimli serbestlik, kamu yararına çalışma kararının içeriği ile ilgili duruşmadan sonra karar vermektedir. Bu durumda dahi, hükümlü onayını vermiş olsa dahi neyi kabul ettiğine ilişkin gerçek bilgiye sahip değildir. Belçika'da bu güçlüğü aşmak için kamu yararına çalışma cezasının düzenlendiği kanunda, hâkime çalışma cezasının sonuçları hakkında sanığı bilgilendirme zorunluluğu getirilmiştir. Ancak hâkimlerin çalışma cezasının organizasyonu ve içeriği hakkında bilgisiz oluşları, bu şartın biraz sembolik önemde olduğu kabul edilebilir. Diğer taraftan İspanya'da hükümlü iki kez onayını vermektedir. İlk onay cezalandırmadan önce hâkime, ikinci onay ise çalışma programının belirlendiği işyerinde verilmektedir. Bütün ülkelerde hükümlü, ertelemesi mümkün olmayan hapis cezası ile kamu yararına çalışma arasında seçim yapma mecburiyetinden kaynaklı problemlerle karşılaşmaktadır. Bu iki seçenek aslında birbiriyle eşit olmayan çok farklı yaptırımlar. O zaman burada hükümlünün gerçekten serbest bir seçim hakkına sahip olup olmadığını sorgulamamız gerekmektedir. Bu da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) diğer koşuludur (Deweer, ECHR 27th November 1980, NJ 1090, 561, Series A, vol. 35, o. 49, aynı konu için van Zyl Smit, 1994'e de bkz). İskoçya'da bu sorun mahkemelerin "alternatif" cezanın ne olması gerektiği ile ilgili belirleme yapma ihtiyacının bulunmaması ile çözülmüştür. Ancak hükümlüler kamu yararına çalışmaya onay vermemeleri halinde sonuç olarak hapsedilebileceklerine ilişkin yanlış bir inanç bulunmaktadır.

Van Kalmthout'a göre, onay şartının kaldırılması AİHM'nin yaptırımın içeriği ile ilgili önemli değerlendirmesinden itibaren gerçek bir problem değildir (Van Kalmthout 1993). Bir ceza, "çalışma ya da hizmetin adil olmayan veya ağır bir şekilde icra edilmesi veya çalışmanın kendisi kaçınılmaz bir meşakkati içermesi" durumunda dahi zorla çalıştırılma olarak tanımlanabilir (ECHR Van der Mussele, EHRM 23th November 1983 Series A, vol. 70). Bu şart dahi bizim görüşümüze göre ilk şartın (onay şartı) önemini etkisiz hale getirmemektedir. Çok ilginç olan mahkemenin dört ülkede de sıklıkla talep edildiği görülen, kamu yararına çalışmanın çok kötü bir içeriği ile ilgili açıkça olumsuz tavır almasıdır. Örneğin İspanya'da var olan uygulamada, güya sağlık ve güvenlik gerekçeleri ile bazı hükümlülerin giymek zorunda oldukları yeleğin arkasında parlak bir renkle "Kamu Yararına Çalışma" yazılması kesinkes bu argüman temelinde reddedilmelidir. Aynı sonuca diğer insan haklarından yola çıkılarak



da varılabilir. Bu kapsamda aşağılayıcı ve insanlık dışı muamele yasağı ile temel ceza dışında ceza vermeyi doğuran durumları reddeden genel penolojik prensibi de saymak gerekir.

Hükümlünün onayını alma şartı halen önemli olmaya devam etmektedir. Çünkü bu şart evvelemir hükümlüyü zorla çalıştırmaya karşı korumaktadır. Birileri elbette hükümlünün çalışmaya başlamadan önce onayını vermesi gerektiğini savunabilir. Ancak hükümlüye en azından denetimli serbestlik kurumu ile anlaşamaması halinde davasının tekrar gözden geçirilmesi - yargılanması - imkânının tanınması gerekir (Boone 2000). Hollanda'da şu anda hükümlünün çalışmayı reddettiğine ilişkin bildirim gelmesinden hemen sonra savcılıkça cezanın yerine geçen hapis istenebilir.

## **b. Orantılılık**

Yukarıda ifade edilen konular orantılılık konusu ile de ilgilidir. TYTİAK'nın 6'ncı bölümünde de devlet tarafından kişilerin kişisel hayatlarına yapılacak müdahalelerde orantılılık ilkesi kanuni bir şart olarak vurgulanmıştır. İlk olarak, İspanya'daki durum diğer ülkelerdeki sistemlerle karşılaştırıldığında, hükümlülerin daha uzun süre ile kamu yararına çalışmaya tabi tutulabilecekleri bir sistem olarak göze çarpmaktadır. Uygulamada bir hükümlüye iki yıl hapis cezası yerine yaklaşık 720 gün ücretsiz çalışma kararı verilebilir (bu bir gün ücretsiz çalışmanın bir gün hapis cezasına eşit olduğu durumda geçerlidir). Buna rağmen herhangi bir kişi, iki yıl hapis cezasının, 720 gün kamu yararına çalışmaya da karşılık gelen suç ile orantılı olup olmadığı görüşünü ileri sürebilir. Bu kararların süreleri diğer yargı sistemlerinde hükümlüler için istenebilecek formüller ile öyle tezat olabilir ki (240–300 saat) bu formüller kesinlikle orantısız olarak değerlendirilmelidir. Gerçek olan şudur ki, uygulamada verilen kararlar diğer ülkelerde de sonucu değiştirecek ve çok farklı nitelikte değildir. Özellikle kamu yararına çalışma süresinin tamamlanması, hâkimler tarafından bazen hapis cezasının tamamlanması olarak kabul edilmeyen bir neden olarak kullanılmasından itibaren böyledir.

Diğer taraftan, Van Kalmthout göreceli olarak düşük çalışma saatlerinin gerçekten çok ciddi suçlar için orantılı tepkiler olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir (Van Kalmthout 2000). Uygulamada hâkimlerin nadiren kamu yararına çalışmaya ilişkin en üst saat limitine, ancak göreceli olarak ciddi olmayan suçlara daha düşük miktarda saatlere hükmettiğini görmekteyiz. Daha ciddi suçlar için hâkimler, daha ciddi hükümlüler

için ek olarak rehabilitasyon unsuru olan birkaç unsurdan oluşan (combination order) kararları verebilirler. Belçika’da çalışma cezasının bir kısmı şartlı ve denetimli serbestlik kararı ile birlikte verilebilir. Gerçi bu sıklıkla başka kişisel problemleri olan hükümlülerle sınırlıdır. Benzer şekilde İskoçya’da mahkemeler sıklıkla, denetimli serbestlik kararlarını ücretsiz çalışma koşulu ile birlikte daha ciddi suçlar işleyen kişilere vermektedirler. Bununla hem farklı personel problemleri olan hapsedilme riskine sahip hükümlülere destek olunabilmeyi veya aynı zamanda yaptırımı bazı cezai “tatlar (bite)” eklenilmesi amaç edinilmektedir. Aksi takdirde öncelikle rehabilitasyon yönü ön planda olan bir yaptırım olacaktır.

Orantılılık ile ilgili son açıklama, ihlalin usulü ve sonuçları ile ilgilidir. Kamu yararına çalışma kararları hapis cezasının yerini almaya başlamasından itibaren, daha önce kısmen belirtildiği üzere, göreceli olarak çoğunlukla ciddi olmayan suçlara verilmektedir. Birileri Avrupa Konseyi’nin asgari standart kuralları gereğince (kural 86), hapis cezasının kamu yararına çalışmanın gereklerinin yerine getirilmemesine otomatik bir tepki olup olmaması gerektiği sorgulamasını yapabilir. Çoğu ülkelerde ihlal halinde en azından, ihlali sorgulamak üzere bir duruşmanın yapılması gerekmektedir. Buna rağmen Hollanda’da savcılık makamı, kamu yararına çalışma kararının uygun bir şekilde yerine getirilmediğine ilişkin bildirimden kendisine hemen ulaşmasından itibaren kararın yerine geçen hapsi (default detention) isteyebilir. Hükümlü itiraz etme hakkına sahiptir ancak bu itiraz infazı durdurmaz. Hâkim, (Belçika uygulamasında denetimli serbestlik komisyonu veya savcı) kamu yararına çalışma cezasının devam etmesini sağlama seçeneğine sahip olmakla birlikte, asıl suçun dikkate alınması daha iyi olacaktır. Hâkim yaptırımı değiştirme imkânına da sahiptir. Benzer durum kısmen Belçika ve İskoçya için de geçerlidir. İspanya’da durum biraz farklıdır. Şöyle ki, hapis ancak kamu yararına çalışmanın hapis yerine verildiği hapis cezası durumunda mümkündür. Çünkü çoğu davalarda (doğrudan veya bağımsız bir ceza olarak) ise kamu yararına çalışmanın yerine getirilmemesi halinde İspanya’da yerine geçen ceza para cezası olacaktır.

## IX. Sonuç

Sayısal bir bakış açısıyla, hiç şüphesiz ki kamu yararına çalışma geç modern cezalar arasında en “başarılı” olanlardan biri olarak kabul edilebilir. Cezalandırıcı karakteri dolayısıyla, cezalandırma çizelgesinde “yumuşak” bir alternatif olan denetimli serbestliğin tedbiri ile hapis cezası arasında ara bir yaptırım (Morris and Tonry, 1990) olarak kazanılmış bir pozisyon

edinmeyi başarmıştır. Çoğu yargı sistemlerinde kamu yararına çalışma, saf rehabilitasyon fonksiyonlu “tedbirden” cezalandırıcı toplumsal “ceza-ya” da tekamül etmiştir. Bu tekamül, kamuoyu ve yargı tarafından daha güvenilir bir alternatife olan talebe yönelik genel eğilimin ifadesi olarak yorumlanmaktadır. Kamu yararına çalışmanın suçlarda kullanılması yaygınlaşması sorunu, suç tekrarını azaltıcı ve penolojik bakış yaklaşımları ile ilgili, güvenilir verilerle açıklama zorlukları nedeniyle halen çözümlenmiş değildir. Suçlarda kullanılmasının yaygınlaşması bakış açısı, kamu yararına çalışmanın sayısal başarı yönünün sorgulanmasını başlatmıştır. Buna rağmen kamu yararına çalışmanın hapis üzerinde ikame edici bir etkisinin olabileceğini var sayabiliriz. Bu yaptırımın yürürlüğe girmesi ceza infaz kurumlarının mevcudu üzerinde azaltıcı bir etkiye neden olmamıştır. Tam aksine, hükümlüler tarafından yerine getirilen ücretsiz çalışmadaki büyüme ceza vermedeki genişlemeye işaret eden hapsedilme oranlarındaki artışı da beraberinde getirmiştir. Bu toplum içinde çeşitli sosyal, kültürel, politik ve ceza faktörleri ile ilgili dikkat çekici küresel bir ihtiyacı göstermektedir. İhtiyaç sadece bu özel konu üzerine temas etmelidir.

108

Bizim analizimiz kamu yararına çalışmayı saf bir cezalandırıcı tedbir olarak göstermemektedir. Özellikle kamu yararına çalışmanın infazıyla ilgili olarak aynı güçle karşı koyan ve infaz uygulamasını karmaşık ve belirsizleşmesine sebebiyet veren iç güçlerin olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla bu infaz süreci cezalandırıcı – cezalandırıcı olmayan basit bir bütün olarak anlaşılması mümkün değildir. Ülke raporları bize açıkça göstermektedir ki, farklı ülkelerin yargı sistemlerinde kamu yararına çalışmanın tatbikat şekli, mevcut cezalandırma kültürü ve yerel şartlar tarafından şekillendirilmektedir. Ancak yargı sistemleri arasında “evrensel” eğilimlerin etkisine dair deliller de görmekteyiz. Suçlarda kullanılmasının yaygınlaşması ve toplumda içerisinde cezalandırmanın miktarındaki artış, gözetim/rehabilitasyon anlayışından sorun yönetimi/sorunun azaltılmasına gidişi beraberinde getirmiştir. Yine kamu yararına çalışma kararının verileceği belirli hükümlü grupları ile ilgili seçici bir kullanımı görmekteyiz (vatandaş olmayanlar ile sosyal ve fiziksel engelli hükümlü sayısının az temsili). Bu durum ceza adalet sistemindeki ayrışmanın ek bir tabakasını ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, bizim analizlerimiz bir cezanın sayısal başarısının niteliksel başarısının garantisi olmadığını ispat ettiğini gösteriyor. Özellikle kamu yararına çalışmanın infazı ile ilgili son zamanlarda ceza infaz ku-

rumlarında da benzer problemlerle karşılaştığımızı belirtmek gerekir. Kapasite eksikliği ile bireysel takip ve sosyal destek eksikliği ismen ifade edilebilir. Nitelikli bireysel takibi garanti eden infaz sisteminin gelişimine daha fazla kaynak ayırmayı öngören bir anlayış, gelecekle ilgili büyük değişimin ayak sesleri olabilir. Yine çalışan hükümlülerin yerleştirildiği mekanların profesyonelleşmesi gereği (“problemlı” hükümlülerle baş etme kabiliyetine haiz uygun eğitilmiş personelin kullanımının düşünüldüğü ve böylece çeşitli hükümlü gruplarının eşit fırsatlara sahip olduğu yerler) ile kamu yararına çalışmanın *toplumsal* bir yaptırım olarak karakterini koruması için toplum içerisindeki örtülü önemi arasında gerginlik görmekteyiz (Luypaert, *et. al.*, 2007). Kamu yararına çalışmanın bu son boyutunun teşvik edilmesi ile kapasitesinin etkili ve yapıcı bir şekilde kullanımının güçlendirilmesinde, uygun olduğu yerde gönüllülerin katılımının hayati önemde olduğuna inanmaktayız. Aynı zamanda ceza için toplumun ve onun unsuru olan vatandaşların ne kadarının sorumlu tutulabileceğine ilişkin bir sınırın olduğunun da farkında olmalıyız. Bundan başka ceza adaleti amaçları için toplumun araştırılmasına bağlı riskler göz ardı edilmemelidir (Beyens, 2006).



## AVRUPA PARLAMENTOSUNUN İNSANİ MÜDAHALE KRİTERLERİ HAKKINDAKİ KARARI

*Çeviren: Kenan DÜLGER\**

-Sosyalist grup adına Sayın Cano Pinto'nun başka bir ülkenin iç meselelerine karışmamaya dair temel ilkenin dikkate alınmasına ilişkin karar yönergesi bilgisi dahilinde,(B3-0494/90)

-Bu konuya ilişkin daha önceki kararlara işaret ederek,

-25 Ocak 1994 tarihinde Avrupa Parlamentosunda vuku bulan insani nedenlerden dolayı müdahale hakkına ilişkin istima (dinleme) sonuçlarına işaret ederek,

-VN-Birleşmiş Milletler çerçevesinde birliğin rolü ve VN- Birleşmiş Milletlerin reform problemlerine ilişkin 8 Şubat 1994 tarihli kararına işaret ederek,

-İç tüzüğünün 45. Maddesi münasebetiyle,

-Güvenlik ve dış meseleler komisyonu raporu ile hukuk ve yurttaş hakları komisyonunun mütalaası bilgisi ile,(A3-0227/94)

**A.** Dünya çapındaki durumun soğuk savaşın bitmesi sonrasında güvensizlik boyutu ile vasıflandırıldığı, istikrar ve silahlı ihtilafların baş göstermesine ilişkin 1989 öncesi durumdakinden daha büyük muhtemel tehlikeleri beraberinde getirdiği mülahazası dahilinde

**B.** Avrupa'nın gerek içerisinde gerekse dışında farklı etnik gruplar arasındaki iç çatışmaların uluslararasılaştırma ve genişleme riski gözlemlendiğinde ve dünya barışı ve uluslararası güvenliğine ilişkin bu türden çatışmaların oluşturduğu tehlike gözlemlendiğinde,

1) Bölüm II Bu tarihteki protokolün 6. Bahsi

---

\* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Devletler Genel Hukuku Araştırma Görevlisi olarak çalışır.

Avrupa Parlamentosu Genel Sekreterliğinin 2 Mayıs 1994 tarihli 015450 sayılı yazısı ile sevk edilmiş olup Avrupa Parlamentosu 30 Nisan 1994 tarihli oturumunda kararı kabul etmiştir.

**C.** Etnik ayrılıklar, artan milliyetçilik ve tarihsel olarak büyüyen güvensizlikten beslenen eski ve yeni iç ihtilafların bundan böyle süper güçlerin angajmanı ile kontrol altında tutulmayacağı mülahazası dahilinde

**D.** Silahlı ihtilafların sivillere ve masum halka etkilerinin sürekli ve alarm verir halde ağırlaştığı mülahazası dahilinde,

**E.** Belirli bir dönemde dünya çapında hâkim olan silahlı ihtilafların sayısının soğuk savaş sırasında 35'ten şimdi takriben 60'a çıktığı ve bunun sonucu insani müdahale ve destek gerekliliğinin gittikçe daha güçlü olduğu ve demokratik ülkelerin kamuoyu görüşünün dayanışma için güçlü bir çabayı gerektirdiğine dair endişeli tespiti ile,

112

**F.** Sayısız ihtilafların vahim sonuçlarından birinin sığınmacı sayısının buradan doğan tüm sonuçları ile birlikte yüksek olduğu mülahazası dahilinde,

**G.** Bir taraftan Birleşmiş Milletlerin ihtilafların çözülmesi uluslararası barışın ve güvenliğin bloklardaki ayrılıkların kaldırılması sayesinde muhafaza edilmesi ve yeniden tesis edilmesine ilişkin “Görevlendirme ehliyeti”nin arttığı ve değiştiği mülahazası dahilinde,

**H.** Diğer taraftan Birleşmiş Milletlerin gittikçe daha sıkça talep edildiği şu an VN- Birleşmiş Milletler örgütüne aşırı yüklenme tehdidi olduğu mülahazası dahilinde ve bu nedenle Birleşmiş Milletlerin bölgesel örgütlerinin kullanılarak da reform ve Birleşmiş Milletlerin güçlendirilmesi ve tutarlı bir uzmanlaşma ve müdahalesinin daha tutarlı bir şekilde uzmanlaşması ve desantralizasyonunun gerekliliğinin altının çizildiği 8 Şubat 1994 tarihli yukarıda adı geçen kararını güçlendirerek,

**İ.** Devletler hukukunun geleneksel olarak bağımsız bir devletin iç meselelerine karışmama temel ilkesinden hareket ettiği ancak devletlerin egemenliğine ilişkin geleneksel işaret açık çek olarak içteki olası bütün keyfi eylemler için daha fazla katlanabilir olmayacağı mülahazası dahilinde,

**J.** Ancak genel insan hakları beyanında sivil, siyasi, ekonomik, kültürel haklar hakkında Birleşmiş Milletler Uluslararası konvansiyonlarında tanımlandığı üzere insan haklarının evrensel olduğu ve Helsinki nihai senetleri veya Vierte Lomé anlaşması hükümleri gibi bir ülkede insan hakları durumunun bu ülkenin meselesinden sayılmayacağı neticesi çıkan önemli Uluslararası anlaşmaların hükümler içerdiğini hemen hemen genel olarak kabul edildiği tespiti ile,

**K.** İnsan haklarının korunması ve acil durumda yardıma ilişkin hükümet dışı örgütlerin değerli katkısının bilincinde olarak,

**L.** İnsani müdahalelerin kabulü konusunda bulunulan siyasi yerin arz edildiği mülahazası dahilinde,

1.”İnsani müdahale” kavramını aşağıdaki gibi tanımlar:

“Başka ülkelerin tebaasında ve/veya orada yerleşik olan kişilerin temel insan haklarının bir ülke veya ülkeler grubu tarafından korunması ki bu koruma şiddetle tehdidi veya zor kullanmayı içermektedir.”

2.Şuan yürürlükte olan devletler hukukunun insani müdahale hakkının kabulü yolunda engel teşkil etmemesi gerektiği kanaatindedir.

113

3.Devletler hukukuna esasen devletlerin pratik siyasetinden şekil verildiği hatırlatılarak,

4.Başkaca tüm araçların başarısız olması durumunda insan haklarının korunması askeri kuvveti kullanarak veya kullanmayarak insani müdahaleleri haklı kıldığı görüşünü savunur.

5.Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin talimatıyla veya meşru bir hükümetin onayıyla bir müdahale, daha makul bir şekilde başka türlü hareket edilemediği takdirde buna rağmen bir müdahalenin insani nedenlerden dolayı mümkün olması gerektiği görüşüne tercih edilir.

6.İnsani müdahaleye yönelik siyasi, diplomatik ve ekonomik baskıdan gözlemci ve aracı delegasyonlarının gönderilmesi ve Birleşmiş Milletler çerçevesinde şiddetle tehdit etme ve uygulamasına kadar uzanan geniş bir enstrüman yelpazesinin hazırlanması ve görevlendirilmesi gerektiği görüşünü savunur ki uygulama adaletin kriterlerine göre ve etkili bir şekilde kademe kademe düzenlemelidir.



7.İnsani müdahale konseptinin Helsinki nihai senetlerinin on temel ilkesinin bir ülkenin toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığı ve birliği de dahil olmak üzere zarar verilmemesi kanaatindedir.

8.İnsani müdahale hakkında her kararın en geniş manada doğrudan doğruya katılan halkın iradesini hesaba katması ve kendi kendine yaşamını yürütme ve demokratik olarak kendi kendini yönetmeyi teminat altına alan koşulların olası en hızlı bir şekilde yeniden tesis edilmesini hedeflemesi gerektiği görüşündedir.

9.İnsani müdahalelere karşı itirazlara da karşılık vermek için bir ülke veya bir ülkeler grubu tarafınca bu türden bir müdahaleye yeterli olan kriterlerin formüle edilmesini gerekli görür.

10.İnsani müdahalelere ilişkin aşağıdaki kriterlerin dikkate alınması gerektiği kanaatindedir.

a) İktidarı elinde tutan gücün askeri araçlar dışında başka bir biçimde aklı başına getirilemediği bir ülkede olağanüstü ve oldukça ciddi bir insani müdahale söz konusu olmalıdır.

b) Birleşmiş Milletler aparatının zamanında ve etkili bir şekilde reaksiyon gösterecek durumda olduğu sabit olmalıdır.

c) Mümkün ve makul olduğu sürece diğer tüm çözüm denemeleri tamamen tüketilmeli ve başarısız olmalıdır.

d) Müdahale gücünün, ana hedefi insan haklarını koruma olacak ve siyasi veya ekonomik nedenler oyuna katılmayacak şekilde bu kapsamda silahlı kuvvetlerin başka bir istikrarsızlığa sebebiyet verebilecek varlığının ret edildiği anlaşmaların sınırsız uygulanmasının önemi vurgulanarak bu durumda kendisinin özel bir menfaati olmamalıdır.

e) Uluslararası toplum tarafından bir bölgede yasal olmayan bir müdahale nedeniyle usule uygun olarak hüküm giyen ülkelerin, yasal olmayan bütün aksiyonlarını sona erdirmeden önce insani nedenlerden dolayı diğer bölgelere yapılan müdahalelere iştirak etmesine izin verilmemelidir.

f) Müdahale spesifik hedeflerle sınırlı olmalı ve hiçbir durumda konu ülkenin otoritesine düşük derecede siyasi etkileri olmamalıdır.

g) Şiddetin makul ve zaman olarak sınırlı bir biçimde uygulanması tespit edilmelidir.

h) Müdahale Birleşmiş Milletlere derhal bildirilmeli ve bir hükümlerle karşılaşmamalıdır.

i) Müdahale Uluslararası barış ve Uluslararası güvenliğin, insan hayatında daha büyük kayıplar oluşacak ve başlangıçta korunmak istenenden daha fazla acıya sebebiyet verecek şekilde tehdit oluşturmamalıdır.

11. Bu kriterlerin tutarlı bir şekilde uygulanmasının önemini vurgular.

12. Sıkı ve objektif ölçütlerin Birleşmiş Milletler ile uzlaşılı halinde bir insani müdahalede görevlendirilen askeri birliklerin davranışına doğrultulması gerektiği ve insan haklarının ihlal edilmesine ve barışın zarar görmesine neden olan yasal olmayan aksiyonları engellemek için yasal olmayan tüm aksiyonların veya devletler hukuku ve hukuk ilkeleri mevzuatından sapmaların uygun bir şekilde cezalandırılması gerektiği kanaatinde dir.

13. Hükümet dışı örgütlerin bir ülkenin topraklarındaki hakkına doğal felaket, askeri hareketler ve/veya açlık kurbanları lehine müdahale etmeyi vurgular.

14. Komisyon ve konseyden, hükümet dışı yardım örgütlerinin insani müdahale hakkı çerçevesinde görevlerini icra ederken yaptıkları faaliyetlerin desteklenmesini talep eder.

15. Komisyon ve konseyden insani müdahale hakkının tanınmasına ilişkin pozitif duruş almasını ve Uluslararası kurullarda bu anlamda Uluslararası hukukun bu konuda gelişmeye devam etmesine sahip çıkarak yukarıda adı geçen kurulların arkasında durmasını talep eder.

16. Aynı zamanda Avrupa Birliğini, barışın ve sınırların algılanması ile insan haklarının korunmasını amaç edinen KSZE- Güvenlik ve işbirliği konferansı gibi bölgesel örgütler de dahil olmak üzere önleyici diplomasi yöntemlerini yeterli ölçüde teşvik etmeye çağırır.

17. Birlik ile üçüncü ülkeler arasındaki tüm anlaşmaların insan hakları koşullarını ihtiva etmesini talep eder ve konseyden şiddetle takip etmek suretiyle, bu ülkelerde mevcut olan Uluslararası insan hakları

enstrümanlarının gerçekleştirilmesini sağlamak adına ekonomik ve siyasi etki olanaklarından yeteri kadar faydalanmasını talep eder.

18. Bu kararı komisyona, konseye ve üye ülkelerin hükümetleri ve parlamentoları ile Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine ve KSZE Güvenlik ve İşbirliği konferansı genel sekreterliğine iletmek için başkanını görevlendirir.

ENRİCO VİNCİ  
Genel Sekreter  
Yardımcısı

NİCOLE FONTAİNE  
Başkan

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’İN  
İLBEYİ KEMALOĞLU VE MERİYE KEMALOĞLU / TÜRKİYE  
KARARI\* \*\***

(Başvuru no. 19986/06, Karar Tarihi: 10 Nisan 2012)

**İlbeyi Kemalöğlu ve Meriye Kemalöğlu / Türkiye davasında,**

20 Mart 2012 tarihinde

Françoise Tulkens, Başkan

Danuté Jociené,

Dragoljub Popovic,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Andrâs Sajö,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi, Yargıçlar

ve Daire Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire) gerçekleştirdiği kapalı müzakereler neticesinde 10 Nisan 2012 tarihinde aşığıdaki kararı vermiştir.

**USUL**

1. Bu dava, Türk vatandaşları İlbeyi Kemalöğlu ve Meriye Kemalöğlu ("başvuranlar") tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkındaki Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesine dayanarak, 19 Nisan 2006 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Mahkeme'ye yapılan başvurudan (no. 19986/06) ibarettir.

\* Bu karar Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nca tercüme edilmiştir.

\*\* İşbu karar Sözleşmenin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup şekli bazı değişikliklere tâbi tutulabilir.

2. Başvuranlar, İstanbul'da görev yapan avukat Bay E. Cinmen tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet"), kendi görevlileri tarafından temsil edilmiştir.

3. 1 Eylül 2009 tarihinde başvuru Hükümet'e iletilmiştir. Sözleşme'nin 29. maddesinin 1. paragrafı gereğince, başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında birlikte hüküm verilmesine karar verilmiştir. 29 Mart 2011 tarihinde başvuranların Sözleşme'nin 2. Maddesi uyarınca ek şikâyeti de Hükümet'e iletilmiştir.

## OLAYLAR

### I. DAVA KOŞULLARI

4. Başvuranlar sırası ile 1965 ve 1974 yıllarında doğmuş olup; İstanbul'da ikamet etmektedirler. Başvuranlar, 2004 yılında yedi yaşındayken ölen Atalay Kemaloğlu'nun ebeveynleridir.

5. 22 Ocak 2004 tarihinde İstanbul'da şiddetli kar fırtınası yaşanmıştır. Sonuç olarak, Milli Eğitim Bakanı'nın talimatı üzerine, İstanbul'daki okullar planlanandan bir gün önce sömestr tatiline girmiştir. O gün, Atalay okuluna, evi ve okulu arasında ulaşımı sağlayan belediyenin tahsis ettiği araç ile gitmiştir. Karneler dağıtıldıktan sonra, okul çıkış saatinden önce öğlen vaktinde sınıflar boşalmıştır.

6. Dava dosyasındaki bilgilere göre, Atalay ücretli okul servisine kaydolmamıştır; ancak belediye tarafından ücretsiz olarak ulaşım sağlayan aracı kullanmaktadır. Sınıfların erken dağıldığı belediyeye bildirilmediği için araç okul kapandığında gelmemiştir. Bu nedenle Atalay, okuldan 4 km uzaklıkta olan evine yürüyerek gitmeye çalışmıştır. Öğlen sonuna doğru, Atalay eve dönmeyince, başvuranlar polisi aramıştır. Ancak Atalay bulunamamıştır. Cesedi ertesi gün bir nehir yatağında donmuş olarak bulunmuştur.

7. Olayın ardından, İstanbul Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğü İlköğretim Müfettişleri Başkanlığı soruşturma başlatmış ve bu soruşturma kapsamında belediye aracı şoförünün ifadesi alınmıştır. Şoför, olayın meydana geldiği gün, yedi öğrenciyi evlerinin önünden aldığını ve bu öğrencileri okulun kapısına bıraktığını anlatmıştır. Çocukları her gün saat 17.30'da okuldan aldığını belirtmiştir. O gün, kendisine kimsenin okulun saat 14.00'te kapanacağını bildirmediğini beyan etmiştir. Bu nedenle, okula gittiğinde, herkesin ayrılmış olduğunu söylemiştir. Müfettişler 27 Ocak 2004 tarihinde olaya ilişkin olarak rapor hazırlamış ve bu raporda

okul müdür yardımcısının okulların erken kapanacağını belediyeye bildirmediği için hatalı olduğunu belirtmiştir. 18 Şubat 2004 tarihinde Başkanlık, okul müdür yardımcısının, sınıfların erken dağılacağı hakkında belediye aracını haberdar etmeyi ihmal ettiği gerekçesiyle kusurlu olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle disiplin cezası olarak okul müdür yardımcısına uyarıda bulunmaya karar vermiştir.

**8. 6 Ağustos 2004 tarihinde başvurular, Milli Eğitim Bakanlığı, Yenidoğan Belediyesi ve İstanbul Büyükşehir Belediyesi aleyhine İstanbul İdare Mahkemesi önünde iki ayrı dava açmışlardır. Çocuklarının yerel mercilerin ihmali nedeniyle hayatını kaybettiğini iddia eden ilk başvuran maddi ve manevi tazminat olarak 375,000,000,000 YTL (yaklaşık 207,000 EURO) ve ikinci başvuran 324,000,000,000 YTL (yaklaşık 188,000 EURO) talep etmiştir. Başvuranlar mahkeme giderleri için adli yardım talebinde bulunmuşlardır.**

**9. 3 Eylül 2004 tarihinde İstanbul İdare Mahkemesi başvuranlardan, bir ay içerisinde adli yardım taleplerini destekleyen ilgili belgeleri ibraz ederek dava dosyasını tamamlamalarını talep etmiştir.**

**10. Adli yardım taleplerini desteklemek için başvurular, İstanbul İdare Mahkemesi'ne muhtarlıktan aldıkları fakirlik belgelerini, Kaymakamlıktan aldıkları taşınmaz malları olmadığını gösteren belgeleri ve Vergi Dairesi'nden aldıkları borçlu olduklarını gösteren belgeleri ibraz etmişlerdir.**

**11. 8 Haziran 2005 tarihinde İstanbul İdare Mahkemesi, özel bir neden belirtmeksizin, başvuranların adli yardım talebini reddetmiştir.**

**12. Daha sonra, 8 Ağustos 2005 tarihinde, başvuranlara dava işlemlerinin devam etmesi için bir ay içinde, mahkeme harcı olarak, 5,072,600,000 YTL (yaklaşık 3,000 EURO) ve 4,384,100,000 YTL (yaklaşık 2,600 EURO) ödemeleri gerektiği bildirilmiştir.**

**13. Başvuranlar ilgili mahkeme harçlarını ödeyemedikleri için, 29 Aralık 2005'te İstanbul İdare Mahkemesi, yargılamaya devam etmeme kararı almıştır.**

**14. Bu süre içinde, 27 Şubat 2004 tarihinde, başvuranlar Ümraniye Cumhuriyet Savcılığına okul müdürü, okul müdür yardımcısı ve Atalay Kemalöglü'nün sınıf öğretmeni hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Belirli olmayan bir tarihte, 4483 No'lu Kanun uyarınca (Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun), Ümraniye**

Cumhuriyet Savcısı dosyayı Ümraniye Kaymakamlığı'na iletmış ve sanıklar hakkında soruşturma açmak için izin istemiştir.

**15.** 16 Nisan 2004'te Ümraniye Kaymakamlığı, suçlanan kişilere hiçbir hatanın atfedilemeyeceğini belirten ve Ümraniye Lisesi müdürü tarafından hazırlanan rapora dayanarak, okul müdürü, müdür yardımcısı ve sınıf öğretmeni hakkında soruşturma başlatma hususunda cumhuriyet savcısına izin vermeyi reddetmiştir.

**16.** 13 Mayıs 2004'te başvurular, Ümraniye Kaymakamlığı'nın kararına itiraz etmişlerdir.

**17.** 25 Haziran 2004'te İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, Ümraniye Kaymakamlığı'nın kararını iptal etmiş ve suçlanan müdür, müdür yardımcısı ve sınıf öğretmeni hakkında soruşturma başlatılması için dava dosyasında yeterli delil olduğuna karar vermiştir.

**18.** Bu doğrultuda, 4 Ekim 2004'te, Ümraniye Cumhuriyet Savcısı, eski Ceza Kanunu'nun 230. Maddesi uyarınca S.Ç (okul müdür yardımcısı), S.Ö (Atalay'ın sınıf öğretmeni) ve Ö.Ö'yü (okul müdürü) görevi suiistimal ile suçlayan iddianameyi Ümraniye Ceza Mahkemesi'ne sunmuştur. Başvuranlar ceza yargılamalarına müdahil olmuşlar ve tazminat talep etme haklarını saklı tutmuşlardır.

**19.** Yargılama boyunca, mahkeme sanıkların savunmalarını dinlemiştir. Atalay'ın sınıf öğretmeni Bayan S.Ö., olaydan bir gün önce kendisinin öğrencilerine, karne dağıtılacağı için ebeveynlerinin 22 Ocak 2004 tarihinde okulda hazır bulunmaları gerektiğini söylediğini ileri sürmüştür. Mahkeme ayrıca bir psikologdan, olağanüstü durumlarla karşılaştığında, yedi yaşındaki bir çocuktan etkin çözümler bulmasının beklenemeyeceğini belirten bir bilirkişi görüşü almıştır. Bu bağlamda, psikolog, çocuğun şiddetli kar yağışı altında eve yürümeye çalışırken karşılaşılabilecek tehlikeleri öngöremeyeceğini belirtmiştir.

**20.** 28 Haziran 2006 tarihinde, Ümraniye Ceza Mahkemesi, sanıkları aleyhlerindeki suçlamalardan beraat ettirmiştir. Mahkeme kararında, Atalay'ın ölümünün kasti bir eylem sonucu meydana gelmediğini belirtmiştir. Gerekçede şunlar belirtilmiştir: okulda 2.400 öğrenci bulunmaktadır ve okul yöneticilerinden sınıflar dağıldıktan sonra bu öğrencilerin nereye gittiğini kontrol etmelerini beklemek makul olarak değerlendirilemez. Mahkeme ayrıca görevi suiistimal suçunun oluştuğunu kabul edebilmek için, kamu görevlilerinin görevlerine ilişkin kasten ihmali davranışta bu-

lunmuş olmaları gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, mevcut davada, okul yöneticilerinden Atalay'ın eve giderken donarak öleceğini öngörmeleri beklenememektedir. Mahkeme ayrıca mevcut davanın koşulları bakımından hizmet kusuru olup olmadığını incelemek için yetkisi olmadığına karar vermiştir.

**21.** 11 Kasım 2010 tarihinde Yargıtay, davayı esas yönünden incelemeksizin, 2 Şubat 2005 tarihinde düzenlenen duruşma tutanağında mahkeme kâtibinin imzasının eksik olmasından dolayı usuli gerekçelerle Ümraniye Ceza Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. Dava dosyası bu doğrultuda Ümraniye Ceza Mahkemesi'ne iade edilmiştir.

**22.** 13 Mayıs 2011'de Ümraniye Ceza Mahkemesi, bir kez daha 28 Haziran 2006 tarihli kararında dayandığı aynı gerekçe ile S.Ç., S.Ö. ve Ö.Ö'yü beraat ettirmiştir.

**23.** Temyiz işlemleri halen Yargıtay önünde devam etmektedir.

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

**24.** Adli yardıma ilişkin ilgili iç hukukun tam örneği, *Mehmet ve Suna Yiğit / Türkiye*, no. 52658/99, §§ 19-22, 17 Temmuz 2007 kararında bulunabilir. 121

**25.** Ağustos 2004'te, geçerli olan aylık asgari ücret 444,150,000 YTL idi.

## HUKUKİ DEĞERLENDİRME

### 1. SÖZLEŞME'NİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASINA DAİR

**26.** Başvuranlar, Devlet'in oğullarının hayatını koruma yönündeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği ve ölümüne ilişkin etkin bir soruşturma yürütmediği, dolayısıyla Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle şikayetçi olmuşlardır. Sözleşme'nin 2. maddesi şu şekildedir:

"1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;



- b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;  
c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması"

### **A. Kabul Edilebilirlik**

27. Yerel mahkemeler önünde beklemekte olan ceza yargılamasına ilişkin olarak Hükümet; başvuranların Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca yaptıkları şikâyetin, Sözleşmenin 35. maddesi çerçevesinde, zamanından önce (iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesiyle) olmasından dolayı reddedilmesi gerektiğini öne sürmüştür.

28. Mahkeme bu itirazın, Hükümet'in 2. madde çerçevesindeki etkin bir yargı sistemi kurma ve mağdurlara uygun şekilde tazminat sunma konusundaki pozitif yükümlülüğü ile yakın bir şekilde bağlantılı olduğunu belirtmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme; itiraz hakkındaki incelemeyi esasa ilişkin incelemeyle birleştirmeye karar vermiştir.

29. Mahkeme ayrıca bu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi çerçevesinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtmektedir. Ayrıca, kabul edilemezliğe ilişkin herhangi başka bir gerekçe de bulamamıştır. Bu açıdan, kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

### **B. Esas bakımından**

#### *1. Tarafların ibrazları*

#### **(a) Başvuranlar**

30. Başvuranlar davalı Devlet'in, çocuklarının yaşam hakkını koruyamadığını öne sürmüşlerdir. Başvuranlara göre, yedi yaşındaki bir çocuğun şiddetli kar fırtınasında tek başına gitmesine izin veren okul yetkilileri, vazifelerini suiistimal etmişlerdir. Başvuranlar ayrıca, oğulları Atalay Kemaloğlu'nun ölümünden sorumlu kişilerin yükümlülüklerini ortaya çıkarabilecek hiçbir etkin iç hukuk yolunun olmadığı şikâyetinde bulunmuşlardır.

#### **(b) Hükümet**

31. Hükümet ceza yargılamasının Yargıtay önünde hala beklediğini vurgulayarak, davanın esasına ilişkin hiçbir görüş sunmamıştır.

## 2. Mahkeme değerlendirmesi

### (a) Genel ilkeler

**32.** Mahkeme, 2 § 1 maddesinin ilk hükmünün Devlete; kasıtlı olarak ve kanuna aykırı şekilde kişinin yaşamına son verilmesinden kaçınılması gereğinin yanı sıra yargı yetkisi dahilindeki kişilerin hayatlarını güvence altına almak amacıyla uygun adımlar atmasını buyurduğunu yinelemektedir (bkz. *L.C.B / Birleşik Krallık*, 9 Haziran 1998, § 36, *Karar ve Hüküm Raporları* 1998-III).

**33.** Bu tür pozitif yükümlülüklerin, şimdiye kadar Mahkeme tarafından incelenen birçok farklı bağlamda ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Bu nedenle, örneğin, denetim hususunda, Mahkeme; bireyin hayatının üçüncü bir kişinin suç teşkil eden eyleminden dolayı gerçek ve yakın risk altında olduğunun içinde bulunulan koşullardan dolayı kamu makamlarınca bilinmesi veya bilinmesi gereken durumlarda, yetkililerin bireyin yaşamını korumakla yükümlü olduğunu belirtmektedir (bkz. *Osman / Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1998, § 115, *Karar ve Hüküm Raporları* 1998- VIII).

**34.** Devlet'in 2. madde çerçevesindeki pozitif yükümlülüğünün, sağlık uzmanlarının eylemleri veya ihmallerine ilişkin olarak (bkz. *Dodov / Bulgaristan*, no. 59548/00, §§ 70, 79-83 ve 87, AİHM 2008-...; *Byrzykowski / Polonya*, no. 11562/05, §§ 104 ve 106, 27 Haziran 2006; ve *Vo. / Fransa* [GC], no. 53924/00, §§ 89-90, AİHM 2004-VIII, diğer kaynaklarla birlikte), tehlikeli eylemlerin yönetimi (bkz. *Öneryıldız / Türkiye* [GC], no. 48939/99, § 71, AİHM 2004-XII) ve güvertede (bkz. *Leray ve Diğerleri / Fransa* (dec.), no. 44617/98, 16 Ocak 2001) veya inşaat alanlarında (bkz. *Pereira Henriques ve Diğerleri / Lüksemburg* (dec.), no. 60255/00, 26 Ağustos 2003) güvenliğin sağlanması hususlarında, özel veya devlet olmak üzere, sağlık hizmetleri sektörü ile bağlantılı olduğu tespit edilmiştir. Belirli koşullarda, bireyleri kendi eylemleri veya davranışlarından kaynaklanan ve hayati tehlike arz eden durumlardan korumak hususundaki pozitif yükümlülükler Devlet'e ait olabilir (bkz. *Bone v. Fransa* (dec.) no. 69869/01, 1 Mart 2005; *Kalender / Türkiye*, no. 4314/02, §§ 42-50, 15 Aralık 2009). Ayrıca, Devlet'in 2. madde çerçevesindeki pozitif yükümlülüğünün kapsamı, Mahkeme tarafından yol güvenliği bağlamında ele alınmıştır (bkz, örneğin, *Rajkowska / Polonya* (dec.), no. 37393/02, 27 Kasım 2007). Devlet'in yaşam hakkını koruma görevinin, bir kaza sonucunda maruz kalınan yaralanmalardan dolayı, bireyin hayatının veya sağlığının tehlikede olduğuna dair yetkililere bildiride bulunulması halinde, acil

sağlık hizmetlerinin sağlanması hususuna kadar genişletilmesi düşünülmektedir. (bkz. *Furdik / Slovakya* (dec.), no.42994/05, 2 Aralık 2008).

**35.** Yukarıda belirtilen yaşam hakkının korunmasına ilişkin alan listesi detaylı nitelikte değildir. Büyük Daire, yukarıda alıntılanan (§ 71) *Öneryıldız / Türkiye* kararında, 2. maddeye ilişkin pozitif yükümlülük kuralının, yaşam hakkının tehlikede bulunduğu, kamusal olan veya olmayan, herhangi bir eylemin gerçekleşmesi durumunda uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda Mahkeme; Devlet'in yaşam hakkını koruma görevinin öğrencilerin, özellikle savunmasız olan ve yetkililerin özel denetimi altında bulunan küçük çocukların, sağlığını koruma yükümlülüğü taşıyan okul yetkililerine de uygulanabilir olduğunu düşünmektedir (bkz. *gerekli değişikliklerle, Molie / Romanya* (dec.), no. 13754/02).

**36.** Ancak, özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar dikkate alınarak yapılması zorunlu kabul edilen işlevsel tercihler göz önüne alındığında; pozitif yükümlülük, yetkililer üzerinde aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır. Bu doğrultuda, hayati tehlikenin var olduğu her durumda, kamu makamları bu tehlikenin gerçekleşmesinin engellenmesi amacıyla Sözleşme çerçevesinde işlevsel önlemler almakla yükümlü değildirler. Pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için; yetkililerce, belirli bir kişinin hayatının gerçek ve yakın tehlike içinde olduğunun bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumların varlığı kabul edildikten sonra; böyle bir durum dahilinde, makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde kamu makamlarının önlem almakta başarısız oldukları tespit edilmelidir (bkz, diğer yetkililer içinde, *Keenan / Birleşik Krallık*, no. 27229/95, §§ 89-92, AİHM 2001-III, ve *A. ve Diğerleri / Türkiye*, no. 30015/96, §§ 44-45, 27 Temmuz 2004).

**37.** Mahkeme, bu bağlamda 2. madde çerçevesindeki pozitif yükümlülüklerin sağlanması için gerekli araç tercihinin, ilke olarak, Sözleşmeciler Devlet'in takdir yetkisi dâhiline giren bir konu olduğunu hatırlatmaktadır. Sözleşme'deki hakların korunmasını sağlayan farklı yollar bulunmaktadır ve Devlet bu korumayı sağlamak için iç hukukun öngördüğü bir önlemi uygulayamadığı durumda, diğer yollarla pozitif yükümlülüğünü yerine getirebilir (bkz. Diğer davalar içinde, *Fadeyeva / Rusya*, no. 55723/00, § 96, AİHM 2005-IV).

**38.** Devlet'in pozitif yükümlülüğü aynı zamanda, mağdura uygun tazminat sağlanması, olay hakkındaki gerçeklerin açığa çıkarılması, faillerin

olay nedeniyle sorumluluklarının tespit edilmesini sağlayacak nitelikte etkin ve bağımsız yargı sisteminin kurulmasını da içermektedir. (bkz. Dodov, yukarıda alıntılanan, § 83, ve Byrzykowski, yukarıda alıntılanan, §§ 104-118). Bu yükümlülük, her davada ceza yargılamasıyla olayın hukuk tamirini gerektirmez. İhmali davranışların gerçekleştiğinin anlaşıldığı durumlarda; örneğın, tek başına veya ceza yargılaması ile birlikte mağdura hukuk mahkemelerinde tazmin sonucunu verebilecek yolların sunulması halinde pozitif yükümlülüklerin gereğinin yerine getirilmiş olduğu kabul edilebilir. Ancak, iç hukuk tarafından sağlanan koruma mekanizmalarının yalnızca teoride kalması halinde, Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca pozitif yükümlülüklerin gerekleri yerine getirilmiş sayılmayacaktır; dolayısıyla sağlanan hukuki mekanizmaların pratikte de etkin biçimde işlemesi gerekmektedir (bkz. *Calvelli ve Ciglio / İtalya* [GC], no. 32967/96, § 53, AIHM 2002-I)

**39.** Mahkeme, bu konudaki içtihadını da dikkate alarak, Devlet'in yaşam hakkını güvence altına alma görevi, kamuya açık yerlerdeki bireylerin güvenliğini sağlamak amacıyla makul önlemler alınmasını, ciddi bir yaralanma veya ölüm halinde, mağdura uygun tazminat sağlanması, olay hakkındaki gerçeklerin açığa çıkarılması, faillerin olay nedeniyle sorumluluklarının tespit edilmesini sağlayacak nitelikte etkin ve bağımsız yargı sisteminin kurulmasını içermektedir. (bkz. *Ciechonska / Polonya*, no. 19776/04, § 67, 14 Haziran 2011). Bu nedenle, başvuranların oğlunun ölümüne ilişkin olaylar Sözleşme'nin 2. maddesinin kapsamı içinde yer almaktadır.

#### **(b) Mevcut davada genel ilkelerin uygulanması**

**40.** Mevcut davada, başvuranların yedi yaşındaki oğlu, 2004 yılında kötü hava koşulları nedeniyle okulun erken dağılmasından sonra eve yalnız dönmeye çalışırken donarak hayatını kaybetmiştir. Mahkeme, Hükümet'in, Yargıtay önünde hala görülmekte olan olay hakkındaki ceza yargılamasına atıfta bulunarak, Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde yapılan şikâyetin esaslarına ilişkin hiçbir yorum yapmadığını gözlemlemiştir. Ancak Mahkeme, çocuğun ölümünü takiben, okul müdür yardımcısına karşı disiplin işlemlerinin başlatıldığını belirtmektedir. Ayrıca Mahkeme; bu işlemlerin sonunda, disiplin soruşturmalarını yürüten İstanbul Milli Eğitim Müdürlüğü İlköğretim Müfettişleri Başkanlığı'nın, çocuğun öğrenim gördüğü okulun müdür yardımcısının, belediye tarafından tahsis edilen servis aracını okulun erken dağılacağından haberdar etmemesinden ötürü suçlu olduğunu tespit ettiğini gözlemlemektedir. Disiplin yaptırımı

olarak müdür yardımcısına uyarı cezası verilmiştir (bkz yukarıdaki 7.fikra).

**41.** Mahkeme, yukarıda belirtilen ilkeyi (fikra 36) yeniden vurgulamakta ve her hayati tehlikenin mevcut olduğu durumda, yetkililerin tehlikenin gerçekleşmesini önlemek amacıyla Sözleşme çerçevesinde işlevsel önlemler almasını gerektirmeyebileceğini belirtmektedir. Ancak, mevcut davanın koşulları altında, kötü hava şartları nedeniyle ilköğretim okulunun nadir olarak erken kapanması düşünüldüğünde; Mahkeme'ye göre, potansiyel riskleri en aza indirmek ve öğrencileri korumak amacıyla okul yetkililerinden temel tedbirler alınmasını beklemek mantık dâhilindedir. Bu nedenle, Başkanlık'ın 18 Şubat 2004 tarihli kararında da belirtildiği gibi; Mahkeme, okulun erken kapanmasıyla ilgili olarak belediye servis aracını bilgilendirmeyi ihmal eden kamu görevlilerinin, başvuranların oğlunun hayati tehlikesini önleyebilecek tedbirler almadığı kanısındadır.

**42.** Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde, Devlet'in sorumluluğunun, insan hayatını tehlikeye sokan veya hayatın kaybedilmesine sebebiyet veren ihmali davranışlar hususunda hesap verilebilirliği güvence altına alacak etkin bir iç hukuk sisteminin bulunmaması durumunda ortaya çıkabileceğini hatırlatmaktadır. (bkz. *Ciechonska*, yukarıda alıntılanan, § 71). Devlet'in 2. madde çerçevesindeki pozitif yükümlülüğü ayrıca, etkin bir şekilde işleyen hukuk sisteminin kurulmasını gerektirir.

**43.** Mevcut davada, Mahkeme ayrıca, kanunda öngörülen ve pratikte uygulanan olaya ilişkin çözüm niteliğindeki yasal düzenlemelerin, mağdurlara uygun tazminat sağlanması, olay hakkındaki gerçeklerin açığa çıkarılması, olay bakımından faillerin sorumluluklarının tespitini sağlayacak nitelikte olup olmadığını incelemek zorunluluğunda olduğunu düşünmektedir.

**44.** Mahkeme, başvuranların oğullarının ölümü nedeniyle, başlatılan idari yargılamaların, başvuranların adli yardım taleplerinin reddedilmesi ve bu nedenle başvuranların ilgili mahkeme harçlarını ödeyememeleri gerekçesiyle, sona erdirildiğini gözlemlemektedir (bkz. yukarıda 8-13. paragraflar). Neticede, başvuranların adli yardım taleplerinin reddedilmesi, mahkeme nezdinde dava açma olanaklarını ortadan kaldırmıştır ve bu nedenle kendilerine uygun hukuki tazminat sağlayabilecek bir çözümden faydalanamamışlardır (bkz. aşağıda 52 ve 53. paragraflar).

**45.** Ayrıca, 2004 yılında savcı tarafından, okul müdürü, müdür yardımcısı ve çocuğun sınıf öğretmenine karşı, görevi kötüye kullanma ve görevi

ihmal suçları nedeniyle başlatılan soruşturma, olayın üzerinden sekiz yıl geçmiş olmasına rağmen, Yargıtay önünde hala derdesttir. Bu bağlamda, Mahkeme, Ümraniye Ceza Mahkemesi'nin 28 Haziran 2006 tarihli beraat kararı ve Yargıtay'ın 11 Kasım 2010 tarihli kararı arasında geçen uzun süreye vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, yaklaşık dört buçuk yıl sonra, Yargıtay'ın, birinci derece mahkemesi önünde yapılan duruşmaların birinde mahkeme kâtibinin imzasının bulunmamasının usuli bir sebep teşkil etmesine dayanarak, davayı esas yönünden incelemeyen, Ümraniye Ceza Mahkemesi'nin kararını bozduğunu gözlemlemektedir. Dava dolayısıyla tekrar Ümraniye Ceza Mahkemesi'ne iade edilmiştir ve Ümraniye Ağır Ceza Mahkemesi 13 Mayıs 2011 tarihinde tekrar sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir. Tarafların verdikleri bilgiye göre, Yargıtay önünde olaya ilişkin yargılamalar hala devam etmektedir (bkz. yukarıda 18-23. paragraflar).

**46.** Davanın koşulları bütünüyle ele alındığında, Mahkeme, yerel yargılamalar süresince başvuruların maruz kaldığı ciddi eksikliklerin, yani özellikle 28 Haziran 2006 ve 11 Kasım 2010 tarihleri arasında Yargıtay önündeki süreçteki yargılamalara ilişkin makul olmayan gecikmenin ve başvuruların adli yardım taleplerinin reddedilmesi üzerine idari mahkemeler önünde tazminat işlemlerini başlatılmamasının, yerel mahkemelerin, başvuruların çocuklarının ölümünden sorumlu olanları saptayamamalarına ve başvurulara uygun bir tazminat sağlayamamalarına yol açtığına kanaat getirmiştir.

**47.** Yukarıdaki bilgiler ışığında Mahkeme, yerel makamların, başvuruların yedi yaşındaki oğullarının yaşam hakkına gereken titizliği göstermediği sonucuna varmıştır. Ayrıca, ne ulusal mahkemeler önünde bekleyen cezai kovuşturmalar ne de hukuk sistemince sağlanan idari çözüm yolları, başvuruların, oğullarının ölümüne ilişkin, etkin bir yükümlülük tesis etmelerine ve uygun tazminatı almalarına olanak sağlamıştır.

**48.** Dolayısıyla, Mahkeme, Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin ilk itirazını reddeder ve Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar verir.

## II. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

**49.** Başvurular, tazminat davaları bağlamında adli yardım taleplerinin reddedilmesinin,

Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ile korunan adil yargılanma haklarını ihlal ettiğinden şikayetçidir. Bu maddenin ilgili kısmı şu şekildedir:

"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili... mahkeme tarafından... görülmesini isteme hakkına sahiptir ..."

**50.** Hükümet, başvuranların yerel mahkemeler önünde yoksulluklarını kanıtlayan belge ibraz etmediklerini ileri sürerek, bu iddiaya itiraz etmiştir.

#### **A. Kabul edilebilirlik**

**51.** Mahkeme, Sözleşme'nin 35 § 3 maddesinin anlamı çerçevesinde başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ifade eder. Ayrıca, hiçbir koşulda kabul edilemez olmadığını belirtir. Dolayısıyla, başvuru kabul edilebilir olarak nitelendirilmelidir.

#### **B. Esas Bakımından**

**52.** Mahkeme, adli yardıma ilişkin olarak yerleşik içtihadında yer alan temel ilkeleri vurgular (bkz. *Kreuz - Polonya*, no. 28249/95, § 52-57, AİHM 2001-VI, *Bakan - Türkiye*, no. 50939/99, §§ 66-68, 12 Haziran 2007 ve *Mehmet ve Suna Yiğit*, yukarıda yer almıştır, § 33-34). Mevcut davada, başvuranların ödemeleri gereken mahkeme harçları, davanın değeri temel alınarak hesaplanmıştır ve o zamanki aylık asgari ücreti 444,150,000 TL iken, ödenmesi gereken harç miktarları ayrı ayrı 5,072,600,000 TL ve 4,384,100,000 TL miktarlarına karşılık gelmiştir. Hükümet'in, başvuranların yoksulluklarını kanıtlayan belge ibraz etmediklerini savunmasına karşın, Mahkeme, her iki başvuranın, maddi durumlarının kötü olduğunu kanıtlayan, adli yardım taleplerini destekleyici nitelikteki belgeleri İstanbul İdari Mahkemesi önünde ibraz ettiklerini gözlemlemiştir. Muhtarlık tarafından verilen belgeye göre, başvuranların hiçbir gelirinin bulunmadığı ve maddi durumlarının kötü olduğu açıktır (bkz. yukarıda 10. paragraf). Buna rağmen, adli yardım talepleri İdari Mahkeme tarafından hiçbir özel sebep gösterilmeksizin, yalnızca ilgili mevzuata başvurularak reddedilmiştir.

**53.** Mahkeme, geçmişte incelemiş olduğu ve Sözleşme'nin 6 § 1 Maddesinin ihlal edildiğini tespit ettiği benzer olaylarda da Türkiye'deki adli yardım sisteminin, bireyleri keyfilikten korumak adına tatmin edici teminatları sağlayamadığına kanaat getirmiştir (bkz. *Bakan*, yukarıda yer almıştır, §§ 74-78; *Mehmet ve Suna Yiğit*, yukarıda yer almıştır, §§ 31-39; *Eyüp Kaya - Türkiye*, no. 17582/04, §§ 22-26, 23 Eylül 2008; ve *Kaba -*

*Türkiye*, no. 1236/05, §§ 19 -25, 1 Mart 2011). Mahkeme ayrıca mevcut davayı incelemiş ve yukarıda bahsedilen davalardaki bulgularından sapsmasını gerektirecek herhangi bir özel duruma rastlamamıştır. Mahkeme, başvuranların adli yardım taleplerinin reddedilmesinin, başvuranları, davalarını bir mahkemeye sunmaktan mahrum ettiği kanaatindedir ve mevcut davada, başvuranların mahkemeye başvuru haklarının orantısız bir şekilde kısıtlandığı kararına varmıştır.

**54.** Dolayısıyla, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ihlal edilmiştir.

### III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

#### A. Tazminat

**55.** Başvuranlar, manevi tazminata ilişkin olarak 435,000 Türk lirası (YTL<sup>1</sup>) (yaklaşık 182,200Euro) ve 384,000 Türk lirası (yaklaşık 160,900 Euro) talep etmişlerdir.

**56.** Hükümet talepleri reddetmiştir.

**57.** Mahkeme, başvuranların, oğullarının ölümü hususunda bir sorumluluk saptayabilmeleri ve uygun tazminat alabilmeleri hususunda, yerel makamların başvuranlara etkili bir çözüm yolu sağlamamaları sebebiyle, şüphesiz keder ve sıkıntı yaşadıklarını düşünmektedir. Hakkaniyet temeline dayanarak Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesi ve 6 § 1 maddesinin ihlalinin neticesinde, uğradıkları zarara ilişkin olarak başvuranlara müştereken 50,000 Euro ödenmesine hükmeder.

**58.** Maddi tazminata ilişkin olarak Mahkeme, 6 § 1 maddesinin ihlali için en uygun tazmin şeklinin, başvuranların söz konusu hüküm ihlal edildiği takdirde içinde bulunacakları duruma getirilmelerini sağlamak olduğunu yinelemiştir (bkz. *Mehmet ve Suna Yiğit*, yukarıda yer almıştır, § 47). Mahkeme, bu ilkenin mevcut davaya da uygun düştüğüne kanaat getirmiştir. Netice itibariyle, en uygun tazminat şeklinin, İstanbul İdari Mahkeme'nin 29 Aralık 2005 tarihli kararını (yukarıda paragraf 13) bozmak ve başvuranların talep etmeleri halinde, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin koşulları doğrultusunda yargılamaların yeniden başlatılması olduğu kanaatindedir.

<sup>1</sup> 1 Ocak 2005'te Türk lirası (YTL), önceki Türk lirasının (TL) yerini alarak tedavüle girmiştir. 1 YTL: 1000000 TL



## B. Masraf ve Harcamalar

59. Başvuranların temsilcisi, İstanbul Barolar Birliği'nin ücret baremi doğrultusunda, AİHM ve yerel mahkemeler önünde oluşan masraf ve harcamalar için 11,500 TL (yaklaşık 4,800 Euro) talep etmiştir. Bu bağlamda, başvuranların maddi durumlarının kötü olmasından dolayı, 2004'ten beri tüm yerel yargılamalar süresince başvuranlardan hiçbir avukat masrafı almadığını ifade etmiştir.

60. Hükümet talebi reddetmiştir.

61. Mahkeme'nin içtihadına göre, başvuran, masraf ve harcamaları, sadece fiilen ve zorunlu olarak ortaya çıktığının gösterildiği ve miktar olarak makul olduğu kadarıyla tazmin etme hakkına sahiptir.

Mevcut davada, Mahkeme, başvuranların temsilcisi tarafından talep edilen miktarın, sekiz yıl süren yerel mahkeme yargılamaları ve Strazburg'da AİHM önündeki yargılamalar dikkate alındığında aşırı olmadığını ifade eder. Dolayısıyla, başvuranlara müştereken, bu başlık altındaki tüm masrafları kapsayan 4,500 Euro ödenmesine hükmeder.

130

## C. Gecikme Faizi

62. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar verir.

### BU GEREKÇELERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin ilk itirazını esasa ilişkin incelemeyle birleştirip reddeder;

2. Başvurunun kabul edilebilir olduğunu *beyan eder*

3. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine *karar verir*

4. Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğine *karar verir*

5. (a) Davalı Hükümet tarafından başvuranlara müştereken, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi doğrultusunda, üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden TL'ye çevrilmek üzere:

(i) manevi tazminata ilişkin olarak 50,000 (elli bin) Euro'nun vergi olarak ödenmesi gereken miktar hariç olmak üzere ödenmesine,

(ii) masraf ve harcamalara ilişkin olarak 4,500 (dört bin beş yüz) Euro'nun vergi olarak ödenmesi gereken miktar hariç olmak üzere ödenmesine,

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

**6.** Başvuranların adil tazmine ilişkin diğer taleplerini *reddeder*.

İngilizce olarak hazırlanmış ve Mahkeme İç Tüzüğünün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca 10 Nisan 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith  
Yazı İşleri Müdürü

Françoise Tulkens  
Başkan

