

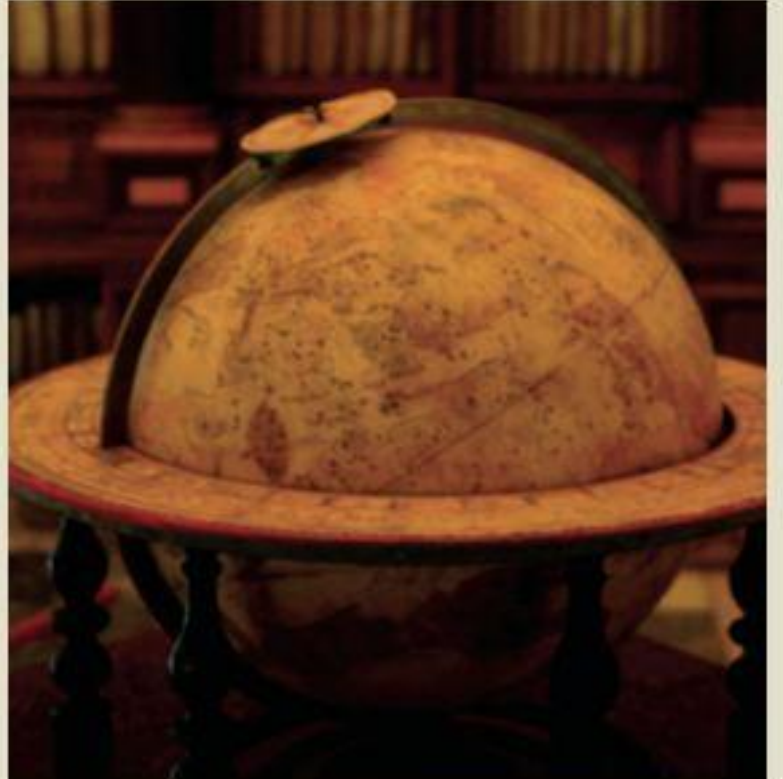
ISSN: 2146-1376



EKİM 2012
SAYI:7
YIL:2

KÜRESEL BAKIŞ

Çeviri Hukuk Dergisi



7

Üç Ayda Bir Yayınlanır



KÜRESEL BAKIŞ

ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanır)

7

YIL: 2, SAYI: 7, EKİM 2012

www.humanlawjustice.gov.tr

www.taa.gov.tr

ISSN: 2146-1376

SAHİBİ

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

*

GENEL EDİTÖR

Murat KÖSE
Hâkim

*

EDİTÖR

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
Anayasa Mahkemesi Raportörü

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

* Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.

* Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılırlar. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.

* Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, “makalesinin Türkçe’ye çevrilerek yayımlanmasına izin verdiğini” gösteren yazının yanı sıra, 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.

* Çevirilerin öncelikle general_editor@yahoo.com adresine veya kureselbakis@taa.gov.tr adresine gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.

* Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orijinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle 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.

* Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelenmek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.

* Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, mobil telefon numarası, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.

* Yazarlara ve hakemlere “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.

* Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

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

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Ođuz
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 Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükğüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargin
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuođlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutođlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kabođlu
Prof. Dr. İhsan Erdođan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırcı
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 Feyziođlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdođan
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil 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

Kontrollü Teslimat	1-4
<i>Yazar: Johan Peter Wilhelm HILGER</i>	
Çeviren: Doç. Dr. Çetin ARSLAN	
Alman Hâkim Seçimi Yasası	5-8
Çeviren: Dr. Cenk AKİL	
Şirketlerin Hareketliliği Yasama Faaliyetini Nasıl Etkiliyor? Karşılaştırmalı Analiz	9-58
<i>Yazarlar: William W. BRATTON, Joseph A. McCAHERY, Erik P.M. VERMEULEN</i>	
Çeviren: Alper Hakkı YAZICI	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaşama Hakkına İlişkin Finogenov ve Diğerleri / Rusya Kararı Özet Çevirisi	59-72
Çeviren: Oktay BAHADIR	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Çetin DOĞAN / Türkiye Kabul Edilebilirlik Hakkında Kararı	73-92
Köln Eyalet Mahkemesi'nin 151 NS 169/11 Sayılı "Sünnet" Kararı	93-97
Çeviren: Yasemin BABA	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Diriöz / Türkiye Kararı	99-106
Çeviren: Tuğrul UZUN	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Tarhan / Türkiye Kararı	107-121

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:



KONTROLLÜ TESLİMAT*

Johan Peter Wilhelm Hilger**

Çeviren: Doç. Dr. Çetin ARSLAN***

I. GİRİŞ

Kontrollü teslimat, uluslararası örgütlü suçları etkili şekilde ortaya çıkarmak için suç soruşturması organları tarafından kullanılan vazgeçilmez nitelikte bir araçtır. Almanya’da bu kavramdan kontrollü ithalat, kontrollü ihracat ve kontrollü geçiş anlaşılmaktadır.

Kontrollü teslimat Almanya’da bir kanun tarafından düzenlenmemiştir. Bu yöntem uygulamada, suç soruşturma makamlarının operasyonel takdir yetkisine bağlı olup; münferit düzenlemeler soruşturma sürecini yürütmekle yetkili makamların yönergelerinde bulunabilir. Kolluk, söz konusu talimatlara uymak zorundadır [Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) md. 161, 163]. Almanya’da yıllardır düzgün bir şekilde işleyen sistem, aynı zamanda komşu Avrupa ülkelerindeki güvenlik güçleriyle işbirliği halinde uygulanmaktadır. Bu tür soruşturmalarda sağlanan başarı ise çoğunlukla olağanüstüdür.

II. İLKELER VE ÇERÇEVE

Almanya’da hukukun üstünlüğü ilkesinden kaynaklanan kovuşturma zorunluluğu ilkesi geçerlidir (StPO md. 152, 161, 163). Buna göre soruşturma makamları, suç hakkında bilgi sahibi olduklarında veya bir suçun işlendiği şüphesi oluştuğunda; özellikle suçu ortaya çıkarmak için gereken önlemleri gecikmeksizin almak zorundadırlar. Bu durum, soruşturma makamlarının suç soruşturmasını başlatıp başlatmamak konusunda herhangi bir takdir hakkına sahip olmadığı anlamına gelmektedir. Yani, gerekli soruşturma işlemlerini yapmakla yükümlüdürler.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. paragrafında düzenlenen “*makul sürede*” hareket edilmesi yükümlülüğü

* **CONTROLLED DELIVERY**, “Resource Material Series No.58 of UNAFEI (United Nations Asia and Far East Institute)”, (http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No58/No58_10VE_Hilger1.pdf, 21.08.11). Makale adı geçen kuruluş ve yazardan izin alınarak Türkçe’ye çevrilmiştir.

** Eski Adli Sistem Bölüm Başkanı, Federal Adalet Bakanlığı, Almanya

*** Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Almanya için de geçerlidir. Bu durum ise, suç ithamı (soruşturması) için gereken işlemlerin gecikmeksizin gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte anılan ilkelerden arama, elkoyma veya yakalama gibi işlemlerin gecikmeksizin yapılması gerektiği sonucunu çıkarmamak gerekir. Aksine, Cumhuriyet savcılığı bir suçu aydınlatmak için ne zaman, hangi aşamada önlem alınması gerektiği hususunda operasyonel takdir hakkına sahiptir. Ancak buradaki en önemli ilke, söz konusu takdir yetkisinin kullanımının suçun hızlı bir şekilde ortaya çıkarılmasına zarar vermemesidir.

Kovuşurma mecburiyeti ilkesi, bu tedbirler alınmaması halinde soruşturmanın zarar göreceği ve özellikle kanıtların kaybolabileceği konusunda belirli bir tehlike bulunmadıkça, özel bir soruşturma ve müdahale tedbiri almayı zorunlu kılmamaktadır.

Almanya'da, failin mahkeme önüne getirilmesi hususunda yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Sanığın mahkûm edilmesinin sağlanması yeterlidir. Bir bütün olarak bakıldığında, bu şu anlama gelmektedir: Kovuşturma mecburiyeti ilkesi, makul sürede hareket etme ilkesi ve kontrollü teslimat konuları birbiriyle çelişkili olmayan, bilakis uyumlu şekilde yekdiğerini tamamlayan hususlardır. Çok erken, hızlı veya aşırı bir müdahale ya da yakalama veyahut el koyma halinde, fiilin ortaya çıkarılması olanakları kısıtlanacağından, somut olayda soruşturma işlemlerine zarar vereceği aşikârdır. Eğer kontrollü teslimat somut olayın gereklerine göre uygulanmamış, çok erken müdahale edilmiş ise, bu durumda kovuşturma zorunluluğu ilkesi fiiliyatta doğru bir şekilde anlaşılmamış demektir. İzlenecek prensip şudur: Çok erken müdahale, soruşturma makamlarının çok geç müdahalesi kadar zararlıdır; zira bu durum, soruşturmaların olası başarısını düşürecektir.

Doğal olarak, bazı durumlarda makul süre içinde hareket etme ve kovuşturma mecburiyeti ilkeleri, kontrollü teslimatın iptal edilmesi veya durdurulmasını gerektirebilir. Kontrollü teslimat operasyonu, örneğin, bu süreçte görevli olan kişiler için çok tehlikeli olabilir. Benzer şekilde, insan ticareti örneğinde olduğu üzere, kontrollü teslimatın konusu açısından zarar tehlikesi söz konusu olabilir ki, bu durumda tedbir uygulanmamalı veya iptal edilmelidir.

III. MÜNFERİT SORUNLAR

Bu değerlendirmelerin dayanağı olan, ceza soruşturma yönetmeliğinin 29 a-29 d maddeleri esas olarak aşağıdaki hususları öngörmektedir:

A. 29 a

Kontrollü teslimat, suç soruşturması makamlarının gözetiminde eşya, çalıntı mal, silah, uyuşturucu vb. maddelerin ülke toprakları üzerinden üçüncü bir ülkeye yasadışı yollarla naklidir. Bu bağlamda kontrollü çıkış, ülke topraklarından yabancı bir ülkeye yasadışı nakliyenin; kontrollü giriş ise, yabancı bir ülkeden ülke topraklarına yasadışı nakliyenin izlenmesidir.

B. 29 b

Kontrollü nakliye, sadece örgüt liderlerinin/elebaşlarının başka şekilde tespit edilmesinin veya dağıtım kanallarının ortaya çıkarılmasının olanaksız olduğu hallerde mümkündür. Bu izleme suçla ilgili kişi ve mallara her zaman ulaşılabilecek şekilde yürütülmelidir.

Bunun yanında, teslimat ve ihracat için aşağıda belirtilen hususlar yabancı devletler tarafından sağlanmalıdır:

(i) nakliyatı sürekli olarak izleme güvencesi,

(ii) kuryeleri, elebaşlarını, alıcıları soruşturma; uyuşturucu, silah, çalıntı mal ve eşyalar ile benzerlerine el koyma; failerin mahkûmiyeti ve haklarındaki hükümlerin infazı için çaba sarf etme güvencesi ve

(iii) Alman ceza kovuşturma makamlarının ilgili devletin soruşturma sürecinden sürekli olarak haberdar edilme güvencesi.

C. 29 c

Kontrollü teslimatta, suçla ilgili Alman savcılığında herhangi bir soruşturma işlemi mevcut değilse, sınırdan geçirilmek suretiyle ülke topraklarına getirilen suç konusu mallarla ilgili işlemler kural olarak cumhuriyet savcısının sorumluluğundadır. Bu kural aynı zamanda kontrollü ithalat için de geçerlidir. Kontrolü ihracatta, işlemler prensip olarak aktarımın başlatıldığı bölgenin cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilmektedir.

D. 29 d

Kontrollü nakliyyeye ilişkin karar, görevli ve yetkili cumhuriyet savcısı tarafından alınır. Ülke topraklarından çıkış olması halinde, görevli savcı çıkış yapılan yerin cumhuriyet savcısını bilgilendirilir. Soruşturma bunun dışında bir yerde de sürüyorsa, giriş yerinin görevli ve yetkili cumhuriyet savcısına da bilgi verilir.

Gümrük ve polis memurları ile yetkililer karar veya bilgiye ihtiyaçları olduğunda, prensip olarak sorumlu cumhuriyet savcısına başvururlar.

Savcılık ve polis için bağlayıcı olan nispeten katı kurallar, kontrollü teslimatın soruşturmada kullanılabilir tek ve son çare olduğunu ortaya koyar. Keza, kovuşturma mecburiyeti ve makul süre içinde hareket etme ilkeleri, failerin yurt içinde veya yurt dışında gecikmeksizin mahkûmiyetlerini de sağlar.

IV. SONUÇ

4

Başta belirtildiği üzere, kontrollü teslimat Almanya'da başarı oranı yüksek ve işlevselliğe sahip sürekli bir uygulamadır. Kişisel düşünceme göre, bu konuda hiçbir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır.

Uluslararası örgütlü suçlar dünyadaki ticaret kanallarını giderek genişlettikçe, kontrollü teslimatın gitgide daha da büyük bir önem kazandığı açık bir gerçektir. Suçun etkili bir şekilde tespit edilmesi, kontrollü teslimatın dünya üzerinde pratik ve uygun bir ağ oluşumu içinde uygulanması halinde mümkündür.

Diğer taraftan kontrollü teslimatın, organize suçun bağlantıları ve ticaret kanallarının giderek girift hale gelmesi sebebiyle daha da karmaşıklaştığı gerçeği göz ardı edilmemelidir. Bu durum, örgütlü suçta erişimin kolay olmaması halinde, daha da zorlaşır. Burada kontrollü teslimat, *-gizli soruşturmacı örneğinde olduğu üzere-* diğer soruşturma yöntemleriyle çakışmakta; bunlar çoğunlukla kontrollü teslimata dâhil olmaktadır. Organize suçta erişim kolay olmadığı takdirde, gizli soruşturmacılarla suç örgütlerine sızmak da oldukça zorlaşacaktır. Bununla beraber, eğer koşullar daha da ağırlaşır, bu durum, kontrollü teslimat için suç konusu malların yasadışı naklini başından itibaren belirlemeyi ve gerekli olan ivedi tedbirleri almayı daha zor hale getirecektir.

ALMAN HÂKİM SEÇİMİ YASASI*

Çeviren: Dr.Cenk AKİL

Madde 1

Eyaletlerin yüksek mahkemelerinin hâkimleri yetkili eyalet bakanı ile birlikte Hâkim Seçim Kurulu tarafından görevlendirilir ve Cumhurbaşkanı tarafından atanır.

Hâkimin bir yüksek mahkemeye görevlendirilmesine her bir görev alanı için ilgili Eyalet Bakanı da iştirak eder.

Federal Hükümet tarafından Hâkimlerin ve Savcıların Mahkemelere Atanmasına İlişkin Avrupa Birliği Çalışma Yöntemi Hakkındaki Sözleşme'nin (Bahsi geçen Sözleşme, 13 Aralık 2007 tarihli Lizbon Sözleşmesi Hakkındaki 8 Kasım 2008 tarihli Yasaya Dayanmaktadır) 253. maddesi ile Federal Hükümet Tarafından Önerilen Kişiler ve Mahkeme Üyelerinin Atanmasına İlişkin Avrupa Birliği Çalışma Yöntemi Hakkındaki Sözleşme'nin 254. maddesi uyarınca kimlerin önerilebileceği Hâkim Seçim Kurulu ile işbirliği içerisinde belirlenir.

5

Madde 2

Hâkim Seçim Kurulu, görevi nedeniyle üye olanlar ile onlarla aynı sayıda seçimle gelen üyelerden oluşur.

Madde 3

Eyalet Bakanları, Yüksek mahkemelerin üyelerini seçen Kurulda görevi nedeniyle üye olup, yargısal hiyerarşide bu yüksek mahkemelere tâbi olan eyalet mahkemeleri, eyalet bakanlarının görev alanlarına dâhildirler.

Görevi nedeniyle üye olanlar, sadece eyalet hükümetinde onların temsili için geçerli olan kurallara göre temsil edilebilirler.

Görevi nedeniyle üye olan bakanların bağlı bulunduğu eyaletler, birinci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca uygulanacak usulü düzenlerler.

Madde 4

Seçimle gelen üyeler Federal Parlamento'ya seçilme yeterliliğine ve hukuki tecrübeye sahip olmak zorundadırlar.

* Kabul tarihi: 25.08.1950.

Görevi nedeniyle üye olanların sayıları değişirse, seçimle gelen üyelerin sayıları da buna göre ayarlanır. Yeniden seçim yapılması zorunludur.

Bu üyelerin her biri temsilcisi aracılığıyla temsil edilebilir.

Madde 5

Federal Parlamento, nispi temsil yöntemine göre seçimle gelen üyeleri ve onların temsilcilerini atar.

Her bir parti grubu bu konuda öneri getirebilir. Her bir öneri üzerine seçilen üyenin sayısı, her bir öneri için verilen oyların toplamı dikkate alınarak *d'Hont* sistemine göre belirlenir. Üyeler ve onların temsilcileri, öneri sırasına göre seçilirler.

(3) Bir üye görevden çekilirse, onun temsilcisi üye olur. Bir temsilci çekilirse, sırada kendinden bir sonra gelen ve seçilmemiş olan aday onun yerine geçer.

Üyelik ve temsilcilik yeni seçim yahut Federal Adalet Bakanı'na sunulan yazılı feragat beyanı ile sona erer.

6 Göreve başlayan her bir Federal Parlamento üye seçimini yeniler.

Madde 6

Federal Adalet Bakanı, Hâkim Seçim Kurulu'nun üyeleri ile temsilcilerini ellerini sıkarak görevlerini titiz biçimde yerine getirmekle görevlendirir.

Üyeler sır saklamakla yükümlüdürler. Onların mahkeme önünde ifade verebilmesi için gerekli izni Federal Eyalet Bakanı verir.

Madde 7

Alman Medeni Usul Yasası'nın 41. maddesinin üç numaralı bendindeki şartlar mevcut ise Hâkim Seçim Kurulu'nun üyeleri, hâkim seçimine iştirak edemezler.

Madde 8

Federal Adalet Bakanı, Hâkim Seçim Kurulu'nu toplantıya çağırır.

Davet, Hâkim Seçim Kurulu'nun toplantı gündemini ihtiva etmeli ve toplantıdan en az bir hafta önce üyelerin eline geçmelidir.

Madde 9

Yetkili Federal Adalet Bakanı yahut Federal Hükümetteki temsilcisi oturumun başkanlığını yürütür. Bu kişi oy hakkına sahip değildir.

Oturumlar kamuya açık değildir.

Her bir oturum için tutanak tanzim edilir.

Madde 10

Yetkili Federal Bakan ve Hâkim Seçim Kurulu'nun üyeleri kimin Federal Hâkim olarak atanması konusunda öneride bulunabilir. Federal Adalet Bakanı ve Hâkim Seçim Kurulu'nun üyeleri, birinci maddenin üçüncü fıkrası ile Federal Hükümet tarafından Hâkim ve Savcılara İlişkin Avrupa Birliği'nin Çalışma Tarzı Hakkındaki Sözleşme'nin 253. maddesi uyarınca kimin atanması gerektiği konusunda öneride bulunabilir ve birinci maddenin üçüncü fıkrası ile Federal Hükümet tarafından, Avrupa Birliği'nin Hâkim ve Savcılara İlişkin Avrupa Birliği'nin Çalışma Tarzı Hakkındaki Sözleşme'nin 254. maddesi uyarınca atanması gerektiği konusunda öneride bulunabilir.

Yetkili Federal Eyalet Bakanı, Hâkim Seçim Kurulu'na hâkimlik görevi için önerilen kişilerin şahsi dosyalarını sunar.

Kararın hazırlanması için Hâkim Seçim Kurulu üyelerinden ikisini raportör olarak görevlendirir.

Madde 11

Hâkim Seçim Kurulu, hâkimlik görevi için önerilen adayların bu makamın aradığı nesnel ve kişisel şartları taşıyıp taşımadığını araştırır.

Madde 12

Hâkim Seçim Kurulu kararlarını gizli oylamada ve kullanılan oyların çoğunluğu ile verir.

Hâkim Seçim Kurulu, hem görevinden ötürü üye olanların hem de seçimle gelen üyelerin çoğunluğunun sağlanması durumunda karar verme yeterliliğine sahip sayılır.

Madde 13

Yetkili Eyalet Bakanı uygun görürse, seçilenleri, atanmak üzere Cumhurbaşkanı'na teklif eder.

Madde 14

Seçimle gelen üyeler Federal Harcırah Yasası uyarınca harcırah alırlar. Ancak bu, Hâkim Seçim Kurulu, Federal Parlamento'nun oturum gününde ve yerinde onlarla birlikte toplanmışsa, Federal Parlamento'nun üyeleri için geçerli değildir.

Madde 15

Bu Yasa ilân edildiği gün yürürlüğe girer.

Başkan

ŞİRKETLERİN HAREKETLİLİĞİ YASAMA FAALİYETİNİ NASIL ETKİLİYOR? KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ*

William W. Bratton **, Joseph A. McCahery ***, Erik P.M. Vermeulen ****

Çeviren: Alper Hakkı YAZICI*****

ÖZET

Bu makale, artış gösteren şirket hareketliliklerinin (Corporate Mobility), Avrupa Birliği'nin (AB) şirketlerle ilgili yasama faaliyetlerine nasıl etkisinin olduğunu incelemektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse, basit bir sorunun cevabını arıyoruz: Avrupa Şirketler Hukuku (AvrŞH)-Societas Europaea – ve Avrupa Adalet Divanı'nın (AAD) devrim niteliğindeki kararları sebebiyle hareketliliğin artması, hukukî düzenlemeler noktasında bir rekabete ve Avrupa'da Delaware benzeri bir üye ülkenin ortaya çıkmasına yol açmış mıdır? Şirketlerin hareketliliği iki şekilde olmaktadır: (1) ticari faaliyetine yeni başlayan şirketlerin hareketliliği (incorporation mobility) (2) hali hazırda kurulu olan, yerleşik şirketlerin hareketliliği ve bu surette yeniden kuruluş (reincorporation mobility). Yeni kuruluş yoluyla hareketlilik açısından, Centros¹ ve benzeri davalar, zaten tüzel kişiliği bulunan şirketlerin yabancı bir yargı alanında yeniden kuruluşuna imkân tanımaktadır. Pek çok girişimci bu yeni özgürlükten faydalanmaktadır. Ancak Almanya ve

9

* Çalışmanın orijinal ismi "How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis" olup, American Journal of Comparative Law Volume 57, Issue 2 / Spring 2009'da yayınlanmıştır.

** Peter P. Weidenbruch, Jr., Ticaret Hukuku Profesörü, Georgetown Üniversitesi Hukuk Merkezi; Araştırma Görevlisi, Avrupa Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) Enstitüsü.

*** Kurumsal Yönetim ve Ticari İnovasyon Profesörü, Amsterdam Üniversitesi Ekonomi ve Ekonometri Fakültesi; Mali Pazar Düzenlemeleri Profesörü, Hukuk Fakültesi ve Tilburg Hukuk ve Ekonomi Merkezi, Tilburg Üniversitesi; Araştırma Görevlisi, Avrupa Kurumsal Yönetim Enstitüsü..

**** Hukuk ve İşletme Profesörü, Hukuk Fakültesi ve Tilburg Hukuk ve Ekonomi Merkezi, Tilburg Üniversitesi; Philips International B.V. şirketinin hukuk departmanı. Bu çalışmanın taslağıyla ilgili yorumları ve düşünceleri sebebiyle Berlin'de düzenlenen 5. Avrupa Şirketler Hukuku ve Kurumsal Yönetim Konferansı ile Roma'da düzenlenen Tilburg-LUISS konferansı katılımcılarına teşekkür etmek istiyoruz. İngiliz özel hukuk limited şirketlerinin Hollanda'da ki faaliyetleriyle ilgili katkısı sebebiyle Wikke Hulbosch'a ayrıca teşekkür ediyoruz. Avrupa Komisyonu'nun 027190 sözleşme numaralı "Ticaret Sicillerinin Avrupa Genelinde İşbirlikliği" projesinden destek sağlanmıştır.

***** Türkiye Adalet Akademisi hâkimi

1 Centros kararının Türkçe'ye çevrilmiş metni için bkz. Küresel Bakış Dergisi C. 5, sh. 47 - 58, Ankara, 2012, sh. Çeviren; Alper Hakkı Yazıcı.

Hollanda'dan gelen son bilgiler zaman içerisinde bu şekilde meydana gelen yabancı şirket kuruluşlarının azalmakta olduğunu göstermektedir. Dahası, ekonomi açısından, Centros – temelli kuruluş hareketliliği oldukça önemsiz bir olgu olarak kalmıştır. Söz konusu aktörler sadece kuruluş giderlerini asgari seviyede tutma arayışındadırlar. Ulusal kanun koyucular da mevzuatlarını değiştirerek ve bu neviden maliyetlerin düşürülmesi yoluna giderek bu ihtiyaca cevap vermişlerdir. Fakat sonuç olarak kuruluş aşamasında cepten çıkan fiili maliyetin asgari seviyede tutulması amacı, şirket türü belirlemede tali bir etkidir. Bu husus, ulusal kanun koyucuları daha genelde kurumsal yönetim (Corporate Governance) ilkeleri doğrultusunda ve diğer konularda reform denilebilecek rekabetçi düzenlemeler yapmaya sevk etmemektedir. Yeniden kuruluş hareketliliğiyle ilgili olarak, bir üye ülkede bulunan şirket merkezinin başka bir üye devlet ülkesine taşınması söz konusudur ve AvrŞH bu kapıyı açmıştır, ancak, bu şirketler hukuku mevzuatının gelişimi açısından rekabet oluşturacak nitelikte bir teşvik edici olarak ortaya çıkmasına yeterli olmamıştır. Yeniden kuruluş şeklindeki hareketlilik, hali hazırda AB'de genel bir uygulama olmaktan uzaktır. Sonuç olarak, rekabetçi baskılar hala ulusal şirketler hukuku rejimlerinin temel yönetim kurullarında değişiklikler yapılmasını teşvik edememektedir.

GİRİŞ

Avrupa Adalet Divanının (AAD) kararlarıyla Avrupa'da daha rekabetçi bir şirketler hukuku mevzuatının hazırlanmasını sağladığı, artarak taraftar bulan bir görüşür². İlk *Centros* davası olan davalarla başlayan süreçte düzenleyici rekabet için iki ön koşul ortaya çıkmıştır: Karşılıklı tanıma ve asgari standartlar. Bugün, her ölçekteki yeni kurulan şirketler kuruldukları ülkenin ulusal şirketler hukuku mevzuatına mündemiç kısıtlamalar olmaksızın, Avrupa pazarı içerisinde herhangi bir yeri hukukî merkez olarak belirleyebilirler. Her ne kadar AAD'nin bir şirketin kuruluş yeri ülkesi ile idare merkezini ilişkilendiren merkez doktrininin

2 Bkz Joseph A. McCahery & Erik P.M. Vermeulen, *The Evolution of Closely Held Business Forms in Europe*, 26 J. CORP. L. 855 (2001); ERIK P.M. VERMEULEN, *THE EVOLUTION OF LEGAL BUSINESS FORMS IN EUROPE AND THE UNITED STATES* (2003). Bkz. John Armour, *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, in 58 *CURRENT LEGAL PROBLEMS* 2005, at 369 (Jane Holder & Colm O'Conneide eds., 2006); Martin Gelter, *The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law*, 5 J. CORP. L. STUD. 247 (2005), for a second wave of research.

(*real seat doctrine*)³ açıkça topluluk hukukuna aykırı olduğuna hükmeden bir kararı bulunmasa da yerel mahkemeler artık normal olarak şirketin yöneticileri, görevlileri ve ortakları arasındaki ilişkiler bağlamında söz konusu şirket başka hiçbir işlemde bulunmamış olsa dahi kuruluş yeri devlet hukukunu uygulamaktadırlar. AAD içtihat hukukuna göre bir üye devlet, kendi mevzuatındaki daha sıkı düzenlemeleri ancak kamu yararının bunu haklı göstermesi şartıyla, orantılı ve ayrımcılığa yol açmayacak bir şekilde uygulayabilir⁴. Yeni faaliyete başlayan şirketlerin kurucuları, daha iyi koşullar sunan üye devletlerde kuruluşu gerçekleştirmeyi, özellikle de asgari sermaye koyma borcu olmayan yargı yerini tercih ederek, bu yeni tip kuruluş özgürlüğünden faydalanmışlardır. Bu koşullarda, İngiltere (*United Kingdom - Birleşik Krallık*) bir tercih yeri olarak ortaya çıkmıştır.

Bu manzara yakın bir zamanda şirketler mevzuatını yeniden ele alan İngiltere'nin ABD'deki Delaware eyaletinin bir benzeri olacak şekilde, Avrupa'da şirketlerin kuruluşu mevzuunda elverişli lider ülke olarak ortaya çıkması sonucunu doğurabilir. Bu durumda akla gelen soru şudur: bu gelişmeler İngiltere veya başka bir üye devlet kanun koyucusunun şirketler hukukuyla ilgili yasama faaliyetinde daha teşvik edici

3 Çevirmenin notu: Türkçe'ye Merkez Doktrini/Teorisi olarak çevirdiğimiz *Real Seat Doctrine* ile alternatifi olan Kuruluş Doktrini/Teorisi (*Incorporation Doctrine*) hakkında kısaca bilgi vermek gerekirse: Merkez Doktrini, ihtilaf halinde uygulanacak hukuku belirleme noktasında genelde kıta Avrupası ülkelerince kabul edilen bir sistemdir. Buna göre, uygulanacak hukuk şirketin idare merkezinin bulunduğu ülke hukuku olarak tespit edilir. Birden fazla idari merkeze sahip olması durumunda bu şirketin gerçek idare merkezinin (*Real Seat Doctrine*) bulunduğu hukuktur. Bu teorinin geçerli olduğu hukuk düzenlerinde kuruluş yeri ile idare merkezi arasında bir ayrıma gitmek söz konusu değildir. Yani, kuruluş yeri ülkesi aynı zamanda şirket merkezinin tescil edildiği ülke olarak ortaya çıkmakta olup bu yer aynı zamanda şirketin idare merkezi olarak belirlemektedir. Dolayısıyla bu kavramlar esasında aynı bağlama noktasında birleşmektedir. İngiltere, Hollanda ve İskandinav ülkelerinde kabul gören kuruluş yeri teorisinde ise şirketin yönetim merkezini mutlaka kurulduğu ülkede belirlenmesi şart değildir. Yani bir şirket İngiliz ticaret siciline kuruluş tescilini yaptırmakla birlikte yönetim merkezini başka bir ülkede belirleyebilir. Bu iki teorinin pratiğe etkisi ise oldukça farklıdır. Şirketlerin yerleşim özgürlüğüne engel olmakla eleştirilen "merkez teorisi" tescil edilen merkez ile fiili yönetim merkezi ayırımına cevaz vermemektedir. Dolayısıyla şirketin merkezini tescil yerinden başka bir yere taşıması o ülke tarafından tanınmamaktadır. Buna karşılık kuruluş teorisi, şirketlere tescilden sonra merkezini daha elverişli bir hukuk düzenine taşıma imkânı tanıdığından şirket hareketliliği yönünden daha özgürlükçü bir yapı olarak görülmektedir.

4 Bkz Case C-212/97, Centros Ltd. / Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, 1999 E.C.R. I-1459, §34 ("Akılda tutulmalıdır ki; mahkemenin içtihat hukukuna göre, Antlaşma tarafından temin edilen hürriyetlerden yararlanmayı zorlaştırma veya etkisizleştirme etkisine sahip ulusal tedbirlerin dört koşulu taşıması gerekmektedir: bu tedbirler; eşitlikçi bir tarzda uygulanmalıdır; kamu yararı için gerekli, emredici nitelikteki ihtiyaçları karşılamalıdır; gerçekleştirmek istediği amaca uygun olmalıdır ve elde etmek istediği hedefin ötesine geçecek derecede olmamalıdır.")

düzenlemeler belirlemek üzere rekabetçi davranmasına yol açabilir mi? Açarsa bu ne ölçüde olabilir?

Maalesef, Delaware kıyaslaması ilk bakışta fazla cesaretlendirici değildir. Birleşik Devletler, “şirket esas sözleşmeleri pazarı”, bir asırdan daha fazla bir süre önce şirket kuruluşundan olabildiğince fazla vergi ve resim geliri elde etme arayışı içerisinde olan bir eyaletle birlikte birden ortaya çıkmıştır. Mümkün olduğunca fazla şirketi kendisine çekmek isteyen bu eyalet kuruluş formalitelerini o derece uygun hale getirmiştir ki, anti-tröst ve kurumsal yönetim bakımından rahat hukuk bölgesi haline dönüşmüştür⁵. Delaware hali hazırda bu teşvikleri sadece kurumsal yönetim noktasında muhafaza ederek devam ettirmektedir. Teşvik edici bu çerçeve henüz Avrupa’ya ithal edilmemiştir. *Centros*, *Überseeing* ve *Inspire Art* kararlarında, sınır aşacak şekilde yeniden kuruluş ve yer değiştirme niyetine sahip geniş çaplı şirketlere açıkça serbest seçim imkânı tanınmamıştır⁶. Öyle olsa bile, Avrupa Birliği üye devletlerinin şirketler hukuku rejimlerini modernleştirme ve etkinleştirme aracı olarak kullanabilecekleri imtiyaz vergileri ve üyelik aidatları şeklinde benzer enstrümanlar bulunmamaktadır.

12

İmtiyaz vergileri ve üyelik aidatları yoksa dahi, ne gibi bir araç Avrupalı kanun koyucuları daha esnek şirketler hukuku rejimi kurmaya teşvik edebilir ve şirket hareketliliği bu teşviklerin benzeştirilmesine nasıl hizmet edebilir? Delaware kanun koyucusu talepler ve bu eyalette bulunan geniş hizmet sektörü kaynaklı ekonomik menfaatlerden doğan tali nitelikte bir teşvik geliştirmiştir⁷. İşte bu noktada daha zayıf olmakla birlikte ikinci bir Avrupa kıyaslaması yapılabilir: Avrupalı üye devlet kanun koyucuları da hem yerli hem de yabancı şirketler için çekici olabilecek ve bu surette profesyonel hizmet endüstrisinden fayda sağlayabilecek hukuk kurallarının veya müesseselerin arayışına girebilirler⁸. Bu sebeple, 2001’de kabul edilen ve 2004 yılı itibariyle

5 Bkz. William W. Bratton & Joseph A. McCahery, The Equilibrium Content of Corporate Federalism, 41 WAKE FOREST L. REV. 619, 626-30 (2006).

6 Bkz. Case C-208/00, *Überseeing BV / Nordic Constr. Co. Baumanagement GmbH (NCC)*, 2002 E.C.R. I-9919; Case C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam / Inspire Art Ltd.*, 2003 E.C.R. I-10155.

7 Bkz. Bratton & McCahery, *supra* note 3, at 679-86.

8 Bkz. ERIK P.M. VERMEULEN, THE EVOLUTION OF LEGAL BUSINESS FORMS IN EUROPE AND THE UNITED STATES (2003); John Armour, Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition, in 58 CURRENT LEGAL PROBLEMS 2005, at 369 (Jane Holder & Colm O’Cinneide eds., 2006).

uygulamaya giren *Societas Europaea* (Avrupa Şirketi - AvrŞti) Mevzuatının, Avrupa'da rekabetçi bir yasama anlayışı için kayda değer bir itici güç olabileceği ileri sürülmüştür⁹. AvrŞti ilk kez Avrupalı bir şirketin tasfiyeye uğramaksızın ve yeniden kuruluş işlemlerine başvurmaksızın tekrar kuruluşuna imkân tanımıştır. Dahası, bir SE'nin iç yönetim yapısı büyük oranda ulusal mevzuat tarafından hükme bağlanacaktır. Bununla birlikte, AvrŞti mevzuatı Avrupa Birliği ölçeğinde, bir arbitraja yol açabilir. Daha açık ifade etmek gerekirse, teorik olarak bir şirket, daha uygun imkânları barındıran bir şirketler hukuku rejimine dâhil olmak için Avrupa Şirketi'ne dönüşebilir. Bunun için merkezini kendisine daha uygun imkânlar sağlayan o devlet ülkesine taşımaya istekli olmalıdır. Buna göre, teoride teşvik edici unsurlar taşıyan bir yargı sistemi söz konusudur. Böyle yüksek derecede gelişmiş, sermaye ve yönetimin taleplerine karşı duyarlı olmasıyla karakterize edilen bir şirketler hukuku rejimi kanun koyucuya saygınlık kazandırır ve aynı zamanda gelir getirici etkiye de sahiptir.

Bu tabloya ayrıca destek sağlayan diğer hususlar ise sınır aşan şirket birleşmelerini düzenleyen yeni yönerge ve AAD'nin *Sevic* kararıdır¹⁰. Yönerge, şirketlere AB sınırları içerisinde ulusal sınırlarla bağlı olmaksızın birleşme ve yeniden yapılanma imkânı tanımakta, şirketler ulusal hukukların getirdiği farklılıklardan kaynaklanan engelleri aşarak serbestçe yer değiştirebilmektedirler. Bu husus rekabetçi bir yasama anlayışının hâkim olmasını teşvik etmektedir. *Sevic* orta ve büyük ölçekli şirketlerin kendi tercih ettikleri hukuk kurallarına dayanarak merkezlerini yeniden belirleme hakkına sahip olduklarını ortaya koymaktadır. Uygulama tarafından geliştirilen bir mesele olmakla birlikte, bu AvrŞti'nin öngördüğü hareketlilik seçeneğine paraleldir.

Ancak, hareketliliğe sadece teoride kapı açılmıştır. Şu anda, veri eksikliği sebebiyle *Sevic* davasının ve Yönergenin yeniden kuruluş hareketliliğini artırıp artırmadığını görmek ve böylelikle düzenleyici işlem yapma konusunda kanun koyucular arasında bir rekabet yaşanıp yaşanmayacağına tespiti için oldukça erkendir. Ulus devlet kanun koyucularının isteksizliği dışında engeller de bulunmaktadır. İlk olarak,

9 Bkz. Luca Enriques, Silence Is Golden: The European Company Statute as a Catalyst for Company Law Arbitrage, 4 J. CORP. L. STUD. 77 (2004).

10 Bkz 2005/56/EC sayılı Avrupa Parlamentosu Yönergesi ve Konseyin 26 Ekim 2005 tarihli 2005 O.J. (L 310) 1 sayılı Sınırlı Sorumlu Şirketlerin Sınır Ötesi Birleşmelerine İlişkin Yönergesi ;Dava C-411/03, Sevic Systems AG / Amtsgericht Neuwied, 2005 E.C.R. I-10805.

14 vergi engelleri gibi devam eden sürtüşmeler Avrupa şirketlerinin oldukça hareketsiz olmasına ve kanun koyucuların tescil harçları ve sair gelir getirici unsurlar için rekabete girişmelerine engel olmaktadır. Örneğin, bir şirket tabiiyetini taşıdığı üye devlet dışında bir ülkeye, tabiiyetini muhafaza etmek kaydıyla, vergi avantajı sağlamak için merkezini taşımak istese, tabi olduğu devlet kolaylıkla bunu şarta bağlayabilir¹¹. İkinci olarak, üye devletler arasında tarih, kültür ve dil birliğinin olmayışı, ABD’de olduğu şekilde bir şirketler hukuku yasalastırmasını engelleyen sürtüşmelere yol açmaktadır¹². Üçüncü bir husus, ulusal kanun koyucuların yasalastırma konusundaki takdir yetkilerinin kısıtlanmasına karşı direnç göstermeleridir. Ulusal rejimler uzun zaman önce kanun koyucu olarak serbestilerini muhafaza etme amacıyla şirketlerin hareketliliklerine karşı engeller oluşturmuşlardır. Ulusal takdir yetkisinin muhafazasına dair devam etmekte olan bu tutucu tavır AB’nin ilerleme sürecine rağmen engelleri daha da güçlendirmiştir. Sonuç olarak, üye devletler takdir yetkisi alanını var olan şirketlerin yer değiştirmelerini engellemek amaçlı korudukları sürece, gerçek merkez doktrininin ancak bir ölçüye kadar anlamını yitirdiği iddia edilebilir. Eğer AAD bu doktrini tamamen ortadan kaldırmak gibi bir amaca sahipse, yapılması gerekenler henüz tamamlanmamıştır.

Yine de, Avrupalı kanun koyucular arasında hareketlilikten kaynaklanan tepkisel sinyaller son zamanlarda hissedilmektedir. İngiltere’de sınırlı sorumlu ortaklıklara ilişkin kanunlaştırma, Fransa’da esnek *société par actions simplifiée* (SAS)’in (Anonim Şirketler Kanunu) kabulü bu kapsamda belirtilebilecek gelişmelerdir¹³. Tüm bunlar Birleşik Krallığa yönelik kuruluş hareketliliği ve AvrŞti mevzuatı kapsamında büyük şirketlerin yeniden kuruluşu olgusuyla birlikte düşünüldüğünde, şirket hareketliliğinin (*corporate mobility*) ve bunun doğurduğu sonuçların, Avrupa’yı ulusal hukukların takdir yetkisini bertaraf etme noktasında bir

11 Bkz Dava 81/87, The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust, 1988 E.C.R. 5483. Vergi Uluslararası hareketlilikte vergi engelleri ve şirketler hukuku engelleri konusunda bütünlüklü bir çalışma için bkz. Mitchell A. Kane & Edward B. Rock, Corporate Taxation and International Charter Competition, 106 MICH. L. REV. 1229 (2008).

12 Bkz Christian Kirchner, Richard W. Painter & Wulf A. Kaal, Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware’s Product for Europe, 2 EUR. CO. & FIN. L. REV. 159 (2005).

13 Bkz JOSEPH A. MCCAHERY & ERIK P.M. VERMEULEN, UNDERSTANDING (UN)INCORPORATED BUSINESS FORMS (2005).

kırılma noktasına yaklaştırıp yaklaştırmadığı (hatta o noktaya gelinip gelinmediği) sorusunu akla getirmektedir.

Bu makale şirketlerin hareketliliğindeki son evrimleşmeyi ve Avrupa'da ki şirket hareketliliğini, Avrupa'nın bir kırılma noktasına ulaşip ulaşmadığını veya bu noktaya yaklaşmakta olup olmadığını değerlendirmektedir. Ulaşılan sonuç Avrupa'nın henüz her iki aşamada da olmadığı yönündedir. Şirketlerin hareketliliği hızla artmakla birlikte, Delaware benzeri bir Avrupa devletinin doğmakta olduğunu gösterir herhangi bir işaret yoktur.

Birinci bölüm, Avrupa şirketler hukukunun geçirdiği evrimi ve gelişimi AB'nin kurulduğu 1957 yılından bu yana olmak üzere ele almaktadır. Bu tartışma, ulus devletlerin şirketler hukukuna ilişkin yasama yetkilerine müdahale edilmesine daima engel olmaya çalıştıklarını göstermektedir. Avrupa Birliğinin başlangıcıyla birlikte çoğu üye devlet şirket hareketliliğine kapıları kapatarak ve yerleşim yeri serbestisini sınırlayarak, gerçek merkez doktrinini (*real seat doctrine*) benimsemiştir. Avrupa Birliğinin kuruluşu gerçek merkez¹⁴ anlayışından ayrılmayı kolaylaştırabilirdi ama olmadı. Fransa ve Batı Almanya gibi kurucu üye devletler şirketler hukukunda “dibe doğru yarış” olarak adlandırılabilir bir rekabetin ortaya çıkmasından korkmuşlardır. Bu da ulusal şirketler hukuku rejimlerinin baştan ayağa uyumlaştırılmasına yol açmıştır. Bu strateji kapsamında, üye devletler, Topluluk üyesi olduktan sonra, siyasi menfaat veya gelir paylaşımı karşılığında, fırsatçılık yapmaktan vazgeçme konusunda uzlaştıkları uyumlu bir oyunun parçası olmuşlardır. Bu işbirliği uzlaşmasının başka bir unsuru daha vardır: Üye devletler, ancak milli hukuklarının temel bileşenleri değiştirilmediği sürece, şirketler hukukunun uyumlaştırılmasına rıza göstermektedirler¹⁵. Üye devletlerin, daha sonraki dönemlerde AB ölçeğinde bir şirketler hukukunu kabul etmedeki isteksizlikleri, ulusal yasama otonomilerini koruma hususunda bilinen tutumlarını teyit etmekle kalmamış daha da güçlendirmiştir.

14 Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma, Mar. 25, 1957, 298 U.N.T.S. 3, [bundan böyle *Roma antlaşması*, veya *antlaşma*] (artık Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması, 2006 O.J. (C321) E37) Yabancı şirketlere başka bir üye devlette daha kısıtlayıcı şirketler hukuku düzenlemelerine maruz kalmaksızın şube açma hakkı tanıyordu.

15 Bkz David Charny, *Competition Among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the 'Race to the Bottom' in the European Communities*, 32 HARV. INT'L L.J. 423 (1991).

Çalışmanın ikinci bölümünde AB'nin şirketler hukukuna ilişkin yasama faaliyetlerinde en son yaşanan gerilemeler ele alınacaktır. AB uyumlaştırma stratejisini devam ettirse dahi, Komisyondaki politika belirleyiciler eşzamanlı olarak 308. madde (eski 235. madde) temelinde daha serbest bir plan geliştirmeye başlamışlardır¹⁶. AB seviyesindeki işletmeler, mesela Avrupa Şirketi, sınır aşan hareketliliği hızlandırırken aynı zamanda teşebbüslerin oluşturulması ve dönüştürülmesi için de öngörülmüşlerdir. İkinci bölüm AvrŞti'nin etkilerini incelemekte ve bunun uygulamasının üye devletleri daha yenilikçi ve istekli bir şekilde yasama hareketlerine teşvik edecek nitelikte, şirket hareketliliğinde bir artışa yol açıp açmadığını değerlendirmektedir.

Üçüncü bölüm AAD içtihat hukukuna ve kuruluş hareketliliğine dikkat çekmektedir. Düşük maliyet getiren yargı alanlarında şirket kuruluşuna yönelik önemli derecede bastırılmış talep olduğunu göreceğiz. Marco Becht, Colin Mayer ve Hannes Wagner 1997 ile 2006 yılları arasında Birleşik Krallıktaki şirket kuruluşlarını incelemişler ve *Centros* öncesi yıllık 4400 olan yabancı menşeli özel hukuk limited şirket kuruluşunun *Centros* sonrasında yıllık 28000'e ulaştığını tespit etmişlerdir¹⁷. Ayrıca *Centros* kararı sonrasında İngiltere'de kurulan 120.000'e yakın yabancı şirketin 48000'inin sadece Almanya menşeli olduğunu göstermişlerdir¹⁸. Artan hareketlilik rekabetçi baskılara yol açmıştır. Almanya, Hollanda ve daha az bir oranda Fransa, sadece İngiltere'ye yönelen şirket hareketliliğini durdurmak için değil aynı zamanda rekabetçi bir yargı olarak itibar kazanma amacıyla da şirketler hukuku ve vergi rejimleri alanlarında reformlar yapmaya yönelmişlerdir¹⁹. Bölüm III İngiltere'de şirket kuruluşuna ilişkin yasama teşviklerinin hayal kırıklığına yol açan resmini ortaya koyan detaylı bir analiz sunmaktadır. Almanya ve Hollanda kaynaklı bilgiler AAD içtihat hukukundan kaynaklanan kuruluş hareketliliğinin hacminde bir düşüş olduğunu göstermektedir. Düşüş veya değil, hacim her halükarda iktisadi bakımdan ve hukuk yaratılması

16 Avrupa Topluluğunu kuran anlaşma , 2006 O.J. (C321) E37, 179, m. 308, birleşme için iki ön şart belirtilmektedir: (1) Topluluğun harekete geçmesinin gerekli olduğunun anlaşılması (2) Anlaşmada öngörülen yetkilerin yetersiz olması. See Richard M. Buxbaum & Klaus J. Hopt, *Legal Harmonization and the Business Enterprise*, in 4 CORPORATE AND CAPITAL MARKET LAW HARMONIZATION POLICY IN EUROPE AND THE UNITED STATES, 210-12 (1988).

17 Bkz Marco Becht, Colin Mayer & Hannes F. Wagner, *Where Do Firms Incorporate?* (Eur. Corp. Governance Inst., Law Working Paper No.70/2006, 2007).

18 Ayrıca Bkz. Wilhelm Niemeier, *GmbH und Limited im Markt der Unternehmensrechtsträger*, 27 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2237 (2006).

19 Bkz Idier Martin & Forrest G. Alogna, *New Delaware*, WALL ST. J. EUR., Dec. 20, 2007, at 12.

açısından teşvik edici boyutta değildir. AAD kararları şu ana kadar çok da sistemli olmayan bir etki yaratmış olup, Almanya ve Hollanda gibi ülkelerde şirketler için asgari sermaye koyma yükümlülüğünü kaldıran veya azaltan ve düşük maliyetli kuruluşa odaklanan bir takım yargı kararlarını tetiklemiştir. Daha geniş kapsamlı yeni kanunlaştırmaların veya içtihat hukuku reformlarının yapılacağını gösterir hiçbir işaret yoktur ya da çok az vardır denilebilir.

Çalışmanın dördüncü bölümü sonuç kısmıdır. Burada, yeni hareketliliğin bazı üye ülkelerde küçük şirketler hukuku değişikliklerine katkı sağlamakla birlikte mevcut durumdaki düşük seviyeli hareketliliğin objektif olarak yeni müesseselerin meydana getirilmesi taleplerinin güç kazanması ve kanun koyucuları teşvik ve davranışlarını şekillendirme noktasında yetersiz olduğu ortaya koyulmaktadır. Bir Avrupa Delaware'inin doğacağını tahmin etmek için zaman hala çok erken.

I. AB ŞİRKETLER HUKUKU YÖNERGELERİ:

“REKABETSİZLİK” STRATEJİSİ

AB seviyesinde şirketler hukuku yasamasının tarihine bakıldığında, ulusal kanun koyucuların, kanunlar ihtilafı hukukunda geçerli olan gerçek merkez doktrini ve ulusal vergi rejimlerinden kaynaklanan ikiz sütunlarla destekli, fiili bir tekele sahip oldukları görülmektedir. Merkez doktrini kuruluş yerini taşımak isteyen şirketlerin esaslı bir hukukî tanımayı elde etmelerine engel teşkil etmiştir. Bu bütün üye devletlerin merkez doktrinini kabul ettikleri anlamına gelmez. Bazıları kuruluş yeri doktrinini benimsemişlerdir ve kendi hukuklarına tabi olan şirketlerin yabancı hukuka göre yeniden kuruluşunu tanımışlardır. Fakat bu ikinci anlayışı kabul edenler de dâhil olmak üzere, ulusal otoriteler yerel girişimcilerin yeniden iç piyasaya girişlerini bunların aslında “görünüşte yabancı şirket” (*pseudo-foreign companies*) olduklarını ifade ederek engellemişler ve bu surette başka herhangi bir yerde kuruluşu kısıtlamışlardır. Bunun üzerine girişimciler ulusal devletlerin temel hukuk kurallarına müracaat etmek zorunda kalmışlardır. Böylelikle hareketlilik sadece şirketin idari merkezinin fiziksel olarak değiştirilmesi şeklinde olabilmektedir. Çıkış vergileri şeklindeki engeller bu durumda dahi muhafaza edilmiştir. Gerçek merkez doktrini, “görünüşte yabancı şirket” kuruluşuna getirilen kısıtlamalar ve çıkış vergilerinden oluşan üçlü, istikrarlı ve uzun vadeli bir yasama dengesine ulaşılmıştır. Bu dengede,

uzlaştırmacı bir strateji baskın çıkmış ve üye devletler için rekabetçi bir şirketler hukuku yasama faaliyetine girişme noktasında teşvik edici bir unsur ortaya çıkmamıştır.

AB'nin şirketler hukukuna ilişkin yasama çalışmaları bu dengeyi etkilememiştir. Uyumlaştırma programının yürürlüğe girdiği 1957 tarihinden başlayarak, Yüksek Düzeyli Şirketler Hukuku Uzmanları Grubunun modernizasyon süreci boyunca AB şirketler hukuku hiçbir zaman “görünüşte yabancı şirketlerin” kuruluşu hakkına cevaz verecek bir dönüşüm göstermemiştir. Uyumlaştırma programı şirket hareketliliğinin önünde bulunan engelleri azaltmamıştır. Daha doğrusu, hali hazırda görülen müdahale etmeme yaklaşımıyla AB yasaması, üye devletleri hem yeniden kuruluşta görülen maliyetli hukukî engelleri ortadan kaldırma hem de şirket hareketliliğini cesaretlendiren gerekli önlemleri alma noktasında teşvik etmemektedir. Bu bölüm, AB'nin uyumlaştırma programının üyeler arasında rekabeti engelleyen dengeyi nasıl güçlendirdiğini göstermektedir.

A. Birinci Nesil Şirketler Hukuku Yönergeleri

18

AB'nin kurulmasından önce Avrupa, ulusal kanun koyucuların farklı seçmen gruplarını dikkate alarak ve siyasi düşüncelerle kendi politikalarını takip ettikleri bir nevi yargı adacıklarından müteşekkildi. Her bir yargı adacığının elit parlamenterler, hâkimler, düzenleyici kuruluşlar, profesyoneller ve hukuk akademisyenlerinden oluşan ve hukuku yorumlama, koruma ve geliştirmekle sorumlu bir zümreye sahipti. Bunlar tutucu çerçeveler içerisinde çevre yargı adacıklarınca rahatsız edilmeksizin ve onlarda meydana gelecek muhtemel değişikliklere duysız bir şekilde faaliyet yürütmekteydiler. Yargı adası olarak devletler dış kaynaklı rekabetçi tehditlere karşı sınırlarını kapatma ayrıcalığına sahiptiler. Örneğin 19. yüzyılda Belçika, Fransa'ya karşı, bu ülkede bulunan şirket idarecilerini kuruluş hukuklarını değiştirmeye cesaretlendirerek saldırgan bir şirketler hukuku politikası geliştirmeye çalışmıştı. Fransa ve diğer şirket kuruluşunun maliyetli olduğu ülke yargıları bu faydacı yaklaşıma “Merkez Doktrinini” geliştirerek karşılık verdiler. Bu doktrin, bağlı bulunulan devlet hukukunun, şirketin gerçekte faaliyet gösterdiği yerin bu devlet ülkesi olduğu durumlarda uygulanabileceğini öngörmekteydi. Dolayısıyla bu doktrin fiiliyatta şirket giriş ve çıkışlarına karşı sınırları kapatmaktaydı.

Bir yargı adacığ, ticarete yönelik ulusal engellerin gitgide ortadan kalktığı bir ortak pazarın parçası olduğunda sınırları kapalı tutmak artık daha da zorlaşmaktadır. Böyle bir ortamda şirket hareketliliğini zorlayan unsurların gün yüzüne çıkması daha muhtemeldir. Aynı zamanda, uluslar üstü bir yasa koyucunun faaliyetleri sınır aşan hareketlerin artışına yardımcı olabilir. Roma Antlaşması (1957) böyle olanakları barındırmak suretiyle, Avrupa ortak pazarını kurmuştur. Antlaşma, malların, hizmetlerin, insanların ve sermayenin serbest dolaşımını sağlayarak entegre bir pazarın ortaya çıkmasını cesaretlendirecek bir şekilde tasarlanmıştır. Antlaşmayla yabancı şirketlere diğer bir üye devlette daha kısıtlayıcı şirketler hukuku düzenlemelerine maruz kalmaksızın şube açma hakkı tanınmıştır. O dönemde de merkez doktrini baskın olmaya devam etmekteydi.

Ancak, 1957'de, gerçek merkez doktrininin önemini kaybettiği endişesi oldukça yüksekti. Hollanda, yakın bir zamanda bu anlayışı terk etmişti. Dahası, Antlaşmanın şirket hareketliliğinde yeni bir çağı müjdelediği düşünülüyordu. Antlaşmanın 293. maddesi (eski 220) üye devletleri 1968 tarihli Şirketler ve Hukuk Tüzel Kişiliklerinin Karşılıklı Tanınmasına İlişkin Brüksel Konvansiyonunun müzakerelerine başlamaya davet ediyordu ki bu düzenleme, kuruluş teorisi lehine gerçek merkez doktrininin terk eden bir anlayışa sahipti. Ancak, bu çağrı bir çatlağı ortaya çıkardı. Bazı kurucu üye devletler nereye varacağı kestirilemeyen bir rekabetin kopacağından endişeliydiler. Özellikle ABD'de görülen rekabetin etkilerinden önemli sonuçlar çıkarmışlardı²⁰. Rekabetin iç piyasadaki menfaat gruplarına büyük zarar vereceği düşünülüyordu. Fransa özellikle Hollanda'nın kabul ettiği daha esnek şirketler kanunuyla ve uzlaşmacı olmayan vergi politikalarıyla²¹ önemli miktarda görünüşte yabancı şirketi (*pseudo-foreign companies*) kendisine çekeceğinden endişeliydi.

Elverişli şirket esas sözleşmesi geliştirmeye yönelik rekabetin karşıtları, bu rekabeti gelir getirici olmaktan çıkartmak amacıyla, Antlaşmanın tetiklediği ve AB üye devletleri arasındaki hukuk farklılıklarını ortadan kaldırmayı amaçlayan yasama sürecini kullanarak bir karşılık verdiler.

20 Bkz Charny, *supra* note 13. Ayrıca Bkz. Joseph A. McCahery & Erik P.M. Vermeulen, *The Evolution of Closely Held Business Forms in Europe*, 26 J. CORP. L. 855 (2001).

21 Bkz William W. Bratton & Joseph A. McCahery, *Tax Coordination and Tax Competition in the European Union: Evaluating the Code of Conduct on Business Taxation*, 38 COMMON MKT. L. REV. 677 (2001).

Fransa ve Batı Almanya AB süreci kapsamında ulusal şirketler hukuku kurallarını baştan aşağı uyumlaştırma yoluna gittiler. Mevcut üyeler ve yeni katılanların da anlaşmaya varmalarıyla birlikte AB'nin zorunlu şirketler hukuku yönergeleri ortaya çıkmış oldu. Bunlar asgari seviyede bir düzenlemenin herkes için bağlayıcı olması amacını güdüyordu. Her bir devlet yargısında bulunan birbiriyle uyumlu hukuk kuralları sayesinde, hiçbir üye devlet şirket kuruluşlarını kendi ülkesine çekecek ve dolayısıyla rekabete sebep olacak teşvikleri sunan düzenlemelerde bulunma serbestisine sahip olmayacaktı.

Birinci nesil şirketler hukuku yönergeleri üye devletlerin ulusal hukuklarının mevcut içeriğini tekrarlar nitelikteydi. Emredici düzenlemeler, asgari sermaye yükümlülüğü ve şeffaflık gibi bir takım sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Diğer taraftan, Yönergeler şirketlerin karşılıklı olarak tanınmalarına yönelik alanı genişletme konusunda ayrıca bir girişimde bulunmamıştır. Hatta AB kanun koyucuları Uyumlaştırma Yönergelerini alacaklıları ve ortakları koruyucu önlemler noktasında gerekçelendirse dahi asıl yasama amacı üye devletlerin sahip oldukları özel düzenlemeleri henüz ticaret engellemeleri kaldırılmadan önce muhafaza edebilmektir²². Mesela, kâr payı ödenmesini kısıtlayan ve şirketin kendi hisselerini satın almasına imkân veren Yönerge hükümlerine, o zamanki şirket yönetimlerinin destek vermeleri gayet doğaldı, çünkü bu düzenlemeler şirket kârlarını yatırımlarda kullanma noktasında şirketlere geniş hareket sahası sağlıyordu.

Özetlemek gerekirse, erken dönem üye devletler, şirketler hukukuyla ilgili olarak işbirliği halinde bir oyun oynamaktaydılar. Somut olarak ifade etmek gerekirse; ortaklığa üyelik karşılığında uzlaşmacı olmayan şirketler hukuku politikalarından vazgeçme konusunda bir anlaşma sağlanmıştı. Ulus devletler ulusal borsalarını ve yerel iş gücü düzenlemelerini koruyan politik bir anlaşmayı müzakere ettiler ve uyguladılar. Önemli derecede olmamakla birlikte, hala ekonomik entegrasyon kadar siyasi istikrardan da endişeliydiler ve istikrarlı bir şirketler hukukunun sağladığı siyasi uzlaşmayı, şirket hareketliliği ve rekabetçi uygulamaların sağlayacağı refah artışına tercih ettiler.

22 Bkz William J. Carney, *The Political Economy of Competition for Corporate Charters*, 26 J. LEGAL STUD. 303 (1997).

B. Daha Geç Uyumlaştırmalar ve Sınır Aşan Şirket Birleşmeleri Yönergesinin Kabulü

İkinci dalga şirketler hukuku Yönergeleri, ulus devletlere itaat gösterme bakımından sağladığı imkânlar bağlamında daha esnekti. Değişim, İngiltere ve katılan diğer yeni üye devletlerin hukukî rejimlerinin sağladığı çeşitliliğin bir yansımasıydı. Aynı zamanda, Yönergelerin söz konusu üye devletlerin ulusal düzenlemelerinin temel unsurlarına müdahale etmeyeceği bir seçenek olarak temin edilmişti. Esnekliğe geçiş böylece işbirliğine yönelik uyuşmanın bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Ancak, yine de katılık ve baştan aşağı düzenleme anlayışı baskın bir yaklaşım olarak kalmıştır.

Katı yaklaşım en sonunda sınırlarını göstermiştir. Yönetim kurulunun yapısı ve sorumluluğu ve sınır aşan şirket birleşmeleri gibi şirketler hukukunun çekirdek alanlarında uyumlaştırmaların yavaş ve etkisiz olduğu ortaya çıkmıştır²³. Bu şaşırtıcı değildi, çünkü üye devletler kendi ulusal hukuk rejimlerinin otonom olmasına önem veriyorlardı. Kurul yapıları ve çalışanların yönetime katılımı gibi önemli konular söz konusu olduğunda temel nitelikte anlaşmazlıklar ortaya çıkmış ve üyelerin uyum kurallarını uygulama konusundaki isteksizlikleri anlaşılmıştır. Siyasi olarak kabul edilebilir bir uyuşma sağlanamamış ve bunu AB antlaşmasının 100. maddesi (şu anda 94. madde) gereğince Yönerge önerilerinin veto edilmesi takip etmiştir.

Bu duruma 1985 yılında, AAD ve Avrupa Komisyonu daha fazla esneklik çağrısında bulunmak için asgari uyumlaştırma ve karşılıklı tanımayı temel alan yeni bir uyumlaştırma yaklaşımını kabul ederek cevap vermiştir²⁴. Takip eden yılda, Tek Avrupa Senedi muhtemel veto engellemelerini bir danışma mekanizması kurarak ve nitelikli çoğunluk şartını kabul ederek çözüme girişiminde bulunmuştur. 1968 ile 1989 yılları arasında bir dizi şirketler hukuku yönergesi kabul edilerek, ortakların

23 Bkz Stephen Woolcock, *Competition Among Rules in the Single European Market*, in INTERNATIONAL REGULATORY COMPETITION AND COORDINATION, PERSPECTIVES ON ECONOMIC REGULATION IN EUROPE AND THE UNITED STATES 289, 289-321 (William W. Bratton, Joseph A. McCahery, Sol Picciotto & Colin Scott eds., 1996).

24 Bkz CHARLOTTE VILLIERS, EUROPEAN COMPANY LAW – TOWARDS DEMOCRACY? (1998).

korunması konusunda üye devletlerin geniş kapsamlı hukuk farklılıkları ortadan kaldırılmıştır²⁵.

AB ile birlikte, üye devletlerin üzerinde anlaşmaya vardıkları Avrupa Birliğini kuran 1992 tarihli Maastricht Anlaşmasının öngördüğü hizmette yerellik ilkesi (*subsidiarity principle*) gereğince uyumlaştırma programının evrimi yeni bir aşamaya ulaşmıştır²⁶. Antlaşmanın 5. maddesinde öngörülen “Yerellik”, Avrupa Birliği’nin özel olarak yetkili olmadığı alanlarla ilgilidir²⁷. Bu düzenleme, AB seviyesinde veya üye devlet seviyesinde yetki alanının tespiti noktasında kimin hangi konuda yetkili olduğunu listelemek yerine yerel kararların tespitinde bir etkililik testi öngörmektedir²⁸.

Avrupa Komisyonu, yerellik ve orantılılık ilkelerini temel alan daha esnek yapıda bir Yönerge geliştirmiştir. Yeni yaklaşım bir çerçeve model için gerekli asgari standartlar kuralını değiştirmiştir. Bu yeni standardın kabulüne rağmen şirketler hukuku alanında başarı sınırlı olmuştur. 2003 yılında kabul edilen iyice güçsüzleştirilmiş Devralmalar Yönergesinde görüldüğü gibi, üye devletler arasındaki şirketler hukuku yönergelerinin hangi yönde ve ne hızla ilerleyeceğine ilişkin derin fikir ayrılıkları gündemde kalmaya devam etmiştir.

25 Avrupa Topluluğu, şeffaflık ve *ultra vires*, halka açık anonim şirketlerinde sermaye yükümlülükleri, halka açık anonim şirketlerin birleşme ve bölünmeleri, anonim şirketlerin konsolide muhasebeleri muhasebecilerin sahip olması gereken nitelikler, şubelerin şeffaflığı, tek kişilik anonim şirket kuruluşu, borsaya kabul, halka açılma, büyük holdinglerin devralınması ve satılması ve *insider trading* konularında bir dizi yönerge kabul etmiştir (Birinci, İkinci, Üçüncü, Dördüncü, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Onbirinci, Onikinci, ve Hisse Senetleri Yönergesi). Bkz VANESSA EDWARDS, EC COMPANY LAW (1999).

26 Maastricht Antlaşması hizmette yerellik ilkesiyle Komisyonun rolünü kısıtladığı gibi birlikte karar alma usulünü de getirmiştir. Sonuç olarak, Avrupa Birliğinin karar alma yapısı, merkezi hükümetin politikalarının yerel hükümetlerin temsilcilerinin basit çoğunluğuyla kararlaştırıldığı demokratik federalizme oldukça benzer bir hal almıştır. Bkz Robert P. Inman & Daniel L. Rubinfeld, *Rethinking Federalism*, 11 J. Econ. Perspectives 43 (1997).

27 Birliğin özel yetkili olduğu alanlar “Topluluğun faaliyetlerinin Antlaşmanın amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olanın ötesine geçmeyeceği”ni belirten madde Article 5 §3’ün orantılılık kistasına göre tespit edilir. Özel yetki alanları söz konusu değilse Orantılılık ve Yerellik ilkeleri birlikte uygulama yeri bulacaktır.

28 Her şeyden önce, atılacak adımla ilgili Antlaşmanın vermiş olduğu bir yetkinin olup olmadığına bakılmalıdır. Buna göre Yerellik İlkesi Topluluğun hareket yetkisinin olup olmadığını ve ne kapsamda olduğunu belirler. Söz konusu işlemin amacının üye devlet tarafından gerektiği biçimde gerçekleştirilemeyeceğinin gösterilmesi şarttır. Bu anlamda mevcut bulgular söz konusu amacın Topluluk seviyesindeki hareketle daha iyi gerçekleştirileceğini haklı göstermelidir. Orantılılık şartı Antlaşmanın 5/3 maddesinde tarif edildiği şekliyle karşılanmalıdır.

Komisyondun, şirketler hukukunun düzenleyici çerçevesini yeniden şekillendirmeye yönelik şu an ki çabaları büyük oranda AB tarafından görevlendirilen Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu tarafından dile getirilen tavsiyelerden ilham almıştır²⁹. Bu önlemler mevcut kuralların basitleştirilmesi ve alternatif şirket tipleri arasında seçim özgürlüğünün geliştirilmesi amacını taşımaktadır. Program dört aşamalı bir reform öngörmektedir. İlk olarak, Komisyon yapısal şeffaflığın, kurul yapısının ve yöneticilerin sorumluluklarının daha da uyumlaştırılması ve sermaye kurallarının değiştirilmesi yoluyla şirketler hukukunun modernleştirilmesini teklif etmektedir. İkinci olarak, şirketlerin yeniden yapılandırılması ve hareketliliğini kolaylaştıracak kuralların kabulünü planlamaktadır. Üçüncü olarak, yetersiz nitelikteki yöneticilere uygulanacak müeyyideler konusunda üye devletlerin kuruluşlarıyla çalışacak, devamlı bir koordinasyon yapısı olmak üzere Avrupa Kurumsal Yönetim Forumunun kurulmasını önermektedir. Dördüncü aşama olarak, denetçilerin denetimlerinin güçlendirilmesi ve denetimin yürütülmesiyle ilgili kapsamlı kuralların kabulü tavsiye edilmektedir. Bu girişim de daha önceki uyumlaştırma teşebbüslerinin yürüdüğü yoldan yürümektedir. Bu sebeple başarı beklentisi düşüktür.

Ortaya çıkan somut sonuç Yüksek Düzeyli Grubun sınır aşan birleşmelere ilişkin gözden geçirilmiş Yönergenin acilen teklif edilmesi çağrısı üzerine 2005/56/EC sayılı ve 15 Aralık 2005'te yürürlüğe giren Yönergenin ortaya çıkmasıdır. Esas sözleşmede yazılı merkezi ile iş ilişkilerinin yürütüldüğü merkezi birbirinden farklı üye devletlerde bulunan anonim şirketlerin birleşmeleriyle ilgili bir yönergenin hazırlanmasıyla ilgili müzakereler 20 yılı aşkın bir süredir devam etmektedir³⁰. Bu işlemler ulusal şirketler hukukuna ilişkin korumacılık anlayışının aksine gelişmelerdi. Çünkü sınır aşan bir şirket birleşmesi devralınan veya mevcut yapıya dâhil edilen şirketin sona ermesine, dolayısıyla da bir üye devletin şirkete ve ulusal paydaşların, alacaklıların, çalışanların ve diğer menfaat sahiplerinin korunmasına yönelik hukukunun uygulanamamasına yol açmaktadır. Ulusal şirketler hukuku

29 *Bkz* REPORT OF THE HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS ON A MODERN REGULATORY FRAMEWORK FOR COMPANY LAW IN EUROPE (2002), http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf.

30 Sınır aşan birleşmelere ilişkin ilk yönerge taslağı 1984'te sunulmuştur. *Sınırlı sorumlu şirketlerin sınır aşan birleşmelerine ilişkin Antlaşmanın 54 (3) (G) maddesine dayanan Konseyin onuncu yönergesi için Komisyon Teklifi*, COM (1984) 727 final (Jan. 8, 1985), 1985 O.J. (C 23) 1.

mevzuatlarına 15 Aralık 2007 tarihine kadar uyarlanması gerekli olan yeni yönergenin hükümleri, en az iki farklı üye devletin hukukuna tabi şirketlerin birleşmelerinde uygulama yeri bulacaktır. Bu hükümlerin kabulü AB'nin rekabetçi olmayan şirketler hukuku ortamı düşünüldüğünde oldukça önemli bir gelişme olarak görülebilir.

Yine de, sınır aşan birleşmeler yönergesi birleşen şirketlere tercih edilir bir idare yapısı ve kurul birleşimi sunan bir hukuk sistemi seçme imkânı vermiyordu. Yönerge, büyük oranda Avrupa Şirketi Statüsünün hükümlerini esas almıştı ve çalışanların katılımıyla ilgili olarak sıkı ilkeler ve düzenlemelerin – Konseyin çalışanların da AvrŞti'ne katılımını konu alan 2001/86/EC - Ekim 2001 sayılı Yönergesinde düzenlendiği üzere – uygulanmasını öngörüyordu. Buna göre, devralan şirketin şirketler hukuku kuralları en azından sona eren şirketin tabi olduğu hukukla aynı oranda çalışanların katılımı imkânını vermiyorsa, uygulanma kabiliyetini haiz olacaktı. Çalışanların katılımı noktasında Yönergenin uygulama yeri bulması için taslak birleşme sözleşmesinin ilanından önceki altı aylık süre zarfında birleşen şirketlerin ortalama beş yüzden fazla işçi çalıştırmış olmaları gerekmektedir.

24

Yönergenin hükümleri AvrŞti Statüsünün hükümlerinden hareketle oluşturulduğundan, sınır aşan hareketliliği destekleyen hukuki hareketin doğuşunu incelerken belki de AvrŞti'ne göz atmamız daha yerinde olacaktır. İkinci bölüm, AvrŞti'nin doğuşunu ve AB'de şirketler hukuku yasamasına olan etkilerini daha ayrıntılı bir şekilde ele almaktadır.

II. AVRUPA ŞİRKETİ (SOCIETAS EUROPAEA):

REKABETSİZLİK STRATEJİSİNE BİR MEYDAN OKUMA MI?

A. AvrŞti: Tamamlanmamış Bir Kanunlaştırma Ürünü

Birinci nesil AB yasa koyucuları AvrŞti Statüsünün, şirketlerin gelişimini kolaylaştıracak ve daha da önemlisi AB'nin farklı bölgelerinde bulunan şirketler arasındaki işbirliğini artıracak bir araç olduğuna ikna olmuşlardı³¹. İlk uyumlaştırma Yönergeleriyle paralel olarak başlangıçta Komisyon özgün bir Avrupalı işletme şekline temel oluşturacak yeknesak ve kapsayıcı bir mevzuat teklifinde bulunmayı amaçlamıştı. Bu 1970 yılında ilk teklifin ortaya çıkmasına yol açtı. Ancak, bunun yaklaşım tarzı

31 Bkz P. Leleux, *Corporation Law in the United States and in the E.E.C., Some Comments on the Present Situation and the Future Prospects*, 5 COMMON MKT. L. REV. 113 (1967-68).

üye devletlerin yasama serbestisine tehdit oluşturduğundan, şaşırtıcı olmayan bir biçimde, teklif ülkelerin onayını almakta başarısız oldu. Komisyonun yeni bir tüzük taslağı hazırlaması 1989 yılına kadar sürdü. Kabulünü kolaylaştırmak için çalışanların katılımının başka bir yönergede ele alınmasına karar verildi. Komisyonun eski başkanlarından Etienne Davignon'un başkanlığını yaptığı uzmanlar grubunca hazırlanan bir rapor işçilerin katılımıyla ilgili uzlaşmanın çerçevesini belirlemişti. Ancak AvrŞti'nin idari merkezinin bulunduğu üye devlet hukukuna büyük oranda atıfta bulunulmak suretiyle siyasi uyuşmazlıkların giderilmesine kapı aralanabilmişti³². Konsey en sonunda AvrŞti Statüsünü Aralık 2000'de kabul etti ve bu Ekim 2004'te yürürlüğe girdi.

AvrŞti Statüsü bir şirketin AvrŞti'ne dönüşerek başka bir üye devlette yeniden kuruluşuna ve merkezini taşımasına imkân sağlamaktadır. Statünün hükümlerine göre hükmî şahsiyetler şu şekillerde bir AvrŞti kurabilirler: 1) birbirinden farklı en az iki üye devlet hukukunda idare edilen iki veya daha fazla şirketin birleşmesi (sınır aşan birleşme) 2) kamu veya özel hukuk sınırlı sorumlu şirketlerin bir araya gelerek holding şirketi kuruluşu 3) şirket yan kuruluşlarının bir araya getirilmesi 4) halka açık sınırlı sorumlu bir şirketin dönüştürülmesi³³. Yönetime ilişkin bazı konular AvrŞti Statüsünde hükme bağlanmıştır. Ancak çoğu meseleler AvrŞti'nin merkezinin bulunduğu üye devlet şirketler hukukuna atfen (*renvoi*) belirlenecektir. Ancak, Statü açıkça şirketlerin, paydaşlar genel kurulu ve yönetim kurulundan müteşekkil bir şirket yapısına sahip tek katmanlı bir AvrŞti'ni benimsemesine müsaade etmektedir. Eğer AvrŞti yönetim kurulunu denetleyecek bir denetim kurulunun varlığını tercih ediyorsa, Statü iki katmanlı sistemin uygulanmasını öngörmektedir.

Statünün, Alman anonim şirketleri için (*Aktiengesellschaft-AG*) bu ülke hukukunun, çalışanların karar alma sürecine katılımını öngören katı kurallarından kaçmak için bir kapı araladığı dikkati çekmektedir. Ancak bu tek taraflı idari kararların alınmasına dayanak sağlamamaktadır. AvrŞti'nin kuruluşunda işçilerin katılımıyla ilgili özel bir müzakere usulünün izlenmesi şarttır³⁴. Yönerge bilgilendirme ve danışma ile katılım arasında bir ayrıma gitmektedir. İşçi temsilcisi her durumda

32 Konsey Tüzüğü 2157/2001, 8 Ekim 2001 Avrupa Şirketi Tüzüğü (SE), 2001 O.J. (L294) 1.

33 Bkz Konsey Tüzüğü 2157/2001, *supra* note 28, art. 2, at 4, title II, at 7-12.

34 Konsey Tüzüğü 2157/2001, *supra* note 28, section II at 7.

önemli idari kararlar alınmadan önce bilgilendirilmeli ve karar alma sürecine etki etme imkânına sahip olmalıdır. Bununla birlikte, şirket çalışanlarının yüzde yirmi beşinin idareye katılma hakkına sahip olduğu bu şirketlerde, çalışanların temsilcilerinin denetim kurulunun (iki katmanlı yapıda) ve yönetim kurulunun (tek katmanlı yapıda) şekillenmesine rıza göstermesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bağlı olduğu sendikanın tamamen veya kısmen denetim kurulu temsilinden feragati kabul etmesi durumunda, bir Alman AŞ AvrŞti'ne dönüşebilir. Bu durumda, daha önce sendika tarafından nasıl bir yönetim yapısına rıza gösterilmiş olduğunun bir önemi yoktur. Yönetim merkezinin başka bir üye devlete taşınmasına ihtiyaç kalmamaktadır.

Statü üç avantaj sunmaktadır. İlk olarak, sınır aşan birleşmelere izin veren Avrupa düzeyindeki ilk yasama olduğundan, yönetim merkezini başka bir üye devlete taşımak nispeten daha kolay hale gelmektedir³⁵. İkinci olarak, Statü, merkezini değiştirmek istemeyen ancak, birden fazla üye devlet kapsamında faaliyetlerini daha da yaygınlaştırmak isteyen şirketlere maliyet avantajları sağlamaktadır. Hatta merkez değişikliği planlamayan bir firma, çeşitli yan kuruluşlarını AvrŞti çatısı altında bir araya getirebilir. Dolayısıyla AvrŞti, bir üye devlette kurulu, şubeleri Avrupa çapında farklı üye devletlerde faaliyet gösteren, birleştirici bir yapı olarak ortaya çıkmaktadır. Farklılık, grup içerisindeki bütün şirketlerin tek bir şirketler hukuku yapısına tabi olmasıdır. Son olarak Alliance AŞ'nin AvrŞti'ne dönüşmesi, şirketlerin aynı hükümlere tabi olarak faaliyet göstermenin sağladığı maliyet avantajlarının farkına vardıklarını göstermektedir. Üçüncü olarak, Statü, azınlık hisseleri için açık artırma gibi maliyetli bir yola gitmek zorunda kalmaksızın, ana şirkete azınlığın menfaatlerini bir yan iştirak içerisinde bir araya getirme imkânı tanımaktadır³⁶.

Şirketlerin hareketliliğini cesaretlendirmesi ve diğer faydalara rağmen, AvrŞti'nin kullanımının pratikte bir karşılığının olup olmadığı çoğunlukla sorgulanmaktadır. Uygulamacılar, AB düzeyinde yasama tedbirleri hakkında şüpheli beyanlarda bulunmakta ve AvrŞti'nin

35 Bir AvrŞti'nin sicilde kayıtlı ofisi, başka bir üye devlete taşınabilir. Böyle bir taşıma AvrŞti'nin infisahı veya yeni bir tüzel kişiliğin kuruluşunu gerektirmez. Konsey Tüzüğü.

36 Allianz bir İtalyan sigorta şirketi olan RAS'ın azınlık hisselerini AvrŞti'ne dönüşmesiyle bağlantılı olarak satın almıştır. Bkz Patrick Jenkins & Tobias Buck, *On the move: why European companies may see benefits in a corporate statute with fewer limitations*, FIN. TIMES (London), Oct. 11, 2005, at 19.

kuruluşu ve işleyişiyle ilgili rehber niteliğinde mevzuat eksikliğine dikkat çekmektedirler. Bu Avrupa'ya özgü işletme formunu, şirketin iç düzeninin kuruluşuyla ilgili katı ve çekici olmayan seçenekler sunan bir uzlaşma mevzuatı olarak görmektedirler³⁷. Statü, sınır aşan yeniden kuruluş sürecini çepeçevre saran engelleri etrafından dolaşan bir yol sağlasa dahi, bu yol yine de güvenli kuruluş yeri hukuku seçeneğine ulaştırmayacak kadar dardır. Mesela yeni kurulan şirketler *ex novo* veya *ex nihilo* olarak bir AvrŞti kuramazlar³⁸. Dahası, işçilerin katılımıyla ilgili Yönergede öngörülen hükümler AvrŞti'nin kuruluş ve işleyişinde işçi katılımının seviyesini detaylandırmaktadır ve sonuçta bunlar AvrŞti'nin çekiciliğini artırmaktan ziyade azaltmaktadır³⁹. Özellikle, işçi temsilcileriyle müzakerelere girişme lüzumu sıkıntı oluşturmaktadır. Son olarak, özellikle sınır aşan merkez değişikliğiyle ilgili olarak özel bir vergi rejiminin olmayışı, AvrŞti'nin kullanılmasında önemli bir engel teşkil edebilir.

Aralık 2007'den buyana yüzden fazla AvrŞti kurulmuş olup, bunlardan birisi tasfiye olmuş, diğer ikisi ise Cayman Adaları merkezli limited şirkete dönüşmüştür. Ortaya çıkan sonuçlar, AvrŞti'nin şirketlerin hareketliliğindeki rolüyle ilgili bir takım sonuçlar çıkarmamıza yardımcı olmaktadır.

B. AvrŞti: Şirketler Hukuku Arbitraj⁴⁰ İçin Bir Araç mıdır?

Uyuşmazlıklar için daha elverişli bir yargı makamı seçimi, şu ana kadar kurulmuş olan 108 AvrŞti'nin kuruluşunda belirleyici bir etken olmamıştır. Bu şirket tipinin yürürlüğe girdiği Ekim 2004'ten bu yana yeni kurulan AvrŞti'lerin sayısı oransal olarak gitgide artmıştır (Bkz. Şekil 1). Ancak gerek oransal gerekse ortalama bazında toplam sayı düşük kalmıştır. Bu durum komisyonun, sınır ötesi faaliyetlerde veya yer

37 Bkz Joseph A. McCahery & Erik P.M. Vermeulen, *Does the European Company Prevent the Delaware-effect?*, 11 EUR. L. J. 785 (2005).

38 AvrŞti kurmak için öngörülen yüksek orandaki asgari sermaye miktarı da AvrŞti Statüsünde bulunan başka bir cesaret kırıcı etkidir. 120.000 € olan asgari sermaye yükümlülüğü kuruluş aşamasında bulunan firmaları bu işletme biçimini seçmekten alıkoymaktadır. Bkz Konsey Tüzüğü 2157/2001, *supra* note 28, § 4.

39 Bkz Konsey Yönergesi 2001/86, 2001 O.J. (L294) 22.

40 Arbitraj esasında bir ekonomik değerini iki farklı piyasadaki farklı fiyatlarından faydalanarak kâr elde etme faaliyetini nitelendirmekte olup, yazarın şirketler hukuku arbitrajı kavramıyla benzer bir şekilde iki farklı hukuk rejiminin sağladığı avantajlardan faydalanma durumunu ifade etmek istediği anlaşılmaktadır.

değişikliğinde bulunmak isteyen firmalara çekici bir alternatif sunma çabalarının heba olduğunu göstermektedir.

Ancak rakamlar olumlu bir bakış açısıyla da değerlendirilebilir. Elverişli yargı seçimi olmamasına rağmen AvrŞti'nin kullanımı giderek artmıştır. Her bir çeyrekte ortalama sekiz yeni AvrŞti'nin kurulduğu göz önünde bulundurulursa, AvrŞti'ni eleştirenlerin, sınır aşan faaliyetleri kolaylaştırmak için Avrupa düzeyinde bir işletme biçimine talep olduğunu kabul etmeleri gerekmektedir. Hatta AvrŞti'nin uzun zaman alan kuruluş prosedürü ve hukuk danışmanlarının bu iş yapma biçimine çok da aşına olmadıkları dikkate alınır⁴¹, rakamların düşük olması şaşırtıcı olmayacaktır. Aslında, kültür ve hukuk geleneklerinin farklılığından kaynaklanan bir çevrede, AvrŞti'nin daha başarılı olması gerekirdi. Çünkü bu form sadece daha fazla sınır aşan birleşmelere ve faaliyetlere imkân tanımamakta ayrıca firmalara farklı yargı çevreleri içerisinde daha uygun maliyetli yargı stratejileri takip etme imkânı da vermektedir.

28

Şirketlerin hareketliliğinde AvrŞti'nin sahip olduğu etkiyi daha bütünlüklü bir şekilde gösterebilmek için AvrŞti kuruluşundaki belirleyicileri kategorize edeceğiz. Mevcut bilgilere bakarsak, şaşırtıcı olmayan ama ilgi çekici olabilecek sonuçlara ulaşabiliriz. Birinci olarak, bir AvrŞti kurmanın faydaları, özellikle çalışanların katılımını geniş tutan yargı sistemlerindeki pahalı kuruluş maliyetleri göz önünde bulundurulduğunda önemlidir. Örneğin, Alman BASF AG AvrŞti'ne dönüşüm maliyetini 5,000,000 € olarak hesaplamıştır. Bu miktar, gerekli hukuki gereklilikler ve muhasebe yükümlülüklerine uyum ile tescil ve ilan maliyetlerini içermektedir⁴². AvrŞti'lerin % 75'ten fazlasının özellikle kuruluş ve çalışanların katılımı konusunda katı mevzuata sahip ülkelerde kurulmuş olması (Bkz Tablo 1), sınır aşan faydalardan daha başka önemli sebeplerin var olduğunu ve bunların ağır kuruluş formalitelerini göze almaya değer kıldığını göstermektedir. AvrŞti'ne ilgi

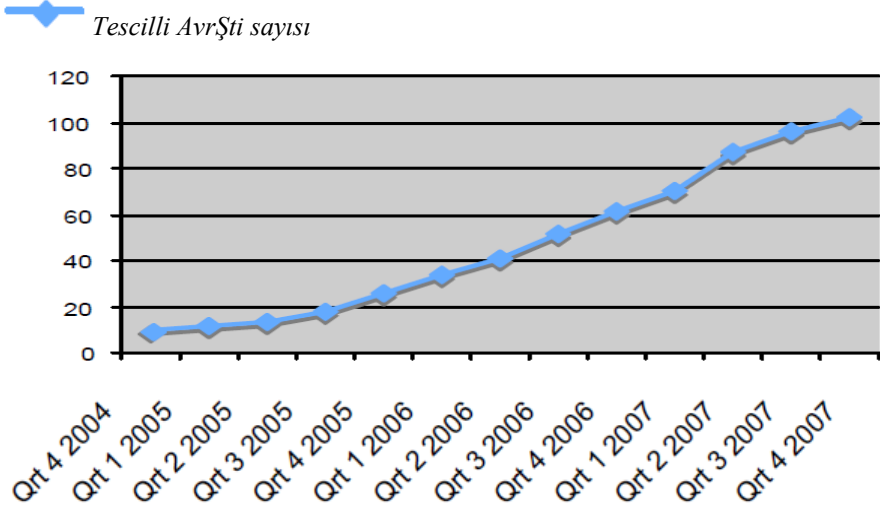
41 SME'lere ilişkin Avrupa Statüsünün uygulanabilirliğini tespit amacıyla yürütülen bir çalışma (Avrupa Komisyonu tarafından finanse edilmiştir) özellikle küçük ve orta boy işletmelerde, iş sahiplerinin bir AvrŞti kurma imkânına sahip olduklarını bilmediklerini göstermektedir. % 91.3'ü AB düzeyinde bulunan bu şirket tipine aşına değildir.

Bkz AETS, Etude de faisabilité d'un statut européen de la PME (2005), http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/craft/craft-priorities/doc/fr_rapport_final_sme.pdf.

42 Bkz Dönüşüm belgeleri, BASF Anonim Şirketinin BASF SE namıyla Avrupa Şirketine (Societas Europaea, SE) dönüşümü.

duyan firmaların ayrıca esnek yönetim yapısının sağladığı avantajlar ve paydaşların katılım haklarını temin eden mekanizmalardan da etkilendikleri muhakkaktır.

Rakamlar 1: Tescil edilmiş AvrŞti'lerin toplam sayısı (Ekim 2004 – Aralık 2007)⁴³



Kaynak: at www.worker-participation.eu/european_company isimli sitede bulunan bilgilerden derlenmiştir.

Tablo 1: Çalışanların yönetime katılım haklarının düzeyi ile kurulmuş AvrŞti sayısı arasındaki ilişki

Yüksek oranda katılımın olduğu ülkeler	
Almanya	42 AvrŞti ⁴⁴ tescil edilmiştir
Finlandiya	1 AvrŞti tescil edilmiştir
Macaristan	2 AvrŞti tescil edilmiştir
Lüksemburg	4 AvrŞti tescil edilmiştir

43 Bu rakamlar tescil edilmiş 102 AvrŞti hakkındaki bilgileri resmetmektedir.

44 Bir AvrŞti tasfiye olmuştur.

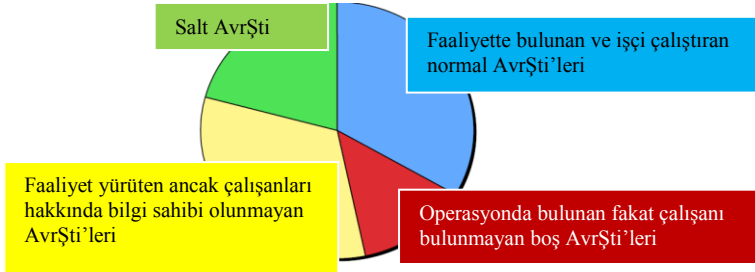
	edilmiştir
Hollanda	9 ⁴⁵ AvrŞti tescil edilmiştir
Norveç	3 AvrŞti tescil edilmiştir
Avusturya	9 AvrŞti tescil edilmiştir
Slovakya	2 AvrŞti tescil edilmiştir
İsveç	5 AvrŞti tescil edilmiştir
Çek Cumhuriyeti	5 AvrŞti tescil edilmiştir
<i>Hiç katılımın olmadığı veya sınırlı olduğu ülkeler</i>	
Belçika	6 AvrŞti tescil edilmiştir
G.Kıbrıs	2 AvrŞti tescil edilmiştir
Estonya	2 AvrŞti tescil edilmiştir
Fransa	7 AvrŞti tescil edilmiştir
Litvanya	3 AvrŞti tescil edilmiştir
Liechtenstein	2 AvrŞti tescil edilmiştir
İngiltere	4 AvrŞti tescil edilmiştir

45 İki AvrŞti Cayman Adaları merkezli özel hukuk limited şirketine dönüşmüştür.

Kaynak: at www.worker-participation.eu/european_company isimli sitede bulunan bilgilerden derlenmiştir.

AvrŞti, firmalara idare merkezlerini değiştirmek suretiyle daha esnek ve özgürlükçü bir ülke yargısının şirketler hukukunu benimseme imkânı verirken, firmalar uygulamadan kaynaklanan veya psikolojik sebeplerden dolayı bundan faydalanma eğilimi göstermemektedirler. Sadece fiili olarak faaliyet gösteren ve işçi çalıştıran “normal” AvrŞti’lerini dikkate alırsak, bunların %65’ten fazlasının başka üye devletlerde bir veya daha fazla yan iştiraki olan ulusal şirketlerin tür değiştirmesiyle meydana geldiğini görürüz (Bkz Rakamlar 2). Dolayısıyla AvrŞti yeniden kuruluş hareketliliğini canlandırmak yerine Almanya’da ki *Aktiengesellschaft* gibi mevcut ulusal şirket türleriyle rekabet etmektedir.

Rakamlar 2: AvrŞti kategorilerine göre



Kaynak: www.worker-participation.eu/european_company⁴⁶ isimli sitede bulunan bilgilerden derlenmiştir.

Aşağıda belirtilen örnekler AvrŞti’nin avantajlarını ortaya koymaktadır.

Ağustos 2006’da iki ve dört zamanlı⁴⁷ motor dünyasında piyasanın lider üreticilerinden Alman MAN B&W Diesel AG AvrŞti’ne dönüşmüştür. Önemli olan husus, bunun birbirinden farklı, Avrupa’ya yayılmış işletme birimlerinin işçi temsilcileriyle başarılı bir şekilde antlaşmaya varan ilk Alman şirketi olmasıdır. Augsburg, MAN Diesel AvrŞti’nin idari ve hukuki merkezi kalmaya devam etse dahi, AvrŞti olarak tür değiştirme, Alman AŞ’ler için geçerli olan katı, birlikte karar alma hükümlerinden kaçınma olanağını tanımıştır. Bu denetim kurulunun üye sayısını on ikiden ona düşürülmesi ve denetim kurulu (*Aufsichtsrat*) için daha uluslararası bir birleşimin kabul edilmesi (Alman işçilerin etkilerini

46 Faaliyet göstermekte olan AvrŞti’lerinin %50’si finans sektöründe yoğunlaşmıştır.

47 Bkz <http://www.manbw.com>.

azaltmak suretiyle) yoluyla gerçekleşmiştir⁴⁸. Bir Alman sağlık hizmetleri şirketi olan Fresenius AG ve BASF AG tarafından planlanan tür değiştirmeler de bu hususun Alman şirketleri için başlıca teşvik sebebi olduğunu göstermektedir. Her iki şirket de tüm Avrupalı çalışanları denetim kurulu üyelerinin belirlenmesinde sürece dâhil etmeye çalışmışlardır⁴⁹.

Almanya ve Avusturya gibi sıkı hukuk kuralları kabul etmiş olan ülkelerdeki diğer şirketler bir adım daha öteye geçerek tek katmanlı kurul yapısını seçme imkânını değerlendirmişlerdir. Yeni tarihli bir örnek, Bilgisayar Destekli Tasarım ve Üretim konusunda faaliyet yürüten ileri teknoloji şirketi Mensch und Maschine Software SE ünvanlı AvrŞti'dir. Bu Alman menşeli şirket tek katmanlı yapıyı benimseyerek AvrŞti'ne dönüşmüştür. Çünkü bu yapı, yönetimin önemli miktarda imtiyazlı hisseleri elinde bulundurduğu önde gelen teknoloji şirketleri için tercih edilebilir bir kurumsal yönetim yapısı sağlamaktadır. Tek katmanlı kurul yapısı hızlı ve esnek karar almayı mümkün kılmaktadır. Bu hızlı büyüyen ve devamlı değişen piyasa ortamında iş gören firmalar için önemli bir avantaj olarak görülmekte ve "normal" AvrŞti'lerin neden AvrŞti Statüsünün öngördüğü tek katmanlı sistemi tercih ettiklerini izah etmektedir.

Son olarak, kurulmuş olan AvrŞti'lerinin neredeyse %20'sinin hazır kurulmuş - rafta bekleyen - şirketlerden (*ready-made shelf companies*⁵⁰) oluştuğu dikkati çekmektedir. Firmalar karışık ve maliyetli kuruluş formalitelerine girmeksizin bir an önce AB düzeyinde iş ilişkilerine girmek istediklerinde, hazırda bekleyen, kurulu bir şirket uygun seçenek

48 Bu AvrŞti'nin özgünlüğünü ve katı iştirak hakları olmaksızın yargılama faaliyetinde AvrŞti'nin fiilen olmaması durumunu göstermektedir. Alman şirketleri için AvrŞti yönetim yapısını uluslararası standartlara uydurmada nispeten hızlı ve kolay bir araç olmaktadır, diğer firmalar için külfetli ve maliyetli bir alternatif teşkil etmektedir.

49 Bkz Ivar Simensen & Gerrit Wiesmann, *German Blue Chips Ponder Switch to SE Format Corporate Governance*, FIN. TIMES (London), Apr. 12, 2007, at 24; Richard Milne, *Porsche's Designs on VW Lead it to Steer to a Different Company Structure*, FIN. TIMES (London), Apr. 12, 2007, at 24; Ivar Simensen & Gerrit Wiesmann, *Unions Weakened on Supervisory Board Allianz's Change from AG to SE Has Given Greater Flexibility to Management, say Ivar Simensen and Gerrit Wiesmann*, FIN. TIMES (London), Apr. 12, 2007, at 24; Reinhard Hönighaus & Ivar Simensen, *Allianz Plans to Raise €3.5bn in German Property Sale*, FIN. TIMES (London), May 4, 2007, at 21.

50 *Çevirmenin notu*: Bu tabir hazır kurulu olan ve birebir çevirmek gerekirse rafta bekleyen tabela şirketlerini ifade etmektedir. Yeni şirket kuruluşunun gerektirdiği işlemlerle uğraşmak ve zaman kaybetmek istemeyen girişimciler bu şirketlerden birini satın alarak faaliyetlerini başlatabilirler. Bu ihtiyaca binaen raf şirket piyasası olarak adlandırabileceğimiz pazarda başlı başına şirket satışıyla iştigal eden firmalar ortaya çıkmıştır.

olarak ortaya çıkmaktadır. Aşağıda “Centros Sonrası Kuruluşlar” başlıklı üçüncü bölümde de göreceğimiz üzere, sicil acenteleri, bu yeni işletme gelişiminin artışında da önemli bir rol oynamaktadırlar. Örneğin, internet sitesindeki bilgilere göre⁵¹ raf şirket piyasasının önde gelen aktörlerinden Alman Foratis AG, bir AvrŞti alımı için 132.000 € talep etmektedir. Böyle bir AvrŞti’yle alıcılar 120.000 € sermayeli, AB düzeyinde bir kuruluş sahibi olmaktadır. Böyle acenteler tarafından arz edilen AvrŞti’lerin pek çoğu birinci tip yönetim yapısına göre yapılandırıldığından, aslında hareketlilikten ziyade kurumsal yönetim ilkelerinin raf AvrŞti’lerinin ortaya çıkışına yol açan ihtiyaç piyasasına etken olduğu sonucuna varılabilir⁵². Foratis AG’nin Alman pazarına odaklanmış olması, AvrŞti’nin uluslararası çekiciliğinin yanı sıra esasında ek bir ulusal işletme biçimi olarak görüldüğü ve esas olarak kurumsal yönetim alanında avantaj sağladığı sonucunu güçlendirmektedir.

Sonuç olarak kabul edilmişinden üç yıl sonra bu AB düzeyindeki şirket türüyle ilgili olarak bir takım sonuçlar çıkartabiliriz. AvrŞti tecrübesi, bu şirket türünün özellikle iç yönetim yapılarını modernize etmek ve azınlık hissedarlarını, paydaş olmayan yapılanmaların istismarına karşı koruma getirmek isteyen yönetimlerce geniş oranda kabul edilebilir olduğunu göstermektedir. Aynı zamanda yeniden kuruluş hareketliliğini artırması umulan yasama çalışmaları henüz sonuç vermemiştir. Maddi, hukuki, mali ve kültürel engellerin idari ve yasal şirket merkezlerinin başka bir üye devlete taşınmasında AvrŞti’nin kullanılmasına mani oldukları görülmektedir. Her ne kadar bu tür daha büyük çaplı şirketler için öngörülmüş ve kullanımı daha da yaygınlaşmış olsa dahi durum budur. Sonuç olarak, AB’nin yeni üye devletlerinde mukim şirketlerin, diğerlerinden daha fazla AvrŞti’nin Avrupa etiketini takdir edecekleri

51 See <http://www.foratis.com>.

52 Mevcut bilgilere göre iki şirket Foratis AG’den AvrŞti edinmiştir. (1) Atrium Erste Europäische VV AvrŞti ismini ocak 2006’da Convergence CT AvrŞti olarak değiştirmiş ve (2) Donata Holding AvrŞti devralmadan önce Atrium Fünfte Europäische VV AvrŞti olarak isimlendirilmektedir. Her iki şirket de birinci tip kurul yapısına sahiptir. 2006’nın ilk aylarında, Foratis dört yeni AvrŞti daha kaydetmiştir. Atrium Achte Europäische VV AvrŞti ve Atrium Neunte Europäische VV AvrŞti Nisan 2006’da tescil ettirilmiştir. Atrium Dritte Europäische VV AvrŞti ve Atrium Vierte Europäische VV AvrŞti sırasıyla mart ve şubat 2006’da tescil edilmiştir. Ekim 2007’de, Atrium Elfte Europäische VV AvrŞti ve Atrium Zehnte Europäische VV AvrŞti kurulmuştur.

öngörüsünde bulunabiliriz⁵³. Çünkü daha çok Doğu Avrupalı üye devletlerde güvenilir çalışma mekanizmalarının olmadığı ve yüksek kalitede kamu idaresinin bulunmadığı algısı yaygındır. Bu sebeple, şirketler hukuku danışmanları bu ülkelere, örneğin yabancı piyasalara daha kolay giriş yapmak, yatırımcıları ve alacaklıları daha etkili bir şekilde korumak ve sözleşmelerin daha verimli bir şekilde ifasını temin etmek için ısrarla AvrŞti’ni kullanmalarını tavsiye etmektedirler.

Bunlar elbette ki önemli gelişmelerdir. Ancak bu gelişmeler hareketliliği önemli boyutlarda arttırmamıştır. *Centros* ve benzeri kararlar akabinde hareketliliği artıran gelişmeler meydana gelmiştir, ancak bu da daha çok küçük çaplı ve kapalı şirketlerde etkili olmuştur. Üçüncü bölüm, ulusal kanun koyucuları daha yenilikçi bir yasama noktasında harekete geçirebilecek rekabetçi baskıları tetikleyen bu gelişmeleri değerlendirecektir.

III. AAD İÇTİHAT HUKUKU:

REKABETSİZLİK STRATEJİSİNE BİR MEYDAN OKUMA MI?

34

A. “Kuruluş Hareketliliği” Davaları

Kurumsal hareketlilik, üye devletler arasında mevzuat rekabetinin doğması için bir ön gerekliliktir ve ABD’de bulunan şirketler hukukuyla ilgili bir araştırma kuruluşuna göre tecrübe ve kurumsal faaliyetlerin niteliğinin seviyesini doğrudan etkileyen bir unsurdur⁵⁴. ABD’de kurumsal hareketlilik bölünmez bir olgu olarak düşünülmektedir. Herhangi bir şirket, yönetimi ve paydaşları uzlaştığı sürece her hangi bir zamanda tabi olduğu kuruluş hukukunu serbestçe seçebilir. Avrupa’da kurumsal hareketlilik, var olan firmaların yeniden kuruluşu ve yeni şirket kuruluşu noktasında kesin bir ayrıma gidilmesi gereken daha karmaşık bir kavramdır. AB yasamasının mevcut şirketlerin yeniden kuruluşu için dar bir kapı araladığını görmekteyiz. Buna karşılık yeni kuruluşta ise oldukça çarpıcı değişiklikler meydana gelmiştir. *Centros* kararları A üye devletinde bulunan bir girişimciye, yeni kuruluş aşamasında olan bir şirketi B üye devletinde hukuken merkezi burası olacak şekilde kursa

53 *Bkz* AETS, Etude de faisabilite d’un statut européen de la PME (2005), *supra* note 38, benzer değerlendirmeler için. Dikkat çekmeyen fakat en az bir o kadar önemli bir gelişme de raf şirketleri piyasasında faaliyet gösteren tescil acentelerinin faaliyetleridir.

54 *Bkz* ROBERTA ROMANO, THE GENIUS OF AMERICAN CORPORATE LAW 14-24, 32-51 (1993); Ralph K. Winter, *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 6 J. LEG. STUDIES 251 (1977).

bile, daha sonra bütün ekonomik varlığını ve faaliyetlerini bu şirketin A üye devletinde açacağı bir şubeye hasretme olanağını tanımıştır. B üye devletindeki kuruluş, asgari sermaye koyma yükümlülüğü gibi A devletindeki katı kuruluş kurallarından kaçınma amacıyla yapılmış olsa dahi, kurucular normalde A devletinin şirketler hukukuyla bağlı olmaksızın bu devlet tarafından tanınmaya hak kazanırlar.

Centros davasının kendisi bu senaryonun bir örneğidir. *Centros*'da Danimarka hukukunun öngördüğü asgari sermaye yükümlülüğünü aşmak isteyen Danimarka vatandaşları İngiltere'de kapalı bir şirket kurmuşlardı. Asıl faaliyet alanını Danimarka olarak belirleyen kurucular bunun için Danimarka'da bir şube açmak üzere bu ülke yetkililerinin iznine başvurudular. Bu talep reddedilmiş ve AAD bu davranışın Antlaşmanın 43 ve 48 maddeleri gereğince yerleşim özgürlüğüne aykırı olduğuna hükmetmiştir. İngiltere'de olduğu gibi Danimarka'da da kuruluş teorisi kabul görmüştür. Firmanın asıl yeri – bir şirket olarak hukukî statüsünün tabi olduğu yer – meselesi Danimarka mahkemesinde uyuşmazlık konusu yapılmamıştır. Dava münhasıran bir İngiliz şirketinin şube açarak Danimarka'da ikincil yerleşimde bulunmasıyla ilgilidir. İkincil (tali) yerleşimle kast olunan acente, şube veya işletme açılmasıdır. AAD, aslı ve tali kuruluş arasındaki farkları en aza indirgeyerek ve sırf asgari sermaye uygulamasını aşmak amacıyla şube açıldığı gerekçesiyle İngiltere'de limited şirket olarak kurulmuş bir şirketin şube açma talebinin Danimarka makamlarınca reddedilmesinin Antlaşmaya aykırı olduğuna hükmederek şube kavramının kapsamını genişletmiştir⁵⁵. Elbette, bu yeni temel nitelikteki ruhsatın sınırları vardır. *Cassis de Dijon* davasında⁵⁶ Mahkeme kamu yararının gerektirmesi halinde çok katmanlı gerekçelendirme testini uygulayarak Antlaşmanın öngördüğü özgürlüklerin sınırlandırılmasına müsaade etmektedir. Ancak AAD Danimarka'nın asgari sermayeyle ilgili gerekçelerini reddetmiştir. Mahkeme alacaklıların korunması noktasında asgari sermaye koyma dışında daha etkili tedbirlerin kabul edilebileceğine ve yönetimlerin temel özgürlükler açısından daha duyarlı önlemlere başvurabileceğini belirtmektedir⁵⁷.

55 Bkz Werner F. Ebke, *Centros – Some Realities and Some Mysteries*, 48 AM. J. COMP. L. 623 (2000).

56 Dava 120/78, *Rewe Zentrale AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 1979 E.C.R. 649.

57 *Centros* kararının verildiği zamanlarda çoğu üye devlet asgari sermaye koyma borcunu sınırlı sorumluluğa karşı koruma açısından temel bir gereklilik olarak değerlendirmekteydi. Ancak bu

Centros merkez doktrinini benimseyen bir ülkeyi konu almamaktadır ve bu sebeple merkez doktrininin topluluk hukukuna aykırı olduğu şeklinde açık bir hükme varılmamıştır. Yine de bu hüküm şirketlerin yer değiştirmesiyle ilgili önemli açıklamalar içermektedir. Esasında İngiltere’de hiçbir zaman fiili faaliyette bulunmak gibi bir niyeti olmayan Danimarkalılarca kurulmuş bir İngiliz şirketi dava konusu edilmiştir. Daha genel bir çerçeveden bakmak gerekirse aktörlerin, şirketin malvarlığının, çalışanlarının ve yatırımcılarının bulunduğu yere bakmaksızın kendileri için en az maliyetli kuruluş yerini tercih ettikleri görülmektedir⁵⁸. Ancak davanın karşılıklı tanıma ilkesi parametrelerini açıkta bırakarak, söz konusu ayrıcalık üzerindeki muhtemel kısıtlamaların limitini gevşek tuttuğu ifade edilebilir. Gelecekte benzer bir durumda, bir üye devlet tanıma için daha yüksek asgari standartlar belirlediğinde, *Centros*’da belirtildiği üzere, bu tedbirlerin orantılı ve eşitlikçi olması gerekmektedir⁵⁹. Hangi asgari standartların orantılı ve eşitlikçi olacağı konusunda özellikle alacaklılar dışındaki ilgilileri koruyanlar akla gelmektedir.

36 AAD *Centros*’ta ortaya koyduğu anlayışı *Überseering*’te de devam ettirerek gerçek yerleşim yerinin taşınmasına olanak tanımıştır. Dava B üye devletinde kurulmuş ve kayıtlı merkezi burada olan bir şirketin fiili merkezini A üye devletine taşımış sayılacağı durumları konu almaktadır. Kararda, A devletinin söz konusu şirketin kendi hukukuna göre dava ehliyetinin bulunmadığından bahisle ulusal mahkemelerde açılmış davasını reddinin Antlaşmanın 43 ve 48 maddelerine aykırı olacağı belirtilmektedir⁶⁰. *Centros*’ta olduğu gibi, sadece fiili merkezin taşınması

gereklik dört faktör testini geçememiştir. Bkz Dava C-212/97, *Centros Ltd. / Erhvervs-og Selbskabsstyrelsen*, 1999 E.C.R. I-1459, §34. Akılda tutulmalıdır ki; mahkemenin içtihat hukukuna göre, Antlaşma tarafından temin edilen hürriyetlerden yararlanmayı zorlaştırma veya etkisizleştirme etkisine sahip ulusal tedbirlerin dört koşulu taşınması gerekmektedir: bu tedbirler; eşitlikçi bir tarzda uygulanmalıdır; kamu yararı için gerekli, emredici nitelikteki ihtiyaçları karşılamalıdır; gerçekleştirmek istediği amaca uygun olmalıdır ve elde etmek istediği hedefin ötesine geçecek derecede olmamalıdır.”)

58 Bu yaklaşım yeni değildir. Dava 79/85, *Segers / Bestuur Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 1986 E.C.R. 2375, mahkeme Md. 43 (eski md. 53) kapsamında Hollandalı bir firmanın, kuruluş işlemleri Hollanda’da çok daha uzun süreceği gerekçesiyle, tamamen Hollanda’da faaliyette bulunmayı amaçlasa dahi İngiltere’de kuruluşunu gerçekleştirebileceğine karar verilmiştir.

59 Bkz Dava C-212/97, *Centros Ltd. / Erhvervs-og Selbskabsstyrelsen*, 1999 E.C.R. I-1459, §§31-38.

60 AAD, Hollandalı bir şirketin tüzel kişiliğini ve dolayısıyla dava ehliyetini tanımamaya yol açan Alman içtihat hukuku prensiplerini reddetmiştir. Mahkeme 293. madde kapsamında şirketlerin karşılıklı tanınmasıyla ilgili müzakereleri üye devletlerin ertelemeleri sebebiyle, Hollandalı bir

sebebiyle bir şirketin, şirket statüsünü kabul etmemenin ağır bir müeyyide olacağı kabul edilmiştir. Esasında *Überseering* kararında gerçekte faaliyet gösterdiği yer dışında bir yerde yeni kurulmuş bir şirketin kuruluş işlemlerinin davaya konu edilmediği ileri sürülebilir. Ancak, mevcut şirket tescilli merkezini nakletmediğinden – ve dolayısıyla kuruluş devletiyle olan bağı muhafaza ettiğinden – bu dava *Centros*’un daha da vuzuha kavuşturulduğu bir dava olarak görülmüş ve farklı bir tür şirket hareketliliği olarak değerlendirilmemiştir.

Hem *Centros* hem de *Überseering*, bir üye devletin görünüşte yabancı şirketlere karşı kendi ulusal hukuklarını uygulayıp uygulayamayacakları hususunda geriye cevaplanmamış sorular bırakmıştır. *Inspire Art* hükmü, sadece tanımayla ilgili hususların da ötesine geçerek bir üye devletin şirketler hukukunun daha geniş uygulamasını kapsayacak şekilde bu soruların bazılarını cevaplamıştır. *Inspire Art*, sırf Hollanda şirketler hukukunun sıkı kurallarını aşmak için İngiltere’de kurulan bir Hollanda şirketini konu almaktadır. Kurucular Amsterdam Ticaret Odası siciline (*Handelregister*) şube tescili talebinde bulunmuşlar ancak “görünüşte yabancı” şirket olarak tescile rıza göstermemişlerdir. AAD’ye iki husus sorulmuştur: 1) 43 ve 48 maddelerin Hollanda’yı mesela, Görünüşte Yabancı Şirketlerle İlgili Kanun’da (WFBV - *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*) öngörülenler dışında yükümlülükler öngörmekten alıkoymayı koymadığı; ve 2) WFBV’de bulunan hükümler Avrupa Hukukuyla uyumlu bulunmazsa, 46. Maddenin, alacaklıların korunması amacıyla 43. ve 48. Maddelerin, Hollanda’yı WFBV’de bulunanlar gibi hükümleri uygulamaktan alıkoymayacak şekilde yorumlanmasının gerekli olup olmadığı.

AAD, *Inspire Art*’ın “görünüşte yabancı şirket” olarak tescilini gerektiren WFBV’nin 1. maddesini, üye devletlerin 11. Konsey Yönergesinde belirtilenlerin ötesinde bildirimde bulunma yükümlülüğü getiremeyeceğini belirten bu Yönergenin, 2. maddesine aykırı bulmuştur. İkinci konuyla ilgili olarak, Mahkeme önceki kararlarına atıfta bulunmuş ve belirli bir üye devlette kurulmuş olan bir şirketin başka bir üye devlet sınırları içerisinde faaliyet göstermesinin yerleşim yeri özgürlüğünün uygulanabilirliği açısından gerekli olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca, AAD, 46. maddede belirtilen istisna kapsamında değerlendirilmeyen ve genel

şirketin dava açma hakkının reddedilmesini Antlaşmanın 43 ve 48 maddelerine aykırı bulmuştur.

kamu menfaatini amaçlayan herhangi bir diğer düzenleme tarafından desteklenmeyen, WFBV'nin "görünüşte yabancı şirketler" için şart koştuğu asgari sermaye yükümlülüğünün yerleşim özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Özetlemek gerekirse, *Centros* yapısal olarak karşılıklı tanımayı zorunlu kılmış ve asgari standartların yapısının yeniden gözden geçirilmesini gündeme getirmiştir. Merkez doktrininin aksine, bir üye devletteki kuruluşun başka bir üye devlet tarafından, sırf merkezle kuruluş yerinin farklı olması sebebiyle sorgulanamayacağını belirtmiştir. *Überseering*, gerçek yerleşim yerinin taşınmasının gerekçesini kavramsal olarak ortaya koymuştur. *Inspire Art* hükmün kapsamını sadece zorunlu usul hukuku mevzularının ötesinde maddi hukuku da kapsayacak şekilde daha da genişletmiştir.

B. "Yeniden Kuruluş" Hareketliliği Davaları

Centros ve devam eden kararlar yeniden kuruluşu kapsamamaktadır. Ayrımı görebilmek için şu örneği tetkik edelim: A üye ülkesinde kurulmuş olan X şirketi, B üye ülkesinde yeniden kuruluşunu gerçekleştirmek istemektedir. Bu amaçla, X şirketi kabuk şirket niteliğindeki X1 şirketini B ülkesinde kurar ve asıl X şirketi bu şirket tarafından devralınarak birleşir. X şirketi yönetim merkezini A üye ülkesinde tutmaya devam eder ve vergisel sebeplerden dolayı hala burada mukimdir. Ne A ülkesinin ne de B ülkesinin hukukları, kendi hukukuna göre kurulmuş şirketlerin yabancı ülke hukukuna göre kurulmuş bir şirketle birleşmesini kolaylaştırıcı hükümlere sahip değildir.

X şirketinin planlanan birleşmesini kolaylaştırıcı hüküm eksikliği AB ülkelerinde istisnadan ziyade bir kural niteliğindedir. Bu surette birleşmeler sadece Yunanistan, İtalya, Portekiz ve Lüksemburg gibi az sayıda üye devlet için mümkündü. Diğer üye ülkelerde bu birleşmeleri mümkün kılan herhangi bir mevzuat yoktu. Eski kalıpları devam ettirme niyetinde olan ulusal politika yapıcılar, bu nitelikteki sınır aşan kombinasyonları kolaylaştırmak için hemen hemen hiçbir şey yapmadılar. Mevzuat eksikliğinden ve dolayısıyla bu surette bir birleşmenin hukuken tanınmaması sebebiyle X şirketi öncelikle kendisini tasfiye edecek ve aktif ve pasiflerini B ülkesinde kurulan şirkete aktarma masraflarına katlanacaktır.

Güçlü bir yerleşim özgürlüğü kural olarak bu imkânı sağlayabilir. AAD, *Security Vision Concept SA* ve *Sevic Systems AG* ünvanlı şirketlerin birleşmeleriyle ilgili kararında bu yönde bir adım atmıştır. Davanın konusu, bir Lüksemburg şirketinin tüm malvarlığının bir Alman şirketine bu şirketin hisse senetleri karşılığında devredilmesidir. Taraflar işlemi, Lüksemburglu devreden devrinden sonra şirketi tasfiyesi üzerine bina etmişlerdir. Alman şirketler hukuku böyle birleşmeleri “tasfiyesiz fesih” şeklinde sadece yerli şirketler için tanımış olduğundan, Alman sicili birleşmenin tescilini kabul etmemiştir. AAD, talebin reddini mali denetim, alacaklıların ve azınlığın korunması noktalarına değinmeksizin maliyetlerden tasarruf etme noktasında 43 ve 48 maddelere aykırı bulmuştur⁶¹.

Sevic System davasında söz konusu olan birleşmede, devreden (ihraç eden) devlet hukukunun yani Lüksemburg hukukunun göz ardı edilmediğine dikkat etmek gerekmektedir. Yukarıda ortaya koyduğumuz senaryoda bütün detaylar ele alınmamıştı – X şirketi A ülkesinin şirketler hukuku rejiminden ayrılırken merkezini bu ülkede muhafaza ettiği halde B ülkesindeki birleşmenin A ülkesince tanınmasına ihtiyaç duymaktadır. *Sevic* sadece hem hukuki hem de fiili merkezin taşındığı birleşmeleri içermektedir. A ülkesinden çıkış ancak A devletinin, B devletindeki ikinci kuruluşu, idare merkezinin de taşındığı durumlara özgü olarak tamam olmaktadır. Dolayısıyla, A devletinin merkez doktrini bağımsız bir engel olarak kalmaktadır.

Dahası, hem A hem de B devletleri kolaylaştırıcı kanunlar çıkartsalar bile diğer birtakım yeniden kuruluş masrafları X şirketini hareketsiz kılabilir. Yabancı bir şirketler hukuku mevzuatı altında yeniden organize olma sıklıkla saklı varlıklar üzerinde vergilendirme sebeplerini tetikleyebilir ve bu firmaların başka ulusal hukukları seçmelerini etkili bir şekilde sınırlandırabilmektedir. Eğer vergi yükümlülüklerinin miktarı başka bir hukuka tabi olmaktan beklenen tasarrufları aşmaktaysa, kapsamlı ve tutarlı bir uyumlaştırma mevzuatı söz konusu olsa bile hareketliliğin bir anlamı olmayacaktır. Aslında, AAD’nin saklı varlıklarla ilgili hala güncelliğini koruyan *Daily Mail* kararının yeniden kuruluş talebi artırmaya teşvik noktasında pek bir etkisi olmayacaktır.

61 Dava C-411/03, *Sevic Systems* 2005 E.C.R. I-10805.

İlginç bir şekilde AAD *Lasteyrie du Saillant*⁶² kararında, yurttan çıkış vergilerine cevaz verilmesi meselesini kendi başına bireysel olarak çalışan bir gerçek kişinin iş yerini taşımasıyla aynı kapsamda ele almış ve yurdu terk eden vergi mükellefine karşı ayrımcı vergilendirme yapılmasına izin vermemiştir. Bay de Lasteyrie Belçika'ya taşınmak için 1998'de hem mesleki faaliyetlerini hem de vergi adresini buraya naklederek Fransa'dan ayrılmıştır. O tarihte, Fransa'da kurumlar vergisine tabi olan bir şirketin kârının % 25'ini aşan miktarda hisse senetlerine sahiptir ki bu hisse senetlerinin piyasa değeri alım fiyatının üzerindedir. *Code Général des Impôts* bir Fransız vatandaşının ülkeyi terk ederken, hisse senetlerinin değerlerinde bu neviden farklılıkların vergilendirilmesini öngören bir kanun hükmü içermektedir. Davacı bu hükmü uyuşmazlık konusu yapmış ve dava AAD'ye yönlendirilmiştir. AAD söz konusu kanunun yerleşme özgürlüğüne engel oluşturduğuna hükmetmiştir. Mahkeme gerekçe olarak Fransa'da bulunan mükelleflerin fiilen elde ettikleri gerçek gelirleri üzerinden vergilendirmeye tabi tutulduklarını, yurtdışına taşınan mükelleflerin ise örtülü gelirleri üzerinden vergilendirildiklerini belirtmiş, buna sebep olan bu hükmün gerçek kişilerin yerleşim özgürlüğünü ihlal eder nitelikte olamayacağını ve *Centros*'la getirilen prensiplere uygun olmalarının şart olduğunu ortaya koymuştur⁶³.

Açıkçası, sadece gerçek kişi mükelleflere ilişkin olmakla birlikte üye devletlerin çıkış vergilerini kötüye kullanmalarına karşı çıkması sebebiyle bu karar önemlidir. Fakat *Lasteyrie du Saillant* kararı gerçek kişilerle tüzel kişiler arasında bir ayrıma gittiğinden AAD'nin *Daily Mail* kararına herhangi bir etkisi olmamıştır. AAD'nin yerleşim özgürlüğüne ilişkin içtihadını meselâ merkez nakli ve birleşmeler gibi yollarla tüzel kişiliklerin göçüne engel olan yasalara etki edecek derecede genişletip genişletmeyeceğini değerlendirmek zordur. Yine de bazı vergi uzmanları,

62 *Bkz* Dava C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant / Ministerie de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, 2004 E.C.R. I-2409.

63 *Bkz* dört-unsur testi için Bratton & McCahery, *supra* not 19. Daha sonraki bir dava olan *Marks & Spencer*, kapsamı genişletmeyi başaramamıştır. Burada AAD, yavru şirketlerin zararlarının ana şirketin varlıkları zararına telafi edilmesine bir sınır konulmasını şu durumlarda tanımıştır: 1) ulusal vergi sisteminin tutarlılığını muhafaza etmek, 2) kayıpların mükerrer olarak tazmininin önüne geçmek ve 3) vergi kaçığının azaltılması. AAD kararları dar olarak yorumlandığından, *Daily Mail* davasının ortaya koyduğu sonuçları değiştirecek daha açık bir kararı beklememiz gerektiğini haklı olarak belirtebiliriz. *Bkz* Dava C446/03, Marks & Spencer plc / David Halsey (Majestelerinin Vergi Müfettişi), 2005 E.C.R. I-10837.

birçok üye devletin çıkış vergilerine ilişkin mevzuatının AAD'nin etkisine açık olduğunun farkındadır.

Bu bağlamda, belirtmeye değer bir husus hali hazırda derdest olan ve yeniden kuruluşta söz konusu olan çıkış vergilerinin yerindeliliğini tartışmaya açması muhtemel bir davanın varlığıdır⁶⁴. *Cartesio*'da Szeged İstinaf Mahkemesi (Macaristan) diğer hususların yanı sıra şu üç soruya cevap aramaktadır. Birincisi, eğer herhangi bir üye devletin şirketler hukukuna göre kurulmuş ve ticaret siciline kaydedilmiş bir şirket, başka bir üye devlet ülkesine merkez naklinde bulunmak isterse, uygulanacak hukuk hangisidir? İkinci olarak, böyle bir şirket kayıtlı merkezini 43 ve 48. Maddeler kapsamında çeşitli çıkış harçları ödemeksizin taşıyabilecek midir? Üçüncüsü, böyle bir merkez transferini kuruluş devletinin veya taşınılacak devletin iznine tabi tutmak mümkün müdür?

Daha özeldir, bir Macar tüzel kişiliğini konu alan *Cartesio* isimli davada Sicil Mahkemesinden şirketin kayıtlı merkezinin İtalya'ya taşındığının tescili istenmiştir. Bununla birlikte *Cartesio* şirketi Macaristan'da ki kaydının muhafazasını istemektedir. Macar mahkemesi *Cartesio*'nun Macar Şirketler Hukuku usulüne uygun olarak hareket etme yükümlülüğünden bahisle bu isteği reddetmiştir. Eğer AAD bu görüşü haklı bulursa, *Cartesio* ilk olarak infisah etmeli ve tekrar İtalya'da kuruluşunu gerçekleştirmelidir. Yeni bir İtalyan şirketi olarak Macaristan'da şube tescili yoluna gidebilir. Bu davada ileri sürülen sorular, AAD'ye hem hukuki merkezin nakli (ki farklı hukuk rejimlerinin uygulanmasını gerektirir) hem de fiili merkezin nakli (uygulanacak hukuka bir etkisi bulunmamaktadır) konularında görüşünü netleştirme fırsatını sunabilir.

AAD yeni içtihadını takiben *Lasteyrie du Saillant* kararını tüzel kişilere de pekâlâ teşmil edebilir⁶⁵. Tanımanın reddini savunanlar *Daily Mail* kararında bahsi geçen çıkış sınırlandırmalarının meşru gerekçelerine atıfta bulunmaktadırlar. Ancak, Başsavcı (*The Advocate General*), bu

64 *Bkz* Dava C-210/06, *Cartesio*, 2006 O.J. (C165) 17. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0210:EN:HTML>

65 *Bkz* Klaus J. Hopt, Yönetici, Max Planck Enstitüsü, Yabancı ve Uluslararası Özel Hukuk, 1nci ECFR Sempozyumu, Kapanış Konuşmaları (Ekim 13, 2006), in 4 EURO. CO. & FIN. L. REV. 169 (2007), (AAD *Daily Mail*'in hayaletinden kurtulduğunu açıkça ilan etmeli, ancak o zaman örnek teşkil edecek Macar davasını karara bağlayabilir) şeklinde bir iddiada bulunmaktadır.

denli modası geçmiş bir merkez kavramına dayanmanın yerleşim özgürlüğünü ihlâl ettiği mütalaasında bulunmuştur⁶⁶.

C. AAD İctihat Hukukunun Uygulamaya Etkileri

Görüldüğü üzere, AAD'nin *Centros*, *Überseering* ve *Inspire Art* kararları yeni şirketlerin kendileri için daha müsait yargı alanlarına göç etmeleri imkânını sağlamıştır. Asgari sermaye koyma yükümlülüğüyle ilgili rekabet zaten bir sonuca bağlanmıştı. Avrupa'nın asgari sermaye gerekliliği, firmaların muhasebe kayıtlarına göre 8000 € üzerinde fazlaya sahip olmalarını öngörmektedir. Sermayenin korunmasına hizmet eden kurallar, çıkarılmış hisselerin geri satın alınmasını, sermayenin azaltılmasını ve yeni hisse çıkarımını sınırlandırmaktadır. Bunların ayrıca sermaye gücü sınırlı olan girişimcilerin ticari tüzel kişilik formuna geçerek faaliyet göstermelerini kısıtlayıcı ve yeni işletme girişimlerinin marj olarak sayısını azaltıcı etkisi bulunmaktadır. Sonuç olarak, sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemelerle engellenmemiş düşük maliyetli şirketler hukuku araçlarına olan talep, AB genelinde nispeten yüksektir. Hareketlilikle ilgili olarak, asgari sermaye yükümlülükleri içermeyen hukuk sistemlerinin şirket kuruluşlarını teşvik edeceği düşünülmektedir. Bu varsayım Alman Hükümetinin resmi veri toplama birimince de desteklenmektedir (bkz tablo 2). Almanya, *Centros* sonrası şirket çıkışlarında mutlak olarak lider pozisyonunda bulunmaktadır ve İngiliz limited şirketi (*UK Private Limited Company*) formuyla İngiltere, en fazla tercih edilen ev sahibi yargı sistemi konumuna gelmiştir.

Tablo 2: Yeni Kurulan Şirket Sayıları, Anonim Şirket–Limited Şirket (İngiliz Ticaret Şirketi Formunda)

	01/ 2005	02/ 2005	03/ 2005	04/ 2005	05/ 2005	06/ 2005	07/ 2005	08/ 2005
GmbH	3115	3113	3216	3018	2675	3056	2637	2666
Limited	357	359	403	429	399	426	381	441

66 Başsavcı Piores Maduro'nun görüşleri, Dava C-210/06, Cartesio, §§ 26-35, 22 Mayıs 2008.

Kaynak: *Deutscher Bundestag (BT) – Drucksache 16/283 – 16.12.2005 – Auswirkungen und Probleme der Private Limited Companies in Deutschland.*

Hollanda, yeni kurulmuş İngiliz limited şirketlerinin faaliyet yeri itibariyle uzak ara ikinci sıradadır. *Rakamlar 3*, İngiliz limited şirketlerinin Hollanda’da artan popüleritesini göstermektedir. Bu analiz, Ocak 1997’den Haziran 2007’ye kadar olan Ticaret Sicili kayıtlarına dayanmaktadır ve bu belirli bir yıl içerisinde Hollanda’da kurulmuş olan ve 2007 itibariyle de sicil kaydını muhafaza eden limited şirketleri incelemektedir. Rakamlar “*Hollandalı*” İngiliz limited şirket kuruluşlarıyla, 1 Temmuz 2007’den itibaren hala ekonomik olarak etkin olan şirketler arasında bir ayrıma gitmektedir. Buna göre, bu şirketlerin çoğu, hiç faaliyette bulunmamış veya çok kısa sürede sona ermiştir⁶⁷.

Centros sonrası 2003 – 2006 döneminde, Becht, Mayer ve Wagner tarafından toplanan veriler, “*Hollandalı*” limited şirketlerin infisahnın nispeten yüksek olduğunu göstermektedir ve aynı sonucu teyit etmektedir. Bu dönemde 6000’den fazla “*Hollandalı*” limited şirket tescil edilmiş olup, bunların yaklaşık olarak sadece 2000 tanesi 1 Temmuz 2007 itibariyle sicil kaydını muhafaza etmekteydi⁶⁸. (Sayılar İngiliz şirketlerinin şubelerini de içermektedir. Ancak bu şirketlerin çoğu ya Felemenkçe isim almıştır veya yöneticilerinin çoğu Hollanda’da ikamet etmektedir ki bu onları “*Hollandalı*” limited şirket statüsüne sokmaktadır)

Eğer odaklanmamızı 2006 ve 2007 yılının ilk altı ayı ile sınırlı tutarsak, bu kayıtlara konu *Hollandalı* göçmen şirketlerin daha güçlü göründüklerini fark edebiliriz. Bu bilgiler “*Hollandalı*” limited şirketlerin %60’dan fazlasının faaliyetine devam ettiğini göstermektedir⁶⁹. “Faal” derken mutlaka büyük çaplı şirketler kastedilmemektedir ki ayrıca bizim analizlerimiz ekonomik olarak faal limited şirketlerin çok küçük ölçekli olduklarını göstermektedir. Ekonomik olarak faal olanların arasında, Hollanda’da bulunan İngiliz limited şirketleri için en gözde sektörler toptancılık (%20), hizmet sunumu (%19), perakende şirketleri (%10)

67 Hollanda’da bir şirket en az bir kişiyi haftada en az 15 saat çalıştırıyorsa, ekonomik olarak faal kabul edilmektedir.

68 Almanya’da da benzer bir eğilim görülmektedir: veriler “Alman” Limitedlerin yaklaşık %50’sinin ilk bir yıl içerisinde, %90’dan fazlasının ise iki yıl içerisinde faaliyetlerini sona erdirdiklerini göstermektedir. Bkz Wilhelm Niemeier, *Die “Mini GmbH” (UG) trotz Marktwende bei der Limited?*, 28 ZEITSCHRIFT FOR WIRTSCHAFTSRECHT (ZIP) 1794 (2007).

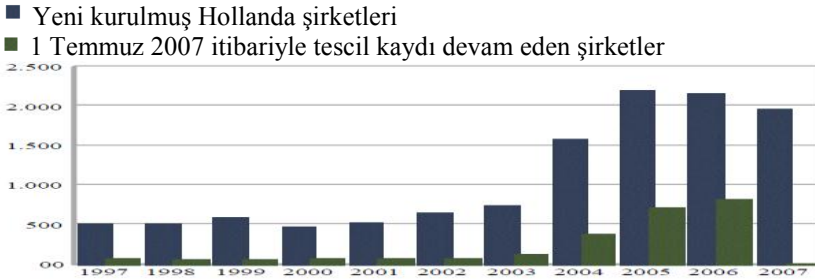
69 Almanya’da, limited şirketlerin yalnızca yarısından fazlası Almanya’da ki ticari faaliyetlerini tescil ettirmektedir. Bkz *id.*

inşaat ve nakliye şirketleri (%10) ve IT ve bilgisayar yazılımı (%9) olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu firmaların neden bu kadar kısa ömürlü oldukları tartışılmaktadır. Düşük hayatta kalma oranı yabancı kuruluşu çekici bulan firmalarda görülen ortak bir özelliktir. İngiltere’de kurulan Avrupa şirketleri çoğunlukla en az maliyet ve hızlılığa önem veren gezici⁷⁰ şirketlerdir. Deneysel göstergeler düşük maliyetlerin küçük şirketler için de İngiltere’de kuruluşu cazip kılan en önemli sebep olduğunu ortaya koymaktadır. İktisadi çalışmalar *Centros* öncesi dönemde, pek çok üye devlet içerisinde bir şirket kurmanın kişi başına düşen milli gelir baz alındığında oldukça pahalı olduğunu, uzun ve karmaşık formaliteler içerdiğini göstermektedir⁷¹. İngiltere’de ise bunun aksine maliyetler düşük tutulmuştur ve daha hızlı sonuç alınmaktadır. Başka yerlerde haftalarca beklemek gerekirken, burada birkaç gün içerisinde şirket kurmak mümkündür. Bu avantajlar İngiltere’yi küçük şirketler için önde gelen bir muhit olarak tanıtan ve tavsiye eden ticari tescil araçları tarafından kıta Avrupa’sında bulunan girişimcilerin dikkatine sunulmuştur. Bu araçlar genel olarak, ucuza 24 saat içerisinde şirket kurmayı vaat etmektedirler. Ayrıca, kuruluş için öncelikle fiilen çalışma bir ön şart olarak ileri sürülmemektedir. Dolayısıyla, “yabancı” limited şirketlerin ayakta kalma oranının oldukça düşük olması şaşırtıcı değildir⁷².

44

Rakamlar 3: *Holanda’da 1997 – 2007 tarihleri arasında tescil edilmiş olan ve Temmuz 2007’de tescil kaydı devam eden sınırlı sorumlu – limited şirketler.*



70 Bkz BECHT et al, *supra* note 15.

71 Bkz Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, *The Regulation of Entry*, 117 Q. J. ECON. 1 (2002).

72 Bkz Niemeier, *supra* note 64..

Kaynak: Bilgiler Hollanda Ticaret Odasından alınmıştır. Özel hukuk limited şirketlerinin toplam sayısı 1 Ocak 2007 – 30 Haziran 2007 tarihleri arasındaki tescil kayıtlarından çıkartılmıştır. Marco Becht, Colin Mayer & Hannes F. Wagner, *Where Do Firms Incorporate?* (Eur. Corp. Governance Inst., Law Working Paper No.70/2006, 2007).

Bu arada, yabancı kuruluş koşullarının, girişimcilerin başlangıçta düşündükleri kadar kolay olmadığı ortaya çıkmıştır. Uygulama, yabancı şirketler hukuku rejimlerinin bazı küçük işletmeler için önemli dezavantajlar getirdiğini ortaya koymuştur. Bir İngiliz limited şirketini işleten bir Alman girişimci, İngiltere'nin farklı iş ortamı sebebiyle başlangıçta beklediğinden daha fazla maliyetlerle karşılaşmış olabilir⁷³. Ek masraflar içerisinde şunlar bulunmaktadır: Şahsi mahrumiyet kaybı, rekabetçi pozisyon kaybı, doğrudan intibak maliyetleri ve idari masraflar. Şaşırtıcı olarak, Britanya'da tescilli küçük ölçekli Alman şirketleri yıllık muhasebe ve sınırlı sorumlu örgütlerin konsolide muhasebe kayıtlarının bildirimini konu alan dördüncü ve yedinci AB Direktiflerince öngörülen bildirim yükümlülüklerini yerine getirmeme eğilimindeydiler. Belki de bu şirketler, rakiplerince kendi aleyhlerine kullanılabilecek bilgileri açığa çıkartmaktansa para cezası ödemeyi tercih etmekteydiler⁷⁴. Ya da erken dönem “Alman” limited şirketlerinin yöneticileri yıllık bildirimlerde bulunulması hususunda İngiliz ceza hukukuna göre şahsen sorumluluklarının söz konusu olduğu konusunda gerektiği gibi uyarılmamış olabilirler veya bunlar ceza soruşturmasına uğrama riskini yeterince ciddiye almamış olabilirler. Diğer ülkelerin aksine, İngiltere’de küçük şirketler mali bildirimlerini zamanında ve olması gerektiği gibi yapma eğilimindedirler.

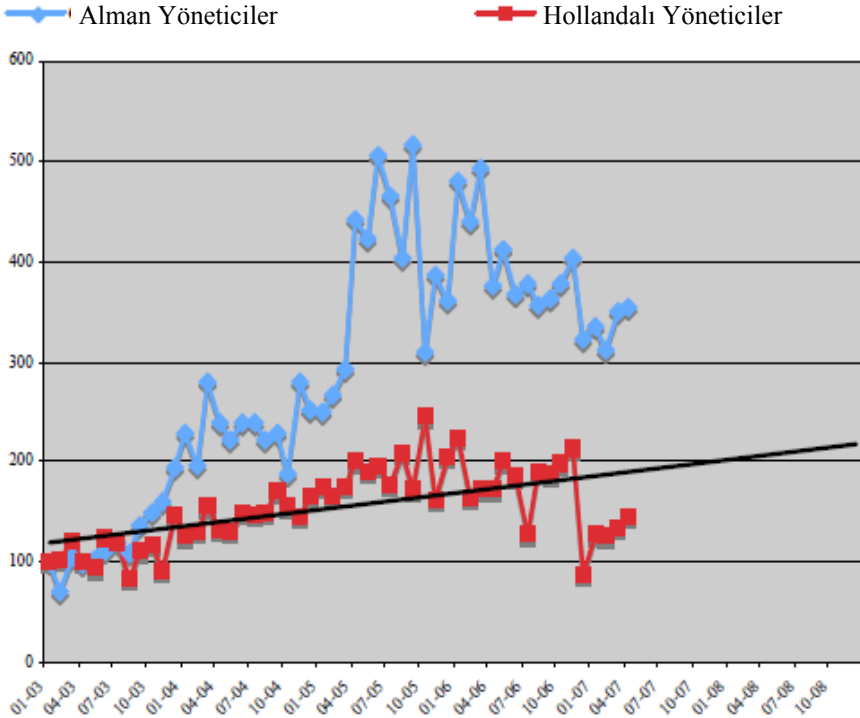
Tescil araçları Alman şirketlerinin İngiltere’de ki cari yükümlülüklere uyma pratiğine kendilerini uyduracaklarını tahmin etmektedirler ve *Companies House* tarafından yürütülen bir araştırma uyum oranlarının

73 Bir İngiliz limited şirketi kurmak yabancı şahıslar için aşırı maliyetli değildir. Örneğin, Alman tescil şirketi Go Ahead 260 € karşılığında İngiliz limited şirketi kurma taahhüdünde bulunmaktadır. Ancak, İngiliz limited şirketi kullanıcılarının önemsemediği veya gözden kaçırdığı bazı ek masraflar bulunmaktadır. Mesela, KDV, banka hesabı açtırma, internet domaini ve web sayfası kuruluş masrafları dahil değildir. Ayrıca, kuruluş belgelerinin çevirisi ve hukukileştirilmesi önemli masraf kalemlerindedir. Bkz. Robert R. Drury, Exeter Üniversitesi Hukuk Fakültesi kıdemli öğretim üyesi, Özel Limited Şirkete karşı EPC, 5. Avrupa Şirketler Hukuku ve Kurumsal Yönetim (*Corporate Governance*) Konferansı (Hzr. 28, 2007).

74 Ayrıca Bkz. Hugh Williamson, *Germany's love of the 'Limited'*, FIN. TIMES (London), Oct. 3, 2006, at <http://www.ft.com/cms/s/0/8a9afc14-5344-11db-99c5-0000779e2340.html>. (sayfa mevcut değil)

önemli derecede geliştiğini göstermektedir⁷⁵. 2007 yılında matbu soruşturma uyarı mektubunun Almanca'ya çevrilmesi ve "Alman" limited şirketlerinin yöneticilerinin ev adreslerine gönderilmesi dikkate alındığında bu sonuç şaşırtıcı değildir. Bu sonucun daha iyi uyum göstermeye teşvik noktasında önemli bir başarı olduğu inkâr edilemez bir gerçektir. Olayların ardı ardına geliş şekli İngiltere'de ki rekabetçi yaklaşımların en azından dolaylı bir etkiye sahip olduğuna dikkat çekmek gerekmektedir. İngiltere'de ki aktörlerin kıta Avrupa'sından yüksek hacimli şirket kuruluşu çekmek isteyip istemedikleri hususunda Companies House'un Centros sonrası ilk dönemde bu ülkede yerleşik olmayan yöneticilere karşı soruşturma başlatmaktan kaçınmış olması ayrıca önemli bir göstergedir.

Rakamlar 4: BirKır özel hukuk limited şirketlerine Alman ve Hollanda'lı yönetici atama eğilimleri (Ocak 2003=100)



75 Communications of Companies House yöneticisi Thomas Smith'in William W. Bratton, Joseph A. McCahery and Erik P.M. Vermeulen'e yazdığı mektup (July 13, 2007)(Yazarların dosyasında bulunmaktadır).

Kaynak: *Hollandalı eğilimi İngiliz Companies House'da mevcut bilgilerden çıkartılmıştır. Alman eğilimi ise Wilhelm Niemeier, Die "Mini GmbH" (UG) trotz Marktwende bei der Limited?, 28 Zeitschrift for Wirtschaftsrecht (ZIP) 1794 (2007) isimli eserinden elde edilmiştir.*

Bu uyum sorunları Alman ve Hollandalı küçük işletmelerin İngiliz limited şirketi vasıtasıyla faaliyet göstermelerindeki düşüşe katkıda bulunmuş olabilir. *Rakamlar 4*, Ocak 2003'ten sonra İngiliz limited şirketleri yönetim kurullarına atanan Alman ve Hollandalı yöneticilerin sayısını göstermektedir. Sayılar yönetici olarak İngiltere vatandaşlarının çoğunluğu oluşturduğu İngiliz şube veya şirketlerinde bulunanlar ile İngiliz limited şirketlerine atanmış Alman ve Hollanda vatandaşı yöneticilerini içermektedir. Bu bilgilerden, gerçek İngiliz limited şirket sayısının nispeten istikrarlı olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla, *Rakamlar 4*'te gözlenen önemli farklılıklar Alman ve Hollanda limited şirketlerinin toplam sayısındaki değişimlerinden kaynaklanmaktadır. Sayılar, *Centros* sonrası dönemin başlangıcında, muhtemelen düşük maliyetlere olan talebi yansıtan eğilimlerden kaynaklı yukarıya doğru açık bir yönelim olduğunu göstermektedir. 2006 yılının son çeyreğinin ilk aylarından beri görülen Alman ve Hollandalı yöneticilerin sayılarındaki denge eğilimi sonuçta şaşırtıcı değildir, ancak yine de birden fazla sebepten kaynaklanmaktadır.

Diğer ülkeler, küçük işletmelerde İngiliz limited şirketini kullanma eğiliminde daha da belirgin bir aşağı yönelim göstermektedir. Buralarda, gitgide azalmakta olan kullanımın ana sebebi *Centros* sonrasında yapılan hukuk reformlarıdır. Küçük şirketlerin, İngiliz limited şirketine dönüşerek göç etmelerini sorun olarak gören kanun koyucular, hazır çözüm barındıran bir çare arayışındadırlar. Bütün yapmaları gereken İngiliz sistemini taklit etmek ve İngiltere'de ki aracın sahip olduğu rekabetçi düşük maliyet avantajını zayıflatmaktır. Kuruluş hareketliliğinin fazlalığı, ev sahibi ülkeye göçün söz konusu işletmelere ve bunların çalışanlarına sağladığı ekonomik getirinin yüksek olmasıyla doğru orantılıdır. Bazen bu imtiyazlar ev sahibi kanun koyucularca ortadan kaldırılabılır ki bu olmaya başlamıştır.

Tablo 3: Kuruluş gereklilikleriyle limited şirket kullanımının yüksekliği arasındaki ilişki.

Ülke	Centros öncesi (1997-1999)	Centros sonrası (2003-2006)	Artış	Asgari sermaye (Nakden ödenmesi gereken miktar)	Maliyetler (€)	Süreler (Gün)
Almanya	2,009	43,181	21,5	25000 (12,500)	1000	24
Avusturya	240	3,141	13,1	35000 (17,500)	2000	10
Danimarka	446	2,291	5,1	16,800 (16,800)	6,175 (Ağustos 2003)	23 (Ağustos 2003)
Hollanda	1,590	6,652	4,1	18,000 (18,000)	2000	10
Belçika	914	1,841	2,0	18,550 (6,200)	1,500	30

Kaynak : *Wilhelm Niemeier, GmbH und Limited im Markt der Unternehmensrechtsträger, 27 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2237 (2006); Marco Becht, Colin Mayer & Hannes F. Wagner, Where Do Firms Incorporate? (Eur. Corp. Governance Inst., Law Working Paper No.70/2006, 2007); www.doingbusiness.org.*

Mesela Danimarka'ya baktığımızda, kanun koyucunun şirketler hukukunda kuruluş işlemlerini daha hızlı kuruluşa imkân verecek şekilde tadil ettiğini (iki üç haftadan, iki üç saate indirecek kadar) ancak, asgari sermaye zorunluluğunda bir değişikliğe gitmediğini görüyoruz. Sonuç olarak, Danimarka'da İngiliz limited şirketi kullanımı %25 oranında gerilemiş, yani öncesinde 1401 olan "Danimarka" limited şirketi sayısı Centros sonrasında 2004 ve 2005 yıllarında 344'e gerilemiştir.

Diğer ülkeler farklı düzenlemeler yapmışlardır. Örneğin Fransa asgari sermaye yükümlülük miktarını 2003 yılında 1€'ya kadar düşürmüştür. Almanya'da asgari sermayenin 25000 €'dan 10000 €'ya indirilmesi teklif

edilmiştir⁷⁶. Hollanda’da, İngiliz hukuk rejimi tarafından cezbedilen firma sayısının nispeten azlığına rağmen (bkz Tablo 3), İngiliz limited şirketinin ortaya koyduğu tehdit yine de yeni bir kanun teklifini tetiklemiştir⁷⁷. 18000 € olan asgari sermaye koyma zorunluluğunun kaldırılması, kuruluş işlemlerinin basitleştirilmesi ve ana sözleşme hükümlerinin şablon olarak çerçevesinin çizilmesini içeren bir önlem paketi, Hollanda limited şirketi – BV – kuruluşunun daha kolay ve ucuz olmasını sağlayacaktır. Hollanda basitleştirme tekliflerinin karşılaştığı hem teorik hem de pratik bir takım sorunlar olmasına rağmen, kanun koyucu dışı kaçıışı düşürmek, *Centros* öncesi seviyelerde tutmak için bir takım önlemler düşünmektedir. Bundan sonraki bölümde Almanya ve Hollanda’da da gündeme gelen hukuki tepkiler daha detaylı bir şekilde incelenecektir.

D. Almanya ve Hollanda’da Tepkisel (Ama Rekabetçi Olmayan) Kanunlaştırmalar

Yukarıdaki tartışma AB’de kuruluş hareketliliğiyle ilgili hayati bir noktaya vurgu yapmaktadır. Çoğuna göre, sadece en küçük ölçekte, yeni kurulan firmalar İngiliz limited şirket türüne dönüşmeyi düşünmektedir (maliyetleri azaltan düzenlemelere, iç yönetim yapısıyla ilgili düzenlemelere oranla daha ilgili olanlar). Ortaya çıkan sonuçlar kanun koyucular için asgari sermaye haddini ortadan kaldırma veya düşürme ve kuruluşu basitleştirme hususlarında – ama daha fazlası için değil – açık bir işaret olarak belirlemektedir.

Kısaca, AAD’nin içtihat hukukundan doğan kuruluş hareketliliği rekabetçi bir kanunlaştırma için, tahmin edilenden daha az önemli bir teşvik edici olmuştur. Genel olarak “işletme şekli seçimi” (*choice-of-business-form*) kararlarına göz atacak olursak, fiili masrafların azaltılmasının kuruluş için belirleyici unsurlardan sadece biri olduğunu fark ederiz. Bu *Centros* sonrası dönemde, ulusal kanun koyucuların rekabetçi yaklaşımlarını sulandırmıştır⁷⁸. Buna göre üye devletlerin

76 Bkz Ulrich Seibert, *Close Corporations – Reforming Private Company Law: European and International Perspectives*, 8 EUR. BUS. ORG. L. REV. 83 (2007).

77 Bkz T.P. VAN DUUREN, HENDRIK J. PORTENGEN, ERIK P.M.VERMEULEN & B. BIER, *De vereenvoudigde BV* (2006).

78 Bilim adamları ABD için de benzer bir noktaya dikkat çekmektedir. Bkz Ian Ayres, *Judging Close Corporations in the Age of Statutes*, 70 WASH. U. L. Q. 365 (1992); William W. Bratton & Joseph A. McCahery, *The Equilibrium Content of Corporate Federalism*, 41 WAKE FOREST L. REV. 619 (2006).

politika yapıcılarının mevcut cesaretlendirici çerçevelerini muhafaza etmelerini bekliyoruz. Öne çıkan yasama anlayışı sıklıkla temel değişikliklere gitmeksizin veya şirketleri daha etkili yönetim yapısına kavuşturacak düzenlemeleri yapmaksızın mevcut kurumsal yapıyı, geliştirme yoluna sevk etmektedir⁷⁹. Bu tip hukuki iyileştirmeler, kullanımı kolay kurumsal araçlara yönelik hükümleri dikkate alırken, kullanım kolaylığı esasında bir geriye yöneliştir. Kanun koyucular, ihtiyaç duyulan değişiklikleri nadiren gerçekleştirmekle birlikte, hukukçulara ve şirketlere tanıdık “denenmiş ve sınanmış” düzenlemeleri sağlama eğilimindedirler. Bu uygulamacıların ve iş çevrelerinin değişikliklere uyum sağlamasını kolaylaştırır ki, bu değişiklikler hukuk geleneğinin çekirdek unsurlarına ve meşruiyet sağlayıcı özelliklerine temas etmeyen değişikliklerdir. Bunun gibi yasal iyileştirmeler, kanun koyucular için teknik veya siyasi anlamda yüksek düzeyde zorluk gerektirmez.

50

Aynı zamanda, bazı yeni şirketler hukuku reform hareketleri taraftarları için masraflı ve zaman alıcı boyutta olmuşlardır. Bu, (1) kabul edilebilir iyileştirmelerin tasarımında zorluk (2) teklif edilen değişikliklerde uzlaşma ve hızlıca hayata geçirme konusunda kanun koyucuların isteksizliği, şeklinde açığa çıkmaktadır. Ekonomik ve siyasi baskıların ilgili çevreler için önemli maliyetler getirecek hukuki değişiklikleri zorlayacak düzeyde güçlü olmadığı müşahade edilmektedir. Eğer aşırı bir rekabet altta yatan sebep olsaydı, elbette ki kanunlaştırmalar çok daha pürüzsüz ve hızlı bir şekilde gerçekleşirdi⁸⁰.

Mesela, Almanya’da iyileştirme süreci özel/limited şirketle (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, GmbH) ilgili şu teklifleri gündemi getirmiştir: 1) asgari sermaye miktarının 25,000 Euro’dan 1 Euro’ya indirilmesi, 2) usulsüz ticarî faaliyetlere karşı yaptırım öngören İngiltere kurallarının ithali⁸¹ ve 3) şirketlere tek yöneticinin marifetiyle idare edilebilen GmbH

79 Bkz Joseph A. McCahery, Erik P.M.Vermeulen, Masato Hisatake & Jun Saito, *Traditional and Innovative Approaches to Legal Reform: The ‘New Company Law’*, 8 EUR. BUS. ORG. L. REV. 7 (2007).

80 Bu konuda, Delaware kanun koyucusunun, periyodik olarak şirketler hukuku mevzuatını değiştirerek mevzuat üstünlüğünü devam ettirme çabası dikkate değer. Bkz. JOSEPH A.MCCAHERY & ERIK P.M. VERMEULEN, CORPORATE GOVERNANCE OF NON-LISTED COMPANIES (forthcoming 2008).

81 Usulsüz ticarete ilişkin düzenlemeler, yöneticilere şirketin sağlığını ve gerek varsa şirketi borca batık duruma düşmekten kurtaracak bazı çözüm getirici veya önleyici tedbirler alma yükümlülüğü getirmektedir.

imkânının tanınması. Alman kanun koyucusunun aklında iki aşamalı bir reform planı vardı: İlk olarak, uzlaştırıcı bir adım kabilinden yapılacak teklifle asgari sermaye haddinin 10.000 Euro'ya indirilmesi; sonrasındaysa, daha temel bir reform yoluyla GmbH mevzuatının daha geniş bir şekilde ele alınması. Ancak, Eylül 2005 tarihli federal seçimlerde hükümetin değişmesi sebebiyle tasarlanan reform süreci hayata geçmedi. Sermayenin korunması ilkesinden ayrılan ve hisse devri için noter marifetiyle sözleşme yapılmasını öngören mevcut kurallardan ciddi anlamda sapma gösteren önemli nitelikteki reformların yakın gelecekte destek bulması pek de mümkün gözüküyor. Reform grubunun daha esnek ve az maliyetli GmbH yapısına yönelik arayışı, sistemin engellerini aşmakta ve hukuk yapımındaki durağanlığa son vermekte başarısız olmuştur. Bunun sebebi muhtemelen toplumun değişim ihtiyacına yönelik algısını değiştirmede başarılı olamamalarıdır.

Fakat İngiliz limited şirketinin giderek artan bilinirliği, Almanların şirketler hukuku reformuna odaklanmalarını teşvik etmektedir. Rekabetçi bir hukuk reformu isteği baskındır. Modernize edilmiş bir GmbH oluşturulmasına yönelik yeni bir yasa teklifi Mayıs 2006'da yayınlanmıştır. Teklif - *Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (MoMiG) – üç temel işlev üzerine bina edilmiştir⁸²: (1) GmbH'nin kuruluşu, hızlı, ucuz ve basit olmalıdır, (2) yeni GmbH şeffaf bir ortaklık yapısı sunmalıdır ve (3) alacaklılar kötü niyetli yararlanmalara ve GmbH'nin sahiplerinin haksız rant elde etmeye yönelik davranışlarına karşı daha iyi korunmalıdır. Reform önlemleri, GmbH'nin ticaret siciline elektronik olarak tesciline imkân tanıyarak hızlı ve basitleştirilmiş bir tescil sistemini sağlayacaktır. Hisse sahiplerinin listesinin ticaret sicilinde bulunacak olması elektronik tescilin önemini vurgulamaktadır. Yeni kanunun niyeti sadece kayıtlı kişileri hissedar olarak kabul etmek yönündedir ve elektronik ortamda muhafaza edilen listelerin güncelliğinin sağlanması şirketin kayıtlı olmayan ortaklardan devralınmasını engellemeye yardımcı olacaktır. GmbH'yi talep gören bir yapı haline getirmek için yeni kanun ayrıca şirketin sicilde kayıtlı merkezi ile fiili merkezinin aynı ülkede olması zorunluluğunun kaldırılmasını teklif etmektedir. Yalnız şaşırtıcı olan bir husus iyileştirilen GmbH'nin 10000 Euro'luk asgari sermaye bulundurma zorunluluğunu muhafaza ediyor olmasıdır (bkz. *Tablo 4*). Son olarak,

82 Bkz Seibert, *dipnot 72*.

asgari sermayenin indirilmesine karşılık, hükümet, şirketin ödeme güçlüğüne düşmesi durumunda yöneticilerin sorumluluğunun genişletilmesini önermektedir. Özetlemek gerekirse, Alman kanun koyucusu, şirket yapısı seçiminde GmbH'ye yönelik tercihi korumayı amaçlamaktadır. Ancak bunu yaparken, hissedarlar ve yöneticilerin şirketle ilgili diğer şahıslarla olan münasebetlerine odaklanan reformcu olmaktan ziyade uzlaştırıcı nitelikteki kanunlaştırmaları tercih etmektedir.

Mayıs 2007'de Alman hükümeti MoMiG tasarısının gözden geçirilmiş bir şeklini parlamentoya sunmuştur. Bu tadilat, küçük şirketlere, zaman içerisinde en az asgari sermaye haddine ulaşacak kadar yedek akçe ayırmayı şart koşarak GmbH'nin değişik bir şekli içerisinde asgari sermaye koşulu olmaksızın kuruluşunu gerçekleştirme imkânını sağlamaktadır (the *Unternehmensgesellschaft*). Bu düzenleme ayrıca küçük şirketlerin kurucularının en fazla üç ortakla birlikte matbu kuruluş sözleşmesini imzalayarak ve imzaları onaylatarak kuruluşu gerçekleştirmelerine olanak tanımaktadır. Bu usul, noter sözleşmesini kaldırarak kuruluş sürecini kolaylaştıracak ve hızlandıracaktır⁸³. Bu tedbirler, Danimarka'da ki hızlı tescil sisteminin doğurduğu etkiye benzer şekilde İngiliz limited şirketinin Almanlar tarafından kullanımı üzerinde kesinlikle bir etki yapacaktır. Ancak "Delaware" statüsü Almanya (veya Danimarka) için söz konusu olmayacaktır.

52

Tablo 4: "Yeni" GmbH'nin (Almanya) hukukî özellikleri

Özellik	GmbH (tadil edilmiş)
Tüzel Kişilik	Evet
İdare	En az bir idareci müdür
Kuruluş	Esas sözleşme+ noter senedi+ Ticaret siciline tescil+ yerel mahkemece denetim+ hukuki nitelikte bir gazetede ilanı En fazla üç ortaklı küçük şirketler

83 Artan kuruluş hareketliliğinin, kuruluş sürecinde avukatların noterler gibi resmi işlemlerde bulunabilecek şekilde kullanımı zorunluluğuna yol açtığı iddia edilmektedir. Bu noterlerin fonksiyonlarının modern iş dünyasında artık eskidiği ve modasının geçtiği yorumlarına yol açmamalıdır. Daha çok sundukları hizmetler içerisinde kama değer içeriği daha fazla olanlar temel alınacaktır.

	matbu ana sözleşmeleri (<i>Mustergesellschaftsvertrag</i>) noter senedine gerek olmaksızın kullanabilirler.
Kuruluş esas sözleşmesinin otonom özelliği	Bazı hükümler ancak sözleşmede belirtilmek kaydıyla geçerlidir. Geleceğe etkili antlaşmalar ve kararlar ile bütün ortakların onaylamadığı antlaşmalar geçersizlik veya iptal edilebilirlikle maluldür.
Esas sözleşmenin noter onayından geçmesi	Esas sözleşmelerin noter tarafından düzenlenmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde geçersizdir. Eğer kanunda belirtilen matbu kuruluş sözleşmesi kullanılıyorsa noter tarafından tanzimine ihtiyaç yoktur.
Sadakat yükümlülüğü	Esas sözleşmede belirtilen ortakların bilgilendirme ve içtihat hukukundan kaynaklanan iyi niyetli olma ve sadakat yükümlülükleri vardır.
Mali Haklar	Ortakların koydukları sermayeye uygun olarak kar payı alma hakları vardır.
Devredilebilir menfaatler	Halka arz mümkün değildir; hisse devrinin geçerli olması için noter senedine ihtiyaç vardır
Devamlılık	Evet
Sınırlı Sorumluluk	Evet, asgari sermaye koyma sınırı

	10,000 Euro. Yeni düzenleme teklifinde asgari sermaye olmaksızın <i>Unternehmergeellschaft</i> kurmak mümkündür, ancak bu durumda asgari sermaye haddine ulaşmıyca kadar yedek akçe ayrılması zorunludur
Mali bildirimler	Zorunlu bildirimler
Vergilendirme	Kurumlar vergisi
İlgi	Anonim şirketin yönetim yapısı (<i>Aktiengesellschaft</i> , AG)

Hollanda, tarafların kendi ihtiyaçlarına göre şekillendirmede bulunabilmelerine ve yakın iş ilişkisinin söz konusu olduğu bir yapıda, karmaşık hususların çözümünde eksik noktaların ikmaline imkân tanıyan bir şirketler hukuku reformu (*Besloten Vennootsve chap*, BV) tasarlamaktadır. Düzenleme altına alınması düşünülen konular eşgüdümlü hareketten, haksız rekabet, haksız faydalanma ve şirketin idaresinin ihmeline kadar uzanan sorunları içermektedir. Kanunlaştırma BV'yi daha iyi ulaşılabilir ve daha esnek bir yapı haline getirerek girişimcilik ve yenilikçiliği teşvik etmeyi ummaktadır. Özeldde ise Hollanda tasarısı halka açık olmayan (veya hisse senetleri borsada işlem görmeyen) şirketlerin yönetim yapısına özgü üç yapısal sorunu çözmeyi amaçlamaktadır.

Birinci yapısal sorun şirket ile alacaklı ve çalışan gibi üçüncü şahıslar arasındaki uyuşmazlıkları içermektedir. Bununla ilgili olarak, asgari sermaye yükümlülüğü ve sermayenin korunması kurallarını kaldırma ve yerine haksız kâr payı ödemelerinde veya haksız hisse alımı ve itfalarda söz konusu olabilecek genişletilmiş yönetici sorumluluğu getirilmesi teklif edilmektedir. Yeni düzenlemede, ödenmesi düşünülen bir kâr payı veya hisse alımı veya itfa uygunsuz ise – ki bundan yöneticilerin bu ödemeleri yaptıktan sonra da şirketin ödeme gücünü muhafaza edip etmeyeceğini kontrol ve teyit etmeleri gerektiği anlaşılmalıdır – yönetim kurulu üyeleri şirkete karşı geniş kapsamlı ve müteselsil olarak sorumlu olabilirler. Hissedarlara bu ödemelerin iadesi için ancak kötü niyetli olmaları ve şirketin ödeme gücüne düşmesi durumunda, haksız kâr

payı veya hisse bedeli itfası yapıldıktan itibaren bir yıllık süre içerisinde başvurulabilir.

İkinci yapısal problem hissedar – yönetici uyumsuzluğudur. “Yeni” BV, taraflara kendi karar alma düzenlemelerini özgürce sözleşmeye dâhil etme imkânı tanıyarak, uyumsuzluğa yol açabilecek hassas konuları azaltmaya çalışmaktadır. Hollanda taslağı açıkça pay sahipleri genel kurulunun mali, sosyal ve iktisadî politikaların genel çerçevesiyle ilgili olarak yönetim kuruluna talimat verebileceğini belirtmektedir. Tarafların iradelerine tam bir etki kazandırabilmek için şirketler ayrıca oydan yoksun veya kâr payına katılım sağlamayan hisse senetleri çıkartabilir. Bu hisseler farklı tertip ve sıralarda sınıflandırılabilir, eğer esas sözleşme izin veriyorsa her bir sınıf en az bir yöneticiyi atama veya görevden alma yetkisine sahiptir.

Bu “akdî” esneklik, yönetimde etkili ve azınlık pay sahipleri arasında söz konusu olan üçüncü yapısal soruna da bir çözüm önerisi getirmektedir. Azlığın kendi yöneticilerini atayabilmeleri imkânı, çoğunluk hisse sahiplerinin faydacı davranışlarına ve hisse ele geçirme teşebbüslerine karşı daha etkili koruma sağlamaktadır. Bu halka açık olmayan şirketlerde bulunan azınlık hisse sahiplerinin geçmişe etkili olacak şekilde korunması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Nispeten az sayıda paydaşın bulunduğu kapalı bir şirkette, hisse senetlerinin el değiştirebileceği hazır bir mecra yoktur ve yönetimde çoğunluk pay sahipleri hâkim konumdadır. Bu durumda, azlık doğru olmayan bir yatırıma mecbur kalabilir ve esasında baskılara karşı korumasız ve hassas bir durumdadır. Hollanda Medeni Kanunu zaten bütün hisselerini devrederek çıkma imkânını tanımaktadır. Ancak bu, daha yumuşak çözüm yollarının sonuç vermeyeceği durumlarda kullanılacak son çaredir. Bir paydaş, haklarının ihlâline yol açan başka bir paydaş veya paydaşları, kendi payını devralmaya zorlayabilir. Ama ne yazık ki, emredici nitelikteki bu çıkış hakkı masraflı ve zaman alan karmaşık bir hukukî değer tespiti usulü içermektedir. Tasarı satarak çıkma ve değerlendirme usulünü sadeleştirebilir ve ihtiyati tedbir talebinde bulunma olanağı getirebilir.

Dolayısıyla Hollanda BV taslağı şirketler hukukunun etkinliğinin artırılmasını ve sadeleştirilmesini amaçlamaktadır. Ancak, bu değişikliklerin yabancı şirketleri çekecek, yerli şirketlerin ise dışa göçünü engelleyecek derecede köklü olup olmadığı tartışmalıdır. BV,

öngörüldüğü şekilde değiştirilse bile alternatif rejimler kadar çekici olmayacaktır. *Tablo 5*'te gösterildiği gibi, ortaklarla yönetim kurulu arasındaki ilişkiler esas olarak Hollanda hukukuna göre ana sözleşme hükümleriyle düzenlenmektedir. Hollanda Medeni Kanunu açıkça sermaye yapısı, şirketin amacı ihmalî davranışlara yönelik kurallar gibi esaslı bilgilerin sözleşmede gösterilmesini şart koşturmaktadır⁸⁴. Ayrıca, kuruluş süreci, şirketler konusunda uzman hukukçu tarafından hazırlanmış noter senedi hazırlanması lüzumu gibi bir takım şekli gerekliliklerden muzdari olmaya devam edecektir. Dahası, kapsamlı bir dizi ana sözleşme hükümleri içeren kuruluş senedi doldurulmalı ve Hollanda ticaret siciline ilan edilmelidir. Tasarının Hollandalı taraftarları, BV'nin rekabetçiliğini kolaylaştırma noktasında öngörülen kanunlaştırmaya katkı sağlayacak noter senedinin liberalleştirilmesi teklifinden vazgeçmiş görünmektedirler. Böyle yaparak yeni kuruluşa teşvik noktasında reformun çekiciliğini kendileri kısıtlamışlardır.

Tablo 5: “Yeni” BV (Hollanda) hukukî özellikleri

56	Özellik	<i>Besloten Vennootschap</i> (tadil edilmiş)
	Tüzel Kişilik	Evet
	Yönetim	En az bir idareci
	Kuruluş	Esas sözleşme+ noter senedi + Hollanda Ticaret Siciline tescil
	Esas sözleşme hükümlerinin özerk yapısı	Genel olarak, kanunda bulunan hükümlerden farklı esas sözleşme hükümleri geçerlidir. Ortakların esas sözleşmeden farklı olarak anlaşma yapmaları mümkündür, ancak ihtilaf halinde esas sözleşme hükümleri anlaşma hükümlerine tekaddüm eder.
	Esas sözleşmenin noter onayından geçmesi	Esas sözleşmenin noter senedi olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

84 Diğer hususların yanı sıra, oylama sistemi, denetim, ve paydaşlar genel kurulunun toplanmasıyla ilgili düzenlemeler.

Sadakat yükümlülüğü	Esas sözleşmede belirtilen ortakların bilgilendirme ve içtihat hukukundan kaynaklanan iyi niyetli olma ve sadakat yükümlülükleri vardır.
Mali Haklar	Ortakların koydukları sermayeye uygun olarak kar payı alma hakları vardır.
Devredilebilir menfaatler	Halka arz mümkün değildir; hisse devrinin geçerli olması için noter senedine ihtiyaç vardır
Devamlılık	Evet
Sınırlı Sorumluluk	Evet, asgari sermaye zorunluluğu yoktur ancak yöneticilerin sorumluluğu genişletilmiştir
Mali bildirimler	Zorunlu bildirimler
Vergilendirme	Kurumlar vergisi
İlgi	Anonim şirketin yönetim yapısı – şirketin mülkiyeti ile kontrolü arasında kanundan doğan ayırım

SONUÇ

Bu makale AvrŞti'nin uygulaması ve yeni kurulan şirketlerin yabancı üye devletlere yönelik yerleşim özgürlüğüyle ilgili Avrupa Adalet Divanı kararları sebebiyle artan kurumsal hareketliliğe yönelik Avrupa'da ki yasama tepkilerini ele almıştır.

Şirketlerin yer değiştirmesinde AvrŞti, ulusal düzeyde yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirecek nitelikte önemli bir rol oynayamamıştır. AvrŞti'ne dönüşüm pahalıdır ve bundan beklenen fayda belirsizdir. AvrŞti'nin, katı ulusal kurallardan kaynaklanan verimsizlikleri gidermede şirketlere yardımcı olduğunu gösterir kısıtlı sayıda emsal bulunmaktadır. Alman hukuk düzeninde olduğu gibi çalışanların şirketlere katılımının geniş tutulduğu hukuk düzenlerinde faaliyet gösteren şirketler için bu gibi

düzenlemelerden kaçış AvrŞti'ne dönüşümün sebep olacağı maliyetlere katlanma konusunda bir teşvik olabilir. Ancak bunun gibi faydaları dışında, AvrŞti daha rekabetçi bir yasama yaklaşımının fitilini ateşleyemeyecektir. Kuralları büyük ölçekli şirketlerin ihtiyaçlarına cevap verir nitelikte değildir ve idare merkezinin taşınması suretiyle yer değiştirmeye kapı aralarken, şirketlere fiili olmayan bağlantılarını esas alarak bir şirketler hukuku rejimi seçme serbestisi tanımamaktadır.

Diğer taraftan, AAD içtihat hukuku, özel hukuk şirket türünden (*private company form*) daha esnek, tüm amaçlara hizmet eden bir vasıtaya dönüşmeyi mümkün kılan yasama faaliyetini tetiklemiştir. Katı formaliteler ve sermayenin korunması kuralları şirketler hukukunun belirli bir evrimsel sürece girmesinin önünü almış ve daha esnek kanunlaştırmalara engel olmuştur. Artan hareketlilik bazı engelleri ortadan kaldırmış ve reformcu kanunlaştırmalar için fırsat yaratmıştır. Fakat rekabetçi baskılar sadece alt küme küçük şirketlerin kuruluşta karşılaştıkları fiili masrafların düşürülmesi talebi şeklinde gündeme geldiğinden, bu reformların kapsamı dar olmaktadır.

58

Hareketlilik, hâlâ üye devletlerin takdir yetkileri sebebiyle büyük ölçüde kısıtlıdır. AAD merkez doktrininin kapsamını ve bunun yerleşim özgürlüğünü kısıtlayıcı etkilerini daraltmakla birlikte tamamen ortadan kaldıramamıştır. Meselâ, AAD içtihat hukuku, yerel bir şirketin kurulduğu ülke yargısından çıkmasıyla ilgili meseleleri açık bir biçimde çözememiştir. Hareketliliğin yaygınlaşmasını engelleyen, yeniden kuruluş usulünün belirli olmaması, yerleşim özgürlüğünü kısıtlayan çıkış vergileri ve kısıtlı sınır aşan hareketliliği de içeren ciddi engeller vardır.

AAD, sınır aşan hareketliliğe dair mevcut engelleri gelecekteki davaların karar gerekçeleri üzerinde daha ayrıntılı çalışarak ortadan kaldıracaktır. Bu şekilde, AAD'nin yakın takipte bulunarak müdahale yoluna gitmesi yerel kanun koyucuları daha tepkisel olmaya itebilir. Yeni kurulan küçük şirketlerin zararlarıyla ilgili olarak zaten bir tepkide bulunmuşlardı ve ulusal kanun koyucular düzenleyici işlem ve maliye stratejilerini büyük, yerel şirketleri kaybetmemek üzere yeniden uyarlayabilirler. Bir Avrupa Delaware'inin çok yakın bir zamanda ortaya çıkıp çıkmayacağı da daha spekülâtif başka bir sorudur. Söylenilecek tek şey, Avrupa'nın mevcut anayasal şekillenmesi, ABD'de görülen esas sözleşme rekabetini doğuran teşvik edici sebepleri sağlayacak bir ortam sunmamaktadır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YAŞAMA HAKKINA İLİŞKİN FINOGENOV VE DİĞERLERİ / RUSYA KARARI ÖZET ÇEVİRİSİ*

Çeviren: Oktay BAHADIR**

1. DAVA KONUSU OLAY

Bu dava, 23 Ekim 2002 tarihinde Moskova'daki Dubrovka tiyatrosunun 40'tan fazla Çeçen tarafından kuşatılması ve düzenlenen operasyonda rehinelere kurtarmak için gaz kullanılması ile ilgilidir. Üç gün boyunca 900'den fazla insan tiyatroya silah zoruyla tutulmuştur. Çeçenler, Rus birliklerinin Çeçen topraklarından çekilmesinin talep etmişlerdir. 26 Ekim'de saat 5-5.30 sıralarında Rus güvenlik güçleri tarafından havalandırma sisteminden tiyatroya uyuşturucu gaz verilmiştir. Daha sonra özel bir ekip binaya girmiştir. Bütün Çeçenler öldürülmüş, bunun yanı sıra 125 rehine de ya olay yerinde ya da hastanelerde hayatını kaybetmiştir.

2. TARAFLARIN İDDİALARI

Başvuranlar, gaz kullanılmasının yarardan çok zarar getirdiğinden, güvenlik güçlerince kullanılan gücün orantısız olduğundan şikâyet etmişlerdir. Ayrıca, kurtarma operasyonunun yetersiz planlandığı ve uygulandığından, rehinelere tıbbi yardım sağlanmadığından da şikâyetçi olmuşlardır. Son olarak, adli soruşturmanın kuşatmaya odaklandığını ve yetkililerin kurtarma operasyonundaki ihmallerini etkin bir şekilde ortaya koymada başarısız olduğunu iddia etmişlerdir.

Hükümet, müzakerelerin olumsuz sonuçlandığını ve binaya girme kararının Rusya'nın uluslararası yükümlülüklerinin yanı sıra iç hukukuna da uygun olduğunu öne sürmüştür. Hükümete göre, rehinelere hızlı ve iyi bir organizasyonla tahliye edilmiştir. Hastaneler onları kabul etmek için

* Bu karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi internet sitesi olan www.echr.coe.int adresinden HUDOC arama motoru kullanılmak suretiyle elde edilmiştir. Başvuru No: 18299/03 ve 27311/03'tür. Bu karar, 20 Aralık 2011 tarihinde verilmiştir. Mahkeme İçtüzüğü'nün 81. Maddesi kapsamında, 6 Mart 2012 tarihinde, yazım hataları, hesap hataları ve açık yanlışlıklar düzeltilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 44/2. Maddesi gereğince 3 ay sonra, 6 Haziran 2012 tarihinde, kesinleşmiştir. Karar İngilizce olarak yayınlanmıştır ve aslı 81 sayfadır. Not: Dipnotlardaki açıklamalar çevirmen tarafından eklenmiştir.

** Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı Tetkik Hâkimi

hazırlanmış ve donanımlı hale getirilmiştir. Davanın şartları dikkate alındığında kurtarma operasyonu, genel olarak, olabilecek en iyi şekilde gerçekleştirilmiştir.

3. MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMESİ

3.1. Davanın Sözleşme'nin 2. Maddesi¹ Kapsamında Olup Olmadığı Hakkında:

Yetkililer, her fırsatta kullanılan gazın zararsız olduğunu ve ölenler üzerinde yapılan resmi tıbbi incelemelere göre rehinelerin ölmeleri ile gaz kullanılması arasında doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi (direct causal link) bulunmadığını beyan etmişlerdir. Kullanılan gazın tam formülü Mahkeme'ye verilmemiştir. Bazı mağdurların gerçekten önceden mevcut sağlık problemlerinden dolayı öldüğü kabul edilebilir. Ancak, farklı yaşlarda ve fiziksel durumdaki 125 kişinin neredeyse aynı zamanda ve aynı yerde çeşitli hastalıklardan, hareketsizlikten, stresten ve havasızlıktan öldükleri sonucuna varmak hayatın olağan akışına (common sense) aykırıdır. Kullanılan gaz, “öldürücü güç” olmasa bile, oldukça tehlikelidir ve hatta zayıf durumdaki kişiler açısından potansiyel olarak öldürücüdür.²

60

3.2. Genel Prensipler

Yaşama hakkını koruyan ve yaşamdan yoksun bırakmaların haklı/meşru (justified) görülebileceği durumları düzenleyen 2. Madde, Sözleşme'nin en temel maddelerinden biri olarak kabul edilmektedir ve bu madde kapsamında söz konusu olan yükümlülüklerin azaltılmasına (derogation) izin verilmemektedir. Sözleşme'nin 3. Maddesiyle birlikte Avrupa Konseyi'nin oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerinden

1 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi aynen şu şekildedir:

Yaşama hakkı

1. Herkesin yaşama hakkı yasayla (hukukla) 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.

2 Bu davada, Rus Devleti, kullanılan gazın öldürücü nitelikte olmadığını öne sürmüş ve bu nedenle Sözleşme'nin yaşama hakkına ilişkin 2. Maddesinin bu olayda uygulanamayacağını savunmuştur. Mahkeme, yukarıda belirtilen gerekçelerle bu itirazı reddetmiştir.

biri olarak kutsallaştırılmıştır. Bu nedenle, yaşamdan yoksun bırakmanın haklı görüldüğü durumlar katı bir şekilde (strictly) yorumlanmalıdır (bakınız Salman-Türkiye [BD],³ no. 21986/93,⁴ § 97,⁵ ECHR 2000-VII).

2. Maddenin metni bizzat göstermektedir ki, kanunu uygulamakla görevli kişiler (kolluk) tarafından ölümcül güç kullanılması belirli durumlarda haklı görülebilir. Bununla birlikte, 2. Madde onlara sınırsız bir yetki tanımamaktadır. Devlet görevlilerinin keyfi ve kontrolsüz (unregulated) eylemleri insan haklarına etkin saygıyla bağdaşmamaktadır. Bunun anlamı, ulusal hukukta zor kullanmaya izin verilmiş olsa da, keyfiliğe ve gücün kötüye kullanılmasına [bakınız, mutatis mutandis,⁶ Hilda Hafsteinsdóttir-İzlanda, no. 40905/98, § 56, 8 Haziran 2004; ayrıca bakınız İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorumlar, no. 6, 6. Madde, 16. Dönem (1982), § 3] ve hatta önlenabilir kazalara karşı yeterli ve etkin önlemler sağlayan bir sistem çerçevesinde polis operasyonları ulusal hukuk tarafından yeterince düzenlenmelidir.

Bir “polis operasyonu” sırasında yetkililer tarafından ölümcül güç kullanıldığında devletin Sözleşme kapsamındaki negatif yükümlülüklerini pozitif yükümlülüklerinden ayırmak zordur. Böyle davalarda Mahkeme, genellikle polis operasyonunun yetkililer tarafından, mümkün olduğunca, ölümcül güce başvurmayı ve can kayıplarını minimize edecek şekilde planlanıp planlanmadığını ve kontrol edilip edilmediğini ve bir güvenlik operasyonunun yöntemlerin ve araçların seçiminde tüm olası tedbirlerin alınıp alınmadığını inceleyecektir (bakınız Ergi-Türkiye, 28 Temmuz 1998, Raporlar 1998-IV, § 79; ayrıca bakınız McCann ve Diğerleri-Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995, A Serisi no. 324, §§ 146-50, § 194; Andronicou ve Constantinou-Kıbrıs, 9 Ekim 1997, Raporlar 1997-VI, § 171, §§ 181, 186, 192 ve 193 ve Hugh Jordan-Birleşik Krallık, no. 24746/95, §§ 102-04, ECHR 2001-III).

Sözleşme'nin 2. Maddesi kapsamında yetkililerin pozitif yükümlülükleri mutlak/koşulsuz (unqualified) değildir. Yaşama yönelik varsayılan her tehdit, yetkilileri riski önlemek için özel önlemler almaya zorlamaz. Özel önlemler alma yönünde bir görev, sadece yetkililerin yaşama yönelik

3 Büyük Daire

4 Başvuru numarası

5 Paragraf numarası

6 Latince olan bu kelime, “kıyasen, gerekli değişikliklerin yapılması şartıyla, duruma göre üzerinde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra aynen” gibi anlamlara gelmektedir (bakınız tureng.com ve zargan.com).

gerçek ve yakın bir riskin bulunduğunu bildikleri ya da bilmeleri gerektiği ve yetkililerin durum üzerinde belirli derecede hâkimiyetlerinin bulunduğu hallerde ortaya çıkar (bakınız, mutatis mutandis, Osman-Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998, § 116, Raporlar 1998-VIII; ayrıca bakınız mevcut davanın 18 Mart 2010 tarihli kabuledilebilirlik kararı). Mahkeme, savunma yapan devletten davanın koşullarında sadece “olası/mümkün” böyle önlemleri almasını isteyecektir (bakınız yukarıda değinilen Ergi). Söz konusu pozitif yükümlülük, modern toplumların güvenliğini sağlamadaki zorlukları, insan davranışlarının öngörülemezliğini ve belirli bir faaliyete ilişkin tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılması gerektiğini akılda tutarak, yetkililere imkânsız veya aşırı bir sorumluluk yüklemeyecek şekilde yorumlanmalıdır (bakınız Makaratzis-Yunanistan [BD], no. 50385/99, ECHR 2004-XI, § 69, daha ileri referansla; ayrıca bakınız yukarıda değinilen Osman ve Maiorano ve Diğerleri-İtalya, no. 28634/06, § 105, 15 Aralık 2009).

3.3. Uygulanan İncelemenin Standardı

62

Kural olarak her ölümcül zor kullanma Sözleşme'nin 2. Maddesinin 2. Paragrafının (a), (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen amaçlarından en az birinin elde edilmesi için “kesinlikle gerekli” olandan daha fazla olmamalıdır. Bu ifade göstermektedir ki, Devletin eyleminin Sözleşme'nin 8 ila 11. Maddelerinin 2. Paragrafları kapsamındaki “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı konusunda karar verilirken genellikle uygulananandan daha katı ve daha zorlayıcı bir gereklilik testi kullanılmalıdır. Sonuç olarak, kullanılan güç izin verilen amaçların elde edilmesi için katı bir şekilde orantılı olmalıdır (bakınız yukarıda değinilen McCann ve Diğerleri, §§ 148-49; ayrıca bakınız Gül-Türkiye, no. 22676/93, §§ 77 ve 78, 14 Aralık 2000).

Mahkeme devletlerin kendi halklarını terörist saldırılardan korurken karşılaştıkları zorlukların gayet farkındadır ve bu problemin karmaşıklığını bilmektedir (bakınız Ramirez Sanchez-Fransa [BD], no. 59450/00, § 115, ECHR 2006-...). Daha çok Rusya özelinde, Kuzey Kafkaslardaki çeşitli ayrılıkçı hareketlerden kaynaklanan terörizm onbeş yıldan fazla bir süredir Rusya'nın milli güvenliğine ve kamu huzuruna yönelik önemli bir tehdit oluşturmaktadır ve terörizmle mücadele Rus yetkililerin yasal (meşru) bir meşguliyetidir.

Rehin alma, maalesef, son yıllarda yaygın bir olay olmasına rağmen, 23-26 Ekim 2002 tarihleri arasındaki kriz daha önce yaşananların hepsini

geride bıraktı ve bu olayı gerçekten istisnai bir durum haline getirdi. Yüzlerce rehinenin hayatı tehlikedeydi. Teröristler ağır silahlıydı, iyi eğitimliydi ve kendilerini amaçlarına adanmışlardı. Saldırının askeri yönü dikkate alındığında hiçbir özel ön tedbir alınmazdı. Rehin alınması yetkililer açısından beklenmedik bir şekilde gerçekleşti (bakınız, tersi, Isayeva-Rusya Davası, no. 57950/00, §§ 180, 24 Şubat 2005). Dolayısıyla taarruz için yapılan askeri hazırlıklar çok hızlıca ve tam bir gizlilik içerisinde yapılmak zorundaydı. Binanın içerisindeki durumun yetkililerin kontrolünde olmadığı dikkate alınmalıdır. Böyle bir durumda Mahkeme, yetkililer tarafından zor ve endişe verici kararlar alınmak zorunda olduğunu kabul etmektedir. Şimdi, geriye bakıldığında, yetkililer tarafından alınan bazı kararlar şüpheye açık görünse bile ilgilenilen durumun en azından askeri ve teknik yönleri açısından onlara takdir marjı tanımaya hazırdır.

Buna karşın, operasyonun sonraki aşamasının Mahkeme tarafından daha sıkı bir incelemeye tabi tutulması gerekmektedir. Bu, ciddi bir zaman baskısının bulunmadığı ve durumun kontrolünün yetkililerde olduğu böyle aşamalar açısından özellikle geçerlidir.

Böyle bir analiz yöntemi yeni değildir. Bu yöntem örneğin yukarıda değinilen Isayeva davasında,⁷ § 180, uygulanmıştır. Bu davada Mahkeme, “O zamanki Çeçenistan’da yaşanan çatışma (conflict) şartlarında, [ayaklanma karşıtı] önlemlerin askeri hava ve topçu birlikleri de dâhil ağır silahlarla donatılmış askeri birliklerin savaş düzeni almalarını da muhtemelen içerebileceğine” karar vermiştir. Bu tespit, Mahkeme’nin, askeriye tarafından ayırım gözetmeksizin ağır silahların kullanıldığı, Çeçen isyancıların köye girmelerini önleyemedikleri, “insani yardım koridorunun” güvenliğini sağlayamadıkları vb. nedenlerle Sözleşme’nin ihlal edildiğine karar vermesine engel olmamıştır. Ancak, böyle çatışmalarda ordunun kullanılmasının haklı olduğunu kabul ederek Mahkeme, yetkisinde olmayan stratejik siyasal tercihler (Çeçenistan’da askeri güç kullanılması) ile denetleyebileceği durumun diğer bir yönü arasına net bir çizgi çekmiştir.

7 Bu davada, büyük bir isyancı grup başvuranın 20.000 civarında nüfusa sahip köyüne girmiştir. Buna karşılık olarak Rus silahlı güçleri, füze saldırısı ve yüksek patlama gücüne sahip hava bombaları kullanarak köye havadan ağır silahlarla saldırmışlardır. Rus askeri uçağından düşen bir bomba, köyden kaçmaya çalıştıkları sırada, başvuranın ailesinin bulunduğu minivanın yakınında patlamıştır. Olayda başvuran yaralanmış, bir oğlu ve üç yeğeni ise ölmüştür.

Mahkeme, mevcut davanın Isayeva ile benzer olduğunu iddia etmemektedir; tam tersine iki dava arasında büyük farklılıklar vardır. Bunun için, mevcut davada rehin alma olayı yetkililer açısından beklenmedik bir şekilde gerçekleşti, rehinelere kendileri Isayeva'da sivillerin olduğundan daha nazik (vulnerable) bir durumdaydılar ve yetkililer tarafından seçilen araçlar (gaz), Isayeva'dan (bomba) daha az tehlikeliydi. Mahkeme'nin yapmak istediği şey, Isayeva'da uygulanan aynı metodolojik yaklaşımı benimsemek ve denetim altındaki olayın farklı yönlerini farklı oranda incelemeye tabi tutmaktır.

3.4. Zor Kullanılması

3.4.1. Tiyatroya Girilmesi ve Gaz Kullanılması

Mahkeme, zor kullanmanın sadece Sözleşme'nin 2. Maddesinin 2. Fıkrasında listelenen sebeplerden biri söz konusu olduğunda, yani (a) bir kişinin hukuka aykırı şiddetten korunması; (b) hukuku uygun bir yakalamanın gerçekleştirilmesi ya da kaçışın önlenmesi veya (c) bir ayaklanma ya da isyanın bastırılması amacıyla, haklı kabul edilebileceğini tekrarlamaktadır.

64

Sorun, bu amaçlara daha az şiddet içeren başka araçlarla ulaşıp ulaşılamayacağıdır. Başvuranlar, rehine krizinin barışçıl bir şekilde çözülmesinin mümkün olduğunu ve eğer yetkililer müzakereleri sürdürselerdi hiç kimsenin öldürülmemiş olacağını iddia etmişlerdir. Bu şikâyetin çözümünde, Mahkeme olayların yaşandığı zamanda yetkililerin sahip olduğu bilgileri dikkate almalıdır. Mahkeme, kamu görevlileri tarafından güç kullanılmasının esaslı gerekçelerle o sırada gerçek olduğuna ilişkin samimi bir inanca dayanması halinde, daha sonra yanlışlığı ortaya çıksa bile, haklı görülebileceğini tekrarlamaktadır (bakınız yukarıda değinilen McCann ve Diğerleri kararı, § 200).

Mahkeme genel olarak “yakalanacak kişinin yaşama ya da beden bütünlüğüne karşı tehdit sergilemediğinde veya bir şiddet suçu işlediğinden şüphelenilmediğinde” ölümcül güç kullanımına gerek olmadığını tekrar ifade etmektedir (bakınız Nachova ve Diğerleri-Bulgaristan⁸ [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, § 95, ECHR 2005-VII).

⁸ Nachova-Bulgaristan davasında, askerlik görevini yapmakta olan iki roman genç, küçük bir suçlama (izinsiz görevden ayrılma suçu) nedeniyle onları yakalamaları emredilen jandarmalar tarafından vurularak öldürülmüştür. Bu davada Mahkeme, silahsız ve tehlikesiz oldukları bilinen bu kişilerin durmaları, aksi takdirde ateş edileceğinin bildirilmesine rağmen

Mahkeme, mevcut davadaki durumun oldukça farklı olduğunu yinelemektedir: Teröristlerin sergilediği tehdit gerçek ve çok ciddiydi. Yetkililer teröristlerin birçoğunun daha önce Çeçenistan'daki Rus birliklerine karşı silahlı mücadeleye katıldıklarını biliyorlardı. Bu kişiler iyi eğitilmiş, ağır silahlı ve kendilerini amaçlarına adanmışlardı (Mahkeme'nin rehin alan kişinin "azıllı bir suçlu ya da terörist" olmadığını vurguladığı Andronicou ve Constantinou-Kıbrıs davasının⁹ aksine, 9 Ekim 1997, § 183, Raporlar 1997-VI). Ana salona kurulmuş olan aletlerin patlaması, belki de bütün rehinelere öldürecek ve teröristler eğer talepleri karşılanmazsa bu aletleri patlatmaya hazır dılar.

Zor kullanmanın bir prensip olarak haklı olduğunu kabul ederek Mahkeme şimdi diğer soruna, yani güvenlik güçleri tarafından kullanılan aracın (gaz) uygun olup olmadığına geçecektir.

Mahkeme, ilk olarak, önceki birçok davada ölümcül güç kullanmayla ilgili mevcut yasal ya da düzenleyici yapının (regulatory framework) denetlendiğini tekrar etmektedir (bakınız yukarıda değinilen McCann ve Diğerleri,¹⁰ § 150 ve Makaratzis,¹¹ §§ 56-59). Aynı yaklaşım, zor kullanma hakkındaki kanunların ve düzenlemelerin yeterince ayrıntılı olması gerektiğini ve izin verilen silahların ve mühimmatın türünü belirtmesi gerektiğini bildiren Birleşmiş Milletler Temel İlkeleri'nde¹² de gösterilmektedir.

yakalanmamak için kaçtıkları sırada basit bir suç sebebiyle vurularak öldürüldükleri gerekçesiyle 2. Madde ihlal edildiğine karar vermiştir.

- 9 Bu davada, Kıbrıs Özel Kuvvetler Polisine apartman dairesinde genç bir adamın nişanlısını silahla rehin aldığı ihbar edilmiştir. Polisler, apartman dairesine rehineyi kurtarmak için girdiklerinde rehineyi ve kendilerini savunmak için ölümcül güç kullanarak her ikisini de öldürmüşlerdir. Mahkeme, olay ve olguları dikkate alarak asıl (fiili) öldürmenin "katı bir şekilde orantılı" olduğuna karar vermiştir (Ayrıca, dörde karşı beş oyla operasyonun planlanması ve idaresinin de "katı bir şekilde orantılı" olduğuna karar vermiştir).
- 10 Bu davada, IRA üyesi üç kişi Cebelitarık'ta SAS askerleri tarafından sokakta vurularak öldürülmüştür. Bu kişilerin kamuya ait bir yerde park halindeki bir araç içine yerleştirdikleri uzaktan kumandalı tahrip gücü yüksek bombayı patlatarak çok sayıda kişinin ölümüne neden olacaklarından şüphelenilmiştir. Ancak ne şüphelilerin üzerinde ne de araçta böyle bir düzenek bulunmamaktaydı. Aslında, araç bir park alanına daha sonra gerçekleştirilecek bir bombalama eylemi için bırakılmıştı ve şüpheliler Cebelitarık'ta keşif yapıyorlardı.
- 11 Bu davada Atina'nın merkezinde kırmızı ışıkta durmadan geçen başvuran, birkaç polis arabası ve motosikleti tarafından takip edilmiştir. Başvuranın aracı durdur(a)maması üzerine polis aracına ateş etmiş, onu sağ kolundan, sağ ayağından, sol kalça ve göğsünden vurmuştur.
- 12 Birleşmiş Milletler Kolluk Görevlileri (Law Enforcement Officials) Tarafından Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeleri (BM İlkeleri), Birleşmiş Milletler'in 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihinde arasındaki Havana'da (Küba) toplanan 8. Kongresinde kabul edilmiştir.

Mevcut davada, “bir kişiyi hukuka aykırı şiddetten koruma” temelinde haklı görülebilecek tiyatroya girilirken zor kullanılması sorunundan daha önemlisi, rehine krizinin çözülmesi için daha az şiddet içeren araçların kullanılmasının mümkün olup olmadığıdır.

Olayın zorluğu ve karışıklığı, teröristlerin silahlı ve tehlikeli olmaları, her an birçok insanı kaybetme riski bulunması gibi koşullar yetkililerin zor kullanmanın kötünün iyisi (the lesser evil) olduğuna inanmalarına neden olmuştur.

Tehlikeli ve hatta potansiyel olarak öldürücü nitelikte gaz kullanılması, rehinelere ve rehinelere kurtarmaya çalışanların hayatlarını tehlikeye atmasına rağmen, rehinelere hayatta kalmaları için büyük bir fırsat sunmuştur. Gerçekten, gaz kullanılması rehinelere kurtarılmasını kolaylaştırmış ve patlama olasılığını azaltmıştır.

Bu nedenle Mahkeme, olayın koşulları içinde, yetkililerin müzakereleri sonlandırma ve rehine krizini tiyatroya girerek ve gaz kullanarak çözme kararlarının yerinde olduğu ve 2. Maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

66

3.4.2. Kurtarma ve Tahliye Operasyonu

Yukarıdaki sonuç, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 2. Maddesi kapsamında yetkililerin pozitif yükümlülüklerine uygun bir şekilde sonraki kurtarma

Mahkeme'nin birçok kararında (örneğin bakınız Giuliani ve Gaggio-İtalya [BD], no. 23458/02, 24 Mart 2011, § 154) atıfta bulunduğu bu ilkelerin bazıları şunlardır:

“1. Hükümetler ve kanunen yetkili kuruluşlar, kolluğun (kanunları uygulayanların) zor ve silah kullanmalarıyla ilgili yasalar çıkarıp düzenlemeler yaparlar ve bunları yerine getirirler. Hükümetler ve kanunen yetkili kuruluşlar bu tür kurallar koyup düzenlemeler yaparlarken, zor ve silah kullanma ile bağlantılı olan ahlaki sorunları her zaman göz önünde tutarlar.

...

11. Kolluğun silah kullanması konusunda tüzük veya yönetmelikler şu konularda hükümler içerir:

- (a) Kolluğun hangi şartlarda silah taşımaya yetkili oldukları belirtilir ve taşınmasına izin verilen silahlar ile mühimmatın türleri gösterilir.*
- (b) Silahların sadece gerekli durumlarda ve gereksiz zarar riskini asgariye indirecek tarzda kullanılması sağlanır.*
- (c) Haksız bir yaralamaya sebep olacak veya gereksiz bir tehlike oluşturacak şekilde silah ve mühimmat kullanılması yasaklanır.*
- (d) Kolluğun, verilen silahlar ve mühimmattan sorumlu olmalarını sağlayan usuller dâhil, silahların kontrolü, depolanması ve zimmet şekli düzenlenir.*
- (e) Gerektiğinde silah kullanılacağı zaman, yapılacak uyarılar yer alır.*
- (f) Kolluğun görevlerini yerine getirirken silah kullanması halinde, bunun daha sonra haber verilmesi için bir sistem öngörür.”* (Bu ilkeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları-20 Seçme Karar kitabından alınmıştır. Çeviren: Hasan Kemal ELBAN, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, T.C. Yargıtay Başkanlığı, Şen Matbaa, Ankara 2011).

operasyonunu planlamış ve uygulamış olup olmadıklarını denetlemesine engel değildir. Şöyle ki, yetkililer gazın rehineler üzerindeki etkisini en aza indirmek, onları hızlıca tahliye etmek ve onlara ihtiyaç duydukları tıbbi yardımı sağlamak için gerekli tüm önlemleri almışlar mıydı? (bakınız yukarıda değinilen McCann ve Diğerleri, §§ 146-50 ve § 194; yukarıda değinilen Andronicou ve Constantinou, §§ 171, 181, 186, 192, 193 ve Hugh Jordan-Birleşik Krallık, no. 24746/95, §§ 102-04, AİHS 2001-III). Davanın bu yönüyle ilgili birçok olay taraflar arasında tartışmalıdır. Mahkeme, bu açıdan olayları tespit kapasitesinin sınırlı olduğunu tekrarlamaktadır. Sonuç olarak ve ikincillik (subsidiarity)¹³ ilkesi doğrultusunda, Mahkeme, mümkün olduğunca, ülke içindeki ehil yetkililerin tespitlerine güvenmeyi tercih etmektedir. Bunu söylemek, Mahkeme'nin denetleme yetkisinden tamamıyla vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. Belirli bir davanın koşulları öyle gerektirdiğinde, özellikle bir mağdurun ölümünün Devlet görevlileri tarafından ölümcül güç kullanılmasına bağlanabilir olduğunda, Mahkeme farklı bir delil değerlendirmesi yapabilir [bakınız Golubeva-Rusya, no. 1062/03, § 95, 17 Aralık 2009; ayrıca bakınız, mutatis mutandis, Matko-Slovenya, no. 43393/98, § 100, 2 Kasım 2006 ve Imakayeva-Rusya, no. 7615/02, § 113, AİHS 2006-XIII (özetler)]. Mahkeme, “kişilerin özel olarak kamu görevlilerinin kontrolü altındaki bir yerde... yaralı ya da ölü olarak bulunmaları... ve devletin karışmış olabileceğini gösteren görünüşte/zayıf (da olsa) delilin (prima facie evidence) var olması durumunda söz konusu olaylar tamamıyla yalan olabileceği ya da büyük ölçüde yetkililere özgü bilgi kapsamında bulunabileceği için ispat yükünün de devlete geçebileceğini ayrıca tekrarlamaktadır. Eğer önemli belgeleri olayların belirlenebilmesi için ortaya koymazlarsa ya da tersine, tatmin edici ve ikna edici bir açıklama yaparsa (bundan) güçlü sonuçlar çıkarılabilir” (bakınız Varnava ve Diğerleri-Türkiye [BD], no. 16064/90 v.s., § 184, AİHS 2009-...). Hükümet Mahkeme önündeki yargılama

13 İkincillik (subsidiarity) ilkesi, devletlerin hâkimiyetine saygının bir gereği olarak insan hakları ile ilgili bir sorunu çözmeye yetkisinin öncelikle ilgili devlete ait olması, ancak ilgili devletin bir çözüm bul(a)maması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkili olması anlamına gelmektedir. İkincillik ilkesi, temelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üç farklı maddesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme'nin 1. Maddesi gereğince taraf devletler, “kendi yetki alanları içerisinde bulunan herkesin hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamayı” taahhüt etmektedir. Sözleşme'nin 13. Maddesindeki düzenlemeye göre, ilgili devlet hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen herkes için etkili bir başvuru hakkı tanımalıdır. Yine bu ilkenin bir yansıması olarak Mahkeme'ye ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvuru yapılabilir (Sözleşme'nin 35/1. Maddesi).

sırasında önemli bir delili ortaya koymazsa, Sözleşme'nin eski 38 § 1 (a) maddesi gereğince bu onlardan istendiği için (şimdi Devletlerin başvurunun tam ve etkin bir şekilde incelenebilmesi için tüm gerekli kolaylıkları sağlaması gerektiğini düzenleyen Sözleşme'nin 38. Maddesi-bakınız Tanrıkulu-Türkiye [BD], no. 23763/94, § 70, AİHS 1999-IV ve Timurtaş-Türkiye, no. 23531/94, §§ 66 ve 70, AİHS 2000-VI) Mahkeme (bundan) olumsuz çıkarımlar yapabilir.

Dahası, Devlet elindeki bütün delilleri açıkladığında bile, bu deliller mağdurun ölümüyle ilgili "tatmin edici ve ikna edici" bir açıklama sunmak açısından hala yetersiz olabilir. Daha genel olarak, iç hukukta yürütülen bir soruşturmanın sonucunda elde edilen delillere ve iç hukuktaki yargılama kapsamında tespit edilen olaylara Mahkeme'nin güvenmesi büyük ölçüde iç hukuktaki soruşturma sürecinin nitelikli, kapsamlı (thorough), tutarlı vb. olmasına bağlıdır (bakınız yukarıda değinilen Golubeva, § 96 ve Maslova ve Nalbandov-Rusya, no. 839/02, §§ 101 vd. AİHS 2008-... (özetler); ayrıca bakınız Betayev ve Betayeva-Rusya, no. 37315/03, § 74, 29 Mayıs 2008; Isayeva ve Diğerleri-Rusya, no. 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, §§ 179 vd., 24 Şubat 2005).

68

Mahkeme, yetkililerin etkin bir soruşturma yapmamasının her zaman için olumsuz sonuç çıkartılacak bir durum olmadığını vurgulamaktadır – örneğin bakınız, Khashiyev ve Akayeva-Rusya davaları, no. 57942/00 ve 57945/00, 24 Şubat 2005; Luluyev ve Diğerleri-Rusya, no. 69480/01, AİHS 2006-... (özetler) ve Zubayrayev-Rusya davası, no. 67797/01, § 83, 10 Ocak 2008.

Mahkeme, mevcut davada, kurtarma operasyonunun ani ve plansız gelişmediğini vurgulamıştır. Çok sayıda kişinin tıbbi yardıma ihtiyaç duyması sürpriz değildi ve önceden bazı genel hazırlıklar yapılmış olmalıydı.

Buna rağmen, yetkililerin yeterince hazırlık yapmadıkları açıktır. Hükümet, tahliye planını anlatan kapsamlı hiçbir yazılı belge sunamamıştır. Kriz masası, yüzlerce doktora, kurtarma çalışanına ve diğer kişilere rehinelere yardım için seferber olmaları talimatını vermiştir. Ancak, bu kişilerin koordineli çalışmaları için çok az şey yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu hata, birçok görgü tanığı ve diğer delillerle doğrulanmaktadır. Tahliye ile ilgili bazı video kayıtlarından da herkesin kendi inisiyatifiyle çalıştığı görülmektedir. İyi bir kurtarma planı doğrultusunda hareket edilmemesi, belki de bazılarının birden fazla kez

panzehir enjekte edilirken, bazılarında hiç yapılmamasına neden oldu. Canlı ve ölü bedenler aynı otobüste birlikte taşındı. Otobüslerde tıbbi yardım bulunmamaktaydı. Daha kötüsü, mağdurların çeşitli hastaneler arasında nasıl dağıtılacaklarına dair açık bir plan yoktu. Bu nedenle, birçok ambulans ve şehir otobüsü mağdurları en yakın hastanelere götürdü. Böylece, bu hastanelerde tıkanıklık yaşandı ve mağdurlara tıbbi yardım uygulanması gecikti.

Dahası, video kayıtları binaya girişin başladığı 5.30'dan tahliyelerin başladığı 7.05'e kadar mağdurların gaza maruz kaldıklarını göstermektedir. Tahliyelerin neden bu kadar geciktiği ve gaz yayılması ile tahliyelerin başlaması arasında 90 dakikadan fazla bir süre geçmesine rağmen neden doktorların ve kurtarma çalışanlarının gaz kullanıldığı konusunda bilgilendirilmedikleri açık değildir. Önceden uyarı yapılmış olsaydı rehinenin çoğuna daha yerinde bir tedavi uygulanabilirdi.

Ölüm sonrası raporlar, rehinenin çoğunluğunun hastane yolunda oldukları zaman dilimine ve hastaneye ulaştıktan hemen sonrasına denk gelen 8 ila 8.30 arasında öldüklerini göstermektedir. Acil tıbbi yardım bu yüzden çok önemlidir.

Mahkeme, bu nedenlerle, kurtarma operasyonunun planlanması ve uygulamasındaki yetersizlikler sonucu Rus yetkililerin kurtarma operasyonu sırasında sivil kayıpları en aza indirmek için bütün önleyici nitelikteki olası tedbirleri tam olarak almadıklarına ve 2. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

3.5. Soruşturmanın Etkinliği

Mahkeme 2. Maddenin usuli bir pozitif yükümlülük içerdiğini yinelemektedir: Yetkililerin zor kullanması neticesinde kişiler öldürüldüğünde etkin resmi bir soruşturma yapılması gerektiği zımnen (implication) istenmektedir (bakınız yukarıda değinilen, mutatis mutandis, McCann ve Diğerleri, § 161 ve Kaya-Türkiye, 19 Şubat 1998, Raporlar 1998-I, § 105).

Mahkeme her soruşturmanın zorunlu olarak başarılı olması ya da müştekinin iddia ettiği olaylarla örtüşen bir sonuca ulaşması gerekmediğini belirtmektedir. Ancak, prensip olarak davaya konu olayların ortaya konulmasını sağlayacak ve eğer iddiaların doğruluğu ispatlanırsa, sorumluları belirleyecek ve cezalandıracak kapasitede olmalıdır (bakınız Mahmut Kaya-Türkiye, no. 22535/93, § 124,

AİHS 2000-III; ayrıca bakınız Paul ve Audrey Edwards-Birleşik Krallık, no. 46477/99, § 71, AİHS 2002-II).

Bir soruşturma “etkin” olmak için Sözleşme'nin 2. ve 3. Maddesi kapsamında Mahkeme'nin içtihatlarıyla oluşturulan birkaç temel gerekliliği karşılamalıdır: Kapsamlı (bakınız Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan, 28 Ekim 1998, §§ 103 vd., Raporlar 1998-VIII; ayrıca bakınız yukarıda değinilen, mutatis mutandis, Salman-Türkiye, § 106, AİHS 2000-VII; Tanrıkulu-Türkiye [BD], no. 23763/94, §§ 104 vd., AİHS 1999-IV; ve Gül-Türkiye, no. 22676/93, § 89, 14 Aralık 2000), uygun/yerinde (expedient) (bakınız Labita-İtalya [BD], no. 26772/95, §§ 133 vd., AİHS 2000-IV; yukarıda değinilen Timurtaş-Türkiye, § 89; Tekin-Türkiye, 9 Haziran 1998, § 67, Raporlar 1998-IV ve Indelicato-İtalya, no. 31143/96, § 37, 18 Ekim 2001) ve bağımsız (bakınız Oğur-Türkiye, [BD], no. 21954/93, §§ 91-92, AİHS 1999-III; ayrıca bakınız Mehmet Emin Yüksel-Türkiye, no. 40154/98, § 37, 20 Temmuz 2004 ve Güleç-Türkiye, 27 Temmuz 1998, §§ 80-82, Raporlar 1998-IV) olmalıdır ve soruşturmanın belgeleri (materials) ve sonuçları mağdurun yakınları açısından yeterince ulaşılabilir olmalıdır (bakınız Oğur-Türkiye [BD], no. 21594/93, § 92, AİHS 1999-III ve Khadzhaliev ve Diğerleri-Rusya, no. 3013/04, § 106, 6 Kasım 2008), bir dereceye kadar (soruşturmanın belli ölçüde gizli yürütülmesi)¹⁴ soruşturmanın etkinliğini ciddi bir şekilde etkilemez.

Daha açıkçası, “kapsamlı soruşturma” yapma koşulu, yetkililerin ne olduğunu ortaya çıkartmak için ciddi çabada bulunmaları gerektiği, soruşturmayı kapatmak için ya da kararlarına esas olarak aceleci veya temelsiz kanaatlere dayanmaması gerektiği anlamına gelmektedir. Görgü tanıklarının ifadeleri, adli deliller vb. dâhil olayla ilgili delilleri güvenceye almak için ulaşabilecekleri tüm makul tedbirleri almalıdırlar. Yaraların sebebinin ya da sorumlu kişilerin kimliğinin belirlenmesi olanağını zayıflatan soruşturmadaki her eksiklik bu standardı ihlal etme riski taşıyacaktır (Birçok karar arasından bakınız, Mikheyev-Rusya, no. 77617/01, §§ 107 vd., 26 Ocak 2006 ve Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan, 28 Ekim 1998, Raporlar 1998-VIII, §§ 102 vd.).

Son olarak, soruşturmanın sonuçları ilgili bütün unsurların kapsamlı, objektif ve tarafsız bir analizine dayanmalıdır. Açık bir soruşturma

14 Çevirmenin yorumu

silsilesinin takip edilmemesi soruşturmanın, davanın koşullarını ve sorumluların kimliğini belirleme olanağını azaltır (bakınız Kolevi-Bulgaristan, no. 1108/02, § 201, 5 Kasım 2009). Yine de, etkin bir soruşturmanın en alt basamağını karşılayan bir incelemenin niteliği ve ölçüsü her davanın kendi koşullarına bağlıdır. Bu koşullar, ilgili olaylar temelinde ve soruşturmanın pratik gerçeklikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidirler (bakınız Velcea ve Mazăre-Romanya, no. 64301/01, § 105, 1 Aralık 2009).

Mahkeme, mevcut davada, teröristlerle ilgili soruşturmanın oldukça yeterli ve başarılı olduğunu belirtmiştir.

Ancak Mahkeme'ye göre, kurtarma operasyonu ile ilgili soruşturma açıkça yetersizdir. En başta, kullanılan gazın formülü belirlenmemiştir. Dahası, soruşturmayı yürüten ekip, kriz masasında görev yapan tüm kişileri sorgulamak için hiçbir girişimde bulunmamıştır. Oysaki bu sayede, operasyonun planlanması ve gazın hangi oranda kullanıldığı gibi konularda daha fazla bilgi edinilebilirdi. Ayrıca, operasyonda görev yapan özel ekibin ve diğer tesadüfî tanıkların da ifadeleri alınmamıştır. Kriz masasının çalışmasıyla ilgili belgelerin “imha edilmiş” olması gerçekten şaşırtıcıdır. Sonuç olarak, Mahkeme, gaz kullanma kararının ne zaman ve kim tarafından alındığını, ne kadar sürede yetkililerin gazın olası yan etkilerini değerlendirmek zorunda kaldığını ve niçin kurtarma operasyonuna katılan diğer grupların gaz kullanıldığı hakkında bu kadar geç bilgilendirildiğini bilememektedir. Belirlenemeyen diğer bazı bilgiler de şunlardır: Hastanelerde kaç doktor görevlendirilmişti ve bu sayı yeterli miydi? Ambulans ve şehir otobüslerine mağdurları nereye nakletmeleri gerektiği ile ilgili hangi talimatlar verilmişti? Olayı anlık olarak hangi yetkililer yönlendirdi ve hangi talimatlar verildi? Tahliye işleminin başlaması niçin 1,5 saat sürdü? Teröristleri öldürmek ve bombaları etkisiz hale getirmek ne kadar süre aldı?

Son olarak, kurtarma operasyonundan planlanmasından ve uygulanmasından sorumlu Federal Güvenlik Servisi (Federal Security Service-FSB) temsilcileri ve patlayıcı madde uzmanlarından oluşan soruşturma ekibi, bağımsız değildi. Dolayısıyla Mahkeme, kurtarma operasyonu süresince ihmali olduğu iddia edilen yetkililer hakkındaki soruşturmanın tam ve bağımsız olmaması nedeniyle etkili sayılamayacağı ve bu açıdan da 2. Maddenin ihlal edildiği sunucuna varmıştır.

BU NEDENLERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

- Mahkeme, zor ve gaz kullanmak suretiyle rehine krizini çözmeye karar verilmesiyle ilgili 2. Maddenin ihlal edilmediğine;
- Kurtarma operasyonunun yetersiz planlandığı ve uygulandığı gerekçesiyle 2. Maddenin ihlal edildiğine;
- Yetkililerin operasyonun planlanmasında ve uygulanmasında ihmalleri bulunduğuyla ilgili soruşturmanın etkisiz olduğu gerekçesiyle 2. Maddenin ihlal edildiğine;
- Başvuranların diğer şikâyetlerinin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.¹⁵

15 Mahkeme, bu davada ayrıca, Sözleşme'nin 41. Maddesi kapsamında 64 başvuranın tamamına toplam 1.254.000 Euro manevi tazminat ve masraflar için 30.000 Euro ödenmesini kararlaştırmıştır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’NİN
ÇETİN DOĞAN / TÜRKİYE
KABUL EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA KARARI*
(Başvuru No: 28484/10, Karar Tarihi: 10 Nisan 2012)

10 Nisan 2012 tarihinde,

Başkan

Françoise Tulkens,

Yargıçlar

Danute Jociene,

Dragoljub Popovic,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller,

ve *Daire Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith’in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Dairesi), 26 Mayıs 2010 tarihli başvuru ile ilgili yapılan müzakereler sonrasında aşağıdaki kararı vermiştir:

73

OLAY VE OLGULAR

1. Başvuran T.C. vatandaşı olup 1940 doğumludur ve İstanbul’da ikamet etmektedir. Başvuran, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi [AİHM veya Mahkeme olarak anılacaktır] AİHM önünde, İstanbul’da görev yapan avukat Elif Yarsuvat tarafından temsil edilmektedir. Emekli olmadan önce Silahlı Kuvvetler bünyesinde Kara Kuvvetleri 1. Ordu Komutanı olan başvuran halen Silivri Cezaevi’nde tutuklu bulunmaktadır.

A. Davanın Koşulları

2. Başvurunun kendine özgü koşulları, başvuran tarafından ifade edildiği şekilde, aşağıdaki gibi özetlenebilir:

* Bu karar, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe’ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

1. *Balyoz davası*

3. İstanbul Cumhuriyet Savcılığı 6 Temmuz 2010 tarihli iddianame ile *Balyoz* isimli (Fransızca “*la masse*”, İngilizce “*sledgehammer*”) suç örgütü üyesi oldukları gerekçesiyle, Silahlı Kuvvetler bünyesindeki general ve subaylardan oluşan 196 kişiye karşı ceza soruşturması başlatmıştır. Savcılık, söz konusu kişileri, 2002 ve 2003 yıllarında, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan eski Ceza Kanunu'nun 147. maddesi gereğince cezalandırılması gereken bir fiil olan, seçilen hükümeti şiddet kullanarak devirmek amacıyla askeri darbe yapmayı tasarlamakla suçlamıştır.

4. İstanbul Cumhuriyet Savcılığı iddianamesinde; İstanbul'da 1. Ordu Komutanı olan başvuranın, 2002 yılında iktidara gelmesinden hemen sonra, AKP'nin amacının ve faaliyetlerinin Türkiye Cumhuriyeti devletinin laik yapısını tehlikeye soktuğunu düşünerek, kurulan hükümetin devrilmesi ve yerine Milli Mutabakat Hükümeti adı altında yeni bir hükümetin kurulmasını amaçlayan *Balyoz* isimli bir harekât planı hazırlamış ve denetlemiş olduğunu ifade etmiştir. Bu plan ilk olarak, Türkiye'de sıkıyönetim ilanını gerektirecek ortamın hazırlanmasını ve ardından, hükümetin devrilerek irticai faaliyetlerden arındırılmış yeni bir politik düzenin kurulmasını öngörmekteydi.

5. *Balyoz* harekât planıyla ilgili yazılı veya dijital belgeler, 1. Ordu Komutanlığı'nda bulunan ve “kozmetik oda” olarak adlandırılan ve üst düzey güvenlik önlemleriyle korunan bir yerde bulunmaktaydı. Bu belgeler 2.229 sayfa yazılı belge, 19 adet CD, 10 adet teyp kaseti halinde paketlenerek, önce bilinmeyen bir kaynak tarafından Taraf gazetesi muhabirine ulaştırılmış, ardından bu muhabir tarafından İstanbul Savcılığı'na teslim edilmiştir.

6. İstanbul Savcılığı iddianamesinde öncelikle, 1. Ordu Komutanlığı bünyesinde görev yapan bazı general ve üst düzey subayların *Balyoz* planının hazırlanmasına katıldıklarını dile getirmiştir. Daha sonra ise, başvuran ve ilk ekibinin, 1. Ordu'nun sorumluluk sahası içinde bulunan Harp Akademileri Komutanı ve Donanma Komutanı ile ve yine aynı saha içerisinde bulunan İstanbul ve Bursa Jandarma Bölge Komutanlarıyla da temas kurduğunu ve hepsinin böyle bir harekât hazırlığına katılmayı kabul ettiklerini belirtmiştir. Böylece kara, hava, deniz ve jandarma kuvvetleri birliklerinin bir kısmı *Balyoz* olarak adlandırılan kurgusal bir komutanlık altında gizli olarak bir araya getirilmişlerdir. Ankara'da

bulunan Genelkurmay Başkanlığı ve Kara Kuvvetleri Komutanlığı silahlı kuvvetlerin olağan hiyerarşik yapısı içerisinde görünmeyen bu grubun varlığından haberdar değildiler.

7. Savcılığa göre sanıklar, başvuranın emirleri ya da talepleri doğrultusunda siyasi iktidara yapılacak muhtemel müdahaleleri detaylı olarak planlamışlardır. Sanıkların çalışmaları, öncelikle ilgili birlikler bünyesinde “olasılığı en yüksek tehlikeli senaryo”nun ⁽¹⁾ hazırlanması ve daha sonra bu senaryoyu neticelendirmek için, 5-7 Mart 2003 tarihleri arasında, 1. Ordu Komutanlığı'nda (Kara Kuvvetleri) düzenlenen seminerde sunulan ve çok sayıda ek eylem planı içeren *Balyoz* isimli harekât planıyla ilgiliydi.

8. Savcılık, sanıkların beş aşamada icra edilecek olan bir strateji uygulayarak siyasi iktidarı devirmeyi tasarladıklarını ifade etmiştir.

9. Birinci aşama, *Balyoz* harekât planı ve ek eylem planları tarafından öngörülen sonraki aşamaların gerçekleştirilmesi için gerekli tüm bilgilerin toplanmasıyla ilgiliydi. Bilgi toplamanın amacı, askeri müdahale durumunda muhtemel desteklerini veya engellemelerini belirleyerek, çok sayıda kişi, dernek, sendika, üniversite, vb. çeşitli kurumlar hakkında bilgi toplamak ve sınıflandırmak idi (politik ve özel hayatlarındaki eğilimlerine göre, vb.). Bu aşama ayrıca, kamu kurumlarının ve özel şirketlerin mevki, mesafe, yetki ve göreviyle ilgili olarak daha sonraki harekâtların lojistiği için faydalı bilgileri toplamakla da ilgiliydi.

10. *Balyoz* harekât planının ikinci aşaması özellikle askeri darbe yolunu açmak amacıyla kamuoyunda güvensizlik ortamına ve hükümete düşmanca hisler beslenmesine neden olacak provokatif eylemler yapılmasını öngörmekteydi.

11. İstanbul Savcılığı'na göre *Balyoz* grubu, ikinci aşamada ifade edilen hedefe ulaşmak için ek eylem planları hazırlamıştır. Hava Kuvvetleri Komutanı ve Harp Akademileri Komutanı İ.F. tarafından hazırlanan *Oraj* eylem planı ile bir yandan Türk ve Yunan Hava Kuvvetleri arasında gerginlik yaratmak ve Ege denizi üzerinde, savaş uçakları arasında, askeri bir Türk uçağının düşmesiyle sonuçlanması gereken bir çatışmaya neden olmak ve tüm bunlar sayesinde hükümetin imajını zedelemek amaçlanmış olup; diğer yandan, irticai tehdit bahanesiyle sokakların

⁽¹⁾ Ülke için olasılığı en yüksek tehlikeli senaryo

denetiminin askeri güçler tarafından ele geçirilmesi amacıyla irticai ve islamcı gruplar tarafından Hava Kuvvetleri'ne bağlı kışlalara ve Hava Kuvvetleri Müzesi'ne saldırılması senaryosu öngörülmekteydi. *Oraj* eylem planı ayrıca, parlamentonun sıkıyönetim ilanını reddetmesi durumunda askeri uçaklarla Meclis binasının üstünden uçmak gibi sivil otoritelere karşı yıldırma faaliyetleri veya öngörülen askeri müdahaleye direnme durumunda bombardıman uçaklarıyla *Balyoz* kara kuvvetlerinin desteğini almayı öngörmekteydi.

12. İstanbul Savcılığı iddianamesinde, aynı zamanda, Donanma Komutanı Oramiral Ö.Ö. tarafından hazırlanan ve *Balyoz* eylem planının ikinci aşamasında, özellikle Deniz Kuvvetleri tarafından uygulanması öngörülen, *Suga* adlı bir başka eylem planıyla ilgili belgelere de yer vermiştir. *Suga* eylem planı, daha önce Yunanistan ve Türkiye arasında anlaşmazlık konusu olan Ege Denizi'ndeki ada, adacık ve kayalıklar konusunda, Yunanistan ile Türkiye arasında gerilim yaratmak için Deniz Kuvvetleri'nden yararlanmayı öngörmekteydi. *Suga* eylem planı nihai hedef olarak sıkıyönetim ilanını kolaylaştırmak amacıyla Türkiye'de kısmi bir seferberlik ortaya çıkmasını amaçlamaktaydı. Bu plan, gerçekleştirilecek harekât ve eylemleri detaylı olarak programlamakta ve bu faaliyetleri gerçekleştirmek üzere, isimleri *Suga* planındaki listede yer alan Deniz Kuvvetleri bünyesindeki subay ve amiralleri tek tek görevlendirmekteydi. Bu eylemler arasında Ege Denizi'nde anlaşmazlık konusu olan bölgelerde, Yunan Deniz Kuvvetleri ile küçük çaplı çatışmalara neden olmak ve Türk kamuoyunun bu mülkiyet sorunlarına ilişkin duyarlılığını artırmak ve bu alanda Yunan Hükümeti'ne yönelik bir ültimatome vermek de yer almaktaydı.

13. İstanbul Savcılığı, iddianamesinde ayrıca - aralarında jandarma personelinin de olduğu - sanıklar tarafından daha önce detaylı olarak hazırlanan ve *Balyoz* harekât planının ikinci aşamasında uygulanacak olan başka eylem planlarına da yer vermektedir. Özellikle, Jandarma Komutanı H.T. tarafından hazırlanan *Çarşaf* eylem planı, namazdan sonra Fatih Camisi'nin çıkışında bomba patlatılması ve bu olayın ardından öfkeli kalabalığın sokaklarda toplanmasını sağlamaya, muhafazakâr Fatih bölgesi esnafının, kendiliğinden ortaya çıkmış havasındaki bu gösteriye katılmasına ve bu durumun, irticacıların laik güçlere karşı ayaklandığı şeklinde kullanılmasına yönelik kışkırtma eylemleri öngörmekteydi. Dokuz jandarma personeli bu planı uygulamak, bu olaya ait görüntüleri kaydetmek ve bu görüntü kayıtlarını olayın

akabinde hızlı bir şekilde medyaya vermekle görevlendirilmişlerdi. Öte yandan Jandarma Komutanı H.Ö. tarafından hazırlanan *Sakal* eylem planı, *Çarşaf* planında öngörülene çok benzeyen ve İstanbul'da Beyazıt Camisi çıkışında gerçekleşmesi gereken bir senaryo öngörmekteydi. *Sakal* planında olduğu gibi *Çarşaf* planında da öncü görevliler, bomba yerleştiriciler, provokatörler ve video çekimi yapacak görevliler isim isim belirtilmiş ve harekâtlar dakika dakika planlanmıştı.

14. İstanbul Savcılığı ayrıca *Balyoz* planının ikinci aşaması çerçevesinde, sanıklar tarafından başka eylem planları hazırlanmış olduğunu ifade etmiştir. Bu planlardan bazıları farklı dini cemaatler arasında düşmanca duygular oluşmasını amaçlamaktaydı: *Döküm* planı, Müslüman bir dini grubun liderine; *Sakal* (II) planı, gayrimüslim bir azınlık liderine ve azınlık üyesi iş adamlarına ve *Orak* planı, bazı Ermeni gazetecilere yönelikti. Bu eylem planlarının diğer kısmı, öngörülen askeri müdahaleye karşı muhtemel engellemeleri etkisiz hale getirmeyi amaçlamaktaydı: *Tırpan* planı, askeri darbe karşıtı akademik kadroya; *Yumruk* planı, askeri darbe karşıtı ve muhafazakâr siyasi eğilimi olan bazı gazetecilere; *Kürek* planı, bazı sol eğilimli gazetecilere; *Testere* planı ise bazı liberal eğilimli kişilere yönelikti. Ayrıca, *Urgan* planı askeri müdahalelere karşı olmakla bilinen sivil toplum kuruluşlarına yönelikti. *Tırpan* planı hariç olmak üzere, sözü edilen tüm bu planlarda, hedefteki kişilerin ve tasarlanan eylemleri gerçekleştireceği öngörülen ve tamamı jandarma personeli olan *Balyoz* görevlilerinin isimlerine yer verilmektedir.

15. Bütün bunlara ek olarak İstanbul Savcılığı, ele geçirilen belgelere dayanarak, *Balyoz* harekât planının üçüncü aşamasının özellikle askeri darbenin uygulanma usulüyle ilgili olduğunu tespit etmiştir. *Balyoz* Komutanlığı altında örgütlenen ordu, önce olağanüstü hal, ardından sıkıyönetim ilan edilmesini ve son olarak seçilen hükümetin devrilmesini amaçlamaktaydı. Planın bu aşamasında, tüm lojistik araçların (araç - gereç sağlama, sağlık, nakliye, vb.) denetimini ele geçirmek amacıyla, kamu kurum ve kuruluşlarındaki kilit noktalara, *Balyoz* Komutanlığı tarafından daha önce isim isim belirlenmiş, halen görevde olan ya da emekliye ayrılmış askerlerin getirilmesi öngörülmekteydi. *Balyoz* planı, irticai faaliyetlere katılmalarından şüphe duyulan - isim isim belirlenen - kişilerin yakalanmasını, stadyum ya da büyük spor merkezleri gibi alanlarda toplanmalarını, özel olarak oluşturulmuş ekipler tarafından ifadelerinin alınmasını ve kışlalardaki tutukluluk merkezlerine sevk edilmelerini öngörmekteydi. Bu plan, yine detaylı şekilde belirlenmiş ve

irticai faaliyetlere neden olan ve bu alanda etki gösterdiğinden şüphe edilen derneklerin, vakıfların ve basın yayın kuruluşlarının faaliyetlerine son verilmesini, yöneticilerinin yakalanmasını, devlet memurlarının işlerine son verilmesini, muhalif olduğu düşünülen üniversite öğrencilerinin uzaklaştırılmasını, irticacı gruplara maddi olarak destek olmalarından şüphe duyulan şahısların mallarına *Balyoz* örgütü tarafından el konulmasını ve kamu maliyesinin kontrol altına alınmasını amaçlamaktaydı.

16. Savcılık tarafından dosyaya sunulan belgelere göre *Balyoz* eylem planının dördüncü aşaması, bir Milli Mutabakat Hükümeti kurulmasıyla ilgiliydi ve başbakan ile olası bakanların isimlerinin yer aldığı bir liste içermekteydi. Bu aşama, kamu görevlilerini görevden alıp, yerlerine birinci aşamada isimleri belirlenen şahısları getirerek devlet kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmasını; ayrıca polisin jandarma, MİT'in ise asker kökenli kişilerin kontrolüne verilmesini ve harekâtın birinci aşamasında belirlenen personelin görevden alınmasının ardından silahlı kuvvetlerin yeniden düzenlenmesini öngörmekteydi. Bu aşamada, tüm ülkede irtica tehlikesini ortadan kaldırmak için, Mili Mutabakat Hükümeti'nin askerî cunta tarafından belirlenen kadroların ve politikacıların iş başına getirilmesine kadar iktidarda kalacağı da öngörülmekteydi.

17. *Balyoz* harekât planının son aşaması ise yeni devlet kurumlarının gözetimi altında serbest genel seçimlerin düzenlenmesiyle ilgiliydi.

2. Başvuranın tutuklanması ve hakkında açılan ceza davası

18. Başvuran, İstanbul Savcılığı'nın emri üzerine, *Balyoz* harekât planı kapsamında yürütülen ceza soruşturması çerçevesinde İstanbul polisi tarafından 22 Şubat 2010 tarihinde yakalanarak gözaltına alınmıştır.

19. Savcı tarafından ifadesi alınan başvuran 26 Şubat 2010 tarihinde İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi nöbetçi hâkimi önüne çıkarılmış ve sorgusu yapıldıktan sonra tutuklanmasına karar verilmiştir.

20. Başvuran sağlığının kötüye gittiği gerekçesiyle 23 Mart 2010 tarihinde salıverilmeyi talep etmiştir.

21. Nöbetçi hâkim 1 Nisan 2010 tarihinde bu talebi kabul ederek başvuranın tahliyesine karar vermiştir.

22. İstanbul Savcılığı 2 Nisan 2010 tarihinde İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi önünde, başvuranın tahliyesine dair karara itiraz etmiştir.

23. 12. Ağır Ceza Mahkemesi 4 Nisan 2010 tarihinde, savcılığın talebini kabul ederek başvurana hakkında tutuklama müzekkeresi düzenlemiştir.

24. Başvuran 2 ve 22 Nisan 2010 tarihleri arasında Gülhane Askeri Tıp Akademisi hastanesinde yattıktan sonra, 23 Nisan 2010 tarihinde İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi nöbetçi hâkimi önüne çıkartılmış ve tutuklanmasına karar verilmiştir.

25. Başvuran, tahliye edilmesini sağlamak amacıyla 30 Nisan ve 17 Mayıs 2010 tarihleri arasında birçok defa İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurmuştur. İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, savcılığın talebine uygun olarak, delillerin durumu, başvurana atılı suçların niteliği ve hakkında kuvvetli suç şüphesi bulunması gibi gerekçelere dayanarak bu itirazları reddetmiştir.

26. Başvuran 18 Haziran 2010 tarihinde tahliye edilmiştir.

27. İstanbul Savcılığı 6 Temmuz 2010 tarihli iddianame ile İstanbul 10. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi önünde, Eski Ceza Kanunu'nun 61. maddesiyle birlikte (Bakanlar Kurulu'nu cebren ıskat teşebbüsünü cezalandıran) aynı kanununun 147. maddesi gereğince başvurana hakkında ceza davası açmıştır. Savcılık, başvurana askeri darbeye hükümeti devirmeyi amaçlayan *Balyoz* harekât planının en önemli hazırlayıcısı ve elebaşısı olmakla suçlamıştır. Ayrıca ilgiliyi, *Balyoz* harekât planını tasarlamak ve denetlemekle de suçlamıştır. Savcılık başvurana, *Balyoz* isimli harekât planını tasarlamak ve yönetmek, hedeflenen askeri darbeyi gerçekleştirmek amacıyla diğer sanıklar tarafından hazırlanan ek eylem planlarının da dâhil olduğu senaryoyu ana hatlarıyla hazırlamak ve *Balyoz* isimli örgüte mensup olan askerlere darbe kapsamında yapılacak askeri operasyonları detaylı olarak hazırlamaları doğrultusunda emir vermekle suçlamıştır. Savcılığa göre, başvurana bu hazırlıkları bizzat koordine etmiş ve 162 silahlı kuvvetler mensubunun katılımı ile 5-7 Mart 2003 tarihleri arasında Kara Kuvvetleri 1. Ordu Komutanlığı'nda seminer düzenleyerek planlama çalışmalarının son aşamasını yönetmiştir. Yine savcılığa göre, başvurana *Balyoz* harekât planının hazırlanmasına dâhil olduğuna dair bilgilere sivil ve askerler tarafından darbe yapma teşebbüsü iddiasıyla suçlanan Ergenekon örgütü davası kapsamındaki soruşturma çerçevesinde de ulaşılmıştır. Savcılık, *Balyoz* planının başarıya ulaşması durumunda, başvurana ülkenin tamamına hükmedecek şekilde komutan olacağını belirtmiştir. Savcılık, 2003 yılında, zamanın Kara Kuvvetleri Komutanı tarafından yapılan uyarı sayesinde başvurana ve bir diğer

generalin erken emekliye sevk edildiğini ve bu durumun, büyük olasılıkla, *Balyoz* harekât planının uygulanmasını engellediğini belirtmiştir.

28. Savcılık, suçlamalara dayanak olarak Ağır Ceza Mahkemesi'ne şu delilleri sunmuştur: *Balyoz* eylem planıyla ilgili 1. Ordu Komutanlığı'nda bulunan "kozmetik odada" saklanan basılı veya dijital belgeler, aralarında başvuran tarafından imzalanmış birçok belgenin de yer aldığı 2.229 sayfa belge, 19 adet CD ve 10 adet teyp kaseti ve başvuranın konuşma yaptığı toplantılara ait ses kayıtları. Savcılığa göre, başvuranın *Balyoz* harekât planının hazırlanmasına katıldığını doğrulayan bilgiler Ergenekon davası kapsamında yürütülen ceza soruşturması çerçevesinde de ele geçirilmiştir.

29. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi 23 Temmuz 2010 tarihinde başvuranın tutuklanmasına karar vermiş ve hakkında tutuklama müzekkeresi düzenlemiştir.

30. Başvuran 25 Temmuz 2010 tarihinde tekrar tutuklanmıştır.

31. Başvuran İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi hâkimlerinin tarafsız olmadıkları ve 23 Temmuz 2010 tarihli tutuklama kararını keyfi olarak verdikleri iddiasıyla 26 Temmuz 2010 tarihinde hâkimlerin reddi talebinde bulunmuştur. İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi bu talebi 8 Temmuz 2010 tarihinde reddetmiştir.

32. İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi başvuranın itirazı üzerine 6 Ağustos 2010 tarihinde salıverilmesine karar vermiştir.

33. Gölcük Donanma Komutanlığı'nda, bir başka ceza davası çerçevesinde, 6 Aralık 2010 tarihinde arama yapılmış ve *Balyoz* harekât planıyla ilgili çok sayıda ek belge ele geçirilmiştir.

34. Başvuran sağlık durumu nedeniyle mazeretli kabul edildiği ve avukatı tarafından temsil edildiği için, 11 Şubat 2011 tarihli duruşmaya katılmamıştır. 6 Aralık 2010 tarihli arama sırasında ele geçirilen belgeleri göz önünde bulunduran Ağır Ceza Mahkemesi, başvuran hakkında yeniden tutuklama müzekkeresi çıkarmıştır. Başvuranın avukatı, savcılığın tutuklama talebi ile ilgili verdiği mütalaaya karşı beyan sunma imkânı bulamamıştır.

35. Başvuran 14 Şubat 2011 tarihinde polise teslim olmuş ve Silivri Cezaevi'ne konulmuştur.

36. Başvuran 17 Şubat 2011 tarihinden itibaren Ağır Ceza Mahkemesi'ne tahliye edilme amacıyla birçok başvuruda bulunmuştur. Ağır Ceza Mahkemesi, savcılığın bu konudaki görüşüne uyarak, delillerin durumu, atılı suçların niteliği ve kuvvetli suç şüphesi gibi gerekçelere dayanarak bu başvuruları reddetmiştir.

37. *Balyoz* planıyla ilgili olan ceza davası, halen İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi önünde derdesttir.

3. Başvuranın sağlık durumu

38. Başvuran 2003 yılında bypass ameliyatı geçirmiş ve prostat kanseri nedeniyle ışın tedavisi görmüştür. 2007 yılında fitik nedeniyle ameliyat olmuştur. Ayrıca yüksek tansiyona bağlı sorunları nedeniyle sürekli sıkıntı yaşamaktadır.

39. Başvuran *Balyoz* davasıyla ilgili ceza soruşturması çerçevesinde 22 Şubat 2010 tarihinde gözaltına alınmıştır.

40. Tutukluluğunun başlangıcında başvuran yüksek tansiyon sorunlarına rağmen tüm tıbbi müdahaleleri reddetmiştir. Başvuran 18 Mart 2010 tarihinde, sağlık durumunun kötüye gitmesi nedeniyle Silivri Devlet Hastanesi'nde sevk edilmeyi kabul etmiştir. 19 ve 22 Mart 2010 tarihleri arasında yapılan muayeneler sonunda doktorlar tarafından, başvuranın üçüncü derece tam teşekküllü bir hastaneye sevki yönünde tavsiye içeren bir rapor hazırlanmıştır.

41. Başvuran, 23 Mart 2010 tarihinde Esenyurt Devlet Hastanesi'nde, 11 Mayıs 2010 tarihinde ise Bakırköy Devlet Hastanesi'nde muayene edilmiştir. Diğer tıbbi muayeneler, farklı tarihlerde, Siyami Ersek Göğüs Kalp ve Damar Cerrahisi Hastanesi'nde, Ersoy Kalp ve Damar Cerrahisi Üniversite Hastanesi'nde ve Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesi'nde yapılmıştır.

42. 1 Nisan 2010 tarihinde tahliyesine karar verilen başvuran, 2 ve 22 Nisan 2010 tarihleri arasında Gülhane Askeri Tıp Akademisi'nde tıbbi tedavi görmüştür.

43. Başvuran tedavi gördükten ve 23 Nisan 2010 tarihinde tutuklanmasının ardından, hastaneye yatırılması amacıyla farklı tarihlerde Silivri Cezaevi ve İstanbul Savcılığı nezdinde taleplerde bulunmuştur.

44. Cezaevi doktoru 10 Mayıs 2010 tarihinde başvuranın tansiyonunun çok yüksek olduğunu tespit ederek hastaneye yatırılmasına karar

vermiştir. Başvuran ertesi gün, 11 Mayıs 2010 tarihinde, Siyami Ersek Göğüs Kalp ve Damar Cerrahisi Hastanesi'ne sevk edilerek aynı gün tedavi altına alınmıştır.

45. Başvuran 24 Mayıs 2010 tarihinde yeniden Silivri Cezaevi'ne konulmuştur. Başvurayı tedavi eden doktorlar üç hafta sonra tekrar muayene edilmesini tavsiye etmişlerdir.

46. Başvuran 18 Haziran 2010 tarihinde tahliye edilmiş; 25 Temmuz ve 6 Ağustos 2010 tarihleri arasında yeniden tutuklanmıştır.

47. Başvuran sağlık durumu nedeniyle mazeretli kabul edildiği ve avukatı tarafından temsil edildiği için 11 Şubat 2011 tarihli duruşmaya katılmamıştır.

48. 14 Şubat 2011 tarihinde yeniden tutuklanan başvuran halen Silivri Cezaevi'nde tutuklu bulunmaktadır.

4. Başvuran tarafından açılan tazminat davaları

49. Başvuran bu arada, 23 Temmuz 2010 tarihinde keyfi olarak tutuklanmasına karar vermekle suçladığı İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi hâkimlerine karşı 17 Ağustos 2010 tarihinde tazminat davası açmıştır.

50. Dava halen Yargıtay önünde derdesttir.

B. İlgili İç Hukuk kuralları

1. İlgili Ceza Kanunu hükümleri

51. Olayların olduğu dönemde yürürlükte olan Eski Ceza Kanunu'nun 147. maddesi şunu öngörmektedir:

“Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren iskat veya vazife görmekten cebren menedenlerle bunları teşvik eyliyenlere ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolünür.”

52. Aynı kanunun 61. maddesi, işlendiği zamanda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde failin on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir.

2. Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümleri

53. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinin ikinci fıkrası şunu öngörmektedir:

“Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır.”

54. Tutukluluk, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. ve devamı maddelerinde ele alınmaktadır. 100. maddeye göre kişi, hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların bulunması ve tutukluluğun bu maddede sıralanan gerekçelerden biri ile haklı gösterilmesi durumunda tutuklanabilmektedir. Kaçma veya kaçma şüphesi uyandıran somut olguların bulunması, kaçma veya kaçma şüphesi bulunması ya da şüpheli kişinin delilleri yok etme, gizleme, değiştirme veya tanıkları etkileme riski bulunduğu tutukluluk hali haklı kabul edilmektedir. Aynı zamanda şüphelinin özellikle Devlet'in güvenliğine ve anayasal düzene karşı bazı suçları işlediğine dair kuvvetli şüphelerin bulunması halinde tutukluluk durumu haklı gösterilebilmektedir.

55. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101. maddesi, tutukluluğa soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından ve kovuşturma aşamasında savcının talebi üzerine ya da re'sen yetkili mahkeme tarafından hükmedilebileceğini öngörmektedir. Tutuklanma ve tutukluluk halinin devamıyla ilgili kararlar itiraz konusu olabilmektedir. Bunlara ilişkin kararlarda tutukluluğa ilişkin hukuki ve fiili nedenlerle gerekçe gösterilmelidir.

56. Kanunun 104. maddesine göre şüpheli veya sanık yargılamanın her aşamasında serbest bırakılmayı talep edebilmektedir. Tutukluluğun devamı ya da serbest bırakılma kararı bir hâkim ya da bir mahkeme tarafından verilmektedir. Ayrıca serbest bırakılma talebinin reddedilmesine ilişkin karara da itiraz edilebilmektedir.

57. Yetkili makam, kanunun 103 ve 104 maddelerine bağlı olarak dile getirilen talep hakkında, savcıcıyı, şüpheliyi, sanık ya da avukatını dinledikten sonra, Kanunun 105. maddesine göre ilgilinin adli kontrol altında salıverilmesine karar verebilir veya salıverilme talebini reddedebilir.

58. Son olarak, Kanunun 260. maddesine göre, savcı, sanık ve müdahil taraf her türlü hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz edebilmektedir.

ŞİKÂyetler

59. Başvuran Sözleşme'nin 3. maddesini ileri sürerek düzenli tıbbi takip ve bazen de acil bir tıbbi müdahale gerektiği için sağlık durumunun

hapishane şartlarına uygun olmadığını iddia etmektedir. Başvuran, sadece seçtiği uzman doktorların kendi sağlık durumunun kötüye gitmesini engelleyebileceğini ve cezaevinde çalışan pratisyen doktorların acil durumda gerekli tedaviyi sağlayacak durumda olmadığını ileri sürmektedir. Örneğin 10 Mayıs 2010 tarihinde, hemen hastaneye sevk edilmediği ve bunun için ertesi günü beklemeleri nedeniyle cezaevi yetkililerini suçlamaktadır.

60. Başvuran, Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafını ileri sürerek, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının ne ulusal mevzuata, ne de Sözleşme'ye uygun olmadığını; çünkü atılı suçu işlediğine dair inandırıcı nedenler olmadan yakalandığını ve tutuklandığını iddia etmektedir. Bu bağlamda, İstanbul Savcılığının kendisine yönelik suçlamalarda bulunmasına sebep olan *Balyoz* harekât planının sadece çalışma semineri kapsamında uygulanmak üzere hazırlanan kurgusal bir senaryodan ibaret olduğunu açıklamakta ve senaryonun aslının hile yoluyla değiştirildiğini iddia etmektedir. Başvuran bu noktada, ulusal yargı organlarının Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesini Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı olarak yorumladığını da dile getirmektedir. Başvuran ayrıca, iç hukukta tutuklulukla ilgili hükümlere savcılık tarafından riayet edilmediği kanaatindedir.

61. Sözleşme'nin 5. maddesi 3. paragrafını ileri süren başvuran, sağlık durumu göz önüne alındığında, tutukluluk süresinin aşırı uzun olduğunu iddia etmektedir. Başvuran ayrıca tutukluluk halinin devam etmesi için yerel mahkemeler tarafından ileri sürülen gerekçelerin yetersiz olmasından şikâyet etmektedir.

62. Başvuran öte yandan, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. paragrafını ileri sürerek yerel mahkemeleri serbest bırakılmasına ilişkin taleplerini silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak reddetmekle suçlamaktadır. Başvuran aynı zamanda, savcılığın aksine dosyadaki bütün belgelere erişemediğini, bu nedenle de özgürlüğünden mahrum bırakılmasına itiraz etmek için etkili bir hukuk yoluna başvurma imkânından yoksun bırakıldığını iddia etmektedir. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi hâkimlerinin tutukluluğunun yasallığının denetimi hususunda tarafsız olarak görülemeyeceğini, zira salıverilme taleplerini haksız yere reddettiklerinden dolayı onlar aleyhine tazminat davası açtığını ileri sürmektedir.

63. Başvuran, Sözleşme'nin 6. maddesi 1. paragrafına dayanarak bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil yargılanma hakkında yararlanmadığını, zira özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin savunma haklarına riayet etmeden yargılamayı sürdürdüklerini iddia etmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A. Sözleşme'nin 5. maddesi, 4. paragrafı

64. Başvuran, Sözleşme'nin 5. maddesi 4. paragrafını ileri sürerek, yerel mahkemelerin serbest bırakılmasına ilişkin taleplerini silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak reddetmesinden dolayı tutukluluk halinin yasallığına itiraz etmesine imkân veren etkili bir iç hukuk yolu bulunmamasından şikâyet etmektedir.

65. AİHM, dosyanın mevcut durumu dikkate alındığında, bu şikâyetlerin kabul edilebilirliği hususunda henüz karar verebilecek aşamada olmadığını saptamış ve İçtüzüğü'nün 54. maddesi, 2. paragrafı, b) bendi uyarınca söz konusu şikâyetlerin [görüşleri alınmak üzere] davalı devlete bildirmesine karar vermiştir.

B. Sözleşme'nin 3. maddesi

66. Başvuran Sözleşme'nin 3. maddesini ileri sürerek sağlık durumunun cezaevi koşullarıyla bağdaşmadığını iddia etmektedir.

67. AİHM öncelikle bir muamelenin 3. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için, asgari ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu asgari düzey özü itibarıyla görecelidir ve ancak bir olayın kendine özgü koşullarının birlikte değerlendirilmesiyle, özellikle muamelenin içeriği ve niteliği, uygulama biçimi, süresi, fiziki ve zihinsel etkileri, bazı durumlarda cinsiyet, yaş ve mağdurun sağlık durumu gibi dava koşullarının incelenmesiyle belirlenebilecektir (diğer birçok karar arasında, özellikle bkz. *Assenov ve diğerleri / Bulgaristan*, 28 Ekim 1998, § 94, *Karar ve hükümlerin derlemesi* 1198-VIII, *Öcalan / Türkiye* [BD], no.46221/99, § 180, AİHM 2005-IV).

68. Mahkeme ardından, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerle ilgili olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin tutukluların sağlık nedenleriyle serbest bırakılabilecekleri veya belli bir tıbbi tedavi görebilmeleri için devlet hastanesine kaldırılabilecekleri konusunda genel bir yükümlülük getirdiği şeklinde yorumlanamayacağını hatırlatmaktadır (*Kudla / Polonya* [BD], no.30210/96, § 93, AİHM 2000-XI; *Kalachnikov / Rusya*,

no. 47095/99, § 95, AİHM 2002-VI). Bununla birlikte 3. madde bir devlete tüm tutukluları insanlık onuruna saygı ile bağdaşır koşullar altında tutmak, alıkoyma tedbirinin uygulanma yönteminin ilgili kişi üzerinde yarattığı sıkıntı veya zorluk derecesinin alıkonma nedeniyle kaçınılmaz olarak yaşanan acı düzeyini aşmamasını sağlamak ve mahkûmiyetin gerektirdiği uygulamalar bağlamında, ilgili kişinin sağlık durumunun, özellikle idare tarafından yeterince güvence altına alınmasını ve gerekli tıbbi bakım sunulmasını sağlamak yükümlülüğünü yüklemektedir. (bkz. yukarıda anılan *Kudla* kararı, § 94, *Mouïsel / Fransa*, no. 67263/01, § 40, AİHM 2000-IX, *Matencio / Fransa*, no. 58749/00, § 78, 15 Ocak 2004, *Kızıklar / Türkiye* (kabul edilebilirlik kararı), no.21838/02, 10 Temmuz 2007).

69. Mahkeme son olarak, ileri yaşta ve üstelik hasta olan bir kişinin uzun süren tutukluluk halinin, Sözleşme'nin 3. maddesinin koruması kapsamında değerlendirilebileceğini de hatırlatmaktadır (*Papon / Fransa* (no.1) (kabul edilebilirlik kararı), no.64666/01, AİHM 2001-VI).

86

70. Mahkeme mevcut davada öncelikle, başvuranın hastalıklarından hiçbirinin tutukluluk halinden veya tutukluluk koşullarından kaynaklanmadığını, ancak hakkında ceza davası açılmadan önce teşhis konulan ve tedavisine başlanan hastalıklar olduğunu vurgulamaktadır.

71. Mahkeme öte yandan, tutukluluğunun başlangıcında başvuranın her türlü tıbbi müdahaleyi reddettiğini kaydetmektedir. Mahkeme ayrıca, başvuran tedavi görmeyi kabul ettiğinde, cezaevi yetkililerinin ve sağlık görevlilerinin bu talebe hızla cevap verdiklerini ve başvurunu muayene edilmesi ve ilk müdahalelerin yapılması için öncelikle Silivri Devlet Hastanesi'ne (orta donanımlı bir hastane), ardından Esenyurt ve Bakırköy Devlet Hastanelerine (daha donanımlı hastaneler) sevk ettiklerini gözlemlemektedir. Daha sonra, Siyami Ersek, Ersoy ve Bakırköy Hastanelerinde ek tetkikler yapılmış, gerekli ve son tıbbi müdahalelerde bulunulmuştur.

72. Mahkeme ayrıca, başvuranın özgür olması durumunda daha uygun tıbbi tedaviden yararlanabileceği yönündeki iddiasını gerekçelendirmediğini de vurgulamakta ve özellikle, dosyada başvuranın 11 Mayıs 2010 tarihinde -kalbiyle ilgili rahatsızlığının teşhis edildiği günün ertesi günü- başka bir hastaneye sevk edilmesi nedeniyle sağlık durumunun etkilendiğini kanıtlamaya elverişli hiçbir unsurun bulunmadığını kaydetmektedir. Mahkeme ayrıca, başvuranın tutukluluğu

boyunca yapılan tedavilerin niteliğine dair hiçbir şikâyetle bulunmadığını ve özellikle sağlığı üzerinde zararlı etkilere neden olan tutukluluk koşullarını belirtmediğini gözlemlemektedir.

73. Mahkeme, yukarıda değinilen tespitler ışığında sonuç olarak, yerel makamların başvuranın sağlığını koruma yükümlülüğüne aykırı davrandıkları ve tutukluluğu sırasında uygun tıbbi tedavilerden yoksun bırakıldığı, dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girebilecek düzeyde asgari önem taşıyan bir muameleye maruz kaldığı iddialarının sabit olmadığı kanaatindedir (*Gelfmann / Fransa*, no.25875/03, § 59, 14 Aralık 2004; bkz. yukarıda anılan *Matencio* kararı, § 89; *Prencipe / Monako*, no.43376/06, § 108, 16 Temmuz 2009; *Sigla / Fransa* (kabul edilebilirlik kararı), no. 2122/06, 27 Mayıs 2008).

74. Dolayısıyla bu şikâyet açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme'nin 35. maddesi, 3. paragrafı, a) bendi ve 4. paragrafı uyarınca reddedilmesine karar verilmiştir.

C. Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı

75. Başvuran, Sözleşme'nin 5. maddesi 1. paragrafını ileri sürerek, suç işlediğine dair hakkında makul şüphe duyulmasını gerektiren inandırıcı nedenler olmadan, iç hukuk hükümlerine ve Sözleşme'ye aykırı olarak yakalanıp tutuklanmış olmasından şikâyet etmektedir. Başvuran, Savcılığın tutukluluk konusunda iç hukuk hükümlerine riayet etmediğini de iddia etmektedir.

76. Mahkeme, öncelikle başvuranın yakalanması ve tutuklanmasının sadece Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı c) bendi hükümlerine değil, aynı zamanda Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı anlamında öngörülen “yasal yollara” da aykırı olarak gerçekleştirildiğini iddia ettiğini not etmektedir. Başvurana göre, özgürlükten yoksun bırakma konusunda düzenleme yapan iç hukuk normları, kişinin suç işlediğine dair inandırıcı nedenlerin varlığını arayan Sözleşme hükümleriyle de benzerlik göstermektedir.

77. Mahkeme bu durumda şikâyeti ilk olarak Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı, c) bendi anlamında “inandırıcı nedenlerin varlığı” başlığı altında inceleyecektir.

78. Mahkeme öncelikle, Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı, c) bendinin, bir ceza yargılaması çerçevesinde bir kişinin ancak hakkında suçu işlediğine dair inandırıcı nedenlerin bulunması halinde mahkeme

önüne çıkarılması amacıyla tutuklanmasına karar verilebileceğini düzenlediğini hatırlatmaktadır (*Jecius / Litvanya*, no: 34578/97, § 50, AİHM 2000-IX ve *Wloch / Polonya*, no: 27785/95, § 108, AİHM 2000-XI). Tutukluluk kararının dayandırılması gereken “makul şüphe” kavramı Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı, c) bendi tarafından getirilen korumanın temel unsurunu teşkil etmektedir. İnandırıcı nedenler, söz konusu kişinin suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olguların ve bilgilerin varlığını gerektirmektedir. Bununla birlikte, makul olarak kabul edilebilecek durumlar somut olayın koşullarının tamamına bağlıdır (*Fox, Campbell ve Hartley / Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, § 32, A Serisi no.182; *O'hara / Birleşik Krallık*, no: 37555/97, § 34, AİHM 2001-X; *Korkmaz ve diğerleri / Türkiye*, no: 35979/97, 21 Mart 2006, § 24; *Süleyman Erdem / Türkiye*, no: 49574/99, 19 Eylül 2006, § 37, ve *Çelik ve Yıldız / Türkiye*, no: 51479/99, 10 Kasım 2005, § 20).

88

79. Mahkeme ardından, Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı, c) bendinin, soruşturmayı yapan görevlilerin, yakalandığı anda kişiyi suçla itham etmek için yeterli delilleri toplamış olması gerekliliğini öngörmediğini hatırlatmaktadır. Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı, c) bendine göre soruşturmanın konusu, tutukluluk süresince kişinin yakalanmasının temelini oluşturan somut şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırarak soruşturmayı tamamlamaktır. Dolayısıyla, şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak veya suç isnadına temel teşkil edecek olan olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekmektedir (*Murray / Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, § 55, A Serisi no. 300-A, ve yukarıda anılan *Korkmaz ve diğerleri* kararı, § 26).

80. Şüphesiz Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı, Sözleşmeye taraf devletlerin güvenlik görevlilerinin organize suçlarla etkili olarak mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye sebep olabilecek biçimde uygulanmamalıdır (bkz. *mutatis mutandis, Klass ve diğerleri / Almanya*, § 58-68, A serisi, no. 28, 6 Eylül 1978). Mahkemenin görevi, izlenilen meşru amaç da dâhil olmak üzere, 5. maddenin 1. paragrafı c) bendinde belirtilen şartların somut olayda yerine getirilip getirilmediğini belirlemekten ibarettir. Bu bağlamda, Mahkeme kural olarak kendilerine sunulan delilleri incelemek ve değerlendirmek için daha iyi bir konumda olan ulusal mahkemelerin değerlendirmesinin yerine kendi

değerlendirmesini koyma yetkisine sahip değildir (bkz. yukarıda anılan *Murray* kararı, § 66).

81. Mahkeme somut olayda başvuranın 2002 ve 2003 yılında, seçilmiş hükümeti zorla devirmeyi amaçlayan askeri darbe yapmayı planlayan ve silahlı kuvvetler bünyesindeki general ve subaylardan oluşan *Balyoz* isimli suç örgütünün lideri olduğuna dair hakkında şüphelerin bulunması sebebiyle özgürlüğünden mahrum bırakıldığını saptamaktadır. Başvuran özellikle *Balyoz* olarak adlandırılan operasyon planlarını kaleme almak, öngörülen askeri müdahalenin farklı aşamalarını ana hatlarıyla planlamak ve *Balyoz* örgütüne üye olmayı kabul eden askeri birliklere öngörülen askeri darbenin hazırlık operasyon planlarını detaylı olarak hazırlamak yönünde emirler vermekle suçlanmıştır. Savcılık tarafından hazırlanan dosyada, başvuranın öngörülen askeri müdahalenin hazırlıklarını bizzat koordine ettiği, planlama çalışmalarının son aşamasını yönettiği ve hatta bu amaçla komutanlığında bir seminer düzenlemiş olduğu bilgileri yer almaktadır.

82. Mahkeme, *Balyoz* eylem planıyla ilgili basılı veya dijital belgeler gibi delillerin bulunduğunu da gözlemlemektedir. Aralarında başvuran tarafından imzalanmış birçok belgenin de yer aldığı 2.229 sayfa belge, 19 adet CD ve 10 adet teyp kasetinin ve başvuranın konuşma yaptığı toplantılara ait ses kayıtlarının bulunduğu paket, Savcılık tarafından başvuranın Ceza Kanununca şiddetli şekilde cezalandırılan atılı suçu işlediğine dair şüphelere dayanarak yakalanmasından önce ele geçirilmiştir.

83. Dolayısıyla, başvuranın Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı, c) bendi uyarınca, bir suç işlemiş olabileceğine dair "hakkında makul şüphe oluşturacak inandırıcı nedenlere" dayanarak yakalanıp tutuklandığına karar vermek gerekmiştir (bkz. yukarıda anılan *Murray* kararı, § 63, *Korkmaz ve diğerleri* kararı, § 26 ve *Süleyman Erdem* kararı, § 37).

84. İkinci olarak ve başvuranın tutuklanmasının iç hukuk kurallarına uygunluğu konusuyla ilgili olarak (*Bozano / Fransa*, A Serisi no: 111, 18 Aralık 1986, § 54; *Wassink / Hollanda*, 27 Eylül 1990, A Serisi no: 185-A, § 24; *Baranowski / Polonya*, no: 28358/95, § 50, AİHM 2000-III; *Mooren / Almanya*, no: 11364/03, 13 Aralık 2007, § 72 ve *Öcalan / Türkiye* [BD], no: 46221/99, § 83, AİHM 2005-IV) Mahkeme yukarıda belirtilen tespitlerine gönderme yapmaktadır. Mahkeme, ulusal adli makamların başvuranı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesi, 2.

fıkrası ve 100. maddesi anlamında, hakkındaki suçlamayla ilgili ciddi neden ve emarelerin varlığını da dikkate alarak ve somut delil unsurlarına dayanarak Ceza Kanununca yaptırımı bağlanan suçları işlediği iddiasıyla yakaladıklarını gözlemlemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, somut olayda başvuranın tutuklanmasının yasaya aykırı olarak nitelendirilmesi konusunda ulusal otoritelerce ileri sürülen yasal hükümlerin davada uygulanması ve yorumlanmasının keyfi veya mantıksız olduğu sonucunun ortaya çıkmadığı kanısındadır.

85. Son olarak Mahkeme, bireyin geçici olarak salıverilmesiyle ilgili kararlar dâhil olmak üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun açıkça hâkim veya mahkeme kararlarına karşı Savcılığa itiraz etme yetkisi verdiğini tespit etmektedir.

86. Dolayısıyla başvurunun bu kısmı açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme'nin 35. maddesi, 3. paragrafı, a) bendi ve 4. paragrafı uyarınca reddedilmesine karar verilmiştir.

D. Sözleşme'nin 5. maddesi, 3. paragrafı

90 **87.** Başvuran, Sözleşme'nin 5. maddesi, 3. paragrafı anlamında, tutukluluk süresinin uzunluğundan şikâyetçi olmaktadır.

88. Mahkeme bu bakımdan, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı sorununun her durumda davanın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır. Ardından somut bir olayda sanığın maruz kaldığı tutukluluk süresinin makul süreyi aşmamasını sağlamanın öncelikle ulusal yargı makamlarının görevi olduğunu hatırlatmaktadır. Bu amaçla, ulusal yargı makamları, masumiyet karinesi ilkesini tam olarak göz önünde bulundurarak, 5. maddede belirtilen kurala aykırılık durumunu haklı gösteren kamu menfaatini ortaya koyacak ya da onu ortadan kaldıracak nitelikteki bütün koşulları incelemeli ve salıverilme taleplerine ilişkin kararlarında bu hususu dikkate almalıdırlar. Mahkeme özellikle ilgili tarafından belirtilen ve itiraza konu olmayan olay ve olgulardan yola çıkarak ve bu kararlarda yer alan gerekçeleri göz önünde bulundurarak 5. maddenin 3. paragrafının ihlal edilip edilmediğini belirlemek durumundadır (bkz, örneğin, *McKay / Birleşik Krallık* [BD], no.543/03, § 43, AİHM 2006-X ve *Bykov / Rusya* [BD], no.4378/02, § 63, 10 Mart 2009).

89. Mahkeme ayrıca, tutulan kişinin suç işlemiş olduğuna dair duyulan makul şüphenin sürmesinin, o kişinin tutukluluk halinin devamlılığının

geçerliliği açısından olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir koşul olduğunu; ancak bu koşulun belli bir süre geçtikten sonra yeterli olmadığını hatırlatmaktadır. Mahkeme, bu durumda yargı organları tarafından kabul edilen diğer gerekçelerin özgürlükten mahrum bırakılmayı haklı göstermeye devam edip etmediğini incelemelidir. Bu gerekçeler “uygun” ve “yeterli” görüldüğünde, AİHM yine yetkili ulusal makamların yargılamanın devamına ilişkin “özel bir özenle” hareket edip etmediğini araştırmaktadır (bkz. diğerleri arasında, *Letellier / Fransa*, 26 Haziran 1991, § 35, A serisi no.207; *Yağcı ve Sargın / Türkiye*, 8 Haziran 1995, § 50, A serisi no.319-A).

90. Mahkeme, mevcut davada, başvuranın şu ana kadar geçen toplam tutukluluk süresinin yaklaşık bir yıl dört ay olduğunu tespit etmektedir.

91. Mahkeme öncelikle, başvuranın tutukluluğu hakkında karar vermeye yetkili ulusal yargı makamları gibi, hakkında kovuşturma yapılan başvurana atılı suçların ağırlığı dolayısıyla ortaya çıkan kaçma riskinin varlığına ve özellikle ağır organize suçlara ilişkin çok sayıda suç ortağı hakkında yürütülen ceza davasının karmaşıklığına dikkat çekmektedir.

92. Mahkeme, bu koşullar altında, başvuranın tutukluluk süresinin Sözleşme'nin 5. maddesi, 3. paragrafında düzenlenen ivedilik gerekliliğine uygun olduğu kanaatinde (Saçan / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), 65387/09, 13 Aralık 2011; Bahattin Şahin / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), no.29874/96, 17 Ekim 2000; Türkddoğan / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), no. 29742/03, 20 Şubat 2007 ve Köse ve diğerleri / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), no.50177/99, 2 Mayıs 2006). Ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesi, 2. paragrafı kapsamında incelenebilecek farklı herhangi bir sorun da bulunmamaktadır.

93. Dolayısıyla, bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve Sözleşme'nin 35 §§ 3 a) ve 4. maddeleri gereğince reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

E. Sözleşme'nin 6. maddesi, 1. paragrafı

94. Başvuran, Sözleşme'nin 6. maddesi, 1. paragrafını ileri sürerek, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil bir yargılama hakkından yararlanamadığından şikâyet etmektedir.

95. AİHM başvuran aleyhinde sürdürülen ceza davasının bu hususta ilk derece mahkemesi olan İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önünde halen derdest olduğunu not etmektedir. Dolayısıyla başvuran aleyhinde açılan

davayla ilgili genel bir inceleme yapacak aşamada değildir. AİHM ayrıca ne başvuran aleyhinde yapılan suçlamalarla ilgili Ağır Ceza Mahkemesi'nin gelecek kararı hakkında ve ne de muhtemel bir temyiz sonucuna dair görüş sunamayacağı kanaatindedir.

96. Dolayısıyla ulusal mahkemeler nezdinde yürütülen davanın mevcut aşamasında başvuranın Sözleşme'nin 6. maddesi hükümlerinin olası ihlali konusunda şikâyet edemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, başvuran kendisi hakkında yürütülen ceza yargılaması sonunda iddia ettiği ihlallerden dolayı mağdur olduğunu düşündüğü takdirde, yeniden Mahkeme'ye başvurabilir. Dolayısıyla başvurunun bu kısmının incelenmesi için henüz erkendir (bkz. *Baltacı / Türkiye*, no: 495/02, 14 Haziran 2005).

97. Bu durumda, Sözleşme'nin 35. maddesi, 4. paragrafı uyarınca, başvurunun bu kısmının reddedilmesi gerekmektedir.

Bu gerekçelere dayanarak, AİHM, oybirliğiyle,

92 Başvuranın, Sözleşme'nin 5. maddesi, 4. paragrafı bağlamındaki şikâyetlerinin (tutukluluğun yasallığına itiraz etmek için etkili bir iç hukuk yolunun olmaması) incelenmesinin *ertelenmesine*;

Başvurunun geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna *karar vermiştir*.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Françoise Tulkens
Başkan

KÖLN EYALET MAHKEMESİ'NİN
151 NS 169/11 * SAYILI “SÜNNET” KARARI

*Çeviren: Yasemin BABA***

Tarih : 07.05.2012
Mahkeme : Köln Eyalet Mahkemesi
Karar Mercii : 1. Küçük Ceza Dairesi
Karar Türü : Hüküm
Dosya Numarası : 151 Ns 169/11
Ön mercii : Köln Yerel Mahkemesi (528 Ds 30/11)
Kesinleşme Durumu : Kesinleşmiş Karar
Hüküm Fıkrası :Savcılığın, Köln Yerel Mahkemesi'nin 21.09.2011 tarihili kararına karşı yaptığı istinaf başvurusu reddedildi. Yargılama giderleri ve sanık tarafından yapılması gerekli masraflar hazine üzerine bırakıldı.

Gerekçeler :

I.

Köln Savcılığı sanığı; 04.11.2010 tarihinde Köln'de, tehlikeli aletle, bir insana bedensel olarak kötü muamelede bulunmak ve sağlığını bozmakla suçlamaktadır. (StGB¹ § 223/1, 224/1-b.2'de yer alan ikinci alternatif)²

Sanık, 04.11.2010 tarihinde S. Straße/Köln adresindeki muayenehanesinde, fiil tarihinde 4 yaşında olan K1'i ebeveylelerinin isteği üzerine, tıbbi bir gereklilik bulunmaksızın, lokal anestezi altında bir skalpel ile sünnet etmiştir. Çocuğun yarasına 4 dikiş atmış ve aynı günün

* Kararın orijinal metni için bkz. (çevrimiçi),
http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html, 01.12.2012.

** Demirci Cumhuriyet Savcısı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Justus Liebig Üniversitesi (Justus-Liebig-Universität Gießen) Misafir Araştırmacı. Elektronik posta: yaseminbaba@hotmail.com.

¹ StGB (Strafgesetzbuch): Alman Ceza Kanunu. (Ç.n.)

² StGB § 223/1'de kasten yaralama suçunun temel şekli düzenlenmiştir. Buna göre; “Başka bir kişiye bedenene kötü muamelede bulunan veya sağlığını bozan kişi, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır”. (karş. TCK md. 86/1). Kararda bahsi geçen § 224/1-b.2'de ise kasten yaralama suçunun “silah veya başka tehlikeli bir alet ile” işlenmesi şeklindeki nitelikli haline yer verilmiştir. (karş. TCK md. 86/3-e). Bu olayda Köln Savcılığı, 2. bentteki ikinci alternatifin, yani kasten yaralamanın “tehlikeli alet” ile işlenmesi durumunun söz konusu olduğunu iddia etmiştir. (Ç.n.)

³ Skalpel: Cerrah bıçağı. (Ç.n.)

akşamında çocuğu evinde ziyaret ederek durumunu kontrol etmiştir. Ancak 06.11.2010 tarihinde çocuk, annesi tarafından, ortaya çıkan kanamaya müdahale edilmesi için Köln Üniversitesi Hastanesi'nin çocuk acil servisine götürülmüş ve kanama orada durdurulmuştur.

Köln Yerel Mahkemesi, sanığı 21.09.2011 tarihli kararı ile (528 Ds 30/11) yargılama masraflarını hazine üzerinde bırakarak beraat ettirmiştir. Bu karara karşı Köln Savcılığı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak istinaf yoluna başvurmuştur. Sonuç olarak savcılık kanun yolunda başarı elde edememiştir.

II.

Savcılığın isnat ettiği fiil, kovuşturma aşamasında maddi açıdan doğrulanmıştır. Fail olanları bütünüyle kabul etmiştir. Ayrıca, daire tarafından çocuğun ailesinin İslam inancına sahip olduğu belirlenmiştir. Sanık, sünneti dini inanç gereği ve ailenin isteği üzerine gerçekleştirmiştir. Daire tarafından alınan bilirkişi raporunda da, sanığın mesleki açıdan kusursuz olduğu belirtilmiştir. Bir tıbbi müdahale hatası mevcut değildir. Ancak, bilirkişiye göre Orta Avrupa'da sağlık sorunlarını engellemek için sünnet yapılmasına gereklilik bulunmamaktadır.

III.

Sanık yasal gerekçelerle beraat ettirilmelidir.

Olayda, StGB § 223/1'in tipik unsurları gerçekleşmiştir. Gerçekleşmeyen § 224/1-b.2'nin ikinci alternatifinin koşullarıdır. Skalpel, bu olayda olduğu gibi bir doktor tarafından ve usulüne uygun bir şekilde kullanılırsa tehlikeli bir alet niteliğinde değildir. (karş. Federal Alman Mahkemesi, NJW 1978, 1206 ve NStZ 1987, 174)

Bir doktorun, ebeveyle dinî sebeplerle açıkladığı rıza üzerine, kendisi rızaya ehil olmayan bir çocuğu sünnet etmesi, "sosyal uygunluk (Sozialadäquanz, Ç.n.)" yaklaşımıyla suç olmaktan çıkarılamaz. Exner tarafından geliştirilen karşı görüş de ikna edici değildir. (Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht - Zur Knabenbeschneidung, Berlin 2011, özellikle sayfa 189 vd.) Bununla birlikte, ebeveynler ve sünneti yapan doktora StGB 17⁴ uyarınca kusur isnat edilmesi mümkün değildir.

⁴ StGB 17'de Türk öğretisinde, "hukuki hata (yasak hatası ya da haksızlık yanığı)" olarak isimlendirilen durum düzenlenmiştir. Buna göre; "Fail fiilin icrası sırasında, haksızlık

Sünneti ebeveynlerin istemiş olması onu hukuka uygun hale getirmez. Çünkü ebeveynlerin çocuklarını dinsel yönden yetiştirme hakkı⁵; çocuğun vücut dokunulmazlığı ve kendi kaderini belirleme hakkı (Selbstbestimmung, Ç.n.) ile mukayese edildiğinde bir önceliğe sahip değildir. Üstelik, çocuğun sünnetine rıza gösterilmesi, “çocuğun yararı (Kinderwohl, Ç.n.)” ile de ters düşmektedir. Çocuk yararını ihlal eden ve mazur görülemeyecek bu olayın, sosyal açıdan göze çarpmayan, genel olarak onay gören ve tarihsel olarak alışılmış ve bu sebeplerle formel olarak cezalandırmaktan kaçınılmış olması da bu durumu değiştirmez.

“Sosyal uygunluk”, bu suç bakımından, davranışın kınanması ihtiyacı karşısında önemli bir yere sahip değildir. Bir davranışın sosyal uygunluğu, sadece hukuki kınama yargısında bulunulamayan durumların diğer bir ifade şeklidir. Mevcut bir kınama yargısını ortadan kaldırma fonksiyonu yoktur. (karş. **Freund** in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Bası, § 13 vd. kenar no: 159; sonuç olarak aynı yönde: **Fischer**, StGB, 59. Bası, § 223 kenar no: 6 c. 55. baskıya kadar farklı § 223 kenar no: 6 b; aynı yönde: **Herzberg**, JZ 2009, 332 vd.; aynı yazarın Medizinrecht 2012, 169 vd.; **Putzke** NJW 2008, 1568 vd.; **Jerouschek** NStZ 2008, 313 vd.; farklı görüşte: **Rohe**, JZ 2007, 801, 802 ve **Schwarz**, JZ 2008, 1125 vd.)

Sanığın hareketi rıza sebebiyle hukuka uygun hale gelmemektedir. Olay tarihinde 4 yaşında olan çocuk, fiile rıza göstermemiştir ve zaten yeterli algılama yeteneği (Verstandsreife, Ç.n.) olmadığı için böyle bir rıza göstermesi mümkün de değildir. Ebeveynlerin rızası mevcuttur; fakat bu, tipe uygun yaralama fiilini hukuka uygun hale getirmemektedir.

BGB§ 1627/1 uyarınca velayet hakkı, sadece çocuğun yararına hizmet eden yetiştirme tedbirlerini kapsar⁶. Öğretideki hakim görüşe göre (karş. **Schlehofer** in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Bası, § 32 vd., kenar no: 43; **Lenckner/Sternberg-Lieben** in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Bası, § 32 vd., kenar no: 41; **Jerouschek**, NStZ 2008, 313, 319; ayrıca bkz. **Exner**, aynı yerde; **Herzberg**, aynı yerde; **Putzke**, aynı yerde) rızaya ehil olmayan bir çocuğun sünnet edilmesi ne aynı dini

gerçekleştirdiği bilincinden yoksun ise ve bu hatası kaçınılmaz nitelikteyse, kusursuzdur. Failin hatası kaçınılabilir nitelikteyse cezası § 46/1 uyarınca indirilebilir”. (karş. TCK md. 30/4). (Ç.n.)

⁵ Erziehungsrecht: Ebeveynlerin çocukları üzerindeki terbiye hakkı. (Ç.n.)

⁶ BGB (Bürgerliches Gesetzbuch): Alman Medeni Kanunu. BGM md. 1627/1 uyarınca; “Ebeveynler velayet haklarını sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere ve çocuğu yararı ile bağdaşır tarzda kullanırlar”. (Ç.n.)

görüşe sahip bir toplumsal çevrede dışlanmaktan kaçınma ne de ebeveyleerin terbiye hakkı perspektifinden çocuğun yararı ile bağdaşmamaktadır. Ebeveynlerin Anayasa'nın (Grundgesetz, Ç.n.) md. 4/1 ve 6/2'de yer alan temel hakları⁷; çocuğun md. 2/1 ve 2/2 c.1'de yer alan vücut dokunulmazlığı ve kendi kaderini belirleme haklarıyla⁸ kısıtlanmıştır. Bu sonuç, vatandaşlık haklarının din özgürlüğünün icrası sebebiyle sınırlanamayacağını söyleyen md. 140'tan (WRV Anayasası md. 136/1'den) çıkmaktadır⁹. (Bu yönde: **Herzberg**, JZ 2009, 332, 337; aynı şekilde: Medizinrecht 2012, 169, 173). Yani md. 2/2 c.1 ebeveynlerin temel haklarına anayasaya mündemiç bir sınır çizmektedir. Söz konusu temel haklar değerlendirilirken, ölçülülük ilkesine (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Ç.n.) dikkat edilmelidir. Dini eğitime yönelik olan sünnetin, vücut bütünlüğünün ihlalini gerektirmesi uygun değildir. Bu, BGB md. 1631/2 c.1'den de anlaşılmaktadır¹⁰. Üstelik sünnet yoluyla çocuğun bedeni kalıcı ve onarılamaz bir şekilde değişmektedir. Bu değişiklik, çocuğun ileride kendi dini aidiyeti hakkında karar verebilmesine aykırıdır. Ebeveyleerin yetiştirme hakkı, çocuklarının gelecekte reşit olduğunda, İslam dinine aidiyetinin görülebilir bir simgesi olarak sünnet olmak isteyip istemediğine kendisinin karar vermesini beklemeleri istendiğinde, ölçüsüz bir şekilde sınırlanmış olmamaktadır. (ayrıntılar için karşılaştırınız: **Schlehofer** aynı yer; sonuç olarak farklı görüşte: **Fischer**, 59. Bası, § 223 kenar no: 6 c; içerisinde değerlendiren: OLG Frankfurt NJW 2007, 3580; OVG Lüneburg NJW 2003, 3290; LG Frankenthal Medizinrecht 2005, 243, 244; aynı şekilde: **Rohe**, JZ 2007, 801, 802, fakat bu soruna ilişkin bir yorum yok). Schwarz, rızayı anayasal kriterler bağlamında bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirmektedir. Ancak bunu yaparken sadece md. 4 ve 6'daki ebeveyn haklarını dikkate almış, gerekli olmasına

⁷ Alman Anayasası md. 4/1 uyarınca; "İnanç ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünya görüşünü açıklama özgürlüğü dokunulmazdır". Md. 6/2 uyarınca; "Çocukların bakım ve eğitimi ebeveynlerin doğal hakkı ve öncelikli görevidir. Bu süreç kamusal gözetime tabidir". (Ç.n.)

⁸ Alman Anayasası md. 2/1 uyarınca; "Herkes, başkalarının haklarına zarar vermediği, Anayasal düzene ve ahlak kurallarına aykırı olmadığı sürece, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir". Md. 2/2 c.1 uyarınca; "Herkes hayat ve vücut dokunulmazlığı hakkına sahiptir". (Ç.n.)

⁹ Alman Anayasası md. 140 uyarınca; "11 Ağustos 1919 tarihli Alman Anayasasının 136, 137, 138, 139 ve 141. maddeleri hükümleri, bu Anayasanın bir parçasıdır". 11 Ağustos 1919 tarihli Anayasa Weimar Anayasası'dır. Bu Anayasa'nın md. 136/1'de yer alan düzenlemesine göre; "Medeni hak ve ödevler ile vatandaşlık hak ve ödevleri, din özgürlüğünün icrasına bağlı olmadığı gibi onun tarafından da kısıtlanamazlar". (Ç.n.)

¹⁰ Alman Medeni Kanunu. BGM md. 1631/2 c.1 uyarınca; "Çocuk şiddet içermeyen bir tarzda yetiştirilme hakkına sahiptir". (Ç.n.)

rağmen md. 2'deki çocuk haklarını dikkate almamıştır. Görüşü sadece bu sebepten bile ikna edici değildir.

Bununla birlikte sanık kaçınılamaz bir yasak hatasıyla hareket etmiştir ve bu sebeple kusurlu değildir. (StGB § 17/1c.1)

Sanık, olayları kovuşturma aşamasında ikna edici bir şekilde ortaya koymuş olduğu gibi vicdanen de rahattır. Sanığa göre dindar bir Müslüman ve uzman bir doktor olarak bir çocuğu, ebeveylelerinin dini sebeplerden kaynaklanan arzuları üzerine sünnet etmek yasak değildir. Yani sanık fiilini hukuka uygun görmektedir.

Sanıktaki yasak hatası kaçınılmazdır. Gerçi hukuki durum hakkında bilgi edinmemiştir ancak bu onun aleyhine yorumlanamaz. Zira tecrübeli hukukçulardan oluşan bir kurul olsaydı dahi bu sorun üzerinde net bir sonuca ulaşılamazdı. Kaçınılmaz yasak hatası öğretilde; üzerinde uzlaşılabilen, aydınlatılamamış hukuksal sorunlarda, özellikle durum net değilse kabul edilmektedir (karş. **Joecks** in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Bası, § 17 kenar no: 58; **Vogel** in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Bası, § 17 kenar no: 75; BGH NJW 1976, 1949, 1950; 1971/1972 dönemiyle alakalı olarak öğretmenin örf adet hukukundan kaynaklanan tedip hakkı). Buradaki olay da böyledir. Ebeveynlerin rızası üzerine çocukların sünnet edilmesinin, hukuka uygun olup olmadığı öğretimi ve uygulamada farklı yanıtlanmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi temel soruna ayrıntılı bir cevap vermemekle birlikte, sünnetin profesyonellerce yani bir doktor tarafından yapılmasını kabul edilebilir bulan mahkeme kararları olduğu gibi öğretilde savunulabilir gerekçelerle bu soruyu daireden farklı şekilde yanıtlayan görüşler de bulunmaktadır.

IV.

Masraf hükmü, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 473/1'e dayanmaktadır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’NİN DİRİÖZ / TÜRKİYE KARARI*

Çeviren : Tuğrul UZUN**

Anahtar Kelimeler

1. Cumhuriyet Savcısının Duruşma Salonundaki Yeri, Silahların Eşitliği İlkesi
2. Adil Yargılanma Hakkı, Avukat Yardımı İsteme Hakkı, Avukat Olmadan Kollukça Alınan İfade, Adil Yargılanmaya İlişkin Güvencelerden Vazgeçme

ÖZET

1. Cumhuriyet Savcısının duruşma salonunda savunmaya göre daha yüksek bir yerde oturması, savunmayı somut bir şekilde daha güç bir hale getirmede müddetçe silahların eşitliği ilkesini ihlal etmemektedir.

2. Avukat yardımından yararlanma hakkı kendisine hatırlatıldığı halde şüphelinin avukat istemediğini beyan etmesi sonucu kolluk tarafından avukat olmadan ifade alınması adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil etmez. Sözleşmenin 6. maddesi, kişinin tamamen kendi iradesi ile olmak üzere adil yargılanmaya ilişkin güvencelerden vazgeçmesine engel değildir.

99

DİRİÖZ / TÜRKİYE KARARINDA,

Başkan François Tulkens,
Yargıçlar,
Danuté Jociene,
Dragoljub Popovic,
Işıl Karakaş,
Guido Raimondi,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Hellen Keller ve Daire Yazı İşleri Müdürü Yardımcısı F. Ellens-Passos ile toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesi, yapılan müzakere sonucunda 10 Mayıs 2012 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir.

* Başvuru Numarası: 38560/04. 31 Mayıs 2012 tarihli kesinleşmiş bu karar Fransızca metninden Türkçe'ye çevrilmiştir.

** Cumhuriyet Savcısı Adayı

USÛL

1. Davanın temelinde Ümit Diriöz'ün (“Başvuran”), vatandaşı olduğu Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmenin (“Sözleşme”)’nin 34. Maddesi uyarınca 6 Temmuz 2004 tarihinde yapmış olduğu başvuru (No: 38560/04) bulunmaktadır.

2. Başvuran, İstanbul'da avukatlık yapmakta olan M. Baykal tarafından, Türk Hükûmeti (“Hükûmet”) ise kendi temsilcisi tarafından temsil edilmektedir.

3. Başvuru 22 Eylül 2009 tarihinde kısmî olarak kabul edilmez bulunmuştur. Silahların eşitliği ilkesi ve kolluk karşısında avukat yardımının yokluğundan kaynaklanan (Sözleşme'nin 6. Maddesi) iddialar ise Hükûmet'e bildirilmiştir. Ayrıca, Sözleşme'nin 29/2. Maddesinin izin verdiği üzere, Daire'nin söz konusu iddiaların kabul edilebilirliği ve esası üzerindeki hükmünü aynı zamanda açıklamasına karar verilmiştir.

OLAYLAR

100

I. Davanın Koşulları

4. 1977 doğumlu olan Başvuran İstanbul Bayrampaşa'da tutuklu olarak bulunmuştur.

5. Başvuran, 9 Eylül 2000 tarihinde birkaç kişilik bir grupla arasındaki sözlü tartışma sırasında birden fazla kez ateş etmiş ve dört kişi açılan ateş sonucunda yaralanmıştır. Tartışmayla ilgisi olmayan ve kaza kurşununa hedef olan bir kişi ise hayatını kaybetmiştir. Başvuran, bunun üzerine kaçmıştır.

6. Fatih Cumhuriyet Savcısı (“Savcı”), 3, 6 ve 9 Ekim 2000 tarihlerinde mağdurları ve görgü tanıklarını dinlemiştir.

7. Başvuran hakkında 12 Ekim 2000 tarihinde yakalama emri çıkarılmıştır.

8. Başvuran, 12 Ocak 2001'de sahte bir kimlik kartıyla yakalanmış ve gözaltına alınmıştır. Aynı gün imzalanan tutanağa göre, Başvuran kendisi ya da baro tarafından sağlanacak bir avukatın yardımından yararlanma, yakalanmasıyla ilgili olarak yakınlarına haber verme ve sessiz kalma haklarına ilişkin olarak bilgilendirilmiştir.

- 9.** 18 Ocak 2001'de polis tarafından başvuranın ifadesi alınmıştır. Bu amaçla imzalanan formda başvuran "ifade vermek istiyorum" ve "avukat istemiyorum" kutucuklarını işaretlemiştir.
- 10.** Başvuran 18 Ocak 2001'de Savcı ve Fatih Sulh Ceza Hâkimi karşısına çıkarılarak avukatının huzurunda sorgulanmıştır. Avukatı, başvurunu yargılamanın bu tarihten sonraki her aşamasında savunmuştur. Kollukta verdiği ifadeyi tekrar eden başvuran, hâkim tarafından tutuklanmıştır.
- 11.** İstanbul Cumhuriyet Savcısı, 29 Mart 2001 tarihinde düzenlediği iddianame ile başvuran aleyhine kamu davası açmıştır.
- 12.** Başvuran, 15 Ekim 2001 tarihinde Fatih Ağır Ceza Mahkemesi (Ağır Ceza Mahkemesi) tarafından mahkûm edilmiştir.
- 13.** Hüküm Yargıtay tarafından usûle ilişkin nedenlerle 19 Ocak 2002 tarihinde bozulmuş ve dosya yerel mahkemeye geri gönderilmiştir.
- 14.** 13 Ocak 2003 tarihli duruşmada Savcı tarafından Başvuranın cezalandırılması istenmiş, ağır ceza mahkemesi avukatının talebini yerinde görerek başvurana davanın esasına ilişkin son savunmasını hazırlaması için süre vermiştir.
- 15.** 30 Ocak 2003 tarihli duruşmada başvuran ağır ceza mahkemesi tarafından kasten adam öldürme, öldürmeye teşebbüs ve ateşli silahla yaralama suçlarından suçlu bulunarak otuz yıl hapis ve ağır para cezası ile cezalandırılmıştır. Mahkeme kararını başvuranın gözaltında alınan ifadesi, görgü tanıkları ve mağdurların beyanları ile otopsi raporlarına dayandırmıştır.
- 16.** Başvuran bu hükme karşı temyize başvurmuş, özellikle kasten adam öldürme ve öldürmeye teşebbüs nitelendirmesine karşı çıkmıştır. Ayrıca, meşru müdafaadan yararlanması gerektiğini savunmuştur.
- 17.** Yargıtay, 17 Aralık 2003 tarihinde yerel mahkeme tarafından verilen kararı onamıştır.
- 18.** 5 Şubat 2004 günü karar mahkeme kalemine kaydedilmiştir.
- 19.** İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, Ceza Kanunu'nda başvuranın lehine düzenlemelerin sonucu olarak 28 Haziran 2005'te verdiği ve 16 Mart 2007'de Yargıtay tarafından onanan ek kararında adam öldürmeye teşebbüs suçundan verilen cezada indirim gitmiştir.

II. İlgili İç Hukuk

20. Ceza Muhakemesi Kanununun 144. maddesine göre, yakalanan ya da tutuklanan her kişi vekâletnamesi olmasa bile avukatı ile yalnız bir şekilde görüşme hakkına sahiptir.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME

I. Sözleşmenin 6. Maddesi'nin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

21. Başvuran, kural olduğu üzere duruşma salonunda savcının daha yüksek bir yerde oturmasına rağmen kendisinin ve avukatının daha aşağı seviyede bulunmasının silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiği iddiasında bulunmakta, ayrıca avukatı halkın girdiği kapıyı kullanırken savcının hâkimler ile aynı zamanda ve aynı kapıdan duruşma salonuna girdiğini ifade etmektedir.

Başvuran, polis tarafından sorgulanması sırasında avukat yardımından yararlanmadığını da ileri sürmekte, bu bağlamda avukat talep ettiğini iddia etmektedir.

102 Bu iddialar, Sözleşmenin, ilgili bölümleri aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan, 6. maddesinin 1 ve 3-c fıkralarına ilişkindir:

"Herkes (...) kendisine yöneltilen her türlü suçlamaya ilişkin olarak davasının (...) mahkeme tarafından adil bir şekilde görülerek karara bağlanmasını isteme hakkına sahiptir."

(...)

3. Her sanık özellikle şu haklara sahiptir:

(...)

c) "Kendisini savunmak veya kendi seçtiği bir avukatın yardımından yararlanmak, eğer avukat ücretini ödeyecek imkânı yoksa, adaletin gerektirmesi halinde resen görevlendirilecek bir avukatın yardımından yararlanabilmek"

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

1. Savcının duruşma salonundaki yerine ilişkin iddia

22. Hükûmet, başvuranın tezini reddetmekte, savcıların duruşma salonundaki yerinin daha çok şekle ilişkin olduğunu ve hiçbir şekilde sorumluluk ve görevlerinin özüne ilişkin olmadığını değerlendirmektedir. Hükûmet, savcının yerinin savunmaya göre daha yüksekte olduğu Avrupa Konseyi üyesi ülkeleri örnek vermektedir.

23. Hükûmet, Türk mahkemelerinde hâkimin yerinin savcıdan uzağında olduğunu belirtmekte, hâkim ve savcılarının oturma düzenin Türk usûl hukukundaki bir teamülden kaynaklandığını açıklamaktadır. Bu teamül, bu iki meslek üyelerinin aynı eğitimden ve mesleğe başlamadan önce aynı sınavı geçmeleri, iki meslek arasında geçişin mümkün olması gibi hususlardan kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, hükûmete göre bir cumhuriyet savcısı hâkimliğe geçebilecek, aynı şekilde bu durumun tersi de mümkün olabilecektir. Hükûmet ana fikrin, kamunun menfaatini temsil etmekle yükümlü olan savcının mağdurun haklarını savunduğu gibi savunmanın da menfaatlerini korumak zorunda olmasında yattığını ifade etmekte, bunun yanında savcının yalnızca sanığın aleyhine olan delilleri değil aynı zamanda lehine olanları da toplamak zorunda olduğunu da hatırlatmaktadır. Bundan yola çıkarak da savcının savunmadan daha yüksek ama hâkimlerden uzakta oturmasının sembolik bir anlamı olduğunu savunmaktadır.

24. Hükûmet, 10 Haziran 2004 tarihli ve 50744/99 numaralı Töre/Türkiye kararına atıf yaparak davadaki tarafların eşit haklara sahip olduğu ve başvuran tarafından tartışma konusu edilen uygulamanın adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olmadığını sonucuna ulaşmaktadır.

25. Mahkeme önceki kararlarında, ortaya konulan durumun, savcıya duruşma salonunda "fiziksel olarak" ayrıcalıklı bir yer sağlaması fakat sanığı kendi menfaatlerini savunma açısından somut şekilde dezavantajlı bir konuma sokmaması halinde silahların eşitliği ilkesini ihlal etmediğini değerlendirdiğini hatırlatır. [*Chalmont/Fransa* (kabul edilebilirliğe ilişkin karar) Aralık 2003 no: 72531/01 AİHS; *Carballo ve Pinero/Portekiz* (kabul edilebilirliğe ilişkin karar) 21 Haziran 2011 no: 31237/09]

26. Mahkeme, davadaki koşulların oturmuş içtihattan ayrılmasını haklı çıkartacak hiçbir özellik arz etmediği kanaatindedir. Bu nedenle, iddia Sözleşmenin 35/3,4 maddesi gereğince, esasa ilişkin açık noksanlık nedeniyle kabul edilmez niteliktedir.

2. Gözaltında avukat yardımından yararlanılmaması ile ilgili iddia hakkında

27. Mahkeme, söz konusu iddianın Sözleşmenin 35/3. maddesi anlamında açıkça temelden yoksun olmadığını ve ayrıca kabul edilebilirliğe ilişkin bir kuralı da ihlal etmediğini tespit etmekte ve kabul edilebilir olduğunu beyan etmektedir.

B. Esas Hakkında

28. Başvuran, gözaltı sırasında avukat yardımından yararlanmak istediğini savunmakta fakat bu yardımı reddettiği yönünde attığı imzaya bir açıklama getirmemektedir.

29. Hükûmet, gözaltına alınır alınmaz hakları ve kendisine karşı yöneltilen suçlamalar hakkında bilgilendirilmiş olduğunu hatırlatmak suretiyle başvuranın bu iddiasına karşı çıkmaktadır. Başvurana kendisinin seçeceği ya da resen görevlendirilecek bir avukatın yardımından yararlanabileceği ve ailesini bilgilendirebileceği hatırlatılmıştır. Hükûmet, başvuranın haklarını anladığını, avukat yardımından yararlanmak istemediğini beyan ettiğini ve gerek savcılık gerekse Ağır Ceza Mahkemesi ve Yargıtay aşamasında avukatının bulunduğunu ifade etmektedir.

30. Mahkeme, 6. maddenin 3-c fıkrasında yer verilen hakkın, 1. fıkrada yer bulan ceza yargılaması bağlamında adil yargılanma hakkına ilişkin olduğu yönündeki içtihadını hatırlatır [Salduz/Türkiye kararı (Büyük Daire) no: 36391/02 50-54. paragraflar, AİHS 2008]. Mahkeme, bu bakımdan, 6/1'deki hakkın tatmin edici bir şekilde "somut ve etkin" olabilmesi için, somut olaydaki özel şartların bu hakkın kısıtlamasına ilişkin zorlayıcı bir nedenin varlığını ortaya koyması istisnası dışında, genel olarak şüpheliye ilk ifade almadan itibaren avukat yardımının sağlanması gerektiğini de belirtir. Bu nedenler avukata erişimin kısıtlanmasını haklı çıkardığında bile, sebebi ne olursa olsun, aynı yöndeki bir kısıtlama sanığın 6. maddeden kaynaklanan haklarına haksız bir şekilde zarar vermemelidir. Kural olarak, sanığın polis huzurunda, imkân dâhilindeki avukat yardımı olmadan alınan ve kendini suçlayıcı şekilde verdiği ifadenin mahkûmiyete esas alınması savunma hakkının telafisi mümkün olmayacak bir şekilde ihlali anlamına gelmektedir (Salduz/Türkiye kararı, paragraf 55).

31. Bununla birlikte, Mahkeme *Salduz* davasından farklı olarak, huzurdaki davada ilgilinin gözaltı sırasında avukatının olmayışının ilgili kanuni düzenlemelerin sistematik bir şekilde uygulanmasından kaynaklanmadığını not etmektedir. Olayda, ilgili mevzuat, yani Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 144. maddesi ilgiliye avukat talep etme hakkını tanımaktadır.

32. Bu açıdan, Mahkeme 6. maddenin ne lafzı ne de ruhunun ilgilinin adil yargılanmaya ilişkin güvencelerden tamamen kendi iradesi ile olmak

üzere açık ya da zımni şekilde vazgeçmesine engel teşkil etmediğini hatırlatır [*Kwiatkowska/İtalya* (kabul edilebilirliğe ilişkin karar) no: 52868/99, 30 Aralık 2000, ve *Ananyev/Rusya*, no: 20292/04, paragraf 38, 30 Temmuz 2009]. Bununla birlikte, Sözleşmenin amacına uygun olması açısından, yargılamada yer alma hakkından vazgeçme şüpheye yer bırakmayacak şekilde yapılmalı ve önemine uygun asgari güvencelerle donatılmış olmalıdır (Salduz, paragraf 59; Yoldaş/Türkiye no: 27503/04, paragraf 51, 23 Şubat 2010; Trymbach/Ukrayna no: 44385/02 paragraf 61, 12 Ocak 2012).

33. Mahkeme, huzurdaki davanın özel şartlarına göre başvuranın gözaltı sırasında avukat yardımından yararlanma hakkının kendisine hatırlatıldığını not etmektedir. Bu bakımdan, polis gözaltı esnasında başvuranın haklarını, özel olarak da avukat hakkını içeren bir tutanak düzenlemiştir (bkz. paragraf 8). Tutanağın okunmasından sonra kendisi tarafından imzalanan bir sureti Başvurana verilmiştir. Bunun dışında, polis aynı şekilde ilgiliye ailesine haber verilmesini isteme hakkı olduğunu da hatırlatmıştır.

34. Başvuran ise avukat yardımı istemediğini belirten kutucuğu işaretlemiş ve formu imzalamıştır (bkz. paragraf 9).

105

35. Mahkeme, başvuranın gözaltı süresince avukat yardımından yararlanma hakkı olduğunu, bu hak kendisine hatırlatılmasına rağmen kendisinin avukat yardımını reddettiğini tekrar ele alır. Dolayısıyla, başvuranın bu hakkından vazgeçmesi şüphe uyandırmayacak kadar açık ve gerekli asgari güvencelere sahip durumdadır (*Yoldaş*, paragraf 52). Bu bakımdan Mahkeme başvuranın avukat talep ettiğine dair iddiasını hiçbir şekilde savunmadığı gibi aksini gösteren bir beyanın altına neden imza attığını da açıklamamakta olduğunu da not eder.

36. Öte yandan, başvuranın Cumhuriyet Savcısı ve Mahkeme huzurunda da aynı şekilde ifade verdiğini ve ne kendisine yöneltilen olguları ne de ifadenin içeriğini reddetmiş olduğunu saptamamak mümkün değildir. Esasında başvuran olayların hâkimlerce yapılan nitelendirmesini reddetmekle yetinmiş, yargılamanın başından sonuna kadar aynı kalan kendi versiyonunu ise tartışma konusu yapmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, esas mahkemesi hâkimlerinin başvuranın savunma hakkını titizlikle koruduğunu ve davadaki hiçbir unsurun başvuranın avukat yardımını reddetmesinin özgür iradesine dayanmadığını ya da şüpheye

yer bırakır nitelikte olduğunu düşündürecek nitelikte olmadığını değerlendirmektedir (*Yoldaş*, paragraf 53).

37. Bu şartlar altında, kendi uhdesindeki hususlar ve tarafların değerlendirmeleri ışığında, davanın geniş çaplı değerlendirilmesi sonucunda Mahkeme başvuranın Sözleşmenin 6. maddesinin 1. ve 3-c fıkraları anlamında adil yargılanma hakkından mahkûm bırakılmadığı sonucuna ulaşmıştır.

38. Dolayısıyla, Sözleşmenin 6. maddesinin 1 ve 3-c fıkralarının ihlali söz konusu değildir.

MAHKEME, BU GEREKÇELERLE VE OYBİRLİĞİYLE

1. Başvurunun gözaltı sırasında avukat yokluğundan kaynaklanan iddiası bakımından kabul edilebilir fakat diğer hususlar açısından kabul edilemez olduğuna,

2. Sözleşmenin 6. maddesinin 1 ve 3-c fıkralarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

106

Fransızca olarak kaleme alınan bu karar Yönetmeliğin 77. maddesinin 2 ve 4. fıkraları uyarınca 31 Mayıs 2012 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

F. Elens- Passos
Y. İşleri Müdür Yardımcısı

François Tulkens
Başkan

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
İKİNCİ DAİRE’NİN TARHAN / TÜRKİYE KARARI**

(Başvuru No: 9078/06, Karar Tarihi: 17 Temmuz 2012)

Tarhan / Türkiye davasında,

Başkan,

Françoise Tulkens,

Yargıçlar

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

Isabelle Berro-Lefèvre,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi

107

ve *Daire Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith’in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire) gerçekleştirdiği kapalı müzakereler neticesinde 26 Haziran 2012 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (*no 9078/06*) dava, Türk vatandaşı Mehmet Tarhan’ın (“Başvuran”) 16 Şubat 2004 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurudan ibarettir.
2. Başvuran, Ankara’da görev yapan Avukatlar S. Coşkun ve Avukat S. Doğanoğlu tarafından temsil edilmektedir. Türk Hükümeti (“Hükümet”) kendi görevlisi tarafından temsil edilmektedir.
3. Başvuran, özellikle askerlik hizmetini yapmayı reddettiğinden ve hakkında ceza davası açıldığından, ayrıca askerlik yapmamak için

* Bu karar, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçeye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

** Kararın kesinleştiği tarih: 17 Ekim 2012. İşbu karar Sözleşme’nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşmiş olup şekli bazı değişikliklere tabi tutulabilir.

vicdani ret hakkını kullandığı için hakkında art arda kovuşturmalar yapıldığından bahisle kendisine sert tedbirler uygulandığından şikâyet etmektedir. Başvuran, şikâyetine dayanak olarak Sözleşmenin 3, 5, 8 ve 9. maddelerine atıfta bulunmaktadır.

4. Başvuru, 31 Mart 2009 tarihinde kısmen kabul edilemez ilan edilmiş, Sözleşme'nin 3 ve 9. maddelerine dayandırılan şikâyetler Hükümet'e tebliğ edilmiştir. Sözleşme'nin 29. maddesinin 1. paragrafı gereğince Dairenin, davanın kabul edilebilirliği ve esası konusunda aynı anda karar vermesi kararlaştırılmıştır.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran, 1977 doğumludur ve Sivas'ta ikamet etmektedir. Başvuran şiddetin kendisinin bizzat insanlık suçu olduğunu ve askerlik hizmetini reddetmesinin nedeninin, zorunlu askerlik hizmeti ile samimi barış yanlısı inançları arasındaki ciddi ve aşılabilir bir çatışma olduğunu kaydetmektedir.

108 A. Başvuranın askerlik hizmetine alınması

6. Başvuran, 2001 yılında vicdani nedenlerden askerlik hizmetini yapmayı reddettiğini beyan etmiştir. Başvuran, askerlik hizmetine karşı vicdani rette bulunarak, öldürmenin mevzu bahis olduğu her türlü çatışma fikrini reddettiğini kesin olarak ifade etmiştir.

7. Başvuran, 8 Nisan 2005 tarihinde İzmir'de yakalanmış ve Tokat'ta bulunan askeri birliğine götürülmüştür. Başvuran, 10 Nisan 2005 tarihinde vicdani retçi olduğunu beyan ederek askeri üniforma giymeyi reddetmiştir.

8. Tarhan, 11 Nisan 2005 tarihinde askeri hâkim tarafından tutuklanarak Sivas Askeri Cezaevine konulmuş ve ertesi gün tek kişilik hücreye kapatılmıştır.

9. Başvuran hakkında 12 Nisan 2005 tarihinde Askeri Ceza Kanunu'nun 88. maddesi uyarınca toplu asker karşısında hizmetten sıyrılmak kastı ile ısrarlı itaatsizlik suçlaması ile kamu davası açılmıştır ("Birinci Dava").

10. Başvuran, 20 Nisan 2005 tarihinde psikiyatrik muayene için iradesi dışında askeri hastaneye getirilmiştir. Başvuran, hastanede altı gün kalmış ve reddetmesine rağmen hakkında bir tıbbi rapor düzenlenmiştir.

11. İlk duruşma sırasında, 28 Nisan 2005 tarihindeki ilgilinin avukatları Askeri Ceza Mahkemeleri'nin bağımsız olmadığı iddiasıyla bir Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuşlar ve davanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini talep etmişlerdir. Bu talep reddedilmiştir.

12. Başvuran, 9 Haziran 2005 tarihinde serbest bırakılmış, ertesi gün Tokat'taki askeri birliğine götürülmüş ve 10 Haziran 2005 tarihinde askeri üniforma giymek istememesi nedeniyle yeniden gözaltına alınmıştır. Başvuran, 13 Haziran 2005 tarihinde askeri hâkim önüne çıkarılmış ve tutuklanmasına karar verilmiştir. Israrlı itaatsizlik suçundan, 15 Haziran 2005 tarihinde hakkında yeni bir dava açılmıştır ("İkinci Davaya").

13. Sivas Askeri Ceza Mahkemesi 12 Temmuz 2005 tarihinde iki davayı birleştirme kararı almıştır.

14. Sivas Askeri Ceza Mahkemesi, 10 Ağustos 2005 tarihinde başvuruları isnat edilen iki suçtan toplam dört sene hapis cezasına çarptırmıştır.

15. Askeri Yargıtay, 25 Ekim 2005 tarihinde diğer gerekçelerin yanı sıra, davaya bakan mahkemenin, eşcinsel olduğunu açıklayan başvuranın bu durumunun askerlik hizmetinden muafiyeti anlamına geleceğinden fiziksel muayeneden geçirilmesini istememiş olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

16. 15 Aralık 2005 tarihinde, davaya bakan yerel mahkemede yapılan duruşmada başvuran Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu gerekçesiyle fiziksel muayeneyi reddetmiştir. Buna rağmen, muayene için askeri hastaneye götürülmüş, fakat kabul etmemesi sonucu muayene yapılamamıştır.

17. Askeri Ceza Mahkemesi, 15 Aralık 2005 tarihinde ilk kararında direnmiştir. Başvuran tarafından temyiz edildikten sonra, dosya Askeri Yargıtay Daireler Genel Kurulu'na gelmiştir.

18. Genel Kurul, 9 Mart 2006 tarihinde, verilen kararı, "ısrarlı itaatsizlik" için öngörülen cezanın artırılmasıyla ilişkili gerekçelerin kanuna aykırı olması nedeniyle bozmuş ve başvuranın tahliyesine karar vermiştir.

19. Başvuran, 11 Mart 2006 tarihinde birliğinden firar etmiştir.

20. Davaya bakan Askeri Mahkeme, 10 Ekim 2006 tarihinde, başvuruları 10 Nisan 2005 tarihindeki eyleminden dolayı on ay, 10 Haziran 2005 tarihli eyleminden dolayı bir yıl üç ay hapis cezasına çarptırmıştır.

21. Askeri Yargıtay, 17 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Kanun'un karar ve ceza infazını erteleme hükmü uyarınca 19 Ekim 2006 tarihli kararı yeniden bozmuştur.

22. Askeri Mahkeme, 9 Ekim 2008 tarihinde davanın iadesinden sonraki ilk duruşmasını yapmıştır. Dosyanın içeriğine göre söz konusu dava, mevcut kararın kabul edilme tarihi itibarıyla ulusal mahkeme'de halen derdesttir. Hükümet, başvuran temsilcilerinin birçok duruşmaya katılmadıkları hususunu AİHM'nin dikkatine sunmaktadır.

23. Başvuran, hakkında açılan dava sırasında, on aydan fazla süreyle tutuklu kalmıştır. Başvuran, 11 Mart 2006 tarihinde firar etmesinden bu yana güvenlik güçleri tarafından aranmaktadır. İlgili, halen askerlik hizmetini ısrarla reddetmesinden dolayı yeni kovuşturmalarla ve özgürlüğünü kısıtlayıcı cezalara mahkûm olma riskiyle karşı karşıya kalmaktadır.

B. Başvurana verilen disiplin cezaları

24. Başvuran, saç ve sakalının kesilmesine karşı çıkması nedeniyle kınama, bir ay ziyaretçi yasağı, bir ay mektup alma veya göndermeden mahrum bırakılma ve 13 Nisan 2005 ve 8 Haziran 2005 tarihleri arasında yedi gün tecritte tutulma gibi değişik disiplin cezalarına çarptırılmıştır.

25. 25 Mayıs 2005 tarihli bir tutanağa göre, başvuranın saç ve sakalının kesilmesine karşı çıkması sonucunda yedi asker tarafından zor kullanılarak saç ve sakalı kesilmiştir. Başvuran, o gün yedi veya sekiz asker tarafından yere yatırıldığını ve üstüne çıkılarak saç ve sakalının kesildiğini, bundan dolayı vücudunun çeşitli bölgelerinde bereler, sıyrıklar ve ağrılar meydana geldiğini ifade etmektedir. Başvuran, aynı tarihte yirmi sekiz gün sürecek bir açlık grevine başlamıştır.

C. Başvuranın şikâyeti üzerine askeri cezaevi sorumluları hakkında başlatılan ceza işlemleri

7. Başvuran, 23 ve 25 Mayıs ve 6 Haziran 2005 tarihlerinde askeri cezaevi sorumluları hakkında şikâyette bulunmuştur. 11 ve 15 Mayıs 2005 tarihleri arasında Sivas Askeri Cezaevi'nde tutulduğu sırada yetkililerin diğer mahkûmları ona karşı kışkırtmak ve mahkûmların kendisine yönelik saldırılarına göz yummak suretiyle görevlerini suiistimal ettiklerini ifade etmiştir.

27. Askeri Savcı, 26 Ekim 2008 tarihinde Sivas Askeri Cezaevi'nin dört görevlisi hakkında görevi ihmal suçlamasıyla dava açmıştır.

28. Sivas Askeri Ceza Mahkemesi, 10 Eylül 2008 tarihinde Askeri Cezaevi'nin dört personelini yeterli delil olmadığı gerekçesiyle beraat ettirmiştir. Dava dosyasına göre, dava halen derdesttir.

II. İLGİLİ ULUSAL HUKUK KURALLARI VE UYGULAMALARI

8. Bu dava ile ilgili, askeri suçlara dair ulusal hukuk ve uygulamalar için *Ülke / Türkiye* müracaat ediniz (no 39437/98, paragraflar. 42-47, 24 Ocak 2006) ; Askeri Mahkemelerin statüsü için bkz. *Ergin / Türkiye (no 6)* (no 47533/99, paragraflar. 15-25, AİHM 2006-VI).

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. Kabul edilebilirlik ile ilgili olarak

9. Başvuran, vicdani ret hakkının tanınmamasından şikâyet etmekte ve ayrıca vicdani retçi statüsünü talep ettiği için hakkında yapılan kovuşturmaların Sözleşme'nin 8 ve 9. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvuran, ayrıca maruz kaldığı muamele, kovuşturmalar ve tutuklamalar ile felsefi inançlarından dolayı askeri üniforma taşımayı reddetmesi sonucunda hakkındaki kovuşturmaların devam etme riskinin Sözleşmenin 3 ve 5. maddeleri anlamında aşağılayıcı ve onur kırıcı olduğunu savunmaktadır.

Başvuran, ayrıca bu başvurunun, şikâyeti üzerine askeri cezaevi sorumlularına karşı açtığı dava çerçevesinde incelenen olgularla ilgili olmadığını, o davanın mahkemelerde halen derdest olduğunu belirtmektedir (yukarıda belirtilen 26-28. paragraflar).

31. Dava olgularının hukuki nitelendirmesi konusunda karar makamı olarak AİHM, davanın, başvuranın şikâyetlerinin askerlik hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddetmesi nedeniyle hakkında uygulanan tedbirlerin ağırlığı ve vicdani ret hakkının olmayışıyla ilişkili olduğu ölçüde öncelikli olarak Sözleşmenin 3 ve 9. maddeleri ışığı altında incelenmesi gerektiğini kaydetmektedir.

32. Hükümet, öncelikle başvurunun altı aylık süre nedeniyle kabul edilebilirliği konusunu gündeme getirmektedir. Hükümet, ilgilinin AİHM'ye tutukluluk halinin son bulmasını takiben altı ay içinde başvurması gerektiğini, zira ceza davası yolunun etkili olmayacağını bu tarihte bilmesi gerektiğini kaydetmektedir.

33. Hükümet, ayrıca iç hukuk yollarının tükenmediğini, dolayısıyla başvurunun kabul edilemez olduğunu savunmaktadır. Hükümet, başvurana karşı ısrarlı itaatsizlik suçlaması ile açılan ceza davalarının ulusal mahkemelerde halen derdest olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet ayrıca, başvuranın şikâyeti üzerine askeri cezaevi sorumluları hakkında açılan davanın da halen derdest olduğunu hatırlatmaktadır.

34. Başvuran, bu teze karşı çıkmaktadır. Hakkında açılan kamu davasıyla ilgili olarak, ceza yolunun ulusal mahkemelerin statüsü bakımından etkisiz olduğunu söylemektedir. Her halükarda (yukarıda belirtilen) *Ülke davasına* (paragraf. 61) atıfta bulunarak, kendi durumuna uygulanan genel mevzuatın yetersiz olması sonucu art arda kovuşturma ve mahkûmiyetlere maruz kaldığını ve bu riskin halen devam ettiğini vurgulamaktadır. Kendi nazarında, bu durum süreklilik arz etmektedir. Başvuranın şikâyeti üzerine, askeri cezaevi sorumluları hakkında açılan dava ile ilgili olarak, mevcut başvurunun bu davanın çerçevesinde incelenen olgulara ilişkin olmadığını yinelemektedir.

112

35. Altı aylık süreye uyulduğuna ilişkin itiraz ile ilgili olarak, uyulmamasından çıkarılan istisna konusunda, AİHM Hükümetin (önceden belirtilen) *Ülke davası* (no 39437/98, 1 Haziran 2004 tarihli karar) çerçevesinde benzer bir itirazı öne sürdüğünü hatırlatmaktadır. AİHM'nin değerlendirmesi şöyle idi:

“AİHM başvuranın anlık bir eylemden şikayetçi olmadığını fakat “vicdani retçi” olduğunu açıkladığı ve askeri üniforma giymeyi reddettiği her defasında ulusal mahkemelerin verdiği mahkûmiyet kararlarının art arda gelişine atıfta bulunduğunu ifade etmektedir. Bu kovuşturmalar ve mahkûmiyetler serisi, iç hukukta başvurabileceği hiçbir hukuk yolunun olmadığı sürekli bir durumu göstermektedir. AİHM bu davada olduğu gibi iddia edilen ihlalin süreklilik arz ettiği durumlarda altı aylık sürenin bu sürekli durum son bulduğu andan itibaren geçerli olacağını hatırlatmaktadır.”

36. AİHM, mevcut davada bu içtihadından ayrılmayı gerektirecek hiçbir neden görmemektedir. Nitekim başvuran hakkında Askeri Mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararı henüz kesinleşmemiş olsa dahi, Tarhan önceden iki kovuşturma geçirmiş ve iki kez mahkûm olmuştur; askerlik hizmetini reddetmesi nedeniyle hayat boyu davalarla yüz yüze kalma riski taşımaktadır (bkz. *Erçep / Türkiye*, no 43965/04, paragraf. 61, 22 Kasım 2011) Başvuranın şikâyetçi olduğu koşullar, başvuru yapıldığı

anda halen geçerliydi. Bundan dolayı, altı ay süresi bu davadaki gibi sürekli durumlara uygulanmaz (*Varnava ve diğerleri / Türkiye* [BD] no 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, paragraf. 159, AİHM 2009). Bu nedenle, bu itiraz reddedilmektedir.

37. İç hukuk yolları ile ilgili olarak, AİHM Sözleşmenin 35/1. maddesi uyarınca sadece ulusal başvuru yolları tükendiğinde AİHM'ye başvuru yapılabileceğini hatırlatmaktadır. AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, bu kuralın uygulanmasında AİHM, Sözleşmeci Tarafın hukuki sisteminde öngörülen hukuk yollarını gerçekçi şekilde göz önünde tutmalı, fakat bunların uygulanma bağlamını ve başvuranın kişisel durumunu da göz ardı etmemelidir. Bilhassa bu dava koşullarının tamamı bağlamında, başvuranın iç hukuk yollarını tüketmek adına makul her türlü gayreti gösterip göstermediği hususu incelenmelidir (*Aksoy / Türkiye*, 18 Aralık 1996, paragraf. 54, Kararlar ve Hükümler Raporu, 1996-VI).

38. Somut olayda, AİHM Tarhan hakkında iki dava açıldığını ve bu davaların, Askeri Mahkeme'nin üç kez başvuranın suçlu olduğuna hükmetmesine karşın (10 Ağustos, 15 Aralık 2005 ve 10 Ekim 2006) ulusal mahkemelerde halen derdest olduğunu gözlemlemektedir. Bu davalar sırasında, ilgili on aydan fazla bir süre tutuklu kalmış ve askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmeye devam ettiğinden halen kovuşturma riski altındadır. Bu şartlarda, AİHM başvuranın retçiliğinin sonuçlarına önceden katlanmış olduğunu, dolayısıyla kendisinden daha fazla beklemesinin istenemeyeceğini kaydetmektedir (bkz, *mutatis mutandis*, *Passanha Braamcamp Sobral / Portekiz*, no 10145/07, paragraf. 38, 12 Nisan 2011). Bu itiraz da reddedilmiştir.

39. Cezaevi sorumlularına karşı açılan dava ile ilgili olarak AİHM, başvuranın bu başvurunun o dava çerçevesinde incelenen olaylara ilişkin olmadığını belirttiğini kaydetmektedir.

40. Yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde, AİHM başvuranın askerlik hizmetini reddetmesi ve vicdani ret hakkının olmaması nedeniyle hakkında sert tedbirler uygulandığı yolundaki şikâyetlerin Sözleşmenin 35/3. maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir kabul edilemezlik nedeni görmediğini kaydetmektedir. Bu nedenle AİHM, şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna hükmetmektedir.

II. Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak

41. Tarhan, askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddettiğinden dolayı kendisine karşı sert tedbirler uygulandığını vurgulamakta ve maruz kaldığı kötü muamelenin (saçlarının ve sakalının zorla kesilmesi) art arda gelen kovuşturmalar ve hayatı boyunca kovuşturulma riskinin aşağılayıcı ve onur kırıcı olduğunu savunmaktadır. Bu kötü muameleleri psikolojik şiddet olarak nitelendirmektedir.

Sözleşmenin 3. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

42. 3. madde demokratik toplumların temel değerlerinden birini oluşturur (*Soering / Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1989, paragraf. 88, seri A no 161) ve buna hiçbir istisna getirilemez. Benzer şekilde, savaş zamanında veya ulusun varlığına yönelik diğer tehditler söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 15. maddesi dahi bu kurala aykırı hareket edilmesini mümkün kılmaz (*Chahal / Birleşik Krallık*, 15 Kasım 1996, paragraf. 79, *Derleme* 1996-V).

114

43. AİHM yerleşik içtihadına göre, kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulama alanına girmesi için belirli bir düzeye ulaşması gerekmektedir. Bu asgari düzeyin değerlendirmesi görecelidir; bu değerlendirme kötü muamelenin niteliği ve uygulandığı bağlam, uygulama kuralları süresi, doğurduğu fiziksel ve ruhsal etkiler ve bazen de ilgilinin cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu da dâhil dava koşullarının tamamına bağlıdır (*Peers / Yunanistan* no 28524/95, paragraf. 67, AİHM 2001-III; *Kudła / Polonya* [BD], no 30210/96, paragraf. 91, AİHM 2000-XI) Bunun dışında, AİHM bir ceza veya kötü muamelenin 3. madde anlamında “onur kırıcı” olup olmadığını tespitinde, amacın ilgiliyi aşağılama ve küçük düşürme olup olmadığını ve alınan tedbirlerin 3. maddeye aykırı olarak kişiliğini etkileyip etkilemediğini inceleyecektir (*Albert ve Le Compte / Belçika*, 10 Şubat 1983, paragraf. 22, seri A no 58). Tedbirlerin etkilerini değerlendirirken, bütün bu etkilerin birikmiş sonuçları da göz önünde tutulmalıdır (*Ülke*, yukarıda belirtilen, paragraf. 58).

44. AİHM, Türkiye’de askerlik hizmetine elverişli her erkek vatandaşın T.C. Anayasası’nın 72. maddesi ve Askerlik Kanunu’nun ilk maddesi gereğince askerlik hizmetini yerine getirmekle mükellef olduğunu

gözlemlemektedir. Askerlik hizmetinin yerine geçecek bir sivil hizmet bulunmadığından, inançlarına sadık kalmak isteyen vicdani retçilerin askere alınmayı reddetmekten başka çareleri bulunmamaktadır. Böylece bu insanlar, sonu gelmeyen kovuşturma ve katlanan hapis cezalarına konu olduğu gibi, bu durumun ömür boyu sürme tehlikesi altında olduklarından, bir nevi «medeni ölüme » maruz kalmaktadır (yukarıda belirtilen *Ülke* kararında 63. paragraf) AİHM, düşünsel kişiliğini bastırıldığı anlamına geldiğini kaydederek, bu durumun Sözleşmenin 3. maddesiyle aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu değerlendirmeler, somut olay için de geçerlidir.

45. AİHM, yukarıda anılan *Ülke* kararında (paragraf. 61) kararında şu ifadelerle yer vermiştir:

“(…)Türk hukukunda vicdani ve dini sebeplerle askeri üniforma giymeyi reddeden kişiler için uygulanacak özel bir yaptırımı içeren hiçbir hüküm öngörülmemektedir. Bu alandaki yaptırımların Askeri Ceza Kanunu'nun genel olarak üstlerinin emirlerine itaatsizlik eden kişilere hükmettiği müeyyideler olduğu anlaşılmaktadır. Bu hukuki çerçevenin, inançları nedeniyle zorunlu askerlik görevine karşı çıkılması ile ilgili durumları düzenlemek bakımından yeterli olmadığı açıktır. Durumuna uygulanan genel mevzuatın uygunsuzluğu nedeniyle başvuran sonu gelmeyen kovuşturma ve mahkûmiyetlere konu olduğu gibi, bu durumun sürmesi tehlikesi altındadır.”

AİHM, mevcut davada bu içtihadından farklı hareket etmek için herhangi bir gerekçe görmemektedir. Nitekim Tarhan'ın mahkûmiyet kararı kesinleşmiş olmasa dahi, hakkında açılan iki ceza davası sürecinde on aydan fazla süreyle tutuklu kalmıştır. Bunun yanı sıra, hakkındaki kovuşturmalar başvuranın zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmasıyla sonuçlanmamıştır; şayet zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmekte ısrar ederse hayatının sonuna kadar art arda hapis cezalarına çarptırılma riski ile karşı karşıya kalacaktır (yukarıda belirtilen *Ülke*, paragraf. 60). Tarhan, bunun dışında askerlik hizmeti sırasında saç ve sakalının yedi asker tarafından zorla kesilmesi gibi kötü muamelelere de maruz bırakılmıştır.

47. AİHM, bu koşullarda olayları bir bütün olarak değerlendirerek ve başvuranın maruz kaldığı muamelelerin ciddiyetini göz önüne alarak, bir ceza mahkûmiyetinde veya tutuklulukta bulunan normal onur kırıcılık unsurunu aşan ciddi bir ıstırap ve acıya neden olduğunu kaydetmektedir.

Bu nedenle AİHM, başvurana orduda hizmet görmeyi reddettiğinden dolayı yapılan kötü muamelelerin onur kırıcı bir niteliğe büründüğüne hükmetmektedir (*Feti Demirtaş / Türkiye*, no 5260/07, paragraf. 92, 17 Ocak 2012).

48. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, AİHM Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir.

III. Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak

49. Tarhan, vicdani ret hakkının kabul edilmemesinden şikâyet etmekte ve ayrıca vicdani retçi statüsü talep ettiği için hakkında yapılan kovuşturmaların Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali anlamına geldiğini iddia etmektedir.

Sözleşme'nin 9. maddesi aşağıdaki gibidir:

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.”

A. Tarafların iddiaları

50. Başvurana göre, vicdan özgürlüğü savaş karşıtlığı ve anti-militarizm gibi inanışları kapsayacak biçimde geniş ele alınmalıdır. Başvuran ayrıca, Türkiye'nin tarafı olduğu ve vicdani ret hakkını tanımayı kabul ettiği uluslararası anlaşmalara rağmen vicdani ret hakkını uygulamaya koyma yönünde bir karar almadığından dolayı Türk Devleti'nden şikâyet etmektedir. Başvuran, devleti özellikle kendisinin bu haktan yararlanma şartlarını haiz olup olmadığını tespit edecek bir usul tesis etmemiş olmakla itham etmektedir.

51. Hükümet, ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun içtihadına dayanarak Sözleşme'nin 9. Maddesinin somut olayda uygulanamayacağını iddia etmektedir. Hükümet, somut olayda Sözleşme'nin 9. maddesinden kaynaklanan herhangi bir sorunun mevzu bahis olup olmadığının tartışmalı olduğunu kaydetmektedir.

B. AİHM'nin değerlendirmesi

52. 9. maddenin koruduğu şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme anlamında «demokratik bir toplumun» temellerinden birini temsil etmektedir. Dini açıdan bu özgürlük, inananların hayata bakışlarını ve kişiliklerini oluşturan çok hayati bir unsur olmasının yanı sıra, ateistler, agnostikler, kuşkucular veya konuyla hiç ilgilenmeyen diğer kimseler açısından da önemli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun esaslı ve ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllar boyu büyük bedeller ödenerek kazanılmış olan çoğulculuk, bu özgürlüğe bağlıdır (bkz. *mutatis mutandis*, *Kokkinakis / Yunanistan*, 25 Mayıs 1993, paragraf. 31, seri A no 260-A, ve *Buscarini ve diğerleri / Saint-Marin* [BD], no 24645/94, paragraf. 34, AİHM 1999-I).

9. madde düşünce ve vicdan özgürlüğü veya bir dini inanç sahibi olma veya benimseme tercihi üzerinde hiçbir kısıtlamaya müsaade etmez. Bu madde düşünce, vicdan, din özgürlüğü ve dini inancını veya kişisel inancını açığa vurma özgürlüğünü belirgin biçimde kapsamaktadır. Vicdan özgürlüğü koşulsuz olarak korunmaktadır, zira herkes bir din veya tercih ettiği başka bir inancı benimseme hakkına sahiptir ve bu hak ise Sözleşmenin 9. maddesinin özünü oluşturmaktadır.

117

53. AİHM, Sözleşme'nin 9. maddesinin vicdani retçilere uygulanabilirliğine ilişkin içtihadını yakın bir tarihte gözden geçirme fırsatı bulmuştur. (*Bayatyan / Ermenistan* [BD], no 23459/03, 7 Temmuz 2011). AİHM söz konusu davada, orduda hizmet verme zorunluluğu ile bir bireyin vicdanı ya da samimi ve derin dini ya da diğer inançları arasında ciddi ve aşılması güç bir çelişki oluşturduğu gerekçesiyle askerlik hizmetine karşı çıkmanın, 9. maddedeki teminatların uygulanması için gerekli görülen kudret, ciddiyet, bütünlük ve önem kıstaslarına yeteri kadar ulaştığı kanısı yarattığını kaydetmiştir (*Bayatyan*, ilgili bölüm, paragraf. 110). Askerlik hizmetine karşı çıkmanın bu hükmün kapsamına girip girmediği ve hangi ölçüde girdiği hususu ise her davanın kendine has koşullarına göre kararlaştırılmalıdır.

54. AİHM, somut olayda başvuranın sadece devletin eyleminden değil aynı zamanda devletin vicdani ret hakkına ilişkin mevzuat çıkarmamasından şikâyet ettiğini gözlemlemektedir. Bunun yanı sıra, ilgili, devleti kendisinin bu haktan yararlanma şartlarını haiz olup olmadığını tespit edecek bir usul tesis etmemiş olmakla itham etmektedir.

55. Askerlik hizmetine vicdani ret hakkının tanınmaması konusuyla ilgili, AİHM (yukarıda belirtilen) *Erçep*, (paragraflar. 63 ve 64) kararında kaydettiği ifadeleri hatırlatmaktadır:

“(…)Türkiye’de yürürlükte olan zorunlu askerlik hizmeti sistemi vatandaşlara, vicdani retçiler için ciddi sonuçlar doğuracak, bir yükümlülük getirmekte: vicdani nedenler için hiçbir muafiyet tanımamakta ve başvuran gibi askerlik hizmetini reddeden kişilere ağır cezai müeyyideler empoze etmektedir. Böylece, ihtilaflı müdahale, sadece başvuranın defalarca mahkûm edilmesinden değil, aynı zamanda yerine geçecek başka bir hizmetin bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

(…)AİHM, bu tür bir sistemin genel anlamda toplum çıkarları ile vicdani retçi arasında adil bir denge kurmadığı kanaatine varmaktadır. Bu nedenle, başvuranın vicdan ve inancının gereksinimlerini dikkate almak adına hiçbir tedbirin öngörülmediğini gözlemleyen AİHM, verilen cezaların demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kabul edilemeyeceğine hükmetmektedir.”

118

56. AİHM, yukarıdakilerden daha farklı bir mülahaza benimsemek için hiçbir neden görmemektedir. Nitekim Hükümet söz konusu ihlali haklı gösterebilecek ikna edici ve zorlayıcı bir nedenden bahsetmemektedir. Hükümet, sadece her devletin “toprak bütünlüğü, kamu güvenliği ve düzeninin savunulması veya başkalarının haklarının korunması” için gerekli tedbirleri almak hak ve yükümlülüğünden bahsetmektedir. AİHM, Hükümetin günümüzde vicdani ret hakkının tanınmasının devletin yukarıda belirtilen genel görevi ile niçin uyum içinde olmadığını izah edecek durumda olmadığını saptamaktadır.

57. Başvuranın, vicdani ret hakkından yararlanma şartlarını haiz olup olmadığını tespit edecek bir usulün bulunmaması ile ilgili olarak AİHM, yukarıda belirtilen *Bayatyan*, *Erçep* ve *Demirtaş* davalarında başvuranların inançları gereği askerlik hizmetini reddeden bir dini grup olan Yehova şahitlerine mensup olduklarını gözlemlemektedir (bkz. *Bayatyan*, paragraf. 111, *Erçep*, paragraf.48, *Demirtaş*, paragraf. 97).

58. Hâlbuki başvuran Tarhan vicdani ret hakkından yararlanmak amacıyla hiçbir dini inanç ileri sürmemektedir. Hükümet, kendi adına bu hususta açıklama yapmamıştır.

O halde, cevap aranacak soru, Tarhan'ın askerlik hizmetine itirazının hangi ölçüde Sözleşme'nin 9. maddesini ilgilendirdiği sorusudur (yukarıda belirtilen *Bayatyan*, paragraf. 110).

59. AİHM, Tarhan davasının öne çıkan özelliğinin, vicdani retçiliğinin tanınması amaçlı talebinin incelenmesine yönelik usul bulunmaması olduğunu gözlemlemektedir. Nitekim yetkililer yalnızca askerlik hizmetinden kaçma fiili hakkında ceza hukukunu uygulamakla yetinmiş, başvuranın bu talebini incelememişlerdir

60. Bu bağlamda, AİHM Devletin Sözleşmenin 8. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün, özel hayata saygı hakkının korunması adına etkili ve erişilebilir bir usulün de tesis edilmesini içerebilir (*Airey / İrlanda*, 9 Ekim 1979, paragraf. 33, seri A no 32; *McGinley ve Egan / Birleşik Krallık*, 9 Haziran 1998, paragraf. 101, *Rapor* 1998-III; ve *Roche / Birleşik Krallık* [BD], no 32555/96, paragraf. 162, AİHM 2005–X); buna bireyin hakkının korunmasına yönelik bir adli infaz mekanizması oluşturulması amacıyla yasal çerçevenin hazırlanması ve gerekirse spesifik tedbirlerin uygulanması da dahildir.

Bu ilkeler, vicdani retçiliğin kabulüne dair başvuruların incelenmesi için bir usul bulunmamasının zorunlu askerlik hizmeti ile kişinin vicdani veya samimi ve derin inançları arasında ciddi ve aşılması imkânsız bir çatışmaya yol açtığı durumlarda zorunlu askerlik hizmetine yönelik vicdani ret hakkı için de *mutatis mutandis* uygulanabilir.

61. Bu nedenle, AİHM, yetkililerin Sözleşmenin 9. maddesi kapsamındaki çıkarlarını korumak amacıyla başvuranın vicdani ret statüsünden yararlanma hakkının olup olmadığının saptanmasını mümkün kılacak etkili ve erişilebilir bir usul sunma yönünde bir pozitif yükümlülüğünün olduğunu değerlendirmektedir.

62. Yukarıda ifade edilen hususlar ışığında, AİHM zorunlu askerlik hizmetine hiçbir alternatif hizmet önermeyen (yukarıda belirtilen *Erçep*, paragraf. 63) ve başvuranın vicdani ret hakkından yararlanıp yararlanamayacağını saptayacak etkili ve erişilebilir bir usul öngörmeyen bir sistemin, toplumun bütününün çıkarları ve vicdani retçilerin çıkarları arasında adil denge sağlamış bir sistem olarak adlandırılmayacağını gözlemlemektedir. Buradan yetkili makamların Sözleşmenin 9. maddesi gereği zorunluluklarını yerine getirmediikleri sonucu çıkmaktadır (Bkz. *mutatis mutandis*, *Yehova şahitleri Topluluğu üyeleri / Gürcistan*, (97), no 71156/01, paragraf. 134, 3 Mayıs 2007).

10. Bu nedenle, AİHM Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir.

III. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması ile ilgili olarak

11. Sözleşmenin 41. maddesinin hükmü aşağıdaki gibidir:

“AİHM işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, AİHM, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatminine hükmeder.”

A. Tazminat

65. Başvuran 10.000 Avro manevi tazminat talep etmektedir.

66. Hükümet bu talebi aşırı bulmaktadır.

67. AİHM, başvurana manevi tazminat için talep ettiği miktarın tamamı olan 10.000 Avro'nun ödenmesi gerektiği kanaatindedir.

B. Masraf ve giderler

120 **68.** Başvuran ayrıca ulusal mahkemelerde ve AİHM önündeki davalarda yaptığı masraf ve giderler için 2.300 Avro talep etmektedir. Kanıt olarak bir sözleşme ve iki ücret cetveli sunmaktadır.

69. Hükümet, bu miktara itiraz etmektedir.

12. AİHM'nin içtihadına göre, başvuran masraf ve giderlerin doğruluğunu, gerekliliğini ve ödenen miktarların makul olduğunu ispatlamak kaydıyla bu masrafların iadelerini talep edebilir. AİHM, somut olayda eldeki belgeleri ve içtihadını göz önünde bulundurarak talep edilen miktarı makul bulmakta ve tamamı olan 2.300 Avronun başvurana ödenmesine hükmetmektedir.

C. Gecikme faizleri

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

BU GEREKÇELERE DAYANARAK AİHM:

1. Başvuranın, askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesi ve vicdani ret hakkının yokluğundan dolayı kendisine uygulanan tedbirlerin önemine ilişkin şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna;

2. Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine;

3. Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edildiğine;

4. a) Sözleşme'nin 44 § 2. maddesine uygun olarak; davalı devletin başvuranlara kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere aşağıdaki miktarları ödemekle yükümlü olduğuna:

i) 10.000 Avro (on bin Avro) tutarında manevi tazminat ve kesilmesi muhtemel vergiler;

ii) masraf ve harcamalar için 2.300 Avro (iki bin üç yüz Avro) ve kesilmesi muhtemel vergiler;

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

karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş; Sözleşme'nin 77 §§ 2. ve 3. maddesi uyarınca 17 Temmuz 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Françoise Tulkens
Başkan

