



# KÜRESEL BAKIŞ

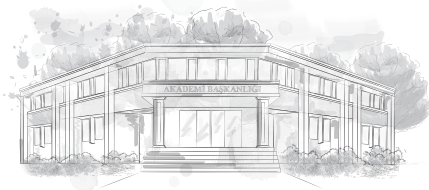
ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

( Üç Ayda Bir Yayınlanır )

17

**YIL:5, SAYI:17, Nisan 2015**

**ISSN: 2146-1376**



**SAHİBİ/OWNER**

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

\*

**GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR**

Ertan AYDIN  
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Aşkın GÜVEN  
Hâkim

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF**

Fethullah SOYUBELLİ  
Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Yılmaz AKÇİL  
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi  
Rifat İNANÇ  
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı  
Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK  
Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK  
Yargıtay Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN  
Danıştay Üyesi

\*

**KAPAK TASARIM/COVER DESING**

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

**DİZGİ/ INTERIOR DESING**

Aşkın SARIAYDIN

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

**PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi  
Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095  
Çankaya - Ankara

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

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

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

**BASKI**

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

## YAZIM VE YAYIM KURALLARI

- \* 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 yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılır. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
- \* Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, makalesinin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren yazının yanı sıra, makalenin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren izin yazılarının (e-posta yolu ile de alınmış olabilir) Türkiye Adalet Akademisi Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanlığına ulaştırılması gerekmektedir.
- \* Çevirilerin öncelikle [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) internet sitesinden "makale ve çeviri gönder" bölümünden gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
- \* Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orjinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11.5 Times New Roman, 6nk atr aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- \* Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelemek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.
- \* Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
- \* Yazarlara ve hakemlere "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Teklif 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 veya izinsiz çevirilerden kaynaklanan sorumluluk çevirene aittir. Türkiye Adalet Akademisi'nin saptadığı yayın ilkeleri doğrultusunda metinler üzerinde biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

## DANIŞMA KURULU\*

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

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy  
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz  
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu  
Prof. Dr. Metin Günday  
Prof. Dr. Mithat Sancar  
Prof. Dr. Muhammet Özekes  
Prof. Dr. Muharrem Kılıç  
Prof. Dr. Mustafa Akkaya  
Prof. Dr. Mustafa Avcı  
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım  
Prof. Dr. Mustafa Koçak  
Prof. Dr. Nadir Arıcan  
Prof. Dr. Nevzat Koç  
Prof. Dr. Nuray Ekşi  
Prof. Dr. Osman Doğru  
Prof. Dr. Osman Pehlivan  
Prof. Dr. Ömer Ulukapı  
Prof. Dr. Salih Cengiz  
Prof. Dr. Sami Selçuk  
Prof. Dr. Selçuk Öztekin  
Prof. Dr. Selma Çetiner  
Prof. Dr. Serap Yazıcı  
Prof. Dr. Sermet Koç  
Prof. Dr. Serpil Salaçin  
Prof. Dr. Sühâ Tanrıverdi  
Prof. Dr. Şanal Görgün  
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı  
Prof. Dr. Şükrü Kızılot  
Prof. Dr. Tankut Centel  
Prof. Dr. Tayfun Akgüner  
Prof. Dr. Tefvik 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

Makedonya Cumhuriyeti'nde Anayasa Yargısının Ellinci Yılı Durum ve Beklentiler .....	1
Doç. Dr. Jeton SHASIVARI <i>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN</i>	
Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 Tarihli Google Unutulma Hakkı Kararı .....	23
<i>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA</i>	
İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'ne Ek 16 No.lu Protokol'ün Açıklayıcı Raporu.....	59
<i>Çeviren: Dr. Ahmet ULUTAŞ</i>	
Suriye'deki Yabancı Savaşçılar Üzerine: Siyasi Açmazlar & Hukuki Yansımalar ICCT Analiz Çalışması.....	71
<i>Çevirenler: Dr. Hakan Abdülhamit YAVUZ – Süleyman ÖZAR</i>	
Alman Genel Asgari Ücretin Belirlenmesine İlişkin 11.08.2014 Tarihli Kanunun Türkçe Çevirisi.....	97
<i>Çeviren: Arş. Gör. Canan ERDOĞAN</i>	
Hukuk Sosyolojisi: Nereden Geldik, Nereye Gidiyoruz? .....	111
Rita J. SİMON – James P. LYNCH <i>Çeviren: Arş. Gör. Uğur DİNÇ</i>	
Tayvan'da Hukuk Eğitimi Reformu: Kore ve Japonya Bir Model Olabilir Mi? .....	141
Thomas Chih-Hsiung Chen <i>Çeviren: Doğan DURNA</i>	

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



# MAKEDONYA CUMHURİYETİ'NDE ANAYASA YARGISININ ELLİNCİ YILI DURUM VE BEKLENTİLER \*

Doç. Dr. Jeton SHASIVARI \*\*

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN \*\*\*

## ÖZET

Bu yazıda, yazar Makedonya Anayasa Mahkemesinin konumunu, durumunu ve zorluklarını, sosyalist geçmişte tam marjinalleşmeden muzdarip olan ve insanların önemi hakkında hala bilinçli olmadıkları bu kurumu, kuruluşunun ellinci yıldönümünde analiz etmektedir. Bu makale, bu ülkenin Anayasa Mahkemesinin yapısal ve fonksiyonel hususlardan oluşan anayasal konseptini açıklamayı ve değerlendirmeyi hedeflemektedir. Yapısal husus Anayasa Mahkemesinin oluşumu, hâkimlerin seçimini ve bunların hukuki statülerini içerir. Fonksiyonel husus ise Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisi ile sorumluluklarını yerine getirirken ki hukuki süreci ve kararlarının hukuki etkisini içerir. Yazı son olarak, Mahkemenin kararlarının yapısı hakkındaki istatistikî verileri çeşitli parametrelerle analiz ederek, mahkemenin konumu ve durumu hakkındaki ilgili bulguları vurgulayarak, Anayasa Mahkemesinin 2008-2012 dönemindeki işleyişinden bahseder.

**Anahtar Kelimeler:** Adli Yargı, Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısının Karşılaştırmalı Hususları

"Anayasa'ya sıradan yollarla değiştirilemeyen bir üst, en büyük kanun ya da sıradan yasama işlemleri ve benzeri diğer işlemlerle (kanunlarla aynı seviyede olarak), yasama meclisi değiştirilmesini talep ettiğinde değiştirilebilen bir metindir. ... Eğer ilk

---

\* Bu makale; Acta Universitatis Danabius Dergisi, Cilt. 9, No. 3/2013, sayfa 48-65 arasında yayınlanmıştır.

\*\* South East European Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Anayasa ve İdare Hukuku Doçenti ve Dekan Yardımcısı, Tetovo/Makedonya.

\*\*\* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ebrukaraman@beykent.edu.tr

bölüm doğruysa, bu durumda anayasaya aykırı olan bir yasama işlemi kanun değildir; ikinci bölüm doğruysa, bu durumda yazılı anayasalar, kendi doğası içerisinde sınırsız olan bir yetkiyi kısıtlamak için insanlar tarafından yapılan saçma girişimlerdir."

Mahkeme Başkanı John Marshall



## 1. Genel Olarak Tarihi ve Teorik Hususlar

Pratik yaklaşıma göre, anayasallık denetiminin ilk şekli Amerika Birleşik Devletleri'nde, Marbury vs. Madison davasında ortaya çıktı (1803). Söz konusu uyuşmazlık, John Adams, George Washington'dan sonra Amerika Birleşik Devletleri'nin ikinci başkanıyken (1797-1801) ortaya çıktı. Önde gelen bir federalist olan Adams, 1800 yılındaki seçimleri önceden kendisinin Başkan Yardımcısı olan Cumhuriyetçi Thomas Jefferson'a karşı kaybetti. Başkanlıktan uzaklaştırılan Adams, görev süresinde, kendi partisindeki bazı kişileri hâkim olarak atadı. ABD Kongresi bu atamaları onayladı; ancak daha sonra Dışişleri Bakanı James Madison sertifikaları vermeyi reddetti. Bu yolla atanan hâkimlerden olan William Marbury ise, Yüksek Mahkemeden, Madison'ın sertifikaları vermesini talep etti.

Tanınmış Yüksek Mahkeme Başkanı hâkim John Marshall ile Jefferson, akraba olmalarına rağmen politik olarak rakipti. Marshall diğer hâkimlere, Marbury'nin Başkan tarafından atanmış bir hâkim olduğu yaklaşımını önerdi. Böylece, oybirliğiyle verilen kararda, Marshall kanunun anayasaya uygunluğu hususunu, ülkenin anayasasına aykırı olan bir kanunun bir kanun olup olamayacağı sorusuyla birlikte sunmakta, olağan yollarla değiştirilemeyen anayasanın mı yoksa diğer işlemler gibi değiştirilebilen olağan bir yasama işleminin mi daha üstün olduğunu cevaplamakta ve son olarak da kanunun ne olduğuna karar vermenin, kesin olarak devletin yargısının yetki alanı ve görevi olduğu hükmüne varmaktadır. Bu teamülle, Yüksek Mahkeme, kanunun Anayasa tarafından öngörölmüş sınırları ihlal etmesi halinde, anayasaya uygunluğu hakkında karar verme yetkisini kazanmıştır.

Böylece, söz konusu dava aracılığıyla, Yüksek Mahkemenin, eğer federal kanunun Anayasaya aykırı olduğunu değerlendirirse, kanunu uygulamaması prensibi uygulanmaya başlandı. Bu prensiple Mahkeme, ABD Ana-



yasasının münhasır yorumlayıcısı oldu. Dolayısıyla günümüzde, anayasa yargısı "Marshall Doktrini"<sup>1</sup> olarak bilinen doktrin ile desteklenmektedir. Teorik yaklaşıma göre, anayasa yargısı denetimi, Hans Kelsen'in (anayasa mahkemesinin kurucusu) anayasaya aykırı kanunların hükümsüz kılınmasının garantisinin olmadığı bir anayasanın, teorik olarak tam bağlayıcı olmadığına altını çizen hukuki gözlemine dayanmaktadır. (Kelsen, 1928)

Makedonya Cumhuriyeti'nde anayasa yargısının tarihiyle ilgili olarak, Anayasa Mahkemesinin 1964'te kurulup faaliyetine başlamasına rağmen, Makedonya Cumhuriyeti'nde anayasa yargısının ilk kez 1963'te Sosyalist Makedonya Cumhuriyeti (eski Yugoslavya'nın bir federal birimi olarak) Anayasası ile başlatıldığına dikkat edilmesi gerekir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan önceki dönemde, temsil organı (yasama organı) olarak varlığının hiçbir kıymeti yoktu. Zira kanun yaratıcısıyken, aynı zamanda kanunun anayasaya uygunluğunun da yaratıcısı olarak kabul ediliyordu. Nitekim bu durum, kuvvetler birliği prensibine dayalı olan daha önceki komünist sistemlerde kabul edilmiş bir modeli karakterize ediyordu. Anayasa Mahkemesinin oluşturulmasındaki temel ihtiyaç, mahkemelerin idari davalarda karar verme yetkisidir. Böylelikle, bir idari anlaşmazlığın yargılanmasının başlatılması, bireysel idari işlemlerin yargısal kontrolü; ceza hukuku, medeni hukuk ve idare hukukunu içeren olağan yargılama fonksiyonları ile tamamlanmış oldu<sup>2</sup>.

Asli hususlarla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi (mantıklı olduğu üzere) kuvvetler ayrılığı prensibinden daha çok "hukuk devleti" prensibiyle ilgilidir; çünkü hukuk devleti prensibi, kuvvetler ayrılığı prensibinden daha geniş bir prensiptir.

Anayasa Mahkemesi yüksek yetkiye sahip bir devlet organıdır. Zira onun kararları temyiz hakkı olmaksızın herkes için bağlayıcıdır ve yetkisini kendisinin anayasaya uygun olmayan kanunlar ile diğer hükümleri feshetme veya iptal etme hakkından almaktadır. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi,

---

<sup>1</sup> Bu dava hakkında daha fazlası için Bkz.: Reinstein, J. Robert ve Mark C. Rahdert, "Marbury's Myths: John Marshall", *Judicial Review and the Rule of Law*, 2004, <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1557&context=expresso>.

<sup>2</sup> Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Bkz.: <http://www.ustavensud.mk/domino/WtiBSUD.nsf>.

Parlamento, Hükümet, Cumhurbaşkanı ve olağan mahkemeler gibi diğer devlet organlarından ve aynı zamanda kanunlardan bağımsızdır; çünkü bunlar eğer devlet Anayasasına uygun değilse feshedilebilir veya kaldırılabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi yalnızca Makedonya Cumhuriyeti Anayasası'na bağlıdır; çünkü onun yürütülmesinin garantörüdür. Bu bağlamda; yasama ve yürütme gücü Anayasa Mahkemesi imparatorluğundan, yalnızca yeni anayasal değişikliklerin veya Anayasası'nın tam değişikliğinin çıkarılması yoluyla korunabilir. (Skaric, & Davkova-Siljanovska, 2009, sy. 699-700)

Anayasa Mahkemesinin kamu otoritesi olarak anayasal konsepti, örgütsel ve fonksiyonel hususlardan oluşmaktadır. Örgütsel husus Anayasa Mahkemesinin yapısını, hâkimlerin seçimini ve bunların hukuki statülerini içerir. Fonksiyonel husus ise Anayasa Mahkemesinin yargılama yetkisini ve bu sorumluluğunu yerine getirirken ki yasal süreci, diğer bir ifadeyle yargılama yetkisi dâhilindeki kanunları değerlendirmeyi ve bu mahkemenin kararlarının hukuki etkisini içerir. Makedonya Cumhuriyeti Anayasası'nın IV. Bölümü'nün 108-113 maddeleri bu hususları düzenler<sup>3</sup>. Makedonya Cumhuriyeti Anayasası, Anayasa Mahkemesini, anayasaya uygunluğun ve yasallığın sınırlı koruyucusu olarak tanımlandığı önceki 1974 Anayasası'nın aksine, anayasaya uygunluğun ve yasallığın koruması için özel bir organ olarak tanımlar.

## 2. Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Örgütsel Hususları

Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin seçimi ile ilgili husus, Makedonya Cumhuriyeti Parlamentosu'nun görevlerini düzenleyen ve Anayasa Mahkemesinin hâkimlerini Parlamente'nin seçeceğini belirten Anayasa'nın 68. maddesiyle düzenlenir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesine ilişkin Anayasa'nın IV. Bölümü'nün 109. maddesi de Anayasa Mahkemesinin hâkimlerini Parlamento'nun seçeceğini öngörmektedir. Parlamento, Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin altısını, toplam Temsilci sayısının oy çoğunluğuyla seçer.

Parlamento, üç hâkimi, toplam Temsilci sayısının oy çoğunluğuyla seçer. Bu çoğunluğun içerisinde, Makedonya'da çoğunlukta olmayan top-

---

<sup>3</sup> Makedonya Cumhuriyeti Anayasası (17 Kasım 1991),  
Bkz.: <http://www.sobranie.mk/en/default-en.asp?itemID=9F7452BF44EE814B8DB897C1858B71FF>.

lumlarına ait olan Temsilcilerin toplam sayısının bir oy çoğunluğu olması gerekir. Hâkimlerin görev süresi yeniden seçilme hakkı olmaksızın dokuz yıldır. Anayasa Mahkemesinin hâkimleri hukuk mesleğinin seçkin üyeleri arasından seçilir.

Bununla birlikte, bir anayasal koşul olarak karşılanması gereken "seçkin üye" terimi muğlâk kalmakta ve bu yüzden gelecekte daha net bir tanıma ihtiyaç duymaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin en az on yıllık ilgili mesleki deneyime sahip ve en yüksek ahlaki karakterdeki seçkin jüri üyeleri olan dokuz hâkimden oluşacağını öngören Kosova Anayasası'nda olduğu gibi<sup>4</sup> veya Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin yüksek mesleki ve ahlaki dürüstlükte ve en az on beş yıllık mesleki deneyime sahip hukukçular olmasını öngören Bulgaristan Anayasası'nda olduğu gibi<sup>5</sup>. Profesör Jovan Djordjevic tarafından belirtildiği gibi: "Anayasa Mahkemesinin hâkimi sıradan bir hukukçu veya herhangi başarılı bir "resmi görevli" değildir; çünkü onlar genellikle mahkemenin itibarı için hayatidirler. Anayasa Mahkemesi hâkimleri hem yüksek kültürü ve mesleki bilgisi, hem de insanlık onuru ve halka ahlaki desteği olan bir hukukçu olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, saygı duyulan, dinleyen ve takdir edilen bir adam olmalıdır. Yalnızca bu hâkim anayasaya uygunluğun değerlendirilmesi ve korunması için gerekli olan standartları sağlayabilir". (Djordjevic, 1986, sy.19)

Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin yapısının, üç devlet organı tarafından belirlendiğine dikkat edilmesi gerekir: Parlamento (seçimler ve atamalar için olan komisyonun Anayasa Mahkemesi hâkimliği için önerdiği beş aday), Cumhurbaşkanı (Anayasa Mahkemesi hâkimliği için önerdiği iki aday, Anayasa md.84/4) ve Yargıtay (Anayasa Mahkemesi hâkimliği için önerdiği iki aday, Anayasa md.105/4).

Makedonya Cumhuriyeti Anayasası'nın 111. maddesi; Anayasa Mahkemesi hâkimliği görevinin ya da başka bir kamu görevinin, mesleğin icrasına veya bir politik partiye üyeliğe uygun olmadığını öngörmektedir. Anayasa

---

<sup>4</sup> Kosova Cumhuriyeti Anayasası (15 Haziran 2008) md.114,  
Bkz.: <http://www.gjk-ks.org/repository/docs/Constitution.of.the.Republic.of.Kosovo.pdf>.

<sup>5</sup> Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasası (12 Temmuz 1991) md.147,  
Bkz.: <http://www.constcourt.bg/Pages/LefialBasis/default.aspx?VerID=221>.

Mahkemesinin hâkimlerine dokunulmazlık verilmiştir. Bunların dokunulmazlıklarına Anayasa Mahkemesi karar verir. Anayasa Mahkemesinin hâkimleri, Silahlı Kuvvetlerde göreve çağrılmazlar. Anayasa Mahkemesi hâkiminin görevi, ancak istifa ettiği zaman sona erer. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin bir hâkimi, eğer ceza gerektiren suç işleyip minimum altı aylık hapse mahkûm edilirse veya görevini Anayasa Mahkemesi tarafından belirlendiği şekilde yerine getirme kabiliyetini kalıcı şekilde kaybederse görevinden alınacaktır.

Makedonya Cumhuriyeti Parlamentosu'nun, Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin seçimindeki rolü; Parlamento'nun Anayasa Mahkemesinin hâkimlerini seçmeye münhasır bir yetkiye sahip olan devletler grubundaki gibidir. Bu durum, Tudorel Toader ve Marieta Safta<sup>6</sup> tarafından yapılan karşılaştırmalı bir çalışmada belirtilmiştir. Söz konusu devletler: Tüm anayasa hâkimlerinin Parlamento tarafından atandığı Almanya; Federal Parla-mentonun, Hukuk Komitesinin önerisine dayalı olarak İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin hâkimlerini seçtiği İsviçre; on beş anayasa hâkiminin birinci Parlamento Meclisi tarafından dokuz yıllık süre için atandığı Polonya; on bir anayasa hâkiminin Parlamento tarafından seçildiği Macaristan; on üç hâkimin tamamının Parlamento tarafından seçildiği Hırvatistan; Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin Parlamento tarafından atandığı Karadağ; Anayasa Mahkemesinin tüm hâkimlerinin yasama tarafından atandığı Litvanya. Bu bağlamda, bu hususun, söz konusu çalışmaya dayalı (Toader & Safta, 2011) diğer dört karşılaştırmalı anayasal çözümlerinden bahsetmek gerekir. Parla-mentonun, Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin bir kısmını atadığı devletler grubu: Anayasa Konseyinin dokuz üyesinin tamamının dokuz yıllık bir süre için görevlendirildiği, bunların üç tanesinin her üç yılda bir değiştirildiği Fransa.

Her değişikliği takiben, Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanı tarafından birer görevlendirme yapılır; Anayasa Mahkemesinin

---

<sup>6</sup> Tudorel Toader ve Marieta Safta, "Constitutional Justice: Functions and Relationship with the Other Public Authorities", Romanya Anayasa Mahkemesi tarafından, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nın 15. Kongresi Genel Raporu, 2011, sy.1. Bkz.: <http://193.226.121.81/congres/raportgeneraleng.pdf>.

yedi hâkiminin Parlamento tarafından onaylandığı, üç tanesinin Parlamen-tonun en az on üyesi tarafından önerildiği Letonya; Anayasa Mahkemesi hâkimlerini atama sürecinde kuvvetler ayrılığı prensibinin dikkate alındığı, böylece de iki hâkimin Parlamento tarafından, iki tanesinin Hükümet tara-fından ve iki tanesinin de Yüksek Konsey veya Hâkimlik tarafından atandığı Moldova; Parlamentonun on üç hâkimden onunu atadığı Portekiz; üç hâki-min Temsilciler Meclisi, üç tanesinin Senato ve üç tanesinin de Romanya Başkanı tarafından atandığı Romanya; on iki anayasa hâkiminin dört tanesi-nin Temsilciler Meclisi ve dört tanesinin Senato tarafından atandığı İspanya; Anayasa Mahkemesinin dokuz üyesinden beşini Millet Meclisinin atadığı Ermenistan; on iki anayasa hâkiminin altı tanesinin Cumhuriyet Konseyinin (Avam Kamaralarından birisi) seçtiği ve Anayasa Mahkemesi Başkanının görevlendirilmesine onay verdiği; diğer altısının ise Cumhurbaşkanı tarafın-dan atandığı Belarus; Anayasa Mahkemesinin on yedi hâkiminin üç tanesi-nin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilirken, diğerlerinin Cumhur-başkanı tarafından farklı kaynaklardan (yargı üyeleri ve yüksek kamu görev-lileri) seçildiği Türkiye.

Bir diğer grup ise, Parlamentonun anayasa hâkimlerini devlet başkanı-nın teklifine dayalı olarak atadığı devletler grubudur: Anayasa Mahkemesi-nin hâkimlerinin Federasyon Konseyi tarafından gizli oyla, Rusya Federasyo-nu Başkanına sunulduktan sonra atandığı Rusya; Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin Millet Meclisi tarafından gizli oyla ve tüm Temsilcilerin oy ço-ğunluğuyla, Cumhurbaşkanı'nın teklifi üzerinden seçildiği Slovenya; Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin atamasının Parlamento tarafından, Cumhur-başkanının tavsiyesine dayalı olarak yapıldığı Azerbaycan. Parlamentonun, Devlet Başkanına Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin atanmasına ilişkin teklifler sunduğu devletler grubu ise; anayasa hâkimlerinin, diğer anayasal organlar tarafından yapılan önerilere bağlı olarak Federal Başkan tarafından atandığı Avusturya; Anayasa Mahkemesinin on iki hâkiminin tamamının da, kendisine Temsilciler Meclisi ve Senato tarafından alternatif olarak sunulan bir listeye dayalı olarak atandığı Belçika.

Parlamentonun, Devlet Başkanının Anayasa Mahkemesinin hâkimleri-nin atanmasıyla ilgili olarak verdiği tekliflere rıza gösterdiği devletler grubu:

Anayasa Mahkemesi üyelerinin Devlet Başkanı tarafından, Meclisin rızasıyla atandığı Arnavutluk; Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin Devlet Başkanı tarafından, Senatonun rızasıyla atandığı Çek Cumhuriyeti.

Parlamentonun, Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinin atanmasına katılmadığı devletler grubu: Parlamentonun, hâkimlerin atanması sürecine katılmadığı Lüksemburg; Parlamentonun, Yüksek Mahkeme hâkimlerinin atanmasında hiçbir doğrudan role sahip olmadığı İrlanda; Yüksek Mahkeme hâkimlerinin atamasını Devlet Başkanının yaptığı Kıbrıs; Devlet Başkanının yargı sisteminin tüm üyelerini Başbakanın tavsiyesi üzerine atadığı Malta.

Bu bağlamda, Makedonya Cumhuriyeti'nde anayasa hâkimlerinin seçimi hakkındaki mevcut anayasal düzenleme, Mahkeme'nin faaliyetlerinde politik ve siyasi parti müdahalelerini engelleyememektedir. Bu durum, Parlamentonun yasama gücünün sahibi olarak tüm hâkimleri seçtiği, oysa Cumhurbaşkanının yürütme organı olarak bunların yalnızca iki tanesini teklif ettiği gerçeğine dayanmaktadır.

Bu yüzden yakın gelecekte, kuvvetler ayrılığı prensibine göre, yasama ve yürütme yetkisinin Anayasa Mahkemesi üzerindeki politik etkisini engelleyecek yeterli ve dengeli bir çözüm bulmak için, örneğin üç hâkimin Parlamento tarafından seçileceği, üç hâkimin Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği ve üç hâkimin de Yargı Konseyi tarafından hâkimler arasından seçileceği kabul edilmelidir. Zira hâkimlerin seçimi için en iyi yol, devlet yetkisinin tüm kademelerinin (yasama, yürütme ve yargı) bu sürece eşit olarak katıldığı yoldur. Böylelikle, diğer kuvvetlerin muhtemel etkisi daha zayıf olacak; diğer taraftan da Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığının güçlenmesi beklenmektedir. Bulgaristan Anayasası, Anayasa Mahkemesinin 12 hâkiminin, üçte birinin Millet Meclisi tarafından seçileceği, üçte birinin Devlet Başkanı tarafından atanacağı ve üçte birinin de Yargıtay ve Yüksel İdari Mahkemesinin hâkimlerinin bir ortak toplantısıyla seçileceği bu tür bir çözüm sağlamaktadır<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasası (12 Temmuz 1991) md.147,  
Bkz.: <http://www.constcourt.bg/Pages/LegalBasis/default.aspx?VerID=221>.

### **3. Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Fonksiyonel Hususları:**

#### **Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesinin Kararlarının Hukuki Etkileri**

Anayasa yargısına ilişkin Makedonya Cumhuriyeti Anayasası'nın 110. maddesi, Anayasa Mahkemesinin görevlerini düzenlemektedir. Söz konusu görevler; kanunların Anayasaya uygunluğuna karar vermek; topluluk anlaşmalarının ve diğer mevzuatın Anayasaya ve kanunlara uygunluğuna karar vermek; bireyin ve vatandaşın, hem din, vicdan, kanaat, düşünce ve düşünceyi açıklama, siyasi faaliyette bulunma özgürlükleriyle ilgili haklarını, hem de vatandaşlar arasındaki cinsiyet, ırk, din, milli, sosyal veya politik bağlılığa dayalı ayrımcılığın yasaklanmasını korumak; yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin sahipleri arasındaki yetki anlaşmazlıklarında karar vermek; Cumhuriyet organları ve yerel özyönetim birimleri arasındaki yetki anlaşmazlıklarında karar vermek; Cumhurbaşkanının sorumluluğuna karar vermek ve siyasi partilerin ve sivil toplumların programlarının ve mevzuatlarının Anayasaya uygunluğuna karar vermektir.

Anayasa'nın 112. maddesi ise, Anayasa Mahkemesinin kanunun Anayasaya uygun olmadığına karar vermesi halinde, kanunu iptal edebileceğini ve bu kararın hukuki etkilerini düzenlemektedir. Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi, topluluk antlaşmalarının ve diğer yönetmeliklerin Anayasaya veya kanuna uygun olmadıklarına karar verebileceği gibi siyasi bir partinin veya derneğin mevzuatını veya programını da iptal edebilecektir. Anayasa Mahkemesinin kararları nihai ve icraidir.

Karşılaştırmalı olarak değerlendirildiğinde, Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin yargılama yetkisinin olmadığı hususlar şunlardır: Vatandaşların anayasaya aykırılık iddiasıyla, Anayasayı değiştiren kanunlar hakkında verdikleri dilekçeler ile uluslararası antlaşmalar ve onay kanunlarının anayasaya uygunluğu hakkında karar vermek (dünyanın en aktif mahkemelerinden biri olan Kolombiya Anayasa Mahkemesi gibi); vatandaşların temel haklarının ihlaliyle ilgili İsviçre, Almanya, İspanya ve Avusturya'da iyi

bilinen bir kurum olan anayasa şikâyeti (recursos de amparo) aracılığıyla başlatılmış olan anayasal uyuşmazlıkları çözmek. Avusturya, Almanya ve İtalya'daki Anayasa Mahkemelerinin aksine, Makedonya Anayasa Mahkemesi, bakanların ve devletin diğer yetkililerinin cezai sorumluluğu hakkında karar veremez. Bu konuda olağan mahkemeler yetkilidir. Almanya, Sırbistan ve Hırvatistan Anayasa Mahkemelerinin aksine, Makedonya Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırı olarak hareket eden bir partiyi veya derneği kapatmaya yetkili değildir; zira bu karar da olağan mahkemeler tarafından verilmektedir. Makedonya Anayasa Mahkemesinin, Avusturya, Almanya, Fransa ve Hırvatistan'da olduğu gibi, seçimlerle ilgili uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir görevi yoktur; çünkü Makedonya'da söz konusu uyuşmazlıklar seçim komisyonlarının ve İdare Mahkemesinin yargı yetkisi altındadır. Makedonya Anayasa Mahkemesinin, Almanya'da olduğu gibi, düşünceyi yayma özgürlüğü, dernek özgürlüğü, sığınma hakkı gibi Anayasal temel hakları kötüye kullanan bireyleri sınırlama yetkisi yoktur. Makedonya Anayasa Mahkemesinin, Federal Alman Anayasa Mahkemesi gibi, hem parlamento- nun hem de Federal hükümetin talepleri üzerine bazı anayasal hususlarda hukuki görüş bildirme yetkisi yoktur. Örneğin; Avusturya'da olduğu gibi, Makedonya Anayasa Mahkemesi, Federal hükümetin talebi üzerine bir kanunun kabulünün Federasyonun mu yoksa Federal birimin mi yetkisi dâhilinde olduğuna karar verirken, bağlayıcı ön anayasal yorumlarda bulunma yetkisine sahip değildir.

Olağan hukuki işlemlerin normatif kontrolü, Makedonya Anayasa Mahkemesinin iki aşamada gerçekleşen temel fonksiyonunu oluşturur: Kanunların Anayasaya uygunluğunun kontrolü ile yönetmelikler ve diğer olağan işlemlerin Anayasaya uygunluğunun kontrolü. Genel olan bu kontrol, anayasal değişiklikler (Anayasanın gücüne sahiptir) ve uluslararası anlaşmalar (Makedonya Anayasasına göre, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü vardır) istisna olmak üzere, tüm olağan hukuki işlemleri içerir.

Kanunların Anayasaya uygunluğunun kontrolü, tüm kanun çeşitlerini içerir. Yönetmeliklerin ve diğer olağan işlemlerin Anayasaya uygunluğunun



kontrolü ve yasallığı da şunları içerir: Alt hukuki düzenlemeler (Hükümet kararnameleri ve kararları, devletin idari organlarının kılavuzları, talimatları ve yönetmelikleri vs.) ve sayıca çok daha fazla olan olağan işlemler (belediye mevzuatları, belediye konseylerinin kararları ve hükümleri; kamu kurumlarının işlemleri; eğitim ve sağlık kurumlarının kanunları ve yönetmelikleri; kamu teşekküllerinin mevzuatları ve yönetmelikleri; toplu iş sözleşmeleri ve Makedonya Parlamentosunun bildirimleri, kararları ve tavsiyeleri vs.). Anayasaya uygunluğun ve hukukiliğin normatif kontrolü soyut anlaşmazlık şeklinde gerçekleştirilir. Zira uyuşmazlık, bireyler arasındaki somut bir uyuşmazlık değildir.

Sonuçları bakımından, mahkeme kararları ileriye ya da geriye etkili olarak iptal edilebilir. İleriye etkili olarak iptal etme kararıyla, kanunların, yönetmeliklerin veya diğer genel hukuki işlemlerin uygulanması, Anayasa Mahkemesinin kararının Resmi Gazete'de yayınlandığı anda durdurulacaktır. Yürürlükten kaldırılma işlemi (ex nunc) şu andan itibaren, yalnızca gelecekteki çıkacak anayasaya aykırı kanunların varlığını (geçmişe dönük etki olmaksızın) kapsamaktadır.

Diğer taraftan, geriye etkili olarak iptal etme kararıyla, Anayasa Mahkemesi sadece işlemi değil; aynı zamanda iptal kararına kadar, işlemin pratikteki uygulanmasından doğan tüm sonuçları da geçersiz kılar. Bu türdeki iptal kararı (ex tunc), anayasaya aykırı işlemin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, geçmişe yönelik bir etkiye de sahiptir. Bununla birlikte, Mahkemenin kararları nihaidir; çünkü bu kararlara karşı temyize gidilemez. Anayasa Mahkemesinin önündeki dava süreci tek aşamalı olduğundan, Mahkeme ilk ve son derece Mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bu yüzden, hata yapmamaya özel olarak dikkat etmelidir; çünkü Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı hiçbir hukuki yol olmadığı gibi, olağanüstü bir çare de yoktur.

Performans açısından, Anayasa Mahkemesinin kararları uygulanabilir; çünkü kararlar Makedonya Cumhuriyeti Resmi Gazetesi'nde yayınlanmasından hemen sonra yürürlüğe girer. Anayasa Mahkemesinin kararlarının icrasına direnç gösterilmesi ya da icrasının ihmal edilmesi halinde, kararların uygulanması bir yürütme gücü olan Makedonya Cumhuriyeti Hükümeti tarafından sağlanır. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesi kararları kanunlar ka-

dar bağlayıcıdır; Mahkemenin kararları yeni kanun düzenlemesi anlamına gelmemektedir. Aksi halde, Anayasa Mahkemesi bu yolla yasama fonksiyonunu yerine getirmiş olur. Ancak yeni kanunu veya yönetmeliği değiştirme kararı kanunkoyucunun meselesidir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi negatif bir kanunkoyucu olarak kabul edilir<sup>8</sup>.

#### 4. Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 2008-2012 Dönemindeki İşleyişi

Makedonya Cumhuriyeti Anayasası, Mahkeme sürecinin nasıl başlatılacağını öngören herhangi bir hüküm içermemektedir. Anayasa'nın 113. maddesine göre; Anayasa Mahkemesi süreci ve kendi çalışma şeklini, 1992 Usul Kuralları ile birlikte çıkan kararname ile düzenlemiştir. Buna göre süreç, Mahkeme kararıyla, Mahkemenin kendi girişimi ile başlayabileceği gibi, herkesin (her Makedon vatandaşının ve tüzel kişinin) girişimi (actio popularis) ile de başlayabileceği yönündedir. Makedonya Cumhuriyeti'nde, Mahkemenin yapısını ve işleyişini ne tür bir hukuki işlemin (kanun ya da içtihat) düzenlemesi gerektiği konusunda, pratik ve teori arasında farklı görüşler vardır.

Bir taraftan, Igor Spirovski'nin (Anayasa Mahkemesi eski hâkimi) desteklediği görüş: "Anayasa Mahkemesinin bir kurum olarak bağımsızlığının en güçlü garantisi, ona Anayasa tarafından verilmiş olan düzenleyici özerkliğidir. Diğer ülkelerde olanın aksine, Anayasa Mahkemesinin konumunun ve görevinin hukuki kaynakları, Anayasa ve Anayasa Mahkemesinin usul kurallarıdır. Bu anayasal çözüm, Mahkemenin yetkisini sınırlamaya yönelik güçlü baskıların ve açık isteklerin olduğu bir dönemde Mahkemenin bağımsızlığının önemli bir garantisi olduğunun kanıtıdır."<sup>9</sup> Diğer taraftan ise, Profesör Treneska'nın muhalif görüşü: "Çok temel ve ılımlı olan ve kanunda bulunmayan, Anayasa Mahkemesi ile bağlantılı soruları düzenleyecek olan anayasal hükümler, Anayasa Mahkemesine kendi statüsünü yine kendi düzenle-

---

<sup>8</sup> Kurtesh Salii, Constitutional Law (in Albanian), 2004, sy.199; Svetomir Skaric, Gordana Davkova-Siljanovska, Constitutional Law (in Macedonian), 2009, sy.714-716; Jeton Shasivari, Constitutional Law, Arnavutluk'taki Konferanslar, 2010, sy.364.

<sup>9</sup> Igor Spirovski, "The Independence of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia: Guarantees and Challenges", sy.7-8. Bkz.: [http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/MKD\\_Spirovski\\_E.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/MKD_Spirovski_E.pdf).

mesi için alan sağlamıştır. Bu durum, Makedonya Anayasal sisteminin pozitif bir karakteristiği değildir; çünkü "kontrol ve denge" prensibinin ihlal edilmesi ihtimalini içermektedir"<sup>10</sup>.

Aynı zamanda, Profesör Karakamiseva da muhalif bir görüşe sahiptir: "Dünyada Anayasa Mahkemesine sahip olup, sistemini bir kanunla veya anayasal bir kanunla düzenlenmemiş olan bir ülke yoktur. Her şeyden önce, Makedonya Cumhuriyeti'nde Anayasa Mahkemesi ile ilgili yasal konular, bu tür bir kanuna ihtiyaç olduğunu gündeme getirmiştir. Bu ihtiyaç kesindir. Diğer ülkelerin deneyimi, Anayasa Mahkemesinin statüsünü, yapısını ve yetkilerini düzenlemenin, ayrı bir kanun veya ayrı bir anayasal kanunla organize edilmesi gerektiğini göstermektedir"<sup>11</sup>.

Bu hususta, Tudorel Toader ve Marieta Safta (2011)<sup>12</sup> tarafından yapılan karşılaştırmalı bir değerlendirme; Bosna Hersek Anayasası'nın, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi hakkında bir kanun çıkarılmasını öngörmediğini, ancak Anayasa Mahkemesinin kendi kurallarını kabul edeceğini vurgulayan bir raporu dikkate almıştır. Bu nedenle, Bosna Hersek Anayasası'na ilave olarak Anayasa Mahkemesinin faaliyetini düzenleyen tek düzenleme, organik kanun gücüne sahip olan Mahkeme kurallarıdır. Söz konusu değerlendirme aynı zamanda, vurgulanan genel kuralın, Anayasa Mahkemelerinin yapısının ve işleyişinin, Anayasa Mahkemesine danışılmadan (yasakoyucu tarafından benimsenmiş) değiştirilebilecek olan bir kanuna dayandığını göstermektedir. Kuvvetler ayrılığı prensibinden kaynaklanan hiçbir kural, yasakoyucuyu bu tür bir adım atmaya zorunlu tutamaz. Bununla birlikte, Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin yargılama sonuçlarını değerlen-

---

<sup>10</sup> Renata Treneska, "The Constitutional Court of the Republic of Macedonia: Proposals for Legislative and Administrative Reform", IPFP, 2004. sy.17. Bkz.: <http://pdc.ceu.hu/archive/00001916/01/treneska.pdf>.

<sup>11</sup> Tanja Karakamiseva, "Different Models for Protection of Constitutionality, Legality and Independence of Constitutional Court of the Republic of Macedonia", sy.4. Bkz.: [http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/MKD\\_Karakamiseva\\_E.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/MKD_Karakamiseva_E.pdf).

<sup>12</sup> Toader Tudorel ve Safta Marieta, "Constitutional Justice: Functions and Relationship with the other Public Authorities", Romanya Anayasa Mahkemesi tarafından, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nın 15. Kongresi Genel Raporu, 2011, sy.9-10. Bkz.: <http://193.226.121.81/congres/raportgeneraleng.pdf>.

dirmek için, Mahkemenin 2008-2012<sup>13</sup> yılları arasındaki raporlar uyarınca; istatistikî verilere, davaların sayısına ve yapısına dayalı olarak faaliyet verileri, aşağıdaki kriterlere göre analiz edilecektir:

- a) Başvuru sahibinin girişiminin tipi;
- b) İtiraz edilen kanunun tipi;
- c) Mahkemenin yargılama yetkisi.

- 2008 yılında, Mahkeme'ye toplam 385 dava açılmıştır. Bunların 263 tanesi 2008'de kabul edilmiş; 122 tanesi ise 2007'den aktarılmıştır. Toplam 385 davadan 252 tanesi tamamlanmış, 133 dava ise tamamlanamamıştır.

- 2009 yılında, Mahkeme'ye toplam 423 dava açılmıştır. Bunların 290 tanesi 2009'da kabul edilmiş; 133 tanesi ise 2008'den aktarılmıştır. Toplam 423 davadan 282 tanesi tamamlanmış, 141 dava ise tamamlanamamıştır.

- 2010 yılında, Mahkeme'ye toplam 371 dava açılmıştır. Bunların 230 tanesi 2010'da kabul edilmiş; 141 tanesi ise 2009'dan aktarılmıştır. Toplam 371 davadan 245 tanesi tamamlanmış, 126 dava ise tamamlanamamıştır.

- 2011 yılında, Mahkeme'ye toplam 361 dava açılmıştır. Bunların 236 tanesi 2011'de kabul edilmiş; 125 tanesi ise 2010'dan aktarılmıştır. Toplam 361 davadan 231 tanesi tamamlanmış, 130 dava ise tamamlanamamıştır.

- 2012 yılında, Mahkeme'ye toplam 335 dava açılmıştır. Bunların 205 tanesi 2012'de kabul edilmiş; 130 tanesi ise 2011'den aktarılmıştır. Toplam 335 davadan 239 tanesi tamamlanmış, 96 dava ise tamamlanamamıştır.

---

<sup>13</sup> Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 2008-2012 Yıllık Raporları,  
Bkz.: <http://www.constitutionalcourt.mk/domino/WEBSUD.nsf>.

**Tablo 1: 2008-2012 Dönemindeki Davalarda “Başvuru Sahipleri”**

<b>Başvuran</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>
Yurттаşlar	214	243	194	203	166
Siyasi partiler	3	3	3	1	4
Hükümet	1	3	2	-	5
İşletmeler	13	17	4	9	6
Yerel yönetim	17	12	2	3	5
Dernekler	13	7	15	10	9
Anayasa Mahkemesi	-	-	1	-	-
Diğer	2	5	9	10	10
<b>Toplam</b>	<b>263</b>	<b>290</b>	<b>230</b>	<b>236</b>	<b>205</b>

**Tablo2: 2008-2012 Dönemindeki Davalarda “İtiraz Edilen İşlem Türleri”**

<b>İtiraz edilen işlem türü</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>
Yasalar	164	191	155	143	103
Yerel işlemler	43	37	30	27	38
Hükümet ve bakanlıkların işlemleri	19	22	17	17	13
Toplu sözleşmeler	5	2	3	3	1
Özgürlüğün korunması	5	15	9	23	25
Kamu işletmelerinin işlemleri	4	6	2	10	6
Kamu kurumlarının işlemleri	3	5	3	6	3
Siyasi partilerin işlemleri	-	-	-	-	-
Diğer	20	12	11	7	16
<b>Toplam</b>	<b>263</b>	<b>290</b>	<b>230</b>	<b>236</b>	<b>205</b>

**Tablo 3: 2008-2012 Dönemindeki Davalarda “Mahkeme’nin Yargılama Yetkisine Giren Konular”**

Yetki türü	2008	2009	2010	2011	2012
I. Alanlarına göre anayasallığın ve hukukiliğin değerlendirilmesi	257	273	220	213	179
1. Devlet organlarının yapısı ve işleyişi	35	30	40	36	24
2. Maliye ve vergiler	25	18	16	13	4
3. Şehir planlama	27	26	16	24	17
4. İş ilişkileri	25	16	21	18	15
5. Yerel öz yönetim	22	21	14	8	17
6. Ekonomi	16	14	6	9	3
7. Mülkiyet hakkı	17	11	8	11	12
8. Emeklilik ve engellilik sigortası	10	17	5	6	3
9. Sağlık ve sosyal bakım	10	20	14	17	13
10. Güvenlik ve emniyet	4	5	13	14	6
11. Kamu işletmeleri	5	4	1	1	4
12. Siyasi partiler	5	4	6	5	4
13. Dinsel özgürlük	1	3	1	-	-
14. Ulaşım	5	14	4	2	1
15. Çevre	4	3	-	-	2
16. Eğitim ve bilim	11	11	6	3	7
17. İlçe faaliyetleri	4	3	3	4	8
Diğer	31	48	45	41	39
II. Haklar ve özgürlüklerin korunma isteği	5	15	9	23	25
III. Yetki çatışmaları	1	1	1	-	-
IV. Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu	-	-	-	-	-
V. Siyasi parti ve derneklerin programlarının anayasaya uygunluğu	-	1	-	-	1
<b>Toplam</b>	<b>263</b>	<b>290</b>	<b>230</b>	<b>236</b>	<b>205</b>

Yukarıdaki tablolarda sunulan, Anayasa Mahkemesi'nin 2008-2012 dönemindeki faaliyetleriyle ilgili istatistikî verilerden aşağıdaki sonuçlar çıkarılabilir:

Başvuru sahiplerine göre, Anayasa Mahkemesi'nde açılan davalara bakıldığında, 2010 ve 2012 yıllarında azalma olsa da, belirgin şekilde vatandaşların başvuruları üstündür. Bunu derneklerin, yerel yönetimlerin ve işletmelerin takip ettiği görülmektedir. Bu bağlamda, son beş yıl boyunca yalnızca 2010'daki bir davada mahkeme yargılama sürecini kendi girişimiyle başlatmıştır. Mahkeme, bu süreci çok ender olarak re'sen başlatmaktadır. Mahkemeye başvurular, en çok vatandaşlar tarafından yapılırken, yalnızca Makedonya'da değil, aynı zamanda yurtdışında da rekor sayıdadır. Zira 1993'ten beri 1000'den fazla başvuruda bulunmuş emekli teğmen, "kanun muhalifi" Stamen Filipov örneğinden bahsetmek gerekir. Şöyle ki, onun başvurularında şimdiye kadar 236 kanun hükmü, 9 kanun ve 64 yönetmelik iptal edilmiş; diğer başvurularından 60 tanesi ise, Anayasa Mahkemesi'nin kararını beklemektedir<sup>14</sup>.

İtiraz edilen işlemlerin türlerine göre, Anayasa Mahkemesi'nde açılan davalara bakıldığında, belirgin şekilde kanunlara karşı gidildiği (son yıllarda azalsa da); daha sonra özgürlük koruması (son yıllarda artan), yerel kanunlar, Hükümet ve bakanlar kurulu işlemleri ve kamu işletmeleri gelmektedir.

Mahkemenin yargılama yetkisine giren konulara göre, Anayasa Mahkemesi'nde açılan davalara bakıldığında, Anayasaya uygunluk ve hukukilik denetimlerinin baskın olduğu (son yıllarda azalsa da), bunu hakların ve özgürlüklerin korunması için olan taleplerin (son yıllarda artan) takip ettiği görülmektedir. Bununla birlikte 3. tablo, Mahkemenin yetki uyuşmazlıklarına ve siyasi partiler ile derneklerin programlarının Anayasaya uygunluğuna ilişkin başvuruların oldukça nadir olduğuna dikkat çekmektedir. Diğer taraftan, hiçbir davada Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğuna ilişkin bir yargılama yapılmamıştır. Anayasaya uygunluk ve hukukilik denetimlerinden bahseder-

---

<sup>14</sup> Vesti, "Fighter Against the Stupid Laws", 9.04.2013  
Bkz.: <http://www.vesti-online.com/Vesti/Ex-YU/304956/Borac-protiv-glupih-zakona>.  
"Stamen-The No Sayer",  
Bkz.: <http://www.facethebalkans.com/site/stamen-the-no-sayer/>.

ken, son yıllarda azalmakla birlikte, devlet organlarının yapısı ile görevinin baskın olduğu ve bunu da şehir planlaması, iş ilişkileri, yerel özyönetim, sağlık ve sosyal yardım, mülkiyet hakkı, ekonomi- finans ve vergilerin takip ettiği dikkat çekmektedir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruların başlatıcısı olarak, “vatandaşların” ilk sırada olduğu ve diğer taraftan Mahkeme'nin “özgür- lük koruyucu” yaklaşımının son yıllarda ön plana çıktığı gözlemlenmektedir. Bu nedenle, yakın gelecekte, Makedonya'da anayasa şikâyeti kurumunun, Macaristan, Slovenya, Almanya, Slovakya, İspanya ve Hırvatistan'ın deneyimleri de dikkate alınarak, Anayasa Mahkemesinin önünde temel hakların korunması için çözüm yolu olarak getirilme ihtimali düşünülmelidir.

Buna ilaveten, Mahkemenin önündeki dosyalar yıldan yıla devrettiğinden, dosya sayısının hatırı sayılır derecede arttığı vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin finansal durum ve çalışma koşulları hakkındaki 2012<sup>15</sup> raporunda, Anayasa Mahkemesinin bu yılki faaliyetinin, (çalışanların maaşları % 69'u) yaklaşık 574,510 Euro'luk bir bütçeyle yürütüldüğü; ancak revize edilmiş bütçenin, Mahkemenin fonunu % 7.46 düşürdüğü görülmektedir. Mahkeme, ihtiyaç duyulan fonlardan %20 daha azını aldığından, son yıllarda personelini azaltma eğiliminde olan devlet organından bir tanesidir. Bu nedenle söz konusu raporda belirtildiği gibi, Mahkemenin sınırlı finansal ve personel kaynakları, Mahkemenin çalışmasını negatif olarak etkilemektedir. Bu faktörlerin, aynı zamanda bilgi teknolojisinin modernizasyonu, celselerin ses kaydı, personelin eğitimi ve son olarak da uluslararası organizasyonlara üyeliğin finansal yükümlülüklerinin karşılanması üzerinde negatif bir etkisi olmaktadır.

## 5. Sonuçlar

Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin örgütsel ve fonksiyonel hususlarını analiz ettikten sonra, aşağıdaki sonuçlar gözlemlenebilir:

---

<sup>15</sup> Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 2012 Yılı Raporu,  
Bkz.: <http://www.ustavensud.mk/domino/WEBSUD.nsf>.



Hâkimlerin seçimiyle ilgili, kuvvetler ayrılığı prensibi dikkate alındığında, yasama ve yürütme gücünün Makedonya Anayasa Mahkemesi üzerindeki siyasi etkisini önlemek için (örneğin; üç hâkim Parlamento, üç hâkim Cumhurbaşkanı ve üç hâkim de Yargı Konseyi tarafından hâkimler arasından seçilecek) yeterli ve dengeli bir çözüm bulunması gerekmektedir. Zira hâkimlerin seçimindeki en iyi yol, devletin gücünün üç organ (yasama, yürütme ve yargı organları) arasında eşit olarak paylaştırılarak sürece katılım sağlandığıdır.

Buna ilaveten, anayasa hâkimi adaylarında olması gereken özellik, hukuk mesleğinde seçkin üyeliktir. Belirsiz bir terim olan “seçkin üyelik”, yakın gelecekte daha net bir nitelemeye ihtiyaç duyacaktır. Örneğin; hukuk alanında birkaç yıldan daha fazla mesleki deneyime sahip olmak. (Anayasa Mahkemesinin, en az on yıllık ilgili mesleki deneyime sahip, en yüksek ahlaki karakterdeki seçkin jüri üyeleri olan dokuz hâkimden oluşacağını öngören Kosova Anayasası'nda olduğu gibi.)

Makedonya Anayasa Mahkemesinin 2008-2012 yılları arasındaki işleyişine genel olarak bakıldığında; vatandaşların Mahkeme sürecinin başlatılmasında daha etkin olduğu ve aynı zamanda son yıllarda özgürlüklerin korunmasında da Anayasa Mahkemesinin rolünün arttığı görülmektedir. Bununla birlikte, yakın gelecekte anayasa şikâyetinin, Makedonya Anayasa Mahkemesinin önünde temel hakların korunması açısından bir başvuru yolu olarak, Avrupa standartlarına ve deneyimlere göre getirilmesi gereği, ciddi bir şekilde dikkate alınmalıdır.

## 6. Kaynakça

Alec, Stone Sweet (2000); *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press.

Alec, Stone Sweet (2011); *Constitutionalism, Rights, and Judicial Power. Comparative Politics*, Oxford University Press.

Alec, Stone Sweet (2012); *Constitutional Courts. Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.

Annual Reports of Constitutional Court of RM 2008-2012.

Bajrami, Arsim (2005); *Parliamentary Democracy, (in Albanian)*, Priština.

Banker, Hames Joanne & Ekern, Yvonne (2012); *Constitutional Law: Principles and Practice*, Delmar Cengage Learning.

Barent, Eric (1998); *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press.

Cappelletti, Mauro & William, Cohen (1979); *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, Indianapolis: Bobbs-Merrill.

*Constitution of the Republic of Bulgaria, 12 July 1991.*

*Constitution of the Republic of Kosovo, 15 June 2008.*

*Constitution of the Republic of Macedonia, 17 November 1991.*

Corrado, Michael Louis (2005); *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, Carolina Academic Press.

Djordjević, Jovan (1986); *The Position and Role of Constitutional Courts in Yugoslavia (in Serbian)*, Beograd.

Elliot, Mark (2001); *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing.

Forsyth, Christopher (2000). *Judicial review and the Constitution*, Hart Publishing.

Ginsburg, Tom. (2003); *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press.

Horowitz, Donald (2006); *Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers*, *Journal of Democracy*, issue 4, Vol. 17.

Ismaili, Osman (2011); *Introduction to Law (in Albanian)*, Priština.

Kelsen, Hans (1942); *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, *Journal of Politics*.

Kulić, Dimitrije (1982); *Constitutional Judiciary in the World (in Serbian)*, Beograd.

Rules of Procedure of the Constitutional Court of RM (7 October 1992).

Sadurski, Wojciech (2001); *Post-communist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy*, EUI Working Papers, Law No. 2001/11.

Sadushi, Sokol (2012); *Constitutional Justice in Development* (in Albanian), Toena, Tirana.

Saliu, Kurtesh (2004); *Constitutional law* (in Albanian); Priština.

Shasivari, Jeton. (2010); *Constitutional Law* (authorized lectures) (in Albanian), Tetova.

Škarič, Svetomir & Davkova-Siljanovska, Gordana (2009); *Constitutional Law* (in Macedonian), Skopje.

Traja, Kristaq (2000); *Constitutional Justice* (in Albanian), Tirana.

Tudorel, Toader & Safta, Marieta (2011); *Constitutional Justice: Functions and Relationship with the other Public Authorities*, General report prepared for the fifteenth Congress of the Conference of European Constitutional Courts by the Constitutional Court of Romania, Bucharest.

Vanberg, Georg (2005); *Constitutional Review in Comparative Perspective*, Cambridge University Press.



## AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN 13 MAYIS 2014 TARİHLİ

### GOOGLE UNUTULMA HAKKI KARARI

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA \*

#### DİVAN KARARI (BÜYÜK DAİRE) \*\*

13 Mayıs 2014

(Kişisel veri - Bireyleri bu tür verilerin işlenmesine karşı koruma - 95/46/EC sayılı Direktif - 2, 4, 12 ve 14. Maddeler - Maddi ve ülkesel kapsam - İnternet arama motorları - İnternet sitelerinde yer alan verinin işlenmesi - Bu tür veriyi arama, indeksleme ve saklama - Arama motoru işletmecisinin sorumluluğu - Bir Üye Devletin ülkesindeki işletme - İşletmecinin yükümlülüklerinin ve veri öznesinin haklarının kapsamı - Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı - 7 ve 8. Maddeler)

C-131/12 sayılı Davada,

27 Şubat 2012 tarihli karar ile The Audiencia Nacional (İspanya) [Ulusal Mahkeme] tarafından Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (TFEU) 267. maddesi uyarınca ön karar için yapılan ve 9 Mart 2012 tarihindeki adli kovuşturmada Divan tarafından kabul edilen BAŞVURU,

**Google İspanya, Google Inc, V İspanyol Veri Koruma Kurumu ('İVKK'),**

**Mario Costeja González,**

#### DİVAN (Büyük Daire)

V. Skouris, Başkan, K. Lenaerts, Başkan Yardımcısı, M. Ilešič (Rapörtör), L. Bay Larsen, T. von Danwitz, M. Safjan, Daire Başkanları, J. Malenovský, E.

---

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi; mehmet@mbkaya.com

\*\* Karar Dili: İngilizce; Karar URL: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0131>

Levits, A. Ó Caoimh, A. Arabadjiev, M. Berger, A. Prechal and E. Jarašiūnas hâkimlerden oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü : N. Jääskinen,

Katip : M. Ferreira, Yönetici,

Yazılı usul dikkate alınarak ve 26 Şubat 2013 tarihli celseye istinaden,

- Google Spain SL ve Google Inc şirketlerini temsilen, avukat F. González Díaz, J. Baño Fos ve B. Holles,

- Mr Costeja González'i temsilen, avukat J. Muñoz Rodríguez,

- İspanyol Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla A. Rubio González,

- Yunan Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla E.-M. Mamouna ve K. Boskovits,

- İtalyan Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla G. Palmieri ve Eyalet Savcısı P. Gentili,

- Avusturya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla G. Kunnert ve C. Pendorfer,

- Polonya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla B. Majczyna ve M. Szpunar,

- Avrupa Komisyonu'nu temsilen, vekil sıfatıyla I. Martínez del Peral ve B. Martenczuk,

adına sunulmuş görüşlerin değerlendirilmesinin ardından,

25 Ocak 2013 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsü'nün Görüşünü dinledikten sonra,

aşağıdaki kararı vermektedir:

### **Karar**

**1.** Bu ön karar başvurusu, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direkti-

fi'nin (OJ 1995 L 281, p. 31) Madde 2(b) ve (d), Madde 4(1)(a) ve (c), Madde 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ("Temel Haklar Şartı") 8. Maddesinin yorumlanması ile ilgilidir.

2. Bu talep, bir tarafta Google Spain SL ("Google İspanya") ile Google Inc ve diğer tarafta the Agencia Española de Protección de Datos (İspanyol Veri Koruma Kurumu, "İVKK") ile Bay Costeja Gonzalez arasında, İVKK'nin bu iki şirkete karşı yapılan şikayeti yerinde görmesi ve Google Inc. şirketinin Bay Costeja Gonzalez'e ilişkin kişisel verileri indekslerinden çıkarması için gerekli tedbirleri almasını ve bu veriye gelecekte erişimi önlemeyi emretmesi üzerine açılan dava esnasında yapılmıştır.

## **Hukuki Çerçeve**

### **Avrupa Birliği Hukuku**

3. 1. Maddesine göre, gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi durumlarında başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, temel hak ve özgürlükleri korumak ve bu tür verilerin serbestçe dolaşımı önündeki engelleri kaldırmak amacı olan 95/46 sayılı Direktif'in önsözündeki 2, 10, 18, 20 ve 25. beyanlar şu şekildedir:

'(2) (...) veri işleme sistemleri insana hizmet etmek üzere tasarlanır; (...) onlar, gerçek kişilerin milliyetine veya ikametlerine bakmaksızın başta kişisel mahremiyet olmak üzere temel haklarını ve özgürlüklerini korumalıdır ve (...) refahına katkıda bulunmalıdır;

(...)

(10) Kişisel verilerin işlenmesi hakkındaki ulusal düzenlemelerin amacı, başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, hem Topluluk hukukunun genel esaslarında, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin [Roma'da, 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmıştır] 8. Maddesinde tanınan temel hakları ve özgürlükleri korumaktır; (...) bu nedenle, bu kanunların yakınlaştırılması, sağladıkları korumanın azalmasına yol açmamalı aksine, Topluluk içerisinde yüksek seviyeli bir korumanın sağlanmasını amaçlamalıdır;

(...)

(18) Bireylerin, bu Direktif kapsamında sağlanan korumadan yoksun kalmamalarını sağlamak için, Topluluktaki herhangi bir kişisel veri işlenmesi, Üye Devletler'den birinin kanununa uygun olarak yerine getirilmelidir; (...) bu bağlamda, bir Üye Devlette yerleşik bir denetleyicinin sorumluluğu altında yapılan işlem, o Devletin hukukuna göre yönetilmelidir;

(19) (...) Bir Üye Devletin sınırları içindeki işletme, istikrarlı düzenlemeler aracılığıyla faaliyetin etkin ve reel olarak gerçekleştirilmesini sağlar; (...) ister bir tüzel kişiliğin şubesi veya bağlı kuruluşu olsun bu tür işletmenin yasal biçimi bu bakımdan belirleyici bir faktör değildir; özellikle bağlı kuruluşlar aracılığıyla çeşitli Üye Devletlerin topraklarında tek bir denetleyici kuruluş kurulursa, ulusal kuralların boşluklarından yararlanmayı önlemek için, denetleyici kuruluşların her birinin, faaliyetlerine uygulanan ulusal kanunun emrettiği yükümlölükleri yerine getirmesi sağlanmalıdır;

(20) (...) Verilerin işlenmesinin üçüncü bir ülkede kurulan birisi tarafından yapılması, bu Direktifte sağlanan bireylerin korunması hususuna engel olmamalıdır; (...) bu durumlarda, işleme, kullanılan yöntemlerin bulunduğu Üye Devlet hukukuna göre yönetilmelidir ve bu Direktifte sağlanan hakların, uygulamada gözetilmesini sağlayacak garantiler olmalıdır;

(...)

(25) Korumanın esasları; bir taraftan, başta işlemenin yürütülebileceği koşullar ve denetleme makamına bildirim, teknik güvenlik ve veri kalitesi olmak üzere işlemeden sorumlu (...) kişiler üzerine yüklenen yükümlölüklere ve diğer taraftan, bireylere verilen haklara, işlemenin konusu olan verilere, işlemenin yapıldığını bildirim, verilere başvurmaya, düzeltme talep etmeye ve hatta bazı koşullarda işlemeye itiraza yansıtılmalıdır;

**4. 95/46 sayılı Direktif'in 2. Maddesine göre 'bu Direktifin amacı için:**

(a) "kişisel veri" fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özel bir veya daha fazla faktöre veya bir kimlik numarasına atıf başta olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen bir tespit edilebilir kişi; tespit edilmiş veya tespit edilebilir gerçek kişiye ("veri öznesi) ilişkin herhangi bir bilgiyi kastedecektir;



(b) "kişisel verilerin işlenmesi" ("*işleme*"), silme veya tahrip etme, engelleme, birleştirme veya sıralama, sağlama ya da dağıtma, iletlemeyle açıklama, toplama, kaydetme, organizasyon, depolama, adaptasyon veya değiştirme, kurtarma, başvurma gibi otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla kişisel veriler üzerinde yapılan herhangi bir faaliyet veya faaliyet dizisini kastedecektir;

(...)'

(d) "denetleyici", kişisel verilerin işleme araçlarını ve amaçlarını tek başına ya da diğerleriyle müştereken belirleyen gerçek veya tüzel kişiyi, kamu makamını, devlet dairesini veya başka bir kuruluşu kastedecektir; işleme amaçları ve araçları ulusal veya Topluluk hukuku veya yönetmelikleriyle belirlendiğinde, denetleyici veya atanması için özel kriterler, ulusal veya Topluluk hukukuyla belirlenebilir;

(...)'

**5.** 95/46 sayılı Direktif'in 'Kapsam' başlıklı 3. Maddesinin 1. Fıkrasına göre:

'Bu Direktif, bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturması istenen veya bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturan kişisel verilerin otomatik araçlar dışında işlenmesine ve kısmen veya tamamen otomatik araçlarla kişisel verilerin işlenmesine uygulanacaktır.'

**6.** 95/46 sayılı Direktif'in 'Uygulanacak ulusal kanun' başlıklı 4. Maddesine göre:

'1. Her bir Üye Devlet, aşağıdaki durumlarda, kişisel verilerin işlenmesi için bu Direktif uyarınca kabul ettikleri ulusal hükümleri uygulayacaklardır:

(a) İşleme, Üye Devletin topraklarındaki denetleyici kuruluşunun bir işletmesinin faaliyetleri bağlamında yapıldığında; aynı denetleyici, çeşitli Üye Devletlerin toprağında yerleşikse, bu işletmelerin her birinin, uygulanan ulusal mevzuatlarda öngörülen yükümlülöklere uymasını temin edecek gerekli tedbirleri almalıdır;

(b) denetleyici Üye Devletin topraklarında yerleşik olmayıp, uluslararası hukukuna göre ulusal hukukun uygulandığı bir yerde bulunuyorsa;

(c) denetleyici Topluluk topraklarında yerleşik değilse ve işleme amaçları için, kişisel veriler, bahse konu Üye devlet topraklarında konumlanan otomatik cihazları kullanırsa, bu tür cihazlar yalnızca Topluluk toprağı boyunca iletilme amacı için kullanılmadıkça;

2. 1(c) Fıkrasında atıfta bulunulan koşullarda, denetleyici, denetleyicinin kendisine karşı açılacak davalara hanel getirmeksizin o Üye Devlet toprağında yerleşik bir temsilci atmalıdır.'

**7.** 95/46 sayılı Direktif'in II. Bölümünün I. Kısımında ('Veri kalitesine ilişkin prensipler' başlıklı) yer alan 6. Maddesi şu şekilde ifade edilmiştir:

'1. Üye Devletler, kişisel verilerin aşağıdaki şekilde olmasını sağlayacaklardır:

(a) adil ve hukuka uygun olarak işlenmeli;

(b) belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanmalı ve bu amaçlarla uyumsuz biçimde başkaca şekilde işlenmemeli. Üye Devletlerin uygun korunma önlemleri sağlaması koşuluyla; tarihsel, istatistiksel veya bilimsel amaçlar için verilerin detaylı işlenmesi; uyumsuz olarak kabul edilmeyecektir;

(c) toplandığı ve/veya ayrıca işleneceği amaçlara ilişkin olarak yeterli, ilgili ve bu amacı aşmayacak nitelikte olmalı;

(d) doğru ve gerektiği yerde güncel tutulmalı. Toplanma ve sonrasında işleme, silinme veya düzeltilme amaçlarını göz önünde tutarak verilerin yanlış veya eksik olmamasını sağlayacak tüm makul önlemler alınmalıdır;

(e) verilerin toplandığı esnada veya sonrasında işlendiği amaçlar için gerekenden daha uzun olmayan süre boyunca veri öznelerinin tespitine izin veren biçimde tutulur. Üye Devletler, tarihsel, istatistiksel veya bilimsel kullanım amacıyla daha uzun süreli depolanan kişisel veriler için uygun koruma önlemleri alacaktır.

2. 1. Fıkraya uyulmasını sağlamak, denetleyicinin sorumluluğundadır.'

**8.** 95/46 sayılı Direktif'in II. Bölümünün II. Kısımında ('Veri işlemeyi yasallaştırma kriterleri' başlıklı) yer alan 7. Maddesine göre:

'Üye Devletler, kişisel verilerin işlenebilmesini yalnızca aşağıdaki koşullar altında sağlayacaklardır:

(...)

(f) İşleme, bu tür menfaatlerin, veri öznesinin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili menfaatlerin Madde 1 (1) kapsamında koruma gerektiren hallerin ağır bastığı durumlar haricinde, verilerin açıklandığı üçüncü şahıs veya şahıslar tarafından ya da denetleyici tarafından takip edilen meşru menfaatlerin amaçları için gerekliyse;

**9.** 95/46 sayılı Direktif'in 'İfade özgürlüğü ve kişisel verilerin işlenmesi' başlıklı 9. Maddesine göre:

'Üye Devletler, kişisel verilerin ifade özgürlüğünü yöneten kurullarla kişisel gizlilik hakkını uzlaştırmak için gerekirse, yalnızca, edebi veya sanatsal açıklama amacı veya gazetecilik amaçları için kişisel verilerin işlenmesinde Kısım IV ve Kısım VI, bu Bölümün hükümlerinden muafiyetler veya istisnalar sağlayacaktır.'

**10.** 95/46 sayılı Direktif'in 'Erişim hakkı' başlıklı 12. Maddesine göre:

'Üye Devletler, her veri öznesinin denetleyiciden (aşağıdakileri) temin etme hakkını garanti edecektir:

(...)

(b) Özellikle verinin eksik veya yanlış yapısı yüzünden, bu Direktifin hükümlerine uymayan işlemede, verilerin engellenmesi veya silinmesi, uygun olarak düzeltilmesi;

(...)'

**11.** 95/46 sayılı Direktif'in 'Veri öznesinin itiraz hakkı' başlıklı 14. Maddesine göre:

'Üye Devletler aşağıdaki hakları veri öznesine tanıyacaktır:

(a) En azından Madde 7 (e) ve (f)'de atıfta bulunulan durumlarda, ulusal mevzuat tarafından aksinin belirtilmesi haricinde, kendisine dair verilerin işlenmesinde, özel durumuna ilişkin zorlayıcı kanuni gerekçelere her zaman

itiraz etmek. Gerekçeli bir itiraz olduğunda, denetleyici tarafından başlatılan işleme, artık bu verileri kapsamayacaktır;

(...)'

**12.** 95/46 sayılı Direktif'in 'Denetleme makamı' başlıklı 28. Maddesi şu şekilde ifade edilmiştir:

'1. Her Üye Devlet, , bu Direktif uyarınca Üye Devletler tarafından kabul edilen hükümlerin kendi ülkesindeki uygulanmasını takip etmekten, bir veya daha fazla kamu makamının sorumlu olmasını sağlayacaktır.

(...)

3. Her bir makama özellikle şu yetkiler sağlanacaktır:

- denetim görevlerinin yerine getirilmesi için gerekli tüm bilgileri toplama yetkileri ve işleme faaliyetlerinin konusunu oluşturan verilere erişim yetkileri gibi soruşturma yetkileri;

- (...) verinin engellenmesini, silinmesini veya yok edilmesini veya bu tür bir işlemeye geçici veya kesin yasaklama koyulmasına yönelik talimat verilebilmesi gibi (...) etkin müdahale yetkileri;

- (...)

Denetleme makamının şikayetlere yol açan kararlarına karşı mahkemelerde itiraz edilebilir.

4. Her bir denetim makamı, herhangi bir kişi veya o kişiyi temsil eden birlik tarafından kişisel verilerin işlenmesine dair hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin ileri sürülen talepleri dinlemelidir. İlgili kişi talebin neticesiyle ilgili bilgilendirilmelidir.

(...)

6. Her denetleme makamı, söz konusu işlemeye uygulanan ulusal kanun her ne olursa olsun, 3. Fıkraya uygun olarak verilen yetkileri kendi Üye Devletinin toprağında uygulamaya yetkilidir. Her bir makamdan, kendi yetkilerini uygulaması diğer bir Üye Devletin makamınca istenebilir.

Denetleme makamları, özellikle tüm yararlı bilgileri paylaşarak, kendi görevlerini yerine getirmek için gerekli ölçüde birbirleriyle işbirliği yapacaklardır.  
(...)'

### **İspanyol Hukuku**

**13.** 95/46 sayılı Direktif, Kişisel verilerin korunması ile ilgili 13 Aralık 1999 tarihli ve 15/1999 sayılı Temel Yasa ile İspanyol Hukuku'na aktarılmıştır (14 Aralık 1999 tarih ve 298 sayılı Resmi Gazete, sayfa 43088).

### **Esas davadaki ihtilaflar ve ön karar ile ilgili sorular**

**14.** 5 Mart 2010 tarihinde, İspanya'da ikamet eden İspanyol vatandaşı Bay Costeja Gonzalez, İVKK nezdinde günlük tirajı yüksek (özellikle de Katalonya'da (İspanya)) bir gazete yayınlayan La Vanguardia Ediciones SL ("La Vanguardia") ile Google İspanya ve Google Inc aleyhlerine şikayet başvurusunda bulunmuştur. Şikayetin esasını herhangi bir İnternet kullanıcısının Bay Costeja Gonzalez'in adını Google grubunun arama motoruna ("Google Arama") yazması durumunda, sırasıyla 19 Ocak ve 9 Mart 1998 tarihli La Vanguardia gazetesinin iki sayfasına ait ve sosyal güvenlik borçları için yapılan haciz işlemiyle bağlantılı olarak yapılan gayrimenkul açık artırması sebebiyle yapılmış ve Bay Costeja Gonzalez'in adının yer aldığı ilana ilişkin bağlantıların çıkması oluşturmıştır.

**15.** Bu şikayet kapsamında Bay Costeja Gonzalez, öncelikle La Vanguardia'nın bu sayfaları kaldırmasına ya da kendisiyle ilgili kişisel verilerin artık görünmeyeceği şekilde bir değişikliğin yapılmasına veya arama motorları tarafından tanınan imkanları kullanmak suretiyle kişisel verilerin korunması için belli araçları kullanmasını zorunlu tutulmasını talep etmiştir. İkinci olarak Bay Gonzalez, Google İspanya ve Google Inc. şirketlerinin kendisiyle ilgili kişisel verileri kaldırmasına ya da gizlemesine; böylece arama motorlarında yer almasına son verilmesini ve bundan böyle La Vanguardia'ya yapılan bağlantıların içerisinde görünmemesini sağlamaya zorunlu tutulmasını talep etmiştir. Bay Costeja Gonzalez, bu bağlamda, kendisiyle ilgili haciz işlemleri-

nin yıllar önce tamamen çözülmüş olduğunu ve bunlara yapılan atıfların artık tamamen ilgisiz olduğunu belirtmiştir.

**16.** İVKK, 30 Temmuz 2010 tarihli kararıyla, La Vanguardia'ya ilişkin talebi, söz konusu bilginin Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı'nın emriyle ve açık artırmaya mümkün olduğunca aleniyet sağlayarak mümkün olan en fazla teklifin gelmesini sağlamak amacına yönelik olması sebebiyle reddetmiştir.

**17.** Diğer taraftan, şikayet Google İspanya ve Google Inc. şirketleri aleyhine yöneltildiği kısmı için kabul edilmiştir. İVKK, bu doğrultuda, arama motoru işletmecilerinin, veri işleme faaliyeti yaptıkları için veri koruma mevzuatına tabi olduklarını; bu doğrultuda bu faaliyetleri için sorumlu olduklarını ve bilgi toplumunda aracı olarak hareket ettiklerini değerlendirmiştir. İVKK, arama motoru işletmecilerini, verinin tespit edilmesinin ve dağıtımının verilerin korunmasına ilişkin temel hakkı ve en geniş ifadeyle yalnızca ilgili kişinin bu tür verinin üçüncü kişilerce bilinmemesini yönündeki isteğini de kapsayacak şekilde kişilerin itibarlarını riske atmasını göz önüne alarak, verinin geri çekilmesi ve belirli veriye erişimin yasaklanması hususunda yükümlülük oluşturma hususunda yetkili olduğü görüşünü benimsemiştir. İVKK, bu yükümlülüğün veriyi veya bilgiyi bu tür veri veya bilginin İnternet sitesinde bulunmasının yasal bir zorunluluk gereği olduğü durumlar dahil, görüntülediği İnternet sitesinden silinmesi gerekmeksizin, doğrudan arama motorları tarafından üstlenilmesi gerektiğini değerlendirmiştir.

**18.** Google İspanya ve Google Inc, bu karara karşı the Audiencia Nacional (İspanya) [Ulusal Yüksek Mahkeme] nezdinde ayrı ayrı dava açmıştır. Ulusal Yüksek Mahkeme bu davaları birleştirmiştir.

**19.** Mahkeme söz konusu davaların arama motorlarının, üçüncü taraflara ait İnternet sitelerinde yayınlanan ve kendileriyle ilgili kişisel veriler içeren ve belirli bilgilerine bağlantı yapılmasını, tespit edilmesini, listelenmesini ve süresiz olarak İnternet kullanıcılara sunulmasını istemeyen kişilerin kişisel verilerini korumak açısından ne tür sorumlulukları olduğü sorusunu beraberinde getirdiğini belirtmiştir. Bu sorunun yanıtı, 95/46 sayılı Direktif'in yayınından sonrasında ortaya çıkan bu tür teknolojiler bağlamında 95/46 sayılı Direktif'in nasıl yorumlanacağına bağlıdır.

**20.** Bu koşullar altında, Ulusal Yüksek Mahkeme yargılamayı bekletmeyi ve ön karar için müteakipteki soruları Divan'a sormaya karar vermiştir:

1. 95/46 sayılı Direktif'in ülkesel uygulanmasına ilişkin olarak ve netice olarak, İspanyol kişisel verileri koruma yasasının gereği olarak:

(a) 95/46 sayılı Direktif'in Madde 4(1)(a) anlamı dahilinde "işletme"nin devamdaki herhangi bir veya daha fazla koşulun varlığında mevcut olduğu kabul edilmeli midir:

- arama motoru sağlayan teşebbüs bir Üye Devlette arama motoru üzerinde reklam alanı sağlama ve satma amacıyla, bu Devlette yerleşik insanlara yönelik faaliyetlerini amaçlar bir ofis veya bağlı şirket kurduğu zaman,

veya

- ana şirket bu Üye Devlette yer alan bir bağlı şirketi işbu bağlı şirketle reklam yapma hususunda sözleşme yapmış müşterilerinin verileriyle bağlantılı olarak iki belirli dosyalama sistemi için kendi temsilcisi ve denetleyici olarak belirlediği zaman,

veya

- bir Üye Devlette kurulan ofis veya bağlı şirket, kendisine veri özneleri ve kişisel verilerin korunmasına riayet edilmesinin sağlanmasıyla ilgili sorumluluğu olan makamlardan yöneltilen talepleri ve gereklilikleri Avrupa Birliği dışında yer alan ana şirkete, bu tür işbirliği gönüllü olarak yerine getirilse bile, ilettiği zaman?

(b) 95/46 sayılı Direktif'in Madde (1)(c)'de yer alan "bahse konu Üye Devlet topraklarında konumlanan (...) cihazlar kullanırsa" ifadesinin şu anlama geldiği şeklinde mi yorumlanmalıdır:

- arama motoru, Üye Devlette bulunan sunucularda yer alan İnternet sayfalarında yer alan bilgiyi konumlandırma ve indeksleme için sürünge[nler [\*crawler: teknik kavram] veya robotlar kullandığı zaman,

veya

- Üye Devlete ait bir alan adı kullanırsa ve aramaların ve çıkan sonuçların Üye Devletin dilini temel almasını sağlarsa?

(c) 95/46 sayılı Direktif'in Madde 4 (1) (c) bağlamında, İnternet arama motorları tarafından indekslenen bilginin geçici depolanmasını cihaz kullanımı olarak kabul edilmesi mümkün müdür? Eğer bu soruya yanıt olumluysa, bir teşebbüs rekabet gerekçelerine sığınarak bu indeksleri nerede sakladığını ifşa etmeyi reddettiği takdirde bağlantılı faktör mevcuttur denilebilir mi?

(d) Yukarıda belirtilen sorunlara verilecek olan yanıtlardan bağımsız olarak ve özellikle Divan (...) 95/46 sayılı Direktifin 4. Maddesi tahtında atf yapılan bağlantılı faktörlerin mevcut olmadığını değerlendirdiği durumda:

95/46 sayılı Direktif, 8. Maddesi [Temel Hakları Şartı] ışığında, ihtilafın yoğunluk merkezinin bulunduğu ve Birlik vatandaşlarının haklarının daha etkili korumasının mümkün olduğu Üye Devlette uygulanmalı mıdır?

2. 95/46 sayılı Direktif bağlamında içerik sağlayıcı olarak arama motorlarının faaliyetleriyle ilgili olarak:

(a) [Google Arama]'nın, İnternette üçüncü taraflarca yayınlanmış veya bulundurulan bilgiyi konumlandırma, otomatik olarak indeksleme, geçici olarak saklama ve son olarak belirli bir tercih sırasına göre İnternet kullanıcılarına sunulmasından oluşan içerik sağlayıcı olarak faaliyetleriyle bağlantılı olarak, bu tür bilgi üçüncü taraflara ait kişisel veri içerdiği durumlarda: bu şekilde tanımlanan bir faaliyet 95/46 sayılı Direktif'in Madde 2 (b) altında belirtilen "verinin (...) işlenmesi" kavramına girdiği şeklinde yorumlanmalı mıdır?

(b) Eğer yukarıda belirtilen sorunun yanıtı olumluysa ve bir kez daha tanımlanmış olan faaliyete benzer bir faaliyetle bağlantılı olarak:

95/46 sayılı Direktif'in 2 (d) Maddesi, [Google Arama]'yı yöneten teşebbüsün indekslediği İnternet sayfalarında yer alan kişisel verinin "denetleyicisi" olduğu manasına geldiği şeklinde yorumlanmalı mıdır?

(c) Eğer yukarıda belirtilen sorunun yanıtı olumluysa:

[İKVK], 95/46 sayılı Direktif'in [Madde] 12 (b) ile [14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendi] içinde mündemiç hakların korunması için, [Google Arama] üzerine üçüncü taraflarca yayınlanmış bilgi kaydını, önceden veya eş zaman-



lı olarak bilginin yer aldığı İnternet sayfası sahibine başvurmaksızın, indekslerinden çıkarmasını öngören yükümlülüğü doğrudan yükleyebilir mi?

(d) Eğer yukarıda belirtilen sorunun yanıtı olumluysa:

kişisel veriyi içeren bilginin üçüncü taraflarca hukuka uygun olarak yayınlanması ve kaynaklandığı İnternet sayfasında bulundurulması durumunda arama motorlarının bu hakları korumakla ilgili yükümlülüğü hariç tutulacak mıdır?

3. Silme hakkının ve/veya itiraz etme hakkının kapsamıyla ilgili, unutulma hakkı ile bağlantılı olarak [*“derecho al olvido”* (the *“right to be forgotten”*)], müteakipteki soru sorulmaktadır:

95/46 sayılı Direktif'in Madde 12 (2) ile öngörülen veriyi silme ve engelleme hakkı ile [14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendi] ile öngörülen itiraz haklarının, veri öznelerine kendileriyle ilgili üçüncü taraflara ait İnternet sayfalarında yayınlanan ve değerlendirildiği zaman veri öznesine zarar verebilecek nitelikte olduğu veya veri öznesinin unutulmasını arzu ettiği için İnternet kullanıcıları tarafından bilinmemesi istenilen bilgiler için, söz konusu bilgiler üçüncü taraflarca hukuka uygun şekilde yayınlanmış olsa bile, indekslenmesini önlemek amacıyla arama motorlarına başvuru yapma olanağı tanıdığı şeklinde değerlendirilmeli midir?

### **Sevk edilen soruların değerlendirilmesi**

#### **95/46 sayılı Direktif'in maddi kapsamını ilgilendiren Soru 2 (a) ve (b)**

**21.** Öncelikle incelenmesi uygun olan Soru 2(a) ve (b) ile başvuru Mahkeme temel olarak, 95/46 sayılı Direktif'in 2(b) Maddesinin bir arama motorunun İnternette üçüncü taraflarca yayınlanmış veya bulundurulan bilgiyi konumlandırma, otomatik olarak indeksleme, geçici olarak saklama ve son olarak belirli bir tercih sırasına göre İnternet kullanıcılarına sunulmasından oluşan içerik sağlayıcı olarak faaliyetinin bu tür bilginin kişisel veri içerdiği durumlarda aynı madde kapsamında *“kişisel verinin işlenmesi”* şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağını sormaktadır. Eğer bu soruya yanıt olumluysa, başvuru Mahkeme, 95/46 sayılı Direktif'in 2 (d) Maddesinin kişisel verilerin işlenmesi bakımından aynı madde kapsamında arama mo-

torlarının “denetleyici” olarak kabul edileceği manasına geldiği şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağından emin olmaya çalışmaktadır.

**22.** Google İspanya ve Google Inc'e göre, arama motorlarının üççünü taraflara ait İnternet sayfalarında yer alan verileri arama sonuçlarında gösterilmesi faaliyeti, arama motorları İnternette yer alan tüm bilgileri kişisel veri ve diğer bilgileri şeklinde bir ayırım yapmaksızın işlediği için kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilemez. Ayrıca, söz konusu faaliyet ‘veri işleme’ olarak nitelendirilse bile, arama motorlarının işletmecileri bu işlemeye ilişkin olarak söz konusu veri hakkında hiçbir bilgileri olmadığı ve veri üzerinde kontrol gerçekleştirmedikleri için ‘denetleyici’ olarak kabul edilemezler.

**23.** Öte yandan, Bay Costeja Gonzalez, İspanyol, İtalyan, Avusturya ve Polonya Hükümetleri ve Avrupa Komisyonu, söz konusu faaliyetin 95/46 sayılı Direktif anlamında, İnternet sitelerinin yayıncılarının veri işlemesinden müstakil ve bu tür işlemekten farklı amaçlar hedefleyen, açıkça ‘veri işleme’ faaliyeti içerdiğini değerlendirmektedir. Bir arama motorunun işletmecisi, yürütülen veri işleme bakımından ‘denetleyici’dir; zira işlemenin amacını ve araçlarını belirleyen o işletmecinin kendisidir.

**24.** Yunan Hükümeti'nin ibrazında, söz konusu faaliyet ‘işleme’ oluşturmaktadır, fakat arama motorları sadece aracı niteliğinde faaliyet gösterdikleri için, onları yöneten teşebbüsler, teknik olarak gerekli olan süreyi aşan bir sürede veriyi ‘ara hafıza’ veya ‘önbellek’te veriyi sakladıkları durumlar hariç olmak üzere, ‘denetleyici’ olarak kabul edilemezler.

**25.** 95/46 sayılı Direktif'in 2(b) Maddesi ‘kişisel verilerin işlenmesi’ni, ‘silme veya tahrip etme, engelleme, birleştirme veya sıralama, sağlama ya da dağıtma, iletlemeyle açıklama, toplama, kaydetme, organizasyon, depolama, adaptasyon veya değiştirme, kurtarma, başvurma gibi otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla kişisel veriler üzerinde yapılan herhangi bir faaliyet veya faaliyet dizisi’ şeklinde tanımlamaktadır.

**26.** Özellikle İnternetle ilgili olarak Divan, İnternet sayfası üzerinden kişisel verilerin yüklenmesi işleminin zaten 95/46 sayılı Direktif'in 2 (b) Maddesi anlamında ‘işleme’ sayılması gerektiğini belirtmiştir (Bkz. Dava C-101/01 Lindqvist EU: C:2003:596, paragraf 25).

**27.** Esas davadaki söz konusu faaliyetle ilgili olduğu kadar, arama motorları tarafından bulunan, indekslenen ve muhafaza edilen ve kullanıcıların kullanımına sunulan verilerin tanımlanmış veya tanımlanabilir gerçek kişilere ilişkin bilgileri içerdiği ve bu sebeple bu Direktif'in 2 (a) Maddesi anlamında 'kişisel veri' olduğu tartışmalı bir husus değildir.

**28.** Bu nedenle, bilinmelidir ki, İnterneti otomatik, düzenli ve sistematik olarak orada yayınlanan bilgiyi bulmak için incelemek suretiyle, arama motorunun işletmecisi daha sonradan kendi indeksleme programlarının çerçevesinde 'geri alıp', 'kaydedip' ve 'organize ettiği' bu tür verileri arama sonuçlarının listesi formunda 'toplar', sunucuları üzerinde 'saklar', ve belirli durumlarda, 'ifşa eder' ve kullanıcılarının kullanımına 'sunar'. Bu tür faaliyetler, açıkça ve koşulsuz olarak 95/46 sayılı Direktif'in 2 (b) Maddesi altında sayıldığı için, arama motoru işletmecisinin aynı faaliyetleri diğer tür bilgiler için de sürdürmesini ve bu tür bilgiler ile kişisel veriler arasında bir ayırmda bulunmasını dikkate almaksızın, bu madde anlamında 'işleme' olarak nitelendirilmelidirler.

**29.** Yukarıda yapılan çıkarım, bu tür verilerin zaten İnternette yayınlanmış olmasından ve arama motoru tarafından değiştirilmemiş olması gerçeğinden etkilenmemektedir.

**30.** Divan, zaten 95/46 sayılı Direktif'in 2 (b) Maddesi altında atıf yapılan münhasıran medyada değiştirilmeden yayınlanmış içeriklerle ilgili faaliyetlerin, bu tür işleme olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu tür durumlarda 95/46 sayılı Direktif uygulamasından genel bir istisnanın Direktifin etkisini büyük ölçüde kaybettireceği bu bağlamda esaslı şekilde gözlemlenmiştir (bakınız, bu etkide, Dava Case C-73/07 Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia EU:C:2008:727, paragraf 48 ve 49).

**31.** Ayrıca, 95/46 sayılı Direktif'in 2 (b) Maddesinde yer alan tanımdan da, kişisel verilerin değiştirilmesinin Direktif anlamında işleme oluşturmalarına karşın, bahsedilen diğer faaliyetlerin ise, öte yandan, kişisel verilerin değiştirilmesini gerektirmediği anlamı çıkmaktadır.

**32.** Arama motoru işletmecisinin, bu motor tarafından esas davadaki gibi bir faaliyet bağlamında yürütülen veri işleme faaliyeti ile ilgili olarak

'denetleyici' olarak kabul edilip edilmemesi sorusuyla ilgili olarak, 95/46 sayılı Direktif'in 2 (d) Maddesinin 'denetleyici'yi 'kişisel verilerin işleme amaç ve araçlarını tek başına ya da diğerleriyle müştereken belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu makamı, idaresi veya başka bir kuruluş' olarak tanımladığı hatırlanmalıdır.

**33.** Bu faaliyetin ve bu faaliyetin çerçevesinde kendisinin taşıdığı kişisel verinin işlenmesinin amaç ve araçlarını belirleyen arama motoru işletmecisidir ve neticede Madde 2 (d)'ye göre bu işleme bakımından 'denetleyici' olarak kabul edilmek zorundadır.

**34.** Ayrıca, arama motoru işletmecisini üçüncü taraflara ait İnternet sayfalarında yayınlanan kişisel verilerle ilgili kontrol gerçekleştirmediği gerekçesiyle tanım kapsamı dışında tutmak sadece bu maddenin açık hükmüne değil, geniş bir 'denetleyici' kavramı tanımlamasıyla veri öznelerinin etkili ve tam korunmasını sağlamak – amacına da aykırı olacaktır.

**35.** Bu bağlamda, arama motorunun faaliyetleri bağlamında kişisel verilerin işlenmesi, İnternet sayfalarının yayıncıları tarafından bu verilerin İnternet sayfasında gösterilmesi şeklinde yürütülen işlemeden ayırt edilebilir ve bundan müstakil ayrı bir işleme niteliğinde olduğuna dikkat edilmelidir.

**36.** Üstelik, arama motorlarının faaliyetinin, bu verilerin yayımlandığı İnternet sayfasını başka şekilde bulamayacak İnternet kullanıcıları dahil, veri öznesinin adını esas alarak arama yapan herhangi bir İnternet kullanıcıya erişilebilir kılmakla bu verilerin etrafıca yayılmasında belirleyici rol oynadığı ihtilafsızdır.

**37.** Ayrıca, kullanıcılarının bu bilgilere erişimini kolaylaştırma amacıyla arama motorları tarafından anlamlandırılan İnternet ortamında yayınlanan bilgilerin organizasyonu ve birleştirilmesi, kullanıcıların bir bireyin adını esas alarak arama yaptıkları durumlarda, arama sonuçları listesi aracılığıyla bu bireyle ilgili olarak İnternette bulunabilen, veri öznesinin daha fazla veya daha az ayrıntılı bir profilini oluşturmalarına olanak tanıyan bilgilerin yapısal olarak genel bakışını elde etmeleri ile sonuçlanmaktadır.

**38.** Madem, arama motorunun faaliyeti bu sebeple esaslı şekilde etkili olabilecek niteliktedir ve İnternet sitelerinin yayıncılarıyla kıyaslandığında

ikincil niteliktedir; arama motorunun işletmecisi, bu tür faaliyetin amaç ve araçlarını belirleyen kişi olarak, kendi sorumlulukları, yetkileri ve kapasitesi çerçevesinde faaliyetin 95/46 sayılı Direktif'in gerekliliklerini, Direktif'te öngörülen teminatların tam ve etkili şekilde olmasını ve başta mahremiyet hakları olmak üzere veri öznelerinin tam korumasını sağlarsa, mahremiyet hakkı ile kişisel verilerin korunması temel hakları tam olarak sağlanabilir.

**39.** Son olarak, İnternet sitelerinin yayıncılarının özellikle 'robots.txt' gibi hariç tutma protokolleri veya 'noindex' veya 'noarchive' gibi kodlar ile arama motoru işletmecilerine sitelerinde yayınlanan belli bilgilerin tamamen veya kısmen arama motorlarının otomatik indekslerinden hariç tutulmasını bildirme seçeneklerinin olmasına rağmen İnternet sitelerinin yayıncılarının bu şekilde bir bildirimde bulunmadıkları durumlarda, bir arama motoru işletmecisinin arama motoru aktiviteleri bağlamında yürüttüğü kişisel verilerin işlenmesi faaliyeti için sorumluluktan kurtulduğu manasına gelmemektedir.

**40.** Bu durum işlemenin amaçlarının ve araçlarının arama motoru işletmecisi tarafından belirlendiği durumunu değiştirmemektedir. Ayrıca, İnternet siteleri yayıncılarına sağlanan seçeneğin işlemenin araçlarını bu işletmeciyile ortak belirlendiği anlamında olsa bile, bu bulgu işletmecinin herhangi bir sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır; zira, 95/46 sayılı Direktif'in 2(d) Maddesi açıkça belirlemenin 'tek başına veya başkalarıyla beraber müştereken' şekilde yapılabileceğini öngörmektedir.

**41.** Yukarıda yapılan değerlendirmeler sonucunda, Soru 2 (a) ve (b)'nin yanıtı, 95/46 sayılı Direktif'in Madde 2 (b) ve 2 (d) hükümlerinin, öncelikle, İnternette üçüncü taraflarca yayınlanmış veya bulundurulmuş bilgiyi konumlandırma, otomatik olarak indeksleme, geçici olarak saklama ve son olarak belirli bir tercih sırasına göre İnternet kullanıcılarına sunulmasından oluşan arama motoru faaliyeti, bu tür bilgi kişisel veri içerdiği durumda Madde 2 (b) anlamında 'kişisel verinin işlenmesi' olarak nitelendirilmeli ve ikinci olarak, arama motoru işletmecisi bu işlemeye ilişkin olarak Madde 2 (d) anlamında 'denetleyici' olarak kabul edilmelidir, manasına geldiği şekilde yorumlanmalıdır.

**95/46 sayılı Direktif'in ülkesel uygulanmasına ilişkin, Soru 1(a) ve (d)**

**42.** Soru 1(a) ve (d) ile, başvuru mahkeme, 95/46 sayılı Direktif'in iç hukuka aktaran ulusal mevzuatın esas davadaki durumlarda uygulanıp uygulanamayacağını öğrenmeye çalışmaktadır.

**43.** Bu bağlamda, başvuru mahkeme müteakipteki tespitleri yapmıştır:

- Google Arama dünya genelinde 'www.google.com' sitesi aracılığıyla sunulmaktadır. Birçok Devlette, ulusal dile uyarlanmış yerel versiyonu mevcuttur. Google Arama'nın İspanya'daki uyarlaması 16 Aralık 2003'ten bu yana tescilli bulunan 'www.google.es' İnternet sitesi aracılığıyla sunulmaktadır. Google Arama, İspanya'da en çok kullanılan arama motorlarından birisidir.

- Google arama, Google Grubu'nun ana şirketi olan ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yerleşik bulunan Google Inc tarafından işletilmektedir.

- Google Arama dünya genelinde, İspanya'da bulunanlar dahil, İnternet sitelerini indekslemektedir. İnternet sürüngenleri [\*crawler: teknik kavram] veya robotları tarafından indekslenen bilgileri, diğer bir ifadeyle, İnternet sayfalarının içeriklerini metodolojik ve otomatik olarak konumlandırmak ve toplamak için kullanılan bilgisayar programları, buldukları Devlet konumu bilinmeyen sunucularda geçici olarak saklanmakta ve rekabet gerekçeleriyle bu konular gizli tutulmaktadır.

- Google Arama sadece indekslenen İnternet sitelerinde barındırılan içeriğe erişim sağlamamakta, ayrıca bu faaliyetten faydalanmakta ve bu faaliyet ödeme karşılığı, İnternet kullanıcılarına mal veya hizmetlerini sunmak için bu aracı kullanmak isteyen teşebbüsler için İnternet kullanıcılarının arama terimleriyle bağlantılı reklam yapılmasını içermektedir.

- Google Grubu, iştiraki Google İspanya'yı 'www.google.com' İnternet sitesi üzerinde oluşturulan reklam alanının satışını teşvik etmek için kullanmaktadır. 3 Eylül 2003 tarihinde kurulan ve ayrı hukuki kişiliği olan Google İspanya'nın merkezi Madrid'de (İspanya) bulunmaktadır. Faaliyetleri genel olarak İspanya'da yerleşik teşebbüsleri hedeflemekte, Google Grubu'nun bu Üye Devlet'te ticari acentesi olarak hareket etmektedir. Hedefleri çevrimiçi reklam

ürünleri ve servislerini üçüncü taraflara satışını teşvik etmek, kolaylaştırmak ve gerçekleştirmek ve de bu reklam alanının pazarlamasını yapmaktır.

- Google Inc, Google İspanya'yı, İspanya'da Google Inc tarafından İVKK nezdinde tescil edilen iki dosyalama sistemi için denetleyici olarak belirlemiştir; bu dosyalama sistemi, Google Inc ile reklam hizmetler için sözleşme akdeden müşterilerin kişisel verilerini içermesi için tasarlanmıştır.

**44.** Özellikle, başvuru mahkeme tarafından mevzu bahis edilen ana hususlar 95/46 sayılı Direktif'in 4 (1) (a) Maddesi anlamında 'işletme' kavramı ile 4 (1) (c) Maddesi anlamında, 'bahse konu Üye Devlet topraklarında konumlanan cihaz kullanımı' kavramlarıdır.

Soru 1(a)

**45.** Soru 1(a) ile, başvuru mahkeme, temel olarak, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesinin, müteakipteki bir veya daha fazla koşul sağlandığı durumda, denetleyicinin bir işletmesi tarafından bir Üye Devletin ülkesi üzerinde bu madde anlamında yürütülen faaliyetler bağlamında, kişisel verinin işlenmesinin gerçekleştiği anlamına geldiği şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağını sormaktadır:

- arama motoru işletmecisi bir Üye Devlette arama motoru üzerinde reklam alanı sağlama ve satma amacıyla, bu Üye Devletin yerleşik insanlara yönelik faaliyetlerini amaçlar bir şube veya bağlı şirket kurduğu zaman; veya,

- ana şirket bu Üye Devlette yer alan bir bağlı şirketi işbu bağlı şirketle reklam yapma hususunda sözleşme yapmış müşterilerinin verileriyle bağlantılı olarak iki belirli dosyalama sistemi için kendi temsilcisi ve denetleyici olarak belirlediği zaman; veya,

- bir Üye Devlette kurulan şube veya bağlı şirket, kendisine veri özneleri ve kişisel verilerin korunmasına riayet edilmesinin sağlanmasıyla ilgili sorumluluğu olan makamlardan yöneltilen talepleri ve gereklilikleri Avrupa Birliği dışında yer alan ana şirkete, bu tür işbirliği gönüllü olarak yerine getirilse bile, ilettiği zaman.

**46.** Bu üç koşulun ilkiyle ilgili olduğu kadar, başvuru mahkeme belirtmektedir ki, Google Arama, Google Inc tarafından işletilmekte ve yöne-

tilmekte ve Google İspanya'nın İspanya'da üçüncü taraflara ait İnternet sitelerinde bulunan bilgi veya verinin indekslenmesi veya saklanmasıyla bağlantılı olarak doğrudan bir faaliyet yürüttüğü tespit edilememiştir. Bununla beraber, başvuru mahkemeye göre, Google İspanya'nın İspanya bağlamında ilgilendiği reklam alanının tanıtımı ve satımı, Google Grubu'nun ticari faaliyetinin esas kısmını oluşturmaktadır ve Google Arama ile yakından bağlantılı olduğu kabul edilebilir.

**47.** Bay Costeja Gonzalez, İspanyol, İtalyan, Avusturya ve Polonya Hükümetleri ve Avrupa Komisyonu, Google Inc tarafından işletilen arama motorunun faaliyeti ile Google İspanya'nın faaliyeti arasında birbirinden ayırlamayacak şekilde mevcut olan bağlantının ışığında, son belirtilenin ilk belirtilenin teşebbüsü olarak kabul edilmesi gerektiğini ve kişisel veri işleminin bu teşebbüsün faaliyetleri bağlamında sürdürüldüğünün kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer taraftan, Google İspanya, Google Inc ve Yunan Hükümeti'ne göre, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesi, başvuru mahkeme tarafından listelenen üç koşulun ilk durumunda uygulanamaz niteliktedir.

**48.** Bu bağlamda, 95/46 sayılı Direktif'in önsözündeki Beyan 19 her şeyden önce 'Bir Üye Devletin sınırları içindeki teşebbüs, istikrarlı düzenlemeler aracılığıyla faaliyetin etkin ve reel olarak gerçekleştirilmesini sağlar' ve ayrıca 'ister bir tüzel kişiliğin [bir] şubesi veya bağlı kuruluşu olsun bu tür kuruluşun yasal biçimi bu bakımdan belirleyici bir faktör değildir' şeklinde olduğu not edilmelidir.

**49.** Google İspanya'nın istikrarlı düzenlemeler aracılığıyla etkin ve reel olarak İspanya'da faaliyette bulunduğu tartışmalı değildir. Ayrı hukuki kişiliğinin olmasının yanı sıra, Google Inc'in İspanya toprakları üzerinde bir iştirakinin ve bu sebeple, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesi anlamında 'teşebbüs'ünü oluşturmaktadır.

**50.** Bu hükümde belirtilen kriteri yerine getirmek için, ayrıca denetleyici tarafından kişisel veri işleminin denetleyicinin bir işletmesi tarafından bir Üye Devletin ülkesi üzerindeki 'faaliyetler bağlamında yürütülmesi' gerekmektedir.



**51.** Google İspanya ve Google Inc, esas davada konu olan kişisel verinin işlenmesinin münhasıran Google Arama'yı Google İspanya tarafında herhangi bir müdahalede bulunmaksızın işleten Google Inc tarafından yerine getirilmesi sebebiyle bunu reddetmekte; sonra belirtilenin faaliyetinin arama motoru hizmetinden bağımsız Google Grubu'nun reklam faaliyetine destek vermekle sınırlı bir faaliyettir.

**52.** Bununla beraber, İspanyol Hükümeti ve Komisyon, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesinin mevcut olaydaki kişisel veri işlenmesinin mevzu bahis teşebbüsün bizzatı 'kendisi' tarafından yürütülmesini gerektirmekte, sadece teşebbüsün 'faaliyetleri bağlamında' yürütülmesini yeterli saydığını özellikle vurgulamaktadır.

**53.** Ayrıca, 95/46 sayılı Direktif'in gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi durumlarında, başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, temel hak ve özgürlükleri korumak amacı ışığında, bu ifadeler kısıtlayıcı şekilde yorumlanamaz (bakınız, kıyasen, Dava C-324/09 L'Oréal and Others EU:C:2011:474, paragraf 62 ve 63).

**54.** Bu bağlamda, 95/46 sayılı Direktif'in önsözünde yer alan 18 ile 20 arasındaki beyanlardan ve bunlarla ilgili 4. Madde'den açıktır ki, Avrupa Birliği kanun koyucusu özellikle geniş ülkesel bir kapsam belirleyerek bireylerin Direktif kapsamında sağlanan korumadan yoksun kalmalarını ve bu korumanın atlatılmasını önlemeyi amaçladığı not edilmelidir.

**55.** 95/46 sayılı Direktif'in amacı ve 4(1)(a) Maddesi'nin lafzı ışığında, üçüncü bir Devlette merkezi bulunan fakat bir Üye Devlette teşebbüsü bulunan bir işletme tarafından işletilen Google Arama gibi bir arama motorunun hizmetleri amacıyla kişisel verilerin işlenmesi, sonra belirtilen bu Üye Devlette arama motoru tarafından sunulan ve bu motor tarafından sunulan hizmetleri daha kârlı yapma amacına hizmet eden reklam alanını tanıtmak ve satmak amacındaysa, bu işletmecinin 'faaliyetler bağlamında' yürütülmesinde olduğu kabul edilmelidir.

**56.** Bu tür durumlarda, arama motorunun işletmecisinin faaliyetleri ve ilgili Üye Devlette yer alan işletmesinin faaliyetleri, birbirinden ayrılmayacak şekilde bağlıdır; zira, reklam alanına ilişkin faaliyetler, mevzu-

his arama motorunun ekonomik olarak kârlı kılan araçlarını oluşturmakta ve bu motor, aynı zamanda, bu faaliyetlerin yerine getirilebilmesini mümkün kılan araçlardır.

**57.** Mevcut yargılamanın 26 ile 28. paragrafları arasında belirtildiği üzere, arama sonuçlarında kişisel verilerin salt gösterimi kişisel verilerin işlenmesini oluşturmaktadır. Sonuçların gösterimi, aynı sayfada, arama terimleriyle bağlantılı reklamların gösterimiyle beraber sunulduğu için, mevcut kişisel verinin işlenmesi denetleyicinin işletmesinin ticari ve reklam aktivitesi bağlamında, Üye Devletin ülkesinde, bu durumda İspanya ülkesinde, sürdürülmekte olduğu açıktır.

**58.** Durum böyleyken, arama motorunun faaliyetleri amaçlarıyla yürütülen kişisel veri işlenmesinin 95/46 sayılı Direktif tarafından koyulan yükümlülükler ve teminatlardan kaçması kabul edilemez, ki bu Direktif'in etkinliğine ve Direktif'in sağlamaya çalıştığı başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin etkili ve tam korunmasına (bakınız, kıyasen, L'Oréal and Others EU: C:2011:474, paragraf 62 ve 63), Madde 1(1)'de ve önsözde yer alan Beyan 2 ile Beyan 10 altında Direktif'in özel önem atfettiği bir hak olan kişisel verilerin işlenmesine hanel getirir (bakınız, bu etkide, Birleşik Davalar C-465/00, C-138/01 ve C-139/01 Österreichischer Rundfunk and Others EU: C:2003:294, paragraf 70; Dava C-553/07 Rijkeboer EU: C:2009:293, paragraf 47; ve Dava C-473/12 IPI EU: C:2013:715, paragraf 28 and atıf yapılan içtihat).

**59.** Başvurucu mahkeme tarafından listelenen üç koşuldan ilki, tek başına Google İspanya gibi bir işletmenin 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesi'nde belirtilen kriteri karşıladığı sonucuna varılmasına yeterli olduğu için, diğer iki koşulu incelemeye lüzum yoktur.

**60.** Yukarıda yapılan değerlendirmeler sonucunda, Soru 1(a)'nın yanıtı, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesinin, arama motoru işletmecisi bir Üye Devlette arama motoru üzerinde reklam alanı sağlama ve satma amacıyla, bu Devlette yerleşik insanlara yönelik faaliyetlerini amaçlar bir şube veya bağlı şirket kurduğu zaman, denetleyicinin bir işletmesi tarafından bir Üye Devletin ülkesi üzerinde bu madde anlamında yürütülen faaliyetler

bağlamında, kişisel verinin işlenmesinin gerçekleştiği anlamına geldiği şekilde yorumlanmalıdır.

### **Soru 1 (b)'den (d)'ye**

**61.** Soru 1(a)'ya verilen yanıt çerçevesinde, Soru 1(b)'den (d)'ye olan kısma yanıt vermeye gerek yoktur.

### **95/46 sayılı Direktif altında arama motoru işletmecisinin sorumluluğunun kapsamıyla ilgili Soru 2(c) ve (d)**

**62.** Soru 2(c) ve (d) ile, başvuru mahkeme, temel olarak, 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b) ile 14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümler altında belirtilen haklara uyum sağlayabilmek için, bir arama motoru işletmecisinin bir kişinin adını esas olarak yapılan bir arama sonrasında gösterilen sonuçlar listesinden, üçüncü taraflarca yayınlanan ve bu kişiyle ilgili bilgi içeren İnternet sayfalarına yapılan bağlantıları, ayrıca bu isim veya bilginin önceden veya eş zamanlı olarak bu İnternet sayfalarından silinmediği durumlarda ve hatta, öyle bir durum olabilir ki, bu sayfalarda yayının kendisinin hukuki olduğu durumlarda, kaldırmakla yükümlü olduğu manasına geldiği şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağını sormaktadır.

**63.** Google İspanya ve Google Inc, ölçülülük ilkesinin gereği olarak, bilgi kaldırılmasını amaçlayan herhangi bir talebin, bu bilgiyi kamuya açıklamanın sorumluluğunu o yayıncı üstlendiği, bu yayının hukuka uygunluğunu değerlendirebilecek konumda olduğu ve bilgiyi erişilemez kılmak için en etkili ve en az kısıtlayıcı araçlara sahip olduğu için, ilgili İnternet sitesinin yayıncısına yöneltilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca, arama motoru işletmecisini İnternette yayınlanan bilgileri indekslerinden çıkarılmasına mecbur etmek, İnternet siteleri yayıncılarının, İnternet kullanıcılarının ve bu işletmecinin kendisinin temel haklarına yeterince dikkate alınmamasına sebep olacaktır.

**64.** Avusturya Hükümeti'ne göre, ulusal denetleme makamları bu tür bir işletmeciye kendi dosyalama sistemlerinden üçüncü taraflarca yayınlanmış bilgilerin silinmesi talebini ancak mevzubahis veri daha önceden hukuka aykırı bulunmuşsa veya hatalıysa veya veri öznesi bu bilginin ya-

yınlandığı İnternet sitesinin yayıncısına başarılı şekilde bir itirazda bulunmuşsa talimat verebilir.

**65.** Bay Costeja Gonzalez, İspanyol, İtalyan, Polonya Hükümetleri ile Komisyon, ulusal makamın doğrudan bir arama motoru işletmecisine indekslerinden ve geçici hafızalarından üçüncü taraflarca yayınlanmış kişisel veri içeren bilgiyi çıkarmasını, bu bilginin görüntülediği İnternet sayfasının yayıncısına önceden veya eş zamanlı olarak başvurmaya gerek olmaksızın emir verebileceğini ileri sürmektedir. Ayrıca, Bay Costeja Gonzalez, İspanyol, İtalyan Hükümetleri ile Komisyon'a göre, bilginin hukuka uygun şekilde İnternet sayfasında yayınlanmış olması ve orijinal İnternet sayfasında hala görüntüleniyor olması gerçeği, işletmecinin 95/46 sayılı Direktif altındaki yükümlülükleri üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Öte yandan, Polonya Hükümeti'ne göre, bu gerçeklik işletmeciyi yükümlülüklerinden kurtarır niteliktedir.

**66.** Her şeyden önce, hatırlanmalıdır ki, 1. Maddesinden ve önsözdeki Beyan 1'den açıktır ki, 95/46 sayılı Direktif gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi durumlarında başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, temel hak ve özgürlükleri korumak için yüksek seviyeli bir korumanın sağlanmasını amaçlamaktadır (bakınız, bu etkide, IPI EU: C:2013:715, paragraf 28).

**67.** 95/46 sayılı Direktif'in önsözündeki Beyan 25'e göre, Direktif tarafından ortaya koyulan korumanın esasları, bir taraftan, veri kalitesi, teknik güvenlik, denetleme makamına bildirim ve işlemenin yürütülebileceği koşullar başta olmak üzere, işlemeyen sorumlu kişiler üzerine yüklenen yükümlülükler ve diğer taraftan, bireylere verilen haklara, işlemenin konusu olan verilere, işlemenin yapıldığını bildirim, verilere başvurmaya, düzeltme talep etmeye ve hatta bazı koşullarda işlemeye itiraza yansıtılmıştır.

**68.** Divan, zaten 95/46 sayılı Direktif'in hükümlerinin, özellikle mahremiyet hakkı olmak üzere temel özgürlükleri ihlal etmesi olası kişisel verilerin işlenmesini ilgilendirdiği sürece, yerleşik içtihatlarla göre hukukun genel ilkelerinin bütünlüycü kısmını oluşturan, yerine getirilmelerini Divan'ın sağladığı ve şu an Temel Hakları Şartı içerisinde düzenlenen temel haklar ışığında yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir (bakınız, özellikle, Dava

C-274/99 P Connolly v Commission EU: C:2001:127, paragraf 37, ve Österreichischer Rundfunk and Others EU: C:2003:294, paragraf 68).

**69.** Temel Hakları Şartı'nın 7. Maddesi özel hayata saygıyı teminat altına alırken, Temel Hakları Şartı'nın 8. Maddesi açıkça kişisel verilerin korunması hakkını beyan eder. Madde 8(2) ve (3) ise bu verilerin, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru temele dayanarak işlenebileceğini, herkesin kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahip olduğunu; bu kurallara uyulmasının bağımsız bir makam tarafından denetleneceğini belirtir. Bu koşullar bunlarla beraber 95/46 sayılı Direktif'in 6, 7, 12, 14 ve 28. Maddeleri ile yerine getirilmektedir.

**70.** 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) Maddesi, Üye Devletlerin her bir veri öznesinin denetleyiciden, özellikle verinin eksik veya yanlış yapısı yüzünden, 95/46 sayılı Direktif'in hükümlerine uymayan işlemede, verilerin engellenmesi veya silinmesi, uygun olarak düzeltilmesini talep etme hakkını temin etme hakkını garanti etmesi gerektiğini belirtmektedir. 95/46 sayılı Direktif'in 6(1)(d) Maddesi'nde belirtilen belirli gerekliliklerin gözetilmediğine yönelik davayla ilgili olan bu son husus örnek olarak belirtilmiştir ve tahdidi değildir, veri öznesine Direktif'in 12(b) Maddesinde teminat altına alınan hakları verme kapasitesine sahip işlemin uyumsuz niteliği, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak Direktif tarafından getirilen diğer hukuka uygunluk nedenlerinin gözetilmemesinden de kaynaklanabilir.

**71.** Bu bağlantıyla, 95/46 sayılı Direktif'in 13. Maddesi altında izin verilen istisnalara bağlı olarak, tüm kişisel verilerin işlenmesi, ilk olarak, Direktif'in 6. Maddesinde belirtilen veri kalitesine ilişkin esaslarla; ikinci olarak, Direktif'in 7. Maddesinde belirtilen ve veri işlemeyi meşru kılan kriterlerden birisiyle uyum göstermesi gerektiği not edilmelidir (bakınız Österreichischer Rundfunk and Others EU:C:2003:294, paragraf 65; Müşterek Davalar C-468/10 and C-469/10 ASNEF and FECEMD EU:C:2011:777, paragraf 26; ve Dava C-342/12 Worten EU:C:2013:355, paragraf 33).

**72.** 95/46 sayılı Direktif'in 6. Maddesi altında ve Üye Devletler'in tarihi, istatistiksel veya bilimsel amaçlarla işlemeye ilgili koyabileceği özel hüküm-

lere halel getirmeksizin, denetleyicinin kişisel verilerin 'adil ve hukuka uygun' şekilde işlendiğini, verilerin 'belirli, açık ve meşru amaçlarla toplandığını ve bu amaçlarıyla bağdaşmayan şekillerle ayrıca işlenmediğini', 'toplandığı ve/veya ayrıca işlendiği amaçlara ilişkin olarak yeterli, ilgili ve amacı aşmaz' nitelikte olduğunu, verilerin 'doğru ve gerekli yerde güncel tutulduğunu' ve son olarak, 'verilerin toplandığı esnada veya sonrasında işlendiği amaçlar için gerekenden daha uzun olmayan süre boyunca, veri öznelerinin tespitine izin veren biçimde tutulduğunu' temin etme görevi vardır. Bu bağlamda, denetleyici bu hükmün gerekliliklerini sağlamayan verilerin silinmesini ve düzeltilmesini temin etmek için her makul adımı atmaktadır.

**73.** Arama motoru işletmecisi tarafından yürütölen esas davadaki gibi gündemde olan 95/46 sayılı Direktif'in 7. Maddesi altındaki işlemenin meşruluğuyla ilgili olarak, işlemenin Madde 7(f) altında belirtilen temelle kapsama alınması imkan dahilindedir.

**74.** Bu hüküm, kişisel verilerin denetleyici veya verinin ifşa edildiği üçüncü taraf veya tarafların menfaatine meşru amaçlarla gerekli olduğu durumlarda işlenmesine izin vermektedir, meğer ki bu tür menfaatler veri öznesinin Direktif'in Madde 1(1) altında korunması gereken temel hakları ve özgürlükleri ile - özellikle kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili mahremiyet hakkı - geçersiz kılınsın. Madde 7(f)'in uygulanması, bu nedenle, birbirinin zıddı hakların ve gözetilen menfaatlerin Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddesinden kaynaklanan veri öznelerinin haklarının hangisinin önemle dikkat alınması bağlamında dengelenmesini gerektirmektedir.

**75.** İşlemenin Direktif'in Madde 6 ve 7(f) ile uygunluk gösterip göstermediği sorusu Direktif'in 12(b) Maddesinde belirtilen bir talep bağlamında belirlenebileceği halde, veri öznesi, buna ilave olarak, belirli durumlarda Direktif'in 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altında belirtilen itiraz etme hakkına dayanabilir.

**76.** 95/46 sayılı Direktif'in 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altında Üye Devletler, en azından Direktif'in Madde 7(e) ve (f)'de atıfta bulunulan durumlarda, ulusal mevzuat tarafından aksi belirtilmedikçe, kendisine dair verilerin işlenmesinde, özel durumuna ilişkin mecburi kanuni gerekçelere

her zaman itiraz etmeyi sağlamalıdır. 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altında sürdürülmesi gereken denge, bu nedenle, veri öznesinin özel durumunu kuşatan tüm durumların daha özel bir tarzda dikkate alınmasına olanak vermektedir. Gerekçeli bir itiraz olduğunda, denetleyici tarafından başlatılan işleme, artık bu verileri kapsayamaz.

**77.** 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altındaki talepler veri öznesi tarafından doğrudan denetleyiciye yöneltilir ve denetleyici ondan sonra taleplerin esaslarını gereken şekilde incelemeli, durum gerektiriyorsa, söz konusu verinin işlenmesini sonlandırmalıdır. Denetleyici talebi kabul etmezse, gerekli kontrolleri yerine getirmesi ve denetleyicinin belirli önlemleri gereğince almasını emretmesi için veri öznesi konuyu, denetleme makamının veya yargı makamının önüne getirebilir.

**78.** Bu bağlantıda, 95/46 sayılı Direktif'in 28 (3) ve (4) Maddesi altında her bir denetim makamının, kişisel verilerin işlenmesine dair hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin herhangi bir kişi tarafından ileri sürülen iddiaları dinlemesi gerektiğinin ve makamın özellikle verinin engellenmesini, silinmesini veya yok edilmesini veya bu tür bir işlemeye geçici veya kesin yasaklama koyulmasına yönelik talimat verebilmesini olanaklı kılacak soruşturma yetkileri ile etkili müdahale yetkilerinin olması gerektiğinin açık olduğu hatırlanmalıdır.

**79.** Bu gözetilen hususların ışığında denetleme makamına veya yargı makamına esas davadaki gibi bir taleple başvuru yapıldığında veri öznelerinin haklarını düzenleyen 95/46 sayılı Direktif'in hükümlerini yorumlamak ve uygulamak gereklidir.

**80.** Başlangıçta belirtilmelidir ki, mevcut yargılamanın 36 ile 38. paragrafları arasında tespit edildiği üzere, bir arama motoru tarafından sürdürülen kişisel verinin esas davadaki gibi bir durumda işlenmesi, bir bireyin adını temel alarak bu arama motorundaki araçlarla arama yapıldığı zaman işleme, herhangi bir İnternet kullanıcılarına arama sonuçları listesi aracılığıyla bu bireyle ilgili olarak İnternette bulunabilen bilgilerin yapısal olarak genel bakışını elde etmesini - arama motoru olmaksızın bağlantısı kurulamayan veya kurulması büyük zorluk gerektiren, özel hayatıyla ilgili çok sayıda görün-

münü potansiyel olarak ilgilendiren bilgiler - ve böylece kişinin daha fazla veya daha az ayrıntılı bir profilinin oluşturulmasına olanak tanıdığı için, mahremiyete yönelik temel haklar ve kişisel verinin korunması önemli şekilde etkileyebilecek niteliktedir (bakınız, bu etkide, Müşterek Davalar C-509/09 and C-161/10 eDate Advertising and Others EU:C:2011:685, paragraf 45). Ayrıca, veri öznesinin bu haklarına müdahalenin etkisi, her yerden bulunabilen bu tür arama sonuçları içinde bulunan bilgileri sunan İnternet ve arama motorları tarafından modern toplumda oynanan önemli rolden dolayı artmaktadır.

**81.** Bu müdahalenin olası ciddiyeti ışığında, işlemenin böyle bir arama motoru işletmecisinin salt ekonomik menfaatiyle haklı gösterilemeyeceği açıktır. Lakin, arama sonuçları listesinden bağlantıların kaldırılması, söz konusu bilgiye dayalı olarak, madem ki bu bilgiye erişmekle ilgilenen potansiyel İnternet kullanıcılarının meşru menfaatleri üzerinde etkisi vardır, esas davadaki husus gibi durumlarda bu menfaat ile veri öznesinin Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddesi altındaki hakları arasında adil bir denge gözetilmelidir. Her ne kadar bu maddelerde korunan veri öznelerinin haklarının İnternet kullanıcılarının menfaatlerine ağır basabileceği gerçektir, denge, genel bir kural olarak, belirli durumlarda mevzubahis bilginin niteliğine ve veri öznesinin özel hayatıyla ilgili hassasiyetine ve kamunun bu bilgiye sahip olmasındaki menfaatine, ki bu menfaat özellikle veri öznesinin kamusal hayatta oynadığı role göre değişiklik gösterebilir, bağlıdır.

**82.** Esas davadaki gibi bir başvuru talebi yapıldığı zaman yapılması gereken 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin uygulanmasının koşullarının değerlendirilmesinden sonra denetleyici makam veya adli makam, arama motoru işletmecisine bir kişinin adı temel alınarak yapılan bir aramada görüntülenen arama sonuçları listesinden üçüncü taraflarca yayınlanan ve bu kişi ile ilgili kişisel bilgi içeren İnternet sitelerine bağlantıları kaldırmasını, yayıncının kendi takdiriyle veya bu makamların bir emrini müteakip bu ad ve bilginin öncesinde veya aynı anda yayınlandıkları İnternet sitelerinden kaldırılmasını koşul olarak gerektirmeksizin, emredebilir.



**83.** Mevcut yargılamanın 35 ile 38. paragrafları arasında ortaya koyulduğu üzere, arama motorunun faaliyetleri bağlamında kişisel verilerin işlenmesi, İnternet sayfalarının yayıncıları tarafından yürütölen işlemeden ayırt edilebilir ve bunun dışında ayrı bir işleme niteliğinde olduğu takdirde, arama motoru işletmecisi işleminin denetleyicisi sıfatıyla, Direktif tarafından belirlenen güvencelerin tam etkili olabilmesi için sorumlulukları, yetkileri ve imkanları çerçevesinde işleminin 95/46 sayılı Direktif'in gerekliliklerini getirdiğini temin etmelidir.

**84.** Bir İnternet sitesinde yayınlanan bilginin başka sitelerde çok kolay şekilde kopyalanmasının kolaylığı ve yayından sorumlu olan kişilerin her zaman Avrupa Birliği yasalarına tabii olmaması gerçeği karşısında, eğer ki sonrakinin öncelikle veya paralel şekilde İnternet sitelerinin yayıncılarından kendisiyle ilgili bilginin silinmesini talep etmesi zorunlu kılırsa, veri kullanıcılarının etkili ve tam koruması sağlanamaz.

**85.** Ayrıca, bir bireyle ilgili bilginin yayınından oluşın İnternet sayfası yayıncısı tarafından yapılan işleme, bazı durumlarda, 'sadece gazetecilik amaçlarıyla' gerçekleştirilebilir ve böylece, 95/46 sayılı Direktif'in 9. Maddesinin sonucu olarak, Direktif'te belirtilen yükümlölüklerin istisnasından yararlanırken, böyle bir istisnanın bir arama motoru işletmecisi tarafından sürdürölen işleme için söz konusu olduğu görünmemektedir. Bundan dolayı, belirli durumlarda veri öznesinin 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinde atıf yapılan hakları, bu işletmeciye karşı kullanımına yetkili olduğu fakat İnternet sitesi yayıncısına karşı olmadığı çıkarımı yapılamaz.

**86.** Son olarak, belirtilmelidir ki, sadece 95/46 sayılı Direktif'in 7. Maddesi altında yer alan ve arama motorunun faaliyetine de çatışmadan uygulanabilen bir İnternet sitesinde kişisel verinin bir parçasının yayınlanmasını meşru kılan bu temel değil, ayrıca ve hatta konu bu olduğu durumlarda, 95/46 sayılı Direktif'in 7(f) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi kapsamında yapılacak tartışma konusu olan menfaatlerin ölçümünün sonucu, söz konusu arama motoru işletmecisi tarafından veya İnternet sayfasının yayıncısı tarafından sürdürölen işleminin, örneğin, ilk olarak, işlemeyi haklı kılan meşru menfaatin farklı olup olmamasına ve ikinci olarak, veri öznesi için

işlemenin neticeleri, özellikle de özel hayatı için, mutlaka aynı olup olmamasına göre değişiklik gösterecektir.

**87.** Esasında, bir İnternet sayfasının bir kişinin adını esas alarak yapılan bir arama sonucu gösterilen ve o İnternet sayfasında bu kişiyle ilgili bulunan bilginin sonuçlar listesine dahil edilmesi, bu bilgiyi fark edilebilir şekilde ilgili kişiyle ilgili arama yapan herhangi bir İnternet kullanıcısı için daha kolay erişilebilir kıldığı ve bu bilginin yayılmasında belirleyici rol oynadığı için, İnternet sitesinde yayınlanmasından daha fazla veri öznesinin temel mahremiyet hakkına önemli bir müdahale oluşturması muhtemeldir.

**88.** Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında, Soru 2(c) ve (d)'nin yanıtı, 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b) ile 14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümler altında belirtilen haklara uyum sağlayabilmek için ve bu hükümlerde belirtilen koşullar sağlandığı sürece, bir arama motoru işletmecisinin bir kişinin adını esas alarak yapılan bir arama sonrasında gösterilen sonuçlar listesinden, üçüncü taraflarca yayınlanan ve bu kişiyle ilgili bilgi içeren İnternet sayfalarına yapılan bağlantıları, ayrıca bu isim veya bilginin önceden veya eş zamanlı olarak bu İnternet sayfalarından silinmediği durumlarda ve hatta, öyle bir durum olabilir ki, bu sayfalarda yayının kendisinin hukuki olduğu durumlarda, kaldırmakla yükümlü olduğu manasına geldiği şeklinde yorumlanacaktır.

### **Veri öznelerinin 95/46 sayılı Direktif'te teminat altına alınan haklarının kapsamını ilgilendiren, Soru 3**

**89.** Soru 3'te, başvuru mahkeme, temel olarak, 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin veri öznesinin bir arama motoru işletmecisinden adını temel olarak yapılan bir arama sonucu görüntülenen arama sonuçları listesinden üçüncü taraflarca hukuka uygun şekilde yayınlanmış ve kendisiyle ilgili gerçek bilgiler içeren İnternet sayfalarına yapılan bağlantıları, bu bilginin kendisine zarar verebilecek nitelikte olduğu veya veri öznesinin belirli bir zamandan sonra unutulmasını arzu ettiği gerekçeleriyle kaldırmasını talep etmeye olanak verdiği manasına geldiği şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağını sorumaktadır.

**90.** Google İspanya, Google Inc, Yunan, Avusturya ve Polonya Hükümetleri ile Komisyon bu sorunun olumsuz yanıtlanması gerektiğini değerlendirmektedir. Google İspanya, Google Inc, Polonya Hükümeti ile Komisyon bu bağlamda, 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin veri öznelerine sadece söz konusu işleme Direktif ile bağdaşmayan nitelikteyse veya kendi özel durumlarıyla ilgili yasal gerekçeler gerektiriyorsa hak tanıdığını; sadece işlemenin kendileriyle ilgili zarar verebilecek nitelikte olduğu veya işlenen verinin unutulmasını arzu ettiği için bu hakkı tanımadığını iddia etmektedir. Yunan ve Avusturya Hükümetleri, veri öznesinin ilgili İnternet sitesinin yayıncısına başvurması gerektiğini ileri sürmektedir.

**91.** Bay Costeja Gonzalez ve İspanyol ve İtalya Hükümetlerine göre ise, veri öznesi bir arama motoru tarafından kendisiyle ilgili kişisel verilerin indekslemesine, bu verilerin arama motoru aracılığıyla yayılmasının kendisine zarar vermesi durumunda ve bu verilerin korunması ve mahremiyetlerine yönelik temel hakları - 'unutulma hakkını' kapsayan - arama motoru işletmecisinin meşru menfaatlerine ve bilgi özgürlüğüyle ilgili genel menfaate karşı ağır basarsa itiraz edilebilir.

**92.** Uygulanması kişisel verilerin işlenmesinin Direktif'le bağdaşmaması koşuluna bağlı olan 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) Maddesiyle ilgili olarak, hatırlanmalıdır ki, mevcut yargılamanın 72. paragrafında belirtildiği üzere, bu tür bir uyumsuzluk sadece bu verinin hatalı olması durumunda değil, fakat, özellikle, verilerin eksik, ilgisiz veya işlemenin amacıyla aşırı olmasından, güncel tutulmalarından veya tarihi, istatistiksel veya bilimsel amaçlarla tutulmaları zorunlu olmadığı sürece gereğinden daha fazla uzun süre ile tutulmalarından da kaynaklanabilir.

**93.** 95/46 sayılı Direktif'in Madde 6(1)(c) ile (e) arasında belirtilen gerekliliklerden, başlangıçta hukuka uygun olarak işlenen doğru bir veri, zaman içerisinde, toplandıkları veya işlendikleri amaçlar ışığında bu veriler artık gerekli değilse Direktif ile uyumsuz hale gelebilir sonucu çıkmaktadır. Özellikle veriler eksik, ilgisiz veya artık ilgili olmaması veya bu amaçlarıyla bağlantılı olarak aşırı olması ve geçen zamanın ışığında bu böyledir.

**94.** Bu sebeple, veri öznesince 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b) maddesi uyarınca yapılacak bir talebi müteakiben, adını temel alarak yapılan bir arama sonrası gösterilen ve hukuka uygun şekilde üçüncü taraflarca yayınlanan ve kendisiyle ilgili gerçek bilgi içeren İnternet sayfalarına bağlantılarının arama sonuçları listesine dahil edilme, zamanın bu noktasında, Direktif'in 6(1)(c) Maddesiyle bu görüntülenen bilgi, olayın tüm ilgili durumları dikkate alındığında, eksik, ilgisiz veya arama motoru işletmecisi tarafından yürütülen işlemin amacı ile aşırı olduğu için uyumsuz ise, sonuçlar listesinde bulunan bilgi ve bağlantılar silinmelidir.

**95.** 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b)'deki gereksinimleri sağlayan talepler Direktif'in 7(f) Maddesinde belirtilen koşullarla uyumsuzluk iddialarına dayandığına yönelik talepler ve Direktif'in 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altındaki talepler ilgili olduğu sürece, her bir durumda kişisel verinin işlenmesine 7. Madde altında işlemin sürdürüleceği tüm dönem için izin verileceğinin altı çizilmelidir.

**96.** Yukarıda belirtilenlerin ışığında, esas davadaki gibi mevzubahis olan işlemeye itiraz etmek için yapılan bu talepler değerlendirildiği zaman, veri öznesinin kendisini ilgilendiren bilginin, zamanın bu noktasında, adını temel alan bir arama yapılması sonrasında gösterilen sonuçlar listesiyle adıyla artık bağlantılanmamasını gerektiğine yönelik bir hakkının olup olmadığı özellikle incelenmelidir. Bu bağlantıda, bu tür bir hakkı tespit edebilmek için mevzubahis bilginin sonuçlar listesine dahil edilmesinin veri öznesine zarar vermesinin gerekli olmadığı vurgulanmalıdır.

**97.** Veri öznesi, Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddeleri altındaki temel hakları ışığında, söz konusu bilginin sonuçlar listesinde dahil edilmek suretiyle artık genel kamuya sunulmamasını talep edebileceği için, özellikle mevcut yargılamanın 81. paragrafından da çıkan sonuç gereğince, genel kural olarak, bu hakların sadece arama motoru işletmecisinin ekonomik menfaatine değil, fakat ayrıca genel kamunun bu bilgiyi veri öznesinin adıyla ilgili yapacağı arama sonucu bulmasındaki menfaatten de ağır bastığı kabul edilmelidir. Ancak, veri öznesinin sosyal hayatta oynadığı rol gibi özel gerekçelerle, temel haklarına müdahale genel kamunun sonuçlar listesine dahil

olmasından dolayı söz konusu bilgiye erişmeye yönelik ağır basan menfaatiyle meşru kılınıyorsa, bu durum söz konusu olmayacaktır.

**98.** Esas davadaki, İnternet kullanıcılarının Google Arama'yı kullanarak veri öznesinin adını temel alıp bir arama yaparak elde ettiği sonuçlar listesinde veri öznesinin adını ve sosyal güvenlik borçları için yapılan haciz işlemiyle bağlantılı olarak yapılan gayrimenkul açık artırmasıyla ilgili duyuruları barındıran bir günlük gazetenin çevrimiçi arşivlerinin İnternet sayfalarına bağlantıların görüntülenmesini ilgilendiren gibi durumlarla ilgili olarak, bu duyurularda yer alan bilginin veri öznesinin özel hayatıyla ilgili hassasiyet ve ilk yayınının 16 yıl öncesinde yapıldığı gerçeği göz önüne alınarak, veri öznesinin bu bilginin artık bu listeler aracılığıyla adıyla bağlantı kurulmaması için bir hakkının oluştuğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, söz konusu durumda, bu tür bir arama bağlamında kamunun bilgiye erişmesinde ağır basan bir menfaatini kanıtlayan özel nedenlerin varlığı görünmediği için, başvuru mahkemenin işi, yine de, veri öznesinin 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi uyarınca sonuçlar listesinden bu bağlantıların kaldırılmasını talep edebileceğini tespit etmektedir.

**99.** Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında, Soru 3'ün yanıtı 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümlerin uygulanma koşulları değerlendirildiği zaman, veri öznesinin kendisini ilgilendiren bilginin, zamanın bu noktasında, adını temel alan bir arama yapılması sonrasında gösterilen sonuçlar listesiyle adıyla artık bağlantılanmamasını gerektiğine yönelik bir hakkının olup olmadığı, bu tür bir hakkı tespit edebilmek için mevzubahis bilginin sonuçlar listesine dahil edilmesinin veri öznesine zarar vermesi gerekli olmaksızın, ayrıca incelenmesi gerektiği manasına geldiği şeklinde yorumlanacağıdır. Veri öznesi, Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddeleri altındaki temel hakları ışığında, söz konusu bilginin sonuçlar listesinde dahil edilmek suretiyle artık genel kamuya sunulmamasını talep edebileceği için, genel kural olarak, bu hakların sadece arama motoru işletmecisinin ekonomik menfaatine değil, fakat ayrıca genel kamunun bu bilgiyi veri öznesinin adıyla ilgili yapacağı arama sonucu bulmasındaki menfaatten de ağır basmaktadır. Ancak, veri öznesinin sosyal hayatta oynadığı rol gibi özel gerekçelerle, temel haklarına müdahale genel kamunun sonuçlar liste-

sine dahil olmaktan dolayı söz konusu bilgiye erişmeye yönelik ağır basan menfaatıyla meşru kılınıyorsa, bu durum söz konusu olmayacaktır.

### **Masraflar**

**100.** Buradaki adli muameleler, esas davanın tarafları için başvuru mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan; masraflar hakkındaki karar, başvuru mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan masraflar, bu tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

### **Bu gerekçelerle, Divan (Büyük Daire) şu şekilde karar vermektedir:**

**1.** Kişisel Verilerin İşlenmesi ve bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi'nin Madde 2(b) ve 2(d) hükümlerinin, öncelikle, İnternette üçüncü taraflarca yayınlanmış veya bulundurulmuş bilgiyi konumlandırma, otomatik olarak indeksleme, geçici olarak saklama ve son olarak belirli bir tercih sırasına göre İnternet kullanıcılarına sunulmasından oluşan arama motoru faaliyeti bu tür bilgi kişisel veri içerdiği durumda, Madde 2(b) anlamında 'kişisel verinin işlenmesi' olarak nitelendirilmelidir; ve ikinci olarak, arama motoru işletmecisi bu işlemeye ilişkin olarak Madde 2(d) anlamında 'denetleyici' olarak kabul edilmelidir, manasına geldiği şekilde yorumlanmalıdır.

**2.** 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesinin, arama motoru işletmecisi bir Üye Devlette arama motoru üzerinde reklam alanı sağlama ve satma amacıyla, bu Devlette yerleşik insanlara yönelik faaliyetlerini amaçlar bir şube veya bağlı şirket kurduğu zaman, denetleyicinin bir işletmesi tarafından bir Üye Devletin ülkesi üzerinde bu madde anlamında yürütülen faaliyetler bağlamında, kişisel verinin işlenmesinin gerçekleştiği anlamına geldiği şekilde yorumlanmalıdır.

**3.** 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b) ile 14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümler altında belirtilen haklara uyum sağlayabilmek için ve bu hükümlerde belirtilen koşullar sağlandığı sürece, bir arama motoru işletmecisinin bir kişinin adını esas alarak yapılan bir arama sonrasında göste-

rilen sonuçlar listesinden, üçüncü taraflarca yayınlanan ve bu kişiyle ilgili bilgi içeren İnternet sayfalarına yapılan bağlantıları, ayrıca bu ad veya bilginin önceden veya eş zamanlı olarak bu İnternet sayfalarından silinmediği durumlarda ve hatta, öyle bir durum olabilir ki, bu sayfalarda yayının kendisinin hukuki olduğu durumlarda, kaldırmakla yükümlü olduğu manasına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır.

4. 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümlerin uygulanma koşulları değerlendirildiği zaman, veri öznesinin kendisini ilgilendiren bilginin, zamanın bu noktasında, adını temel alan bir arama yapılması sonrasında gösterilen sonuçlar listesiyle adıyla artık bağlantılanmamasını gerektiğine yönelik bir hakkının olup olmadığı, bu tür bir hakkı tespit edebilmek için mevzubahis bilginin sonuçlar listesine dahil edilmesinin veri öznesine zarar vermesi gerekli olmaksızın, ayrıca incelenmesi gerektiği manasına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır. Veri öznesi, Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddeleri altındaki temel hakları ışığında, söz konusu bilginin sonuçlar listesinde dahil edilmek suretiyle artık genel kamuya sunulmamasını talep edebileceği için, genel kural olarak, bu hakların sadece arama motoru işletmecisinin ekonomik menfaatine değil, fakat ayrıca genel kamunun bu bilgiyi veri öznesinin adıyla ilgili yapacağı arama sonucu bulmasındaki menfaatten de ağır basmaktadır. Ancak, veri öznesinin sosyal hayatta oynadığı rol gibi özel gerekçelerle, temel haklarına müdahale genel kamunun sonuçlar listesine dahil olmaktan dolayı söz konusu bilgiye erişmeye yönelik ağır basan menfaatiyle meşru kılınıyorsa, bu durum söz konusu olmayacaktır.

[İmzalar]





## İNSAN HAKLARI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASI SÖZLEŞMESİ'NE EK 16 NO.LU PROTOKOL'ÜN AÇIKLAYICI RAPORU <sup>1</sup>

Çeviren: Dr. Ahmet ULUTAŞ <sup>2</sup>

### GİRİŞ

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Mahkeme) istişari görüş beyan etme konusundaki yargı yetkisinin genişletilmesine yönelik öneri, Avrupa Devlet ve Hükümet Başkanları Konseyi'nin Üçüncü Zirvesi'nde (Varşova, 16-17 Mayıs 2005) kabul edilen Eylem Planı kapsamında "AİHM denetim mekanizmasının uzun vadedeki etkililiğini değerlendirmek" amacıyla kurulan Akil Adamlar Grubu'nun Bakanlar Komitesi'ne sunduğu raporda yer almıştır. Akil Adamlar Grubu, "mahkemeler arasındaki diyalogun güçlendirilmesi ve Mahkeme'nin 'anayasal' rolünün genişletilmesi için ulusal mahkemelerin Sözleşme'nin ve Ek Protokollerin yorumlanması ile ilgili yasal sorular hakkında istişari görüş alabilmek için Mahkeme'ye başvurabilecekleri bir sistem oluşturulmasının faydalı olacağını belirtmiştir. Yalnızca Anayasa Mahkemeleri veya son derece mahkemeleri tarafından sunulabilen görüş talepleri her

<sup>1</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 4/11/1950'de imzaya açılmış, 10 onay koşulunun yerine getirilmesini müteakip 3/9/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Açıklayıcı Raporu'nun çevirisi yapılan AİHS'ye Ek 16 No.lu Protokol ise 2/10/2013 tarihinde imzaya açılmış ve hâlihazırda 16 ülke tarafından imzalanmasına karşın henüz hiçbir ülke tarafından onaylanmamıştır. Dolayısıyla, yürürlüğe girme koşulu olan 10 onay koşulunun yerine getirilmemesi nedeniyle henüz yürürlüğe girmemiştir. Türkiye tarafından 20/12/2013 tarihinde imzalanan söz konusu Protokol henüz ülkemizde onaylanmamış ve bu nedenle de Protokole taraf olma süreci tamamlanmamıştır. AİHM reform sürecinin devamı niteliğini taşıyan ve bu bağlamda büyük önemi olan söz konusu Protokol ile esas itibarıyla taraf devletlerin yetkilendirilmiş iç hukuk mahkemelerine Sözleşme'de veya eki Protokollerinde tanımlı hak ve özgürlüklerin yorumlanması ya da uygulanmasına yönelik ilkelere kaynaklanan sorunlara ilişkin istişari görüş sorma ve AİHM'ye de sorulan ve kabuledilebilir bulunan hususlarda istişari görüş verme yetkisi ihdas edilmektedir. Söz konusu Protokolün Açıklayıcı Raporu ise görece soyut nitelik taşıyan Protokol hükümlerinin doğru anlaşılıp uygulanmasında uygulayıcılara rehberlik edecek ve ışık tutacak ayrıntılı açıklamalara yer vermesi bakımından önem taşımaktadır. Bkz.<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=214&CM=8&DF=10/12/2014&CL=ENG>; Erişim: 10/12/2014.

<sup>2</sup> Dr., Hâkim, Adalet Müşaviri, Birleşmiş Milletler Cenevre Ofisi Nezdindeki Türkiye Cumhuriyeti Daimi Temsilciliği

zaman tercihe bağlı olduğu gibi, Mahkeme tarafından beyan edilen görüşler de bağlayıcı değildir." Bu türden yeni bir yetki, şu anda ilke olarak hükümleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 47-49.maddelerine yansıtılan Sözleşme'ye Ek 2 No.lu Protokol kapsamında Mahkeme'ye tanınmış olan yetkilere ek niteliğindedir. Akil Adamlar Grubu'nun önerisi, İnsan Hakları Yürütme Komitesi (CDDH) tarafından söz konusu grubun raporlarını takip etme görevinin bir parçası olarak incelenmiştir.

2. Mahkeme'nin geleceği ile ilgili İzmir Üst Düzey Konferansı (26-27 Nisan 2011) Nihai Bildirgesi'nde "Bakanlar Komitesi'ni yüksek ulusal mahkemelerin Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili olarak Sözleşme hükümlerinin ve Mahkeme'nin içtihadının daha net anlaşılmasını sağlayacak ve dolayısıyla Taraf Devletlerin gelecekteki ihlallerinin önüne geçilmesi için yol gösterecek şekilde Mahkeme'den istişari görüş talebinde bulunmalarına izin veren bir prosedür getirilmesinin uygunluğu üzerinde düşünmeye davet etmiştir." Delegation Komitesi, İzmir Konferansı'nı takiben aldığı kararlar doğrultusunda CDDH'yi bu tür bir prosedür sunmak amacıyla belirli önerileri, alternatifleriyle birlikte detaylı biçimde hazırlamaya davet etmiştir. CDDH'nin AİHS'de değişiklik yapılmasını gerektiren tedbirlere ilişkin Bakanlar Komitesi'ne sunduğu ve Birleşik Krallık Bakanlar Komitesi Başkanlığı tarafından düzenlenen Bakanlar Konferansı'nın sağladığı katkıyı da yansıtan Nihai Rapor, Hollanda ve Norveç'ten uzmanlar tarafından sunulan daha detaylı önerilerin derinlemesine bir incelemesini içermektedir.

3. İstişari görüş konusu, daha sonra yapılan ve Mahkeme'nin detaylı bir "Mahkeme'nin istişari yargı yetkisinin genişletilmesi önerisi ile ilgili Görüş Kâğıdı" sunarak katkı sağladığı Mahkeme'nin geleceği konulu Brighton Üst Düzey Konferansı (19-20 Nisan 2013) hazırlık sürecinde ele alınmıştır. Brighton Konferansı'nın nihai Bildirgesi, "Mahkeme ve ulusal makamlar arasındaki etkileşimin Mahkeme'nin Sözleşme kapsamında, görüşlerinin diğer Taraf Devletler için bağlayıcı olmayan karakterine hanel getirmeksizin ve yerel düzeyde belirli bir dava kapsamında Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin talepler üzerine istişari görüş beyan etme konusunda, Taraf Devletlerin ihtiyari olarak kabul edebilecekleri, daha ileri yetki verilmesiyle güçlendirilebileceğini dikkate alarak, Bakanlar Komitesi'ni 2013 yılı sonuna kadar

Sözleşme'ye Ek bir ihtiyari Protokol taslak metni hazırlamaya davet etmiştir ve Bakanlar Komitesi'ni de daha sonra bunu onaylayıp onaylamama doğrultusunda karar vermeye davet etmektedir”.

4. Brighton Konferansı'nı takiben, Bakanlar Komitesi'nin 122. Oturumu (23 Mayıs 2012) CDDH'ye gerekli taslak metni oluşturma talimatı vermiştir. Bu çalışma, sınırlı bir oluşuma sahip olan Taslak Hazırlama Grubu'nun düzenlenen iki toplantısı sırasında genel Uzmanlar Komitesi tarafından incelenmeden önce gerçekleştirilmiştir; daha sonra ise taslak, Bakanlar Komitesi'ne sunulmak üzere 77. toplantısında (22 Mart 2013) CDDH tarafından detaylı biçimde incelenmiş ve onaylanmıştır. Bu süreçte değinilen anahtar konular: Mahkeme'den istisari görüş isteyebilecek yerel makamın mahiyeti; Mahkeme'nin üzerinde istisari görüş beyan edebileceği soru tipleri; talepleri değerlendirmek, kabul edilen talepler üzerinde müzakere etmek ve istisari görüş beyan edilmesiyle ilgili usuller ve istisari görüşlerin müteakip davanın farklı kategorileri üzerindeki hukuki sonuçlarıdır. CDDH'nin bu konularla ilgili pozisyonu, aşağıda II. Kısım'da yer alan Protokol hükümleri hakkındaki yorumlar kısmında yansıtılmıştır.

5. Parlamenterler Meclisi, Bakanlar Komitesi'nin daveti üzerine 28 Haziran 2013 tarihinde taslak Protokolle ilgili Görüş No. 285'i (2013) kabul etmiştir.

6. Delegation Komitesi, 1176. toplantısında söz konusu taslağı Sözleşme'ye Ek 16 No'lu Protokol (CETS No. 214) olarak benimsemeye karar vermiştir. Aynı zamanda, mevcut 16 No'lu Protokolün Açıklayıcı Raporu'nu da dikkate almıştır.

## **Protokol Hükümlerine İlişkin Yorumlar**

### **Madde 1**

7. Madde 1'in 1. paragrafı yeni prosedürün üç ana parametresine yer vermiştir. İlk olarak, ilgili mahkemelerin veya divanların Mahkeme'den istisari görüş bildirmesini talep "edebileceği" ifade edilerek böyle yapmasının isteğe bağlı olduğu ve herhangi bir zorunlulukları bulunmadığı açıkça belir-

tilmiştir. Bu, talepte bulunan mahkemenin veya divanın talebini geri çekebileceği şeklinde anlaşılmalıdır.

8. İkinci olarak, "Madde 10 uyarınca [Taraf Devlet] tarafından belirlenen Mahkeme'den istişari görüş talep edebilecek yerel makamları, "yüksek görevli mahkemeler veya divanlar" olarak tanımlamaktadır. Bu ifade tarzı, belirli bir seçim özgürlüğü imkânı sunarak muhtemel sorunların önlenmesini amaçlamaktadır. "yüksek mahkeme veya divan" ifadesi, ulusal adalet sisteminin zirvesinde yer alan mahkeme ve divanları kast etmektedir. "En yüksek" ifadesinin tersine "yüksek" ifadesinin kullanılması Anayasa Mahkemesi'nin veya Temyiz Mahkemesi'nin altında olmalarına rağmen, belirli bir dava kategorisinde "en yüksek" olmaları bakımından belirli bir konumda olan bu mahkemelerin ve divanların dâhil olma potansiyeline izin vermektedir. Bu, hangi yüksek mahkemelerin veya divanların istişari görüş talep edeceğini Taraf Devletin belirlemesi ihtiyacının yanı sıra ulusal adalet sistemlerinin özelliklerini karşılamak konusunda da gerekli esnekliği sağlamaktadır. Seçimin "yüksek" mahkeme veya divanlar ile sınırlanması, bir "yüksek" mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1.paragrafı uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının yerine getirilmesi için başvurulması gereken mahkemelerden biri olmasa da iç hukuk yollarının tüketilmesi fikriyle tutarlıdır. Taleplerin yayılmasını önlemeli ve diyalogun gerçekleşebileceği uygun düzeyi yansıtmalıdır. Madde 10 uyarınca (aşağıdaki açıklamalara bkz.) bir Taraf Devletin herhangi bir zamanda istişari görüş talep edebilecek kendi yüksek mahkemeleri veya divanları ile ilgili bildirimini değiştirebileceği dikkate alınmalıdır. Bazı hallerde Taraf Devletin anayasal düzenlemeleri, belirli mahkemelerin veya divanların birden fazla bölgeye ait davalara bakmalarını öngörebilir. Bu durum, Sözleşme'nin geçerli olmadığı bölgeleri ve Taraf Devletin 56.madde uyarınca Sözleşme'nin uygulanma kapsamını genişlettiği bölgeleri kapsayabilir. Bu gibi hallerde bir Taraf Devlet, işbu Protokolün amaçları bakımından bir mahkeme veya divanı belirlerken, bu tür bölgelerden gelen davaların tamamı ya da bir kısmı için Protokol'ü kapsam dışında bıraktığını belirtebilir.

9. Üçüncü parametre bir yerel mahkemenin veya divanın, üzerinde Mahkeme'den istişari görüş talep edebileceği soruların niteliği ile ilgilidir.

Akil Adamlar Grubu tarafından kullanılmış ve Mahkeme tarafından, Mahkeme'nin Görüş Kâğıdı'nda onaylanmış olan "Sözleşme'de ya da ilgili Protokollerde tanımlanan hak ve özgürlüklerin yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin prensip sorunları" tanımı, Sözleşme'nin Büyük Daire'ye intikal etmeye ilişkin 43. maddesinin 2. paragrafından esinlenmiştir. Bu iki prosedür arasında, istişari görüşlerin bizatihi kendilerinin Büyük Dairece verilmesi olgusuyla sınırlı olmayan belirli paralellikler bulunduğu anlaşılmaktadır (bkz.madde 2, paragraf 2). Bununla birlikte, kriterler uygulanırken prosedürün bu Protokolden ve Sözleşme'nin 43. maddesinin 2. paragrafından kaynaklanan farklı amaçları da gözönüne alınmalıdır. Tanımın yorumlanması, bir istişari görüş talebini kabul edip etmeyeceği noktasında karar verirken, Mahkeme için önemli olacaktır (bkz. madde 2, paragraf 1).

10. 1. maddenin 2. paragrafı, bir istişari görüş talebinin talepte bulunan mahkeme veya divanın önünde bulunan derdest bir dava kapsamında yapılmasını gerektirmektedir. Prosedür, örneğin, söz konusu derdest davada uygulanmayacak olan soyut mevzuat denetimine izin vermeyi amaçlamamıştır.

11. 1. maddenin 3. paragrafı, talepte bulunan mahkeme veya divan tarafından karşılanması gereken belirli usulî gereklilikleri düzenlemektedir. Bu gereklilikler prosedürün amacını yansıtmaktadır ki bu amaç, anlaşmazlığı Mahkeme'ye nakletmek değil, daha ziyade talepte bulunan mahkemeye veya divana önlerinde bulunan davayla ilgili karar verirken Sözleşme konularına ilişkin rehberlik etmektir. Bu gereklilikler iki amaca hizmet etmektedir. İlk olarak, talepte bulunan mahkemenin veya divanın başvuru gerekçelerini açıklayabilmeleri için, Mahkeme'den istişari görüş talebinde bulunmalarının gerekliliği ve kullanımı konusunda düşünmüş olmaları gerektiğini ima etmektedir. İkinci olarak ise talepte bulunan mahkemenin veya divanın, Mahkeme'nin Sözleşme veya Eki Protokollerinin yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin ilke sorusuna/sorularına odaklanmasına imkân sağlayacak şekilde, ilgili yasal ve olgusal dayanağı ortaya koyması gerektiğini ima etmektedir.

12. İlgili yasal ve olgusal dayanağın takdiminde, talepte bulunan mahkeme veya divan aşağıdakileri sunmalıdır:

- Yerel davanın konusu ve yerel yargılama sırasında elde edilen olgulara ilişkin bulgular veya en azından ilgili olgusal konuların bir özeti;
- İlgili yerel kanuni hükümler;
- İlgili Sözleşme konuları; özellikle de söz konusu olan hak ve özgürlükler;
- Şayet ilgili ise, söz konusu yerel yargılamaya taraf olanların argümanlarının bir özeti;
- Eğer mümkün ve uygunsa, sorunla ilgili kendisinin yaptığı her tür analiz de dâhil olmak üzere konuya ilişkin kendi görüşlerini içeren bir ifade.

13. Mahkeme, hâlihazırda bireysel başvurularda yaptığı gibi, İngilizce veya Fransızca dışındaki dillerde yapılan talepleri de kabul edebilecektir. Bu nedenle, talepte bulunan mahkemeler veya divanlar Mahkeme'ye yerel yargılama usullerinde kullanılan ulusal resmi dille hitap edebileceklerdir.

## **Madde 2**

14. 2. maddenin 1.paragrafı, bir istişari görüş talebinin kabul edilip edilmemesiyle ilgili karar verme prosedürünü ortaya koymaktadır. Mahkeme, Mahkeme'nin (i)1. madde'nin 1. paragrafında tanımlanan sorulara ilişkin olarak ve (ii) talepte bulunan mahkemenin veya divanın 1.maddenin 2 ve 3. paragraflarında düzenlenen usulî gereklilikleri karşılama sayesinde gerekli kriterleri sağlayan bir talebi reddetmekten kaçınması beklenmekle beraber, bir talebi kabul veya reddetme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca Büyük Daire'ye sunulan taleplerde olduğu gibi, kabul kararı Büyük Daire'nin beş hâkimli bir paneli tarafından alınır.

15. Bununla beraber, madde 43 kapsamındaki prosedürden farklı olarak, panel, bir yerel mahkemenin veya divanın istişari görüş talebini reddetmesinin gerekçelerini bildirmelidir. Bu, yerel mahkemelere ve divanlara bir talepte bulunmayı değerlendirirken rehberlik edecek ve bu sayede uygun olmayan taleplerde bulunulmasını önlemeye yardımcı olacak olan "Sözleşmede veya ilgili Protokollerde tanımlanmış hak ve özgürlüklerin yorumlanması ya da uygulanmasına ilişkin prensip soruları" ile ne anlatılmak istendiği ile ilgili Mahkeme yorumunun açıklığa kavuşturulması da dâhil olmak üzere Mahke-

me ve ulusal yargı sistemleri arasındaki diyalogu güçlendirmeyi hedeflemektedir. Mahkeme, kendi mahkemeleri veya divanları tarafından yapılan herhangi bir talebin kabulüne ilişkin olarak ilgili Taraf Devleti bilgilendirmelidir.

16. 2. maddenin 2. paragrafında beş hâkimden oluşan panel tarafından talebin kabul edilmesinin ardından, istişari görüş beyanında bulunacak olanın Mahkeme'nin Büyük Dairesi olduğu (Sözleşme'nin 26. maddesinde tanımlandığı gibi-ayrıntılı bilgi için aşağıdaki 6. maddeye bakınız) belirtilmiştir. Mevcut prosedür ve Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca Büyük Daire'ye sunulma prosedürü arasındaki bilinen benzerliklerin yanı sıra istişari görüş talep edilebilecek soruların niteliği ve yalnızca yüksek yerel mahkeme veya divanlarının bu talepte bulunabileceği hususu gözönüne alındığında bu durum tutarlıdır.

17. İşbu Protokol kapsamındaki yargılamaya öncelik tanınmasına karar verilmesi, tüm diğer yargılamalarda olduğu gibi Mahkeme'ye aittir. Bununla beraber, Mahkeme'nin üzerinde istişari görüş beyan etmesinin uygun olacağı sorunun niteliği, bu tür yargılama usullerinin yüksek öncelikli olacağı fikrini vermektedir. Bu yüksek öncelik, Mahkeme'nin kendisi için olduğu kadar, prosedürün tüm aşamaları ve ilgili herkes için, yani talebi kesin ve tam olarak formüle etmesi gereken talepte bulunan mahkeme veya divan için; yazılı yorum sunmuş ya da duruşmalarda yer almış olanlar için de (aşağıdaki madde 3'e bakınız) geçerlidir. Mahkeme önündeki istişari görüş usullerindeki gereksiz gecikme, talepte bulunan mahkeme veya divanlarda derdest bulunan davada da gecikmeye yol açacaktır ve bu nedenle kaçınılması gerekmektedir (ayrıntılı bilgi için aşağıdaki 23. paragrafa bakınız).

18. 2.maddenin 3.paragrafına göre, panel ve Büyük Daire, talepte bulunan mahkeme veya divanın ait olduğu Taraf Devlet adına seçilmiş hâkimi de içermektedir. Sözleşme'nin 33 ve 34. maddeleri uyarınca önüne getirilen bir davada tam olarak toplanan Büyük Daire için de aynı durum geçerlidir (Sözleşme'nin 26. maddesinin 4. paragrafına bakınız). Ayrıca 3. paragraf, bu türden bir hâkimin bulunmadığı veya bu hâkimin hazır bulunamadığı hallerdeki prosedürü belirlemektedir. Bu prosedürün Sözleşme'nin 26. maddesinin 4. paragrafında belirlenen prosedürle benzerlik taşıması ve aynı listeyi esas alması amaçlanmıştır.

### **Madde 3**

19. Madde 3, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserine ve istişari görüş talebinde bulunan yerel mahkeme veya divanın ait olduğu Taraf Devlete Büyük Daire'ye yazılı yorum sunma ve taleple ilgili yargılama sırasında Büyük Daire nezdinde gerçekleştirilen duruşmalarda yer alma hakkı tanımaktadır. Bununla amaçlanan, Komiserin Protokol kapsamında, Sözleşme'nin 36.maddesi uyarınca Daire veya Büyük Daire önündeki yargılamalara üçüncü taraf olarak katıldığı gibi istişari görüş usulleri sürecine katılımında da eşit hakka sahip olmasıdır. Bu Protokol'de kullanılan ifade tarzının, Sözleşme'dekinden biraz daha farklı olsa da, aynı etkiyi yapması amaçlanmıştır. İstişari görüş usulleri çekişmeli yargı olmayacağı için, bir Taraf Devletin kendi yurttaşlarından biri tarafından başka bir Taraf Devlete karşı açılan davanın yargılama sürecine katılma zorunluluğu olmadığı gibi, hükümetin de, katılma hakkı saklı kalmakla birlikte, böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır (Sözleşme'nin üçüncü tarafın katılımıyla ilgili 36. maddesinin 1. paragrafına bakınız).

20. Mahkeme Başkanı, herhangi bir başka Taraf Devleti veya kişiyi, bunu yapmanın adaletin uygun yönetiminin yararına olduğu durumlarda, yazılı yorum sunmaya ya da bir duruşmaya katılmaya davet edebilir. Bu husus, Sözleşme'nin 36. maddesinin 2. paragrafı uyarınca üçüncü tarafın müdahalelerindeki durumu yansıtmaktadır. İstişari görüş talebiyle ilgili davanın taraflarının yargılamaya katılmaya davet edilmeleri beklenmektedir.

21. Kabul edilmiş bir istişari görüş talebiyle ilgili duruşma yapıp yapılmayacağına karar verme yetkisi Mahkeme'ye ait olacaktır.

### **Madde 4**

22. 4. maddenin 1. paragrafı, Mahkemece işbu Protokol kapsamında verilen istişari görüşlerle ilgili gerekçe belirtilmesini öngörür; 4. maddenin 2. paragrafı Büyük Daire hâkimlerinin ayrık görüş (muhalif veya mutabık) beyan etmelerine imkân sağlar.

23. 4. maddenin 3. paragrafı, Mahkeme'nin hem talepte bulunan mahkeme veya divana hem söz konusu mahkeme ya da divanın ait olduğu Taraf Devlete istişari görüş bildirmesini öngörmektedir. İstişari görüşün, madde 3



uyarınca yargılamada yer alan diğer taraflara da bildirilmesi beklenmektedir. Çoğu durumda, istişari görüşlerin Mahkeme'nin resmi dilleri olan İngilizce veya Fransızca dışında, bir Taraf Devletin resmi dilinde gerçekleştirilen yargılamalara ilişkin olarak kabul edilmek zorunda kalınacağına hatırd tutulması önemlidir. Mahkeme'nin yalnızca iki resmi dili olması gerçeğine saygı duyarken, istişari görüş dili konusunun hassasiyetinin altını çizmek de önemli görülmüştür. Birçok yasal sistemde, ertelenen yerel yargılamaya, yalnızca görüşün talepte bulunan mahkeme veya divanın diline çevrilmesinin ardından devam edilebileceği de gözönüne alınmalıdır. İstişari görüşün talepte bulunan mahkemenin veya divanın diline çevrilmesi için harcanacak sürenin ertelenen yerel yargılama sürecinin yeniden başlatılmasını geciktirmesi yönünde endişelerin olması halinde, Mahkeme'nin söz konusu çevirilerin vakitlice hazırlanmasına ilişkin olarak ulusal makamlarla işbirliği yapması mümkün olabilir.

24. 4. maddenin 4. paragrafı, işbu Protokol uyarınca bildirilen istişari görüşlerin yayımlanmasını öngörmektedir. Bu uygulamanın, Mahkeme tarafından, benzer konulardaki uygulamalarına uygun şekilde ve uygulanabilir gizlilik kurallarına azami saygı gösterilerek gerçekleştirilmesi beklenmektedir.

#### **Madde 5**

25. Madde 5, istişari görüşlerin bağlayıcı olmadığını ifade etmektedir. Bunlar, Mahkeme, yerel mahkemeler ve divanlar arasındaki hukuki diyalog bağlamında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, istişari görüşlerin yerel dava sürecindeki etkisine, talepte bulunan mahkeme karar verecektir.

26. Mahkeme'nin bir Taraf Devletin mahkemesi veya divanı önünde derdest olan bir davadan kaynaklanan bir soruyla ilgili istişari görüş beyan etmesi, bu davanın taraflarından birinin Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca bireysel başvuru hakkını kullanmasını engellemez; diğer bir deyişle, hala davayı Mahkemenin önüne getirebilirler. Bununla beraber, Mahkeme'nin istişari görüşünün etkin bir biçimde yerine getirildiği bir yargılamadan sonra bir başvuru yapıldığında, istişari görüşte ele alınan konulara ilişkin başvuru unsurlarının kabul edilemez bulunması veya kayıttan düşülmesi beklenmektedir.

27. İşbu Protokol kapsamındaki istişari görüşlerin, daha sonraki diğer başvurular üzerinde doğrudan bir etkisi olmayacaktır. Bununla beraber, Mahkemenin hüküm ve kararları ile birlikte, Mahkeme içtihadının bir kısmını oluştururlar. Sözleşme ve Eki Protokollerinin bu tür istişari görüşlerde yer alan yorumu, etkisi bakımından Mahkeme'nin hüküm ve kararlarında belirlediği yorumlayıcı unsurlarla benzerlik gösterebilir.

#### **Madde 6**

28. Madde 6, Protokolün kabulünün Sözleşme'ye Taraf Devletler için ihtiyari olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, metni aynı kalan Sözleşme'ye yeni hükümler ekleme etkisine sahip değildir. Protokol hükümleri, yalnızca Protokolü kabul etmeyi tercih eden Taraf Devletler açısından Sözleşme'ye ek maddeler olarak işlev görür. Bu durumda da uygulanması, Sözleşme'nin diğer ilgili tüm hükümleri tarafından belirlenir. Bu ifadeden, Sözleşme'nin 58. maddesi ile bağlantılı olarak, bir Taraf Devlete Sözleşme'nin feshini ihbar etmeden Protokolün feshini ihbar etme imkânı tanıdığı anlaşılmaktadır.

#### **Madde 7**

29. Madde 7, Bakanlar Komitesi tarafından onaylanan nihai hüküm modellerinden birisini esas almaktadır ve bir Sözleşmeye Taraf Devletin Protokol ile bağlı olmasına ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

#### **Madde 8**

30. Madde 8'in metni, Sözleşme'ye Ek 9 No.lu Protokolün 7. maddesinden alınmıştır ve Bakanlar Komitesi tarafından onaylanmış nihai hüküm modellerini esas almıştır. Protokolün yürürlüğe girmesi için, Protokolle bağlanmayı kabul ettiklerine dair iradeleri gerekli olan Taraf Devlet sayısı on olarak belirlenmiştir.

#### **Madde 9**

31. Madde 9, Sözleşme'nin 57. maddesine istisna olarak, Taraf Devletlerin işbu Protokole çekince koyamayacaklarını belirtir.

### **Madde 10**

32. Madde 10, Avrupa Konseyi anlaşmalarında kullanılan standart hükümü esas almıştır. Taraf Devletlerin bu Protokolden kaynaklanan esaslı konularla ilgili beyanlarda bulunmalarına, bulduklarında da hangi yüksek mahkeme veya divanlarının Mahkeme'den istişari görüş talebinde bulunabileceğini belirlemelerine, açık bir şekilde izin verilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca belirlenmiş mahkeme veya divan listesine ekleme ya da çıkarma yapılabilmesi amacıyla her zaman için ilave beyanlarda bulunulmasına da izin vermektedir. Bu tür beyanların tamamı, organizasyon içinde yapılan çok taraflı anlaşmaların bir depositeri olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben yapılır.

### **Madde 11**

33. Madde 11, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış olan anlaşmalarda yer alan alışılmış nihai hükümlerden birisidir. 11. maddenin d paragrafı, Protokolün 10. maddesinde yer alan ve bir Taraf Devletin hangi yüksek mahkemelerinin veya divanlarının Mahkeme'den istişari görüş talebinde bulunabileceğinin belirlenmesine yönelik prosedüre atıfta bulunmaktadır (yukarıdaki 32. paragrafa bakınız).



## SURİYE’DEKİ YABANCI SAVAŞÇILAR ÜZERİNE: SİYASİ AÇMAZLAR & HUKUKİ YANSIMALAR

ICCT Analiz Çalışması \*

Çevirenler: Süleyman ÖZAR \*\* – Dr. Hakan A. YAVUZ \*\*\*

### 1. Yabancı Savaşçılar Olgusu<sup>1</sup>

Aslında, Avrupa için yabancı savaşçılar meselesi yeni bir konu olarak değerlendirilmemelidir. Çeşitli sebeplerle ve farklı ideolojik gerekçelerle ülke dışındaki çatışma ve şiddet ortamına katılımlara dair pek çok toplu ya da bireysel örnek gösterilebilir. Mesela İspanya'daki iç savaş sırasında orada oluşan çok uluslu askeri birliklere İspanya dışından katılan binlerce anarşist, komünist ve sosyalisti hatırlayabiliriz. Yine yakın tarihte Avrupa'nın çeşitli ülkelerinden yüzlerce müslümanın Bosna'daki çatışmalara katıldığını ya da

---

\* Telif hakkı ICCT (Uluslararası Terörle Mücadele Merkezi-Lahey) kurumuna ait olan, Aralık 2013 tarihli bu çalışma, Prof. Edwin Bakker, Dr. Christophe Paulussen ve Eva Entenmann isimli akademisyenlerce İngilizce olarak hazırlanmış ve “<http://www.icct.nl/download/file/ICCT-Bakker-Paulussen-Entenmann-Dealing-With-European-Foreign-Fighters-in-Syria.pdf>” web adresinde yayınlanmıştır. Öncelikle “yabancı savaşçılar” kavramının sonraki süreçte “yabancı terörist savaşçılar” konseptine evrilerek, uluslararası metinlerde bu şekilde yer aldığını belirtmeliyiz. Bu çalışma, konunun Avrupa kamuoyu için iyice yakıcı bir hal almaya başladığı sıralarda genel resmi ortaya koyması açısından çok önemlidir. Özellikle genel hukuki ve sosyolojik çerçeveyi önemseydiğimizden, metnin 6 numaralı alt başlığını oluşturan ülke pratikleri çevrimizin dışında bırakılmıştır. Bu arada orijinal metinde geçen cihad, cihatçı, mücahid, islamizm, İslam Devleti gibi kavramlara yazarların muradına uygun biçimde, yani onların verdiği anlamdan (bkz. 2 numaralı dip not) ayrılmadan yer verilmiştir. Bu bağlama dayanarak ve metnin kontekstine binaen daha doğru olacağı düşüncesiyle DAESH yerine de İŞİD isimlendirmesi tercih edilmiştir. (çevirenin notu)

\*\* Hâkim, Malta Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü Baş Danışmanı, petersburg49@hotmail.com

\*\*\* Hâkim, Lahey Adalet Müşaviri, hayavuz@gmail.com

<sup>1</sup> Bu çalışmanın hazırlanmasında emeği geçen Fenna van Kempen’e (T.M.C.Asser Enstitüsü-Lahey) teşekkür ediyoruz.

Afganistan, Irak gibi İslam ülkelerinde savaştıklarını da bu cümleden olarak ifade edebiliriz.

Suriye özelinde ise, yabancı savaşçılar olgusu 2011 yılındaki sivil protestoların yerini tam bir iç savaşa bırakmasıyla ortaya çıkmıştır. Halen süren bu çatışmalar, ilk zamanlardan itibaren dünyanın çeşitli bölgelerinden savaşçıları Suriye'ye çekmiştir. Bu savaşçılar, Özgür Suriye Ordusu'na, Şii gruplara, Hizbullah militanlarına ve özellikle El-Nusra Cephesi ve IŞİD gibi çeşitli cihad gruplarına katılan yabancılardan oluşmaktadır. Uluslararası Terörle Mücadele Merkezi'nin bu araştırması daha çok El Nusra ve IŞİD bünyesindeki Avrupalıları ele almayı hedeflemektedir. Cihatçı yabancı savaşçılar veya mücahitler olarak adlandırılan bu gruplar, orada bulunuşunu Suriye'deki Esed rejimine ve onun Şii müttefiklerine karşı "kılıçla yapılması gerekli islami bir savaş" vazifesi olarak izah ederek, cihadist bir politik ajandayla yerel ya da yabancı gruplara iltihak eden kimselerden oluşmaktadır<sup>2</sup>.

Suriye'de yabancı uyruklu cihatçılar 2011 sonlarından itibaren belirgin şekilde görülmeye başlamıştır. "Yakındoğu Politikaları Washington Enstitüsü" raporuna göre 2012'nin ilk altı ayında 700 ila 1400 savaşçı Suriye'ye giriş yapmıştır<sup>3</sup>. Bunların tüm savaşçılar arasında yüzde 4 ila 7 gibi bir oranda yer kapladığı ifade eden bu rapor; Bosna, Çeçenistan, Afganistan ve Irak gibi yüzde birden yüzde 15'e kadar bir oranla görüldükleri diğer cihad bölgeleriyle de karşılaştırılabilecek düzeyde olduklarını belirtmektedir. Fakat Ağustos 2013 itibariyle (New York Times'ın haberine göre)<sup>4</sup> sayıları 6000'i geçmiş

---

<sup>2</sup> Çalışmamızda "cihad" derken çoğunlukla şiddet ve teröre bulaşan eylemcilerin eylemine gönderme yapmış olacağız. Cihadı silahlı mücadele ve savaş olarak gören bir kişiyi de mücahid, cihadi ya da cihatçı terörist olarak isimlendireceğiz ki bu sonuncusu ilgili kişinin hangi tip eyleme giriştiğine bağlı olarak kullanılacaktır. Bütün bu eylemler, taraftarlarınca İslamın nihai hedefi olarak ileri sürülmektedir. Bu hedef, pan-islamizm ve halifelikğin yeniden ihyası gibi düşünceleri de içermektedir. Bkz. E. Bakker, "Characteristics of Jihadi Terrorists in Europe (2001-2009)", in Rik Coolsaet, ed. Jihadi Terrorism and the Radicalisation Challenge: European and American Experiences (Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2011), p. 2

<sup>3</sup> A. Y. Zelin, "Foreign Fighters Trickle into the Syrian Rebellion", The Washington Institute for Near East Policy, 11 June 2012, <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/foreign-fighters-trickle-into-the-syrian-rebellion>.

<sup>4</sup> A. Barnard and E. Schmitt, "As Foreign Fighters Flood Syria, Fears of a New Extremist Haven", New York Times, 8 August 2013, <http://www.nytimes.com/>

bulunmaktadır<sup>5</sup>. Dolayısıyla sadece iki yıldan az bir süre içinde Suriye hem toplanmak, hem de savaş talimi almak bakımından radikal islamcılarının bir numaralı varış noktası olmuş görünmektedir<sup>6</sup>.

Her ne kadar Suriye'ye gelen yabancı savaşçıların çoğu komşu ülkelerden ve Kuzey Afrika'dan olsa da<sup>7</sup>, bu savaş Avrupa Birliği ülkelerinde yaşayan kişilerin bir kısmını da Suriye'ye çekmiştir.

Nisan 2013'te Uluslararası Radikalizasyon Araştırma Merkezi, Batı ve Arap medyasında 450'den fazla cihad çağrısı yapan kaynak yahut ilan tespit etmiştir. Bu analize göre 2011'in ilk aylarından itibaren 140 ila 600 Avrupalı savaşmak için Suriye'ye girerken<sup>8</sup>, bu miktarın 2013 kişi itibariyle 1100-1700 arasında olduğu tahmin edilmektedir<sup>9</sup>. Bu savaşçıların çoğu Belçika, Hollanda, Almanya ve İngiltere gibi Batı Avrupa ülkelerinden olup, buna ilaveten 300-400 kadar da Rusya'nın Çeçenistan'ı da içeren Kuzey Kafkasya bölgesinden giden olduğu ileri sürülmektedir<sup>10</sup>.

Avrupa'dan gelen savaşçıların büyük çoğunluğu Suriye merkezli lokal gruplara veya diğer uluslararası cihad gruplarına katılmaktadır. Bunlar arasında en önemlisi Şabat el-Nusra ya da Nusra Cephesini de içeren ve Esed rejimini yıkarak Suriye'de bir İslam Devleti kurmayı amaçlayan cihadist grup-

---

2013/08/09/world/middleeast/as-foreign-fighters-flood-syria-fears-of-a-new-extremist-haven.html?\_r=0.

<sup>5</sup> Uluslararası platformlarda dile getirilen güncel miktar 15 bin civarındadır. (ç.n.)

<sup>6</sup> T. Atlas, "Foreign Fighters Flocking to Syria Stirs Terror Concerns", Bloomberg, 20 July 2013, <http://www.bloomberg.com/news/2013-07-19/u-s-stakes-in-syria-grow-as-radicals-rally-to-the-fight.html>.

<sup>7</sup> A. Y. Zelin, "Foreign Fighters Trickle into the Syrian Rebellion" (2012).

<sup>8</sup> A. Y. Zelin, "European Foreign Fighters in Syria", ICSR Insight, 2 April 2013, <http://icsr.info/2013/04/icsr-insight-european-foreign-fightersin-syria-2/>.

<sup>9</sup> Bu konuda bkz. T. Hegghammer, "Number of Foreign Fighters from Europe in Syria is historically unprecedented. Who Should be Worried?", The Washington Post – The Monkey Cage, 27 November 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2013/11/27/numberof-foreign-fighters-from-europe-in-syria-is-historically-unprecedented-who-should-be-worried/>.

<sup>10</sup> "Hundreds of Russians Fighting as Mercenaries in Syria – FSB", Ria Novosti, 20 September 2013, <http://en.ria.ru/world/20130920/183614084/Hundreds-of-Russians-Fighting-as-Mercenaries-in-Syria--FSB.htm>.

tur. Bu oluşum, Suriye'de rejime karşı savaşan en etkili grup olarak tanımlanmaktadır<sup>11</sup>. Çekirdek ekibini ise daha önce Irak El-Kaidesi olarak bilinen, El Kaide yanlısı Irak İslam Devleti adına savaşan eski cihadistler oluşturmaktadır<sup>12</sup>. El Nusra'nın en az yüzde yirmisini yabancı savaşçıların oluşturduğu düşünülmektedir<sup>13</sup>. Ceys-ul Muhacirin vel-Ensar ise yabancı savaşçıların etkin olduğu diğer bir gruptur<sup>14</sup>. Ağustos 2013'te Halep'te bir askeri uçağın düşürülmesi eylemini<sup>15</sup> üstlenen bu grubun liderliğini Ebu Ömer El-Çeçen yapmaktadır<sup>16</sup>. Küçük fakat etkili gruplardan biri de lokal olarak büyüyen Şükür el-Şam olup, o bölgede Arap, Fransız ve Belçikalı savaşçıların kabul ve istihdamından sorumludur<sup>17</sup>. Diğer bir grup da yabancı savaşçıların yüzde kırkını bünyesinde barındıran IŞİD olup<sup>18</sup>, bu savaşçılardan bazıları 2012'de iki Batılı gazetecinin kaçırılması olayının da sorumlusudur<sup>19</sup>

Suriye'deki yabancı savaşçıların ve özellikle Avrupalı yabancı savaşçıların varlığı pek çok Batı ülkesinde yükselen bir ilgiyle ele alınmaktadır. Sadece çocukları savaş bölgelerinde olan aileler değil, aynı zamanda hükümetler ve güvenlik kuruluşları da bu meseleyi çok ciddiye almaktadır;

---

<sup>11</sup> "Syria Crisis: Guide to Armed and Political Opposition", BBC News Online - Middle East, 17 October 2013, <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-24403003>.

<sup>12</sup> Quilliam Foundation, Jabhat al-Nusra. A Strategic Briefing, 8 January 2013, <http://www.quilliamfoundation.org/wp/wpcontent/uploads/publications/free/jabhat-al-nusra-a-strategic-briefing.pdf>.

<sup>13</sup> K. Wong, "Foreign Jihadists Surpass Afghan-Soviet War, Storm Syria in Record Numbers", The Washington Times, 20 October 2012, <http://www.washingtontimes.com/news/2013/oct/20/foreign-jihadists-surpass-afghan-soviet-war-storm-/>.

<sup>14</sup> "Syria Crisis: Guide to Armed and Political Opposition" (2013).

<sup>15</sup> D. McElroy, "Syria: Foreign Jihadists behind the rebel Capture of Aleppo Airport", The Telegraph Online, 7 August 2013, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/syria/10228171/Syria-Foreign-jihadists-behind-the-rebel-capture-of-Aleppoairport.html>.

<sup>16</sup> "Syria Crisis: ..."

<sup>17</sup> N. Benotman and E. Naseraldin, "The Jihadist Network in the Syrian Revolution: A Strategic Briefing", Quilliam Foundation, <http://www.quilliamfoundation.org/wp/wpcontent/uploads/publications/free/the-jihadist-network-in-the-syrian-revolution.pdf>

<sup>18</sup> K. Wong, "Foreign Jihadists Surpass Afghan-Soviet War, Storm Syria in Record Numbers" (2012).

<sup>19</sup> N. Benotman and E. Naseraldin, "The Jihadist Network in the Syrian Revolution: A Strategic Briefing".



zira bu savaşçıların Batı'ya dönünce neden olabilecekleri potansiyel tehdit de problem teşkil etmektedir.

Bu çalışma, yabancı savaşçılar olgusunu ele alabilmek adına süreçte karşılaşılabilecek güçlüklerle birlikte Avrupalı politikacılar için muhtemel stratejiler ve hukuki mekanizmalar tartışılacaktır. Bu çerçevede; ikinci bölümde cihadistlerin eve dönünce Avrupa'nın güvenliğine yönelik tehdit ihtimali üzerinde durulduktan sonra, üçüncü bölümde risk değerlendirmesine ilişkin sonuçlarımız ortaya konacaktır. Dördüncü bölümde ise hal-i hazırdaki veya dönüş yapan yabancı cihat savaşçılarına ilişkin olarak Avrupalı politikacılar, hükümetler ve uygulamacıların önüne çıkabilecek engeller değerlendirilerek; beşinci ve altıncı bölümlerde de uluslararası suçların soruşturulması meselesinin ortaya konulmasını müteakip, kendi istihbarat servislerinin verilerine göre çokça yabancı savaşçı gönderen Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya, İtalya, İspanya, Hollanda ve İngiltere gibi Avrupa ülkelerinden somut örnekler verilecektir.<sup>20</sup>

## 2. Potansiyel Tehlike

Yabancı savaşçıların dönünce Avrupa için taşıyacakları potansiyel riskler uluslararası organizasyonlarca yeterli seviyede tartışılmış değildir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin bir kararında "Kuseyr şehrinde Suriye rejimi adına savaşan yabancı savaşçıların müdahalesi" kınanmış<sup>21</sup> ise de bunların eve dönüşünde getirecekleri tehlike ve risklerden hiç söz edilmemiştir. Bunun yerine, bölgede çok olumsuz etkileri olan yabancı savaşçıların insan hakları ihlallerinin daha da kötüleştirilebileceği ifade edilmiştir<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> T. Hegghammer, "Number of Foreign Fighters from Europe in Syria is historically unprecedented. Who Should be Worried?" (2013) Başlangıçta da ifade ettiğimiz üzere, ülkelerden örneklere ve sayılara ilişkin alt bölüme güncellenmesi gerektiğinden yer verilmiştir. (ç.n.)

<sup>21</sup> UN Human Rights Council, Resolution 23/1, "The deteriorating situation of human rights in the Syrian Arab Republic, and the recent killings in Al-Qusayr", 29 May 2013, A/HRC/RES/23/1, 19 June 2013, [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/23/1](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/23/1), para. 5.

<sup>22</sup> *Ibid.*

Öbür yandan, hükümetler ve terörle mücadelenin kilit organizasyonları Suriye'ye gidip de radikalize olan, savaş eğitimi alan kişilere dair endişelerini ulusal ve bölgesel platformlarda dile getirmeye devam etmektedirler. ABD Ulusal Terörle Mücadele Merkezi direktörü Matthew Olsen'e göre onlar Batı Avrupa'ya ya da ABD'ye küresel cihadist hareketin bir parçası olarak dönebilirler<sup>23</sup>. Keza Europol de 2012 "Terörizm Trend Raporu"nda eve dönen savaşçıların eğitim, tecrübe ve bilgilerini uygulama ve Avrupa Birliği içindeki terörist oluşumlarla kontak halinde olma ihtimallerine karşı uyarıda bulunmuştur<sup>24</sup>. Hollanda da Suriye'den oraya geri dönecek savaşçıları artan bir ilgiyle gündemine almış bulunmaktadır<sup>25</sup>. Almanya İçişleri Bakanına göre ise öldürmeyi sıradanlaştıran bu savaşçılar, döndüklerinde adeta birer saatli bomba gibi olabileceklerdir<sup>26</sup>. Yine, Alman ulusal istihbarat teşkilatı başkanı Hans-Georg Maaben; cihadistlerin Almanya'ya döndüklerinde çevrelerinde birer kahraman olarak görülebileceklerini ve duygusal bir saikle insanları terörizme teşvik edebileceklerini dile getirerek, en kötüsünün de onların doğrudan doğruya cihat misyonuyla dönmelerinin olacağını eklemiştir<sup>27</sup>.

Bütün bunlar ne kadar mümkündür? Geçmiş tecrübelerimiz bize göstermektedir ki, cihadist mücadele asla sadece tek yönlü bir yol üzere cereyan etmemektedir. Bunun bir de dönüşü olacaktır. Her ne kadar savaşçıların önemli bir kısmı oradaki çatışmalarda hayatını kaybetmiş ya da diğer cihat

---

<sup>23</sup> T. Atlas, "Foreign Fighters Flocking to Syria Stirs Terror Concerns" (2013).

<sup>24</sup> Europol, Te-Sat 2013: EU Terrorism Situation and Trend Report, 25 April 2013, <https://www.europol.europa.eu/content/te-sat-2013-euterrorism-situation-and-trend-report>.

<sup>25</sup> I. Opstelten, "Letter of 13 March 2013 from the Minister of Security and Justice to the House of Representatives of the States General Containing a Summary of the March, 2013 Edition of the Terrorist Threat Assessment for the Netherlands (DTN32)", National Coordinator for Security and Counterterrorism – Ministry of Security and Justice, 13 March 2013, <http://english.nctv.nl/publications-products/TerroristThreat-assessment-Netherlands/index.aspx>.

<sup>26</sup> N. Busse, "Diese Leute sind tickende Zeitbomben in Europa", Frankfurter Allgemeine Zeitung, 7 June 2013, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/im-gespraech-hans-peter-friedrich-csu-diese-leute-sind-tickende-zeitbomben-in-europa-12213789.html>.

<sup>27</sup> A.E. Harrod, "European Jihad in Syria", The Investigative Project on Terrorism, 6 September 2013, <http://www.investigativeproject.org/4153/european-jihad-in-syria>.

bölgelerine hareket etmiş olsa da<sup>28</sup>, elbette bir kısmı da dönüş yolunu seçecektir. Kesin bir bilgi ve sayı vermek mümkün görünmüyor, ancak savaş bölgelerinde terörist eylemlere ve tuzaklara başarıyla angaje olmuş bu kişiler eve dönecektir.

Daha önce savaş bölgelerinde eğitim alıp yahut çatışmaya katılıp da Avrupa'ya geri döndüğünde cihadi terörizm eylemine yeniden bulaşması nedeniyle yargılanıp hüküm giyenlerin oranı 2001-2009 periyodunda yüzde 13 civarındadır<sup>29</sup>. Veriler çok spesifik değil ve yukarıda açıklanan sebeplerle çoğunlukla dışarıdan temin edilmektedir; ancak başka çalışmalarla da desteklenen bu veriler ve bulgular bize göstermektedir ki çatışma bölgelerindeki cihadist kamplara, okullara veya savaş bölgelerine giden biri, Avrupa'nın genel cihadi terörizm resminde ileride daha güçlü bir pozisyon sağlamaktadır<sup>30</sup>.

Ayrıca, Thomas Hegghammer'a göre eve dönüş yapanları daha dehşetli operasyonlar yapmaya sevk eden bir nevi "veteran etkisi"ne dair kanıtlar da mevcuttur<sup>31</sup>. Fakat yazara göre hiç kimse şöyle de düşünmemeli: "Dışarı çıkan savaşçılar bir grup olarak daha tehlikelidir, çünkü -bildiğimiz üzere- birçok yabancı savaşçı, ülkesinde eylem yapmak için dönüyor değil."<sup>32</sup> Bir-

---

<sup>28</sup> Gerçekten, Suriye'deki Hollandalı savaşçıların lideri ve sözcüsü Ebu Fida'nın açıkladığı gibi, Holanda ve Belçika'dan gelen savaşçıların çoğu geri dönmek yerine Esed rejimini devirdikten sonra Filistin mücadelesine yardım etmeyi düşünmektedir. Bkz. S. Batrawi on Abu Fidaa, "The Dutch Foreign Fighter Contingent in Syria", CTC Sentinel 6, no. 10 (October 2013), p. 9, <http://www.ctc.usma.edu/wp-content/uploads/2013/10/CTCSentinel-Vol6Iss10.pdf>.

<sup>29</sup> CTC/ICCT Database on Jihadi Terrorists in Europe; E. Bakker, "Characteristics of Jihadi Terrorists in Europe (2001-2009)", in Rik Coolsaet, ed., Jihadi Terrorism and the Radicalisation Challenge: European and American Experiences (Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2011).

<sup>30</sup> Bu konuda bkz. T. van Dongen, "Jihadistisch terroristische aanslagen in de EU, 2004-2011. Onderzoek naar complexiteit, daderkarakteristieken en de relatie daartussen", The Hague Centre for Strategic Studies, No. 11 (2012); T. Hegghammer, "Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting", American Political Science Review (February 2013), [http://hegghammer.com/\\_files/Hegghammer\\_-\\_Should\\_I\\_stay\\_or\\_should\\_I\\_go.pdf](http://hegghammer.com/_files/Hegghammer_-_Should_I_stay_or_should_I_go.pdf).

<sup>31</sup> Hegghammer, dönen savaşçıların bir terörist eylemi 'başarıyla' gerçekleştirme ihtimallerinin ülke içinde yetişen ve çatışma bölgelerine hiç gitmemiş teröristlere göre daha yüksek olduğunu örnekleriyle ileri sürmüştür. Bkz. T. Hegghammer, "Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists" (2013), p. 11.

<sup>32</sup> *Ibid.*

leşmiş Milletler El-Kaide Taliban İzleme Ekibi'nin eski koordinatörü Richard Barret de eve dönen savaşçıların tamamı teröre bulaşacak diye düşünmenin doğru olmayacağını ifade etmiştir<sup>33</sup>. Dolayısıyla, Avrupa'ya döndüğünde terörist eylem gerçekleştirebileceklerin miktarı; Bosna, Çeçenistan, Afganistan ve diğer cihad bölgelerinden dönen savaşçılarla birlikte düşündüğümüzde epey az olacaktır. Ama tekrar belirtmeliyiz ki, dönen savaşçılar ve özellikle dönüp de hiçbir suça ve örgüte iştirak etmeden yaşayanlara dair veri eksikliği bir problem olarak önümüzde durmaktadır.

Sonuçta bu mesele nerede bizden uzaklaşacaktır? Biz biliyoruz ki, cihadi terörizm suçundan daha önce mahkum edilmiş olanların önemli bir bölümü bugün dışarıdadır ve bu bazen bir çeşit veteran etkisi sağlamakta ise de çoğunlukla döndükleri ülkelerde herhangi bir eyleme bulaşmadıkları anlaşılmaktadır. Aynı zamanda, insanları Suriye'de savaşmak için evlerinden ayıran motivasyon öncelikle oradaki savaşla ilgili olmasına rağmen, şiddet olgusunun dışı vurumu, muhtemel savaş eğitimi, yeni bir çevre, savaşma tecrübesi ve radikal İslam ile temasa geçme gibi sebepler de geri döndüklerinde bu savaşçıları ve çevresindekileri ilgi odağı yapabilmektedir. Depresyon ve lokal şiddet riskini içeren travmatik stres bozukluğunun çeşitli etkilerini düşününce; gerçek, çok yönlü ve çözümü zor bir tehlike ile karşı karşıya olduğumuzu anlayabiliriz.

En kötü senaryo ise cezaevinde sefililiğe kayan, daha sonra Afganistan ve Pakistan'a giderek oralarda El-Kaide tarafından eğitilen, Cezayir orijinli genç Fransız, Muhammed Merah'ın gerçekleştirdiği türden bir terörist eylemdir<sup>34</sup>. M. Merah, Mart 2012'de 30 saatlik bir kuşatma sonrası polislerce öldürülerek etkisiz hale getirilinceye kadar Fransız ordusuna ve Yahudi toplumuna mensup 7 kişiyi anti-semitizm ve intikam eyleminde öldürmüştü<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> T. Atlas, "Foreign Fighters Flocking to Syria Stirs Terror Concerns" (2013).

<sup>34</sup> Bu konuda bkz. See R. Crilly, "Toulouse shooting: 80 French nationals 'training with Pakistan Taliban'", The Telegraph, 21 March 2012, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/9158336/Toulouse-shooting-80-French-nationals-training-with-PakistanTaliban.html>.

<sup>35</sup> D. Magnay and S. Vandoorne, "French Killings Suspects Dies Shooting at Police, Authorities Say". CNN, 22 March 2012, [http://edition.cnn.com/2012/03/22/world/europe/france-shooting/index.html?\\_s=PM:EUROPE](http://edition.cnn.com/2012/03/22/world/europe/france-shooting/index.html?_s=PM:EUROPE); "'No contact' with French Shooting

Hatta daha da kötü senaryolar akla gelebilir, mesela Madrid 2004 ve Londra 2005 saldırılarından daha ölümcül ve daha sofistike bir terör saldırısı için yetenekli ve istekli teröristler olabilir bu dönen savaşçılar arasında.

### 2.1. Yabancı Savaşçılarla Mücadelede Üç Mesele

Dönüş yapan yabancı savaşçıların bu somut, karmaşık ve potansiyel olarak ölümcül nitelikteki tehdidini önlemek isteyen Avrupalı politikacıların önünde üç zorluk bulunmaktadır: Birincisi ve en önemlisi kesin bir risk değerlendirmesi yapmak ya da diğer bir deyişle Suriye'den dönen savaşçıların bir tehlike arz edip etmediklerini tespit edebilmektir. İkinci güçlük de aslında bu ilk meselenin etrafında dönen sorulardır; kim, kiminle, nasıl ve hangi mekanizmalar aracılığıyla bu eylemleri gerçekleştirebilecektir? Bu sorular, muhtemel yabancı savaşçılar veya dönen mücahitler ile ilgili faaliyet gösteren ya da onların Suriye'ye gidişini, gitmişse dönüşünü durdurmaya çalışan sosyo-politik mekanizma ve enstrüman araştırmaları ile ilgilidir. Üçüncü güçlük ise yabancı terörist savaşçı meselesini ulusal ve uluslararası seviyede hukuka uygun bir şekilde ele alabilmektir.

### 3. Risk Değerlendirme Sorunu

Dört başı mâmur bir risk analizi için iki faktöre ihtiyaç bulunmaktadır: Birincisi, dönüş yapan savaşçılardan kaçının terörist ataklara veya yeni cihadistlerin yetiştirilmesinden, parasal katkıya kadar ne tür radikal eylemlere karışacağına tespit edilmesi; ikincisi de kaçının yeniden toplumsal hayata entegre olmak isteyeceği ve/veya olabileceğidir. Bu ikinci faktör ilki kadar önemlidir, zira topluma yeniden entegre olmak, o toplumdaki korkuların da kaynağıdır çünkü Avrupa'daki hükümetlerin bütün savaşçıları döndüğünde kontrol etme ve gözlemlene gibi bir mekanizması bulunmamaktadır<sup>36</sup>.

---

Suspect", Al Jazeera, 22 March 2012, <http://www.aljazeera.com/news/europe/2012/03/20123214219458757.html>; France 2, "Mohammed Merah and Abdelkader Merah (Shootings in Toulouse, France)", New York Times, 2012, [http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/people/m/mohammed\\_merah/index.html](http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/people/m/mohammed_merah/index.html).

<sup>36</sup> T. Altas, "Foreign Fighters Flocking to Syria Stirs Terror Concerns" (2013).

Hükümetlerin ve güvenlik kuruluşlarının en önemli problemlerinden biri Suriye'ye kimlerin gittiğini tespit etmektir. Avrupalı cihatçıların Şengen vizesi ile kolaylıkla Türkiye'ye girebilmeleri ve oradan da sınırı bir şekilde aşarak Suriye'ye geçebilmeleri; savaşa katılanların kimliklerini ve sayılarını kesin olarak tespit edebilmeyi güçleştirmektedir. Bu rakamlar ve kimlikler genellikle gidenlerin aile üyeleri veya arkadaşlarına bıraktığı "hoşça kal" mesajı veya oradan sosyal medya ya da telefon aracılığıyla iletişime geçmeleri sayesinde belirlenebilmektedir.

Ayrıca, yetkili merciler kaç savaşçının döneceği ve nasıl dönecekleri konusunda da yeterli bilgiye sahip değillerdir. Öte yandan cihad savaşçılarına ve onların destekçilerine sorarsanız, çoğu dönmeyi planlamamakta, ya orada şehit olmayı ummakta ya da Suriye'de 'zafer' kazandıktan sonra başka cihad bölgelerine gitmeyi düşünmektedirler<sup>37</sup>. Bu arada yukarıda da belirttiğimiz üzere, geçmişten edindiğimiz bilgi bize bazılarının elbette döneceğini göstermektedir; nitekim dönüş yapan bazı savaşçılara ilişkin kovuşturmalar an itibarıyla devam etmektedir.

Er-geç bu savaşçıların çoğunun döneceğini düşündüğümüzde ise kendilerine, çevrelerine ve ulusal güvenliğe verebilecekleri muhtemel zarar riskini nasıl karşılamak gerekmektedir? Bu soru şu hususların bilinmesini gerektirmektedir:

- Suriye'deki mevcut yabancı savaşçı nüfusu
- Onları ve onları destekleyenleri Suriye'ye çeken sebepler
- Suriye'de nerede, ne yaptıkları ve hedeflerine ulaşip ulaşmadıkları
- Suriye'den geri dönüş yapma sebepleri
- Suriye'den nereye dönecekleri

Bu soruları cevaplamak, konuyla ilgili çeşitli Avrupa hükümetlerinin ve yetkili organlarının şu anda sahip olmadıkları bir bilgi birikimini gerektirmektedir. Bu birikimi sağlayabilmek için sarfedilen yoğun çabaya rağmen, istih-

---

<sup>37</sup> Yazarlardan Edwin Bakker'in yabancı savaşçı yetiştirdiği iddia edilen bir 'yetkili' ile yaptığı görüşmeden (The Hague, September and October 2013).

barat kurumları hala kendi ülkelerinden giden savaşçıların nerede ne yaptığından çoğunlukla habersiz durumdadırlar. Genel olarak kaç kişinin Suriye'ye gittiği, kaçının döndüğü veya kaçının öldüğü noktasında da net bir resim ortaya koyabilmiş değillerdir. Yine bu kuruluşlar, giden savaşçıların Suriye'de hangi alt grupta yer aldıklarını, kimin safında dövuştüklerini, daha doğrusu dövüşüp dövüşmediklerini, arka planda destek hizmetinde mi yer aldıklarını, sürecin ilerleyen aşamalarında mı radikalize olduklarını, yoksa orada travmatik bir hal ve hayal kırıklığı içinde mi bulduklarını bilmemektedirler.

Şu halde, doğru-düzgün bir risk değerlendirmesi, gözümüzün kulağımızın bütünüyle Suriye'de olmasını ve oradaki savaşçılar ile buradaki veya dünyanın başka yerlerindeki destekçileri arasındaki iletişimin tespitini ve önlenmesini gerektirmektedir. Buraya kadar ortaya koymaya çalıştığımız kaotik durum, bu amacın gerçekleştirilmesinin çok kolay olmadığını düşündürmektedir. Buna ilaveten, kimyasal silahların kullanımı gibi Suriye özelinde rastlanan diğer politik ve güvenliğe ilişkin meseleler de bu durumun halledilmesini güçleştirmektedir. Açıkça görülmektedir ki, hem uluslararası işbirliği, hem de Suriye'de bilgi paylaşımı yapmaya hazır yerel ve resmi/özel kuruluşlardan teröre karşı olan bölgesel oluşumlara kadar tüm aktörlerin birbiriyle bilgi paylaşımı zaruridir. Aynı zamanda polis ve istihbarat tarafından gözetlenen islamist ya da cihadist internet sitelerinden ve chat/forum sayfalarından da bilgi edinilmesi mümkündür.

Avrupa'nın yabancı terörist savaşçılara ev sahipliği yapan veya yapma riski olan ve de yine bir gün dönüş için son durak olacak ülkelerinde, resmi organlar ile yabancı terörist savaşçıların aileleri, arkadaşları ve sosyal çevresi ile ilişki kurmaya önem verilmeli ve bunu yaparken sadece bu savaşçılar hakkında bilgi edinmek değil, ayrıca önleyici, destekleyici ve topluma yeniden kazandırıcı politikalar da amaçlanmalıdır.

Pek çok Batı Avrupa ülkesinde polis ve sosyal hizmetler, yabancı savaşçıları bünyesinden çıkaran mahalli çevrelerle iyi ilişkiler geliştirmiş olup; bu durum Suriye'ye gitmeyi düşünenleri tespit etmek, dönüş yapanları fark etmek, güvenilir bir risk değerlendirmesi yapmak ve dönenlerin gerekiyorsa topluma entegrasyonunu sağlamak noktalarında son derece sevindirici bir

gelişmedir. Ayrıca bu ilişkiler, kişileri savaşmaya gitmekten vazgeçirme, aileleri bu süreçte destekleme, dönüş yapanların topluma kazandırılması sürecini yakından takip etme ve bu arada yeniden radikalize olmalarını önleme bakımından da çok önemlidir. Ne var ki, Suriye'deki çatışmaya katılmanın ve/veya yabancı savaşçı olgusuna politik destek vermenin ceza hukuku zeminine taşınması, pek çok ülkede ailelerle veya toplumla işbirliği yapılmasını güçleştirmektedir. Her iki durumda da bir lokalizasyonun yabancı savaşçı yetiştirip gönderdiği mi, yoksa onu önlediği mi ya da geri dönmeye zorladığı mı gibi soruların doğru cevaplanması için istihbarat ağı kaçınılmazdır. O halde yabancı savaşçı olgusunu ele almak için şu iki unsur çok kritiktir: Güven ilişkisini tesis etmek ve yetkili merciler ile bu savaşçıların geride bıraktıkları çevre arasındaki işbirliği. Son olarak, başta Müslüman grupların temsilcilerine olmak üzere herkese şunu vurgulamalıyız, ne tek başına bir terörist, ne de yabancı savaşçılar otomatikman ve durup dururken güvenliğe karşı bir tehdit unsuru değildir.

#### 4. Önleme ve Takip Etme Arasında Politik İkilem Sorunu

Yabancı savaşçılar konseptini çözümlerken karşımıza çıkan ikinci güçlük şu temel sorulara cevap ararken çıkmaktadır: Kim, ne yapmak için, kiminle ve kimin gözetimi altında oralara gidiyor? Bu sorun aslında bir siyaset etme sorunudur. Geri dönüş yapan savaşçılara ilişkin olarak cihad örneklerini içeren başarı öyküleriyle mücadele etmek, Suriye'ye gidişin önündeki yasal engelleri artırmak, denetimi güçlendirmek gibi önleyici tedbirlerden, çocukları Suriye'den dönmüş olan ailelere destek olmaya kadar çok çeşitli politik tercihler; yine soruşturma, iade etme, denetim altına alma, psikolojik destek ve danışmanlık sağlama; kalacak bir ev bulma gibi gündelik ihtiyaçlar için maddi yardım temin etme biçiminde çok geniş bir yelpazeden seçilecek yollar bu cevaplara yön verecektir. Bütün bu sorunları aşabilmek için Avrupa çapında alınabilecek tedbirlere dair Avrupa Birliği Terörle Mücadele Koordinatörü Gilles de Kerchove uzunca bir çözüm listesi ortaya koymuştur:

*“27 üye devlet olarak bizler ceza kanunlarımızda cihad için savaşmaya gitmeyi veya bu kapsamda eğitim almayı somut bir suç tipi olarak düzenlemenin imkânları üzerine çalışmaktayız. Sadece nasıl ve hangi noktada incele-*



*meye ve soruşturmaya başladığınızda dair tecrübelerinizi paylaşın. (Bu arada soruşturma başlığı altında Gilles de Kerchove sadece yabancı savaşçılara özgü olarak ortak bir soruşturmacı takımı/grubu oluşturulmasının çok yararlı olacağını da ifade etmiştir<sup>38</sup>) Cezai müeeyyideler ile idari tedbirler arasında bir denge kurmalıyız. Mal varlığının dondurulmasına karar verebilirsiniz. Radikal din adamlarını ülkenizden sınır dışı edebilirsiniz. Kamu menfaatini düşünerek hareket etmeyi seçebilirsiniz. Bütün bunlar cezai olmayan yaptırımlardır, fakat etkili olabilecektir. Dolayısıyla bunları tartışmak zorundayız. Nitekim, Avrupa Birliği'nin polisiye işbirliği kuruluşlarından Eurojust'tan bu konularda belirli soruşturmaları olan savcılar bir araya getirmesini en iyi uygulamaları derleyerek bize ceza politikası açısından somut önerilerle dönmesini istedik.”<sup>39</sup>*

Bu pasajdan anlaşılacağı üzere, bölgesel, ulusal, Avrupa Birliği<sup>40</sup> seviyesinde ve de uluslararası düzeyde bu konunun ele alınması için her üç aşamada

<sup>38</sup> Bkz. “Interview with Gilles de Kerchove, EU Counter-Terrorism Coordinator”, Eurojust News, Issue No. 9, June 2013, [http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/newsletter/Eurojust%20News%20Issue%209%20%28June%202013%29%20on%20joint%20investigation%20teams/EurojustNews\\_Issue9\\_2013-06-EN.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/newsletter/Eurojust%20News%20Issue%209%20%28June%202013%29%20on%20joint%20investigation%20teams/EurojustNews_Issue9_2013-06-EN.pdf), p. 2.

<sup>39</sup> G. De Kerchove, EU Counter-Terrorism Coordinator Statement on Foreign Fighters, Brussels: Council of the European Union, 30 May 2013, <http://tvnewsroom.consilium.europa.eu/event/justice-and-home-affairs-council-june-2013/eu-counter-terrorism-coordinatorstatement-on-foreign-fighters>, 00.03.45'ten itibaren izlenebilir. Bu konuda ayrıca Avrupa Birliği Terörizmle Mücadele Koordinatörü ile yakın ilişki içindeki Avrupa Konseyi'nin ve Avrupa Birliği Dış Eylem Servisi'nin “terörle mücadele perspektifinden - Suriye özelinde- yabancı savaşçılar ve dönüş yapanlar” üzerine notuna bakılabilir; 9946/13, Brussels, 28 May 2013, <http://www.statewatch.org/news/2013/jul/eu-council-terr-coordinator-syria-9946-13.pdf>, para. 14: “Eurojust'ın halen devam eden (yabancı savaşçılar ve özellikle de üye ülkelerin mevzuatının yeterliliği, ceza siyasetindeki yansımaları, idari tedbirlerin uygulanması ve inceleme/soruşturmalarda bilgi alışverişi) konusundaki çalışmasının sonuçlarını içeren raporunu sunması ve somut tavsiyelerini paylaşması için Kasım ayı itibarıyla Konsey ile paylaşmak üzere davet edilmesi.”

<sup>40</sup> Avrupa Birliği açısından, halen bu meseleye koordineli bir şekilde tavır almak için çalışıldığını, fakat bu çalışmaların henüz tohumunun yeni atıldığını ayrıca ifade etmek gerekmektedir. Yine de Kerchove tarafından da önerildiği üzere Avrupa Konseyi tedbirlerin artırılması için düğmeye basmış; özellikle önleyici (örneğin Avrupa Birliği Radikalizasyon Farkındalık Ağı kapsamında da tartışıldığı üzerinde yabancı savaşçıların yaşadıkları hayal kırıklığı öyküleri üzerinden söylem oluşturmak) ve cezai olmayan (örneğin Schengen Bilgi Sistemi -SIS- veya Avrupa Birliği Yolcu İsim Kayıtları sistemi -PNR- gibi vasıtalarla yabancı savaşçıların güzergahını denetlemek ve de Terörizmin Finansmanı İzleme Programı -TFTP- gibi yöntemlerle teröristlerin yolculuğuna ilişkin ödemeleri izlemek) uygulamalar üzerinde durulmaya başlanmıştır. Bkz. European Commission, “Joint Communication to

da (öncesinde, esnasında ve sonrasında) birçok aktör rol almaktadır; ancak sorun şu ki, kimin bu faaliyetlere liderlik ve öncülük edeceği belirsizdir.

Önleyici tedbirlere gelince, bunları kimin yapacağı ve hangi kurumun gözetiminde yapılacağına dair yönetsel sorun, büyük ölçüde hedef gruplara ilişkin yaklaşıma göre değişecektir. Savaşmak için ülkeden çıkış yapma riski bulunan bireyleri merkeze alan bir politika; yerel otoriteler, istihbarat, polis, sivil toplum kuruluşları, dini büyükler ve daha önce çocuğu cihada gitmiş olan aileler tarafından hep birlikte yürütülmelidir. Sürece doğrudan müdahale ise sosyal çevre, aileler, muhtemel yabancı savaşçılar arasındaki iletişim üzerinde ve elbette mücahidlerin bizzat kendisine karşı gerçekleştirilecektir. Bu müdahalenin biçimi, pasaportlara el koyma tedbiri uygulamak ya da dışarıdaki bir iç savaşa katılmayı cezalandırmak gibi sert hukuki tedbirlerden, ilgilinin ailesi ve çevresi ile işbirliği ve iletişim içinde olmak tarzındaki soft yaklaşımlara kadar çeşitlilik gösteren güzergahlar sunacaktır. Hedef kişilere ya da gruplara çelişkili mesajlar göndermek, çatışmaya katılma sürecini hızlandırabilir, bu nedenle önleyici tedbirlerin koordineli bir şekilde ilerlemesi ve hangi kişi ya da kurumun hangi nedenle bu işi üstleneceğinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Bunun yanısıra, hukuki sürecin başarılı yürümesi için de koordinasyon şarttır. Mesela Suriye'deki savaşa katılmayı cezalandıran bir devletin toplum içindeki muhtemel bilgi kaynakları da kuruyabilir, çünkü insanlar bu işbirliğinden sonra tutuklanma veya özel hayatının izlenmesi gibi sonuçlara maruz kalacaklarını düşünebilirler. Bu gibi durumlarda, bireylerle veya sosyal çevre ile irtibatın resmi organlardan ziyade gönüllü özel kurumlarca yapılması yararlı olacaktır.

Dönüş yapan savaşçılardan potansiyel terör tehlikesi taşıdığı düşünülenler için, 'ne' ve 'kim' sorularını cevaplamak biraz daha basittir. Birçok Avrupa ülkesinde, riskli görünen kişiler emniyet veya savcılıkça takibat altına alınacaktır. Bu kişiler, Avrupa Birliği Terörle Mücadele Strateji belgesinde

---

the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a Comprehensive EU Approach to the Syrian Crisis", Brussels, 24 June 2013, JOIN(2013) 22 final, [http://eeas.europa.eu/statements/docs/2013/130624\\_1\\_comm\\_native\\_join\\_2013\\_22\\_communication\\_from\\_commission\\_to\\_inst\\_en\\_v10\\_p1\\_7332751.pdf](http://eeas.europa.eu/statements/docs/2013/130624_1_comm_native_join_2013_22_communication_from_commission_to_inst_en_v10_p1_7332751.pdf), pp. 8-9.

“takip” başlığı altında belirtilen politika ve tedbirlerin tüm biçimleriyle karşılaşılabileceklerdir. Bu kapsamda muhtemel uygulama ve işlemler şunlar olabilir: potansiyel teröristleri veya Suriye'deki terörist organizasyonlardan birine katılmış olanları soruşturmak; hazırlık hareketlerini, seyahati ve iletişimi engellemek; destekleyici örgütsel bağları deşifre ederek kesmek; bağış ve yardım kanallarını tespit edip durdurmak; terörist eylem yapmakta kullanılan belli materyallerin ticaretini yasaklamak ve -en zoru- onları adaletin önüne getirmek<sup>41</sup>. Muhtemel terörist olarak görülen kişiler bakımından kim, kimin gözetiminde işe koyulacak soruları birlikte düşünülmalıdır. Bununla birlikte yasal ve pratik güçlüklerin varlığı da yadsınamaz. Avrupa'da ulusal ve yerel otoriteler, bilgiyi toplamak ve analiz etmek ile potansiyel teröristleri takip etmek ve soruşturmak için gerekli enstrümana ve kapasiteye sahip midir? Yabancı savaşçıların sayısındaki artış, bunlarla mücadele etme yeterliliğine dair kuşkuları da artırmaktadır. Çoğu ülkede terörle mücadele sahasında faaliyet gösteren hükümet kurumları bütçe açığı vermektedir.

Toplum için bir tehlike arz etmediği düşünülen eski savaşçılar hakkında hangi kurumun hangi rolü üstleneceği sorusunun cevabını bulmak ise çok kolay değildir. Ve tabii ki bu bağlamda ne yapılacağı da cevabı zor bir sorudur. Kuşkusuz, eski teröristlerin yeniden topluma kazandırılması için giderek gelişen bir literatür bulunmaktadır<sup>42</sup>, fakat yabancı savaşçıların ve özellikle döndükten sonra ekstremizmden uzak duranların entegrasyonu konusundaki bilgi birikimimiz çok sınırlıdır. Yine de, yetkili kurumların ve konuyla ilgili özel kuruluşların ödünç alıp yararlanabileceği literatür, bazı yönlerden şimdiki durumumuza benzer şekilde yabancı savaşçı olgusunu tecrübe etmiş coğrafyalardan temin edilebilir. Afganistan, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Kolombiya ve Bosna-Hersek gibi ülkelerde eski savaşçıların silahı ve çatışma göçünü bırakması ile topluma entegrasyonu konularında hatırı sayılır miktarda çalışma

---

<sup>41</sup> Örneğin “The European Union Counter-Terrorism Strategy: Prevent, Protect, Pursue, Respond”, 14469/4/05 REV 4, Brussels: Council of the European Union, 30 November 2005, <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/05/st14/st14469-re04.en05.pdf>.

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. T. Veldhuis, “Designing Rehabilitation and Reintegration Programmes for Violent Extremist Offenders: A Realist Approach”, ICCT– The Hague Research Paper, March 2012, <http://www.icct.nl/download/file/ICCT-Veldhuis-Designing-Rehabilitation-ReintegrationProgrammes-March-2012.pdf>.

bulunmaktadır<sup>43</sup>. Gerçi bu çalışmaların önemli bir kısmı kendi ülkesinde savaşmış olanları hedeflemektedir, ama bu kaynaklardan sağlanacak sosyo-psikolojik ve ekonomik meselelere dair önemli hisseler Avrupa'nın güncel "dönüş yaban yabancı savaşçılar" sorununa da uygulanabilir. Yine son yıllarda Irak, Afganistan ve diğer askeri operasyonlar için uzun süre çatışma bölgelerinde kalan askerlerin sivil hayata entegrasyonuna ilişkin Amerika'da ve bazı Avrupa ülkelerinde yapılmış olan çalışmalar da Suriye sonrası veteranların karşılaşılabilecekleri problemlerin çözümüne ilişkin çalışmalara ciddi bir katkı sağlayacaktır<sup>44</sup>. Söz konusu çalışmalarda özellikle savaş sonrası sendromu ve travmatik davranış stres bozukluğu konularında çok değerli bilgiler bulunabilir.

Yetkili merci meselesi, bazı Avrupa ülkeleri<sup>45</sup> bakımından yabancı savaşçı konusunun politize olmasından da etkilenmektedir. Bu durum, açıkça destek bekleyen bu süreçteki aktörlerin işini güçleştirecektir. Geri dönüş yapan savaşçıların silahı ve cihadı bırakmasını kızgınlıkla ya da ihanet suçlamasıyla karşılayıp tehditte bulunan küresel cihadın bölgesel ya da ulusal temsilcileri de bir başka ciddi problem olarak karşımızda durmaktadır. Hatta, bu temsilcilerin/temsilci oluşumların, Suriye'den dönen savaşçıları güvenli evlerde iskan ederek, bir propaganda aracı olarak kullandıkları, bu yolla mücahid adayı gençleri de motive ettikleri de bilinmektedir.

## 5. Hukuki Sorun: "Uluslararası Suç" Üzerinden Soruşturma Yapmak

Yabancı savaşçıların gidişini ve dönüşünü ele almak noktasında karşımıza çıkan üçüncü blokaj hukuki mekanizmaların nasıl işletileceği sorunsalıdır.

---

<sup>43</sup> J. Schulhofer-Wohl and N. Sambanis, "Disarmament, Demobilization, and Reintegration Programs: An Assessment", Research Report. Sweden: Folke Bernadote Academy Publications, 2010,

[http://faculty.virginia.edu/j.sw/uploads/research/Disarmament,%20Demobilization,%20Reintegration%20Programs\\_%20An%20Assessment.pdf](http://faculty.virginia.edu/j.sw/uploads/research/Disarmament,%20Demobilization,%20Reintegration%20Programs_%20An%20Assessment.pdf).

<sup>44</sup> Bu konuda bkz. E. Kamp, "Zingeving na de missie", Militaire Spectator 4 (2013), pp. 198-207; N. Sayer et. al, "Reintegration Problems and Treatment Interests Among Iraq and Afghanistan Combat Veterans Receiving VA Medical Care", Psychiatric Services 61, No. 6 (June 2010); C.W. Hoge et. Al., "Combat Duty in Iraq and Afghanistan, Mental Health Problems, and Barriers to Care", The New England Journal of Medicine 351 (July 2004), pp. 13-22, <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa040603/>.

<sup>45</sup> Yabancı savaşçı konusunun giderek manşet olduğu, politikanın merkezinde ve tartışmaların odağında bulunduğu Hollanda ve Belçika bu ülkelerden ikisidir.

Çatışma bölgelerinde ithal mücahidlerin bulunması yeni bir fenomen değilse de, üçüncü ülkede savaşa dahil olanların soruşturulmasına dair elimizde çok az örnek bulunmaktadır. İşte bu bölümde Suriye'deki çatışmaya katılan savaşçıların bu eylemleri ve özellikle orada işledikleri iddia edilen uluslararası suçları nedeniyle cezai sorumlularının olup olmayacağı ve bunun nasıl yapılacağı konularını değerlendireceğiz.

Dönüş yapan yabancı savaşçıların toplum güvenliği ve huzuru için risk taşıdıkları hususu uluslararası hukuki metinlerin gündeminin dışındadır. Bu riskle baş edebilmek için gerekli hukuki süreçler de uluslararası seviyede ele alınmaz. Öte yandan, yabancı savaşçılara isnad edilebilecek suçlar; terörizm, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi uluslararası suçları da içerebilecektir. Bu suçlar üzerinde tek tek duracağız, ancak ondan önce belirtmeliyiz ki, Suriye'yi kuşatan toz bulutu içinde kimin hangi suçu işlediğini bulup çıkarmak çok zor görünmektedir. Yine de, "ilk YouTube savaşı" olarak isimlendirilen bu çatışma sürecinde tarafların eylemlerini kameraya alıp sosyal medyada paylaşımları<sup>46</sup> nedeniyle vâkıf olduğumuz bu kayıtlar cezai bir soruşturmanın başlatılması için yeterli bulgu olarak kabul edilmelidir<sup>47</sup>.

### 5.1 Savaş Suçları

Suriye'deki çatışma, uluslararası insan hakları hukukunun uygulanabileceği bir silahlı iç çatışmadır<sup>48</sup>. Artık genel kabul gören görüşe göre uluslara-

---

<sup>46</sup> Bkz. A. Erkul, M. Oeyen and K. Vidal, "Syriëstrijders begaan oorlogsmisdaden", De Morgen, 8 June 2013, <http://www.demorgen.be/dm/nl/990/Buitenland/article/detail/1648206/2013/06/08/Syriestrijders-begaan-oorlogsmisdaden.dhtml>.

<sup>47</sup> Bkz. "Ook Nederlands onderzoek naar video van onthoofding", De Morgen, 7 June 2013, <http://www.demorgen.be/dm/nl/990/Buitenland/article/detail/1647974/2013/06/07/Ook-Nederlands-onderzoek-naar-video-vanonthoofding.dhtml>. Ayrıca bkz. "UN human rights chief urges Syrian rebels to end abuses after gruesome video hits Internet", Birleşmiş Milletler Haber Merkezi, 14 May 2013, <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=44907#.UnGVv51gVox>: "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları şefi bugün internete düşen bir videoda görülen Suriye askerlerinin parçalanarak öldürülmesi eylemlerinin gerçekten büyük bir zulüm olduğunu ifade ederek silahlı muhalif güçlere bu gibi vahşi cinayetlere bir son vermesini hararetle ikaz etti."

<sup>48</sup> "Syria: Applicable International Law", Rule of Law in Armed Conflicts Project, 13 July 2012, [http://www.genevaacademy.ch/RULAC/applicable\\_international\\_law.php?id\\_state=211](http://www.genevaacademy.ch/RULAC/applicable_international_law.php?id_state=211)

rası insan hakları hukukunu ciddi şekilde ihlal edici bir niteliği olan savaş suçları, yalnızca ülkelerin birbiriyle yaptıkları savaşlarda değil, bir ülkenin kendi içindeki savaşta da işlenmiş olabilir<sup>49</sup>. Örneğin, 122 devlet tarafından onaylanmış bulunan Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'ne göre, savaş suçu iddiası, uluslararası karakterde olmayan çatışmalar kapsamında da; "12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 3. maddesine yönelik - çatışmanın tarafı olmayan, hatta silahlı kuvvetler mensubu olsa bile silahını bırakıp teslim olmuş kişilere karşı yapılan yaralayıcı, öldürücü, hürriyetlerini bağlayıcı- her türlü ciddi ihlal"<sup>50</sup> ve de "uluslararası karakterde olmasa bile bir silahlı çatışma esnasında uluslararası belgelerle öngörülen hukukun ve insani değerlerin ciddi ihlali"<sup>51</sup> savaş suçu olarak kabul edilmelidir. Nitekim

---

<sup>49</sup> J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, Cambridge University Press: Cambridge 2005, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>, Rule 156 (p. 568).

<sup>50</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 8/2-c maddesi şu şekildedir: "Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesinin ciddi ihlalleri; yani, çatışmalarda aktif olarak yer almayan kişilere, silahlarını bırakmış silahlı kuvvetler mensupları dahil hastalık, yaralanma, tutulma veya herhangi bir nedenle çatışma dışı kalmış (hors de combat) kişilere karşı işlenen aşağıdaki fiiller: i) Yaşam hakkına ve kişiye karşı şiddet, özellikle her türlü öldürme, sakat bırakma, zalimane muamele ve işkence; ii) İnsan onuruna hakaret eden, özellikle aşağılayan ve küçük düşürücü davranışlar; iii) Rehin alma; iv) Kanunu ve doğal hâkim ilkelerine göre kurulmuş bağımsız bir mahkeme kararı olmadan cezalandırma ve infaz."

<sup>51</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 8/2-e maddesi şu şekildedir: "Mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde, uluslararası nitelikte olmayan ancak silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri; yani aşağıdaki eylemlerden herhangi biri: i) Çarpışmalarda doğrudan yer almayan sivillere karşı veya sivil nüfusa karşı kasten saldırı düzenlenmesi; ii) Uluslararası hukuka uygun bir şekilde Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici amblemlerini kullanan personele, malzemeye, tıbbi birimlere ve nakliye araçlarına kasten saldırı düzenlenmesi; iii) Silahlı çatışma hukukuna göre, sivillere ve sivil nesnelere sağlanmış korumaya hak kazanmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne uygun bir şekilde insani yardımda veya barış gücü görevinde bulunan personele, tesislere, malzemeye, birimlere veya araçlara karşı kasten saldırı düzenlenmesi; iv) Askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi; v) Saldırı sonucu ele geçirilmiş olsa dahi, bir kenti ya da yeri yağmalama; vi) 7.maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri'ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması; vii)

Ekim 2013'te İnsan Hakları İzleme Örgütü "ikili görüşmeler, bölgede yapılan incelemeler ve muhaliflerin ifadeleri ile video kayıtlarından toplanan" deliller ışığında 5 karşıt grubun "savaş suçu işlediğine dair spesifik olaylar" bulunduğunu rapor etmiştir<sup>52</sup>.

Fakat, Uluslararası Savaş Suçları Mahkemesi nezdinde henüz Suriye'deki duruma ilişkin bir soruşturma veya kovuşturma başlamadığına göre<sup>53</sup>, bu mesele iç savaşta insanlık suçlarını da kendi mevzuatında savaş suçu olarak düzenlemiş olan devletlerin kendi ülkelerinde yapacakları soruşturma ve yargılama ile ele alınabilecektir. Kızıl Haç "Uluslararası Geleneksel İnsan Hakları Hukuku" tezine göre devletlerin kendi vatandaşlarınca veya silahlı güçlerince ülke içinde ya da dışarıdaki bir silahlı çatışma bölgesinde işledikleri savaş suçlarını soruşturmasını gerektiren, hem ulusal hem de uluslararası silahlı çatışmalara uygulanabilecek nitelikteki uluslararası

---

15 yaşından küçük çocukların, ulusal silahlı kuvvetlere çağırılması, askere alınması veya çatışmalarda aktif olarak kullanılması;

viii) Çatışmadan kaynaklanan nedenlerden dolayı, sivillerin güvenliği veya askeri nedenler gerektirmedikçe sivillerin yer değiştirilmesi talimatı verilmesi; ix) Karşı tarafın savaşçıları haince öldürme veya yaralama;

x) Merhamet gösterilmeyeceğini ilan etme; xi) Karşı tarafın hâkimiyeti altında bulunan kişilerin tıp, diş veya hastane tedavisi gerekliliği olmadan, kişisel çıkarlarına aykırı bir şekilde ölüme yol açabilecek veya sağlığı ciddi tehlikeye düşürebilecek nitelikte tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması veya fiziksel sakatlanmaya maruz bırakılması; xii) Savaşın gereklilikleri elkoymayı veya imha etmeyi zorunlu kılmadıkça düşman mallarının imha edilmesi veya bu mallara el konulması."

<sup>52</sup> Human Rights Watch, "You Can Still See Their Blood". Executions, Indiscriminate Shootings, and Hostage Taking by Opposition Forces in Latakia Countryside, 2013, [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/syria1013\\_ForUpload.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/syria1013_ForUpload.pdf), p. 5. Bu beş muhalif grup, Şükür El-Şam, IŞİD, Şabat El-Nusra, Ceys-ul Muhacirin vel-Ensar ile Ahrar el-Şam olarak ifade edilmiştir.

<sup>53</sup> Bunun olabilmesi için Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yönelik ihbar niteliğinde bir karar alması gerekirdi (Suriye'nin Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul ettiğine dair bir bildirimde bulunma ihtimalini ya da Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıyan devletlerden birinin Suriye'de savaş suçu işlediğine dair bir soruşturma açılmasını beklemeksizin sadece bu olaya özgü olarak Mahkeme'nin yargı yetkisine dayanarak). Şunu da belirtmekte yarar var ki, Uluslararası Kamu Hukuku ve Politika Grubu, Suriye'deki uluslararası insan hakları ihlallerine dair muhtemel bir yargılama için şimdiden bir taslak hazırlamış durumdadır. Taslağı incelemek için bkz. Chautauqua Blueprint for a Statute for a Syrian Extraordinary Tribunal to Prosecute Atrocity Crimes, Public International Law and Policy Group (October 2013), <http://publicinternationallawandpolicygroup.org/wp-content/uploads/2013/09/Chautauqua-Blueprint1.pdf>.

geleneksel hukuk kuralları bulunmaktadır<sup>54</sup>. Bu demektir ki, mahkemelerin yargı yetkisi belirlenirken bazen mülk ilkesi, bazen de faile göre şahsilik ilkesi geçerli olacaktır. Şayet ne mülk ilkesi (yer yönünden yetki), ne de şahsilik (failin vatandaşlığı yönünden yetki) kuralları işletilebiliyorsa; “evrensellik” ilkesi, devletleri savaş suçlarını araştırmaya ve gerektiğinde şüphelileri soruşturmaya sevk edebilecektir<sup>55</sup> (tabi bu konsept sadece uluslararası silahlı çatışma bağlamında uygulanabilir<sup>56</sup>).

Şunu da ifade etmek gerekir ki, terörist eylemleri de uluslararası insan hakları hukukunun ciddi ihlalleri (savaş suçları) içinde mütalaa etmek gerekir. Örneğin, Uluslararası Savaş Suçları Mahkemesinin savaş suçları listesine göz attığımızda (50 ve 51 numaralı dipnotlara bakınız), rehin almanın, sivil halka veya çatışmanın tarafı olmayan kişilere karşı doğrudan saldırıların savaş suçu kapsamında soruşturulabileceğini görmekteyiz<sup>57</sup>.

## 5.2 İnsanlığa Karşı Suçlar

Çatışma bölgelerine giden yabancı savaşçıları soruşturmaya konu edebilmek için elverişli diğer bir isnat da -bir savaş olsun/olmasın uygulanabilecek olan- insanlığa karşı suç iddiasıdır. Adam öldürme, tutsak etme veya uluslararası hukukun temel değerlerini ihlal edici nitelikteki hareket serbestisinin çiğnendiği diğer eylemler; işkence ve bunun gibi fiziki ya da mental sağlık üzerinde onulmaz eza veya acıya yol açan insanlık dışı fiilleri “yaygın ya da sistematik bir biçimde sivil halka karşı işlenen eylemler bütünü” bir parçası olarak kasten işleyen kişi insanlığa karşı suç işlemiş kabul edilmelidir<sup>58</sup>. Bu noktada İnsan Hakları İzleme Örgütünün yukarıda bahsettiğimiz raporunda bulunan şu kısmın altını çizmeliyiz: “*İnsan Hakları İzleme Örgütü*

---

<sup>54</sup> J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, Cambridge University Press:Cambridge 2005, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>, Rule 158 (p. 607).

<sup>55</sup> Bkz. ibid., Rule 157 (p. 606) and Rule 158 (p. 607).

<sup>56</sup> Bkz. ibid., Rule 158 (p. 607).

<sup>57</sup> Ayrıca bkz. J.D. van der Vyver, “Prosecuting terrorism in international tribunals”, Emory International Law Review, Vol. 24, Issue 2 (2010), pp. 540-541.

<sup>58</sup> UCM Roma Statüsü'nün 7/2. maddesi.



*tarafından toplanan kanıtlar; 4 Ağustos'ta ve sonrasında adam öldürme, rehin tutma ve muhalif güçlerce işlenen diğer istismarlar insanlığa karşı işlenen suçların miktarındaki artışı göstermektedir. Bu suçların geniş ölçeği ve organize karakteri bize bunların insanlığa karşı suç işleme yönündeki kararlı ve sistematik eğilimin birer parçası olduklarını işaret etmektedir.”<sup>59</sup>*

### 5.3 Soykırım

Suriye'deki çatışmanın hizipsel karakteri, bazı eylemleri soykırım olarak tasnif etmemize bile neden olabilir. Bilindiği üzere soykırım; etnik, ırki, ulusal ya da dini bir grubun tamamını veya bir kısmını ortadan kaldırmak niyetiyle, sözkonusu grubun mensuplarını öldürmek ya da akıl veya beden sağlığını ciddi şekilde bozmak ve bu doğrultudaki diğer eylemler olarak ortaya çıkabilmektedir<sup>60</sup>. Bu çerçevede Suriye'de olan bitene baktığımızda şu tespiti nakledebiliriz: *“Sünni grupları desteklemek için civardan Suriye'ye ciddi bir silah ve savaşçı akışı olmaktadır. Ayrıca YouTube ve Facebook'ta halen isyancı grupların elinde olan Alevilerin, Hristiyanların, Kürtlerin ve seküler grupların katledilmesini öneren paylaşımları düşünelim. Bu materyaller, çocukları ve gençleri hedef alan soykırım propagandası videoları ve sadece onların dini görüşünü paylaşmadığı veya başka bir kültürel kimliğe ait olduğu için öldürülenlerin görüntüleri isyancıların soykırım niyetini yeterince ortaya koymaktadır.”<sup>61</sup>*

### 5.4 Terörizm

Terörizmin uluslararası genel kabul görmüş kesin bir tanımı bulunmasa da, uluslararası metinlerden yola çıkarak yabancı savaşçıların terör suçu kapsamında soruşturulması mümkündür. Nitekim, 30 Mayıs 2013'te Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, El Kaide ve onunla ilişkili kişi ve oluşumları

---

<sup>59</sup> HRW, “You Can Still See Their Blood” (2013), p. 95.

<sup>60</sup> UCM Roma Statüsü'nün 6. maddesi. Bir grubun orta kalkması için kısırlaştırma gibi “diğer eylemler” tabiri ise muhtemelen Suriye için çok geçerli değildir.

<sup>61</sup> Bkz. Human Rights Investigations, “Is Obama supporting genocide in Syria?”, 2 September 2013, <http://humanrightsinvestigations.org/2013/09/03/obama-supporting-genocide-in-syria/>.

içeren ve mal varlığının dondurulması, seyahat yasağı ve silah ambargosu gibi yaptırımları öngören kara listesine El Nusra Cephesi'ni de dahil etmiştir<sup>62</sup>. El Nusra'nın kara listeye girmesi idari bir tasarruftur ve elbette bireylerin cezai statüsü doğrudan doğruya etkilemez, ancak El Nusra'ya katılan yabancı savaşçılar için El Kaide ve terörizm bağlantısını ispat etmek daha kolay olacaktır. Konu terörizm olunca, devletlerin yapması gereken şey şüpheliyi soruşturmak ya da talep eden devlete iade etmekten ibarettir. Nitekim Birleşmiş Milletler 1373 sayılı (2001)<sup>63</sup> kararında:

*“Bütün devletlerin: (...) c) Terörist eylemlere malî kaynak sağlayanlara, örgütleyenlere, destekleyenlere veya bu eylemleri işleyenlere ya da faillerine yataklık edenlere sığınma hakkını vermeyi reddetmesi; (...) e) Terörist eylemlere mali kaynak sağlayan, örgütleyen veya terörist eylemleri işleyen, iştirak eden ya da onlara destek veren her şahsı adalet önüne çıkartması ve bu şahıslara karşı alınabilecek önlemler haricinde, bu terörist eylemleri ulusal mevzuatta vahim suç haline getirerek, öngörülen cezaların bu eylemlerin vahameti ölçüsünde olmasına dikkat etmeleri (...).”* buyurulmuştur<sup>64</sup>.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Terörle Mücadele Komitesi'ne göre bu karar, nerede işlenmiş olursa olsun terör suçları bakımından devletlere soruşturma ve yargılama yükümlülüğü getirmektedir. Bu tedbir, her bir devleti yargılama ya da başka bir devlete iade etme yetkisine sahip kılmakla teröristlerin kaçacak yerinin olmamasını temin etmeyi amaçlamaktadır<sup>65</sup>. Dolayısıyla bu bağlamda bir cezai soruşturma süreci başlayabilecek, ancak

<sup>62</sup> Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 2083 (2012) sayılı kararının 1. paragrafında da öngörülmüştür. Bkz. UN Security Council, “Security Council Al-Qaida Sanctions Committee Amends Entry of One Entity on Its Sanctions List”, SC/11019, 30 May 2013, <http://www.un.org/News/Press/docs/2013/sc11019.doc.htm>.

El Kaide ve ilgili kişi ve kuruluşları konu edinen bu karar, 1267 (1999) and 1989 (2011) sayılı BM kararlarını teyid ve takip etmektedir.

<sup>63</sup> Metinde 2011 olarak belirtilen tarih hatalı olduğundan doğrusu yazıldı. (ç.n.)

<sup>64</sup> Birleşmiş Milletler 1373 (2011) sayılı 28 Eylül günlü kararı, 2/c ve e maddeleri.

<sup>65</sup> Birleşmiş Milletler 1373 (2001) sayılı kararının uygulanmasında ortaya çıkan sorunları gidermek için kurulan Terörle Mücadele Komitesi başkanının tespitlerine dair: Annex of UN Doc. S/2004/70 of 26 January 2004), p. 6. Terörle Mücadele konseptinde “soruşturma yahut iade etme” üzerine daha fazla bilgi için bkz. C. Paulussen, “Impunity for international terrorists? Key legal questions and practical considerations”, ICCT Research Paper, April 2012, <http://www.icct.nl/download/file/ICCT-Paulussen-Impunity-April-2012.pdf>.

terör suçunun uluslararası bir tanımı olmadığından bunun için ulusal mevzuata bakmak gerekecektir.

### **Sonuç ve Tavsiyeler**

Suriye'de bulunan veya Suriye'den dönüş yapan yabancı savaşçılar konusu, hayli karmaşık ve dinamik bir sorundur. Bu sorun geçtiğimiz sene katlanarak büyüdü, Yukarıda belirtildiği üzere, Suriye'deki ve yabancı savaşçıların Avrupa'da temas halinde olduğu sosyal çevrelerdeki mevcut durum karşısında, bu gidişlerin bir kısa vadede son bulacağına dair hiçbir işaret yoktur. Bu durum aynı zamanda Avrupa'ya dönecekler için de az da olsa geçerlidir.

Yabancı savaşçılar sorunsalına Avrupa çapında kapsamlı bir yaklaşımda bulunmayı öneren seslerin yükselmesine rağmen, harmonize bir karşılık verilmiş değildir. Bu çalışmada da görüldüğü gibi, pasaporta el koymak ve vatandaşlık koşullarının ağırlaştırması gibi sert politikalarından, gidenlerin aile ve arkadaşlarıyla yakın ilişki içine girmek gibi ılımlı yaklaşımlara kadar bir dizi önlemler devletler münferiden hayata geçirmiş durumdadır. Hatta bazı ülkelerde doğrudan doğruya son gelişmeleri ve yabancı savaşçıları merkeze alan adımlar atılmıştır (örneğin artan terörizm tehlikesine karşı Fransa ve Hollanda'da 2012 yılında yeni 'terörle mücadele kanunu' düzenlendi). Yine hem ulusal hem de uluslararası terörle mücadele kapsamında mevcut kanunlarda değişiklik yapıldığı ya da bir şekilde harekete geçildiği görülmektedir (Hollanda'da yabancı savaşçılara soruşturma açılması, İspanya'da Fas'taki radikallerle şüpheli iletişimde bulunan kişilerin tutuklanmaları, İngiltere'de - Suriye'deki adam kaçırma olayları nedeniyle- soruşturma başlaması ve İtalya'da insan kaçakçılığı suçundan yapılan tutuklamalar). İlginç bir şekilde Belçika, en çok yabancı savaşçı gönderen ülkelerden biri olmasına rağmen Suriye'de savaşmak için ülkeden ayrılmayı suç olarak düzenlemek veya pasaportlarına el koymak gibi sert tedbirleri hiç gündemine almamış durumdadır.

Bu çalışma, yabancı savaşçıları, hatta besbelli terörist olan bir kimseyi bile, kategorik olarak bir 'tehdit' olarak göstermek eğiliminde olmamıştır. Elbette bunu düşünürken, yabancı savaşçıların sadece Suriye için bir mesele teşkil ettiklerini, Avrupa için potansiyel bir tehlike arz etmediklerini iddia

ediyor değiliz. Bu gerçek bizi risk değerlendirme, süreç yönetimi ve bu makalede belirtilen dilemmalara (hem ulusal hem de uluslararası seviyede) hukuki yaklaşım sorunlarının üzerine gitmeyi gerektirmektedir. Bu sıkıntılı arka plana karşın, bazı genel ve akademik, bazıları da spesifik olmak üzere birçok öneri formüle edilmiştir.

Risk değerlendirme sorununa ilişkin olarak, Suriye'de savaşan vatandaşı bulunan ülkeler,

1. Bilgi ve istihbarat ağını güçlendirerek, diğer ülkeler ve ilgili kuruluşlarla koordinasyon içinde olmalı,
2. Yukarıdaki tavsiyeye bağlı olarak, müslüman topluluklar, yabancı savaşçıların aileleri ve sivil toplum kuruluşları ile karşılıklı güvene dayalı iyi ilişkiler geliştirmeli;
3. Nihayetinde bölgesel, ulusal ve uluslararası bilgi ve tecrübe paylaşımını artırarak, bu bilgileri risk analizi ile yabancı savaşçıların önlenmesi ve takibi noktalarındaki örnek uygulamaların mukayesesinde ve paylaşımında hayata geçirmeli.

Politik ve idari yetki sorunu bakımından sözkonusu ülkeler,

1. Yabancı savaşçılar üzerine kapsamlı ve belirli bir strateji geliştirmeli ve bu problemin önleme ve takip etme gibi parçalarını da içeren farklı yollarının hangi kurum veya kurumların uhdesinde olacağına karar vermeli;
2. Dönüş yapan yabancı savaşçılar hakkında bu konuyla ilgili -örneğin DDR<sup>66</sup> sahasındaki-önceki çalışmalardan ve başka ülkelerin tecrübelerinden yararlanmalı;
3. Yabancı savaşçılar konusunu siyaset ve asayiş meselesi olmaktan çıkarıp, özellikle topluma yeniden entegre olmak isteyen eski yabancı savaşçılara yardım noktasında politik isteği teşvik etmeli,
4. Önleme ve işbirliği yapmaya odaklanan pratik ve somut öneriler geliştirilerek (bu işbirliği Suriye'deki savaşa katılımı sağlayan veya teşvik eden

---

<sup>66</sup> DDR (**Disarmament, Demobilisation and Reintegration**): Silahsızlandırma, demobilize etme ve topluma yeniden kazandırma. (ç.n.)

kişilerle dahi olabilir), vatandaşlıktan çıkarma gibi sembolik önemlere nazaran bu gibi yöntemlere öncelik vermeli,

5. Politik tutarlılık ve bu meseleyi bir çerçeveye kavuşturmak adına ve söylem/eylem düzeyindeki çelişkileri ortadan kaldırmak amacıyla her seviyede koordinasyonu canlı tutmalı.

Hukuksal açıdan konuyu ele alma zorluğuna gelince, yabancı savaşçı meselesi olan her ülke,

1. Açık ve net esas ve usul kurallarını koymalı, bu kuralları ihdas ederken temel suç tiplerini (adam öldürme, savaş suçları ve insan kaçakçılığı gibi) ve uluslararası metinleri (Terörizmin Önlenmesi Varşova Sözleşmesi gibi) baz almalı;

2. Hukuki çerçeveyi iyi etüt etmeli ve suç politikası üretmek gerçekten gerekli ise bunu yapmadan önce uzun vadeli hedefleri etraflıca analiz etmeli,

3. Ortak soruşturma ekipleri oluşturmak veya mesela Eurojust'ın kontekstinde savcılarının tecrübelerini aktarmalarını sağlamak gibi alanlarda hukuki işbirliği kurmalı.

Son olarak, mevzuun dinamik ve karmaşık karakteri nedeniyle, idari ve hukuki perspektiften olduğu kadar istihbarat açısından da düzgün bir izleme ve takip sisteminin geliştirilmesi gerektiği akıldan çıkarılmamalıdır. Akademisyenler olarak bizler, bu tavsiye ve varsayımların bir kısmının bu yazı yayınlanıncaya kadar gündemden düşeceğini, bir kısmının da mevcut hukuki düzenlemeler ya da politik şartlar karşısında uygulanamaz olduğunun farkındayız. Fakat yabancı savaşçılar fenomeni üzerine çalışan herkes, gerçekleri gözden geçirmek, varsayımları ve enstrümanları test etmek ihtiyacı içinde olduğunu bilmeli ve bu meseleyi derinlemesine kavrayabilmek için gerektiğinde yeni enstrümanlar üretmenin yollarını aramalıdır.



**ALMAN GENEL ASGARI ÜCRETİN BELİRLENMESİNE  
İLİŞKİN 11.08.2014 TARİHLİ KANUNUN TÜRKÇE ÇEVİRİSİ**

*Çeviren: Arş. Gör. Canan ERDOĞAN \**

**Genel Asgari Ücretin Belirlenmesine İlişkin Kanun  
(Asgari Ücret Kanunu) <sup>1</sup>**

Kabul Tarihi 11.08.2014

**Bölüm 1**

**Genel Asgari Ücretin Belirlenmesi**

**Alt bölüm 1**

**Asgari Ücretin İçeriği**

**§1 Asgari Ücret**

(1) Her işçi, işverenden en az asgari ücret miktarınca bir ücretin ödemesini talep hakkına sahiptir.

(2) Asgari ücret miktarı 1 Ocak 2015'den itibaren her çalışma saati için brüt 8.50 Avro'dur. Asgari ücret miktarı, toplu iş sözleşmesinin taraflarından oluşan daimi bir Komisyon (Asgari Ücret Komisyonu)'un önerisi üzerine Federal Hükümet Kararnamesi ile değiştirilebilir.

(3) Gönderilen İşçi Kanunu ve Geçici İşçi Kanunu düzenlemeleri ve onlara dayanılarak belirlenen işkolu asgari ücretleri, asgari ücret miktarının altında kalmadığı sürece, bu kanuna göre öncelikli olarak uygulanır.

---

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Erlangen Friedrich-Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Doktora Adayı, LL.B (Bilkent Üniversitesi), canan.p02@gmail.com.

<sup>1</sup> Kanunun orjinal adı, *Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz- MiLoG)*'dur. (Çevirenin notu)

Birinci cümledeki öncelik, Toplu İş sözleşmesi Kanunu'nun 5. paragrafı ile Gönderilen İşçi Kanunu'nun 4. paragrafının 1. fıkrasının 1. bendi ve 5. paragrafı ile 6. paragrafının 2. fıkrası anlamındaki toplu iş sözleşmesi için de geçerlidir.

## **§2 Asgari Ücretin Vadesi**

(1) İşveren, işçiye asgari ücretini

1. kararlaştırılan vade tarihinde,

2. en geç, çalışılmış olan ayı takip eden ayın son banka iş gününde (Frankfurt am Main),

ödemekle yükümlüdür. Vadenin kararlaştırılmaması durumunda, Mendeni Kanununun 614. paragrafı hükmü saklıdır.

(2) 1. fıkranın 1. cümlesinden farklı olarak, sözleşme ile kararlaştırılan çalışma süresini aşan ve yazılı olarak kararlaştırılmış bir puantaj ile düzenlenen çalışma saatleri, çalışılan saatlere ilişkin asgari ücret talebinin 1. paragrafın 1. fıkrasına göre istikrar kazanmış iş ücretinin ödenmesi yoluyla ifa edilmediği ölçüde, aylık olarak tespitlerinden itibaren en geç 12 takvim ayı içinde, ücretli izin verilmesi veya asgari ücretin ödenmesi yoluyla denkleştirilmelidir. İş ilişkisinin sona ermesi durumunda, işveren tazmin edilmemiş çalışma saatlerini, en geç iş ilişkisinin sona erdiği ayı takip eden takvim ayı içerisinde denkleştirilmelidir. Puantajda düzenlenen çalışma saatleri, sözleşmeyle kabul edilen aylık çalışma saatinin %50'sini aşamaz.

(3) 1. ve 2. fıkra, Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 4. kitabı anlamındaki kredi değerlerine ilişkin anlaşmalar için uygulanmaz. 1. cümle işçilerin korunmasına ilişkin muadil yabancı düzenlemelere de uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

## **§3 Asgari Ücretin Emredici Niteliği**

Asgari ücretin altında kalan ya da bunun ileri sürülmesini sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmalar, bu ölçüde geçersizdir. İşçi 1. paragrafın 1. fıkrasından kaynaklanan hakkından yalnızca mahkeme önündeki sulh durumunda vazgeçebilir; diğer durumlarda feragat mümkün değildir. Hakkın kullanılmaması nedeniyle düşmesi mümkün değildir.



## **Altbölüm 2**

### **Asgari Ücret Komisyonu**

#### **§4 Görev ve Oluşumu**

(1) Federal Hükümet, asgari ücretin miktarının uyarlanması hakkında karar verecek daimi bir Asgari Ücret Komisyonu kurar.

(2) Asgari Ücret Komisyonu her beş yılda yeniden atanır. Komisyon, bir başkan, oy hakkı olan altı daimi üye ve oy hakkı olmayan bilim çevresinden iki üye (danışma üyeleri)'den oluşur.

#### **§5 Oy Hakkı Olan Üyeler**

(1) Federal Hükümet, işçi ve işveren konfederasyonlarının önerisi ile sendika ve işveren dernekleri çevresinden oy hakkı olan üçer üye atar. İşçi ve işveren konfederasyonlarının oy hakkı olan üye olarak en az bir kadın ve bir erkek üye önermesi gerekir. Konfederasyonlardan, işçi veya işveren tarafından, üçten fazla kişi önerilmesi durumunda, işçi ve işveren menfaatlerinin federal alandaki iş yaşamında temsili için ilgili konfederasyonun önemi ile orantılı olarak öneriler arasında seçim yapılır. Bir taraf kendi öneri hakkını kullanmazsa, bu tarafın üyeleri, Federal Hükümet tarafından sendika veya işveren kuruluşları çevresinden atanır.

(2) Bir üyenin ayrılması durumunda, 1. fıkranın 1. ve 4. cümlesindeki düzenlemeye göre yeni bir üye atanır.

#### **§6 Başkanlık**

(1) Federal Hükümet, başkanı işçi ve işveren konfederasyonlarının ortak önerisi üzerine atar.

(2) Konfederasyonlar ortak bir öneride bulunmazsa, Federal Hükümet işçi ve işveren konfederasyonlarının önerisi üzerine her birinden birer başkan atar. Başkanlık, başkanlar arasında, 9. paragrafa göre verilecek her bir karara göre değişir. İlk olarak başkan olacak kişi, kura ile belirlenir. 5. paragrafın 1. fıkrası 3. ve 4. cümleler uygun olduğu ölçüde uygulanır.

(3) Başkanın ayrılması durumunda, 1. ve 2. fıkralardaki düzenlemeye göre yeni bir başkan atanır.

### **§7 Danışma Üyeleri**

(1) Federal Hükümet ayrıca işçi ve işveren konfederasyonunun önerisi üzerine bilim çevresinden birer danışma üyesi atar. Federal Hükümet işçi ve işveren konfederasyonlarının danışma üyesi olarak bir kadın ve bir erkek üye tavsiye etmesi yönünde gayret etmelidir. Danışma üyesi,

1. Bir işçi veya işveren konfederasyonu ile,
2. Bir işveren kuruluşu veya sendika ile ya da
3. 1. ya da 2. bentte sözü edilen kuruluşlarca desteklenen bir kuruluş ile

herhangi bir istihdam ilişkisi içinde olmamalıdır. 5. paragrafın 1. fıkrasının 3. ve 4. cümleleri ile 2. fıkrası uygun olduğu ölçüde uygulanır.

(2) Danışma üyeleri, bilimsel uzmanlıklarını kullanarak, özellikle 9. paragrafın 2. fıkrası uyarınca yapılacak incelemelerde, Asgari Ücret Komisyonuna destek olurlar. Bu üyelerin, Asgari Ücret Komisyonu'nun görüşmelerine katılma hakları vardır.

### **§8 Üyelerin Hukuki Statüsü**

(1) Asgari Ücret Komisyon üyeleri, faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ile ilgili talimat almazlar.

(2) Asgari Ücret Komisyon üyelerinin etkinlikleri fahri olarak yürütülür.

(3) Asgari Ücret Komisyon üyeleri, iş mahkemelerinde bilâücret hâkimlere uygulanan düzenlemeler uyarınca faaliyetlerini yürütmeleri nedeniyle ortaya çıkan kazanç kayıpları ve masraflar ile yol giderleri için münasip bir tazminat alırlar. Asgari Ücret Komisyon başkanı tazminatlar ve geri ödenebilir yol masraflarını her bir olayda ayrı ayrı belirler.

### **§9 Asgari Ücret Komisyonun Kararı**

(1) Asgari Ücret Komisyonu, asgari ücret miktarının uyarlanması hakkında ilk olarak 30 Haziran 2016 tarihinde 1 Ocak 2017'ye kadar geçerli olacak şekilde karar vermelidir. Sonrasında, Asgari Ücret Komisyonu asgari ücret miktarının uyarlanması ile ilgili olarak her iki yılda bir karar vermelidir.

(2) Asgari Ücret Komisyonu, bir bütün olarak yapacağı inceleme ile işçilere makul bir asgari koruma sağlamaya ve adil ve sürdürülebilir rekabeti mümkün kılmaya elverişli ve istihdamı tehlikeye atmayan uygun bir asgari ücret miktarı belirler. Asgari Ücret Komisyonu, asgari ücret miktarının belirlenmesinde izleyen toplu sözleşme gelişmelerine dayanır.

(3) Asgari Ücret Komisyonu kararlarını yazılı olarak gerekçelendirmelidir.

(4) Asgari Ücret Komisyonu, asgari ücretin, işçilerin korunması, rekabet koşulları ve belirli iş kolundaki ve bölgelerdeki istihdam ve üretim üzerindeki etkilerini sürekli olarak değerlendirir ve bu bilgileri ve kararını rapor olarak iki yılda bir Federal Hükümet'e sunar.

### **§10 Asgari Ücret Komisyonunun Çalışma Usûlü**

(1) Asgari Ücret Komisyonu oy hakkına sahip üyelerin en az yarısı hazır olması ile karar alabilir.

(2) Asgari Ücret Komisyonunun kararları hazır bulunan üyelerin basit çoğunluğu ile alınır. Karar alınırken başkan ilk önce oyunu açıklamaz. Eğer çoğunluk sağlanamazsa, başkan uzlaşma önerisinde bulunur. Uzlaşma önerisinin görüşülmesinden sonra da çoğunluk sağlanmazsa, başkan oy hakkını kullanır.

(3) Asgari Ücret Komisyonu, işçi ve işveren konfederasyonlarını, işveren kuruluşları ve sendikaları, kamu hukukuna tabi dini toplulukları, hayır kurumlarını, ekonomik ve sosyal menfaatleri organize eden toplulukları ve asgari ücretin uyarlanmasından etkilenen diğerlerini asgari ücret miktarına ilişkin kararı vermeden önce dinleyebilir. Komisyon, harici organlardan bilgi ve teknik değerlendirme alabilir.

(4) Asgari Ücret Komisyonunun toplantıları kamuya açık değildir; görüşmelerinin içeriği gizlidir. Komisyon diğer usuli kurallarını bir iç tüzük ile belirler.

### **§11 Kararname**

(1) Federal Hükümet, Asgari Ücret Komisyonu tarafından önerilen asgari ücret uyarlamasını kararname ile Federal Konseyin onayı olmadan tüm

işverenler ve işçiler için bağlayıcı yapabilir. Kararname Asgari Ücret Komisyonu'nun kararında belirtildiği tarihte, ama en erken yayınlandığı günün ertesi günü yürürlüğe girer. Kararname, yeni bir kararname tarafından ortadan kaldırılıncaya kadar geçerlidir.

(2) Kararnamenin kabulünden önce işçi ve işveren konfederasyonlarını, işveren dernekleri ve sendikalarına, dini topluluklara, hayır kurumlarına, ekonomik ve sosyal menfaatleri organize eden topluluklara yazılı görüşlerini vermeleri için fırsat tanınır. Görüş verilme süresi, kararname tasarısının duyurulması ile başlar ve üç haftadır.

### **§12 Asgari Ücret İçin Sekreterlik ve Bilgilendirme Birimi; Ücretlerin Karşılanması**

(1) Asgari Ücret Komisyonu faaliyetlerinin icrasında bir sekreterlik tarafından desteklenir. Sekreterlik mesleki olarak Asgari Ücret Komisyonu başkanına bağlıdır.

(2) Sekreterlik, Federal İş Sağlığı ve Güvenliği Enstitüsünde, bağımsız örgütsel bir birim olarak kurulur.

(3) Sekreterlik, işçilere ve teşebbüslere asgari ücret konusu hakkında asgari ücret bilgilendirme birimi olarak bilgi verir ve tavsiyelerde bulunur.

(4) Asgari Ücret Komisyonu ve sekreterliğin faaliyetlerinden dolayı ortaya çıkan masraflar Federal Devlet tarafından karşılanır.

## **Bölüm 2**

### **Medeni Hukuk Yönünden Uygulanması**

#### **§13 İş Sahibinin Sorumluluğu**

Gönderilen İşçi Kanunu'nun 14. paragrafı niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

### Bölüm 3

#### Kamu İdareleri Tarafından Kontrol ve Uygulama

##### §14 Yetki

İşverenlerin 20. paragraf çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirdiklerini incelemek konusunda Gümrük İdaresi yetkilidir.

##### §15 Gümrük İdaresi ve Diğer Resmi Dairelerin Yetkileri; İş Sahiplerinin Katılma Yükümlülüğü

Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun 2. ila 6., 14.,15., 20., 22. ve 23. paragrafları niteliği uygun düştükçe şu koşullarla uygulanır;

1. Orada anılan idareler, 20. paragrafa göre asgari ücrete riayet edilip edilmediği hakkında doğrudan veya dolaylı olarak bilgi veren iş sözleşmelerini, Belgeleme Kanunu'nun 2. paragrafına göre düzenlenen tutanakları ve diğer iş belgelerini inceleyebilirler.

2. Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun 5. paragrafının 1. fıkrası uyarınca iştirak yükümlülüğü olanlar bu belgeleri sunmak zorundadır.

Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun 6. paragrafının 3. fıkrası ve 16 ilâ 19. paragrafı niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur.

##### §16 Bildirim Yükümlülüğü

(1) İdare merkezi yurt dışında bulunan ve bir veya daha fazla işçisi Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun 2a paragrafında belirtilen ekonomik dallarda veya alanlarda bu yasanın uygulama alanı kapsamında çalışan bir işveren, her bir eser ya da hizmete başlamadan önce, 6. fıkraya göre yetkili Gümrük İdaresi'ne, inceleme için esaslı bilgileri içeren yazılı bir bildirim Almanca olarak sunmakla yükümlüdür. Esaslı bilgiler şunlardır:

1. Bu işveren tarafından bu yasanın uygulama alanı çerçevesinde çalıştırılan işçilerin soyadı, adı ve doğum tarihi,
2. İşin başlangıcı ve öngörülen süresi
3. İşin yapılacağı yer

4. 17. paragrafa göre belgelerin hazır tutulması gereken ülke içerisindeki yer

5. Sorumlu kimselerin soyadları, adları, doğum tarihleri ve Almanya içerisindeki adresleri

6. Beşinci bentte yazılı kimse ile aynı değilse, tebellüğe yetkili bir kişinin soyadı, adı ve adresi.

Bu bilgilerdeki değişiklikleri işveren 1. fıkra anlamında derhal bildirmek zorundadır.

**(2)** İşveren, 20. paragrafta öngörülen yükümlülüklerine uyacağına dair bir teyit belgesi eklemelidir.

**(3)** Merkezi yurt dışında olan ödünç veren işveren tarafından bir ya da daha fazla işçi ödünç alan işverene gönderilirse, ödünç alan işveren Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun 2a paragrafında belirtilen ekonomik dallarda veya alanlarda, birinci fıkranın birinci cümlesindeki koşullara göre iş veya hizmetin sunulmasına başlamadan önce yetkili Gümrük İdaresi dairesine Almanca dilinde yazılmış aşağıdaki hususları içeren bir başvuru sunar:

1. Gönderilen işçinin soyadı, adı ve doğum tarihi
2. Göndermenin başlangıcı ve süresi
3. İşin yapılacağı yer
4. 17. paragrafa göre gerekli belgelerin hazır tutulacağı yurt içindeki yer
5. Tebliğe yetkili ödünç verenin soyadı, adı ve Almanya içerisindeki adresi,
6. Ödünç veren işverenin soyadı, adı veya firması ve adresi.

Birinci fıkranın üçüncü cümlesi niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

**(4)** Ödünç alan işveren, 20. paragrafta öngörülen yükümlülüklerine uyacağına dair bir teyit belgesi eklemelidir.

**(5)** Federal Maliye Bakanlığı, Federal Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile anlaşarak, kararnameler yolu ile Federal Konseyin onayı aranmaksızın;

1. 1. fıkranın 1. ve 3. cümlesi, 2. ve 3. fıkranın 1. ve 2. cümleleri ve 4. fıkradan ayrı olarak başvurunun, başvuru değişikliğinin ve teyit bildiriminin hangi yolla ve hangi teknik ve organizasyonel koşullarla elektronik olarak bildirebileceğini,

2. İstisnai olarak başvuru değişikliğinin hangi koşullarda gerekli olmayacağı,

3. Gönderilen işçilerin düzenli olarak tekrarlanan bir eser veya hizmet ediminde görevlendirilmesi veya ifa edilebilecek eser veya hizmet ediminin sair özelliklerinin gerektirmesi durumunda, başvuru sürecinin nasıl kolaylaştırılabileceği ve değiştirilebileceğini

belirler.

(6) Federal Maliye Bakanlığı, kararname ile Federal Konseyin onayı aranmaksızın 1. fıkranın 1. cümlesi ve 3. fıkranın 1. cümlesine göre yetkili makamı belirleyebilir.

#### **§17 Belgelerin Hazırlanması ve Hazır tutulması**

(1) Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 4. kitabının 8. paragrafı 1. fıkrası uyarınca veya Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun 2a paragrafında yer alan ekonomik alan veya dallarda işçi çalıştıran işverenler, bu işçilerin günlük çalışma saatlerinin başlangıcı, sonu ve süresini, işin ifasına başlanan günü takip eden yedi takvim günü içerisinde kaydeder ve bu kayıtları ilgili kayıt için esas alınan tarihten itibaren en az iki yıl muhafaza eder. 1. cümle, Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun 2a paragrafı çerçevesinde ödünç verenlerden bir ya da daha fazla işçi ödünç alan işveren hakkında da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır. 1. cümle Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 4. kitabının 8a. paragrafı çerçevesindeki iş ilişkileri için uygulanmaz.

(2) 1. fıkradaki işverenler, 2. paragrafla bağlantılı olarak 2a paragrafta öngörülen yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kontrolü için gerekli olan belgeleri, ülke içerisinde, Almanca dilinde, işçilerin bu kanunun uygulama alanı kapsamında fiilen çalıştıkları toplam süresi boyunca, en az tüm iş ve hizmetin ifa süresi için, ancak toplamda iki yılı geçmemek üzere hazır bulundurur. İnceleyecek idarenin talebi üzerine, belgeler ayrıca işin görüleceği yerde de hazır bulundurulur.

(3) Federal Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Federal Konseyin onayı aranmaksızın kararnameler yolu ile işverenin ya da ödünç alan işverenin 16. paragraf ve 1. ve 2. fıkra çerçevesindeki yükümlülüklerini belirli işçi grupları ya da ekonomik alan veya dallar için sınırlandırabilir veya genişletebilir.

**(4)** Federal Maliye Bakanlığı, Federal Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile anlaşarak, kararnameler yolu ile Federal Konseyin onayı aranmaksızın, yapılacak eser veya işin özelliklerinin veya ilgili ekonomik alan ya da dalın özelliklerinin gerektirdiği durumlarda işverenin yanında çalışan işçilerin günlük çalışma saatlerinin nasıl kaydedileceği ve bu kayıtların nasıl muhafaza edileceğine ilişkin yükümlülüklerinin nasıl kolaylaştırılabileceği veya değiştirileceğini belirler.

#### **§18 Milli ve Yabancı Daireler ile Birlikte Çalışma**

**(1)** Yetkili Gümrük İdaresi, 16. paragrafın 1. ve 3. fıkradaki başvurular hakkında yetkili yerel Eyalet Maliye Dairelerini bilgilendirir.

**(2)** Gümrük İdareleri ve Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun 2. paragrafında yer alan diğer idareler, Avrupa Ekonomik Bölgesi Hakkında Antlaşma'nın tarafı olan diğer ülkelerin bu kanunda öngörülenlere eşdeğer görevleri yerine getiren veya Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nda yetkili olan veya bir işverenin 20. paragrafta öngörülen yükümlülüklerine uyup uymadığı hakkında bilgi verebilecek olan idari kuruluşları ile verilerin korunmasına ilişkin hükümlere uygun olarak birlikte çalışabilirler. Cezai meseleler konusunda milletlerarası adli yardıma ilişkin düzenlemeler saklıdır.

**(3)** Gümrük İdaresi daireleri, merkezi işletme sicilini, 21. paragrafın 1. ila 3. fıkralarına göre kesinleşmiş idari para cezaları hakkında, idari para cezası 200 Avro'dan fazla olmak kaydıyla bilgilendirir.

#### **§19 Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma**

**(1)** 21. paragrafa aykırılık nedeniyle 2.500 Avro'dan az olmamak üzere idari para cezasına çarptırılan istekliler, güvenilirliklerini tekrar kazandıklarını kanıtlamalarına kadar makul bir süre boyunca Rekabetin Sınırlanmasına Karşı Kanun'un 98. paragrafında belirtilen iş sahiplerinin mal teslimi, inşaat veya hizmet sunulması işleri için yapılan ihalelerine katılmaktan yasaklanırlar.

**(2)** 21. paragrafa göre işlenen kabahatlerin kovuşturulması ve cezalandırılması için yetkili idareler, Rekabetin Sınırlanmasına Karşı Kanun'unun 98. paragrafının 1 ila 3. ve 5. bentlerinde sayılan iş sahibi kamu idarelerine ve iş saibi kamu idarelerince kabul edilen ihale ön koşulları listelerini ve teşebbüs yahut sağlayıcı listelerini hazırlayan makamlara talep üzerine gerekli bilgileri verebilirler.



**(3)** 2. fıkrada belirtilen kamu idareleri, faaliyetleri çerçevesinde, 21. paragrafın 1. fıkrası veya 2. fıkrasındaki bir kabahat sebebiyle verilen kesinleşmiş idari para cezaları hakkında merkezi işletme sicilinden bilgi isteyebilir veya başvurudan 1. fıkra uyarınca yasaklanmasını gerektiren bir durum olmadığına dair beyan isteyebilir. Başvuranın beyanı durumunda iş sahibi kamu idaresi, 2. fıkraya göre her zaman merkezi işletme sicilinin ilave bilgilerini İşletme Kanunu'nun 150a. paragrafına göre isteyebilir.

**(4)** 2. fıkrada belirtilen kamu idaresi, 30.000 Avro ve üzerindeki ihalelerde, ihaleyi alacak olan istekliden, ihalenin verilmesinden önce, merkezi işletme sicilinden İşletme Kanunu'nun 150a paragrafı uyarınca bir kayıt getirmesini ister.

**(5)** İhaleden yasaklanma hakkında karar vermeden önce başvurular dinlenebilir.

### **§20 Asgari Ücretin Ödenmesi Hakkında İşverenin Yükümlülüğü**

Ülke içerisinde veya dışarısında merkezi olan işveren, ülke içerisinde çalıştırılan işçilere, en az 1. paragrafın 2. fıkrasına göre asgari ücret miktarınca bir ücret, en geç 2. paragrafın 1. fıkrası 1. cümlesi 2. bendinde belirtilen süre içerisinde ödemekle yükümlüdür.

### **§21 İdari Para Cezası Hükümleri**

**(1)** Kasten veya ihmalle;

1. Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Yasası'nın 5. paragrafının 1. fıkrasının 1. cümlesi ile bağlantılı olarak 15. paragrafın 1. cümlesine aykırı şekilde yapılacak incelemeye katlanmayan veya katılmayan,

2. Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Yasası'nın 5. paragrafının 1. fıkrasının 2. cümlesi ile bağlantılı olarak 15. paragrafın 1. cümlesine aykırı şekilde bir taşınmaz veya çalışma alanına girilmesine katlanmayan,

3. Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Yasası'nın 5. paragrafının 3. fıkrasının 1. cümlesi ile bağlantılı olarak 15. paragrafın 1. cümlesine aykırı şekilde hiç veya doğru yahut tam olarak ya da öngörülen şekilde ve süresi içinde bilgi vermeyen,

4. 16. paragrafın 1. fıkrasının 1. cümlesi veya 3. fıkrasının 1. cümlesine aykırı olarak bir bildirim hiç veya doğru yahut tam olarak veyahutta öngörülen şekilde ve zamanda yapmayan veya hiç veya doğru yahut tam olarak veyahutta öngörülen şekilde ve zamanda sevk etmeyen,

5. 16. paragrafın 3. fıkrasının 3. cümlesiyle de bağlantılı olarak 1. fıkrasının 3. cümlesine aykırı olarak değişikliklere ilişkin başvuruyu, hiç veya doğru yahut tam olarak veyahutta öngörülen şekilde ve zamanda yapmayan,

6. 16. paragrafın 2. veya 4. fıkrasına göre teyit bildirimini hiç, doğru veya zamanında eklemeyen,

7. 17. paragrafın 1. fıkrasının 1. cümlesi ve bağlantılı olarak 2. cümlesine aykırı olarak kayıtlarını hiç, doğru veya tam olarak yahut zamanında hazırlamaz, veya hiç ya da en az iki yıl saklamayan,

8. 17. paragrafın 2. fıkrasına aykırı olarak belgeleri hiç, doğru veya tam olarak yahut öngörülen şekilde hazır tutmayan veya

9. 20. paragrafa aykırı olarak bu maddede belirtilen ücreti hiç veya zamanında ödemeyen

kişi bir kabahat işlemiş olur.

**(2)** Eser veya hizmet edimlerini esaslı ölçüde,

1. 20. paragrafa aykırı olarak, orada belirtilen ücreti hiç veya zamanında ödemediğini ya da

2. 20. paragrafa aykırı olarak, orada belirtilen ücreti hiç veya zamanında ödemeyen bir alt yükleniciyi kullandığını veya kullanılmasına müsaade ettiğini bildiğini veya kusurlu olarak bilmediği bir yükleniciye yaptıran kişi bir kabahat işlemiş olur.

**(3)** Kabahat, 1. fıkranın 9. bendi ile 2. fıkrada belirtilen hallerde 500.000 Avro'ya kadar, diğer hallerde de 30.000 Avro'ya kadar bir idari para cezası ile cezalandırılabilir.

**(4)** Kabahatler Kanunu'nun 36. paragrafının 1. fıkrasının 1.bendi anlamındaki idareler, ilgili çalışma alanları ile ilgili olarak 14. paragrafta anılan idarelerdir.

**(5)** Federal idareler ve doğrudan federal kamu tüzel kişileri lehine icra için ve 14. paragrafta anılan idareler tarafından Kabahatler Kanunu'nun 111d paragrafına göre konulan hacizlerin icrası için Federal İdari İcra Kanunu uygulanır.

## Bölüm 4

### Son Hükümler

#### §22 Kişi Bakımından Uygulama Alanı

**(1)** Bu kanun işçiler için uygulanır. Mesleki Eğitim Kanunu'nun 26. paragrafı anlamındaki stajyerler bu kanun anlamında işçi olarak kabul edilir, meğer ki,

1. Okullara ilişkin hukuki düzenlemeler, mesleki eğitim düzenlemeleri, yüksekokul hükümlerine dayalı olarak veya yasal olarak düzenlenmiş bir mesleki akademide zorunlu staj yapsınlar,

2. Mesleki eğitim için üç aya kadar oryantasyon olarak ya da bir üniversite eğitimine kabul için staj yapsınlar,

3. Eğer daha önce aynı eğitim veren yanında bu tür bir stajyerlik yapılmamışsa, üç aya kadar bir meslek ya da yüksekokul eğitimine eşlik eden staj yapsınlar ya da,

4. Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 3. kitabının 54a paragrafına göre giriş yeterliliğinde veya Mesleki Eğitim Kanunu'nun 68 ila 70. paragraflarına göre mesleki eğitim hazırlığına katılsınlar.

Stajyer, Mesleki Eğitim Yasası anlamında bir mesleki eğitim veya bununla eşdeğer uygulama eğitim niteliğinde olmaksızın, hukuki ilişkinin tanımlanmasından bağımsız fiili düzenleme ve sözleşme ilişkisinin işleyişi sürecinde belirli ve sınırlı bir sürede, pratik bilgi ve deneyim kazanmak, mesleki faaliyetlerine hazırlık için belirli çalışma faaliyetlerinde bulunan kişidir.

**(2)** Genç İşçileri Koruma Kanunu'nun 2. paragrafının 1. ve 2. fıkraları anlamında mesleki eğitimini bitirmemiş kişiler, bu kanun anlamında işçi sayılmazlar.

**(3)** Mesleki eğitim için çalışanlar ile fahri çalışanların ücretleri bu kanun tarafından düzenlenmez.

**(4)** İşin doğrudan başlamasından önce Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 3. kitabının 18. paragrafının 1. fıkrası anlamında uzun süreli işsiz olan işçilerin

iş ilişkileri için asgari ücret işin ilk altı ayında uygulanmaz. Federal hükümet, yasama organlarını 1 Haziran 2016'ya kadar, 1. cümledeki düzenlemenin ne ölçüde uzun süreli işsizlerin iş piyasasına kazandırılmasını sağladığı hakkında bilgilendirir ve bu düzenlemenin devam edip etmemesi hakkındaki değerlendirmelerini verir.

### **§23 Değerlendirme**

Bu kanun 2020 yılında değerlendirilebilir.

### **§24 Geçiş Hükümleri**

**(1)** Temsili toplu iş sözleşmesi taraflarının yaptıkları toplu iş sözleşmelerinin bu kanundan ayrılan hükümleri, eğer bir toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı kapsamındaki yurt içinde veya dışında merkezi olan işverenler ve onların işçileri için bağlayıcı kılınmışsa, 31 Aralık 2017'ye kadar asgari ücrete göre önceliklidir; 1 Ocak 2017'den itibaren bu anlamda aykırı düzenlemeler her çalışma saati için en az brüt 8,50 Avro ücret öngörmelidir. 1. cümle uygun olduğu ölçüde, Gönderilen İşçi Kanunu'nun 11. paragrafına ve Geçici İşçi Kanunu'nun 3a paragrafına dayanarak hazırlanan kararnamelere de uygulanır.

**(2)** Gazete dağıtıcıları, 1 Ocak 2015'ten itibaren 1. paragrafın 2. fıkrasının 1. cümlesinde öngörülen asgari ücretin %75ini ve 1 Ocak 2016'dan itibaren %85'ini talep hakkına sahiptir. 1 Ocak 2017'den 31 Aralık 2017'e kadar asgari ücret gazete dağıtıcıları için her çalışma için brüt 8,50 Avro'dur. 1. ve 2. cümle anlamındaki gazete dağıtıcıları, bir iş ilişkisi içerisinde münhasıran periyodik olarak gazete veya dergileri son müşteriye dağıtan kişidir; ayrıca düzeltilmiş içerikleri ile reklam ilanlarını dağıtanlar da bu kapsamdadır.

## HUKUK SOSYOLOJİSİ: NEREDEN GELDİK, NEREYE GİDİYORUZ? <sup>1</sup>

Rita J. SİMON <sup>2</sup> – James P. LYNCH <sup>3</sup>

Çeviren: Arş. Gör. Uğur DİNÇ <sup>4</sup>

Hukuk sosyolojisindeki çalışma ve eğilimlere dâir bu muhâsebe tüketici ve kuşatıcı olmak gibi bir iddiada bulunmuyor. Eğer bu alandaki büyük çalışmalar, önemli meseleleri ve boşlukları –gelişen eğilimleri göstererek ve geleceğin istikametine dâir fikirler sunarak– belirlemek ve vurgulamakta başarılı olursa, hedeflerimizi gerçekleştirmiş olacağız.

Birleşik Devletler’de aşağı yukarı altmış yıllık bir tarihe sahip olan bir alanın geçmişi üzerine eğiliyoruz. İki akademisyen son günlerde bu tarihi ele aldı. Her ikisi de bu alanın başarılarına dâir negatif değerlendirmelerde, geleceğine dâir karamsar öngörülerde bulunuyor. Hukuk ve toplum hareketinin seyrini değerlendiren Lawrence Friedman’a göre:

Şu husus doğrudur ki, hukuk ve toplum hareketi mensupları hukuk fakültesinin içinden ziyade dışında yaygındır. Fakat onların konumu hiçbir yerde güçlü değil. Hukuk sistemi üzerine çalışanlar, buldukları yer-

---

<sup>1</sup> “The Sociology of Law: Where We Have Been and Where We Might Be Going.” başlığıyla *Law & Society Review*, Volume 23, Number 5 (1989), pp 825-847’da yayınlanan bu makalenin Türkçe tercümesinin yayın izni alınmıştır. / Reprinted by permission of the Law and Society Association.

<sup>2</sup> Rita J. Simon Washington D.C.’deki Amerikan Üniversitesi’nde Üniversite Profesörüdür. Simon, doktora derecesini Chicago Üniversitesi’nden 1957’de almıştır. *The Jury and the Defense of Insanity* (1967); *The American Jury* (1980); David Aaronson ile birlikte *The Insanity Defense*, (1988); *The Jury System* (1975); ve *Readings in the Sociology of Law* (1968) başlıklı eserleri de dâhil olmak üzere, jüri sistemi ve hukuk sosyolojisi üzerine birçok kitabın yazar ve editörüdür.

<sup>3</sup> James P. Lynch Washington D.C.’deki Amerikan Üniversitesi’nde Adâlet, Hukuk ve Toplum Bölümünde Yardımcı Profesörüdür. Lynch, doktora derecesini Chicago Üniversitesi’nden 1983’te almıştır. Tarama metodolojisi, suç mağduriyeti ve uluslararası cezalandırma uygulaması karşılaştırmaları üzerine makaleler yazmıştır. Albert D. Biderman ile birlikte, suç oranı istatistikleri üzerine yakında çıkacak olan bir kitabın yazarıdır.

<sup>4</sup> Arş. Gör., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ugurdinc@windowslive.com

lerde marjinal görünüyorlar. Hukuk sosyolojisi, siyâset bilimindeki yargısal sistemler öğrencileri, hukuk antropolojisi, hukuk psikolojisi, bunların hiçbirisi, ne yazık ki, kendi disiplinlerinde “anaakım” değil: bunlar “curcunanın döndüğü sahada” değil. Anaakımlar, tabii ki, tanım uzlaşımı meseleleridir. Hızlı bir şekilde seyir değiştirirler. Henüz bunun gerçekleşeceğine dâir emâreler yok. Gerçekten, bu eğilim diğer yöne evrilebilir: kamu hukuku ve yargısal davranış çalışmaları bazı siyâset bilimi bölümlerinde yok olmak üzere. Ve *mâlî* zemin de bulunmuyor. Bu ülkede her türden araştırmaya milyarlarca dolar harcanır. Oldukça azı hukuk ve toplum araştırmasına aktarılır. Ulusal Bilim Vakfı’nda iyi yürütülen bir program var; araştırma için yılda harcadığı para bir gün yüksek-enerji fiziğinin bir günlük ihtiyacını karşılamaz. Hukuk ve toplum araştırmacıları bir avuç para için çırpınan dilenciler. Bir *yatırım* aşırı derecede küçük olduğu zaman, yeni katılımcıların gelmesi zor olur; ve elde edilecek sonuç da küçük olur. Bu zayıf pozisyon, söz konusu alanda bizâtihi esaslı zayıflık olarak görünen şeyi, eğer ona katkıda bulunmuyorsa, pekiştirir. Birçok gözlemciye göre, şimdiye kadar yapılan çalışmalar çok azdır: vak’a araştırmalarına dâir tutarsız ya da sonuçsuz bir yığın. (Öyle görünüyor ki) ortada temel bulunmuyor; bir çalışma bâriz olanı ispatlamaktadır, bir diğeri zayıfça tasarlanmıştır; hukukî davranış aksiyomları yoktur, “kanunları” yoktur, bir birikim gerçekleşmez. Bu çalışmalar bazen ilgi çekici ve ara sıra kullanışlıdır. Fakat ortada “bilim” yoktur; ortaya hiçbir şey çıkmaz. Hukuk ve ekonomi doğa bilimi mesabesinde: Eleştirel Hukuk Çalışmaları yüksek kültür ve yıkma hazzını verir. Hukuk ve toplum hareketinin, bir tür sonbahara özgü şüpheliğin dışında, heybesinde bir şeyin bulunmadığı görünüyor. Ana mesaj şuna benziyor: Her şey bağlamsaldır. Büyük kuramlar zaman zaman ortaya çıkar, fakat yaşam gücüne sahip değildir; vak’a çalışmalarıyla ölüme terk edilir. Bir ana damar yoktur. Ve, elbette ki, bu şikâyetlerde bir doğruluk payı var –ancak eğer hukuk “bilimi” standardı evrensel, zamansız ve imkânsız ise. (Friedman, 1986: 779)

Daha negatif olanı ise Robert Tremper’in 1987 tarihli çalışmasında öngördüğü kasvetli gelecektir ki, şöyle başlar: “Hukuk ve toplum bilimi psikiyatrist koltuğunda. Kederinden perişan vaziyette, kendinden şüphe eden,

rolünün farkında olmayan, kimi zaman cılız olan bu alan literatürde bir on yıldır müşahede altında” (Tremper, 1987: 267-68). Tremper’a göre, bu hayal kırıklığının kaynakları bu hareketin mahkemelerden yeterince saygı görmemesi ve araştırmacıların, yürüttükleri çalışmaların yöntemleri, derinliği ve istikametinden duydukları tatminsizlikti.

İlk mesele, bizlere sosyal bilimcilerin yarım yüzyıl önce, hukuk mesleği tarafından yalnızca belli belirsiz malûmat sahibi oldukları konu ve meselelere kesin, özel cevaplar vermeleri gereken pozisyonlarda bırakılmaktan dolayı şikâyet ettiklerinde ifâde ettikleri hüsrânı hatırlatır. Tremper şu notu düşmüştü:

Hukuk ve bilim zümreleri için araştırma yürütmenin muhtelif talepleri birçok çalışmanın bir şekilde noksan kalmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Sosyal bilimciler kanıtlanabilir bilgilerinin sınırlarının ötesine uzanan mahkeme gözlemlerinde bulduklarında bazı yetersizlikler özellikle baş belası hâline gelmektedir. (ibid.: 270)

Bu eğilimler ne kadar geçerlidir ve ne kadar meşrudur? Bu soruyu cevaplama girişimlerimiz bu makalenin büyük kısmının etrafında örüldüğü odak olmuştur.

## I. ORJİNLER VE ENTELEKTÜEL KÖKLER

1920’lerin sonları ve 1930’ların başlarında, küçük bir hukuk profesörleri (Columbia’dan Llewellyn; Harvard’dan Pound) ve temyiz mahkemesi üyeleri (Cardozo, Holmes, Brandeis) grubunun ve rehberliği ve liderliğindeki hukukî realistler derslerdeki hukukî meselelerin çözümünde, sosyal bilimcilerin mahkemelerde bilirkişi, laboratuvarlarda araştırmacı olarak katılımını savunarak hukuk eğitimini yeniden yapılandırmaya ve hukukî tefekkürü ıslah etmeye çalıştılar.

Bu hareket tavsiye ettikleri müfredat değişiklikleri konusunda hukuk eğitimcilerinden fazla destek görmemişti. Örneğin, sosyal bilimciler Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde aile hukuku öğretimine Amerikan ailesi hakkındaki demografik verileri tanıtmışlar ve bunun rol ve işlevlerinin sosyolojik analizleri Fakülte’nin geleneksel vak’a hukuku yaklaşımını korumayı tercih eden birçok mensubu tarafından reddedilmişti. Diğer “büyük deney-

ler”de hukukçu akademisyenlerle entelektüel ortaklar olarak birlikte çalışan sosyal bilimcilerin hevesleri gördükleri muamele dolayısıyla kırılmıştı. Sıklıkla, bir uyuşmazlığın bir ya da diğer tarafınca çağrılan bilirkişi olarak sorgulandıklarını ve belirli sorulara kesin bir evet ya da hayır cevabını vermelerinin beklendiğini görmüşlerdi. Sosyal bilimciler genellikle hukukçu akademisyenlerin kullanışlı buldukları türden cevapları veremiyorlardı; ve bundan dolayı hukukçuların meselelere karşı takındıkları tavırdan alınmışlardı.

Hukuk sosyolojisi hareketinin gelişimindeki ilk aşamanın güçlü bir akademik temeli yoktu ve on yılın sonu itibariyle tarihe karışmış görünüyordu. Yeniden doğuşu on beş yıl sonra, 1950’lerin ortalarında gerçekleşmişti.

## II. HUKUK VE SOSYAL BİLİM ARAŞTIRMA PROJESİ

1950’lerde bu çabaların hedefleri ve örgütlenişi özel araştırma programlarına yönlendirilmişti. Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi, dekanı olan Edward Levi’nin liderliğinde, üç önemli kurumun disiplinlerarası olarak araştırılması için Ford Vakfı’nın desteğini elde etti: jüri sistemi, vergi sistemi ve ticarî tahkim. Kurumsal anlaşmalar hukukçu akademisyenlerin çalışacakları meseleleri seçmelerini, sorulacak sorulara karar vermelerini ve sonuçların kullanılabileceği hedefleri belirlemelerini gerektiriyordu. Katılım için davet edilen sosyal bilimcilerden proje tasarımları, veri toplama teknikleri geliştirmeleri ve ulaşılan sonuçların güvenilirliği ve geçerliliğini sağlamaları bekleniyordu. Sosyal bilimciler bu cihetle hukukçuların önemli olduğunu düşündükleri araştırma meselelerini işler hâle getirmek ve incelemede ihtiyaç duyulan işçi ve teknisyenler olarak görülüyordu. Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde ve otuz yılı aşkın bir zaman önce başlatılan araştırma projelerine, hukuk ile sosyal bilimler arasında disiplinlerarası araştırma yürütmede başarılı bir yöntemle ulaşmaları dolayısıyla çoğunlukla güvenilmektedir. Bu projelerle gerçekte ne kadar bilgi üretildiğine dâir titiz bir inceleme ise hayal kırıklığı sebeplerini artırmakta ve heyecan ve başarı hissinden ziyâde başarısızlık hissi vermektedir. Disiplinlerarası araştırma için seçilen üç konu içinden yalnızca jüri projesi akademik makale ve monograflar üretmişti. Başlangıçta, vergi projesi (ki kişisel gelir vergisi hakkında kamunun bilgisi ve tavrına dâir bir araştırma olarak belirlenmişti) durdurulmuştu, çünkü



sosyal bilimciler hukukçuların –ki Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde kişisel gelir vergisi üzerine birçok araştırmada bulunan birkaç kimse vardı- ilgili soruları sorduğuna inandıkları ve sosyal bilimcilerin de ele alıp inceleyebileceklerine inandıkları bir enstrüman geliştirememişti.

Ticârî tahkim projesi biraz daha iyi yürümüşü. Bir tasarı hazırlanmış, veri toplanmış ve malzemelerden bazıları incelenip yayınlanmıştı. Fakat beklentiler elde edilen sonuçlardan çok daha ötede idi. Büyük makale ya da monograflar yayınlanmadı ve ticârî tahkim üzerine olan bu çalışmalara neredeyse hiç atıf yapılmamaktadır. Neredeyse unutulmuş bir dönemdir. Geriye jüri projesi kalıyor; ve bütün hukuk ve sosyal bilim araştırma çabaları jüri çalışmaları sâyesinde olumlu ve mühim olarak hatırlanmaktadır. Gerçekten, jüri projesinin hukuk ve sosyal bilimde yeni bir disiplinlerarası araştırma geleneğine ilham verdiği inandırılmaktadır. Bu projede uygulanan iş bölümü birkaç on yıl boyunca devam eden hukukçu ve sosyal bilimcilerin dâhil olduğu gelecek projeler için bir paradigma hâline gelmiştir.

Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde bir yıl bulunup çeşitli araştırma çabalarını gözlemledikten kısa bir süre sonra, Philip Selznick hukuk sosyolojisinin geçireceği üç aşamayı birbirinden ayırmış ve bu alanın ikinci aşamada, kendisinin “sosyolojik işçilik” olarak adlandırdığı aşamada bulunduğunu belirtmişti. Selznick’e göre, ikinci aşama araştırmacıların özel sosyolojik teknik ve bulguları belirli hukukî mesele ve kurumlara uyguladıkları aşamadır. O, böyle bir aşama sırasında ortaya çıkabilecek tehlikelere karşı şu uyarıda bulunmuştu:

Ortada gözden kaçırılmaması gereken ciddî bir risk bulunmaktadır. Eğer tekniği öne çıkarırsak, kaçınılmaz olarak mevcut insan gücüne uygun projeler geliştirmiş oluruz. Şüphesiz, müşteriye pratik olarak hemen kullanılabilecek bilgi vadetmeleri bakımından böyle projelerin çoğu zaman bir piyasa değeri vardır. Fakat tecrübe itibarıyla biliyoruz ki, teknik-duyarlı araştırma önemli kuramsal kaygılarca ya da müşterinin kendisi için en uzun vadeli öneme sahip konularca bile nadiren etkin bir şekilde yönlendirilmektedir. Küçük-grup kuramını jüri çalışmasına uygulama çabaları bir istisna olarak görülebilir, fakat aslında böyle değiller. Küçük grup çalışması, belirli ilkelerin ötesinde, sosyolojide daha zayıf

şekilde gelişen alanlardan birisidir; eğer bu çalışma hukuk sosyolojisinin öne çıkarılırsa, bunun sağlayabileceği güvenilir bilgi, sağlayacağı sofistike araştırma tekniğini uygulama fırsatından daha az olacaktır. (Selznick, 1959: 119-120)

Jüri çalışmalarının sonuçlarına dâir derinlikli bir inceleme ortaya koyacaktır ki, umulan ve planlanandan çok daha azı gerçekleştirilmiştir. Kalven-Zeisel'in *Amerikan Jürisi*<sup>5</sup> isimli çalışması, elbette ki, bu çabaların en önemli parçasıdır ve Selznick'in ikinci aşama olarak belirlediği, sosyal bilimciler ile hukukçu akademisyenler arasındaki iş bölümünü örneklendirmektedir (Kalven ve Zeisel, 1966). Çok saygın bir metodolog (*Say It with Figures*'ün yazarı) ve kamuoyu analisti olan Hans Zeisel hâkimlerin davalar hakkında jürilerin kararlarını ve kendi görüşlerini belirtmelerine yer veren bu çalışmayı suçlamaların tasviri, davalıların karakter özellikleri, tanıkların sayısı ve delillerin uygunluğu ile meselelerin karmaşıklığına dâir değerlendirmeleri dikkate alarak tasarlamıştı. Zeisel'in tasarımıyla çalışan Kalven, statik sonuçların okunması konusunda yoğun bir çalışma yürüttü; ardından bu verilerin incelenmesi ve yorumlanması ve sonuçların elde edilmesinde Zeisel ve onun sosyal bilimci grubuyla birlikte yakın olarak çalıştı. İlk planlar, birisinde hukuk davalarındaki, diğerinde ceza davalarındaki hâkim-jüri mukayesesini değerlendiren, en azından iki cilt gerektiriyordu. *Amerikan Jürisi* hukuk davalarına kısaca değinir, fakat neredeyse tümüyle ceza davalarına adanmıştır. Hukuk davaları hakkında kapsamlı bir inceleme henüz gerçekleştirilmedi.

Fred Strodtbeck tarafından tasarlanan, hukuk davalarına da odaklanan "deneysel" jüri çalışmalarından ortaya çıkan sonuçlar hiçbir zaman tek bir cilt hâlinde açıklanmadı. Strodtbeck ve onun sosyal bilimci meslektaşları tarafından yayınlanan makaleler öncelikle jüri müzakerelerindeki sosyal sürece, jüri üyelerinin statü özellikleri ve katılım düzeyleri ve jürideki koalisyon oluşumuna odaklanmıştı. İyi ya da kötü, Selznick'in belirttiği gibi, deneysel jüri çalışmalarının içine oturtulduğu kuramsal bağlam "küçük gruplar" idi. Bu sosyolojik alt alanın kavrayış ve kuramsal perspektifleri Amerikan jürisini inceleme noktasında büyük bir paradigma hâline geldi. Strodtbeck'in

---

<sup>5</sup> The American Jury

hukukî yazım konusunda bir çalışma arkadaşı bulunmuyordu, bunun sonucu olarak hukuk jürileri bakımından jüri üyelerinin şahitliği nasıl değerlendirdiği, bilirkişilere nasıl cevap verdiği, hukukî talimatları nasıl anlayıp bunlara nasıl uyduğu ve davanın çeşitli yönlerine nasıl daha az ya da çok önem verdiğine dâir içeriksel verilerin çoğu hiç bir zaman açıklanmadı. *Jüri ve Delilik Savunması*'nda<sup>6</sup> Simon, Strodtbeck'in tasarımını uyarlamıştı, -ki bu gerçek jüri üyelerinin özne olarak iş görmelerini, dava kayıtlarını dinlemelerini, bir karara varana dek müzakerede bulunmalarını içeriyordu,- ve jürilerin, davalarının delilik savunmasında bulunduğu ceza davalarına verdikleri cevapları açıklamıştı (Simon, 1967).

Parça parça basılı hâle gelen jüri projesinin üçüncü büyük parçası, o zamanlar yeni bir hukuk fakültesi mezunu olan, Zeisel ve Strodtbeck'in yardımlarıyla, iki yıl boyunca bir mahkemede oturup aynı hâkimin önünde gerçekleşen jüri duruşmalarını gözlemleyerek bir araştırma tasarlayan Dale Broeder'in çalışmasıydı. Aldığı hukuk eğitimi sayesinde Broeder, delil ağırlığı, avukatların niteliği ve talimatların açıklığı konusunda kendine ait değerlendirmelerde bulunmuştu. Ardından, jüri kararını verdikten sonra, davayı mahkeme hâkimi ve jürinin her bir üyesiyle tartışmıştı. Esasen Broeder, her bir jüri üyesinden müzakere sürecinde ne olduğunu özetlemesini, her bir jüri üyesinin kendi katkısının kapsam ve niteliğini değerlendirmesini ve her birinin karardan ne kadar tatmin olduğunu ifade etmelerini istemişti. Strodtbeck'in malzemeleri gibi, Broeder'in çalışmasının yalnızca bazı kısımları dergilerde yer aldı. Projesinin tamamı hiç bir zaman yayınlanmadı. Broeder iyi bir etnografin yardımından yoksundu ve görünen oydu ki, topladığı veri yığını tutarlı bir inceleme ve anlatıya dönüştürecek kuramsal bir perspektife yerleştirememişti.

Dolayısıyla, 1953'ten başlayarak on yılı aşkın bir zamana yayılan ve hukuk sosyolojisine yönelik ilgi ve çalışmanın yeniden doğuşunun başlatıcısı olarak anılan Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki hukuk ve Davranışsal Bilim Projesinin sonuçları ilk üç projeden birinde önemli sonuçlar üretmiştir. Fakat bu tek proje için bile, planlananların çoğu ve hatta toplanan veriler, kısmen hukukçu akademisyenler ve sosyal bilimcilerin bir araya gelip

---

<sup>6</sup> The Jury and the Defense of Insanity

birbirinin uzmanlığından yararlanma noktasındaki başarısızlıkları sebebiyle incelenmemiş ve raporlaştırılmamış hâlde durmaktadır. Buna rağmen, jüri projesinin bulguları hâlâ tam kapasitede çalışan entelektüel bir endüstrinin doğmasını sağlamıştır. Jüri üzerine daha yeni çalışmaları bu makalede daha sonra inceleyeceğiz.

### III. HUKUK VE TOPLUM DERNEĞİ

Chicago tecrübesinden bir on yıl kadar sonra, bu alan 1964'te Hukuk ve Toplum Derneği'nin<sup>7</sup> kurulması ve *Hukuk ve Toplum Dergisi*'nin<sup>8</sup> çıkarılmasıyla diğer bir aşamaya geçmişti. Harry Ball, Hukuk ve Toplum Derneği'nin resmî kuruluşuna takaddüm eden ad hoc komitenin başkanı sıfatıyla, bu derneğin sosyal bilimin hukuk araştırmasına dönük katkılarına dönük ilgideki hızlı artışa bir cevap olduğunu ifade etmişti (Ball, 1965: 111). *Hukuk ve Toplum Dergisi*'nin ilk editörü Richard Schwartz şunu dile getirmişti:

*Hukuk ve Toplum Dergisi*'nin yayınlanması sosyal bilimciler ve hukukçuların disiplinlerarası bir diyalog yürütebilecekleri bir foruma olan artan ihtiyaçlarından kaynaklanmaktadır. Son on yıl boyunca, sosyal bilimlerin her biri kendi disiplinleri ve bir bütün olarak toplum için büyük öneme sahip hukuk siyaseti konularıyla yüzleşmeyi zorunlu gördüler. Siyâset biliminde, mahkemelerdeki ve idârî makamlardaki karar süreci, kanunkoyucular üzerine süregelen çalışmaya paralel kapsamda araştırılmıştır. Siyaset bilimciler dikkatlerini hukukî kararların uygulanmasına da, özellikle hükûmet kurumlarının hukukun etkisinin önemli bir belirleyicisi olarak görüldüğü alanlara çevirdiler. Sosyologlar da, hukukî sürece giderek artan bir ilgi gösteriyorlar. Onların çalışmaları medenî haklar, yoksulluk ve suç gibi alanlarda nüfusun hukuktan etkilenme tarzları hakkındadır. Her iki meslek de bir yandan toplum ile kültür arasındaki ilişkiyi, diğer yandan da hukukî kurumların doğası ve işleyişini araştırırken antropologlarla işbirliği yapıyor. Ayrıca, diğer meslek gruplarının, - özellikle ekonomistler, sosyal hizmet uzmanları, klinik ve sosyal psikologlar ve psikiyatristlerin- hukuk siyâsetinin oluşturulmasında değerli

---

<sup>7</sup> Law and Society Association

<sup>8</sup> Law and Society Review

olduğu düşünülen bilgisine başvuruluyor. En önemlisi, hukuk mesleği bu tür bilgilerin gönülsüz bir müşterisi olmaktan, bu araştırma sürecinin aktif bir katılımcısı olmaya doğru kayıyor. (Schwartz, 1966: 6)

Yeni kurulan derneğin ilk icraatlarından birisi önde gelen akademisyenlerin çalışmalarına dâir bir “literatür değerlendirmesi” yaptırmak olmuştur. Jerome Skolnick’in “Amerika’da Hukuk Sosyolojisi: Genel Durum ve Eğilimler”<sup>9</sup> adlı çalışması o zamana dek yapılmış olan çalışmaları gözden geçirmiş ve bu alanın gidebileceği yollara dâir tavsiyelerde bulunmuştu (Skolnick, 1965: 4-39). Skolnick’in değerlendirmesi son on yıl süresince gerçekleştirilen büyük deneysel çalışmaların birçoğuna yer vermişti. Bu değerlendirmenin otuz dokuz sayfadan oluşması o zaman itibarıyla bu alan hakkındaki algısal zenginliğin bir delilidir. Jüri Projesi “Amerika’daki hukuk sosyolojisine ilk büyük katkı alanı” olarak ayrıntılı şekilde ele alınmıştı (ibid.: 8). Bu çalışmanın o zamana dek tamamlanmış hâline dâir değerlendirmesinde Skolnick şunu yazmıştı:

Kuramsal ya da felsefî olsun, bu bulgular hakkında heyecan verici olan çok az şey var. Ortada ne toplumsal bir sistem olarak adâlet yönetimine dâir bir inceleme, ne de mevcut bulguları yorumlamak için daha yüksek düzen kavramları geliştirmesi var. Dahası, şimdiye dek yayınlanan malzemeler dava malzemelerinin dava taraflarınca getirilmesi sistemi, masumiyet karinesi gibi büyük hukukkuramsal konularla ilişkilendirmek konusunda çok az şey söylüyor. Bu erdemler pozitivismindir, eksiklikler de öyle. (ibid.: 12)

Skolnick “Hukuk Sosyolojisi”ndeki diğer büyük tema ve konuları da ele almıştı. Hukuk mesleği üzerine yapılan çalışmaları konvansiyonel “Amerikan araştırma sosyolojisi” geleneği içinde yürütülmek ve hukuk sosyolojisinden ziyâde meslekler sosyolojisi formatına uygun düşmekle nitelemişti. Smigel’in (1964), Carlin’in (1962), O’Gorman’ın (1963) ve Ladinsky’nin (1963: 47-54) çalışmaları Skolnick’in eleştirilerine zemin hazırlamıştı. Ona göre “bir dereceye kadar jüri öğrencilerinin bunu doğal bir küçük grup etkileşimi olarak kavramaları ve bu bakımdan bir sosyolog için ilgi çekici olduğunu düşünmelerinde olduğu gibi, hukukçular da bir profesyonel işçi kategorisi ola-

---

<sup>9</sup> The Sociology of Law in America: Overview and Trends

rak görülüyordu” (Skolnick, 1965: 10). Hukuk mesleği, jüri çalışmaları gibi, bu makalede daha sonra inceleyeceğimiz bir diğer konudur.

Skolnick’in değindiği diğer temalar Amerikan toplumundaki dezavantajlı gruplara sunulan hukuk hizmetlerini ve hem medenî hukukun hem de ceza hukukunun sosyal adâletsizlikleri azaltmakta nasıl kullanılabileceğini inceleyen projelerdi. Çeşitli sınıfların ve etnik ya da ırkî toplulukların hukuka erişimini ele alan daha önceki ve çağdaş çalışmalar da bu makalede ele alacağımız bir diğer temadır.

Hukuk sosyolojisindeki erken dönem çalışmaları Friedman ve Tremper’in yakın zamanlı değerlendirmelerinde ifâde edilenden daha büyük bir umutla yürütülmüş ve değerlendirilmişti. Buna rağmen, bu daha yeni değerlendirmelerde saptanan aynı meselelerden bazıları daha önce de âşikârdı. Hukuk sosyolojisinde hukuk ile sosyal bilim ve hukukçular ile sosyal bilimciler gergin ortaklardır. Her biri bu girişime hiçbir zaman tam olarak bir noktada buluşamayan kendi hedefleriyle birlikte gelmiştir. Hukukçular sosyal bilimcileri teknisyenler olarak, sosyal bilimciler hukuku genel kuramsal ilgi konularını araştırma fırsatı olarak gördüler. Bu gergin ilişkinin tohumları ilk zamanlarda ekilmişti ve bunlar bazı rahatsızlıkları ve belki de Friedman ve Tremper’in bahsettiği karamsarlığı üretecek kadar büyümüştür.

#### **IV. HUKUK SOSYOLOJİSİNDE YENİ EĞİLİMLER**

Bu makalenin odağını şimdi ve geçmişte nerede bulunduğumuza dâir genel bir değerlendirmeden, en azından son otuz yıl boyunca gelişimini gördüğümüz birtakım tema ve eğilimlerin incelenmesine çevireceğiz. Bu konular medenî hukuk ve ceza hukuku, hukuk mesleği, jüri üzerine araştırmalar, hukuka erişim, büyük kuram ve ülkeler arası çalışmalara dâir göreceli bir yoğunlaşmayı içermektedir.

##### **A. Ceza Hukuku ve Medenî Hukuktaki Verimliliğe Dâir Bir Karşılaştırma**

Hukuk sosyolojisi literatürü gözden geçirildiğinde, medenî hukuka nazaran ceza hukuku üzerine çok daha fazla çalışma yapıldığı görülür. Bu ampirik sosyal bilim araştırması için özellikle böyledir. Dahası, bu araştırma,

medenî hukuk araştırmasından ziyâde, siyâset oluşturma süreciyle çok daha yakından ilişkilidir.

Ceza hukukuyla ilgili çok çeşitli konular üzerine esaslı araştırmalar yapılmıştır. Çocuk suçluluğunun ve suçlu davranışın sebepleri üzerine süregelen kuramsal ve ampirik araştırma akımı bulunmaktadır. Âdetâ, ceza adâleti sisteminin suça verdiği cevap, polis hareketliliğinden cezalandırma ve ıslah kurumlarının toplumsal örgütlenmesine kadar her yönüyle soruşturulmuştur. Ceza hukuku üzerine yapılacak araştırmalar için vitrin vazifesi görececek *Hukuk ve Toplum Dergisi*<sup>10</sup>, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*<sup>11</sup>, *Suç ve Çocuk Suçluluğunu Araştırma Dergisi*<sup>12</sup>, *Kriminoloji, Suç ve Çocuk Suçluluğu*<sup>13</sup>, *Niceliksel Kriminoloji Dergisi*<sup>14</sup>, *Üç Aylık Ceza Adâleti ve Adâlet Dergisi*<sup>15</sup> de aralarında bulunduğu büyük dergilerin sayısı ondan az değildir. Ayrıca, sosyal bilim disiplinlerindeki büyük dergiler son zamanlarda ceza hukuku sosyolojisindeki konuları ele alan makalelere de yer vermeye başladılar. Bu dergiler yaygın şekilde dağıtılmaktadır.

Bunun aksine, medenî hukuk üzerine yapılan araştırmalar çok daha az bir yekûn tutmaktadır. Medenî adâletin birçok yönü hiçbir zaman ampirik bir çalışmaya konu edilmemiştir. Bazı konular bir ya da iki kez incelenmiş, fakat bunlar ceza hukuku sosyolojisini karakterize eden perspektif çeşitliliğiyle yoğun ve mükerrer olarak soruşturulmamıştır. Medenî hukuk üzerine olan araştırmalar için vitrin sayısı daha azdır. Bu çalışmaların çoğunluğu *Hukuk ve Toplum*<sup>16</sup>, *Yargı, Hukuk ve Toplumsal Araştırma*<sup>17</sup> ve *Amerikan Baro Vakfı Dergisi*<sup>18</sup> gibi birkaç dergide ve az sayıdaki hukuk dergisinde çıkmaktadır. Bu dergiler ceza hukukunki dergilerin dağıtımına sahip değildir. Dahası, medenî adâlet alanındaki en ilgi çekici çalışmalardan bazıları ya yayın yapmak

---

<sup>10</sup> Law and Society Review  
<sup>11</sup> Journal of Criminal Law and Criminology  
<sup>12</sup> Journal of Research on Crime and Delinquency  
<sup>13</sup> Criminology, Crime and Delinquency  
<sup>14</sup> Journal of Quantitative Criminology  
<sup>15</sup> Journal of Criminal Justice, and Justice Quarterly  
<sup>16</sup> Law and Society  
<sup>17</sup> Judicature, Law and Social Inquiry  
<sup>18</sup> The American Bar Foundation Journal

açısından sınırlandırılmış olan ya da dergilerde yayın yapma insiyâkı bulunmayan sözleşmeli araştırma şirketleri tarafından yapılmaktadır.

Ceza hukuku üzerine yapılan araştırmalar medenî hukuk üzerine yapılanlardan çok daha yaygın şekilde siyâset tartışmalarında ve aktüel siyâset uygulamalarında kendine yer bulmuştur. Şartlı tahliye öngörü çalışmaları bu konudaki karar alımlarında kullanılmıştır. Kefalet konusunda kişinin kendi taahhüdü üzerine tahliye değerlendirmesi, kabul edilmek bakımından araçsaldı ve başarısızlık ihtimâllerini değerlendirmek için kullanılmıştı. Federal Cezalandırma Komisyonunun talimatları çeşitli cezalandırma alternatiflerinin etkililiği üzerine yapılan ampirik çalışmaların çok sayıdaki katkısı ve sistem etkisi tahminleri ile geliştirilmişti. Medenî alandaki ampirik çalışmaların siyâset üzerinde aynı etkiyi gösterdiğine dair delil bulunmamaktadır.

Hukuk sosyolojisiyle ilgilenenler için bunların hiçbirisi yeni sayılmazken, medenî hukuk ile ceza hukukunun gelişimleri arasındaki bu bâriz farklılıklar, bu alanların toplumsal örgütlenmesi ile üretkenlik arasındaki ilişkiye hakkında bir şeyler söyleyebilir. Niçin ceza hukuku sosyolojisi medenî hukuk sosyolojisinden çok daha fazla gelişti? Niçin ceza hukukundaki araştırmalar siyâset tartışmalarında medenî alandaki çalışmalardan daha geniş olarak yer buldu? Bu soruların cevapları bu alanda daha dengeli bir gelişme sağlama hakkında bize ne söyleyebilir? Bu konular hakkında daha fazlası izleyen bölümlerde söylenecek.

## **B. Hukuk Mesleği Sosyolojisi**

1950'lerin sonu ve 1960'ların başlarında, baronun toplumsal örgütlenişi üzerine önemli bir çalışma alanı ortaya çıkmıştı. Carlin'in müstakil uygulamacılar üzerine olan erken çalışmasını, Smigel'in Wall Street hukukçusu üzerine yaptığı araştırmayı ve O'Gorman'ın çizdiği boşanma avukatı profilini içeren bu araştırmaya Skolnick'in değerlendirmesinde yer verilmişti. Ayrıca, Blaustein ve Porter, Ladinsky, Thielens ve Lortie Amerikan barosunun toplumsal örgütlenişi, hukuk eğitimi süreci ve meslekleşme üzerine çalışma yürütmüşlerdi. Bu çalışmaların tümü, baronun müşterek bir uzmanlık ya da müşterek değerler bütününe paylaşmak anlamında birleşik bir meslek grubu olmadığı sonucuna varmıştı (Carlin, 1962; O'Gorman, 1963; Smigel,



1964; Lortie, 1959; Blaustein and Porter, 1954; Ladinsky, 1963; Thielens, 1957: 131-52). Baro hayli farklılaşmış ve tabakalaşmıştı. İkincisi, böyle farklılaşmış bir grubun ehil bir hizmeti ya da ahlâkî davranışı sağlayacak şekilde kendisini düzenlemesi beklenemezdi. Bu meslekte, baronun tavırlarının mesleğin çoğunluğunca belirlenmesini sağlayacak yeterli mutabakat bulunmuyordu. Üçüncüsü, baronun resmî örgütlenmesi herkesi temsil ettiği ölçüde, elit bir grubun çıkarlarını temsil ediyordu. Bu elit grup, müşterilerinin ekonomik gücü, uygulanan hukuk dalı, okunulan hukuk fakültesi ve üyelerinin toplumsal arka planı ile temâyüz ediyordu. Baroyu Wall Street bürolarındaki beyaz, Anglo-Sakson Protestanlar yönetiyordu. Baro dış dünyada onların çıkarlarını temsil ediyordu. Öz-düzenlemeye yönelik kuralları baronun bu elit kesiminin lehine, daha düşük kesimlerinin aleyhine eğilim gösteriyordu. Dördüncüsü, baronun tabakalaşması yoksul kimselerin baronun nitelik ve ahlâkî bakımdan en düşük mensuplarınca temsil edilmelerine yol açıyordu. Son olarak, bu çalışma bu mesleğin daha düşük statülü mensupları arasındaki hoş olmayan yaygın çalışma koşullarını meydana çıkarmıştı.

Bu çalışmalar aydınlatıcı ve önemliydi. Bunların, çoğu zaman bu mesleğin daha düşük profilli mensuplarınca sağlanan hizmetlerin özel teşebbüsler karşısında kamusal olarak finanse edildiği alternatifleri teşvik eden 1960'ların sonlarındaki entelektüel iklime katkıda bulunduğunu ileri sürmek abartmak olmaz.

Bu çalışmalardan yirmi yıl kadar sonra, baronun toplumsal örgütlenmesi üzerine araştırmalar Amerikan Baro Vakfı ve Chicago Üniversitesi'ndeki bir grup sosyolog ve avukatın çalışmaları ile büyük bir atılım gerçekleştirdi (Heinz ve Laumann, 1982; Halliday, 1987). Bu grup, önceki araştırmacıların ilgilendiği aynı konuların birçoğuna geri döndü, fakat bazı farklı sonuçlara ulaştı. Bir noktaya kadar bu farklılıklar hukuk mesleğinin geçen zaman içinde değişmesi sebebiyledir (ve bu değişikliklere işaret etmek bu çalışmaların büyük katkılarından biridir). Farklılıklardan bazıları, önceki çalışmalarda saklı bulunan ilişkileri ortaya koyan daha sofistike metodolojik tekniklerin sonucu olabilir.

Laumann, Heinz ve arkadaşları önceki çalışmalarla benzer ve aynı zamanda onlardan farklı olan bir baro resmi sunuyorlar. Hukuk mesleği hâlâ tabakalıdır. Bu meslekteki tabakalaşma müşteri tipi ile avukatın arka plan-

daki özelliklerinden hâlâ etkilenmektedir. Bu tabakalaşmanın doğası, buna rağmen, daha karmaşıktır. Tabakalaşma tek boyutlu değil, çok boyutludur. Müşteri tipi –gerçek ya da tüzel kişi– esas belirleyici boyuttur, fakat uygulamanın doğası –mahkeme ya da büro– da güçlü bir etkidir. Meslekteki prestij ile çalışma koşulları arasındaki ilişki de son araştırmalarda, 1950 ve 1960’ların çalışmalarında olduğundan daha karmaşıktır. İkinci durumda, meslekteki prestij çalışma koşulları üzerindeki denetimle doğrudan ilgiliydi. Avukatın prestiji arttıkça, çalışma koşulları üzerindeki denetimi daha büyük oluyordu. Heinz ve Laumann, şirket müşterilerinin gücü ve karmaşıklığının şirketlere hizmet sunan elitlerin meslekî özerkliğini kısıtladığını ileri sürüyorlar. Bunun aksine, baronun daha az prestijli kesimlerinin ekonomik güvenliği daha azdır, fakat çalışma koşulları üzerinde daha büyük denetimleri vardır, çünkü onların müşterileri göreceli olarak sadedir.

Baronun farklılaşmasında müşteri tipinin büyük önemi, Heinz ve Laumann’ı bu mesleğin, önceki araştırmacıların duyduğundan daha az saygıya değer olduğu düşüncesine götürür. Baroda çok güçlü olan “Wall Street hukukçuları”, kendi avukatının çalışma koşullarını denetleyebilen müşterileriyle karşılaştırıldığında, göreceli olarak güçsüz görünüyorlar. Chicago grubu şu sonuca varıyor ki, bu meslek bir öze sahip bulunmamakta ve genel olarak öz-düzenleyici ve öz-koruyucu bir yapıya sahip olmaktan uzak durulmalıdır. Bu meslek müşteri tipi ile, müşterek değerler zemininden ziyâde, müşterilerinin değerlerini ve imgelerini yansıtan uygulamanın doğasınca belirlenen bir gruplar kümesidir.

Chicago grubunun çalışması baroyu, önceki araştırmacıların düşündüğünün aksine, göreceli olarak özgür fail olmadığı ve daha karmaşık toplumsal güçlerin nesnesi olarak bulunduğu daha geniş bir toplumsal bağlama yerleştirmektedir. Özellikle, şirket gücündeki dramatik artış ve şirket kararlarında hukukun artan önemi şirketlerin hukukçularını denetleme ihtiyacını artırmıştır. Şirket işçisi avukatlık bu kontrol içindir. Daha çok şirket hukuku meseleleri personel avukatlar tarafından görülmekte ve şirket işçisi avukatlar dış firmaların işlerine danışmanlık yapabilmektedir. Hukukun büyüyen önemi baronun doğasını değiştirmiştir. Şirketlere yönelik hukuk hizmeti hukukçulara bırakılma râddesinde önemli hâle gelmiştir. Baro hakkında

böyle bir perspektif yararlıdır, çünkü büyük meselelere küçük çözümler getirmekten kaçınmaya yardımcı olmaktadır.

Hukuk mesleğinin toplumsal örgütlenişi hakkındaki daha güncel çalışmaların düş kırıcı tek özelliği daha önceki çalışmaların yaptığı kadar açık şekilde sosyal siyâset bakımından sonuçlar çıkarmamasıdır. Eğer 1960'ların meselesi baronun elitist olması olsaydı, bu durumda baronun elit olmayan kesimlerinin çalışma piyasa ve koşullarını korumak için adımlar atılabilirdi. Bu, mesleğin daha az prestijli mensuplarının hizmet sunduğu kesimler için nitelikli hukuk hizmeti verilmesini teşvik ederdi. Heinz ve Laumann'ın çalışmasının sonuçları açık değildir. Eğer hukuk mesleği özünü yitirmişse, bu kayıp topluma hukuk hizmetlerinin sağlanması açısından ne anlama gelmektedir? Avukatların eğitimini ve denetimini nasıl sağlayabiliriz? Şirket olmayan gerçek kişiler olarak nitelikli hukuk hizmeti alabilmek için ne yaparız? Diğer hukuk kurumlarının –örneğin mahkemelerin– iki katmanlı –şirket katmanının en yetenekliye sahip olduğu– sistemler hâline gelmelerini nasıl önleriz? Baronun toplumsal örgütlenişi üzerine en güncel çalışma siyâset araştırması görüntüsü vermese de, yazarların bulgularından biraz siyâset sonuçları elde etmeleri daha tatminkâr olurdu.

### C. Jüri Çalışmaları

1982 yılı içinde bir hukuk psikolojisi araştırması üzerine bir değerlendirmede, Shari Diamond 1970'lerde ortaya çıkan, jüri üzerine bir "makaleler seli"nden bahsetmişti:1970-1976 arasında seksen yedi makale (Diamond, 1982: 12). Eğer 1970'lerin ikinci yarısından itibaren 1980'lere dek saymaya devam etseydi, bu selin son on yılda seviyesinin azalmadığını görecekti. Diğer konularla karşılaştırıldığında, jüri hakkındaki araştırmaların çoğunluğunun Ulusal Bilim Vakfı tarafından mâlî olarak desteklenmesi jüri çalışmalarının kazandığı önemin bir diğer göstergesidir.

Kendi değerlendirmesinde Diamond, 1960 ve 1970'lerde yürütülen temsîlî jüri deneylerine dâir eleştirilerin çoğunu paylaşmış ve son zamanlarda gerçekçilik üzerine vurgunun ve mahkeme ortamına dönük ilginin artmasından memnun olmuştu. Temsili jüri çalışmalarının eleştirilmesi ve fakülte ikinci sınıf öğrencilerinden gerçek jüri üyelerini içeren karmaşık temsiller

(ör: birkaç saat süren duruşmalar) gerçekleştirmenin, bunun yanı sıra jüri kararlarını gerçek standartlarla (ör: hâkimler) karşılaştırmanın cazibesindeki ironi, bu tekniklerin 1950’lerdeki jüri çalışmalarında kullanılan temel unsurları meydana getiriyor olmasıdır.

1950’lerin deneysel jüri çalışmaları gerçek davalara dayanan kaydedilmiş çok uzun duruşmaları dinleyen gerçek jüri üyelerini (düzenli jüri görevi için çağrılan kimseler) içeriyordu. Avukatların açılış ve kapanış argümanları ve hâkimin duruşmaya ait talimatı da kaydedilmişti. Çalışmaların gerçekleştirildiği ortam büyük şehirlerdeki gerçek mahkeme salonları idi. Çalışma, mahkemedeki hâkimlerden biri tarafından katılımcılara tanıtılıyordu ve katılımları süresince jüri üyeleri, mübaşirinin nezaretinde kalıyorlardı. Her bir duruşma, jüri üyelerinin avukatın kapanış argümanlarını ve hâkimin talimatını dinlemelerinden önce öğle yemeği arası vermeleriyle birlikte genellikle bir gün sürüyordu. Gün içinde, daha önce hizmetlerinin özel koşullarını kendilerine îzâh eden hâkime açıklayacak oldukları bir karara ulaşıncaya dek müzakere ediyorlardı. Saatler süren müzakereden sonra genellikle, eğer bir uzlaşmaya varamamışlarsa, fakat aylak bir jüri görüntüsü de vermek istemiyorlarsa, geceleyin yakın otellerde konaklatılmaları ve ertesi gün müzakerelerine devam ettirilmeleri bu ortamın ve tüm bu deneyimin jüri üyeleri açısından ne kadar gerçekçi olduğunun bir işaretiydi. Müzakere kayıtlarının tekrar tekrar oynatılması ise, jüri üyelerinin, kararlarının davacı ya da sanık hakkında ivedi ya da pratik sonuçlarının olmayacağını bilmelerine rağmen, sorumluluklarını ne kadar ciddiye aldıklarını gösteriyordu.

1960’larda peşi sıra gelen jüri çalışmalarının çoğu sahneyi mahkeme salonundan üniversiteye kaydirmış, katılımcı olarak jüri üyelerinin yerini öğrenciler almış, temsiliyeti tam uzun süreli duruşmalardan sözel ya da yazılı olarak sunulan özetlere doğru kolaylaştırmış ve müzakereleri kısaltmış ya da dâhil etmemişti.

1970’lerin ortalarından sonlarına doğru, rota yeniden değişmiş ve daha gerçekçi çalışmalar tasarlanmıştı. Örneğin Saks (1977) ve Hastie *vd.* (1983) gerçek jüri üyeleri kullanmış, onlara saatler süren duruşma kayıtlarını izletmiş ve bir karara varıncaya ya da kararsız kaldıklarını belirtinceye dek jüri üyelerinin müzakerede bulunmalarını sağlamıştı.

Hem Chicago jüri çalışmalarına, hem de daha yeni temsili jüri araştırmalarının çıktılarına karşı getirilen bir eleştiri sonuçlar meselesidir. Kişiler ya da kurumlar üzerindeki pratik etkilerinin bulunmayışı temsili ya da deneysel jüri çalışmalarının değerini, gerçek jüri işleyişini öngörmede kullanışlı araçlar olmamaları dolayısıyla büyük ölçüde azaltır mı? Böyle bir eleştirinin ne kadar geçerli olduğunu belirlemeye çalışmada çeşitli stratejiler geliştirilmiştir. Chicago projesi, deneysel jüri müzakereleriyle karşılaştırma yapabilmek için “gerçek jüri” müzakerelerini gizlice kayda aldığında kendini her türlü sorunun ortasında buluvermişti. Diğer araştırmacılar, görev sürelerinin sonunda jüri üyeleriyle görüşmüşlerdi. Çoğunlukla, araştırmacılar gerçekçi sonuçlara ulaşabilmek için olabildiğince gerçekçi bir ortam oluşturmaya inanmışlardı.

Mahkeme kürsüsünden destek görmemesi sebebiyle nadiren kullanılmasına rağmen, jüri çalışmalarının tasarlanmasında görece yeni bir unsur olarak “gölge jüri”, yani kanıları önem taşımayacak fakat kararları davayı karara bağlamak için seçilen jürinin belirteceği kararlar karşılaştırılabilir olan, gerçek bir duruşma boyunca mahkeme salonunda bulunan “ikinci bir jüri” kullanımı olmuştur. Gölge ve gerçek jürilerin karar şablonlarının karşılaştırılması temsili jüri kararlarının ne kadar anlamlı ve gerçekçi olduğunun belirlenmesinde izlenebilecek bir yoldu. Ne yazık ki, “gölge jüriler” A.B.D. mahkemelerinde nadir şekilde uygulanmış ve deneysel jüri araştırmalarının katkılarını ispatlayacak ya da böyle çalışmaların muhaliflerinin şüphe ve eleştirilerini giderecek yeterince karşılaştırma yapılmamıştır.

Jüri üzerine yapılan çalışmaların diğer boyutları jüriye yönelik talimatların nasıl en iyi şekilde verilebileceğinin bulunması ve jüri üyelerinin hukuk kurallarını tümüyle ne derece anlayıp bunlara uyduklarının belirlenmesini içeriyordu. Jürinin boyutundaki farklılıkların ve karar tarzlarının etkisi jüri çalışmaları alanında gözde bir konu olmuştur. Müzakereler on iki, altı ya da dokuz kişilik jürilerde gerçekleştirildiğinde kararların değişip değişmediğini ve kararsızlığın daha küçük jürilerde orta çıkmasının güçlü ya da zayıf bir ihtimâlin olup olmadığının tespit edilmesi için birçok çalışma yürütüldü. Oybirligi kuralının bulunmayışı, bu durumun öncelikli olarak kararsız jüri ihtimâlini azaltıp azaltmadığını ve sanığı suçlu bulma ihtimâlini artırıp artırmadığını belirlemek amacıyla çalışma odağına yerleşmiştir. Jüri çalışmaları,

hukuk ve sosyal bilimlerdeki diğer konular gibi, hukukçu akademisyenlerin işbirliği olmaksızın sosyologların ve psikologların hususi sahası olmaktadır.

#### **D. Hukuka Erişim**

Hukuka erişimin kapsamı hukukî kurumlarla ilişkili olan sosyal bilimcilerin uzun süredir ilgisinde olmuştur. Toplumsal yapılar arasında hukuka eşit erişimin var olup olmadığı sorusu, hukukun toplumda eşitliği ya da eşitsizliği sağlayıp sağlamadığı konusunun merkezinde oldu. Eğer hukuka erişim toplumsal yapıların daha yüksek kesimlerinde fazla ise, o takdirde hukukun koruyucu olmaktan çok baskıcı olduğu ileri sürülebilir. Sosyal bilimciler bu soruyla birkaç yüzyıldır ilgileniyorlar. Bu alandaki ilk çalışmalar, makro-sosyolojik bir bakış açısına ve kurumsal incelemeye önem vermişti. Daha yakın geçmişte, sosyologlar, siyâset bilimciler ve diğerleri hukukun mobilizasyonunu sorgulamak için anket araştırmalarını kullandı. Bunların her birinin avantajı vardır. Makro-sosyolojik çalışmalar, ampirik olarak biraz örtüktür. Mikro düzeyde ampirik bakımdan daha titiz olan çalışmalar, ağaçlar uğruna ormanı gözden kaçırma riski taşımaktadır. Buna rağmen, son yirmi yıl içinde bu alanda gerçekleştirilen büyük çalışmalardan bazıları bu mikro-sosyolojik, ampirik yaklaşımı benimsemektedir (Curran, 1977; Marks, 1971; Levine ve Preston, 1970; Mayhew ve Reiss, 1969).

Hukuk hizmetlerinin kullanımına dâir bir çalışma, hukuka erişimin kapsamını anlayışımızı geliştirmiştir. Mayhew ve Reiss avukat tutmanın sosyal yapılar arasında eşit şekilde yayılmadığını kanıtladılar. Daha varlıklı vatandaşlar, yoksullardan daha çok şekilde avukat tutuyorlar ve azınlık grubu mensupları çoğunluk mensuplarına göre daha az şekilde hukuk hizmetlerinden yararlanıyorlar. Reiss ve Mayhew hukuka erişimin bu dağılımının, hukuk hizmetlerine erişimden sistematik olarak dışlanmaktan ziyade, toplumdaki mülkiyet dağılımına işaret ettiği sonucuna vardılar. Hukuk hizmetlerinin sağlandığı durumların büyük kısmı mülkiyetin naklini ya da içinde mülkiyet barındıran uyuşmazlıkların çözümünü içeriyordu. Varlıklılar, nakledilecek ya da üzerinde uyuşmazlık çıkabilecek mülkiyete daha çok sahip olmaları sebebiyle, yoksullardan daha sık şekilde avukat tutuyorlardı. Reiss ve Mayhew'in ulaştığı veriler hukukî meselelerin yaygınlığı hakkında bilgi içermiyordu ve

onların tezlerini kanıtlamak için kullanılamıyordu. Levine ve Preston yoksulların hukukî ihtiyaçları üzerine kendi araştırmalarında bu konuyla doğrudan ilgilendiler. Vatandaşlara sıklıkla bir avukat yardımıyla çözülebilen ya da ele alınan özel mesele türleriyle karşılaşp karşılaşmadıklarını bildirmelerini istediler. Buldular ki, yoksullar hukukî yardım alınabilecek durumların küçük bir bölümünde avukat tutuyordu. Dahası, avukat tutmanın oranı hukukî meseleden meseleye farklılaşıyordu. Burada oran haksız fiillerde en yükseğe çıkıyor, ayrımcılık durumlarında en aza iniyordu.

Levine ve Preston'un (1970) çalışması hukukî yardımın kullanılma yaygınlığını ortaya koyabilmesine rağmen, onlar toplumsal yapılar içindeki hukuka erişimin dağılımı sorusuyla ilgilenemiyorlardı; çünkü yalnızca yoksullara yoğunlaşmışlardı. Neredeyse bir on yıl sonra, Curran (1977) bu konuyu, Levine ve Preston gibi, fakat yalnızca yoksullar değil, A.B.D. nüfusunun temsilî bir örneği üzerinden yine aynı yöntemleri kullanarak ele aldı. Sonuçlar hukukî yardım kullanımının ve özellikle avukat tutmanın meselenin türü ve kişinin toplumsal yapı içindeki konumuna bağlı olarak esaslı şekilde değiştiğini gösterdi. Emlâk meseleleri ve vasiyetnâmeler her zaman avukatların ilgi alanında olmalarına rağmen, neredeyse hiçbir zaman iş ayrımcılığı ve mülkiyet hasarı meseleleriyle ilgilenmiyorlardı. Mesele türü aynı olarak kalsa bile, demografik gruplara bağlı olarak avukat tutmak farklılaşıyordu. Haksız fiiller ve çocuğu ilgilendiren meseleler hariç, beyazlar beyaz olmayanlardan daha fazla şekilde avukat tutuyordu. Varlıklı kimseler emlâk meseleleri ve idâre aleyhine şikâyetlerde avukata yoksullardan daha çok, fakat haksız fiiller ve tüketici meselelerinde daha az olarak başvuruyordu. *Kamunun Hukukî İhtiyaçları*'nda<sup>19</sup> bunlar ve diğer bulgular hayli aydınlatıcıydı. Değerlendirme ve açıklama yapılmasını gerektiriyordu, fakat hiçbiri yakında değildi.

Curran ve arkadaşlarının çalışmasından birkaç yıl sonra, Federal Adâlet Araştırma Programı Medenî Dava Araştırma Projesini (MDAP)<sup>20</sup> finanse etti (Trubek, 1980-81). Bu, tartışma sürecine yönelik idrâkimizi artırmak için tasarlanan müphem bir araştırma programıydı. Bu süreç, bir meselenin ya da şikâyetin tanınması (adlandırma) ile başlıyor ve tartışmayı başlatacak olan,

---

<sup>19</sup> Legal Needs of The Public

<sup>20</sup> Civil Litigation Research Project (CLRP)

kendisinden tazmin talep edilebilecek bir tarafın tespit edilmesi (suçlama), tazmin talebi (iddia) ve bu iddianın reddedilmesiyle ilerliyordu (Felstiner *vd.*, 1980-81). Bu bakış açısıyla bu proje, tartışmaların dava açmaya kadar giden süreçte içinden geçtiği aşamaları tespit etmeye çalışıyordu. Bu araştırmanın küçük, fakat önemli bir parçası toplumsal tabakalar arasında avukat tutmanın ve diğer uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının kullanımını incelemişti. Bu ampirik çalışma Curran ve arkadaşlarının yaptığı çalışmanın üzerine çok fazla bir şey eklemiyse de, MDAP’de yer alanlar için diğer meselelerde ve diğer kişilerce değil de, bazı meselelerde bazı kimselerce hukukî yardıma başvurulduğuna dâir bazı işe yarar hipotezler ortaya koydular. Bu açıklamalar, yardım talebi konusunda basit mâliyet-fayda hesaplamalarından, bazı meselelerde avukat tutmanın ya da diğer yardımların, bunlara başvurmanın neredeyse otomatikleşmeye varana dek rutinleştiği argümanlarına dek uzanıyordu (Miller ve Sarat, 1980-81) . Diğer açıklamalar ise hukuki yardıma başvurmak konusundaki toplumsal, psikolojik engeller üzerine yoğunlaşmıştı.

Bu noktada, Amerikan toplumunun bazı kesimlerinin neden diğer kesimlerden daha çok şekilde hukukî yardımları kullandığı konusunda cevaplardan ziyâde, sorularla baş başa kalıyoruz. Bunun bir erişim meselesi olup olmadığı öyle kolayca belirlenemiyor. Fakat şurası açık ki, hukukî kurumların farklılaşan kullanımının sebeplerinin araştırılmasına yönelik ilgi gittikçe kayboluyor. ABV ve MDAP verilerinin potansiyeli henüz tüketilmedi. MDAP’nin ilk yayınlarından yedi yıl sonra, yalnızca Bumiller’in çalışması bu konuları sorguturmuştu. Şurası kaydedilmelidir ki, onun çalışması bu verileri kullanmamış, fakat küçük bir muhatap grubu üzerinde daha az yapılandırılmış görüşme teknikleri uygulamıştı. Gözler hukuka erişim eşitliğinin değerlendirilmesinden, mahkemelerin karşılaştığı dosya yüküyle ilgilenmesinin daha etkili yollarına doğru çevrildi. Bu bir talihsizliktir. Mevcut veri birikiminin ikinci kez incelenmesiyle bu araştırma geleneğinin sürdürülmesine daha çok yoğunlaşılmalıdır.

Ceza hukukuna erişim üzerine yapılan araştırmalar medenî hukuk alanında yoğunlaşan temalardan bazılarını incelemiştir. Araştırmacılar hukukun mobilizasyonunun toplum çapında yeknesak olup olmadığıyla ilgilenmektedirler. Farklılıkların neden var olması gerektiğinin açıklanmasıyla da ilgilenmektedirler. Ceza hukukunun mobilizasyonu daha basit bir konu gibi görünüyor.



Buradaki baskın delil, ceza hukukunun mobilizasyonunun ya da polis çağırmanın, mağdurun toplumsal yapı içindeki konumundan ziyade suç türünün bir işlevi olmasıdır. Daha önemsiz sonuçlu suçlar polise bildirilmezken, ciddi yaralanma ya da büyük mülkiyet kaybını içeren durumlar yeknesak biçimde bildirilmektedir (Gottfredson ve Gottfredson, 1980). Bu ilişkiler mağdur ya da suçlunun karakterinden bağımsız şekilde gerçekleşmektedir.

Çoğunlukla, hukuka erişim ya da hukukun mobilizasyonu üzerine yapılan çalışmalarda bu iki gelenek birbirinden bağımsız olarak gelişmiştir. Bu ayrılık üzücüdür, çünkü her bir geleneğin birbirine katacak çok şeyi var. Bu katkılar mümkündür, çünkü her iki gelenek de aynı yöntem ve soruları paylaşmaktadır. Örneğin, örneklem taramalar hukukun mobilizasyonu (örneğin, hukukî ihtiyaçlar) sonuçlanabilecek davranış tarzlarının varlığının ortaya konmasında yararlı bir araçtır. Eğer hukuka erişimdeki farklılıkları tespit edeceksek, bu davranışların etrafıca ve önyargısız şekilde tespitine ulaşılması çok önemlidir. Fakat, hukukî ihtiyaçların tam ve önyargısız şekilde tespit edilmesini sağlayacak tarama teknikleri geliştirmek güçtür. Suç mağduriyeti taramaları suç ihbarlarını artırmak amacıyla tasarlanan birçok metodolojik çalışmanın odağında olmuştur (Biderman and Lynch, 1981; Reiss, 1982; Biderman ve Cantor, 1984; LaVange ve Folsom, 1985). Medenî alandaki hukukî ihtiyaç taramaları mağduriyet taramalarından alınan derslerden istifade edebilirdi.

İki geleneğin bu kadar farklı olmasından da katkılar doğabilirdi. Medenî hukukun toplumsal yapıdaki mobilizasyonu çok farklı iken, neden ceza hukukunun mobilizasyonu aynıdır? Ceza hukukunun medenî hukuktan daha iyi anlaşılmasından mı? Polisin her tür şikâyeti alacak ve suça ilişkin konuları ayırd edecek “kırkambar” bir kurum olarak hizmet vermesinden dolayı mı? Benzer bir kurum medenî alanda bulunmamaktadır. Bu soruların cevapları çeşitli meselelerde medenî hukukun mobilizasyonundaki farklılıkları açıklamaya yardımcı olabilir.

## V. HUKUK SOSYOLOJİSİNDE MAKRO KURAM

Bu alanın durumu hakkında yapılması gereken en azından ikin gözlem daha var: son on yılda neredeydi ve nereye yol alıyor olabilir?

İlk gözlem “büyük kuram” konusyla ilgilidir –yakınlarda hiç geliştirdik mi; ve eğer geliştirdiysek nasıl bir karşılık buldu? Donald Black’in 1976’da yayınladığı *Hukuk Davranışı*’nın<sup>21</sup>, taraftarlarınca bir “büyük kuram”ın gerekliliklerini karşıladığı ileri sürülmüştü (Black, 1976). Bilgimiz dâhilinde olarak, *Hukuk Davranışı* aşağı yukarı son on yıl içinde ortaya çıkan tek, böyle bir büyük kuramdır. Black, hukuku (ki o “idârî toplumsal denetim” olarak tanımlar) niceliksel değişken olarak ele almakta ve farklı toplumsal ortamlarda nasıl yükselip alçaldığını incelemektedir. Hukukun niceliği, örneğin, zaman ve mekâna göre ve katılımın durumu ve miktarına bağlı olarak farklılaşır. Hukuk, Black’e göre, ayrıca diğer toplumsal denetim şekilleriyle de ters şekilde farklılaşır. Black ampirik olarak, en iyi kuramsal gelenekte, sınanabilir özel önermelerde bulunuyor: “Toplum daha çok tabakalaştıkça, hukuku daha fazla olur”; “Hukuk ve toplumsal farklılaşma arasındaki ilişki eğriçizgiseldir”; “İnsanların işlev itibariyle farklılaşmamış olduğu yerlerde daha az hukuk vardır; fakat farklılaşma ve bağımlılık arttıkça, hukuk da artar”; “Toplumsal hayat bağımlıların arasılığından müşterekliğe doğru gittikçe, hukuk azalır.” Hukuk kültürle de doğrudan biçimde farklılaşır; Black’e göre, kültür arttıkça, hukuk da artar.

Black’in çalışması ampirik teste tâbi tutulmuş ve, bir eleştiriye göre, kusurlu bulunmuştur (Greenberg, 1983). Greenberg, Black’in çalışmasında kuramsal önermelerin mantıkî bağlantısında bir eksiklik bulmuştu. Her biri kendi kendisiyle kaim idi. Black’in kuramına dâir sınamanın çoğu, suça ilişkin verileri kullanmış ve destek bulamamıştı. Çalışmalar, Black’in hukukun tabakalaşmayla doğrudan şekilde farklılaştığı ya da yukarıdan aşağıya dönük hukukun aşağıdan yukarıya dönük hukuktan daha büyük olduğu ya da hukukun diğer toplumsal denetim şekilleriyle farklılaştığı önermelerini destekleme konusunda başarısız oldu. Nihayetinde Greenberg, çaba ve tutkuları dolayısıyla Black’i alkışlamış, fakat Black’in çalışmasının büyük bir hukuk kuramı getirmediği sonucuna varmıştı.

Greenberg’in eleştirisine getirilen bir eleştiride, Horowitz, Black’in çalışmasını, onun hukuk sosyolojisini, “bu alana hâkim olan konvansiyonel

---

<sup>21</sup> The Behavior of Law

düşünce tarzının ötesine taşıdığı”nı ve “pür sosyolojik bir düzeyde titiz bir önermeler sistemi kurduğu”nu iddia ederek savunmuştu (Horowitz, 1983). Ampirik doğrulamayla ilgili olunduğu müddetçe, Horowitz’e göre:

Delil birikimi oldukça, Black’in kuramının çeşitli önermelerinin muhtemelen uyarlanması gerekecek. Fakat uygun özelleştirmeler yapılabilmesi için, araştırmacıların tüm delil yekûnünü dikkate almaları, ilgili çalışmalarını kullanmaları, kuramdaki diğer değişkenleri denetlemeleri ve kuramı kendi iç tutarlılığıyla incelemeleri gerekir (1983: 31).

Black’in kuramının niteliği ve geçerliliğinin yargılanması konusunda henüz netlik yok ve uzunca bir süre de olmayacak gibi.

## VI. HUKUK SOSYOLOJİSİNDE ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR

İkinci gözlem hukuk sosyolojisinin farklı kültürlerde ve farklı ekonomik ve politik sistemlere göre hukuk ile toplumsal örgütlenme arasındaki ilişkiyi anlama davetine nasıl cevap verdiğini ele almaya yönelmektedir. Sayılar itibariyle, A.B.D. dışında yürütülen ve *Hukuk ve Toplum Dergisi’*nde ve diğer A.B.D. yayınlarında yayınlanan, toplumsal bir olgu olarak hukukla ilgilenen, hukuk ve toplum konuları üzerine birçok çalışma bulunduğu noktada çok az şüphe var. Weber, Petrajitsky, Malinowski ve I. Dünya Savaşı öncesi Avrupalı akademisyenlere kadar geri giden uzun bir süreçte, karşılaştırmalı hukuk sistemleri ve kurumlarına yönelik bir ilgi ve bağlılık vardı. Yapılan çalışmalar ya geleneksel hukukî tarzda yürütülüyor ya da tüm toplumlar ve kültürler üzerine büyük bir kuramlaştırma oluyordu. Hukuk mesleği ve uyuşmazlık yönetimi gibi bazı konular ve özellikle alkollü araç sürme ve uyuşturucu kullanımıyla ilgili cezaî konular hakkında karşılaştırmalı bir görüşe ulaşmaya dönük önemli adımlar atılıyordu. Bu sebeple, Hollanda ve Batı Almanya uyuşturucu yasaları, Batı Avrupa’daki baro örgütlenmesi ve hukuk bürolarının boyutu, ceza pazarlığının A.B.D. dışında nasıl işlediği ve farklı toplumlarda alkollü araç kullanımını açıklamak için caydırıcı kuramın uygulanması üzerine yapılan çalışmalar diğer hukuk sistemleriyle belirgin kıyaslamalarda bulunmuştu. Fakat, bu çalışmaların çoğunluğu daha az gelişmiş ya da Batılı olmayan toplumlarda hukukun ya da bazı hukukî kurumların nasıl

işlediğini tasvir eden vak'a çalışmaları olmuştur. Bunlar tasvirî ve müstakildirler (örneğin, Fas'ta cinsiyet siyâseti, Endonezya'da yargısal otorite).

Marxist tarza uygun düşen ve devlet güdümlü bir ekonomik sistemdeki bir hukukî kurumun ya da denetim mekanizmalarının işlevini inceleyen bazı çalışmalar yapılmıştır –örneğin, Yugoslavya'daki iş mahkemeleri, Sovyet iş hukuku ya da Polonya'daki hukuk düzeni ya da sanayi işçileri. Fakat şurası kesindir ki, hukuk sosyolojisindeki son çalışmaların çoğunluğu zımnen bile karşılaştırmalı değildir. Gözlemediğimiz şey, farklı hukuk sistemlerini ya da toplumsal kurumları kuşatan ampirik çalışma ya da büyük kuram tarzında pek olmayan, fakat kültürlerarasılığa tarzda karşılaştırmalı çalışma ve bakış açılarının önemi ve ilgisi hakkında yükselen bir öz-bilinçtir.

## **VII. GÜNCEL EĞİLİMLERİN HUKUK SOSYOLOJİSİ BAKIMINDAN SONUÇLARI**

Yukarıdakilerin ışığında, Tremper'ın (1987) ve Friedman'ın değerlendirmeleri esas itibarıyla doğru, fakat abartılı görünmektedir. Bir alan olarak hukuk sosyolojisi bütünsel ve kapsayıcı bir bilgi yekûnünü üretmemiştir. Burada çok az büyük kuram vardır. İzole vak'a çalışmaları yaygın görünmekte ve mahkemeler ampirik temelli araştırma bulgularına çok az ağırlık vermektedir. Buna rağmen, yakın geçmişte bir hukuk kuramı geliştirmeye dönük çabalarda bulunulmuştur; ve henüz tamamlanmamış olmasına rağmen, bu doğru yönde elverişli bir adımdır. Süregelen, birtakım sosyal bilimci ve avukatı içeren ve birikimsel bir bilgi bütünü üreten bir kaç araştırma geleneği bulunmaktadır. Dahası, en azından cezaî alanda, siyâset tartışmalarında ve siyâset uygulamalarında hukukî kurumlar üzerine sosyal bilim araştırmalarının kullanıldığına dâir birtakım deliller vardır. Hukuk sosyolojisinin bir alan olarak nerde durduğunun bilinmesinin yararlı olması bir yana, gelecek için dersler çıkarabilmek amacıyla bu disiplinin iyi iş çıkardığı ve geride kaldığı konuları karşılaştırmak daha verimli olabilir.

Ceza hukuku üzerine yapılan araştırmanın medenî hukuk üzerine yapılandan daha yaygın olduğu açıkça görünmektedir. Bunlardan ilki, hukukçular ile sosyal bilimciler arasında, ikincisinden daha geniş çaplı ve uyumlu işbirliği

ile öne çıkmaktadır. Cezaî alandaki araştırmalar siyâset geliştirmede medenî alandan daha etkili olmuştur. Bu niçin böyledir?

Kesinlikle, Friedman'ın belirttiği gibi, ceza hukukundaki araştırma fonu, medenî hukuk araştırması için mevcut olandan çok daha fazladır. Bu gözlem, doğrudan, ceza adâleti sisteminin neredeyse tümüyle kamusal olmasıyla ilgilidir. Sonuç olarak, ceza hukukundaki temel konuların çoğunluğu geniş kamusal tartışma konularıdır ve araştırmalar bu tartışmada değerli bir silâhtir. Bunun aksine, medenî adâlet sistemi çoğunlukla özeldir. Medenî hukuk meselelerinin yalnızca küçük bir bölümü kamusal bir rol –mahkeme– içeriyor ve bu özel rol, siyâsî kararlarının –mahkeme kararları– çoğunluğunu geniş kamusal tartışma yapmadan vermektedir. Sigorta endüstrisi ya da duruşma avukatlarının kuruluşları gibi özel grupların medenî adâlet sisteminin yapısına yönelik yoğun ilgileri bulunmaktadır, fakat onların bir araştırmanın sonucuna acil ihtiyaç duydukları olgusu ikna edici bir bilgi birikimi inşâsı bakımından ateşleyici değildir. Medenî adâlet meseleleri hakkındaki tartışmada daha geniş kamusal ilgi olmaksızın yeterli fonun ve ilginin medenî hukuk sosyolojisi üzerinde yoğunlaşması olası değildir. Yeni kurulan Devlet Adâlet Enstitüsü cesaretlendirici bir işarettir, fakat bu çabanın araştırmacılar zümresinde geniş ilgi uyandırıp uyandırmayacağını beklemek gerek.

Medenî adâlet araştırmaları için ayrılan fonlar suça ilişkin konular için ayrılanlara göre daha az iken, medenî adâlet sisteminin karmaşıklığı esas itibarıyla ceza adâletine göre daha büyüktür. Ceza hukukunun nesnesi olan davranışın kapsamı medenî hukuka göre çok daha sınırlıdır. Neyin yerinde bir şekilde asayiş meselesi ya da muhtemelen ceza hukukunun bir ihlâli olduğu konusunda vatandaşlar arasında çok daha büyük bir uzlaşma vardır. Medenî alanın vatandaşların şikâyetlerini alacak ve bunlar arasından suçla ilgili olanları ayıklayacak, polise benzer bir kurumu bulunmamaktadır. Sonuç olarak, medenî alanda tartışma sürecinin açık bir başlangıç noktası yoktur. Bu karmaşıklık, yakın gelecekte destek bulması muhtemel olmayan, geniş çaplı metodolojik ve kuramsal büyük bir çalışma gerektirmektedir.

Medenî hukuk ve ceza hukuku üzerine toplumsal araştırma örgütlenmesindeki bu farklılıklar, medenî alandaki çalışmaların cezaî alandaki çalışmaların cesametine ulaşmasının muhtemel olmadığını göstermektedir.

Bu alanın bu duruma verdiği cevap, araştırma odağını mahkemeye taşınan konular ve bu tartışmaların yürütülüşünün alternatif yollarının göreceli etkililiğiyle sınırlamak olmuştur. Bu yerindedir, fakat diğer birçok konuyu sahipsiz bırakmaktadır. Daha çok emek gerektiren ya da daha az uygulanan konular bakımından, cezaî alandaki araştırmaları desteklemek için örgütlenen bu kurumları medenî adâlet konularındaki çalışmalarını geliştirmek için kullanmak mümkün olabilir. Medenî adâlet sistemi hakkında veri sağlamak için suçu ve sistemin suça verdiği karşılıkları ölçmek için kullanılan rutin istatistiksel dizilerden düşük bir mâliyetle istifade edilebilir. Hukukun mobilizasyonu gibi cezaî alanda çalışılan konulardan bazıları birçok açıdan medenî alandakilere benzemektedir, fakat bu alanlardan birinde çalışan araştırmacılar diğer alanda çalışanlardan nadiren haberdârdır. Her iki gelenekte de müşterek olan konuları tespit etmek ve bunların her birinde gerçekleştirilen çalışmaların sonuçlarını karşılaştırmak için çaba sarf edilmesi gerekmektedir. Bu çabalar, dolayısıyla, hem ceza hukuku hem de medenî hukuktaki özel örneklere verilecek dikkatlerle genel konuların keşfedilebileceği müşterek çalışmaları güçlendirebilir. Bu şekilde, cezaî alandaki mevcut kaynaklar medenî hukuka dâir bilgimizi artırmak için kullanılabilir.

Hukuki ihtiyaçlar gibi hukuk sosyolojisindeki bazı araştırma gelenekleri tasvir edilen, fakat tam olarak incelenmeyen birtakım çok kullanışlı verileri bir araya getirmiştir. Amerikan Baro Vakfı'nın kamunun hukukî ihtiyaçları ve medenî dava mâliyeti hakkındaki verileri bu başlık altına girmektedir. Bu verilerin ikinci kez incelenmesinin teşviki konusunda adımlar atılmalıdır. Bu veri kümeleri Siyâsî ve Toplumsal Araştırmalar için Üniversitelerarası Kurul'dan elde edilebilmektedir. İlgili diğer veri kümeleri burada ya da diğer ulaşılabilir arşivlerde bulundurulmalıdır. Bu verilerin kullanımını teşvik etmek için UBV<sup>22</sup> ya da TAI'de<sup>23</sup> küçük bir hibe programı (10.000 \$ ya da daha az bir miktar) başlatılabilir. Bu küçük hibe programı özel araştırma alanlarına

---

<sup>22</sup> Çalışmanın orjinalinde “NSF” kısaltmasını kullanan Yazarlar, bu kısaltmanın açılımına yer vermemişlerdir. Bu kurumun yukarıda değinilen National Science Foundation (Ulusal Bilim Vakfı) olması muhtemeldir. (ç.n.)

<sup>23</sup> Çalışmanın orjinalinde “SJI” kısaltmasını kullanan Yazarlar, bu kısaltmanın açılımına yer vermemişlerdir. Bu kurumun Social Justice Initiative (Toplumsal Adalet İnisiyatifi) olması muhtemeldir. (ç.n.)

ya da basit, açık bir yarışmaya (asgarî başvuru şartlarıyla) özgülenebilir. İlgili dergiler bir veri kümesine ya da bir araştırma konusuna odaklanan özel konular üzerinde bu verilerin kullanımını özendirebilir. Hukuk sosyolojisindeki ve özellikle medenî hukuktaki veri koleksiyonu için malî kaynak yeni bilgi ihtiyacı bakımından hiçbir zaman yeterli olmayacaktır. Mevcut bilgilerden tümüyle yararlanmak gerekmektedir. İkinci inceleme zordur ve biraz teşvik olmadıkça gerçekleşmeyecektir. Hukuk sosyolojisindeki soruşturmanın birikimsel olmayan doğasını değiştirmenin bir yolu, ilgili çalışma alanlarında ikinci incelemeleri teşvik etmektir.

Son bir yorum bizi yine uluslararası karşılaştırma konularına götürüyor. Karşılaştırmalı hukuk sistemleri hakkında ampirik çalışmaların çok az olduğunu, bunun kısmen uluslararası ampirik çalışma yapmanın doğası itibarıyla taşıdığı zorluk dolayısıyla olduğunu belirtmiştik. Hukuk sistemleri hakkındaki Birleşik Devletler'deki soruşturmalarda çokça var olan erişim ve bilgi meseleleri uluslararası karşılaştırmalarda daha da kötü hâldedir. Böyle çalışmaların sayısı ve bunlara olan talep arttıkça uluslararası karşılaştırmalarda bulunmak daha kotarılabılır olacaktır. Uluslararası karşılaştırmalar, bu alandaki öncü dergilerce bu çapta ampirik karşılaştırma çalışmalarına odaklanan özel sayılarla teşvik edilebilir. Bu özel sayılar, mesele düzeyinden ziyâde sistem düzeyindeki karşılaştırmalara yoğunlaştığı takdirde, özellikle kullanışlı olacaktır. Örneğin common law ve kanun sistemlerinin karşılaştırılması bu iki sistemdeki özel uyuşmalık çözümü karşılaştırmalarından daha cazip olacaktır.

### KAYNAKÇA

BALL, Harry (1965) "Preface and Acknowledgment," *Law and Society: A Supplement to the Summer Issue of Social Problems*.

BIDERMAN, Albert D., and David CANTOR (1984) "A Longitudinal Analysis of Bounding, Respondent Conditioning and Mobility as Sources of Panel Bias in the NCS," *Procedures of American Statistical Association, Survey Methods Section*. Washington, DC: American Statistical Association.

BIDERMAN, Albert D., and James P. LYNCH (1981) "Recency Bias in Data on Self-Reported Victimitizations," *Proceedings of the American Statistical*

*Association, Social Statistics Section*. Washington, DC: American Statistical Association.

BLACK, Donald (1976) *The Behavior of Law*. New York: Academic Press.

BLAUSTEIN, Albert, and Charles PORTER (1954) *The American Lawyer*, Chicago: University of Chicago Press.

BUMILLER, Kristin (1988) *The Civil Rights Society: The Social Construction of Victims*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

CARLIN, Jerome E. (1962) *Lawyers on Their Own*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.

CURRAN, Barbara A. (1977) *The Legal Needs of the Public: The Final Report of a National Survey*. Chicago: American Bar Foundation.

DIAMOND, Shari Seidman (1982) "Growth and Maturation in Psychology," 17 *Law and Society Review* 1.

FELSTINER, William, Richard ABEL, and Austin SARAT (1980-81) "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming and Claiming," 15 *Law and Society Review* 631.

FRIEDMAN, Lawrence M. (1986) "The Law and Society Movement," 38 *Stanford Law Review* 3.

GOTTFREDSON, Michael, and D. M. GOITFREDSON (1980) *Decisionmaking in Criminal Justice: Toward a Radical Exercise of Discretion*. Cambridge, MA: Ballinger.

GREENBERG, David F. (1983) "Donald Black's Sociology of Law: A Critique," 17 *Law and Society Review* 2.

HALLIDAY, Terrence (1987) *Beyond Monopoly: Lawyers, State Crisis, and Professional Empowerment* Chicago: University of Chicago Press.

HASTIE, R., and S. PENROD and P. PENNINGTON (1983) *Inside the Jury*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

HEINZ, John P., and Edward O. LAUMANN (1982) *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar*. New York: Russell Sage.



HOROWITZ, Allan V. (1983) "Resistance to Innovation in the Sociology of Law: A Response to Greenberg," 17 *Law and Society Review* 2.

KALVEN, Harry, and Hans ZEISEL (1966) *The American Jury*. Boston: Little, Brown.

LADINSKY, Jack (1963) "Careers of Lawyers, Law Practice and Legal Institutions," 28 *American Sociological Review* 1- 6.

LaVANGE, Lisa, and Ralph E. FOLSOM (1985) *Development of NCS Error Adjustment Models*. Research Triangle Park, NC: Research Triangle Institute.

LEVINE, Felice, and Deborah PRESTON (1970) "Community Resource Orientation among Low Income Groups," 1970 *Wisconsin Law Review*.

LORTIE, Dan (1959) "Layman to Lawman: Law School Careers and Professional Education," 29 *Harvard Education Review* 352.

MARKS, Raymond (1971) *The Legal Needs of the Poor: A Critical Analysis*. Chicago: American Bar Foundation.

MAYHEW, Leon, and Albert J. REISS, Jr. (1969) "The Social Organization of Legal Contacts," 34 *American Sociological Review* 3.

MILLER, Richard, and Austin SARAT (1980-81) "Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture," 15 *Law and Society Review* 525.

O'GORMAN, Hubert J. (1963) *Lawyers and Matrimonial Cases*. Glencoe, IL: Free Press.

REISS, Albert J. (1982) *Victimization Productivity in Proxy Interviews*. New Haven, CT: Institute for Social and Policy Studies.

SAKS, Michael (1977) *Jury Verdicts*. Lexington, MA: Lexington Books.

SCHWARTZ, Richard D. (1966) "From the Editor," 1 *Law and Society Review* 1.

SELZNICK, Philip (1959) "Sociology of Law," in Robert K. Merton, Leonard Brown, and Leonard Cottrell (eds.), *Sociology Today*. New York: Basic Books.

SİMON, Rita J. (1967) *The Jury and the Defense of Insanity*. Boston: Little, Brown.

SKOLNICK, Jerome H. (1965) "The Sociology of Law in America: Overview and Trends," *Law and Society: A Supplement to the Summer Issue of Social Problems*.

SMİGEL, Erwin O. (1964) *The Wall Street Lawyer*. New York: Free Press.

THIELENS, Wagner (1957) "Some Comparisons of Entrants to Medical and Law Schools," in Robert K. Merton *et al.* (eds.), *The Student Physician: Introductory Studies in the Sociology of Medical Education*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

TREMPER, Charles Robert (1987) "Sanguinity and Disillusionment Where Law Meets Social Science," 11 *Law and Human Behavior* 4.

TRUBEK, David (1980-81) "Studying Courts in Context," 15 *Law and Society Review* 3-4.

# TAYVAN'DA HUKUK EĞİTİMİ REFORMU: KORE VE JAPONYA BİR MODEL OLABİLİR Mİ?

Thomas Chih-Hsiung Chen <sup>1</sup>

Çeviren: Doğan DURNA <sup>\*\*\*</sup>

## I. Giriş

2007 Yılında, aynı zamanda Japonya Baro sınavı komisyonu üyesi de olan Keio Üniversitesinin hukuk profesörü, baro sınavının içeriğini derslerinde sızdırmakla suçlandı.<sup>1</sup> Bu olay, Keio Üniversitesi Hukuk fakültesi mezunlarının baro sınavını geçme oranının önemli ölçüde artmasıyla ortaya çıktı. Bu skandal, suçlanan profesörün sınav komitesinden çıkarılmasına ve Keio Üniversitesinden istifasıyla sonuçlandı.<sup>2</sup> Daha sonraki yıl, benzer olayların en-

---

\* Chen, Chih-hsiung Thomas, Legal Education Reform in Taiwan: Are Japan and Korea the Models? (February 3, 2012). Journal of Legal Education, Volume 62, Number 1, p. 32 (August 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2148960>

\*\* Thomas Chih-hsiung Chen, Yrd. Doç. Dr, Ulusal Chiao Tung Üniversitesi Teknoloji Hukuku Enstitüsü, Tayvan. Bu makalenin araştırması Academia Sinica, Institutum Iurisprudentiae, Taiwan tarafından kısmen desteklenmiştir. Bu makalenin yazımına Harvard Üniversitesi John King Fairbank Çin Çalışmaları Merkezinde 2005 yılındaki konferansta sunduğumu "Tayvan'da Demokratikleşme ve Yargı Reformu" isimli sunum çalışmasıyla başlanmıştır. Araştırmamdaki önemli yardımları için Wei-ting Liu, Ting-yu Liu, and Jo-ting Fu'ya minnettarım. Geçen yıl boyunca idari yüklerimi paylaşan Ulusal Chiao Tung Üniversitesi Teknoloji Hukuku Enstitüsündeki meslektaşlarıma teşekkür borçluyum. Bu makale üzerinde çalışırken ki desteği, sevgisi için eşim Profesör Carol Chih-Chieh Lin özellikle teşekkür ederim. E-posta adresinden bana ulaşabilirsiniz; chen@mail.nctu.edu.tw.

\*\*\* Rekabet Kurumu, Hukuk Müşaviri, ddurna@rekabet.gov.tr

<sup>1</sup> Eiji Yamamura, Introduction of the new bar examination and the changing effect of influential professors on its outcomes: The case of Japan 2006–2009, MPRA Paper No. 21371, at 3 (2010), available at <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/21371/1/> MPRA\_paper\_21371.pdf.

<sup>2</sup> *Id.*

gellenmesi için Japon Adalet Bakanlığı baro sınav komitesinin idaresine ilişkin yeni kurallar yürürlüğe koydu.<sup>3</sup>

Bu olay, Japon hukuk eğitiminde alışılmış bir durum değildi. Fakat bu durum, hukuk eğitim sisteminde 2004 yılında reformun öngörülemeyen sayısız problemlerinden biriydi. Değişimlerin odağında lisansüstü “Houka-daigakuin” (profesyonel hukuk okulu) eğitiminin niteliği yatmaktaydı. Bu okullar ABD’de ki hukuk okullarına benzemekteydi fakat hem hukuk altyapısı olan hem de olmayan öğrencileri kabul etmekteydi.<sup>4</sup>2009 yılında Güney Kore’de Amerikan tarzı hukuk eğitimine benzer bir model kurdu.<sup>5</sup> Japonya ve Kore’deki yeni sistem uygulamasında yalnızca yeni hukuk okullarının mezunları ulusal baro sınavlarına girme hakkına sahipti.<sup>6</sup> İki sistem arasındaki temel fark Güney Kore’nin baro sınavlarında %70 ve üzeri geçme oranı olan yeni hukuk okullarının ve öğrencilerin sayısını sıkı bir şekilde kontrol etmesiydi. Bu arada Japonya’da hukuk okulu sayısı beklenenden fazlaydı ve geçme oranı %40’tan aşağıda kalmaya devam etti.<sup>7</sup>

Amerikan hukuk eğitim modelinin uygulanması, şiddetli tartışmalara neden oldu. Reform taraftarları; sokratik metodun, etkileşimli öğretimin ve klinik eğitimin, yeni nesil avukatların mesleki yeteneklerini önemli ölçüde güçlendireceğini iddia ediyorlardı.<sup>8</sup> Bununla beraber baro sınavlarını geçme oranlarına ilişkin sorunların, yeni hukuk okullarını dersanelere dönüştürdü-

---

<sup>3</sup> *Id.* at 8.

<sup>4</sup> *See, e.g.,* Mayumi Saegusa, Why the Japanese Law School System was Established: Co-optation as a Defensive Tactic in the Face of Global Pressures, 34 *Law & Soc. Inquiry* 365, 366–67 (2009); *see also* Annelise Riles & Takashi Uchida, Reforming Knowledge? A Socio-legal Critique of the Legal Education Reforms in Japan, 1 *Drexel L. Rev.* 3, 12 (2009), *available at* <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/37/>.

<sup>5</sup> Matthew J. Wilson, U.S. Legal Education Methods and Ideals: Application to the Japanese and Korean Systems, 18 *Cardozo J. Int’l & Comp. L.* 295, 337–40 (2010).

<sup>6</sup> *Id.* at 318–19, 340.

<sup>7</sup> *Id.* at 326–27, 339–40.

<sup>8</sup> *See, e.g.,* Peter A. Joy et. al., Building Clinical Legal Education Programs in a Country without a Tradition of Graduate Professional Legal Education: Japan Educational Reform as a Case Study, 13 *Clinical L. Rev.* 417, 420–21 (2006); Wilson, *supra* note 5, at 305; *see also* Noboru Kashiwagi, Creation of Japanese Law Schools and Their Current Development, in *Legal Education in Asia: Globalization, Change and Contexts*, 185, 192–93 (Stacey Steele & Kathryn Taylor eds., Routledge Press 2010).

ğü eleştirisi sürdürülmeye devam etti.<sup>9</sup> Baro sınavı geçme oranları hukuk alanında çalışmak isteyenler için reformun önündeki önemli bir engel olan bir darboğaz olarak görülüyordu.<sup>10</sup> Sınavın içeriği ve test metodolojisine ilişkin yorumlar az sayıdaydı.

Doğu Asya'daki hukuk eğitimine ilişkin en az iki kitapta Tayvan'ın sistemi Japon ve Güney Kore'yle aynı kategoriye dâhil edilmektedir.<sup>11</sup> Ancak Tayvan, Japonya ve Güney Kore'nin adımlarını takip edecek mi? Daha da önemlisi; Amerikan modeli, hukuk eğitimi açısından Doğu Asya ülkeleri için altın standart mıdır?<sup>12</sup> Ya da Tayvan değişim için ısrarcı olmalı mıdır?

21.yüzyılın başlarında, Tayvan'daki hukuk eğitimine ilişkin akademik tartışmalar ve hükümet çalışmaları temel olarak Japonya ve Güney Kore deneyimine odaklanmıştı.<sup>13</sup> 1999 yılından bu yana sayısız konferansa davet edilen yabancı akademisyenler kendi ülkelerindeki hukuk eğitimi reformlarını tartıştılar.<sup>14</sup> Tayvan'daki akademisyenler, ideal model konusunda bir uzlaşmaya varamasalar da pek çok akademisyen mevcut sistemin sorunlu olduğu konusunda hemfikirdi.<sup>15</sup> 2006 ve 2007 yıllarında hükümet Japonya ve Koredeki reformlara benzer iki reform şeması<sup>16</sup> önerdi. Her iki şema, Amerikan lisans eğitimi sonrası eğitim sistemini kabul ediyordu. Yine yalnızca yeni dizayn

---

<sup>9</sup> Wilson, supra note 5, at 328–29; see also Charles R. Irish, Reflections on the Evolution of Law and Legal Education in China and Vietnam, 25 Wis. Int'l L. J. 243, 244 (2007).

<sup>10</sup> Wilson, supra note 5, at 326–29.

<sup>11</sup> See, e.g., William Alford, Introduction to Raising the Bar: the Emerging Legal Profession in East Asia 3 (William Alford ed., Harvard Univ. Press 2007); Stacey Steele & Kathryn Taylor, Introduction to Legal Education in Asia: Globalization, Change and Contexts, supra note 8, at 10–11.

<sup>12</sup> American Bar Association, Report of Special Committee on Foreign Law Schools Seeking Approval under ABA Standards 4, July 19 2010, available at [http://apps.americanbar.org/legaled/accreditation/kanereportinternational%20\(2\).doc](http://apps.americanbar.org/legaled/accreditation/kanereportinternational%20(2).doc).

<sup>13</sup> Tay-Sheng Wang, The Development of Legal Education in Taiwan: An Analysis of the History of Law and Society, in Legal Education in Asia: Globalization, Change and Contexts, supra note 8, at 137, 146.

<sup>14</sup> Id.

<sup>15</sup> Taiwan ge daxue falü xiangguan xisuo zhuguan zhendui erlinglingqi nian siyue shiba ri guonei faxue jiaoyu biange gongtinghui fabiao xinwengao (The persons in charge of law-related departments in Taiwan, press release in connection with the public hearing on legal education reform held on Apr. 18, 2007) [hereinafter Legal Education Reform Press Release], available at [http://justice.nccu.edu.tw/News/news\\_view.asp?id=155](http://justice.nccu.edu.tw/News/news_view.asp?id=155).

<sup>16</sup> Wang, supra note 13, at 146–49.

edilmiş profesyonel hukuk okullarının mezunlarının baro sınavlarına girmesine izin veriyordu.<sup>17</sup> Her iki önerinin diğer bir tartışmalı konusu ise, yeni mesleki hukuk okullarına kabul edilecek öğrenci sayısını sınırlayarak (muhtemelen 700'den az) baro sınavı geçme oranlarını yükseltmesiydi. Hukukçu akademisyenlerden gelen muhalefet nedeniyle her iki teklifte kabul edilmedi.<sup>18</sup>

Bu makalede, Tayvan'daki sistem ile reform öncesi Japonya ve Kore'deki sistemler arasındaki sıklıkla ihmal edilen farklılıkları (özellikle hâkim-savcı ve avukatlık sınavlarının ayrılığı) tartışılmaktadır ve Tayvan'ın farklı bir yol takip etmesi gerektiği önerilmektedir. Son on yılda, Japonya ve Kore'deki hukuk eğitimi Amerikan tarzı hukuk okullarına benzer hâle gelirken, Tayvan daha farklı yollar ve kurumlar geliştirdiyordu. Bunlar arasında hukuk lisans eğitimine sahip olmayanlara yönelik mesleki eğitim veren lisansüstü hukuk enstitüleri de vardı. Tayvan'da da dershaneler bulunmasına rağmen düşük baro sınavı geçme oranları hukuk eğitim sisteminin verimsizliğinin akademi-deki siyasetten daha az sonucuydu. Bu açıdan sorun basitçe Japonya ve Kore'deki reform modellerinin kabul edilmesiyle çözülebilecek gibi değildi. Ulusal mesleğe kabul sınavlarına ilişkin yeni kurallar 2011 yılında yürürlüğe girmesine rağmen, bu kurallar eski problemleri çözmekten ziyade daha da kötüleştireceğe benziyordu. Dahası 2011 tarihli hâkimlik kanunu, hâkim ve savcıların, çok fazla sosyal deneyime sahip olmayan yeni mezun genç hukuk fakültesi mezunlarından ziyade deneyimli avukatlar arasından seçilmesini teşvik ediyordu. Bu açıdan yeni eğitimin rotasının belirgin bir şekilde bu yönde gelişeceğini bekleyebiliriz. Yeni sistemde lisansüstü düzeyde hukuk derecesinin zorunlu olabilecek ve lisansüstü düzeyde Amerikan tarzı hukuk okulları kurulabilecektir. Bunun yanında hukuk fakülteleri çok çeşitli uzmanlık alanlarında avukat yetiştirmeye devam edecektir.

Bu makale dört bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde; Tayvan'daki hukuk eğitiminin mevcut yapısının temel özellikleri ile reform öncesi Japonya ve Kore sistemleri karşılaştırılacaktır. İkinci bölümde; mesleğe kabul sınavlarının yapısını ve bu yaklaşımı desteklemek için sağlanan gerekçeler analiz edilecektir. Üçüncü bölümde; Japonya ve Kore reformlarını temel alan 2005

---

<sup>17</sup> Id. at 146–48.

<sup>18</sup> Id. at 148–49.

ve 2007 yılları arasındaki reform girişimlerinin neden başarısız olduğu açıklanacaktır. Dördüncü bölümde; 2007 yılından bugüne önemli olaylar, özellikle Tayvan'daki hukuk eğitimini şekillendirecek olan 2011 yılında kabul edilen ikili sınav modeli tartışılacaktır.

## II. Benzerlikler ve Farklar: Reform Öncesi Japonya ve Kore

### I. İki Kapı, İki Yol

Tayvan'daki hukuk eğitimi; lisans düzeyinde hukuk eğitimi, ulusal ruhsat sınavı ve kamu kurumlarında meslek öncesi staj<sup>19</sup> gibi uygulamalar açısından Japonya ve Kore'nin güncel reformlarından önceki haline benziyordu. Bununla beraber, Tayvan'daki sistemle diğer iki ülke arasında pek çok önemli farklar bulunmaktaydı. Bu farklar, reform için baskıyı Japonya ve Kore'dekinden daha hafif kılıyordu.

Öncelikle, Reform öncesi Japonya ve Kore'deki sistemden farklı olarak mesleğe kabul sınavlarına<sup>20</sup> girebilmek için hukuk alanında lisans diploması

---

<sup>19</sup> Mayumi Saegusa, supra note 4, at 370; see also Masako Kamiya, Structural and Institutional Arrangements of Legal Education: Japan, 24 Wis. Int'l L. J. 153 (2006); Sang-Hyun Song, the Education and Training of the Legal Profession in Korea: Problems and Prospects for Reform, in Raising the Bar: the Emerging Legal Profession in East Asia, supra note 11, at 23, 23–33; For information about legal education in Taiwan in earlier years, see Hundgah Chiu & Jyh-pin Fa, Taiwan's Legal System and Legal Profession 13–14 (Occasional Papers/Reprints Series in Contemporary Asian Studies No. 5, 1994), available at [http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=mscas&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.tw%2Furl%3Fsa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3DTaiwan%25E2%2580%2599s%2BLegal%2BSystem%2Bband%2BLegal%2BProfession%26source%3Dweb%26cd%3D1%26ved%3D0CCcQFjAA%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fdigitalcommons.law.umaryland.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1123%2526context%253Dmscas%26ei%3DKpoWT8WPOtDjMAWBwcW4Aw%26usg%3DAFQjCNFJkxas2VhRT9GNEUEuHmSxtYHA4w%26sig2%3D\\_-E45FwxKzscas4KEoV4Vg#search=%22Taiwan%25E2%2580%2599s%20Legal%20System%20Legal%20Profession%22](http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=mscas&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.tw%2Furl%3Fsa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3DTaiwan%25E2%2580%2599s%2BLegal%2BSystem%2Bband%2BLegal%2BProfession%26source%3Dweb%26cd%3D1%26ved%3D0CCcQFjAA%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fdigitalcommons.law.umaryland.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1123%2526context%253Dmscas%26ei%3DKpoWT8WPOtDjMAWBwcW4Aw%26usg%3DAFQjCNFJkxas2VhRT9GNEUEuHmSxtYHA4w%26sig2%3D_-E45FwxKzscas4KEoV4Vg#search=%22Taiwan%25E2%2580%2599s%20Legal%20System%20Legal%20Profession%22).

<sup>20</sup> Bununla beraber, 2008 yılında yürürlükten kaldırılan Sertifikasyon Yönetim Yönetmeliğinden önce fakülte mezunu olmayan kişiler baro sınavına sertifikasyon sınavına girmeye ehildi. Bkz Zhuanmen zhiye ji jishu renyuan gaodeng kaoshi lushi kaoshi guize (Regulations of professional and technical staff higher examination of bar exam), art. 5, subsec. 4 (2009) [hereinafter Taiwan's Bar Exam Regulations], available at <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=R0040047>. Sertifikasyon sınavı başvuranların 22 yaşından büyük olmasını zorunlu kılıyordu. Bkz Jianding kaoshi guize [Regulations Governing Certification Tests], art. 3 (2008'de yürürlükten kaldırıldı), avai-

zorunluluğu getirildiğinden bu yana Tayvan'da hukuk fakülteleri hâkim, savcı ve avukat<sup>21</sup> olmak isteyenler için tek seçenektir. Bu durum, düşük geçme oranlarının pek çok hukuk mezununun mesleğini icra edemeyeceği gerçeğine rağmen aday havuzunu Japonya ve Kore'dekinden daha küçük yapmasının yanı sıra Tayvan'daki hukuk fakültelerinin temel amacını hukuk profesyonellerinin eğitilmesi olarak kurulmasını sağlıyordu.

İkinci olarak, Tayvan'da lisans düzeyinde sınıflar (200'ü geçmeyen sıklıkla 100'den az öğrencinin olduğu) genellikle Japonya ve Kore'dekinden küçüktür. Bu yönüyle muhtemelen Amerika'daki orta büyüklükteki J.D programlarından da daha küçüktür. Bu durum, Eğitim Bakanlığının kamu ve özel üniversitelerdeki öğrenci/akademisyen oranını sıkıca kontrol etmesinin sonucudur.<sup>22</sup> Bu oran lisans düzeyinde eğitim veren hukuk fakülteleri için 1/25, lisansüstü enstitüler için 1/12'dir.<sup>23</sup> Amerikan Barolar Birliğinin akredite hukuk fakülteleri<sup>24</sup> için öngördüğü 1/20 oranıyla kıyaslandığında 1/25 oranı çok yüksek kabul edilebilir.<sup>25</sup> Öte yandan bu rakam pek çok Avrupa ülkesine göre Amerikan standartlarına daha yakındır. Örneğin; Almanya'da sınıf sayıları 1000'nin üzerindedir ve öğrenci/akademisyen oranı 1/100'ün

---

lable at <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=R0050001>. Pek çok üniversite öğrencisi 22 ya da 22 yaşından sonra mezun olduğu için az sayıda aday bu yaklaşımı tercih etmektedir.

<sup>21</sup> Reform öncesi Japonya ve Korede hâkimlik-savcılık sınavlarını düzenleyen düzenlemeler hukuk fakültelerine giren çok sayıda öğrencinin avukat olmayı amaçlamasına rağmen hukuk eğitimi almamayı gerekli görüyordu. Wilson, *supra* note 5, at 317.; see also Jae Won Kim, *Legal Profession and Legal Culture during Korea's Transition to Democracy and a Market Economy*, in *Raising the Bar: the Emerging Legal Profession in East Asia*, *supra* note 11, at 68.

<sup>22</sup> Reform öncesi Japonya ve Korede hâkimlik-savcılık sınavlarını düzenleyen mevzuat hukuk fakültelerine giren çok sayıda öğrencinin avukat olmayı amaçlamasına rağmen hakim-savcı olabilmek için hukuk eğitimi almayı zorunlu görmüyordu. Wilson, *supra* note 5, at 317.; see also Jae Won Kim, *Legal Profession and Legal Culture during Korea's Transition to Democracy and a Market Economy*, in *Raising the Bar: the Emerging Legal Profession in East Asia*, *supra* note 11, at 68

<sup>23</sup> *Id.* at appendix 1.

<sup>24</sup> See Am. Bar Ass'n, *Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools*, Ch. 4, Interpretation 402-1 (2011–2012), available at [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal\\_education/Standards/2011\\_2012\\_aba\\_standards\\_chapter4.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/Standards/2011_2012_aba_standards_chapter4.authcheckdam.pdf).

<sup>25</sup> Chang-fa Lo, *Driving An Ox Cart to Catch Up with the Space Shuttle: the Need for and Prospects of Legal Education Reform in Taiwan*, 24 *Wis. Int'l L. J.* 41, 51 (2006).



üzerindedir.<sup>26</sup> Japonya'da lisans düzeyindeki hukuk programlarında<sup>27</sup> tek bir sınıftaki öğrenci sayısı 500'ün üzerinde olabilmektedir ki bu durum Tayvan'da hiçbir zaman gerçekleşmemiştir.

Tayvan'daki düşük öğrenci/akademisyen oranı; lisans düzeyindeki hukuk fakültelerine kabul almanın pek çok Avrupa ülkesinden zor olduğu anlamına gelmektedir. Çünkü hukuk diploması, sosyal bilimler alanındaki diğer disiplinlere nazaran daha yüksek gelir imkânı ve daha çok saygınlık sağlamaktadır. Bu nedenle Tayvan'da lisans düzeyinde hukuk programlarına kabul edilmek Amerika'daki J.D programları gibi rekabetçi olmaya başlamıştır. 1990'lardan bu yana hukuk, üniversite adaylarının sosyal bilimler ve insani bilimler arasında ilk tercihi olmuştur.<sup>28</sup>

Son yirmi yıllık dönemde ortaya çıkan üçüncü fark ise; pek çok üniversitede hukuk fakültesi mezunu olmayanların kabul edildiği lisansüstü hukuk enstitülerinin kurulmasıdır. Disiplinler arası sorunlara ilişkin hukuk hizmetlerine yönelik büyüyen sosyal talebi karşılamak amacıyla hukuk eğitimi için bu ikinci yöntem tasarlanmıştır. Bu enstitülerdeki öğrenciler, yüksek lisans derecesini elde edebilmek için üç akademik yıl içinde genellikle 80 ila 100 krediyi tamamlamak zorundadırlar.<sup>29</sup> Bu J.D benzeri lisansüstü enstitülerin başarısı 2005 ve 2007 yılları arasındaki reformlara karşı çıkmak için önemli bir nedendi.

Japonya ve Kore'deki sistemle Tayvan'daki sistem arasındaki dördüncü ve belki de en önemli fark ise; Tayvan'da staj ve mesleğe kabul sınavları için

---

<sup>26</sup> Mark E. Steiner, *Cram Schooled*, 24 *Wis. Int'l L. J.* 377, 378 (2006).

<sup>27</sup> E.g., Yoshiharu Kawabata, *The Reform of Legal Education and Training in Japan: Problems and Prospects*, 43 *S. Tex. L. Rev.* 419, 432 (2002). Japonyada 2008 yılında yaklaşık 100'e yakın lisans eğitimi veren hukuk fakültesi ile beraber yaklaşık 200.000 öğrenci vardır. Bkz Setsuo Miyazawa et al., *The Reform of Legal Education in East Asia*, 4 *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.* 333, 340 (2008), available at <http://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.lawsocsci.3.081806.112713>. Tayvanda bazı hukuk fakültelerinde 300'den fazla öğrenci olabilmektedir. Fakat bu yaygın bir durum değildi. Bkz Lo, *supra* note 24, at 60.

<sup>28</sup> Joseph L. Pratt, *The Two Gates of National Taiwan University School of Law*, 19 *UCLA Pac. Basin L. J.* 131, 151 (2001).

<sup>29</sup> Çünkü bu kişilerin diploma dereceleri yüksek lisanstı, Eğitim Bakanlığı bu öğrencilerin tez yazmalarını zorunlu kılıyordu ki bu yüzden bu kişilerin eğitim süresini üç yıldan uzun sürüyordu. Bkz Wang, *supra* note 13, at 142.

iki farklı yolun bulunmasıdır.<sup>30</sup> Hâkimlik-Savcılık sınavı, avukatlık sınavı farklıdır.<sup>31</sup> Her iki sınavı geçenler için meslek öncesi stajı da ayrıdır. Hâkimlik ve Savcılık Eğitim Enstitüsünün sınavını geçen kişiler burada meslek öncesi eğitim alırlar.<sup>32</sup> Eğitimin sonunda adayların hâkimlik ya da savcılık yeterliliğini kazanmaları gereklidir.<sup>33</sup> Baro sınavını geçen kişiler ise Avukat Eğitim Enstitüsüne giderler.<sup>34</sup>

Her iki eğitim enstitüsü Adalet Bakanlığı<sup>35</sup> tarafından idare edilmesine rağmen her ikisine tahsis edilen kaynaklar arasında önemli ölçüde farklılık vardır. Hâkim ve savcıların stajı 2 yıl sürmektedir. Bu dönem boyunca stajyerler kamu görevlisi olarak kabul edilmekte ve maaşlarını almaktadırlar.<sup>36</sup> Staj eğitimi mesleki becerilere yönelik sınıf derslerini, mahkemelerde, savcılık ofisinde, idari kurumlarda ve hukuk bürolarında uygulamalı eğitimleri içermektedir.<sup>37</sup> Enstitü stajyerlere çeşitli staj imkânları tahsis eder.<sup>38</sup> Sınav sonuçları ve adayların adaylık süresince gösterdikleri performans hangi adayın hâkim, hangi adayın savcı olacağı belirlenirken dikkate alınır. Yine bu sonuçlara göre atanacakları mahkemeler belirlenir. Kısacası bu enstitü Tayvan örneğinde avukatlara eğitim vermemesi dışında Japonya'daki Hukuk

---

<sup>30</sup> Lo, *supra* note 24, at 64; see also Pratt, *supra* note 28, at 153–56.

<sup>31</sup> Avukatlığa kabulün gelişimi için, bkz Jane Kaufman Winn, *The Role of Lawyers in Taiwan's Emerging Democracy*, in *Raising the Bar: the Emerging Legal Profession in East Asia*, *supra* note 11, at 368, 368–69.

<sup>32</sup> See Sifa renyuan renshi tiaoli (Judicial Personnel Regulations), art. 27 (2007), available at <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=S0020049>. For a general introduction on judges and prosecutors in Taiwan, see Chiu & Fa, *supra* note 19, at 13.

<sup>33</sup> See Fawubu sifaguan xunlian suo sifaguan xunlian guize (Training Institute For Judges and Prosecutors, Ministry of Justice—Regulations of training for judges and prosecutors), art. 20 (2011) [hereinafter Regulations of training for judges and prosecutors], available at <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=I0010008>.

<sup>34</sup> See Regulations Governing Pre-Service Training for Attorneys, art. 4 (2009), available at <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=I0020012>.

<sup>35</sup> See *id.* at art. 5; Fawubu sifaguan xunliansuo zuzhi tiaoli (Training Institute For Judges and Prosecutors, Ministry of Justice—Organization regulations), art. 10 (1980), available at <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=I0000002>. Avukatları eğitim yetkisi Adalet Bakanlığının elinde olmasına rağmen bakanlık bu yetkisini tüm yerel baroların oluşturduğu Tayvan Barolar Birliğine devredebilir.

<sup>36</sup> See Regulations of training for judges and prosecutors, *supra* note 33, at art. 9–10. It is similar in Korea and Japan during the pre-reform periods. See Kim, *supra* note 20, at 51.

<sup>37</sup> See Regulations of training for judges and prosecutors, *supra* note 33, at art. 10.

<sup>38</sup> *Id.*

Eğitim ve Araştırma Enstitüsüne ve Kore'deki Yargısal Araştırma ve Eğitim Enstitüsüne<sup>39</sup> benzemektedir.

Avukat eğitim enstitüsünde, hâkim ve savcılarının tam tersine sadece bir aylık ücretsiz eğitim sağlanmakta ve herhangi bir staj önerilmemektedir.<sup>40</sup> Stajyerler kamu görevlisi olarak kabul edilmemekte ve herhangi bir maaş almamaktadırlar. Bu eğitime ek olarak beş yıldan fazla deneyime sahip bir avukatın gözetiminde beş aylık bir stajyerlik, avukat adaylarının yerel baroya kaydolması için zorunludur.<sup>41</sup> Bununla beraber Hâkim ve Savcı Eğitim Enstitüsündekilerden farklı olarak avukat adayları danışmanlarını kendileri bulmak zorundadır.<sup>42</sup> 2008 yılındaki ekonomik durgunluğun başlaması, avukat sayısının artması ve stajyerlik imkânlarının azalmasıyla stajyer avukatlar için yanında staj yapacakları avukat bulmak daha zor bir hâle gelmiştir. Japonya ve Kore'deki meslek öncesi stajyerlik imkânı göz önüne alındığında Tayvan'daki avukatlar yerel barolara kaydolmadan önce daha az eğitilmektedirler.<sup>43</sup> Avukatlar ile hâkimlik-savcılık stajlarının ayrılmasının arkasındaki temel neden hükümetin avukatların eğitimlerinin desteklemeyi uygun bulmamasıydı. Çünkü avukatlar temel olarak kamunun menfaatinden ziyade müvekkillerinin menfaatlerini takip ederler.<sup>44</sup>

## 2. İki Yapılı Sistemin Etkileri

Hâkim-savcı ve avukat stajlarının ayrılığı yargı sistemini üç şekilde etkilemiştir. İlk olarak Japonya ve Kore'deki sistemlerden farklı olarak hâkim ve savcılar için yıllık geçme kontenjanı Hâkim ve Savcılar Eğitim Enstitüsünün kapasitesine göre hesaplanmaktadır. Bu sayı Yargı Yuanı ve Adalet Bakanlığı

---

<sup>39</sup> Wilson, *supra* note 5, at 316; Song, *supra* note 19, at 33–35; Kim, *supra* note 20, at 51.

<sup>40</sup> Regulations Governing Pre-Service Training for Attorneys, art. 5 (2009).

<sup>41</sup> *Id.* at art. 9 (2009).

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> Benzer şekilde II. Dünya Savaşından önce Japonya da ayrılmış yollar ve staj mevcuttu. 1923 yılına kadar hâkimler ve Savcılar için bir sınav avukatlar için bir sınav olmak üzere iki ayrı sınav mevcuttu. Her iki sınavın birleştirilmesinden sonra bile (sınavın tüm aşamalarını geçenler hâkim ya da savcı, son aşama hariç diğer aşamalarını geçenler avukat oluyordu) Japonya 1947'ye kadar ayrı staj eğitiminde ısrar etti. 1936 yılından önce Japonyada avukat olmak için staj yapmak zorunlu değildi. Bkz Sabrina Shizue McKenna, Proposal for Judicial Reform in Japan: An Overview, 2 Asian Pac. L. & Pol'y J. 20, 122, 125 (2001).

<sup>44</sup> Korede ortaya çıkan benzer görüşler için. See Song, *supra* note 19, at 34.

ğının yeni hâkim ve savcı taleplerine göre belirlenmektedir.<sup>45</sup> Genellikle tüm stajyerlerin hâkim ya da savcı olmaya ehil olması nedeniyle enstitüdeki stajyer sayısı işgücü olarak talep edilmeye yakındır.<sup>46</sup> Müstakbel hâkim ve savcılarının seçimi Japonya ya da Kore'deki<sup>47</sup> gibi enstitü eğitiminin sonunda değil başlangıcında yapılmaktadır. Bu nedenle Yargı Yuani ve Adalet Bakanlığı stajyer havuzundan müstakbel hâkim ya da savcılarının seçimi konusunda takdir hakkı azdır. Bu yüzden hâkim ve savcılarının istihdam edilmesi esas olarak hâkimlik ve savcılık sınavı vasıtasıyla belirlenir. Bu süreç, Yargı Yuani ve Adalet Bakanlığının zayıf stajyerleri ayıklama yeteneğini zorlaştırmaktadır. Buna karşın Japonya ve Kore'de yeni hâkim ve savcılar staj sürecindeki performansları esas alınarak çok geniş bir havuzdan seçilmektedir ve pek çok stajyer hâkim-savcı olmak yerine avukat olmaktadır.

İkinci olarak Amerika'da hâkimler tipik olarak kıdemli avukatlar arasından seçilmektedir. Hâkimlerle avukatlar arasındaki kariyer transfer sistemi tersine çevrilmiştir. Çünkü Tayvan'daki hâkim ve savcılar avukatlardan farklı olarak hâkimlik teminatına, çok yüksek başlangıç aylığına, yüksek sosyal statüye, daha iyi tahsisatlara ve eğitim imkânlarına sahiptirler. Bu nedenle hâkim ve savcı olmak pek çok hukuk mezununun ilk hedefidir. Bununla beraber yeterince deneyime ve sosyal bağlantıya sahip olduktan sonra pek çok hâkim ve savcı uzun dönemde daha yüksek gelir ve mesleğini daha iyi icra etme imkânlarından yararlanmak amacıyla avukatlık yapmaktadır.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Pratt, *supra* note 28, at 155. 1981 yılından önce Korede her bir alandaki soruların yüzde 40'ı ve üzeri puan alan ve ortalama puanı 60 olan kişi sınavı geçiyordu. Bu yıllarda çok az sayıda başarılı aday olduğundan 1981 yılından sonra politika değişikliğine gidilerek her bir yıl için belirlenmiş aday kontenjanına geçilmiştir. Bkz Song, *supra* note 19, at 28.

<sup>46</sup> Hâkim ve Savcı Eğitim Enstitüsünün toplam stajyer sayısı 1988 den 2007'ye kadar 2592 olmasına rağmen bu dönemde elenen stajyer sayısı sadece 7'dir. See Yafeng Lin, Tan minguo yilingling nian qi sifaguan kaoshi lushi kaoshi zhi xinzhigai (On the new systems of judicial and bar exams starting in 2011), *National Elite*, Vol.6, Issue 1, at 11 (June 2005), available at [http://www.moex.gov.tw/main/Quarterly/wHandQuarterly\\_File.ashx?quarterly\\_id=176](http://www.moex.gov.tw/main/Quarterly/wHandQuarterly_File.ashx?quarterly_id=176).

<sup>47</sup> See, e.g., Wilson, *supra* note 5, at 317–18.

<sup>48</sup> See Heng-Wen Liu, *Cong zhishi jishou yu xueke dingwei lun bainian lai taiwan faxue jiaoyu* (From the perspectives of knowledge transplantation and discipline orientation to analyze the transformation of legal education in Taiwan in the last century), Ph.D. thesis, Institute of National Taiwan University Law, at 266–67 (2005), available at <http://www.airitilibrary.com/searchdetail.aspx?DocIDs=U0001-2407200521003900>

İkili yapının üçüncü etkisi ise; baro sınavı geçme oranlarını değiştirmek, avukat adaylarıyla hâkim ve savcıların ayrı eğitilmeleri ve eğitim maliyetlerinin düşük olması nedeniyle Japonya ve Kore'ye göre daha kolaydır. Japonya ve Kore'deki baro sınavı geçme oranları son reformdan önce %3'ten daha azdı.<sup>49</sup> Bununla beraber sınavı geçenlerin pek çoğu hâkim ya da savcı olarak süreci tamamlamaktadır. Bu nedenle her iki ülkede de avukat sayısı gerçekten azdır. Tayvan'da baro sınavı geçme oranları 1989'dan beri %5'in altına düşmemiştir.<sup>50</sup> Bu farkın nedeni sınavı geçecek kişi sayısının Tayvan'da belirlenmemiş olmasıdır. Fakat genellikle her yıl için sınava girenlerin belirli bir yüzdesi esas alınmaktadır. Bunun sonucu olarak, Tayvan'da sınava giren kişiler arasındaki rekabet muhtemelen Japonya ve Kore'dekinden daha azdır.

Tayvan'da, baro sınavlarındaki düşük rekabet baskısı problemleri azaltmaktadır. Ancak Kore ve Japonya'daki gibi düşük geçme oranlarıyla ilgili problemleri ortadan kaldıramamaktadır. Pek çok hukuk öğrencisi 22 ya da 23 yaşında mezun olmakla beraber hâkimlik savcılık sınavına giren kişilerin ortalama yaşı 26 ila 27'dir.<sup>51</sup> Hukuk mezunu erkek adaylar için bir yıllık zorunlu askerlik hizmetini dahil etmeksizin pek çok kişi her iki ulusal sınav öncesi 4-5 yıl hazırlanmak zorunda kalabilmektedir.<sup>52</sup> Japonya ya da Kore'de olduğu gibi pek çoğu sınava girmek için çalışmaya ara vermeyi planlamaktadır.<sup>53</sup> Günümüzde pek çok hukuk öğrencisi hukuk fakültesinin ikinci hatta ilk

---

<sup>49</sup> Reform öncesi Japonyada her yıl 45000 civarında öğrenci eğitim alıyordu. Fakat 1999'dan önce baro sınavını geçen kişi sayısı 1000'den azdı. Bkz Wilson, *supra* note 5, at 315–17. In Korea, from 1991 to 2002, the passage rate was never higher than 5 percent. See Song, *supra* note 19, at 29.

<sup>50</sup> Wang, *supra* note 13, at 140. Hâkimlik-savcılık ve baro sınavı başvuru/geçme oranlarına ilişkin detaylı sayılar için. Bkz Lo, *supra* note 24, at 66–68; see also Shu-chin Grace Kuo, Rethinking the Masculine Character of the Legal Profession: a Case Study of Female Legal Professionals and Their Gendered Life in Taiwan, 13 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 25, 56–57 (2005).

<sup>51</sup> Examination statistics, the Ministry of Examination, available at [http://www.moex.gov.tw/main/ExamReport/wFrmExamStatistics.aspx?menu\\_id=158](http://www.moex.gov.tw/main/ExamReport/wFrmExamStatistics.aspx?menu_id=158).

<sup>52</sup> Hwei-Syin Chen, Toumingdu yu sifa renyuan kaoxuan zhidu zhi xingge (Transparency and innovation of the judicial examination & selection system), National Elite, Vol.1, Issue 2, at 37 (June 2005), available at [http://www3.nccu.edu.tw/~hschen/book\\_summary/200506-01.pdf](http://www3.nccu.edu.tw/~hschen/book_summary/200506-01.pdf).

<sup>53</sup> Lo, *supra* note 24, at 68; see also Steiner, *supra* note 26, at 378–83.

yılında dershaneye başlamaktadır.<sup>54</sup> Akademisyenlerin öğrencilerin bu iki sınavla doğrudan ilgili dersler haricindeki derlere azalan devamına (ve şevkine) yönelik şikâyetleri artmaktadır.<sup>55</sup> Japon hukuk eğitiminde “çifte okul olgusu” olarak adlandırılan bu olgu pek çok hukuk öğrencisinin hukuk fakültesiyle aynı anda dersanelere devam etmesi anlamına gelmektedir. Günümüzde Tayvan'da bu durum giderek popüler olmaya başlamıştır.<sup>56</sup>

Şayet Tayvanlı yetkililer, eğitim enstitülerinin kapasitesini dikkate almaksızın baro sınavı geçme oranlarını yükseltebiliyorsa bunu neden yapmamaktadırlar? Geçme oranlarının yükseltilmesi hukuk fakültesi mezunlarının üzerindeki sınava hazırlanma stresini düşürebilir. Böylece hâkim ve savcı olmak isteyenler avukatlık kariyeri planlayanlarla rekabet etmek zorunda kalmaz. Geçme oranlarının etkilenmesini engelleyen pek çok faktör vardır. En önemli faktör ise Sınav Yuanınının (Beş erkli Tayvan Anayasası altında idareden bağımsız erk aşağıda tartışılacaktır.) oynadığı roldür. Tayvan Anayasası iki sınavla ilgili politikaları, reformları engelleyen sonuçlarıyla şekillendirmektedir. Bu konu daha detaylı bir analizi hak etmektedir.

### III. İki Sınavın Politikası

#### I. Dersanelerin İflası

Pek çok ülkede yaygın olarak baro sınavlarına hazırlanmak amacıyla dersaneler mevcuttur. Amerika Birleşik Devletlerinde çoğu hukuk fakültesi mezunu sınavdan önce Barbri gibi şirketlerden tekrar kursları almaktadır.<sup>57</sup> Almanya dersaneler konusunda köklü bir geleneğe sahiptir. Repetitionen olarak adlandırılan bu kurumların kökleri 13.yüzyıl İtalya'sının Bologna'sına kadar izlenebilir.<sup>58</sup> Japonya ve Kore'de sınavda başarılı olanların %90'ından fazlası dersanelerde sınava hazırlanmışlardır.<sup>59</sup> Tayvan, Japonya ve Ko-

---

<sup>54</sup> Lo, *supra* note 24, at 68–69; *see also* Kim, *supra* note 20, at 71.

<sup>55</sup> Pratt, *supra* note 28, at 158; *see also* Kim, *supra* note 20, at 51.

<sup>56</sup> Koichiro Fujikura, Reform of Legal Education in Japan: the Creation of Law Schools without a Professional Sense of Mission, 75 Tul. L. Rev. 941, 944 (2001).

<sup>57</sup> Wilson, *supra* note 5, at 301–02; *see also* Steiner, *supra* note 26, at 391–92.

<sup>58</sup> Heinrich Amadeus Wolff, Bar Examinations and Cram Schools in Germany, 24 Wis. Int'l L. J. 109, 119 (2006).

<sup>59</sup> Steiner, *supra* note 26, at 380.

re'deki öğrencilerin ABD ve Almanya'daki öğrencilerden önemli ölçüde fazla zamanı dershanede harcadıkları görülmektedir.<sup>60</sup> Bu durum kısmen Amerika'da ve Almanya'daki baro sınavlarındaki yüksek geçme oranıyla (genellikle %70'ten fazla) açıklanabilir.<sup>61</sup> Alternatif bir açıklama ise; Tayvan, Japonya ve Kore'deki dersanelerin diğer ülkelerdeki muadillerinden daha kötü yönetilmesidir. Bununla beraber aşağıda açıklanacağı üzere Tayvan'daki diğer disiplinlere yönelik dersaneler daha başarılıdır. Bu dersaneler, hem hukuk hem de diğer disiplinlere yönelik tekrar kursları sağlamaktadır. Aynı dershanede hukuk dışındaki diğer disiplinler iyi idare edilirken hukuk kursları için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Dersanelerde çalışmak Tayvan'daki pek çok insan için tipik bir yaşam deneyimidir.<sup>62</sup> Her yıl yapılan üniversiteye giriş sınavı için pek çok lise öğrencisi dersanelere gitmektedir. Bu dersaneler öğrencinin hangi üniversiteye ve bölüme devam edeceğini belirleyen neredeyse tek faktördür.<sup>63</sup> Çünkü iyi liselerden mezun olanlar üniversiteye giriş sınavında diğerlerinden daha iyi performans göstermektedir. Bu nedenle ortaokul mezunları saygın liselere girebilmek içinde uğraş verirler. Bu nedenle de liselere giriş sınavı neredeyse üniversiteye giriş sınavı kadar rekabetçidir.<sup>64</sup> Dersaneler pek çok öğrenciye istedikleri üniversiteye ve bölüme girmelerinde yardımcı olarak başarılı olmuşlardır.<sup>65</sup> Pek çok Tayvanlı ana dili İngilizce olmayanlar için dil yeterliliği testlerine (TOEFL, SAT ya da TOEIC gibi) hazırlanmak amacıyla da dersanelere gitmektedir. Yine mesleki sertifikalar ya da lisanslar veya memur olmak için gereken nitelikleri kazanmak için dersanelere gitmekte-

---

<sup>60</sup> Almanyadaki öğrenciler Kore ve Japonyadaki akranları kadar zamanı dersanelerde harcamalarına rağmen Almanyada geçme oranının %70 civarında olması nedeniyle pek çok kez baro sınavına girmek zorunda kalmamaktadırlar. See Steiner, *supra* note 26, at 381–83.

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> Elise Potaka & Benjamin Yeh, Book dragons: Inside Taiwan's cram schools, China Post, June 6, 2011, available at <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/national/national-news/2011/06/06/305070/Book-dragons.htm>.

<sup>63</sup> Pratt, *supra* note 28, at 151. It might be the same in Korea, see James Card, Life and Death Exams in South Korea, Asia Times Online, Nov. 30, 2005, available at <http://www.atimes.com/atimes/Korea/GK30Dg01.html>

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> Potaka & Yeh, *supra* note 62

dirler.<sup>66</sup> Dershane sektörü adaylara tüm alanlarda iyi puanlar alabilmeleri için yardım edebilmektedir.

Baro sınavı çoğunlukla hafızayı test etmesine rağmen, üniversite giriş sınavı ve Tayvan'daki diğer pek çok sınavda aynı yetenek test edilmektedir. Hukuk alanında ortaya çıkan dershaneler pek çok adayın ulusal sınavda yüksek puan almalarına yardımcı olamamaktadır. 2003 yılından önce Sınav Yuanı baro sınavı geçme oranının yüzde 16'ya ayarlamıştı,<sup>67</sup> fakat fiili geçme oranı hiçbir zaman o düzeye ulaşamamıştır.<sup>68</sup> Bu durum, adayın sınavı geçmek için ortalama puanının 50 ve üzeri olmasını (100 tam puan üzerinden) gerektiren başka bir kuralın sonucudur.<sup>69</sup> Geçme oranlarının 1998'de %5.59, 1999'da %13.88, 2000'de %6.01, 2001'de %7.06 ve 2002'de %7.77'dir.<sup>70</sup> Bu sonuçlar, ilgili yıllardaki hukuk fakültesi mezunlarının %86'dan fazlasının baro sınavında ortalama 50 puana ulaşamadığı anlamına gelmektedir. Sınav Yuanı 2003'ten itibaren geçme oranını %8'e düşürdü ve asgari ortalama puan zorunluluğunu ortadan kaldırdı.<sup>71</sup> Sınırlı veriler esas alınarak yapılan hesaplamada; testi geçenler arasındaki en düşük puan 2007 yılında 48,3, 2008 yılında 48,2 ve 2010 yılında 46.13'tür.<sup>72</sup> Bu sonuçlar göstermektedir ki, baro sınavına girenlerin %8'den azının puanı ortalama 50 puanın üzerindedir. Her sınavdaki düşük puanlar, geçme oranlarının yükseltilmesine yönelik görüşü (özellikle baro tarafından) haklı göstermektedir. Baro sınavının temel işlevi yeni mezun hukukçuların yeterliliklerini garanti altına almaktır. Ancak puanı 50'nin altında olan öğrencileri yeterli kabul etmek son derece güçtür.

Öğrencilerini iyi eğitemedikleri, inter-aktif metodu kabul etmedikleri ve yerinde staj eğitimini müfredatlarına dâhil etmedikleri için hukuk fakültele-

---

<sup>66</sup> The China Post Staff, Taiwan parents want English as official 2nd language, The China Post, Jan. 12, 2006, available at <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/2006/01/12/75184/Taiwan-parents.htm>.

<sup>67</sup> See Taiwan's Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at art. 19, sec. 1 (2001), available at <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawOldVer.aspx?Pcode=R0040047&LNNDATE=20010403&LSER=001>.

<sup>68</sup> Hâkimlik-savcılık ve baro sınavı başvuru/geçme oranlarına ilişkin detaylı sayılar için, see Lo, *supra* note 24, at 66–68; see also Kuo, *supra* note 50, at 56–57.

<sup>69</sup> Taiwan's Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at art. 19, sec. 2

<sup>70</sup> Lo, *supra* note 24, at 66.

<sup>71</sup> Taiwan's Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at art. 19, sec. 1.

<sup>72</sup> Examination Statistics, *supra* note 51.



rini suçlayabiliriz. Fakat dersaneler hakkında ne söylenebilir ki? Düşük puanlar yalnızca hukuk fakültelerinin değil aynı zamanda dersanelerin de başarısızlığını göstermektedir. Şayet baro sınavlarına girenlerin puanları iyi olsaydı (örneğin; 70 ya da 80) geçme oranlarının yükseltilmesine ilişkin itirazı gerekçelendirmek daha kolay olurdu. Çünkü pek çok hukuk fakültesi mezununun tatmin edici puanlar alamaması nedeniyle geçme oranlarının yükseltilmesini gerekçelendirmek zordur. Görünüşe göre dersaneler her iki sınavdaki bir hususla baş etmeyi çok zor bulmaktadır. Dershane öğrencileri, dersanelerin zorlukların üzerinden gelememesine yönelik yetersizliklerini kabul edilebilir olduğuna inanmakta ve hâlâ para ödemeye devam etmektedirler. Kanaatimce bu zorluk iki sınavın şeklinden kaynaklanmaktadır.

## 2. İki Sınavın Şekli (İçeriği)

2011 yılından önce baro ve hâkimlik-savcılık sınavı neredeyse aynıydı.<sup>73</sup> Her iki sınavda 6 ya da 7 bölüme ayrılmıştı.<sup>74</sup> Her bir bölüm medeni hukuk ya da ceza hukuku gibi bir dersi kapsamaktaydı ya da kanunlar ihtilafı deniz ticaret hukuku gibi birden fazla konuyu beraberce kapsıyordu. Her bir bölüm, pek çok meseleye ilişkin dört adet klasik soru içermekteydi.<sup>75</sup> Uzun yıllar bu içerik değişmeden kaldı.<sup>76</sup> Fakat bu sistemin üç eksiği vardı. Birincisi; testin her bölümü dört soru içeriyordu. Bu soruların ilgili olduğu hukuki meseleler, test konusunun kapsamından daha dardı. Bu nedenle bu sınavların yetkin olanla yetkin olmayanı ayırması şüpheli gözükmemektedir.<sup>77</sup> Sınavda sorulmayan konular hakkında az bilgiye sahip olan şanslı bir aday yüksek puan alabileceği gibi düşük puan alan bir aday bu durumu basitçe kötü şansa bağlayabilecektir.

---

<sup>73</sup> Lo, *supra* note 24, at 64.

<sup>74</sup> Baro sınavının altı bölümü şu derslerden oluşmaktadır: Medeni Hukuk, Medeni Usul Hukuku, Ceza Hukuku, Ceza Usul Hukuku, İdare Hukuku ve İdari Yapımlar Kanunu, Ticaret Hukuku ve Kanunlar İhtilafı. *See* Taiwan's Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at art. 12 (2009). Hâkimlik-Savcılık sınavının yedi bölümü ise: Medeni Hukuk, Medeni Usul Hukuku, Ceza Hukuku, Ceza Usul Hukuku, Ticaret Hukuku, İdari Yapımlar Kanunu ve Kanunlar ihtilafı, İdare Hukuku. *See* Regulations of public service special examination of judicial exam art. 6 (2009) [hereinafter Regulations—judicial exam].

<sup>75</sup> *See* Chen, *supra* note 52, at 42.

<sup>76</sup> *Id.* at 40.

<sup>77</sup> *Id.* at 44.

İkinci mesele, sınavların yapısıyla ilişkilidir. Her bir hakemin adayların kaderini belirlemede çok geniş ölçüde yetkiye sahip olmalarıdır. Örneğin; baro sınavında altı bölüm bulunmaktadır. Her bir bölümdeki dört sorudan her biri genellikle farklı kişilerce hazırlanmaktadır.<sup>78</sup> Her bir bölümün puanı 100 olup her bir klasik sorunun en yüksek puanı 25'tir. Buna göre her bir klasik soru ortalama puan üzerinde % 4.16 (25/(6x100)) etkilidir. Çünkü yaklaşık her yıl 4000 ila 8000 arası kişi başvuru yapmaktadır.<sup>79</sup> Bu kişilerin yüzlercesinin puanı ortalama puandan bir puan farklıdır. Önceden belirlenmiş geçme oranı politikası uygulamasında herhangi bir sorunun sonucu adayların kaderini belirleyebiliyordu. Daha fazla sınav sorusu olduğunda, her bir sorunun önemi azalıyordu. Benzer şekilde sınav tümüyle klasik soru yerine çoktan seçmeli sorular içerdiğinde her bir soru daha az önemli ol-maktaydı. Bununla beraber, baro ve hâkimlik-savcılık sınavını düzenleyen mevzuat sınavın tüm bölümlerinin sadece klasik sorulardan oluşmasını ön-görüyordu.<sup>80</sup> Bu durum sınavı değerlendiren kişilerin elini güçlendiriyordu.

Üçüncü eksiklik ise, cevap anahtarları için kabul edilen belirsiz standart-lardır. Genellikle bir klasik soru bir değerlendirici tarafından değerlendirilir.<sup>81</sup> Çünkü binlerce kişi sınava girmektedir ve değerlendirici için tüm klasik sorularının cevaplarının aynı standartlara göre değerlendirmek zordur. Da-hası sınavdan sonra örnek cevap yayınlanmamaktadır. Bu da geçme stan-dardını daha da zorlaştırmaktadır.<sup>82</sup> Bu süreç altında başarılı sonuçların doğ-ruluğu ve tarafsızlığı üzerinde şüpheler oluşmaktadır.

### 3. Sınav Yuani: Hukuk Mesleği Dışındaki Kapı Muhafızı

Uzun yıllarca, ikili sınav yapısının hukuk eğitimi üzerindeki etkisi geniş ölçüde eleştirildi. Fakat iki sınavın usulü değişmeden kaldı.<sup>83</sup> Sınav sistemi-

---

<sup>78</sup> Pratt, *supra* note 28, at 156.

<sup>79</sup> Hâkimlik-savcılık ve baro sınavı başvuru/geçme oranlarına ilişkin detaylı sayılar için, *see* Lo, *supra* note 24, at 66–68; *see also* Kuo, *supra* note 50, at 56–57.

<sup>80</sup> *See* Taiwan's Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at art. 14; *see also* Regulations—judicial exam, *supra* note 74, at art. 5, sec. 3 (2009).

<sup>81</sup> Tek bir değerlendirici 5000'nin üzerinde sınav kâğıdını değerlendirmek zorunda kalabili-yordu. Bkz Pratt, *supra* note 28, at 156.

<sup>82</sup> *See* Chen, *supra* note 52, at 44.

<sup>83</sup> *Id.* at 42.

nin en az iki özelliği idarecilerin sınavın yapısında reform yapmaları konusundaki isteksizliği açıklayabilir. Birincisi, Sınav Yuanıdır. Sınav Yuanı Tayvan'a özgü anayasal bir erkdir. Temel olarak bu erk gözetimi altındaki sınavların verimsizliği için hesap vermekten muaftır. Bir diğer neden ise hukukçu akademisyenlerin yazılı sınavların tasarlanması ve değerlendirilmesindeki baskın konumudur.

Sınav Yuanı; Yargı Yuanı, Adalet Bakanlığı ya da Tayvan Barolar Birliğinin yerine baro ve hâkimlik-savcılık sınavının tasarımı ve idaresini kontrol ediyordu. Tayvan Anayasasındaki Sınav Yuanının varlığı, derin kökleri Çin İmparatorluğu dönemine giden memurluk sınavının bir mirasıydı.<sup>84</sup> Bu sisteme göre her kişi sosyal statüsüne bakılmadan eşit şekilde ulusal memurluk sınavına girme imkânına sahipti.<sup>85</sup> Bu sınavların amacı, adil ve objektif sınav yoluyla entelektüel olarak yetkin ve ahlaklı kişileri bulmaya çalışmaktı.<sup>86</sup> Az sayıda seçilmiş kişi seçkin devlet memuru oluyordu. Bu sayede ayrıcalıklı bir statüye ve sonraki eğitimleri için çok sayıda kaynağa ulaşıyordu.<sup>87</sup> Bu sistem Qing hanedanlığının son zamanlarında kaldırılıncaya kadar sosyal istikrarı ve sınıflar arası geçişi sağlıyordu.<sup>88</sup> Çin Cumhuriyetinin (Tayvan) kurucusu, yeni Çin'in anayasasını geliştirirken sistemin ruhunun kamu personel alımlarında eşitlik ve adaleti sağlamak amacıyla sürdürülmesi gerektiğine inanıyordu.<sup>89</sup> Yürütmeden ayrı bu amaçla ulusal sınavlara ve kamu kurumlarına personel alımına ilişkin yetkileri yürütmeden ayırarak Sınav Yuanını devletin beş erkenden biri olarak kurmuştur.<sup>90</sup> Anayasanın 86. maddesi

---

<sup>84</sup> Çin İmparatorluğundaki memurluk sınavına ilişkin detaylı açıklama için, Bkz Benjamin A. Elman, Political, Social, and Cultural Reproduction via Civil Service Examinations in Late Imperial China, 50 J. Asian Stud. 7 (1991), *available at* [http://www.princeton.edu/~elman/documents/Civil\\_Service\\_Examinations.pdf](http://www.princeton.edu/~elman/documents/Civil_Service_Examinations.pdf).

<sup>85</sup> *Id.* at 9.

<sup>86</sup> Edward A. Kracke, Jr., Family vs. Merit in Chinese Civil Service Examinations Under the Empire, 10 Harv. J. Asiatic Stud. 103 (1947).

<sup>87</sup> Elman, *supra* note 84, at 10.

<sup>88</sup> Weifang He, China's Legal Profession: the Nascence and Growing Pains of a Professionalized Legal Class, 19 Colum. J. Asian L. 138 (2005).

<sup>89</sup> Piero Tozzi, Constitutional Reform on Taiwan: Fulfilling a Chinese Notion of Democratic Sovereignty?, 64 Fordham L. Rev. 1193, 1208 n.69 (1995).

<sup>90</sup> *Id.*

uyarınca kamu personelinin niteliklerine ve mesleki lisanslarına yalnızca Sınav Yuanı tarafından karar verilmektedir.

Çözülmesi gereken bir diğer sorun ise Sınav Yuanının faaliyetlerinin özellikle yargı ve yasama erklerinin dış denetiminden önemli ölçüde bağışık olmasıdır. Batı anayasalarında devletin üç erki arasındaki yetkileri düzenleyen geleneksel kontrol ve denge sistemi Sınav Yuanı ve devletin diğer erkleri arasındaki ilişkilere düzgün bir şekilde uygulanmamaktadır. Sınavların idaresi yetkisinin yürütme yetkisinden ayrı olmasına rağmen Yasama Yuanının (Kongre) Sınav Yuanı mensuplarına politika meseleleri hakkında Yürütme Yuanına (devletin yürütme erki)<sup>91</sup> soru sorma hakkı gibi bir yetkisi olmadığı gibi Sınav Yuanının politikalarını değiştirmesini isteme hakkı da bulunmamaktadır.<sup>92</sup>

Yargısal bakış açısından ise Anayasa Mahkemesi Sınav Yuanının takdir yetkisine saygı gösterilmesine karar vermiştir.<sup>93</sup> Dahası meclis Sınav Yuanının puanlama uygulamalarını idari denetimden<sup>94</sup> kanun yoluyla korumuştur. Yine sınava giren adayların klasik sorular için örnek cevaplar istemeleri engellenmiştir.<sup>95</sup> Teorik olarak vatandaşların yasama yoluyla Sınav Yuanının politikalarını etkileme imkânı olmakla beraber herhangi bir sınava girecek adayların sayısı etkili bir baskı grubu olmak için çok küçüktür. Kısacası Sınav Yuanı nadiren devletin diğer erklerinden baskıya maruz kalmaktadır. Sınav Yuanının bağımsızlığının anlamı; sınav sürecini sınıf siyasetinden ve ayrıcalıklı kişilerin müdahalesinden korumaktır.<sup>96</sup> Fakat bağımsızlığın doğasından kaynaklı olarak Sınav Yuanının verimsizliğini düzeltecek bir baskıdan da yoksundur. Yine bu nedenle test metodlarını destekleyecek deneysel kanıtların yokluğunun gerekçelendirilmesi ya da baro ve hâkimlik-savcılık sınavlarındaki reformlarda gecikmeler yaşanmaktadır.

---

<sup>91</sup> Zhonghua Minquo Xianfa (Constitution of the Republic of China), art. 57 sec. 1 (1947).

<sup>92</sup> *Id.* at art. 57 sec. 2 (1947) .

<sup>93</sup> Dafaguan Huiyi Jieshi (Grand Justices Council Interpretations), no. 682 (2010).

<sup>94</sup> Administrative Procedure Act, art. 3.

<sup>95</sup> Dianshi fa (The Examination Affairs Act), art. 23 (2002), available at <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=R0020001>.

<sup>96</sup> Yeh Jiunn-Rong, Changing Forces of Constitutional and Regulatory Reform in Taiwan, 4 J. Chinese L. 83, 85 n.7 (1990).

#### 4. Akademik Saygınlık ve Sınavı Yapan Kişinin Gücü Arasındaki İlişki

Amerika Birleşik Devletlerinde hiçbir hukukçu akademisyen baro sınavlarında değerlendirici olmayı kendi akademik kariyeri için önemli kabul etmez. Bununla birlikte Tayvan'da muhtemelen Japonya ve Kore'de baro sınavlarında görev almak hukukçu akademisyenlerin akademik etkilerini artıracaktır. Bu da dolaylı olarak ülke çapında bir tanınırlık sağlayacaktır. Akademik saygınlık ve sınavı hazırlayanların gücü arasındaki etkileşim her iki sınavda da hukukçu akademisyenlerin baskın olmasında kaynaklanmaktadır.

Sınav Yuanı bağımsızlığını kullanmasına rağmen ulusal sınavların tasarımı ya da değerlendirilmesinden sorumlu çok sayıda uzmana tam zamanlı iş sağlayamamaktadır. Baro ve hâkimlik-savcılık sınavlarındaki soruların hazırlanması ve değerlendirilmesi işi dış uzmanlar tarafından yerine getirilmektedir. Her iki sınav için sınavı yapacak kişilerin seçiminde hukuk fakültelerinde akademisyen olmak ya da sınavdaki konularla ilgili ders kitabı yayınlamak çıkar çatışması olarak kabul edilmemektedir. Bu durum Amerika Birleşik Devletlerindeki çoğu baro sınavıyla ilgili politikalardan önemli ölçüde farklıdır. Örneğin; Louisiana Yüksek Mahkemesi Baro Kabul Komitesi herhangi bir hukuk fakültesinde tam zamanlı ya da yarı zamanlı akademisyenlerin komite üyesi ya da sınav görevlisi olmalarını yasaklamıştır.<sup>97</sup> Tayvan'da kıdemli tam zamanlı hukuk profesörleri genellikle sınav komisyonu başkanı ve sınav görevlisi olarak seçilirler.<sup>98</sup> Bu durum geleneksel Çin memurluk sınavlarının yansımasıdır. Bu gelenekte; test edilen alanla ilgili yetkin bir uzmanın sınav görevlisi olması zorunludur. Çünkü bu kişiler devleti temsil etmektedir. Sınavlardaki soruları hazırlayanların isimleri hiçbir zaman ifşa edilmemesi gerçeğine rağmen baro ve hâkimlik-savcılık sınavlarında sınav görevlisi olarak görev almak resmi bir tanınırlık kazanmak anlamına gelmektedir.

Çoğu sınav görevlisinin her iki sınav için tarafsız ve pratik sorular hazırlama girişimlerine rağmen sınavların güvenilirliği adaleti kendi menfaatlerini

---

<sup>97</sup> Louisiana Supreme Court Comm. On Bar Admissions, Admission Rules, Rule XVII § 1(E) (2008), *available at* [http://www.lascba.org/admission\\_rules.asp](http://www.lascba.org/admission_rules.asp). Several states adopt similar rules. See Lawrence M. Grosberg, Standardized Clients: A Possible Improvement for the Bar Exam, 20 Ga. St. U. L. Rev. 841, 869 n. 104 (2004).

<sup>98</sup> See Examination Affairs Act, art. 5–8, 10. In Japan, leading law professors make and grade the bar exam. See Miyazawa et al., *supra* note 27, at 349.

gütmek amacıyla yasal boşlukları manipüle eden bazı kişilerce lekelenmiştir. 2002 yılında Ulusal Cheng Chi Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Profesör Chen Hwei-Syin başkanlığında bir grup görevli özellikle pek çoğu 2001 yılında yapılan baro ve hâkimlik-savcılık sınavlarından oluşan orijinal sınav kâğıtlarına yönelik deneye dayalı çalışmalarını tamamladı.<sup>99</sup> Bu grubun raporu sınava ilişkin uzun süredir var olan şüpheleri doğruladı.<sup>100</sup> 2001 yılındaki baro ve hâkimlik-savcılık sınavında görev alan pek çok sınav görevlisi (sınav görevlisi olma yeterliliğine sahip binlerce hukukçu akademisyen ve profesyonel olmasına rağmen) üç ulusal üniversiteden gelen akademisyenlerden oluştuğunu tespit etti. Yine 2001 yılında sınavı geçen kişilerin %70.85'i aynı üniversitelerden gelen kişilerden oluşmaktaydı.<sup>101</sup> Çalışma, Sınav Yuanının akademisyenlerin özgeçmişlerini ve sınav görevlilerinin seçimini denetleyecek bir mekanizmaya sahip olmadığını ortaya çıkardı.<sup>102</sup> En az 25 akademisyen üç yıldan fazla bir süredir aynı sınavda sınav görevlisi olarak görev yapmaktaydı.<sup>103</sup> Sınavlarda sorulan konularda uzman önde gelen akademisyenler ve uygulamacıların tartıştığı panellerde; pek çok uzman bazı klasik soruların temel hukuki meselelere ilişkin olmaktan ziyade genellikle pek çok hukuk fakültesinin müfredatında bulunmayan detay tartışmalar olduğu konusunda uzlaşmaya varmışlardır.<sup>104</sup> Bazı sınav soruları, alışılmadık ya da sui generis bir jargon içermektedir ve bir akademisyenin ya da küçük bir akademisyen grubunun farklı görüşlerini esas almaktadır.<sup>105</sup>

Bu problemlerin etkileri oldukça açıktır. İki sınavın çok rekabetçi olması nedeniyle hiç kimse herhangi bir sorudan bir puan kaybetme riskini almak istememektedir. Bununla beraber sınavın kapsamı ve puanlama standardı önemli ölçüde belirsiz kalmaktadır. Bu nedenle rasyonel bir aday yalnızca sınav görevlisi olması muhtemel hukuk profesörlerinin görüşlerine çalışmayı

---

<sup>99</sup> See Hwei-Syin Chen et al., Sifaguan, lushi kaoshi shiti xiangguan wenti fenxi zhuanan yanjiu baogao (Report on Issues Relating to the Questions of the Judicial Officers Exam and the Bar Exam) 4–5 (Ministry of Examination, 2002).

<sup>100</sup> *Id.* at 42–45, 48–49.

<sup>101</sup> *Id.*

<sup>102</sup> Chen et al., *supra* note 99, at 160–62.

<sup>103</sup> *Id.* at n.30.

<sup>104</sup> Chen, *supra* note 52, at 50–51.

<sup>105</sup> Chen et al., *supra* note 99, at 1179.

tercih edecektir. Her hukukçu akademisyenin görüşlerini ezberlemek sınava giren herhangi bir bireyin kapasitesinin çok ötesindedir. Bu yüzden dershaneler kontrolü ele geçirdi ve her iki sınava hazırlığın ayrılmaz bir parçası hâline geldi. Bu yönüyle dershaneler yüksek puanları garanti etmemektedir. Fakat öğrenciler için elinden gelenin en iyisini temsil etmektedir.

Her iki sınavda hukukçu akademisyenlerin ağırlığı akademik politikaların üzerinde önemli etkileri vardır. Şayet bir konuda test edilen alandaki uzmanların o meseleler hakkındaki paylaştıkları görüşlerde oybirliği yoksa mesleki yeterlilik sınavlarının genel konuları ölçmeleri beklenir. Buna karşın bir akademisyenin başarısı, farklı bir teori yaratıp yaratamayacağı ve bu teorinin zaman içinde ilgili alandaki profesyoneller arasında baskın görüş olmasına göre belirlenir. Mevcut sistem altında sınav görevlisi akademisyenler soruları hazırlama yetkisini kişisel fikirlerini yaygınlaştırmak için kullanmaktadır. Hukuk öğrencilerinin ders kitaplarını satın almaktan, teorilere çalışmaktan, adı sıkça sınav görevlisi olarak geçen akademisyenlerin ders notlarına ve makalelerini çalışmaktan başka bir seçeneği kalmamaktadır. Öğrenciler, değerlendiricilerin teorilerini uyguladıkları cevaplar verdiklerinde puan alacaklarını aksi takdirde puan alamayacakları (uygulamada bu olmasa dahi) korkusuyla bunu yapabilmektedir. Bu şekilde her iki sınav hukukçu akademisyenlerin teorilerini görünür kılmak ve akademik etkilerinin sınırlarını kampüslerinin ötesine yaymak için önemli bir mekanizma olmuştur.

Hukuk profesyonellerinin görevi adaleti geliştirmektir. Sınavların adilliği üzerinde geniş kuşkular olmasına rağmen hukuk profesyonellerinin etik gelişimleri üzerinde olumsuz etkileri konusunda şüphe yoktur. Şayet hukuk öğrencileri sınav sorularının tarafsız bir şekilde hazırlanması konusunda eğitmenlerine güvenemiyorsa akademisyenler öğrencilerden kendilerini kamu yararına adamalarını nasıl bekleyebilirler ki? Sınavların idaresinin adil olmadığı durumda genç hukukçuların ahlaki gelişimlerini arttırmak amacıyla hukuk etiği dersinin baro ve hâkimlik-savcılık sınavlarında yer alması boş bir laftan başka bir şey olmayacaktır. Kanaatimce her iki sınavın adilliği her zaman endişe konusu olacaktır. Bu durum Tayvan'daki tüm hukuk öğrencileri için tüm ülkede "etik olmayan hukuk" dersini temsil etmektedir.

#### IV. Başarısız Reform Çabaları, 2005-2007

##### I. Hükümet Tarafından Başlatılan İki Reform Teklifi

Japonya ve Korenin ABD tarzı hukuk eğitimini kabul etmesinin ardından benzer değişiklikleri takip etme ihtiyacından dolayı 2005, 2006 ve 2007 yıllarında bir dizi resmi tartışma ve hükümet faaliyeti gerçekleştirildi.<sup>106</sup> Bu girişimler hukukçu akademisyenlerin karşı çıkması nedeniyle başarısız oldu. Fakat başarısızlık benmerkezciliğin sonucu olarak düşünülmemelidir. Akademisyenler Kore ve Japonya'da yapılan reformların olumsuz sonuçları nedeniyle radikal değişimleri desteklemek konusunda tereddütte kalmışlardır. Kanaatimce reformun amaçları arasında muhtemel çatışma (avukat sayısını arttırma ve hukuk hizmetlerinin kalitesini yükseltme gibi) Tayvan'ın Japonya ve Kore'yi takip etmemesinin temel nedenidir.

2005 yılında İnsan Hakları Danışma Komisyonu Başkan Yardımcısı Annette Lu'nun<sup>107</sup> başkanlığında toplanan komisyon tarafından Tayvanın Hukuk sistemi reformunu geliştirmek için bir komite kuruldu.<sup>108</sup> 2005 yılının mayıs ayında hükümet (daha sonra NTU Hukuk Fakültesi Dekanı olan) Chang-fa Loi'yi hukuk eğitiminde reform için bir çalışma grubu organize etmek için atadı.<sup>109</sup> Çalışma grubu tarafından geniş ölçekli forumlar ile ABD, Japonya, Güney Kore ve Almanya deneyimlerine ilişkin uluslararası konferanslar gibi pek çok toplantı düzenlendi. Çalışma grubu Tayvanın hukuk eğitim sistemi reformuna ilişkin beyaz kitabı 2005 yılının sonunda yazdı.<sup>110</sup> Rapor, Tayvanda Japonya/Kore modelinde olduğu gibi lisansüstü düzeyde profesyonel hukuk fakültelerinin kurulmasını öneriyordu.<sup>111</sup> Daha sonra 2006 yılı Nisan ayında yapılan forumda Sınav Yuanı ve Eğitim Bakanlığının tekliflerin

---

<sup>106</sup> Hwei-Syin Chen, Hua weiji wei zhuanji: tan faxue jie ruche yinying faxue jiaoyu gaige de hushing (Turning crisis into opportunity: how should legal academia respond to the calls for reform of legal education), 112 Taiwan L. J. 90 (2002) [hereinafter Chen, Journal].

<sup>107</sup> Annette Lu Illinois at Urbana-Champaign Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1971 yılında yüksek lisans ve Harvard Hukuk Fakültesinden 1978 yılında LL.M. derecesi edinmiştir. Bkz Tenth-term Vice President, Republic of China, the Republic of China Yearbook-Taiwan 2002, available at [http://www.gio.gov.tw/taiwan-website/5-gp/yearbook/2002/bio\\_lu.htm](http://www.gio.gov.tw/taiwan-website/5-gp/yearbook/2002/bio_lu.htm).

<sup>108</sup> Wang, *supra* note 13, at 146.

<sup>109</sup> *Id.*

<sup>110</sup> *Id.* at 147.

<sup>111</sup> *Id.*



2008'in sonbaharından başlayarak yürürlüğe konulacağını duyurdu.<sup>112</sup> Böylece bu konuda ilk defa muayyen bir zaman çizelgesi duyurulmuştu.

Tekliflerin özünde Japonya ve Güney Kore'dekine benzer profesyonel hukuk enstitülerinin oluşturulması kavramı vardı.<sup>113</sup> Rapora göre tüm lisansüstü enstitüler 2008'den sonra profesyonel hukuk enstitülerine dönüştürülecekti.<sup>114</sup> Eğitim Bakanlığı akreditasyon standartlarını karşılamayan enstitüleri kapatacağı. 2008 yılı ve öncesinde hukuk lisans eğitimine başlayan öğrencilere 2022 yılına kadar sınava girme imkânına sahip olacaktı.<sup>115</sup> 2022 yılından sonra yalnızca profesyonel hukuk enstitülerden mezun olanlar iki mesleğe kabul sınavına girebileceklerdi.<sup>116</sup>

2006 yılında, Eğitim Bakanlığı Profesör Lo'dan profesyonel hukuk enstitüleri için akreditasyon standartları için taslak hazırlamasını istedi. Lo'nun çalışma grubu, 2006 yılının Ekim ayında standartlara ilişkin taslağa son halini verdi ve sundu. Bu taslak, Amerikan Barolar Birliğinin Hukuk Fakültelerinin Onaylanması İçin Usul Kuralları ve Standartları (2005-2006 versiyonu) ve Japonya Eğitim Bakanlığının profesyonel hukuk enstitüleri için kabul ettiği standartları örnek almıştı.<sup>117</sup>

2007 yılı haziran ayında Eğitim Bakanlığı lisansüstü enstitülerinin kendilerini profesyonel hukuk enstitülerine dönüştürmesine yardımcı olmak için mali destek kurallarını hazırladı.<sup>118</sup> Devlet desteğine kabul edilebilir olmak için enstitülerin öğrenci/öğretmen oranının 15/1'den fazla olmayacak şekil-

---

<sup>112</sup> *Id.* at 148.

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> *Id.*

<sup>115</sup> Ministry of Education, Falüen yangcheng zhidu xingge fangan zuotanhui (The symposium of legal system reforms and programs to develop legal profession staffs) 9–10, available at <http://www.law.cycu.edu.tw/law/file/%E3%80%8C%E6%B3%95%E5%BE%8B%E4%BA%BA%E9%A4%8A%E6%88%90%E5%88%B6%E5%BA%A6%E8%88%88%E9%9D%A9%E3%80%8D%E6%9B%B8%E9%9D%A2%E8%B3%87%E6%96%99.pdf>.

<sup>116</sup> *Id.*

<sup>117</sup> Chang-fa Lo et al., Falu zhuan ye yanjiu suo shezhi biao zhun zhi yanjiu qimo baogao shu (Final report of the standards of accreditation for the Professional Legal Institute) 7 (2006) (project commissioned by the Executive Yuan, Ministry of Education).

<sup>118</sup> Yin-Lung Chen, Taiwan faxue jiaoyu gaige zhi fangshi (The methods of legal education reform in Taiwan), in Paper Collection for Taiwan Law Society 2007 Annual Meeting of Law, at 2, 2–3 (2007), available at <http://fju.lawbank.com.tw/file/lawreform.pdf>.

de sürdürmesi gerekmektedir. Bu kurallar sağlanan desteğin hukuk etiği, klinik eğitimi ve küreselleşmeyle ilgili başlıklarla ilgilenen faaliyetler ya da kurslar için olduğunu belirtmektedir.<sup>119</sup> Daha da önemlisi kurallara ek olarak profesyonel hukuk okulları için Eğitim Bakanlığı tarafından geliştirilen akreditasyon standartları taslağı çalışma grubunun bulgularına dayanıyordu.<sup>120</sup>

Pek çok hukukçu akademisyen sistemin geliştirilmesi konusunda bir şey yapılması gerektiği konusunda uzlaşmaya sahip olmasına ve muhtemel reform önerilerini tartışmaya yönelik istekliliklerini vurgulamalarına rağmen öncelikle hukukçu akademisyenler arasında bir uzlaşmaya ulaşmadan kısa bir zaman içinde radikal değişiklikler yapılmasına direndiler. Bu muhalefet özellikle profesyonel hukuk enstitülerine alışık olmayanlar arasında daha fazlaydı. Bunların arasında ABD'de eğitimini tamamlamamış çok sayıda hukukçu akademisyen de vardı. Çoğu hukukçu akademisyen teklifleri eleştirdi. 2007 yılında, Amerikan tarzı hukuk eğitimini şiddetli şekilde savunan milletvekili Ming-chen Chen<sup>121</sup> tarafından kanun teklifi verilmesi bu akademisyenler için bardağı taşıran son damla oldu. Chen'in teklifi yeni profesyonel hukuk enstitüleri hakkında çok sınırlı açıklama getiriyordu. Fakat teklif profesyonel hukuk enstitülerinin mezunlarının sınava girmesi için son tarihi 2022'den 2015'e çekiyordu.<sup>122</sup> Yeni sistem altında ilk grup öğrencinin 2015 yılında mezun olabilmesini sağlamak için tüm hukuk sisteminin 2013 yılında (tekliften sadece 6 yıl sonra) dönüşmüş olması gerekiyordu. Teklifin muğlaklığı ve sınırlı zaman çizelgesi akademisyenler arasında kafa karışıklığı ve strese neden oldu.

2005 ile 2007 yılları arasında yapılan sayısız toplantı, bilgi şöleni, forum ve konferanstan sonra çok sayıda önde gelen akademisyen teklife muhalefet etmeye karar verdi. 2007 yılı nisan ayında, aralarında Tayvan Ulusal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanının halefinin de olduğu 40 civarında akademisyen, teklifin neden kabul edilmemesi gerektiğine ilişkin gerekçeleri sıralayan bir basın açıklamasını imzaladılar.<sup>123</sup> Çünkü Eğitim Bakanlığı teklifin ertelenmesini reddetmişti. 2007 yılının haziran ayında 10 kıdemli hukuk

---

<sup>119</sup> *Id.* at 5–6.

<sup>120</sup> *Id.* at 6–8.

<sup>121</sup> Wang, *supra* note 13, at 148.

<sup>122</sup> Chen, *Journal*, *supra* note 106, at 92.

<sup>123</sup> *Id.* at 92–93.

fakültesi yöneticisi Başkan Chen Shui-bian'a endişelerini açıklamak için bir toplantı yaptılar.<sup>124</sup> Hukukçu akademisyenlerin güçlü muhalefetleri karşısında Başkan Chen Eğitim Bakanlığına profesyonel hukuk enstitüsü tarafından tesis edilen planın sonlandırılması talimatını verdi.<sup>125</sup> Daha sonra Sınav Yuanı iki sınavla ilgili değişiklik yapan planı askıya aldı.<sup>126</sup> Bunun üzerine Başkan Chen ile aynı siyasal partiye mensup Yasama Yuanı üyeleri (*milletvekilleri*) aynı partinin üyesi Ming-chen Chen'in teklifinden desteklerini çektiler.<sup>127</sup> Hukuk eğitimi alanındaki reforma ilişkin alternatif tedbirlere ilişkin hukukçu akademisyenler arasındaki tartışmalar zaman içinde azalarak son buldu.

## 2. Lisansüstü Hukuk Enstitüleri: Mevcut Sisteme Alternatif mi Tamamlayıcı mı?

Bir yorumcunun da isabetle belirttiği üzere az sayıda politik baskı grubunun isteği nedeniyle demokratik Tayvan'da hukuk eğitiminde reform yapma imkânı bulunmamaktadır.<sup>128</sup> Bununla beraber 2005-2007 teklifleriyle ilgili iki husus detaylı bir analizi hak etmektedir. Birincisi, mevcut hukuk fakültelerinden mezunların baro ve adli sınavlara girmeye uygun görüldüğü iki aşamalı yasal eğitim modelini savunan planlara karşı çıkanlar.<sup>129</sup> İkincisi, tekliflerin başarısız olması Japonya ve Kore'deki reformlardaki pek çok önemli değişikliğe atıfta bulunuyordu. Bu hukuk fakültelerinin akreditasyon standartlarını karşılayacak zorunlu kaynakları edinebilmeleri için yardıma ihtiyaç duydukları anlamına geliyordu.<sup>130</sup> Bu mekanizmaların oluşturulmasında başarısız olunması hukukçu akademisyenlerin reform tekliflerine uymak konusundaki isteksizliklerinin en önemli nedeniydi.

2007 yılında, profesyonel hukuk enstitülerinin kurulmasına yardımcı olmak için ikincil düzenlemeler taslağında; Eğitim Bakanlığı bu reformların amaçlarını açıkladı. Buna göre reformun amaçları; daha çeşitli özgeçmişlere

---

<sup>124</sup> Wang, *supra* note 13, at 149.

<sup>125</sup> *Id.*

<sup>126</sup> *Id.*

<sup>127</sup> *Id.*

<sup>128</sup> *Id.*

<sup>129</sup> Legal Education Reform Press Release, *supra* note 15.

<sup>130</sup> See *infra* notes 152–156 and accompanying text.

sahip hukuk öğrencileri temin etmek, uluslararası ve uluslararası meselelerle ilgilenecek hukuk fakültesi mezunlarının yeterliliklerini arttırmak ve klinik hukuk eğitimi yoluyla teori ve pratik arasındaki boşluğu azaltmaktır.<sup>131</sup> Muhalifler Japonya ve Kore tarafından sağlanan modellerin sadece bu amaçları sağlamak anlamına gelmeyeceğini savunuyordu.<sup>132</sup> 2007 yılında 40 akademisyen tarafından imzalanan basın açıklamasında hukuk lisans programlarından mezun olanların üç yılını lisansüstü programlarda geçiren öğrencilerin daha yeterli olduğunu kanıtlayan ampirik bir çalışma olmadığını belirtiyorlardı. Profesyonel hukuk enstitüsü mezunlarına hâkimlik-savcılık ve avukatlık sınavına yönelik kısıtlama getirmek; herhangi bir fayda olmadan hukuk eğitiminin maliyetini yükseltmeye neden olacak (yüksek harçlar ve hukuk fakültesinde geçilecek zamanı uzatması nedeniyle) ve öğrencilerin sınavla ilgili konulara odaklanma eğilimini arttıracaktır.<sup>133</sup> Buna ek olarak, Tayvan daha çeşitlendirilmiş bir hukuk mesleği geliştirmeye ihtiyaç duymaktadır.<sup>134</sup> Hükümet teklifleri, Tayvan toplumunun çoklu talepleri ile mesleki hukuk enstitüleri arasındaki çatışmada yalnızca enstitüleri tutuyordu.<sup>135</sup> Kısacası muhalifler Tayvan'daki hukuk eğitiminin geliştirilmesi için birşeyler yapılması gerektiğini kabul ediyordu. Ancak mevcut iki sınavlı sistemin lisansüstü profesyonel hukuk okullarına dayanan Japonyadaki birleştirilmiş sistemden daha iyi olduğuna inanmaya devam ediyorlardı. Bu nedenle temel mesele mevcut iki sınavlı sistemin Tayvan'daki hukuk hizmetleri için sosyal talepleri tatmin edecek kapasitede olup olmadığıdır.

Japonya'daki yeni sistemde, baro sınavını geçenlerin merkezi enstitülerdeki uygulamalı eğitimlerde geçirmesi gereken süre iki yıldan bir yıla indirildi.<sup>136</sup> Hukuk fakültesi mezunu öğrenciler için stajın kısaltılması yeni lisansüstü hukuk okulları tarafından sağlanan eğitimin bir parçası olarak kabul edilebilir. Bu nedenle yeni sistem eğitimin süresini bir ya da iki yıla uzata-

---

<sup>131</sup> Ministry of Education, *supra* note 115.

<sup>132</sup> Yin-Lung Chen, *supra* note 118, at 12.

<sup>133</sup> Legal Education Reform Press Release, *supra* note 15. *See also* Yin-Lung Chen, *supra* note 118, at 13.

<sup>134</sup> *Id.*

<sup>135</sup> *Id.*

<sup>136</sup> Wilson, *supra* note 5, at 320.

caktı. Öte yandan Tayvan'da uygulamalı eğitim sadece bir ayda sona eriyordu. Bu nedenle giriş seviyesindeki avukatların pratik becerileri Japonya ve Kore'dekilerden daha düşüktür. Baro sınavına girebilmek için lisansüstü mezunu olma zorunluluğu yeni avukatların eğitimi için gerekli olan toplam süreyi önemli ölçüde uzatacaktı. Reforma muhalif olanlar, mevcut lisans programlarının yalnızca temel hukuk bilgisi gerektiren genel ulusal davalarını idare etmek için yetersiz avukatlar ürettikleri konusunda ikna olmamışlardı.

Öte yandan, diğer iki tarz hukuk hizmetine olan talep son yirmi yılda önemli ölçüde artmıştı. Tayvan'ın ileri teknoloji endüstrisinin büyümesi patent, biyo-teknoloji, siber hukuk, vergilendirme ve tıbbi bakım gibi diğer disiplinlere aşına hukuk uygulamacılarına yönelik talebi arttırmıştır. Bunun yanı sıra ekonomik küreselleşme özellikle Tayvan'ın 2001 yılında Dünya Ticaret Örgütüne katılması uluslararası ya da uluslararası hukuk ve düzenlemelere ilişkin hukuk hizmetlerine olan talebi arttırmıştır.<sup>137</sup> Muhalifler bu taleplerin varlığına aşına olmakla beraber Tayvan'daki J.D benzeri lisansüstü programların talepleri karşılayacak yeterlilikte olduğuna inanıyorlardı.<sup>138</sup>

Son 20 yıl boyunca, uzun süredir hukuk lisans programına sahip olan Soochow Üniversitesi, Ulusal Cheng Chi Üniversitesi, Tayvan Ulusal Üniversitesi ve Ulusal Taipei Üniversitesi gibi üniversiteler hukuk mezunu olmayanları kabul etmek için lisansüstü enstitüler kurdular.<sup>139</sup> Bu üniversiteler lisans programlarını da sürdürmeye devam ettiler. Bununla beraber bu üniversitelerin lisansüstü programları Japonya'daki yeni hukuk fakültelerine önemli ölçüde benziyordu. Bu programlar Amerikan J.D programlarına benzemekle beraber Amerikan modelinden iki önemli hususta farklılık gösteriyordu.

Birincisi, pek çok Amerikan hukuk fakültesi J.D programının ilk yılında benzer temel hukuk derslerinin sunmaktadır. Daha çeşitlendirilmiş ve ileri düzey dersler ise ikinci ve üçüncü yıllarda gösterilmektedir. Yukarıda zikredilen dört üniversitede her iki ulusal sınavda test edilen hukuk konuları, tıpkı lisans programlarında olduğu gibi, üç yıl boyunca müfredatın önemli bir

---

<sup>137</sup> Lo, *supra* note 24, at 70–75.

<sup>138</sup> Yin-Lung Chen, *supra* note 118, at 13–14.

<sup>139</sup> Wang, *supra* note 13, at 142.

bölümünü oluşturmaya devam etmektedir.<sup>140</sup> Hatta bazı dersler lisans ve lisansüstü öğrencilere aynı sınıfta öğretilmektedir. Muhtemelen pek çok akademisyen zamanının çoğunu geleneksel hukuk konularına ayırmak zorunda kaldığından bu durum J.D benzeri programlar için daha az kaynağı ulaşılabilir kılmaktadır.

İkinci fark ise her iki sınav için düşük geçme oranlarıdır. Bu programların öğrencileri zamanlarının çoğunu baro sınavına hazırlanarak geçirsınler ya da avukatlık dışında bir kariyeri seçmiş olsunlar,<sup>141</sup> bu okullardaki akademisyenlerin profesyonel hukuk enstitülerinin mevcut lisans programlarındakilerden daha zeki öğrencileri çekeceğine ilişkin görüşe itiraz etmeleri beklenen bir durumdu.

Bu açıdan Kore'deki reformda bazı üniversiteler lisans, bazı üniversiteler lisansüstü hukuk eğitimi sunabiliyordu. Fakat her ikisini birden sunamıyordu. Bu yönüyle bu durum daha detaylı bir incelemeyi hak etmektedir.<sup>142</sup> Bu politikaların avantajı; üniversitelere daha yoğunlaştırılmış gelişme stratejileri sağlamak amacıyla tüm kaynaklarını tek bir programa hasretmeye zorlamaktır. Son yirmi yıl boyunca, Kore modeline benzer bir eğilimle pek çok üniversitenin hukuk lisans programı olmaksızın lisansüstü enstitüler kurdukları gözlenmiştir.<sup>143</sup> Çünkü bu enstitüler kapsamlı hukuk eğitimi sunabilmek için yeterli büyüklükte değildi. Bu nedenle deniz ticaret hukuku, teknoloji hukuku, finans hukuku, idare hukuku ve fikri mülkiyet hukuku gibi spesifik alanlara yoğunlaşmışlardı.<sup>144</sup> Bu politikanın nedeni hukukun bu alanlarının diğer disiplinlerin bilgisini de gerektirmesidir. Öğrencilere hukuktan başka alanlarda bilgi vermenin pek çok avantajı vardır. Bu enstitülere ilişkin iki grup öğrenci arasında<sup>145</sup> kaynakların ve personelin tahsisi gibi konuların uzlaştırılmasına ilişkin endişeler olmasına rağmen bu enstitüler reformcular tarafından desteklenen hukuk enstitülerine önemli ölçüde benzemektedir.

---

<sup>140</sup> Lo, *supra* note 24, at 55–56.

<sup>141</sup> Wang, *supra* note 13, at 142.

<sup>142</sup> Wilson, *supra* note 5, at 338–39.

<sup>143</sup> Wang, *supra* note 13, at 142–43.

<sup>144</sup> Wang, *supra* note 13, at 143.

<sup>145</sup> *Id.*

Bu enstitüler yeni olmalarına rağmen müfredata yaratıcı yaklaşımları, geleneksel hukuk fakültelerinde yaygın olduğu üzere akademisyenlerden şiddetli bir itirazla karşılaşmamıştır. Bu enstitülerin görevi; uluslararası düzenlemelerle ilgilenen endüstrinin ve işletmelerin taleplerini karşılamaktır. Bu nedenle enstitüler yabancı hukukla ilgili daha fazla ders ya da hatta pratik becerilerin gelişimini sağlamaktadırlar.

Bu dersler, avukatlık ruhsatı olmasa bile öğrencilere, uluslararası ticaretle uğraşan yüksek teknoloji şirketlerinde hukuk müşaviri gibi iş bulmalarına yardımcı olmaktadır. Enstitüler ayrıca hukuktan başka alanlarda eksikliği olan öğrencilere hukuk uzmanı eksikliği çekilen alanlarda iş bulmalarına da yardımcı olmaktadır.<sup>146</sup>

Politika açısından bu iki tür lisansüstü enstitülerin başarısı hukuk eğitimi reformu konusundaki baskıları azaltmıştır. Çünkü bu programlar disiplinlerarası becerilere yönelik talebi karşılamak isteyen profesyonelleri eğitmektedir. Genel olarak, reforma muhalif olanlar bu yeni lisansüstü enstitüleri lisans eğitime dayalı mevcut sisteme bir alternatif olarak değil tamamlayıcı olarak görmektedirler.<sup>147</sup> Kanaatimce bu bakış açısı, tam zamanlı akademisyen sayısı, esnek okul harcı oranları ve tam zamanlı öğretim üyelerinin avukatlık yapıp yapamayacağı gibi reform önerilerinde ihmal edilen pek çok meseleden kaynaklanmaktadır.

### 3. Tekliflerde Gözardı Edilen Meseleler

Son 20 yıl boyunca hukuk eğitimi veren üniversite ve kolej sayısı 8'den 37'ye çıkmıştır. Bu durum 1990'lardan bu yana dört katı bir artışı ifade etmektedir.<sup>148</sup> Tayvan'da Eğitim Bakanlığı üniversitelerin istihdam edecekleri öğretim üyesi sayısını sıkı bir şekilde sınırlamıştır. Bu nedenle yeni hukuk eğitimi kurumları küçüktür ve çoğunda tam zamanlı akademisyen sayısı

---

<sup>146</sup> Örneğin, Ulusal Chiao Tung Üniversitesi Teknoloji Hukuku Enstitüsü hukuk lisans eğitimi veren yukarıda zikredilen üniversitelere göre oldukça yeni olmasına rağmen Silikon Vadisi'nin Tayvandaki muadili olan Hsinchu Teknoparktaki çoğu fikri mülkiyet hukuku müşavirine ders sunmuştur.

<sup>147</sup> Yin-Lung Chen, *supra* note 118, at 13–14.

<sup>148</sup> Wang, *supra* note 13, at 141.

genellikle 10'dan azdır.<sup>149</sup> Tam zamanlı öğretim üyesi sayısı, Japonya ve Kore'deki yeni profesyonel hukuk okullarında sunulan kadar kapsamlı bir eğitim için yeterli değildi.<sup>150</sup> Sonuç olarak bu enstitüler tüm ülkedeki hukuk öğrencilerinin az bir oranını eğitmişlerdir.<sup>151</sup> Reform teklifine göre lisansüstü hukuk enstitüleri operasyonları durduracak akreditasyon standartlarını karşılamada başarısız olmuştur. Fakat teklifler, enstitülerin öğretim üyesi sayılarını arttırmak için diğer hukuk programları ile birleşmek gibi bir yaklaşım önermemişlerdir. Bu nedenle reformlar tüm ülkede hukuk eğitiminin kalitesini yükseltmeye ilişkin bir taahhütte bulunmaksızın hukuk fakültesi, hukukçu akademisyen ve öğrenci sayısını önemli ölçüde düşürecek gibi gözükmektedir.

İhmal edilen bir diğer mesele ise okul harçlarıdır. Japonya ve Kore'de profesyonel hukuk fakülteleri okul harçları oranlarını belirleme konusunda büyük bir esnekliğe sahiptir.<sup>152</sup> Bu esnekliğin sağlanmasındaki başarısızlık Tayvan'daki reformların başarısız olmasının belki de en önemli nedenidir. Yüksek harç oranları, klinik programlar yaratmayı mümkün kılabilmek için avukatları kariyerlerini değiştirerek akademiye geçmeye teşvik edecek yüksek maaşları olanaklı kılacaktır. Daha esnek harç politikası aynı zamanda

---

<sup>149</sup> Örneğin, 2012 yılında Ulusal Chiao Tung Üniversitesi Teknoloji Hukuku Enstitüsü 9 tam zamanlı öğretim üyesine sahipti ki bu durum enstitüyü tüm lisansüstü hukuk enstitüleri arasında en geniş kadroya sahip olanlardan biri yapıyordu. Bkz NCTU Law, Faculty Member, *available at* [http://www.itl.nctu.edu.tw/community\\_en.htm](http://www.itl.nctu.edu.tw/community_en.htm). Hukuk bölümlerinin ya da enstitülerin öğretim üyesi büyüklüklerine ilişkin bilgi için, Bkz Ministry of Education Website, *available at* <http://ulist.moe.gov.tw/>.

<sup>150</sup> Japonyadaki yeni hukuk okullarında en az 12 tam zamanlı öğretim üyesi gerekiyordu ve öğrenci/öğretim üyesi oranı tam zamanlı öğretim üyeleri açısından 1/15'den az olamazdı. Bkz Japan University Accreditation Association, Law School Standards 13, *available at* [http://www.juaa.or.jp/en/images/accreditation/standards\\_law.pdf](http://www.juaa.or.jp/en/images/accreditation/standards_law.pdf).

<sup>151</sup> Örneğin, Tayvan Ulusal Üniversitesi hukuk mezunu olmayanlar için lisansüstü enstitüsü her yıl 32 öğrenci kabul ediyordu; Bkz Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies, Admissions Information, *available at* [http://www.law.ntu.edu.tw/gi-ilslaw/chinese/versec/versec\\_enter.htm](http://www.law.ntu.edu.tw/gi-ilslaw/chinese/versec/versec_enter.htm). Enstitü hukuk mezunu olmayanları kabul eden tüm lisansüstü enstitüler içinde en çok öğrenciye sahipti. Hukuk bölümlerinin ya da enstitülerin öğrenci büyüklüklerine ilişkin bilgi için, bkz Ministry of Education Website, *supra* note 149.

<sup>152</sup> Kamiya, *supra* note 19, at 167–68; Jasper Kim, Socrates v. Confucius: An Analysis of South Korea's Implementation of the American Law School Model, 10 Asian-Pac. L. & Pol'y 322, 332 n. 58 (2009); It appears that the new Korean law schools are still underfunded. See Kyong-Whan Ahn, International Conference on Legal Education Reform: Law Reform in Korea and the Agenda of "Graduate Law Schools," 24 Wis. Int'l L.J. 223, 233–34 (2006).



okulları müfredatlarını ve pedagojilerini geliştirmek için teşvik edecektir. Maliyetler yükseldiğinde, öğrenciler büyük ihtimalle daha sıkı çalışacaklar ve daha iyi öğretim performansı talep edeceklerdir. Geliştirilmiş öğretim performansı daha iyi avukatların yetişmesini sağlayacak ve daha sonra hukuk firmalarının mesleğin başındaki avukatlara daha çok ortak pozisyonu önerebileceklerdir. Tüm bunlar daha önce Tayvan'da görülmeyen erdemli bir döngü yaratacaktır.

Eğitim Bakanlığı tarihsel olarak hem kamu hem de özel üniversitelerin harç ücretleri için tavan oluşturmuştur.<sup>153</sup> 2008'deki küresel durgunluktan beri oluşan belirsiz ekonomik görünüm nedeniyle hükümet uzun zamandan beri süregelen düşük harç ücreti politikasını yakın zamanda değiştirmesi pek muhtemel gözükmemektedir. Tüm üniversitelerdeki harç ücreti oranlarındaki benzerlikler nedeniyle öğretim kalitesinin artırılması okulların kaynaklarını artırmayacaktır. Sonuç olarak, hukuk hocaları avukatları daha iyi eğiterek okulundan daha fazla mali getiri kazanamayacaktır. Öte yandan hükümet kurumlarınca araştırma projelerinde görevlendirilmek araştırma fonlarının temel kaynağıdır ve akademisyenler ile hukuk fakültelerine ek gelir sunmaktadır. Bu yüzden hukuk fakülteleri yetkin profesyonellerin eğitiminden ziyade araştırmaya daha çok ilgi göstermeye eğilimlidir.

Bir diğer mesele ise hukuk hocalarına tam zamanlı öğretim üyesi iken baroya kaydolup avukatlık yapmalarına izin verilip verilmeyeceği konusudur.<sup>154</sup> Mevcut hukuki çerçevede, devlet üniversitelerindeki hukukçu öğretim üyeleri devlet memuru olarak kabul edilmiş ve serbest zamanlarında avukatlık yapmalarına izin verilmemiştir.<sup>155</sup> Reform teklifleri, profesyonel hukuk enstitülerinin klinik eğitim sunmalarını ve öğretim kadrosunun en az beşte birinin profesyonel avukat ve hâkimlerden olmasını zorunlu kılmakta-

---

<sup>153</sup> See Daxue fa (University Act), art. 35 (2011), available at <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=H0030001>; see also Sili xuexiao fa (Private School Law), art. 47 sec. 1 (2011), available at <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=H0020001>; Zhuanke xuexiao fa (Junior College Law), art. 35 sec.1 (2010), available at <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=H0040001>.

<sup>154</sup> Bu mesele profesyonel hukuk enstitülerinin akreditasyon standartlarına ilişkin araştırma projesinde gündeme geldi fakat hükümetin teklifi projede yoktu. Bkz Lo et al., *supra* note 117, at 73–79.

<sup>155</sup> *Id.* at 76–77.

dır.<sup>156</sup> Fakat teklifler hukuk fakültesinden sonra hukukla ilgili bir iş icra etmeyen hukukçuların hukuk kliniklerindeki davaları ele alacak öğrencilere öncülük edememe sorununu tanımlamamıştır. Zira teklifler, bu neviden sorunları ele almadığı için, içerdikleri planlar da gerçekçi gözükmemiştir.

Bununla birlikte bu lisansüstü enstitü yapısının arkasında yatan bir rasyonelite vardır. Japonya ve Kore'deki yeni profesyonel hukuk okulları hem hukuk mezunlarını hem de mezun olmayanları kabul ediyordu.<sup>157</sup> Bazı akademisyenler farklı eğitim geçmişleri olan öğrencileri aynı sınıfa koyma noktasında şüpheleri vardı.<sup>158</sup> Bu durum Amerikan hukuk fakültelerinde yaygın değildi ve Amerikan modeli hukuk eğitimiyle uyumsuz gözüküyordu. Ancak öğretim üyesi olarak görev yaptığım Ulusal Chiao Tung Üniversitesi Teknoloji Hukuku Enstitüsü deneyimi bu tarz bir düzenlemenin en azından hukukla ilgili disiplinlerarası meselelerde verimli ve üretken olabileceğini kanıtlamıştır. Enstitümüz nadiren teknolojiyle ilgili derslerde hukukçu olan ve olmayan tam ve kısmi zamanlı dört tip öğrenciyi bir araya getirmektedir.<sup>159</sup> Yüksek teknolojiyle ilgili hukuki vakaları tartışırken hukukçu olmayan bazı öğrenciler konuya ilişkin teknik bilgiyi hukukçu öğretim üyelerinden bile etkili açıklayabilmektedir. Çünkü öğrencilerin çalıştığı laboratuvar ya da şirketler vakada belirtilen teknolojiye benzer teknolojilerle ilgilenmektedir. Hukuk lisans

---

<sup>156</sup> Tayvandaki hukuk kliniği eğitimi açısından, çoğu üniversitede çok az klinik eğitim programı ya da kursu sunuluyordu. Bkz Lo, *supra* note 24, at 61. Mevcut durumda en gelişmiş şekli yargısal stajdır. 2005'te, Ulusal Chiao Tung Üniversitesi Taipei Bölge Mahkemesiyle işbirliği yaparak ilk yargısal mahkeme stajını başlatmıştır. John Marshall Hukuk Fakültesinin tavsiyesi ve daha sonra mahkeme başkanı olan Duke Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu Ching-fang Lin'in yardımıyla derslerin içeriği şekillendirildi. Enstitü yüksek lisans öğrencisini kıdemli yargıçlardan yüz-yüze eğitim alması için bölge adliye mahkemesine kâtip olarak seçiyordu. Öğrenci üç kredi kazanmak için mahkemede en az 160 saat geçiriyordu. Staj davalara ilişkin evrakları okumak, duruşmaları izlemek, hâkimlerin gözetiminde davaları tartışmak, mahkeme içtihatları ve mevzuatı araştırmak ve bilgi notları hazırlamak gibi faaliyetleri içeriyordu. 2008 yılında aynı zamanda Harvard Hukuk Fakültesi mezunu olan Yargı Yuanı başkanı In-Jaw Lai bu modelin tüm ülke çapında yaygınlaştırılmasına karar verdi. Yargı Yuanı Tayvandaki tüm mahkemeleri hukuk fakülteleri ile staj projeleri yapmalarını teşvik etmek amacıyla bazı düzenlemeler yürürlüğe koydu. Daha sonra bazı hukuk fakülteleri benzer staj dersleri geliştirdi fakat temelde lisans düzeyinde kaldı.

<sup>157</sup> Wilson, *supra* note 5, at 339

<sup>158</sup> *Id.* at 331.

<sup>159</sup> Bu durum günümüzde Tayvanda hukuk fakülteleri arasındaki yaygın olan yapıdır.

derecesine sahip öğrenciler daha uzun süre hukuk okudukları için sıklıkla hukuki meseleleri daha iyi analiz etmektedirler. Bu öğrenciler hukukçu olmayan öğrencilere ilham verici fikirler vermektedir. Bu tarz sınıflar tek tip öğrencilerin bulunduğu sınıfların başaramayacağı kazan-kazan durumu sağlamaktadırlar. Chiao Tung Üniversitesinde çok çeşitli eğitim geçmişlerine sahip öğrenci havuzu disiplinlerarası hukuk konularının gelişimi için önemli bir kaynak sağlamaktadır.<sup>160</sup>

Japonya ve Kore'deki reformlarla ilgili bir diğer mesele ise hukuk lisans programlarının devam edip etmeyeceği konusudur.<sup>161</sup> Şayet lisansüstü düzeydeki yeni hukuk enstitüleri hukuk mezunu olmayanları iyi avukatlara dönüştürebiliyorsa lisans programları neden muhafaza edilsin ki? Bu konuda alanyazın oldukça kıt olmasına rağmen<sup>162</sup> ilgilendiğim kadarıyla bu sorunun açık yanıtı dil yeterliliğiyle ilgilidir. Amerikan hukuk fakültelerinde okuyan öğrenciler için gerekli dil yalnızca İngilizcedir. Bununla beraber İngilizcenin resmi dil olmadığı Doğu Asya ülkeleri için üç yıllık eğitim hukuk lisans derecesine sahip olmayan öğrencileri mükemmel uluslararası hukukçulara dönüştürmek için yetersiz olabilirdi. Çünkü hâlihazırda iç hukukla ilgili dersler zamanlarının çoğunu almaktadır.<sup>163</sup> Bazı uluslararası avukatlar yabancılık unsuru içeren konulara ilişkin pratik meselelerle ilgilenmeden önce LLM derecesi

---

<sup>160</sup> 2008 yılında Tayvanda Fikri Mülkiyet Mahkemeleri kurulduğunda hâkimlerin yarısının fen alanında bir eğitimi yoktu. Bu hâkimler bu enstitüden mezun olmuştur. Hala görece yeni olmalarına rağmen kısmen Tayvandaki yüksek teknoloji şirketlerinin hukuk müşaviri ihtiyacından dolayı bu enstitünün mezunları Tayvanda aranan kişiler olmuşlardır.

<sup>161</sup> Wilson, *supra* note 5, at 331.

<sup>162</sup> Kashiwagi, *supra* note 8, at 188.

<sup>163</sup> Ulusal Chiao Tung Üniversitesinin deneyimi bu iddiayı doğrulamaktadır. Enstitü, Amerikan hukuk okullarında ilk yıl okutulan dersleri geniş ölçüde ve Amerikan hukukuna ilişkin bazı üst düzey dersleri Çince ya da İngilizce olarak sunmaktadır. Buna ek olarak enstitü yabancı hukuk fakülteleri ile ortak derece programları ve uzaktan eğitim derslerine yönelik faal bir şekilde işbirliği yapmaktadır. Büyük hukuk firmalarının pozisyonları için rekabet ederken bazen enstitü mezunları yurtdışında eğitim almamalarına rağmen Amerikanın en iyi hukuk fakültelerinin LL.M programlarından mezun kişileri geçebilmektedir. Fakat hukuk eğitimine sahip öğrenciler bu tarz bir rekabette hukuk mezunlarına oranla daha başarılı olmaktadır. Kanaatimce lisans düzeyindeki hukuk eğitimi ileri düzey Amerikan hukukunu anlamakta mezunlarına avantajlar sağlamaktadır. Enstitü, uluslararası avukat olmayı tercih eden ve bu nedenle Tayvan avukatlık ruhsatına ihtiyaç duymayan hukuk mezunu olmayan kişilere iç hukuka yönelik bazı zorunlu dersleri Anglo-amerikan hukuk dersleriyle değiştirmelerine izin vermektedir. Fakat bu durum öğrencilerin Tayvan hukukunu anlamalarını azaltacaktır.

alabilmektedir. Fakat baro sınavına girmeden önce lisansüstü derece edinme zorunluluğu avukat olma sürecini engelleyici bir şekilde uzatabilecektir.

Bu analize göre, reform muhalifleri tarafından savunulan iki yollu hukuk eğitim modeli basitçe ortodoks hukukçu akademisyenler için menfaatlerini koruma yolu ya da daha tek tip sisteme doğru yarım bir adım olarak görülmemelidir. Bunun yerine çeşitli hukuk hizmetlerine yönelik sosyal talepleri karşılayacak ve sosyal faydayı birleştirilmiş sistemden daha iyi sağlayacak bir araç olarak görülmelidir. Lisans düzeyindeki hukuk programlarının görevi müvekkillerini basit hukuk problemlerinde temsil etme yeterliliğine sahip yetkin genel hukuk uygulayıcılarını eğitmektir. Öte yandan lisansüstü hukuk programlarının görevi ise karmaşık özellikle küreselleşmenin tehditleriyle karşılaşılacak meselelerin üzerinden gelebilecek kapasitede hukuk uzmanlarını eğitmektir. Tabiki Japonya ve Kore'deki yeni sistemlerde yapıldığı gibi hukuk lisans mezunlarına baro sınavına girmelerine izin vermeden önce iki ya da üç yıllarını profesyonel hukuk programlarında harcamalarını istemekte bir sakınca olmayacaktır. Bununla beraber şayet baro sınavının içeriği genel konuları desteklese geçme stresi lisansüstü enstitüdeki öğrencileri sınavda sorulmayan hukuk konularına çalışmaktan uzaklaştırabilecektir. Baro sınavı işleyebilir herhangi bir reform teklifi için zorunludur.

## V. 2007 Sonrası Reformcu Hareketler

### I. Vaka Kitabı Yazma Hareketi

Hükümetin hukuk eğitimi reformu girişimini 2007'de sonlandırılmasından sonra tartışma önemli ölçüde azaldı. Bununla birlikte kayda değer birkaç değişiklik kaldı. Örneğin Eğitim Bakanlığı tarafından desteklenen Ulusal Cheng Chi Üniversitesinden Profesör Hwei-Syin Chen'in ev sahipliğini yaptığı Tayvan'da hukuk biliminde Yaratıcı Öğretim Programına, 2007 ve 2011 yılları arasında yaratıcı eğitim materyali tasarlanmasına 100'den fazla akademisyen katılmıştır.<sup>164</sup> Bu programın amacı; hukukla ilgili derslerin yenilikçi öğretimini

---

<sup>164</sup> Bu proje hakkında daha detaylı giriş için, Bkz The Office of Innovative Teaching and Research in Education of Legal Science, Introduction, available at <http://140.119.178.246/modules/tinyd0/index.php?id=8>; see also Hwei-Syin Chen, Chuangxin yu shijian-Taiwan faxue jiaoyu de gaibian changshi: 2007 nian-2010 nian (In-

geliştirmek için ilham vermektir.<sup>165</sup> Yerel davalar, pedagojik diyaloglar ve mesleki etik ile ilgili materyaller bu planın temel başlıklarıdır.<sup>166</sup> Bugün piyasada bulunan elliden fazla vaka kitabı bahse konu dört yıl boyunca üretilmiştir. Yine pek çok hukukçu akademisyen Sokrates metodunu kullanımına ilişkin ilk deneyimlerini yaşamışlardır.<sup>167</sup> “Vaka Kitabı Yazma Hareketi” olarak adlandırılacak bu programın Tayvan’ın hukuk tarihinde bir benzeri yoktur. Bu inisiyatif için mali kaynaklar olmasına rağmen 2011 yılında sona ermiştir. Ancak Tayvan’daki hukuk fakültelerinin eğitimi üzerinde derin bir etkisi olmuştur. Hukuk eğitimindeki değişim zaman alacaktır, ancak değişim gelecektir.

## 2. Eski Şişelerdeki Eski Şarap? 2011 Yılı Yeni Sınav Kuralları

Bir diğer değişim ise hâkimlik-savcılık ve baro sınavına ilişkin 2011 yılında yürürlüğe giren yeni kuralların yayınlanmasıdır.<sup>168</sup> Her iki sınava girmek için gerekli şartlar (sınava girecekler için herhangi bir süre sınırlaması yoktu ve sınavın bir bölümünün klasik sorulardan oluşması) değişmeden kalmıştır.<sup>169</sup> Bununla birlikte, sınava girenler ikinci klasik sınava girmeden önce eleyici çoktan seçmeli başka bir sınavı geçmek zorundadır.<sup>170</sup> İlk aşamanın (çoktan seçmeli test) en önemli fonksiyonu, sınava girenlerin önemli bir kısmını klasik sınavdan önce elemektir. Böylece sınavı değerlendirenlerin puanlamaları gereken klasik soruların sayısı azalacaktır.<sup>171</sup> Dahası devletler

---

novation and Practice, the attempt to reform legal education in Taiwan, 2007–2011), in *Chuangxin yu shijian: Taiwan faxue jiaoyu* (Innovation and Practice: legal Education in Taiwan), 3, 3–26 (Hwei-Syin Chen ed., 2011) [hereinafter Chen, Innovation].

<sup>165</sup> *Id.*

<sup>166</sup> The Office of Innovative Teaching and Research in Education of Legal Science, *supra* note 164.

<sup>167</sup> Chen, Innovation, *supra* note 164, at 7.

<sup>168</sup> Taiwan’s Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at arts. 3, 6, 12, 13, 14, 19, 20 (2009); Regulations—judicial exam, *supra* note 74, at art. 16 (2009).

<sup>169</sup> *Id.* See also Lishian Huang, Xinzhi sifaguan ji lüshi guojia kaoshi yushi shiti pinzhi yu yingkaoren yijian fenxi zhi yanjiu (Research on the new judges and lawyers national examination pretest with regards to item quality and feedback from the testees), National Elite, Vol. 6, Issue 3, at 134–35 (2010), available at [http://wwwc.moex.gov.tw/main/Quarterly/wHandQuarterly\\_File.ashx?quarterly\\_id=197](http://wwwc.moex.gov.tw/main/Quarterly/wHandQuarterly_File.ashx?quarterly_id=197).

<sup>170</sup> Taiwan’s Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at arts. 3, 12 (2009); see also Regulations—judicial exam, *supra* note 74, at arts. 4–6 (2009) [hereinafter Regulations – judicial exam].

<sup>171</sup> Lin, *supra* note 46, at 7.

umumi hukuku, uluslararası ticaret hukuku, kıymetli evrak hukuku, hukuk İngilizcesi ve hukuk etiğini de içeren yeni konu başlıkları ilk sınavın içeriğine eklenmiştir.<sup>172</sup> İlk aşamada geçme oranları hem baro hem de hâkimlik-savcılık sınavları için yüzde 33'tür.<sup>173</sup> Baro sınavının ikinci aşaması için geçme kotası %33'tür. Hâkimlik-savcılık sınavı için bu rakamlar Yargı Yuanı ve Adalet Bakanlığı tarafından arttırılan personel kotası tarafından belirlenmektedir.<sup>174</sup> Baro sınavı için nihai geçme oranı %8'den %10.89 oranına yükseltilecektir.<sup>175</sup>

Yeni düzenlemeler uyarınca; 2011 yılı baro sınavlarında<sup>176</sup> 926 aday sınavı geçti. Ki bu rakam sınav tarihinin en yüksek geçme rakamıydı. Tayvan'ın iki katı nüfusa sahip Kore gözönüne alındığında<sup>177</sup> 926 sayısı aşağı yukarı yeni Kore hukuk fakültelerindeki 2012 yılında gözden geçirilmiş ulusal baro sınavını geçmeyi bekleyen 1500 ila 2000 öğrenciye eşittir.<sup>178</sup> Japonya'nın nüfusu Tayvan'dan 5.5 kat daha büyük olduğundan, 926 sayısı Japonya'da 5093'e tekabül etmektedir.<sup>179</sup> Fakat Japonya'da 2009 yılındaki baro sınavında başarılı aday sayısı sadece 2043'tür.<sup>180</sup> Bu durum yeni düzenlemeler altındaki Japonya'ya göre Tayvan'ın yıllık olarak daha fazla avukat üretmeye devam ettiği anlamına gelmektedir.

Tayvan'daki yeni düzenlemeler, ilerleme göstergesi olarak takdir edilmiştir. Bununla beraber gerçekte klasik soru formatını ve ezbere dayalı öğ-

---

<sup>172</sup> Taiwan's Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at art. 12 (2009); *see also* Regulations—judicial exam, *supra* note 74, at art. 5.

<sup>173</sup> Taiwan's Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at art. 19, sec. 4 (2009); *see also* Regulations—judicial exam, *supra* note 74, at art. 11.

<sup>174</sup> Taiwan's Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at art. 19, sec. 5 (2009); *see also* Regulations—judicial exam, *supra* note 74, at art. 11, sec. 2.

<sup>175</sup> Lin, *supra* note 46, at 1.

<sup>176</sup> See Ministry of Examination, Yibainian zhuanmen zhiye ji jishu ren yuan gaodeng kaoshi lüshi kaoshi diershi baokao renshu ji luqu huo jige lü an leike fen (2011 yılı Baro sınavına başvuru sayıları ve geçme oranları istatistiği), *available at* <http://www.moex.gov.tw/main/ExamReport/wHandStatisticsFile.ashx?StatisticsID=1193&blnMulFiles=True>.

<sup>177</sup> 2011 yılı sonu itibarıyla Tayvanın nüfusu 23 milyon civarındadır; Kore ise 48 milyon. Bkz CIA's World Factbook: Korea, *available at* <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html>.

<sup>178</sup> See Wilson, *supra* note 5, at 340.

<sup>179</sup> Japonya'nın nüfusu 127 milyon civarındadır. See CIA's World Factbook: Japan, *available at* <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ja.html>.

<sup>180</sup> Wilson, *supra* note 5, at 327.

renim metotlarını güçlendirmiştir. Geçen on yıl boyunca her iki sınava başvuran hukuk fakültesi mezun sayısı dört kat artmıştır.<sup>181</sup> Bir sınav komisyonu üyesinin de belirttiği üzere<sup>182</sup> her yıl 10000'den fazla adayın değerlendirilmesi tek bir değerlendiricinin tek bir klasik sorunun tüm cevaplarını değerlendirdiği geleneksel değerlendirme sürecinin sürdürülebilmesini imkânsız hale getirmektedir.<sup>183</sup> İlk aşamadaki eleme mekanizması adayların 3/2'sini klasik sınavdan önce elemektedir. Böylelikle sınavı değerlendirenlerin üzerindeki yük önemli ölçüde hafiflemektedir. Bu değişikliğin değerlendiricinin daha az cevaba odaklanmasına ve daha tutarlı standartları sürdürmesine imkân sağlayarak değerlendirme kalitesini yükselteceği iddia edildi.<sup>184</sup> Ek olarak baro sınavının ikinci aşamasının daha önce %8 olan geçme oranını %33'e yükseltilecekti.

Bu iddiaların doğruluğunu kabul etmekle birlikte, yeni sistemde sınava girmek için hazırlananların yükü önemli ölçüde arttı. Artık adaylar her iki yolu takip etmek istedikleri takdirde her yıl iki yerine dört sınava girmek zorundadırlar. Dahası sınava girenlerin 3/2'sinin klasik sınavdan önce elenmesi gerekçesi ikna edici değildir. Zira aday birinci aşamayı geçmiş ancak ikinci aşamada elenmişse ilk aşamayı geçmesi takip eden yıl için kazanılmış hak teşkil etmemektedir.<sup>185</sup> Şayet ilk aşama testi gerçekten daha zeki öğrencileri daha az yetenekli akranlarından ayırt etmek amacındaysa neden bu sınava ilişkin değerlendirmeyi kazanılmış hak kabul etmemektedir? Şayet ilk testin bu tarz bir eleyiciliği yoksa başarısız olan adayların ikinci aşama sınavına girememeleri nasıl meşrulaştırılır?

Tüm bu eksikliklere rağmen yeni düzenlemelerin olumlu etkisi vardı. Artık her bir klasik sorunun cevabı bir değil iki değerlendirici tarafından değerlendirilecekti.<sup>186</sup> İki puan arasında önemli farklılık varsa üçüncü değer-

---

<sup>181</sup> Wang, *supra* note 13, at 141.

<sup>182</sup> Lin, *supra* note 46, at 2.

<sup>183</sup> Pratt, *supra* note 28, at 156.

<sup>184</sup> Lin, *supra* note 46, at 2.

<sup>185</sup> Taiwan's Bar Exam Regulations, *supra* note 21, at art. 3 (2009); *see also* Regulations—judicial exam, *supra* note 74, at art. 4.

<sup>186</sup> Lin, *supra* note 46, at 7.

lendirici mutabakatı sağlayacaktı.<sup>187</sup> Teorik olarak daha objektif puanlamayı sağlamak için değerlendiriciler örnek cevapları temin edeceklerdi.<sup>188</sup> Sınav Yuanı tüm müstakbel adayların test edilen konuların kapsamından haberdar olmaları için her bir konu için sınavdan önce rehber hazırlayacaktı.<sup>189</sup>

Öte yandan Japonya ve Kore'deki reform öncesi deneyimler bize bu değişikliklerin başarısızlığa mahkum olduğunu söylemektedir. Yani çoktan seçmeli birinci sınav aşaması açıkça bu ülkelerin reform öncesi sistemlerinin kopyasıdır.<sup>190</sup> Şayet bu değişiklikler hukuk öğrencilerinin sınavlara hazırlanmaları için zamanlarını korusaydı hukuk eğitiminin toplam verimliliğini yükseltirdi. Her iki ülkede lisansüstü profesyonel hukuk okullarını kurmak zorunda kalmazlardı. Çünkü sınava girme konusunda bir sayı sınırlaması olmamasından yararlanan adaylar pek çok kez sınava girebilmektedir. Sınavda başarısız olan adaylar kaçınılmaz olarak takip eden yıldaki sınava katılmaktadır. Böylece başvuran havuzu genişlemektedir.<sup>191</sup> Dahası sınavlardaki akademisyenlerin baskınlığının devam etmesinden dolayı hukuk fakültelerinin pedagojilerini ya da müfredatlarını değiştirmek için bir nedenleri bulunmamaktadır. Yeni düzenlemeler gelecekteki radikal reformları önelmekten ziyade basitçe ötelemiştir.

### 3. Yargısal İşe Alımlarda Değişiklikler

Bu makalenin başında belirtildiği gibi, giriş sınavlarının ve eğitim yollarının avukatlar ve hâkim-savcılar arasında ayrılması Tayvan'da baro sınavlarını geçen kişi sayısını arttırdı. Bu ayırım adli reformun her aşaması boyunca sürekli tartışmaya sebep oldu. Bütün kariyer hâkimlerinin Anglo-Amerikan geleneğinde olduğu gibi tecrübeli avukatların sıralanarak seçilmesinden ziyade Sınav

---

<sup>187</sup> *Id.*

<sup>188</sup> Huang, *supra* note 169, at 145.

<sup>189</sup> Sınav Bakanlığı, Gongwu renyan tezhong kaoshi sifaguan kaoshi, zhuanmen zhiyeji jishu renyan gaodeng kaoshi lüshi kaoshi ge yingshi kemu mingti dagang (2011 Hâkim-Savcı ve Baroya kabul sınavı sorularını düzenleme yönergesi), bakınız [http://www.c.moex.gov.tw/main/content/wHandMenuFile.ashx?menu\\_id=586&blnMulFiles=False](http://www.c.moex.gov.tw/main/content/wHandMenuFile.ashx?menu_id=586&blnMulFiles=False).

<sup>190</sup> Song, *supra* note 19, at 27.

<sup>191</sup> Tabi iki sınavı geçme oranları sabit olduğu için her yıl sınava girenlerin toplam sayısı ne olursa olsun rekabetçi baskı da sürekli olarak kalacaktır.



Yuanı tarafından uygulanan hâkimlik-savcılık sınavı mekanizması yoluyla seçilip seçilmemesi temel bir sorundur.<sup>192</sup> Sorun şudur ki Hukuk Fakültesinden henüz mezun olmuş sınırlı sosyal tecrübesi olan genç hâkimler olayların kültürel ve sosyal yapısını ve tartışmalı delilleri anlayamayabilirler.

1989 kanunu en az üç yıl mesleğini icra eden ya da eğitim veren avukatların ve hukuk profesörlerinin hâkim olmak için başvuru yapmalarına izin verir-bu çok taraf olunan bir tedbir değildi. Ancak, 2002'de Yargı Yuanı bu şekilde daha fazla yeni hâkim seçmeye karar verdi.<sup>193</sup> Yargı Yuanı tarafından yürürlüğe konulan kurallara göre, bir avukatın hâkim olması için üç yol vardır.<sup>194</sup> Birincisi Tayvan Barolar Birliğinin tavsiyesini elde etmek.<sup>195</sup> İkincisi Yargı Yuan'ının her yıl yaptığı yazılı ve sözlü sınavı yoluyla.<sup>196</sup> Üçüncüsü ise hukuk mesleğine kayda değer katkılarda bulunan ya da seçkin bir üne sahip olan ve mesleğini en az 14 yıldır icra eden avukatlara Yargı Yuan çağışma gurubu tarafından gönderilmiş davetiye yoluyla.<sup>197</sup> 2009 itibariyle, 43 avukat birinci metod yoluyla ve 19 avukat ikinci metod yoluyla atanmıştır.<sup>198</sup> Ağır iş yükünü göz önüne alınca, hâkim maaşı saygın, kıdemli avukatlar

---

<sup>192</sup> 1999'da, Hukuk Akademisi ve uygulaması alanlarındaki bütün liderler Yargı Yuanı adli reform konferansına katıldı. Konferansta ulaşılan bir uzlaşma mevcut ayrı sınavların bir sınav olarak birleştirilmesiydi. Hâkimlerin nasıl seçilmesi gerektiği konusunda ise 60 katılımcı sınavdan ziyade sadece savcı, avukat ve hukuk akademisyenleri arasından seçilmesini önerdi ve 55 katılımcı karşı çıktı. Aday adli memurların ve avukatların eğitimi için 26 katılımcı "bir sınav, ayrı eğitim sistemleri" ni savunurken 89 katılımcı "bir sınav, bir eğitim sistemi" fikrini savundu. Bknz. Tay-sheng Wang, Faguan Yu Jianchaguan Jih Cyucaı Yu Syunlian (the Selecting and Training of Judges and Prosecutors), in Sihfagaige Shihhuounian DeHeigu Yu Jhanwang (Yargısal Reformun 10. Yıldönümü Ulusal Konferansı: Geçmişe Bakış ve Gözlem), at 546, 546–47 (Dennis Te-chung Tand & Kuo-chang Huan eds., 2010) [hereinafter Wang, Selecting and Training].

<sup>193</sup> Sifayuan linxuan lushi, jiaoshou, fujiaoshou, jiangshi chongren fa yuan faguan shencha banfa (Yargısal Yuan'ın hâkimleri olarak mahkemeye atanacak avukatların, profesörlerin, doçentlerin ve öğretim görevlilerinin seçilme yasası) 9 Eylül 2002'de yürürlüğe girdi ve 23 Mart 2011'de yürürlükten kaldırıldı ve daha sonra Sifayuan linxuan lushi, jiaoshou, fujiaoshou, zhuli jiaoshou zhuan ren fa yuan faguan shencha banfa (Yargı Yuan'ının hâkimleri olarak mahkemeye atanacak avukatların, profesörlerin, doçentlerin ve öğretim görevlilerinin seçilme yasası) (2011) yerine getirildi [hereinafter Court Appointment Regulation], available at <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=A0020152>.

<sup>194</sup> *Id.* at art. 4.

<sup>195</sup> *Id.* at art. 5.

<sup>196</sup> *Id.* at art. 8–10.

<sup>197</sup> *Id.* at art. 11–13.

<sup>198</sup> Wang, Selecting and Training, *supra* note 192, at 547.

için cazip değildir. Sonuç olarak, hiç kimse Yargı Yuan’ının hâkim olmak için davetini kabul etmedi.<sup>199</sup> Bu hâkimler adli teşkilatın çok küçük bir bölümünü oluşturmasına rağmen, Yargı Yuanı kademeli olarak yeni hâkimlerin işe alınması için alternatif bir yol kurmuştur. Bu Yargı Yuan’ına yeni hâkimler seçmek ve eğitmek için daha büyük bir güç sağlamıştır. Ayrıca bu aday hâkimler Adalet Bakanlığının bünyesindeki Hâkimler ve Savcılar Eğitim Enstitüsü’nde eğitim görmezler, ama Yargı Yuanı tarafından idare edilen hâkimlerin hizmet içi eğitimleri için bir ajans olan Yargısal Personel Çalışma Enstitüsü’nde eğitim görmektedirler.<sup>200</sup> Açıkcası bu hâkimlerin eğitimini savcılardankinden ayırır. 14 Haziran 2011’de, Tayvan Meclisi 23 yıldır hedeflenen tartışmalı Hâkimler Yasasını geçirdi.<sup>201</sup> Uzun bir fikir aşaması olmasına rağmen, 2010 ve 2011’deki halkın yargısal sisteme güvenini zayıflatan çocuk tacizcisi olduğu iddia edilenlerin beraatı ve Üst Mahkeme ve Yargıtay’daki hâkimlerin etik olmayan uygulamalarını da içeren birkaç olaya tepki olarak kanun hızlı bir şekilde geçti.<sup>202</sup>

Yeni kanunun bir temel amacı yetersiz hâkimleri ortadan kaldırmaktı.<sup>203</sup> Çok az sosyal tecrübesi olan yeni atanmış “toy” hâkimlerin fildişi kulelerde yaşayan kibirli “dinazor” hâkimlere dönüşmemesini garantilemek için, Meclis şöyle bir çözüm buldu, Hâkimler Kanununun uygulamaya girmesinden on yıl sonra yeni atanan hâkimlerin yüzde yirmisinden daha azı Sınav Yuanı tarafın-

---

<sup>199</sup> Id.

<sup>200</sup> Court Appointment Regulation, *supra* note 193, at art. 23.

<sup>201</sup> See June Tsai, , Meclis Tayvan hâkimlerini görevden almak için kanun çıkardı, Taiwan Today, June 15, 2011, available at <http://taiwantoday.tw/ct.asp?xItem=167912&ctNode=413>.

<sup>202</sup> Bu etik olmayan olaylarla ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz. Zach Zagger, Tayvan hâkimleri görevden almak için tartışmalı yeni kanunu geçirdi, Jurist, Paper Chase Column, June 15, 2011, available at: <http://jurist.org/paperchase/2011/06/taiwan-passes-controversial-new-law-to-remove-judges.php>. Bazı yorumcular Tayvan hâkimlerinin dahil olduğu bu yüksek profil olayların Tayvan’daki yasal eğitimdeki ihmallerden kaynaklandığını doğru bir şekilde işaret ettiler. Bkz. LinChih-Chieh, Taiwan’s Judicial Reform Starts with Education, Taiwan Today, Apr. 22, 2011, available at <http://taiwantoday.tw/ct.asp?xItem=161203&ctNode=413>.

<sup>203</sup> Wendy Zeldin, Taiwan: Law on Removal of Judges Adopted, But Dinosaur Judges Might Not Become Extinct, Law Library of Congress, News & Events, Jul. 6, 2011, available at [http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc\\_news?disp3\\_l205402737\\_text](http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_l205402737_text).

dan uygulanan testi geçenler arasından seçilmek zorundaydı.<sup>204</sup> Diğer hâkimler de en az üç yıl görev yapmış avukatlar gibi diğer kaynaklardan seçilmek zorundaydı.<sup>205</sup> Hâkimleri tecrübeli hukuk profesyonelleri arasından seçmeyi teşvik etmek için, Hâkimler Kanunu Yargısal Seçme Komitesine bu kararları vermek için yetkilendirmiştir.<sup>206</sup> Komiteyi Yargı Yuan'ının başkanı yürütür ve hâkimleri temsil eden altı üye, bir savcılık temsilcisi, üç avukat temsilcisi ve altı akademisyen ya da derneklerin tarafsız üyelerinden oluşur.<sup>207</sup>

Kongresel çözümler bağlayıcı olmamasına rağmen, meclisin görüşlerini temsil etmektedirler. Tıka basa dolu okullarda harcanan zamanın dışında çok az sosyal tecrübesi olan kişiler hâkim ve savcı olmak için yeterlidir. Bu tutumlardan anlaşılan şudur ki avukatlar ve hâkimler-savcılar için yapılan mevcut iki sınav Japonya ve Kore'de olduğu gibi tek bir sınav olarak birleştirilmeyecektir. Aksine, hukuk okullarının bütün mezunları için baro sınavının uygulanmasıyla, sınav ve eğitimin yolları büyük olasılıkla daha ileride ayrılacaktır.

Bu iki gelişme bu eğilimi güçlendirebilir. Diğer taraftan hükümet bütçeleri yeni hâkim ve savcılarının sayısını sınırlandırdığı için hâkimlik-savcılık sınavına girmek için her yıl daha az kişiyi kabul etti. 2011'de sınava girmesi için sadece 70 kişi kabul edildi<sup>208</sup> ve bu 20 yılın en düşük rakamıydı. Diğer taraftan daha fazla avukat her yıl avukatlık mesleğine katıldı ve yasal hizmet pazarında rekabeti büyük ölçüde arttırdı. Bu arada, küresel ekonomik durgun-

---

<sup>204</sup> See Legislation Yuan, Lifayuan gongbao (Legislative Yuan Report), N. 100, No. 49, p. 2229, available at <http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@1004905;2228;2230>.

<sup>205</sup> *Id.*

<sup>206</sup> See Zeldin, *supra* note 203.

<sup>207</sup> *Id.* Bir diğer kongre çözümü; Yargı Yuan'ından Sınav Yuanının ve Yönetim Yuanının beraber kanunun yürürlüğe girmesini takip eden üç yıl içinde hâkimler ve işe alımı için yeni uygulamaların fizibilitesi üzerine bir rapor hazırlamalarını istedi. Yeni kurallar hâkim ve savcılarının işe alımını ikiye ayırmalıdır. Hâkimlik-savcılık sınavının birinci aşamasını geçen hukuk mezunları sınavın ikinci aşamasına girmeden önce en az üç yıllık iş tecrübesine sahip olmak zorundalar. Sınavın birinci aşamasını geçip ikinci aşamada başarısız olanlar ise avukatlık ruhsatını elde etmek için ehildirler. Bkz. Yuan Kanunu, yukarıdaki şerh 204, 2229'da. Kongre kararının bağlayıcı bir etkisi olmadığı için, üç Yuan'ın bu raporu hazırlayıp hazırlamayacakları 2014'e kadar bilinmeyecektir.

<sup>208</sup> Ministry of Examination, Yibainian gongwu renyan tezhong kaoshi sifaguan kaoshi diyishi baokao renshu ji luqu huo jige lü an leike fen (Statistics of the number of applicants and the passing rate for the 2011 judicial exam), available at <http://wwwc.moex.gov.tw/main/ExamReport/wHandStatisticsFile.ashx?StaticticsID=1190&blnMulFiles=False>.

luk daha az müşteri yüksek avukatlık ücretlerini karşılayabildi. Sonuç olarak, daha fazla avukat daha güvenli diye düşündükleri hâkimlik ve savcılık mesleğine geçmek için kariyer değiştirmeye ilgilenebilir. Eğer bu eğilimler devam ederse baro sınavını geçmek artık saygın bir işi garantilemeyecektir. Lisans düzeyindeki hukuk programları rekabetçi bir pazarda mücadele etmek için gerekli yeteneklerle öğrencilerini donatamadıkları için, daha fazla öğrenci iş pazarına girmeden önce yüksek lisans yapmayı düşünebilmektedir. Bu yüzden, Tayvan Japonya ve Kore gibi avukatlık yapmak için yüksek lisans derecesi istemese de, bu bir ön şart gibi olabilmektedir. Tek sorun lisansüstü enstitüler bu eğilimi fark edip müfredatlarını buna uygun bir şekilde yeniden dizayn edip etmeyeceğidir.

## VI. Sonuç

Globalleşmenin etkisi altında, birçok ülke zorlu pazar rekabetinde mücadele edebilecek profesyoneller yetiştirmek için hukuk eğitimi sistemlerinde değişiklik yaptılar. Japonya ve Kore'deki yasal eğitimdeki radikal reformlar Tayvan'da benzer değişiklikleri benimseyip benimsememek ve çok sayıda hükümet girişimini teşvik edip etmemek konularında tartışmaya sebep oldu. Benzer bir reform Tayvan'da başarısız olmasına rağmen, uyum sağlamış olan sistem Japon ve Kore reformlarıyla birçok özellikleri paylaşır. Bütün üç ülkedeki hukuk okulları, lisansüstü seviyede profesyonel programları kurmasından sonra bile, hâlâ lisans seviyesinde öğrencileri kabul etmektedirler. Hem hukuk mezunu olanları hem de hukuk mezunu olmayanları kabul eden lisansüstü programları üç ülkede de mevcuttur. Orijinal planların bir amacı da hukuk mezunu olmayanları hukuk öğrencilerinin temel grubu yapmaktı. Ancak, hâlâ hukuk fakültesi mezunu öğrenciler lisansüstü programların çoğunluğunu oluşturmaktadır. Japonya'da olduğu gibi, çok sayıda Tayvan üniversitesi hem lisans hem de lisansüstü programlarında eğitim vermektedir. Kore modelinde olduğu gibi diğer üniversiteler sadece bir tip hukuk programı sunar. Lisansüstü derecesi avukatlık yapmak için gerekli olmamasına rağmen, Tayvan'da yeni hukuk profesyonelleri arasında yüksek lisans yapmak popüler hale geldi. Bu özellikler Amerikan sisteminde yoktur ama İngiltere'nin resmi dil olmadığı Asya ülkeleri için gerekli olabilir. Bu de-

şiklikler bu üç ülkede farklı bir şekilde değişmiştir- sistemler farklılıklardan daha fazla benzerlikleri paylaşabilirler.

Tayvan'da avukatların ve hâkim-savcılarının giriş sınavının ayrılması meslek öncesi eğitimin azaltılması uğruna baro sınavını geçen bireylerin sayısının artmasını kolaylaştırdı. Bütün eğitim kurumları arasında, sadece lisansüstü programlar teorik eğitim ve hukuki uygulama arasındaki farkı azaltma kapasitesine sahiptir. Ancak, lisansüstü programların bu misyonu gerçekleştirmesi için, farkına varılmayan birkaç önemli konu ciddi bir şekilde incelenmelidir. Bu konular; akademik kadroyu genişletmek, esnek harç ücreti politikaları ve mesleği icra eden tam zamanlı hukukçu akademisyenleri içermesi anlamına gelmektedir. Ayrıca ulusal giriş sınavının genel çerçevesi Japonya tarafından vazgeçilen sınava daha fazla benziyordu. Bu gelişme olarak adlandırılmaz. Bu temel düşünceler henüz Tayvan'da merkezi konular değildir. Ancak eğer politika yapıcılar bu konulara değinmeyi reddederlerse, temel yargısal reformdaki tutma etkisi ve negatif ekonomik sonuçlarla Tayvan'lı hukuk profesyonelleri Japon ve Koreli avukatlarla rekabet ettikleri zaman dezavantajlı olacaklardır.





