

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 13 | Sayı: 1 | Mart 2020

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

**SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA**

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474
E ISSN: 2687-3044

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ipekakin.com)

Genel Yayın Yönetmeni

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi,
info@bayraktarhukuk.com)

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet Oral (İstanbul Barosu, mehmet.oral@libertehukuk.com)

Yayın Kurulu

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi, akyurekg@mef.edu.tr)
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi, buket.arslan@bilgi.edu.tr)
Av. Tuğçe Duygu Köksal (İstanbul Barosu, tugceduygukoksal@gmail.com)
Arş. Gör. Aras Turay (İstanbul Bilgi Üniversitesi, aras.turay@bilgi.edu.tr)
Arş. Gör. Yeşim Yılmaz (Altınbaş Üniversitesi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr)
Av. Müşerref Gözde Kaya (İstanbul Barosu, gkaya@yakalin.av.tr)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Timur Demirbaş (Yaşar Üniversitesi)
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Türkan Yalçın (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)
Doç. Dr. Koray Doğan (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş Okuyucu (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Eylem Ümit Atılın (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Dr. Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Asuman Aytekin İnceoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Ü. Hakan Kızıllarslan (Ufuk Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)
Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

Yayınlanma Aralığı

- Üç ayda bir yayınlanır

Yayın Dili

Türkçe

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği
Lale Sokak, No: 15 1. Levent – İstanbul

E-Posta

bilgi@tchd.org.tr

Basım Yeri

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.
Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

Basım Tarihi

Haziran 2020

Dergimiz Hakkında

“Suç ve Ceza Dergisi” yıllar önce, 2008’de yayınlanmaya başladı. O tarihlerde Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Yönetim Kurulu, gerçekleştirdikleri pek çok önemli etkinlikle birlikte düzenli yayın hareketinin de olumlu olabileceği düşüncesi ile bu girişimde bulundular. Amaçları Ceza Hukukundaki yenilikleri Hukuk Dünyasına tanıtmak, önemli konuları tartışmak, genç hukukçuların görüşlerine yer vermek ve onları desteklemektir...

Bugün Dergi, on yaşını aşmıştır. Amacımız gene aynıdır. Yenilikleri aktarmak, tartışmak, gençlerle birlikte çalışmak... Bunlara, çağdaş hukuk yolunda çabalarda bulunmayı da ekleyebilirsiniz.

Önemli olan bu amaca erişmek için girişilen çabaların hep özgür bir ortamda gerçekleşmesi, düşünce ve görüşlerin özgürlüğe giden süreci oluşturmasıdır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Suç ve Ceza

İçindekiler

Hakemli Makaleler

- KADINA ŞİDDET OLGUSUNU
KURAMSALLAŞTIRMAK **1**
THEORIZING VIOLENCE AGAINST WOMEN Prof. Dr. Yakın ERTÜRK
- REKABET İHLALLERİNİN REKABET KANUNU
VE KABAHAHLER KANUNU KAPSAMINDA
CEZALANDIRILMASI **17**
*FINING ANTI-COMPETITIVE PRACTICES BY
TAKING INTO ACCOUNT THE COMPETITION
LAW AND THE MISDEMEANOR LAW* Ece Fatma ASLAN
- ETİĞİ SAVUNMAK: KADINA YÖNELİK
ŞİDDET DOSYALARINDA SANIK
MÜDAFİLERİNİN SAVUNMA PRATİKLERİNİN
FEMİNİST ELEŞTİRİSİ **115**
*IN DEFENSE OF ETHICS: A FEMINIST
CRITIQUE OF DEFENSE LAWYERS' ADVOCACY
IN VIOLENCE AGAINST WOMEN CASES* İpek BOZKURT
Güley BOR
- YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE
DOLANDIRICILIK VE BANKA VEYA KREDİ
KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI
SUÇLARININ AYRIMI **159**
*SEPERATION OF FRAUD AND MISUSE OF
BANK OR CREDIT CARDS WITHIN THE
FRAMEWORK OF THE SUPREME COURT
DECISIONS* Yusuf EŞBERK
- SALGIN DÖNEMLERİNDE ORTAYA
ÇIKABİLECEK CEZA SORUMLULUKLARI
- KORONA TECRÜBESİ **197**
*POSSIBLE CRIMINAL LIABILITIES DURING AN
EPIDEMIC – CORONA EXPERIENCE* Engin TURHAN

Hakemsiz Makale

KARAR İNCELEMESİ: 223
İDARE MAHKEMELERİNİN VERDİĞİ İPTAL
KARARLARININ UYGULANMASINDA
İMKANSIZLIK

*DECISION REVIEW: IMPOSSIBILITY
IN THE IMPLEMENTATION OF THE
ANNULMENT DECISIONS DECREED BY THE
ADMINISTRATIVE COURTS*

Fatma KURT

Çeviri

ESKİ YUGOSLAVYA İÇİN ULUSLARARASI 239
CEZA MAHKEMESİ'NİN JADRANKO PRLIĆ
VE DİĞERLERİ KARARI'NIN ÖZET ÇEVİRİSİ

*SUMMARY TRANSLATION OF JADRANKO
PRLIĆ AND OTHERS DECISION OF
INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR
THE FORMER YUGOSLAVIA*

Çevirenler: Nazlı Serenay Aytaç,
Lahika Karaduman

LAHEY MAHKEMESİ SREBRENICA 271
ANNELERİ DERNEĞİ V. HOLLANDA
KARARININ ÇEVİRİSİ

*TRANSLATION OF THE SREBRENICA
MOTHERS ASSOCIATION V. HOLLAND
DECISION OF LAHEY COURT*

Çevirenler: Lahika Karaduman
Cansın Yavuz
Rüstem Kağan Oktaykaan

KADINA ŞİDDET OLGUSUNU KURAMSALLAŞTIRMAK*

Yakın ERTÜRK**

Özet

Yakın zamana kadar özel mesele olarak algılanarak siyasa dışı bırakılan kadına şiddet olgusu, 1990'lı yıllarda bir insan hakkı ihlali olarak kabul edilmiştir. Sorunun eşitsiz ataerkil güç yapılanmasından kaynaklandığı konusundaki genel mutabakata rağmen, günümüzde, anti-şiddet programlarında şiddeti yapısal eşitsizliklerden kopuk yaklaşımlarla ele alma eğilimi yaygındır. Neo-liberal kapitalizmin yıkıcı etkisi ve sağ popülizmin kuşatması altında şiddetin tırmandığı ve normalleştiği bir dönemde kadına şiddeti daha iyi anlayabilmek ve etkili müdahale yöntemleri geliştirebilmek için kapsamlı ve bütüncül bir kurama gereksinim vardır. Bu makale bu amaca yönelik bir girişimdir.

Anahtar Kelimeler: toplumsal cinsiyet eşitliği, ataerki, özen yükümlülüğü, hegemonya, ekonomi politik

THEORIZING VIOLENCE AGAINST WOMEN

Abstract

Violence against women, a phenomenon perceived as a private matter not deserving of public attention, became acknowledged as a human rights violation in the 1990s. Although, there is a general consensus that the problem emanates from unequal patriarchal gender relations, anti-violence programs tend to treat the problem

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 04/05/2020. İlk hakem raporu tarihi: 07/05/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 12/05/2020.

** Prof.Dr., ODTÜ, Fen Edebiyat Fakültesi, Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi, erturk@metu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3164-1412.

in isolation from structural inequalities. At a time when neoliberal transformations and rising right-wing populism are inciting violence, to better understand and respond to the problem a comprehensive theory is needed. This article is an attempt towards this end.

Key Words: gender equality, patriarchy, due diligence, hegemony, patriarchy, political economy

I- Giriş: Sorun ve Arka Plan

Ulusal ve küresel kadın hareketlerinin belli başlı mücadele alanı olan kadına şiddet olgusunun gerek siyasa oluşumunda gerekse insan hakları hareketi içinde ele alınışı görece yeni bir gelişmedir. 1975 Birleşmiş Milletler (BM) Birinci Dünya Kadın Konferansı'nda kabul edilen Dünya Eylem Planı şiddet olgusuna doğrudan değinmemiştir. Kadınların uluslararası anayasası olarak da bilinen, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Bertaraf Edilmesi (CEDAW - 1979) Sözleşmesi'nin maddeleri arasında da şiddet yer alamamıştır.

Bir uluslararası siyasa konusu olarak kadına şiddet, gerçek anlamda ilk kez 1985 yılında Nairobi Konferansı'nın sivil toplum forumunda gündeme gelmiş ve konferansın Nairobi İleriye Yönelik Stratejiler sonuç belgesinde barışın sağlanması özel ve kamusal alanda kadına şiddetin bertaraf edilmesiyle ilişkilendirilmiştir.

BM resmî belgelerine temkinli bir biçimde nüfuz eden kadına şiddet konusu, nihayet 1990'lı yıllarda, uluslararası arenada etkili bir küresel güce dönüşmüş olan küresel kadın hareketinin ısrarlı savunuculuğu ve onlara destek veren BM bünyesinde yer alan feministlerin de girişimiyle, *bir ayrımcılık* (CEDAW 19 numaralı Genel Tavsiye Kararı) ve *insan hakkı ihlali* (1993 Viyana İnsan Hakları Konferansı) olarak resmen kabul edilmiştir.

Viyana konferansı iki önemli gelişmeye daha yol açtı: Kadınlara Yönelik Şiddetin Bertaraf Edilmesi Bildirgesi (1993) ve Kadınlara Yönelik Şiddet Özel Raportörlüğü görev alanı (1994). BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Bildirge, bağlayıcılığı olmasa da, konu-

ya ilişkin küresel düzeyde en temel resmî belgedir.¹ İnsan Hakları Komisyonunun, özel prosedürler (*special procedures*) bünyesinde oluşturduğu raportörlük, herhangi bir sözleşmeye taraf olma koşulu aranmaksızın, BM'ye üye bütün ülkelerde kadın hakları konusunda denetleme yapma yetkisiyle donatılmıştır. Bu nedenlerle ki, 1990'lı yıllar, kadınların insan haklarının tanınması yönünde bir dönüm noktası niteliği taşır.

Takip eden yıllarda, uluslararası düzeyde kapsamlı bir kadın hakları ve eşitliği rejimi oluşmuş ve şiddetle mücadelede kayda değer bir aşama kaydedilmiştir.² Bu gelişmeler ulusal düzeyde hükümetlere yasal ve kurumsal reform, kadınların güçlenmesini destekleme, toplumu bilinçlendirme gibi alanlarda önlemler alma yönünde özen yükümlülüğü (*due diligence*) getirmiştir.³ Bugün, kadına şiddet olgusu farklı anlayış ve yaklaşımlarla ele alınmakla birlikte gerek devletlerin, gerekse sivil toplum kuruluşlarının belli başlı gündem konusu olmuştur.⁴

Ancak, tüm bu gelişmelere rağmen, günümüzde şiddetin normalleşmesi ve tırmanışta olması karşısında konuyla ilgili yaklaşımların yeniden gözden geçirilmesine ve kadına şiddet olgusunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacak kapsamlı bir kurama gereksinim vardır. Bu makale, bu amaca yönelik bir girişimdir.

- 1 Ancak, BM'de bildirelerin hukuki bağlayıcılık içeren sözleşmeler için ilk adım olması geleceğine karşın kadına şiddet Bildirge'sinin bir sözleşmeye dönüşmemiş olması, konuya ilişkin direncin çok da kolay kırlamayacağını önemli bir göstergesidir. Kadına şiddet konusundaki en kapsamlı ve bağlayıcı mekanizma, 2011 Avrupa Konseyi Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev-içi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşmedir (İstanbul Sözleşmesi). Bakınız: Acar, F. ve Ertürk, Y., *Kadınların İnsan Hakları*, Der. Sancar, S., *Birkaç Arpa Boyu...* Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan, Koç Üniversitesi Yayınları. Cilt 1, 2011, s. 281-303.
- 2 Kadın gruplarının BM'nin kuruluş aşamasında Örgütün kurum ve değerleriyle etkileşimi sonucu kadın sorunları ulus-ötesi platforma taşınmış ve 1946'da Kadının Statüsü Komisyonunun (CSW) kurulmasıyla da kurumsallaşmıştır. BM kadın-erkek eşitliği gündemi sosyo-politik konjunktüre ve feminist paradigmaya paralel olarak dönüşerek farklı evrelerden geçmiştir. Bu dönüşüm süreci konusunda bakınız: Jain, D., *Women, development, and the UN: a sixty year-quest for equality and justice*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2005; Ertürk, Y., *Sınır Tanımayan Şiddet*, İstanbul, Metis, 2015.
- 3 Özen yükümlülüğü, önleme, koruma, yargılama ve tazmin yükümlülüklerinden oluşur. Bu konuda bakınız: Ertürk, Y., *The Due Diligence Standard As A Tool For The Elimination of Violence against Women*, BM Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü raporu, İnsan Hakları Komisyonu, E/CN.4/2006/61. (Özel Raportör raporlarına www.ohchr.org'dan erişilebilir)
- 4 BM verilerine göre, en az 144 ülkede aile içi şiddet (*domestic violence*) yasası (2003 yılında 45 ülke), 154 ülkede cinsel şiddet yasası ve 100'ün üstünde ülkede kadına şiddet konusunda sistematik veri tabanı oluşturma girişimleri bulunmaktadır.

II- Kazanımlar ve Çelişkiler

Kadına şiddetin bir siyasa konusu olması kadınların kitlesel olarak mobilize olmalarına katkı sağladığı gibi özel yaşama da nüfuz ederek, normal sayılan gündelik doğruların; aile, vatandaşlık, suç ve ceza, üretim ve yeniden üretim gibi alanlarda erkeğe üstünlük sağlayan yasal hükümlerin; ve özel alan / kamu alanı gibi ikili karşılıkların (binary opposites) ve daha pek çok kategorik kalıpların sorgulanmasının önünü açmıştır. Bunların yanı sıra, özellikle üç alanda dönüştürücü etki yapmıştır: (i) Evrensel insan hakları dili ve yaklaşımı, kadınların yaşadıkları hak ihlallerini de kapsayacak bir biçimde genişlemiştir; (ii) Suç konusundaki anlayış değişmiş ve ceza adaleti sistemi yeni suç türlerine (örneğin, aile içi şiddet, evlilikte tecavüz, ısrarlı takip gibi) göre yeniden düzenlenmiştir; (iii) Devlet yükümlülüğü, özel ve kamusal alanda devlet dışı kişilerin neden olduğu insan hakları ihlallerini de kapsayarak negatif yükümlülükten pozitif yükümlülük anlayışına dönüşmüştür.⁵

Kuramsal düzeyde, birbiriyle çelişen farklı disiplin ve paradigmalara dayanan şiddet kavramları bulunsa da, şiddet olgusuna dair kapsamlı bir kuramsallaştırma oluşum halinde bir proje olmaya devam ediyor.⁶ Bununla birlikte, kadına şiddetin eşitsiz ataerkil güç ilişkisinden kaynaklandığı konusunda genel bir mutabakat olduğu söylenebilir. Böylece, zaman içinde kadına şiddeti açıklamada, bireysel nitelikleri temel alan yaklaşımlardan toplumsal koşullara ve yapısal eşitsizliklere doğru bir kavramsal kayma olmuştur. Bu kayış, sorunla mücadelede siyasa, araştırma ve aktivizm açısından önemli bir kazanımdır.

Küresel kadın hareketinin girişimleriyle bu yaklaşım uluslararası normatif çerçevenin gelişmesine de yön vermiştir, ancak, hükümetler arası kurullarda kabul edilen sözleşmeler, deklarasyonlar ve dokümanlar müzakere edildikleri dönemin güç dengelerine ve kadın hakları konusundaki baskın eğilimlere bağlı olarak bazı çelişki ve tavizleri bünyelerinde taşırlar. Örneğin, tüm bu belgeler kadına şiddeti

5 Ertürk, Y., *Sınır Tanımayan Şiddet*, İstanbul: Metis, 2016, s 155.

6 20 Eylül 2020'de piyasada olması beklenen Sylvia Walby'nin *Theorizing Violence* adlı kitabı bu yönde önemli bir katkı olacaktır.

eşitsiz toplumsal cinsiyet (*gender*) yapısıyla ilişkilendirse de, 'ataerkil' sözcüğüne yer vermez. Bunun tek istisnası, 'patriarkal eğilim ve klişeler' ifadesini içeren CEDAW'ın 35 numaralı Genel Tavsiye kararıdır.

Dolayısıyla, kadına şiddet olgusunu yapısal eşitsizlik ve maddi alanın dışında bir mağduriyet olarak algılama eğilimi, uluslararası normatif ve siyasa belgelerinde oldukça baskın bir yaklaşımdır. Zira, bunlar müzakere sürecinde farklı bakış açıları ve güç dengelerinin bir sonucu olarak oluşurlar.⁷ Ancak, iç çelişkilerine ve mutabakat sağlama sırasında verilen bazı tavizlere rağmen, bu mekanizmalar / belgeler kadınlar için hak ve eşitlik mücadelelerinde vazgeçilmez ve hayati öneme sahiptirler. Uğruna büyük mücadeleler verilen uluslararası kadın hak ve eşitlik rejimi, devlete pozitif yükümlülük getirir, kadınları güçlendirir, mücadelelerine meşru zemin oluşturur ve insan hakları ihlalleri konusunda hesap sorma olanağı sağlar. Uluslararası normatif ve siyasa çerçevesini oluşturan metinler, yerel ve küresel mücadelenin ve uygulama süreci dinamiği içinde yorumlanır, yerelleşir ve zamanla daha kapsamlı (ya da sınırlı) bir boyuta kavuşurlar.⁸

Pratik düzeye bakıldığında ise, pek çok ilham verici uygulama -sığınma evi hareketi, yeni ceza infaz uygulamaları gibi- bulunmakla birlikte, bu alanda da parçalanmış ve yapısal eşitsizliklere mesafeli yaklaşımların benimsendiği görülmektedir. Kadına şiddet sorununu, ekonomi politik ve güvenlik konularından bağımsız ve kopuk bir biçimde ele alma eğilimi gittikçe anti-şiddet programlarına damgasını vurmaktadır. Bu bağlamda, günümüz kadına şiddetle mücadele pratiklerinde iki yaygın eğilimden söz edilebilir:

(i) *Sorunun bireyselleştirilmesi*: Kadına şiddetle mücadele, özellikle sağlık ve yargı sektörlerinde uzmanlaşan ve 'kırılgan grupların' (*vulnerable groups*) korunması, faillerin tedavi edilmesi ya da cezalandırılmasını öngören yaklaşımları içerir. Bu yaklaşımlara göre şid-

7 1979 yılında kabul edilen CEDAW, büyük ölçüde, 1963'de kabul edilen Her Türlü Irk Ayrımcılığının Bertaraf Edilmesi Sözleşmesini (CERD) model almıştır. CERD'in özel / kamu alan ayrımı, eşitlik yerine ayrımcılığı odak noktasına almış olması gibi nitelikleri CEDAW'a da yansımıştır.

8 CEDAW Komitesinin zaman içinde kabul ettiği genel tavsiye kararları sözleşmeyi güncel ve dinamik kılması açısından önemli bir örnektir.

det mağduru kadın korunmaya muhtaç bir kurbandır. Fail ise, tedaviye muhtaç ya da cezalandırılması gereken alkolik, öfke kontrolü olmayan, şiddet meyilli eril değerlere sahip sapskın bir kişidir.

Bu bağlamda, uzaklaştırma kararları, elektronik kelepçe gibi ceza odaklı çözümler ve / ya da rehabilitasyon tedavi yöntemleri benimsenir. Sonuç itibariyle, her ne kadar, koruma ve ceza yöntemleri şiddetle mücadelenin önemli birleşenleri ise de, çözümü bunlarla sınırlı tutan yaklaşımlar kadın erkek arasındaki yapısal eşitsizliği ve onu çevreleyen faktörleri göz ardı ederek kişisel özelliklere yoğunlaşır. Çözüm, sorunun temelindeki nedenlerin ötesinde davranış değişikliğinde aranır. Örneğin, pek çok versiyonu bulunan ve kamuoyunda popülerlik kazanan 'beyaz kurdele hareketi' gibi girişimler, esas itibariyle, ikili karşıtlık anlayışına sahiptir ve iyi erkeklerin kötü erkeklere rol modeli olmaları sonucu bilinçlenme ve davranış değişikliğinin mümkün olacağını ön görür.

(ii) *Sorunun kültürleştirilmesi*⁹: Kökeni sömürgecilik tarihine uzanan ve 1988 yılında BM sisteminde 'zararlı geleneksel uygulamalar' (*harmful traditional practices*) gündemiyle somutlaşan bu tür yaklaşımlar sorunu gelenek, görenek, kültür gibi faktörlere bağlar. Bu bağlamda, 'kadın sünneti' (*Female Genital Mutilation - FGM*), 'namus cinayeti' gibi belli kültürlere atfedilen uygulamalar şiddetle mücadelenin odak noktasını oluşturur.

Uluslararası metinlerde de yer alan bu uygulamalar, çözümü 'ilkel', 'kadın düşmanı' kültür örüntülerinin yok edilmesinde bulur. Zararlı geleneksel uygulamalar olarak ortaya çıkan yaklaşımlar daha önce görünürlüğü olmayan bazı şiddet türlerine görünürlük kazandırmışsa da, sorunun kaynağı olarak bazı kültürleri / toplulukları özcü (*essentialist*) bir anlayışla tek tipleştirmiş ve soyutlamıştır. Bunun sonucu olarak kadına şiddet tartışmalarında dikkatler kuzey ülkelerindeki, özellikle Müslüman göçmen topluluklarına ve güney ülkelerine çevrilmiştir. Bu anlayış gereği ya kültür değişecek ya da kadın 'kendi kültürüne' karşı korunacaktır.

9 2007 yılında, Kadına Yönelik BM Özel Raportörü sıfatıyla İnsan Hakları Konseyine sunduğum *Intersection Between Culture and Violence against Women (A/KRC/4/34)* başlıklı rapor, kadın hakları ihlallerinin kültür temelli yaklaşımlarla mazur gösterilmesi ve kadına şiddetin kültüre indirgenmesi konularını irdeler.

Şiddetin kültürleştirilmesi ataerkil ilişki, işgal, savaş, göçmen politikaları, rekabetçi neo-liberal kapitalist politika ve operasyonların yol açtığı tahakküm ve tahribatın göz ardı edilmesine neden olur ve gerçeklik 'biz' ve 'onlar' olarak ikili karşıtlıklara indirgenir. Böylece, meşrulaştırılan sömürgeci ve ırkçı söylemler, siyasi müdahalenin de yolunu açar. Bu açıdan, ABD ve müttefiklerinin, 2001 yılında Afganistan'ı işgal etmelerine kadınları Taliban'ın zulmünden kurtarmayı gerekçe göstermeleri, çarpıcı bir örnek teşkil eder.¹⁰ Oysa, bu ülkeler, yok edemedikleri Taliban ile bugün uzlaşmanın yollarını ararken Afganistanlı kadınların yaşadıkları hak ihlallerini ve şiddeti unutmüş görünmekte.

III- Şiddetin Tırmanışı ve Normalleşmesi

Yukarıda ana hatlarıyla özetlediğim yaklaşımlara yönelik eleştiriler, bunların devre dışı bırakılması gerektiğini savunduğum anlamına gelmez. Aksine, gündelik yaşamda belli şiddet vakalarıyla mücadele edilirken, koruyucu ve cezalandırıcı yöntemleri ve kültür temelli iddiaları dikkate almak gerekecektir. Ancak, kadına şiddetin bertaraf edilmesi ve kadın haklarının tecellisi topyekûn bir toplumsal dönüşüm gerektirdiğinden, bölünmüş, maddi temelden ve yapısal eşitsizliklerden arındırılmış yaklaşımlar bir strateji oluşturmada yol gösterici olamazlar.

Neo-liberal kapitalizmin yıkıcı etkisi ve sağ popülizmin kuşatması altında şiddetin tırmandığı ve normalleştiği bir dönemde kadına şiddeti ve şiddetin önlenmesi bağlamında dönüşüm dinamiklerini daha iyi anlamak için kapsamlı ve bütüncül bir şiddet kuramına gereksinim olduğu açıktır. Son 30-40 yıllık mücadelemizden öğrendiklerimiz ve sosyal/siyaset kuramları bu yönde yol gösterici olacaktır.

Kadına yönelik şiddet olgusunu kuramsallaştırma girişimimde özellikle üç kuramsal çerçeveden esinlendim:

(i) Feminist kuram. İçinde farklı kavramlaştırmaları barındırır da, feminist kuram esas itibarıyla kadına şiddeti toplumsal eşitsiz-

10 Feministler, Bush yönetimini militarist hedefleri için feminizmi araçsallaştırmakla suçlamışlardır. Bakınız: Kandiyoti, Deniz, *Gender in Afghanistan: pragmatic activism*, openDemocracy 50.50, 2009, <http://www.opendemocracy.net>, Erişim Tarihi: 08.02.2020.

liklerin, özellikle de ataerkil güç yapılanmasının doğal bir sonucu olarak görülür. Buna göre, şiddet ataerkil düzende eril gücün kadını kontrol altında tutmak amacıyla kullandığı bir araçtır.¹¹ Ayrıca, ataerkil sistem başka eşitsizlik ve sömürü sistemleriyle keşişerek (*interseccionality*) kadınları çok katmanlı baskı ilişkileri ve farklı şiddet türleriyle karşı karşıya getirir. Ancak, keşişme noktalarını ekonomi politik içinde tarihsel özgüllüğünden kopuk soyut bir düzlemde görmemek gerektiğinin de altını çizmek gerekiyor. “Üretim ve yeniden üretimin toplumsal kurgulanışı çelişkili unsurları içinde barındıran ve tarihsel çeşitlilik gösteren dinamik bir süreçtir”.¹²

Feminist kuram, keşişimsellik kavramıyla kadınlar arası farklara duyarlı ancak kimlik üzerinden değil, ortak insan hakları değerleri üzerinden ilerleyen ve başka ezilme biçimleriyle eklenilen kapsayıcı, içerici bir bakış açısı geliştirerek kadın hakları gündeminin parçalanmasını önlemiştir. Böylece, bir yandan toplumsal ayrımlar, ikili karşıtlıklar ve sınırların nasıl kurulduğu irdelenirken, diğer yandan da bunların kolektif dayanışma ve koalisyon stratejileri yoluyla nasıl aşılacağı konusuna odaklanmak mümkün olmuştur.¹³

Bir başka değışle, feminist kuram egemenlik ve güç kavramlarını analizin merkezinde tutarak, kadınların hem ortak hem de farklı ezilmişlik gerçekliklerini içinde barındırır. Böylece, bir taraftan cinsiyet, sınıf, etnisite gibi eşitsizlik sistemleri arasındaki ortak ya da çelişen iktidar boyutlarını deşifre eder, diğer taraftan da, iktidar ilişkilerini ve yapısal eşitsizlikleri değışmenin öznesi yapar. Böyle anlaşıldığında, feminizmin dünyayı hem kavrama hem de değıştirmeye yönelik bir paradigma olduğu söylenebilir. Kadına şiddetle müca-

11 Çok önemli bir analiz aracı olan ‘toplumsal cinsiyet’ kavramının devreye girmesiyle birlikte ‘ataerkil’ kavramı uzunca bir süre ihmal edildi. Zamanla, güç olgusunun tarih ve toplumsal koşullardan kopuk soyut bir kavrama dönüştüğünün anlaşılmasıyla, ataerkil kavramı tekrar analizin merkezine yerleşti. Ataerkil kavramının önemi için bakınız: Walby, Sylvia, *Theorizing Patriarchy*, Oxford: Blackwell, 1992.

12 Ertürk, 2016, s. 35.

13 Feminist kurama daha kapsayıcı içerik kazandıran keşişimsellik ve transversal politika (Çapraz siyaset) gibi kavramlarla ilgili tartışmalar için bakınız: Yuval-Davis, Nira, *Human/Women’s Rights and Feminist Transversal Politics*, Der. M. M. Ferree ve A. M. Tripp, Global Feminism, New York: New York University Press, 2006, s. 275-295; Özkazanç, Alev, *Türkiye’de Kadın Hareketi ve Keşişimsellik Yaklaşımı Keşişimsellik Tartışması*, Duvarları Yıkarak, Köprüleri Kurmak: Yeni Küresel Feminizmin Yükselişi ve İmkanları, Heinrich Böll Stiftung Derneği, 2018, s. 25-36.

delede nihai hedef ataerkil güç yapısını, kurumlarını ve normlarını ve değer sistemini değiştirmektir. Şiddetle mücadelenin zorluğu ve iktidar odakları açısından politik çekinceleri buradan kaynaklanıyor olsa gerek!

(ii) Foucault'un nüfusu denetleme mekanizmalarının dönüşümüne ilişkin yaklaşımı. Esas itibariyle, Foucault'un fikirleri feminizm açısından sorunludur.¹⁴ Kadının ezilmişliğinin, sistematik adaletsizliğin anlaşılmasında ve feminizmin nihai amacı olan toplumsal dönüşüme yol göstermesi bakımından yetersizdir.

Diğer taraftan, Foucault'un güç ve iktidar konularındaki görüşleri ve iktidarın biçim değiştirmesine koşut olarak bir denetim / disiplin mekanizması olan şiddetin de uygulanma ve gösterilme (*demonstrative*) biçiminin dönüşüme uğradığı konularındaki öngörülerini şiddetin diyalektiğini kavrama açısından önemlidir.

Foucaultcu anlayışa göre modern toplumlarda güç, kaba şiddet yerine çeşitli kurumlar aracılığıyla kendini sürdürür ve kontrolü sağlar. Dolayısıyla, güç açısından esas olan denetimin nasıl sağlandığından ziyade nüfusu disipline edebilmesidir. Bu noktadan hareketle yorumlayacak olursak, modern ve geleneksel karşıtlığı içinde kadına şiddeti geleneğe özgü bir sorun olarak tanımlamak, modern toplumların cinsler arası ilişkileri nasıl disipline ettiği, dolayısıyla da eşitsiz cinsiyet rejimini nasıl yeniden üretebildiği görünmez kılınır. Analizin merkezine güç / denetim / kontrol alındığında iyi / kötü, güney / kuzey gibi karşıtlıklara dayalı kısır açıklamaların aşılması mümkün olur.

(iii) Gramsci'nin hegemonya kuramı. Gramsci'ye göre egemen sınıf toplum üzerindeki otoritesini sürekli baskı uygulayarak koruyamaz, büyük ölçüde toplumsal 'rıza'ya (*consent*) ihtiyaç duyar. Sistemin gerçek gücü yönetici sınıfın şiddetinde veya devlet örgütünün zorlayıcı kuvvetinde değil, yöneticilere ait 'dünya görüşünün yönetilenler tarafından kabul edilmesindedir. Böylece, bir toplumsal denetim biçimi olarak hegemonya, rıza (*consent*) - zor (*coercion*) diyalektik birliğinin bir ifade şekli olarak anlaşılabilir. Bir başka deyişle, hege-

14 Bu konuda bakınız: Ramazanoğlu, Caroline (Der), *Explorations of some tensions between Foucault and feminism*. London: Routledge, 1993.

monyaya egemen sınıflar ile bağımlı sınıflar arasında hiç bitmeyen bir mücadeledir, karşı hegemonyayı da içinde taşıyan bir *praxis* biçimidir. Bağımlı sınıflar ya da kitleler örgütlenmeden kendiliğinden bağımsız bir duruma geçemez.

Gramsci'nin sosyal sınıflar üzerinden tanımladığı hegemonya kavramı, feministlere 'özel olan politiktir' çözümlemesinde ilham kaynağı olmuştur.¹⁵ Bunun yanı sıra, toplumsal cinsiyet eşitsizliğini temellendiren güç olgusunun sinsi doğası ile çoklu baskı alanları (aile, sınıf gibi) arasındaki bağlantıları, erkek iktidarını sürdürmede kadınların ataerki kültürü benimseme ve normalleştirme pratiklerini ve bilinçlenme noktasında bunları sorgulamak ve ifşa ederek bir feminist *praxis*'e erişmenin yollarını tanımlamada da hegemonya kavramı yol gösterici olmuştur.¹⁶

IV- Kuramsal Savunular¹⁷

Bu arka planın sağladığı anlayış ve iktidar ilişkilerinin şiddeti bünyesinde taşıdığı sayılıştısından (*assumption*) hareket ederek, bir bütünsellik içinde tanımlanan, olası bir kadına yönelik şiddet kuramını şöyle bir teze dayandırmak mümkündür: iktidarın sarsıldığı, ikna (rıza) mekanizmalarının çöktüğü ve birbiriyle yarışan alternatif toplum kesimleri arasında gerilimlerin arttığı dönemlerde şiddet tırmanışa geçer. Bu bağlamda, günümüzde yükselişte olan kaba şiddet, kadına şiddet dahil, yirminci yüzyılın son çeyreğinden itibaren çözülen ve değişen hegemonyanın, bir sonucudur ve farklı alanlarda tezahür eden şiddet biçimleri aynı kaynaktan beslenmekte olup birbirleriyle ilişkilidir.

15 Gramsci'nin feminizm ile ilişkisi için bakınız: Ledwith, Margaret, *Antonio Gramsci and Feminism: The elusive nature of power*, Journal of Educational Philosophy and Theory, Vol. 41, No 6, 2009, s. 684-697.

16 Bu bağlamda Connell, hegemonik erkeklik kavramını toplumsal cinsiyetlendirilmiş ve böylece hiyerarşik ilişkilere zorlanan kişiler ve oluşturdukları gruplar arasındaki ilişkileri anlamak için kullanmıştır. Zamana ve topluma göre değişiklik gösteren hegemonik erkekliğin yapısını üç etken belirler: ataerki, üretim ilişkileri ve duygu / tutkuya bağlı ilişkiler. Hegemonik erkeklik, kendi iktidarı içerisinde bir taraftan kadınların icra etmesi gerekenleri normalleştirmeyi, diğer taraftan da erkeklik hiyerarşisinde hegemonik olmayan erkekleri ötekileştirmeyi amaçlar. Connell, R. W., *Masculinities, Masculinities*. Cambridge, UK: Polity Press, 1995.

17 Bu bölüm büyük ölçüde *Sınır Tamamayan Şiddet* kitabımın Giriş bölümüne dayanmaktadır.

Diğer bir deyişle, günümüz şiddet ortamı, hiyerarşik ulus-devleti modelinin damgasını vurduğu soğuk savaş dönemine dair dünya düzeninde taşların yerinden oynadığının; evdeki ve dışarıdaki iktidarın kurduğu normalitenin sınırlarının tehdit altına girdiğinin; alışılmış cephelerin dağıldığının ve böylece, gerek özel yaşamda gerekse kamusal yaşamda iktidarın istikrarsızlaştığının bir göstergesidir.

Küreselleşme ve neo-liberal politikalara paralel (ve ilişkili) olarak, iki kutuplu uluslararası yapının çöküşünü simgeleyen Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla ulus-devlet modeline dayalı hiyerarşik yapılarda önemli çözülme ve parçalanmalar yaşanmıştır. Neo-liberal ekonominin özelleştirme ve liberalleşme politikalarıyla devlet, ekonomik yetkilerini büyük ölçüde özel sektöre ve ulus-ötesi güçlere devrederken, sosyal devlet vatandaşını pazara karşı koruma işlevini yitirmiştir.

Genel olarak devletin sosyal işlevlerini yitirmesiyle meydana gelen boşluğu dolduracak ve devlete rakip, dinî ya da etnik temelde örgütlenmiş, sivil aktörler siyaset sahnesinde yerlerini almıştır. Çoğu kez ulus-ötesi uzantıları ya da ağları da bulunan bu tür yapılanmalar, ulus-devleti alttan ve üstten kuşatarak devletin vatandaşı üzerindeki temsil tekelini istikrarsızlaştırmıştır.¹⁸ Bu durum alternatif güç odaklarının ve dayanışma ağlarının güçlenmesine meşru zemin hazırlayarak, ulusal kimliklerin parçalanmasına neden olmuştur. Pek çok çelişkiyi içinde barındıran kimlik politikaları, tarihe gömüldüğü düşünülen ve kolektif hafızanın derinliklerine itilmiş olan bazı insanlık dramlarını da su üstüne çıkartarak gündelik siyasete taşımıştır. Bu süreç, kimi zaman iç savaşları tetikleyerek kanlı bir biçimde tezahür etmiştir.¹⁹

18 11 Eylül 2001'de İkiz Kulelere yapılan saldırı devlet-dışı aktörlerin kitle imha silahlarına erişimleri sonucu devletin 'zor/şiddet' kullanma tekelinin kırıldığı yönünde çarpıcı bir örnektir. 11 Eylül sonrası devlet gündeminin ulusal güvenlik konusuna kaymasıyla insan hakları talepleri ciddi engellere maruz kalmaktadır.

19 Çatışmaların zirveye çıktığı 1993 yılında, 42 ülkeyi içeren 55 silahlı çatışma yaşanmıştır, bunların en şiddetlileri Doğu Avrupa, Orta Asya ve Afrika'da olmuştur. Bugün, Orta Doğu başta olmak üzere, dünyanın çeşitli yerlerinde 40 dolayında silahlı çatışma sürmektedir. Türkiye'nin gündemini 30 yılı aşkın bir süredir işgal eden silahlı çatışma yukarıda sözü edilen çözümlere örnek teşkil eder. Kazananı olmayan bu çatışmanın kaybedeni ise çoktur. Kayıpların başında 'istatistiklerle' ifade edilen on binlerce kişinin ölümü, toplumsal barışın yok edilmesi ve şiddetin toplum genelinde egemenleşmesi gelir.

Ülkelere göre farklılık gösteren bu süreç, geri kalmış güney ülkelerinde çok daha çarpıcı kırılmalara neden olmuştur. Gelişmiş batı ülkeleri için geçerli olan sosyal devlet modeli, geri kalmış ülkelerde zaten zayıftı. Bu toplumlarda ulus-devletin inşası, bazı durumlarda, alternatif iktidar odaklarını tasfiye edemeyerek, bunları içinde barındıran bir devlet yapılanmasıyla mümkün olmuştur. Bu nedenle, ‘dincilik’, ‘cemaatçilik’, ‘memleketçilik’ gibi oluşumlar, baskı altında tutulsalar da ‘vatandaş’ olabilmenin koşullarına erişemeyen toplum kesimleri için cazibe merkezi olmaya devam etmişler ve neo-liberal dönemde bu güç odakları devletin bıraktığı görev alanlarını hazır güç olarak zapt ederek siyasi platformda meşru yer kazanmışlardır. Özünde muhafazakâr ve bireysel hak ve özgürlüklere karşı olan bu güç odakları, ‘demokratik’ yollarla iktidarı ele geçirme mücadelesine girmiş ve bazı ülkelerde bunu başarmışlardır.²⁰

Gramsci’den aktarımla diyebiliriz ki, yaşanmakta olan küresel neo-liberal demokratik düzen krizi pek çok şiddet içerikli marazi durumu da beraberinde getirmiştir. Bu süreçler sebep ve sonuçları itibariyle cinsiyetçi nitelik taşır. Giddens seneler önce, küreselleşmenin sadece finansal düzen gibi ‘büyük sistemler’ olarak algılanmasının yanlış olacağına dikkat çekmişti.²¹ Zira ona göre, küreselleşme en mahrem ve bireysel yaşam alanlarımızı etkilemekte ve dünyanın pek çok yerinde geleneksel aile sistemlerini gerilime sokmakta ve dönüşüme uğratmaktadır.

Özellikle güney ülkelerinde, liberalleşme ve özelleştirme politikalarının etkisi altında geleneksel geçim kaynaklarının tasfiyesi ya da zayıflamasıyla geçim kaynağını yitiren ve aile hegemonyasından kopan genç erkekler, din temelli radikal gruplar ya da ulus-ötesi suç

20 Bunun en katı ve totaliter örneği kuşkusuz Afganistan’da din temelli Taliban’ın iktidarı ele geçirmesiyle yaşanmış ve İslam bağlamında ‘ılımlı’ örneği de Türkiye’de seçimle iktidara gelen AKP hükümetine atfedilmiştir. ‘Arap baharı’ olarak dünya gündemine giren halk ayaklanmaları sonucu bazı Arap ülkelerinde devrilen otoriter liderlerin yerini doldurmaya en güçlü adayların dinci, radikal kesimden geliyor olmaları demokratik süreçleri baltalayarak yeni çatışma ve kutuplaşmalara yol açmıştır. İlk etapta kadının konumu ve özel yaşamı düzenlemeyi hedefleyerek işe başlayan muhafazakar akımların gerici ve koşullara bağlı olarak totaliter bir rejime evrilmeye olasılığı yüksektir. Bu süreç ister istemez baskı ve şiddeti de beraberinde getirir.

21 Giddens, Anthony, *Runaway World*, London: Profile Books, 1999.

şebekeleri gibi başka ilişki ağlarına entegre olmuşlardır.²² Diğer taraftan, küresel pazarların ucuz ve esnek emek taleplerine yanıt veren güney ülkelerindeki genç kadınlar, serbest ticaret bölgeleri (EPZs) ya da küresel kentlerdeki hizmet sektöründe çalışmak üzere ailelerini geride bırakarak küresel pazarlarda işgücüne katılmışlardır.²³ Ataerkil yapı ile küreselleşmenin kesiştiği noktada, küresel işgücüne katılan kadınlar özgürleşme olanaklarına kavuştukları gibi yeni tür sömürü, istismar ve şiddet riskleriyle de karşılaşmaktadırlar.²⁴

Küresel kapitalizm döneminde şiddet, neo-liberalizmin yol açtığı tahribat ve çözümlerle ilişkilidir ve devlet şiddetinin dışında en çarpıcı şiddet biçimleri bu çözümlenin yarattığı bölünme alanlarında yaşanmıştır. Bu bağlamda, literatürde üç tür şiddetten söz edilir: (i) sosyo-kültürel bölünmeyle ilişkili *etnik şiddet*; (ii) sınıf yapılarının ve geçim kaynaklarının çözülmesiyle ilişkili pek çok kent merkezinde gözlemlenen *lumpenproleterya şiddeti*; ve bu ikisiyle de ilişkisi olan (iii) *ulus-ötesi suç şebekelerine* (cihatçı gruplar dahil) bağlı *şiddet*.²⁵ Üreme ve üretim ilişkileri arasındaki bağı göz önünde bulundurarak bu sınıflandırmaya dördüncü bir alanın ilave edilmesi gerekmektedir; (iv) ataerkil sistemden kaynaklanan *eril şiddet*. Söz konusu çözümler ve buna paralel olarak son yıllarda kadınların artan eşitlik talepleri doğrultusundaki mücadeleleri ataerkil yapıda derin kırılmalara ve erkekliğin istikrarsızlaşmasına neden olmuştur.²⁶

Ataerkil cinsiyet ilişkisine koşut olarak ortaya çıkan kadına şiddet olgusu, her ne kadar kendi tarihi ve toplumsal dinamikleri ile özgül

22 Bakınız: Friedman, Jonathan (Der), *Globalization, the State and Violence*, New York: Alta Mira Press, 2003.

23 Bakınız: Sassen, Saskia, *Globalization and Its Discontents*. New York: The New Press, 1998.

24 Bu bağlamda, Parrenas'ın ev işlerinde çalışan Filipinli göçmen kadınlar üzerine yaptığı çalışma özellikle kayda değer. Parrenas, Rhacel S., *Servants of Globalization*. California: Stanford University Press, 2001.

25 Friedman, s. 21.

26 Batı toplumlarında sanayi devrimiyle yaşanan aile yapısındaki çözümler ve birinci dalga feminist hareketler sonucu cinsler arası eşitlik konusundaki düzenlemeler dünyanın diğer bölgelerine kıyasla görece olarak daha erken kurumsallaşmıştır. Bu toplumlarda yetkililer, şiddetle mücadelede, yerli kadınların özgürlüklerine kavuştukları savunuyla dikkatlerini göçmen kadınlara çevirmişlerdir. Bu durum Batılı kadınların sorunlarının siyasi gündemden düşmesine neden olmuştur. Ancak, kamu alanında kavuştukları kayda değer temsil oranlarına rağmen, batılı kadınların aile içi şiddet ve ayrımcılığa karşı mücadeleleri devam etmektedir. Bakınız: *Sınır Tanımayan Şiddet* kitabımın Hollanda ve İsveç ile ilgili bölümleri.

bir nitelik taşısa da, üretim ilişkileriyle iç içeliği ve diğer eşitsizlik sistemleriyle kesişimi nedeniyle diğer şiddet türlerinden ve onların temelinde yatan küresel ekonomi politika dinamiklerinden bağımsız değildir.

Yukarıda ana hatlarıyla üzerinde akıl yürüttüğüm kavramsal savunular, şiddet olgusunu baskıcı ve eşitsizlik sistemleri içinde daha somut bir tanıma kavuşturmayı amaçlarken, aynı zamanda, bu yapıların değişmesi ve şiddetle daha etkili bir mücadele sürdürebilmek için örgütlü ve ulus-ötesi bir dönüşüm hareketinin ipuçlarını yakalamayı da hedeflemiştir. Bu kuramsallığın dayandığı mantık, yasal çare ya da hizmet sunumu gibi alanlardan hareket etmemekle birlikte, ekonomik / sosyal / kültürel süreçler ve yerel / küresel güçler arasındaki bağlantıları kurarak egemenlik ilişkilerinin farklı alanlarda nasıl dolaştığını ifşa etmesi açısından pratik düzeyde de etkili müdahale biçimleri geliştirmeye ışık tutacaktır.

V- Yeni Vizyon ve İttifaklara Doğru

Son 30 yıldır haklar alanındaki kazanımlar, sağ popülizm ve neo-liberal ekonominin kuşatması altındadır. Demokratik kurumların erozyona uğraması; insan haklarına olan devlet taahhütlerinin zayıflaması; terörle mücadele ve militarizmin baskınlaşması; anti-göçmen politikalarının, ırkçılığın, **İslamofobinin**, yayılması; ve kadınlara / LGBTQ kişilere karşı saldırganlığın artması günümüz siyasi tablosunun egemen unsurlarıdır. Sağ popülist parti ve güç odaklarının öncelikli hedefleri, 'toplumsal cinsiyet' ve 'cinsler arası eşitlik' gibi değerleri, ve evrensel uluslararası sözleşmeleri etkisiz kılmaktır.

2018'de Bulgaristan Anayasa Mahkemesi İstanbul Sözleşmesinde yer alan 'toplumsal cinsiyet' kavramının anayasaya aykırı olduğuna hükmetti. Avrupa Konseyi ne üye 13 devlet henüz İstanbul Sözleşmesine taraf olmamışlardır, Türkiye dahil, bazı taraf ülkelerde ise Sözleşme yükümlülüğünden çıkma konusu kamuoyunda tartışılır olmuştur.

İstanbul Sözleşmesi etrafındaki eleştiriler, aslında kadın ve LG-BTQ haklarına karşı daha geniş bir saldırının bir parçasıdır. Macaristan'da Başbakanın talimatıyla kadın çalışmaları programları üniversi-

te müfredatından çıkarılmış, Türkiye’de cinsiyet eşitliği yerine cinsiyet adaleti gibi muğlak bir kavram dayatılmış, pek çok ülkede kadının üreme sağlığı ve hakları kısıtlanmakta ve ‘kutsal aile’ anlayışına geri dönme eğilimleri mevcut yasal kazanımları hedef almaktadır. Bu bağlamda, 2014’den bu yana İnsan Hakları Konseyi bünyesinde her yıl kabul edilen ailenin korunmasına ilişkin karar, sağ popülist siyasetin ne denli güçlü bir yayılma eğiliminde olduğunun göstergesidir. Pekin Konferansının 25inci yıldönümü etkinlikleri artan şiddet ve kadın düşmanlığının gölgesinde yapılmaktadır.

Buna karşın, dünyanın her yerinde yayılmakta olan kadın yürüyüşleri, grevleri, protestoları, ‘ben de’ hareketi kadınların kaderlerine razı olmayacaklarına dair yeni bir bilinçlenme ve aktivizm içinde olduklarını göstermektedir. Sorulması gereken soru, bu potansiyelin nasıl sürdürülebilir bir küresel harekete dönüştürüleceğidir. Bu soruya yanıt ararken, yukarıda ana hatlarıyla tanımladığım şiddet kuramı yol gösterici olabilir. Buna göre, sorunun ulusal ve ulus-ötesi ekonomi politik dinamikleri kapsayan karmaşık ilişkiler içinde aranması gerekmektedir. Bu bağlamda, kadın haklarını ulus-ötesi bir mesele olarak tanımlama durumundayız, bu da şiddetle mücadelede devletlere sınırlarını aşan (*extraterritorial*) bir sorumluluk yüklemektedir. Dolayısıyla, silah üretimi ve ticareti, militarist siyasa ve özel sektör yatırımları gibi konular yeni feminist vizyon ve stratejilerinin odak noktası olarak yeni bir küresel kadın hareketine ivme kazandırabilir.

Mücadele düzeyimiz ister ulusal ister uluslararası düzey olsun, sonuç itibariyle, kadın hakları ve eşitliğinin tesisi ve kadına şiddetin bertaraf edilmesi için ortak hedefimiz kısır yaklaşımlara meydan okumak ve hegemonik, emperyal ya da yerel baskıcı güçlerin çıkarlarından uzak ataerki ötesi bir cinsiyet rejimi tasavvur etmek, tasarlamak ve uygulamaktır.

Kaynakça

- Acar, Feride ve Ertürk, Yakın, *Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar*, Der. Sançar, S., Birkaç Arpa Boyu... Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan, Koç Üniversitesi Yayınları. Cilt 1, 2011, s. 281-303.
- Connell, R. W., *Masculinities, Masculinities*. Cambridge, UK: Polity Press, 1995.
- Ertürk, Yakın, *The Due Diligence Standard As A Tool For The Elimination Of Violence against Women*, BM Kadına Şiddet Özel Raportörü Raporu, İnsan Hakları Komisyonu, E/CN.4/2006/61, <http://www.ohchr.org>.
- Ertürk, Yakın, *Sınır Tanımayan Şiddet: Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu*, İstanbul: Metis, 2015.
- Friedman, Jonathan (Der), *Globalization, the State and Violence*, New York: Alta Mira Press, 2003.
- Giddens, Anthony, *Runaway World*, London: Profile Books, 1999.
- Jain, Devaki, *Women, development, and the UN: a sixty year-quest for equality and justice*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2005.
- Kandiyoti, Deniz, *Gender in Afghanistan: pragmatic activism*. openDemocracy 50.50, 2009, <http://www.opendemocracy.net>, Erişim Tarihi: 08.02.2020.
- Ledwith, Margaret, *Antonio Gramsci and Feminism: The elusive nature of power*, Journal of Educational Philosophy and Theory, Vol. 41, No 6, 2009
- Özkazanç, Alev, *Türkiye'de Kadın Hareketi ve Kesişimsellik Yaklaşımı Kesişimsellik Tartışması, Duvarları Yıkma, Köprüleri Kurma: Yeni Küresel Feminizmin Yükselişi ve İmkanları*, Heinrich Böll Stiftung Derneği, 2018.
- Parrenas, Rhacel S. *Servants of Globalization*. Stanford, California: Stanford University Press.
- Ramazanoğlu, Caroline (Der), *Explorations of some tensions between Foucault and feminism*. London: Routledge, 1993.
- Sassen, Saskia, *Globalization and Its Discontents*. New York: The New Press, 1998.
- Yuval-Davis, Nira, *Human/Women's Rights and Feminist Transversal Politics*, Der. M. M. Ferree ve A. M. Tripp, Global Feminism, New York: New York University Press, 2006.
- Walby, Sylvia, *Theorizing Patriarchy*, Oxford: Blackwell, 1992.

REKABET İHLALLERİNİN REKABET KANUNU VE KABAHAHLER KANUNU KAPSAMINDA CEZALANDIRILMASI*

Ece Fatma ASLAN**

Özet

Türk Hukuku'nda her ne kadar Kabahatler Kanunu adı altında bir düzenlemenin mevcut olduğu görülse de kabahat niteliğindeki fiillerin başkaca düzenlemelerde yer aldığı ve yasaklandığı görülmektedir. Bu düzenlemelerden biri de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dur. Zira 4054 sayılı Kanun'da yer alan kabahatlerin karşılığında da çeşitli idari yaptırımların uygulanması öngörülmüştür. Çalışmamızda Rekabet Hukuku'nun Kabahatler Kanunu ile olan ilişkisi ele alınmış; Rekabet Kurumu tarafından verilen idari para cezaları bu kapsamda incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Hukuku, Kabahatler Kanunu, Kabahat, İdari Para Cezası, İdari Yaptırım

FINING ANTI-COMPETITIVE PRACTICES BY TAKING INTO ACCOUNT THE COMPETITION LAW AND THE MISDEMEANOR LAW

Abstract

Despite there is a code called "Misdemeanour Law" in Turkish Legislation, there are also multiple regulations which include acts that have characteristics of misdemeanour and these acts are also

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 27/03/2020. İlk hakem raporu tarihi: 03/04/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 22/04/2020.

** Avukat, İstanbul Barosu, ece.aslan@yilmazaaslan.av.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0910-639X.

banned by other specific regulations. Act on The Protection of Competition is one of these regulations that prohibits and imposes sanctions upon these specific types of faulty acts. In this sense, relation between competition law and misdemeanour law is examined under this article and the administrative fines imposed by Turkish Competition Authority reviewed within this framework.

Key Words: Competition Law, Misdemeanour Law, Misdemeanour, Administrative Fine, Administrative Sanction

GİRİŞ

Tarihsel süreç içerisinde meydana gelen sanayi devrimi, demokratikleşme, sermaye birikimi gibi durumların etkisiyle merkezi otoriteye bağlı ekonomik yönetimler başarısız olmaya başlamış ve neticesinde de liberal ekonomi anlayışı yerleşmiştir. Bu anlayış gereğince devlet ekonomide aktif olarak rol almayı bırakmış, rekabetçi piyasa düzenini sağlamayı kendine görev haline getirmiştir. Bu gelişmeler ışığında ülkemiz de 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'u kabul etmiştir. Kanunun temel amacı piyasalardaki etkin rekabeti koruyarak teşebbüslerin birbiriyle olan ilişkilerinin ekonomi üzerinde olabilecek yıkıcı etkilerini engellemek ve tüketicilerin bu rekabet ortamından yararlanmasını sağlamaktır¹.

Kanunun rekabetin korunması için uyguladığı yaptırımlar idari para cezalarıdır. Bu çalışmada Rekabet Kanunu'nun Kabahatler Kanunu ile olan ilişkisi incelenecektir. İncelemede ilk başlık olarak idari yaptırımlar tanımlanacaktır. İkinci başlıkta ise kabahat kavramı, Kabahatler Kanunu'nun amacı, kapsamı, niteliği, kanundaki idari yaptırımların tabi olduğu ilkeler ve kanunun yer ve zaman bakımından uygulanması çerçevesinde idari yaptırımların kabahatler kanunu ile olan ilişkisi açıklanacaktır. Üçüncü başlıkta Rekabet Kanunu'nda

1 7 Aralık 1994 tarih ve 22134 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Genel Gerekçesi, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/kanunun-genel-gerekcesi>. Kanun'un 1. maddesinde amacı mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olarak belirlenmiştir.

öngörülen idari para cezaları genel olarak ele alınacak, dördüncü başlıkta usuli para cezaları, beşinci başlıkta ise esasa ilişkin para cezaları incelenecektir. Altıncı başlıkta Rekabet Kanunu'nu ihlal eden teşebbüs veya teşebbüs birliklerine uygulanacak ceza miktarının tayini ve ceza miktarının belirlenmesinde esas alınacak hususlar ele alınacaktır. Yedinci başlıkta ise kabahatten doğan sorumluluğun genel esasları incelenecektir. Nihayet, kararın uygulanması ve kanun yolları açıklanıp, Rekabet Kurumu'nun idari para cezalarına ilişkin istatistikleri ile çalışma sonlandırılacaktır. İşbu çalışma ile okuyucuların Rekabet Kanunu'nda öngörülen idari yaptırımlar ile Kabahatler Kanunu arasındaki ilişkiyi anlaması ve idari para cezası verilmesi sürecinin işleyişine dair bilgi sahibi olması hedeflenmektedir.

I. KABAHAATLER KANUNU VE İDARİ YAPTIRIMLAR

A. Genel Olarak

Hukuksal anlamda yaptırım kavramı, hukuk kurallarına uyulmamasına bir tepki olarak anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, kurala uymayana hukuk düzeninin verdiği karşılık veya cevaptır². Yaptırım ile hukuki düzende oluşturulan bozukluğun karşılığı verilmiş olmaktadır.

İdari yaptırımlar ise “*idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalar*”dır³. İdari yaptırımlar, idari tedbirler ve idari cezalar olarak ikiye ayrılmaktadır. İdari cezalar ise kendi içerisinde “Kabahaat Cezaları”, “Disiplin Cezaları” ve “Regülatif Cezalar” olarak üçe ayrılmaktadır⁴. Kabahaat cezaları kapsamında kabahaat para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi; disiplin cezaları kapsamında personel disiplin cezaları, mesleki disiplin cezaları, öğrenci disiplin cezaları ve regülatif cezalar kapsamında regülatif para cezaları, faaliyete nihai veya uzun süreli son verme gibi yaptırımlar söz konusudur.

2 ULUSOY, Ali Dursun, *İdari Yaptırımlar*, 1.b., İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013, s.5.

3 Anayasa Mahkemesi'nin 23.10.1996 tarih ve E.1996/48, K. 1996/41 sayılı kararı ve 13.05.2004 tarih ve E.2000/43, K.2004/60 sayılı kararı.

4 Ulusoy, a.g.e., s.11.

Regülatif cezalar, spesifik bir alan veya sektördeki düzeni koruma veya ekonomik regülasyonun sağlanmasını amaçlamaktadır. Yani regülatif cezalar, idarenin özel bir alandaki kolluk veya regülasyon faaliyeti kapsamında verdiği idari cezalar olarak tanımlanabilecektir⁵.

Bağımsız idari otorite sıfatını haiz olan Rekabet Kurulu (“Kurul”) tarafından verilen cezalar, bu sınıflandırma içerisinde regülatif cezalara dahildir. Zira Kurul tarafından verilen kararlar ile belirli alan veya sektördeki düzenin korunması ve ekonomik regülasyonun sağlanması amaçlanmaktadır. Regülatif cezalara dahil olması dolayısıyla, Kurul tarafından verilen idari para cezaları da birer idari yaptırımdır. Bu bakımdan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a (“Rekabet Kanunu veya “4054 sayılı Kanun”) aykırılık olarak tanımlanmış olan her bir eylem esasında bir kabahattir⁶. Zira ilerleyen bölümlerde daha detaylı değinileceği üzere kabahatler yalnızca Kabahatler Kanunu’nda tanımlanan cezalarla sınırlı kalmamakta; idari makamların kendi görev alanları çerçevesinde uyguladıkları idari yaptırımlara konu eylemleri de kapsamına almaktadır.

Kabahatler Kanunu’nun ⁷ “İdari Yaptırımlar” başlıklı üçüncü bölümünde idari yaptırım türleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, kabahat karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden oluşmaktadır. İdari tedbirler, Kabahatler Kanunu’nun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir. Söz konusu diğer tedbirler, bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılmaması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlardır⁸. Diğer bir yaptırım türü olan idari para cezaları ise Kabahatler Kanunu’nun “İdari Para Cezaları” başlıklı 17. maddesinde düzenlenmiştir.

İdari yaptırımların türü, süresi ve miktarı genel düzenleyici işlemlerle belirlenemeyecek olup Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesinin

5 a.g.e., s.12.

6 ASLAN, İsmail Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, 5.b., Bursa, Ekin Yayınevi, 2017, s.1045.

7 31.03.2005 tarih ve 25772 sayılı (Mükerrer) Resmî Gazete’de yayımlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu.

8 KANGAL, Zeynel T., *Kabahatler Hukuku*, 2.b., İstanbul: XII Levha Yayınları, 2019, s.261.

ikinci fıkrası uyarınca kanun tarafından belirlenmesi zorunludur. Takip eden bölümlerde kabahat kavramına ve Kabahatler Kanunu'nun detaylarına yer verilecektir.

B. Kabahat Kavramı

Arapça kökenli olan kabahat kelimesi, uygunsuz hareket, çirkin, yakışsız davranış, suç, kusur, töhmet anlamlarına gelmektedir⁹. Kabahatler Kanunu'nun "tanım" başlıklı 2. maddesinde, kabahat deyiminden, kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı düzenlenmiştir. Kabahat, bu düzenlemenin yanı sıra toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla cezalandırılan fiil olarak da tanımlanmaktadır¹⁰.

Ceza hukukunda tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiil bulunduğu takdirde haksızlıktan, diğer bir ifadeyle suçtan bahsedilir. Söz konusu haksızlığı gerçekleştiren kişinin kusurunun mevcut olduğu ve ceza verilmesini engelleyici bir halin bulunmaması durumunda, ortada Türk Ceza Kanunu ("TCK") kapsamında cezalandırılabilir bir fiil olduğundan söz edilebilecektir¹¹. Bunun yanında Kabahatler Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre, kabahatler bir haksızlık olmakla beraber kabahatlerin karşılığında ceza ya da güvenlik tedbiri yerine idari yaptırım uygulanmaktadır. Dolayısıyla gerek TCK gerek Kabahatler Kanunu'nda yaptırım uygulanması öngörülen fiillerde tipe uygunluk ve hukuka aykırılık gibi niteliklerin arandığı görülürken, söz konusu düzenlemelerin uygulanması öngörülen yaptırımlar noktasında farklılaştığı ifade edilebilecektir¹². Bunun yanında söz konusu farklılaşmaların TCK ve Kabahatler Kanunu kapsamında yaptırıma tabi tutulan çeşitli eylemlerin ağırlıklarına göre farklı sınıflandırmalara tabi tutulmalarından da kaynaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim söz konusu farklılaşmaları ceza kanunlarında

9 Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=T-DK.GTS.5cac37994d5e74.97772671, (Erişim Tarihi: 09.04.2019).

10 BEKAR, Elif, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İÜHFİM, C. LXIX, S.1-2 (2011), s.1033; YURTCAN, Erdemir, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2005, s.2.

11 Kangal, a.g.e., s.1.

12 a.g.e., s.2.

suçları cürüm-cünha-kabahat şeklinde üçlü olarak ayıran hukuk sistemlerinde de görmek mümkündür¹³.

Kabahatler Kanunu'nun 7. maddesine göre kabahatler icrai (aktif) ya da ihmali (pasif) hareketle işlenebilir¹⁴. İcrai hareket; dış dünyada değişiklik meydana getiren iradi insan davranışı iken ihmali hareket bir şeyi yapmama, işlememe gibi pasif insan davranışları anlamına gelmektedir¹⁵.

Bu kapsamda icrai hareketle işlenen kabahatler, "(...) failin dış dünyada bir değişiklik meydana getirerek işlediği (...)" kabahat niteliğindeki fiillerdir¹⁶. İhmali hareketle işlenen kabahatler ise, Kabahatler Kanunu'nun 7. maddesi gereğince kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu noktada ihmali davranışla işlenen bir kabahatten bahsedebilmek için kanunda yer alan iki şartın aynı anda gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar;

- Belirli bir icrai davranışta bulunma hususunda kişinin hukuki bir yükümlülüğü bulunmalı
- Kişi bu yükümlülüğe uymamalıdır¹⁷.

Kabahatler Kanunu'ndan farklı olarak 4054 sayılı Kanun'da ihlale konu olabilecek hareketler arasında bir ayırım yapılmamıştır.

C. Kabahatler Kanunu'nun Amacı, Kapsamı ve Niteliği

Kabahatler Kanunu ile idari yaptırımları gerektiren fiiller, yani kabahatler açısından kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama ve

13 MAHMUTOĞLU, Fethi Selami, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, Kazancı Hukuk Yayınları No:143, İstanbul, 1995, s. 8-10.

14 Kabahatler Kanunu m.7: "(1) Kabahat, icraî veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gereklidir."

15 ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s.238

16 Bekar, a.g.e., s.1041.

17 KAYA, Asım, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s.63.; Hayrettin Kurt, *İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler*, GÜHFD, C. XVIII, Y. S.1, Ankara, 2014, s.80. http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_1_7.pdf (Erişim Tarihi: 12.04.2019)

sorumluluk esasları, zamanaşımı, idari yaptırımların hukukî niteliği, çeşitleri ve sonuçları, bu yaptırımların yerine getirilmesi rejimi gibi konular, bir sistematik çerçevesinde düzenlenmiştir¹⁸. Bu şekilde toplum düzeninin, genel sağlığın, genel ahlakın, ekonomik düzenin korunması ve idari nitelikteki ceza yaptırımlarına ilişkin düzenlemeler bakımından bir hukuk birliğinin sağlanması amaçlanmıştır¹⁹. Söz konusu amaçlar doğrultusunda kabahatlere ilişkin genel ilkeler, kabahat karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları, kabahat dolayısıyla karar alma süreci, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar belirlenmiştir.

Kabahatler Kanunu'nun "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 3. maddesine göre Kabahatler Kanunu, kabahat içeren diğer kanunlar karşısında genel kanun niteliğinde olup genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yollarına ilişkin hükümleri ise diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır²⁰.

Bu düzenlemeye göre Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinde yer alan maddi ve usule ilişkin düzenlemeler, diğer kanunlarda yer alan idari para cezasını veya mülkiyetin kamuya geçirilmesini gerektiren kabahatler bakımından uygulama alanı bulabilecekken,

18 10.03.2005 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-1073/1084 sayılı Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu.

19 Bekar, a.g.m., s.1035.

20 Madde hükmünün ilk hali "*Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler bakımından da uygulanır.*" şeklindedir. İdari işlemler için adli yargının görevlendirilmesinin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 125. maddesine ve buna bağlı olarak 155. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2006 tarih ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararı (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2005-108.htm&kw=2005/108,+2006/35#fm>, Erişim Tarihi: 19.04.2019) kapsamında, Anayasa'da idari yargı ve adli yargı ayrımı yapıldığı, bu ayrım kapsamında idari yargının görev alanına giren uyuşmazlık çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun geniş takdir yetkisinin olmadığı değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı sonrasında Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde değişiklik yapılmış ve değinilen hali almıştır. Güncel halinin iptali için dava açılmış olup Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2009 tarih ve E.2007/115, K.2009/80 sayılı kararı (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2007-115.htm&kw=E.2007/115,+K.2009/80#fm>, Erişim Tarihi:12.04.2019) kapsamında reddedilmiştir.

diğer kanunlarda idari para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin gidilebilecek kanun yollarının ayrıca gösterilmesi halinde Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır²¹.

D. Kabahatler Kanunu Çerçevesinde İdari Yaptırımların Tabi Oldukları İlkeler

Kabahatler Kanunu ile idari yaptırımlar arasında yadsınamaz bir ilişki mevcuttur. Zira yukarıda da açıklandığı üzere kabahatlerin karşılığında idari yaptırımlar yer almaktadır. İdari yaptırımlar ise nitelikleri ve neticeleri açısından ceza yaptırımlarından farklılık arz eden işlemlerdir²². Şöyle ki kabahatlerin haksızlık ve kusur içeriğinin azlığına paralel olarak idari yaptırımların etkileri de ceza yaptırımlarına oranla daha zayıf kalmaktadır²³. Bunun yanında kabahat işleyen kişiye idari yaptırım uygulanması suretiyle ilgili kişinin kusurlu davranışından ötürü kendisine norma sadık kalması yönünde bir uyarı yapılmakta; dolayısıyla özel önleme amacı ön planda tutulmamaktadır. İlâveten idari yaptırımlar ile esas olarak kamu zararlarının giderilmesi hedeflenirken; failin topluma yeniden kazandırılması gibi bir amaç güdülmemektedir. Dolayısıyla idari yaptırımlar dâhilinde hürriyeti bağlayıcı cezalar düzenlenmemiştir. Ayrıca idari yaptırımların cezai yaptırımlarından farklı olarak daha basit, ucuz ve hızlı bir şekilde çözüme bağlandığını; ertelenmesinden ziyade derhal gereğinin yerine getirilmesinin öngörüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır²⁴.

Her ne kadar idari yaptırımların nitelik bakımından cezai yaptırımlardan ayrıldığı birçok nokta mevcut olsa da söz konusu yaptırımların, Kabahatler Kanunu ile ilişkisi sebebiyle cezai yaptırımlar için geçerli olan çeşitli ilkelere tabi olması gerektiği açıktır. Söz konusu ilkelerin Kanunilik İlkesi, Şahsilik İlkesi, Orantılılık İlkesi, Gerekleşlilik İlkesi, Yargı Yolunun Açık Olması İlkesi ve *Ne Bis İn Idem* İlkesi olarak sıralanması mümkündür²⁵.

21 Kangal, a.g.e., s.97.

22 a.g.e., s.261.

23 a.g.e., s.261.

24 a.g.e., s.262.

25 Kaya, s.142-269.

1. Kanunilik İlkesi

Ceza hukuku alanında önem arz eden kanunilik ilkesi, suç olarak kabul edilen davranışların ve bu davranışlar karşısında uygulanacak cezaların ancak kanunla düzenlenmesi anlamına gelmektedir. Söz konusu ilke ile devletin bireye karşı keyfi davranışlarda bulunması engellenmeye çalışılmaktadır²⁶. Ayrıca ilke sayesinde vatandaşlar bakımından da hukuki belirlilik sağlanmış olur²⁷. Kanunilik ilkesi, Anayasa'nın 38. maddesinin ilk üç fıkrası²⁸ ile TCK'nın "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlıklı 2. maddesinde düzenlenmiştir²⁹. Buna göre bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu fiilin kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir³⁰. Bununla birlikte, cezada kanunilik ilkesi gereğince bir kişi, kanunda öngörülmemen veya kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayacaktır³¹.

Kanunilik ilkesi, Kabahatler Kanunu'nun "Kanunilik ilkesi" başlıklı 4. maddesinde³² de düzenlenmiş olup anılan maddenin birinci fıkrasında, hangi fiillerin kabahat oluşturacağı kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirledi-

26 ÖZGENÇ, İzzet, ÜZÜLMEZ İlhan, Ceza Genel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.28.

27 ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAĞSIZ, Pınar; Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 55.

28 "C. Suç ve cezalara ilişkin esaslar
Madde 38 – Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.
Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mabkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.
Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur."

29 TCK m.2: "(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolünamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler; kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz."

30 DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 10. b., c.1, İstanbul, 1987, s.17.

ÖZKAN, Faruk, Kabahatler Hukuku'nun Rekabet Hukuku Açısından Uygulanması, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.28.

31 Özkan, a.g.e., s.28.

32 Kabahatler Kanunu m.4: "(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçevede hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

(2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir."

ği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde, bu düzenleme kapsamında bir fiilin kabahat olabilmesi için o kabahatin kanunda açıkça tanımlanmasının şart koşulmamasından ötürü kanunilik ilkesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesinden daha yumuşak olduğuna³³ dair görüş yer almaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, kabahat karşılığındaki yaptırımların türlerinin, süreleri ve miktarlarının ancak kanunla belirlenebileceği düzenlenmiştir. Doktrinde, (i) kanunilik ilkesinin idari yaptırımlar bakımından uygulanmayacağı³⁴; (ii) kanunilik ilkesinin idari yaptırımlar bakımından da uygulanabileceği ancak bu uygulamanın ceza hukukundaki kadar katı olmaması gerektiği³⁵; (iii) kanunilik ilkesinin ceza hukukundaki kadar katı uygulanması gerektiği³⁶ yönünde üç farklı görüş yer bulunmaktadır.

Kanımızca kanunilik ilkesi idari yaptırımlar bakımından da geçerli olmalıdır. Fakat özellikle Rekabet Hukuku açısından ilkenin ceza hukukunda olduğu kadar katı uygulanmasının gerekli olmayacağı düşünülmektedir. Zira Rekabet Hukuku tüm dünyada içtihatlar ışığında gelişen dinamik bir hukuk dalıdır. Özellikle ülkelerin iktisat politikaları ile doğrudan bağlantılıdır ve ticaretin globalleşmesi nedeniyle uluslararası artan etkileşim ile gelişmektedir. Belirtilen nedenlerle rekabet hukukunun hızlı değişim gösterdiği ifade edilebilecektir. Kanuni düzenlemelerin de hukukun uygulanmasında ih-

33 Özkan, a.g.e., s.31.; ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*,1. b, Asil Yayıncılık Ankara, 2006, s.41.

34 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 49-50. Yazarlara göre kabahatler kanunla düzenlenmek zorunda değildir fakat kabahat neticesinde uygulanacak yaptırımların kanunla düzenlenmesi zorunludur. GÜNDÜZ, Harun, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, (Lisansüstü Tez Serisi), Ankara: Rekabet Kurumu, 2014, s.66.; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *İdari Ceza Hukuku ve Anlamı*, SBFD, Cilt 18, Sayı 2, s.137-138.

35 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s.66.; ÖZAY, İl Han, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi, Yayın No:3326, 1985, s. 60-61 ve 96; SOYASLAN, Doğan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 96 ve 145.

TAN, Turgut, *İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler*, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s.104.; ODER, Burak, KARCILOĞLU, Kaan Nevzat, *Ceza ve İdare Hukuku Açısından Rekabet Hukukundaki Yeni Yaptırım Politikasının Değerlendirilmesi*, SANLI, Kerem Cem (der.), *Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri içinde*, s. 117-142, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.124.

36 a.g.e., s.66.; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1995, s.105.

tiyaç duyulan esnekliğe olanak tanıyacak şekilde temel ilkeleri ve çerçeveleri belirleyen genel düzenlemeler içermesi, detayların ise Rekabet Kurumu tarafından çıkarılacak genel düzenleyici işlemler ve Kurul tarafından verilecek kararlarla belirlenmesinin daha doğru olacağı değerlendirilmektedir.

2. Şahsilik İlkesi

Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca suçu kim işlediyse o kişi cezalandırılır³⁷. Diğer bir ifade ile ilke suç failinin cezadan bizzat sorumlu olması ve failin dışındaki üçüncü kişilerin suç olarak nitelendirilen davranış için cezalandırılmamaları anlamına gelmektedir³⁸. Hukukumuzda, Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası³⁹ ve TCK'nın 20. maddesinin birinci fıkrası⁴⁰ uyarınca şahsilik ilkesi benimsenmiş ve buna göre gerçek kişinin ancak kendi işlediği fiil nedeniyle sorumlu tutulabileceği ve başkalarının işlediği suçun icrasına iştirak etmediği sürece sorumlu tutulamayacağı öngörülmüştür⁴¹. Söz konusu ilke idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir⁴².

Fakat TCK kapsamında ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır⁴³. Fail kavramı yalnızca irade sahibi gerçek kişiler açısından mümkün olabileceğinden, tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı ve suçu işleyenlerin tüzel kişinin organ ve temsilcileri olacağı açıktır⁴⁴. Suçlar ve ka-

37 Özbek, Doğan, Bacaksız, s.60.

38 KOCABAŞ, Bekir, *4054 sayılı Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezalarının Tabii Olduğu Hukuki Rejim ve Ceza Hukuku İlkelerinin Bu Alanda Uygulanabilirliği*, s.50.; İÇEL Kayıhan, AKINCI Füsün Sokullu, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fethi Selami ve ÜNVER Yener, *İçel Yaptırım Teorisi: Genel Esaslar-Yaptırım Türleri-Cezaların Saptanması-Cezalarda Seçenek Olan Kurumlar (3. Kitap)*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s.13.

39 Anayasa m.38/7: "Ceza sorumluluğu şahsidir."

40 TCK m.20/1: "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz."

41 Özgenç, Üzülmez, s. 27.

42 GEDİK Doğan, YÜCE Ersoy, *Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Kabahatler Hukukunda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2011, s.32.

43 TCK m.20: "(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler bakımında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır."

44 Bekar, a.g.e., s. 1043.

bahatler arasındaki bu farklılık Anayasa'nın 38/7. maddesinden kaynaklanmaktadır⁴⁵. Bu nedenle suçlardan farklı olarak kabahatlerde ise idari yaptırım tüzel kişiler bakımından uygulama alanı bulmaktadır⁴⁶. Bu nedenle ceza hukukunun aksine kabahatler hukukunda tüzel kişiler bakımından da cezaların şahsiliği ilkesinin geçerli olduğu ifade edilebilecektir.

Kabahatler Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında, "*Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir*" denilerek, organ veya temsilcinin davranışlarından dolayı sorumluluk benimsenmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tüzel kişinin yanı sıra temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatıyla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı gerçek kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilmektedir⁴⁷.

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesindeki hükümlerde de paralel düzenlemelere yer verilerek, tüzel kişilere idari para cezası verilebileceği düzenlenmiştir. Organ ve temsilciler bakımından ise, 16. maddenin 4. fıkrasında teşebbüs ve teşebbüs birlikleri hakkında 16/3. fıkrada yer verilen idari para cezalarının öngörülmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen idari para cezasının yüzde beşi oranına kadar idari para cezası verilebileceği öngörülmüştür⁴⁸. Kanımızca tüzel kişiler organ veya

45 Anayasa m. 38/7: "Ceza sorumluluğu şahsidir."

46 Bekar, a.g.e., s.1043.

47 Kabahatler Kanunu m. 8: "(1) Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir. (2) **Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sabibi kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir.** (3) Kanunun, organ veya temsilcide ya da temsil edilen kişide özel nitelikler aradığı hallerde de yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır. (4) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlemin bukuken geçerli olmaması halinde de uygulanır."

48 4054 sayılı Kanun m. 16/4: "Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idari para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği

temsilcilerinden bağımsız varlık gösteremeyecekleri için Kabahatler Kanunu'nda ve Rekabet Yasasında belirtilen düzenlemeler son derece isabetlidir ve cezaların şahsiliği ilkesi ile çelişkili olarak değerlendirilmemelidir.

Yargıtay kararlarına göre şahsilik ilkesine uyulmaması bir bozma nedeni olup suçun oluşumunda failin rolünün ilgili kararlarda tartışılması gerekmektedir. Yargıtay bir kararında⁴⁹, şahsilik ilkesi gözetilmeden her bir sanık hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken bu ilkelere uyulmadan hüküm tesis edilmesini bozma nedeni olarak belirtmiştir. Rekabet hukuku nezdinde hakkında soruşturma yürütülen her bir teşebbüsün ihlalin meydana gelmesindeki etkisi önem arz etmektedir. Örneğin, rekabet ihlalinde bulunan firmaların sayısının çok olması halinde, her bir firmanın durumu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bunun yanı sıra, esasa ilişkin idari para cezası, ihlalde belirleyici etkisi olan yönetici veya çalışana da verilmektedir⁵⁰. Dolayısıyla belirleyici etkisi olan yönetici veya çalışanların da ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Danıştay uygulaması gereğince yönetici ve çalışanlara verilen idari para cezaları, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince mirasçılardan tahsil edilemez⁵¹. Fakat teşebbüslere verilen idari para cezaları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca⁵² kanuni halefiyet

yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir.”

49 Kaya, a.g.e. s.65.; Yargıtay 11. CD'nin 30.10.2013 tarih ve E.2012/11750, K.2013/15642 sayılı kararı.

50 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.16/4: “Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idari para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir.”

51 DANIŞTAY İDDK, E. 2006/2914, K. 2007/1316 sayılı, 31.5.2007 tarihli kararı. “(...) adı geçenin 1.11.2005 tarihinde ölümü üzerine mirasçıları tarafından açıldığını anlaşıldığı, ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkesinin idari para cezaları alanında da geçerli olduğu, anılan idari para cezasının mirasçılardan tahsili olanağının bulunmadığı (...)”

52 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 28/7/1953 tarihli ve 8469 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

“Borçlunun ölümü:

Madde 7 – Borçlunun ölümü halinde, mirası reddetmemiş mirasçılar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik edilir. Borçlunun ölümünden evvel başlamış olan muamelelere devam olunur. Terekenin bir mahkeme veya iflas dairesi tarafından tasfiyesini gerektiren haller bu hükmün dışındadır. Mirasın tutulan defter mucibince kabulü halinde, mirasçı, deftere kaydedilmemiş olsa dahi amme alacağından mirastan kendisine düşen miktar ile mesuldür. Defter tutma muamelesinin devamı müddetince satış yapılamaz.”

kuraları gereği ilgili teşebbüsü miras yoluyla devralan mirasçılardan tahsil edilebilecektir⁵³.

3. Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olup idari yaptırımların uygulanması açısından dikkate alınması gereken bir ilkedir. Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrasında “*İdari para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.*” hükmü amirdir. İdari yaptırım ile ulaşılmak istenen amacın elde edilebilmesi için idari yaptırımın orantılı olması ve uygulanmakta olduğu kişilerin hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaması gerekir⁵⁴. Bu ilke kapsamında fiil ile ceza arasında orantı kurulması amaçlanmıştır. Bu sayede idari para cezasına karar verecek kurum, takdir yetkisini kullanırken keyfi uygulamalara gidemeyecektir⁵⁵.

4. Gerekçeli Olma İlkesi

İdare hukukunda, bütün idari işlemlerin gerekçeli olması hem doktrinde hem de yargı kararları uyarınca zorunludur⁵⁶. Ayrıca bazı özel kanunlarda, idari işlemlerin gerekçeli olmasını zorunlu kılan düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin 4054 sayılı Kanun'un “Kararlarda Bulunulması Gereken Hususlar” başlığını taşıyan 52. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde, gerekçe ve hukuki dayanak unsurlarının kararlarda bulunması gerektiği hüküm altına alınmaktadır. Bu hüküm ışığında, Kurul'un alacağı kararlarda gerekçe bulunması yasal bir zorunluluktur⁵⁷. Söz konusu ilke, idari işlemin muhatabının idari işlemi inceleme, yasaya uygunluğunu değerlendirme ve ilgili

53 Kaya, a.g.e., s.66.

54 Özkan, a.g.e., s.32.

55 Kaya, a.g.e., s.70.; YALÇIN İsmail, *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.88.

56 Kaya, a.g.e., s.70.

57 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları* s.53.

işlemi yargı yoluna götürüp götürmemeye karar vermesine yardımcı olmaktadır⁵⁸.

5. Yargı Yolunun Açık Olması

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak, idarenin her türlü işlem ve eyleminin hukuka uygunluğunun yargı organlarınc denetlenmesi ve idari işlem muhataplarının itiraz etme haklarının bulunması gerekmektedir⁵⁹.

Kabahatler Kanunu'nun "Başvuru Yolu" başlıklı 27. maddesinin birinci fıkrası⁶⁰ uyarınca, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilecektir. Bununla birlikte Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında, idari yaptırımların yer aldığı kanunda o idari yaptırıma karşı özel bir kanun yolu öngörülmemesi durumunda Kabahatler Kanunu'nda yer alan kanun yolu hükümleri uygulanabilecektir⁶¹.

4054 sayılı Kanun'un "Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu" başlıklı 55. maddesinde⁶², idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılacağı düzenlenmiştir. Özel kanun olarak 4054 sayılı Kanun'da yer alan bu düzenleme nedeniyle Kurul tarafından verilen idari para cezalarına karşı Kabahatler Kanunu yargı yoluna ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün görülmemektedir⁶³.

58 Kaya, s.71.

59 Özkan, a.g.e., s.43.

60 Kabahatler Kanunu m. 27/1: "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir."

61 Özkan, a.g.e., s.43-44.

62 4504 sayılı Kanun m.55: "İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır. Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idari para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz."

63 Özkan, a.g.e., s.44.

6. Ne Bis In Idem İlkesi

Modern ceza muhakemesi hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan “*ne bis in idem*” ilkesi⁶⁴, aynı kişiye aynı eylem nedeniyle mükerrer yargılama ve cezalandırmanın yapılamaması anlamına gelmektedir⁶⁵. Türk hukuk sisteminde *ne bis in idem* ilkesi, Ceza Muhakemesi Kanunu (“CMK”)’nın 223. maddesinin yedinci fıkrasında “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede yer alan fiil kavramından, yargılamanın konusunu teşkil eden ferdileştirilmiş maddi olay, ihlal, hukuki menfaat veya kanuni tipe uygun hareketin anlaşılması gerekmektedir⁶⁶.

Ne bis in idem ilkesinin idari yaptırımlar bakımından uygulanabilirliği hususu, ilkenin idari yaptırımlarla ceza yaptırımları arasında uygulanabilirliği ve birden fazla idari yaptırım arasında uygulanabilirliği olarak iki kategoride incelenebilecektir⁶⁷. Bu çerçevede ilkenin, ceza yaptırımları ve idari yaptırımlar bakımından geçerli olup olmadığına ilişkin öğretilerdeki baskın görüş⁶⁸, idari yaptırımlar ile cezai yaptırımların birlikte öngörülmesi halinde; *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmayacağı yönündedir. Buna gerekçe olarak, söz konusu iki yaptırım türünün; sebep, sonuç, hukuksal dayanak, amaç ve usul bakımından farklı olması gösterilmektedir⁶⁹.

Kocabaş’a göre, güvenlik tedbirleri ceza niteliği taşımadığından bir kişiye hem ceza yaptırımı hem de güvenlik tedbiri uygulanması, o kişinin aynı eylem nedeniyle iki kere cezalandırılması anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla fail hakkında her iki yaptırıma birlikte hükmedilmesi, *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir⁷⁰. Fakat Anayasa’nın 38. maddesinin 3. fıkrasında güvenlik ted-

64 ÖZEN, Mustafa; Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 123 vd.

65 Kocabaş, a.g.e., s.44; Özyay, s.35.

66 Kocabaş, a.g.e., s.44.

67 a.g.e., s.44.

68 a.g.e. s.44; KARABULUT Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s.164; Çağlayan, a.g.e., s. 43. Farklı görüş: Otacı, a.g.e., s. 29.

69 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s.84.

70 Kocabaş, a.g.e., s.45.

birlerinin ceza yerine geçtiği belirtilmektedir. Bu sebeple kanımızca yazarın iddia ettiği aksine güvenlik tedbiri uygulanmış bir kişiye aynı anda aynı eylemi için farklı bir müeyyidenin de uygulanması *ne bis in idem* ilkesine aykırı olarak değerlendirilebilecektir.

Ne bis in idem ilkesinin idari yaptırımların kendi arasında uygulanabilirliği konusu ise tartışmalıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüş ilkenin idari yaptırımlar arasında da geçerli olduğu; bu nedenle herhangi bir eyleme birden fazla idari yaptırımın uygulanmaması gerektiği yönündedir⁷¹. Kabahatler Kanunu m. 15/1 uyarınca bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezasının verilmesi gerekir. Fakat bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilmelidir. Dolayısıyla kanımızca Kabahatler Kanunu'nda farklı çeşit idari yaptırımlar bakımından *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmadığını, ancak idari para cezaları bakımından söz konusu ilkenin geçerli olduğunu ifade etmek mümkündür. Nitekim Özen de *ne bis in idem* ilkesinin aynı tür yaptırımlar bakımından geçerli olduğunu; ilke ile farklı tür yaptırımların uygulanmasının engellenmediğini ifade etmektedir⁷².

E. Kabahatler Kanunu'nun Yer ve Zaman Bakımından Uygulanması

Kabahatler Kanunu'nun yer bakımından uygulama alanı, Kabahatler Kanunu'nun 6. maddesi⁷³ ile belirlenmiş ve kanunlarda aksine hüküm bulunması saklı kalmak kaydıyla TCK'nın yer bakımından uygulamaya ilişkin 8. maddesinin⁷⁴ uygulanacağı düzenlenmiştir.

71 a.g.e., s.84.; Çağlayan 2006, s.45.

72 Özen, s. 123.

73 Kabahatler Kanunu m.6: "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yer bakımından uygulamaya ilişkin 8 inci maddesi hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kanunlarda aksine hüküm bulunan haller saklıdır."

74 TCK m.8: "(1) Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk Kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır.

(2) Suç;

a) Türk kara ve bava sabaları ile Türk karasularında,

Düzenlemeye göre, Türkiye’de işlenen kabahatler hakkında Türk kanunları uygulanacak ve fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde, kabahat Türkiye’de işlenmiş sayılacaktır. Bu kapsamda, kabahatler bakımından kanunda aksine bir düzenleme olmadığı sürece mülklik ilkesi geçerli olacaktır. Buna göre, gerçek anlamda veya farazi anlamda Türk ülkesinde işlenen kabahatlerde, failin vatandaşlığına bakılmaksızın Türk kanunları uygulama alanı bulacaktır⁷⁵.

Bununla birlikte Kabahatler Kanunu’nun 6. maddesi gereğince, kanunlarda açık hüküm bulunan hallerde yurtdışında işlenen kabahat niteliğindeki haksızlıklar hakkında da idari yaptırım uygulanabilecektir. Örneğin, 4054 sayılı Kanun’un 2. maddesi⁷⁶ ile bu kanunun kapsamı belirlenmiştir. Buna göre, yurtdışında olan teşebbüslerin yapmış olduğu, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki mal ve hizmet piyasalarını etkileyen rekabete aykırı davranışlar, hukuki işlemler Rekabet Kanunu kapsamına girmektedir. Rekabet Kurulu, bir kararında⁷⁷ Türkiye piyasalarının etkilenmediğini gerekçe göstererek yapılan şikâyeti reddetmiştir.

Kabahatler Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrası⁷⁸ uyarınca TCK’nın zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanacaktır. Kabahatler Kanunu’nda atıf yapılan TCK’nın zaman bakımından uygulamalarının düzenlendiği 7.

b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sabasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,

c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla,

d) Türkiye’nin kıt’a sabaanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, İşlendiğinde Türkiye’de işlenmiş sayılır.”

75 Kargal, a.g.e., s.123.

76 4054 sayılı Kanun m.2: “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu kanun kapsamına girer.”

77 Rekabet Kurulu’nun 16.12.2015 tarih ve 15-44/740-267 sayılı Kararı.

78 Kabahatler Kanunu m.5/1: “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir.”

maddesine⁷⁹ göre işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir eylemden ötürü; benzer şekilde işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimseye ceza verilemeyecek ve güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Bu düzenlemelere göre, işlendikleri zaman yürürlükte bulunan kanuna göre kabahat sayılmayan bir eylemden ötürü kimseye idari yaptırım uygulanamayacak ve işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre kabahat sayılmayan fiilden ötürü de kimse cezalandırılmayacaktır. Kabahatin işlendiği zaman yürürlükte yer alan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümleri farklılık arz etmekte ise, kabahati işleyen kişinin lehine olan kanun hükmü uygulanacaktır. Bununla birlikte, Kabahatler Kanunu m. 5/1 uyarınca, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir. Kabahat içeren bir kanun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenmiş olan fiillere uygulanabilecektir.

F. Kabahatlerde Manevi Unsur

Ceza hukukunda manevi unsur işlenen fiil ile kişi arasındaki bağı ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır ve söz konusu bağ kurulmadan suçun oluştuğu iddia edilemez. Suç teorisinde kusur ile manevi unsur birbirleriyle bağlantılı fakat farklı kavramlardır. Manevi unsur olmaksızın suç meydana gelemez. Fakat kusur olmaksızın da bir suç ortaya çıkabilir. Akıl hastalığı örneğinde olduğu gibi kusur yeteneğinin bulunmadığı hallerde suç meydana geldiği halde faile ceza verilemez. Suçun manevi unsuru dendiğinde eylemin kasten veya taksiren işlenmiş olması anlaşılır. TCK'nın 21. Maddesine göre kast suçun bilerek ve istenerek işlenmesi anlamına gelmektedir. 22'inci maddesine göre ise gereken dikkat ve özen gösterilmeden yapılan eylemler nedeniyle ortaya çıkan neticelerin fail tarafından öngörüle-

79 TCK m.7: "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan Kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren Kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve Kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan Kanun ile sonradan yürürlüğe giren Kanunla-
rın hükümleri farklı ise, failin lehine olan Kanun uygulanır ve infaz olunur."

memiş olmasına taksir denir. Yani yanlışlıkla işlenen suçlara taksirle işlenen suçlar denir. Kural olarak bir suçun ortaya çıkabilmesi için kast gerekir ancak kanunun öngördüğü bazı istisnai hallerde taksirle de bir suç işlenebilir⁸⁰.

Kabahatler Kanunu'nda ise bir kabahatin manevi unsuru 9. Maddede hem kast hem taksir olarak öngörülmüştür⁸¹. Buna göre “*Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebilir.*”⁸². TCK'da yer alan, taksirle işlenen fiillerin, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağı şeklindeki hüküm gereği, ancak kanunda belirtilen hallerde taksirle işlenen fiillerden sorumluluk söz konusu olur⁸³. Kabahatler Kanunu'na göre ise sadece kasten veya sadece taksirle işlenen fiilin kabahat oluşturabileceği konusunda ilgili kanunda bir hüküm bulunmaması durumunda, kabahat kural olarak hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Yani kabahatler açısından da objektif sorumluluk kabul edilmemiş ve idari para cezasına karar verilebilmesi için, fiili işleyen gerçek kişinin en azından taksire dayalı kusurunun varlığı aranmıştır.

Rekabet hukuku açısından ise, 4054 sayılı Kanun'da ihlalin sadece kasten ya da sadece taksirle işlenebileceğine yönelik bir hüküm bulunmadığından rekabet ihlalleri de kural olarak kasten veya taksirle işlenebilir. Zira ilerleyen bölümlerde daha detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi “*rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan*” yani kasten bu tip davranışlarda bulunan teşebbüsler ile böyle bir amacı olmasa bile davranışları ile (taksiren) “*rekabeti sınırlama etkisi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan*” teşebbüsleri yahut teşebbüs birliklerini cezalandırmaktadır. Benzer şekilde 6. maddenin de (a) ve (d) bentlerinde rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasının ve farklı piyasalardaki rekabetin bozulmasının amaçlandığı eylemlerin yasaklandığı ifade edilmiştir. Rekabet Kanunu'nda özel kast⁸⁴ aranmakta

80 Özgenç, Üzülmüş, s. 55.

81 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 44.

82 Bekar, a.g.e., s.1044

83 a.g.e., s.1044

84 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 184. Kanunda bazı suçlar bakımından failin belirli bir saikle hareket etmesi aranır. Böyle durumlarda saik suçun unsuru olarak karşımıza çıkar ve özel kast

olup 4. Maddenin ihlali için “rekabetin sınırlanmasını *amaçlamak*” gerekmektedir⁸⁵. Benzer şekilde 6. madde kapsamında uygulamada hâkim durumun kötüye kullanılması değerlendirmelerinde ise “*rekabeti sınırlama niyeti*” aranmaktadır⁸⁶. Rekabetin sınırlanması niyetinin yahut amacının varlığı halinde ise bu durum ağırlaştırıcı neden olarak Kurul tarafından dikkate alınmaktadır⁸⁷.

Rekabet uygulamasında esasa ilişkin idari para cezalarında taksir-re çok rastlanmasa da usule ilişkin idari para cezalarında taksir söz konusu olabilmektedir⁸⁸. Örneğin, bilgi istemelerde yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi konusunda taksir söz konusu olabilmektedir⁸⁹. Bu konuda özellikle 4054 sayılı Kanun m. 16 kapsamında, yanlış ya da yanıltıcı bilgi verildiği iddiasının söz konusu olduğu dosyalarda fiilin taksirli olarak işlenmesinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususunda Kurul’un farklı yaklaşımları bulunmaktadır⁹⁰.

olarak adlandırılır. Özel kast aranan suçlarda failin amacının suç tipinde belirtilmesi ve bu nedenle failin daha ağır veya hafif cezalandırılması söz konusudur.

85 4054 sayılı Kanun m. 4/1: “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*”.

86 YAVUZ Hatice, “*Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Teşebbüsün Niyeti*”, Rekabet Yazıları, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=fac430a6-ae82-4d7b-bd28-15d96dc7e288>, (Erişim Tarihi: 07.05.2019).

87 Rekabet Kurulu’nun 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı kararı.

88 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları*, a.g.e., s.86

89 a.g.e., s.86

90 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s.76 vd. Örneğin Rekabet Kurulu’nun 07.11.2008 tarih ve 08-62/1017-393 sayılı Kararı. Omya II Kararı’nda, Omya’nın Ege Bölgesi’ne yaptığı satışlara ilişkin olarak Kurum’a sunduğu yazıda yer alan bilgiler ile raporörler tarafından bizzat elde edilen bilgiler arasında yarı yarıya fark olduğu, bu farkın Omya’nın kasten veya ihmal ile yanıltıcı bilgi sunmasından kaynaklandığı, hatalı bilgi sunulmasının, Kurul’u yanlış yönlendirebileceği gerekçeleri ile idari para cezası verilmiştir. Kararda, hatalı bilginin yalnızca kasıt yahut ihmal ile sunulmuş olabileceği belirtilerek ve taksir ihtimali göz ardı edilerek Kurul tarafından bir tür kusur karinesinin kabul edildiği düşünülmektedir.

Benzer şekilde yoğunlaşma başvurusunda yanlış ve yanıltıcı bilgi sunan Akzo Nobel’e idari para cezası uygulanmasına ilişkin 18.03.2010 tarih ve 10-24/339-123 sayılı Azko Nobel Kararı’nda Kurul, “*Kanun’un 16. maddesinin lafzına ve gerekçesine bakıldığında, yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesinin bildirim sahibinin ihmali veya kasıtlı biçimde yapılmış olması hususunda da bir ayırım yapılmamış olduğu görülmektedir. Bu bakımdan, başvuru sabibi teşebbüsler tarafından verilen yanlış ya da yanıltıcı bilginin; kasıtlı olarak veya ihmal sonucu verilip verilmediği, bildirim sahibinin teşebbüse bir menfaat sağlayıp sağlamadığı, bildirim sonucuna menfi ya da müspet etki edip etmediği gibi hafifletici ya da ağırlaştırıcı olarak nitelendirilebilecek unsurlar bakımından idareye ayrıca bir değerlendirme imkanı tanınmadığı, aksine, her ne sebeple olursa olsun, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veren teşebbüsler hakkında idari para cezası verilmesine*

Dolayısıyla usule ilişkin idari para cezalarının uygulanmasının gündeme geldiği, özellikle de yanlış ya da yanıltıcı veya eksik bilgi verildiği iddiasının söz konusu olduğu dosyalarda, fiilin taksirli olarak işlenmesinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda Kurul'un farklı uygulamalarının bulunduğu kanaatindeyiz⁹¹. Kanımızca Kurul yanlış veya yanıltıcı bilgi sunulması halinde, 4054 sayılı Kanun lafzından hareketle teşebbüsün niyetini önemsemeksizin cezaya hükmederken, eksik bilgi sunulması halinde ortada hata veya ihmal var ise bu konuda kendisine bir takdir marjı bırakarak cezaya hükmetmeyebilmektedir. Bu kapsamda kanımızca usule ilişkin idari para cezalarında taksir savunması hatalı ve yanlış bilgi verilmesinden çok eksik bilgi verilmesi halinde yapılabilecektir.

Buna ek olarak değinilmesi gereken bir diğer husus ise, Kabaahatler Kanunu ve 4054 sayılı Kanun kapsamında hata kavramıdır. TCK'nın 30. maddesine göre, bir fiilin icrası sırasında suçun kanuni

bülmedildiği görülmektedir. Kuşkusuz bu türden bir düzenleme ile kanun koyucunun, Kurulun her bir dosya özelinde en doğru bilgiler çerçevesinde karar almasını teminen benzer nitelikteki fiilleri caydırmayı amaçladığı açıktır." diyerek, 4054 sayılı Kanun'un lafzından hareketle taksirle yanlış bilgi verilmesi durumunun ceza verilmesi açısından fark yaratmayacağını değerlendirmiştir

- 91 Kurul'un Omya II ve Azko Nobel Kararlarındaki yaklaşımının aksine yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesinden dolayı ceza uygulanabilmesi için kastın varlığını aradığı kararları da bulunmaktadır. Örneğin, 99-44/468-297 sayılı, 28.09.1999 tarihli TEDAŞ-İSEDAŞ-Mis Süt-Nestle Kararı'nda, TEDAŞ'ın elektrik dağıtım tesislerinin İSEDAŞ'a devrine izin başvurusunda Tekfen Holding'e ait Mis Süt'ün Nestle'ye devrinin belirtilmemesinin eksik bilgi olduğu, ancak söz konusu devir işlemlerinin çok farklı pazarlarda gerçekleşmesi nedeniyle İSEDAŞ'ın devralma işlemini engellemeyeceğinden yanıltıcı bir amaç taşımadığı, dolayısıyla yanıltıcı bilgiden ceza verilmesine gerek olmadığına hükmedilmiştir. Yine Kurul, 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı başka bir kararında Denizli Çimento'nun aylık satış miktarlarına ilişkin Rekabet Kurumu'na sunulan bilgiler ile Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği'ne ("TÇMB") sunulan ve yerinde incelemelerde elde edilen bilgiler arasında önemli farklar bulunduğunu tespit etmiştir. Ancak Kurul, Denizli Çimento'nun Kurum'a sunulan satış miktarlarının yerinde incelemeden ve TÇMB'den elde edilen satış miktarlarından fazla olmasının sebebinin Kurum'a sunulan bilgilerde Ado Çimento kanalı ile yapılan satışların da yer almasından kaynaklandığına yönelik yapılan savunmayı kabul ederek, yanlış bilgi verildiği tespit etmesine rağmen, "raportörlerin doğru bilgiye her zaman ulaşabileceği, dolayısıyla da Denizli Çimento'nun kastı bulunmadığı" gerekçesiyle ceza uygulamamıştır. Benzer şekilde, 02.10.2006 tarih ve 06-68/926-265 sayılı Akçansa Kararı'nda Kurul, "Akçansa'nın çimento satış fiyatları ve maliyetleri hakkında eksik, yanlış, yanıltıcı bilgi verdiği veya hiç bilgi vermediği gerekçesiyle cezalandırılması" yönündeki raportör talebini reddederek, uygulama fiyatları ile afişe fiyatları arasındaki farklılığın doğal olduğu ve bu farklılığın kasten gizlenebilecek bir durum olmadığı, şirket tarafından asıl fiyat değişikliğinin yapıldığı tarihlerin Rekabet Kurumu'na sunulan tarihler olduğu ve bu tarihlerin yerinde incelemede bulunan belgede geçen tarihlerden çok farklı olmadığı, yıllık ortalama maliyetlerin basit bir matematik işlemiyle ortaya çıkarılmasının mümkün olduğu ve Akçansa'nın kasten eksik bilgi vermesinin söz konusu olmadığına karar vermiştir.

tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz⁹². Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren hallerinin gerçekleştiği ya da ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır⁹³. Kabahatler Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, TCK'nın hata hallerine ilişkin hükümleri ancak kasten işlenebilen kabahatler için uygulanır⁹⁴. Yani, kasten işlenebilen kabahatler bakımından hatanın uygulama alanı bulabileceği söylenebilecektir. 4054 sayılı Kanun bakımında hata hususu açıkça düzenlenmese de kural olarak uygulanabileceği kabul edilmekle beraber henüz uygulamaya yansımamıştır⁹⁵.

Örneğin, bir teşebbüsün birden fazla danışmandan bilgi alarak yapmış olduğu bir eylem sebebiyle ceza alması durumunda hata savunmasının yapıp yapılamayacağı açık değildir. Avrupa Birliği Adalet Divanı *Schenker & Co. and Others Karar*'ında faaliyetlerinin rekabet kurallarına aykırılık teşkil etmediğine ilişkin hukuki görüş alan teşebbüslerin hataya düştükleri yönündeki savunmaları reddetmiştir. Karar konusu davada, Avusturya nakliye şirketleri, fiyat belirleme anlaşmalarının rekabet hukuku anlamında ihlal oluşturmadığına ilişkin aldıkları hukuki görüşler ışığında ilgili eylemi gerçekleştirdiklerini ve fakat hataya düştüklerini iddia etmişlerdir. Divan, söz konusu savunmayı; teşebbüsün kendi davranışının rekabete aykırı olduğunun farkında olmamasının, teşebbüse idari para cezası verilmesini engellemeyeceği, ayrıca herhangi bir danışman tarafından verilen bir hukuki tavsiyenin, hiçbir durumda teşebbüsün rekabet ihlaline sebep olmadığı yönündeki meşru beklentisinin temelini oluşturamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir⁹⁶.

92 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 256.

93 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s.87.

94 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 44.

95 a.g.e., s.87.

96 ABAD'ın 18.06.2013 tarihli, C-681/11 - *Schenker & Co. and Others Kararı*, para. 33-43.

II. REKABET KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN İDARİ PARA CEZALARI

A. Genel Olarak

İdari para cezaları, 4054 sayılı Kanun'un "İdari para cezaları" başlıklı 16⁹⁷ ve "Nispi idari para cezaları" alt başlıklı 17. maddelerinde düzenlenmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası kapsamında usuli, üçüncü ve dördüncü fıkralarında esasa yöne-

- 97 4054 Sayılı Kanun m.16: "Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine;
- a) Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi,
- b) İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi,
- c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da biçiminde verilmemesi,
- d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,
- hallerinden (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verir. Ancak bu esasa göre belirlenecek ceza onbin Türk Lirasından az olamaz. Bu fıkranın (b) bendine göre idari para cezası birleşme işlemlerinde tarafların birbirine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir.
- Yerinde incelemenin mabkeme kararı ile gerçekleştirilmesi, yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılmasına ilişkin olarak bu Kanunda öngörülen idari para cezasının uygulanmasını engellemez.
- Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir.
- Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idari para cezaları verilmesi halinde, iblalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir. Kurul, üçüncü fıkraya göre idari para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, iblalın tekrarı, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, iblalın gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.
- Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir.
- Bu maddeye göre verilecek idari para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."

lik, 17. maddesinde⁹⁸ ise nispi idari para cezalarına yer verilmiştir. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca, muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi, izne tabi birleşme ve devralmaların, Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi, bilgi isteme ve yerinde inceleme uygulamalarında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi ve yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması hallerinde idari para cezasına hükümlenacağı düzenlenmiştir.

4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinde ise nispi idari para cezası düzenlenmektedir. Usule ilişkin idari para cezası verilmiş olması, nispi idari para cezası verilmesini engellemektedir⁹⁹. Söz konusu madde kapsamında yükümlülükler ya da verilen taahhütlere uyulmaması, yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması ve bilgi isteme ile yerinde inceleme uygulamasında istenen bilgi ve belgelerin süresi içinde verilmemesinin de nispi idari para cezasına konu olacağı belirtilmiştir.

Kurum istatistikleri incelendiğinde, sadece geçtiğimiz 2018 yılında dahi, yargı kararı sonrası verilen cezalar da dahil olmak üzere, 16 ve 17. maddelere dayanılarak 350.156.560,90 TL idari para cezasına hükmedilmiş olduğu görülmektedir¹⁰⁰. Bir yıllık sayısal verilere

98 4054 sayılı Kanun 17.m: Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16'ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,

a) Nisai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülükler ya da verilen taahhütlere uyulmaması,

b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,

c) Kanununun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi,

durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun besaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idari para cezası verir:

Birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerine göre idari para cezaları, bu bentlerde belirtilen kararlardaki yükümlülükler uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir: (a) bendindeki fiile ilişkin idari para cezası, yükümlülük getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş ise, bu kararın tebliğini takip eden günden itibaren verilebilir. (b) bendindeki fiillere ilişkin idari para cezası ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebilir."

99 Kaya, s.46.

100 Rekabet Kurumu, Karar İstatistikleri, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/guncel-karar-istatistikleri/2018-yillik-istatistik-20190110163811054.pdf> (Erişim Tarihi: 24.04.2019)

dayanılarak dahi, Kurum'un idari ceza verme işlevinin teşebbüs ve teşebbüs birlikleri bakımından ne denli önem arz ettiği görülebilecektir.

Teşebbüsler arası rekabeti düzenleyen kural ve prensiplerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için, bir yaptırım mekanizmasının tesis edilmesi gerekmektedir. Söz konusu yaptırımların rekabetin sınırlandırılmaması ve Kurul'un da rekabeti koruma görevini yerine getirebilmesi için caydırıcı olması gerekmekte olup, diğer yandan teşebbüslerin hak ve özgürlüklerinin de koruma altına alınması gerekmektedir¹⁰¹. Rekabetin sağlıklı olarak işleminin temelinde, etkin bir yaptırım mekanizması yer almaktadır. Zira bugüne kadar süregelen ihlallerin cezalandırılması ve bugünden sonra gerçekleşmesi muhtemel ihlallerin engellenmesi ancak caydırıcı olabilecek nitelikte yaptırımlarla mümkün olabilecektir.

Söz konusu para cezalarının niteliğini, 16. maddenin 3. fıkrasından hareketle tespit etmek mümkündür. Zira fıkra metninde verilen para cezalarının idari nitelikte olduğu belirtilmektedir¹⁰². Kurum'un idari para cezası verme yetkisi ise 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinde¹⁰³ yer almaktadır.

B. Rekabet Kanunu'nda Düzenlenen Usuli Para Cezaları

1. Genel Olarak

4054 sayılı Kanun'da düzenlenen idari para cezası türlerinden biri olan usule ilişkin idari para cezaları, başvurularda yanlış veya yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi, izne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleşmesi, bilgi talep edilmesi veya yerinde inceleme esnasında eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi, yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması durumlarında uygulanmaktadır.

101 Aslan, a.g.e., s.1043.

102 Kaya, s. 27.

103 4054 sayılı Kanun m.27: "Kurulun görev ve yetkileri şunlardır:

a) Bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak..."

Usule ilişkin idari para cezalarının uygulanabileceği kişiler ise 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiştir. İlgili fıkra uyarınca teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler, teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine söz konusu idari para cezaları uygulanabilecektir.

Söz konusu hallerde Kurul tarafından verilen idari para cezasının ise nispeten düşük veya sabit olduğunu söylemek mümkündür. Zira usule ilişkin idari para cezalarının miktarının belirlenmesi noktasında Kurul'a serbesti tanınmamıştır¹⁰⁴. Şöyle ki 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasında muafiyet ile menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi; izne tabi birleşme devralmaların Kurul'dan gerekli izin alınmadan gerçekleştirilmesi; bilgi talebinde veya yerinde incelemede yanlış bilgi verilmesi hallerinin gerçekleşmesi durumunda verilecek idari para cezasının hesaplanmasında, teşebbüsler ile teşebbüs birliklerinin veya bu birliklerin üyelerinin Kurul kararından bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmadığında karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayri safi gelirin binde biri oranında; yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması durumlarında ise aynı yöntemle tespit edilecek olan gayri safi gelirin binde beşi oranında idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Bunun yanında aynı maddede söz konusu yöntem ile tespit edilecek idari para cezalarının 26.027 TL'den¹⁰⁵ düşük olamayacağı da hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar belirli hallerde Kurul'un uygulayacağı ceza miktarı doğrudan 4054 sayılı Kanun hükümleriyle sınırlandırılmış olsa da yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması; istenen belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi gibi durumlara yönelik 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinde ayrıca

104 Kaya, a.g.e., s.37; SANLI, Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Ayrıntılı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, I.b., Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000, s.385.

105 4054 Sayılı Kanun'da bu kanunun 16. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen idari para cezalarının alt sınırı 10.000 TL olarak belirlenmiştir. Ancak 12.12.2018 tarih ve 30623 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16'ncı maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının 31/12/2019 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ (No: 2019/1)" ile söz konusu alt sınır, 01.01.2019-31.12.2019 arasında geçerli olmak üzere 26.027 TL olarak güncellenmiştir.

nispi idari para cezalarının uygulanması da öngörölmüştür. İlaveten 17. maddede nispi idari para cezası uygulamasının yukarıda bahsedilen; 16. maddede yer alan idari para cezalarının uygulanması noktasında herhangi bir engel teşkil etmeyeceği de açıkça hüküm altına alınmıştır.

Ancak bu noktada usuli para cezaları ve nispi idari para cezalarına yönelik değinilmesi gereken eleştiriler de mevcuttur. Söz konusu eleştirilerin ise ceza oranlarının sabit bir şekilde tespit edilerek Kurul'a somut olay bakımından değerlendirme yapmak suretiyle kullanabileceği bir takdir hakkının bırakılmamış olması ve ceza alt sınırının 4054 sayılı Kanun hükümleri ile belirlenmiş olması konularında yoğunlaştığı söylemek mümkündür¹⁰⁶. Şöyle ki verilecek usuli para cezasının alt limitinin belirli olmasının küçük işletmeler bakımından büyük ekonomik kayıplara yol açabileceği değerlendirilmektedir. Zira 4054 sayılı Kanun'un uygulanması noktasında ticari işletme veya Türk Ticaret Kanunu'nda ¹⁰⁷ belirtilen eşikleri aşmayan işletmeler arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu küçük işletmelerin bir senelik kârının madde metninde yer verilen alt sınıra ulaşmıyor olması kuvvetle muhtemeldir¹⁰⁸. Bu noktada alt sınırın belirlenmiş olmasının özellikle KOBİ'ler bakımından zorlayıcı olacağı değerlendirilmektedir. Kurul'un verebileceği usuli para cezalarına ilişkin %0,1 ve %0,5 oranlarını ihtiva eden söz konusu düzenleme ise; bu oranların kesin biçimde tespit edilmiş olması ve Kurul'un takdir yetkisinin bulunmamasından hareketle cirosu büyük işletmeler için makul olmayacak derecede yüksek cezalara neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁹.

2. Yanlış ya da Yanıltıcı Bilgi Verme

Modern rekabet hukuku sistemleri incelendiğinde, ihlalleri ortaya çıkarmak amacıyla rekabet otoriteleri tarafından en çok tercih edilen yöntemlerden birinin teşebbüslerden bilgi talep edilmesi ol-

106 Aslan, *a.g.e.*, s.1047.

107 14.2.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

108 Aslan, *a.g.e.*, s.1047.

109 *a.g.e.*, s.1048.

duğu görölmektedir¹¹⁰. Türk rekabet hukuku uygulamasında ise bilgi isteme yetkisi ile öncelikli olarak 4054 sayılı Kanun'un 14. maddesinde¹¹¹ karşılaşılmaktadır. İlgili madde uyarınca Kurul, 4054 sayılı Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilme yetkisini haizdir. Söz konusu maddenin, Avrupa Birliği üyesi devletlerde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde mevcut olan, bu hususa yönelik düzenlemelerle paralellik arz ettiği söylenebilecektir¹¹². Bununla birlikte bilgi isteme yetkisi, yerinde inceleme esnasında talep edilen yazılı ve sözlü açıklama isteyebilme, istenen bilgi, belge, defter ve ilgili diğer araçların örneklerinin istenebilmesi gibi Kurul'un diğer yetkilerini pekiştirici nitelik taşımaktadır¹¹³.

4054 sayılı Kanun'un İdari Para Cezası kenar başlıklı 16. maddesinin (c) bendinde Kurum'a yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi ya da talep edilen bilginin süresi içinde veya hiç verilmemesi hallerinde, *“karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında”* idari para cezası verilebilecektir. Yine aynı Kanun'un Nispi İdari Para Cezası kenar başlıklı 17. maddesinin (c) bendi uyarınca talep edilen bilgi ve belgelerin **belirlenen süre içerisinde verilmemesi** halinde her gün için, yıllık gayri safi gelirin on binde beşi oranında idari para cezası verilir.

Kanun'un yukarıda belirtilen 17. maddesinin (c) bendi uyarınca yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi halinde nispi idari para cezası

110 bkz. COŞGUN, Hüseyin, ABD, *AB ve Türk Rekabet Hukukunda Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı Olarak Fonksiyonları*, (Uzmanlık Tezi), Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2009, s. 83.

111 4054 sayılı Kanun m.14: *“Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır.”*

112 KEKEVİ, H. Gökşin, *“Bilgi İsteme Yetkisine ve Eksik, Yanlış, Yanıltıcı ya da Geç Bilgi Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi”*, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu, ed. GÜREL Murat, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011, s.70.

113 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları*, s.20.

uygulanmayacak olması literatürde eleştiri konusu olmuştur. İlgili madde hakkında yapılan eleştiriler çok da haksız görülmemektedir. Zira yanlış bilgi verilmesi nedeniyle 16. madde uyarınca sadece %0,1 oranında idari para cezası uygulanacakken, bilgi hatasız ve eksiksiz olarak fakat 4 gün geç gönderilirse 17. madde uyarınca %0,2 oranında ceza verilebilecektir. Hatalı olmayan fakat geç gönderilen bilgiler bakımından cezadaki bu fahiş artışın ise hakkaniyete aykırı olduğu belirtilmektedir. Uygulamada ortaya çıkabilecek bu adaletsizliğin giderilmesi amacıyla anılan hükmün yanlış bilgi gönderilmesi halinde doğru bilgi gönderilene kadar nispi idari para cezası uygulanacak şekilde düzeltilmesi önerilmektedir¹¹⁴.

3. Yerinde İncelemenin Engellenmesi

Rekabet hukuku sistemlerinde rekabet otoritelerine çeşitli pazarlardaki rekabetin korunması amacıyla teşebbüsler arasındaki anlaşmalara, hâkim durumdaki teşebbüslerin söz konusu hakimiyeti kötüye kullanmalarına, rekabeti önemli derecede azaltacak yoğunlaşmalara müdahale etme yetkisi verilmiştir. Rekabet otoritelerine, kendilerine verilen bu görevleri yerine getirebilmeleri için tanınan en önemli ve aynı zamanda en çok tartışmalı olanı ise yerinde inceleme yetkisidir¹¹⁵. 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesinde yer alan yerinde inceleme yetkisinin AB, AB üyesi devletler ve Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere modern rekabet hukuku sistemlerine paralel şekilde düzenlendiğini söylemek mümkündür¹¹⁶. Söz konusu yetkinin düzenlenmesinde her ne kadar modern rekabet hukuku sistemleri göz önünde bulundurulmuş olsa da söz konusu yetki çerçevesinde gerçekleştirilen uygulamaların hem incelemenin muhatapları hem de incelemeyi yapanlar için birçok probleme sebep olabileceği ortadadır. Zira yerinde inceleme sürecinde ilgili teşebbüs çalışanlarının özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı¹¹⁷, kendini suçlayıcı

114 Aslan, a.g.e., s.1104.

115 KEKEVİ, H.Gökşin , BOZOĞLU FIRAT, E. Sevi, "4054 Sayılı Kanun'un 15.Maddesinin Düzenlenen Yerinde İnceleme Yetkisine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi", Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu ed. Murat Gürel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011, s.334.

116 Kekevi, Firat, a.g.e., s.335.

117 Evden çalışma sisteminde ev baskını yapıp yapılamayacağı konusu gündeme gelebilecektir.

beyanda bulunmaya zorlanamama gibi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik endişeler gündeme gelebilmekte; yerinde incelemeyi gerçekleştiren bireyler açısından ise can güvenliğinin tehlikeye girmesine kadar çeşitli riskler ortaya çıkabilmektedir¹¹⁸.

Yerinde incelemenin engellenmesine yönelik idari para cezaları ise 4054 sayılı Kanun'un 16. ve 17. maddelerinde, maktu ve nispi idari para cezaları olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir.

Yerinde incelemenin engellenmesi neticesinde idari para cezası verilmesi yönünde alınan birçok Kurul kararı idari yargı önünde çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Söz konusu tartışmaların ise yerinde inceleme yetkisinin kullanılabilmesi araştırılmaları, yetki belgeleri, yerinde incelemenin zamanı, yerinde inceleme yapılabilecek malvarlıkları ve incelenen belgelerin suretlerinin alınması hususlarında yoğunlaştığı söylenebilecektir.

Söz konusu tartışmaların çözümlenmesinin; uygulamaya yönelik oluşan soru işaretlerinin Danıştay kararları çerçevesinde giderilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Örneğin Danıştay 13. Dairesi Çimbeton¹¹⁹ ve Çimentaş¹²⁰ kararlarında Kurul'un kendisine verilen görevleri yerine getirirken her aşamada bilgi ve belge talep edebileceğini; bilgi ve belge istenebilmesinin soruşturma aşaması ile sınırlı tutulmaması gerektiğini değerlendirerek yerinde inceleme yetkisinin kullanılabilmesi zamana ilişkin açıklık getirmiştir¹²¹.

Yine Danıştay 13. Dairesi, ÇEAŞ kararında yetki belgelerinde yerinde incelemenin konusu ve amacı ile ilgili hiçbir bilgiye yer verilmediği ve kapsamının belirsiz olduğu yönündeki iddiaları; genel olarak yerinde bulmayarak yetki belgelerinin hukuka aykırılığı noktasındaki soru işaretlerini gidermiştir¹²².

118 a.g.e. s. 336.

119 Danıştay 13. Dairesinin, E. 2005/1021 K. 2005/2471, E. 2005/1020 K. 2005/2470, E. 2005/1022 K. 2005/2472, E. 2005/1023 K.2005/2469 ve E. 2005/134 K. 2006/1402 sayılı, 03.05.2005 ve 14.03.2006 tarihli kararları.

120 Danıştay İDDK, E. 2006/2951_K. 2010/579 ve 2006/2950_K.2010/578 sayılı, 08.04.2010 tarihli kararları ile Danıştay 13. D. E. 2005/1014_K. 2006/1401 sayılı, 14.03.2006 tarihli kararları.

121 Kekevi, Fırat a.g.e., s. 345.

122 a.g.e., s. 351. Danıştay 13. Dairesi'nin 14.11.2006 tarih ve E:2005/901, K:2006/4328 sayılı ÇEAŞ kararı.

Turkcell'e yönelik bir davada ise şirket genel müdürü odasında arama yapılmak istendiği ifade edilmiş; ancak ilgili kişinin yurtdışında bulunduğu bilgisayarının şifresinin de bilinmediği belirtilerek söz konusu istek yerine getirilmemiştir. Söz konusu durum ise Kurul tarafından yerinde incelenmenin engellenmesi ya da zorlaştırılması olarak nitelendirilmiş; ilgili karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na da onaylanmıştır¹²³.-¹²⁴.

Çaykur bayisi Özdörtler¹²⁵ Çimbeton ile Çimentaş¹²⁶ kararlarında ise, incelenmek veya örneği alınmak istenen defter, evrak, bilgi ve ilgili her türlü vasıtanın dosya bakımından arz ettiği önemin göz önünde bulundurulmadığı; bir başka ifade ile istenen bilgilerin soruşturmanın bütünü bakımından bir öneminin bulunmadığı iddiası, Danıştay tarafından kabul edilmeyerek incelenebilecek ve sureti alınabilecek belgelerin neler olduğu konusuna da netlik kazandırılmıştır¹²⁷.

Her ne kadar idari yargı aracılığıyla yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması durumunda verilecek idari para cezalarına ilişkin soru işaretlerinin nispeten cevaplandığını söylemek mümkün olsa da ilgili duruma ilişkin yöneltilen eleştiriler konusunda aynı değerlendirmenin yapılması mümkün değildir. Zira 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinde öngörülen; yerinde incelemenin engellenmesi durumunda yerinde inceleme yapılamayan her bir gün için cironun on binde beşi oranında ceza uygulanması, özellikle bir üst sınırın bulunmaması gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir¹²⁸. Söz konusu tartışmaların ise soruşturma sonucunda ihlal kararı verilmiş olsaydı verilecek olan idari para cezasının, 17. madde kapsamında verilecek nispi idari para cezasının üst sınırı olarak belirlenmesi suretiyle giderilebileceği değerlendirilmektedir¹²⁹.

123 Danıştay 10. Dairesi'nin 25.11.2002 tarih ve E:2000/5592 K:2002/4506 sayılı kararı ile İD-DK'nın 16.06.2005 tarih ve E:2003/315, K:2005/2177 sayılı Turkcell kararı.

124 a.g.e., s.359.

125 Danıştay 13. D., E. 2005/1727_K. 2005/4935 sayılı, 10.10.2005 tarihli karar.

126 Danıştay 13. Dairesi'nin 14.03.2006 tarih ve E:2005/1014, K:2006/1401 sayılı Çimentaş ve 14.03.2006 tarih ve E:2005/134, K:2006/1402 sayılı Çimbeton kararları.

127 a.g.e., s.363.

128 Aslan, a.g.e., s.1103.

129 a.g.e., s.1104.

Yerinde inceleme yetkisine dair değinilmesi gereken bir diğer husus ise söz konusu yetki ile Anayasa kapsamında korunan hak ve özgürlüklere müdahale edildiği iddiasıdır. Şöyle ki, yerinde inceleme esnasında teşebbüslerin bina, büro, araç, dolap, masa, kasa, çanta, bilgisayar ve diğer bilişim sistemleri gibi taşınır ve taşınmaz her türlü malvarlığına yönelik mahallinde incelemeler yapılabilme; faturalar, notlar, ajandalar, iç-dış yazışmalar, seyahat bilgileri, raporlar elektronik kayıtlar gibi çeşitli birçok veri incelenebilmekte ve söz konusu belgelerin örnekleri alınabilmektedir¹³⁰. Dolayısıyla daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, yerinde inceleme yetkisi çerçevesinde gerçekleştirilen uygulamalar, Anayasa ile güvence altına alınmış olan özel hayatın gizliliği; konut dokunulmazlığı gibi hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açtığı gerekçesiyle birçok tartışmaya sebep olmaktadır¹³¹.

Söz konusu tartışmaların vuku bulduğu Kurul kararlarından biri ise Denizli Çimento ve Modern Beton kararıdır¹³². İlgili teşebbüslere, hakim kararı talep ederek yerinde incelemeyi geciktirmeleri sebebiyle verilen idari para cezasının iptali için açılan davada davacılar tarafından itirazlarının şirket çalışanlarının özel eşyalarına yönelik olduğu ifade edilmiş; Danıştay Savcısı tarafından ise “*yerinde inceleme nin amacının, teşebbüslerin defter ve belgelerindeki bilgilere o an itibariyle ulaşılmasını sağlamak olduğu, bu amacın gerçekleştirilebilmesinin teşebbüslerin aranmasını içermediği, bu haliyle yasaca tanınan bir hakkın kullanılmasının istenmesinin, bir engelleme hali olarak kabulüne olanak bulunmadığı*” değerlendirmesi yapılmıştır¹³³. Bu şe-

130 Kekevi, Fırat, a.g.e., s. 341.

131 Yerinde inceleme yetkisinin, hak ve özgürlüklere müdahale eder nitelikte olduğu yönündeki iddiaları barındıran birçok Kurul kararı bulunmaktadır. Motorlu Taşıtlar Sürücü Kursları Birliği Derneği'nde yerinde incelemenin engellendiği gerekçesiyle para cezası verildiği Kurul kararında (Rekabet Kurulu'nun 15.11.2006 tarih ve 06-84/1081-313 sayılı Konya Motorlu Taşıtlar Sürücü Kursları Birliği Derneği kararı) yer alan “*yalnızca ismiyle talep edilen belgelerin verilebileceği, dolaplara ve çekmecelere raporörlerin bakamayacağı ve buradaki belgeleri gösteremeyeceği*” ifadesi ve Koçak Petrol'e yerinde incelemeyi engellemesi sebebiyle para cezası verilmesine ilişkin Kurul kararında (Rekabet Kurulu'nun 05.08.2009 tarih ve 09-34/837-M sayılı Koçak Petrol kararı) şirket genel müdür yardımcısının incelemeye karşı tepki gösterme sebeplerinden birinin, bilgisayarın özel bilgileri barındırması olarak sunulması söz konusu iddialara örnek olarak gösterilebilecektir.

132 Rekabet Kurulu'nun 02.06.2005 tarih ve 05-38/511-121 sayılı Denizli Çimento ve Modern Beton kararı.

133 Danıştay 13. D., E. 2005/8957_K. 2006/4722 sayılı, 13.12.2006 tarihli karar.

kilde Kurul'un sahip olduğu yerinde inceleme yetkisinin kapsamına yönelik bir eleştiri getirilmiştir.

Bu noktada yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılması halinde teşebbüslere verilebilecek idari para cezalarının miktarının yüksekliğine vurgu yapmakta fayda vardır. Zira Kurul bir kararında¹³⁴ TTNET A.ř. yetkilileri tarafından, raportörün üzerinde çalıştığı belgelerin aynılarının kısa sürede sunulduğu şeklinde bir açıklama yapılmasına rağmen, incelenen bilgisayarın kullanıcısı tarafından üzerinde değişiklik yapılan ve bir önceki yıla ait toplam 32 belgenin okunabilmesinin ardından kopyalanmak yerine neden topluca silindiğine dair bir açıklama yapılmamasından; silinen belgeler tekrar geri getirildiğinde üzerinde değişiklik yapılıp yapılmadığının tespit edilememesinden ötürü söz konusu eylem, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması olarak değerlendirilmiş; ilgili teşebbüse gelirinin binde beşi oranında olmak üzere 15.512.258,87 TL idari para cezası verilmiřtir¹³⁵.

Neticede Kurul'un yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması sebebiyle verdiği cezaların Danıştay tarafından genellikle hukuka uygun bulunduğunu; dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin Danıştay kararları ile Anayasa'ya uygunluğu noktasındaki tartışmaları şimdilik sona erdirdiğini söylemek mümkündür¹³⁶.

4. İzne Tabi Birleşmelerin Kurul İzni Olmaksızın Gerçekleşmesi

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde Kurul iznine tabi birleşme ve devralmaların, Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında idari para cezası verileceği; söz konusu idari para ce-

134 Rekabet Kurulu'nun 18.07.2013 tarih ve 13-46/601-M sayılı kararı.

135 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları*, s.35.

136 Kekevi, Firat, a.g.e, s.374.

zasının on bin Türk Lirasından az olamayacağı; ilaveten idari para cezasının birleşme işlemlerinde tarafların her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralan teşebbüse verileceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere ihlalin varlığının kabul edilmesi ve söz konusu maddenin uygulanması için, bildirim tabi bir işlemin bulunması ve bu işlemin, Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İhlalin esasını teşkil eden husus, bir diğer ifade ile bildirim tabi birleşme ve devralma işlemlerinin neler olduğu, 4054 sayılı Kanun'da tek tek açıklanmamış; bunun yerine 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde¹³⁷ Kurul'a verilen yetki kapsamında çıkarılacak tebliğ ile tespit edileceği düzenlenmiştir. Nitekim Kurum, 4054 sayılı Kanun'un kendisine verdiği yetkiye dayanarak ilk olarak 1997, sonrasında 1998 ve son olarak 2010 tarihli Tebliğler ile birleşme ve devralmalara ilişkin eşikleri tespit etmiştir. Ancak söz konusu tebliğ ile birleşme ve devralmaların eşiginde köklü değişikliklere gidilmiş; bir önceki düzenleme uyarınca Kurul'a bildirilmesi mecburi olmayan işlemler, yeni yönetmelikte öngörülen rakamsal eşikler ile birlikte bildirim tabi hale gelmiş; önceki eşığe göre bildirim tabi olan bazı işlemler ise, yeni eşik ile birlikte bildirim tabi olmaktan çıkmıştır¹³⁸. Bu değişiklikler, Kanun'un 16/1-b maddesinde düzenlenen idari para cezasının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin birtakım sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir¹³⁹. Bunlardan biri de bir önceki

137 4054 Sayılı Kanun m.7: "*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yabut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yabut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.*

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder."

138 07.10.2010 tarihli ve 27722 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 01.01.2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7.maddesi ile;

a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya

b) Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aşan işlemlerin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'dan izin alınması zorunlu tutulmuştur. Bununla birlikte bir önceki düzenleme olan 26.03.1998 tarihli ve 23298 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1998/2 sayılı Tebliğ ile daha düşük eşikler öngörülmüştü.

139 KOCABAŞ, Bekir, "*İzne Tabi Birleşme Ve Devralma İşlemlerinin Kurul İzni Olmadan Gerçek-*

düzenlemede bildirim tabi olduğu halde Kurul'dan izin alınmaksızın gerçekleştirilen bir işleme, bildirim yükümlülüğünü kaldıran yeni eşik sisteminin yürürlüğe girmesinden sonra da ceza uygulanıp uygulanamayacağı sorusu olmuştur¹⁴⁰.

Söz konusu sorunun cevaplanması noktasında mutlaka göz önünde bulundurulması gereken iki husus mevcuttur. Bunlar “lehe kanunun geriye yürümesi ilkesi” ve “kanunun geriye yürümezliği” ilkesi olarak gösterilebilir¹⁴¹. Zira Kabahatler Kanunu'nun 5. maddesini atıf yaptığı TCK'nın 7. maddesinin 2. fıkrasında; “*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur*” hükmüne yer verilmiş; failin lehine olan kanunun, geçmişteki eylemlere etkili olacak şekilde uygulanacağı ifade edilmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise; “*Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar bakımında uygulanmasına devam edilir*” hükmüne yer verilmek suretiyle, geçici ve süreli kanunların, yürürlükten kalktıktan sonra dahi, yürürlük döneminde işlenen suçlar bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir. İlâveten Danıştay'ın, Kurul'un vermiş olduğu idari para cezalarına ilişkin kararlarına göz atıldığında, lehe kanunun geriye yürümesi yönünde bir eğiliminin olduğundan da söz edilmesi mümkündür¹⁴². Danıştay'ın söz konusu tutumuna örnek olarak gösterilebilecek kararlardan biri ise 25.11.2004 tarih ve 04-73/1066-265 sayılı Kurul kararıdır. Zira söz konusu kararın iptalinin talep edildiği davada, Kurum tarafından, lehe olan kanun uygulamasının idarenin işlemleri açısından geçerli olamayacağına yönelik yapılan savunma, Danıştay tarafından haklı görülmemiş ve Daire kararı onanmıştır¹⁴³. İlâveten Yargıtay'ın içtihat haline gelmiş kararlarında¹⁴⁴; TCK'nın 7. maddesinin, sadece

İleştirilmesi Nedeniyle Verilecek İdari Para Cezalarının Zaman Bakımından Uygulanması”, Rekabet Yazıları, [https://www.rekabet.gov.tr/\(X\(1\)S\(3pxoeykqam15qh5lj1c0xh\)\)/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=1516dbd4-c5db-4819-909f-c88e5fb7365f](https://www.rekabet.gov.tr/(X(1)S(3pxoeykqam15qh5lj1c0xh))/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=1516dbd4-c5db-4819-909f-c88e5fb7365f), (Erişim Tarihi: 22.04.2019).

140 a.g.e.

141 a.g.e.

142 a.g.e.

143 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 31.05.2007 tarihli ve E.2006/1608., K.2007/1539 sayılı kararı.

144 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.12.1994 tarih ve E.1994/9-304, K.1994/329; 23.03.1987 tarih ve E.1987/612, K.1987/145; 22.02.2000 tarih ve E.2000/7-3, K.2000/32 sayılı kararları

şekli anlamda kanunlar bakımında uygulanabilir olduğunun belirtildiği; bu sebeple, açık suç normları bakımından, ilgili suçun çerçevesini çizen kanun maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı sürece, idarenin düzenleyici işlemi ile ortaya çıkan lehe durumun geriye yürütülemeyeceği yaklaşımı hakimdir. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 16/1-b maddesinde düzenlenen idari para cezası uygulanırken, Kurul'un birleşme devralma bildirim eşiklerinde yaptığı lehe değişikliklerin geriye etkili olacak şekilde dikkate alınması gerekmektedir¹⁴⁵.

C. Rekabet Kanunu'nda Düzenlenen Esasa İlişkin Para Cezaları

1. Genel Olarak

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarda, hâkim durumun kötüye kullanılmasında ve bazı birleşme ve devralma hallerinde uygulanan idari para cezaları esasa ilişkin idari para cezaları olarak sınıflandırılmıştır¹⁴⁶.

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, esasa ilişkin idari para cezasını gerektiren davranışlarda, teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi milli gelirlerin (ciro) yüzde onuna kadar idari para cezası verilmektedir. Cezaların ciro bazında hesaplanması, maktu para cezalarından kaynaklanan, işletmelerin büyüklüğüne göre ceza takdir edilememesi sorununu ortadan kaldırmaktadır¹⁴⁷. Ne var ki, doktrinde bazı görüşler cironun teşebbüs kazancının iyi bir göstergesi olmadığını ve optimum cezasının hesaplanmasında yetersiz kaldığını, dolayısıyla katma değer kriterinin¹⁴⁸ en azından tamamlayıcı kriter olarak göz önüne alın-

145 Kocabaş, *İzne Tabi Birleşme ve Devralma İşlemlerinin Kurul İzni Olmadan Gerçekleştirilmesi Nedeniyle Verilecek İdari Para Cezalarının Zaman Bakımından Uygulanması*, a.g.e.

146 Kaya, s. 39.

147 Aslan, a.g.e., s. 1044.

148 "Katma değer, yıllık bazda değerlendirildiğinde bir teşebbüsün bir yıl zarfında yarattığı gelir

ması gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁹. Bir diğer görüş ise, baz alınacak cironun, ihlalin gerçekleştiği ürün pazarı ve coğrafi pazardan elde edilen ciro olması gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁰. Kurul'un, ilgili pazar cirosu üzerinden ceza miktarı takdir ettiği kararları, az da olsa, mevcuttur¹⁵¹.

Rekabet Kurumu tarafından son 20 yılda yürütülen soruşturmaların %65'inde idari para cezasına hükmedildiği görülmektedir. En çok gündeme gelen ihlal türlerinin hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında sözleşme yapmanın reddi, münhasırlık ve ayrımcılık; dikey ihlaller bağlamında ise yeniden satış fiyatının belirlenmesi, münhasırlık ve satış kısıtlamaları olarak karşımıza çıktığı söylenebilecektir¹⁵².

atışımı yani milli gelire yaptığı katkıyı ifade eder. Katma değer in hesaplanmasında iki yöntem uygulanabilir. Bunlardan birincisi kabaca Katma Değer = (Ciro veya toplam baslat – üretimde kullanılan madde girdiler) formülüdür. Burada madde girdiler, daha önce üretilen ve üretimde kullanılan her türlü mal ve hizmeti ifade eder. Madde girdiler içine üretim faktörlerine yapılan ödemeler yani işgücü barcamaları, faiz ödemeleri, kira ödemeleri dahil edilmez. Ancak üretimde kullanılan çeşitli hizmet alımları madde girdiler kapsamındadır. Katma değer in diğer tanımı ise üretim faktörlerine yapılan ödemelerin toplanmasına dayanır. Katma Değer = Kar + Ücret ödemeleri + net faiz gelirleri + net rant gelirleri. Diğer bir ifade ile katma değer in içinde hem firma sahibinin karı, hem üretim sürecinde kullanılan işgücüne yapılan ücret ödemeleri hem sermayenin karşılığı olan faiz barcamaları, hem de üretimde kullanılan doğal kaynakların karşılığı olan rant (kira) ödemeleri bulunur. Bu çerçevede katma değer cirodan çok farklı bir büyüklük olabileceği gibi ciroya oldukça yakın bir büyüklük de olabilir.” TÜRKKAN, Erdal, “Rekabet İhlallerinde Ciroya Dayalı İdari Para Cezasının Sakıncaları ve Katma Değer Kriteri: Basitleştirilmiş Bir Analiz”, Ankara, Rekabet Forumu, S.82, (2014), s.18-19.

149 *İd*, s.20.

150 KARACEHENNEM Nejdet, “*Rekabet İhlalinde Bulunan Teşebbüs ve Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezalarına İlişkin Olarak Rekabet Kurumu'nca Hazırlanan Kılavuz Taslağı Hakkında Düşünceler (I)*”, Rekabet Forumu, Ankara, Sayı.37, (2007), s.26.: “İhlalle ilgili olan mal ya da hizmetlerin satış tutarının ceza uygulamasına esas alınması temel prensibi gereğince işlem yapıldığı takdirde ilgili coğrafi pazardaki mal ya da hizmet satış bedellerinin dikkate alınması zorunluluğu doğmaktadır. Bu nedenle ve 4054 sayılı Kanun Türkiye için geçerli olduğundan Türkiye'deki ihlallere ilişkin olarak yurt içi net satışların esas alınması gerekecektir. Bu bakımdan ihlal yurt içi ile ilgili ise ibracata yönelik net satışların dikkate alınmaması gerekir. İhlal şayet ibracat ile ilgili ise ibracattaki net satışlar esas alınmalıdır. İhlal Türkiye'de belli bir coğrafi bölge ile ilgiliyse o takdirde sadece o bölgedeki net satışlar ceza uygulamasında dikkate alınmalıdır.”

151 Rekabet Kurulu'nun 25.11.2009 tarih ve 09-57/1355-348 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 15.04.2010 tarih ve 10-31/471-175 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 24.04.2006 tarih ve 06-29/361-91 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı kararı örnek olarak gösterilebilecektir.

152 GÜNDÜZ Harun, Rekabet Kurulunun 20 Yılına Bilançosu Sunumu, 26.02.2019, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri Sertifika Programı, 2019 Bahar Dönemi, 19 Şubat-14 Mayıs, İstanbul Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul.

2. Rekabeti sınırlandırıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların uygulanması yasaktır. Maddenin ilk fıkrasında “belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar; uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır” hükmü derç edilmiştir. Kanun, *numerus clausus* olmamakla birlikte, bazı durumları 4. maddenin ihlali olarak kabul etmektedir¹⁵³.

Madde hükmünde açıklanan şekilde bir anlaşmanın varlığının ispat edilememesi halinde, ihlalin söz konusu olabileceği pazarda yaşanan arz ve talep ile fiyat değişimleri ve dengesinin, rekabetin zarar gördüğü, engellendiği, kısıtlandığı pazarlarla paralel olduğu gözlemlenir ise, bu durum bir anlaşmanın varlığına karine teşkil edecektir.¹⁵⁴ Burada, ihlalde bulunmadıklarını gerekçelendirerek ortaya koyması gereken soruşturma muhatabı taraflardır, diğer bir deyişle, ispat yükü teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin üzerindedir¹⁵⁵.

Bu noktada Rekabet Kanunu'nda masumiyet karinesinin tersine çevrildiği ve sınırlandığı iddia edilebilecektir zira teşebbüs aleyhi-

153 4054 sayılı Kanun m. 4: “... a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi, b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi, d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi, e) Münbasır bayilik bariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması, f) Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşbiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi.”

154 KAYA, Asım, *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezalarının Kabahatler Kanunu İşığında İncelenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara: Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.20.

155 a.g.e., s.20.

ne soruşturma açıldığında ve bazı deliller bulunduğu artık ispat yükü yer değiştirmektedir ve söz konusu teşebbüsün suçlu olmadığını ispat etmesi gerekir. Özellikle uyumlu eylem karinesi bakımından aleyhe değerlendirilen delillerin ispat standardı da oldukça düşüktür. Sadece rakiplerle bir araya geldiğini gösteren bir toplumsal temas (örneğin kahvaltı daveti) ve bunun ertesinde fiyatlama davranışlarında paralellik bulunması (kahvaltıdan birkaç gün sonra katılımcıların temsil ettikleri teşebbüslerin zam yapmış olması) ihlal olduğu sonucuna varılması için yeterli görülmektedir. Yine benzer bir durum bilgi paylaşımı ihlal türü bakımından da geçerlidir. Rakiplerin ticari sırlarının paylaşıldığı bir dernek toplantısına katılmış olmak 4. maddeyi ihlal etmiş sayılmak için yeterli görülmektedir. Bu noktada ilgili teşebbüsün kendi ticari sırlarını vermemiş olması veya karşı taraftan gelen bilgileri kullanmamış olması gibi savunmalar kabul görmemektedir. 6. madde bakımından da zaten özel sorumluluk karinesi mevcuttur. Bu nedenle hâkim durumdaki teşebbüslerin pazar gücü çok yüksek olmayan diğer normal teşebbüsler gibi davranmamaları kendilerinden beklenmektedir. Fakat AB Adalet Divanı'nın *Elf Aquitaine* ile *Schindler* ve Genel Mahkeme'nin *Thyssen* ile *General Technic Otis* kararına göre rekabet hukukunda kabul edilen karineler masumiyet karinesinin tümünden göz ardı edilmesine ve savunma hakkının sınırlandırılmasına neden olmamaktadır, zira anılan karinelerin hakkında soruşturma açılan teşebbüsler tarafından aksinin kanıtlanarak çürütülmesi mümkündür¹⁵⁶.

Rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylem gerekçesiyle verilen birçok idari para cezası olmakla birlikte, önem arz edebilecek son döneme ait kararlardan örnekler göstermek ilgi çekici olabilir. Son dönemde Kurul, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odasının asgari ücret uygulanmasına yönelik karar ve eylemleri ile 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine bu nedenle cirosunun %6'sı oranında olmak üzere idari para ceza-

156 OECD Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law - Note by the European Union, DAF/COMP/WD(2017)64, 05.12.2017, s. 2. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)64/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)64/en/pdf) (Erişim Tarihi: 23.04.2020) Adı geçen kararlar için bkz. *ThyssenT-144/07 ThyssenKrupp Liften*, ECLI:EU:T:2011:364, para. 114; *T-141/07 General TechnicOtis*, ECLI:EU:T:2011:363, para. 73; *C-521/09 P Elf Aquitaine*, ECLI:EU:C:2011:620, para. 62; *C-501/11 P Schindler*, ECLI:EU:C:2013:522, para. 107.

sı uygulanmasına karar vermiştir¹⁵⁷. Yine bir diğer dosyada Beyaz Et Sanayicileri ve Damızlıkçıları Birliği Derneği üyelerine, fiyat düzeyini birlikte belirlemek ve/veya Ege Bölgesinde arzın kontrolüne yönelik bilgi paylaşımında bulunmak suretiyle 4. maddeyi ihlal ettikleri gerekçesiyle idari para cezası vermiştir¹⁵⁸. Bir diğer önemli karar ise, 2017 yılında Türkiye'deki kurumsal müşterilere kredi sağlayan bankalar tarafından güncel kredi sözleşmelerine ilişkin faiz, vade gibi kredi koşullarına dair bilgiler ile diğer finansal işlemlerle ilgili rekabete hassas bilgilerin paylaşılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmesi gerekçesiyle, ING Bank A.Ş.'ye 21.112.960,50 TL, The Royal Bank of Scotland Plc. Merkezi Edinburgh İstanbul Merkez Şubesi'ne ise 66.429,75 TL idari para cezasının verildiği Kurul kararıdır¹⁵⁹.

3. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Hâkim durumun kötüye kullanılması, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında düzenlenmektedir¹⁶⁰. Hâkim durum, aynı Kanun'un 3. maddesinde *“belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”* olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla hâkim durum kısaca *“bir*

157 Rekabet Kurulu'nun 26.12.2019 tarihli, 19-46/791-345 sayılı kararı.

158 Rekabet Kurulu'nun 13.03.2019 tarihli ve 19-12/155-70 sayılı kararı.

159 Rekabet Kurulu'nun 28.11.2017 tarihli ve 17-39/636-276 sayılı kararı.

160 4054 sayılı Kanun m.6: *“Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütümünde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yabut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır. Kötüye kullanma balleri özellikle şunlardır:*

a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler;

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit bak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki baki miyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler;

e) Tüketicinin zararma olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.”

ekonomik gücün ifadesi” olarak tanımlanabilecektir¹⁶¹. Belirtmek gerekir ki, madde kapsamında yasaklanan söz konusu ekonomik güce sahip olmanın, yani hâkim durumda olmanın kendisi değil, bu durumun kötüye kullanılmasıdır¹⁶².

Kurul tarafından 6. madde kapsamında TÜPRAŞ aleyhine aşırı fiyatlama gerekçesiyle hükmedilmiş olan 412.015.081,24 TL idari para cezası, bugüne kadar hükmedilmiş en yüksek idari para cezasıdır. Kararda, ilgili pazarlarda hâkim durumda olduğu ortaya konulan TÜPRAŞ’ın, 11.10.2008 - 01.01.2009 tarihleri arasında benzin ve motorin ürünlerine dair fiyatlandırma davranışları ve 2008 yılında ALPET’e, 2009 yılında ise POAŞ’a karşı bir ürünün satışını bir başka ürünün de TÜPRAŞ tarafından yeterli görülen miktar ve/veya oranlarda TÜPRAŞ’tan temin edilmesi şartına bağlamak ve bunun temini için arzı kısmak şeklindeki sözleşmelere ilişkin uygulamaları yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı ve böylelikle Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁶³.

Bunun dışında son dönemde, İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş., Enerjisa İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Perakende Satış A.Ş., Enerjisa Başkent Elektrik Perakende Satış A.Ş. ve Enerjisa Toroslar Elektrik Perakende Satış A.Ş.’nin eylem ve uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumlarını kötüye kullandığı gerekçesiyle, Enerjisa İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Perakende Satış A.Ş.’ye 32.812.761,75 TL, Enerjisa Başkent Elektrik Perakende Satış A.Ş.’ye 38.499.247,43 TL ve Enerjisa Toroslar Elektrik Perakende Satış A.Ş.’ye 61.119.007,99 TL idari para cezası verilmiştir¹⁶⁴.

Ayrıca Türk Eczacıları Birliği İktisadi İşletmesi’nin yurtdışından ilaç temini pazarında hâkim durumda olduğuna ve yurtdışı ilaç te-

161 Aslan, a.g.e., s.668.

162 Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, 2014, paragraf. 7: “Kanun’un 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması ve davranışın bir kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmektedir. Kurul, bu iki temel unsurdan birinin bulunmadığının açıkça gösterilebildiği durumlarda diğer unsura ilişkin analize yer vermeyebilir.”

163 Rekabet Kurulu’nun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararı.

164 Rekabet Kurulu’nun 08.08.2018 tarih ve 18-27/461-224 sayılı kararı

darikçileriyle münhasırlık içeren anlaşmalar yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle, Kurul, Birlik aleyhine 18.062.307,32 TL idari para cezasına hükmetmiştir¹⁶⁵. Bunun yanında Türkiye Seyahat Acentaları Birliği ile bazı acentalar¹⁶⁶ hakkında hac ve umre seyahati düzenleyen acentelerin tur öncesi yaptırmak zorunda oldukları paket tur sigorta poliçesini kendi iştiraki olan bir teşebbüsten almalarını zorunlu kıldığı, hizmet bedeli adı altında tahsil edilen bedeli bazı acentelerden almayarak ayrımcılığa sebebiyet verdiği, Suudi Arabistan'daki taşıma/servis hizmetinin ve yemek hizmetinin kendisi tarafından belirlenen teşebbüslerden satın alınmasını şart koştuğu iddiaları kapsamında yürütülen soruşturma çerçevesinde, Türk Seyahat Acentaları Birliği aleyhine 521.679,18 TL idari para cezasına hükmedilmiştir¹⁶⁷.

4. Birleşme ve Devralmalar

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca, bir ya da birden çok teşebbüsün hakim durum yaratmak ya da var olan hakim durumu güçlendirmek amacıyla, ülkenin tamamı ya da bir bölgesinde herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri ya da herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını veya ortaklık paylarının tümünü ya da bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap etmediği sürece devralması yasaktır. Bahse konu riskleri haiz birleşme ve devralmaların gerçekleştirilmesi için Kurul'dan izin alınması gerekmekte ve hangi birleşme ve devralmaların izne konu olduğu Kurul tarafından tebliğlerle belirlenmektedir¹⁶⁸. Birleşme ve devralmaların bildirim usule ilişkin idari para cezalarına konu olmakla birlikte, esasa ilişkin idari para cezası uygulanmamaktadır¹⁶⁹. Konuyla ilgili usule ilişkin idari para cezaları bölümü altında açıklamalara yer verilmiş olduğundan, burada ayrıca tekrarlanmayacaktır.

165 Rekabet Kurulu'nun 06.12.2016 tarih ve 16-42/699-313 sayılı kararı

166 Bkz. TÜRSAB Seyahat Acentaları Hizmetleri Tic. Ltd. Şti., Turser-Tursav Servis Sigorta Acenteliği Ltd. Şti. ve Gulf Sigorta A.Ş.

167 Rekabet Kurulu'nun 17.10.2018 tarih ve 18-39/631-306 sayılı kararı.

168 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Düzenlenen İdari Para Cezaları*, s. 43.

169 a.g.e. s. 44.

III. REKABET KANUNU KAPSAMINDA VERİLECEK CEZA MİKTARININ TAYİNİ

A. Genel Olarak

Bilindiği üzere Kurul tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 veya 7. maddelerinin ihlal edilmesi halinde, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilmektedir. Kurul, ilgili teşebbüse verilecek idari para cezasının belirlenmesi için esas alacağı ciroyu hesaplarken, genellikle teşebbüsün ihlale konu pazardan elde ettiği ciroyu değil, toplam cirosunu ele almaktadır¹⁷⁰. Ancak bu hususta teşebbüslerin toplam cirolarının esas alınması bir zorunluluk arz etmemektedir. Nitekim hem 4054 Sayılı Kanun'da, hem de Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelikte¹⁷¹ ("Ceza Yönetmeliği") teşebbüslerin yıllık gayri safi gelirlerinin Kurul tarafından saptanacağı belirtilerek Kurul'a takdir yetkisi tanınmıştır. Kurul'un da bu doğrultuda kabul ettiği genel görüşten saparak, temel para cezasının hesaplanmasında ilgili teşebbüsün yalnızca ihlale

170 SANLI, Kerem Cem, "Rekabet Kurumunun Ceza Yönetmeliği Taslağı: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Bir Değerlendirme", Ankara, Rekabet Dergisi, C.15, S.1, 2014, s. 87-88. 17.01.2014 tarihinde kamuoyu görüşüne sunulan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı kapsamında, temel para cezasının belirlenmesinde ihlale doğrudan ya da dolaylı biçimde ilgili bulunan mal ve hizmetlere ilişkin ilgili pazar cirosunun esas alınmasına yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Teşebbüslerin ihlalle ilişkili piyasadan elde etmiş oldukları cironun esas alınmasının ekonomik açıdan isabetli olduğu, zira ekseriyetle teşebbüsün ihlal ile ilgili piyasadaki cirosunun, ihlalden elde edilen kar ile doğrudan bağlantılı olduğu değerlendirilmektedir. Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre teşebbüslerin ilgili pazar ciroları değil, yıllık gayri safi gelirleri dikkate alındığı için bu durumun, Taslak Yönetmelik'teki düzenleme ile 4054 sayılı Kanun'da öngörülen yaptırım miktarının azaltılması veya değiştirilmesi halinde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilmesine sebep olacağı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır (Bkz. Aslan, Ünal, a.g.m., s. 24-25).

171 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik.

konu pazarda elde ettiği ciroyu esas aldığı istisnai kararları bulunmaktadır¹⁷².

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin beşinci fıkrasınca Kurul, bir teşebbüs veya teşebbüs birliği hakkında idari para cezası uygulanırken; ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate almaktadır.

Ceza miktarının tayin edilmesinde Ceza Yönetmeliği esas alınmakta olup, bu yönetmeliğin amacı cezalandırma sürecinde şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık sağlamaktır. Ceza Yönetmeliği hem belirlilik ve öngörülebilirlik sağlamakta hem de hafifletici ve ağırlaştırıcı unsurları belirleyerek olumlu davranışları teşvik edip, olumsuz davranışlar için caydırıcı etki yaratmaktadır¹⁷³.

Bununla birlikte, Ceza Yönetmeliği'nin iptali istemiyle birçok dava açılrsa da Danıştay 13. Dairesi, yerleşik içtihatlarıyla Ceza Yönetmeliği'nin hukuka aykırı olduğu yönündeki iddiaları reddetmektedir¹⁷⁴. Bu davalarda, Yönetmelik hükümlerinin hukuka aykırılık teşkil etmediği, Yönetmelik ile 4054 sayılı Kanun'a aykırı olarak alt sınır getirilmediği, üst sınırın aşılmadığı, kartel tanımı ile yeni bir ceza tipi belirlenmediği yönünde kararlar verilmiştir¹⁷⁵. Yapılan bu

172 Rekabet Kurulu'nun 24.04.2006 tarih ve 06-29/361-91 sayılı kararı, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı kararı, 31.05.2006 tarih ve 06-38/478-130 sayılı kararı, 04.07.2007 tarih ve 07-56/672-209 sayılı kararı, 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı kararı, 11.11.2010 tarih ve 0-72/1503-572 sayılı kararı, 07.03.2011 tarih ve 11-13/243-78 sayılı kararı, 27.10.2011 tarih ve 11-54/1431-507 sayılı kararı, 01.10.2012 tarih ve 12-47/1413-474 sayılı kararı, 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı, 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı kararı, 07.11.2016 tarih ve 16-37/628-279 sayılı kararı örnek olarak gösterilebilir.

173 Aslan, a.g.e., s. 1074.

174 01.11.2013 tarihli ve 2010/2490 E., 2013/2706 K. sayılı; 03.02.2013 tarihli ve 2010/1905 E., 2013/3362 K. sayılı; 27.05.2015 tarihli ve 2014/5110 E., 2015/1998 K. sayılı, 25.02.2016 tarihli ve 2011/2223 E., 2016/473 K. sayılı Danıştay 13. Daire kararları.

175 Aslan, s. 1071- 1075. 28.04.2015 tarihli ve 2011/970 E., 2015/1644 K. sayılı; 16.12.2014 tarihli ve 2010/2021 E., 2014/4291 K. sayılı Danıştay 13. Daire kararları. Söz konusu kararda Danıştay "Nişpi olarak belirtilen para cezalarında, idari para cezası uygulayacak makama geniş bir takdir yetkisi verilmesi, idari yaptırımların mubatapları açısından eşitlik ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından sakıncalar oluşturmakta olup, bu noktada nispi idari para cezaları açısından miktar ve oran aralığının dar tutulması veyahut belirtilen aralıkta takdir yetkisinin kullanımında idarenin eşitlik ilkesi çerçevesinde objektif kriterler belirlemesi ve bu şekilde idari para cezalarının mubatapları açısından hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması gerekmektedir." değerlendirmelerinde bulunmuştur.

değerlendirmelere ek olarak, Yönetmelik hükümlerinin, Yönetmelik'in yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanmasına yönelik Yönetmelik'in geçici 1. maddesinin de hukuka aykırı bulunmadığı Danıştay 13. Dairesi kararının iptali istemiyle açılan dava, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmiştir¹⁷⁶.

Aynı düzenleme, 17.01.2014 tarihinde kamuoyu görüşüne sunulan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı ("Taslak Yönetmelik") kapsamındaki geçici 1. maddede de yer almaktadır. Nitekim ilgili düzenleme, Taslak Yönetmelik'in, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanmasını öngörmektedir.¹⁷⁷

Aşağıda, Kurul tarafından verilen idari para cezalarının hesaplanmasında izlenen adımlar ve dikkate alınacak unsurlara ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

B. Temel Cezanın Belirlenmesi

Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, temel para cezasının belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlar belirtilmiştir¹⁷⁸. Buna göre

176 14.11.2018 tarihli ve 2016/1359 E., 2018/4689 K. sayılı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararı.

177 ASLAN İsmail Yılmaz, ÜNAL Orhan, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı Hakkında Tespit ve Değerlendirmeler İçeren Hukuki Görüş", Ankara, Rekabet Forumu, S.81, 2014, s.37-38. Anayasa'nın 38/1. maddesi uyarınca, suç ve suça ilişkin yaptırımların uygulanmasında failin lehine olan kanun hükmü esas alınmaktadır. Bu kapsamda Taslak Yönetmelik'teki düzenlemenin kabahatler hukukunun maddi hükümlerine mi, yoksa usul hükümlerine mi ait olduğu belirlenmelidir. Zira düzenlemenin maddi hükümlere ait olması halinde, sonradan yürürlüğe giren düzenlemenin failin lehine olup olmadığı hususu dikkate alınacakken, usul hükümlerine ait olması halinde yeni düzenleme derhal uygulanacaktır. Bu doğrultuda, Taslak Yönetmelik ile zaman bakımından uygulanmaya dair düzenleme getirildiği, bu hususun maddi hükümlere ait olduğu, dolayısıyla yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen ihaller bakımından uygulanacak idari para cezası hesaplanırken, mevcut Ceza Yönetmeliği ile Taslak Yönetmelik'ten hangisinin teşebbüslerin lehine olduğunun tespit edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

178 "Temel para cezası

MADDE 5 – (1) Temel para cezası hesaplanırken, **Kanunun 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde** yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

a) **Karteller** için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,

temel para cezası belirlenirken iki aşamalı bir yöntem uygulanmakta olup, öncelikli olarak ihlalin türü tespit edilmekte, daha sonrasında ise ihlalin süresi göz önünde bulundurulmaktadır¹⁷⁹.

Kurul tarafından esas alınacak ciro saptandıktan sonra¹⁸⁰ ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınarak, karteller için %2 ile %4; diğer ihlaller içinse %0,5 ile %3 arasında bir oran belirlenmektedir¹⁸¹.

b) **Diğer ihlaller** için, binde beşi ile yüzde üçü, arasında bir oran esas alınır.

(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, **ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.**

(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,

b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında, artırılır.”

179 Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağının ilgili hükmü ise şu şekildedir:

“MADDE 6- (1) Temel para cezası ihlalin ağırlığı ve süresi esas alınarak belirlenir. Bu çerçevede Kurul, her bir teşebbüs veya teşebbüs birliği için ilgili teşebbüsün veya teşebbüs birliğinin piyasa gücünü, ihlalin niteliğini, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zarar gibi unsurları dikkate alarak, 5 inci maddede belirtilen cironun %30’una kadar belirleyeceği miktarı ihlalin gerçekleştiği yıl sayısı ile çarpılarak temel para cezasını tespit eder. Bu besaplamada ihlalin 12 aydan kısa bölümleri bir yıl, altı aydan kısa süren müteakip her bir bölümü ise altı ay olarak kabul edilir.

(2) Rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ibalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller için birinci fıkrada belirtilen temel para cezası oranının üst badde yakın tespit edilmesi esastır.

(3) Gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığının takdirinde Kurul; ihlalin vuku bulduğu coğrafi pazarın kapsamı, ibale katılan teşebbüslerin pazardaki toplam büyüklüğü ve ihlalin uygulanıp uygulanmadığı gibi unsurları göz önünde bulundurur.”

180 Sanlı, a.g.m., s. 88. Para cezasının belirlenmesine ilişkin taslak yönetmelikte teşebbüsün cirosunun tamamı yerine ihlalden elde edilen cironun temel alınacağını belirtilmesi olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir. Zira ihlalin gerçekleştiği pazardan elde edilen ciro üzerinden ceza verilmesi cezanın orantılılığı prensibine daha uygun olup ihlal sebebiyle ilgili teşebbüsün fahiş biçimde cezalandırılmasını engelleyebilecektir. Fakat özellikle uzun süre devam etmiş ihlaller bakımından teşebbüsün hangi seneki cirosunun baz alınacağını doğru bir şekilde saptanması kolay olmayabilecektir. Pek tabii ki böyle durumlarda ihlalin sona erdiği senenin cirosunun dikkate alınması doğru olacaktır. Taslak yönetmelik ise bu sorunu 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi metnine sadık kalarak çözmüş ve hukuki belirliliğin sağlanmasını teminen kararın verilmesinden bir önceki sene cirosunun dikkate alınacağını belirtmiştir. Fakat nihai karardan önceki yıl cirosu her zaman için ihlalin sona erdiği sene olmayabilmektedir. Uygulamada ihlal kararın verilmesinden çok daha önce sona ermiş olabilmektedir. Dolayısıyla daha tutarlı bir düzenleme yapılabilmesi için 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin (ve buna mukabil ceza yönetmeliğinin) değiştirilmesi önerilebilecektir.

181 TÜSİAD, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı’na Dair TÜSİAD Görüşü TS/ŞİB/14-23, 2014*, s. 4-5. Sanlı, a.g.m., s. 89.

Taslak Yönetmelik kapsamında ise temel para cezasının, belirlenen cironun %30’una kadar

Uygulanan yöntemin ikinci aşamasında gerçekleşen ihlalin süresi dikkate alınmaktadır. Buna göre bir önceki aşamada belirlenen idari para cezası miktarı, ihlalin bir yıldan uzun, beş yıldan kısa sürmüş olması halinde yarısı oranında, beş yıldan uzun sürmüş olması halindeyse bir katı oranında artırılmaktadır¹⁸².

Gerek 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi gerekse de Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesi uyarınca, verilecek idari para cezaları belirlenirken ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücünün de dikkate alınması gerekmektedir. Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki güçleri değerlendirilirken, ilgili pazarda sahip oldukları pazar payları, rakiplerinin konumu, alıcı gücünün varlığı, pazardaki sağlayıcı ve alıcıların konumu gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Yapılan bu değerlendirme sonucunda ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliğinin pazardaki konumu ve gücü tespit edilerek temel para cezası belirlenmektedir.

Kurul kararları incelendiğinde, somut olay bazında incelemeye konu teşebbüsler ve yer aldıkları sektörlerin dinamiklerine göre teşebbüs birlikleri bakımından üye sayısı, teşebbüsler bakımından ürünlerin niteliği ve portföy çeşitliliği, dağıtım ağı genişliği, anlaşmalı firmaların büyüklüğü, kredi kartları bakımından kullanıcı sayısı¹⁸³ gibi farklı unsurların dikkate alındığı ve değerlendirmeyi etkilediği görülmektedir¹⁸⁴.

belirlenecek miktarın ihlalin gerçekleştiği yıl sayısı ile çarpılarak tespit edilmesi öngörülmektedir. Bu düzenlemeye getirilen eleştiriler arasında, söz konusu yöntemin orantısızlığa yol açacağı, çok yüksek idari para cezalarının verilmesine sebep olacağı, Kurul'a çok geniş bir takdir yetkisinin tanındığı gibi değerlendirmeler bulunmaktadır. Bununla birlikte, %30'luk oranın temel cezanın belirlenmesinde esneklik tanınmasının ekonomik açıdan isabetli olduğu ve bu oranın cezaların belirlenmesinde öngörülebilirlik sağlamayı amaçladığı yönünde değerlendirmeler de mevcuttur.

182 İhlalin süresinin hesaplanabilmesi için ihlalin başladığı tarih ile sona erdiği tarihin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tarihlerin tespit edilmesinin zorluğu soruşturma dosyasının karmaşıklığına ve elde edilen delillere göre değişmektedir. Ayrıca mevzuatta ihlalin süresinin nasıl hesaplanacağına, başlangıç tarihinin tespitinde hangi eylemin dikkate alınacağına dair bir yöntem belirtilmemiştir. Kurul kararlarında da ihlalin süresi tespit edilirken, elde edilen deliller doğrultusunda, somut olaya göre farklı türde değerlendirmeler yapılmaktadır. Bkz. Rekabet Kurulu'nun 19.09.2018 tarih ve 18-33/555-273 sayılı kararı, paragraf 495 ve 512; 29.03.2018 tarih ve 18-09/180-85 sayılı kararı, paragraf 70-73.

183 Rekabet Kurulu'nun 01-44/433-111 sayılı, 18.09.2001 tarihli Benkar, Fiba Bank kararı.

184 Örneğin Rekabet Kurulu'nun 05.04.2018 tarih ve 18-10/185-88 sayılı Türk Eczacılar Birliği (TEB) tarafından eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirlediği nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine yönelik kararında TEB'in çatı nitelikli bir meslek örgütü

Buna göre piyasa gücü fazla olan teşebbüslerin rekabeti ihlal etmemek konusunda daha dikkatli olmaları gerektiği, zira aksi bir tutumda piyasa verecekleri zararın daha fazla olacağına farz edildiği belirtilebilecektir. Bu faraziye literatürde özellikle hâkim durumdaki teşebbüsün özel sorumluluğu ilkesi ile karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu ilke ilk olarak 1983 yılında ABAD'ın (eski ismi ile ATAD) *Michelin* İkararı ile ortaya koyulmuştur¹⁸⁵. Buna göre hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabeti ihlal etmemek konusunda özel sorumlulukları bulunmaktadır¹⁸⁶. Dolayısıyla pazar gücü fazla olan teşebbüsler bazı davranışlarının rekabeti sınırlandırıcı olabileceği konusunda farkındalık sahibi olmalı ve pazar gücü daha az olan teşebbüslere nazaran daha dikkatli davranmalıdır¹⁸⁷. Rekabet Kurulu'nun da kararlarında anılan ilkeyi göz önünde bulundurduğu görülmektedir¹⁸⁸.

olması ve tüm eczanelerin TEB'e üye olmak zorunda olması piyasa gücünün varlığının bir delili olarak değerlendirilmiştir, para< 13; 16.02.2017 tarih ve 17-07/84-34 sayılı kararında piyasa gücünü ürünlerin "must stock" özelliği ve MEY'in portföy çeşitliliğine bağlayan ile ilgili 74. paragraftaki açıklamalar dikkat çekicidir. '09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı kararında Kurul Yemeksepeti'nin büyük zincir restoranlarla yaygın bir şekilde çalışıyor olmasının piyasa gücünü oluşturması ve korumasında temel faktör olarak belirlemiştir bkz. para 110.

Ayrıca aynı kararın hâkim durumun kötüye kullanılması analizine yönelik 166. paragraf önemlidir.: "YEMEK SEPETİ'nin Türkiye pazarının tamamına yakını kontrol ediyor olması, 50 ilde rakibinin bulunmaması, rakibinin bulunduğu 12 ilin 11'inde yine tekele yakın konumda olması, bazı platformların pazarı terk etmesi ve iş modelini değiştirmek durumunda kalması göz önünde bulundurulmuştur. YEMEK SEPETİ'nin soruşturma konusu uygulamalarının mevcut ve potansiyel rakipler bakımından caydırıcı ve dışlayıcı sonuçlarının olduğu, tüketicilerin de platformlar üzerinden online yemek siparişi verirken birçok ilde YEMEK SEPETİ dışında alternatifinin bulunmadığı ve alternatif bulunan illerde ise rakip platformlar üzerinden farklı/daha iyi koşullardan mabrum kaldığı, nihayetinde ilgili pazarda rekabetçi bir yapının oluşmadığı iblahin ağırlığı noktasında değerlendirilmiştir."

185 Case 322/81, *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461, para. 57.

186 "Bu itibarla, hâkim durumdaki teşebbüslerin, eylemleri ile rekabetin kısıtlanmasına yol açma şeklinde 'özel sorumluluğu'nun bulunduğu kabul edilmektedir." Hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, Kabul Tarihi:29.1.2014 Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), para. 2, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/hakim-durumdaki-tesebbüslerin-dislayici-davranislarina-iliskin-kilavuz1.pdf> (Erişim Tarihi: 06.04.2020)

187 CORCHO, Rafael Allendesalazar, "Can we finally say farewell to the 'special responsibility' of dominant companies?", 12th Annual Competition Law and Policy Workshop Robert Schuman Centre, 8-9 June 2007, EU, Florence. <https://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2007ws/200709-COMPed-Allendesalazar.pdf> (Erişim Tarihi: 06.04.2020)

188 Rekabet Kurulu'nun 18-27/461-224 sayılı, 08.08.2018 tarihli Enerjisa Enerji A.Ş., İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş., Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş., Toroslar Elektrik Dağıtım A.Ş., Enerjisa İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Perakende Satış A.Ş., Enerjisa Başkent Elektrik Perakende Satış A.Ş., Enerjisa Toroslar Elektrik Perakende Satış A.Ş. kararı, para. 600-601.

Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, temel para cezası hesaplanırken ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığının dikkate alınacağı belirtilmektedir¹⁸⁹. Her dosya

“Gerek Türk gerekse AB rekabet hukuku uygulamaları çerçevesinde piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüslere piyasadaki rekabet süreçlerine zarar vermemek üzerine özel bir sorumluluk yüklenmiştir. Bu ilke çerçevesinde pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüs sahib olduğu pazar gücünün farkında ve bu güçle doğru orantılı olarak dışlayıcı, pazarı kapayıcı ve sömürücü uygulamalardan kaçınmalıdır. Nitekim Kurul'un 01.12.2005 tarih ve 05-80/1106-317 sayılı kararında da “Karbogaz'ın Pazar pozisyonunu koruma adına esas olarak müşterilerle tesis edilen münbâsır tedarik sözleşmelerine dayalı pazar stratejisinin pazarda gösterecek olduğu menfi etkinin, kendi iç dinamiklerinden kaynaklanmadığını bilmesi ve buna göre davranması gerekir.” denilerek bu sorumluluğa dikkat çekilmiştir. Kurul'un 12-47/1413-474 sayılı kararında da özel sorumluluk kavramına değinilmiş ve kavram şöyle açıklanmıştır:

“Rekabet hukukunda hâkim durumdaki teşebbüslerin diğer teşebbüslerden farklı olarak özel sorumluluklarının olduğu kabul edilmektedir. Bu özel sorumluluk bağlamında, hâkim durumda olan teşebbüslerin, eylem ve işlemlerinin ilgili pazardaki rekabet üzerindeki etkisini bilmesi ve davranışlarını bu çerçevede kontrol altında tutması beklenmektedir. Bu yönüyle hâkim durumdaki teşebbüsler, eylemleri ile rekabet sürecine zarar vermeme ve dolayısıyla tüketici refahını azaltmama konusunda bir tür özen yükümlülüğü altındadır.”

Bu bağlamda piyasada faaliyet gösteren ve hâkim durumda bulunan teşebbüsün tüm eylem ve faaliyetleri sırasında bu konunun farkında olması ve faaliyetlerini bu kısıt çerçevesinde sürdürmesi gerektiği açıktır. Teşebbüslerin indirim sistemleri ve fiyatlama davranışları, pazardaki rekabet üzerindeki etkileri göz önünde bulundurularak bayata geçirilmesi gereken önemli eylemler olarak öne çıkmaktayken, pazardaki rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğurabilecek diğer her türlü eylem de bu kapsamda değerlendirilebilecektir.”

189 KATOĞLU, Tuğrul, “Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler”, Ankara Barosu Dergisi, S.2014/3, (2014), s. 407.

Taslak yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrası ise ihlalin ağırlığı belirlenirken dikkate alınması gereken kriterleri şu şekilde saymaktadır; teşebbüsün piyasa gücü, ihlalin niteliği, ihlal neticesinde ortaya çıkan veya çıkma ihtimali bulunan zararın miktarı. 2. fıkrada ise diğer bir kriter olan “ihlalin niteliği” bakımından bir belirleme yapıldığı görülmektedir. Buna göre 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki kartel nitelikli yatay ihlallerin daha ağır nitelikte olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu nitelikteki ihlaller bakımından temel cezanın daha yüksek bir hadden veya tavana yakın olarak belirleneceği ifade edilebilecektir. Buna göre rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller için temel para cezası üst hadde yakın tespit edilecektir. İlgili hüküm ile “temel para cezasının doğrudan üst hadde yakın belirlenmesi buyrulur, temel cezanın belirlenmesi bakımından Kurul'un takdir yetkisini kullanmasına yardım edecek herhangi bir ölçüt gösterilmediği gibi, belirlenecek miktarın ne zaman üst hadde yakın sayılacağına da belirsiz bırakıldığı” yönünde eleştiriler bulunsada söz konusu eleştirilerin isabetli olmadığı düşünülmektedir. Zira aksi bir yorum Kurul'un takdir yetkisini gereğinden fazla sınırlandırmak anlamına gelecektir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı, “MADDE 6- (1) Temel para cezası iblalin ağırlığı ve süresi esas alınarak belirlenir. Bu çerçevede Kurul, her bir teşebbüs veya teşebbüs birliği için ilgili teşebbüsün veya teşebbüs birliğinin piyasa gücünü, iblalin niteliğini, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zarar gibi unsurları dikkate alarak, 5 inci maddede belirtilen cironun %30'una kadar belirleyeceği miktarı iblalin gerçekleştiği yıl sayısı ile çarparak temel para cezasını tespit eder. Bu hesaplamada iblalin 12 aydan kısa bölümleri bir yıl, altı aydan kısa süren müteakip her bir bölümü ise altı ay olarak kabul edilir.

(2) Rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller için

kapsamındaki ihlalin kendine has özellikleri olduğu, dolayısıyla ihlallerin ağırlığının, pazardaki etkisinin ve dolayısıyla da sebep olduğu/olabileceği zararın somut olaya göre çok farklılaşacağı öne sürülebilecektir. Bu doğrultuda, Kurul'un zararın ağırlığını dikkate aldığı değerlendirmelerde de çeşitlilik bulunmaktadır¹⁹⁰.

Taslak Yönetmeliğin 3. fıkrasında zararın miktarı tayin edilirken ihlalin gerçekleştiği coğrafi pazarın kapsamı, ihlale katılan teşebbüslerin pazardaki toplam büyüklükleri ve ihlalin uygulanıp uygulanmadığı gibi hususların dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Zarar miktarının tayininde dikkate alınabilecek göstergelerden biri ilgili teşebbüsün ihlal nedeniyle elde ettiği kar olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kar ne kadar fazla ise daha fazla tüketici refahı ilgili teşebbüs tarafından çalınmış sayılabilecek ve ortaya çıkan zararın da o kadar fazla olacağı iddia edilebilecektir. Zararın fiilen ortaya çıkmadığı fakat ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu haller bakımından ise temel cezanın daha düşük takdir edileceği belirtilebilecektir.

Literatürde rekabet ihlali ile ortaya çıkan zararın tüketiciden çalınan refah olarak karşımıza çıktığı ve parasal bir meblağ olarak ciro üzerinden (ihlal sayesinde elde edilen fazla kar) ölçülebiliyor olduğu gerekçesi ile zararın tayini esnasında coğrafi pazarın dikkate alınmasının gereksiz olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Fakat söz konusu görüşe katılmak mümkün değildir zira uygulamada rekabet ihlali nedeniyle ortaya çıkan zarar her zaman ihlalde bulunan teşebbüse karlılık sağlamayabilmektedir. Bazı durumlarda rekabet ihlal edilip ortaya kamusal bir zarar çıktığı halde ilgili teşebbüs bırakın kar etmeyi zarar dahi edebilmektedir. Böyle durumlarda Rekabet Kurulu da ortaya bir zararın çıkmadığı çünkü ilgili teşebbüsün zarar ettiği yönündeki savunmaları kabul etmemektedir¹⁹¹. Dolayısıyla zararın tüm Türkiye çapında mı yoksa ülkenin daha küçük bir bölümünde mi ortaya çıktığı ihlalin gerçekleştiği coğrafi pazarın kapsamı uyarın-

birinci fıkrada belirtilen temel para cezası oranının üst badde yakın tespit edilmesi esastır.

(3) Gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığının takdirinde Kurul; ihlalin vuku bulduğu coğrafi pazarın kapsamı, ihlale katılan teşebbüslerin pazardaki toplam büyüklüğü ve ihlalin uygulanıp uygulanmadığı gibi unsurları göz önünde bulundurur."

190 Bkz. Rekabet Kurulu'nun 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı kararı, paragraf 166; 12.06.2014 tarih ve 14-21/410-178 sayılı kararı paragraf 251-266.

191 Bkz. Rekabet Kurulu'nun 09-32/703-163 sayılı, 08.07.2009 tarihli Belko kararı.

ca ortaya koyularak temel ceza miktarının belirlenmesi daha isabetli olacaktır.

C. Ağırlaştırıcı Unsurlar

Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesinde ihlalin tekerrürü ve soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi hallerinde temel para cezasının yarısından bir katına kadar arttırılacağı ifade edilerek, Kurul'un bu hususu dikkate alması zorunlu tutulmuştur. Öte yandan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik verilen taahhütlere uyulmaması halinde yarısından bir katına kadar, incelemeye yardımcı olunmaması halinde yarısına kadar ve diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması halindeyse dörtte bire kadar temel para cezasının arttırılabileceği belirtilerek, bu husus Kurul'un takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte, Ceza Yönetmeliği'nde yer verilmeyen bir unsurun, Kurul tarafından ağırlaştırıcı bir unsur olarak ele alınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁹². Zira yönetmelikte ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler sınırlı sayıda belirtilmemiş, örnek kabilinden gösterilmiştir¹⁹³. Fakat ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin sınırlı sayıda olmaması ve bu konuda Kurul'a takdir yetkisi tanınması Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesi ile TCK'nın 2. maddesi çerçevesinde kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelebilecektir. Hatta özellikle ağırlaştırıcı hallerin yönetmelikle belirlenmesi dahi ayrı bir eleştiri konusudur¹⁹⁴.

4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesinin beşinci fıkrasında, Kurul'un üçüncü fıkraya göre idari para cezası verirken Kabahatler Ka-

192 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s. 35.

193 Aslan, a.g.e., s. 1081. ARI, Haluk, AYGÜN, Esin, "Rekabet Kurulu'nun Ceza Yönetmeliği; Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri", *Rekabet Hukuku Dergisi*, C.10, S.4, Ekim 2009, ss. 30.

194 Aslan, s. 1071- 1075. Yazar, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrasının cezanın belirlenmesinde Kurul'a çok geniş bir takdir yetkisi tanıdığını ve bu yetkinin ne şekilde kullanılacağına yönelik yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiş olmasının hukuka aykırılığı tam olarak gidermediğini belirtmektedir. Yazara göre söz konusu hüküm Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine aykırıdır ve düzeltilmesi gerekmektedir. Yazar yine de Kurul tarafından yayımlanmış olan ceza yönetmeliğini hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bakımından olumlu bir adım olarak değerlendirmektedir. Buna göre yönetmelik cezalandırma sürecinde şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık sağlayabilecektir zira yönetmelikte Kurul'un dikkate alabileceği ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların neler olduğu belirtilmiştir. Yazara göre "Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmü, Yönetmelik sayesinde vatandaşların ve hükmün uygulandığı diğer herkesin temel hak ve hürriyetlerine dahi az zarar veren bir hale getirilmiştir."

nunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında ihlalin tekerrürü de dâhil olmak üzere çeşitli unsurları dikkate alacağı belirtilmiştir. Öte yandan Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ihlalin tekerrürü halinde, her bir tekrar için temel para cezası yarısından bir katına kadar arttırılmaktadır.

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, bir teşebbüse rekabet ihlali sebebiyle verilmiş ihlal kararının kesinleşmesinin ardından, aynı teşebbüsün tekrar rekabet ihlali teşkil eden bir faaliyette bulunması gerekmektedir.¹⁹⁵ Tekerrür sebebiyle cezada arttırıma gidilebilmesi için kesinleşmiş kararın icra edilmiş olması gerekmediği gibi, verilen idari para cezasının tahsil edilmiş olması şartı da aranmamaktadır.¹⁹⁶ 4054 sayılı Kanun veya Ceza Yönetmeliği'nde tekerrür hükümlerinin uygulanmasına esas alınacak süre öngörülmemiş olsa da, bu hususta Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrası dikkate alınarak bu sürenin sekiz yıl olduğu değerlendirilebilecektir. Nitekim Kurul'un Kurumsal Krediler kararında¹⁹⁷ da tekerrüre ilişkin değerlendirme yapılırken sekiz yıllık zamanaşımı süresinin dolmamış olduğu ifade edilmiştir. Nitekim Taslak Yönetmelik kapsamında yer alan düzenlemede de tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için ikinci eylemin, ilk ihlale ilişkin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren sekiz yıl içinde gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiş ve genel tekerrür sistemi benimsenmiştir¹⁹⁸.

Bazı Kurul kararlarında yer alan karşı oy yazılarında tekerrüre ilişkin olarak TCK'ya atıf yapıldığı görülmektedir¹⁹⁹. TCK'nın 58. maddesine göre tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için daha önce kesinleşmiş bir ihlal kararının bulunması ve belirli bir süre içinde tekrar ihlale sebep olunması gerekmektedir. Söz konusu karşı oy yazıları kapsamında tekerrürden dolayı cezanın arttırılması için ka-

195 Aslan, a.g.e., s. 1088.

196 Aslan, a.g.e., s.1088.

197 Rekabet Kurulu'nun 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı kararı.

198 Taslak Yönetmelik'in 7. maddesinin ikinci fıkrası; *"Kurul tarafından bir teşebbüsün rekabet ihlali yaptığının tespit edilmesinden sonra, gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden itibaren sekiz yıl içerisinde Kanunun aynı teşebbüs tarafından tekrar ihlali halinde her bir ihlal için temel para cezası bir katına kadar arttırılır. Bu fıkra bükümünün uygulanması bakımından gerçekleşen ihlallerin Kanunun aynı maddesine ilişkin olması gerekmez."*

199 Rekabet Kurulu'nun 06.04.2012 tarih ve 12-17/499-140 sayılı kararı ile 01.10.2012 tarih ve 12-47/1413-474 sayılı kararı.

nunun aynı maddesinin ihlaline gerek olmadığı, zira TCK'nın 58. maddesinde genel tekerrür sisteminin kabul edildiği, dolayısıyla bir teşebbüsün ilk eylemi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ediyorken, ikinci eylemi 6. maddeyi ihlal ediyorsa tekerrür hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından mevzuatta, Kurul kararlarına da yansıyan belirsizlikler bulunmaktadır. Ancak tekerrüre ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı Kurul kararlarına bakıldığında, tekerrürün şartlarına dair bir belirlilik getirilemediği görülmektedir²⁰⁰.

Bir diğer ağırlaştırıcı unsur olarak, teşebbüslerin verilen taahhütlere uymaması sayılmıştır. Türk rekabet hukukunda taahhüt mekanizmasının yalnızca birleşme ve devralma işlemleri için öngörüldüğü dikkate alındığında, söz konusu ağırlaştırıcı unsurun birleşme ve devralma işlemleri kapsamında sunulan taahhütlere uyulmaması halinde uygulama alanı bulabileceği değerlendirilmektedir. Ancak Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı²⁰¹ ("Kanun Taslağı") kapsamında, taahhüt mekanizmasının 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerine ilişkin yürütülmekte olan önaraştırma veya soruşturmalarda da uygulanması planlandığı göz önüne alındığında, kanımızca ilerideki süreçte söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulama alanının oldukça genişleyebilecektir.

D. Hafifletici Unsurlar

Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinde, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi hallerin ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanması halinde, temel para cezasının dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebileceği belir-

200 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s. 45.

201 24. Dönem 4. Yasama yılı, E. 1/882 sayılı, 24.01.2014 tarihli, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf> , (Erişim Tarihi: 06.04.2020)

tilmiştir. Görüldüğü üzere, Kurul'un hafifletici unsurları göz önünde bulundurma konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

İhlalde kamu otoritesinin teşviki veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması bakımından doktrinde, diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması unsurunun indirim sebebi değil, cezasızlık sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiği, zira bir eylemde bulunmaya zorlanan teşebbüsün kendi iradesi doğrultusunda hareket edemediği yönünde görüşler bulunuyor olsa da bu görüşlerin isabetli olmadığı düşünülmektedir²⁰². Literatürde kamu otoritesinin teşvikinin bulunması unsurunda da zorlama yerine teşvikten bahsedilmesine dikkat çekilmektedir. Zira kamu otoritesinin bir teşebbüsü belli yönde hareket etmeye zorlaması halinde ilgili teşebbüse ceza verilmesi gerektiği iddia edilmektedir²⁰³.

Bununla birlikte Kurul'un, Ceza Yönetmeliği'nde açıkça yer verilmeyen bir unsuru da hafifletici unsur olarak değerlendirmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim ilgili teşebbüs tarafından rekabet uyum programının benimsenmesi bir hafifletici unsur olarak değerlendirilebilecek olmasına rağmen, Kurul'un aksi yönde tutum sergilediği kararlar bulunmaktadır²⁰⁴. Kurul kararlarına bakıldığında ilgili sektörün pek çok dışsal kaynaklı şok yaşaması, ihlalden zarar gören bazı teşebbüslerin önemli bir alıcı gücüne sahip olmaları ve teşebbüsün ihlalde pasif rol oynaması gibi hallerin hafifletici unsur olarak kabul edildiği görülmektedir²⁰⁵.

202 Aslan, a.g.e., s. 1078.

203 Aslan, a.g.e., s. 1079.

204 Rekabet Kurulu'nun 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı kararı; 29.08.2013 tarih ve 13-49/711-300 sayılı kararı; 29.08.2013 tarih ve 13-49/710-297 sayılı kararı; 07.11.2016 tarih ve 16-37/628-279 sayılı kararı.

205 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s. 36. Örneğin Rekabet Kurulu'nun 13-13/198-100 sayılı kararında, bankacılık sektörünün uluslararası ekonomik, finansal ve politik gelişmelere olan hassasiyeti ve bu hassasiyete bağlı olarak düzenleyici nitelikteki kurumların ilgili dönemde uyguladıkları politikaların doğrudan ve/veya dolaylı etkileri hafifletici neden sayılmıştır. Ayrıca, 09-57/1393-362 sayılı kararında ise piliç eti pazarında son beş yıl içinde pek çok dışsal kaynaklı şok yaşaması hafifletici bir neden olarak kabul edilmiştir. Yine 12-52/1479-508 sayılı 30.10.2012 tarihli çelik çember soruşturmasında ihale ile alım yapan teşebbüslerin sahip olduğu alıcı gücü soruşturma tarafı teşebbüslere uygulananak idari para cezası miktarının belirlenmesinde hafifletici unsur olarak kabul edilmiştir. Nihayet Rekabet Kurulu'nun 06-37/477-129 sayılı, 30.05.2006 tarihli ytong kararında teşebbüslerin ihlalde pasif rol oynadıkları için cezalarında indirim yapılması gerektiği yönündeki savunmalar esasen anılan firmaların ihlalde aktif rol oynadıkları gerekçesi ile reddedilmiştir. Dolayısıyla söz konusu kararın mevhumu muhalifinden teşebbüslerin ihlalin ortaya çıkma-

İhlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması, mevcut düzenlemede hafifletici unsurlar arasında sayılmasına rağmen, Taslak Yönetmelik kapsamında bu husus tam tersi bir şekilde ele alınmıştır. Taslak Yönetmelik kapsamında, idari para cezalarının caydırıcılığının artırılması adına, ihlalle ilişkili mal ve hizmet satışlarının, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün cirosunun kayda değer bir oranını yansıtmaması halinde, ilgili teşebbüse uygulanacak idari para cezasının Kurul tarafından artırılabilceği ifade edilmektedir.²⁰⁶

Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinde sayılan hafifletici unsurlar arasında, ilgili teşebbüsün yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olması da sayılmıştır. Kurul tarafından görevlendirilen uzmanlar, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunurken bunların defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyerek, gerektiği takdirde suretlerini alabilmekte, belirli konularda teşebbüslerden açıklama isteyebilmekte ve bunların her türlü mal varlığına ilişkin inceleme yapabilmektedirler.²⁰⁷

Esasen yerinde incelemeler sırasında Kurum uzmanlarına engel olunmaması, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yükümlülükleri arasındadır²⁰⁸. Nitekim yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde ilgili teşebbüse cirosunun binde beşi oranında idari para cezası verilmektedir. Dolayısıyla yerinde incelemeye yardımcı olmak, tek başına hafifletici unsur olarak değerlendirilmemektedir. Ancak ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliğinin yükümlülüğü olmamasına rağmen veya yükümlülüğünün sınırını aşacak şekilde inceleme-

sında pasif rol almış olmaları durumunda cezalarında indirim yapılabileceği anlaşılmaktadır.

206 Aslan, Ünal, a.g.e., s. 34-35. TÜSİAD, a.g.e, s. 9-10. Katoğlu, a.g.m., s.409.Bu doğrultuda, teşebbüslerin ilgili pazar cirolarının ihlaldeki ağırlıklarını gereği gibi yansıtmaması, ceza artırımı sebebi olarak ele alınmıştır. Yapılan bu düzenleme, ihlaldeki ağırlık ifadesinin belirsiz olduğu, belirleyici etki kavramına yakın kabul edilmesi halinde, bu husus Taslak Yönetmelik'te zaten ağırlaştırıcı sebep sayıldığı için ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu düzenleme ayrıca, Kurul'un takdir yetkisini sınırsız bir ölçüde genişlettiği ve verilecek cezayı öngörülemez kıldığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Öte yandan ihlal ile ilgili olmayan ciro kısmının da esas alınması suretiyle cezanın belirlenmesinin, ihlalin ağırlığı ile cezanın şiddeti arasındaki oranı ortadan kaldırdığı yönünde değerlendirmeler de mevcuttur.

207 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrası.

208 Aslan, a.g.e., s. 1078.

lere yardımcı olması halinde, bu durum hafifletici unsur olarak ele alınabilecektir²⁰⁹.

E. Aktif İşbirliği

Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik²¹⁰ (“Pişmanlık Yönetmeliği”), kartellerin ortaya çıkarılması amacıyla Kurum’la aktif işbirliği yapan teşebbüslerin idari para cezasından muaf tutulmasına veya verilecek cezada indirim uygulanmasına yönelik düzenlemeler içermektedir. Bu yönetmeliğin dayanağı teşkil eden 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin altıncı fıkrasında da kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurum’la aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak idari para cezası verilmeyebileceği veya verilecek cezalarda indirim yapılabileceği ifade edilmektedir.

İdari para cezasından, Kurul’un önaraştırma kararı vermesinden önce, rakiplerinden bağımsız bir şekilde Pişmanlık Yönetmeliği’nin 6. maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren ilk teşebbüs muaf tutulmaktadır. İlgili maddede sayılan koşullardan ilki; başvuru konusu kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, karteğe taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve kartelle ilgili sahip olunan bilgi ve belgelerin sunulmasıdır. Ayrıca Kurul tarafından aksi belirtilmedikçe ilgili teşebbüs başvuru konusu karteğe taraf olmaya son vermelidir. Başvuru soruşturma raporunun tebliğine kadar gizli tutulur. Kurul’un nihai kararına kadar aktif işbirliğinin sürdürülmesi halinde, başvuruda bulunan teşebbüs idari para cezasından muaf tutulmaktadır.

Bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin ihlal edildiğine yönelik delil bulunmuyor iken, Kurul’un önaraştırma kararı ile soruşturma raporunun tebliği arasındaki süre içerisinde aynı koşulları sağlayan ilk teşebbüse de idari para cezası verilmemektedir.

209 Aslan, a.g.e., s. 1078.

210 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik.

Kurul'un önaraştırma kararı vermesi ile soruştırma raporunun tebliği arasındaki sürede, yukarıda açıklanan koşulları yerine getiren, ancak idari para cezası verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayan teşebbüslere verilecek cezalarda indirim uygulanmaktadır. Bu kapsamda, söz konusu indirimden yalnızca başvuruda bulunan ilk teşebbüs değil, tüm teşebbüsler yararlanmaktadır. Öte yandan, teşebbüslerin ihlali kabul eden ve aktif işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanlarına verilecek idari para cezaları da indirilmektedir.

Her ne kadar 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin altıncı fıkrasında aktif işbirliği halinde bağışıklık tanınması veya indirim yapılması hususunda ihlaller arasında bir ayırım gözetilmemiş olsa da, Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında bağışıklık veya indirimden yararlanılabilmesi için ihlalin kartel niteliğinde olması gerekmektedir. Nitekim Kurul'un İstanbul'daki Hyundai bayileri hakkında vermiş olduğu kararın²¹¹ iptali istemiyle açılan davada Ankara 18. İdare Mahkemesi, Aktif İşbirliği Yönetmeliği'nin kartellerle ilgili olduğu, Kurul kararına konu oluşumun ise kartel niteliğinde olmadığı, dolayısıyla Yönetmelik kapsamında değerlendirilemeyeceği, bununla birlikte davacının Ceza Yönetmeliği'nin 7/3. maddesi uyarınca indirimden yararlandığı kanaatine varmıřtır²¹². Bununla birlikte Kurul bu görüşten ayrılarak Kurumsal Krediler kararında soruştırma kapsamındaki teşebbüslerden BTMU tarafından pişmanlık başvurusu yapıldığını, teşebbüsün Kurum ile aktif işbirliği yaptığını belirtmiştir. Her ne kadar, soruştırma konusu ihlal "diğer ihlaller" kategorisinde yer aldığı için Pişmanlık Yönetmeliği'ne atıf yapılmasa da 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 6fıkrası uyarınca teşebbüse idari para cezası verilmemesine karar verilmiřtir²¹³.

F. Yönetici ve Çalışanlara Verilen Para Cezaları

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde teşebbüs ve teşebbüs birliklerine verilecek idari para cezalarının hesaplanmasında, bunların ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkilerinin dikkate alınacağı

211 Rekabet Kurulu'nun 16.12.2013 tarih ve 13-70/952-403 sayılı kararı.

212 E.2014/1911, K. 2015/1485 sayılı, 26.11.2015 tarihli Ankara 18. İdare Mahkemesi kararı.

213 Rekabet Kurulu'nun 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı kararı.

ifade edilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ayrıca, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verileceği öngörülmektedir. Buradan anlaşıldığı üzere, yönetici ve çalışanlara idari para cezası verilebilmesi için bu kişilerin ihlalin gerçekleşmesinde belirleyici etkilerinin bulunması gerekmektedir²¹⁴.

Ceza Yönetmeliği'nin 8 maddesinin birinci fıkrasında da kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı, aktif işbirliği gibi hususlar dikkate alınarak, teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında bir oranda idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, yönetici ve çalışanlara verilecek cezaya ilişkin olarak, karteller bakımından %3 oranında bir alt sınır belirlenmiştir. Ancak Ceza Yönetmeliği'nin 8. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında diğer ihlaller bakımından benzer bir alt sınır getirilmeyip, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilebileceği ifade edilmektedir²¹⁵. Bu kapsamda ayrıca, diğer ihlaller bakımından yönetici ve çalışanlara verilebilecek cezada Kurul'un takdir yetkisinin bulunduğu dikkat çekmektedir. Pişmanlık Yönetmeliği'nde ise yönetici ve çalışanların cezadan bağışık tutulması veya cezalarında indirim yapılmasına yönelik hükümler, teşebbüsler için getirilen düzenlemeler ile paralellik arz etmektedir.

Kurul'un vermiş olduğu Beyaz Et kararında²¹⁶, teşebbüs yöneticisinin ihlaldeki belirleyici etkisine yönelik değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu kapsamda; söz konusu yöneticinin piliç eti pazarındaki birlikteliği koordine ettiği, piliç eti pazarında faaliyet gösteren

214 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s. 43. Rekabet Kurulu'nun 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı 12 Banka kararında, belirleyici etki kavramının esasen teşebbüs yöneticisi ve çalışanlarına verilecek idari para cezaları bakımından önem taşıdığına yönelik savunma reddedilerek, Akbank, Garanti ve Yapı Kredi'nin kredi, mevduat ve kredi kartı hizmetlerine ilişkin fiyat tespiti uzlaşmasının kuruluşunda ve sürdürülmesinde belirleyici rol oynadıkları değerlendirilmiştir.

215 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s. 39.

216 Rekabet Kurulu'nun 25.11.2009 tarih ve 09-57/1393-362 sayılı kararı.

diğer teşebbüsleri piliç eti arzını kısımları için teşvik ettiği, arzın kısılmasına yönelik çalışmalara uyulup uyulmadığını takip ettiği, bayilerinden, diğer bayilerle anlaşarak aralarındaki fiyat rekabetine son vermelerini, sattıkları piliç fiyatlarını yükseltmelerini, entegre tavuk üreticilerinden fazla mal üretmelerini istememelerini ve diğer üreticiler üzerinde baskı kurarak arzı kısımlarını talep ettiği, piliç eti piyasasındaki şeffaflığı arttırarak piliç eti üreticileri arasındaki birlikteliğin sağlanmasını amaçladığı tespit edilerek, ihlalde belirleyici etkisinin olduğu sonucuna varılmıştır.

Raportörler tarafından ihlalde belirleyici etkisi bulunduğu gerekçesiyle ilgili yöneticiler hakkında idari para cezası verilmesinin talep edilmesine rağmen, aksi yönde karar verilen dosyalarda konuya ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır²¹⁷. Dolayısıyla, belirleyici etki kavramının anlaşılması ve yöneticiler ile çalışanların hangi durumlarda idari para cezasına çarptırılacaklarının öngörülmesi zorlaşmaktadır²¹⁸.

G. Zamanaşımı

4054 sayılı Kanun'da zamanaşımına yönelik düzenlemelerin yer aldığı 19. maddenin 2008 yılında kaldırılmasıyla birlikte, Kurul tarafından verilen idari para cezaları, Kabahatler Kanunu'nda yer alan zamanaşımı sürelerine tabi hale gelmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinde soruşturma zamanaşımına, 21. maddesindeyse yerine getirme zamanaşımına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Soruşturma zamanaşımı süresinin dolması, zamanaşımına uğrayan eylem hakkında idari para cezası verilmesini engellerken, yerine getirme zamanaşımı süresinin dolması kesinleşmiş idari para cezasının infaz edilmesine engel teşkil etmektedir²¹⁹.

4054 sayılı Kanun'da öngörülen idari para cezaları nispi ceza niteliğinde olduğu için, Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinin üçün-

217 Rekabet Kurulu'nun 30.10.2012 tarih ve 12-52/1479-508 sayılı kararı; 19.07.2017 tarih ve 17-23/384-167 sayılı kararı; 27.10.2016 tarih ve 16-35/603-268 sayılı kararı.

218 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s. 44.

219 ARI, Buket, "Rekabet İhlallerinde Zamanaşımı Sorunu", *Rekabet Yazıları*, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=c862b344-fcc5-4d63-b682-438b40a21730>, (Erişim Tarihi: 25.04.2019)

cü fıkrasında yer alan nispi idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir. Kabahatler Kanunu'na göre, nispi idari para cezası gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'da yer alan nispi idari para cezalarına ilişkin zamanaşımı süresinin de sekiz yıl olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Kurul tarafından verilen kararlarda da soruşturma zamanaşımı süresinin sekiz yıl olduğu değerlendirilmiştir²²⁰.

4054 sayılı Kanun uyarınca verilecek idari para cezalarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında, zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı hususu önem kazanmaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinin dördüncü fıkrasında, zamanaşımı süresinin kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Buna göre zamanaşımı süresi; işlenen kabahat bakımından kanuni tipte bir netice öngörülmüşse, neticenin gerçekleştiği anda, öngörülmemişse kanuni tipteki fiilin işlenmesiyle birlikte başlayacaktır²²¹. Bu doğrultuda 4054 sayılı Kanun'da yasaklanan eylemler bakımından soruşturma zamanaşımı süresi belirlenirken, bu eylemlerin netice unsuruna sahip olup olmadıkları ve kesintisiz bir şekilde işlenip işlenemeyecekleri göz önünde bulundurulmalıdır²²².

4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanan eylemler açısından, rekabet ihlali belli bir zaman dilimi içerisinde yer alan davranışlar ile meydana geldiği için, bu eylemler nasıl işlenirlerse işlensin, kesintisiz oldukları kabul edilmektedir.²²³ Buna göre, soruşturma zamanaşımı süresinin rekabet ihlaline konu eylemin sona erdiği an başlatılması gerekmektedir²²⁴. Ancak doktrindeki bir görüşe göre, rekabete aykırı anlaşmanın sona erdirilmiş olması veya hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki eylemin sonlandırılmış olması halinde zamanaşımının bu andan itibaren başlayacağı değerlendirilse de söz konusu eylemlerin sonuçlarının daha geç doğması

220 Rekabet Kurulu'nun 06.11.2013 tarih ve 13-62/864-370 sayılı kararı; 01.10.2014 tarih ve 14-37/705-313 sayılı kararı; 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı kararı.

221 Özkan, a.g.e., s. 101.

222 a.g.e., s. 102.

223 a.g.e., s. 102.

224 a.g.e., s. 102.

halinde zamanaşımı süresinin sonuçların doğduğu andan itibaren uygulanması gerekmektedir²²⁵. Nitekim rekabet hukuku kapsamında ihlale sebep olan eylemler genellikle uzun bir süre devam etmekte olup, söz konusu eylemlerin sonuçları, eylemlere son verilmesinden sonra uzun bir süre daha etki doğurabilmektedir²²⁶. Bununla birlikte, sonlandırılmış eylemlerin sonuçlarının hala devam ettiğini ispat etmekte yaşanan zorluklar sebebiyle, ihlale konu eylemin sonlandırıldığı tarihin zamanaşımı süresi için esas alınması kabul edilebilecektir²²⁷. Ancak kanımızca eylemin etkisinin ne kadar sürdüğü ispat edilebiliyorsa, zamanaşımı süresi belirlenirken etkinin devam ettiği sürenin de dikkate alınması daha doğru olacaktır.

Öte yandan 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yasaklanan eylemler bakımından zamanaşımı süresinin tespitinde esas alınacak başlangıç tarihi farklı bir şekilde belirlenecektir. Zira 7. madde kapsamındaki eylemler teşebbüsler arası birleşme veya devralma işlemleri şeklinde gerçekleştikleri için kesintisiz olarak işlenmemektedir. Bu doğrultuda, 7. maddede yer alan eylemler teşebbüsler arası kontrol el değiştirdiği anda gerçekleşmiş oldukları için, soruşturma zamanaşımı süresinin başlangıcı da kontrol devrinin gerçekleştiği an olarak kabul edilmelidir²²⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, soruşturma zamanaşımı süresi dışındaki sürelerden bir diğeri, yerine getirme zamanaşımı süresidir. Yerine getirme zamanaşımı süresi, verilmiş ve kesinleşmiş bir cezanın tahsilat süresini belirlemektedir²²⁹. Kabahatler Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında yerine getirme zamanaşımı süreleri verilen cezanın miktarına göre 7, 5, 4 ve 3 yıllık süreler öngörülmüştür. Yerine getirme zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren işlemeye başlayacaktır. Rekabet ihlalleri dolayısıyla verilen idari para cezalarının miktarlarının yüksek olduğu göz önüne alındığında, yerine getirme zamanaşımı süresinin genellikle 7 yıl olacağı söylenebilecektir.

225 Aslan, a.g.e.,s. 1121.

226 Aslan, a.g.e., s. 1121.

227 Aslan, a.g.e., s. 1121.

228 Özkan, a.g.e., s. 103.

229 Aslan, a.g.e., s. 1122.

IV. REKABET HUKUKU'NDA CEZA SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN HALLER

A. Genel Olarak

Kabahatler Kanunu'nun 12. Maddesi uyarınca Türk Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır. TCK'nın 1. kitap, 2. kısım, 2. bölümünün başlığı Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerdir. İlgili bölüm kapsamında 11 farklı konu incelenmektedir. Bunlar sırasıyla şöyledir: Kanunun Hükümü ve Amirin Emri (TCK m. 24), Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali (TCK m. 25), Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası (TCK m. 26), Sınırın Aşılması (TCK m. 27), Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit (TCK m. 28), Haksız Tahrik (TCK m. 29), Hata (TCK m. 30), Yaş Küçüklüğü (TCK m. 31), Akıl Hastalığı (TCK m. 32) Sağır ve Dilsizlik (TCK m. 33), Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma (TCK m. 34).

Oysa ki ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında literatürde iki farklı konu incelenmektedir. Bunlardan ilki kusurluluk ve kusurluluğu etkileyen hallerdir. İkincisi ise hukuka uygunluk sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır. İşlenen fiille ilgili olarak failin sorumlu tutulup tutulmayacağını belirleyen değer yargılarına kusur veya kusurluluk denilmektedir. Kusur yeteneği ise failin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını anlama ve davranışlarını bunma göre değiştirme yeteneği olarak tanımlanmaktadır. Hukuka uygunluk nedeni ise ceza kanunu tarafından yasaklanan bir fiilin yine ceza kanununun özel bir hükmü veya diğer bir kanun meşru sayılıp cezalandırılmaması halidir²³⁰.

Kusurluluğu etkileyen haller şunlardır: hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (TCK.m.27), yaş küçüklüğü (TCK.m.31), akıl hastalığı (TCK.m.32), sağır ve dilsizlik (TCK.m.33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK.m.34), cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.28), mücbir sebep, kaza ve tesadüf, zorunluluk hali dolayısıyla kişinin

230 TURABI, S., "Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller", TBB Dergisi 2012 (101), s. 268. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1205> (Erişim Tarihi: 06.04.2020)

irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK.m.25/2), hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK.24.m.2/4), haksız tahrik (TCK m. 29) ve çeşitli hata halleri (TCK.30/3-4)

Hukuka uygunluk sebepleri ise kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (TCK.m.24/1), meşru savunma (TCK.m.25), hakkın kullanılması (TCK.m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK.m.26/2) olarak dört ana grupta toplanmıştır²³¹.

Ceza Kanunumuzda hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluk ve kusurluğu etkileyen haller “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” adıyla tek başlık altında toplandığı için biz de ilerleyen bölümlerde aynı başlık altında rekabet kanunu ile ilgili oldukları ölçüde söz konusu nedenlerle ilgili açıklamalarımıza yer vereceğiz.

B. Yaş Küçüklüğü ve Akıl Hastalığı

Kabahatler Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasında yaş küçüklüğünün on beş yaşın doldurulması ile sona ermesi öngörülmüştür. Kabahatler Kanunu’nda TCK’nın 31. maddesinden²³² farklı olarak ceza sorumluluğunu kaldıran yaş sınırında on iki yaşın değil, on beş yaşın temel alınmış olduğu söylenebilir. Bilindiği üzere 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs kavramı bir ve/veya birden fazla gerçek kişi için de kullanılabilir. Ayrıca ilgili Kanun’a göre şirketlerin ihlalde belirleyici etkisi bulunan çalışan ve yöneticilerine de idari para cezası uygulanabilmesi mümkündür. Bu kapsamda teorik olarak 15 yaşını doldurmamış bir çocuk tarafından rekabet ihlali gerçekleştirilirse bu çocuk hakkında idari para cezası uygulanmayacaktır²³³. Bununla birlikte 15 yaşını doldurmamış çocuğun bu ihlali gerçekleştirmesini sağlayan kişilere 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun iştirak ile ilgili 14. maddesi uyarınca iş yaptırım uygulanması söz konusu olabilecektir²³⁴.

231 a.g.m., s. 272.

232 TCK m.31: “(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.”

233 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Düzenlenen İdari Para Cezaları*, a.g.e., s. 88.

234 a.g.e., s. 88. Yazar, incelenen Kurul kararlarında 18 yaş altında rekabet ihlali gerçekleştiren bir kişiye rastlanmadığını belirtmiştir.

İkinci olarak Kabahatler Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında TCK'nın 32. maddesinin 1. fıkrasına²³⁵ benzer bir düzenleme getirilmiş olup²³⁶, buna göre akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idari para cezası uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs niteliğinde sayılan gerçek kişiye ve/veya çalışanlar ile yöneticilere ceza verilecekken Kabahatler Kanunu m. 11/2'nin teorik olarak uygulama alanı bulabileceğini söylemek mümkündür²³⁷.

C. Kanun Hükmünü ve Amirin Emrini Yerine Getirme

TCK m. 24'te²³⁸, kanun hükmü ve amirin emrinin yerine getirilmesi düzenlenmiştir. Kanun hükmünü kamu görevlileri yerine getirmekte olup, kamu erkini kanun hükmüne uygun olarak yerine getiren kişilerin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Öte yandan yetkili mercinin emrinin ifa edilmesi durumunda, kural olarak emri ifa edenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu sorumsuzluk hali ise bir hukuka uygunluk nedeni değildir, sadece kusuru ortadan kaldıran mazeret nedenlerindedir²³⁹. Ancak bu sorumsuzluk halinin mevcut olabilmesi için ilk olarak emrin geçerli bir emir olması ge-

235 TCK m.32: "(1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur."

236 Bekar, a.g.m., s. 1046.

237 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Düzenlenen İdari Para Cezaları*, a.g.e., s.89. Yazar Rekabet Kurulu'nun akıl hastalığı gibi bir durumla karşılaşması halinde ilgili hakkında akıl hastalığı raporunun nasıl temin edileceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmadığını belirtmekte ve bu durumu eleştirmektedir. Savcılıkların ve mahkemelerin akıl hastalığı iddiası ile karşılaşmaları durumunda ilgili kişiyi üniversite hastaneleri, adli tıp kurumu veya ruh ve sinir hastalıkları hastanelerine sevk etme yetkilerinin olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte söz konusu sevkler sırasında kolluk kuvvetlerinden yardım alınmasına rağmen ilgili kişilerin sinir krizi vb. geçirerek kolluk kuvvetlerine zorluk çıkarabildiğini, Rekabet Kurumu'nun benzer durumlarla karşılaşmaması için bu konuda yasa koyucu tarafından düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

238 TCK m. 24: "(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin Kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur."

239 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 242.

rekmedir. Emrin geçerli olması için yetkili bir mercii tarafından verilmesi gerekmekte olup, emri yerine getirecek memur emri veren kişinin yetkili olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür. Geçerli olmayan bir emrin yerine getirilmesi ancak amir tarafından yazılı olarak tekrarlanmışsa kusuru ortadan kaldıran mazeret sebebi sayılır. Öte yandan konusu suç teşkil eden bir emrin ise hiçbir surette uygulanmaması gerekmektedir²⁴⁰. Böyle bir emrin yerine getirilmesi halinde hem emri veren hem de uygulayan kişi sorumlu olacaktır.²⁴¹.

Rekabet hukuku açısından kanun hükmü ve amirin emrini ifa doğrudan bir hukuka uygunluk nedeni sayılmamakta ancak cezadan indirim nedeni olarak kabul edilmektedir²⁴². Zira Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinde ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin bulunması kusursuzluğu ortadan kaldıran hal olarak değil, yalnızca cezadan indirim sebebi olarak tayin edilmiştir.

D. Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası

Rekabet hukuku bakımından konu ele alınacak olursa 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında Kurul tarafından muafiyet tanınmış bir anlaşmanın ilgili teşebbüs ve/veya teşebbüsler tarafından uygulanması hakkın kullanılması niteliğinde olup, hukuka uygun kabul edilecektir²⁴³.

Kabahatler hukuku kural olarak bireysel menfaatleri korumamaktadır²⁴⁴. Rekabet Kanunu'nun koruduğu değer de serbest piyasada hakim olan rekabetin sürdürülmesidir. Bir diğer ifade ile kabahatler hukuku bireysel menfaatleri korurken rekabet hukuku kamusal veya kolektif menfaatleri korumaktadır. Bu sebeple ilgilinin rızası kavramı rekabet hukuku bağlamında uygulanabilirliği bulunmayan bir hukuka uygunluk sebebidir. Dolayısıyla rekabet soruşturmalarında mağdurun rızasının bulunduğu gibi bir savunma Kurum nezdinde kabul görmeyecektir.

240 Özgenc, Üzülmez, s. 99.

241 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Düzenlenen İdari Para Cezaları*, a.g.e., s.90.

242 a.g.e., s.91.

243 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Düzenlenen İdari Para Cezaları*, a.g.e., s.96-97.

244 Kangal, *Kabahatler Hukuku*, s. 96-97.

E. Cebir, Şiddet, Korkutma ve Tehdit

TCK'nın 28. maddesi uyarınca karşı koyamayacağı veya kurtulmayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır. Yine bu durumda da amirin emrini ifa gibi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır, sadece kusurluluğu ortadan kaldıran ya da hafifleten mazeret sebebi bulunmaktadır. Rekabet hukuku bakımından konu ele alınacak olursa Ceza Yönetmeliği'nin "Hafifletici Unsurlar" kenar başlıklı 7. maddesine göre "diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması" hafifletici neden olarak sayılmıştır.

Her ne kadar Ceza Yönetmeliği'nde söz konusu durum bir hafifletici neden olarak sayılmış bulunmaktaysa da Kurul, İzotaş Kararı'nda²⁴⁵, İzotaş'tan başka alternatif temin kaynağı bulunmayan diğer yetmiş yedi taşımacı teşebbüsün, soruşturmaya konu fiyat protokollerini baskı, denetim ve yaptırımlar ile İzotaş'ın hakim durumunu kötüye kullanması sonucunda imzalamış ve uygulamış olmaları nedeniyle, bu teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir²⁴⁶. Bununla birlikte ilgili kararın Danıştay tarafından farklı gerekçeyle bozulmuş olduğu belirtilmelidir²⁴⁷.

V. REKABET HUKUKUNDA KABAHAHLİN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Genel Olarak

TCK'da, Kabahatler Kanunu'nda ve idari yaptırımları düzenleyen diğer yasalarda genellikle tek bir fail tarafından işlenebilen fiillerin tamamlanması ile ortaya çıkan hukuka aykırı eylemler yaptırıma tabi tutulmaktadır²⁴⁸. Fakat bazı durumlarda fiil kanuni tanıma uymasa;

²⁴⁵ Rekabet Kurulu'nun 5.6.2001 tarih ve 01-26/256-72 sayılı kararı.

²⁴⁶ Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Düzenlenen İdari Para Cezaları*, a.g.e., s.97.

²⁴⁷ E.2005/135, K.2006/3902 sayı ve 11.10.2006 tarihli Danıştay 13. Dairesi Karar ile "dava konusu Rekabet Kurulu kararında soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin yer almasının tarafsızlık ilkesinin ihlaline yol açtığı" gerekçesiyle Rekabet Kurulu'nun İzotaş Kararı iptal edilmiştir.

²⁴⁸ Özgenç, Üzülmöz, s. 115.

örneğin tek bir kişi tarafından işlenirse, tamamlanmasa ya da birden fazla fiil bulursa bile yaptırım uygulanmasını gerektiren hukuka aykırılık ortaya çıkabilmektedir. Fakat ilgili kanunlarda belirtilen örneklere uygun özel düzenlemelerin bulunmaması durumunda davranışın kanunilik ilkesine aykırı şekilde yaptırıma tabi tutulması, orantılılık ilkesine aykırı olacak kadar çok sayıda yaptırım uygulanması veya şahsılık ilkesine aykırı şekilde birden fazla kişiye ceza verilmesi gerekecektir. Dolayısıyla yaptırımların alanının sadece tipik fiillerle sınırlandırılmaması ve tipe uygun olmayan fiillere de genişletilebilmesi için hukuka aykırı fiilin (suçun yahut kabahatin) özel görünümünü düzenlemelerine ihtiyaç bulunmaktadır²⁴⁹.

Yukarıda belirtilen nedenlerle failin eyleme başlayıp da yarım bırakması, tamamlayamaması ya da eylemi tamamlanması fakat neticenin ortaya çıkmaması gibi hukuka aykırı eyleme teşebbüs olarak nitelendirilen haller bakımından özel düzenlemeler getirilmelidir. Benzer şekilde ilgili kanunların lafzına göre tek bir kişi tarafından icra edilebilecek hukuka aykırı bir fiili bazen birden fazla kişi iştirak halinde ortaya çıkarabilmektedir. Yine bir fiille eş zamanlı olarak aynı kanunun birden fazla yasaklayıcı maddesinin ihlal edilmesi ya da birden fazla fiil ile aynı hukuka aykırılığın işlenmesi söz konusu olabilmektedir. İşte böyle durumlarda da iştirak ve içtima düzenlemelerine başvurulmalıdır²⁵⁰. İlerleyen bölümde daha detaylı değinileceği üzere içtima düzenlemeleri sayesinde tek fiil ile birden fazla maddenin ihlal edilmesi veya çok sayıda fiil ile aynı maddenin birden fazla kez ihlal edilmesi durumlarında ihlal ya da fiil sayısı kadar değil fakat ağırlaştırılmış tek bir cezanın uygulanması sağlanmaktadır²⁵¹.

Sonuç olarak kanundaki yaptırımların alanını genişleten veya daraltan hükümlere “suçun/kabahatin özel görünüş şekilleri” denilmekte olup ilerleyen bölümde konu rekabet hukuku bakımından ele alınacaktır.

249 KOCA, Mahmut; “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtibatlarının Değerlendirilmesi”, CHKD, C. 3, S. 2, 2015, ss. 104.

250 Özgenç, Üzülmöz, s. 116.

251 Koca, s. 104.

B. Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme ve Etkin Pişmanlık

Kabahatler Kanunu'nun 13. maddesine göre kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilabileceğine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, TCK'nın teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.

Rekabet hukuku uyarınca değerlendirme yapmak gerekirse, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, yalnızca rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak engelleme bozma ya da kısıtlama amacını taşımak rekabet ihlalinin varlığı için yeterli sayılmıştır. Yine 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (d) bendinde “*belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler*” hâkim durumu kötüye kullanma hali olarak sayılmış ve yasaklanmıştır.

TCK'nın 35. maddesine göre suça teşebbüs kişinin, işlemeyi kastedtiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması halidir²⁵². Bu kapsamda suça teşebbüsün şartları; icra hareketlerine başlanmış olması, failin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini bitirememesi veya neticenin gerçekleşmemesi olarak sayılabilecektir²⁵³.

Bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı ortaya konulduğu müddetçe rekabet hukuku bu anlaşmayı, kural olarak, pazardaki etkilerine bakılmaksızın amaç yönünden yasaklamakta olduğundan bu durum, teşebbüsün şartlarından olan neticenin gerçekleşmemiş olması durumuna benzetilebilecektir. Zira rekabeti ihlal etme amacı taşıyan eylemler, Kurul tarafından tamamlanmış eylemler gibi idari para cezasına çarptırılabilir²⁵⁴. Çünkü 4054 sayılı Kanun'un lafzından rekabeti kısıtlama amacı taşıyan eylemler ile etki doğuran, hatta doğurabilecek nitelikte olan eylemler arasında fark gözetilmediği anlaşılmaktadır²⁵⁵.

252 Özgenç, Üzülmöz, s. 115.

253 Bekar, a.g.m., s.1047.

254 Kaya, a.g.e., s.102.

255 a.g.e., s.102.

TCK'nın 36. maddesine göre gönüllü vazgeçme kişinin, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi şeklinde gerçekleşmektedir. Mezkûr maddeye göre, kişi bu durumda teşebbüsten cezalandırılmamakta, fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılması söz konusu olmaktadır²⁵⁶.

Rekabet Kanunu henüz eyleme geçmeyen ancak rekabeti sınırlandırmayı amaçlayan yahut böyle bir niyeti olan teşebbüsleri dahi cezalandırmaktadır. Dolayısıyla bir kez rekabete aykırı bir eylem icra edilmeye başlandığında, hatta düşünüldüğünde, eylemin neticeleri ortaya çıkmasa bile 4054 sayılı Kanuna aykırılık meydana gelmiş olmaktadır²⁵⁷. Ancak kanımızca bir teşebbüse, örneğin katıldığı bir teşebbüs birliği toplantısında yahut mail ortamında, kendisi talep etmediği halde, herhangi bir rakibine ilişkin olarak rekabete hassas nitelikte bir bilgi gelmesi; bilgiyi alan teşebbüsün derhal duruma itiraz etmesi ve bilgiyi gönderen kişiyi uyararak açıkça bir daha bu şekilde bilgi vermemesini yazılı bir şekilde talep etmesi durumunda, itiraz eden teşebbüsün gönüllü vazgeçme sayesinde bilgi paylaşımı nedeniyle cezalandırılmayacağı ifade edilebilecektir. Ancak söz konusu teşebbüsün böyle bir durumda ceza almaması için sadece itiraz etmiş olması yeterli değildir. Ayrıca kendisine verilen bilgiyi kendi ticari stratejisini belirlerken kullanmamış olması da gerekir²⁵⁸. Sonuç olarak rekabet hukukunda gönüllü vazgeçmenin çok istisnai hallerde ilgili teşebbüsleri ceza almaktan kurtarabileceği değerlendirilmektedir. Diğer pek çok durumda kanaatimizce icrai

256 TCK m. 36: "(1) Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır."

257 ASLAN, Ece Fatma, *Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı*, Ankara, *Rekabet Dergisi*, C.13, S.3, (2012), s. 70. Sadece rekabete hassas bilgi paylaşımı yapılan bir dernek toplantısına katılmış olmak ve/veya rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya taraf olduktan sonra vazgeçerek bu anlaşmayı uygulamamak dahi ilgili teşebbüsün cezalandırılması için yeterli sayılmaktadır.

258 TÜSİAD REKABET HUKUKU ÇALIŞTAYLARI, *Pazar İstibbaratı Araştırmaları ve Rakipler Arası Bilgi Değişimi*, 18 Şubat 2016, s. 25. file:///C:/DATA/Kar%C5%9F%C4%B1dan%20Y%C3%BCklenenler/PazarZlystihbaratyZArasytyrmalaryZveZRakiplerZArasyZBilgiZDegyisyimiZ-ZS-yubat.pdf

hareketleri kendi rızası ile sona erdirmiş olmak ve neticeyi engellemeye çalışmak ancak ihlalin süresini kısalttığı sürece temel para cezasının daha düşük belirlenmesinde ya da Ceza Yönetmeliğinin 7. maddesi çerçevesinde zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi durumunda hafifletici neden olarak dikkate alınabilecek hususlardır.

Etkin pişmanlık fiilin icrasını tamamlayan failin, vazgeçerek fiilin neticelerini önlemeye çalışması için çaba göstermesi olarak tanımlanabilecektir²⁵⁹. TCK kapsamında her bölümün sonunda veya ilgili suçun hemen ardından etkin pişmanlık hükümlerine yer verildiği görülmekteyken, Kabahatler Kanunu kapsamında etkin pişmanlıkla ilgili bir hükme yer verilmemiştir.

4054 sayılı Kanun'un 16/6. maddesi uyarınca çıkarılan Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında Kurum ile aktif işbirliği yapanlara idari para cezalarından bağışıklık tanınabilmekte veya verilecek idari para cezalarında indirim yapılabilmektedir. Bununla birlikte Pişmanlık Yönetmeliği kartellere uygulanan cezalarla sınırlıdır. Bu kapsamda Pişmanlık Yönetmeliği uyarınca kartellerin ortaya çıkarılması için getirilen hükümlerin TCK'da düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlık kurumu ile benzerlik gösterdiği söylenebilecektir. Pişmanlık Yönetmeliği genel olarak dünyada gözlenen gelişmelerle paralel özellikle kartellerle etkin mücadele bakımından önemli bir adım olarak kabul edilmektedir²⁶⁰.

Benzer şekilde Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinde zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi hali hafifletici unsur olarak sayılmış olup, bu durum TCK'daki mala karşı işlenen suçlarda etkin pişmanlık hükümlerindeki zararın tazmini hükümlerine benzetilebilecektir²⁶¹. Bununla birlikte belirtilmesi gerekir ki, Ceza Yönetmeliği'nde yer verilen hafifletici unsurlar tahdidi olarak sayılmamıştır. Bir başka ifadeyle somut olayın özellikleri çerçevesinde Kurul, Ceza

259 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Düzenlenen İdari Para Cezaları*, s.102.

260 ARI, M. Haluk ve AYGÜN, Esin, *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Para Cezaları ve Pişmanlık Programları Sunumu*, İstanbul, 2008., s.17. <http://docplayer.biz.tr/2609353-Rekabet-hukuku-uygulamalarinda-para-cezaları-ve-pişmanlık-programları.html> (Erişim Tarihi: 20.03.2020)

261 a.g.e., s.103.

Yönetmeliği'nde açıkça yer verilmeyen bir hususu da hafifletici bir unsur olarak kabul edebilecektir²⁶².

Yukarıda da ifade edildiği üzere TCK'da etkin pişmanlık her bir ilgili suça özgü olarak ayrı ayrı düzenlenmiş olup, TCK'da etkin pişmanlığın ne zaman yapılabileceğini gösterir nitelikte bir başka ifade ile etkin pişmanlığın zamanlamasına önem veren hükümler bulunmaktadır^{263,264}. Rekabet hukuku uyarınca Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında da işbirliğinin zamanlaması önem taşımaktadır. Pişmanlık Yönetmeliği'nin "Para Cezası Verilmemesi" kenar başlıklı 4. maddesine göre Kurul'un ön araştırma yapmaya karar vermesinden önce veya Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, rakiplerinden bağımsız bir şekilde bilgi ve belge sunan ve koşulları yerine getiren ilk teşebbüse idari para cezası verilmeyeceği düzenlenmiştir. Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6. maddesinde bu yönetmelikten yararlanmaya ilişkin usul ve koşullar ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

C. İştirak

Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesine göre, kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idari para cezası verilir.

Rekabet hukuku uyarınca da aynı şekilde ihale katılan her teşebbüs için ayrı ayrı idari para cezası verilmektedir. Zira 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar yasak kabul edilmiştir.

262 Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, s.36.

263 Örneğin; Organ ve doku ticareti suçuyla ilgili etkin pişmanlığın düzenlendiği TCK'nın 93. maddesine göre, "Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haberi alınmadan önce durumu merciiine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolünmaz." Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin olarak ise TCK madde 168/5'de "karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hükmü verileceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz" hükmü bulunmaktadır.

264 Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Düzenlenen İdari Para Cezalar*, a.g.e., s.104.

Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında kalan bir ihlalin varlığından bahsedilebilmesi için en az iki teşebbüsün varlığı gerekmektedir. Yani kabahatin tipik unsuru en az iki tane fail gerektiriyorsa iki failin kabahati beraber işlemesi durumunda ortada bir iştirak hali mevcut bulunmaz.

Bununla birlikte rakipler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı yatay anlaşma veya uyumlu eylemlerde, alt ve/veya üst pazarlarda olmak üzere farklı seviyelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin iştirak hükümleri kapsamında cezalandırılması mümkündür²⁶⁵. Bu çerçevede örneğin Kurul Roche/EİP/Beşer kararında²⁶⁶ pazarda sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren rakip teşebbüsler Roche ve EİP ile bunların depoları olan dolayısıyla alt pazarda faaliyet gösteren Beşer'e idari para cezası verilmesine hükmetmiştir²⁶⁷. Bu durum rekabeti kısıtlayıcı yatay bir anlaşmaya pazarın farklı seviyelerinde bulunan dolayısıyla rakip olarak değerlendirilemeyecek teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde iştirak hükümleri uyarınca ceza alabilmektedirler²⁶⁸. Benzer şekilde rekabet hukuku literatüründe, sağlayıcı ve dağıtıcıları arasında veya bir dağıtıcı ile sağlayıcıları arasındaki iletişim neticesinde rekabet açısından hassas bilgilerin paylaşımı ve bu yolla rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya uyumlu eylemin ortaya çıkması olarak bilinen "Hub and Spoke" tipi anlaşmalara²⁶⁹ ilişkin verilen kararlarda, rekabet hukuku uyarınca teşebbüslerin iştirak hükümleri kapsamında cezalandırıldığına örnek olarak gösterilebilecektir. Ayrıca Kurul, Çorum Yapı Denetim Firmalarına ilişkin kararında²⁷⁰

265 YAVUZ, Şahin, "Kababatler Kanunununun İştirake İlişkin Hükümleri Rekabet İhlallerine Uygulanabilir Mi?", Ankara, AÜHF, C.63, S.4 (2014), s.903.

266 Rekabet Kurulu'nun 20.08.2014 tarih ve 14-29/588-255 sayılı kararı.

267 Rekabet Kurulu'nun 20.08.2014 tarih ve 14-29/588-255 sayılı kararı. Kurul Kararı'nda "Beşer soruşturmanın diğer taraflarıyla aynı seviyede faaliyet göstermesi de her iki dikey ilişkinin de taraflı olarak inceleme konusu ilişki üçgeninin yürütmesinde asli aktör durumundadır: Roche ve EİP'nin uyumlu eylemi sonucunda, Beşer üzerinde iki rakip ürünün buluşturulmasıyla, ibalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir. Bu nedende, Beşer'in ihlaldeki payı en az diğer taraflarınki kadardır. Öte yandan, 2003 yılı boyunca, rakipsiz kalan Beşer'in granisetron ibalelerinin tamamına yakını kazanmış olması, deponun rekabetin engellenmesinden kaynaklanan çıkarına işaret etmektedir." değerlendirmelerinde bulunmuştur (s.7-8).

268 Yavuz, a.g.e., s.904.

269 Rekabet Kurulu'nun 07.11.2016 tarih ve 16-37/628-279 sayılı kararı.

270 Rekabet Kurulu'nun 02.12.2013 tarih ve 13-67/929-391 sayılı kararı, para. 120-133 Söz konusu şirket adaletli iş dağıtım sistemi (AİDS) adı altında bir program temin ederek temel olarak fiyatlandırma yolu ile müşterilerin yönlendirilerek paylaşılmasını sağlamış ve bir çeşit havuz

sistemi olarak dizayn edilmiştir. Rekabet ihlalinin yürütülmesi bakımından ilgili program üzerinden yapılan bilgi girişi ve rakipler arası bilgi paylaşımı önem arz etmiştir. Kararın ilgili 120 ila 133'üncü paragrafları arasındaki açıklamalar aşağıdaki gibidir:

"Duru Bilişim'in temel faaliyetinin yapı denetimi sektörüne hizmet veren yazılımları üretmek olduğu anlaşılmış ve bu kapsamda internet sayfası da incelenmiştir. Duru Bilişim'in internet sayfasında, "Yapı Denetim İş Dağıtım (Havuz) Programı" adlı programın sağlandığına ilişkin ibareler bulunduğu tespit edilmiştir. Söz konusu programın tanıtımına ilişkin olarak Duru Bilişim'in internet sayfasında şu ifadeler yer almıştır: "İllerde şantiyelerin belirli bir düzende firmalar arasında eşit olarak dağıtılmasını sağlayan Havuz sistemidir."

Yukarıda da değinildiği üzere, ilgili havuz programının yapı denetim firmaları arasında işbirliğini kolaylaştıracak bir platform olarak kullanıldığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla bu programı üreten Duru Bilişim'in, 4054 sayılı Kanun kapsamındaki durumu irdelenmiştir:

Bilindiği üzere 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde kabahat, kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü baksızlık olarak tanımlanmakta, yine aynı Kanun'un 3. maddesinde, söz konusu kanununun genel hükümlerinin, idari para cezası gerektiren bütün fiiller bakımında uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Yine Kabahatler Kanunu'nun "İştirak" başlığını taşıyan 14. maddesi hükmü şu şekildedir:

'(1) Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idari para cezası verilir.

(2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kababate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi bakımında da fail olarak idari para cezası verilir.

(3) Kababate iştirak için kasten ve bukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi bakımında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idari para cezası verilir.

(4) Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suça iştirake ilişkin hükümler uygulanır.'

Kabahat teşkil eden bir fiilin gerçekleştirilmesine birden fazla kişinin katkıda bulunması halinde, sorumluluğun tespiti bakımından özel bir norma ihtiyaç bulunmamaktadır. Kabahatler Kanunu'nda da bu husus dikkate alınarak genel hükümler kısmında iştirake ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. İştirake ilişkin hükümler; suçu/kabahati genişletici ve tamamlayıcı bir etki gösterdiklerinden, aslında suç/kabahat tanımına girmeyen hareketlerin cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Böylelikle, suçun/kabahatin tanımındaki hareketi yapma dışında katkıda bulunanların cezalandırılması mümkün olmaktadır.

Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesinin gerekçesine bakıldığında, kabahatlere iştirak haliyle ilgili olarak tek tip fail sisteminin kabul edildiği ve kabahatin işlenişine iştirak eden kişiler arasında fail ve şerik (azmettiren veya yardım eden) ayırımı gözetilmediği belirtilmektedir. Madde gerekçesinde devamlı, kababate iştirak için kasten ve bukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığının gerekli ve yeterli olduğu, bunun sonucu olarak, kabahatin işlenişine iştirak eden kişilerden birinin, örneğin kusur yeteneğinin olmamasının, diğer ortakların idari para cezası ile cezalandırılmasını engellemeyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede Kabahatler Kanunu'nun, iştirak haliyle ilgili olarak tek tip fail sistemini kabul ettiği görülmektedir. Dolayısıyla, kababate iştirak edenin konumu asıl failin düzeyine çıkartılarak iştirake de bir fail olarak nitelendirilmiştir.

Kabahatler Kanunu'nun genel hükümler bölümünde yer alan ve iştirak halini düzenleyen 14. maddesinde açıkça, kababate iştirak için kasit unsurunun varlığı zorunlu kılındığından, Duru Bilişim'in bu anlamda bir sorumluluğundan bahsedebilmek için kasıtlı olarak hareket edip etmediğinin irdelenmesi gerekmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında kast, "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi" olarak tanımlanmıştır. Maddede de açıkça belirtildiği üzere kasttan amaç, fiilin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu çerçevede kastın iki unsuru olup, bunlardan birincisi bilme, ikincisi ise isteme unsurudur.

Duru Bilişim'in fiilinin, bilme ve isteme unsurlarını içerip içermediği irdelendiğinde, Duru Bilişim'de yapılan yerinde incelemede bulunan ve yukarıda yer verilen "Adaletli İş Dağıtım Siste-

yapı denetim firmalarının yanı sıra firmalara yazılım desteği sağlayan şirkete de ceza vermiştir²⁷¹. İlgili karar Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiş bulunan iştirak maddesinin rekabet huku-

mi" başlıklı sunum ile "Yapı Denetim Havuz Sistemleri" başlıklı belgedeki şu ifadeler önem arz etmektedir:

"Bu sistemin diğer sistemlerden farkı iş alamama söz konusu değildir ve bu sebeple rekabet kuruluna bir şikâyet olması söz konusu değildir."

"Denizli'de 2010 yılında uygulanan sistem Rekabet Kurumu tarafından iptal edilmiştir. Denizli'de derneğin belirlediği yapı denetim firması ile çalışmak zorunluluğu vardı. Aksi halde belediye ruhsat vermiyordu. İptalin iptal sebeplerine göre farklı uygulamalar oluşmuştur."

Genel itibarıyla değerlendirildiğinde Duru Bilişim'in, yapı denetim kuruluşlarınca yapılan iblal çerçevesinde dahil olduğu fiiller şöyle sıralanabilir:

1- Duru Bilişim'in internet sayfasında, "Yapı Denetim İş Dağıtım (Havuz) Programı"nın ücretsiz dağıtımını ve reklamını yapmak,

2- Söz konusu havuz programının Çorum ilinde uygulanmasına yönelik olarak teknik destek vermek,

3- Çorum'daki havuz sisteminin işleyişine yönelik olarak <http://www.yapidenetimcorum.com> adlı internet sitesinin kurularak teknik destek vermek,

4- AIDS sunumu ile sistemin tanıtımını ve reklamını yapmak.

Duru Bilişim'in desteği daha önce de ifade edildiği üzere, bu sistemin işlemesi bakımından esaslı bir unsur niteliğindedir. Nitekim sistemin yürümesi bakımından bilgi paylaşımı ve bu bilgilerin girileceği altyapı ve bunun sürekliliği önem arz etmektedir. Dolayısıyla Duru Bilişim'in, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin iblali şeklinde ortaya çıkan kabahatin işlenmesinde etkili bir rol oynadığı kanaatine varılmıştır.

Öte yandan, Duru Bilişim'in kendi ifadelerinde yer alan, Denizli'de 2010 yılında ve Çorum'da 2011'de uygulanan sistemlerin Kurul tarafından sakıncalı bulunduğu bilgisi kendilerinde mevcutken, uygulanması açıkça şüpheli olan bir sistemin uygulanmasına baştan sona teknik destek vermiş ve bunun yanında başka illerdeki diğer firmalara yönelik olarak tanıtım ve reklamını yapmıştır.

Nitekim uygulanan sistemin ve Duru Bilişim'in havuz programının yaygınlaşması kendilerinin ekonomik fayda elde etme imkanlarını genişletmektedir. Bu noktada yukarıda ifade edildiği üzere AIDS tanıtım sunumunda belli bir süredir uygulanan Çorum'daki sistem örnek verilerek diğer firmalar bakımından gerek bir süredir uygulanıyor olması gerekse daha önce ifade edildiği üzere rekabet hukuku bakımından bir şikâyete neden olmayacağı ifadeleri sistemin problem yaşanmaksızın uygulandığı intibahı uyandırmakta ve uygulamayı düşünecek firmaların tereddütlerini giderebilecek niteliktedir. Söz konusu sunum daha önce yer verildiği üzere başka bir ildeki yapı denetim kuruluşları birliği tarafından hazırlanmış gibi gözükmeyle birlikte, sistemin yaygınlaşmasından fayda sağlayacak olan aynı zamanda Duru Bilişim olması nedeniyle, Duru Bilişim'in bu tanıtım sunumunun hazırlanmasına da önemli katkıda bulunmuş olmasının yadsınamayacağı açıktır.

Bu bilgiler çerçevesinde Duru Bilişim'in, yaptığı eylemleri bilerek gerçekleştirdiği ve ortaya çıkacak neticeyi de istemişti olduğu, dolayısıyla kasit unsurunun bulunduğu kanaatine varılmıştır. Nitekim Duru Bilişim sisteme sadece teknik destek vermekle kalmayıp, uygulanan sistem iblal unsurları barındırmasına rağmen, iblal barındırmadığı ve problemsiz uygulandığı ibarelerini de içerecek şekilde diğer firmalara tanıtımını desteklemiştir. Keza söz konusu "Adaletli İş Dağıtım Sistemi"nin adından da anlaşılacağı üzere, bu sistemin uygulanması sonucunda katılan firmaların mevcut işleri paylaşmış olacakları da bilinmekte ve bu sonucun ortaya çıkması istenmektedir.

Bu çerçevede, Duru Bilişim açısından da 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde idari para cezası uygulanması gerektiği kanaatine varılmıştır."

271 Yavuz, a.g.e., s.902.

ku bakımından da uygulanabileceğine bir örnektir. Zira anılan karar-
da Kurul tarafından rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmaya taraf olmasa da
bu anlaşmanın hayata geçirilmesinde teknik bir rol üstlenen şirket
de cezalandırılmıştır²⁷².

Son olarak konunun 4054 sayılı Kanun'un hâkim durumun kötü-
ye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesi²⁷³ kapsamında da değeren-
dirilmesi yerinde olacaktır. İlgili madde uyarınca hâkim durumdaki
teşebbüsün tek yanlı davranışlar ile rekabeti engelleme, bozma ve
sınırlama gücüne sahip olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte
4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde hâkim durum "*belirli bir piya-
sadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden
bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi eko-
nomik parametreleri belirleyebilme gücü*" şeklinde tanımlanmıştır. İl-
gili tanımda yer alan "veya birden fazla teşebbüsün" ifadesi nede-
niyle, birden fazla teşebbüsün birlikte hâkimiyeti durumunda da
hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinin ortaya çıkabileceği
kabul edilmektedir. Bu doğrultuda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi
kapsamında ancak birden fazla teşebbüsün birlikte hakimiyeti duru-
munda iştiraktan bahsedilebilecek olup hâkim durumdaki bir teşeb-
büsün tek yanlı eylemlerinin iştirak oluşturması mümkün değildir.
Fakat bu ihtimalde de 6. madde doğrudan iştirak eden teşebbüsün
de cezalandırılmasına imkân tanıdığından Kabahatler Kanunu'nun
14. Maddesinin uygulanması gerekli görülmeyecektir.

D. İçtima

5326 sayılı Kanun'un "İçtima" başlıklı 15. maddesinin birinci fı-
rasına göre; bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu ka-
bahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse,
en ağır idari para cezası verilmekte, bu kabahatlerle ilgili olarak ka-
nunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş
ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilmektedir.
Bu fıkranın ilk kısmı Türk Ceza Kanunu'nun farklı neviden fikri iç-

272 a.g.e., s.902.

273 4054 sayılı Kanun m.6: "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölü-
münde bir mal veya hizmet piyasasındaki bâkim durumunu tek başına yabut başkaları ile ya-
pacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*"

tima hükmüne benzer şekilde düzenlenmiş olup, idari para cezaları bakımından uygulama alanı bulmaktadır²⁷⁴.

4054 sayılı Kanun'da ise kanunun bir hükmünün birden fazla fiille ihlal edilmesi halinde her bir fiil için ayrı ceza verilip verilmeyeceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır²⁷⁵. Her ne kadar doktrinde 4054 sayılı Kanun'un bir hükmünün birden fazla kez ihlal edilmesi halinde birden fazla cezanın uygulanması gerektiği, farklı yönlerden ihlal iradesi gerçekleştiğinde farklı suçların olduğu ve her bir ihlal için ayrı ceza verilmesinin daha uygun olduğu yönünde görüşler bulunsa da²⁷⁶, Danıştay'ın görüşü 4054 sayılı Kanun'un bir hükmünün birden fazla fiille ihlali halinde bu durumun ağırlaştırıcı sebep sayılması gerektiği, iki ayrı ceza verilmesinin hukuka aykırı olduğu yönündedir²⁷⁷. Her ne kadar Kabahatler Kanunu'nun lafzından hareketle aksi yönde bir sonuç çıkarılabilecek olsa da rekabet ihlallerinin niteliği dikkate alındığında Danıştay'ın bu görüşünün yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Rekabet Kurulu'nun bu doğrultuda vermiş olduğu Beyaz Et kararında, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerden bazılarının piliç eti fiyatını yükseltmek için anlaştıkları, piliç eti arzının kısılması için birtakım faaliyette buldukları, gizli şirket bilgilerini ve ileri tarihli liste fiyatlarını birbirleriyle paylaşarak piliç eti piyasasındaki şeffaflığı arttırmaya çalıştıkları ve bayilerine diğer bayilerle anlaşarak diğer piliç eti üreticilerinin fazla mal üretmesini engellemeye çalıştıkları tespit edilerek, bu teşebbüslerin piyasada kartel oluşturdukları değerlendirilmiştir²⁷⁸. Görüldüğü üzere piliç eti üreticilerinin oluşturdukları kartel kapsamında gerçekleştirdikleri faaliyetlerin her biri 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmektedir. Bununla birlikte Kurul'un, bu eylemlerin her biri için ayrı ayrı idari para cezası vermek yerine teşebbüslerin davranışları sonucunda tek bir ihlal oluştuğunu kabul ederek buna göre ceza verdiği görülmekte-

274 Bekar, a.g.e., s. 1048-1049.

275 Aslan, a.g.e., s. 1113.

276 Aslan, a.g.e., s. 1114.

277 Danıştay Onuncu Daire, Esas No: 2004/9893, bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/DavaDetay?davaId=dc885c10-0e25-416d-8de7-ca24ae921f6d>

278 Rekabet Kurulu'nun 25.11.2009 tarih ve 09-57/1393-362 sayılı kararı

dir. Buradan anlaşıldığı üzere Kurul, 4054 sayılı Kanun’u tek başına ihlal edebilecek birden fazla eylemin varlığı halinde, tek bir ihlalin varlığını kabul etmektedir²⁷⁹.

Bu durumun daha net anlaşılabilmesi için fiil tekliği-çokluğu kavramlarına değinmek gerekmektedir. Fiilin tekliği veya çokluğu maddi ve hukuki anlamda farklı manalara gelebilmektedir. Ortada maddi anlamda birden fazla eylem varken hukuki manada da birden fazla fiil olabileceği gibi var olan eylemler hukuki anlamda tek bir fiili de teşkil edebilmektedir. Nitekim yukarıda bahsedilen Kurul kararında da maddi anlamda birden fazla olan eylemler hukuki manada piyasa, nitelik ve kronolojik süreç bakımından birbirlerinden bağımsız kabul edilmemektedir. Dolayısıyla bu eylemler tek bir ihlale sebebiyet vermektedir ve ihlalin ağırlığı dikkate alınarak temel para cezası daha yüksek bir orandan belirlenmektedir.

5326 sayılı Kanun’un 15. maddesinin üçüncü fıkrası²⁸⁰ uyarınca ise; bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilmekte, ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanmaktadır. Böylece kişi hakkında sadece suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilecektir; fiilin kabahat oluşturması dolayısıyla ayrıca idari yaptırım uygulanamayacaktır²⁸¹.

Türk hukukunda kural olarak rekabet ihlalleri için ceza hukuku anlamında bir yaptırım söz konusu olmasa da bunun istisnasını iha-

279 Bu kapsamda bahsedilmesi gereken hususlardan biri “devam eden tek ihlal” yaklaşımıdır. Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen *Polipropilen* kararında (Case C-49/92P) ortak bir plan çerçevesinde aynı ekonomik amaca yönelen, zamana yayılmış anlaşma/uyumlu eylemler tek bir ihlal olarak sınıflandırılmıştır. Kararda, teşebbüsler arasında tespit olunan birden fazla anlaşma/uyumlu eylemin, fiyat hareketlerini kontrol etmeyi hedefleyen tek bir ekonomik amaca sahip genel sistemin birer parçası olduğu ve tek bir amaca sahip bu ihlali parçalara ayırmanın yanlış olacağı değerlendirilmiştir. Bir ihlalin devam eden tek bir ihlal olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu faaliyetlerin iki tarih arasında kesintisiz bir şekilde devam ettiğinin kanıtlanması gerekmektedir. Konu hakkındaki Kurul kararları için; bkz. 25.11.2009 tarihli ve 09-57/1393-362 sayılı Beyaz Et kararı, 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı Kurumsal Krediler kararı, 19.12.2005 tarih ve 05-85/1181-335 sayılı Yonga Levha kararı, 06.04.2012 tarih ve 12-17/499-140 sayılı Doğu Çimento kararı

280 Kabahatler Kanunu m.15/3: “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilir.”

281 Bekar, a.g.e., s. 1049.

lede danişıklı davranışlarda bulunmak oluşturmaktadır²⁸². Danişıklı ihale, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil ettiği gibi, ihaleye fesat karıştırma suçuna sebebiyet verebilmesi dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi kapsamına da girmektedir^{283,284}.

Bununla birlikte yukarıdaki fıkra doğrultusunda, Türk Ceza Kanunu hükümleri uyarınca bir kişiye ceza verilmiş olması halinde, ayrıca 4054 sayılı Kanun'a aykırılık sebebiyle idari para cezası verilemeyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yukarıda "Organ ve Temsilcilerin Davranışlarından Sorumluluk" başlığında da değinildiği gibi, 4054 sayılı Kanun'un ihlaline konu olan ve Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil eden fiili işleyen kişinin gerçek kişi mi, yoksa tüzel kişi mi olduğudur.

Rekabet hukukunda hukuka aykırı davranışın failine teşebbüs denilmekte olup, teşebbüsün gerçek kişi olması zorunlu değildir²⁸⁵. Nitekim söz konusu teşebbüsün tüzel kişi olması halinde Türk Ceza Kanunu'nun 20/2. maddesi uyarınca bu kişiye ceza yaptırımını uygulanamayacağı için, 4054 sayılı Kanun kapsamında idari para cezası verilmesi mümkün olacaktır. Öte yandan, ilgili davranışta bulunan kişinin gerçek kişi olması ve bu kişiye Türk Ceza Kanunu uyarınca ceza verilmesi halinde, 4054 sayılı Kanun kapsamında idari para cezası verilemeyecektir.

Ancak bu durumda, her ne kadar sonucunda idari para cezası verilemeyecek olsa da Rekabet Kurulu tarafından söz konusu gerçek kişi hakkında soruşturma açılmasının önünde bir engel bulunmaktadır²⁸⁶. Zira Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde sorumluluktan söz edilirken, 5326 sayılı Kanun'un 15/3. maddesinde yaptırım uygulanmasından söz edilmektedir. Bu kapsamda kişi hakkında

282 ATEŞ Mustafa, "Rekabet Hukukunun Ceza Hukukuyla İlişkisi", Rekabet Yazıları, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=9dd99071-44aa-43f1-ad7b-cb814f778088>, (Erişim Tarihi: 18.04.2019).

283 Ateş, a.g.e.

284 İhaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili Kurul soruşturma açmadan önce ceza kovuşturması başlarsa savcı veya hakim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 23-24 çerçevesinde idari yaptırım kararı verebilir.

285 Ateş, a.g.e.

286 Ateş, a.g.e.

soruşturma açılması, kişinin söz konusu eylemi işlediği anlamına gelmeyeceği gibi, bunun bir yaptırım olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir²⁸⁷.

VI. REKABET KURULU KARARLARININ UYGULANMASI VE KANUN YOLU

A. İdari Para Cezası Verilen Kararların Tebliği, Kesinleşmesi ve Tahsili

4054 sayılı Kanun'un 54. maddesine göre, Kurul kararlarına yönelik süreler, gerekçeli kararın taraflara tebliği tarihinden itibaren başlamaktadır. Dolayısıyla, tebliğ aşaması son derece önemli olup usulüne uygun tebliğ edilmeyen bir kararda sürenin başlamaması durumu söz konusu olabilecektir. Tebliğ işlemlerinin yerine getirilmesine Tebligat Kanunu²⁸⁸ hükümleri uygulanmaktadır²⁸⁹.

Kurul tarafından verilen idari para cezası kararı, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ("İYUK") 7. maddesi gereğince, 60 günlük dava açma süresi içerisinde yetkili idare mahkemesi nezdinde dava açılmaması halinde kesinleşecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, 60 günlük dava açma süresi kararın verildiği tarihten itibaren değil, gerekçeli kararın taraflara tebliğ edildiği tarihten itibaren başlamakta olduğudur²⁹⁰.

Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezalarının tahsili hususu 4054 sayılı Kanun'un mülga 18. maddesinde düzenlenmekteydi. Anılan hükmün 23.01.2008 tarihinde ilga olmasından sonra, bu hususta 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesi uygulanmaya başlamıştır.

Söz konusu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca; kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idari para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilmekte, taksitlerin zamanında ve

287 Ateş, a.g.e.

288 19.02.1959 tarih ve 10139 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7201 sayılı Tebligat Kanunu.

289 Kaya, s.141-142.

290 a.g.e., s. 141- 142.

tam olarak ödenmemesi halinde ise idari para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilmektedir. Görüldüğü üzere; Rekabet Kurulu tarafından hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilen teşebbüs, teşebbüs birlikleri, yönetici veya çalışanlar söz konusu idari para cezasını peşin olarak ödemek zorunda tutulmamışlardır. Bu kişiler, ekonomik durumlarının el vermiyor olması ve ilk taksitin peşin ödenmesi şartıyla, idari para cezalarını bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödeyebilmektedirler.

5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin altıncı fıkrası kapsamında ise; idari para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçünün tahsil edileceği, peşin ödemenin kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemeyeceği öngörülmektedir. Bu hüküm uyarınca, hakkında idari para cezası uygulanan kişinin söz konusu cezayı, cezaya konu karara karşı kanun yoluna başvurmadan önce ödemesi halinde %25 oranında peşin ödeme indiriminden yararlanacağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, idari para cezasının ödenmesinin ilgili karara karşı kanun yoluna başvurulmasının önünde bir engel oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla kişi, Rekabet Kurulu'nun gerekçeli kararının kendisine tebliğinden itibaren başlayan 60 günlük dava açma süresi içerisinde, henüz dava yoluna başvurmadan önce verilen cezayı ödemesi halinde %25'lik bir indirimden yararlanacak, daha sonrasındaysa aynı süre içerisinde ilgili karara karşı iptal davası açabilecektir²⁹¹.

B. İdari Para Cezası Kararına Karşı Kanun Yolları

1. İlk Derece

İdari uyuşmazlıklar hakkında ilk derecede karar vermekle görevli idari yargı yerleri; idare mahkemeleri, vergi mahkemeleri ve sınırlı sayıdaki uyuşmazlıklarla ilgili olarak Danıştay dava daireleridir²⁹². 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinde Kurul kararlarına karşı gidilebilecek yargı yolu belirtilmektedir. Buna göre, idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilen ve

291 Kaya, s. 62, 143.

292 CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, 5. Baskı, s. 16.

Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılmaktadır. Bununla birlikte, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idari para cezalarının takip ve tahsilini durdurmamaktadır. Söz konusu maddenin 05.07.2012 tarihinde yapılan değişiklikten önceki eski halinde ise, Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idari para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği öngörülmekteydi²⁹³.

4054 sayılı Kanun'da Kurul kararlarına karşı açılacak iptal davalarında hangi idare mahkemelerinin yetkili olduğunun belirtilmediği görülmekte olup, bu hususta genel hükümlere bakılması gerekmektedir. 2577 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrası uyarınca bu kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir. Dolayısıyla bu hüküm dikkate alındığında, Kurul kararlarına karşı açılacak iptal davalarında yetkili mahkemelerin Ankara İdare Mahkemeleri olduğu anlaşılmaktadır²⁹⁴.

4054 sayılı Kanun'da Kurul kararlarına karşı iptal davası açma süresi gösterilmemiştir. Dolayısıyla bu hususta 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrası dikkate alınmalıdır. İlgili fıkırada dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğu belirtilmektedir. Dava açma süresi ise 4054 sayılı Kanun'un 54. maddesi uyarınca gerekçeli Kurul kararının taraflara tebliğ edildiği tarihte başlamaktadır²⁹⁵.

2. İstinaf

İstinaf bir hukuk terimi olarak, ilk derece mahkemeleri ile temyiz merci arasında yer alan mahkemelerce gerçekleştirilen ikinci derece bir denetim mekanizmasıdır. İstinaf kanun yolunda, ilk derece

293 BAŞBUĞ, Mehmet Mete, Rekabet Hukuku Yargılamalarına Yeni Bir Model: Rekabet İhtisas Mahkemeleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:143, Ankara, 2015, s. 66. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/144-pdf> Erişim Tarihi: 07.04.2020.

294 Başbuğ, s. 33.

295 Kaya, s.148.

mahkemesince verilen kararın hem hukuka hem de somut olaylara uygunluğu idari yargıda bölge idare mahkemeleri tarafından denetlenmektedir. Kural olarak istinaf incelemesi sonucunda verilen kararlar kesin değil, üst mahkemenin yapacağı temyiz incelemesine tabidir²⁹⁶.

İstinaf kanun yoluna başvurulabilmesi için ilgilinin kanun yoluna başvuru bakımından hukuki yararının olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, lehine karar verilen tarafın kural olarak istinafa başvurmada hukuki menfaatinin olmadığı kabul edilmektedir²⁹⁷.

2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilmektedir. Hükümden anlaşıldığı üzere; Kurul kararlarına karşı açılan iptal davası sonucunda Ankara İdare Mahkemeleri tarafından verilecek karara karşı, Ankara Bölge İdare Mahkemesine istinaf başvurusunda bulunulması mümkündür. İstinaf başvurusu yapılması için ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın taraflara tebliğinden itibaren 30 günlük süre öngörülmektedir²⁹⁸.

Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir. Mahkeme, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek, işin esası hakkında yeniden bir karar verir.

3. Temyiz

Temyiz ise idare ve vergi mahkemeleri tarafından heyet halinde verilen kararlara ve Danıştay daireleri tarafından ilk derece mahke-

296 KESKİN Züleyha, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu", TBB Dergisi, S. 126, (2016), s. 236-237.

297 ŞİMŞEK Mehmet, "İdari Yargıda İtiraz ve İstinaf Kanun Yollarının Karşılaştırılması", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, 2016, s.967.

298 Kaya, s. 151.

mesi sıfatıyla verilen esas kararlara karşı Danıştay nezdinde gidilebi-
len bir kanun yoludur. Temyiz ile istinaf arasındaki en önemli fark
temyiz incelemesinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması-
dır. Temyiz kanun yolunda yeniden bir yargılama yapılmamaktadır.
Temyiz incelemesinde olaya uygulanan kanun hükmünün doğru tes-
pit edilip edilmediği, usul kurallarına uyulup uyulmadığı incelenir
ancak dosya hakkında yeni bir karar verilmez. Temyiz aşamasında
kural olarak yeni bilgi ve belge araştırması yapılmaz, dava dosyası
üzerinden inceleme yapılır. Ancak, ilk derece mahkemesinin ver-
miş olduğu karardan sonra ortaya çıkan ve verilen kararı etkileyecek
nitelikte olay ve deliller temyiz kanun yolunda ileri sürülebilmekte-
dir²⁹⁹.

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde; Danıştay dava dairelerinin
nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin düzenleyici ve denet-
leyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili
olarak alınan kararlara karşı açılan davalar hakkında verdikleri ka-
rarların, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştay'da,
kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilecekleri
öngörülmektedir. Rekabet Kurulu kararlarına karşı Ankara Bölge
İdare Mahkemesinde açılacak istinaf davalarının, yukarıda bah-
sedilen davalar arasında yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla ilgili
hüküm uyarınca Kurul kararları bakımından temyiz merciinin Da-
nıştay olduğu anlaşılmaktadır³⁰⁰.

Temyiz incelemesi sonucunda Danıştay, kararı hukuka uygun bu-
lursa onar. Danıştay, kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte
gösterilen gerekçeyi doğru bulmaz veya eksik bulursa, kararı, ge-
rekçesini değiştirerek onar. Öte yandan, kararda yeniden yargılama
yapılmasına ihtiyaç duyulmayan maddi hatalar ile düzeltilmesi müm-
kün eksiklik veya yanlışlıklar varsa kararı düzelterek onar. Danıştay;
görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, hukuka aykırı karar
verilmesi, usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek
nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması sebeplerinin varlığı ha-
linde incelenen kararın bozulmasına karar verir. Kararların kısmen

299 Keskin, a.g.e., s.241-242.

300 Kaya, s. 151.

onanması ve kısmen bozulması hallerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir.

C. Rekabet Kurulu Karar İstatistikleri

Rekabet Kurulu'nun son dönemde Ceza Yönetmeliği'nin doğru, şeffaf ve tutarlı bir şekilde uygulanmasına, kararların idari para cezasına ilişkin kısımlarının yargı denetimine açık, şeffaf bir şekilde yazılmasına yönelik adımlar attığı görülmektedir. İşbu bölümde, Kurul kararlarının Ceza Yönetmeliği kapsamında yapılan değerlendirmelere yönelik istatistiklere yer verilecektir.

Genel olarak, 2013-2016 döneminde, rekabet ihlallerine esaslan verilen idari para cezalarının rakamsal olarak yıllara göre düşüş gösterdiği görülmektedir. Nitekim 2013 yılında esaslan verilen idari para cezalarının toplamı 1.187.220.597,35 TL iken, bu miktar bir sonraki yıl 468.233.986,36 TL'ye düşmüş, 2015 yılında ise esaslan hiç idari para cezası verilmemiştir. 2016 yılında Kurul'un esaslan 186.435.908,50 TL idari para cezası verdiği görülmektedir. Esaslan verilen idari para cezalarının sonraki yıllarda artış gösterdiği görülmekte olup, bu miktar 2017 yılında 199.430.270 TL, 2018 yılında ise 349.374.235 TL olmuştur. 2013 yılında *12 Banka*³⁰¹ kararı kapsamında teşebbüslere uygulanan 1.116.957.468,00 TL, 2014 yılında ise *Tüpraş*³⁰² kararında söz konusu teşebbüse uygulanan 412.015.081,24 TL idari para cezası ilgili yıllarda verilen idari para cezaları içerisinde önemli bir paya sahiptir³⁰³.

301 Rekabet Kurulu'nun 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı 12 Banka kararı. (Bankacılık sektöründe faaliyet gösteren 12 teşebbüs arasında fiyat tespiti amacını taşıyan bir uzlaşma kurulduğu, bu uzlaşmanın ortak planının uygulanmasının ise; kredi, mevduat ve kredi kartı hizmetleri kapsamındaki pek çok ürüne yönelik faiz oranlarının ve ücretlerin tespitinde koordinasyon içerisinde hareket etmek üzere icra edilen bir dizi mutabakat ile hayata geçirildiği tespit edilmiştir.)

302 Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı Tüpraş kararı. (Tüpraş'ın 11.10.2008- 01.01.2009 tarihleri arasında benzin ve motorin ürünlerine dair fiyatlandırma davranışları ve 2008 yılında Alpet'e, 2009 yılında ise POAŞ'a karşı bir ürünün satışını bir başka ürünün de Tüpraş tarafından yeterli görülen miktar ve/veya oranlarda Tüpraş'tan temin edilmesi şartına bağlamak ve bunun temini için arzi kısmak şeklindeki sözleşmelere ilişkin uygulamaları yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı tespit edilmiştir.)

303 UYGUR Muhammed Safa, *"Rekabet Kurulu ve Yargı Kararlarında Ceza Yönetmeliğinin Rolü"*, Ankara, Rekabet Dergisi, C.18, S. 2 (2017), s.7-8.

Rekabet İhlallerine Esastan Verilen İdari Para Cezaları

2013	1.187.220.597,35 TL
2014	468.233.986,36 TL
2015	0 TL
2016	186.435.908,50
2017	199.430.270 TL
2018	349.374.235 TL

Kurul'un son 5 yıl içerisinde vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, 2014 yılında menfi tespit/muafiyet başvurusunda yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi sebebiyle 352.664 TL, 2018 yılında birleşme/devralma başvurusunda yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi sebebiyle 320.376 TL idari para cezası uygulandığı görülmektedir. Yerinde incelemeler sırasında yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi sebebiyle uygulanan idari para cezaları ise 2014'te 15.226 TL, 2015'te 33.500 TL, 2016'da 7.551.954 TL³⁰⁴, 2017'de ise 36.754 TL'dir. Öte yandan yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması sebebiyle 2017'de 3.225.409 TL³⁰⁵, 2018'de ise 332.634 TL idari para cezası uygulanmıştır. 2018 yılında bu sebeple uygulanan idari para cezalarından 138.552 TL tutarındakinin 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesi uyarınca verilmiş olması dikkat çekmektedir. Kurul'un 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca gönderdiği görüşe uyulmaması sebebiyle vermiş olduğu cezalara sektörel bazda bakıldığında; kırtasiye ve büro makineleri sektöründe 473.778 TL, medya ve reklam sektöründe 7.033 TL, turizm ve konaklama sektöründe 71.299 TL ceza verildiği görülmektedir³⁰⁶.

304 2016 yılındaki ceza miktarının yüksekliği dikkat çekicidir. Bu durum, Kurul'un 03.05.2016 tarih ve 16-15/255-110 sayılı kararında Türk Telekom'a 4054 sayılı Kanun'un 16/1-c maddesi uyarınca 7.551.953,95 TL idari para cezası verilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

305 Bu yıl verilen ceza miktarının yüksek olmasının sebebi, Kurul'un 03.07.2017 tarih ve 17-20/318-140 sayılı kararında Çekok Gıda'ya 4054 sayılı Kanun'un 16/1-d maddesi uyarınca 3.120.136,61 TL idari para cezası verilmesidir.

306 Bu paragraftaki bilgiler Rekabet Kurumu'nun yayınlamış olduğu 2018 yılı faaliyet raporundan alınmıştır; <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/faaliyet-raporlari/20-20190409142555869-pdf>

Yerinde İncelemeler Sırasında Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezaları

2014	15.226 TL
2015	33.500 TL
2016	7.551.954 TL
2017	36.754 TL

Yerinde İncelemenin Engellenmesi veya Zorlaştırılması Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezaları

2017	3.225.409 TL
2018	332.634 TL

Gönderilen Görüşe Uyulmadığı İçin Verilen İdari Para Cezalarının Sektörel Dağılımı

Kırtasiye ve Büro Makineleri Sektörü	473.778 TL
Medya ve Reklam Sektörü	7.033 TL
Konaklama Sektörü	71.299 TL

Kurul tarafından 2013-2016 yılları arasında idari para cezasına hükmedilen toplam 24 kararın altısında teşebbüslerin eylemleri kartel olarak nitelendirilmiştir. Aynı dönemde, dört kararda yatay anlaşmalar diğer ihlal kategorisinde, iki karar ise 4. madde ihlalleri teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilmiştir. Yine aynı dönemde incelenen beş karar dikey ihlalleri, yedi karar ise 6. madde ihlallerini konu almıştır. Bu kararlar arasında, oransal olarak en yüksek idari para cezası % 4,5 ile *Ege Gri Çimento* kararında, en düşük idari para cezası ise % 0,2 ile diğer ihlaller (yatay) kategorisinde değerlendirilen *Erzincan Hazır Beton*³⁰⁷ ve *Seyahat Acenteleri*³⁰⁸ kararlarında uygulanmıştır.

307 Rekabet Kurulu'nun 17.09.2013 tarih ve 13-54/755-315 sayılı Erzincan Hazır Beton kararı.

308 Rekabet Kurulu'nun 21.11.2016 tarih ve 16-40/662-296 sayılı Seyahat Acenteleri kararı.

2013-2016 Yılları Arasında İdari Para Cezasına Hükmedilen Kararların Dağılımı

Kartel	6 Karar
Yatay Anlaşmalar ve Diğer İhlaller	4 Karar
Teşebbüs Birliği Kararı	2 Karar
Dikey İhlaller	5 Karar
6. Madde İhlali	7 Karar

Ceza Yönetmeliği'nin 2009 yılında uygulanmaya başlanması ile beraber teşebbüslere verilen cezalara esas olarak daha yüksek oranların belirlenmesinin tercih edildiği tespit edilmiştir³⁰⁹. Buna göre; Ceza Yönetmeliği öncesindeki dönemde teşebbüslere verilen idari para cezalarında en fazla uygulanan ceza oranı aralığı %0-1,99'dur. Ceza Yönetmeliği'nden sonra ise en çok uygulanan ceza oranı aralığı %1-1,99 olmuştur. Yönetmelik öncesinde teşebbüslere cirolarının %0-1,99'u arasında bir oranında ceza verme yönünde bir eğilim mevcutken, Yönetmelik sonrasında bu eğilimin %1-1,99 arasında bir oran belirleme yönünde değiştiği anlaşılmaktadır. Yönetmelik öncesi uygulanan idari para cezalarının %29'u %1-1,99 aralığındayken, bu aralığın uygulanma oranının Yönetmelik sonrasında %41'e yükselmiş olması dikkat çekmektedir. Öte yandan %2-2,99, %3-3,99 ve %4-4,99 aralıklarındaki ceza oranlarının uygulanma yüzdeleri de Yönetmelik sonrasındaki dönemde yükselmiştir. Görüldüğü üzere Rekabet Kurulu, Ceza Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, teşebbüslere verdiği idari para cezalarında esas alınacak oranı daha yüksek belirlemeye başlamıştır.

SONUÇ

Kanunda düzenlenen yetkiye dayanarak idare tarafından uygulanan yaptırımlara idari yaptırımlar denir. İdari yaptırımlarla suç kadar ağır olmayan kabahat olarak tarif edilen davranışlar cezalandırılır. Mevzuatımızda Kabahatler Kanunu adıyla ayrı bir kanun bulunmak-

309 GÜNDÜZ Harun, Rekabet Kurulunun 20 Yılı'nın Bilançosu Sunumu, 2019, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri Sertifika Programı, 2019 Bahar Dönemi, 19 Şubat-14 Mayıs, İstanbul Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul (Erişim Tarihi: 26.02.2019).

taysa da farklı kanunlarca düzenlenip yasaklanmakta olan kabahat niteliğinde fiiller ve tabii tutuldukları ayrı idari yaptırım sistemleri de mevcuttur. Örneğin Rekabet Kanunu'nda öngörülen yaptırımlar bakımından durum böyledir. Her iki kanun arasındaki ilişki özel kanun-genel kanun ilişkisidir. Kabahatler Kanunu genel kanun olup, Rekabet Kanunu özel kanun niteliğindedir. Bu nedenle Rekabet Kanunu'ndaki idari yaptırımlara ilişkin hükümler uygulanırken, Kabahatler Kanunu'ndaki suçta ve cezada kanunilik, şahsilik, orantılılık, bir eylem için bir kere cezalandırılma gibi ilkelerin de dikkate alınması gerekir. Rekabet Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasında da sorun yaşandığında yine Kabahatler Kanunu gereği failin lehine olan hükmün uygulanması icap eder.

Rekabet Kanunu'nun öngördüğü idari yaptırımlar regülatif para cezalarıdır. Bu cezalar usule ilişkin ve esasa ilişkin olmak üzere ikiye ayrılır. Usule ilişkin idari para cezaları yanlış ya da yanıltıcı bilgi verme, yerinde incelemenin engellenmesi gibi kurumun görev ve yetkilerini kullanmasını engellemeye yönelik olan eylemleri cezalandırmaktadır. Esasa ilişkin olanlar ise rekabeti bozucu anlaşma, uyumlu eylem ve hâkim durumun kötüye kullanılması gibi piyasada rekabeti bozucu etkileri olabilecek eylem ve işlemleri cezalandırmaktadır.

Rekabet Kanunu kapsamındaki kabahatler icrai ya da ihmali hareketlerle işlenebilir. Zira 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi "*rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan*" yani kasten bu tip davranışlarda bulunan teşebbüsler ile böyle bir amacı olmasa bile davranışları ile (taksiren) "*rekabeti sınırlama etkisi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan*" teşebbüsleri yahut teşebbüs birliklerini cezalandırmaktadır. Benzer şekilde 6. maddenin de (a) ve (d) bentlerinde rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasının ve farklı piyasalardaki rekabetin bozulmasının amaçlandığı eylemlerin yasaklandığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamındaki esasa yönelik ihlaller özel kast veya taksirle işlenebilecektir.

Usule yönelik ihlaller bakımından ise fiilin taksirle işlenmiş olması bazı durumlarda ceza verilmesi engelleyebilecektir. Araştırmalarımız neticesinde Kurul'un yanlış veya yanıltıcı bilgi sunulması halinde, teşebbüsün niyetini önemsemeksizin ceza verdiği ve adeta

bir tür kusur karinesi geliştirmiş olduğu; ancak eksik bilgi sunulması halinde ortada hata veya ihmal var ise bu konuda kendisine bir takdir marjı bırakarak zaman zaman cezaya hükmetmeyebildiği anlaşılmıştır. Bu kapsamda kanımızca usule ilişkin idari para cezalarında taksir savunması hatalı ve yanlış bilgi verilmesinden çok eksik bilgi verilmesi halinde yapılabilecektir. Ayrıca mehz AB rekabet hukukunda ihlalin hukuk danışmanlarından alınan hatalı görüşler nedeniyle ortaya çıktığı yönündeki savunmalar kabul görmediği için ülkemizde de Rekabet Kurulu'nun yaklaşımının benzer yönde olabileceği düşünülmektedir.

Rekabet Kanunu uyarınca idari para cezaları tayin edilirken, ilk olarak temel ceza belirlenir. Temel cezanın hesaplanmasında ihlalin süresi, teşebbüsün sahip olduğu piyasa gücü, zararın ağırlığı gibi hususlar her durum özelinde değerlendirilir. Daha sonra ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenlerle temel ceza arttırılır ya da azaltılır. İdari para cezasının uygulanmasında tekerrüre ilişkin hükümler de dikkate alınır.

Yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı kabahatler hukukunda cezai sorumluluğu ortadan kaldıran hallerdir. Bu durumda davranış hukuka aykırı olduğu halde eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamayan kişi cezalandırılmaz. Rekabet hukuku bakımından da yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile ilgili kurallar tıpkı kabahatler hukukunda olduğu gibi uygulanabilecektir.

Yine kabahatler hukukuna göre kanun hükmü, amirin emri, bir hakkın kullanılması veya cebir, korkutma, şiddet, tehdit altındayken fiilin işlenmesi hukuka uygunluk sebebidir. Rekabet hukukunda ise bu gibi hallerin verilecek cezada hafifletici neden olarak kabul edildikleri görülmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüs ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Etkin pişmanlık kabahatler bakımından uygulanmaz ancak Rekabet Hukukunda kartellerle mücadele amaçlı çıkan pişmanlık yönetmeliğine göre kurumla işbirliği yapanların cezalarından indirim yapılır. Bu nedenle Rekabet Hukukunda etkin pişmanlığın uygulama alanı bulunduğu ifade edilebilecektir.

Fakat gönüllü vazgeçme açısından aynı şeyi söylemek pek mümkün görülmemektedir zira Rekabet Kanunu henüz eyleme geçmeyen ancak rekabeti sınırlandırmayı amaçlayan yahut böyle bir niyeti olan teşebbüsleri dahi cezalandırmaktadır. Ancak bir teşebbüse, kendisi talep etmediği halde, herhangi bir rakibine ilişkin olarak rekabete hassas nitelikte bir bilgi gelmesi; bilgiyi alan teşebbüsün derhal duruma itiraz etmesi ve bilgiyi gönderen kişiyi uyararak açıkça bir daha bu şekilde bilgi vermemesini talep etmesi durumunda, itiraz eden teşebbüsün gönüllü vazgeçme sayesinde bilgi paylaşımı nedeniyle cezalandırılmayacağı ifade edilebilecektir.

4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinde yasaklanan eylemlerin Kabahatler Kanunu'nun 14. Maddesi anlamında iştirak halinde işlenmeleri mümkündür. Özellikle hakkında soruşturma açılan teşebbüsler ile dikey ilişkili olan teşebbüslerin "hub and spoke" türü ihlaller nedeniyle cezalandırılmalarında iştirak düzenlemelerine başvurulması söz konusudur. Ancak belirtilmelidir ki doğrudan rakip olmayan ya da hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler ile aynı pazar seviyesinde faaliyette bulunmayan üçüncü kişi niteliğindeki teşebbüsler de Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesindeki iştirak hükümleri uyarınca 4. madde kapsamında cezalandırılabilir. Fakat Kanun'un 6. maddesi ile yasaklanan hâkim durumun kötüye kullanılması eylemlerinin iştirak halinde işlenmeleri mümkün değildir; zira bunlar bir tek teşebbüs tarafından hayata geçirilen tek yanlı eylemlerdir. 6. madde kapsamında sadece birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması bakımından iştiraktan bahsedilmesi mümkün olabilecektir. Onda da kanun doğrudan iştirak eden teşebbüsün de cezalandırılmasına imkân tanıdığından Kabahatler Kanunu'nun 14. Maddesinin uygulanması gerekli görülmeyecektir.

Bir fiil ile birden fazla kabahat işlenmesi halinde içtima hükümleri gereğince en ağır olan cezayı içeren hüküm uygulanır. Rekabet Hukuku uygulamasında da bu ilkeye dikkat edilmesi gerekir. Ayrıca rekabete aykırılıkta bulunan gerçek kişi fail Türk Ceza Kanunu kapsamında cezalandırılmış ise bu kişiye ayrıca Kurum tarafından idari para cezası verilmemesi gerekir.

İdarenin her işlemi olduğu gibi idari para cezalarına karşı da istinaf ve temyiz kanun yolları açıktır. Sonuç olarak Rekabet Kanu-

nu'nda düzenlenen kabahatlere idari yaptırım uygulanırken Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümlerinin de dikkate alınması ve her iki kanunun birbirini tamamlayacak şekilde özel kanun-genel kanun ilişkisi içinde uygulanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*; 9. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- ASLAN Ece Fatma, “Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı”, *Rekabet Dergisi*, ed. Yüksel Kaya, H. Göksel Kekevi, Ali Ariöz, Cilt.13, Sayı.3, Rekabet Kurumu, 2012, ss. 3-78.
- ASLAN İsmail Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, 5.b., Bursa: Ekin Yayınevi, 2017.
- ASLAN İsmail Yılmaz, Orhan Ünal, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı Hakkında Tespit ve Değerlendirmeler İçeren Hukuki Görüş”, *Rekabet Forumu*, ed. Erdal Türkkkan, Sayı.81, Rekabet Derneği, 2014, ss. 20-38.
- ATEŞ Mustafa, “Rekabet Hukukunun Ceza Hukukuyla İlişkisi”, *Rekabet Yazıları*, 2013, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=9dd99071-44aa-43f1-ad7b-cb814f778088>, (Erişim Tarihi: 18.04.2019)
- ARI Buket, “Rekabet İhlallerinde Zamanaşımı Sorunu”, *Rekabet Yazıları*, 2013, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=c862b344-fcc5-4d63-b682-438b40a21730>, (Erişim Tarihi: 25.04.2019)
- ARI Haluk M, AYGÜN Esin, *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Para Cezaları ve Pişmanlık Programları Sunumu*, Tusiad, İstanbul, 2008, <http://docplayer.biz.tr/2609353-Rekabet-hukuku-uygulamalarinda-para-cezaları-ve-pişmanlık-programları.html> (Erişim Tarihi: 06.04.2020)
- ARI, Haluk, AYGÜN, Esin, “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği; Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Hukuku Dergisi*, C.10, S.4, Ekim 2009, ss. 7-71. file:///C:/Users/hp/Desktop/40-pdf.pdf (Erişim Tarihi: 23.04.2020)
- BAŞBUĞ, Mehmet Mete., *Rekabet Hukuku Yargılamalarına Yeni Bir Model: Rekabet İhtisas Mahkemeleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:143, Ankara, 2015, s. 33-66. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/144-pdf>, (Erişim Tarihi: 07.04.2020)
- BEKAR Elif, “Kababatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. LXIX, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2011, ss.1033-1050.

- CANDAN Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. b., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- CORCHO, Rafael Allendesalazar, “*Can we finally say farewell to the ‘special responsibility’ of dominant companies?*”, 12th Annual Competition Law and Policy Workshop Robert Schuman Centre, 8-9 June 2007, EUI, Florence. <https://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2007ws/200709-COMPed-Allendesalazar.pdf> (Erişim Tarihi: 06.04.2020)
- COŞGUN Hüseyin, *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı Olarak Fonksiyonları*, (Uzmanlık Tezi), Ankara: Rekabet Kurumu, 2009.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, 1. b, Asil Yayıncılık Ankara, 2006, s.41-45.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası, 10. b., İstanbul, 1987.
- GEDİK Doğan, YÜCE Ersoy, *Bir İdari Yaptırım Türü Olarak kabahatler Hukukunda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2011.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *İdari Ceza Hukuku ve Anlamı*, SBF D, Cilt 18, Sayı 2, s.137-138.
- GÜNDÜZ Harun, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, (Lisansüstü Tez Serisi), Ankara, Rekabet Kurumu, 2014. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/akademik-calismalar/23-pdf>, (Erişim Tarihi: 06.04.2020)
- GÜNDÜZ Harun, *Rekabet Kurulunun 20 Yılı'nın Bilançosu Sunumu*, 26.02.2019, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri Sertifika Programı, 2019 Bahar Dönemi, 19 Şubat-14 Mayıs, İstanbul Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul.
- İÇEL Kayıhan, AKINCI Füsün Sokullu, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fethi Selami ve ÜNVER Yener, *İçel Yaptırım Teorisi: Genel Esaslar-Yaptırım Türleri-Cezaların Saptanması-Cezalarda Seçenek Olan Kurumlar* (3. Kitap), 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- KANGAL Zeynel T., *Kabahatler Hukuku*, 2.b., İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2019.
- KARABULUT Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s.164-166.

- KARACEHENNEM Nejdet, “*Rekabet İhlalinde Bulunan Teşebbüs Ve Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezalarına İlişkin Olarak Rekabet Kurumu’na Hazırlanan Kılavuz Taslağı Hakkında Düşünceler (I)*”, Rekabet Forumu, ed. Erdal Türkkân, İbrahim Gül, Gönenc Gürkaynak, Kemal Erol, Nurkut İnan, Tamer Müftüoğlu, Sayı.37, Rekabet Derneği, 2007, ss.25-26.
- KATOĞLU Tuğrul, “*Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler*”, Ankara Barosu Dergisi, ed. Şamil Demir, Sayı.2014/3, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2014, ss. 397-411.
- KAYA Asım, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları*, 1.b., Seçkin Yayıncılık, 2015, 20- 155.
- KEKEVİ H.Gökşin, E. Sevi Bozoğlu Fırat, “*4054 Sayılı Kanun’un 15.Maddesinin Düzenlenen Yerinde İnceleme Yetkisine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi*”, Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu ed. Murat Gürel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010.
- KEKEVİ H. Gökşin, “*Bilgi İsteme Yetkisine ve Eksik, Yanlış, Yanıltıcı ya da Geç Bilgi Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi*”, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu, ed. Murat Gürel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011.
- KESKİN Züleyha, “*İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu*”, TBB Dergisi, ed. Özlem Bilgiliöğlü S. 126, Ankara, 2016, ss. 235-260.
- KOCA, Mahmut; “*Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtibatlarının Değerlendirilmesi*”, CHKD, C. 3, S. 2, 2015, ss. 104-118.
- KOCABAŞ Bekir, “*İzne Tabi Birleşme Ve Devralma İşlemlerinin Kurul İzni Olmadan Gerçekleştirilmesi Nedeniyle Verilecek İdari Para Cezalarının Zaman Bakımından Uygulanması*”, Rekabet Yazıları, [https://www.rekabet.gov.tr/\(X\(1\)S\(3pxoeyskqxm15qh5lj-1c0xh\)\)/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=1516dbd4-c5db-4819-909f-c88e5fb7365f](https://www.rekabet.gov.tr/(X(1)S(3pxoeyskqxm15qh5lj-1c0xh))/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=1516dbd4-c5db-4819-909f-c88e5fb7365f), (Erişim Tarihi: 24.04.2019)
- KOCABAŞ Bekir, *4054 Sayılı Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezalarının Tabi Olduğu Hukuki Rejim Ve Ceza Hukuku İlkelerinin Bu Alanda Uygulanabilirliği*, https://www.academia.edu/30931724/4054_SA-YILI_KANUNDA_D%C3%9CZENLENEN_%C4%B0DAR%C4%B0_PARA_CEZALARININ_TAB%C4%B0_OLDU%C4%9EU_HUKUKU-C4%B0_REJ%C4%B0M_VE_CEZA_HUKUKU_%C4%B0LKELER%-%C4%B0

C4%B0N%C4%B0N BU ALANDA UYGULANAB%C4%B0L%-
C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0 , (Erişim Tarihi: 10.05.2019)

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, Kazancı Hukuk Yayınları No:143, İstanbul, 1995.

ODER, Burak, KARCILIOĞLU, Kaan Nevzat, “*Ceza ve İdare Hukuku Açısından Rekabet Hukukundaki Yeni Yaptırım Politikasının Değerlendirilmesi*”, SANLI, Kerem Cem (der.), *Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri içinde*, s. 117-142, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.124.

OECD Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law - Note by the European Union, DAF/COMP/WD(2017)64, 05.12.2017. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)64/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)64/en/pdf) (Erişim Tarihi: 23.04.2020)

ÖZAY, İl Han, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi, Yayın No:3326, 1985, s. 60-96.

ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZEN, Mustafa; *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

ÖZGENÇ, İzzet, ÜZÜLMEZ İlhan, *Ceza Genel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZKAN Faruk, *Kabahatler Hukuku'nun Rekabet Hukuku Açısından Uygulanması*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Rekabet Kurumu, *Karar İstatistikleri*, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/guncel-karar-istatistikleri/2018-yillik-istatistik-20190110163811054.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.04.2019).

SANLI, Kerem Cem, “*Rekabet Kurumunun Ceza Yönetmeliği Taslağı: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Bir Değerlendirme*”, *Rekabet Dergisi*, ed. Dr. Murat Çetinkaya, Yüksel Kaya, Ş. Demet Korkut, Cilt.15, Sayı.1, Rekabet Kurumu, 2014, ss. 65-109.

SOYASLAN, Doğan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 96-145.

ŞİMŞEK Mehmet, “*İdari Yargıda İtiraz ve İstinaf Kanun Yollarının Karşılaştırılması*”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7,2016, ss.961-984.

- TAN, Turgut, İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- TURABİ, S., "Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller", TBB Dergisi 2012 (101). <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1205> (Erişim Tarihi: 06.04.2020).
- Türk Dil Kurumu http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cac37994d5e74.97772671, (Erişim Tarihi: 09.04.2019)
- TÜRKKAN Erdal, "Rekabet İhlallerinde Ciroya Dayalı İdari Para Cezasının Sakıncaları Ve Katma Değer Kriteri: Basitleştirilmiş Bir Analiz", Rekabet Forumu, ed. Erdal Türkkkan, Sayı.82, Rekabet Derneği, 2014, ss.17-20.
- TÜSİAD, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı'na Dair TÜSİAD Görüşü TS/ŞİB/14-23*, 2014.
- TÜSİAD REKABET HUKUKU ÇALIŞTAYLARI, *Pazar İstihbaratı Araştırmaları ve Rakipler Arası Bilgi Değişimi*, 18 Şubat 2016. <file:///C:/DATA/Kar%C5%9F%C4%B1dan%20Y%C3%BCKlenenler/PazarZlystihbaratyZArasytyrmalaryZveZRakiplerZArasyZBilgiZDegyisyimiZ-ZS-yubat.pdf> (Erişim Tarihi: 06.04.2020) ULUSOY Ali, *İdari Yaptırımlar*, 1. b., İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.
- UYGUR Muhammed Safa, "Rekabet Kurulu ve Yargı Kararlarında Ceza Yönetmeliğinin Rolü", Rekabet Dergisi, ed. Ali Arıöz, , C.18, S. 2, Ankara 2017, ss.7-8.
- YAVUZ Şahin, "Kabahatler Kanununun İştirake İlişkin Hükümleri Rekabet İhlallerine Uygulanabilir Mi?", AÜHFD, ed.Veyssel Başpınar, C.63 S.4, Ankara, 2014, ss.901-926.
- YAVUZ Hatice, "Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Teşebbüsün Niyeti", Rekabet Yazıları, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=fac430a6-ae82-4d7b-bd28-15d96dc7e288>, (Erişim Tarihi: 07.05.2019).

ETİĞİ SAVUNMAK: KADINA YÖNELİK ŞİDDET DOSYALARINDA SANIK MÜDAFİLERİNİN SAVUNMA PRATİKLERİNİN FEMİNİST ELEŞTİRİSİ* **

İpek BOZKURT***

Güley BOR****

Özet

Türkiye’de kadınlara yönelik cinsel ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet davalarında mahkemeler, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden doğan önyargıları ve kalıpları yargılama sürecine dahil etmekte, be- raat ve indirim kararlarının gerekçeleri olarak kullanmakta ve bu şe- kilde yargısal kalıplaşma (*judicial stereotyping*) olarak tanımlanan ay- rımcı yargılama pratikleri üretmektedirler. Sanıklar ve avukatları da savunma stratejilerini, toplumsal cinsiyete dayalı bu klişeleşmiş/ge- leneksel rollere göre şekillendirmekte ve savunmalarını bu eksen- de yapmalarının müvekkilleri lehine sonuç doğuracağını bilmekte- dirler. Sanık müdafilerinin yargısal kalıplaşmaya katkıda buldukları- na ilişkin tespit, savunmanın kapsamını ve sınırlarını feminist bakış açısı ile tartışma gerekliliğini doğurmuştur. Bu çalışmada öncelikle İstanbul Sözleşmesi, CEDAW, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri gibi ulusla- rarası metinler kapsamındaki usuli ve etik prensipler incelenmiştir. Ardından avukatların yargısal kalıplaşma ile mücadeledeki rolü/sa- vunma etiği ve savunma dokunulmazlığı/ifade özgürlüğü arasındaki

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 22/02/2020. İlk hakem raporu tarihi: 26/03/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 27/03/2020.

** Bu makale, Sabancı Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Mükemmeliyet Merkezi ev sahipliğindeki Dicle Koğacıoğlu Makale Ödülü’nde üçüncülüğe layık görülen makalemizin genişletilmiş ve güncellenmiş halidir. Değerli yorumları için Fatmagül Berktaç, Çimen Günay-Erkol, Seda Kalem Berk hocalarımıza ve Dicle Koğacıoğlu Makale Ödülü su- numumuza katılanlara teşekkür ederiz.

*** Avukat, İstanbul Barosu, bozkurt.ipek@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5306-6028.

**** Avukat, İstanbul Barosu, guleybor@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6168-0586.

ilişkiyi tespit edebilmek amacıyla Avukatlık Kanunu, TBB Meslek Kuralları ve içtihatlar değerlendirilmiştir. İncelenen metinlerin normatif ve toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmeyen yapıları, feminist eleştirel bakış açısı ile ele alınmıştır. Güncel kadına yönelik şiddet davalarında, sanık vekillerinin duruşma tutanaklarına yansıyan ve yansımayan savunmaları, yargısal kalıplaşmayı sürekli üreten ve sürdüren toplumsal cinsiyet ayrımcılığının sözlü örnekleri olarak incelenmiştir. Sonuç olarak yargısal kalıplaşma ile mücadelede, savunma etiği ile ifade özgürlüğü/adil yargılanma hakkını dengelemek amacı ile de öncelikle ulusal normatif hukuk kurallarının ve hukuk politikalarının etik prensipler çerçevesinde gözden geçirilmesine ilişkin öneriler sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal Cinsiyet; Kadına Yönelik Şiddet; Yargısal Kalıplaşma; Etik; Sanık Müdafisi

IN DEFENSE OF ETHICS: A FEMINIST CRITIQUE OF DEFENSE LAWYERS' ADVOCACY IN VIOLENCE AGAINST WOMEN CASES

In cases of sexual and gender-based violence against women in Turkey, courts include prejudices and stereotypes arising from gender inequality into proceedings and establish their acquittal and sentence reduction decisions based on such grounds, which is defined as judicial stereotyping. Likewise, defense lawyers in such cases structure their defense strategies according to these stereotyped/traditional roles, in knowledge that presenting such defenses will yield results in the defendants' favor. The determination that defense lawyers contribute to judicial stereotyping therefore necessitated a discussion on the scope and limits of defense from a feminist perspective. In this study, procedural and ethical frameworks contained in international texts, i.e. Istanbul Convention, CEDAW and Bangalore Principles of Judicial Conduct, are examined. The Attorneyship Code, Union of Turkish Bar Associations Code of Conduct and precedents are reviewed to evaluate the balance between lawyers' role in the fight against judicial stereotyping/defense ethics and defense lawyers' right to free speech/immunity. A critical feminist standpoint is utilized to analyze the normative and

gender-insensitive structure of relevant texts. A number of defense statements are evaluated as samples of judicial stereotyping in judiciary that sustain gender discrimination. Finally, proposals are made to fight judicial stereotyping, such as reevaluating national normative legislation and legal politics through ethical principles to maintain balance between ethics of defense and freedom of speech/right to fair trial.

Key Words: Gender; Violence Against Women; Judicial Stereotyping; Ethics; Defense Lawyer

GİRİŞ

Ocak 2019’da akademisyen Ceren Damar’ı öldüren Hasan İsmail Hikmet soruşturma sürecindeki ilk ifadesinde Damar’ı kendisini kopya çekerken yakaladığı için sinirlenerek öldürdüğünü belirtmişken, Eylül 2019’da gerçekleştirilen ilk duruşmada Damar ile aralarında duygusal ve cinsel ilişki olduğunu, Damar’ın bu nedenle kendisine baskı kurduğunu ve bir tartışma anında düşünmeden Damar’ı öldürdüğünü iddia etmiştir. Aynı zamanda ceza hukuku profesörü olan sanık müdafisi de savunmasında “*bocasının cinsel saldırısına uğradığı için sanığın meşru müdafaa hakkını kullandığını*” ifade etmiştir.¹ Duruşmayı takip eden saatlerde, sanık müdafisi kamuya açık Twitter hesabından basit cinsel saldırının akademisyenler tarafından gerçekleştirilmesi halinde, tüm öğrencilerin ses çıkartmasını tavsiye eden, “*ırza karşı meşru müdafaa*” savunan gönderiler paylaşmıştır.² Savunmaya ilişkin olarak mahkemenin fiziksel sınırlarını dahi aşan bu olayla birlikte, bir süredir feminist hukukçular tarafından sıkça dile getirilen kadınlara yönelik cinsel ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet (kadına yönelik şiddet) davalarında sanık müdafilerinin etik yükümlülükleri konusu daha geniş kesimlerce tartışılmaya başlamıştır.

1 İkinci Hatice, *Etik, adalet, usul, hepsi boş, her yol mübah: Ceren Damar’ın katilinin avukatıyla görüştük*, soL 2019, <https://haber.sol.org.tr/turkiye/etik-adalet-usul-hepsi-bos-her-yol-mubah-ceren-damarin-katilinin-avukatiyla-gorustuk-271448> (Erişim Tarihi: 06.10.2019).

2 *Ceren Damar’ın katil zanlısının avukatından skandal savunma! Büyük tepki gördü*, ABC Gazetesi 2019, <https://www.abcgazetesi.com/ceren-damarin-katil-zanlisinin-avukatindan-skandal-savunma-buyuk-tepki-gordu-44496> (Erişim Tarihi: 06.10.2019).

Kadına yönelik şiddet dosyalarında sanık müdafilerinin savunmalarının incelenmesi gerekliliği Türkiye'deki kadına şiddetin yüksek oranı ve bu şiddete zemin hazırlayan siyasi ve toplumsal sebepler ile yakından ilgilidir. Türkiye, 17 senedir toplumsal cinsiyet ayrımcılığını üreten ve sürdüren politikalar ile kadın bedeni üzerinden siyaset yapan bir iktidar ile yönetilmektedir. Alev Özkazanç, kadına yönelik şiddetin ve kadın cinayetlerindeki artışın, iktidarın muhafazakâr politikalarının Türkiye'de zaten güçlü olan ataerkil cinsiyetçi kültürü, ahlakçılığı ve aile değerlerine atfedilen önemi artırmasıyla yakından ilgili olduğunu ifade etmektedir.³ Bu politikalar aracılığıyla kadınların geleneksel veya kalıplaşmış rollere hapsedilmeye çalışılması, Türkiye'nin 2011 tarihli Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin⁴ (İstanbul Sözleşmesi) 12. maddesi uyarınca “kadınların ve erkeklerin toplumsal olarak klişeleşmiş rollerine dayalı ön yargıların, törelerin, geleneklerin ve diğer uygulamaların kökünün kazınması amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesine yardımcı olacak tedbirleri alma” yükümlülüğünün de ihlali oluşturmaktadır. Son yıllarda İstanbul Sözleşmesi ve 2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un⁵ (6284 sayılı Kanun) iptaline yönelik, muhafazakâr çevrelerden gelen baskılar da devlet söylemi dikkate alındığında şaşırtıcı değildir.⁶

Türkiye'deki kadına yönelik devlet politikaları yargıya da sirayet etmektedir. Söz konusu politikaların yargı tarafından bilhassa kadına yönelik şiddet davalarında yeniden üretildiği gözlemlenmektedir. Bu davalarda vekil olan feminist hukukçuların hukuki aktivizmine rağmen mahkemelerin Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası haline gelmiş olan İstanbul Sözleşmesi'nin hükümlerini gözetemeyen kararlar vermeye direnç göstermesi, Türkiye'de yargı tara-

3 Özkazanç Alev, *Cinsellik, Şiddet ve Hukuk*, Ankara 2013, s. 230.

4 Resmi Gazete, 08.03.2012, 28227 (Mükerrer).

5 Resmi Gazete, 20.03.2012, 28239.

6 Kepenek Evrim, *Bedel de Ödesek İstanbul Sözleşmesi'ni Savunacağız*, Bianet 2019, <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/210466-bedel-de-odesek-istanbul-sozlesmesi-ni-savunacagiz> (Erişim Tarihi: 30.09.2019).

ından kadına karşı ayrımcılığın sürdürülmesine örnektir.⁷ Kadına yönelik şiddet davalarında kadınların toplumsal rollerine ilişkin basmakalıp inanışlara dayanarak verilen kararlardaki beraat ve indirim gerekçeleri, mahkemelerin yargısal kalıplaşma⁸ denilen ayrımcılık biçimini üretme sürecinin nasıl işlediğini göstermektedir. Bu kararların basına da yansımalarıyla birlikte, benzer davalardaki sanıklar ve müdafileri de savunma stratejilerini bu basmakalıp inanışlara göre yeniden şekillendirmeye başlamış,⁹ bu tür savunmalar sıkça gözlenir olmuştur. Bu olgu, yazarları feminist politika ve meslek etiği kapsamında rahatsız etmiş ve bu nedenle yargısal kalıplaşma ve savunma etiği hakkında az tartışılan bazı soruları dile getirme ihtiyacı hissedilmiştir.

Dorothy Smith, toplumsal olarak dezavantajlı konumda olanların deneyimlerinin tahakküm ilişkisinde görünmez kılındığını, kadınların da erkek egemen toplumda kendi deneyimlerinin yansıtılmadığının farkına varmalarının bir “kopuş noktası” teşkil ettiğini ifade etmektedir.¹⁰ Normatif hukukun savunma pratiklerine dair sınırlarının, kadına yönelik şiddet davalarında kadınların toplum tarafından maruz bırakıldıkları ayrımcılığın yargıda da somutlaşmasını önleyemediği farkındalığı, yazarların kopuş noktası olmuştur. Bu kapsamda bu makalede, kadına yönelik şiddet dosyalarında savunma pratiğinin hukuki ve etik sınırları tartışılacaktır. İlk bölümde, yargıda toplumsal cinsiyet ayrımcılığı ile mücadele etmek için uluslararası sözleşmeler ve ilkelerle belirlenen etik ve usuli kurallar incelenecektir. İkinci bölümde savunmanın sınırları, etik ve savunma dokunulmazlığı/ifade özgürlüğü ekseninde ve Türkiye’de yürürlükte olan mevzuat ve ilgili yüksek mahkeme içtihatları çerçevesinde açıklanacak ve feminist

7 “Kadınların refahı pahasına aile onuruna verilen değer, hem kanunlarda hem de kanunların uygulamasında kendini göstermektedir; bu yalnızca birkaç sorunlu kanunun meselesi değildir... Burada gördüğümüz, adalete ilişkin bir uzlaşma, hukukçuların sosyal ilişkileri aracılığıyla yeniden üretilen, kanunları yorumlamaya ve uygulamaya dair yerleşmiş bir usuldür.” Koğacıoğlu Dicle, *The Tradition Effect: Framing Honor Crimes in Turkey*, differences: A Journal of Feminist Cultural Studies, C.15, S.2, 2004, s. 124.

8 İstanbul Sözleşmesi’nin 12(1) maddesindeki “stereotyped roles” ifadesi Türkçe metne “davanın kalıbı” olarak çevrilmiştir. Yazarlar kalıplaşmış terimini kullanmayı tercih etmektedirler.

9 Akademisyen Ceren Damar’ı öldüren İsmail Hikmet ifadesini değiştirdi, Gazete Duvar 2019, <https://www.gazeteduvar.com.tr/kadin/2019/08/08/akademisyen-ceren-damari-olduren-ismail-hikmet-ifadesini-degistirdi/> (Erişim Tarihi: 05.10.2019).

10 Smith Dorothy, *The Everyday World As Problematic: A Feminist Sociology*, Boston 1988, s. 49.

perspektif ile tartışılacaktır. Üçüncü bölümde yazarlardan İpek Bozkurt'un Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu¹¹ adına vekil olarak yer aldığı dosyalar ile basına yansıyan kadına yönelik şiddet davaları üzerinden Türkiye yargısında sanık müdafilerinin savunmalarında cinsiyetçiliğe dair örneklerle yer verilerek araştırmanın temelinde yatan sorun irdelenecektir. Son bölümde, bir yanda yargısal kalıplaşma ile mücadele ve savunma etiği, diğer yanda avukatın ifade özgürlüğü ve sanığın adil yargılanma hakkı arasında bir denge kurulmaya çalışılarak kadına yönelik şiddet dosyalarında cinsiyetçi savunmaların önlenmesine dair öneriler ve temenniler sunulacaktır.

I. Kadına Yönelik Şiddet Davalarında Yargısal Kalıplaşma ile Mücadele

Toplumsal cinsiyete dayalı kalıplar, bir bireye, yalnızca bir cinsiyet kimliği grubuna dahil olduğundan bahisle belli özelliklerin atfedilmesi anlamına gelmektedir. Bu kalıplar toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın sebeplerinden birini oluşturması nedeni ile, uluslararası hukuk metinlerinde de düzenlenmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu 1979 tarihli Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme¹² (CEDAW), 5(a) maddesinde, taraf devletlerin “*her iki cinsten birinin aşağı veya üstün olduğu veya erkekler ile kadınların basma kalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan bütün önyargılar ve gelenekler ile her türlü uygulamayı tasfiye etmek amacıyla erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını değiştirmek*” için her tür tedbiri alacağını öngörmüştür. Benzer şekilde, İstanbul Sözleşmesi'nin yukarıda anılan 12. maddesi de Türkiye'ye bu konuda yükümlülükler atfetmektedir.

Literatürde yargısal kalıplaşma (*judicial stereotyping*), “*bakimlerin belirli nitelikleri, özellikleri veya rolleri, yalnızca o bireyin özel bir sosyal gruba (örneğin, kadınlar) üye olması gerekçesiyle o bireye atfetmesi*” olarak tanımlanmaktadır.¹³ Hakimin, uyuşmazlığın tarafları ve

11 Bilgi için bkz. <http://kadincinayetleriniurduracagiz.net>.

12 Resmi Gazete, 14.10.1985, 18898.

13 Cusack Simone, *Eliminating judicial stereotyping: Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, UN Office of the High Commissioner for Human Rights 2014, s. 2, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/StudyGenderStereotyping.doc> (Erişim Tarihi: 18.02.2020).

vekilleri de dahil olmak üzere, yargının diğer aktörleri tarafından üretilen kalıplaşmayı engellememesi de yargısal kalıplaşmaya sebep veren olgulardan biridir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, toplumsal cinsiyete dayalı yargısal kalıplaşma, hakimlerin kadınlara yalnız kadın olmalarından bahisle belli toplumsal nitelikler, özellikler ve roller atfetmesi olarak tanımlanabilir. Toplumsal cinsiyete dayalı yargısal kalıplaşma, kadınların adalete erişimini farklı şekillerde engellemektedir. Kadınlara dair basmakalıp inanışlar, hakim kararlarının tarafsızlığını tehlikeye atmakta ve hakimlerin kanunları önlerine gelen vakıalara eşit olarak uygulamasını etkilemektedir. Örneğin hakimler, seks işçilerinin her tür cinsel ilişkiye rıza gösterdikleri varsayımıyla seks işçilerinin müşteki olarak yer aldığı cinsel şiddet dosyalarında rızayı dikkate almaktadır.¹⁴ Burada cinsel yönelim de bir etmendir; örneğin lezbiyen çiftlere ilişkin ev içi şiddet şikayetlerinde kolluk görevlileri -belki de kadınların şiddet faili olamayacağı ön kabulü dolayısıyla- müdahil olmak istememektedir.¹⁵ Öte yandan, kadınlara yönelik önyargılar ve basmakalıp inanışlar, kadınların müşteki ve tanık olarak yer aldıkları dosyalarda güvenilir bulunmamalarına da yol açabilmektedir. Örneğin cinsel şiddete maruz bırakılan bir kadının, olaydan önce cinsel olarak aktif olması veya verdiği ifadeler arasında (travmanın hafızayı etkilediğinin kanıtlanması sonucu ortaya çıkabildiği bilinen) önemsiz farklılıklar bulunması, onun güvenilir olmadığına dair bir yargıya varılmasının gerekçesi olarak kabul edilmektedir. Buna karşın hakimler, aynı basmakalıp inanışlar nedeniyle fail erkeklerin daha güvenilir olduğunu düşünmekte ve cezalarda indirim gitmektedir. Burada cinsiyet kimliği de hakimlerin değerlendirmesine dahil ol-

14 Öyle ki, önceki 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, "Irza geçmek ve kaçırarak fiilleri fubuşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikâp olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir" diyerek, bu ayrımcı kalıbı kodifiye etmiş, ancak feministlerin baskısı sonucu bu madde yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Osmanağaoğlu Hülya (Derl), *Feminizm Kitabı: Osmanlı'dan 21. Yüzyıla Seçme Metinler*, İstanbul 2015, ss. 353-355. 438. maddenin hukuken ilga edilmiş olsa da, yargının erkek egemen zihniyetinde halen yürürlükte olduğuna dair bir örnek için bkz. Yazıcı Gökşun, *Savcının Akli Hala Eski "TCK 438"de*, *Bianet* 2011, <http://bianet.org/bianet/kadin/131769-savcinin-akli-hala-eski-tck-438-de> (Erişim Tarihi: 26.09.2019).

15 Seclau Sheila M. & Seclau Eric P, *Gender-Role Stereotypes and Perceptions of Heterosexual, Gay and Lesbian Domestic Violence*, *Journal of Family Violence*, C.20, S.6, 2005, s. 365.

makta ve kesişimsel ayrımcılık¹⁶ olarak tezahür etmektedir. Bir trans cinayeti dosyasında sanığın “*maktülün travesti olduğu ve kendisine ilişki teklif ettiği için o kızgınlıkla darp ettiği*” şeklindeki ifadesinin doğru olma ihtimali” gerekçesi ile mahkeme tarafından cezada indirim yapılması buna örnektir.¹⁷ Son olarak, yargısal kalıplaşma, kadınların mağdur olduğu suçlarda aranan delilleri dahi etkilemektedir. Cinsel saldırı suçunda aranan kriterin zor kullanma değil, rıza yoksunluğu olduğu hukuk sistemlerinde dahi hakimlerin hayatta kalanlardan cinsel şiddet eylemine fiziksel olarak karşı koyduklarına dair delil talep etmeleri buna örnektir.¹⁸

Açıklanan toplumsal cinsiyete dayalı yargısal kalıplaşma pratiklerinin önlenmesi hususunda devletin yükümlülüklerinin tespiti önem arz etmektedir. Bu bağlamda, CEDAW’ın uygulanmasına ilişkin olarak oluşturulan CEDAW Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’nin (CEDAW Komitesi) kararları yol göstericidir.

1.1. CEDAW Komitesi Kararlarında Yargısal Kalıplaşmaya İlişkin Tavsiyeler

Literatürde, yargılama sırasında kadınlara uygulanan kalıplar, adalete erişim (hakkı) çerçevesinde ayrımcılık yasağı,¹⁹ mahkemeler önünde eşitlik ve adil yargılanma hakkı²⁰ ve etkili başvuru hakkı²¹ ile ilişkilendirilerek değerlendirilmektedir. Dolayısıyla hakimler,

- 16 Siyah feministlerin öncülüğünde gelişen kesişimsellik, güç eşitsizliklerinin tam olarak anlaşılabilmesi için cinsiyet kimliği, cinsel yönelim, ırk, etnisite, din, dil gibi sosyal kategorilerin tek başlarına değil, birbirlerini etkileyen eksenler olarak ele alınması gerekliliğini ortaya koyan “*analitik bir yöntem*” olarak tanımlanmaktadır (Hill Collins Patricia & Bilge Sirma, *Intersectionality*, Cambridge 2016, s. 19). Kesişimsel ayrımcılık, bu kategorilerin tek başlarına ya da birbirleri ile toplanarak değil, birbirleriyle iç içe geçmeleri sonucu maruz kalınan bir ayrımcılık çeşididir; örneğin trans kadınlar bazen trans oldukları, bazen kadın oldukları, bazen de *trans kadın* oldukları için ayrımcılığa uğramaktadırlar.
- 17 Karakaş Burcu, *Trans öldürmek indirime gerekçe!*, Milliyet 2014, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/trans-oldurmek-indirime-gerekce-1892227> (Erişim Tarihi: 18.02.2020).
- 18 Avrupa Konseyi, *Towards Guaranteeing Equal Access to Justice for Women*, 2015, s. 11, <https://rm.coe.int/16806a0df8> (Erişim Tarihi: 19.02.2020).
- 19 CEDAW Komitesi, R.K.B. v. Türkiye, Komünikasyon No. 28/2010, UN Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010 (2012); İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portekiz, Başvuru No: 17484/15 (2017).
- 20 CEDAW Komitesi, Karen Tayag Vertido v. Filipinler, Komünikasyon No. 18/2008, UN Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010).
- 21 CEDAW Komitesi, R.P.B. v. Filipinler, Komünikasyon No. 34/2011, UN Doc. CEDAW/C/57/D/34/2011 (2014).

hem kalıpları uygulamaktan kaçınmalı (saygı gösterme yükümlülüğü), hem kalıp normların kadınların insan haklarını ihlal etmemesini sağlamalı (koruma yükümlülüğü), hem de kadınların haksız toplumsal cinsiyete dayalı normlara maruz kalmama hakkını kullanmasını sağlamalıdır (yerine getirme yükümlülüğü).²² Yargılama sırasında ortaya çıkan yükümlülüğün tamamlanması açısından tüm kamusal organlar ve kurumlar da toplumsal cinsiyetlendirilmiş herhangi bir kalıplaşmayı adlandırmak, doğurduğu zararları tespit etmek ve kanun, politika veya uygulamanın eşit tatbikini nasıl etkilediğini incelemek ile yükümlüdür.²³

CEDAW Komitesi'nin 33 Sayılı Genel Tavsiye Kararı taraf devletlere “*delillere ilişkin kuralların, soruşturmaların ve diğer yasal ve yarı-yargısal usullerin tarafsız olmasını ve toplumsal cinsiyete dayalı kalıplar veya önyargılardan etkilenmemesini sağlayacak mekanizmalar uygulanmasını*” önermektedir.²⁴ Bu doğrultuda yasama organı toplumsal cinsiyete dayalı kalıp ve önyargılara karşı usuli korumalar getirmeli, hukukun uygulayıcısı olan hakimler de bu kalıp ve önyargıları tespit ederek yargılamaya sirayet etmemesini sağlamalıdır. Zira, toplumsal normlara, kalıplara dayanarak verilmiş bir karar, yalnızca hakkında kararın verildiği kadını değil, benzer konumda olan kadınları da olumsuz etkileyeceğinden hem bireysel hem kolektif zarar doğuracaktır. Türkiye aleyhine yapılan bir bireysel şikayete ilişkin olarak CEDAW Komitesi, toplumsal cinsiyete dair kalıpların kadınlara yönelik ayrımcılığın hem sebebi hem sonucu olduğunu, bu kalıpların yargı organı ve kanunlar çerçevesinde hem kamu görevlileri hem de özel aktörler tarafından ileri sürülebileceğini ve taraf devletlerin bu kalıpların değiştirilmesi ve dönüştürülmesi yükümlülüğü altında olduğunu belirterek, CEDAW'ın yukarıda anılan 5(a) maddesi uyarınca ihlal kararı verilmiştir.²⁵

CEDAW Komite Kararları yargısal kalıplaşma ile mücadelede devletin yükümlülükleri konusunda yönlendirme sağlarken, yargılamayı

22 Cusack, s. 7.

23 Cook Rebecca J. & Cusack Simone, *Gender stereotyping: Transnational legal perspectives*, Philadelphia 2011, s. 76.

24 CEDAW Komitesi, *General recommendation on women's access to justice*, CEDAW/C/GC/33, 2015, para. 18(e).

25 R.K.B. v. Türkiye, para. 8.8.

yürüten hakimlerin bu kalıplaşmış kurallardan özgürleşerek huku-
ku nasıl uygulamaları gerektiği konusunda ise 2002 tarihli Birleşmiş
Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri yol göstericidir.

1.2. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’nde Hakimlere Verilen Tavsiyeler

Toplumsal cinsiyet eşitsizliğine ilişkin bir davada Güney Afrika
Anayasa Mahkemesi Hakimi Johann Kriegler, hakimlerin kalıplara
“devletin onay mührünü basmış oldukları” için meşruiyet kazandı-
rıklarını ifade etmiştir.²⁶ Kriegler’in bu ifadesi yargısal kalıplaşma-
nın üretilmesi ve sürdürülmesinde hakimlerin oynadığı asli rolü ta-
nımlarken yol gösterici olmaktadır. Tam da bu nedenle, hakimlerin
toplumsal cinsiyet kalıpları ile mücadeledeki rolü, etik kapsamında
da değerlendirilmelidir.

Birleşmiş Milletler’in 2002 yılında açıkladığı Bangalor Yargı Etiği
İlkeleri,²⁷ Türkiye’de de o zamanki ismiyle Hakimler ve Savcılar Yük-
sek Kurulu tarafından 2006 yılında kabul edilmiştir.²⁸ Bangalor Yargı
Etiği İlkeleri’nin “Eşitlik” başlıklı 5. maddesinde, hakimin “*ırk, renk,
cinsiyet, din, ulusal köken, sosyal sınıf, engellilik, yaş, evlilik durumu,
cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik statü ve benzeri diğer hususlar...
dâbil olmak üzere, ancak bunlarla sınırlı kalmamak kaydıyla, çeşitli
unsurlara dayanan farklılıkların ve toplumdaki çeşitliliğin*” bilincin-
de olması ve bunları anlaması gerektiği belirtilmiştir.²⁹ Hakim, bu

26 President of the Republic of South Africa v. Hugo 1997 (4) SA 1 (CC), para. 85 (Kriegler J., dissenting) (South Africa, Constitutional Court) atıfla Cusack, s. 3.

27 Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 2002, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a-92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2020).

28 Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 2012-2016 Stratejik Planı, s. 88, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40fde77d-a80a-43a7-a321-853ef743deca.pdf> (Erişim Tarihi: 19.02.2020).

29 Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından 2019’da kabul edilen Türk Yargı Etiği Bildirgesi’nin 1.4 maddesi de buna paralel olarak (ancak “cinsel yönelim” ibaresinin dikkat çeken yokluğu ile) hakim ve savcılar için “*Görevlerini yerine getirirken dil, din, mezhep, ırk, etnik köken, uyruk, cinsiyet, siyasi düşünce, sosyal ve ekonomik durum, bembşerlilik, yaşam biçimi, yaş, sağlık durumu, dış görünüş, medeni hâl ve benzeri sebeplerle ayrımcılığı kesin bir biçimde reddeder ve ayrımcı bir dil kullanmazlar. Anayasada yer verilen pozitif ayrımcılığın, eşitlik ilkesinin iblali anlamına gelmediğini bilirler:*” hükmünü getirmektedir (Resmi Gazete, 14.03.2019, 30714). Yargıya dair yapısal sorunlara bütüncül çözümler getirilmediği takdirde etik kuralların tek başına etkisiz kalacağı açık olmakla birlikte, söz konusu Bildirge’nin hakim ve savcılar tarafından dikkate alınması için ne gibi çalışmalar yürütüldüğü hakkında da bilgi edinilememiştir.

sebeplere dayanarak “yanlılık veya önyargı” sergilememeli ve hat-
ta “mahkeme huzurundaki yargılamalarda avukatlardan, yargılama
konusuyla hukuki açıdan ilişkili olan ve meşru savunmanın konusu
olabilecek olan hususlar hariç olmak kaydıyla, [bu sebeplere] dayana-
rak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözleriyle veya davranışlarıyla
yanlılık veya önyargı sergilemekten kaçınmalarını talep etmelidir”. İl-
kelere dair şerhte belirtildiği üzere, “Doğru bir sonuca ulaşan, ancak
kalıplaşma ile iştigal eden bir hakim, bunu gerçek ya da algılanan ta-
rafsızlığı pahasına yapar. Bir hakim kalıp, mit ya da önyargılara da-
yanan davranışlardan etkilenmemelidir. Dolayısıyla hakim, bu dav-
ranışları tanımaya, bunlara yönelik hassasiyet göstermeye ve bunları
düzeltmeye yönelik her türlü çabayı göstermelidir.”³⁰

Hakimlerin etik kurallara uyumları, özellikle cinsel şiddet suçları
bakımından özel bir önem taşımaktadır. Cinsel şiddet suçlarının ko-
vuşturmasında hakimlerin müşteki ve sanığın birbirleriyle çatışan
haklarını gözetmesi gerekir. Ancak pek çok uluslararası ve ulusal
hukuk sistemi cinsel şiddet suçlarında bu kalıplar ile mücadeleyi
yalnızca etik çerçevede ele almayı yetersiz görerek, bu suçlardan
hayatta kalanlar için birtakım usuli korumalar da öngörmüştür.

1.3. Cinsel Şiddet Suçları: Etik Yetersiz Kaldığında Yargısal Kalıplaşmaya Karşı Usuli Korumalar

Birçok hukuk sisteminde, kadınların cinsel saldırı konusunda
sıkça yalan söylediğine ilişkin haksız³¹ kalıplaşmış inanç nedeni-
yle, cinsel şiddet suçlarının faillerine diğer adli suçların faillerine
sağlanmayan çeşitli ayrıcalıklar tanınmıştır.³² Feministlerin reform
talepleri cinsel şiddet suçlarında sanıklar lehine getirilen bu ayrı-
calıklı uygulamaların hukuki dayanaklarının ortadan kaldırılmasını
sağlamıştır. Fakat kadınlara dair basmakalıp inanışların toplumsal

30 UNODC, *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, 2007, para. 184, https://www.unodc.org/documents/nigeria/publications/Otherpublications/Commentry_on_the_Bangalore_principles_of_Judicial_Conduct.pdf (Erişim Tarihi: 19.02.2020).

31 Bor Güley, *Tecavüz Mühterini Çürütmek: “Yalan Söyleyen Kadın”*, Sosyal Hukuk, S.3, 2018, ss. 43-45.

32 Brownmiller Susan, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, New York 1975, s. 26; Anderson Michelle J., *Campus Sexual Assault Adjudication and Resistance to Reform*, Yale Law Journal, C.125, S.7, 2016, s. 1944.

normlardan beslenmesi nedeni ile, ayrıcalıklı uygulamalar yargılama süreçlerinden ve hakimlerin verdikleri kararlardan tamamen çıkartılmamıştır. Bu nedenle toplumsal cinsiyet ayrımcılığı teşkil eden uygulamaların tersine çevrilmesi için birtakım usuli standartlar oluşturulmuştur.

Bu usuli standartlara göre, yargı aktörlerinin bir cinsel saldırı davasında müştekinin şikayetini geç ileri sürmesinden dolayı olumsuz çıkarımda bulunmalarını engelleyen düzenlemeler yapılmalıdır.³³ İla-
veten, jüri katılımının olduğu adli yargılama sistemlerinde hakimlerin jüri üyelerine yaptığı, cinsel şiddet suçundan şikayetçi olan kim-
senin beyanlarına ilave şüphe ile yaklaşımlarını ve müştekinin beya-
nının başkaca delillerle desteklenmesi gerekliliğini hatırlatan ihtiyat uyarısı kaldırılmalıdır. Zira cinsel şiddet suçundan zarar gördüğünü iddia eden müştekinin güvenilirliği, herhangi bir adli yargılama dosyasındaki müştekinin güvenilirliği ile aynı kabul edilmelidir.³⁴

Usuli standartlar, kadınların aktif cinsel yaşamlarının yargılama sürecine ilişkin etkileri konusunda da çeşitli düzenlemeler önermektedir. Cinsel şiddetten şikayetçi olan kadının, şikayet konusu olaydan önceki aktif cinsel yaşamının, müştekinin güvenilir olmadığına yönelik delil olarak kabul edilmesi de en sık karşılaşılan yargısal kalıplaşma örneklerindedir.³⁵ Daha önce cinsel ilişkiye rıza vermiş kadınların sonraki cinsel ilişkilere rıza vermeye daha yatkın oldukları ve cinsel olarak aktif kadınların yalan söyleme ihtimallerinin yüksek olduğu iddiaları, toplumsal cinsiyet ayrımcılığının ürettiği ön-yargılara dayanmaktadır. Bu nedenle usuli standartlar, bu olguların müştekinin güvenilirliğine dair delil olarak sunulamayacağını söylemektedir.³⁶ Bu bakış açısını yansıtarak oluşturulan “*tecavüz zırh*

33 UN Women, *Handbook for Legislation on Violence Against Women*, 2012, s. 41, https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2012/12/unw_legislation-handbook%20pdf.pdf?la=en&vs=1502 (Erişim Tarihi: 06.10.2019).

34 Ibid.

35 Türkiye’den güncel bir örnek olarak, cinsel saldırıya maruz bırakıldıktan sonra intihar süsü verilerek öldürülen Şule Çet’in katillerinin yargılandığı dosyada sanık müdafileri cinsel saldırı suçlamasına ilişkin olarak Çet’in “*bakire olmadığı*” savunmasını ileri sürmüşlerdi. *Şule Çet davasında sanıklardan skandal savunma*, Birgün 2019, <https://www.birgun.net/haber/sule-cet-davasinda-sanıklardan-skandal-savunma-246103> (Erişim Tarihi: 17.02.2020).

36 UN Women, s. 42.

kanunu” (*rape shield law*) korumasına, ulusal ve uluslararası hukukta rastlanmaktadır.³⁷

Bu koruma düzenlemeleri kapsamında, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Usul ve Delil Kuralları³⁸ mağdurlara daha da geniş koruma sağlamaktadır. Kuralların, “*Cinsel şiddet vakalarında delil ilkeleri*” başlıklı 70. maddesinin (d) fıkrasında “*mağdur ya da tanığın önceki ya da sonraki davranışlarının cinsel doğası gerekçesiyle, bir mağdur ya da tanığın güvenilirliği, karakteri ya da cinsel müsaitliğe yatkınlığı hakkında sonuca varılamaz*” denmektedir. “*Diğer cinsel davranışa ilişkin delil*” başlıklı 71. madde de bir mağdur ya da tanığın önceki ya da sonraki cinsel davranışına ilişkin delillerin kabul edilmeyeceğini ifade etmiştir. Benzer şekilde İstanbul Sözleşmesi’nin 54. maddesi uyarınca da “*Taraflar herhangi bir hukuk veya ceza davasında mağdurun cinsel geçmişi ve davranışıyla ilgili var olan kanıtlara yalnızca davayla ilgili ve gerekliyse izin verilmesini temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer önlemleri alacaktır.*” Müştekinin cinsel geçmişinin davayla ilgili olduğu durumlara örnek olarak, müştekinin sanıkla önceden rızaya dayalı cinsel ilişkisi olmasına rağmen, şikayeti sırasında sanığı olaydan önce hiç tanımadığını iddia etmesi gösterilebilir. Yargılama sırasında, müştekinin güvenilirliğini zedeleyebilecek husus sanık ile önceki ilişkisini reddetmesine ilişkindir ve müştekinin olaydan önce cinsel olarak aktif olmasının müştekinin inandırıcılığına olumsuz etki olarak kabul edilmemesi gerekir.³⁹

Cinsel saldırı dosyalarında müştekiyi koruyan tecavüz zırh kanunlarına ilişkin yürütülen tartışmalarda, müştekiye sağlanan korumanın sanığın adil yargılanma hakkı ile çatıştığı iddiası da ileri sürülmüştür. Birleşik Krallık Lordlar Kamarası, 2001 tarihli R v A kararında bu dengeye değinmiştir.⁴⁰ 1999 tarihli Çocuk Adalet ve Cezai Delil Kanunu’nun (*Youth Justice and Criminal Evidence Act*) 41(1) bölümü

37 Tecavüz zırh kanunlarının yeterli korumayı sağlamadığına yönelik bir eleştiri için bkz. Anderson Michelle J., *From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law*, George Washington Law Review, C.70, 2002, 51-165.

38 Uluslararası Ceza Mahkemesi, Usul ve Delil Kuralları, 2002, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>.

39 International Commission of Jurists, *Women’s Access to Justice for Gender-Based Violence*, 2016, s. 237, <https://www.icj.org/womens-access-to-justice-for-gender-based-violence-icj-practitioners-guide-n-12-launched/> (Erişim Tarihi: 06.08.2019).

40 Birleşik Krallık Lordlar Kamarası, R v A (2001), UKHL 25.

uyarınca mahkemenin izni olmaksızın sanık tarafından veya adına müştekinin cinsel davranışına ilişkin delil sunulamayacak veya çarpaz sorguda soru yöneltilemeyecektir. R v A dosyasında sanık, müşteki ile şikayet konusu olaydan haftalar önce sözde gerçekleşen bir ilişkiye dair delil sunmak istemiş fakat ilk derece mahkemesinin bu talebi reddetmesi üzerine dosya Lordlar Kamarası'nın önüne gelmiştir. Mahkeme adına kararı kaleme alan Lord Steyn, müştekinin cinsel geçmişine dair delillerin kabul edilmeyeceğine dair geniş bir yasağın, sanığın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkını etkileyebileceğini belirtmiştir. Lord Steyn, bu riskin bulunduğu durumlarda müşteki ile sanık arasındaki önceki ilişkiye dair (kanunen izin verilmeyeceği belirtilen⁴¹) delillerin sunulabileceğine hükmetmiştir.⁴² Karar ile müştekinin üçüncü kişiler ile değil, yalnızca sanık ile arasındaki önceki ilişkilerine dair kısıtlı delil sunma imkanı sağlanmış olsa da, bu içtihat eleştirilerin hedefi olmuştur. Eleştirilerde, kısıtlı da olsa, verilmiş olan bu tip bir delil sunma hakkının, Çocuk Adalet ve Cezai Delil Kanunu'na ilişkin belirsizlik ve kafa karışıklığına yol açtığı ve mahkemelerin sonraki kararlarında bu kısıtlı imkanı daha da geniş yorumlayarak, müştekilere koruma sağlayan hükümlerin uygulanmasını engelleyecekleri iddia edilmiştir.⁴³ Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarında belirtildiği üzere, “*adil yargılanma ilkeleri aynı zamanda uygun davalarda savunmanın çıkarlarının ifade vermeye çağrılan tanık ve mağdurların çıkarları ile dengelenmesini gerektirmektedir.*”⁴⁴ Bu denge uyarınca “*mağdurun özel hayatına saygı hakkı*” da dikkate alınmalıdır.⁴⁵ İHAM, özellikle cinsel suçlara dair yargılamaların bu suçlardan şikayetçi olanlar için son derece yıpratıcı süreçler olduğunun altını çizerek yerel mahkemelerin “*savunma hakkının yeterli ve etkili şekilde kullanılması ile bağdaştığı sürece*” mağdurları koru-

41 Birleşik Krallık 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun 3. bölümü uyarınca mahkemeler tüm kanunları mümkün olduğu ölçüde İHAS'ta yer alan haklar ile uygun biçimde yorumlayacaktır.

42 R v A.

43 McGlynn Clare, *Rape Trials and Sexual History Evidence: Reforming the Law on Third-Party Evidence*, Journal of Criminal Law, C.81, S.5, 2017, s. 376.

44 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Doorson v. Hollanda, Başvuru No: 20524/92 (1996), para. 70.

45 İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, Baegen v. Hollanda, Başvuru No: 16696/90 (1994), para. 77.

mak için çeşitli önlemler almalarını gerekli görmüştür.⁴⁶ Bu önlemlere dair kriterler ise İstanbul Sözleşmesi'nde ortaya konmaktadır.⁴⁷ Yukarıda açıklandığı üzere, İstanbul Sözleşmesi'nin 54. maddesi, İHAM'ın içtihadında sözü edilen “birbirleri ile yarışan haklar arasında kurulması gereken makul denge”nin nasıl oluşturulacağına dair önemli bir kriter oluşturmaktadır.⁴⁸

Cinsel şiddet suçu örneğinde ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde yer bulan korumalar dikkate alındığında, toplumsal cinsiyet ayrımcılığının yargılamaya sirayet etmemesi için asli yükümlülüğün, gereken usuli ve etik kuralları koymakla yükümlü yasama organı ile yargılama sürecini bu kurallar çerçevesinde yürütmekle yükümlü yargı organında olduğu anlaşılmaktadır. Bununla beraber, avukatların kamu hizmeti icra eden yargı aktörleri sıfatı dikkate alındığında, avukatlara da usuli ve etik kurallara uygun davranmaya ilişkin ikincil yükümlülük atfetmek mümkündür. Bu yükümlülüğe dair tartışmalar, avukatın özen yükümlülüğü ile ifade özgürlüğü ve - R v A kararında tartışıldığı gibi - savunma dokunulmazlığı ile birlikte değerlendirilmelidir.

II. Savunma Etiği ile Savunma Dokunulmazlığı/İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki

CEDAW'a göre yalnızca hakimler değil, savcılar, kolluk ve diğer yargı aktörleri de toplumsal cinsiyete dayalı normların, kalıpların soruşturma ve kovuşturmaları etkilemesine izin vermekte ve “*mağdur/bayyatta kalanın iddialarını önemsizleştirirken aynı anda fail olduğu iddia edilen kişinin öne sürdüğü savunmaları desteklemektedir.*”⁴⁹ Bu süreçte hayatta kalanlar, sanık müdafileri tarafından da ayrımcılığa uğramakta ve bu hem onları travmaya maruz bırakmakta hem de haklarının icrasını etkilemektedir.⁵⁰ Bu durum, aşağıda örneklendiği üzere, Türkiye'de kadına yönelik şiddet davalarında sıkça gözlemlenmektedir.

⁴⁶ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Y v. Slovenya, Başvuru No: 41107/10 (2015), para. 103.

⁴⁷ Id., para. 72, 104.

⁴⁸ Id., para. 102.

⁴⁹ CEDAW Komitesi, *General recommendation on women's access to justice*, para. 27.

⁵⁰ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, *Independence of judges and lawyers: Note by the Secretary-General*, A/66/289, 2011, para. 51.

Savunma pratiğinin sınırlarına ilişkin tartışma, Türkiye’de savunma görevi çok kırılğan bir zeminde yer aldığı için derinlikle yürütülemezdir. Türkiye’de bilhassa siyasi davalarda, sanıkların avukatlarının müvekkillerinin suçlarından sorumlu tutularak yargılandıkları örnekler nedeniyle, etiğe ilişkin tartışmalar savunma hakkı ve ifade özgürlüğü gibi hak temelli tartışmaların yanında tali kalmıştır. Oysa bilhassa ortak hukuk (*common law*) ülkelerinde, örneğin Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada’da savunmanın sınırı sıkça savunma etiği ve hararetli savunma (*zealous advocacy*) ekseninde tartışılmaktadır.

Bir görüşe göre avukatın özen yükümlülüğü kapsamında müvekkilinin çıkarını korumak için her argümanı ileri sürmesi gerekmekte iken, diğer bir görüş etik sınırlamaların avukatın özen yükümlülüğü ile çelişip çelişmediğini sorgulamaktadır.⁵¹ Bazı hukukçular, ırk, etnisite veya toplumsal cinsiyete dayalı normların yargılama kapsamında kullanılmalarının etik ile hiç ilgisi olmadığını, bunların hararetli savunma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁵² Bu görüşe göre, önyargı hem toplumda hem mahkemelerde mevcuttur ve avukat, müvekkilinin çıkarlarına hizmet ettiği sürece her tür stratejiyi kullanmakla yükümlüdür.⁵³ Aksi yöndeki görüşe göre ise, etik, yalnızca özen yükümlülüğünden ibaret değildir. Avukatların etik yükümlülüğü, hukuki değerlere tabidir ve dolayısıyla mesleklerini icra ederken ırkçı ve cinsiyetçi davranış ve hiyerarşileri güçlendirmeleri etik dışıdır.⁵⁴ Keza kimi meslek kurallarında da avukatların ayrımcılık yapmaması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.⁵⁵

51 Craig Elaine, *The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases*, Osgoode Legal Studies Research Paper Series, S.72, 2014, s. 16-17.

52 Smith Abbe, *Defending Defending: The Case for Unmitigated Zeal on Behalf of People Who Do Terrible Things*, Hofstra Law Review, C.28, S.4, 2000, s. 954.

53 Id., s. 954, 961.

54 Craig, s. 17.

55 Örneğin, Amerikan Barolar Birliği’nin Mesleki Davranışlara İlişkin Model Kuralları’nın 2016’da değiştirilen 8.4(g) hükmüne göre avukat, mesleğini icra ederken ırk, cinsiyet, din, ulusal köken, etnisite, engellilik, yaş, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, medeni hal ya da sosyo-ekonomik durum temelli taciz ya da ayrımcılık teşkil ettiğini bilen veya bilmesi gereken davranışlarda bulunmamalıdır. Buna, avukatın tanıklarla iletişimi de dahildir. American Bar Association, Model Rules of Professional Conduct, 1983, https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/ (Erişim Tarihi: 18.02.2020). Bu kuralın, din ve vicdan özgürlüğü ile ifade özgürlüğünü ihlal edebileceğine dair argümanlara cevaben bkz. Rendleman Dennis, *The Crusade Against Model*

Savunma etiği ile hararetli savunma arasında denge kuran Elaine Craig, bir savunmanın etik dışı olup olmadığına karar verilirken uygulanması gereken standardın *bukuka uygunluk* olması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁶ Bu bağlamda eğer yukarıda anılan usuli korumalar iç hukukta kodifiye edilmişse, sanık müdafinin bunlara uymayan veya bunların etrafını dolanmaya yönelik savunmaları etik dışı sayılacaktır:

“Avukatlar, bir duruşmanın yürütülmesine uygulanacak olan hukuk kuralları ile sonuçlanan önemli kanun değişikliklerini dikkatle incelemelidirler. Avukatlar kendilerine, bir kanunu değiştirme saikinin, [tadil edilen] hukuk kuralının yapısından, ayrımcılık içeren ya da sorunlu bir sosyal ön kabulü ortadan kaldırmak olup olmadığını sormalıdır. Eğer yanıt olumlu ise [saik bu tip bir kural değişikliği ise], o zaman avukatın etik yükümlülüğü, ... [kanun metninin içeriğinden] çıkartılmış olan ön kabule dayanan iddialar ileri sürmemektir...”⁵⁷

Bu kapsamda avukatların yargısal kalıplaşmayı önlemeye dair yukarıda ikincil olarak adlandırdığımız yükümlülük, Craig’in analizi uyarınca etik bir yükümlülük olarak tezahür etmektedir.⁵⁸ Öyleyse sanık avukatı müvekkiline ilişkin savunmasını yaparken hem yürürlükte olan kurallara, hem de bu kuralların ruhuna uygun davranarak etik yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Türk hukukunda kadına yönelik şiddet davalarında sanık müdafilerinin etik kapsamındaki savunma sınırlarının belirlenmesi bu bakımdan yürürlükteki mevzuat ve içtihadın sadece hukukçu olarak değil, feminist hukukçu gözüy-

Rule 8.4(g), American Bar Association 2018, <https://www.americanbar.org/news/abanews/publications/youraba/2018/october-2018/the-crusade-against-model-rule-8-4-g/> (Erişim Tarihi: 18.02.2020). Ayrıca bkz. Federation of Law Societies of Canada, Model Code of Professional Conduct, 2017, md. 6.3., <https://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/03/Model-Code-as-amended-March-2017-Final.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2020).

56 Craig, s. 23.

57 Craig, s. 24.

58 Benzer yönde bkz. Ataman Zeynep Pelin, *Avukatlar için El Kitabı I: Savunma Etiği*, t.y., s. 35, <http://etik.gov.tr/avukatlaricinelkitabi-savunmaetigi.pdf> (Erişim Tarihi: 30.09.2019) (“Bazı davranışların yasalara uygunluğu yeterli mazeret sayılamaz. Avukat ‘bukuka uygunluk’ ölçüsüne bağlıdır.”).

le incelenmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda öncelikli olarak 1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu⁵⁹ (Avukatlık Kanunu) ve 1971 tarihli Türkiye Barolar Birliği (TBB) Meslek Kuralları⁶⁰ temel mevzuat olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.1. Avukatlık Kanunu ve TBB Meslek Kuralları Kapsamında Savunma Dokunulmazlığı

Avukatlık Kanunu 2. maddesinde avukatlığın amacını, “*bukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların **adalet ve hakkaniyete uygun** olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak*” olarak belirtmektedir.⁶¹ Avukatlık Kanunu, avukatlığın kamusal bir hizmet olmasını gözeterek, işin maddi boyutunun ötesine geçmekte, “*adalet*” ve “*hakkaniyet*” kavramlarını kullanarak manevi boyutun da altını çizmektedir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de “*Avukat, müvekkilinin her isteğini sınırsız bir şekilde yerine getirmek şöyle dursun, hukuk konusundaki bilgi ve deneyimlerini **yasalar ve adalet yararına kullanma ödeviyle bağlı ve yükümlüdür ve avukatlık kamu hizmetidir***” diyerek, avukatların adaletin yerine getirilmesindeki rolünün altını çizmiştir.⁶²

Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesinde de düzenlenen “*avukatın özen yükümlülüğü ile alelade vekilin özen yükümlülüğü çok farklıdır.*”⁶³ “*Avukatların kazanmak için her türlü aracı kullanmaları meşru değildir.*”⁶⁴ Avukat mesleğini icra ederken hukuk kurallarının yanı sıra etik ilkeleri, sağduyuyu ve kamu yararını da orantılı bir şekilde gözeterek müvekkilinin menfaatini korumalıdır.⁶⁵ Bu doğrultuda 34. madde avukatlığın “*bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen,*

59 Resmi Gazete, 07.04.1969, 13168.

60 Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 1971, http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari.pdf (Erişim Tarihi: 06.09.2019).

61 Vurgu yazarlara ait.

62 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 23.11.1979, 2497/8629 sayılı kararına atıfla Ataman, s. 46 (Vurgu yazarlara ait).

63 Güner Semih, *Avukatın Özen Yükümlülüğü*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.2, 2000, s. 563.

64 Ataman, s. 29.

65 Ibid.

doğruluk ve onur içinde” yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Burada belirtilen özen, doğruluk ve onur kriterleri, avukatın yalnızca müvekkili ile arasındaki vekil sözleşmesinin gereği değil, aynı zamanda “*avukatlık görevinin kutsallığına yakışır bir şekilde*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, avukatlık mesleğinin de gereğidir. Dolayısıyla avukat, hem müvekkiline hem de avukatlık mesleğine karşı yükümlülük altındadır.⁶⁶

Avukatların etik yükümlülükleri, Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesi uyarınca uymak zorunda oldukları TBB Meslek Kuralları’nda düzenlenmiştir. Meslek Kuralları’nın 5. maddesi, “*Avukat, yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat, hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır*” hükmünü getirmektedir. Buna ek olarak 6. madde uyarınca “*Avukat, iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır.*”

Avukatlık Kanunu’nun 134. maddesi uyarınca meslek kurallarına uymayanlara TBB Disiplin Kurulu tarafından disiplin cezası verilebileceğinden, Disiplin Kurulu kararları Avukatlık Kanunu ve TBB Meslek Kuralları’nın açıklığa kavuşturulması bakımından oldukça önem taşımaktadır. Bu kapsamda Disiplin Kurulu 2007 tarihli bir kararında, hakkında şikayette bulunulan avukatın davacıya yönelik olarak sarf ettiği “*Manevi değerlerin en başında gelen namus duygusundan yoksun ve beyanlarından anlaşılacağı üzere sapkın bir ruh hali ve karakter taşıyan davacının, maneviyatının zedelendiğini ileri sürmesi düşündürücüdür*” sözlerinin “*sübjektif inançla, karşı tarafın kişiliğini hedef alan, bu sebeple onu küçük düşürmeye yönelik olduğu gibi, hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zorunlu açıklama olarak da kabul edilemez*” olması sebebiyle savunma sınırını aştığı ve disiplin suçu oluşturduğuna karar vermiştir.⁶⁷ Yine TBB Disiplin Kurulu’na göre, “*Davalı şirket yetkililerinin “başka bir dine mensup olmaları nedeniyle gerçeklere aykırı bir şekilde yemin edebilecekleri” inancıyla yemin teklif edilmemiş olduğunun bildirilmesi, objektif tar-*

66 Özen Atilla, *Avukatlık Hukuku*, İstanbul 2014, s. 127.

67 TBB Disiplin Kurulu, 27.04.2007, E. 2007/70, K. 2007/123.

*tışma sınırları içinde olmayan, iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgisiz, esasa yararlı, etkili ve hatta zaruri olmayan, somut vakıalara dayanmayan açıklamadır.*⁶⁸ TBB Disiplin Kurulu'nun uluslararası hukuka atıf vererek gerekçelendirdiği kararlar da bulunmaktadır. “Her şeyi geçelim, bu insan 100 Dolar vererek Nataşa da mı kiralayamaz da taciz mi yapar?” ifadesini yargılama sırasında söyleyen avukat hakkında yapılmış olan bir şikayete ilişkin olarak TBB Disiplin Kurulu 2015 tarihli kararında avukatın sorumluluklarını saymıştır. Kurula göre avukatların sorumlulukları arasında “uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınan hususlarda insan haklarına saygılı olarak uygulamaya yardımcı olmak, olmasını sağlamaya çalışanlara da saygı duymak” bulunmaktadır.⁶⁹ TBB Disiplin Kurulu şikayet edilen avukatın beyanının “uluslararası düzenlemelerle mücadele edilen seks işçilerini metalaştıran, yaşamlarını doğallaştıran” bir ifade olduğunu ve bu nedenle de Meslek Kuralları'nın 5. maddesindeki “hukuk ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınma” yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.⁷⁰

Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları'nda tezahür eden ve yaptırım bulan etik kuralları incelerken, bu kuralların avukatın müvekkilini en iyi şekilde temsil etmesi ve dolayısıyla avukatın ifade özgürlüğü/yargılamada taraf olan asılın hak arama özgürlüğü ile ilişkisini de dikkate almak gereklidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁷¹ (TCK) “İddia ve savunma dokunulmazlığı” başlıklı 128. maddesi, “yazılı ve sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde” ceza verilmeyeceğini belirterek sanık/şüpheli ve müdafinin yargılama sırasındaki ifade özgürlüğünü koruma altına almıştır. Müdafinin ceza alma korkusu olmadan savunma yapabilmesi, savunma bağımsızlığının ve dolayısıyla adaletin gereğidir.⁷²

Ancak TCK, Avukatlık Kanunu ve TBB Meslek Kuralları'nda belirtilen etik kurallar ile paralel olarak iddia ve savunma özgürlüğünün

68 TBB Disiplin Kurulu, 07.04.2005, E. 2005/55, K. 2005/141 (Mısır Haşim M., *Avukatlık Disiplin Hukuku*, 2016, s. 548-551).

69 TBB Disiplin Kurulu, 30.05.2015, E. 2015/162, K. 2015/393 (Mısır, s. 553-554).

70 Ibid.

71 Resmi Gazete, 12.10.2004, 25611.

72 Eriş Uğur, *Avukatın Savunma Dokunulmazlığı*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004, s. 38.

sınırını da çizmektedir. TCK'nın 128. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bu hukuka uygunluk sebebinden faydalanmak için “*isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlıkla bağlantılı olması*” gerekmektedir.⁷³ Doktrinde, bu maddede kastedilenin namus, şöhret, saygınlık ve onura yapılan saldırılar olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, savunma dokunulmazlığını şekil, yer ve ölçülülük kapsamında ele almaktadır:

“Avukatlar görevlerini ifa ederken belli koşullar içinde bazı isnatlarda bulunabilir, bunu yaparken de bazen mubatapları küçük düşürücü ifadeler kullanabilirler. Ancak bu esnada iddia ve savunmanın gerekliliği ile orantılı hareket etmek zorundadırlar. Savunma dokunulmazlığından söz edilebilmesi için eylemin iddia veya savunma niteliğindeki evrak ile ilgili olarak yapılması gerekir (Şekil koşulu). Eylem, yargı organlarına verilen dilekçelerde veya bu organlar buzurunda yapılmış olmalıdır (Yer koşulu). Hak kullanılırken sınırın aşılması gerekir (Ölçülülük koşulu).”⁷⁵

Ölçülülük uyarınca, objektif tartışma sınırını aşan, yersiz olarak karşı tarafın kişiliğini hedef alan ve küçük düşürücü ifadeler kullanılmaz. “*İfadeler, uyumsuzluğun aydınlığa kavuşmasına, hakkın mey-*

73 5237 sayılı TCK'nın 128/2. maddesindeki hükme paralel olan, 765 sayılı TCK'nın 486/2. maddesine dair açılan iptal davasında 1961 Anayasası'nın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 31. maddesine dayanan Anayasa Mahkemesi, “Gerçekten iddia ve savunma bakımın her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir dâvada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir; iddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi olayda hakaret kastının bulunmamasına değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan bu serbestlik, dâvanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle, bakım meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir. Anayasa'nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara ancak böylelikle başvurulmuş olur: **Fakat bir dâva sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zorunluk bulunmayan yani dâvanın aydınlığa kavuşmasında ve bakım meydana çıkmasında etkisi olmayan hakaretlerde bulunulmasında elbette meşruluk vardır denemez, işte böyle bir halde iddia ve savunma sınırı aşılmış olacağından baysiyetler de korunmamış olur.** Bu bakımdan sözü edilen hüküm, yargı mercileri önünde iddia ve savunmada bulunan kişileri korkutacak ve tereddüte düşürecek ve bu yüzden de onların söylemeleri ve yazmaları gereken bir hususu söylemekten veya yazmaktan alıkoyacak bir nitelik taşımamaktadır.” gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir (vurgu yazarlara ait). Anayasa Mahkemesi, 08.06.1965, E. 1963/163, K. 1965/36.

74 Centel Nur, Zafer Hamide & Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 332.

75 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.07.2007, E. 2007/4-105, K. 2007/174.

dana çıkarılmasına neden olacak şekilde savunmaya yararlı ve etkili, batta zaruri bulunmalıdır."⁷⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'ne göre,

*"...avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarılarının korunmasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif bir tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle, karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, **davanın amacı hakkı gösterdiği, bu savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu batta zaruri bulunduğu takdirde** hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır."*⁷⁷

Yukarıda incelenen mevzuat ve içtihat dikkate alındığında, savunmanın etik sınırlarına dair birtakım ölçütler getirildiği, ancak ölçütlerin kişilik hakları odağını esas aldığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, avukatların toplumsal hiyerarşiler ile mücadeleye ilişkin etik yükümlülüklerine dair yol göstermese de, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) avukatlık mesleğinin icrası sırasında sarf edilen sözlere ilişkin olarak vermiş olduğu içtihatlar, bir tarafta avukatın ifade özgürlüğü ve iddia ile savunma dokunulmazlığı, diğer tarafta ise hakkında beyanlar sarf edilenin korunan kişilik haklarını dengeleme konusunda kullanılan ölçütlere ilişkin aydınlatıcıdır.

2.2. Avukatlık Mesleğinin İcrası Sırasında İfade Özgürlüğüne İlişkin AYM Kararları

AYM, Kenan Gül başvurusunda, velayet davasında müvekkilinin velayet hakkını savunmak için karşı taraf hakkında "*davacı baba, dürüst olmayıp yalancı ve dolandırıcı mizaçtadır. Çalışmayı sevmektedir. Gayri meşru işlerle uğraşmaktadır... Davacı baba ablaken dürüst olmayıp, müvekkilime çok zarar verdiği gibi müşterek çocuklarını da kandırdığı*" şeklindeki beyanları nedeni ile Bursa 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından hakaret suçunu işlediği için cezalandı-

⁷⁶ Özen, s. 147.

⁷⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 02.05.1975, E.1974/1160, K. 1975/5782 (Vurgu yazarlara ait).

rılan avukatın savunma hakkı ve ifade özgürlüğü iddialarını değerlendirmiştir.⁷⁸

AYM avukatların mesleklerinin icrası esnasındaki ifade özgürlüklerine ilişkin olarak TCK'nın "Hakaret" başlıklı 125. maddesi, 128. maddesi ve "Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası" başlıklı 26. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapmıştır. Başvurucuya verilen cezayı kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük kriterleri kapsamında inceleyen AYM, "İfade Özgürlüğünü İlgilendiren Yönüyle İddia ve Savunma Dokunulmazlığı" çerçevesinde şu tespitlere yer vermiştir:

*"Kanun'un 128. maddesine göre isnat ve değerlendirmeler; gerçek ve somut vakialara dayandığı ve uyumsuzlukla bağlantılı olduğu müddetçe ölçülü kabul edilebilir. Bununla birlikte yargılama esnasında kullanılan ifadelerin ve eleştiri hakkının makul olmayan ölçüde sınırlandırılmasının hem Anayasa'nın 26. maddesi [düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti] hem de 36. maddesi [hak arama hürriyeti] altında güvence altına alınan hakların gereğince yerine getirilmesini engelleyeceği unutulmamalıdır. Yargının işleyişine halel getirmemek adına davanın tarafları ve profesyonel olarak iddia ve savunma görevini icra eden avukatlar bu görev nedeniyle, herhangi bir müeyyide veya ceza tehdidi altında kalmamalıdır."*⁷⁹

AYM iddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılmasının esas olduğunun altını çizirken, vekilin beyanlarının "davanın aydınlığa kavuşması" amacına hizmet etmesinin önemini vurgulamıştır:

"Anayasa Mahkemesi; bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerektiğini, iddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesinin olayda hakaret kastının bulunmamasına değil adaletin

78 Anayasa Mahkemesi, Kenan Gül Başvurusu, Başvuru no. 2015/17892, 12.02.2019.

79 Id., para. 46.

tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayandığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre bu serbestlik davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyişle hakkın meydan çıkma amacına yol açma amacına hizmet etmelidir...”⁸⁰

AYM “bazı durumlarda avukatların ifade açıklamaları ile adil yargılanma hakkı arasında yakın bir ilişki ortaya çıkabilir”⁸¹ diyerek çatışan haklar arasındaki dengelemenin kurulması yönünde de önemli tespitlerde bulunmuştur. AYM’ye göre çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterlerden bazıları şöyledir:

“i. İddia ve savunma dokunulmazlığının kullanılmasını bahli gösterecek emarelerin varlığı

ii. İddia ve savunma dokunulmazlığının sırf üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla kullanılıp kullanılmadığı

iii. İddia ve savunma dokunulmazlığının kamu görevlilerine karşı görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili konularda kullanılıp kullanılmadığı

iv. Hedef alınan kişiye yönelik isnatların taraflar arasındaki uyumsuzluk konusuyla -oldukça zayıf veya dolaylı da olsa- ilgisinin bulunup bulunmadığı ve uyumsuzluğun çözümüne katkısının olup olmadığı

v. Sarf edilen ifadeler ve bunların hedef alınan kişinin yaşamına etkileri.”⁸²

AYM, açıkladığı yukarıdaki kriterleri başvurucunun savunması özelinde incelemiştir. AYM Bursa 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin kararını “savunma görevini yerine getiren avukat hakkında cezaya hükmetmesinin zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan kaynaklandığını ortaya koyamamış” olduğu ve başvuruya konu sözlerin hakaret olduğunu tespit etmekle yetinerek “ne sözlerin kullanıldığı bağlamı ve amacını

80 Id., para. 47.

81 Id., para. 51.

82 Id., para. 55.

ne kime karşı yöneltildiğini ne de olayın bütününe dikkate almadığı” gerekçeleri ile eleştirmiştir.⁸³ AYM’nin hukuki değerlendirmesinin incelenmesinden avukatların savunmaların bağlamının, amacının ve olayın bütünü içindeki yerleştirilmelerinin ifade özgürlüğünün sınırlarını tespit ederken kullanılabileceği ortaya çıkmaktadır.

AYM’nin, avukatın *karşı taraf* hakkında sarf ettiği beyanlar nedeniyle cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasını değerlendirdiği Kenan Gül başvurusunun yanı sıra, avukatın *savcı* hakkında beyanlarına ilişkin Keleş Öztürk⁸⁴ kararı ile *bakim* hakkında beyanlarına ilişkin Ahmet Haluk Altan⁸⁵ ve (avukat olmayan ancak dilekçe hakkı kapsamında başvuru yapan) Hasan Ercan⁸⁶ kararlarına da kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

Avukatın savunma kapsamında savcıya dair yönelttiği ifadeler sonucu yaptırıma tabi tutulmasına ilişkin olarak yapılan Keleş Öztürk başvurusunda AYM, savcıların davaya taraf olmaları nedeniyle hakimlere nazaran daha hoşgörülü olmaları gerektiğini belirterek,⁸⁷ avukatın “*Cumhuriyet savcısının hangi hukuk fakültesinde okuduğu, okuyup okumadığı*” benzeri beyanlarının savcının düzenlediği mütalaaya eleştiri olarak yöneltildiğinin altını çizmiştir.⁸⁸ Bu ifadelerin cezalandırılması demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığından başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM’nin değerlendirmesinde İHAM’ın, demokratik toplumlarda sanık müdafinin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ancak çok istisnai durumlarda gerekli kabul edilebileceğini belirttiği, Nikula v. Finlandiya kararına da genişçe yer verilmiştir.⁸⁹ İHAM’a göre, belli durumlarda müdafinin yargılama kapsamında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sanığın adil yargılanma hakkına da etki edebilir⁹⁰ ve “*vekilin ceza yargılamasının diğer tarafına dair...eleştirisinin ex post facto değerlendirilmesi tehdidinin, sanık müdafinin müvekkili-*

83 Id., para. 65.

84 Anayasa Mahkemesi, Keleş Öztürk Başvurusu, Başvuru no. 2014/15001, 27.12.2017.

85 Anayasa Mahkemesi, Ahmet Haluk Altan Başvurusu, Başvuru no. 2015/14340, 12.11.2019.

86 Anayasa Mahkemesi, Hasan Ercan Başvurusu, Başvuru no. 2015/54, 12.11.2019.

87 Keleş Öztürk Başvurusu, para. 53.

88 Id., para. 59.

89 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Nikula v. Finlandiya, Başvuru no. 31611/96 (2002).

90 Id., para. 49.

nin çıkarlarını hararetle biçimde savunması göreviyle bağdaştırılması mümkün değildir.”⁹¹ Ancak yine İHAM’a göre, sanık müdafinin ifade özgürlüğü sınırsız değildir.⁹² Avukatların kamu ile mahkemeler arasındaki aracı rolü dikkate alındığında, onlardan adaletin doğru yönetimine katkıda bulunmaları ve dolayısıyla kamunun adalete güvenini sağlamalarını beklemek meşrudur.⁹³ Burada kamunun yargı kararlarına ilişkin konularda bilgi alma hakkı, adaletin doğru yönetiminin gereklilikleri ve hukuk mesleğinin onuru ile avukatın ifade özgürlüğü arasında bir denge sağlanmalıdır.⁹⁴ Avukatlar, çok hafif dahi olsa bir ceza veya tazminat ödeme tehdidinin olası caydırıcı etkisine maruz kalmadan, ilk olarak bir savunma argümanının ilgili ve yararlı olup olmadığını kendileri değerlendirmelidir.⁹⁵

AYM’nin Ahmet Haluk Altan başvurusunda ise avukat olan başvurucu, yargılama devam ederken dava dosyalarına sunduğu dilekçelerde hakim hakkında sarf ettiği “...yeni bir ara kararı Mahkemece resen bulunarak dava uzatılmaya veya red edilmek için öküüz altında buzağı aranmaya çalışılmaktadır.’, ‘...bir takım bozma kararında resmi veriler hiçe sayılarak kafadan... karar verilmiştir’, ‘...ancak mahkeme bakimi bu dilekçelerden tınmamış, adeta davalı tarafmış gibi davranmaya devam etmiştir’, ‘...Mahkeme bakimi... taşınmaz için muradına ermiştir...’, ‘...yargılamanın seyrinin zıvanadan çıkartarak...” ifadeleri nedeniyle hakaret suçundan yargılanarak adli para cezası ile cezalandırılmıştır. AYM, tarafların mahkemenin yargılamayı yürütme biçimine yönelik eleştiride bulunabilmelerinin ifade özgürlüğünün koruması kapsamında olduğunu fakat tarafların hâkimin tutumuna yönelik eleştiri haklarını Anayasa’nın “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği*” başlıklı 12. maddesi gereğince sahip oldukları ödev ve sorumluluklara uygun kullanmaları gerektiğini belirtmiştir.⁹⁶ Bu bakımdan AYM, başvurucunun hâkimin usul hükümlerinin sınırlarının dışına çıktığı düşüncesinde olması hâlinde makul bir tepki göstermesinin doğal karşılanabilir olduğunu fakat bu durumda tepkinin yöntemi

91 Id., para. 54.

92 Id., para. 49.

93 Id., para. 45.

94 Id., para. 46.

95 Nikula v. Finlandiya, para. 54.

96 Ahmet Haluk Altan Başvurusu, para. 39.

ve şiddeti konusunda değerlendirme yapılması gerektiğini söylemiştir. Başvurucunun ihtilaf konusu sözlerini, sistematik olarak dokuz ayrı dilekçede ifade etmesi ve sözlerin içeriğinin “*yaralayıcı ve yakışksız bir nitelik taşıması*” nedeni ile AYM, başvurucunun ifadelerinin hakimi incitmeye yönelik olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁹⁷ AYM bu nedenle müşteki hakimin şeref ve itibar hakkı ve cezalandırılmış olan başvurucunun sözlerinin Anayasa’nın 26. maddesi kapsamında korunan ifade özgürlüğü arasındaki denge gözetildiğinde, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Hasan Ercan başvurusunda ise amcası adına hakimi şikayet dilekçesini kaleme alan başvurucu, “*bukuk fakültesi 3. sınıf öğrencisinin dahi*” kararı doğru yorumlayabileceğine ilişkin ifadelerde bulunmuş, bu ifadeler nedeniyle başvurucu hakkında hakaret suçundan soruşturma başlatılarak para cezasına hükmedilmiştir. Olayı değerlendiren AYM bu kez başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM, söz konusu cezanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığını, (i) başkalarının şöhret veya haklarının korunması, (ii) yargı erkinin otoritesinin korunması, (iii) ifade özgürlüğü ile itibarın korunmasını isteme hakkı arasında adil denge kurulması çerçevesinde incelemiştir.⁹⁸ AYM, ifade özgürlüğü ve müdahale edildiği iddia edilen şeref ve itibar hakkının korunması arasındaki adil denge değerlendirilirken *soyut* bir kavramdan bahsetmediğini belirtmiştir.⁹⁹ AYM’ye göre çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için kullanılan ifadelerin türü, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesi, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiği, kime yöneltildiği, tarafların ünlülük dereceleri ve ilgili kişilerin önceki davranışları, kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının değerlendirilmesi gerekir.¹⁰⁰ Buna göre, AYM “*başvurucunun hâkime yönelik eleştirisinin ağır olduğu kabul edilse bile bu sözler hâkimin verdiği karara ilişkindir. Hâkimin özel hayatı ve kişisel özellikleri hedef alınmamış, üstelik bu sözler aleniyet*

97 Id., para. 40.

98 Hasan Ercan Başvurusu, paras. 32-37.

99 Id., para. 35.

100 Id., para. 35. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Morice v. Fransa*, Başvuru no. 29369/10 (2015).

kazanmamıştır” değerlendirmesi ile başvurucunun cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁰¹

2.3. Mevzuat ve İçtihadın Feminist Bakış Açısı ile Değerlendirilmesi

İçtihadla ilişkin tespitlerden evvel, avukatın etik yükümlülüklerine ilişkin hukuki metinler hakkında değerlendirme yapılması önceliklidir. Avukatlık Kanunu 1969 tarihli, TBB Meslek Kuralları da 1971 tarihlidir. Hatta, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi’nde stajyer avukatlara ücretsiz olarak dağıtılan Eylül 2019 tarihli Avukatlık Kanunu kitabının giriş kısmında, 1940 tarihinde İstanbul Barosu’nun o tarihteki genel sekreteri tarafından genç avukatlara hitaben yazılmış bir yazı yer almaktadır.¹⁰² Tüm avukatların erkek olduğu varsayımı ile yazılmış, neredeyse her paragrafında cinsiyetçi ifadeler¹⁰³ barındıran bir yazının, 2019 yılında İstanbul Barosu tarafından basılan bir kitapçığa dahil edilmesi, avukatlık mesleğinin icrası sırasında kullanılacak dil ve makalenin konusunu teşkil eden etik değerler konusunda eleştirel düşünmenin gerekliliğini açıkça göstermiştir.

Avukatlık Kanunu toplam 29 kere, farklı kanunlar ve bir kanun hükmünde kararname ile tadil edilmiş olmasına rağmen, yapılan değişiklikler mesleğin teknik düzenlemeleri ile sınırlı kalmıştır. Avukatlık Kanunu ve TBB Meslek Kuralları’nın yürürlüğe girmesinden (ve söz konusu cinsiyetçi yazının yazılmasından) sonraki süreçte çok önemli değişiklikler olmuştur. Türkiye, CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi kapsamında kadına karşı ayrımcılık ve kadına yönelik şiddet ile mücadele etmek için kapsamlı taahhütlerde bulunmuş ve özellikle İstanbul Sözleşmesi kapsamında devletin kamu kurumları ile olduğu kadar devlet dışı kurumlar ile işbirliği yapacağını beyan etmiştir. Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca avukatlığın kamu hiz-

101 Id., para. 43.

102 İstanbul Barosu, *Avukatlık Kanunu*, İstanbul 2019. Kitapçığın içinde avukatlığa ilişkin hukuki metinler bir araya getirilmiştir.

103 Örneğin, “Yazıbaneye gelen iş sahipleri içinde cazibesi kalpleri sürükleyen, ılık kokusu insanı titreten, saçlarının parlaklığı ve gözlerinin tatlılığı nefsi emmreyi şablandıran kadınlar ve kızlar vardır. Bunlara karşı size koruyacak silah, vazifenizin yüksekliği, mesleğinizin asaleti bakımında edineceğiniz fikirdir. Bu mesleği semezseniz kendinizi koruyamazsınız.” Av. Ali Haydar Özkent, *Genç Avukatlara*, Avukatlık Kanunu, s. XXV.

meti olduğu belirtildiğine göre, avukatların kamusal yükümlülükleri olduğu ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki kadının insan hakları rejimine uygun davranmaları gerektiği düşünülmektedir. Avukatların resmi kılığına ve kullanılacak baro odalarına dair dahi düzenleme yapan Avukatlık Kanunu ve TBB Meslek Kuralları'nın, avukatın mesleğini icrası sırasında ayrımcılıktan kaçınmasını öngören ve anılan uluslararası sözleşmelerin amacını gözetilen şekilde tadil edilmesi, gecikmiş ve aciliyet teşkil eden bir olgu olarak tespit edilmektedir. Bu tip tadiller, avukatların mesleklerini icra ederken İstanbul Sözleşmesi'nde belirtildiği gibi kadına yönelik şiddetle bütüncül bir mücadelenin parçası olan kamusal ve etik yükümlülükleri açısından yol gösterici olacaktır.

Yukarıdaki mevzuatın uluslararası metinlerin gerisinde kaldığı dikkate alındığında, bu mevzuata dayanarak verilen kararların da savunmanın sınırlarını belirlerken normatif hukuk çerçevesinde değerlendirme yaptığı ve avukatın mesleğini icrası sırasında ayrımcılık yapmamasına yönelik etik yükümlülüğüne dair tespitler içermediği anlaşılmaktadır. Türkiye'de normatif hukuk, ikili olarak ele aldığı kadın-erkek eşitliğini şekli eşitlik üzerinden kurmaktadır (örneğin, Anayasa'nın 10. maddesi). Oysa dogmatik hukuk sisteminde tarafsız olduğu söylenen normlar, egemen bakış açısıyla oluşturularak, güçsüz olanın deneyimlerini görmezden gelmektedir. Bu nedenle feminist bir bakış açısı edinmek, "*hukuk kuralları ile hukuki kabullerin içerdiği toplumsal cinsiyeti görünür hale getirmek ve kadınların tabii konumunu ortadan kaldıracak uygulamalarda ısrarcı olmak anlamına gelir.*"¹⁰⁴ Bu ısrar, hukukun nesnellik adı altında esasen taraf olduğu durumlarda dezavantajlı grubun konumunu vurguladığından, Katharina Bartlett'in tanımıyla "*iyi (uygun) bir taraftır.*"¹⁰⁵ Hukukun uygulanmasında ne tarafta durulması gerektiğine ilişkin tartışma, bu makalenin de temel çıkış noktasını oluşturmakta ve hukuki metinlerin bu bakış açısı ile incelenmesini ve eleştirilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır.

104 Akçabay Fehmiye Ceren, *Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması, Feminizm ve Politika*, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları (Uyur Gülriz & Özdemir Nadire (Der.)), Ankara 2018, s. 37.

105 Bartlett Katharine T., *Feminist Legal Methods*, Harvard Law Review, C.103, S.4, 1990, s. 847.

Yukarıda belirtilen mevzuat ile TBB Disiplin Kurulu, Yargıtay ve AYM kararlarında savunmanın sınırlarına dair tartışmaların, bir yanda aleyhine savunma yapılan tarafın yasal olarak korunan kişilik hakkı, diğer tarafta ise savunma yapanın ifade özgürlüğü ve savunma hakkı ekseninde yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Avukatların toplumsal hiyerarşiler ile mücadeleye ilişkin rolü ve etiğe dair bir tartışmaya rastlanmamıştır.¹⁰⁶ Oysa toplumsal cinsiyet eşitsizliği normatif hukukun ayrımcı şekilde uygulanması ile yeniden üretilen bir gerçekliktir. Yukarıdaki mevzuat, bu yeniden üretim öngörüsünü destekler nitelikte, toplumsal cinsiyet perspektifinden tamamen yoksun olup, uluslararası metinler ile yasaklanan yargısal kalıplaşmanın işaret ettiği toplumsal hiyerarşilerin görünür kılınmasına ve bunların önlenmesine dair yol göstermemektedir.

Zira etik tartışmasını yargısal kalıplaşma bağlamında ele almak, bir anlamda kadınlara karşı ayrımcılığa ilişkin ön kabulü ve bu ayrımcılık ile yargı sürecinde de mücadele etme iradesini temsil etmektedir. Bu nedenle savunma etiği tartışması sadece hukuki bir zeminde kurgulanıyor gibi görünse de tartışmanın temellendirilmesinde kadına yönelik ayrımcılık ile mücadele etme yönünde politik bir iradeye ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bakımdan, atıfta bulunulmuş hukuki metinlerde toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bir faktör olarak ele alınmamış olması (veya ele alınması gereğinin dikkate dahi alınmamış olması), aslında yargılama süreçlerinde toplumsal cinsiyet eşitsizliğini üreten savunmaların ne denli içselleştirilmiş olduğunu da göstermektedir. Bu yokluk, bir anlamda bu makalenin dikkat çekmeyi amaçladığı, avukatların yargısal kalıplaşmadaki rolünün tartışılmasının önemini vurgular niteliktedir.

III. Kadına Yönelik Şiddet Davalarında Yargısal Kalıplaşma ve Sanık Müdafilerinin Rolü: Güncel Örnekler

Türkiye'nin farklı şehirlerinde, şiddete maruz bırakılan veya öldü-

¹⁰⁶ TBB Disiplin Kurulu bir kısım kararlarında avukatların meslek kurallarının ötesinde adalet ve insan haklarına dayanmalarının gerekli olduğunu söylemektedir. TBB'nin bu tip etik yaklaşımı benimsediği kararlarının var olduğu dikkate alındığında, toplumsal cinsiyeti hiç ele almamış olması daha da dikkat çekici hale gelmektedir. Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz, Özdemir Nadire, *Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Ablaki Aktivist Avukat Yaklaşımı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.130, 2017.

rülen kadınların isimlerinin ve hikayelerinin değişmesine rağmen, yürütülen ceza yargılamalarında sanıkların ve müdafilerinin savunmalarının aynı kalması, yargısal kalıplaşmanın somut olarak dışa vurumudur.

2016 yılında Deniz Aktaş'ın erkek arkadaşı Lokman Barış Çelik tarafından öldürülmesine ilişkin olarak Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen kadın cinayeti davasında, cinayetten önce de Aktaş'a şiddet uyguladığını ve aleyhine alınmış koruma kararlarını kabul eden Çelik, önceki şiddet olaylarının temelinde de “erkekliğine”, “namusuna” ve “ailesine karşı” sevgilisinin küfürler ettiğini, aşağılayıcı şekilde konuştuğunu iddia etmiştir. Sanık müdafinin Türkiye’de yüceltilen ve erkeklere adeta dokunulmazlık sağlayan “erkekliğe” atıf yaparak sonlandırdığı savunması, sanığın kasten öldürme fiilinin hafifletici nedeninin toplumsal cinsiyet ayrımcılığının temelinde yer alan kalıplar olması gerektiğini iddia etmektedir:

“Sanık ani olarak gelişen olay sonucunda mağdurenin kendisine erkekliğine yönelik sözleri nedeni ile baksız tabrik altında işlemiştir...”

Aktaş kararından kısa süre sonra, 12 Eylül 2016 tarihinde, Abdullah Çakıroğlu belediye otobüsünde Ayşegül Terzi’ye iki kere tekme atarak saldırmıştır. Terzi’nin şikayeti üzerinde İstanbul Anadolu 40. Asliye Ceza Mahkemesinde görülen davanın 26 Ekim 2018 tarihli ilk duruşmasında sanık Çakıroğlu aşağıdaki şekilde savunma yapmıştır:

“[...] hastalığım nüksetti. Karşı taraftaki kadın müstebcendi. İki-üç kişilik yer kaphıyordu. Kendisini uyardım, ‘aile var’ dedim. Bana göz işareti yaptı, hangi anlamda yaptığımı bilmiyorum. Ben kendimi tutamadım, istem dışı bir davranışta bulundum. Yaptığımı doğru bulmuyorum, pişmanım. Kendi kendime konuşma bal-lerim artmıştı, hastalığım etkisi büyük oldu.”

Üç yıl 10 ay hapis cezasına çarptırılan sanığın müdafinin itirazı ise teknik hukuk tartışmasının ötesine geçerek, Türkiye’deki toplumsal cinsiyet eşitsizliğini ve kadınların uyması gereken “ahlak” kurallarının “müstebcen” olan kadının şiddete uğramasını meşru gösterdiğini iddia eden içeriktedir:

“Mağdur mini etek ile otobüse binmiştir, yayılarak oturmuştur; müstebcen bir görüntü oluşmuştur; laik devlet, toplumda asgari bir ahlak düzeyi belirler ve toplumun buna uyması gerekir; bayram günü otobüste müstebcen bir görüntü verilmesi genel ahlaka aykırıdır.”

Kadınların uğradığı şiddeti “*ahlak*” kisvesi altında açıklayan sanık müdafî gibi toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin temelinde yatan “*kadınlık görevleri*” de bir başka kadın cinayeti davasında sanık müdafî tarafından gündeme getirilmiştir. Halide Özpolat’ın 35 senelik eşi Ali Rıza Özpolat tarafından, sanığın cinayetten önce satın aldığı, eşini tehdit etmek için kullandığı ve müşterek hanede muhafaza ettiği çifte ile öldürülmesine ilişkin kadın cinayeti davası İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi’nde görülmüştür. 13 Nisan 2017 tarihli duruşmada sanık müdafinin, sanığı eşini öldürmeye iten sebepleri kanıtlamak amacı ile sanığın kötü şartlarda yaşadığına ve eşinin “*bakım görevini*” yerine getirmediğine ilişkin soruları olmuştur:

“Sanık müdafinin talebi üzerine tanıktan soruldu; Ali Rıza biraz önce söylediğim gibi 1 yıldır sabahtan gece yarısına kadar benim işyerimde olduğu için yemeğini de orada yiyordu evde kendisine yemek yapılmadığından ve temizlik hususunda şikayetçiydi, oğlunu çağırıp bu şikayetlerini ona söyledim ve annesiyle konuşmasını istedim, konuşup konuşmadığını bilmiyorum, benim bildiğim kadarıyla cebinde parası olmazdı, yemeğini ben yediriordum.”

Duruşma tutanaklarına geçirilmemiş olmasına rağmen, sanık müdafî pek çok kere Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın davaya 6284 sayılı Kanun uyarınca öldürülen Halide Özpolat’ın çocukları ile birlikte müşteki olarak müdahil olmasını eleştirmiştir. Sanık müdafî esas sanığın ailesinin dağıldığını ve Bakanlık avukatının sanık müdafinin yanında yer alması gerektiğini iddia etmiştir. Kadına yönelik şiddeti önlemek ve şiddet eylemlerinin cezalandırılması için takipçi olmak yükümlülüğü 6284 sayılı Kanun ve İstanbul Sözleşmesi ile kendisine verilmiş olan bir kamu kurumunun bir kadın cinayeti davasında sanığın yanında yer almasının talep edilmesi sanık müda-

finin hukuki zemin hakkında da ne denli bilgi eksikliği içinde olduğunu göstermektedir. Sanık müdafinin bu talebi eşzamanlı olarak kadının geleneksel olarak yalnızca aile içinde konumlandırılmasına ilişkin cinsiyetçi kalıplardan fayda sağlamaya çalıştığına örnektir.

İddia makamının esasa ilişkin taleplerini sunduğu duruşmadan sonra gerçekleştirilen 5 Mart 2018 tarihli 17. duruşmada sanık müdafi savunma yapmayacağını açıklamış ve Mahkeme başkanının reddini talep etmiştir:

“[...] olayın kadın cinayeti olması dolayısıyla mahkeme başkanı olarak şahsınızın kamuoyu baskısı altında kalarak özellikle kovuşturmanın genişletilmesi yönündeki taleplerimizi reddederek adil ve etkin yargılama ve savunma haklarımızın kısıtlanması yoluyla bu haklarımızı kullanmamızı engellediğiniz kanaati bizde oluşmuştur; bu itibarla mahkeme başkanı olarak tarafımızı reddediyoruz, red istemimiz hakkında bir karar verilsin.”

Sanık müdafi, davanın kadın cinayeti olması nedeni ile ortaya çıkan kamuoyu baskısının ne kapsamda olduğunu ise açıkla(ya) mamıştır. İstanbul Sözleşmesi'nin şiddetle mücadele için dayandığı dört temel bulunmaktadır. Bunlar, (i) kadına yönelik şiddeti önlemek, (ii) şiddet gerçekleşirse kadını korumak ve destek imkanları sunmak, (iii) şiddetin failleri hakkında etkin soruşturma yürütmek ve (iv) şiddeti ortadan kaldırmak için bütüncül politikalar üretmek ve veri toplamaktır. İstanbul Sözleşmesi'ni imzalayan her devlet, bu temel yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftir. Kadın cinayetleri sonrası ortaya koyulan toplumsal tepki, yargı kurumlarının kadına yönelik şiddete ilişkin cezasızlık kültürünü ortadan kaldırmak için failler hakkında yargısal kalıplaşmadan uzak olarak etkin soruşturma yürütmesini ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin kararlara etki etmemesini sağlamak amacını gütmektedir. Zaten İstanbul Sözleşmesi'nin “*Bütünsel Politikalar*” başlıklı II. Bölümü'nde de belirtildiği gibi kadına yönelik şiddetle mücadele etmek için taraf devlet olan Türkiye'nin de yükümlülüğü bu alanda çalışan sivil toplum örgütlerini, desteklemek, teşvik etmek ve onlarla işbirliği yapmaktır.¹⁰⁷

107 Bkz. İstanbul Sözleşmesi, md. 9 (Hükümet dışı örgütler ve sivil toplum); ayrıca bkz. II. Bölüm altında md. 7 (Kapsayıcı ve eşgüdümlü politikalar), md. 8 (Mali kaynaklar).

Bu bağlamda, Özpolat davasında sanık müdafinin dava konusunun kadın cinayeti olmasına bağlı olarak kamuoyu baskısını İstanbul Sözleşmesi kapsamında devletin yükümlülüklerini hatırlatan itici bir güç olarak değil de mahkemeyi “*olumsuz yönde*” etkileyebilecek bir unsur olarak değerlendirmesi de oldukça dikkat çekicidir.

Yukarıdaki dosya örnekleri, toplumsal cinsiyete dayalı kalıpların Türkiye’de kadına yönelik şiddet davalarında sanık müdafileri tarafından mahkemeyi etkilemek için ileri sürülmesinin yaygın bir savunma pratiği halini aldığını ortaya koymaktadır. Bu pratikler müdafiler tarafından savunmanın her türlü söylemi içerebileceği gerekçeyle normatif hukuk bakımından meşru görülse de, feminist bakış açısı savunma dokunulmazlığının sınırsız olmasının hangi hiyerarşileri güçlendirdiğini sorgulamakta ve bu kapsamda savunma etiğini de tartışmaya dahil etmektedir.

V. Yargısal Kalıplaşma ile Mücadele/Savunma Etiği ile İfade Özgürlüğü/Adil Yargılanma Hakkını Dengelemek: Öneriler ve Temenniler

Yukarıda ifade edildiği üzere, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin üretilmesine ve sürdürülmesine katkı sağlayan yargılama pratiklerinin ortadan kaldırılmasında asli sorumlular, usuli korumalar getirmekle yükümlü yasama organı ve bunların uygulamasını gözetmekle yükümlü mahkemelerdir. Öte yandan, kamu hizmeti sayılan savunmanlık görevinin icra edilmesi sırasında, avukatın da toplumsal cinsiyet ayrımcılığı ile mücadele sürecine katılmasını beklemek isabetsiz değildir. Savunma hakkının sınırları incelenirken değerlendirilen mevzuatın ve içtihadın normatif hukuku uygulamaktan öteye gitmediği, normatif hukukun da son derece yetersiz olduğu tespit edilmiştir. Türkiye’de toplumsal cinsiyet eşitsizliğini üreten siyasi ve toplumsal dinamikler dikkate alındığında, yargının da bu dinamiklerden beslenmesi ve avukat savunmalarını normatif hukukun kısıtları ile tartışması şaşırtıcı değildir. Makale ise, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin tüm devlet kurumları tarafından içselleştirildiği Türkiye’de, yasama ve yargının, sanık avukatlarına etik sorumluluklar yükleyerek, kadına yönelik şiddetle mücadele sürecinde kaldıraç görevi üstlenebileceğini önermektedir. Zira yargı gibi yapısal cin-

siyetçiliğin tezahür ettiği bir organın eşitlik ilkesi kapsamında reformu ve kadınların adalete erişiminin güçlendirilmesi, uzun vakit ve çokça emek gerektirecek zorlu bir süreçtir. Burada, içtihatların gelişmesinde anahtar rol oynayan avukatların kadına yönelik şiddet dosyalarında müvekkillerinin çıkarları ile eşitliği dengeleyen yeni savunma stratejileri geliştirmelerini teşvik edecek politikalara ihtiyaç vardır.

Öncelikle, hem yargısal kalıplaşmaya ilişkin usuli korumaların hem de avukatın mesleğini icrası sırasında eşitliği gözetmesine dair kuralların kodifiye edilerek Türkiye'deki normatif mevzuatın parçası haline getirilmesi önemlidir. Bu şekilde, kadına yönelik şiddetle mücadele sürecinde avukatların etik yükümlülükleri Avukatlık Kanunu'nun yanı sıra yargısal kalıplaşmaya ilişkin getirilen usuli korumalara ve bunların ruhuna uygun davranmayı gerektirecektir. Bu kapsamda etiğe dair son derece çağdışı ve yetersiz bir yaklaşım getiren TBB Meslek Kuralları'nın da avukatlara eşitlik ekseninde yol gösterecek biçimde güncellenmesi gerekmektedir.¹⁰⁸ Bu güncelleme uluslararası standartlar ile paralel olarak, hem avukatın mesleğini icrası sırasında ayrımcı davranmayacağına hem de herhangi bir kimseyi taciz etmeyeceğine dair kuralları içermelidir.¹⁰⁹ Savunma etiğini, avukatın hak ve yükümlülüklerinden ayrı bir konu değil de, bizatihi avukatın temel yükümlülükleri kapsamında ayrımcılık

108 Kimi barolar ve TBB'nin katılımı ile etik sorumluluklar da dahil olmak üzere meslek kurallarının tartışıldığı çalıştaylar düzenlenmesi olumlu olsa da, kapalı olarak gerçekleştirilen bu toplantılara kadına yönelik şiddet dosyalarında müşteki vekilliği yapan kadın avukatların katılımı önem taşımaktadır. *TBB ve 27 baro 'Avukatlık Mesleğinin Sorunları ve Çözüm Yolları' çalıştayında bulundu*, Hukuki Haber 2020, <https://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/tbb-ve-27-baro-avukatlik-mesleginin-sorunlari-ve-cozum-yollari-h434992.html> (Erişim Tarihi: 21.02.2020).

109 Bilhassa Meslek Kuralları'na tacize ilişkin hüküm eklenmesi, tacizin hukuk mesleği içindeki yaygınlığı düşünüldüğünde büyük önem taşımaktadır. 135 ülkeden 6.980 katılımcı ile gerçekleştirilen bir çalışmada, hukuk alanında çalışan her üç kadından biri ile her on dört erkekten biri işyerinde cinsel tacize maruz bırakıldığını ifade etmiştir. Bkz. International Bar Association, *Us Too? Bullying and Sexual Harassment in the Legal Profession*, 2019, <https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment.aspx> (Erişim Tarihi: 21.02.2020). Keza yakın tarihte İstanbul Barosu'na kayıtlı bir avukatın, yanında çalışan kadınlara cinsel saldırı ve tacizde bulunduğu, ilgili kadınlar tarafından ifşa edilmesi üzerine soruşturma başlatılmış, sosyal medya üzerinden sayısız kadın avukat kendi deneyimlerini paylaşarak avukatlık mesleğinde tacizin ne denli eski ve yaygın bir sorun olduğunu ortaya koymuştur. Bkz. Başal Okan, *Hukuk Öğrencisi Öykü A.'ya cinsel saldırıda bulunan Avukat M.K.'nin dosyası kabarık*, Evrensel 2020, <https://www.evrensel.net/haber/397525/hukuk-ogrencisi-oyku-a-ya-cinsel-saldirida-bulunan-avukat-m-knin-dosyasi-kabarik> (Erişim Tarihi: 21.02.2020).

yapmamak üzerinden İstanbul Sözleşmesi'nin ruhuna uygun olarak kurgulamak, normatif hukuku etik prensipler ile iletişime geçiren bütüncül bir çerçeve sunacaktır.¹¹⁰

Bahsedilen bütüncül çerçevenin inşasında, makale, avukatlara karşı cezalandırıcı bir yaklaşımın uygun olmadığını altını çizmektedir. Bir başka deyişle, tespit edilen sorunu gidermek için, sanık müdafilerinin beyanlarının TBB Meslek Kuralları'na aykırı olduğu gerekçesiyle ilgili avukatlar hakkında Avukatlık Kanunu kapsamında disiplin işlemi veyahut başkaca yaptırım uygulanması savunulmamaktadır. Zira, sanık müdafilerinin savunmaları, kadın üzerinde tahakküm kuran devlet ideolojisinin yansıması olarak ortaya çıkmaktadır. Savunmalar yürürlükteki mevzuat kapsamında objektif savunma kriterlerine uymasalar dahi, avukatların cinsiyetçi normlardan fayda sağlayabileceklerine ilişkin inançlarını göstermektedir. Buradan hareketle tekil sanık müdafilerinin cinsiyetçi savunmaları nedeniyle cezalandırılmaları gibi, hastalığın kendisini değil de semptomlarını tedavi eden bir yaklaşım yerine, sanık müdafilerinin cinsiyetçi savunmalarının *yargıda karşılık bulamayacağı* bir düzeni hedefleyen yargılama etiğinin yürürlüğe koyulması önerilmektedir. Mahkemeler cinsiyetçi savunmalara geçerlilik tanımadıkları ve hatta eleştirdikleri takdirde, sanık müdafileri de savunmalarının müvekkillerinin çıkarlarını zedelediği sonucuna varacak ve bu savunmaları kullanmaktan imtina edeceklerdir.

Sanık avukatlarının savunmalarının toplumsal cinsiyet eşitsizliğini ve kadına karşı ayrımcılığı üretmemesini sağlayacak düzenlemelerin, savunma hakkını veya ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasının ortaya çıkması beklenmektedir. Gerçekten de gazetecilerin,

110 Örneğin 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesi-ne ve Suçların Islahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş olan ve Havana Kuralları olarak bilenen Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler genel bir üslupta hazırlanmış ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığının engellenmesine ilişkin özel düzenlemelerin yer almadığı "yumuşak" (*soft law*) bir uluslararası metindir. Buna rağmen, Havana Kuralları'nın 14. maddesi'nde dahi "Avukatlar müvekkillerinin haklarını korurken ve adaletin gerçekleşmesine çalışırken, ulusal ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarının ve temel özgürlükleri yüceltmeye çalışırlar" düzenlemesi mevcuttur. İlgili maddenin önerisi de avukatların savunma görevlerini yerine getirirken de uluslararası insan hakları rejiminin prensipleri ile bağlı olmalarıdır. Avukatın Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları), 1990, <http://www.ankarabarusu.org.tr/merkezler/pdf/1.%20Havana%20Kurallari.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2020).

akademisyenlerin ve avukatların mesleki faaliyetleri sırasında ortaya koydukları görüşlerin, terörle mücadele kisvesi altında kriminalize edildiği Türkiye’de, ifade özgürlüğünün muhafaza edilmesi en temel meselelerden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim yukarıda değinilen AYM ve İHAM içtihatları da avukatın mesleğini icra ederken sarf ettiği sözlere geniş koruma sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, savunmanın sınırlarının yasaklama üzerinden değil de kadına yönelik şiddetle mücadele kapsamında Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin ruhuna işlemiş olan kadının insan hakları değerlerine dayanan etik temellerden kurulması önemlidir. Bölüm 2.1’de belirttiğimiz üzere TBB Disiplin Kurulu’nun 2015 tarihli kararında avukatların sorumluluklarını uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde değerlendirmiş olmasını, toplumsal cinsiyet eşitsizliği tartışmalarının başlatılmasına ve sürdürülmesine zemin sağlayacak yeni bir hukuki alan olarak değerlendirmek mümkündür. Söz konusu kararda uluslararası hukuk atfının, Kurulun seks işçilerine dair ahlakçı ve paternalist bakış açısını desteklemek için kullanıldığına ilişkin feminist eleştirimizi baki tutmak ile birlikte, TBB Disiplin Kurulu’nun 2015 tarihli kararındaki iradesi, avukatların etik yükümlülüklerinin de toplumsal cinsiyet eşitliği ve yargısal kalıplaşmaya ilişkin uluslararası düzenlemelerin ışığında değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu yönde yürütülecek çalışmalar avukatlık mesleğinin kadın hakları alanındaki temasını güçlendirecek ve toplumsal cinsiyet eşitsizliği ve yargısal kalıplaşma ile mücadelede değerli hukuki ivme oluşturacaktır.

Ele alınan etik konusu, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin normatif hukukta görünmeyen ama kadınlar tarafından pratikte hissedilen ayrımcılığı gidermek için yararlanılabilecek bir alan olarak öngörülmektedir. Kadına karşı ayrımcılığın engellenmesi için yapılacak düzenlemelerin amaçlarını ve sonuçlarını değerlendirmeden, sadece savunma hakkının veya ifade özgürlüğünün arkasına saklanması, mevcut tahakküm sisteminin konfor alanını muhafaza etme amacını yansıtmaktadır. O nedenle, savunma etiğine ilişkin düzenlemelerin uygulanması sırasında, savunma pratiklerinin kadınlara karşı ayrımcı etkilerini değerlendirmek için öngörülen dönüşüm sürecine kadınların dahil edilmesi temenni edilmektedir. Bilhassa kadına

yönelik şiddet davalarında müşteki vekilliği yapan ve bu konuda çalışan, bir başka deyişle kadınların uğradığı ayrımcılığı deneyimleyen, gözlemleyen kadın avukatların dönüşüme dahil edilmesi, usuli düzenlemeler ile ortaya çıkan eşitsiz durumun toplumsal cinsiyet bakışı açısı ile tanımlanması ve ilerleyen aşamalarda da tersine çevrilmesi için değerli bir dönüm noktası yaratacaktır. Tersine çevirme, ifade özgürlüğü veya savunmanın hakkının özüne dokunmadan, kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına imkan verecektir. Bu çalışma sırasında AYM ve İHAM kararlarında çatışan haklar arasında kurulmak istenen dengenin, İstanbul Sözleşmesi'nin ruhuna uygun olarak kadınlara karşı ayrımcılığın giderilmesi niyetiyle kalibre edilmesi, dengeyi ortadan kaldırmayacak, bilakis dengeyi eşitlik temelli daha güçlü bir hukuki zemine taşıyacaktır.

Önerilen dönüşüm süreci, tüm yargı çalışanlarına bilinç artırma ve kapasite geliştirme odaklı eğitimleri de kapsamalıdır. CEDAW Komitesi taraf devletlere tüm yargı çalışanlarına toplumsal cinsiyet kalıplarının zararları hakkında eğitimler verilmesini önermektedir.¹¹¹ Bu eğitimler, iç hukukun parçası haline gelmiş olan, kadının insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaları ve bu anlaşmalarda yer alan usuli korumaları da (örneğin, İstanbul Sözleşmesi'nin 54. maddesi) içermelidir. Toplumsal cinsiyetçi normlarının tanımlanmasını ve kadınlar üzerindeki olumsuz etkilerini tartışmayı içeren toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin dersler, hukuk fakültesi öğrencilerine de zorunlu hale getirilmelidir.¹¹² Bu eğitimlerin etkililiği, liderlik, denetim ve hesap verilebilirliğe bağlıdır.¹¹³

Yine avukatların toplumsal cinsiyet eşitliği ve yargılama kalıplarının zararları üzerine zorunlu mesleki eğitime tabi tutulmaları, eşitlik bilincinin gelişmesinde faydalı olacaktır. Bu dersler avukatlık stajı kapsamına da dahil edilmelidir. Bazı yargı sistemlerinde avukatlık lisansını kullanmaya devam etmenin koşulu, periyodik olarak barolar tarafından verilen meslek eğitimlerinin tamamlanmasıdır. Bu kapsamda gerek TBB, gerek barolar toplumsal cinsiyete dair derslerin

111 CEDAW Komitesi, *General recommendation on women's access to justice*, para. 29.

112 Ibid.

113 GREVIO, *Baseline Evaluation Report: Turkey*, 2018, para. 117, <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283> (Erişim Tarihi: 26.08.2019).

staj ve Ceza Muhakemesi Kanunu eğitime dahil edilmesi ve bu konuda düzenli eğitimler düzenlenmesi hususunu ele almalıdır. Buna ek olarak, TBB ve baroların tüm avukatlara, adaletin sağlanmasında bu denli önem taşıyan ve kamu hizmeti olarak nitelenen bir görevin icrası sırasında eşitliğe aykırı davranışlardan kaçınılması yönünde bir çağrıda bulunması önerilmektedir.

Etik, “*yapmaya hakkın olanla yapmanın doğru olduğu şey arasındaki farkı bilmektir.*”¹¹⁴ Türkiye’deki mevzuat ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, kadına yönelik şiddet ile mücadele etmek için devletin hukuki mesuliyetlerini açıkça ortaya koymaktadır. Kadına yönelik şiddet dosyalarındaki sanık müdafilerinin, söz konusu ulusal ve uluslararası mevzuat zemininde, doğru olanı yapmalarını cesaretlendirecek hukuk politikalarının üretilmesi bu çalışmanın ürettiği en samimi temennidir.

114 ABD Yüksek Mahkemesi Eski Hakimi Potter Stewart’a atıfla Crier Catherine, *Defending the rule of law*, St. Thomas Law Review, C.21, S.1, 2008, s. 11.

KAYNAKÇA

- Akademisyen Ceren Damar'ı öldüren İsmail Hikmet ifadesini değiştirdi*, *Gazete Duvar* 2019, <https://www.gazeteduvar.com.tr/kadin/2019/08/08/akademisyen-ceren-damari-olduren-ismail-hikmet-ifadesini-degis-tirdi/> (Erişim Tarihi: 05.10.2019).
- Akçabay Fehmiye Ceren, *Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması, Feminizm ve Politika*, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Uygur Gülriz & Özdemir Nadire (Der.)), Ankara 2018, 17-56.
- Anayasa Mahkemesi, 08.06.1965, E. 1963/163, K. 1965/36.
- Anayasa Mahkemesi, Ahmet Haluk Altan Başvurusu, Başvuru no. 2015/14340, 12.11.2019.
- Anayasa Mahkemesi, Hasan Ercan Başvurusu, Başvuru no. 2015/54, 12.11.2019.
- Anayasa Mahkemesi, Keleş Öztürk Başvurusu, Başvuru no. 2014/15001, 27.12.2017.
- Anayasa Mahkemesi, Kenan Gül Başvurusu, Başvuru no. 2015/17892, 12.02.2019.
- Anderson Michelle J., *Campus Sexual Assault Adjudication and Resistance to Reform*, *Yale Law Journal*, C.125, S.7, 2016, 1940-2005.
- Anderson Michelle J., *From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law*, *George Washington Law Review*, C.70, 2002, 51-165.
- Ataman Zeynep Pelin, *Avukatlar için El Kitabı I: Savunma Etiği*, t.y., <http://etik.gov.tr/avukatlaricineltitabi-savunmaetigi.pdf> (Erişim Tarihi: 30.09.2019).
- Bartlett Katharine T., *Feminist Legal Methods*, *Harvard Law Review*, C.103, S.4, 1990, 829-888.
- Başal Okan, *Hukuk Öğrencisi Öykü A.'ya cinsel saldırıda bulunan Avukat M.K.'nin dosyası kabarık*, *Evrensel* 2020, <https://www.evrensel.net/haber/397525/hukuk-ogrencisi-oyku-a-ya-cinsel-saldirida-bulunan-avukat-m-kn-dosyasi-kabarik> (Erişim Tarihi: 21.02.2020).
- Birleşik Krallık Lordlar Kamarası, R v A (2001), UKHL 25.
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, *Independence of judges and lawyers: Note by the Secretary-General*, A/66/289, 2011.
- Bor Güley, *Tecavüz Mitlerini Çürütmek: "Yalan Söyleyen Kadın"*, *Sosyal Hukuk*, S.3, 2018, 43-45.

- Brownmiller Susan, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, New York 1975.
- CEDAW Komitesi, *General recommendation on women's access to justice*, CEDAW/C/GC/33, 2015.
- CEDAW Komitesi, Karen Tayag Vertido v. Filipinler, Komünikasyon No. 18/2008, UN Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010).
- CEDAW Komitesi, R.K.B. v. Türkiye, Komünikasyon No. 28/2010, UN Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010 (2012).
- CEDAW Komitesi, R.P.B. v. Filipinler, Komünikasyon No. 34/2011, UN Doc. CEDAW/C/57/D/34/2011 (2014).
- Centel Nur, Zafer Hamide & Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, İstanbul 2011.
- Ceren Damar'ın katil zanlısının avukatından skandal savunma! Büyük tepki gördü, ABC Gazetesi 2019, <https://www.abcgazetesi.com/ceren-damarin-katil-zanlisinin-avukatından-skandal-savunma-bu-yuk-tepki-gordu-44496> (Erişim Tarihi: 06.10.2019).
- Cook Rebecca J. & Cusack Simone, *Gender stereotyping: Transnational legal perspectives*, Philadelphia 2011.
- Avrupa Konseyi, *Towards Guaranteeing Equal Access to Justice for Women*, 2015, <https://rm.coe.int/16806a0df8> (Erişim Tarihi: 19.02.2020).
- Craig Elaine, *The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases*, Osgoode Legal Studies Research Paper Series, S.72, 2014.
- Crier Catherine, *Defending the rule of law*, St. Thomas Law Review, C.21, S.1, 2008, 4-12.
- Cusack Simone, *Eliminating judicial stereotyping: Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, UN Office of the High Commissioner for Human Rights 2014, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/StudyGenderStereotyping.doc> (Erişim Tarihi: 18.02.2020).
- Eriş Uğur, *Avukatın Savunma Dokunulmazlığı*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004, 36-45.
- GREVIO, *Baseline Evaluation Report: Turkey*, 2018, <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283> (Erişim Tarihi: 26.08.2019).
- Güner Semih, *Avukatın Özen Yükümlülüğü*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.2, 2000, 557-586.

- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, *2012-2016 Stratejik Planı*, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40fde77d-a80a-43a7-a321-853ef-743deca.pdf> (Erişim Tarihi: 19.02.2020).
- Hill Collins Patricia & Bilge Sirma, *Intersectionality*, Cambridge 2016.
- International Bar Association, *Us Too? Bullying and Sexual Harassment in the Legal Profession*, 2019, <https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment.aspx> (Erişim Tarihi: 21.02.2020).
- International Commission of Jurists, *Women's Access to Justice for Gender-Based Violence*, 2016, <https://www.icj.org/womens-access-to-justice-for-gender-based-violence-icj-practitioners-guide-n-12-launched/> (Erişim Tarihi: 06.08.2019).
- İkinci Hatice, *Etik, adalet, usül hepsi boş, her yol mübah: Ceren Damar'ın katilinin avukatıyla görüştük*, sol 2019, <https://haber.sol.org.tr/turkiye/etik-adalet-usul-hepsi-bos-her-yol-mubah-ceren-damarin-katilinin-avukatıyla-gorustuk-271448> (Erişim Tarihi: 06.10.2019).
- İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, *Baegen v. Hollanda*, Başvuru No: 16696/90 (1994).
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portekiz*, Başvuru No: 17484/15 (2017).
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Doorson v. Hollanda*, Başvuru No: 20524/92 (1996).
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Morice v. Fransa*, Başvuru no. 29369/10 (2015).
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Nikula v. Finlandiya*, Başvuru no. 31611/96 (2002).
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Y v. Slovenya*, Başvuru No: 41107/10 (2015).
- İstanbul Barosu, *Avukatlık Kanunu*, İstanbul 2019.
- Karakaş Burcu, *Trans öldürmek indirim gerekeç!*, Milliyet 2014, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/trans-oldurmek-indirime-gerekece-1892227> (Erişim Tarihi: 18.02.2020).
- Kepenek Evrim, *Bedel de Ödesek İstanbul Sözleşmesi'ni Savunacağız*, Bianet 2019, <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/210466-bedel-de-odesek-istanbul-sozlesmesi-ni-savunacagiz> (Erişim Tarihi: 30.09.2019).
- Koğacıoğlu Dicle, *The Tradition Effect: Framing Honor Crimes in Turkey*,

differences: A Journal of Feminist Cultural Studies, C.15, S.2, 2004, 119-151.

Mısır Haşim M., *Avukatlık Disiplin Hukuku*, 2016.

McGlynn Clare, *Rape Trials and Sexual History Evidence: Reforming the Law on Third-Party Evidence*, *Journal of Criminal Law*, C.81, S.5, 2017, 367-392.

Osmanağaoğlu Hülya (Derl), *Feminizm Kitabı: Osmanlı'dan 21. Yüzyıla Seçme Metinler*, İstanbul 2015.

Özdemir Nadire, *Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Ahlaki Aktivist Avukat Yaklaşımı*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.130, 2017, 327-340.

Özen Atilla, *Avukatlık Hukuku*, İstanbul 2014.

Özkazanç Alev, *Cinsellik, Şiddet ve Hukuk*, Ankara 2013.

Rendleman Dennis, *The Crusade Against Model Rule 8.4(g)*, American Bar Association 2018, <https://www.americanbar.org/news/abanews/publications/youraba/2018/october-2018/the-crusade-against-model-rule-8-4-g/> (Erişim Tarihi: 18.02.2020)

Seelau Sheila M. & Seelau Eric P, *Gender-Role Stereotypes and Perceptions of Heterosexual, Gay and Lesbian Domestic Violence*, *Journal of Family Violence*, C.20, S.6, 2005, 363-371.

Smith Abbe, *Defending Defending: The Case for Unmitigated Zeal on Behalf of People Who Do Terrible Things*, *Hofstra Law Review*, C.28, S.4, 2000, 925-961.

Smith Dorothy, *The Everyday World As Problematic: A Feminist Sociology*, Boston 1988.

Şule Çet davasında sanıklardan skandal savunma, Birgün 2019, <https://www.birgun.net/haber/sule-cet-davasinda-saniklardan-skandal-savunma-246103> (Erişim Tarihi: 17.02.2020).

TBB Disiplin Kurulu, 07.04.2005, E. 2005/55, K. 2005/141.

TBB Disiplin Kurulu, 27.04.2007, E. 2007/70, K. 2007/123.

TBB Disiplin Kurulu, 30.05.2015, E. 2015/162, K. 2015/393.

TBB ve 27 baro 'Avukatlık Mesleğinin Sorunları ve Çözüm Yolları' çalıştayında buluştu, *Hukuki Haber* 2020, <https://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/tbb-ve-27-baro-avukatlik-mesleginin-sorunlari-ve-cozum-yollari-h434992.html> (Erişim Tarihi: 21.02.2020).

UN Women, *Handbook for Legislation on Violence Against Women*, 2012, https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2012/12/unw_legislation-handbook%20pdf.pdf?la=en&vs=1502 (Erişim Tarihi: 06.10.2019).

UNODC, *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, 2007, https://www.unodc.org/documents/nigeria/publications/Other-publications/Commentry_on_the_Bangalore_principles_of_Judicial_Conduct.pdf (Erişim Tarihi: 19.02.2020).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 02.05.1975, E.1974/1160, K. 1975/5782.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.07.2007, E. 2007/4-105, K. 2007/174.

Yazıcı Göksun, *Savcının Akli Hala Eski "TCK 438"de*, *Bianet* 2011, <http://bianet.org/bianet/kadin/131769-savcinin-akli-hala-eski-tck-438-de> (Erişim Tarihi: 26.09.2019).

YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DOLANDIRICILIK VE BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇLARININ AYRIMI*

Yusuf EŞBERK**

Özet

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarının düzenlenmesinin amaçlarından biri, uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmaktır. 765 sayılı Kanun döneminde üretilen birçok karardan dönülmesine rağmen bu hedefe ulaşıldığını söylemek güçtür. Hem madde 157 hem de madde 245 tarafından korunan hukuki menfaatin benzerliği, uygulamada bu suç tiplerini ayırt etmeyi zorlaştırmaktadır. Ayrıca bu suçlar konu bakımından da benzemektedir. Ayrımın en tartışmalı olduğu suç tipleri banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, hırsızlık ve dolandırıcılıktır. Bu çalışma, dolandırıcılık suçu ile Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinde tanımlanan suçların ayırımına katkıda bulunmayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Dolandırıcılık, Türk Ceza Kanunu Madde 245, Madde 157, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçları

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 17/02/2020. İlk hakem raporu tarihi: 01/05/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 02/05/2020.

** Avukat, Adana Barosu, yusufesberk5121@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8901-5361.

SEPERATION OF FRAUD AND MISUSE OF BANK OR CREDIT CARDS WITHIN THE FRAMEWORK OF THE SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

One of the purposes of regulating the misuse of bank or credit cards in the Turkish Penal Code no. 5237 is to eliminate the hesitations in practice. It is difficult to say that this goal has been achieved even though many decisions made in the period of Law no. 765 were abandoned. The similarity of the legal benefit protected by both article 157 and article 245 makes it difficult to distinguish these crime types in practice. In addition, these crimes are similar in terms of the subject. The most controversial types of this distinction are the misuse of bank or credit cards and theft and fraud crimes. This study aims to contribute to the distinction between crimes defined in article 245 of the Turkish Criminal Code and fraud.

Key Words: Fraud, Turkish Penal Code Article 245, Article 157, Abuse of Bank or Credit Cards

Giriş

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları, 5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının korudukları hukuki değerlerin tümünü içerdikleri için, uygulamadaki duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla bağımsız suç hâline getirilmişlerdir. Bu suçlardan ilki, başkasına ait bir banka veya kredi kartının, her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden sonra, sahibinin rızası bulunmaksızın kullanılması veya kullandırılması ve bu suretle failin kendisine veya başkasına haksız yarar sağlaması ile oluşur. TCK m. 245'te düzenlenen ikinci bir suç tipi ile sahte olarak oluşturulan, alınan, satılan, kabul edilen banka veya kredi kartının başkasına ait banka hesabı ile ilişkilendirilmesi fiili cezalandırılmaktadır. Sahte olarak oluşturulan ya da üzerinde sahtecilik yapılan bu banka ya da kredi kartı ile failin kendisine ya da başkasına menfaat sağlaması ise TCK m. 245/3 ile ayrıca cezalandırılmaktadır.

Görüldüğü üzere yukarıda yazılı suçları özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlardan ayırmak güçtür. Bu güçlüğü temelinde ilgili suçların konularının ve korudukları hukuki menfaatlerin benzerliği yatmaktadır. Gerek TCK m.157 gerekse m.245’in hukuki konu ve korunan hukuki yarar bahisinde ihtiva ettiği benzerlik, uygulamada suç tiplerinin ayrımını zorlaştırmaktadır. Tüm bunların yanında, dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle veya banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla işlenmesi TCK m.158’de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu iki fiil, dolandırıcılık suçu ile TCK m. 245’te düzenlenen suçların ayrımında birtakım ölçütlerden faydalanmayı zorunlu kılmaktadır. Bu çalışma ile Yargıtay kararları ve doktrinden faydalanarak dolandırıcılık ve TCK m.245’te düzenlenen suçların ayrımına katkı sunmayı hedefliyoruz.

Birinci bölümde dolandırıcılık suçuna, ikinci bölümde m.245’te yer alan suçlara ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Her iki bölümde de özellikle bu suçların ayrımı bakımından zorunlu görülen alanlara değinilmiş ve ilgili doktrin aktarılmıştır. Bunların dışında suçun özel görünüş biçimleri gibi birtakım alanlara konudan uzaklaşmamak adına ancak gerekli oldukları ölçüde yer verilmiştir. Son bölümde her iki suç tipinin ayrımına yönelik içtihatlar ve doktrin yorumları sunulmuştur.

I. Dolandırıcılık Suçu

A. Genel Olarak

Dolandırıcılık, bir kimsenin hileli hareketlerle kendi menfaati hesabına bir başkasının malvarlığına zarar vermesidir.¹ Roma Hukuku’nda sahtecilik, hile ve yalan beyan suçlarının tamamı “*falsum*” üst kavramı ile karşılandığı için “dolandırıcılık” suç tipinin bağımsız bir nitelik kazanması 19. yüzyılı bulmuştur.² Bununla birlikte Roma Hukuku’nda da “*dolas*”, “*fallacia*” “*circumscriptio*” gibi altbaşlıklar bulunmaktadır. Kavram Almancada “*der Betrug*”, Fransızcada “*l’esc-*

1 Hafızoğulları / Özen, *Özel Hükümler*; s.400.

2 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.806.

roquerie”, İngilizcede “*fraud*” isimleriyle karşılanmıştır. Dolandırıcılık suçu, malvarlığına karşı diğer suçlardan ilk defa 1810 Fransız Ceza Kanunu ile ayrılmıştır. Hırsızlık, yağma gibi alışlageldik bir tanıma sahip olmadığı için, dolandırıcılık, kanun koyucu tarafından yapay olarak oluşturulmuştur.³ Yani dolandırıcılık sentetik bir suç tipidir.

Dolandırıcılık suçu Türk Ceza Kanunu’nda 157 ve 159. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu üç maddenin haricinde, malvarlığına karşı işlenen suçlar için ortak hüküm niteliğinde olan 167 ve 168. maddelerinin de bu suç tipi bakımından göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁴

Anayasa’nın 76. maddesinde⁵ ve bu maddenin kaynaklık ettiği 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu gibi birtakım kanunlarda dolandırıcılık suçu örnek kabilinden yüz kızartıcı suçlar arasında sayılmaktadır.⁶

B. Tanım

Kanunda dolandırıcılık suçu “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım, 765 sayılı kanunun tanımına göre birtakım farklılıklar içermekle birlikte, suçun unsurları temelde aynı kalmıştır. Örneğin “hile ve desise” yerine “hi-

3 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 806.

4 Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 646.

5 T.C. Anayasası m.76/1: En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, askerlikle ilişkisi olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, Resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.

6 19. yüzyılda hukukumuzda giren ve yazılı olarak 1914 tarihli Çarşı ve Malahat Bekçileri Hakkında Kanunu Muvakkat’ın ikinci maddesinde kullanılan “yüz kızartıcı suç” tabirinin kaynağında Fransız Hukuku yer almaktadır. Fransız hukukunda öldürme gibi birtakım ağır suçları karşılayan bu kavram, hukukumuzda suçun ağırlığına değil toplumsal ve ahlaki karşılığına bakılarak, doğrusu gelişigüzel kullanıldığı için birtakım doktrin tarafından haklı olarak eleştirilmiş ve kaldırılması gerektiği savunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Malkoç, İsmail, *Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1989/4; Çağlayan, M, *Yüz Kızartıcı Suç Üzerinde Bir İnceleme ve Önerimiz*, Adalet Dergisi 1977; Dursun, Selman, *Yüz Kızartıcı Suç Kavramı*, Polis Dergisi, S. 36; 2003.

leli davranışlar”, “haksız menfaat sağlama” yerine “yarar sağlama”, “hataya düşürme yerine “aldatma” vb. ifadeler kullanılmış, hilenin kişiyi kandırabilecek nitelikte olması tipiklikte belirtilmemiştir.⁷ Dolandırıcılık suçu kanunda tanımlandığı için, doktrinde yapılan tanımlar birbirinden küçük nüanslarla ayrılmakta ise de temelde aynı anlama işaret etmektedirler.

C. Korunan Hukuki Yarar

Dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı TCK’da sistematik olarak malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında yer almaktadır. Bir görüş, bu suçta korunan hukuki yararın salt malvarlığı olduğunu savunmaktadır.⁸ Benzer bir görüşe göre bu suç, kişilerin malvarlığı değerlerinin korunmasına ilişkin kamusal çıkarı korumaktadır.⁹ Madde gerekçesinde belirtilen, Yargıtay tarafından da benimsenen görüşe göre¹⁰ ise bu suçla malvarlığı hakkı yanında kişinin irade ve karar özgürlüğü de korunmaktadır.

12.5.2003 tarih ve 664 sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu’nda defaatle belirtildiği üzere gerekçe kanun metnine dahil değildir. Bununla birlikte korunan hukuki yararın tespit ve tayini için sistematik yorum metodu da her zaman yeterli değildir. Her ne kadar kanun metnine dahil olmasa da gerekçe yorum için vazgeçilmez bir araçtır. Dolandırıcılık suçunda kişinin kendi irade ve kararı ile kendisini bir zarara uğratması, gerekçede de belirtildiği üzere kişi hürriyetlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan irade hürriyetini ihlal etmektedir. Böylece ikinci ve daha kapsamlı olan görüşün haklı olduğu kanaatindeyiz.

Yeri gelmişken, suçun maddi konusu; yani suçun üzerinde işlendiği, etki ve sonuçlarını doğurduğu şey malvarlığıdır. Malvarlığının içine taşınır ve taşınmaz mallar ve alacaklar dahildir. Kişisel hizmetler de suçun maddi konusunu oluşturabilir. Örneğin fail bir kimseyi

7 Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.17.

8 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.807.

9 Hafizoğulları / Özen, *Özel Hükümler*, s.401.

10 Selçuk, Sami, *Dolandırıcılık - Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar*, 1986, no.47; Toroslu, *Özel Kısım*, s.306 vd; Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s.646 ; Özgenc, *Ekonomik Çıkar Amacıyla*, s.16; Tümerkan, Somay, *Dolandırıcılık Suçu*, İstanbul, 1987, s.17 vd.

akrabası olduğuna inandırmak suretiyle hileli hareketler sergiler ve o kişinin kendisine yardım etmesini temin ederse; burada dolandırıcılık suçunun sübut bulduğunu savunan yazarlar vardır.¹¹ Gerçekten, kişisel hizmetlerin de bir ikame değer ihtiva etmesi, yani para ile değiştirilebilecek ya da satın alınabilecek olması bu yorumu haklı kılmaktadır. Öğretide ekonomik değere sahip olmayan eşyanın da suçun konusu olabileceğini savunanlar vardır.¹² Buna karşılık suçun oluşumu için mağdur bakımından malvarlığı zararı gerektiği için baskın görüş ekonomik değeri olmayan şeylerin suçun maddi konusunu oluşturamayacağı yönündedir.¹³

D. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fail

Dolandırıcılık suçu fail bakımından bir özellik göstermez. Bu husus kanunda “kendisine veya bir başkasına yarar sağlayan kişi” olarak ifade edilmiştir.¹⁴ Suçun nitelikli hallerinde birtakım özgü fiiller de bulunmakla birlikte, konudan uzaklaşmamak adına aşağıda yalnızca bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi hali incelenecektir.

b. Mağdur

Dolandırıcılık suçunda mağdurun kim olacağı konusunda üç ayrı görüş vardır: Birinci görüş, hileye bizzat maruz kalanın, aldatılanın değil; malvarlığı zarara uğrayan kişinin mağdur olduğunu belirtmektedir.¹⁵ Diğer görüşe göre hileye uğrayan mağdur, malvarlığı zarar gören ise şartları varsa suçtan zarar görendir.¹⁶ Azınlıkta olmakla bir-

11 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.809.

12 Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, *Türk Ceza Kanunu*, C.4, Ankara, 2014, s.4606.

13 Özbek, *Özel Hükümler*, s.651.

14 Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 646.

15 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.808: Maurach / Schroeder / Maiwald, BT/I, 41 I, no.20. ; Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.19 ; Hafizoğulları / Özen, *Özel Hükümler*, s.402.

16 Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 647 ; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla*, s.30.

likte doktrinde bir de hem hileye uğrayanın hem de malvarlığı zarar görenin mağdur olduğunu belirten bir görüş vardır.¹⁷

Buraya kadar anlaşılmaktadır ki, hileye maruz kalan kişi ile malvarlığı zarara uğrayan kişi her zaman aynı olmayabilir. Esasen mağdurun tayini sorunu bu noktada baş göstermektedir. Şimdilik belirtmek isteriz ki, hangi görüş kabul edilirse edilsin hileye maruz kalan kişinin suçun maddi konusu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Aksi halde somut olaya göre hırsızlık gibi bir başka suç tipi oluşacaktır. Bu iki kişiden hangisinin mağdur, hangisinin zarar gören olduğu konusuna ise ileride, örneklerle birlikte değinilecektir. Zira bilişim sistemi suretiyle dolandırıcılık ile TCK m. 245'in yarıştığı olayların çoğunda hileye uğrayan ve malvarlığı değerleri eksilen kimseler farklıdır.

c. Fiil

ca. Hileli Davranış ile Bir Kimsenin Aldatılması

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için öncelikle failin hileli bir hareketi gerekir. Hileli hareket neticesinde tasarruf yetkisine sahip olan karşıdaki kişi, ilgili malvarlığını failin lehine tasarruf edecektir. Şu halde dolandırıcılık suçunu hileli bir davranışın gerçekleştirdiği ve bir menfaatin temin edildiği çok hareketli bir suç olarak tanımlamak gerekir.¹⁸ Çok hareketli suçlarda suçun tekemmülü için yazılı hareketlerin tamamı gerçekleşmelidir. İfade etmek gerekir ki, doktrinde dolandırıcılık suçunun çok hareketli değil; tek fakat bağlı hareketli bir suç olduğunu düşünen yazarlar da vardır.¹⁹

cb. İhmali Hareket ile Hile Mümkün müdür?

765 sayılı mülga Ceza Kanunumuz dolandırıcılık suçundaki hareketin şeklini oluşturan “hile” tabiri yerine “hile ve desise”den söz

17 Centel / Çakmut / Zafer, *Kişilere Karşı*, s.449; Önder, Ayhan, *Şabıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul, 1994, s.336.

18 Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla*, s.30; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 648; Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.810; Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.21; Akbulut, *Genel Hükümler*, s.274.

19 Hafızoğulları / Özen, *Özel Hükümler*, s.406.

etmekte idi; fakat bu farkın pratik bakımdan bir önemi bulunmamaktadır.²⁰ 5237 sayılı TCK “hileli davranışlar” tabirini kullanmış ancak hilenin ne olduğunu tanımlamamıştır. Hile, başkasının iradesini etkileyici ve onu hataya düşürücü her türlü davranıştır.²¹ Hilenin muhatabı, başka zaman razı olmayacağı bir edimin ifasını bu sefer gönüllü olarak gerçekleştirmektedir. Mülga kanun döneminde “mağdurda esasen var olan hatadan” hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanma durumunda da dolandırıcılık suçunun oluşacağı belirtildiği için; doktrinde, mağdurun hatasının farkına varmasını sağlamamak şeklindeki ihmali hareketle suçun oluşmayacağı savunuluyordu. Yani hata içinde olan bir kimsenin bu hatasını gün yüzüne çıkarmamak, susmak; bu suçu oluşturmaya kabil değildir, yorumu yapıyordu.²² Bugün ise çoğunluk görüşü, failin hatanın ortaya çıkışı ya da sürdürülmesi konusunda garantörlük durumu söz konusu ise ihmali hareketle de hilenin mümkün olduğu yönündedir.²³ Buna göre garantörlük durumu ortaya çıktığında, konuşmak yükümlülüğü bulunan kişinin susması hile sayılabilecektir. Ancak aksi görüş de mevcuttur: TCK, ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılabilmesi için tüm suçlar bakımından genel geçer bir düzenleme yapmadığı için, her ne kadar gerekçede “kişinin içinde bulunduğu hatadan faydalanmak suretiyle” dolandırıcılığın mümkün olduğu söylene de, kanunilik ilkesi karşısında yorum yoluyla bir fiil tesis etmek yanlış olur. İhmali bir hareketin tanımlanması gerekçeye değil, kanuna bırakılmalıdır.²⁴ Bu ikinci doktrinde savunulan bir diğer nokta da şudur: Öldürme, yaralama gibi suçlarda ihmali hareketle işlenen fiiller daha az cezayı gerektirdiği halde dolandırıcılıkta böyle bir indirimle gidilemeyecek olması, bu suçun ihmali hareketle cezalandırılmasını ayrıca adaletsiz kılar.

20 Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.21; Centel / Çakmut / Zafer, *Kişilere Karşı*, s.453; Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.810.

21 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.810; Centel / Çakmut / Zafer, *Kişilere Karşı*, s.452; Özbek, *Özel Hükümler* s.647.

22 Bu bilgi Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.811’den alınmıştır: Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Eylül, 2004, no:370; Toroslu, *Özel Kısım*, s.309; Selçuk, Sami, *Dolandırıcılık - Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar*, 1986, no.67.

23 Centel / Çakmut / Zafer, *Kişilere Karşı*, s.456; Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.22; Hafizoğulları / Özen, *Özel Hükümler*, s.406 ; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 654.

24 Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.812; Özbek, *Özel Hükümler* s.648; Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2014, s.185-186.

Söz konusu problemin temelinde bir başka tartışma yatmaktadır. Birtakım yazarlar yukarıda, ikinci görüşte olduğu gibi genel hükümlerde herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği için kanunda belirtilenler²⁵ dışındaki suçların ihmali bir şekilde işlenemeyeceğini dile getirmektedir.²⁶ Benzer bir görüşe göre genel hükümlerde yapılacak düzenleme ihmali hareketin cezalandırılması için yeterli değildir; özel hükümlerde hangi suçun ihmali hareketle işlenebileceği ayrıca gösterilmelidir.²⁷ Bir diğer düşünceye göre, işbu sınırlamalar olmaksızın suçlar, bünyelerine uygun düştüğü ölçüde ihmali hareketle de işlenebilirler.²⁸ Zira fiil, ihmali ve icrai hareketi kapsayan bir üst kavramdır.

Kanunumuz genel olarak “fiil” kavramını icrai ve ihmali hareketi kapsayacak biçimde kullanmaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar genel hükümlerde kanunilik ilkesi gereği “ihmali hareket” düzenlemesine ihtiyaç olsa da, bu eksikliğin icrai suçun ihmali hareketle işlenebilmesini engelleyebilecek ağırlıkta olmadığı kanaatindeyiz.²⁹ Hal böyle olunca, kişinin içinde bulunduğu hatadan ihmal hareketiyle faydalanmak şeklindeki eylemin (aydınlatma yükümlülüğü/garantörlük gibi) diğer şartları da taşıdığı takdirde hile sayılabileceğini düşünüyoruz.

cc. Hilenin Ağırlığı Meselesi

Maddi unsur gereği dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hile sonucunda bir kimsenin kandırılmış, aldatılmış olması şarttır. Hilenin aldatıcılığı bir yana, objektif olarak belirli bir ağırlıkta olması gerektiğini düşünenler de vardır.³⁰ Bu görüşü savunanlara göre, bir kimseyi nesnel olarak hataya düşürmeye elverişli olmayan davranış-

25 Kanunda kasten öldürme, kasten yaralama, işkence suçlarında ihmali fiile yazılı olarak yer verilmiştir.

26 Akbulut, *Genel Hükümler*, s.282.

27 Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017, s. 185-186.

28 Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, 2014, s.130 Centel / Çakmut / Zafer, *Kişilere Karşı*, s.454 - 546.

29 Akbulut, *Genel Hükümler*, s.283.

30 Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.22; Hafızoğulları / Özen, *Özel Hükümler*, s.406; Koca/Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s.653; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla*, s.26; Centel / Çakmut / Zafer, *Kişilere Karşı*, s. 454; Özbek, *Özel Hükümler*, s.649.

lar, hile sayılmamalıdır.³¹ Şu halde işlenemez suç söz konusu olur. Fikrimizce buradaki nesnellik, basit bir yalan³² gibi durumlarla sınırlanmalı, somut olayın özelliklerine de bakılmalıdır. Elverişlilik, suçun icrasının başladığının kabulü, dolayısıyla teşebbüs konusunda da belirleyicidir. Yargıtay da “belirli bir ağırlığa ulaşmış ve somut olaya göre değerlendirilecek” bir hile unsurunu kabul etmektedir.³³

Bir diğer görüşe göre, somut olayda hileli davranışın karşı tarafı aldatmış olması suçun oluşması için yeterlidir. Davranışın objektif olarak aldatıcı nitelikte olduğunu araştırmanın gereği yoktur. Zira kanunda “kandırabilecek nitelikte olma” şeklinde bir ibare yer almamaktadır. Tam da bu noktada, yazarlara göre 765 sayılı kanundaki “kandırabilecek nitelikte” ifadesinin etkisinin sürdürülmesinden ibaret bir tartışma söz konusudur. Oysa hem eski kanunumuza kaynak olarak alınan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda bu şart aranmamış hem de 5237 sayılı yeni kanunumuza “kandırabilecek nitelikte olma” ibaresi eklenmemiştir.³⁴

Ceza hukukunda kural, fiilden faile gidilmesidir. Bu sebeple fiilin kandırabilecek nitelikte olup olmadığını araştırmadan, dahası salt mağdurun ikna olma durumuna bakarak suçun oluştuğunu düşünmek fikrimizce hatalıdır. Toplum hayatı pek çok farklı ilişkilere sahne olmaktadır. İki insan arasında mağdur tarafından cezai olarak addedilebilecek fakat hukuki tavsifte suça vücut vermeyen pek çok karmaşık ilişki mevcuttur. Hal böyle olunca, örneğin parasını vermeden otelde konaklamadan ibaret eylemde otel işletmecisi çoğu durumda kandırıldığını öne sürecektir. Ancak mahkemenin fiilin niteliğine ve failin kastına bakarak olayın hukuki ve cezai boyutunu

31 Hafizoğulları / Özen, *Özel Hükümler*, s.406: Yazarlara göre hukuk, aptalları koruma cihazı değildir; her insan ilişkilerinde dikkatli davranmak zorundadır. Nesnel ölçü, herhalde zamanın akışı içinde oluşmuş olan, herkes için ortak beşeri deneyim kurallarıdır.

32 Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.22.

33 Y. 15 CD, 14.05.2013, 2011-25047, 2013-8830 : “Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmış gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 22.02.2020)

34 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.812 vd.: Yazarlara göre objektif olarak kandırmaya elverişli olmayan hile, işlenemez suç kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak burada ölçüt hile değil, mağdurun kandırılıp kandırılmadığı olmalıdır ki, şu durumda, kandırabilecek nitelikte olmayan bir hile sonucu kandırılan kişiye karşı dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Aynı yönde bkz. Toroslu, *Özel Kısım*, s.176-178.

araştırması gerekir. Halihazırda uygulama bu yöndedir. Dolayısıyla dolandırıcılık suçunu diğer suçlardan ayırmakta etkili bir ölçüt olan, ayrıca ona suç niteliğini veren “hile” unsurunun kabulü için “belirli bir ağırlığa ulaşma” şartını aramak gerektiğini düşünüyoruz.

d. Netice

da. Bir Zararın Ortaya Çıkması ve Bir Yararın Sağlanması

Suçun sübuta erebilmesi için fail, hile ile iradesi üzerinde hakiyet kurduğu kimse veya bir başkası zararına ve kendisi ya da bir başkası yararına bir menfaat elde etmelidir.

db. Zarar

Zarardan malvarlığına yönelik bir eksilme anlaşılır. Yukarıda da belirtildiği üzere malvarlığına salt ekonomik değeri haiz materyalin mi yoksa her türlü değer mi dahil olacağı tartışmalıdır. Duygusal ve manevi yönden oluşacak zararların bu suçun konusuna girmeyeceği çoğunluk yazar³⁵ tarafından kabul edilmekteyse de; doktrinde birtakım yazarlarca maddi değeri olmayıp salt hatıra ve maneviyata ilişkin mektup vb. için de dolandırıcılığın mümkün olduğu belirtilmektedir.³⁶ Zarar, malvarlığındaki aktifi azaltabileceği gibi pasifteki artış şeklinde de görünebilir.

Önemli bir konu, zarar ile hile arasındaki nedensellik bağıdır. Aldatılan kişi veya bir başkası hile olmasaydı da aynı tasarrufu yapacaktıysa, burada hile ile zarar arasında illiyet bağı eksiktir.³⁷ Konuya ilişkin olarak bir kararında Yargıtay hiçbir sosyal güvencesi ve ödeme gücü bulunmayan ve komşusuna ait yeşil kart karnesi ile tedavi olan 8 aylık hamile bir kadından zaten hizmet bedeli alınamayacağından dolandırıcılık suçunun oluşmayacağına karar vermiştir.³⁸

35 Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.22; Toroslu, *Özel Kısım*, s.182-183; Centel / Çakmut / Zafer, *Kişilere Karşı*, s.461; Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.825.

36 Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, *Türk Ceza Kanunu*, C.4, Ankara, 2014, s.4614; Hafizoğulları / Özen, *Özel Hükümler*, s.407.

37 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.824-825.

38 Y. 15 CD. 14.02.2012, 11485/7936 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 22.02.2020)

dc. Yarar

Yarar, dolandırıcılık suçu özelinde malvarlığına ilişkin menfaat anlamına gelir. Menfaatin zarar gören karşıdaki malvarlığına koşut olarak elde edilmesi gerekir. Buna doktrinde “doğruda doğruya” diyen yazarlar vardır.³⁹ Ancak “doğrudan” ve “dolaylı” sıfatları zararın hileye maruz kalan ile bir başkasından elde edilmesi arasındaki doktrinel ayırmada da kullanıldığı için, fikrimizce burada yine nedensellik bağı kavramından harekete geçilmelidir. Eğer menfaat meydana gelen zarar ile ilişkili ise nedenseldir.

Doktrinde, somut olayda bir zarar meydana gelmişse, karşılığında bir menfaat elde etmenin gerekli olmadığına yönelik görüş bildiren yazarlar vardır.⁴⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun da bu yönde bir içtihadı bulunmaktadır.⁴¹

E. Nitelikli Dolandırıcılık

Dolandırıcılık suçunun konumuz ile ilgili bulunan nitelikli halleri iki tanedir. Bunlar m. 158/1-f’de düzenlenen bilişim sistemleri, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması ve m. 158/1-j’de düzenlenen, suçun banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla işlenmesi halidir. Aşağıda bu iki nitelikli hale ayrı ayrı değinilecektir.

1. Bilişim Sistemlerinin, Banka veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Nitelikli Dolandırıcılık (TCK m. 158/1-f)

TCK m. 158/1-f’ye göre dolandırıcılık suçu bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenirse suçun temel şekline nazaran daha ağır bir cezaya hükmolunur. Bu nitelikli hali ikiye ayırarak incelemek yerinde olur. Birincisi bilişim sistemlerinin; ikincisi banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması halinde ilgili nitelikli hal uygulama alanı bulur. Bu iki fiilin aynı fıkrada seçimlik olarak düzenlendiği ifade edilmelidir.

39 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.826.

40 Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Eylül, 2004, no:384; Centel / Çakmut / Zafer, *Kişilere Karşı*, s.458

41 YCGK, 17.03.1998, 6/29-99 (Kaynak: Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.826)

Madde gerekçesinde daha ağır cezaya sebep olarak bilişim sistemlerinin kullanılmasının dolandırıcılığı kolaylaştırdığından söz edilmektedir. Örneğin, internet sitesinde giriş bedava yazdığı halde faturaya muhtelif bedellerin yansıtılması bu suça vücut verir. Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla birlikte, eğer bu fıkraya giren bir fiil aynı zamanda TCK m. 243 veya 244'te tanımlı suçları oluşturursa içtima kuralları uyarınca bir tavsif yapılacaktır.⁴² Aşağıda, bu suçun banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu ile ilişkisi, benzerlik ve farklarına ayrıca değinilecektir.

Gerekçede ayrıca m. 158/1-f'de tanımlı suçun lafzında geçen "*banka ve kredi kurumlarının araç olarak kullanılması*" durumu özellikle banka ve kredi kurumlarının çalışanlarına özgülenmiştir. Buna göre banka ve kredi kurumları açısından dikkat edilmesi gereken husus, bu kurumları temsilen, bu kurumlar adına hareket eden kişilerin başkalarını kolaylıkla aldatabilmeleridir. Suça konu menfaatin banka kanalı ile gönderilmesi veya bankaya yatırılması tek başına bu nitelikli halin uygulanmasına sebep olmaz. Konu özelinde, banka veya kredi kurumları zarar görmemektedir.⁴³ Bu nitelikli halin uygulanması için bir başkası aleyhine işlenen dolandırıcılığın hile unsurunun icrasında araç olarak bu kurumlar kullanılmalıdır.⁴⁴

42 TCK m.243: - (1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2) Yukarıdaki fıkra tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.

(3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır

TCK m. 244: (1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturulmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

43 Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 662-663; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla*, s.38.

44 YCGK 28.12.2004, 173/228: "Sanık, bankanın maddi varlıklarından olan çeki sahte olarak düzenleyip kullanmak suretiyle mağdur A'ya karşı nitelikli dolandırıcılık suçunu (m.158/1-f) işlemiştir."; Y. 11. CD. 08.02.2011, 2010-16137/2011-579: "Sanığın yurt dışına işçi götürme-

Öyleyse, uygulamadan da hareketle bu nitelikli halin uygulanması için şu şartlar sayılabilir: 1- Banka veya kredi kurumu zarar görmelidir. Somut olayda banka veya kredi kurumu araç olarak kullanılmayıp doğrudan zarar görürse bu nitelikli hal oluşmaz. 2- Banka veya kredi kurumu hileli hareketlerin icrasında araç olarak kullanılmalıdır. Önemli bir diğer nokta da şudur ki, suça konu menfaatin banka kanalı ile gönderilmesi bu suçun oluşumu için yeterli değildir.

TCK m. 158/1-f'de tanımlanan suçun uygulamadaki karşılığın-
dan birkaç örnek vermek gerekirse, karşımıza şu fiiller çıkacaktır: “Sanığın suça konu sahte çeklerle katılan şirketin hesabından para çekmesi”, “Sanığın ele geçirdiği mağdura ait banka hesap cüzdanı ile sahte olarak düzenlediği kimliği ibraz etmek suretiyle mağdurun bankadaki hesabından para çekme eylemi”, “Katılan şirketin insan kaynakları bölümünde çalışan sanığın ele geçirdiği başka şahıslara ait nüfus cüzdanlarına kendi fotoğrafını yapıştırmak suretiyle oluşturduğu sahte nüfus cüzdanları ile muhtelif banka şubelerine hesaplar açtırıp şirket yetkililerinin imzalarını taklit ederek düzenlediği belgelerle bu şahıslar adına telif ücreti tahakkuk ettirerek şirketin banka hesabından, açtırdığı hesaplara bu parayı havale yaptırmak suretiyle haksız menfaat elde ettiği eylem...”⁴⁵

2. Banka veya Diğer Kredi Kurumlarınca Tahsis Edilmemesi Gereken Bir Kredinin Açılmasını Sağlamak Maksadıyla Nitelikli Dolandırıcılık (TCK m. 158/1-j)

Konumuzla ilgili bir diğer nitelikli hal, m. 158/1'de ve “j” bendinde yer alan, suçun banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla iş-

ceğinden bahisle şikayetçilerin her biri için 250 TL olmak üzere hesabına toplamda 750 TL yatırılması; ödemenin banka aracılığıyla yapıldığından bahisle bankanın suçun işlenmesinde vasıta olarak kabul edilemeyeceği...” Y. 11. Ceza Dairesi - 2011/600 K: “Sanığın annesinin sağlığında verdiği ve ölümü ile geçersiz kalan vekaletnameleri kullanarak annesinin adına yatan maaşları çekmeye devam ederek kurumu dolandırdığının iddia ve kabul olunması karşısında; bankanın ödeme vasıtası olup suçun işlenmesinde aracı kılınmadığı, sanığın sübutu kabul edilen fiilinin (...) TCK m.158/1-e kapsamında “kamu kurumu aleyhine teselsül eden nitelikli dolandırıcılık” suçunu oluşturduğu gözetilmeden anılan maddenin f bendinin de ihlal edildiği kabul olunup temel hapis ve adli para cezasının fazla tayini(…)” (<https://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/> E.T: 12.02.2020)

45 Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.174.

lenmesi halidir. Madde metninden açıkça anlaşıldığı gibi, failin tahsis edilmemesi gereken bir krediyi hileli hareketlerle (hileli söz, bilgi veya belgelerle) açtırmasıdır. Burada, banka veya kredi kuruluşunun ya da bunların hile ile aldatılan temsilcisinin kredi vermeye yetkili olması gerekir.⁴⁶ Aksi halde bu fıkra kapsamında oluşan bir dolandırıcılık suçundan söz edilemez.

“Kredi”, latince kökeninde “güven” ve türevi kelimeler ile karşılanmaktadır. TCK m. 158/1-j’de tanımlı nitelikli hal, ticari hayatta güveni zedeleyebilecek bu tür hareketlerin önlenmesine hizmet etmektedir. Kelimeden bankacılık açısından ne anlaşılması gerektiği ise Bankacılık Kanunu’nun 48. maddesinde açıklanmıştır.⁴⁷ Ancak bu kanunda kredinin epey geniş bir biçimde tanımlandığını ifade etmek gerekir.

Bu nitelikli halin oluşabilmesi için kredinin gerekli olup olmadığı, Bankacılık Kanunu ve ilgili mevzuat uyarınca belirlenmelidir. Krediyi alan kişinin banka görevlilerini veya kredi kuruluşundaki kredi vermeye yetkili görevlileri hileli hareketlerle, örneğin sahte ye da gerçeğe aykırı bilanço hesapları ile aldatması gerekir. Öyleyse bu suç için açılmaması gereken bir kredinin açtırılmasını sağlamak şeklinde özel kast gereklidir. Ayrıca kredinin, esasında açılmaması gereken bir kredi olmasına rağmen krediyi alan kişinin ceza mahkemelerince takdir edilecek herhangi bir aldatıcı hareketi bulunmadan, salt karşısındaki yetkilinin özensizliğinden dolayı verilmesi halinde krediyi alan sorumlu olmayacaktır. Bu durumda yetkili kişinin bankacılık mevzuatına göre cezai ya da hukuki sorumluluğu yoluna gidilir.

⁴⁶ Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.176.

⁴⁷ Bankacılık Kanunu m.48: (1) Bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdi krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdi kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.

(2) Birinci fıkrada belirtilenlere ilâve olarak, kalkınma ve yatırım bankalarının finansal kiralama yöntemiyle sağladığı finansmanlar ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya benzer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.

II. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçları

A. Genel Olarak

Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar, 765 sayılı mülga TCK m.525b/2’de “bilgi sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar elde edilmesi” isimli suç tipinin içinde değerlendirilmekteydi. O dönemde, başkasının kredi veya banka kartının ele geçirilmesi suretiyle haksız menfaat elde edilmesi gibi fiillerin bu suçu oluşturup oluşturmadığı tartışılmaktaydı. Daha sonra, banka ya da kart sahiplerinin zararına olarak hukuka aykırı yarar sağlamak fiillerini hırsızlık, dolandırıcılık gibi klasik suç tipleri çerçevesinde cezalandırılmanın yetersiz kalacağı gözetilerek, bu tür davranışlar 5237 sayılı TCK’da bağımsız birer suç tipi haline getirilmiştir.⁴⁸ İfade etmek gerekir ki, kazuistik bir nitelik arz etmesi sebebiyle 5237 sayılı TCK’daki düzenlemenin eskisi karşısında gereksiz, ancak yanlış uygulamayı önlemesi bakımından faydalı olduğunu düşünen yazarlar vardır.⁴⁹

5237 sayılı kanununun 245. maddesi beş fıkradan ibarettir. Madde- nin ilk üç fıkrasında üç ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada akrabalık ilişkileri baz alınarak bir şahsi cezasızlık sebebine yer verilmiştir. Beşinci ve son fıkrada ise, yazılı suç tipinin malvarlığına karşı işlenen suçlardaki etkin pişmanlık hükümleri ile kıyaslanmasına izin veren bir düzenleme mevcuttur.

B. Korunan Hukuki Yarar

Madde gerekçesinde hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçları ile korunmak istenilen hukuksal değerlerin, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu ile de korunduğu belirtilmektedir. Doktrinde bir görüş madde gerekçesindeki bu fikri onaylamaktadır.⁵⁰ Aynı görüşü savunan bir kısım yazara göre bu suçun malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi gerekmektedir.⁵¹ Zira YCGK’nın 30.03.2010 tarihli ve 2010/11-17

48 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 1071.

49 Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 843; Ünver, Yener, *Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısı’nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi*, İHFM, C.LIX, S.1-2, 2001, s.126.

50 Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Ankara, 2004, s.251.

51 Dülger, Murat Volkan, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçunda 5377 Sayılı*

esas sayılı içtihadında da belirttiği gibi m.245'te düzenlenen suç, malvarlığına karşı işlenen suçların özel bir biçimidir. Gerçekten, maddeye eklenen beşinci fıkra ile esasında bu husus tekrarlanmıştır.

Diğer bir görüş ise hukuki yararın hırsızlık, dolandırıcılık vs. ile aynı olduğunu kabul etmekle birlikte m.245'te düzenlenen fiilin bir bilişim suçu olduğunu savunmaktadır.⁵² Zira bu suç bir bilişim vasıtası olmadan işlenememektedir. Ayrıca doktrinde bu suçun karma nitelikli olduğunu, tek bir hukuki değere izafe edilemeyecek kadar geniş bir perspektifi içerdiğini düşünen yazarlar vardır.⁵³

Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda her ne kadar yeni Kanun'un korunan hukuki yarara göre bir tasnife tabi tutulacağı söylenmişse de, netice göstermektedir ki, bu düşünce hilafına pek çok düzenleme mevcuttur. Yukarıdaki görüşlerden, korunan hukuki yararın "karma" nitelikte olduğunu düşünen yazarlara katılıyor, ayrıca düzenlemenin "bilişim suçları" isimli bölümde yer almasında bir beis görmüyoruz. Her ne kadar karma nitelikli bir hukuki yararı korusa da, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarının birinci derecede kart hamilinin kart ile bağlantılı olarak sahibi olduğu malvarlığı değerini koruduğu bir gerçektir. Aşağıda, kart hamili konusunda ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fail ve Mağdur

TCK m. 245/1 uyarınca suçun faili, kartın kullanıcısı dışındaki bir

Yasayla Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi, Güncel Hukuk Dergisi, S. 23, 2005, s. 28-30; Dülger, *İnternet İletişim Hukuku*, s. 449; Ketizmen, Muammer, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, 2008, s. 187; Erdoğan, Yavuz, *Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları*, İstanbul, 2012, s.294-295; Taşdemir, Kubilay, *Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları*, Ankara, 2009, s.318; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.1072. Aksi görüş için bkz. Taşkın, Şaban, *Bilişim Suçları*, Bursa, 2008, s. 64; Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri*, Ankara, 2014, s.262.

52 Kurt, Levent, *Bilişim Suçları*, Ankara, 2005, 177-178.

53 Özbek, Veli Özer, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m.245)*, DEÜ-HFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 1022 ; Ketizmen, *Bilişim Suçları*, s. 187 ; Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet, / Yenidünya, Caner, *TCK Şerhi*, C. 2, İstanbul, 2014, s.4691.

kimse olabilir.⁵⁴ Zira suçun oluşması için failin “bir başkasına ait banka veya kredi kartını” ele geçirmiş veya elinde bulunduruyor olması aranmaktadır. Buradan anlaşılmaktadır ki, hükümde geçen “kart sahibi ya da kartın kendisine verilmesi gereken kişi” kartı kötüye kullanmak suretiyle kendisine ya da başkasına haksız menfaat sağlarsa bu suç değil, olaya göre dolandırıcılık ya da 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda tanımlı birtakım özel suçlar oluşabilir.⁵⁵ TCK m. 245/2’deki suç tanımı ise fail bakımından özellik göstermemektedir.⁵⁶

Suçun mağduru olan bu kişi kart hamilidir. Kart hamili, kredi kartı ya da banka kartı hizmetlerinden faydalanan kişiyi ifade etmektedir.⁵⁷ Doktrinde, suçun mağdurunun toplum olduğunu ileri süren yazarlar varsa da,⁵⁸ kanaatimizce toplumun tamamı zarar gören olarak kabul edilemez. Ayrıca suçun malvarlığına karşı işlenmesi ve madde metninde şahsi cezasızlık sebeplerine yer verilmesi, suçun mağdurunun toplum olamayacağını göstermektedir.⁵⁹ Mağdurunun belirlenmesi için öncelikle suç tipinde yer alan “kart sahibi” ve “kartın kendisine verilmesi gereken kişi” kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (BKKKK) TCK’dan farklı olarak “kart hamili” terimini kullanmıştır. Kart sahibi nihai olarak

54 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s.1072.

55 Sahte belge düzenlenmesi: Madde 36 – Gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi, nakit ödeme belgesi ya da alacak belgesi düzenlemek veya bu belgelerde ne surette olursa olsun tahrifat yapmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayanlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

Gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik: Madde 37 – Banka kartı veya kredi kartını kaybettiği ya da çaldığı yolunda gerçeğe aykırı beyanda bulunarak kartı bizzat kullanan veya başkasına kullandıran kart hamilleri ile bunları bilerek kullananlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Kredi kartı veya üye işyeri sözleşmesinde veya eki belgelerde sahtecilik yapanlar veya sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilirler.

56 TCK m. 245/2: Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

57 Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.281.

58 Okuyucu Ergün, Güneş, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, 2013, s.1068.

59 Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.280 vd.

banka kuruluşu olduğundan, biz de “kart sahibi” yerine “kart hamili” teriminin yerinde olduğunu düşünüyoruz.⁶⁰ Gerçekten, ilgili kartların mülkiyeti bu kuruluşlara aittir. Kart hamilleri ise, karttan yararlanma, kartı kullanım hakkına sahip olan kişilerdir.⁶¹ “Kartın kendisine verilmesi gereken kişi” terimi ise tartışmalıdır. Bir görüş bu terimin postacı vb. tarafından işlenecek fiillere karşı kart hamilinin koruduğunu, dolayısıyla bu terimle birlikte kendisine teslim edilmemiş olsa bile kişinin mağdur olacağını,⁶² diğer bir görüş ise şu halde kart henüz onu kullanacak kişiye teslim edilmediği için banka kuruluşunun mağdur olacağını belirtmektedir.

Üçüncü ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise,⁶³ kabul ettiğimiz suç teorisi uyarınca tüzel kişiler mağdur olamayacağından⁶⁴ ve uygulamada olduğu gibi tarafımızca da “kart hamili” terimi kabul edildiğinden; kart hamili ise doğrudan zilyetliğin haricinde dolaylı zilyetliği de kapsadığı için kişi, kendi adına kartın üretilmesi ile birlikte m. 245/1’e göre mağdur vasfını kazanabilecektir. Dolayısıyla, m.245’te düzenlenen üç suçun da mağduru banka veya kredi kartının bağlı olduğu hesabın sahibi olan gerçek kişidir. İfade etmek gerekir ki doktrinde “kart hamili” yerine “kart taşıyıcısı” gibi terimler tercih eden yazarlar da vardır.⁶⁵ Ayrıca, hayali hesap gibi fiillerle doğrudan bankanın zararına olarak işlenen suçlarda zarar gören, banka olarak karşımıza çıkacaktır. Ancak şu halde mağdur tüzel kişilik olarak banka değil, bankanın temsilcileridir. Yine özel hukuk tüzel kişileri adına çıkarılan banka veya kredi kartları ile işlenen suçlarda mağdur bu tüzel kişilerin yetkili temsilcileri olacaktır. Mağduriyet potansiyeli açısından ise başka bir şart yoktur; yani banka ya da kredi kartı kullanıcısı herkes bu suçun mağduru olabilir.

60 Aynı yönde bkz. Dülger, *İnternet İletişim Hukuku*, s. 453.

61 Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.281.

62 Erdoğan, Yavuz, *Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları*, İstanbul, 2012, s.308; Özbek, Veli Özer, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m.245)*, DEÜHFD, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 1030.

63 Dülger, *İnternet İletişim Hukuku*, s. 453.

64 Akbulut, *Genel Hükümler*, s.385.

65 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 1073: Yazarlara göre suçun mağduru banka veya kredi kartının taşıyıcısıdır.

b. Suçun Konusu

Suçun konusu, malvarlığına ilişkin herhangi bir değerdir ve suç banka veya kredi kartı vasıtası ile işlenir.⁶⁶ İki terim de Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m.3'te tanımlanmıştır. Buna göre banka kartı, mevduat hesabı veya özel carî hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kartı; kredi kartı ise nakit kullanımı gerekmez mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarasını açıklamaktadır.

TCK m.245'in gerekçesine göre kredi kartı, banka ile kendisine kart verilen kişi arasında yapılmış bir sözleşme gereğince, kişinin bankanın belirli koşullarla sağladığı kredi olanağını kullanmasını sağlayan araçtır.

Günümüzde her iki kart arasındaki ayrım neredeyse sona ermiştir. Tek bir kart hem banka kartı hem de kredi kartı olarak kullanılabilir. Örneğin kredi kartı ile bankamatikten para çekilebilmekte veya banka kartı ile alışverişlerde ödeme yapılabilmektedir. Ancak kanunilik ilkesi karşısında suçun yalnızca banka veya kredi kartlarını kapsadığı söylenmelidir; yoksa yeni teknolojinin ürünleri olan diğer elektronik ödeme biçimlerini değil.

c. Fiil

ca. Başkasına Ait Banka veya Kredi Kartı ile Yarar Sağlama (TCK m.245/1)

TCK m.245/1'e göre " Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır." Kart kullanılmadan menfaat temin edilmişse TCK. 245/1. maddesinde tanımlanan suç oluşmaz.⁶⁷ Ayrıca bu suçun oluşabilmesi için suç konusu kart başka-

⁶⁶ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.284; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s.849.

⁶⁷ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.294.

sına ait, üzerinde sahtecilik yapılmamış ve sahte belgeler sunulmak suretiyle elde edilmemiş bir banka veya kredi kartı olmalıdır.⁶⁸

Şu üç şart birlikte gerçekleşmelidir ki yazılı suç oluşabilsin:⁶⁹ 1-) Başkasına ait kartın ele geçirilmesi veya elde bulundurulması, 2-) Kartın rıza dışında kullanılması veya kullandırılması ve 3-) Failin kendi ya da bir başkası hesabına haksız bir menfaate (maddi) sebep olması.

İfade etmek gerekir ki, suç sonucunda bir yarar elde edilmesi şart koşulduğundan, m. 245/1’de tanımlanan fiil bir zarar suçudur. Bu yarar, başkasına ait bir kredi kartından elde edilmelidir. Bir görüşe göre eğer faile teslim edilen bir kart söz konusu ise, “başka bir kimse” şartı gerçekleşecekse de, rızanın bulunmaması şartı sağlanamayacağı için m. 245/1’deki suç oluşmayacaktır.⁷⁰ Buna karşılık suç tipindeki rızanın yalnızca kullanma ve kullandırmaya dönük olduğunu belirten bir diğer görüşe göre “her ne surette olursa olsun” ifadesi kartı faile teslim etme fiilini de kapsamaktadır. Hal böyle olunca suçun oluşması için failin kartı ele geçirme yönteminden ziyade kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası esas alınacaktır.⁷¹

cb. Sahte Banka veya Kredi Kartı Üretme, Satma, Devretme, Satın Alma, veya Kabul Etme Suçu (TCK m.245/2)

TCK m.245/2’ye göre başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Bazı yazarlara göre düzenlemenin temelinde banka ve kredi kartlarının “sahtecilik” suçlarındaki belge sayılmasının hatalı olduğu fikri yatmaktadır.⁷² Bu suçun oluşabilmesi için failin sahte banka veya

68 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 1074. Aynı Yönde bkz. Mahmutoğlu, Fatih Selami, *Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi*, Füsün Sokullu-Akıncı’ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1 2013, s.872.

69 Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 1074.

70 Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.286.

71 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 1074-1075.

72 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 1075.

kredi kartını üretmek, satmak, devretmek, satın almak ya da kabul etmek seçimlik hareketlerinden birini gerçekleştirilmesi, ayrıca bu sahte kartı bir başkasının hesabı ile ilişkilendirmesi gerekir. Görüldüğü üzere ilk fıkradaki suçtan farklı olarak burada bir sırf hareket suçu söz konusudur. Ayrıca “üretme” suçu hariç olmak üzere hem verme hem kabul etme hem satma hem satın alma cezalandırıldığı için; yazılı fiil çok failli suç niteliğindedir.

Bu fiillerin “başkasının banka hesabı ile ilişkilendirilerek” işlenmesi gerektiğinden, suç aynı zamanda çok hareketlidir. Başka hesap ile ilişkilendirme eyleminin diğer fiillerden önce ya da sonra olmasının önemi yoktur. Banka veya kredi kartının sahte olarak üretilmesi için cihazların temini halinde ise TCK. 245/A maddesinde tanımlı suç oluşur. Cihazı satan ya da veren kişi aynı zamanda TCK. 245/2. maddesinde yer alan suç açısından yardım eden konumunda olduğundan failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesi gereği sadece TCK m. 245/A. maddesinden dolayı sorumlu tutulur.⁷³

Failin yarar sağlaması suçun oluşması bakımından önem arz etmediği gibi, sahte kartın bir zarara veya zarar tehlikesine sebep olması da şart olmadığından bu suç bir soyut tehlike suçudur.⁷⁴

cc. Sahte Banka veya Kredi Kartı İle Yarar Sağlama Suçu (TCK m.245/3)

TCK m.245/3'e göre sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Suçun oluşması için öncelikle kartın sahte olarak oluşturulması veya üzerinde sahtecilik yapılmış olması gerekir. Yani kart sahte olarak oluşturulabileceği gibi geçerli bir kart üzerindeki bilgiler değiştirilmiş de olabilir. İşbu kartın ayrıca kullanılması ve failin kendi ya da bir başkası hesabına haksız bir yarar elde etmesi gerekir. Haksız

⁷³ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.325.

⁷⁴ Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s.864.

yarar elde edilememişse konu teşebbüs hükümleri açısından değerlendirilir.

245. maddede düzenlenen ve yararın gerçekleşmesinin arandığı birinci ve üçüncü fıkra açısından; fail, yarar üzerinde tasarruf edebilir duruma gelmiş ise suç tamamlanmış olur. Örneğin, failin parayı kendi hesabına aktarmış olması yeterlidir. Yararın sağlanabilmesi açısından ayrıca paranın çekilmiş olması gerekmez.⁷⁵

III. Dolandırıcılık ile Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçlarının Ayrımı

A. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesinde de belirtildiği üzere banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları; hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlarla benzerliklerinden dolayı içtihat farklılığını önlemek gayesi ile bağımsız birer suç haline getirilmişlerdir. Yukarıda, korunan hukuki yarar bahsinde de belirtildiği gibi gerek doktrinel olarak gerekse de 245. maddeye eklenen malvarlığına karşı suçlara yönelik istisna hükmü uyarınca kredi kartını kötüye kullanma suçları ile malvarlığına karşı suçlar birbirlerine benzemektedirler. Dolayısıyla bu suçların ayrımını temin etmek, doğrusu işbu ayrıma ölçüt olarak uygun tutamak noktaları bulmak gereklidir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında konuya ilişkin çeşitli görüşler yer almaktadır. Öncelikle 245. madde üzerinden lafzi olarak temel noktaları ayırdıktan sonra doktrin ve içtihat bilgisi ve yorumları sunulacaktır.

B. Lafzi Değerlendirme

1. 245/1 Açısından

TCK m.245/1'de tanımlı suç fiili şu şekildedir: "Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa (...)"

75 Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.294.

Tanımda başkasına ait bir kredi veya banka kartının “her ne suretle olursa olsun” ele geçirilmesinden bahsedilmektedir. Dolandırıcılık suçunun oluşması için ise hareketlerin hileli olması ve karşıdaki kimsenin bu hareketler sonucunda aldanması gereklidir. Bunun yanında, “yarar sağlamak” her iki suçta da aranmaktadır. Doktrinde farklı yorumlar varsa da, bu yararın maddi bir menfaat şeklinde olması gerektiği baskın görüştür. Yarar üçüncü kişi lehine gerçekleşse de TCK. 245/1. maddesinde yer alan suç meydana gelir.⁷⁶

2. 245/2 Açısından

TCK m.245/2’de suç fiili özel bir sahtecilik suçu niteliğindedir.⁷⁷ Kanun’da bu suç, “ Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi(…)” şeklinde tanımlanmıştır. Buradan açıkça anlaşılmaktadır ki, sonucunda bir menfaat aranan dolandırıcılık suçu ile m. 245/2’de tanımlı sırf hareket suçunu birbirinden ayırmak kolaydır. Yarar sağlamak bir yana, dolandırıcılık suçundaki hileli hareketler ile bir kimsenin aldatılması durumu bu suç tipinde bulunmamaktadır. Bununla birlikte şartları varsa bu suç tipinin dolandırıcılık ile birlikte oluşmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

3. 245/3 Açısından

TCK m.245/3’te suç fiili; “Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.” şeklinde tanımlanmıştır.

“Sahte oluşturulan ya da üzerinde sahtecilik yapılan” deyimi bir üst fıkra ile (m. 245/2) karıştırılmaya müsaittir. Burada ilgili kartı ayrıca kullanmak ve yarar sağlamak gereklidir. İki suç birlikte olduğu takdirde doktrinde bir görüş bunların ayrı ayrı dikkate alın-

76 Erdoğan, Yavuz, *Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları*, İstanbul, 2012, s.307.

77 Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.312; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2012, s.652; Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s.863.

bileceği⁷⁸ diğer görüş⁷⁹ ise sadece m. 245/3'ün uygulanabileceği şeklindedir.

Kanaatimizce aynı fiil ile bir başka suç oluştuğu takdirde fikri içtima kuralları devreye gireceğinden m. 245/3'teki "fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde" lafzı gereksizdir. Ancak bu açıklamanın uygulamadaki duraksamaları gidermesi bakımından önemli olduğu ifade edilmelidir. İleride de değinileceği üzere, bu suç tipi ile bağdaşma söz konusu olduğunda ilk olarak dolandırıcılık suçu akla gelmektedir. İki suçun da oluştuğu bir örnekte ceza miktarları uyarınca ekseriyetle dolandırıcılık suçu değil, 245. maddedeki suç cezaya esas kabul edilecektir.

C. Dolandırıcılık ile Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçlarının Ayrımı

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay, başkasına ait banka veya kredi kartlarının alışverişte kullanılması, kartın verilen limitin üzerinde kullanılması, manyetik şeridi değiştirilmeden sadece kart üzerindeki bilgiler kopyalanarak elde edilen sahte kartlarla gerçek satış belgeleri düzenlenmesi ve ödemeyi yapacak kurumdan bir suç ortağı temini suretiyle hukuka aykırı yarar elde edilmesi fiillerini nitelikli dolandırıcılık olarak değerlendiriyordu.⁸⁰ 5237 sayılı TCK'nın 245. maddesinin açık ifadesi karşısında bu tür eylemler artık dolandırıcılık suçunu değil, 245. maddedeki suçları oluşacaktır.

1. Hilenin Gerçek Kişiye Yöneltilmesi

Dolandırıcılık suçunda unsur olan aldatıcı hareketlerin gerçek kişiye yönelmesi ve gerçek kişinin hataya düşürülerek kendi veya bir başkasının malvarlığı aleyhine, sanık veya bir başkasının lehine bir işlemde bulunmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığın kendisine veya bir başkasına haksız menfaat temin etmesi gerekir. Yani, uygulamada ölçüt dolandırıcılık suçu için başta gerçek kişiye

78 Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 870.

79 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 1079.

80 Parlar, *Dolandırıcılık Suçları*, s.173.

yönelen bir hileyi, ikinci olarak hileye maruz kalan kimsenin iradi davranmasını aramaktadır. Diğer yandan, dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hileye maruz kalan kimsenin menfaat üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması şarttır.

YCGK, dolandırıcılıkta hilenin bir gerçek kişiye yöneltilmesi gerektiği hususunda duraksamamaktadır. Bilişim sistemlerinin aldatılmasından söz edilemeyeceği için, ancak bu sistemin araç olarak kullanılarak bir insanın aldatılması, yani dolandırılması halinde ancak 158. maddenin uygulanması mümkündür. Aksi halde, yani sisteme girilerek bir kişi aldatılmayıp sistemden yararlanılarak çıkar sağlanmışsa bilişim suçlarından niteliğine uygun düşeni oluşturur. Somut olayda bir internet sitesinden araba almak isteyen mağdur, sanık satıcıya üç ayrı zaman dilimi içerisinde banka kanalı ile para yollamış, daha sonra kayıplara karışmıştır. YCGK, eylemin bilişim sistemi (olayda araba satış sitesi) araç olarak kullanılarak nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.⁸¹

Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları ile dolandırıcılık suçu maddi unsur uyarınca ayrılmaktadır. Somut olayda sanık, SSK'dan maaş alan merhum annesinin ölmeden önce çıkarttığı vekaletname ile öldükten sonra bankadan para çekmiştir. Yargıtay, paranın bankamatik kartı ile ATM'den mi yoksa vekaletname gösterilerek banka görevlisi aldatılarak mı çekildiği hususunu araştırmış; birincisinde m.245, ikincisinde m.157'nin oluşacağı yönünde hüküm kurmuştur.⁸²

Hilenin gerçek kişiye yöneltilmesi her zaman için dolandırıcılık suçuna vücut vermemektedir. YCGK bir kararında başkasına ait kimlik bilgileri ile yaptığı kredi kartı başvurusu kabul olan sanığın fiilinin m. 245/3'teki sahte oluşturulan kart ile haksız menfaat sağlama suçunu oluşturduğuna, madde metnindeki "daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde" lafzı uyarınca 158/1-j maddesini kabule yer olmadığına hükmetmiştir.⁸³

81 YCGK. 12.12.2013, 2012/15-1364 - 2013/51: Ayrıca olayda m. 43/1 uygulama alanı bulmuştur. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T:25.02.2020)

82 Y. 11. CD. 02.04.2007, 2006/8242, 2007/2283. (www.kazanci.com E.T: 24.02.2020)

83 YCGK 14.11.2007, 11-87/150: "Sanığın T.Ç isimli kişiye ait nüfus cüzdanını ele geçirerek kendi resmini yapıştırdığı, bununla yapı kredi bankasının cennet şubesine başvurarak kendi-

Yine, “sahte slipler üretmek” olarak tanımlanan; kredi ya da banka kartını gerçek harcamanın dışında pos cihazından geçirecek haksız menfaat sağlamak eyleminde hile gerçek kişiye yönlendirilmediğinden dolandırıcılık suçu değil, sadece m. 245/1 oluşur.⁸⁴

Dolandırıcılık suçunun tanımındaki “onun veya başkasının zararına olarak” lafzı uyarınca aldatılan kişi ile malvarlığı zarara uğratan kişinin aynı olması şart değildir. Örneğin banka görevlisi aldatılarak bir başka gerçek kişinin zararına dolandırıcılık suçu işlenebilir. Ancak Yargıtay aksi yönde de karar vermiştir.⁸⁵

2. 245/1 ile Diğer Suçların İçtimalı

TCK m.245/1’de fail, “Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse” olarak tanımlanmıştır. Hükmün devamında geçen “kart sahibi ya da kartın kendisine verilmesi gereken kişi” kartı kötüye kullanmak suretiyle kendisine ya da başkasına haksız menfaat sağlarsa bu suç değil, olaya göre dolandırıcılık veya 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda tanımlı birtakım özel suçlar oluşabilir. İfade edilmelidir ki, burada söz konusu “ele geçirme” zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir

sine kredi kartı çıkarttığı, 20.04.2000 tarihinde teslim aldığı kart ile çeşitli mal ve hizmetler satın aldığı, (...) Sanığın ele geçirdiği başkasına ait nüfus cüzdanını kullanarak banka görevlilerince basımını sağladığı kredi kartı “sahte oluşturulan” kart niteliğinde olup bu kartın kullanılması suretiyle kendisine haksız yarar sağlaması eylemi daha ağır cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturmadığından 5237 sayılı yasanın 245/3 maddesinde düzenlenen suçu oluşturmaktadır. Burada sanığın eyleminin m.158/1-j maddesinde düzenlenen suçu oluşturabileceği düşünülebilir ise de, yasakoyucunun banka ve kredi kartları için miktar olarak daha ağır cezayı gerektiren özel düzenleme nedeniyle bu maddenin olayda uygulanma yeri bulunmamaktadır. ” Bu karar, hilenin muhatabının gerçek kişi olduğundan bahisle doktrin de eleştirilmektedir. (Kaynak: Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 821.)

84 Y. 11. CD. 08.12.2010, 2009/2725, 2010/13954. (www.kazanci.com E.T: 24.02.2020)

85 Y. 11 CD. 22.01.2008, 8423/117: “Sanığın katılan M.S’nin kimlik bilgilerine göre düzenlenip kendi fotoğrafını yapıştırdığı ve ele geçirilemeyen sahte nüfus cüzdanını kullanarak katılan Banka’nın X şubesine hesap açtırarak diğer katılan M.Ç’nin bankada bulunan para hesabında var olan bilgileri sahte kimlikle açtırdığı hesaba internet yoluyla havale edip hesap cüzdanı ibraz ederek banka şubesinden çektiğinin iddia ve kabul olunması karşısında; eyleminin, paranın sanığın açtırdığı hesaba intikaline kadar katılan M.Ç.’ye yöneltmiş hile bulunmaması ve tamamen bilişim sistemi içinde gerçekleştirilmesi nedeniyle 5237 sayılı yasanın 244/4 maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden , vasıflandırmada hataya düşülerek unsurları oluşmayan banka aracı kılınmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.”

(https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ E.T: 30.03.2020)

yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almak şeklinde olursa ortada birden çok fiil bulunduğundan bahisle gerçek içtima uygulanır.⁸⁶ Ancak rızanın bulunup bulunmadığı konusu her zaman açık değildir. Katılan X, emekli maaşını çekmek için gittiği ATM’de sanıktan yardım istemiş, kartını vermiş ve şifresini söylemiş; sanık ise ATM makinesinin önce kartı sonra parayı verme özelliğinden faydalanarak kart çıktığı sırada mağdurun bankaya yönlendirmiş ve sonradan çıkan paraları almıştır. İlk derece mahkemesi dolandırıcılıktan hüküm kurmuş, Yargıtay ise sanıktan yardım istenen, kartın verildiği ve şifrenin söylendiği aşamada herhangi bir kast bulunmadığından ve paraları bankamatikten alma eyleminin sonradan oluşan kast ile hırsızlık suçu ihtiva ettiğinden bahisle kararı bozmuştur.⁸⁷ Bu karara düşülen muhalefet şerhinde ilgili üye mağdurun kartı rızası ile kullandığından bahsedilemeyeceğini, burada gizli bir hilenin söz konusu olduğunu, rıza dışı kullanımın sabit olduğunu, belirsiz kastın netice ile belirleneceğini belirtmiş, kısaca burada güveni kötüye kullanma, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının her birinin unsurunun oluştuğunu fakat kanun koyucunun 245. maddedeki suçları uygulamada yeknesaklık sağlamak için düzenlediğini, bu sebeple 245. maddedeki suçun tavsife esas kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna karşın çok benzer bir olayda Yargıtay Ceza Genel Kurulu 245/1’de tanımlı fiilin bir bileşik suç olmadığından bahisle⁸⁸ ATM’ye tertibat kurup kartı sıkıştırmanın ardından muhtelif yollarla kartın şifresini öğrenmek ve maddi menfaat sağlamakla ibaret eylemin hem hırsızlık hem de m. 245/1’deki suçu oluşturduğuna hükmetmiştir.⁸⁹

YCGK’nın yukarıdaki kararına muhalif bir karar da 11. CD tarafından nitelikli dolandırıcılık hususunda verilmiştir. Buna göre nitelikli dolandırıcılık olduğu takdirde, salt hile ile elde edilen kartın daha

86 Y. 6 CD 17.09.2001, 11067/10750: “Sanıkların tren istasyonunda beklemekte olan müşterinin çantasından yankesicilik suretiyle içinde para ve kredi kartı olan cüzdanı çaldıktan sonra, bu kredi kartı ile ATM’den para çekmekten ibaret eylemlerinin TCK 492/6-7-son (5237 sayılı TCK m.142/2-b) maddesi ile aynı yasanın 525/b-2 (5237 sayılı TCK m.245/1) maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ E.T: 30.03.2020)

87 Y 11. CD. 01.03.2012, 2010/8478, 2012/2627. (www.kazancı.com E.T:24.02.2020)

88 Özbek, Veli Özer, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?*, AÜHFĐ, C.56, S:2, 2007, s.80.

89 YCGK, 30.03.2010, 2010/11-17-65 (www.kazancı.com E.T:24.02.2020)

sonra ATM cihazında kullanılarak menfaat elde edilmesi fiili ayrıca m. 245/1'de tanımlı suçu oluşturmaz. Somut olayda fail ATM cihazına önceden hazırladığı tertibat ile bankamatik kartının sıkışmasını sağlamış; yardımda bulunma vaadi ile banka görevlisiyle telefonda görüştüğü izlenimini uyandırmış ve mağdurdan kartın şifresini temin etmiştir. Failin işte bu kart ve şifre bilgileri ile daha sonra para çekmek ve alışveriş yapmak şeklinde teselsül eden nitelikli dolandırıcılık eylemleri ayrıca m. 245/1'de tanımlı suçu oluşturmaz.⁹⁰

Toparlayacak olursak, m. 245/1'de tanımlı suçun malvarlığına karşı işlenen diğer suçlar ile tek bir fiilde işlenip işlenemeyeceği, m. 245/1'in bir bileşik suç olup olmadığı hususundaki doktrin ve fiilin işleniş biçimi ve işlendiği zaman dilimine göre yapılacak tavsif ile belirlenmelidir. Bu belirlemeden müspet bir netice elde edilir, yani gerçek içtimaya esas iki suçun oluştuğu kanaatine varılırsa, bundan sonra kartı ele geçirme metodunun hile ihtiva edip etmediği; doğrusu mağdurun rızasının olup olmadığına karar verilmeli, 245. madde ile birlikte oluşan suçun hırsızlık mı yoksa dolandırıcılık mı olduğu bu şekilde belirlenmelidir. Her ne kadar bileşik suçun varlığı biri diğerinin unsurunu ya da ağırlaştırıcı sebebini oluşturan suçun, bünyesinde birleştiği suç fiilinde açıkça tarif edilmesine bağlanmıyorsa da burada kanun başlığını dahi içeren bir tarif beklenmemelidir. Kaldı ki gerçek içtimanın tek istisnası bileşik suç değildir. Kısmi veya tam bir örtüşmenin mevcudiyeti halinde fikri içtima hükümlerine de gidilebilir. Gerekçe'de 245. maddedeki suçların hırsızlık, dolandırıcılık (...) suçlarının *ratio legis*'lerinin tümünü içerdiği ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla bağımsız suç hâline getirildikleri belirtilmiştir. Haliyle malvarlığına karşı suçlar ile 245. maddedeki suç pek ala örtüşebilir. Doktrinde korunan hukuksal yararın bir olduğu suçlarda tüketen-tüketilen norm ilişkisi olduğundan bahisle tek suçun oluşması gerektiği (burada m.245) ileri sürülmüştür.⁹¹ Daha önce de ifade et-

90 Y. 11 CD. 24.06.2002, 7863/6224. ([https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilistemciWeb/ E.T:30.03.2020](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilistemciWeb/E.T:30.03.2020))

91 Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 1081 ; . Mahmutoglu, Fatih Selami, *Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi*, Füsun Sokullu-Akıncı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXXI, S. 1 2013, s.878 ; İçel, Kayıhan / Evik, Ali Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Temmuz 2013, s.317.

tiğimiz gibi somut olayı değerlendirmek ve sonucunda iki ayrı suçtan ya da tek bir suçtan sorumluluk tesis etmek mümkündür. Ancak her türlü ihtimalde iki suçun oluşacağı fikrine katılmıyoruz. Örneğin TCK m.244'te tanımlı suç fiili açısından; tertibat vasıtası ile banka ya da kredi kartını ATM'ye sıkıştırmak suretiyle kalıplaşan somut suç fiilinin icrası sırasında ATM cihazının çalışmasının engellenip engellenmediğinin de araştırılması gerekir. Sonuca göre mala zarar verme, hırsızlık ya da TCK m. 244'ü esas alan bir tavsif yapılabilir.⁹²

Yeri gelmişken, şartları varsa m. 245/1 ile m. 245/3'te düzenli suçlar gerçek içtima ile birleştirilir. Ancak bunun için en az iki kart kullanılmalı ve bu kartların biri gerçek, diğeri sahte olmalıdır. Şu durumda suçların aynı zaman diliminde işlendiğinden bahisle m.44 uygulama alanı bulmaz. Zira iki suç arasında eylem bakımından herhangi bir örtüşme bulunmamaktadır.⁹³

3. 245/3 ile Diğer Suçların İçtimai

TCK m.245/3'te fail "sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi" olarak tanımlanmıştır. Eğer kart sahte oluşturulmamış ya da üzerinde sahtecilik yapılmamışsa, diğer şartlar aynı kalmak üzere m. 245/1'deki suç oluşacaktır. TCK m. 245/3'ün farkı, hükümde içtimai bir kuralın belirtilmiş olmasıdır. Buna göre, m. 245/3'ün uygulanabilmesi için başka ve daha ağır bir suçun oluşmaması gerekir. Esasında bir fiil ile iki farklı suç oluşursa genel hükümler uyarınca zaten yazılı uygulama tatbik edilir. O halde bu hükümden kanun koyucunun uygulamadaki duraksamaları gidermek istediği anlaşılmalıdır. Gerçi uygulamadaki sorun, özellikle mütemadi veya çok hareketli birtakım suçlarda tek fiil ile birden çok fiili ayırmakta yatmaktadır. Örneğin Yargıtay sahte kredi kartının pos cihazından geçirilmesinden ibaret eylemde m. 245/3 haricinde bir dolandırıcılık suçunun oluşmayacağına haklı olarak karar vermiştir.⁹⁴ Yine, sahtelik söz konusu olduğunda m. 245/2'deki ceza-

92 Y. 11 CD, 13.03.2013, 2011/2816, 2013/4065. (www.kazancı.com E.T: 24.02.2020)

93 Y. 11 CD, 29.05.2007, 2538/3838 (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ E.T: 24.02.2020)

94 Y. 11 CD, 14.03.2007, 2006/480, 2007/683 (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi-BankasiIstemciWeb/ E.T: 24.02.2020)

ya hükmedilip edilmeyeceği tartışma konusudur. Fikri içtimada suç çokluğunun mevcut olup olmadığı ihlal edilen normlara göre belirlenmelidir. Kısmi ayniyet prensibi uyarınca fikri içtimanın kabul edilebilmesi için tek fiil ile oluşan farklı neticelerin birbiri ile tamamen örtüşmesi şart değildir.⁹⁵ Bu sebeple, fikrimizce m. 245/3'teki içtimai hükmün gereği bulunmamaktadır.

TCK m. 245/2 ile m. 245/3'ün içtimai durumuna gelince, üçüncü fıkrada “sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan” lafzı geçmektedir. Yani üçüncü fıkradaki suçu işleyen kimsenin sahteciliği bizzat yapması şart değildir. Hal böyle olunca kısmi ayniyetin kabulü halinde dahi birbiri ile örtüşen fiiller bulunmamakta, dolayısıyla her bir fıkradan ayrı cezalandırma yoluna gidilmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.⁹⁶ Ancak failin yarar sağlama yönelik davranışı gerçekleştirmeden yakalanması durumunda sorumluluğunun sınırları meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; fail, söz konusu sahte kartı kullanmaya fırsat bulamadan yakalanırsa, TCK. 245/3 maddesindeki suça teşebbüsten değil, TCK. 245/2. maddesindeki suçun tamamlanmış şeklinden sorumlu tutulmalıdır.⁹⁷ Diğer bir görüşe göre ise failin kastına bakmak gerekir. Kast eğer m. 245/3'te tanımlı fiile yönelik ise bu suça teşebbüsten; yok eğer m. 245/2'deki özel sahtecilik suçuna ilişkin ise bu suçtan, ayrıca m. 245/3'e teşebbüsten sorumluluk doğacaktır.⁹⁸ Bu konuda ilk görüşe katılıyor, yalnızca m. 245/2'deki suçun oluşacağını düşünüyoruz. Zira, fikrimizce hem TCK m.245/3'te yer alan “başka bir suç oluşturmadığı takdirde” lafzı hem de her iki maddenin koruduğu hukuki yararın benzerliği bu iki suçun tek bir fiil ile oluşmasını engellemektedir. Diğer yandan, burada tartışma konusu m. 245/2 işlendiği zaman m. 245/3'e teşebbüsün var sayılıp sayılmayacağıdır. Örneğin fail sahte bir kredi kartı üreterek bunu bir başka kimsenin

95 Akbulut, *Genel Hükümler*, s.799 vd.

96 Y. 11 CD, 29.05.2007, 2538/3838: “Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmek ile sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlamak suçlarının birbirinden bağımsız iki ayrı suç oluşturduğu gözetilmeyerek fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğinden bahisle tek suç kabulü ile eksik ceza tayini...” (www.kazanci.com E.T:22.02.2020)

97 Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s.869 ; Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.338.

98 Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri*, Ankara, 2014, s.356.

hesabı ile ilişkilendirmiş, ancak bu kartla menfaat temin etmeden önce yakalanmıştır. Fiil şu seviyede iken faili m. 245/3'ten sorumlu tutmak kusur sorumluluğu ile de bağdaşmaz.

Fail m.158/1-j uyarınca banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla dolandırıcılık suçunu işler, suçun neticesinde bir kredi kartı elde ederse; burada sahte bir kredi kartından, dolayısıyla m. 245/3'teki suçtan söz edilemez.⁹⁹

4. 245/1'e Teşebbüsün Sınırları

TCK m.245/1'deki suçta fail “ Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse” olarak tanımlanmıştır. Suç, bir menfaat elde edildiği zaman tamamlanacağı için neticelidir. Şu halde TCK m.35'e uygun olarak gerçekleştirilen fiiller teşebbüse vücut verebilir. Ancak salt başkasına ait kredi veya banka kartının ele geçirilmesi eylemi sonuçsuz kalırsa, bu durum m.245/1'e teşebbüs olarak yorumlanmamalıdır. Zira m. 245/1'deki suç, kartı kullanmak neticesinde elde edilen menfaat ile oluşur; öyleyse m. 245/1'e teşebbüs suçunun oluşabilmesi için dış sebeple tamamlanamayan netice, menfaate yönelik kullanma eylemi olmalıdır; yoksa salt ele geçirme eylemi değil. Fail başkasına ait kart ile ATM'den para çekmek isterken hatalı şifre nedeniyle kartın bloke olması veya aynı kartı izinsiz olarak alışverişte kullanırken kartta limit olmaması gibi örneklerde, icra hareketleri başlamış fakat elde olmayan nedenlerle hareket tamamlanamamıştır.¹⁰⁰

Somut olayda sanık ATM cihazına bir tertibat kurarak mağdurun kartının sıkışmasına sebep olmuş, ardından yardımda bulunacağından bahisle kartın şifresini öğrenmiş; mağdurun olay yerinden ayrılması üzerine sanık henüz kartı ATM'den çekmeden hemen önce olaya müşahade eden kolluk görevlileri kuşku sonucu sanığı yakalamışlardır. Yargıtay,¹⁰¹ tertibat kurulması hile yerine geçmez diyerek

99 Meran, Necati, *Dolandırıcılık, Sabtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*, Ankara, 2014, s.280.

100 Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s.296.

101 Y. 11 CD. 14.06.2012, 2009/3230, 2012/11594 (www.kazancı.com E.T:22.03.2020)

dolandırıcılık suçunun, kullanma ve menfaat sağlama gerçekleşmediği için de m. 245/1'deki suçun oluşmadığına; buna karşılık banka kartını sahibinin rızası olmadan sıkıştığı yerden almaya yönelik eylemin teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir.

Sonuç

Banka ya da kredi kartı sahiplerinin zararına olarak hukuka aykırı yarar sağlamak fiillerini hırsızlık, dolandırıcılık gibi klasik suç tipleri çerçevesinde cezalandırılmanın yetersiz kalacağı gözetilerek, 5237 sayılı TCK'da bu tip davranışlar bağımsız birer suç tipi haline getirilmiştir. Hukuki konuları ve korudukları hukuki yarar bahsinde ihtiva ettikleri benzerlik, bu suçların ayırımında birtakım ölçütlerden faydalanmayı zorunlu kılmaktadır. Bu çalışmanın sonucunda edindiğimiz ve ulaştığımız başlıca fikirler şu şekildedir: TCK m.245/1 ile dolandırıcılık suçu “yarar sağlamak” bakımından benzemekte, ancak kartı ele geçirmek konusunda hilenin aranmaması, dahası bu hilenin kandırabilecek nitelikte olmasının aranmaması ve ilgili kartları her ne suretle olursa olsun ele geçirmenin yeterli olması bakımından ayrılmaktadır. Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle menfaat temini suretiyle işlenen TCK m.245/3'teki suç ile dolandırıcılık arasındaki farklar da aynı şekilde özetlenebilir. Zira TCK m.245/1 ile TCK m. 245/3 arasında kartın sahtelik/gerçeklik niteliği ve elde edilişi bakımından fark bulunmakla birlikte, dolandırıcılık ile karşılaştırıldığında bu iki suç benzer özellik göstermektedir. Ancak TCK m.245/3'teki “başka bir suç oluşturmadığı takdirde” ifadesi, suçların içtimaı bakımından sorun yaratabilmektedir. Bu sorunla ilgili düşüncelerimiz yukarıda, üçüncü bölümde bulunmaktadır. Sahtecilik suçunun özel bir türü olan m. 245/2 ise dolandırıcılık suçundan menfaat neticesi bakımından ayrılmaktadır. Zira birincisi neticesiz, ikincisi neticeli bir suçtur.

Dolandırıcılık ile banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarının ayırımına yönelik bir diğer ölçüt, hilenin yöneldiği kişi bakımından ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar m.245'te düzenlenen suçlar açısından hile şart değilse de, örneğin kartın hile ile temin edildiği durumlarda dolandırıcılık suçu akla gelebilir. Burada,

hilenin banka memuru gibi gerçek kişilere yöneltilmesi durumunda dolandırıcılığın, aksi halde m.245'teki suçlardan somut duruma uygun olanının gerçekleşeceğini düşünüyoruz. Hatta bu örnek özelinde dolandırıcılık suçuna bir nitelikli hal de öngörülmüştür. TCK m.158/1-j'ye göre dolandırıcılığın banka veya diğer kredi kurumlarınınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla işlenmesi durumunda ceza artırılır. Yalnız burada banka veya kredi kuruluşunun hile ile aldatılan temsilcisinin kredi vermeye yetkili olması gerekir. İfade edelim ki dolandırıcılık suçunu diğer suçlardan ayırmakta etkili bir ölçüt olan ve tüm bu açıklamalarımıza karakterini veren "hile" unsurunun kabulü için "belirli bir ağırlığa ulaşma" şartını aramak gerektiği fikrindeyiz. Yine, bu hilenin ihmal hareketiyle işlenebileceğini kabul etmekle birlikte, bunun için failin garantör durumda olması gerektiğini düşünüyoruz.

Dolandırıcılık suçunun TCK m.158/1-f'de düzenlenen ve bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenen nitelikli halinin m.245'teki suçlar ile karıştırılabileceği kimi mümkün durumların önüne geçebilmek için, öncelikle yukarıdaki ölçütler dahilinde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığı tespit edilmelidir. Buna müspet bir yanıt verilebileceği takdirde, m.158/1-f'deki nitelikli halin mahsus şartlarına bakılmalıdır. Bunlar, banka veya kredi kurumunun hileli hareketin icrasında araç olarak kullanılması ancak zarar görmemesidir. Buna karşın suça konu menfaatin banka kanalı ile gönderilmesi gibi edimler bu suçun oluşumu için yeterli değildir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, 2017. (Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar)
- Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019. (Akbulut, Genel Hükümler)
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet, / Yenedünya, Caner, TCK Şerhi, C. 2, İstanbul, 2014.
- Centel, Nur / Çakmut, Özlem / Zafer, Hamide, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. 1, İstanbul, 2007. (Centel / Çakmut / Zafer, Kişilere Karşı)
- Çağlayan, M, Yüz Kızartıcı Suç Üzerinde Bir İnceleme ve Önerimiz, Adalet Dergisi 1977.
- Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Eylül, 2004.
- Dursun, Selman, Yüz Kızartıcı Suç Kavramı, Polis Dergisi, S. 36; 2003.
- Dülger, Murat Volkan, “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçunda 5377 Sayılı Yasayla Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi”, Güncel Hukuk Dergisi, S. 23, 2005.
- Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Kasım 2014. (Dülger, İnternet İletişim Hukuku)
- Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları, Ankara, 2004.
- Erdoğan, Yavuz, Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları, İstanbul, 2012.
- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2015. (Hafizoğulları / Özen, Özel Hükümler)
- İçel, Kayıhan / Evik, Ali Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Temmuz 2013.
- Karagülmez, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, Ankara, 2014.
- Ketizmen, Muammer, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara, 2008. (Ketizmen, Bilişim Suçları)
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2016. (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler)
- Kurt, Levent, Bilişim Suçları, Ankara, 2005.

- Mahmutoğlu, Fatih Selami, Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Füsun Sokullu-Akıncı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmusa Cilt: LXXI, S. 1, 2013.
- Malkoç, İsmail, Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı, TBBB, 1989/4.
- Meran, Necati, Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma, Ankara, 2014.
- Okuyucu Ergün, Güneş, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, 2013.
- Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994.
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel hükümler, Ankara 2017. (Özbek, Özel Hükümler)
- Özbek, Veli Özer, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m.245), DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007.
- Özbek, Veli Özer, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?, AÜHFD, C.56, S.2, 2007.
- Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara, 2002. (Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla)
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2014.
- Parlar, Ali, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları, Ankara, 2015.
- Selçuk, Sami, Dolandırıcılık - Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, 1986.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2012.
- Taşdemir, Kubilay, Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara, 2009.
- Taşkın, Şaban, Bilişim Suçları, Bursa, 2008.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan, / Önok, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2019.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2014.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2015. (Toroslu, Özel Kısım)

Tümerkan, Somay, Dolandırıcılık Suçu, İstanbul, 1987.

Ünver, Yener, Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi, İHFM, C.LIX, S. 1-2, 2001.

Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Türk Ceza Kanunu, C.4, 2014.

SALGIN DÖNEMLERİNDE ORTAYA ÇIKABİLECEK CEZA SORUMLULUKLARI - KORONA TECRÜBESİ*

Engin TURHAN**

Özet

Salgınlar, hastalığa karşı korunmanın bireysel boyutu aşır toplumsal boyuta ulaştığı dönemlerdir. Böyle dönemlerde kişilere düşen insani ve toplumsal görevler artmakta, yeri geldiğinde bunların pozitif düzenlemelerle genişlemesi söz konusu olmakta, devletler hastalığın yayılmaması için kişilerin özgürlüklerini kısıtlamak suretiyle önlem almakta ve kişilerden buna riayet etmesini beklemektedir. Durum daha kişisel önlemler alınması yönünde tavsiye verilmesi ve uyarıda bulunulmasından ibaretken, ceza hukuku tekil zarar ve zarar tehlikesinden kişileri koruma fonksiyonu ile bu sürece dâhil olmaktadır. Somut anlatımla hastalık bulaştırma fiillerine yaralama ve öldürme suçları çerçevesinde tepki vermektedir. Ancak devletler resmi tedbir kararları alıp kişileri bunlara uymaya zorlama aşamasına geldiğinde geniş alanda kabahatler hukuku, daha dar bir alanda ise ceza hukuku toplumsal sağlığın korunması yönünden de bir enstrüman haline gelmekte ve yaptırım tehdidi ile kişileri ilgili tedbirlere uymaya zorlamaktadır. Korona salgını tecrübesinin yaşanmakta olduğu dönemde yapılan bu çalışma, ceza hukukunun salgın hastalık dönemlerinde nasıl bir rol oynayabileceğini, olası suç tipleri üzerinden açıklama ve Türk ceza hukukunun bu alandaki mevcut durumuna ışık tutma amacını taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, Salgın hastalık, Koronavirüs, Sağlık Hukuku

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 12/04/2020. İlk hakem raporu tarihi: 14/04/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 14/04/2020.

** Martin-Luther-Üniversitesi Halle-Wittenberg / Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Tıp Hukuku Kürsüsü, Martin-Luther-Üniversitesi Halle-Wittenberg), engin_turhan@windowslive.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0057-5694.

POSSIBLE CRIMINAL LIABILITIES DURING AN EPIDEMIC – CORONA EXPERIENCE

Abstract

Epidemics are the periods when protection against disease exceeds the individual dimension and reaches the public domain. In such periods humanitarian and public duties increase, and when necessary, they expand by *lege data*, states take measures by restricting the liberties and expect people to comply with them. While the situation consists of giving advice and warning the people to take measures personally, criminal law is included in this process with its function of protecting individuals from particular harm or risk of harm. In concrete terms, it reacts to infection acts according to crimes of injury and killing. However, when states take official measures and compel individuals to comply with them, mainly misdemeanor law and in some cases criminal law become an instrument in terms of protecting the public health and force people to comply with the related measures by its sanction power. In the period when the Corona epidemic is being experienced, this study aims to explain how criminal law can take part in the fight against epidemics, through possible crime types and to offer insight into the current state of Turkish criminal law in this field.

Key Words: Public Sanitation Law, Crime of acting against the measures about epidemics, Epidemic, Coronavirus, Health Law

I. Tekil zarar ve zarar tehlikesi bakımından cezai koruma - Yaralama ve öldürme suçları

A) Genel Olarak

Bu çalışmanın konusunu bulaşıcı hastalıklar oluşturmaktadır. Kavramsal tanımı itibariyle bulaşma veya enfeksiyon, hastalık yaratıcı bir ajanın (virüs, mikrop, bakteri, parazit, mantar vb.) bir organizmaya geçmesi; bulaşıcı hastalık da enfeksiyon sonucu oluşan hastalıktır.¹ Alman Enfeksiyondan Korunma Yasası'nın (Infektionss-

1 Robert Koch Enstitüsünün tanımı: https://www.rki.de/DE/Content/Service/Publikationen/Fachwoerterbuch_Infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile, s. 67, 72 (10.04.2020).

chutzgesetz)² 2. maddesinde, “doğrudan veya dolaylı olarak insanlara bulaşan *patojenlerin* (hastalık yapıcıların) veya bunların toksik ürünlerinin neden olduğu bir hastalık” şeklinde tanımlanmaktadır. Kapsamın belirlenmesi adına Türk hukukunda da böyle bir kanuni tanıma yer verilmesi – özellikle bulaşıcı hastalığın insana bulaşabilen hastalıklarla sınırlı olmadığı düşünülürken – yerinde olacaktır.³

Şimdiye kadar hastalık bulaştırmanın doğuracağı cezai sorumluluk, daha ziyade cinsel yolla bulaşan hastalıklar ve özel olarak HIV çevresinde tartışılmıştır.⁴ Bu çerçevede yapılan çıkarımlar, bu çalışma bakımından da yol gösterici olabilir de doğrudan uygulanabilir değildir. Zira HI-Virüsü’nün aksine, Covid-19’un da içinde bulunduğu epidemiyet veya pandemi seviyesinde bir salgın yaratabilecek hastalıklar prensipte; cinsel değil sosyal temasla bulaşmakta ve yüksek yayılmacı bir özellik göstermekte, belirtileri ve – ölüm riski ya da ölüm neticesi de dâhil olmak üzere – etkileri çok daha kısa sürede gözlemlenebilmektedir. Objektif isnadiyet alanında, kişinin öz sorumlulukla (Eigenverantwortlichkeit) kendisini tehlikeye sokması bakımından, paralel bir yorum yapılabilecekken nedensellik bağına ilişkin pratik sorun, manevi unsurun ve teşebbüsün yorumlanması bakımından salgın hastalıklara ilişkin değerlendirme kendi özelinde yapılmalıdır.

B) Maddi Unsur

TCK m. 86 ve 89’da düzenlenen yaralama suçlarının kanuni tanımında açıkça belirtildiği üzere bir kimsenin sağlığının bozulmasına neden olmak yaralama teşkil etmektedir. Bir kimsenin hasta edilmesinin de sağlığın bozulması ve dolayısıyla yaralama teşkil edeceği

- 2 Kanununun uzun adı İnsanlardaki Bulaşıcı Hastalıkların Önlenmesi ve [bunlarla] Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’dur (Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen).
- 3 Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans Ve Kontrol Esasları Yönetmeliği EK 1’de bulaşıcı hastalıkların yer aldığı bir liste bulunmaktadır.
- 4 İzin verilen risk ve manevi unsur hususlarına ilişkin tartışmalar için bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan, *Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, No:1-2, 2004, s. 73-91; TAŞKIN, Ozan Ercan, *Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu*, TBB Dergisi, Yıl 21, Sayı 79, 2008, s. 61-71. STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *Körperverletzung - Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, München, 2019, § 223 p. 7-7c. Ayrıca bkz. 1. Ceza Dairesi 2002/3171 E., 2002/3584 K., 15.10.2002 T.

açıktır. Ancak genel kabule göre virüs bulaştırmak, kişinin hasta olmasından bağımsız olarak yaralama suçu kapsamına girmektedir.⁵ Nitekim Dünya Sağlık Örgütü sağlığı; bir hastalığın veya sakatlığın bulunmamasından ibaret olmayan tam bir fiziksel, mental ve sosyal iyilik hali olarak tanımlamaktadır.⁶ Kişide bir belirti gözlemleniyor olsa da vücudunda virüs bulunması bu *iyilik halinin* bozulması anlamına gelmektedir. Sonuç olarak genel kabulü, bu *iyilik halini bozmaya elverişli nitelik ve nicelikte patojenin bulaştırılması* şeklinde algılamak yerinde olacaktır. Dolayısıyla virütik hastalıklar bakımından suç, virüsün kuluçka süresinin sona ermesi ve belirtilerin görülmeye başlanmasından önce sona ermektedir. Bir kişiye patojen bulaştırılmasıyla yaralama suçu bakımından tipik fiil işlenmiş ve netice ortaya çıkmış olmaktadır.

Suçun unsurları bakımından yaralama ve öldürme suçlarının ihmali hareketle de işlenebileceği belirtilmelidir. Hastalık taşıyan kişi, bir başkasının kendisine hastalık kapabilecek şekilde yaklaşmasına engel olmadığı takdirde ihmali hareketi sebebiyle sorumlu tutulabilir. Bulaşıcı bir hastalığa sahipken gerekli sosyal mesafenin korun(a)madığı ortamlarda bulunmak, öngelen tehlikeli hareket teşkil edecek ve kişiye garantör sıfatı yükleyecektir.⁷

Pratik bir çekince olmakla birlikte, patojen bulaştırma yoluyla yaralama fiillerinde nedensellik bağının ispatının oldukça güç olduğu belirtilmelidir. Kişinin vücudunda bulunan patojenlerin kimden geçmiş olduğuna ilişkin tıbbi bir tespitin yapıp yapılamayacağı müphemdir. Bu belirlemenin yapılamamasına rağmen nedensellik bağının oluştuğunun söylenmesi, yalnızca diğer bütün hastalık bulaşma ihtimallerinin elenmesiyle mümkün olur. Bu da özellikle salgın dönemlerinde sona ermiş yaralama veya öldürme suçundan sorumlu tutmanın, mağdurun tek sosyal kontağının fail olması gibi, olağandışı şartlara bağlı olması sonucunu doğurmaktadır.⁸

5 TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, 2019, s. 239

6 <https://www.who.int/about/who-we-are/constitution> (31.03.2020).

7 FREUND, Georg, *Begehen durch Unterlassen - Münchener Kommentar zum StGB*, München, 2017, § 13 p. 118 vd.

8 Almanya'nın Wolfsburg şehrindeki bir huzurevinde Covid-19'un yayılması sonucu birçok kişinin hayatını kaybettiği olayda savcılık, şüphelinin tespitindeki zorluk nedeniyle *meç-*

Objektif isnadiyet alanında da ceza sorumluluğunu daraltacak bir genel bir de özel durum bulunması mümkündür.⁹ Sıradan, her yıl kış aylarında görülen basit bir nezle veya grip salgını bakımından hastalık bulaştırmanın *izin verilen risk* kapsamında olduğu söylenir.¹⁰ Öyle ki nezle olmuş bir öğrencinin sınıf arkadaşına hastalık bulaştırması veya kendisini kötü hissetmesine rağmen işe giden bir kişinin iş arkadaşına grip bulaştırması tehlikesi, hukuk düzeni tarafından mazur görülür.¹¹ Böylece hastalık bulaştırma fiili gerçekleşmiş olsa da, diğer kişinin hasta olmasının sorumluluğu faile yüklenmez. Ancak Covid-19 gibi yüksek yayılcı özelliği ve ölüme kadar varabilen etkileri¹² bulunan patojenler izin verilenin üzerinde bir risk oluşturmaktadır. Buna karşın riskin izin verilenin üzerinde olması halinde dahi potansiyel mağdurun ilgili riski üzerine aldığı tekil durumlarda neticenin potansiyel faile yüklenmesi söz konusu olmayacaktır. Açık anlatımla kişinin kendisine hastalık bulaşma riskinin farkında olarak, hür iradesiyle potansiyel fail ile temasa geçmesi halinde ceza sorumluluğu oluşmaz.¹³

C) Manevi Unsur

Manevi unsur incelemesinde; failin hasta – ya da virüs taşıyıcısı – olduğuna ve bunun bulaşabilirliğine ilişkin bilgiye veya öngörüye sahip olup olmaması ile bunu bulaştırmayı istemiş veya bulaştırabileceğini kabullenmiş olup olmaması önem taşımaktadır.¹⁴ TCK m.

bul şüpheliye karşı taksirle öldürme suçundan soruşturmayı başlatmıştır. <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/gesundheits-wolfsburg-corona-tode-in-seniorenheim-staatsanwaltschaft-ermittelt-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200402-99-565664> (05.04.2020).

9 Objektif isnadiyet bağlantısını kesebilecek başkaca özel durumlar bulunsa da burada, hastalık bulaştırma bakımından özellik gösteren ikisi anılacaktır.

10 İzin verilen risk kurumunun arkasındaki “güvenlik ve özgürlük” çatışmasına ilişkin açıklamalar için bkz. MITSCH, Wolfgang, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Juristische Schulung (JuS), Heft 12, 2018, s. 1164.

11 Grip virüsünün salt fiziksel yakınlık oluşturmak suretiyle bulaştırıldığı durumların izin verilen risk kapsamında olduğu yönünde: ESCHELBACH, Ralph, *Körperverletzung - BeckOK StGB*, v. Heintschel-Heinegg 45. Edition, 01.02.2020, § 223 p. 10.

12 İleride geliştirilen tedavi yöntemleriyle virüs ölümcül olmaktan çıkarılsa dahi bunun objektif isnadiyet bakımından bir etkisi olmayacaktır. Zira tedavi ile ölümcül olmaktan çıkan bir hastalığı bulaştırmayı hukuk düzeninin mazur görmesi söz konusu değildir.

13 KÜHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 2017, s. 63 vd.

14 HIV virüsüne ilişkin olarak sanığın virüsü taşıdığını bilip bilmediğine ilişkin araştırma yapılması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. 1. Ceza Dairesi 2013/4455 E., 2014/6303 K., 08/11/2012 T.

21/1'deki tanımı uyarınca kast, suçun objektif unsurlarının bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla failin, kendisinin hasta olduğu bilgisi ve bunu başkasını bulaştırma isteği ile hareket ederek hastalık bulaştırması halinde doğrudan kastla yaralama suçunu işlemiş olacağı açıktır. Covid-19 taşıdığı bilen bir kişinin, böyle bir hareket ile bir başkasına hastalığın bulaşabileceğini bilerek ve bunu isteyerek diğer bir kişinin yüzüne doğru hapsirmek veya ona sarılmak suretiyle onu enfekte etmesi buna örnek verilebilir.

Buna karşın suçun objektif unsurlarına ilişkin bilgisi değil öngörüsü, suçu gerçekleştirmeye yönelik bir isteği değil kabullenışı bulunan kişi bakımından olası kast söz konusu olur. Gerçekte hasta veya taşıyıcı olmasına rağmen bunu bilmeyen fakat öngören bir kişi, karşısındaki kişiye bulaşma riskini göze alarak bulaşmaya uygun şekilde temas kurup onu enfekte ettiğinde olası kast ile yaralamadan söz edilir. Bulaşıcı hastalığa sahip olduğunu bildiği bir kişi ile yakın temas kurduktan sonra, kendisinin de enfekte olmuş olabileceğini öngörerek, başka kişilerle de hastalık bulaştırmaya uygun şekilde temasa geçen kişinin durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Doğrudan kast ve olası kast ile yaralama suçu arasında TCK m. 21 gereği yaptırımsal bir fark bulunmaktadır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere nedensel bağın tespitindeki zorluk, pratikte olası kast ile hareket eden kişinin yaptırımlandırılmasına engel olabilecektir. Zira Türk ceza hukukunda genel olarak kabul gören “Olası kast netice ile belirlir.” prensibi gereği olası kast ile teşebbüs edilememelidir.¹⁵ Bu görüşün takip edilmesi halinde potansiyel failin olası kastın şartlarını sağladığı tespit edilse dahi, potansiyel mağdura hastalığın bu kişiden bulaştığı kanıtlanamadığı sürece (olası kastla yaralamaya teşebbüs-ten) mahkûmiyet kararı verilmesi mümkün değildir. Ancak Yargıtay uygulaması bu hususta istikrarlı değildir.¹⁶ Alman ceza hukukunda ise olası kast ile teşebbüste bulunulabileceği kabul edildiğinden, bulaşma neticesi ortaya çıkmasa dahi ceza sorumluluğu doğmaktadır.¹⁷

15 ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 498.

16 TOZMAN, Önder, *Türk ve Alman Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi*, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, s. 164 vd.

17 Alman ceza hukukundaki mevcut duruma ilişkin açıklama ve tartışma için bkz. HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, *Begriffsbetimmung - Münchener Kommentar zum StGB*, München, 2017, § 22 p. 43-46.

Kast bahsini kapatmadan önce hata kurumuna da değinilmesi gerekir. TCK m. 30/1 gereği suçun maddi unsurlarından birinin bilinmemesi halinde kast oluşmamaktadır. Öyle ki kendisinin Covid-19 taşıdığını, yaptığı hareket sonucu virüsün bulaşacağını bilen veya öngören potansiyel fail; bu hareketi mağdurun da zaten virüs taşıyıcısı olduğu yanılıısıyla gerçekleştirdiğinde mağdur unsuruna ilişkin bu hata kastın bulunmadığı anlamına gelir.

Aynı şekilde öngörüye sahip olan potansiyel failin neticenin oluşması ihtimalini kabullenmediği - “Olursa olsun.” demediği - ancak dikkat ve özen yükümlüğüne¹⁸ aykırı olarak bunun gerçekleşmeyeceğine güvendiği durumlarda bilinçli taksir bulunur (TCK m. 22/3). Dolayısıyla dikkat ve özen yükümlüğüne aykırı olarak enfeksiyonun gerçekleşmeyeceğine güvendiği durumlarda bilinçli taksirle yaralama söz konusu olur.¹⁹ Sözelimi Sağlık Bakanlığı, çeşitli kurumlar ve sağlık uzmanlarının belirli bir sosyal mesafenin korunmasına yönelik uyarılarda bulunduğu bir salgın döneminde; hastalığın belirtilerini kendinde gözlemlediği için bu hastalığa sahip olabileceğini öngören ve buna rağmen hastalığın bu şekilde bulaşmayacağına inanarak ya da güvenerek bir başkasına sarılan, onu öpen ya da toplu taşıma aracında bir başkasının yanına oturmak suretiyle hastalık bulaştıran kişi taksir ile hareket etmiş olur.

Elbette yaralama suçunun basit taksirle işlenmesi de mümkündür. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebebiyle enfekte olduğunu öğrenmemiş ve/veya başka kişilerle temastan kaçınmamış olan kişinin hastalık bulaştırması basit taksirden sorumluluk doğurur. Riskli bölge olarak açıklanmış bir yerde bulunmuş olmasına rağmen test yaptırmayan ve sosyal temastan kaçınmayan kişinin hastalık bulaştırması bu duruma örnek oluşturabilir. Taksirle yaralama bakımından da belirtmekte fayda var ki taksirli suçlarda nedensel bağın kurulamaması halinde, taksirle teşebbüs söz konusu olamayacağından, ceza sorumluluğu doğmamaktadır.

18 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 199 vd.

19 Olası kast ile bilinçli taksir ayrımı ve dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin açıklama için bkz. KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 176-178, 199 vd., 235.

D) Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller ve Ölüm

Hastalığın türü ve enfeksiyonun somut olayda yarattığı tehlikeye veya neticeye göre, hem kasten hem de taksirle yaralama suçu bakımından gündeme gelebilecek neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal düzenlemeleri bulunmaktadır. “Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma” veya “iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine” en azından taksirle sebep olunması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç oluşacaktır [TCK m. 87/1 b. (d), m. 87/2 b. (a); TCK m. 89/2 b. (d), m. 89/3 b. (a)]. Böyle bir tehlikenin veya hastalığın oluşup oluşmadığına ilişkin somut olay özelinde tıbbi tespitte bulunulması gerekmektedir.

Hastalık bulaşması sonucu ölüme sebep olma hali ise ayrıca incelenmelidir. Kasten yaralama fiilinin doğrudan doğruya²⁰ ölüm neticesine sebebiyet vermesi ve failin bu netice bakımından taksiri bulunması halinde ölüm sebebiyle ağırlaşmış yaralama söz konusu olacaktır (TCK m. 87/4). Ancak özellikle hastalığın türü, mevcut tıbbi tedavi olanakları, mağdurun özel durumu gibi hastalığın zaten ölümcül olduğu hallerde failin öldürmeye yönelik kastının bulunması ve kasten öldürme suçundan sorumluluğun doğması mümkündür (TCK m. 81).²¹ Öyle ki Covid-19 taşıdığını bilen biri, doksan yaşında ve bağışıklık sisteminin zayıf olduğunu bildiği bir kişinin yüzüne doğru öldürme isteğiyle hapsirdiğinde doğrudan kastla öldürme söz konusu olur. Zira böyle bir kişi için Covid-19 enfeksiyonu - en azından günümüzde - ölümcüldür.^{22, 23}

20 Temel suç tipi ile doğrudan doğruluk ilişkisine dair bkz. KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 247-248.

21 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 244-245.

22 Yapılan araştırmalar, Covid-19'un 60 yaş üstü kişiler bakımından (60, 70, 80 ve 90 yaş bantları üzerinden paylaşılan verilere göre) yaşla beraber daha ölümcül hale geldiğini ortaya koymuştur. Robert Koch Enstitüsü'nün yayınladığı veriler ve araştırma için bkz. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-04-10-de.pdf?__blob=publicationFile, s. 5 (10.04.2020).

23 “Coronavirus challenge” olarak adlandırılan ve birçok ülkede yaşlıların yüzüne doğru öksürülmesi, tükürülmesi şeklinde fiillerin gerçekleştirildiği “sosyal medya” akımı bakımından öldürme suçlarının gündeme gelmesi olasıdır. Örnek için bkz. <https://www.irishcentral.com/news/coronavirus-challenge-ireland> (10.04.2020).

E) Teşebbüs

Özellikle nedensellik bağının ispatında oluşabilecek zorluğun, teşebbüs kurumuna geniş uygulama alanı açacağından yukarıda bahsedilmişti. Teşebbüs ve suçun aşamalarına ilişkin özellik gösteren diğer bir durum, enfeksiyonun çoğu zaman failin hareketiyle doğrudan gerçekleşmeyecek olmasıdır. Potansiyel failin doğrudan potansiyel mağdurun solunum yoluna etki etmediği, failin icra hareketlerine mağdurun ara hareketlerinin eklenmesiyle enfeksiyonun gerçekleşebileceği durumlarda teşebbüs aşamasına geçiş anının nasıl belirleneceği tartışmaya açıktır. Türk ceza hukukunda kabul edilen *maddi objektif teorinin* dayandığı Frank formülüne göre tipik fiile ayrılmaz şekilde bağlı olan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle teşebbüs başlamaktadır.²⁴ Ancak potansiyel mağdur bakımından tehlikenin oluşması için belirli bir zaman geçmesi ve onun hareketlerinin failin hareketlerine eklenmesi gereken (en basit örneğiyle *tuzak yerleştirme* gibi) olaylarda, bu formül yeterli olmamaktadır. Dolayısıyla bu halde *korunan hukuki değer*in tehlikeye sokulması veya *dar zamansal bağlantı* gibi ek kriterlerden yardım alınmalıdır.²⁵ Teşebbüs aşamasına sözgelimi fail bir başkasının yüz havlusunu kullanıp aynı şekilde bıraktığında (icra hareketleri tamamlandığında) değil, mağdurun yüzünü yıkamak üzere banyoya yönelmesi ile geçildiği kabul edilmelidir.²⁶ Yine enfekte kişinin avucuna doğru hapsirdiktan sonra marketteki ürünlere dokunması,²⁷ para ile ödeme yapması

24 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 421.

25 Alman ceza hukukunda kabul gören ara hareket teorisi ve önemli bir ara hareketin kalmaması olmasına ilişkin kriter ve düşünceler için bkz. HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, *Begriffsbestimmung - Münchener Kommentar zum StGB*, München, 2017, § 22 p. 109 vd., 118 vd.

26 Öldürme amacıyla pusu kurma olayında, mağdurun tehlike alanına yaklaşmasıyla teşebbüs aşamasına geçildiği yönünde: ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAĞIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 451. Mağdurun ek hareketlerinin gerekli olduğu durumda mağdurun, tehlike oluşturan şeyin etki alanına girmesiyle teşebbüsün başlayacağına ilişkin Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararı: BGH, Urteil vom 12.08.1997 - 1 StR 234/97 (LG Passau), <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/1/97/1-234-97.pdf> (14.04.2020). Alman ceza hukukundaki teşebbüs düzenlemesi gereğince failin tasavvuruna göre mağdurun tehlikede olmasıyla teşebbüs başlamaktadır. Türk ceza hukukunda ise objektif olarak tehlike alanına girilmesi aranacaktır.

27 Market ve eczanelerdeki bazı bebek maması şişelerine zehir koyulması olayında Alman Federal Yüksek Mahkemesi - her ne kadar failin daha sonra bunu yaptığını polise haber vermesi ve böylece mamaların satılmadan önce toplanabilmiş olması sebebiyle etkin pişmanlıktan beraat kararı vermiş olsa da - teşebbüs aşamasına geçildiğine hükmetmiştir. BGH, Urteil

veya bir başkasının elini sıkması gibi durumlarda da aynı kriter geçerlidir.

II. Genel sağlığın korunması bakımından cezai koruma – TCK m. 195 ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

Hastalık bulaştırma vakalarında uygulanabilecek *bulaşma neticesi*-ne ilişkin suç düzenlemelerinin yanında *bulaşma tehlikesine* yol açan birtakım hareketlerin de cezalandırmasını öngören, kamu sağlığını korumaya yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.²⁸ Bu bakımdan ana düzenleme TCK m. 195'te yer verilen "Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma" suçudur. Bunun yanında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 284. maddesinde de bir suç düzenlemesine yer verilmiştir.

A) TCK M. 195 - Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma

Madde metni "Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklindedir. Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş bir kişinin bulunması ve bu kişinin bulunduğu yer hakkında yetkili makamlarca bir karantina kararı verilmiş olması, suçun cezalandırma şartlarıdır.²⁹

1. Maddi Unsur

Suç tanımı bakımından ilk dikkat çekici husus tekil olarak karantina tedbiri yerine, ilgili "yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere" uyulmamasının tipik fiil olarak be-

vom 05.06.2019 - 1 StR 34/19 (LG Ravensburg), <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/1/19/1-34-19.pdf> (14.04.2020).

28 TCK m. 195 ile korunan hukuki değere ilişkin açıklamalar için bkz. YENERER ÇAKMUT, Özlem, *Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)*, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, 2014, s. 545.

29 Aynı yönde: PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, *Açıklamalı - Yeni İçtibatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 3. Cilt, Ankara, 2010, s. 3094.

lirlenmiş olmasıdır. Böylece ana tedbir karantina olsa da, bu tedbire hizmet eden *yan tedbirlere* uymamak da suç kapsamına girmektedir. Günümüzdeki tanımıyla karantina, kişilerin faaliyetinin veya temasının ya da eşyanın naklinin önlenmesi amacıyla belirli bir bölgeye giriş çıkışların engellenmesine yönelik bir sağlık tedbiridir.³⁰ Dolayısıyla suç tipi; (1) karantina kararı alınmış olan bir bölgeden tedbir kararına aykırı olarak ayrılma veya bu bölgeye girme ya da (2) tedbir kararının içeriğine göre bir eşyanın veya hayvanın bu bölgeye sokulması veya çıkarılması ya da (3) karantina tedbirinin uygulanması için alınan yan önlemlere uyulmaması³¹ fiilinden ibaret olmaktadır. Bu fiilin kolluk kuvvetlerinin engelleme çabasına rağmen cebir ve tehditle gerçekleştirilmesi ise görevi yaptırmamak için direnme suçuna (TCK m. 265) vücut verecek ve duruma göre kasten yaralama suçuna (TCK m. 86), farklı neviden fikri içtima oluşacaktır.

Karantina kavramının madde metninde tanımlanmaması ve salgın hastalıkların önlenmesine yönelik tedbirlerin düzenlendiği Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda bu kavramın kullanılmaması ciddi bir belirsizliğe sebep olmaktadır. Ancak UHsK'da "tecrit" kavramı kullanılarak yapılmış düzenlemeler bu bağlamda değerlendirilmeye müsaittir.

Hukuk mantığı gereği hukuk düzeninde aynı anda bulunan bu iki farklı kavram esasen iki farklı tedbire işaret etmelidir. Kelimeler incelenecek olursa; karantina kelimesi etimolojik İtalyancadan Türkçeye geçmiştir.³² Tecrit kelimesinin batı dillerindeki doğrudan karşılığı karantina değil, izolasyondur. Dolayısıyla karantina, (tıbbi)

30 Yararlanılan tanımlar için bkz. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/quarantine>, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Karantina>, <https://sozluk.gov.tr> (05.04.2020).

31 Kolluk görevlisinin karantina bölgesini denetleme görevine uygun şekilde nöbet tutmaması veya giriş çıkışa göz yumması, karantina altındaki kişinin karantina bölgesi için tanımlanan davranış kurallarına uymaması tehlikeye atması vb.

32 Fransız Robert Sözlüğü'ne göre "quarantaine" kelimesi 12. yy'da günlük anlamıyla ("yaklaşık kırk" anlamında, "kırklar") Fransız diline girmiş, 1635 yılından itibaren ise bugünkü anlamıyla kullanılmaya başlanmıştır. ROBERT, Paul, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, 1993, s. 1832. İngiliz Oxford Sözlüğü'ne göre ise aynı kelime İtalyanca "quarantina" kelimesinden gelmektedir. The Concise Oxford Dictionary of Current English, Ed. J. B. Sykes, Oxford, 1984, s. 844.

Karantina kelimesinin günümüzdeki anlamına evrilmesi, veba döneminde gemi ve yolcularının 40 gün limanda bekletilmesini ifade etmek için kullanılmasıyla başlamıştır. https://wwwnc.cdc.gov/eid/article/19/2/ET-1902_article (11.04.2020).

izolasyondan farklı bir kavram teşkil etmektedir.³³ İzolasyon, bulaşıcı hastalığı yakalanmış insanların hasta olmayan insanlardan ayrılması işlemidir. Buna karşın karantina, bulaşıcı bir hastalığa maruz kalmış kişilerin hasta olup olmadıklarını tespit etmek için ayrılması ve hareketlerinin kısıtlanmasıdır.³⁴ Karantina ile tecrit kavramlarının farkı da bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Buna karşın Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 72/1 b. (1)'de tecrit tedbirinin, hasta olduğu tespit edilen kişilerin yanında veya hasta olduğundan *şüphelenilen* kişilere de uygulanacak bir tedbir olduğu açıkça ortaya koyulmaktadır. Dolayısıyla bu yönüyle tecridin, karantina tedbiri ile özdeş olduğu kabul edilmelidir. Yine UHSK'da öngörülen *cebri tecrit* tedbiri, TKC m. 195 açısından bir uygulama alanı açmaktadır.³⁵ Tecrit tedbirinin, m. 72 c. 1'deki yollama³⁶ sebebiyle yalnızca m. 57'de sayılan hastalıklara uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak UHSK m. 64 bu tedbirin başkaca hastalıklara da uygulanmasına cevaz vermektedir.³⁷ Ek olarak belirtilmelidir ki UHSK m. 54 ve 56'nın gereği olarak devletin risk bölgesi oluşturan bir ülkeden gelen bir kafileyi tecrit etmesi de karantina niteliğinde bir tedbirdir ve buna uyulmaması TCK m. 195 kapsamında değerlendirilir.³⁸ Hastalık şüphesi altında bulunan kişilere yönelik ve bunlarla sınırlı olmayan genel sokağa çıkma yasakları veya kısıtlamaları ise karantina niteliğinde bir tedbir değildir.

33 Aksi yönde: YENERER ÇAKMUT, Özlem, *Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)*, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, 2014, s. 547.

34 ABD Sağlık Bakanlığı bünyesindeki Hastalık ve Kontrol Önleme Merkezlerinin yaptığı ayırım için bkz. <https://www.hhs.gov/answers/public-health-and-safety/what-is-the-difference-between-isolation-and-quarantine/index.html> (06.04.2020).

35 UHSK m. 73 - Cebri tecrit, hastaların veya bu maddede zikredilen şüphelilerin Hükümetçe tayin edilecek mahallerde, her türlü ihtilattan memnu olarak ve zabıta murakabesi altında bulundurulmalarıdır.

36 UHSK m. 72 - 57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur

37 Aynı yorum, 72. maddenin devamı olarak düzenlenen 73. maddedeki ev tecridi düzenlemesi için de geçerlidir. 64. madde ile birlikte yorumlandığında, 57. maddede sayılanlarla sınırlı olmaksızın "[k]olera ve veba ve ruam musaplarından gayri hastaların evlerinde tecrit edilmelerine" müsaade olunabileceği anlaşılmaktadır.

38 Covid-19 salgını esnasında riskli bölgeden dönen kişilerin yurtlara yerleştirilmeleri, karantina niteliğinde bir tedbirdir: <http://www.istanbul.gov.tr/koronavirus-tedbirleri-kapsaminda-9-avrupa-ulkelerinden-gelen-vatandaslarimizla-ilgili-karantinagozetim-tedbirleri--1-basin- ciklamasi> (05.04.2020).

Düzenleniş şekli bakımından tartışmaya değer diğer bir husus, hükmün *açık ceza normu / beyaza hüküm* özelliği gösterip göstermediğidir. Karantinanın nerede, ne zaman icra edileceği ve kapsamının ne olup hangi davranışların yasaklanacağı yetkili makamlarca tarafından belirlenecektir. Ancak hangi makamın karantina tedbiri kararı almaya yetkili olduğu hususu dahi belirsizdir. Doktrinde UHSK m. 69'daki düzenlemeyi kanıt göstermek suretiyle karantina tedbiri bakımından yetkili merciin "sıhhat memurları" olduğu yönündeki görüş hâkimdir.³⁹ Zira bu maddede "Sari ve salgın bir hastalığın vukuu tahakkuk eylediği takdirde sıhhat memurları derakap lazım gelen tedbirlerin ittihazına" mecbur olduğu yazmaktadır. Sıhhat memuru, Sağlık Bakanlığı tarafından bulaşıcı ve salgın hastalıkların ortaya çıkmasını önleme [m. 3/1 b. (3)], bunlarla mücadele [m. 3/1 b. (4)] ve başkaca amaçlarla tayin ve istihdam edilen sağlık memurlarıdır. Öncelikle, kişi hürriyetini durdurma niteliğindeki bir tedbirle ilişkilendirmek için "lazımgelen tedbirler" şeklindeki geniş ifadenin yeterliliği ve bu kararın tek başına böyle belirsiz bir merciin yetkisinde olmasının yerindeliği tartışmaya açıktır. Zaten mevcut düzenlemeden çıkan sonuç, yalnızca m. 57'de sayılan hastalıklar ve cebri olmayan tecrit tedbiri bakımından sağlık memurlarının yetkili olduğudur. 64. maddede açıkça, 57. maddede sayılan hastalıklar dışında bir salgın hastalık ortaya çıktığında bunu ilana ve kanunda sayılan tedbirleri tatbik etmeye yetkili merciin Sağlık Bakanlığı olduğu yazmaktadır. Dahası 73. maddede, kişilerin "evlerinde tecrit edilebilmesi için sıhhi memurlar tarafından bu tecridin müessir olmasını temin edecek şartların mevcudiyeti kabul edilmiş olma[sı]" gerektiği ifade edilmesinden sıhhat memurlarının kabul/onay mercii olup, asıl karar mercii olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 2. madde gereği diğer idarelere bırakılmayan işler bakımından - yetkili merciin açıkça göstermediği her tedbir bakımından - ifa görevi ve yetkisi devam eden Sağlık Bakanlığının yetkili makam olduğu kabul edilmelidir.

39 YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 4. Cilt, Ankara, 2014, s. 6037; PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, *Açıklamalı - Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 3. Cilt, Ankara, 2010, s. 3094; YENERER ÇAKMUT, Özlem, *Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)*, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, 2014, s. 547.

Son olarak 73. maddenin açık lafzı gereği cebri tecrit niteliğinde bir tedbir kararı almak Hükümetin tekelindedir.

Yetkili makama ilişkin bu belirsizliğin yanında karantina kelimesinin tanımı gereği – tedbirin kapsamına ilişkin mutlak bir belirsizlik bulunduğu söylenemeyecek olsa da – gerçek anlamda kanunen tanımlanmış bir tedbir söz konusu değildir. Üstelik yer ve zaman konusunda inisiyatif idarede bulunmaktadır. Suçun içeriğinin bu şekilde idarenin düzenleyici işlemi ile belirlenecek olması ise hükmün açık ceza normu niteliğinde olduğunu göstermektedir. Bu ise belirlilik ilkesine (suçta kanunilik ilkesi, TCK m. 2/2) ve dolayısıyla Anayasa'ya (AY m. 38/3) aykırıdır. Gelecekte oluşabilecek bir salgın tehlikesinin şartlarının önceden bilinmeyeceği, bu sebeple ceza normunun ancak bu açıklıkta olabileceği düşünülebilir. Oysaki “[y]apılan davranış, toplum düzeninin devamı bakımından ne kadar katlanılamaz olursa olsun, şayet suç açık olarak tarif edilmemişse, böyle bir davranışta bulunan kişinin cezalandırılması düşünülemez.”⁴⁰. Ayrıca ceza hukukunun *ultima ratio* (son çare) olması prensibini unutmamak gerekir; toplumsal düzenin sağlanması, toplum sağlığının korunması veya bir tedbir kararının uygulanmasına yönelik ilk ve tek enstrüman ceza hukuku değildir.

2. Manevi Unsur

Suç düzenlemesinde taksire ilişkin bir hüküm bulunmadığında, suçun yalnızca kasten işlenebileceği açıktır. Kendisini kapsayan bir karantina kararından ve bunun içeriğinden haberdar olan, hareketinin ilgili tedbir kararına aykırı olduğunu bilen ve bunu yapmak isteyen kişi doğrudan kastla bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunu işlemiş olur. Buna karşın sözelimi hakkında karantina kararı bulunan bir bölgeye girdiğini öngörerek ve karantinayı ihlal etme ihtimalini kabullenerek bunu gerçekleştiren kişi suçu olası kastla işlemiş olur.

40 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 59.

3. Diğer Hususlar

Hukuka aykırılık unsuru bakımından karantina kararını uygulayan sağlık çalışanı ve kolluk görevlisi gibi kişilere ilişkin önemli bir noktaya işaret edilmelidir. Bu kişiler tedbir kararında açıkça karantina tedbirinden muaf tutulmasalar dahi karantina bölgesine girmek, tıbbi malzeme sokmak gibi görevlerinin gereği olan davranışları *görevin ifası* (TCK m. 24) kapsamında gerçekleştiğinden hukuka uygun olacaktır.⁴¹

Kusurluluk kapsamında ise kusuru kaldıran bir sebep olan *zorunluluk halinin* gündeme gelmesi mümkündür. Sözgelimi karantina esnasında aile içi şiddet gören kişinin bir yere sığınmak için ya da evinde yiyecek bir şey kalmayan ve devletten yardım alamayan kişinin yiyecek bulmak için karantina bölgesini terk etmesi TCK m. 25/2'ye uygun bir hal teşkil edebilecektir. Zira bu haller kişilerin sağlığı ve yaşamları bakımından ağır ve muhakkak bir tehlike arz edebilecek, bu tehlikeden başka suretle korunma olanağı bulunmayabilecektir.⁴² Bu noktada karantina bölgesinden çıkan kişinin somut olaydaki hareketlerinin toplum sağlığı bakımından yarattığı tehlikenin büyüklüğüne göre bir orantılılık değerlendirmesi yapılması gerekecektir.

B) Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 284

TCK m. 195'in uygulama alanı 1930 yılında yürürlüğe girmiş olan, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 284. maddesiyle genişlemektedir. Madde metninde cezaya ilişkin TCK m. 195'e, suç tanımına ilişkinse birtakım tedbirlerin öngörüldüğü iki farklı UHSK maddesine yollama yapılmıştır. Böylece "66 ve 67 inci maddelerde zikredildiği üzere sari hastalıklar hakkında tetkikatta bulunmağa salahiyyetar memurlara muhalefet" suç olarak düzenlenmiştir. Muhalefet etmek ifadesi gereği, ilgili işlemin yapılmasını engelleyici her türlü davranış tipik fiili oluşturmaktadır. Fiziksel olarak direnme, saklanma veya gerekli belge ve bilgilerin paylaşılmaması ile tipik fiil işlenebilmektedir.

41 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 273 vd.

42 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 347 vd.

1. UHSK m. 66

UHSK m. 66'ya⁴³ yapılan yollama bakımından ne tür bir tedbire muhalefetin suç teşkil edeceği açıktır. 66. madde metninde 65. maddede⁴⁴ yapılan yollama da birlikte değerlendirilerek tedbirin unsurları şu şekilde şematize edilebilir:

Tedbir türü

- 1- Tetkikat (ilgili bölgede gerekli olan araştırma/inceleme)
- 2- Tahkikat (soruşturma)
 - a) Hastalığın doğruluğu, kesinliği (muhtemelen olup olmadığı)
 - b) Hastalığın ortaya çıkma sebepleri
- 3- Üst mercie bilgi verilmesi

Tedbirin fiili dayanağı

- 1- İhbar
Bulaşıcı bir hastalığın
 - a) Ortaya çıkması,
 - b) Ortaya çıktığından şüphelenilmesi,
 - c) Ölüme sebebiyet vermesi veya
 - d) Ölüme sebebiyet verdiğiinden şüphe edilmesi
- 2- Hükümetin takdiri (tahkikat tedbiri özelinde)
 - a) Bulaşıcı bir hastalığın ortaya çıkmasından şüphelenilmesi

43 Madde 66 - 65 inci maddede zikredilen tahkikat, sari ve istilai bir maraz zuhuru ihbar olmadığı ve fakat Hükümetçe sari bir hastalık vukuundan şüphelenildiği takdirde dahi yapılabilir. Bu surette sari hastalık tetkikatı yapan sıhhat memurları lüzum gördükleri mahallerde hastaları veya maraz amillerini ve sebeplerini taharriye salahiyettardılar.

44 Madde 65 - Sari bir hastalık zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği veya sari ve salgın bir hastalıktan vefat vuku bulduğu veyahut vefatın sari ve salgın bir hastalık tesiri ile husule geldiğinden şüphe edildiği ihbar olunur olunmaz hükümet tabipleri veya bulunmadığı mahallerde belediye tabipleri mahallinde lazım gelen tetkikatı icra ve hastalığın muhtemelen olup olmadığını ve zuhuru sebeplerini tahkik ile mafevke işaretler. Sari hastalıklar tetkikatı yapan tabiplere bütün Devlet kuvvetleri müzaherete mecburdurlar.

Tedbiri uygulayacak kişi veya merci

- 1- Hükümet hekimleri,
- 2- Belediye hekimleri (hükümet tabiplerinin bulunmadığı yerlerde) ve
- 3- Bütün devlet kuvvetleri (hekimlere yardımcı olmak suretiyle)

Birçoğu seçimlik nitelikteki bu unsurları sağlayan tedbirler özetle, devletin görevlendirdiği hekimlerin bulaşıcı hastalık görülen veya bundan şüphelenilen bir bölgede yapacağı tıbbi incelemeye ilişkindir. Suç tipi de hekimlerin bu türden bir inceleme yapmasına veya bulguların üst mercie iletilmesine engel olmaktan ibarettir.

2. UHsK m. 67

UHsK m. 284'ün yollama yaptığı ikinci düzenleme olan m. 67⁴⁵ - m. 66'nın aksine - yalnızca belirli hastalıklara ilişkin tedbirler öngörmektedir. Zira m. 67'de tedbirlerin m. 57'de⁴⁶ sayılan hastalıklar hakkında uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hastalıklar kolera, humma türleri, veba, çiçek, kızamık, cüzam, kuduz vb. geçmişte toplum sağlığı bakımından tehdit oluşturmuş hastalıklardır. Bu durumun idare hukuku bakımından yaratacağı problemin çözümü m. 64'te bulunmaktadır. Bu maddede “57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık” söz konusu olduğunda da UHsK'da öngörülen tedbirlerin uygulanabileceği (“bu kanunda mezkûr teda-

⁴⁵ UHsK m. 67 - 57 nci maddede zikrolunan sari ve salgın hastalıklar vakaları hakkında tetkikat yapan tabip bu tetkikati kolaylaştırmak üzere hastanın yanına girmeğe ve hastayı ve icabına göre evin sair sakinlerini muayeneye ve hastalığın sureti zuhur ve seyrine dair izahat ve malumat talebine salahiyyettardır. Bu hususta mümanecati görülenler bu kanunda zikredilen ahkamı mahsusa mucibince cezalandırılır.

⁴⁶ UHsK m. 57 - Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), İekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkîati dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduzla müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.

birin kaffesini veya bir kısmını tatbik”) yazmaktadır. Ancak ceza hukuku bakımından UHSK m. 284 - m. 67 - m. 57 arasındaki yollama zinciri ile açıkça 57. maddede sayılan hastalıklarla sınırlı bir suç öngörülmüşken, 64. maddenin ceza sorumluluğunu genişletici etkisi olduğu yorumlanamaz. Dolayısıyla muhtemel yeni hastalık türleri ve en güncel örneğiyle Covid-19 salgını bakımından uygulanan bir tedbire muhalefet suç teşkil etmeyecektir.

3. Değerlendirme

67. maddeye ilişkin bu durum, 66. maddenin etkin biçimde uygulanabilirliği bakımından da tereddüt yaratmaktadır. Zira 67. madde hekimlerin “tetkikatı kolaylaştırmak üzere hastanın yanına girme[sine] ve hastayı ve icabına göre evin sair sakinlerini muayene[sine] ve hastalığın sureti zuhur ve seyrine dair izahat ve malumat talebine” ilişkindir. 67. madde ile konut dokunulmazlığına müdahale içeren bir tedbir öngörüldüğünden, 66. maddede için öngörülen kapsamın 67. madde için de kıyasen geçerli kabul edilmesi düşünülemez. Düzenleme bu şekliyle sayılanlar dışındaki hastalıklar bakımından, 66. madde kapsamındaki inceleme ve soruşturmaya muhalefeti suç olarak kabul ederken; bunun hastanın evinde, kendisini ve diğer ev sakinlerini muayene etmek veya bilgi talebinde bulunmak suretiyle gerçekleştirilmesine muhalefeti kapsam dışında bırakmaktadır. Sonuç olarak kişinin konutu dışında yapılacak bir incelemeye muhalefet suç, konut dahilinde incelemeye muhalefet ise kabahat teşkil etmektedir (UHSK m. 282).

Bu normlara, geçmişte olmuş salgınlar için değil gelecekte olabileceklere müdahale etmek ve tedbirlere uyulmasını sağlamak için ihtiyaç duyulduğu açıktır. Ancak UHSK'nın bu noktada *kadük* yönlerinin bulunması yalnızca yasama faaliyetine yönelik bir ihtiyaca işaret etmektedir. İdari işlem, pratik veya uygulama ile ceza normlarının güncellenmesi ve kapsamının genişletilmesi düşünülemez. Bu bağlamda *kanuna rağmen* ceza soruşturması başlatmak hukuk devleti ilkesinin oldukça uzağına düşecek, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kaba şekilde ihlali anlamına gelecektir.⁴⁷

⁴⁷ Bir eğlence partisi düzenlendiğinin tespit edilmesi üzerine partiye katılan kişilerin gözaltına alınması, haklarında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca soruşturma başlatılması ve evin

C) Diğer Olası Tedbirler

UHsK kapsamında ihlal edilmesi suç teşkil etmeyen tedbirlerde de bulunmaktadır. Sözelimi belli bölgelerde umumi alandaki toplantıların sınırlanması veya menî (UHsK m. 77) veya başkalarına hastalık bulaştırdığı kesin olarak tespit edilen bir kişinin mesleğini icra etmekten belirli bir süreyle menî (UHsK m. 76) şeklinde tedbirler alınması mümkündür. Bu tedbirlere aykırı hareketler kabahat niteliğinde olup, ilgili güncelleştirme oranları üzerinden hesaplanacak aralıkta bir idarî para cezasına tabidir (UHsK m. 282). Bu kanunun kapsamı dışında kalan fakat “genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket[ler]” ise Kabahatler Kanunu m. 32 uyarınca idari para cezası ile karşılanacaktır.

Ek olarak 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu m. 11/C'nin ikinci fıkrasında öngörülen tedbirin salgın hastalık dönemlerinde uygulanabileceğinin yorumlanması mümkündür.⁴⁸ Salgın dönemlerinde toplumun can güvenliğinin tehlikeye girmesi ile “kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu” kabul edilebilir.⁴⁹ Bu durumda “[v]ali, ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı [belirli] kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir”. Sokağa çıkma yasağı⁵⁰ ile şehre giriş çıkış yasağı içeriğindeki bir

mühürlenmesine ilişkin bkz. <http://www.istanbul.gov.tr/bulasici-hastalıklara-iliskin-tedbirlerle-aykiri-davranis-basin-aciklamasi>; <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2020/03/30/korona-partisi-verdiler-gozaltina-alindilar> (10.04.2020). UHsK m. 72/1 b. (7) uyarınca bir yerin kapatılıp tahliye edilmesi için; bu yer dahilinde bulaşıcı bir salgın hastalığın ortaya çıkması ve bu yerin umumi nitelikte olması gerekmektedir. Yine m. 77 uyarınca bir toplanmanın sınırlanması veya yasaklanması için bulaşıcı ve salgın hastalıklardan birinin hüküm sürdüğü veya tehdit ettiği bir yerde, umumi bir toplanmanın söz konusu olması gerekmektedir. Bu örnekte medyaya yansıdığı kadarıyla; uygulanan tedbirlerin kanuni dayanağı bulunmayan, aslında zaten ilgili yönde resmi bir tedbir kararı alınmamış olan ve kabahat dahi teşkil etmeyen fiiller hakkında doğrudan “bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranış suçu” veya dolaylı olarak “kişilerin huzur sükununu bozma suçu” gibi suçlar üzerinden adli işlem yapılmıştır.

48 Covid-19 salgını sebebiyle İçişleri Bakanlığı tarafından valiliklere gönderilen, belirli yaş grubundakiler için sokağa çıkma yasağı ve illere giriş çıkışın engellenmesini öngören 15 gün süreli tedbirine ilişkin genelge içeriği için bkz. <https://icisleri.gov.tr/sehir-giriscikis-tebirleri-ve-yas-sinirlamasi> (04.04.2020).

49 Ancak madde metninde açıkça salgın durumu veya kamu sağlığının sayılmamış olması sebebiyle bu kabul tartışmaya açıktır.

50 İçişleri Bakanlığının yayınladığı genelge üzerine İstanbul Valiliği'nce açıklanan sokağa çıkma yasağı için bkz. <http://www.istanbul.gov.tr/istanbulda-sokaga-cikma-yasagi> (10.04.2020).

tedbire uyulmaması İİK m. 66 uyarınca suç teşkil etmektedir.⁵¹ TCK m. 195 bakımından olduğu gibi sokağa çıkma yasağı bakımından da zorunluluk halinin oluşabileceği göz ardı edilmemelidir.

D) Tedbir Düzenlemeleri ve Kararlarının Anayasa'ya Uygunluğu Sorunu

Yukarıda tedbirlere uyulmamasına yönelik ceza normlarının ve bunların olası uygulamasına yönelik çekince belirtilmiştir. Ancak tedbirlere yönelik anayasallık sorunu, ceza hukukuna ilişkin olanla sınırlı değildir.

Karantina, tecrit, sokağa çıkma yasağı, şehre giriş çıkışların engellenmesi gibi tedbirler başta kişi hürriyeti (AY m. 19, AİHS p. 5) olmak üzere bir dizi hakka müdahale anlamına gelmektedir. Bu tür müdahalelerin ne zaman hakkın sınırlanması (AY m. 13) ne zaman hakkın durdurulması (AY m. 15) teşkil edeceği hususu büyük önem arz etmektedir.⁵² Zira hakkın durdurulması niteliğindeki tedbirlere başvurulması için olağanüstü hal ilan edilmesi AY m. 15'in açık gereğidir. Nitekim AY m. 119'da tehlikeli salgın hastalığın varlığı olağanüstü hal ilan sebeplerinden biri olarak öngörülmüş, Olağanüstü Hal Kanunu m. 9'da salgın hastalık sebebiyle ilan edilen olağanüstü hal çerçevesinde alınabilecek tedbirler düzenlenmiştir. Özetle mevcut düzenlemelerin ve Covid-19 salgını dönemindeki işleyişin bilhassa insan haklarının sınırlandırılmasına ilişkin kanunilik şartını sağlamaya elverişliliği, dolayısıyla insan hakları hukuku prensipleri ve Anayasa'ya uygunluğu tartışmalıdır.⁵³ Tedbir kararlarının yasal dayanakları, kararın hangi merci tarafından alındığı ve tedbirlerin ihlalinin ne tür bir hukuki sorumluluk doğuracağı Covid-19 salgını süresince belirsiz kalmıştır.⁵⁴

- 51 İİK m. 66 - Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.
- 52 Sokağa çıkma yasağına ilişkin açıklamalar için bkz. ŞİRİN, Tolga, *Gündeme İlişkin Bir Değerlendirme: Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasağı İlan Edilebilir mi?*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 4, Sayı:7, 2015, s. 263-267.
- 53 Geniş açıklamalar için bkz. ŞİRİN, Tolga, *Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş*, https://www.academia.edu/42611036/TEHLIKELI_SALGIN_HASTALIKLARLA_HUKUKSAL_MUCADELEYE_ANAYASAL_BIR_GIRIS (12.04.2020).
- 54 Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda sokağa çıkma yasağına yönelik bir tedbir düzenlemesi bu-

III. Halkı Yanlış Bilgilendirme ve Tedbirlere Uymamaya Teşvik

Bir kimseye hastalık bulaştırılmadan veya salgını önlemeye yönelik bir tedbir ihlal edilmeden de salgın döneminde toplum sağlığının tehlikeye sokulması mümkündür. Covid-19 tecrübesinde görüldüğü üzere birtakım kişilerin basın ve yayın organlarında yanlış bilgiler paylaşmak suretiyle kişilerin salgını ciddiye almamasını ve tedbirlerin uygulanmasını zorlaştırması mümkündür. Bu türden bir fiil yaralama veya öldürme suçları bakımından sorumluluk doğurabilir. Mağdurun bir hataya düşürülerek davranışının *gerçek riskini* öngörememesini sağlamak ve bu yolla kendisine zarar vermesine sebep olmak *dolaylı failiğin* bir görünüş biçimidir.⁵⁵ Bir kişinin çeşitli sebeplerle salgını ciddiye almamasının sağlanması ve önlem almaksızın riskli bölge olduğu bilinen bir yerde bulunmaya yönlendirilmesi ve bunun sonucunda enfeksiyon gerçekleşmesinin arkadaki kişiye (dolaylı faile) isnat edileceği açıktır.⁵⁶ Ancak kendisi de doğru bilgiye sahip olmayan – doğrudan kastı bulunmayan – bir kişinin bir televizyon yayınında yanlış bilgilendirme yaparak belirsiz sayıda kişiyi gerçek risk konusunda yanıltması halinde, kısmen teorik olarak kısmen somut olay özelinde tartışılması gereken birçok mesele bulunmaktadır. Bunların en önemlisi manevi unsura ilişkindir. Sözelimi dünya kamuoyu, uzman kişi ve kuruluşların belirli önlemlerin alınmasına yönelik uyarı ve çağrısının bulunduğu bir ortamda, bu konuda uzmanlık iddia eden bir kişinin en azından bilinçli taksirle böyle bir yönlendirme yaptığı, yönlendirmesinin yanlış olabileceğini ve bunun risklerini öngörmesine rağmen uzmanlığına güvendiğini söylemek gerekir. Bu noktada güncel literatürde

lunmamasına ve sokağa çıkma yasağının karantinadan farklı bir tedbir olmasına karşın; “[s] okağa çıkma yasağı gereğince alınan kararlara uymayan vatandaşlara Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 282’nci maddesi gereğince idari para cezası verilmesi başta olmak üzere aykırılığın durumuna göre Kanunun ilgili maddeleri gereğince işlem yapılması, konusu suç teşkil eden davranışlara ilişkin Türk Ceza Kanununun 195’inci maddesi kapsamında gerekli adli işlemler başlatılac[ğı] yönündeki valilik açıklamasına için bkz. <http://www.istanbul.gov.tr/istanbulda-hafta-sonu-sokaga-cikma-yasagi> (27.04.2020). İlgili uygulama için bkz. <http://www.istanbul.gov.tr/istanbulda-sokaga-cikma-yasagi-kapsaminda-idari-islemler-yapildi> (27.04.2020). Sokağa çıkma yasağının cumhurbaşkanı tarafından açıklanması haberi için bkz. <http://www.istanbul.gov.tr/istanbulda-sokaga-cikma-yasagi> (27.04.2020).

55 JOECKS, Wolfgang, *Täterschaft - Münchener Kommentar zum StGB*, München, 2017, § 25 p. 120.

56 VON DER MEDEN, Philip, *Objektive Zurechnung und mittelbare Täterschaft*, Juristische Schulung, Heft 1, Jahr 2015, s. 22 vd.

yüksek riskli davranışların bilinçli taksiri aşır kastı sonuçlaması gerektiğine dair düşüncelerin bulunduğunu belirtmekte fayda vardır.⁵⁷ Nasıl ki *error in persona* durumunda failin kastettiğinden farklı bir kişinin mağdur olması dikkate alınmamaktadır, bu durumda da failin *genel kastı* sorumlu tutulması için yeterli olabilir⁵⁸ yeter ki dolaylı failliğin irade hâkimiyeti şartı *bata üzerinde hâkimiyet* şeklinde tezahür etmiş olsun.⁵⁹ Ayrıca kastın bulunmadığı durumlarda *taksirle dolaylı faillik*⁶⁰ veya *doğrudan faillikte isnat edilebilirlik*⁶¹ dahi tartışılabilir.

Bu çıkarımların hepsi ayrı bir tartışma konusu olup çalışmanın çerçevesini fazlasıyla aştığından, yaralama ve öldürme suçlarından sorumluluğa ilişkin daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir. Ancak son olarak önlem almamaya teşvik etme türünden davranışların, yetkili makamlarca alınmış tedbir kararına ters düşmesi ve bu tedbir kararına uyulmamasının - yukarıda açıklandığı üzere - suç teşkil etmesi halinde TCK m. 214/1 uyarınca suç işlemeye tahrik suçundan sorumluluk doğacağı belirtilmelidir.

-
- 57 HERZBERG, Rolf Dietrich, *Setzt »vorsätzliches Handeln« (§ 15 StGB) ein »Wollen« der Tatbestandsverwirklichung voraus?*, Juristen Zeitung, 73. Jahrgang, Heft 3, 2018, s. 122 vd.
- 58 SCHILD, Wolfgang, *Täterschaft - Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen)*, Baden-Baden, 2017, § 25 p. 100.
- 59 KUBICIEL, Michael, *Strafbarkeit des Veranlassers eines Selbsttötungsversuches bei Täuschung des Opfers über die Tragweite des eigenen Tuns »Sirius-Fall, Juristische Ausbildung (JURA)*, Heft 10, 2007, s. 730.
- 60 JOECKS, Wolfgang, *Täterschaft - Münchener Kommentar zum StGB*, München, 2017, § 25 p. 296-299; HEINE, Günter, WEİBER, Bettina, *Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff - Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, München, 2019, p. 109.
- 61 Bu türden bir beyan, kişi veya kişilerin bulaşıcı hastalıktan korunmak için sosyal temastan kaçınma vb. gerekli önlemleri almamaları ve enfekte olmaları bakımından nedensel olabilir. Nedensel bağın kurulması halinde ise yaralanma veya ölüm neticesinin faile objektif olarak isnat edilmesi önünde kural olarak bir engel bulunmayacaktır. Zira kişinin bu beyana güvenerek önlem almayı bırakmasıyla hukuken kabul edilmeyen bir tehlike (enfekte olma tehlikesi) ortaya çıkmış veya önlemleri azaltmasıyla var olan tehlike artmış olacak, enfekte olmasıyla ise bu tehlike yaralanma neticesinde gerçekleşmiş olacaktır. Böyle bir durumda objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir unsur bulunması olası değildir. Salgın döneminde önlem almamaya teşvikin sosyal bakımından uygun bir davranış (izin verilen risk), salgın döneminde önlem almaksızın aktif sosyal hayata devam edilmesi halinde enfekte olmanın atipik bir nedensel süreç teşkil ettiği ya da tıbbi bilgisi olmayan bir insanın bu konuda uzman bir kişiye güvenerek gerçekleştirdiği hareketleri öz sorumlulukla gerçekleştirdiği - böylece ortaya çıkan neticenin onun sorumluluk alanına düştüğü - kabul edilemez.

Sonuç

Kanıt zorlukları bir tarafa bırakılırsa, hastalık bulaştırma fiillerinden kişilerin korunması bakımından ceza hukukunun - yaralama ve öldürme suçlarına yönelik düzenlemeler ile - etkin bir koruma sağladığı görülmüştür. Ancak toplum sağlığının korunmasına ilişkin normlar bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesi ve özellikle bu ilkenin altında yer alan belirlilik prensibi bakımından ciddi sorunlar bulunduğu anlaşılmıştır. Bu sorunun bir kısmı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun eski tarihli olması sebebiyle sosyal ve hukuki açıdan güncel duruma uygun olamamasından kaynaklanmaktadır. Diğer önemli bir kısmı ise kanun koyucunun suç tanımlarında yeterli derecede titizlik göstermemesine dayanmaktadır.

Salgın hastalıklarla mücadelede ceza hukukunun rolünün belirlenmesi bir hukuk politikası meselesidir. Ancak pozitif hukukun bu rolün sınırlarını aşılmaz biçimde çizdiği göz ardı edilmemelidir. Koronavirüs tecrübesi bu sınırın yetersiz, yasal düzenlemelerin önemli bir salgına hazırlıksız olduğunu gösteriyorsa atılması gereken adım, bir yasama faaliyetine girişmektir. Salgının önüne geçmek için yapıcı adımlar atma düşüncesiyle hukuk devleti bakımından yıkıcı şekilde kanuni dayanağı olmayan tedbirler almak ve soruşturmalar açmak bu bakımdan bir seçenek teşkil etmemektedir. Ne var ki Koronavirüs tecrübesi bütün hukuk sistemleri bakımından bir krize sebep olmuş, Türk hukuku bakımından ise bu krizin derin olduğu görülmüştür.

Kaçınılmaz olan yeni düzenlemelerin, ceza hukukunun ultima ratio (son çare) olduğu ilkesi unutulmadan dar, suç ve cezada kanunilik ilkesi unutulmadan net bir kapsam sağlayacak şekilde yapılması gerekmektedir.

Kaynakça

- ERDEM, Mustafa Ruhan, Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, No:1-2, 2004
- ESCHELBACH, Ralph, Körperverletzung - BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg 45. Edition, 01.02.2020
- FREUND, Georg, Begehen durch Unterlassen - Münchener Kommentar zum StGB, München, 2017
- HEINE, Günter, WEIßER, Bettina, Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff - Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, München, 2019
- HERZBERG, Rolf Dietrich, Setzt Vorsätzliches Handeln® (§ 15 StGB) ein Wollen® der Tatbestandsverwirklichung voraus?, Juristen Zeitung, 73. Jahrgang, Heft 3, 2018
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, Begriffsbestimmung - Münchener Kommentar zum StGB, München, 2017
- JOECKS, Wolfgang, Täterschaft - Münchener Kommentar zum StGB, München, 2017
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019
- KUBICIEL, Michael, Strafbarkeit des Veranlassers eines Selbsttötungsversuches bei Täuschung des Opfers über die Tragweite des eigenen Tuns/Sirius®-Fall, Juristische Ausbildung (JURA), Heft 10, 2007
- KÜHL, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 2017
- MITSCH, Wolfgang, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Juristische Schulung (JuS), Heft 12, 2018
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019
- PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı - Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Cilt, Ankara, 2010
- ROBERT, Paul, Le Nouveau Petit Robert, Paris, 1993.
- SCHILD, Wolfgang, Täterschaft - Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen), Baden-Baden, 2017
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, Körperverletzung - Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, München, 2019

- ŞİRİN, Tolga, Gündeme İlişkin Bir Değerlendirme: Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasası İlan Edilebilir mi?, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı:7, 2015
- TAŞKIN, Ozan Ercan, Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu, TBB Dergisi, Yıl 21, Sayı 79, 2008
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2019
- TOZMAN, Önder, Türk ve Alman Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 12, 2010
- VON DER MEDEN, Philip, Objektive Zurechnung und mittelbare Täterschaft, Juristische Schulung, Heft 1, Jahr 2015
- YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Ankara, 2014
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195), Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, 2014
- The Concise Oxford Dictionary of Current English, Ed. J. B. Sykes, Oxford, 1984

İnternet Kaynakları

- ŞİRİN, Tolga, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş, https://www.academia.edu/42611036/TEHLİKELİ_SALGIN_HASTALIKLARLA_HUKUKSAL_MÜCADELEYE_ANAYASAL_BİR_GİRİŞ (12.04.2020)
- https://wwwnc.cdc.gov/eid/article/19/2/ET-1902_article (11.04.2020)
- <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2020/03/30/korona-partisi-verdiler-gozaltina-alindilar> (10.04.2020)
- <https://www.hhs.gov/answers/public-health-and-safety/what-is-the-difference-between-isolation-and-quarantine/index.html> (06.04.2020)
- <https://www.hrr-straftrecht.de> (14.04.2020)
- <https://www.irishcentral.com/news/coronavirus-challenge-ireland> (10.04.2020)
- <http://www.istanbul.gov.tr/bulasici-hastaliklara-iliskin-tedbirlere-aykiri-davranis-basin-aciklamasi> (10.04.2020)

<http://www.istanbul.gov.tr/istanbulda-sokaga-cikma-yasagi> (10.04.2020)

<http://www.istanbul.gov.tr/koronavirus-tedbirleri-kapsaminda-9-avrupa-ulk-esinden-gelen-vatandaslarimizla-ilgili-karantinagozetim-tedbirleri--1-basin-aciklamasi> (05.04.2020)

<https://www.merriam-webster.com/dictionary/quarantine> (05.04.2020)

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-04-10-de.pdf?__blob=publicationFile, s. 5 (10.04.2020)

https://www.rki.de/DE/Content/Service/Publikationen/Fachwoerterbuch_Infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile, s. 67, 72 (10.04.2020)

<https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/gesundheit-wolfsburg-corona-tode-in-seniorenheim-staatsanwaltschaft-ermittelt-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200402-99-565664> (05.04.2020)

<https://www.who.int/about/who-we-are/constitution> (31.03.2020)

<https://icisleri.gov.tr/sehir-giriscikis-tebirleri-ve-yas-sinirlamasi> (04.04.2020)

<https://sozluk.gov.tr> (05.04.2020)

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Karantina> (05.04.2020)

KARAR İNCELEMESİ:

İDARE MAHKEMELERİNİN VERDİĞİ İPTAL KARARLARININ UYGULANMASINDA İMKANSIZLIK

Fatma KURT*

Özet

Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2019 tarihinde 2016/11026 sayılı Bireysel Başvuru dosyasında verdiği karar, idari yargı yerlerinin verdiği bir iptal kararının idare tarafından imkansızlık gerekçesiyle uygulanmaması üzerine ortaya çıkan bir mülkiyet hakkı ihlali iddiasının, Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuru konusu yapılmasının bir örneğidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuruda, gerek kabul edilebilirlik gerekse esas incelemesinin gerekçeleri, iptal kararlarının uygulanması konusunda yol gösterici unsurlar içermektedir. Karar öncelikle, idare mahkemesi tarafından iptal edilen idari işlemin geriye etkili olarak ortadan kaldırılmasının, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini etkilediği durumda, bu durumun iptal kararının uygulanmasında hukuki ve fiili imkansızlık olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği meselesini içermektedir. Meselenin çözümünde, iptal karardan hakları etkilenen tarafların hukuki güvenliklerini dikkate alan usullerin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, iptal kararının aynen uygulanmasının imkansız olduğu durumlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile uyumlu olarak, idarelerin, somut durumun özelliklerine uygun olarak eski hale getirmeye denk düşecek en uygun alternatif çözümleri bulma ve hak sahibine teklif etme yükümlülüğüne işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında öngörülen yöntemlerin idarenin uygulamalarına yansımaları, farklı pratik ve hukuki meseleleri gündeme getirebilecektir.

* *Avukat, İstanbul Barosu*

DECISION REVIEW:

IMPOSSIBILITY IN THE IMPLEMENTATION OF THE ANNULMENT DECISIONS DECREED BY THE ADMINISTRATIVE COURTS

Abstract

The decision rendered by the Constitutional Court on 12/12/2019 under the individual application case number 2016/11026 is an example of a claim for violation of property right due to the administration's non-performance of an annulment decision given by the administrative courts on the grounds of impossibility. The Constitutional Court's reasoning on both the admissibility and the merits of the claim include guiding elements on the execution of annulment decisions. The decision, firstly, deals with whether it would be considered as a factual or legal impossibility in execution of annulment decision, if removing an administrative act retroactively upon annulment by the administrative court affects third party's rights and interest. In resolution of this issue, the procedures, which take into consideration the legal security of related parties, should be followed. When a literal execution of the annulment decision is impossible, the Constitutional Court indicates the administration's obligation to seek and propose to the rightful party, the most suitable alternative solution which corresponds to restitution in the particular case, in line with the precedents of European Court of Human Rights. The implementation of the methods foreseen in the Constitutional Court decision in practice may give rise to different practical and legal issues.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, mülkiyet hakkı, iptal davası, idari yargı, iptal kararlarının uygulanması

Bu çalışmamızda, Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2019 tarihinde 2016/11026 sayılı Bireysel Başvuru dosyasında verdiği karar¹ incelenecektir. Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bu kararı, idari yargı yerlerinin verdiği iptal kararlarının uygulanmasına ilişkin önemli değer-

1 Karar, 21 Şubat 2020 tarih ve 31046 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

lendirmeler içermektedir. Ayrıca, idarenin mülkiyet hakkına ilişkin bir yargı kararını uygulamaması durumunda ortaya çıkacak mülkiyet hakkı ihlali iddiasının, Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuru konusu yapılmasının bir örneğidir.

İdari yargı yerlerinin verdiği iptal kararları, geriye etkili olup, idari işlemin *ex tunc* ortadan kaldırılması sonucunu doğurur.² İdare, Anayasa'nın 138. maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 28. maddesinin açık emri karşısında, iptal kararının gereğini vakit geçirmeksizin yerine getirmek durumundadır. Kararın uygulanmaması veya değiştirilerek uygulanması mümkün değildir. Ancak kimi zaman, hukuki veya fiili nedenlerle, iptal edilen işlemden önceki hukuki durumun tesisi mümkün değildir. Bu şekilde, hukuki veya fiili imkansızlık hallerinde idarenin yargı kararını uygulamaması -uygulayamaması-, hukuka aykırı kabul edilmemektedir.

İnceleme konusu karar, iptal kararlarının uygulanmasında imkansızlık halleri ile bir iptal kararının uygulanmasının imkansız olduğu durumda, idarenin izlemesi gereken yöntemler konusunda önemli değerlendirmeler içermektedir.

I. OLAY

Başvurucu E. A.'nın hakim ortağı olduğu İktisat Bankası A.Ş.'nin yönetim ve denetimi, 15/3/2001 tarihinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) devredilmiştir. TMSF ile Başvurucunun grup şirketleri arasında Borç Tasfiye Protokolü imzalanmıştır. TMSF Fon Kurulu, 3/4/2008 tarihinde Başvurucunun taraf olduğu Borç Tasfiye Protokolü'nün temerrüde ilişkin hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. 30/06/2009 tarihinde hazırlanan değerlendirme raporunda Cine 5 iktisadi ve ticari bütünlüğünün güncel değeri, indirgenmiş nakit akımı yöntemine göre 50.410.000 Amerikan Doları olarak tespit edilmiştir. Fon Kurulu, 30/09/2009 tarihinde Cine 5 İktisadi ve

² İptal kararlarının geriye yürür olması, Danıştay kararları ile ortaya konmuş ve öğretide de benimsenmiş bir kuraldır. Emsal Danıştay kararları ve açıklamalar için bkz.: GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, *İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 1999, s. 556-560.

Ticari Bütünlüğünün 40.000.000 ABD Doları muhammen bedelle satışa çıkarılmasına karar vermiştir. Satış ilanı 8/10/2010 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Nihai olarak pazarlık aşamasında katılımcı tarafından 40.500.000 ABD Doları teklif edilmiş ve 4/2/2011 tarihinde bu bedelle katılımcıya ihale edilmiştir. Cine 5 varlığı, 29/7/2011 tarihinde ihale alıcısına devredilmiştir.

II. YARGI MERCİLERİNİN KARARLARI

a) Danıştay 13. Dairesi’nin iptal kararı:

İnceleme konusu AYM kararından anlaşıldığı üzere (§17-19);³ Başvurucu, 26/1/2011 tarihinde, TMSF’nin satışa çıkarma işlemi ile ihale şartnamesinin onaylanması ve muhammen bedelin belirlenmesine dair Fon Kurulu kararına karşı, Danıştay 13. Dairesinde iptal davası açmıştır. Danıştay 13. Dairesi, 9/12/2014 tarihinde satış ilanı ile Fon Kurulu kararının iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde dava konusu İktisadi ve Ticari Bütünlüğün 30/6/2009 tarihinde hazırlanan değerlendirme raporunda güncel değerinin, indirgenmiş nakit akımı yöntemine göre 50.410.000 Dolar olarak tespit edildiğine vurgu yapılmıştır. Daire, aradan yaklaşık bir yıllık süre geçtiği halde, yeniden bir değerlendirme yapılmaksızın ve bütünlüğün değerinde azalma oluştuğuna dair başkaca herhangi bir tespit de bulunulmaksızın, hazırlanan değerlendirme raporu ile tespit edilen rayiç değerinin altında muhammen bedel belirlenmesi ve satış şartnamesinin onaylanmasını bu yönüyle hukuka aykırı bulmuştur.

Temyiz edilen karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından 8/6/2015 tarihinde kesin olarak onanmıştır. Böylece, Başvurucuya ait medya varlığının satış ilanı ile ihale şartnamesinin onaylanması ve muhammen bedelin belirlenmesine dair Fon Kurulu işlemlerinin hukuka aykırılığı tespit edilmiş ve satışa çıkarma işlemleri geriye etkili olarak iptal edilmiştir.

3 Danıştay 13. Dairesi’nin iptal kararı ile bu kararı onayan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararları yayımlanmamıştır. Bu kararlar hakkında Anayasa Mahkemesi kararından anlaşılan kapsamda bilgi verilmektedir.

b) İstanbul 10. İdare Mahkemesi'nin iptal kararı:

İnceleme konusu AYM kararından anlaşıldığı üzere (§ 20-22);⁴ Başvurucu, 4/2/2011 tarihinde yapılan pazarlık suretiyle satış işleminin iptali için İstanbul 10. İdare Mahkemesi'nde ayrı bir dava açmıştır. İstanbul 10. İdare Mahkemesi, 19/3/2015 tarihinde, ihale şartnamesi ile muhammen bedele ilişkin Fon Kurul kararının Danıştay 13. Daire tarafından iptaline işaret ederek, dayanağı kalmayan satış işleminin iptaline karar vermiştir. Karara karşı temyiz ve karar düzeltme talepleri Danıştay 13. Dairesi tarafından reddedilmiş ve nihai karar, başvurucuya 16/5/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir. Böylece, Başvurucuya ait medya varlığının satış ilanının iptalinden ayrı olarak, pazarlık suretiyle satış işlemi de, geriye etkili olarak iptal edilmiştir.

c) Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararı (İnceleme Konusu Karar):

Başvurucu, yukarıda özetlenen satış ilanı ve satış işlemlerinin iptali kararlarının yerine getirilmesi amacıyla TMSF'ye çeşitli tarihlerde başvuruda bulunmuştur. TMSF bu başvurulara cevabında, Cine 5 varlığının 29/7/2011 tarihinde ihale alıcısına devredilmesiyle kurumun bu varlıklarla bir ilgisinin kalmadığını; ayrıca iptal kararının uygulanması halinde ihale alıcısı üçüncü kişinin kazanılmış haklarının zarar göreceğini; ihaleye girerek bütünlüğü satın alan ve ihale bedelini ödeyen alıcı nezdinde kamuya güven ilkesinin zedeleneceğini bildirmiştir. TMSF bu sebeplerle söz konusu kararların gereğinin yerine getirilmesinin hukuken ve fiilen mümkün olmadığını bildirmiştir. Başvurucu, bunun üzerine, Cine 5 TV'nin satışına ilişkin ihalenin iptaline yönelik yargı kararlarına uyulmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Bakanlık, Başvurucunun İYUK m. 28/ (3) ve (4). fıkralarına göre tam yargı davası açabileceğine işaret ederek, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde görüş bildirmiştir. AYM, 2577 sayılı Kanun'un

⁴ İstanbul 10. İdare Mahkemesinin iptal kararı ile bu kararı onayan Danıştay 13. Dairesi kararları yayımlanmamıştır. Bu kararlar hakkında Anayasa Mahkemesi kararından anlaşılan kapsamda bilgi verilmektedir.

anılan maddelerinde öngörülen tazminat hükümlerinin, yargı kararlarının uygulanmamasının bir alternatif yolu olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir (§54, §58). Buna göre, olayda kesinleşmiş bir yargı kararının icra edilmediği şikayet edildiğine göre, başvurunun ayrıca bir dava yolunu tüketmesine gerek olmamalıdır. Sonuç olarak AYM, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine dair iddianın kabul edilebilir olduğuna oyçokluğu ile karar vermiştir.

Esas yönünden yapılan incelemede; AYM, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen 13. maddesini, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesini, Anayasa'nın 138. maddesindeki yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunluluğu kurallarını uygulamıştır. Bu kural ve ilkelerin olaya uygulanması sonucunda AYM şu değerlendirmeleri yapmıştır:

- Mülkiyet hakkı kapsamında nihai ve icrai nitelikli bir yargı kararının uygulanmaması, Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin anayasal güvenceleri ortadan kaldırmaktadır. (§71).

- Başvurucu tarafından ihaleye karşı açılan iptal davasının sonucuyla zaten üçüncü kişiye yapılan bir satışın iptalini sağlamanın amaçlandığı gözetilmelidir. İhalenin ve dayanağı işlemlerin yargılamaya konu edildiği gözetildiğinde ihale alıcısının davanın sonucuna bağlı olarak ihalenin iptal edilebileceğini öngörebilmesi beklenir. Bu noktada, yargı kararlarına konu varlığın üçüncü kişiye satışının yapılmış olması, satışın iptali kararlarının uygulanması aşamasında tek başına bir hukuki ve fiili imkansızlık sebebi olarak görülemez (§80).

- İcra usulünde yaşanan sorunlar veya fon ve diğer kaynakların eksikliği, icra edilebilir nitelikteki yargı kararlarının uygulanmaması için haklı bir gerekçe oluşturmaz (§80).

- Somut olayda, ilgili ihale ve satış işlemlerini iptal eden yargı kararlarının nihai ve icrai nitelikte olduğu hâlde uygulanmadığı açıktır. Kamu makamları söz konusu kararların uygulanmasını temin için herhangi bir tedbir de almamışlardır. (§81)

- Başvuru konusu olayda idare, hukuki ve fiili imkansızlık halinin bulunduğunu ve yargı kararının icra edilmesi önünde *aşılabilir* bir engel olduğunu somut bir biçimde ortaya koyamamıştır. Böyle bir olağanüstü koşul olsa dahi idare, başvuru konusunun herhangi bir idari veya yargısal yola başvurmaya gerek olmadan yargı kararının uygulanması kapsamında en tatmin edici alternatif çözümü belirleyerek uygulamakla yükümlüdür. İdare, kararı uygulamak için elinden gelen her gayreti gösterdiğini ve başvurucuya *eski hale getirme* ilkesine göre en uygun alternatif çözümü önererek söz konusu karara uyma iradesinde olduğunu ortaya koymalıdır. Ancak olayda idare böyle bir alternatif çözüm önermediği gibi başvuru konusunun yazılarına olumsuz cevap vererek kararların uygulanması anlamında pasif bir tutum sergilemiştir. Nihayet kararların uygulanmama süresinin yaklaşık dört yılı bulduğuna da dikkati çekmek gerekir (§82, §53).

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi Başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

- Karşı Oy Yazıları:

Söz konusu AYM kararı hakkında görüşümüzü belirtmeden önce, karara muhalif olan üyelerin karşı oy gerekçelerini özetlemek isteriz. Bireysel başvuruya konu mülkiyet hakkı ihlali iddiasının kabul edilebilirlik kararına dört üye muhaliftir (Serdar Özgüldür, Yıldız Seferinoğlu, Selahaddin Menteş ve Kadir Özkaya). Bu üyelerden üçü (Serdar Özgüldür, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş), esas bakımından mülkiyet hakkı ihlalinin tespiti kararına da muhaliftir.

Kabul edilebilirlik kararına muhalefetin temel gerekçesi, başvuru konusunun İYUK m. 28/3 maddesinde öngörülen tazminat davası açmak yoluna gitmemiş olması, bu nedenle iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmemiş olmasıdır. Karşı oy yazılarından birisinde ifade edilen görüşe göre (Kadir Özkaya); başvuru konusunun idari yargıda satış ilanı ve satış işleminin iptalini isterken temel amacı, Cine 5 TV'nin değerinin altında muhammen bedelle satışa çıkarılıp, değerinden düşük bedelle satılmış olması nedeniyle uğradığını düşündüğü maddi zararın giderilmesidir. Bu nedenle, başvuru konusunun, lehine verilmiş iki yargı kararının uygulanmamasından doğan maddi zararlarının tazmini için tam yargı davası açarak amacına ulaşabilirdi; somut olayda

başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi gerekirdi.

İşin esası bakımından dile getirilen karşı oy gerekçesine göre, başvuru sahibinin zarar iddiası soyut olup, mevcut iddiaların ne şekilde onun maddi veya manevi zararlarına sebebiyet verdiği bu aşamada ortaya konamamaktadır. Bu hususlar ancak İYUK m. 28/3 uyarınca açılacak tam yargı davasında belirlenebileceğinden, bu aşamada mülkiyet hakkı ihlalinin varlığına karar verilemez.

III. HUKUKİ MESELELER

İnceleme konusu karar, iki önemli hukuki meseleyi gündeme getirmektedir:

a) İdare mahkemesi tarafından iptal edilen idari işlemin geriye etkili olarak ortadan kaldırılması, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyecek nitelikte ise, bu durum iptal kararının uygulanmasında hukuki ve fiili imkansızlık olarak değerlendirilir mi?

b) İptal kararının aynen uygulanmasının imkansız olduğu durumlarda, idarenin izlemesi gereken yol ve yöntemler ne olmalıdır?

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

a) AYM'nin hukuki ve fiili imkansızlık konusundaki değerlendirmeleri:

İnceleme konusu olayda TMSF, “ibaleye girerek bütünlüğü satın alan ve ibale bedelini ödeyen alıcı nezdinde kamuya güven ilkesinin zedeleneyeceği”, “üçüncü kişilerin korunmasının ve kamu alacağının tahsilinin sektöre uğratılmaması” konularına işaret ederek, iptal kararlarının uygulanmasının fiilen ve hukuken imkansız olduğu yönünde görüş bildirmiştir. AYM ise, esas yönünden yaptığı incelemede, “üçüncü kişiye satışın yapılmış olması”nın tek başına bir hukuki ve fiili imkansızlık sebebi olarak kabul edilemeyeceği değerlendirmesini yapmıştır.

AYM'nin değerlendirmesi, benzer ihale süreçleri içeren işlemler bakımından önemlidir; çünkü ihale sürecinde yer alan işlemlere karşı

açılan iptal davaları, hemen her zaman, ihale süreci tamamlandıktan ve ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme imzalandıktan sonra sonuçlanmaktadır. İşte bu iptal kararlarının aynen uygulanması durumunda, ihale sonucu malvarlığı edinen veya bir lisans hakkı kazanan veya sözleşmeye taraf haline gelen üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin etkileneceği şüphesizdir. Bu durum, özelleştirme yapıp devir ve teslim işlemleri yapılan kuruluşlarla ilgili olarak idare mahkemele-rince verilen iptal kararlarının uygulanmasında, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın geriye veya ileriye yönelik işlem yapmamasının gerekçesi olarak da kullanılmıştır. Hatta Bakanlar Kurulu, 27.02.1992 tarihinde, özelleştirme işlemlerine ilişkin yargı kararlarının uygulamaya konulması halinde Türkiye ile yabancı şirketler ve hatta ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğması muhtemel bulunması nedeniyle satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye yönelik işlem tesisine imkan bulunmadığı yönünde bir karar almıştır.⁵

AYM'nin “*üçüncü kişilerin korunmasını*”, iptal kararının uygulanmasında bir imkansızlık sebebi olarak kabul etmeme yaklaşımı, idarenin yargı kararlarına uyma yükümlülüğü ile ilgili soyut norm denetimi kararlarında benimsenen ilkeler ile uyumludur. Anayasa Mahkemesi, çeşitli norm denetimi kararlarında, idareye iptal kararını değiştirerek uygulamak veya iptal kararının sonuçlarını etkisiz kılmak imkanı veren düzenlemeleri Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'nın 125. ve 138. maddelerine aykırı bulmuştur.⁶ Örneğin, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen bir madde ile, özelleştirme uygulamaları sonucunda devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemleriyle ilgili yargı kararlarının uygulanması konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesini, “*özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararları-*

5 Bu kararın, açık bir fonksiyon gasbı örneği olup, yok hükmünde oluşu belirtilmektedir. ER-KUT Celal/ SOYBAY Selçuk, *Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Yenilenmiş 7. Baskı, 2001, s. 336.

6 AYM, 03.10.2013, E. 2012/73, K. 2013/107, RG 27.03.2014, S. 28954; AYM, 22.05.2014, E. 2013/65, K. 2014/93, RG, 24.06.2015, S. 29396; AYM, 02.10.2014, E. 2014/149, K. 2014/151, RG 01.01.2015, S. 29223.

nın Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanması öngörülmek suretiyle adli veya idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır.” gerekçesiyle, iptal etmiştir.⁷

AYM'nin inceleme konusu kararda, üçüncü kişilerin menfaatinin yargı kararının uygulanmasına etkisi konusundaki yaklaşımı, Mahkemenin norm denetimi kararlarına uyumlu olduğu gibi, konu hakkındaki Danıştay içtihatları ile de uyumludur. Danıştay, özelleştirme işlemleri idare mahkemesince iptal edilmiş olmasına rağmen, iptal kararının Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca uygulanmaması nedeniyle liman işletmeciliğine devam eden şirketin, liman işletmecisi sıfatıyla bir tebliğe karşı açtığı iptal davasında, “hukuken korunması gereken meşru bir menfaati” olmadığına karar vermiştir.⁸ Yine Danıştay'a göre, kazanılmış hak, ancak yasal koşullara uygun olarak tesis edilmiş ve iyi niyetle elde edilmiş olması şartına bağlıdır.⁹ AYM kararında ihale alıcısının menfaatinin meşru olarak nitelendirilmediğine veya kazanılmış hak olmadığına dair bir ibare yoktur; ancak AYM, görüşümüze göre isabetli olarak, ihale alıcısının menfaatini, tek başına, iptal kararının uygulanması önünde aşılabilir bir engel olarak kabul etmemiştir.

Gerçekten de, kamu gücünü elinde bulunduran idarelerin yargı kararlarını uygulamayarak sonuçsuz bırakmaları, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün önündeki en önemli engeldir. Bu noktada AYM'nin bir yargı kararının uygulanması konusunda herhangi bir işlem veya eylem yapmayan idareden, yargı kararının icra edilmesi önünde *aşılabilir* bir engel olduğunu somut bir biçimde ortaya koymasını talep etmesi, olumludur. Yargı kararı ile iptal edilen bir satış işleminden önceki hukuki durumun tesis edilmesi için alınması gereken tedbir ve yapılması gereken eylem veya işlemler, her zaman “imkansız” olmayabilir. İdarelerin, olası iptal ve fesih işlemleri nedeniyle üçüncü kişilere tazminat ödemek zorunda kalabilecek olması veya farklı kamu otoritelerince işlemler yapılmasının gerekmesi, so-

7 AYM, 02.10.2014, E. 2014/149, K. 2014/151, RG 01.01.2015, S. 29223

8 Danıştay 10. Daire, 13.11.2002, E. 2002/1407, K. 2002/4320, www.kazanci.com.tr (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Son erişim tarihi: 09.03.2020)

9 Danıştay 6. Daire, 6.11.1991, E. 1991/749, K. 1991/2306, www.kazanci.com.tr (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Son erişim tarihi: 09.03.2020)

mut olayın özelliklerine göre, aşılabilir engeller olarak kabul edilmemelidir.¹⁰

Diğer yandan, AYM kararının gerekçesinde, “İhalenin ve dayanağı işlemlerin yargulamaya konu edildiği gözetildiğinde ihale alıcısının davanın sonucuna bağlı olarak ihalenin iptal edilebileceğini öngörebilmesi beklenir.” (§80) şeklindeki açıklaması tartışmaya açıktır. AYM kararından, başvuru konusunun ihale işlemlerine karşı Danıştay 13. Dairesi ve İstanbul 10. İdare Mahkemesi’nde açtığı iptal davalarının ihale alıcısına ihbar edilip edilmediği anlaşılmamaktadır. AYM’nin bu konuda bir belirleme yapmadan, “ihale alıcısının ihalenin iptal edilebileceğini öngörebilmesinden” söz etmesi, soyut bir gerekçe olarak kalmıştır. AYM kararında alıcının iyi niyetli olması şartından söz edilmemekle birlikte, kararda yer alan açıklama ile AYM somut bir gerekçe olmaksızın ihale alıcısının iyi niyetli olma ihtimalini ortadan kaldırmış olmaktadır. İdare’nin işlemlerine taraf olan her kişiden, bu işlemin iptal edilebileceği öngörüsü ile hareket etmesi beklenemeyeceğine göre, ihale alıcılarının hukuki güvenliğini sağlayacak usul ve mekanizmaların somut olayda mevcut olup olmadığının da belirlenmesi gerekir.

Bu mekanizmalardan birisi, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinde yer verilen davanın ihbarı kurumu ile sağlanabilirdi. Maddede, davanın ihbarı konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine atıf yapılmakla birlikte, davanın ihbarının idari yargıda res’en yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekline göre, davanın ihbarı konusunda taraflardan birinin talebi olmasa bile, Mahkemenin dava sonucunda verilecek karardan doğrudan etkilenecek kişiye davayı res’en ihbar etmesi zorunludur. Uygulamada idari yargı yerlerince bu zorunluluğa her zaman uyulmamakla birlikte, İYUK m. 31 uyarınca res’en yapılması gereken ihbar yapılmadan karar verilmesini bozma sebebi olarak kabul eden Danıştay kararları mevcut-

10 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Süzer ve Eksen Holding A.Ş.-Türkiye Davası kararında, devletlerin yargı kararlarının uygulanması yükümlülüklerine ilişkin tespitler aynı yöndedir: “Bu konuda kamu gücünü elinde bulunduran ve söz konusu yargı kararlarını uygulama yükümlülüğünde olan BDDK’nın tek başına uygulamaya geçemediği varsayılrsa dahi, her hali-karda, ulusal sistemini değişik makamların yükümlülüklerini yerine getirebilecekleri şekilde düzenlemenin Türk devletinin görevi olduğundan hareketle, bu yükümlülüklerin bu konuyla ilgili yetkili diğer kurumlarla işbirliği içinde yerine getirilmesini engelleyen bir şey bulunmamaktaydı.” (Süzer ve Eksen Holding A.Ş.-Türkiye Davası, Başvuru No 6334/05).

tur.¹¹ Hatta bu içtihatlarda, verilecek karardan doğrudan etkilenecek kişiye ihbarda bulunulmayıp onun bilgisi dışında ve uyuşmazlığa ilişkin beyanları alınmadan davanın sonuçlandırılması, sadece İYUK m. 31'in değil, Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da ihlâli olarak nitelendirilmiştir.

İnceleme konusu olayda olduğu gibi, dava konusu işlemin iptalinin üçüncü kişi menfaatlerini etkileyeceği açık olan durumlarda, davanın başlangıç aşamasında üçüncü kişilere res'en ihbarının, adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu gibi, ileride ortaya çıkabilecek olası iptal kararının uygulama aşamasına da olumlu katkısı olacağı anlaşılmaktadır. İhaleyi kazanan üçüncü kişilerin iptal davalarından baştan itibaren haberdar edilmesi, inceleme konusu AYM kararındaki açıklama ışığında, idarelerin "üçüncü kişilerin menfaati"ni ileri sürerek yargı kararlarını uygulamamak yönündeki eğilimlerini de azaltacaktır.

b) AYM'nin iptal kararının uygulanmasının imkansız olduğu durumda idarenin izlemesi gereken yöntemlere ilişkin değerlendirmesi:

İnceleme konusu olayda TMSF, Cine 5 varlığının iptal kararlarından önceki bir tarihte ihale alıcısına devredilmiş olması nedeniyle, iptal kararlarının uygulanmasının fiilen ve hukuken imkansız olduğu yönünde görüş bildirerek, kararların uygulanmasına yönelik bir işlem veya eylemde bulunmamıştır. Başvurucu, yargı kararının uygulanması talebinin reddi işlemine karşı yeni bir iptal davası veya İYUK m. 28. kapsamında bir tazminat davası açmamış; doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne mülkiyet hakkının ihlali başvurusunda bulunmuştur.¹²

11 Danıştay 2. Daire, 17.1.2019, E. 2017/4451, K. 2019/251; Danıştay 13. Daire, 27.12.2018, E. 2017/2325, K. 2018/4505; Danıştay 13. Daire, 14.3.2018, E. 2014/3423, K. 2018/994. Kararların tümü için bkz.: www.kazanci.com.tr (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Son erişim tarihi: 09.03.2020)

12 Başvurucu AYM başvurusunda, manevi tazminat talep etmemiştir. Başvurucunun manevi tazminat talebi olsaydı, kabul edilebilirlik değerlendirmesinde, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan tazminat davasının öncelikle tüketilmesi gerekip gerekmeyeceği tartışması açılabilirdi.

Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilebilirlik kararı önemlidir. Zira, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin kesinleşmiş bir yargı kararının uygulanmaması üzerine, tekrar yıllarca sürebilecek yeni bir idari davalar açmak zorunda bırakılmaları, hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesini engelleyecektir.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin (3) ve (4). fıkralarında, yargı kararına göre işlem tesis etmeyen veya eylemde bulunmayan idare aleyhine maddi ve manevi tazminat açılabileceğinin öngörülmesi, uygulamada, “*tazminatı öderim, yargı kararını uygulamam*” anlayışının yerleşmesine neden olmuştur. Bu anlayış, inceleme konusu kararda Bakanlığın, “kararın icra edilmemesi nedeniyle tazminat davası açmadığı için olağan hukuk yollarının tüketilmediği”, savunmasında da karşımıza çıkmaktadır. Benzer savunma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen *Süzer ve Eksen Holding A.Ş.-Türkiye Davası*'nda da yapılmış ve AİHM tarafından reddedilmiştir. AİHM, 2577 sayılı Kanunun özel hükümleri kapsamında tazminat verilmesinin, mevcut davada olduğu gibi, yargı kararlarının uygulanmamasına dayandırılan şikayetler bakımından uygun tazminat yolu oluşturmayacağına, dolayısıyla tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olmadığına hükmetmiştir.¹³

İncelenen kararda AYM, *Süzer ve Eksen Holding A.Ş.-Türkiye Davası* kararını anarak, AİHM ile aynı yönde karar vermiş ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde yer alan tazminat davası yolunu, yargı kararlarının uygulanmasının alternatif yolu olarak kabul etmemiştir. AYM'ye göre, “*aynen iadenin mümkün olmadığı durumlar için kararın uygulanma biçiminin maddi veya manevi tazminat ile sınırlı tutulması, aynen iadeye alternatif olabilecek diğer çözüm yollarını ve tedbirlerini de ortadan kaldırma riski taşımaktadır.*” Bu şekilde AYM, idarelerin, somut durumun özelliklerine uygun olarak eski hale getirmeye denk düşecek en uygun alternatif çözümü bulma ve hak sahibine teklif etme yükümlülüğüne işaret etmektedir.

Karşı oy yazısında belirtildiği şekilde, somut olayda, başvuruçunun subjektif niyetinin maddi zararlarını gidermek olması, idarenin iptal kararının icrası ile ilgili anayasal yükümlülüklerini değiştirme-

13 *Süzer ve Eksen Holding A.Ş.-Türkiye Davası*, Başvuru No 6334/05, 23 Ekim 2012, §95-98.

melidir. İdare'nin, Cine 5'in satışının iptal kararını aynen uygulaması önünde aşılmaz bir engel olduğunu tespit ettikten sonra başvuruya önermesi gereken en uygun alternatif çözüm, bir tam giderim olsa dahi; yani, başvurucunun tazminat davasında elde edeceği sonuç ile aynı içerikte olacak olsa dahi, başvurucunun bunun için ayrı bir dava açmak zorunda bırakılması mülkiyet hakkının korunması gereklerine aykırıdır.

AYM'nin de işaret ettiği gibi (§92), yargı kararlarının uygulama biçimini belirleme görev ve sorumluluğu, idareye aittir. İdare, kararı uygulamak için elinden gelen her gayreti gösterdiğini ve karara uyma iradesinde olduğunu ortaya koymalıdır. Bir idari işlemi yapan idarenin, kendi yaptığı ve iptal davasında savunmak durumunda kaldığı işlemi tüm sonuçları ile ortadan kaldıracak veya bu mümkün değilse, en uygun şekilde telafi edecek yöntemleri bulmasının beklenmesi, uygulamada şekli bir beklenti olarak kalabilir. İdarenin, iptal kararına uyma iradesinin tam ve mevcut olduğu durumda dahi, AİHM ve AYM kararlarında ortaya konan ilkelere uygun olarak, idarenin her somut olayda aynen icraya en yakın olabilecek alternatif yöntemleri geliştirmesi ve uygulaması konusunda; alternatif yöntemlerin neler olabileceği yönünde bir katalog veya bilgi birikimi olmaması, takdir yetkisinin sınırları veya farklı idarelerin işlem yapmasının gerekeceği durumlarda bunun organizasyonu gibi pratik zorlukları gündeme gelebilir. Bu noktada, hukuk sistemimizde idari yargı kararlarının icrası konusunda özel düzenlemelerin eksikliği karşımıza çıkmaktadır. Mevcut düzenlemelerin imkan verdiği, tazminat yolu ile ilgili kamu görevlileri hakkında suç duyurusu yapmak yolları,¹⁴ anayasal ilkelere gerektirdiği düzeyde bir sistem için yeterli olmamaktadır. Farklı hukuk sistemlerinde karşımıza çıkan, idare mahkemesi hakimine kararın icra aşaması ile ilgili yetki verilmesi, zorlayıcı para cezası gibi yol gösterici veya cezalandırıcı uygulamalar ile iptal kararlarının uygulanması sistemi geliştirilebilir.¹⁵

14 Kamu görevlileri hakkında yapılan suç duyurularının mevcut izin rejimi nedeniyle, amirlerce soruşturma izni verilmeyerek etkisiz bırakıldığı belirtilmektedir. Bkz. KENT Bulent, *İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası*, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 52

15 Farklı hukuk sistemlerindeki uygulamalar ile ilgili bilgi için bkz. KENT Bulent, *İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası*, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 47-66

SONUÇ

İncelediğimiz AYM kararı, idarelerin iptal kararlarını uygulamakta isteksiz veya şekilci davranmalarına karşı, hukuk devleti ilkelerini hatırlatmakta ve koruma altına almaktadır. Elbette uygulamadaki yansımaları, özellikle bu kararın uygulanma biçimini belirleme görev ve sorumluluğu olan TMSF'nin bundan sonraki işlemleri ile somutlaşacaktır. AYM kararının sonunda (§92), yargı kararının uygulanma biçiminin yeni bir bireysel başvuru kapsamında denetlenebileceğini hatırlatmaktadır.

İdare mahkemelerince verilen iptal kararlarının uygulanmasında, hukukun üstünlüğü ile birlikte ilgili tarafların hukuki güvenlikleri ve meşru menfaatlerinin bir arada ele alınması gerekeceği şüphesizdir. Türk hukukunda idari yargı düzeninde görevli mahkemelerce verilen kararlarının uygulanmasına ilişkin özel bir takip süreci veya ayrı bir idari veya yargısal mekanizma öngörülmemiş olması, hem doktrinde hem yargı kararlarında işaret edilen bir eksikliklerdir. İnceleme konusu AYM ve AIHM kararları, devletin tüm olanaklarını kullanarak yargı kararlarına uyulmasını sağlayacak tedbirleri sağlaması ve gerekli mekanizmaları oluşturması zorunluluğunu tekrarlamaktadır.

KAYNAKÇA

ERKUT Celal/ SOYBAY Selçuk, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, Yenilenmiş 7. Bası, 2001

GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 1999

KENT Bülent, İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 47-66

ESKİ YUGOSLAVYA İÇİN ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN JADRANKO PRLIĆ VE DİĞERLERİ KARARI'NIN ÖZET ÇEVİRİSİ

Çevirenler: Nazlı Serenay Aytaç*
Lahika Karaduman**

YARGILAMANIN ÖZETİ

APPEALS CHAMBER

(Medyanın kullanımına özeldir. Resmî belge değildir.)

La Hey, 29 Kasım 2017



United Nations
Nations Unies



International
Criminal Tribunal
for the former
Yugoslavia

Tribunal Pénal
International pour
l'ex-Yougoslavie

Prlić ve diğerleri için Yargılama Hüküm Özeti

Yargıç Agius tarafından bugün okunan Yargının özetini aşağıda bulabilirsiniz.

Temyiz Kurulu bugün, 5 Ekim 2017 tarihli Usul ve Kanunlar ve Düzene dair Mahkeme Yasası'nın 117. maddesi D bendine uygun olarak toplanmıştır. Bu Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin son kararı ve son oturumu olacaktır.

Duruşmalar 2006'da başladığından ve Temyiz Mahkemesi Haziran 2013'te yapılan temyiz başvurusu ile davaya el attığından bu yana çok zaman geçti, uzun ve karmaşık bir dava oldu. Davadaki temyiz duruşması bu yılın Mart ayının 20 ile 28 tarihleri arasında yapıldı. Temyiz Kurulu taraflara, işbirliği ve profesyonellikleri

* Avukat, İstanbul Barosu.

** Avukat, İstanbul Barosu.

için olduğu gibi tüm Daire bölümlerine özverileri ve destekleri için teşekkür etmek isterim.

Şimdi Temyiz Kurulunun, Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milovoj Petković, Valentin Ćorić, and Berislav Pušić davasındaki bulgularını özetleyeceğim. Yargılama sırasında tartışılan her husus bu özetde yer almayacaktır. Bu sözlü özet, duruşmanın bitiminde taraflara dağıtılacak Temyiz Kurulu resmi yazılı kararının herhangi bir parçasını teşkil etmez.

Davanın Geçmişi

İşbu davanın temyizine konu olan olaylar; 1992-1994 yılları arasında, Hırvat Toplumunun ve daha sonradan Herceg Bosna'nın Hırvatistan Cumhuriyeti'nin bir parçası olduğu iddia edilen Bosna-Hersek bölgesindeki sekiz belediye ve beş gözaltı merkezinde gerçekleşti. Prlić, Stojić ve Ćorić sırasıyla Devlet Başkanı, Savunma Bakanlığı Başkanı ve Asker ve Polis İdaresi Şefi olarak bu bölgede görev yaptı. Ćorić daha sonra İçişleri Bakanı olarak atandı. Praljak ve Petković, farklı zamanlarda Bosnalı Hırvat ordusunun (veya "HVO") Ana Kademe Komutanı veya Şefi olarak görev yaptı. Pušić, HVO Asker ve Polis Teşkilatında subay olarak görev yapmış ve tutuklama ve tutukluların değiştirilmesi konularında görev alan organlar olan Mübadele Servisi ve Gözaltı Komisyonunun başkanlığına atandı. Praljak, Hırvatistan resmen ilan edilmeden önce Hırvatistan Savunma Bakanı Yardımcısı ve Vekili sonrasında Hırvatistan Savunma Bakanı Danışmanı olarak görev yaptı.

Dava Dairesi Ocak 1993 ortalarında, Bosna-Hersek'te Hırvat halkının birleşmesini kolaylaştıracak Hırvat mevcudiyeti yaratmayı amaçlayan bir ortak suç teşebbüsü (joint criminal enterprise veya "JCE") ortaya çıktığını tespit etti. Dava Dairesince, JCE "Hırvatistan Müslüman nüfusunun etnik temizliği ile Hırvat Herceg-Bosna Cumhuriyeti Hırvatlarının, [Croats of the Croatian Republic of Herceg-Bosna] hakim kılınması" ortak suç amacına sahipti.

JCE üyelerinin, Hırvatistan'ın Herceg-Bosna Hükümetinde yaşayan Müslüman nüfusu sınır dışı etmek adına bütün bir sistem uyguladıkları tespit edildi. Bu sistem çok çeşitli suçlardan meydana geli-

yordu: sivillerin tutuklanması ve sürgün edilmesi, saldırılar sırasında cinayet ve mala zarar verilmesi, tahliye sırasında kötü muamele ve mala zarar verilmesi, HVO toplama merkezlerinde kötü muamele ve zor koşullarda hapis, tutukluların ön cephelerde iş gücü veya insan kalkanı olarak kullanılması ve serbest bırakıldıktan sonra tutukluların ve ailelerinin sürgün edilmesi. Dava Dairesi, binlerce kişinin HVO'nun askeri ve siyasi güçleri tarafından organize bir biçimde işlenen bu şiddet eylemlerine mağdur olduğunu tespit etti.

Dava Dairesi, temyiz başvurusunda bulunan 6 sanığın da JCE'ye katıldığı sonucuna vardı. Cenevre Sözleşmesi'nin ciddi ihlalleri, savaş yasalarına ve teamüllerine aykırı hareket ve cinayet, işkence, hapsetme, kanun dışı çalıştırma, sürgün etme, sınır dışı etme, insanlık dışı davranış, insanlık dışı muamele de dahil olmak üzere insanlığa karşı suçlar, askeri gereklilikle haklı görülme üzere kapsamlı mala zarar verme, din veya eğitim amaçlı kurumlara zarar verme, sivillere yasadışı saldırı ve sivillere yasadışı terör infazı suçlarından suçlu bulundular. Buna ek olarak JCE yükümlülüğünün üçüncü kategorisinde; Prlić, Stojić, Petković ve Ćorić aynı zamanda tecavüz ve cinsel saldırı suçlarından suçlu bulundular ve Pušić istisna olmak üzere temyiz başvurusunda bulunan sanıklar yağma ve mülkiyetin kapsamlı zimmete geçirilmesi suçlarından suçlu bulundular. Ćorić'in de 1992 yılında meydana gelen bazı suçlarda üst derece sorumluluk taşıdığı tespit edildi.

Dava Dairesi Prlić'i 25 yıl, Stojić, Praljak ve Petković'in her birini 20 yıl, Pušić'i 10 yıl hapis cezasına mahkûm etti. Temyiz başvurusunda bulunan 6 sanık ve aynı zamanda Savcılık karara karşı temyiz talebinde bulundu. Şimdi bu itirazlara dönüyorum.

Adil Yargılanma ve İddianame

Davanın adilliğine ilişkin ilk olarak, Stojić, Dava Dairesinin süreç başlamadan önce vefat eden Franjo Tuđman ve Hırvatistan Cumhuriyetinin diğer üst düzey liderleri ile ilgili kanıtlara hatalı bir biçimde inandığını iddia ederken, Prlić, tanıkları sorgulamak için yeterli zaman ve olanaktan sistematik olarak yoksun bırakıldığını iddia etti. Temyiz kurulu her iki iddiayı da asılsız bularak reddetti.

İddianame ve adil yargılanma konularına ilişkin olarak; Stojić ve Petković, Dava Dairesinin, Savcılıkça onlara karşı iddianamede yöneltilenden farklı olarak bir JCE kabul ederek haksız bir şekilde suçlamayı değiştirdiğini ileri sürdü. Petković, Savcılığın son iddianame özetinin, aleyhindeki dava hükmünden daha dar olduğunu ekledi. Savcılık, Dava Dairesinin İddianameden ayrılmadığını, Savcılığın açılış beyanının, sunulan delillerin ve dava sırasında gelişen durumların İddianame ile tutarlı olduğunu ve son dava özetinin suçlamaları değiştirmedeği cevabını verdi. Temyiz Kurulu, hükümde istinaf başvurusunda bulunan sanıkların suçlandıkları suçlar ve sorumluluk türlerinin açıkça belirtildiğini tespit etti. Temyiz Kurulu ayrıca - Yargıç Pocar'ın muhalefetiyle - son dava özetinde Savcılık açıkça ve resmen iddiaları geri çekmediğinden, iddianamedeki yükümlülük türünü değiştirdiği şeklinde yorum yapılamayacağını tespit etti. Bu sebeple Temyiz Kurulu - Yargıç Pocar'ın muhalefetiyle - Stojić ve Petković'i herhangi bir eksiklik ispat etmekte başarısız buldu.

Ćorić aynı zamanda iddia edilen suçlamalara üç yönden itiraz etti. İlk ve ikinci olarak; Dava Dairesinin; kanıtlanmamış ve inandırıcı olmayan bir şekilde bir işgal durumunu ve belirli tutuklulara uygulanan tedbirlerin kapsamını tespit etmekle İddianameyi aştığını ileri sürdü. Üçüncü itiraz ise; Dava Dairesinin İddianamede bulunmamasına rağmen İçişleri Bakanı olarak yetkilerini kullanmasını JCE'ye katkıda bulunmak olarak değerlendirmesine idi. Savcılık bu itirazları; meydan gelecek herhangi bir y hatanın uygun bir şekilde giderildiği ve herhalde Ćorić'in savunmasını hazırlama kabiliyetinin önemli derecede bozulmamış olduğu konusunda kendisinin açıkça bilgilendirildiği şeklinde cevap vermiştir. Temyiz Kurulu bu hususta iddianameyi muğlak ve dolayısıyla belirsiz ve kusurlu buldu. Bu kusur Savcılığın sonraki iddianameye yönelik açıklamalarında giderilmemiştir. Sanığa karşı ön yargıya sebep olan iyileştirilmemiş kusurlu bir iddianame ancak bu kusur sanığın savunma hazırlama kabiliyetine maddi bir hanel getirmediği ispat edildiği takdirde zararsız sayılabilir. Savcılık bu bakımdan sorumluluğunu yerine getirmedi. Maruz kalınan önyargı ışığında, Temyiz Kurulu Ćorić'in temyiz talebini kısmen kabul etti ve Dava Dairesinin, Ćorić'in 10 Kasım 1993 tarihinden itibaren İç İşleri Bakanı olarak JCE'de rol aldığına dair

kararı bozdu ve JCE'de İçişleri Bakanı olarak aldığı sorumluluklara dayalı mahkumiyetlerini iptal etti.

Kabul edilebilirlik ve Delil Değerlendirmesi

Şimdi kabul edilebilirlik, delillerin değerlendirilmesine ve aynı zamanda tanıkların güvenilirliklerine ilişkin itirazlara dönüyorum.

Prlić ve Praljak, Dava Dairesinin, Ratko Mladić'in günlük alıntılarını kabul edip buna dayanırken, davalarını tekrar açma veya karşı delil sunma imkanını reddederek yanıldığını iddia etti. Stojić bunun ispatlanmamış ve kulaktan dolma söylenti teşkil ettiğini ekledi. Temyiz Kurulu, Dava Dairesinin delil kabul etmede takdir yetkisini kötüye kullanmadığını tespit etmiştir. Prlić, davasının yeniden açılmasını hiçbir zaman talep etmedi ve her halükarda Dava Dairesi bu günlük alıntılarını çürütmesi için kendisine delil ibraz etmesi için açıkça izin verdi ve Prlić de ibraz etti. Praljak'a da aynı imkan verildi. Ne Prlić ve Praljak ne de Stojić makul bir mahkeme heyetinin bu delile dayanamayacağını ispat edebildi. İddiaları reddedildi.

Prlić, Stojić, Praljak ve Ćorić tanık güvenilirliği de dahil olmak üzere, Praljak'ın kendi ifadesine ilişkin delillerin kabulüne ve değerlendirilmesine ilişkin kararlara da itiraz ettiler. Temyiz Kurulu herhangi bir kusuru kanıtlayamadıklarını tespit etti. Praljak'ın, Dava Dairesi Praljak'ın ifadesinin hangi kısmını güvenilir veya güvenilmez bulduğunu ve nedenini açıklamakta başarısız olduğu iddiasına ilişkin olarak, Temyiz Kurulu, Praljak'ın daha detaylı bir tartışmanın eksikliğinin Dava Kararını nasıl değiştireceğini kanıtlayamaması sebebiyle itirazları reddetti.

Cenevre Sözleşmelerinin Esaslı Büyük İhlallerine İlişkin Yasal Şartlar

Şimdi Cenevre Sözleşmelerinin ciddi ihlallerine ilişkin yasal gereklilikleri gözden geçiriyorum.

Temyiz kurulu, Dava Dairesinin HVO ve Bosna Müslüman Ordusu (Bosnian Muslim Army veya "ABiH") arasındaki uluslararası silahlı çatışmanın sadece aktif çatışmanın olduğu yerde olduğuna dair ka-

rarını re'sen (proprio motu) bozdu. Temyiz kurulu; uluslararası bir silahlı çatışmanın zaman ve coğrafi kapsamının, düşmanlığın zaman ve yerinin ötesinde olduğunu hatırlattı ve Dava Dairesinin uluslararası silahlı saldırının Bosna topraklarının belli bölgelerinde olduğu yönündeki bulgularının, silahlı çatışmayla gerekli bağlar kurulduğu sürece ciddi ihlaller rejiminin Bosna Hersek'teki herhangi bir yerdeki suça uygulanması için yeterli olduğuna karar verdi.

Dava Dairesinin işgal durumunun tespitine ilişkin bulgularına istinaden, Temyiz Kurulu; Dava Dairesi tarafından belli suçların korunan kişilere ve korunan mülklere karşı işlendiği belediyelerde, işgalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin uygun olarak incelendiğine karar verdi. Temyiz Kurulu, işgalin her somut olayın koşulları içerisinde değerlendirilmesi gereken bir maddi sorun olduğuna karar verdi. Temyiz Kurulu ayrıca bir gücün, vekaleten, fiilen (de facto) örgütlenmiş ve hiyerarşik olarak yapılandırılmış gruplar yoluyla işgal için gerekli otoriteyi kullanabileceğine karar verdi. Hırvatistan'ın HVO aracılığıyla ilgili belediyeler üzerinde gerçek yetkisinin olduğunu gösteren çok sayıda etmen vardı ve Temyiz Kurulu, Prlić, Stojić, Praljak, Petković ve Ćorić'in bu sonuca ulaşmada Dava Dairesinin herhangi bir hatası olduğunu ispat etmekte başarısız olduğunu tespit etti.

Dava Dairesi aynı zamanda Vareš Belediyesinde 23 Ekim 1993'ten sonra iki yerin işgal edildiğini tespit etti ve Savcılık bu bölgelerdeki belli mülklerin yıkımı ve el konulması sırasında işgalin henüz kanıtlanmamış olduğunu kabul etti. Temyiz Kurulu bu olaylar göz önüne alındığında, Temyiz eden sanıkların kapsamlı yıkım ve mülk edinimine ilişkin mahkûmiyetlerini iptal etti.

Dava Dairesi, HVO'nun iki ayrı kategori Müslüman erkek grubunu savaş esiri olarak aldığını ve bu kişilerin savaş esiri sıfatıyla III. Cenevre Sözleşmesi'nin çeşitli hükümlerinin koruması yerine, IV. Cenevre Sözleşmesi'nin kapsamlı korumasından faydalandıklarını tespit etti. İlk olarak, HVO'nun Müslüman üyelerine istinaden, Stojić, Praljak, Petković ve Ćorić savaş suçlarının askerler tarafından kendi askeri güçlerinin üyelerine karşı işlenemeyeceğini ileri sürdü. Temyiz kurulu, bu davada, Dava Dairesinin Müslüman HVO üyelerinin

yalnızca vatandaşlıklarını dikkate almak yerine tabiiyetlerini dikkate almasını isabetli buldu. Tutuklama yapan otoritenin mağdurların tabiiyetlerine bakış açısı konuya ilişkin değerlendirmeye alakalı olduğundan Temyiz Kurulu hiçbir hatanın olmadığına kararını verdi.

İkinci olarak, askerlik çağındaki Müslüman erkeklere istinaden, Praljak, Petković, Ćorić ve Pušić Dava Dairesinin bu tür erkeklerin silahlı güçlere üye olmadıklarının tespitinde hatalı olduğunu ileri sürdü. Boşnak kuvvetlerle ilgili yasa ve genel bir seferberlik emrine atıfta bulundular. Dava Dairesi, bu iddiaları usulüne uygun olarak yargılama aşamasında değerlendirdi. Temyiz Kurulu, makul bir mahkeme heyetinin, HVO'nun askerlik çağındaki Müslüman erkeklerin makul zaman içerisinde kanunda belirtilen şekilde bireyselleştirilmiş değerlendirmeleri yapmakta başarısız olduğu sonucuna ulaşacağı kanaatinde. Üstelik Dava Dairesinin bulguları bu Müslüman erkeklerin; Müslüman kadın, çocuk ve yaşlılarla beraber toptan alıkonduklarını ve bütün bu Müslümanların hapsedildiklerini ve durumlarına bakılmaksızın aynı şekilde muamele gördüklerini kanıtladı. Bu hususta yapılan itirazlar reddedildi.

Petković nihayetinde tutuklamanın güvenlik nedenlerinden ötürü gerekli olduğunu ve bu nedenle Cenevre Sözleşmesi IV uyarınca haklı olduklarını ileri sürdü. Temyiz Kurulu, böyle bir tutuklamanın yapılabilmesi için her bir sivilin belirli bir güvenlik riski oluşturduğunun bireyselleştirilmiş bir değerlendirme sonucu belirlenmesi gerektiğini kabul eder. Dava Dairesi, tutuklamaların haklı olmadığını ve Petković'in bu Müslüman erkek gruplarının tutuklanması emrinin IV. Cenevre Sözleşmesi'ne de aykırı olduğu sonucuna varır. Petković, Dava Dairesinin bu sonuçlara ulaşmakta hata ettiğini ispatlayamamıştır.

Temel Suçlar

Şimdi temyiz eden Davalıların mahkûm edildiği temel suçlara dönüyorum. Bundan önce, Yargıç Liu'nun; yargılamanın kanunlar ve savaş gelenekleri ihlal edilerek, sivillere yönelik yasadışı terör uygulanmasına ilişkin tüm kısımlarına, mahkemenin bu suç hakkında yargı yetkisinin olmadığı ve Kararda belirtilen bu suçla ilişkin unsur-

ların cezai bir suçlamayı yeterince tanımlamadığı görüşünde olduğu gerekçesiyle muhalefet ettiğine dikkat çekerim.

Praljak, Dava Dairesinin; HVO'nun 1,000'den fazla Müslüman sivil Prozor Beldesi'nde kanunsuzca hapsedtiği ve fazlaca kalabalık ve ağır koşullarda tuttuğu yönündeki kararına itiraz etti. Bazı Müslümanların bu evlere kendi rızalarıyla gitmiş olabileceklerini, tehcirin güvenliklerini sağlamak için gerekli olduğunu ve sınırlı da olsa hala bazı hareket özgürlüğünden yararlandıklarını ve alıkonulmadıklarını iddia etti. Temyiz Kurulu, Dava Dairesi kapsamlı kanıtların yok saydığı ve makul her mahkeme heyetinin aynı sonuçlara ulaşamayacağını ispat edememesi sebebiyle ilk iki iddiayı reddetti. 3. iddiaya istinaden, Temyiz Kurulu sivillerin yasadışı hapsinin muhafızlar olmadan evlerde tutulmalarına ve hala biraz hareket özgürlüğünden yararlanabilmelerine rağmen gerçekleşebileceğini hatırlattı. HVO askerleri ve Askeri Polisin sivilleri tutukladığı, evlere götürdüğü ve bu yerlerde tuttuklarına dair bulgular ışığında; Temyiz Kurulu bu sivillerin hapsedildiğine ve kanunsuzca alıkonulduklarına dair kararda bir hata bulunmadığına karar verdi. Alıkoymalar Cenevre IV Sözleşmesi uyarınca gerekli olsaydı dahi bu durum sıkı kural ve gerekliliklere tabii olurdu, nitekim HVO bu kurallara uymadığı için bu durum alıkoymanın gerçek doğasına ters düşmektedir. Praljak'ın itirazı reddedildi.

Dava Dairesine göre HVO bu alıkoyma esnasında 1 ay boyunca, Müslüman kadın, çocuk ve yaşlıları buldukları yerden zorla uzaklaştırıp başka yerlere nakletti. Praljak; Dava Dairesinin, kendi tercihleriyle gitmiş olabileceklerini ve her halde askeri veya güvenlik sebepleriyle yer değiştirmenin gerekli olabileceğini değerlendirmeksizin ayrılmaya zorlandıkları yönündeki kararının yanlış olduğunu iddia etti. Dava Dairesi, HVO askerlerinin bu sivillerin nakli için kamyon kullandıklarını, Müslümanların kamyonlara binmeleri için havaya ateş ettiklerini ve daha sonra askerlerin gözetimi altında yürütüldüklerini tespit etti. Praljak, yapılan bu tespitlerde herhangi bir hata olduğunu ispat edemedi. Sivillerin yer değiştirmesinin gerekliliği konusunda, Temyiz Kurulu sanıkların kendi yasadışı faaliyetlerinden kaynaklanan insani bir krizin bir nüfusun yerinden edilmesini haklı çıkaramayacağını hatırlattı. Dava Dairesi, henüz

nakilin yapıldığı bölgede savaş yokken alıkoymanın gerçekleştiğine, bu bölgeden geri dönmenin bir imkânı olmadığına ve Praljak'ın bu zorlu koşullardan sorumlu olduğuna hükmetti. Temyiz Kurulu, bu kararlarda hiçbir hata bulmadı ve Praljak'ın itirazını reddetti.

Temyiz Kurulu şimdi de şehirler, kasabalar ya da köylerin kasten yok edilmesi ve bu imhanın askeri gereklilikle haklı bulunamamasına ilişkin temyiz başvurularına dönüyor.

Dava Dairesi, 8 Kasım 1993 tarihinde gün boyunca, HVO tankının Mostar Eski Köprüsü'ne ateş ederek akşam çöküşün eşğine getirdiğini tespit etti. Dava Dairesi aynı zamanda Eski Köprü'nün, muharebe faaliyetleri için gerekli olduğunu ve saldırı sırasında ABİH'nin ikmal faaliyetlerini devam ettirmesine dair bütün olasılıkları kesmek için askeri bir hedef olduğunu tespit etti. Eski Köprü'nün yok edilmesi bazı yerlilerin tamamen tecriti ve Mostar Müslüman nüfusunun üzerinde önemli psikolojik bir etki ile sonuçlandı ve Dava Dairesi bu nedenle imhanın etkisinin somut ve doğrudan askeri avantaj beklentisiyle orantısız olduğuna karar verdi. Dava Dairesi bunun yanı sıra Müslüman nüfusunun moralini bozmak için HVO'nun Eski Köprüyü imha ettiğini tespit etti ve bunun üzerine HVO'nun köprüyü kasten imha etmesinin askeri gereklilikle haklı çıkarılamayacağına hükmetti.

Stojić, Praljak ve Petković Dava Dairesinin bu olaya ilişkin kararlarına itiraz ettiler. Stojić; Dava Dairesinin makul olarak öngörülebilir zarardan ziyade asıl zarara odaklandığını, somut yaralanmalar sonucu ortaya çıkan zararı analiz etmekte başarısız olduğunu, Eski Köprü'nün askeri bakış açısından kritik önemine daha fazla ağırlık vermesi gerektiğini iddia etti. Praljak ve Petković de Dava Dairesinin ölçülü olarak değerlendirmede hataya düştüğünü iddia etti. Savcılık, Stojić, Praljak ve Petković'in; Dava Dairesinin muhtemel askeri avantajlara yeterince ağırlık vermediğini ispat edemediği ve Dava Dairesinin HVO'nun birincil amacının nüfusa karşı psikolojik ve bedensel zarar vermek olduğu tespitinin uygun olduğu şeklinde cevap vermiştir. Temyiz Kurulu -Yargıç Pocar'ın muhalefetiyle - Eski Köprü, saldırı sırasında bir askeri hedef olduğundan ve böylelikle imhasının kesin bir askeri avantaj sunmasından yola çıkarak bu kötü

niyetli yıkımın askeri gereklilikle haklı çıkarılamayacağı sonucuna vardı. Dava Dairesinin resmi bulgularında askeri gereklilikle haklı çıkarılamayacak bir mülke zarar olmadığından, Temyiz Kurulu - Yargıç Pocar'ın muhalefetiyle - suçun zorunlu unsurlarının tamamlanmadığı sonucuna vardı ve bu nedenle bu davadaki Savcılığın Eski Köprüyü yok etmenin, kentlerin ve köylerin haksız yıkım suçunu oluşturduğu ve bu suçun askeri gereklilikle haklı çıkarılamayacağını kanıtladığına dair kararı bozdu.

Dava Dairesi HVO'nun Eski Köprüyü yıktığında sivillere yönelik işkence ve yasadışı terör suçu işleyip işlemediğine karar vermek için bu kararı esas aldı. Temyiz Kurulu temyiz duruşmasında, haksız yıkım üzerindeki bu hatanın diğer iki suç üzerinde ne oranda etkisi olabileceğini değerlendirdi. Dava Dairesinin HVO'nun Eski Köprüyü yok etmekte askeri çıkarı olduğu ve köprünün bir askeri hedef olduğu yönündeki kararı ışığında, Temyiz Kurulu hiçbir makul mahkeme heyetinin HVO güçlerinin ayrımcılık yapmak veya terör suçu işlemek adına spesifik bir maksatları olduğu yönünde karar veremeyeceği sonucuna vardı. Temyiz Kurulu - Yargıç Pocar'ın muhalefetiyle - Dava Dairesinin Eski Köprünün imhasının sivillere yönelik işkence ve yasadışı terör suçu oluşturduğuna dair kararını bozdu ve Eski Köprünün imhasına ilişkin suçlardan temyiz yoluna başvuran sanıkların beraatına karar verdi. Temyiz Kurulu aynı zamanda bu kararların Dava Dairesinin Prlić'in HVO'nun Eski Köprüyü imha ederek işlediği suçları bildiği ve bu suçu oluşturan yıkımı önemsizleştirerek veya inkâr ederek JCE'ye katkıda bulunduğu yönündeki kararını bozmayı da beraberinde getirdiği sonucuna vardı.

Dava Dairesi ayrıca HVO'nun Haziran 1993'ten Nisan 1994'e kadar Doğu Mostar'ı kuşattığına, nüfusu sıkışık bir yerleşim bölgesine hapsettiğine hükmetti. HVO, Doğu Mostar'ı yoğun ve kesintisiz olarak bombaladı, sniperlar ile şehri ateş altına aldı, kasten uluslararası örgütlerin üyelerini hedef aldı ve insani yardımı kısıtladı ve engelledi. Bu sırada Doğu Mostar'ı terk edemeyen nüfus; yemeksiz, susuz, elektriksiz ve uygun sağlık yardımı olmaksızın ağır koşullara katlanmaya zorlandı. Dava Dairesi, bu eylemler ile özellikle Mostar Beldesi'ndeki Müslümanlara karşı ayrımcılık ve sivil nüfusa terör uygulanmasına yönelik olduğuna karar verdi. Stojić, Praljak ve Petko-

vić bunlara ve ilgili kararlara itiraz etti. Dava Dairesinin herhangi bir hatasını ispat etmekte başarısız oldular. Temyiz Kurulu itirazlarını reddetti.

Dava Dairesi aynı zamanda saldırı sırasında HVO'nun Doğu Mostar'daki 10 camii de, Prozor Beldesi'ndeki Müslüman mülkleri gibi hedef alarak yıktığını veya önemli ölçüde zarar verdiğine hükmetti. Ancak Dava Dairesi bu olayların Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı bir ihlali olarak nitelendirilemeyeceği şeklindeki bulgularını dikkate almadı ve savaş kanunlarının ve teamüllerinin ihlali olarak haksız yıkıma ilişkin hüküm kurmayı ihmal etti. Bu bir hataydı ve Temyiz Kurulu Savcılığın buna ilişkin temyiz başvurusunu kabul etti ancak buna istinaden temyizde yeni suçları değerlendirmeyi reddetti.

Ocak 1993'de Gornji Vakuf Beldesi'ndeki saldırılara ilişkin, Dava Dairesi HVO'nun gelişigüzel bombalama yaptığına, Duša dahil 4 köye saldırdığına ve bu münasebetle 7 sivil öldürdüğüne hükmetti. Dava Dairesi, Duša'daki saldırının HVO (1) doğası gereği ordu ile sivil hedefleri ayırt etmeyi imkânsızlaştıracak silahlar-daha çok "bomba"- kullanılarak ve (2) sivil nüfusun kaçmasına izin vermek için hiçbir çaba gösterilmediğinden rastgele bir saldırı olduğuna hükmetti. Stojić ve Praljak, Dava Dairesinin bombaların doğası gereği hedef ayırt etmediği sonucuna vararak ve HVO'nun Duša'da imha ettiği evin meşru bir askeri hedef olduğunu hiçe sayarak kurduğu hükmün hatalı olduğunu iddia etti. Temyiz Kurulu, Dava Dairesinin "bombaların" doğasına ilişkin hükmünün, saldırı sırasında kullanılan silahların kaçınılmaz suretle rastgele kullanıldığına dair bir delile dayanmadığına karar verdi. Böyle bir temel yoksunluğundan ötürü Temyiz Kurulu, bombaların doğası gereği rastgele olduğuna dair kararı bozdu. Dava Dairesinin diğer bulguları makul bir mahkeme heyetinin Duša'daki saldırının rastgele bir saldırı olduğu sonucuna varması için yetersizdir. Dava Dairesi'nin diğer 3 köyle eşit şekilde Duša'ya saldırı uygulandığına dair gerekçelendirmesi sebebiyle Temyiz Kurulu bu saldırıların da rastgele olduğuna dair kararı da bozdu.

Dava Dairesi, HVO güçlerinin cinayet ve kasten öldürme saiklerinin olduğuna dair kararının doğruluğunu temellendirmek için

bu saldırının rastgele doğasına dayandı. Savcılık, Dava Dairesinin HVO'nun meşru askeri noktaları hedef aldığına dair iddiaları reddetmesinin isabetli olduğunu ve eğer saldırı rastgele değildiye bile bu saldırının sivillere karşı kasıtlı bir saldırı olduğunu iddia etti. Savaş eylemleri ve köyün savunucularının pozisyonları göz önüne alındığında, Temyiz Kurulu hiçbir makul mahkeme heyetinin HVO güçlerinin Duša özelinde cinayet ve kasten öldürme saiklerinin olduğu sonucuna varamayacağına hükmetti. Dava Dairesinin bu somut yanlışlığı adli bir hataya sebep oldu ve Temyiz Kurulu Duša'daki ölümlere ilişkin müteakip kararları ve mahkûmiyetleri de bozdu. Temyiz Kurulu, Dava Dairesinin aynı gün 4 köydeki saldırı sırasında gerçekleşen haksız olarak mülke zarar verme kararını ve bununla ilgili olarak işkenceye yönelik kararlarını da bozdu.

Duša'daki ölümlere ilişkin kararların bozulması, Dava Dairesinin; 1993 Ocak-Haziran ayları arasında, Doğu Mostar kuşatması başladığı sırada, HVO'nun alenen kanlı eylemlerine başladığı yönündeki kararlarına da etki etti. Temyiz kurulu bu sebeple, Dava Dairesinin önceki kararlarında değerlendirildiği gibi kasten öldürme ve cinayet suçlarının Ocak 1993'ten Haziran 1993'e kadar değil sadece Haziran 1993'ten itibaren JCE'nin genel suç saikinin bir parçası olduğunu kabul etti. Sonuç olarak, Temyiz Kurulu, temyiz başvurusunda bulunan sanıkların Nisan 1993'te Tošćanica'da Prozor Beldesi'nde 2 silahsız kişiyi öldürmekten ötürü aldıkları mahkûmiyeti JCE kapsamının dışında olması nedeniyle bozdu. Temyiz Kurulunun bu bozma kararı; Dava Dairesinin, Prlić Nisan 1993'te gerçekleşen diğer cinayetlerin geldiğini öngörebilirdi ve bu riski isteyerek aldı şeklindeki kararının isabetliliğini de etkilemektedir.

Dava Dairesi aynı zamanda Duša ve diğer köylerdeki saldırıların ardından HVO askerlerinin Bosnalı Müslümanların evlerini ateşe verdiği, sivilleri yasadışı tutukladığı ve alıkoyduğu, kadın çocuk ve yaşlıları zorla uzaklaştırdığı ve kanunsuzca yerlerinden ettiğine hükmetti. Praljak bu kararlara karşı itirazda bulundu. Hata edildiğine dair iddialarını kanıtlamakta başarısız oldu ve bu nedenle talebi reddedildi.

Ortak Suç Girişimi

Şimdi Dava Dairesinin JCE ve temyiz başvurusunda bulunan sanıkların sorumluluklarının, bu sorumluluk türlerinden birinci ve üçüncü kategoriye uygunluklarına ilişkin bulgulara dönüyorum. Temyiz Kurulunun bu temyiz gerekçelerini değerlendirmesi, temyiz yargılamasının çoğunu oluşturmaktadır. Özetlemek adına, sadece temel sonuçlara odaklanacağım. Bunu yapmadan önce, Savcılığın JCE'ye yönelik isnatları kapsamında muhalefetine ilişkin, Yargıç Počar'ın 2,3 ve 21 de sayılı JCE I suçlarına istinaden çoğunluk görüşüne katılmadığını işaret ederim.

İlk olarak, temyiz başvurusunda bulunan sanıkların geleneksel uluslararası hukukta JCE sorumluluğunun varlığına ilişkin itirazlarını ele alıyorum. Prlić, Praljak, Ćorić ve Pušić, Temyiz Kurulunun JCE'nin, her şekilde, uluslararası hukuk teamüllerine göre kesin sorumluluğu olduğuna ilişkin önceki içtihatlarından ayrılması için inandırıcı sebepleri olduğu yönündeki iddialarını sürdürdü. Herhangi bir inandırıcı sebebin varlığını ispatlamakta başarısız oldular ve itirazları reddedildi.

Dava Dairesinin JCE'nin nihai amacını nasıl tanımladığına dönüldüğünde; Prlić, Stojić, Praljak ve Pušić Dava Dairesinin JCE'nin nihai amacının Franjo Tuđman ve diğer liderlerle aynı olup; önceki sınırların yeniden tesis edilmesini ve Hırvat halkının yeniden birleştirilmesini kolaylaştıracak bir Hırvat Birliği kurmak olduğu yönündeki kararına itiraz ettiler. Temyiz Kurulu, itiraz eden sanıkların Dava Dairesinin ilgili delilleri yanlış yorumladığını, herhangi bir delili değerlendirmediyi veya bu sonuca ulaşırken hata yaptığını ispat edemediğine karar verdi. Petković ve diğerleri Dava Dairesinin JCE'nin nihai amacına ilişkin kararlarına çeşitli maddi hataların dayanak oluşturduğunu iddia etti. İddiaları mesnetsiz bulundu ve itirazları reddedildi.

Temyiz başvurusunda bulunan 6 sanığın tümü, Dava Dairesinin JCE üyelerinin ortak suç saikinin Müslüman nüfusun etnik temizliği yoluyla [Hırvatistan Hersek-Bosna Hırvatları] (Croats of the Croatian Republic of Herceg-Bosna) tarafından egemenlik sağlanması olduğu hükmüne itiraz etti. Özellikle, bu ortak suç saiki tanımlamasına iliş-

kin, Dava Dairesinin; tanımlamanın kapsamına buna müteakip ilerlemesine olan yaklaşımı ve uygulanma aşamalarına yönelik bulgularında hata bulunduğunu iddia ettiler. İtirazlarının kapsamına yönelik itirazda bulunanların hiçbiri Dava Dairesinin bu konular hakkındaki kararlarına ilişkin herhangi bir maddi veya hukuki hataya işaret etmediler.

Prlić, Dava Dairesinin JCE'nin asıl üyesi olarak insani yardımların engellenmesi ve Müslümanların kitlesel olarak tutuklanması olaylarına katılması, Gornji Vakuf Beldesi'ne saldırı planlamasına katılımı, nüfusun tahliye ve sürgünü, suçların gizlenmesi de dahil olmak üzere Ocak 1993'ten Nisan 1994'e kadar önemli ölçüde katkıda bulunduğu dair karara itiraz etti. Prlić, Dava Dairesinin kendisinin sivil ve askeri yetkilerine, JCE'ye önemli ölçüde katkıda bulunma şekli ve amacı; suçları JCE kapsamı dışında öngörebilme kabiliyeti ve bu riski alma isteğine istinaden yanıldığını iddia etti. Temyiz Kurulu bu bağlamda bir hata bulamadığından bu yöndeki temyiz talebini reddetti.

Stojić, Dava Dairesinin; kendisinin HVO ve Askeri Polisi kumanda ettiğine, üzerinde etkili bir kontrolü olduğuna, suçlarını önlemek ve cezalandırmakta başarısız olduğuna, HVO ve Askeri Polisi suç işlemek için kullandığına ve JCE'ye katkıda bulunduğuna ilişkin kararlarına itiraz etti. Stojić, Dava Dairesinin çeşitli belde ve tutuklu merkezlerindeki suçlar hakkında kendisinin bilgisi olduğuna dair karara da itiraz etti. İtirazlarını inceleyen Temyiz Kurulu; Stojić'in Dava Dairesinin bu yöndeki kararını verirken hataya düştüğünü kanıtlamakta başarısız olduğuna karar verdi. Fakat Temyiz Kurulu, Prozor Ortaokul Okulu'ndan uzaklaştırılan sivillerin Ljubuški Cezaevi'nde gözaltına alındığını Temmuz 1993'te öğrenmesi ve kabullenmesine ilişkin itirazını kabul etmesine karşın, bu durumun bir JCE üyesi olarak bu suçlar bakımından genel sorumluluğunu etkilemediğine karar verdi. Temyiz Kurulu aynı zamanda Dava Dairesinin Stojić'in sivillere yönelik terör ile yasadışı eziyet etmesinde ki saikine dair gerekçeli görüş belirtmekte başarısız olduğunu kabul etti ancak Stojić'in bu hatanın, bahsi geçen suçtan ötürü mahkumiyetini nasıl olup da hükümsüz kılacağını kanıtlamakta başarısız olduğuna karar verdi. Stojić, özellikle Müslüman nüfusa karşı ayrımcılık yaptığı, birçok bele-

diye ve tutuklu merkezlerinde suç işleme saikiyle hareket ettiği ve tecavüz, cinsel saldırı ve hırsızlık suçlarının meydana gelmesi riskini isteyerek aldığına ilişkin kararın hatalı olduğunu ispatlayamadı. Bu yönden temyiz talepleri reddedildi.

Praljak, HVO ve onun Askeri Polisi üzerinde komuta yetkisini kullandığına, JCE'ye hizmet ederek Hırvat hükümet ile HVO arasında bir kanal olduğuna ve isteyerek JCE'ye önemli ölçüde katkıda bulunduğuna dair kararlara itiraz etti. Aynı zamanda Dava Dairesinin Praljak'ın dahiliyet, bilgi ve çeşitli belde ve tutuklu merkezlerinde işlenen suçlar bakımından kastına ilişkin kararlarına da itiraz etti. Dava Dairesi, Praljak'ın 9 Kasım 1993'te HVO Genel Kurmay Başkanlığı bünyesindeki görevlerini bırakmasının ardından JCE'ye üye olmayı bıraktığını tespit etti. Dava Dairesi; 9 Kasım 1993'ten sonra meydana gelen suçlardan dolayı, özellikle Doğu Mostar'da bu tarihten önce meydana gelmesi mümkün olmayan yedi caminin yıkılması ve ertesi yıl Doğu Mostar'da meydana gelen keskin nişancı olaylarına dair Praljak'ın suç işleyip işlemediği yönünde makul bir görüş belirtmekte başarısız oldu. Temyiz Kurulu, Praljak'ın 9 Kasım 1993'ten sonra meydana gelen suçlardan sorumlu tutulamayacağına karar verdi. Temyiz Kurulu, Dava Dairesinin Praljak'ın sivillere yönelik yasadışı terör ikası saikine ilişkin makul bir gerekçe ortaya koymakta başarısız olduğuna ancak Praljak'ın da bu hatanın mahkumiyetini nasıl hükümsüz kılacağını kanıtlamakta başarısız olduğuna karar verdi. Temyiz Kurulu aynı zamanda Praljak'ın, 23 Ekim 1993 tarihinde Vareš Beldesi'ndeki Stupni Do'da meydana gelen cinayetlerin ve mala zarar suçunun kolaylaştırdığı sonucuna hiçbir makul mahkeme heyetinin varamayacağı itirazını kabul etti. Ancak Praljak, Vareš Beldesi'ndeki operasyonların planlanmasına ve yönetilmesine katıldığına ilişkin tespitinde bir hata yapıldığını ispat etmedi ve Temyiz Kurulu bu konuda JCE'ye katkısını onayladı. Praljak'ın geriye kalan iddiaları reddedildi.

Petković, Dava Dairesinin belli gruplar tarafından işlenen suçlar bakımından sorumluluğu da dahil olmak üzere, kendisinin yetkisi ve fonksiyonları, beldelerde ve tutuklu merkezlerinde işlenen suçlarla ilgisi ve JCE kapsamında olmayan suçlar bakımından öngörü kabiliyeti ve saiki hakkında hataya düştüğünü iddia etti. Vareš kasaba-

sındaki Müslüman erkeklerin tutuklanmaları da dahil olmak üzere, Stupni Do'daki cinayetler ve mala zarar suçlarına istinaden, Temyiz Kurulu, makul bir mahkeme heyetinin Petković'in bu suçlara doğrudan katıldığı sonucuna varabilmesi için yetersiz delil olduğuna karar verdi. Ancak bunun bir etkisi yoktur çünkü Dava Dairesinin bulgularına göre; Petković bu suçlardan haberdardır ve faillere karşı önlem almakta başarısız olmuştur, Stupni Do'ya dair sahte bir soruşturma başlatmış ve suçları kabul etmiştir. Temyiz Kurulu, Dava Dairesinin Petković'in Bruno Bušić Alayı'nın suçlarını üç ay sonra öğrendiği sonucuna varmak için yeterli delil olmasına karşın; hiçbir delile dayanmaksızın Petković'in, Ocak 1993'te Gornji Vakuf Belde-si'nde alayın suç işlediğini bildiğine dair hatalı bir şekilde karar verdiğine hükmetti. Temyiz Kurulu; Petković'in Nisan 1993'ten önce alayın işlediği suçları bildiği halde alayı yeniden görevlendirerek alayın suçlarına katkıda bulunduğu dair verilen kararı bozdu. Son olarak Temyiz Kurulu, Petković'in, Dava Dairesinin dini kurumların imhası ve kasten zarar verilmesinin JCE'nin ortak ceza saikinin bir parçası olduğu tespitinden önceki iki caminin imhasına ilişkin, JCE yükümlülüğünün ilk kategorisine dayanan sorumluluğuna itirazını kabul etti. Dava Dairesinin JCE sorumluluğunun üçüncü kategorisine uygun olarak bu camilerin tahrip edilmesine dair sorumluluğa ilişkin tespitleri doğrultusunda Temyiz Kurulu Petković'i sorumlu buldu. Petković'in diğer itirazları reddedildi.

Ćorić, JCE'ye katlıklarına, aynı zamanda kastına ilişkin Dava Dairesinin kararlarına itiraz etti. Yani; Ćorić, hem kastına hem de JCE kapsamında olmayan suçları öngörme ve ehliyeti ile beraber risk alma niyetine itiraz etti. Temyiz Kurulu Ćorić'in yargılama sırasında ispat edilemeyen, Dava Dairesi tarafından reddedilmelerinde ise temyiz müdahalesini gerektirecek herhangi bir hata bulunmayan iddialarını tekrar ettiğini tespit etti. Ćorić, sürekli olarak karşı çıktığı iddiaları tanımlamakta başarısız oldu; Dava Dairesinin maddi gerçeğe dayalı kararlarını saptırdı; gelişmemiş, konu dışı ve belirsiz iddiaları öne sürdü. Temyiz inceleme standartlarına uygun başvurularına istinaden Temyiz Kurulu iddialarının hiçbirinin bir hata ortaya koyamadığına karar verdi. Özellikle de, Ćorić; Dava Dairesinin, kendisinin yetkisine ve HVO tutuklu merkezlerindeki fonksiyonlarına

ve beldelerde işlenen diğer suçlara olan katkısına ilişkin kararında hataya düştüğünü ispat edememiştir. Ćorić'in itirazları reddedildi.

Pušić, Dava Dairesinin, Pušić'in yetkisine ve HVO'nun tutuklu merkezi zincirlerindeki suçlara esir değişimi ile katkıda bulunması ve çeşitli beldelerde HVO suçlarıyla ilgili sahte bilgileri yayması ve kastına dayanarak verdiği Nisan 1993'ten Nisan 1994'e kadar JCE üyesi olduğuna ilişkin kararına itiraz etti. Temyiz Mahkemesi temyiz başvurusunu bazı yönleriyle haklı buldu ve bu nedenle Dava Dairesinin Pušić'in JCE'ye katkılarına ilişkin 3 kararını bozdu. Buna karşın, Temyiz Kurulu Dava Dairesinin Pušić'in JCE'ye önemli ölçüde katkıda bulunduğuna dair hükmünün temeli olan kararlar da dahil olmak üzere kararlarının çoğunu onadı. Bunlar, Müslüman tutukluların ABİH topraklarına veya diğer ülkelere gönderilmesine yönelik rolü ve HVO tutuklama merkezleri ağı ile en önemli JCE üyeleri arasındaki bağlantı sağlama rolüyle ilgilidir. Temyiz Kurulu, Pušić'in JCE'ye önemli katkılarda bulunduğu ve bu bağlamda işlediği suçlara ilişkin kastına dair Dava Dairesinin kararında herhangi bir hata bulunduğunu ispat etmekte başarısız olduğuna hükmetti.

Şimdi Savcılığın temyiz başvurusuna dönecek olursak, Savcılık, Dava Dairesinin temyiz başvurusunda bulunanın sorumluluğunu JCE sorumluluğunun üçüncü kategorisine göre değerlendirmekte hataya düştüğünü iddia etti. Temyiz başvurusunda bulunan 6 sanığın tümü bu beraatin isabetli olduğu yanıtını verdiler. Yargıç Liu'nun muhalefetiyle; Temyiz Kurulu Yargılama Hükmünün yakından incelenmesiyle, Dava Dairesinin JCE yükümlülüğünün bu kategorisine ilişkin olarak yanlış öngörülebilirlik standardını uyguladığını gösteren bir dili sıkça kullandığının anlaşıldığına karar verdi. Anlatılanların ışığında ve Dava Dairesinin kullandığı terminolojiye istinaden özellikle Savcılığın itiraz ettiği olaylar bağlamında, Temyiz Kurulu - Yargıç Liu'nun muhalefetiyle - öngörülebilirlik belirlenirken Dava Dairesinin doğru yasal standartların gerektirdiğinden daha yüksek bir eşik uyguladığını tespit etmiştir. Bu hukuki bir hatadır. Ayrıca Temyiz Kurulu - Yargıç Liu'nun muhalefetiyle - Dava Dairesinin Prlić, Stojić, Praljak, Petković ve Óori'yi JCE sorumluluğunun üçüncü kategorisinde sayılan suçlardan sorumlu bulmasına ilişkin olarak makul bir gerekçe oluşturmayarak bir hukuki hataya düştüğüne hükmetti.

Toplu olarak, bu hatalar Prlić'e 26 ayrı cinayet, cinsel saldırı, hırsızlık ve camilere zarar verilmesine ilişkin isnat edilen sorumluluğa; Stojić'e bu gibi 30 olaya ilişkin isnat edilen sorumluluğa; Praljak'a bu gibi 32 olaya ilişkin isnat edilen sorumluluğa; Petković'e camilere zarar verilmesi hariç bu gibi 18 olaya ilişkin isnat edilen sorumluluğa; Ćorić'e bu gibi 31 olaya ilişkin isnat edilen sorumluluğa ve Pušić'e bu gibi 35 olaya ilişkin isnat edilen sorumluluğa ilişkindir.

Savcılık Temyiz Kurulunun bu hataları düzeltmesini, yeni baştan inceleme yapmasını, gerekli unsurların oluştuğuna karar vermesini, beraatların bozulmasını, temyiz başvurusunda bulunan sanıkları suçlu bulmasını ve verilen cezalarının artırılmasını talep etti. Buna alternatif olarak Savcılık Temyiz Kurulundan yargılamaya doğru usulün uygulanması için bu hususun mahkeme heyetine gönderilmesini istedi. Temyiz Kurulu konuyla ilgili delil ve Dava Dairesinin tespitlerini incelemesi durumunda; 11 aylık süre boyunca, 6 belde ve üç tutuklu merkezinde meydana gelen, 4 farklı suç tipini içeren sayılı olaylar bakımından temyiz başvurusunda bulunan 6 sanıktan her birinin sorumluluğuna dair karar vermek zorunda olduğunu tespit etti. Üstelik, kastlarına (*mens rea*) ilişkin deliller çeşitli yerlerde bir yıldan uzun süren idare, bilgi ve saiklerine ilişkin olup doğası gereği dolaylı delillerdir. Böylesine bir analiz yapmak, bütün duruşma tutanaklarının yeniden değerlendirilmesini, yani aslında, Temyiz Kurulunun baştan karar vermesini gerektirir. Fakat temyiz bir davanın yeni baştan (*de novo*) görülmesi değildir ve Temyiz Kurulunun birinci derece mahkeme heyeti gibi hareket etmesi beklenemez. Temyiz Kurulu bu nedenle JCE yükümlülüğünün üçüncü kategorisinin unsurlarının söz konusu olaylarla uyuşup uyüşmadığını incelemeyi reddetti. Ayrıca, diğerlerinin yanı sıra, 10 ila 25 yıl arası değişen hapis cezalarını konu alan, 13 yıldır devam eden sürüncemedeki tahkikat göz önüne alındığında Temyiz Kurulu, yeniden yargılamayı veya tahkikatın ilerleyen aşamalarında sınırlı konuları alt mahkemeye iade etmeyi reddetmektedir.

Alıkonan kişileri öldürmek hususundaki olaylara istinaden, Temyiz Kurulu, - Yargıç Liu'nun muhalefetiyle - Savcılığın Prlić'in ve Petković'in JCE sorumluluğunun üçüncü kategorisinde yer alan suçlarından dolayı makul herhangi bir kuşkunun bulunmadığını ve hiç-

bir makul mahkeme heyetinin onları bu suçlardan beraat ettirmeyeceğini ispat ettiğine hükmetti. Böylelikle, Dava Dairesi maddi hataya düştü. Temyiz Kurulu, bu temyiz talebine istinaden yeni mahkumiyetler tesis etmeyi reddetti.

Üstün Sorumluluk

Savcılık aynı zamanda, Dava Dairesinin, Prlić, Stojić, Praljak, Petković ve Ćorić'in üstün sorumluluklarına hükmetmekte başarısız olduğunu iddia etti ve onlar da hiçbir hata olmadığı ve temyizde bu sözde hatanın giderilmesi adına mahkumiyete gidilmesinin haksız olacağı cevabını verdiler. Temyiz Kurulu sanık, yasanın 7 (1) ve 7 (3) maddelerinin her ikisine istinaden toplu olarak suçlandığında, Dava Dairesinin sanığın üstün sorumluluğunun oluşup oluşmadığına yasalar gereğince karar vermesi gerektiğini hatırlattı. Temyiz Kurulu, Dava Dairesinin Prlić, Stojić, Praljak, Petković ve Ćorić'in malum suçları cezalandırmadaki başarısızlıklarından ötürü üstün sorumluluk taşıyıp taşımadığına dair verdiği kararın hatalı olduğuna hükmetti. Temyiz Kurulu Savcılığın temyiz başvurusunu bu yönden kabul etti. Ancak sanıkların üstün sorumluluklarının yeni baştan (de novo) tespitine girişmeyi (başlamayı) veya bu amaçla davanın geri gönderilmesi ya da yeniden yargılama yapılmasını reddetti.

Dava Dairesi, Ćorić'i Ekim 1992'de Prozor Beldesi'nde işlenen suçlarda özellikle de yaklaşık 75 Müslüman evi ve diğer mülklerine zarar verilmesinin yanı sıra araçların hırsızlığında üstün sorumlu buldu. Dava Dairesinin delil değerlendirmesi sonucu Ćorić'in failler üzerinde etkin kontrol uyguladığına, işlenen suçları biliyor veya bilme imkanının olduğuna ve failleri cezalandırmakta başarısız olduğuna dair kararlarına Ćorić itiraz etti. Temyiz Kurulu Ćorić'in Dava Dairesinin hataya düştüğünü ispat edemediğine karar verdi ve bu sebeple temyiz başvurusunu reddetti.

Mahkumiyetler İctimai

Ćorić aynı zamanda Cenevre Sözleşmeleri'nin ve savaş yasaları veya geleneklerini ağır ihlali gerekçesiyle olduğu gibi savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlarla da ilgili olarak Dava Dairesinin

toplu olarak mahkumiyete karar vererek hataya düştüğünü iddia etti. Temyiz Kurulu Ćorić'in aynı suç dizisine ilişkin maddi olarak belirgin unsurların bulunması halinde mahkumiyete karar verilebileceğine dair köklü yasal standardı yanlış yorumladığına ve Dava Dairesinin böylesine bir mahkûmiyet vermesinde hata olduğunu ispat edemediğine karar verdi. Ćorić'in iddiaları reddedildi.

Hüküm

Şimdi Praljak hariç bütün tarafların itirazlarına ilişkin hüküm kuruyorum.

Temyiz Kurulu; Savcılığın, Dava Dairesinin hükmünde Ćorić'in üstün sorumluluğunu dikkate almadığına dair iddiasını haklı buldu. Temyiz Kurulu, Savcılık tarafından sunulan diğer bütün temyiz gerekçelerinin yanı sıra temyiz başvurusunda bulunan sanıkların ağırlık, ağırlaştırıcı koşullar, hafifletici sebepler, eski Yugoslavya ve diğer davalardaki ceza uygulamalarına ilişkin karşılaştırmalara dair itirazlarını reddetti.

Stojić, Petković, Ćorić ve Pušić, Dava Dairesinin daha önce hapsite yatılan süreyi hesaplarken hatalı şekilde, ev hapsinde oldukları ve tıbbi tedavi aldıkları zamanlar da dahil olmak üzere geçici serbest bırakılma sürelerini hariç tuttuğunu iddia etti. Temyiz Kurulu Tüzüğü'nün 101 (C) Maddesinin; teslim olma, yargılanma veya temyiz bekleme aşamasında "tutuklunun gözaltında tutulduğu süre" nin mahsup edilmesini sağladığını hatırlattı. Temyiz Kurulu - Yargıç Liu'nun kısmi muhalefetiyle - Stojić, Petković, Ćorić ve Pušić'e uygulanan geçici serbest bırakmanın gözaltında tutma koşullarını sağlamadığına hükmetti ve bu sebeple Dava Dairesinin süreyi hesaplarken geçici serbest bırakma sürelerini dahil etmeyerek hataya düştüğü yönündeki itirazları reddetti.

Sonuç olarak, Temyiz Kurulunun tespitlerinin Dava Dairesinin verdiği hükme olan etkisine istinaden, Temyiz Kurulu temyiz başvurusunda bulunan 6 sanığın suçlu bulunmalarına dair kararları ve belirli mahkumiyetlerin kapsamını değerlendirdi. Böylece, altısı da çok sayıda ve çok ciddi suçlarla mahkûm edildi.

Hüküm

Yukarıdaki sebeplerle **TEMYİZ KURULU**,

Yasanın 25. Maddesi ve Tüzüğü'nün 117. ve 118. Maddelerine **İSTİNADEN**;

20-24 ve 27-28 Mart 2017 tarihlerinde taraflarca itiraz ve iddiaların sunulduğu Temyiz Duruşmasında;

Açık Celsede;

JADRANKO PRLIĆ YÖNÜNDEN,

Prlić'in temyiz başvurusunun tamamen **REDDİNE**;

Stojić'in 45.1 temyiz gerekçesinin ve Praljak'ın 12 numaralı temyiz gerekçesinin kabulünün sonucu olarak, Prlić'in JCE katılımcısı olması dolayısıyla: (1) insanlığa karşı suçlar olarak; işkence, cinayet ve insanlık dışı muamele ve kasten öldürme ve Duša'nın Gornji Vakuf Beldesi'nde yedi sivil öldürülmesine istinaden Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali olarak insanlık dışı muamele (1, 2, 3, 15 ve 16 da sayılan, hepsi kısmen); (2) Tošćanica, Prozor Beldesi'ndeki iki silahsız sivilin öldürülmesine ilişkin Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali olarak insanlığa karşı suç ve kasten öldürme (2 ve 3 te sayılan, her ikisi de kısmen) ve (3) Nisan 1993'te Jablanica Beldesi'nde işlenen gözaltına alınmalarla bağlantılı cinayetlere istinaden Cenevre Sözleşmeleri'nin esas ihlali olarak insanlığa karşı suç ve kasten öldürme olarak cinayete (2 ve 3 te sayılan, her ikisi de kısmen) dair mahkumiyet kararlarının **BOZULMASINA**;

Savcılığın 3. temyiz gerekçesine cevaben Prlić, Stojić, Praljak ve Ćorić tarafından öne sürülen çeşitli ek gerekçelerin dinlenilmesine izin verilmesinin sonucu olarak; Prlić'in JCE katılımcısı olması dolayısıyla: (1) 18 Ocak 1993 tarihinde Gornji Vakuf Beldesi'ndeki evlere saldırılar sırasında zarar verilmesine ilişkin insanlığa karşı suç olarak (1 de sayılan, kısmen); ve (2) Yargıç Pocar'ın muhalefetiyle, Mostar Eski Köprüsü'nün yok edilmesine ilişkin insanlığa karşı suç ve savaş yasalarının ve de geleneklerinin ihlali olarak sivillere karşı yasadışı terör uygulanmasına (1 ve 25 te sayılan, kısmen) dair mahkumiyet kararlarının **BOZULMASINA**;

Prlić'in, JCE katılımcısı olması dolayısıyla askeri gerekliliklerle haklı çıkarılmayacak olan Vareš Beldesi'ndeki evlerin ve binaların tahrip edilmesiyle ilgili olarak Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali ile yasadışı ve kötü niyetle mülke esaslı bir biçimde zarar verilmesine ilişkin mahkûmiyet kararının **BOZULMASINA**;

Yargıç Liu'nun 25'de sayılan suça istinaden muhalefetiyle ve Yargıç Pocar'ın 2,3 ve 21 sayılı suçlara istinaden kısmen muhalefetiyle, Prlić'in 1-13, 15-16, 18-19, 21,25 sayılı suçlara dair mahkumiyetinin **ONANMASINA**;

Yargıç Liu'nun muhalefetiyle, Savcılığın bu Kararın 3079 ve 3114'üncü paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin Prlić'in JCE'ye katılımcı olarak sorumluluğuyla ilgili temyiz gerekçelerinden 1(C)'nin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda beraatin bozulması veya yeniden yargılamaya veya başka merciiye havaleye hükmedilmesi talebinin **REDDİNE**;

Yargıç Liu'nun muhalefetiyle, Savcılığın temyiz başvurusunun 1(E) gerekçesinin kısmen **KABULÜNE** ve Yargıç Liu'nun muhalefetiyle, Dava Dairesinin Prlić'i JCE'ye katılımı süresince (1) 16 Temmuz 1993'te Dretelj Cezaevindeki bir Müslüman tutuklunun ve (2) 5 Aralık 1993 tarihinde (2 ve 3 te sayılan, her ikisi de kısmen) Vojno Tutuklu Merkezindeki bir tutuklunun öldürülmesine istinaden insanlığa karşı bir suç olarak kasten öldürme ve Cenevre Sözleşmelerinin esaslı ihlalinden suçlu bulmamakta hataya düştüğünün **HÜKMÜNE**; ancak bu bağlamda yeni bir mahkumiyet oluşturulması talebinin **REDDİNE**;

Prlić'in bu Kararın 3134 ve 3151 no.lu paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin üstün sorumluluğuna dair Savcılığın 2 numaralı temyiz gerekçesinin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda yeni bir mahkûmiyet oluşturulması talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesinin kısmen **KABULÜNE** ve Dava Dairesinin (1) 1993 Mayıs veya Haziran ayları ile Temmuz başı arasında Prozor Beldesi'ndeki Müslüman mülklerine; (2) 1993 Haziran ve Aralık ayları arasında (20 de kısmen sayılan) Mostar Beldesi, Doğu Mostar'daki camilere; askeri gerekliliklerce haklı gösterilemeyecek saldırılar sırasında savaş yasaları ve gelenekleri ihlal edilerek

şehirlerin, kasabaların ve köylerin yıkımına ilişkin suçlamalara gir-
meyerek hataya düştüğünün **HÜKMÜNE**, ancak bu konuda Prlić'e
karşı yeni mahkumiyet oluşturulması talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın, Prlić'e ilişkin temyiz başvurusunun diğer bütün itiraz-
lar bakımından **REDDİNE**;

Yasanın 101 (C) maddesi uyarınca tutuklu olarak geçirdiği süre
mahsup edilerek 25 yıl hapis cezasının **ONANMASINA**;

BRUNO STOJIC YÖNÜNDEN,

Stojić'in temyiz gerekçelerinden 41.1'in **KABULÜNE**; ve Duša,
Gornji Vakuf Beldesi'ndeki yedi sivilin öldürülmesine istinaden, JCE
katılımcısı olması dolayısıyla insanlığa karşı suçlar olarak işkence ve
cinayet ve de Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlalleri olarak insan-
lık dışı muamele ve kasten öldürmeye dair mahkumiyetlerin **BO-**
ZULMASINA (1, 2, 3, 15, ve 16 da sayılan, kısmen);

Yargıç Liu'nun kısmi ve Yargıç Pocar'ın kısmi muhalefetiyle, diğer
tüm itirazlar bakımından Stojić'in temyiz başvurusunun **REDDİNE**;

Stojić'in 45.1 sayılı temyiz gerekçesinin ve Praljak'ın 12 sayılı
temyiz gerekçesinin kabulünün sonucu olarak, Stojić'in JCE katı-
lımcısı olması dolayısıyla insanlığa karşı suçlardan kasten cinayet ve
Cenevre Sözleşmelerinin esaslı ihlali olarak Tošćanica, Prozor Bel-
desi'ndeki iki silahsız adamı öldürmekten (2 ve 3 te sayılan, ikisi de
kısmen) mahkumiyetinin **BOZULMASINA**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesine cevaben ayrı ayrı Prlić,
Stojić, Praljak ve Ćorić tarafından sunulan itirazların ek gerekçe-
lerinin kabulünün bir sonucu olarak Stojić'in JCE katılımcısı olması
dolayısıyla (1) 18 Ocak 1993 tarihinde Gornji Vakuf Beldesi'ndeki
evlere saldırı sırasında mala verilen zarara ilişkin insanlığa karşı suç
olarak işkenceye (1 de sayılan, kısmen); ve (2) Yargıç Pocar'ın mu-
halefetiyle Mostar Eski Köprüsü'nün imha edilmesine ilişkin insanlı-
ğa karşı suç olarak işkence ve insanlığa karşı suç ve savaş yasalarının
ve de geleneklerinin ihlali olarak sivillere karşı yasadışı terör uygu-
lanmasına dair (1 ve 25 te sayılan, her ikisi de kısmen) mahkumiyet-
lerinin **BOZULMASINA** ;

Stojić'in, JCE katılımcısı olması dolayısıyla askeri gerekliliklerle haklı çıkarılmayacak ve Vareš Beldesi'ndeki evlerin ve binaların tahrip edilmesiyle ilgili olarak Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali ile yasadışı ve kötü niyetle mülke esaslı bir biçimde zarar verilmesine (19 da sayılan, kısmen) dair mahkûmiyet kararının re'sen, *proprio motu*, **BOZULMASINA**;

Stojić'in JCE III sorumluluğu altında, bir JCE katılımcısı olması dolayısıyla Heliodrom'daki tutukluların zorla iş gücü veya insan kalkanı olarak kullanılması esnasında öldürülmesi nedeniyle Cenevre Sözleşmelerinin esaslı ihlali ve insanlığa karşı suç olarak cinayetten mahkumiyetlerinin **BOZULMASINA** (2 ve 3 te sayılan, her ikisi de kısmen); ancak JCE I sorumluluğu altında bu cinayetlerle ilgili olarak aynı suçlardan mahkumiyetlerinin **ONANMASINA** (2 ve 3 te sayılan, her ikisi de kısmen);

Yargıç Liu'nun 25 sayılı suça istinaden muhalefetiyle ve Yargıç Pocar'ın 2,3 ve 21 sayılı suçlara istinaden kısmen muhalefetiyle, Stojić'in 1-13, 15-16, 18-19, 21,25 sayılı suçlara dair mahkumiyetinin **ONANMASINA**;

Yargıç Liu'nun muhalefetiyle, Savcılığın bu Kararın 3030, 3079 ve 3114'üncü paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin Stojić'in JCE'de katılımcı olarak sorumluluğuyla ilgili temyiz gerekçelerinden 1(A) ve 1(C)'nin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda beraatın bozulmasına veya yeniden yargılamaya veya başka merciye havaleye hükmedilmesi talebinin **REDDİNE**;

Stojić'in bu Kararın 3134 ve 3151 no.lu paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin üstün sorumluluğuna dair Savcılığın 2 numaralı temyiz gerekçesinin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda beraatın bozulmasına veya yeniden yargılamaya veya başka merciye havaleye hükmedilmesi talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesinin kısmen **KABULÜNE** ve Dava Dairesinin (1) 1993 Mayıs veya Haziran ayları ile Temmuz başı arasında Prozor Beldesi'ndeki Müslüman mülklerine; (2) 1993 Haziran ve Aralık ayları arasında (20 de kısmen sayılan) Mostar Beldesi, Doğu Mostar'daki camilere; askeri gerekliliklerce haklı gösterilemeyecek saldırılar sırasında savaş yasaları ve gelenekleri ihlal

edilerek şehirlerin, kasabaların ve köylerin yıkımına ilişkin suçlamalara girmeyerek hataya düştüğünün **HÜKMÜNE**, ancak bu konuda Stojić'e karşı yeni mahkumiyet oluşturulması talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın, Stojić'e ilişkin temyiz başvurusunun diğer bütün itirazlar bakımından **REDDİNE**;

Yasanın 101 (C) maddesi uyarınca tutuklu olarak geçirdiği süre mahsup edilerek 20 yıl hapis cezasının **ONANMASINA**;

SLOBODAN PRALJAK YÖNÜNDEN,

Praljak'ın 12 sayılı temyiz gerekçesinin **KABULÜNE** ve JCE katılımcısı olarak, Duša, Gornji Vakuf Beldesi'nde yedi sivilin öldürülmesine istinaden insanlığa karşı suçlar bakımından; işkence, cinayet ve insanlık dışı muamele ve kasten öldürme suçlarından ötürü Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali sebebiyle (1, 2, 3, 15 ve 16 da sayılan, hepsi kısmen) mahkumiyetinin **BOZULMASINA**;

Praljak'ın 44.1 sayılı temyiz gerekçesinin, bu kararın 2003. paragrafında düzenlenen Praljak'ın JCE katılımcısı olarak sorumluluğunu ilgilendiren kapsamda, kısmen **KABULÜNE**;

Diğer tüm itirazlar bakımından Praljak'ın temyiz başvurusunun **REDDİNE**;

Stojić'in 45.1 sayılı temyiz gerekçesinin ve Praljak'ın 12 sayılı temyiz gerekçesinin kabulünün sonucu olarak, Praljak'ın JCE katılımcısı olması dolayısıyla insanlığa karşı suçlardan kasten cinayet ve Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali olarak Tošćanica, Prozor Beldesi'ndeki iki silahsız adamı öldürmekten (2 ve 3 te sayılan, ikisi de kısmen) mahkumiyetinin **BOZULMASINA**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesine cevaben ayrı ayrı Prlić, Stojić, Praljak ve Ćorić tarafından sunulan itirazların ek gerekçelerinin kabulünün bir sonucu olarak Praljak'ın JCE katılımcısı olması dolayısıyla (1) 18 Ocak 1993 tarihinde Gornji Vakuf Beldesi'ndeki evlere saldırı sırasında mala verilen zarara ilişkin insanlığa karşı suç olarak işkenceye (1 de sayılan, kısmen); ve (2) Yargıç Pocar'ın muhalefetiyle Mostar Eski Köprüsü'nün imha edilmesine ilişkin insanlık

ğa karşı suç olarak işkence ve insanlığa karşı suç ve savaş yasalarının ve de geleneklerinin ihlali olarak sivillere karşı yasadışı terör uygulanmasına dair (1 ve 25 te sayılan, her ikisi de kısmen) mahkumiyetlerinin **BOZULMASINA**;

Praljak'ın, JCE katılımcısı olması dolayısıyla askeri gerekliliklerle haklı çıkarılmayacak ve Vareš Beldesi'ndeki evlerin ve binaların tahrip edilmesiyle ilgili olarak Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali ile yasadışı ve kötü niyetle mülke esaslı bir biçimde zarar verilmesine (19 da sayılan, kısmen) dair mahkumiyet kararının re'sen, *proprio motu*, **BOZULMASINA**;

Yargıç Liu'nun 25 sayılı suça istinaden ve Yargıç Pocar'ın 2,3 ve 21 sayılı suçlara istinaden kısmen muhalefetiyle, Praljak'ın 1-3, 6-13, 15-16, 18-19, 21,25 sayılı suçlara dair mahkumiyetinin **ONANMASINA**;

Yargıç Liu'nun muhalefetiyle, Savcılığın bu Kararın 3018, 3030, 3079 ve 3114'üncü paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin Praljak'ın JCE üyesi olarak sorumluluğuyla ilgili temyiz gerekçelerinden 1(A) ve 1(C)'nin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda beraatın bozulmasına veya yeniden yargılamaya veya başka merciye havaleye hükmedilmesi talebinin **REDDİNE**;

Praljak'ın bu Kararın 3134 ve 3151 no.lu paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin üstün sorumluluğuna dair Savcılığın 2 numaralı temyiz gerekçesinin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda beraatın bozulmasına veya yeniden yargılamaya veya başka merciye havaleye hükmedilmesi talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesinin kısmen **KABULÜNE** ve Dava Dairesinin (1) 1993 Mayıs veya Haziran ayları ile Temmuz başı arasında Prozor Beldesi'ndeki Müslüman mülklerine; (2) 1993 Haziran ve Aralık ayları arasında (20 de kısmen sayılan) Mostar Beldesi, Doğu Mostar'daki camilere; askeri gerekliliklerce haklı gösterilemeyecek saldırılar sırasında savaş yasaları ve gelenekleri ihlal edilerek şehirlerin, kasabaların ve köylerin yıkımına ilişkin suçlamalara girmeyerek hataya düştüğünün **HÜKMÜNE**, ancak bu konuda Praljak'a karşı yeni mahkumiyet oluşturulması talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın, Praljak'a ilişkin temyiz başvurusunun diğer bütün itirazlar bakımından **REDDİNE**;

Yasanın 101 (C) maddesi uyarınca tutuklu olarak geçirdiği süre mahsup edilerek 20 yıl hapis cezasının **ONANMASINA**;

MILIVOJ PETKOVIĆ' YÖNÜNDEN,

Petković'in 5.2.2.4 sayılı temyiz gerekçesi ve Savcılığın 1 numaralı temyiz gerekçesinin kısmen **KABULÜNE**; ve Dava Dairesinin, Petković'in JCE katılımcısı olarak; JCE I sorumluluğu altında; Mostar Beldesi'ndeki Baba Beşir Camii ve Prozor Beldesi'ndeki Skrobućani camisinin tahrip edilmesine istinaden savaş yasa ve gelenekleri ihlal edilerek din ve eğitim kurumlarının tahrip edilmesi ve kasten zarar verilmesinde (21 de sayılan, kısmen) sorumlu bulunduğu kararın **BOZULMASINA**; ancak bu bakımdan bir JCE katılımcısı olarak JCE III sorumluluğu altında sorumlu olduğunun **HÜKMÜNE**;

Yargıç Liu'nun kısmi muhalefetiyle, Yargıç Pocar'ın kısmi muhalefetiyle, diğer tüm itirazlar bakımından Petković'in temyiz başvurusunun **REDDİNE**;

Stojić'in 45.1 temyiz gerekçesinin ve Praljak'ın 12 numaralı temyiz gerekçesinin kabulünün sonucu olarak, Petković'in JCE katılımcısı olması dolayısıyla: (1) insanlığa karşı suçlar olarak; işkence, cinayet ve insanlık dışı muamele ve kasten öldürme ve Duša'nın Gornji Vakuf Beldesi'nde yedi sivil öldürülmesine istinaden Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali olarak insanlık dışı muamele (1, 2, 3, 15 ve 16 da sayılan, hepsi kısmen) ve (2) Tošćanica, Prozor Beldesindeki iki silahsız sivilin öldürülmesine ilişkin Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali olarak insanlığa karşı suç ve kasten öldürme (2 ve 3 te sayılan, her ikisi de kısmen) dair mahkumiyet kararlarının **BOZULMASINA**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesine cevaben ayrı ayrı Prlić, Stojić, Praljak ve Ćorić tarafından sunulan itirazların ek gerekçelerinin kabulünün bir sonucu olarak Petković'in JCE katılımcısı olması dolayısıyla (1) 18 Ocak 1993 tarihinde Gornji Vakuf Beldesi'ndeki evlere saldırı sırasında mala verilen zarara ilişkin insanlığa karşı suç olarak işkenceye (1 de sayılan, kısmen); ve (2) Yargıç Pocar'ın mu-

halefetiyle Mostar Eski Köprüsü'nün imha edilmesine ilişkin insanlı-
ğa karşı suç olarak işkence ve insanlığa karşı suç ve savaş yasalarının
ve de geleneklerinin ihlali olarak sivillere karşı yasadışı terör uygu-
lanmasına dair (1 ve 25 te sayılan, her ikisi de kısmen) mahkumiyet-
lerinin **BOZULMASINA** ;

Petković'in, JCE katılımcısı olması dolayısıyla askeri gereklilikler-
le haklı çıkarılamayacak ve Vareš Beldesi'ndeki evlerin ve binaların
tahrip edilmesiyle ilgili olarak Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali
ile yasadışı ve kötü niyetle mülke esaslı bir biçimde zarar verilmesi-
ne (19 ve 22 de sayılan, kısmen) dair mahkumiyet kararının re'sen,
proprio motu, **BOZULMASINA**;

Yargıç Liu'nun 25 sayılı suça ve Yargıç Pocar'ın 2,3 ve 21 sayılı
suçlara istinaden kısmen muhalefetiyle, Petković'in 1-3, 15-16, 18-
19, 21,25 sayılı suçlara ilişkin mahkumiyetinin **ONANMASINA**,

Yargıç Liu'nun muhalefetiyle, Savcılığın bu Kararın 3018, 3030,
3079 ve 3114'üncü paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin Petko-
vić'in JCE üyesi olarak sorumluluğuyla ilgili temyiz gerekçelerinden
1(A) ve 1(C)'nin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda beraatın bozulma-
sına veya yeniden yargılamaya veya başka merciye havaleye hükme-
dilmesi talebinin **REDDİNE**;

Yargıç Liu'nun muhalefetiyle, Savcılığın temyiz başvurusunun
1(E) gerekçesinin kısmen **KABULÜNE** ve Yargıç Liu'nun muha-
lefetiyle, Dava Dairesinin Petković'i JCE'ye üyeliği döneminde 16
Temmuz 1993'te Dretelj Cezaevindeki bir Müslüman tutuklunun ve
1993 Temmuz ortasında üç diğer tutuklunun öldürülmesine istina-
den insanlığa karşı bir suç olarak kasten öldürme ve Cenevre Sözleş-
meleri'nin esaslı ihlalden suçlu bulmamakta hataya düştüğünün
HÜKMÜNE; ancak bu bağlamda yeni bir mahkumiyet oluşturulması
talebinin **REDDİNE**;

Petković'in bu Kararın 3134 ve 3151 no.lu paragraflarında belir-
tilen olaylara ilişkin üstün sorumluluğuna dair Savcılığın 2 numaralı
temyiz gerekçesinin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda beraatın bo-
zulmasına veya yeniden yargılamaya veya başka merciye havaleye
hükmedilmesi talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesinin kısmen **KABULÜNE** ve Dava Dairesinin (1) 1993 Mayıs veya Haziran ayları ile Temmuz başı arasında Prozor Beldesi'ndeki Müslüman mülklerine; (2) 1993 Haziran ve Aralık ayları arasında (20 de kısmen sayılan) Mostar Beldesi, Doğu Mostar'daki camilere; askeri gerekliliklerce haklı gösterilemeyecek saldırılar sırasında savaş yasaları ve gelenekleri ihlal edilerek şehirlerin, kasabaların ve köylerin yıkımına ilişkin suçlamalara girmeyerek hataya düştüğünün **HÜKMÜNE**, ancak bu konuda Petković'e karşı yeni mahkumiyet oluşturulması talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın, Petković'in ilişkin temyiz başvurusunun diğer bütün itirazlar bakımından **REDDİNE**;

Yasanın 101 (C) maddesi uyarınca tutuklu olarak geçirdiği süre mahsup edilerek 20 yıl hapis cezasının **ONANMASINA**;

VALENTIN ĆORIĆ YÖNÜNDEN,

Ćorić'in temyiz gerekçesi 11'in kısmen **KABULÜNE**; ve JCE katılımcısı olması dolayısıyla 10 Kasım 1993 tarihinden itibaren işlediği suçlara ilişkin mahkumiyet kararının **BOZULMASINA**;

Yargıç Liu'nun kısmi muhalefetiyle, diğer tüm itirazlar bakımından Ćorić'in temyiz başvurusunun **REDDİNE**;

Stojić'in 45.1 temyiz gerekçesinin ve Praljak'ın 12 numaralı temyiz gerekçesinin kabulünün sonucu olarak, Ćorić'in JCE katılımcısı olması dolayısıyla: (1) insanlığa karşı suçlar olarak; işkence, cinayet ve insanlık dışı muamele ve kasten öldürme ve Duša'nın Gornji Vakuf Beldesi'nde yedi sivil öldürülmesine istinaden Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali olarak insanlık dışı muamele (1, 2, 3, 15 ve 16 da sayılan, hepsi kısmen) ve (2) Tošćanica, Prozor Belde'sindeki iki silahsız sivilin öldürülmesine ilişkin Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali olarak insanlığa karşı suç ve kasten öldürme (2 ve 3 te sayılan, her ikisi de kısmen) dair mahkumiyet kararlarının **BOZULMASINA**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesine cevaben ayrı ayrı Prlić, Stojić, Praljak ve Ćorić tarafından sunulan itirazların ek gerekçelerinin kabulünün bir sonucu olarak Ćorić'in JCE katılımcısı olması dolayısıyla (1) 18 Ocak 1993 tarihinde Gornji Vakuf Beldesi'ndeki

evlere saldırı sırasında mala verilen zarara ilişkin insanlığa karşı suç olarak işkenceye (1 de sayılan, kısmen); ve (2) Yargıç Pocar'ın muhalefetiyle Mostar Eski Köprüsü'nün imha edilmesine ilişkin insanlığa karşı suç olarak işkence ve insanlığa karşı suç ve savaş yasalarının ve de geleneklerinin ihlali olarak sivillere karşı yasadışı terör uygulanmasına dair (1 ve 25 te sayılan, her ikisi de kısmen) mahkumiyetlerinin **BOZULMASINA**;

Ćorić'in, JCE katılımcısı olması dolayısıyla askeri gerekliliklerle haklı çıkarılmayacak ve Vareš Beldesi'ndeki evlerin ve binaların tahrip edilmesiyle ilgili olarak Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali ile yasadışı ve kötü niyetle mülke esaslı bir biçimde zarar verilmesine (19 da sayılan, kısmen) dair mahkûmiyet kararının re'sen, *proprio motu*, **BOZULMASINA**;

Yargıç Liu'nun 25 sayılı suça ve Yargıç Pocar'ın 21 de sayılı suça ve kısmen 2 ve 3 de sayılı suçlara istinaden muhalefetiyle, Ćorić'in 1-3, 15-16, 18-19, 21,25 sayılı suçlara ilişkin mahkumiyetinin **ONANMASINA**;

Yargıç Liu'nun muhalefetiyle, Savcılığın bu Kararın 3018, 3030, 3079 ve 3114'üncü paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin Ćorić'in JCE üyesi olarak sorumluluğuyla ilgili temyiz gerekçelerinden 1(A) ve 1(C)'nin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda beraatın bozulmasına veya yeniden yargılamaya veya başka merciye havaleye hükmedilmesi talebinin **REDDİNE**;

Ćorić'in bu Kararın 3134 ve 3151 no.lu paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin üstün sorumluluğuna dair Savcılığın 2 numaralı temyiz gerekçesinin **KABULÜNE**; ancak bu bağlamda beraatın bozulmasına veya yeniden yargılamaya veya başka merciye havaleye hükmedilmesi talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesinin kısmen **KABULÜNE** ve Dava Dairesinin (1) 1993 Mayıs veya Haziran ayları ile Temmuz başı arasında Prozor Beldesi'ndeki Müslüman mülklerine; (2) 1993 Haziran ve Aralık ayları arasında (20 de kısmen sayılan) Mostar Beldesi, Doğu Mostar'daki camilere; askeri gerekliliklerce haklı gösterilemeyecek saldırılar sırasında savaş yasaları ve gelenekleri ihlal edilerek şehirlerin, kasabaların ve köylerin yıkımına ilişkin suçlamalara

girmeyerek hataya düştüğünün **HÜKMÜNE**, ancak bu konuda Ćoric'e karşı yeni mahkumiyet oluşturulması talebinin **REDDİNE**;

Coric'in Üstün sorumluluğuna ilişkin Savcılığın 4 numaralı temyiz gerekçesinin, cezalandırılmaya yönelik olarak kısmen **KABULÜNE**;

Savcılığın, Ćoric'e ilişkin temyiz başvurusunun diğer bütün itirazları bakımından **REDDİNE**;

Yasanın 101 (C) maddesi uyarınca tutuklu olarak geçirdiği süre mahsup edilerek 16 yıl hapis cezasının **ONANMASINA**;

BERISLAV PUŠIĆ YÖNÜNDEN,

Yargıç Liu'nun kısmi muhalefetiyle, Pušić'in temyiz başvurusunun tamamen **REDDİNE**;

Stojić'in 45.1 sayılı temyiz gerekçesinin ve Praljak'ın 12 sayılı temyiz gerekçesinin kabulünün sonucu olarak, Pušić'in JCE katılımcısı olması dolayısıyla insanlığa karşı suçlardan cinayet ve Cenevre Sözleşmelerinin esaslı ihlali nedeniyle Tošćanica, Prozor Beldesi'ndeki iki silahsız adamı öldürmekten (2 ve 3'te sayılan, her ikisi de kısmen) mahkumiyetinin **BOZULMASINA**;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesine cevaben ayrı ayrı Prlić, Stojić, Praljak ve Ćoric tarafından sunulan itirazların ek gerekçelerinin kabulünün bir sonucu olarak Pušić'in JCE katılımcısı olması dolayısıyla Yargıç Pocar'ın muhalefetiyle Mostar Eski Köprüsü'nün imha edilmesine ilişkin insanlığa karşı suç olarak işkence ve insanlığa karşı suç ve savaş yasalarının ve de geleneklerinin ihlali olarak sivillere karşı yasadışı terör uygulanmasına dair (1 ve 25 te sayılan, her ikisi de kısmen) mahkumiyetlerinin **BOZULMASINA** ;

Pušić'in, JCE katılımcısı olması dolayısıyla askeri gerekliliklerle haklı çıkarılamayacak ve Vareš Beldesi'ndeki evlerin ve binaların tahrip edilmesiyle ilgili olarak Cenevre Sözleşmeleri'nin esaslı ihlali ile yasadışı ve kötü niyetle mülke esaslı bir biçimde zarar verilmesine (19 da sayılan, kısmen) dair mahkumiyet kararının re'sen, *proprio motu*, **BOZULMASINA**;

Yargıç Liu'nun 25 sayılı suça ve Yargıç Pocar'ın 21 de sayılı suç ve kısmen 2 ve 3 de sayılı suçlara istinaden muhalefetiyle, Pušić'in

1-3, 6-13, 15-16, 18-19, 21, 24-25 sayılı suçlara ilişkin mahkumiyeti-
nin **ONANMASINA**;

Yargıç Liu'nun muhalefetiyle, Savcılığın bu Kararın 3018 ve
3030'uncu paragraflarında belirtilen olaylara ilişkin Pušić'in JCE
üyesi olarak sorumluluğuyla ilgili temyiz gerekçelerinden 1(A)'nın
KABULÜNE; ancak bu bağlamda beraatın bozulmasına veya yeniden
yargılamaya veya başka merciiye havaleye hükmedilmesi talebinin
REDDİNE;

Savcılığın 3 numaralı temyiz gerekçesinin kısmen **KABULÜNE**
ve Dava Dairesinin (1) 1993 Mayıs veya Haziran ayları ile Temmuz
başı arasında Prozor Beldesi'ndeki Müslüman mülklerine; (2) 1993
Haziran ve Aralık ayları arasında (20 de kısmen sayılan) Mostar Bel-
desi, Doğu Mostar'daki camilere; askeri gerekliliklerce haklı gös-
terilemeyecek saldırılar sırasında savaş yasaları ve gelenekleri ihlal
edilerek şehirlerin, kasabaların ve köylerin yıkımına ilişkin suçlama-
lara girmeyerek hataya düştüğünün **HÜKMÜNE**, ancak bu konuda
Pušić'e karşı yeni mahkumiyet oluşturulması talebinin **REDDİNE**;

Savcılığın, Pušić'e ilişkin temyiz başvurusunun diğer bütün itiraz-
ları bakımından **REDDİNE**;

Yasanın 101 (C) maddesi uyarınca tutuklu olarak geçirdiği süre
mahsup edilerek 10 yıl hapis cezasının **ONANMASINA**;

Bu Kararın, Yasa'nın 118 (A) maddesi uyarınca derhal **UYGULAN-
MASINA**;

Yasa'nın 118 (B) maddesi uyarınca; Berislav Pušić'in mümkün
olan en kısa zamanda Lahey'deki UNDU'ya teslim olması veya tutuk-
lanmasının **HÜKMÜNE**;

Yasa'nın 103 (C) ve 107. maddesi uyarınca; temyiz başvurusun-
da bulunan sanıkların, mahkûmiyetlerinin yerine getirileceği Devle-
te nakilleri gerçekleşinceye kadar Mahkemenin nezaretinde kalaca-
ğının **HÜKMÜNE**.

Yargıç Liu Daqun; muhalif görüşler, bir kısmen muhalif görüş ve
bir açıklama ekledi.

Yargıç Fausto Pocar muhalif görüşler ekledi.

LAHEY MAHKEMESİ SREBRENICA ANNELERİ DERNEĞİ V. HOLLANDA KARARININ ÇEVİRİSİ

Çevirenler: Lahika Karaduman*

Cansın Yavuz**

Rüstem Kağan Oktaykaan***

ECLI:NL:GHDHA:2017:3376

Mahkeme	: Lahey Mahkemesi
Karar Tarihi	: 27.06.2017
Yayın Tarihi	: 28.11.2017
Esas numarası	: 200.158.313 / 01 ve 200.160.317 / 01 (İngilizce çeviri)
Yargı Türü	: Hukuk Yargılaması
Yargılama Özellikleri	: İstinaf
Uyarı	: İstinaf kararının bu çevirisi, yalnızca bilgi sağlamaya yöneliktir. Tercüme edilmiş metin gayri resmi bir çeviridir. Bu çevirideki olası hatalar ve/veya eksiklikler nedeniyle sorumluluk iddiasında bulunulamaz. İşbu kararın tek orijinal ve resmi metni Felemenkçedir. (ECLI-numarası: ECLI:NL:GHDHA:2017:1761)
Kaynak	: Rechtspraak.nl

* Avukat, İstanbul Barosu.

** Avukat, İstanbul Barosu.

*** Avukat, İstanbul Barosu.

KARAR

LAHEY İSTİNAF MAHKEMESİ

Medeni Hukuk Bölümü

Esas numaraları : 200.158.313 / 01 ve 200.160.317 / 01

Yerel Mahkeme Esas Numarası : C / 09/295247 / HA ZA 07-2973

27 Haziran 2017 İstinaf Kararı

İşbu davada

1. [Davacı 1],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

2. [Davacı 2],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

3. [Davacı 3],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

4. [Davacı 4],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

5. [Davacı 5],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

6. [Davacı 6],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

7. [Davacı 7],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

8. [Davacı 8],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

9. [Davacı 9],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

10. [Davacı 10],

Bosna-Hersek'te yaşayan [ikamet eden],

11. Amsterdam'da kayıtlı **SREBRENİCA ANNELERİ DERNEĞİ (MOTHERS OF SREBRENICA)**

200.160.317 Esas numaralı davada:

İstinafta davacılar,

Karşı istinafta davalılar,

200.158.313 Esas numaralı davada:

İstinafta davalılar,

Karşı istinafta davacılar,

bundan böyle : **Dernek ve diğerleri** (çoğul) olarak anılacaktır,

Avukat : MR Gerritsen, LLM of Haarlem,

v.

HOLLANDA DEVLETİ (Devlet Bakanlığı, Savunma Bakanlığı ve Dışişleri Bakanlığı),

200.160.317 Esas numaralı davada:

İstinafta davalı,

Karşı istinafta davacı,

200.158.313 Esas numaralı davada:

İstinafta davacı,

Karşı istinafta davalı,

Sıfatıyla yer almakta olup,

bundan böyle : Devlet olarak anılacaktır,

Avukat : G. J. H. Houtzagers, LLM, Lahey

İstinaf Yargılaması

Esas numarası 200.160.317 olan davada:

- 1.1 14 Ekim 2014 tarihli yazı ile Dernek ve diğerleri, Devlet'i, İstinaf Mahkemesi'nin, 16 Temmuz 2014 tarihli Yerel Mahkeme kararıyla; Dernek ve diğerlerinin Devlet'e karşı reddedilen taleplerinin yeni bir yargılama yapılarak kabul edilmesi doğrultusunda 2. derece yargılamasında bozma kararı verilmesi gerektiğini belirterek istinaf yargılamasına çağırmıştır. 7 Temmuz 2015 tarihli istinaf dilekçesinde (delillerle birlikte), Dernek ve diğerleri iddialarını değiştirmiş ve karara karşı itiraz için 48 gerekçe öne sürmüştür. 26

Ocak 2016'da Devlet istinafa cevabında bu gerekçelere ve karşı istinaf başvurularındaki beyanlara itiraz etmiş ve bu husus ayrıntılı olarak 200.158.313 sayılı davada sunulan gerekçelere atıfta bulunularak karşı istinaf başvurusunu beraberinde getirmiştir.

Esas numarası 200.158.313 olan davada

- 1.2 Devlet, 9 Ekim 2014 tarihli bir yazı ile Dernek ve diğerlerini Yerel Mahkemenin 16 Temmuz 2014 tarihli kararının Dernek ve diğerlerinin taleplerinin bütünüyle reddedilerek bozulması yönünde istinaf yargılaması görülmesi istemiyle çağırmıştır.

Devlet, 7 Temmuz 2015 tarihli istinaf dilekçesinde, karara karşı itiraz için 5 gerekçe öne sürmüştür. Dernek ve diğerleri istinafa cevaplarında bu gerekçelere ve karşı istinaf başvurusundaki beyanlara karşı itiraz etmiş, bu husus 200.158.313 sayılı davadaki gerekçelere dayanan ayrıntılarla ilgili istinaf başvurusunu beraberinde getirmiştir.

Ayrıca, her iki davada da:

- 1.3 12 Eylül 2016 tarihinde Dernek ve diğerleri görseller içeren bir flaş disk sunmuştur. Daha önce Yerel Mahkemeye sunulan aşağıdaki belgeler, İstinaf Mahkemesi'ne teslim edilmemiştir: 2002 tarihli NIOD [Hollanda Enstitüsü Savaş Dokümantasyonu] (bundan böyle: NIOD) Srebrenitsa. *Bir 'güvenli' alan. Yeniden Yapılanma, Arka Plan, Sonuçlar ve Güvenli Bir Alanın Düşüşününün Analizi, Bölüm I ila III (bundan böyle: NIOD Raporu olarak anılacak), Barış gerçekleşmeyen Srebrenitsa Misyonusunu soruşturma Meclis Komisyonunun 27 Ocak 2003'te Hollanda Parlamentosu'nun Alt Meclisine sunduğu nihai rapor [Parlamento Belgeleri] II 2002/03, 28506, No 2 ila 3 ve) ve Barış gerçekleşmeyen Srebrenitsa Misyonusunu Meclis Soruşturma Komisyonunun oturumları (Parlamento belgeleri II 2002/2003, 28506, no 5). Bu dokümanlar kamuya açık belgelerdir ve İnternet üzerinden ulaşılabilir. Her iki tarafın da açık kabulleri doğrultusunda bu dokümanlar kamuya açık olması dolayısıyla dava dosyalarının bir parçasıdır.*
- 1.4 6 Ekim 2016 tarihinde taraflar; Dernek ve diğerlerini temsilen Harlem avukatları, LLM ve S.A. M.R. Gerritsen van ve LLM van der

Sluijs, ve Devlet'i temsilen, Lahey avukatları olan LLM G.J.H.Houtzagers ve LLM Teuben şifahen müracaat tutanaklarına dayanarak istinaf başvurusunda bulunmuşlardır. Sonuç olarak, taraflar her iki davada da istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

İstinaf yargılaması kapsamında taraflarca kabul edilen vakalar

Her iki davada da:

- 2.1. İstinaf Mahkemesi, aşağıdaki bulguların bir tarafça ileri sürülerek diğer tarafça ya itiraz edilmediği ya da yeterince uygun gerekçelerle itiraz edilmediği veya Lahey Bölge Mahkemesinin ulaştığı gerçekler ışığında (Elde edilen bulgular altında 2 ya da Değerlendirmeler altında 4) itiraz edilmeyen veya sonrasında istinafta da itirazda bulunulmayarak taraflarca kabul edildiğini varsayar.
- 2.2. 1991 yılına kadar, Sosyalist Yugoslav Cumhuriyeti, Bosna-Hersek, Hırvatistan, Makedonya, Karadağ, Sırbistan ve Slovenya olmak üzere altı (kurucu) cumhuriyetten oluşmaktaydı. Bu cumhuriyetlerde çeşitli çoğunluk ya da azınlıklardan oluşan farklı etnik gruplar (Hırvatlar, Sırp, Müslümanlar ve diğerleri) yaşıyordu. Çağlar boyunca hem barış içerisinde bir arada yaşadılar hem de çatışmalarda oldu. Çatışmalar ise, her zaman bahsi geçen etnik sebeplere dayanmaktaydı.

1991'de Slovenya ve Hırvatistan Cumhuriyetleri'nin Sosyalist Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne karşı bağımsızlıklarını ilan etmelerinin ardından her iki cumhuriyette de savaş patlak verdi.

- 2.3. 2 Ocak 1992'de Hırvatistan'daki savaşın tarafları bir ateşkes ilan ederek BM'ye ait bir barış gücünün gönderilmesi için gerekli şartları sağlayan bir barış planını kabul etti. 21 Şubat 1992 tarihli 743 sayılı Kararı'nda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (bundan böyle: Güvenlik Konseyi olarak anılacaktır), merkezi Saraybosna'da bulunan *Birleşmiş Milletler Koruma Gücü'nü* (bundan böyle: UNPROFOR olarak anılacaktır) kurdu. Karar, *diğerlerinin yanı sıra şunları içermektedir:*

“Yugoslavya'daki durumun uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturmaya devam etmesinden endişe etmekle birlikte (...)

Uluslararası barış ve güvenliğin korunması için Birleşmiş Milletler Beyannamesi uyarınca birincil sorumluluğunu hatırlatarak,
(...)

Birleşmiş Milletler barış planının uygulanmasının Yugoslavya Konferansı'na barışçıl bir siyasi uzlaşma sağlamasına yardımcı olacağına inanarak,

1. 15 ve 19 Şubat 1992 tarihli Genel Sekreter raporlarını onaylanmış (...);

2. Yukarıdaki rapor ve Birleşmiş Milletler barış koruma planına uygun olarak bir Birleşmiş Milletler Koruma Gücü'nü yetkisi dâhilinde kurma kararı verilmiş ve Genel Sekreterin, olası en erken intikali sağlamak için gerekli önlemleri almasını istenmiş;

(...)

5. Birleşmiş Milletlerin barış koruma planınının 1. paragrafı uyarınca Barış Gücününün, Yugoslav krizinin genel çözümününün müzakeresi için gerekli barış ve güvenlik koşullarını yaratmak için geçici bir düzenleme olması gerektiğini hatırlatarak;

(...)

8. Bütün tarafların ve diğerlerinin, 23 Kasım 1991'de Cenevre'de, 2 Ocak 1992'de Saraybosna'da imzalanan ateşkes düzenlemelerine kesinlikle uymalarını ve barışı koruma planının uygulanmasında tamamen ve koşulsuz olarak iş birliği yapmalarını istemekte;

9. Birleşmiş Milletler tarafından gönderilen personelin güvenliğini sağlamak için tüm tarafların ve ilgili diğer kişilerin gerekli önlemleri almalarını talep etmektedir (...) “

UNPROFOR, 1 Nisan 1995'ten itibaren *Birleşmiş Milletler Barış Gücü* olarak değiştirildi (bundan böyle: (aynı zamanda) UNPROFOR veya UNPF).

- 2.4. 3 Mart 1992'de, Bosna-Hersek (kurucu) Cumhuriyeti bir referandum sonrasında Sosyalist Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne karşı bağımsızlığını ilan etmiştir. 27 Mart 1992'de Bosnalı Sırp-lar (Bosna'da yaşayan Sırp-lar) kendilerini bu yeni Bosna Hersek devletinden bağımsız ilan etmiş ve kendi bağımsız devletleri olan Sırp Cumhuriyeti'ni ilan etmişlerdir. Ardından, Bosna Hersek or-

dusu (*Armija Bosna Hersek* (bundan sonra ABİH olarak anılacaktır) ve Bosnalı Sırp ordusu (Yugoslavya Devletinden kalan ve S. Milošović komutasındaki) arasında savaş patlak vermiştir (bundan böyle: *Bosnian Serb Army BSA* veya *Vojska Republije Srpske* VRS olarak anılacaktır).

- 2.5. 8 Haziran 1992 tarihli ve 758 sayılı Karar ile Güvenlik Konseyi, UNPROFOR'un yetkisini Bosna-Hersek'i de kapsayacak şekilde genişletmiştir.
- 2.6. Srebrenitsa, doğu Bosna-Hersek'te bulunan bir kenttir (bundan böyle: Srebrenitsa şehri olarak anılacaktır). 1992 yılından itibaren doğu Bosna Hersek'te, önce Müslüman savaşçılar ile Sırp milisleri arasında, daha sonra AbiH ve VRS arasında çatışmalar sahne almıştır. Sonuç olarak, Bu Müslüman yerleşimleri kurulmuştur. Ocak 1993'de kurulan Srebrenitsa bölgesi öncelikle *Müslüman savaşçıların* daha sonra ise ABİH'nin kontrolü altında bulunan kasabanın etrafında 900 kilometrekarelik bir alan oluşturmuştur. Ancak Mart 1993'te Bosnalı Sırp'lar ile çatışmalarından sonra bu alan, yalnızca 150 kilometreye kadar düşmüştür.
- 2.7. 1993 başında Srebrenitsa kuşatılmış ve izole edilmiştir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (bundan böyle: UNHCR olarak anılacaktır) tarafından gönderilen yardım konvoyları VRS tarafından durdurulmuştur. VRS tarafından helikoptere ateş açılmıştır. Su, gıda, elektrik ve ilaç eksikliğinin yol açtığı bir insani kriz ortaya çıkmıştır.
- 2.8. 10 Mart 1993 tarihinde UNPROFOR Komutanı (Fransız) General PPLA Morillon, *Medicins Sans Frontières* (Sınır tanımayan Doktorlar; bundan sonra MSF olarak anılacaktır) çalışanları eşliğinde, hayati ihtiyaçlar neredeyse hiç karşılanmadığı, kuşatma altında ve aşırı nüfus yoğunluğu olan Srebrenitsa'yı ziyaret etmiştir. 14 Mart 1993'te Morillon, Srebrenitsa'da Bosnalı Müslüman topluluğuna seslenerek BM'nin koruması altında olduklarını ve kaderlerine terk edilmeyeceklerini söylemiştir.
- 2.9. 16 Nisan 1993'te Güvenlik Konseyince 819 sayılı Karar ile aşağıdakilerinde aralarında bulunduğu maddeler kabul edilmiştir:

“1. Tüm taraflar ve ilgili diğer kişilerce Srebrenitsa ve çevresine, her tür silahlı saldırı ya da düşmanca eylemden arındırılmış olması gereken güvenli bir alan olarak davranmalarını talep etmektedir;

2. Ayrıca, Bosnalı Sırp paramiliter birliklerince Srebrenitsa’ya karşı yapılan silahlı saldırıların derhal durdurulması ve Srebrenitsa ve çevresindeki bölgelerden derhal çekinilmesi talep etmektedir; (...)

3. Yugoslavya (Sırbistan ve Karadağ) Federal Cumburiyeti’nin derhal Bosna Hersek Cumburiyeti’nde bulunan Bosnalı Sırp milis kuvvetlerine askeri teçhizat ve yardım desteğini durdurmasını talep etmektedir;

4. Güvenli alandaki insani durumun izlenmesi, Srebrenitsa ve çevresindeki UNPROFOR’un varlığının artırılması için acil adımlar atılması amacıyla Genel Sekretere başvurulması; tarafların ve ilgili diğer kişilerin UNPROFOR ile bu amaca yönelik olarak tam ve derhal iş birliği yapmalarını talep etmektedir; Genel Sekreter’den acil olarak Güvenlik Konseyi’ne rapor vermesini talep etmektedir;

5. Bölgenin “etnik temizlik” uygulaması da dahil olmak üzere herhangi bir tehdide veya güç kullanımına tabi tutulmasının veya maruz kalmasının yasadışı ve kabul edilemez olduğunu teyit etmektedir;

6. Bosnalı Sırp Partisi’nin, tümüyle nefret uyandıran “etnik temizlik” kampanyasının bir parçası olarak sivil nüfusun Srebrenitsa ve çevresindeki alanlardan tahliye edilmesi ile Bosna-Hersek Cumburiyeti’nin diğer bölgelerinden çıkarmaya zorlanması amacıyla yaptığı kasıtlı eylemlerini kınayarak reddetmektedir.

8. Bosna Hersek Cumburiyeti’nin tüm bölgelerine özellikle de Srebrenitsa ve çevresindeki sivil nüfusa, insani yardımın engelsiz teslimatını talep etmekte ve insani yardım sağlanmasına yönelik bu tür engellerin uluslararası insani yasaların ciddi şekilde ihlalini teşkil ettiğini hatırlatmaktadır;

(...)

10. Ayrıca, tüm tarafların UNPROFOR’un ve diğer bütün Birleşmiş Milletler personelinin ve insani yardım kuruluşlarının üyelerinin güvenliğini ve tam barette özgürlüğünü garanti etmesini talep etmektedir;

11. Ayrıca, Genel Sekreterin, UNHCR ve UNPROFOR'a danışarak, Srebrenitsa ve çevresindeki bölgelerdeki yaralı ve hasta sivillerin güvenli şekilde transferini düzenlemek ve acilen Konsey'e rapor etmesini talep etmektedir;

(...)"

- 2.10. 18 Nisan 1993 tarihinde UNIPROFOR kumandanının huzurunda VRS komutanı General Mladic (bundan böyle Mladic) ve ABİH komutanı General S. Halilovic (bundan böyle "Haliloviç" olarak anılacaktır) bir silahsızlık anlaşması imzalayarak, Srebrenitsa kasabesindeki tüm silahların UNPROFOR'a teslim edilmesi gerektiğini kararlaştırmışlardır. 8 Mayıs 1993 tarihinde UNPROFOR Kumandanı huzurunda Mladić ve Haliloviç ek bir silahsızlık anlaşması imzalamıştır. Bu anlaşmanın ilgili hükmü, silah bırakmanın tüm Srebrenitsa bölgesini kapsayacak şekilde genişletilmesini içermektedir. Akabinde Bosnalı Sırplar, silahsızlandırılmış bölgeler için tehdit oluşturan ağır silahlarını geri çekecektir. Bu anlaşmalar bundan sonra "silahsızlanma anlaşmaları" olarak anılacaktır.
- 2.11. 6 Mayıs 1993'te Güvenlik Konseyi, Bosna-Hersek'teki beş başka bölgeyi de silahsızlanma kapsamı içine alan 824 numaralı Kararı kabul etmiştir.
- 2.12. 15 Mayıs 1993'te Birleşmiş Milletler ve Bosna-Hersek, *Birleşmiş Milletler Koruma Gücü'nün Bosna-Hersek'teki statüsüyle ilgili olarak UNPROFOR'un Bosna-Hersek'teki statüsü Anlaşmasını* imzalamışlardır (bundan böyle Koruma Gücünün Statüsü Anlaşması olarak anılacaktır: SOFA).
- 2.13. Güvenlik Konseyi, 4 Haziran 1993'teki 836 numaralı kararı ile, diğerlerinin yanı sıra aşağıdakilere karar vermiştir:
- "Özellikle 819 (...) ve 824 (...) kararlarını teyit ederek,
- Bosna Hersek Cumhuriyeti'nin egemenliğini, toprak bütünlüğünü ve politik bağımsızlığını ve bu konuda Güvenlik Konseyi'nin sorumluluğunu tekrar teyit ederek,*
- Askeri saldırıları ve Bosna-Hersek Cumhuriyeti egemenliğine, toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına saygı göstermeyen eylemleri kınayarak(...)*

(...)

Bir kez daha, herhangi bir bölgenin zorla alınması veya “etnik temizlik” uygulamalarının yasadışı ve tamamen kabul edilemez olduğunu tekrar teyit eder;

(...)

Bosna-Hersek topraklarında devam eden silahlı saldırıların Barış Planı'na tamamen aykırı olması nedeniyle derin endişe duyulmaktadır,

(...)

Güvenli bölgelerdeki sivil nüfusun korunmasını sağlamak ve kalıcı bir siyasi çözümü sağlamak için kararlı olarak,

(...)

Bosna Hersek Cumhuriyeti'ndeki durumun uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit olmaya devam ettiğine işaret eder;

(...)

3. Güç kullanarak bölgenin ele geçirilmesinin kabul edilemezliğini ve Bosna-Hersek Cumhuriyeti'nin tam egemenliğinin, toprak bütünlüğünün ve siyasi bağımsızlığının yeniden sağlanması gerektiğini teyit eder;

(...)

4. 824 (1993) sayılı kararla belirlenen güvenli alanlara tam saygı gösterilmesini,

5. UNPROFOR'un 824 (1993) sayılı kararında belirtilen güvenli alanlarda, güvenli bölgelere yönelik saldırıları önlemek, ateşkesi izlemek, Bosna Hersek Cumhuriyeti Hükümeti dışındaki paramiliter birimlerin çekilmesini teşvik etmek ve yerinde önemli bazı hususların yerine getirilmesi ve ayrıca 14 Eylül 1992 tarihli 776 (1992) no. lu kararın 14. maddesi uyarınca balka insani yardımın verilmesine katılmak için UNPROFOR'un görev süresinin uzatılmasına karar verilmiştir.

6. Geçici bir önlem olan bu güvenli alanların temel amacı güç kullanımının sonuçlarını tersine çevirmek ve Bosna Hersek Cumhuriyeti'nde evlerinden ayrılan herkesin barış içinde evlerine dönmeleridir ve diğerlerinin yanı sıra Vance-Owen Planı (İstinaf Mahkemesi:

Ocak 1993 Barış Planı) hükümlerince Doğrudan ilgili taraflarca kabul edilen alanlarda derhal uygulanmaya başlanmalıdır;

7. Genel Sekreterin, diğerlerinin yanı sıra UNPROFOR'da birliği bulunan Üye Devletler Hükümetleri ile istişare içinde olmasını talep eder:

(a) UNPROFOR'a Bu Kararın uygulanması için gerekli görülecek olan ayarlamaları veya desteği sağlamak ve askeri güç katkısında bulunan Hükümetlerin mutabakatı ile güvenli alanların korunmasını destekleyen UNPROFOR unsurlarının atanmasını değerlendirmek;

(b) UNPROFOR Kuvvetleri Komutanını mümkün olan ölçüde Bosna-Hersek'te komutasındaki güçleri yeniden görevlendirmek üzere yönlendirmek;

8. Üye Devletleri, güvenli bölgeler konusunda hükümlerin uygulanmasını kolaylaştırmak için, lojistik destek dahil, kuvvetlerle katkıda bulunmaya çağırır (...) ve Genel Sekreter'i diğer Üye Devletlerden ek birlikleri istemeye davet eder;

(...)

9. UNPROFOR'a, 13 Ağustos 1992, 770 ve 776 (1992) kararlarında tanımlanan göreve ek olarak, yukarıdaki 5. paragrafta tanımlanan görevleri yerine getirirken, taraflardan herhangi birinin güvenli bölgelere veya kendilerine yönelik yaptığı bombardımanlara ya da silahlı saldırılara veya bu alanlarda UNPROFOR'un veya korunan insani yardım konvoylarının hareket özgürlüğüne kasıtlı olarak engel teşkil etmeye yönelik saldırılara cevaben kendini savunmak için güç kullanmak da dahil olmak üzere gerekli tedbirleri alma yetkisi verilmiştir:

10. 816 (1993) sayılı kararın 1. fıkrası ile bağlı kalmaksızın, ulusal veya bölgesel organizasyonlar ya da düzenlemeler vasıtasıyla hareket eden Üye Devletler, Güvenlik Konseyi'nin yetkisi altında ve Genel Sekreter ve UNPROFOR ile yakın bir koordinasyon içerisinde Bosna-Hersek Cumhuriyeti'ndeki güvenli alanlar ve çevresindeki hava kuvvetlerinin kullanımı yoluyla, UNOPROFOR'u yukarıda paragraf 5 ve 9'da belirtilen görevlerinin yerine getirilmesi için desteklemek için gerekli tüm tedbirleri almaya yetkilidir; (...)"

2.14. BM Genel Sekreteri, 14 Haziran 1993 tarihli BM Raporları'nda, 836 Sayılı Karar'ın uygulanmasına ilişkin yöntemlerin analizini yapmış ve bunlar, diğerlerinin yanı sıra:

“5. UNPROFOR tarafından yapılan bir askeri analizle, ilgili kuvvet birlikleri ile birlikte 836 (1993) sayılı kararın uygulanması için çeşitli seçenekler üretilmiştir. UNPROFOR Kuvvet Komutanı, güvenli bölgelere tam saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla güç yoluyla caydırıcılık elde etmek için yaklaşık 34.000 olarak belirlenen ek bir asker gücü gereksinimi olduğunu görmüştür. Ancak kararın, “hafif seçenek” altında uygulanmaya başlanması ve yaklaşık 7.600 kişiden oluşan bir asgari birlik ile başlanmasına karar verilmiştir. Bu seçenek kendi başına güvenli alanların savunmasını tam olarak garanti edemezken, muhariplere karşı hava saldırısı düzenlenebilecek olmasına dayanmaktadır. Bu seçeneğin temel avantajı, Üye Devletlerden gerçekçi olarak beklenebilecek ve hızlı intikal ihtiyacını karşılayan birlik hacmine ve materyal kaynaklarına tekabül eden bir yaklaşım sunmasıdır. (...)

6. Bu seçenek bu nedenle, ilk yaklaşımı temsil eder ve hedefleri sınırlıdır. Tarafların rızası ve iş birliği olduğu takdirde, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin (UNHCR) konvoylarının korunması için herhangi bir takviye yapılmaksızın, temel bir caydırıcılık düzeyi sağlayacaktır. Bununla beraber, kendini savunma amaçlı yakın hava desteğinin kullanımı amaçlı bir hüküm de bulunmakta ve güvenli bölgelere yönelik saldırılara karşı caydırıcılığı artıracak takviye de içermektedir. (...)

2.15. Yukarıdaki raporda “yakın hava desteği” terimi, BM hava kuvvetlerinin doğrudan desteklenmesi için hava kuvveti konuşlandırılması anlamına gelmektedir. “Yakın Hava Desteği”, yıkıcı bir niteliğe sahip bir hava saldırısı anlamına gelen “hava saldırıları” terimiyle karıştırılmamalıdır. Yakın hava desteği başvurusu prosedürü iki bölümden oluşur:

1. BM tarafından; Tuzla'daki sektör merkezi, Saraybosna'daki UNPROFOR, Zagreb'teki UNPF karargâhı, Zagreb'deki Başkomutanlık altındaki *Kriz Eylem Ekibi*, Kuvvet Komutanı (Janvier) ve Birleşmiş Milletler Bosna Hersek Özel Elçisi'nin (Akashi) onaylamasının yanı sıra,

2. NATO tarafından, Saraybosna ve Zagreb'deki irtibat görevlilerinin ve Vicenza'daki NATO hava üssünün *Kombine Hava Operasyonu Merkezi'nin* (CAOC) katılımından sonra özellikle de Napoli'deki *Güney Avrupa Müttefik Kuvvetleri Komutanlığı* tarafından onaylanması.
- 2.16. Güvenlik Konseyi, 18 Haziran 1993 tarihli ve 844 sayılı Karar'da yukarıdaki raporda 'hafif seçenek' olarak adlandırılan seçeneği kabul etmiştir.
- 2.17. Hollanda BM Daimî Temsilcisi, 3 Eylül 1993'te Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri askeri danışmanın emriyle Airmobile Tugayı'nın belirlenecek bir taburunu (bundan böyle: Dutchbat olarak anılacaktır) bahsi geçen güvenli *alanlara* (819 nolu kararın 1. Paragrafında geçen terim, yukarıda *bkz.* 2.9), 836 numaralı kararın uygulanması için göndermeyi teklif etmiştir.
- Hollanda Savunma Bakanı, teklifi 7 Eylül 1993'te BM Genel Sekreteri'ne tekrarladı ve teklif 21 Ekim 1993'de kabul edildi. Hollanda hükümeti, 12 Kasım 1993 tarihinde Dutchbat'ın yurtdışına gönderilmesini onaylanmıştır.
- 2.18. 3 Mart 1994'te Dutchbat, Kanada alayı Canbat'ın görevlerini devramıştır. Temmuz 1994'te Dutchbat II, Dutchbat I den, Ocak 1995'te ise Dutchbat III, Dutchbat II den görevi devralmıştır.
- 2.19. Dutchbat'ın merkezi, Potočari'de terk edilmiş bir fabrika sahasında (bundan böyle: yerleşke olarak anılacaktır) konuşlanmıştır. Potočari, Srebrenitsa kasabasının yaklaşık beş kilometre uzağında güvenli bir alanda bulunmakta olup, bir Dutchbat bölüğü de Srebrenitsa şehrinde bulunmaktadır. Ayrıca Dutchbat tarafından takviye edilen gözlem noktaları da (bundan böyle: OP'ler olarak anılacaktır) bulunmaktadır.
- 2.20. Dutchbat, Birleşmiş Milletler'in komutası altında ve UNPROFOR birliği olarak görev yapmıştır. Devlet, 836 nolu Kararın 5. ve 9. Fıkra hükümlerini (*bkz.* yukarıda 2.13) yerine getirmek üzere, *komuta ve kontrolü* BM'ye devretmiştir. Devlet tarafından Birleşmiş Milletler'e devredilen *komuta ve kontrol*, Dutchbat II'nin Dutchbat III'e görevi devrine ilişkin operasyon emrinde, *diğerlerinin yanı sıra* aşağıdaki gibi tanımlanmıştır:

“A. Komuta

(...)

YU'ya vardıklarında [İstinaf Mahkemesi: Yugoslavya]: *Dutchbat UNPROFOR'un UOC'u [NATO: operational Control of UNPROFOR-UNPROFOR'un operasyonel kontrolü altında (OPCON)] olduğunu*”.

Operasyonel kontrol için uyarı 1:

“OPCON. Kendisine tabis edilen güçleri yönetmek için genellikle görev, süre veya yerle sınırlı olarak belirli görevlerin yerine getirilmesi için bir komutana devredilen yetkidir; ilgili birimleri görevlendirmek ve bu birimlerin taktik kontrolünü elinde tutmak veya atamayı içerir. Söz konusu birimlerin bileşenlerini ayrı ayrı istihdam etme yetkisini içermez. Aynı şekilde kendi başına, idari veya lojistik kontrolü de içermez. [NL: operationeel bevel (oob-operasyonel kontrol altında)] “

- 2.21. Devlet tarafından Birleşmiş Milletler'e devredilen *komuta ve kontrol*, Dutchbat'ın görevin operasyonel olarak uygulanması üzerindeki kontrolünü içermektedir. Bu bağlamda, Dutchbat, UNPROFOR tarafından Dutchbat Komutanı'na operasyon talimat ve emirleri verilerek BM emir-komuta zinciri aracılığıyla kontrol edilmiştir. Devlet, birliklerini geri çağırma, operasyona katılmayı bırakma ve askerleri disiplin etme yetkisi ile Hollanda birliklerinin hazırlanması, personel konuları ve malzeme lojistiği konusundaki kontrolü elinde tutmuştur.
- 2.22. Dutchbat, Birleşmiş Milletlerin emir-komuta zinciri tarafından konulan kural ve talimatlar ile bağlıdır: *Katılım Kuralları, Daimî Çalışma Usulleri* (bundan böyle: SOP olarak) ve *Kuvvet Komutanı* tarafından hazırlanan *İdare Yönetmeliği*. Savunma Bakanlığı, bu emir ve talimat kurallarının yanı sıra Daimî Talimat 1 (NL) BM İnfbatı'nda (Felemenkçe) özellikle bu görev için hazırlanan bazı mevcut kural ve kuralları belirlemiştir.
- 2.23. Bu davayla ilgili olan dönemde ve burada önemi belirtilen pozisyonlarda aşağıdaki şahıslar bulunmuşlardır:

BM Hiyerarşisi altında:

BM

i) BM Genel Sekreteri Boutros Boutros-Ghali'dir (bundan böyle: UN Genel Sekreteri olarak anılacaktır)

ii) Özel Bosna Hersek elçisi Yasushi Akashi (bundan böyle: Akashi olarak anılacaktır)

UNPROFOR, Zagreb, Hırvatistan 1 Nisan 1995'ten itibaren UNPF

iii) Kuvvet Komutanı, Fransız Korgeneral B. Janvier'ti (bundan böyle: Janvier olarak anılacaktır)

iv) Genel Sekreter, Hollanda Tuğgeneralı A.M.W.W.M Kolsteren'dir (bundan böyle: Kolsteren olarak anılacaktır)

v) Operasyon başkanı, Hollandalı Albay JH De Jonge'dir (bundan böyle: De Jonge olarak anılacaktır);

Saraybosna, Bosna-Hersek'te bulunan BOSNA-HERZEGOVINA KOMUTANLIĞI, Mayıs 1995'ten itibaren HQ UNPROFOR

vi) Komutan, İngiliz Korgeneral Sir RA Smith'ti (bundan böyle: Smith olarak anılacaktır)

vii) Komutan Yardımcısı, Fransız General H. Gobilliard'tır (bundan böyle: Gobilliard olarak anılacaktır)

viii) Genel Sekreter, Hollandalı Tuğgeneral CH Nicolai'dir (bundan böyle: Nicolai olarak anılacaktır)

ix) Genel Sekreter Yardımcısı, Hollandalı Yarbay JAC de Ruyter'dir (bundan böyle: De Ruyter olarak anılacaktır)

Tuzla'da bulunan Kuzey Doğu Bölgesi (HQ UNPROFOR 'a bağlı)

x) Komutan, Norveçli Tuğgeneral H. Haukland'dı.

xi) Genel Sekreter ve Komutan Yardımcısı, Hollandalı Albay CL Brantz'tır (bundan böyle: Brantz olarak anılacaktır)

Srebrenica'daki Dutchbat III

xii) Tabur Komutanı, Hollandalı Yarbay TJP Karremans'tır (bundan böyle: Karremans olarak anılacaktır)

xiii) Tabur Komutan Yardımcısı, Hollandalı Binbaşı RA Franken'dir (bundan böyle: Franken olarak anılacaktır)

BM'den bağımsız pozisyonlar aşağıdaki gibidir :

Hollanda'da:

xiv) Savunma Bakanı JJC Voorhoeve'dir (bundan böyle: Voorhoeve olarak anılacaktır)

xv) Savunma Sekreteri Korgeneral HGB van den Breemen (bundan sonra: Van den Breemen olarak anılacaktır)

xvi) Koninklijke Landmacht (Hollanda Kraliyet Ordusu bundan böyle: KL olarak anılacaktır) Komutan Yardımcısı Binbaşı General APPM Van Baal'dır (bundan böyle: Van Baal olarak anılacaktır).

Savunma Kriz Kontrol Merkezi (DCCC) barış operasyonu sırasında olanları Lahey'den siyasi bir perspektifle izler.

xvii) DCCC'deki Savunma Bakan Yardımcısı (Operasyonlar) Yardımcısı, Commodore C.G.J. Hilderink'tir (bundan sonra: Hilderink).

NATO adına Zagreb'de; Napoli'deki *Güney Avrupa* Komutanlığı *Müttefik Kuvvetler Güney Karadeniz* genel merkezinin (bundan sonra: CINCOSOUTH) altında bir NATO subayı hazır bulunuyordu; Amiral Leighton Smith (bundan sonra: Amiral Smith veya Leighton Smith, yukarıda (vi) 'de bahsedilen BM'nin emrinde yer alan Smith ile karıştırılmamalıdır).

2.24. Güvenli bölgeye gönderilen eşyaların bulunduğu konvoylar büyük ölçüde Bosnalı Sırp topraklarından geçmektedir. 1994 yılının ortalarından itibaren Bosnalı Sırp'lar güvenli bölgeye giden konvoyların geçişine izin vermemiştir. Sonuç olarak, güvenli bölgede yaşayan nüfusa gönderilen insani yardım ve yiyeceklerin hepsi ulaşmamıştır. Hatta Dutchbat'in tedarikleri de bundan zarar görmüştür.

2.25. 25 ve 26 Mayıs 1995'te, NATO, Pale'de Bosnalı Sırp hükümetinin bulunduğu alana yakın hedeflere hava saldırıları düzenlemiştir.

tir. Daha sonra, Bosnalı Sırplar, yüzlerce UNPROFOR askerini, ileriki saldırılardan kurtulmak amacıyla rehin olarak kullanmak üzere esir almıştır. 28 Mayıs 1995'te, Bosnalı Sırplar iki Britbat gözlem noktasını işgal etmiş ve İngiliz askerlerini rehin almıştır. Ardından Britbat güçleri geri çekilmiştir. Smith, Nicolai ve Karremans'ın istişareleri sonucu gelen ilave emirler doğrultusunda, gözlem noktalarının gerektiği takdirde bir saat içinde terk edilemek üzere hazırlıklar yapılmasına karar verilmiştir. Gözlem noktaları, sonraki bir emire veya ciddi bir tehdit altına girene kadar korunmalı ve Nicolai tarafından verilen talimat gereği gereksiz risklerden kaçınılmalıdır.

2.26. Bahsi geçen *hava saldırılarının* ardından UNHCR konvoyları, ancak nadiren Srebrenitsa'ya ulaşmayı başarmış ve bunun sonucunda BM Haziran 1995'te gıda ihtiyaçlarının sadece %30'unu karşılayabilmiştir (NIOD raporu s. 1912).

2.27. 29 Mayıs 1995'te Smith, ilgili kısımları aşağıda okunabilecek olan *Hava Saldırısı Görevi Rehberi*'ni yayınlamıştır:

“7. Bugün 29 Mayıs 95'te, görevin yerine getirilmesinin, BM personelinin güvenliğinden sonra geldiğine karar verdim. Amaç; tuttukları pozisyonları koruyabilmek uğruna kendi güvenliklerine zarar gelmesinde can kaybı, yaralanma ve rehin alınmalardan kaçınmaktır. Bu direktif hakkındaki yorumum paragraf 9b'dedir.”

Paragraf 9b 'nin ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

“Takviye edilebilecek ya da toparlanma amacıyla karşı saldırı için pratik olan pozisyonlar terk edilmemelidir. BSA bölgesinde izole olan ve desteklenemeyen pozisyonlar tehdit altında ve var olan veya oluşacak olan can kaybının değerlendirilmesi yapılarak Yetkili Komutan'ın takdiri ile terk edilebilir. (...)”

2.28. 3 Haziran 1995'te OP-E'ye ateş açılmış ve OP-E, Bosnalı Sırplar tarafından kuşatılmıştır. Dutchbat daha sonra yakın hava desteği talep etmiş, istek reddedilmiştir. Daha sonra Dutchbat, YPR ile (hafif zırhlı araç) gözlem noktasını, Bosnalı Sırplar tarafından açılan ateş altında, terk etmiştir. Dutchbat, OP'yi terketme zorun-

da kaldığından, *daimî talimat gereği* olarak, OP-E'yi ateşe vermedi (NIOD raporu, 2005).

- 2.29. 6 Temmuz 1995'te Mladić'in komutasındaki Bosnalı Sırp lar güvenli bölgeye saldırmaya başlamıştır. Bosnalı Sırp lar Srebrenitsa kasabasına yaklaştıklarında, saldırı amaçlarını Srebrenitsa kasabasını ele geçirmek üzere genişletmiştir.
- 2.30. ABiH, güvenli bölgeye yapılan bu saldırı sırasında, Dutchbat'a silahsızlık anlaşmaları uyarınca teslim edilen silahları geri alma yönünde çeşitli taleplerde bulunmasına karşın, Dutchbat bu talepleri reddetmiştir.
- 2.31. 6 Temmuz 1995'te, Bosnalı Sırp lar ve ABiH arasında OP-F gözlem noktasında çatışma yaşanmıştır (NIOD raporu, 2100). Bu süreçte, OP-F gözlem noktası, iki kez Bosnalı Sırp tanklarından atılan bombalarla vurulmuştur. O gün, Bosnalı Sırp lar Srebrenitsa şehrini de bombalamıştır. Aynı gün Dutchbat tarafından talep edilen *yakın hava desteği* reddedilmiştir.
- 2.32. 8 ve 9 Temmuz 1995'te Dutchbat, OP-F, OP-U, OP-S, OP-K, OP-D ve (geri çekilmek üzere) OP-M gözlem noktalarını terk etmiştir. Geri çekilme sırasında Dutchbat askerleri, Bosnalı Sırp lara ateş açmamıştır. Dutchbat, silahlarının Bosnalı Sırp larca alınmasına izin vermiş, zırhlı araçları teslim etmiş ve nasıl süreceklerini öğretmiştir. Ayrıca, Hollandalı askerler Sırp lar'la beraber ayrılmış ve esir alınmıştır.
- 2.33. 9 Temmuz 1995 sabahı, UNPROFOR merkezinden gelen bir talebe yanıt olarak, uçaklar *güvenli bölge* üzerinde 'hava varlığı' olarak adlandırılan şekilde görünmüştür. UNPF Zagreb, aynı gün yapılan yakın hava desteği talebiyle ilgili bir karar almamıştır.
- 2.34. 9 Temmuz 1995 akşamı Dutchbat, ilerleyen Bosnalı Sırp lar karşısında bir engel oluşturması için sözde blokaj pozisyonlarını almak üzere bir emir almıştır. De Ruitter tarafından Felemenkçe hazırlanan ve Nicolai tarafından imzalanmış olan emir, o akşamın erken saatlerinde verilen sözlü emiri doğrular şekilde ve aşağıdaki gibidir:

"Srebrenitsa kasabası yönündeki VRS birimleri tarafından savunma hattına yapılan iblallerin artmasını önlemek için idarenizde bulu-

nan kaynaklarla “blokaj pozisyonları” almalsınız. Onları silablandırarak da dabil olmak üzere bu pozisyonları daha da güçlendirmek için mümkün olan her şey yapılmalıdır. Bu blokaj pozisyonları yer üzerinde tespit edilebilir olmalıdır. Size söz vermiş olduğumuz ek araçlar 10 Temmuz 1995 Pazartesi gününden itibaren gelecektir. “

VRS’e bir blokaj pozisyonuna saldırmaması halinde, *yakın hava desteğinin* harekete geçirileceği bildirilmiştir (NIOD raporu 2151).

2.35. 10 Temmuz 1995 Pazartesi sabahın erken saatlerinde, Dutchbat dört blokaj pozisyonu almıştır (Bravo 1-4); Srebrenitsa şehrinin batısında yer alan Bravo-1, Zeleni Jadar’dan Srebrenitsa yolundaki Bravo-2 ve 4. ve Srebrenitsa’nın doğusundaki Bravo-3. Bravo-2’nin konumu Bravo-4’ün aralığında olduğu için, Bravo-2 fiilen kullanılmamıştır. Saat 07.13’te Groen Bravo-1 ekibine Srebrenitsa’ya çekilmesini emretmiştir. Bravo-3 ve 4’te görevli mürettebat da geri çekilmiştir. O gün hiçbir yakın hava desteği verilmemiştir. 10-11 Temmuz 1995 gecesi, Bravo-1, 3 ve 4’e mensup askerler Srebrenitsa şehrinde kalmıştır.

2.36. 10 Temmuz 1995’te Voorhoeve, güncel olaylara ilişkin NOVA Hollanda televizyon programında şunları söylemiştir:

“Önümüzdeki birkaç hafta, Hollanda askeri personelinin güvenliğine en üst düzeyde öncelik vermek zorundayız. Komutanlara her şeyden önce kayıpları önlemek için talimat verilmiştir. Bütün erkeklerin ve kadınların eve güvenli bir şekilde geri dönmesini görmek istiyorum. (...) Son birkaç gündür tüm komutanlarla telefonla konuştuk. Hollanda personelinin savunulamaz pozisyonları üstlenerek risk altına girmesini istemiyoruz. Akli başında olun ve bütün oğlan ve kızlarımızı eve güvenli ve sağlam bir halde getirin.” Kayıplara engel olmak için Hollandalılara verilen bu talimat “Voorhoeve talimatı” olarak bilinir.

2.37. 10 Temmuz 1995 akşamının erken saatlerinde Karremans ve Franken, yerleşkedeki büyük araç alanlarına sığacak sayıdaki mülteciyi kabul etmeye karar vermiştir. O akşam, yerleşkenin güneybatı köşesindeki çitin içine bu amaç için bir delik açılmıştır. O akşam yerleşkeye hiçbir mülteci girmemiştir.

- 2.38. 11 Temmuz 1995'te, Dutchbat yaklaşık 08:00'da yakın hava desteği talep etmiştir. İstek reddedilmiştir. Ardından yaklaşık olarak saat 10:00'da yapılan hava desteği talebi, BM tarafından öğlen civarı ve NATO tarafından yaklaşık yarım saat sonra onaylanmıştır. Yaklaşık saat 14.45'te, bombalar atılmıştır. Yaklaşık 15:30 saatlerinde yeni uçaklar kalkmıştır. Bomba atmamışlardır. Bunun ardından yakın hava desteği sona ermiştir.
- 2.39. 11 Temmuz 1995'te Groen Bravo-1'e pozisyonunu bırakmasını ve Bravo-3 ve 4 ekibiyle birlikte Srebrenitsa'dan, Potočari'ye çekilmesini emretmiştir. Franken, daha sonra Groen'e, yerleşkenin güneyindeki Susnjari kavşağında yeni bir blokaj pozisyonu almasını emretmiştir. Dutchbat saat 4'te bunu yapmıştır. VRS birliklerinin tehdidi altında bu blokaj yeri birkaç saat sonra terk edilmiş, Bosnalı Sırlar tarafından silahlarına el konmuştur.
- 2.40. 11 Temmuz 1995 saat 16:30 civarı, Srebrenitsa kasabası düşmüş ve Bosnalı Sırlar tarafından işgal edilmiştir.
- 2.41. Öğleden önce saat 14:30 civarı bir Bosnalı Müslüman mülteci grubu Srebrenitsa şehrinden yerleşkeye akın etmiştir.
- 11 Temmuz 1995 öğleden sonra, mülteciler, araç alanları dolana kadar çit deliğinden yerleşkeye alınmıştır. Saat 16:30'da, yerleşke yakınındaki fabrika alanlarından birine açılan kapılar açılmıştır. Bu noktada, çitlerdeki delik çoktan zaten kapatılmıştır.
- 2.42. Srebrenitsa'nın düşüşünden sonra, Potočari'deki yerleşke ve onun güneyindeki araç alanları ve bir otobüs deposunun olduğu alanı kapsayan bir *küçük güvenli bölge* kurulmuştur. Bölge bantlarla ve erişim yolları da zırhlı araçlarla çevrelenmiştir. Sınırlarda kontrol noktaları kurulmuştur. Belki 30.000 kadar, ancak en az 20.000 ila 25.000 arasında mülteci *küçük güvenli alana* sığınmaya çalışmıştır. Yaklaşık 5000 tanesi yerleşkedeki araç alanlarına yerleştirilmiştir.
- 2.43. Yaklaşık 10.000 ile 15.000 erkek güvenli bölgeden fabrikanın bulunduğu *küçük güvenli bölgeye* kaçmak yerine Srebrenitsa kasabasını çevreleyen ormana (bundan böyle: orman) kaçmıştır. Bu erkeklerin yaklaşık 6,000 kadarı Bosnalı Sırların eline düşmüştür.

- 2.44. *Küçük güvenli bölgedeki* koşullar yetersizdir. Az miktarda yiyecek, tüm mülteciler için yetmeyecek kadar su, tıbbi kaynak yetersizliği ve hijyen eksikliği bulunmaktadır. O dönemde sıcaklıklar 35 ° C'ye kadar yükselmiştir. Şartlar, 12 ve 13 Temmuz 1995'te görünür biçimde bozulmuştur.
- 2.45. Karremans, 11 Temmuz 1995'te yaklaşık 18.45 saatlerinde Gobilliard'tan aşağıdaki maddeleri içeren bir faks almıştır (bundan böyle: Gobilliard Talimatı).
- “a. Hemen ateşkes için BSA güçleriyle yerel görüşmelere başlayın. Herhangi bir silah ve askeri teçhizatın verilmesi konusunda yetki bulunmamaktadır ve bu bir pazarlık konusu değildir.
- b. Gücünüzü OPS'leri geri çekme de dahil, Potočari Kampı'na odaklayın. Sorumluluğunuzda bulunan mülteci ve sivilleri korumak için makul tüm önlemleri alın.
- c. Tıbbi destek verin ve yerel tıbbi yetkililere yardımcı olun.
- d. Güçlerinizi ve teçhizatınızı saldırıdan korumak için mümkün olan tüm yolları kullanmaya devam edin. Bu, gerektiğinde yakın hava desteği kullanmayı da kapsamaktadır.
- e. Mültecilere verilmek üzere, sağlık ve diğer yardım malzemesini teslim almaya ve koordinasyonu sağlamaya hazır olun.”
- 2.46. Janvier, Van den Breemen ve Van Baal, 11 Temmuz 1995 akşamı Zagreb'de, Srebrenitsa'nın düşüşü sonucunda oluşan durumu tartışmak için ortak görüşmeler gerçekleştirmiştir.
- 2.47. 11 Temmuz 1995 akşamı Karremans, Mladić'le iki ayrı sefer ve 12 Temmuz 1995 sabahı ise üçüncü kez mültecilerin *mini güvenli bölgeden* çıkarılması konusunda görüşmüştür. Daha sonra Mladić, mültecilerin hangi sırayla taşınacağını belirtmiştir. Mladić, Karremans'a, 17 ila 60 yaşları arasındaki erkeklerin öncelikle savaş suçlarına ilişkin inceleneceğini (*diğerlerinin yanı sıra*, NIOD raporu 2641) bildirmiştir. Başlangıçta Dutchbat'ın tahliyeyi denetleyeceğini ve mültecilerin ulaşımını düzenleyeceğini kabul ettikten sonra, Karremans ile yaptığı son müzakerede Mladić, kendisinin tahliye ile ilgileneceğini söylemiştir.

2.48. 12 Temmuz 1995'te Güvenlik Konseyi, 'Bosnalı Sırp güçlerin Bosna Hersek'in Srebrenitsa Güvenli Bölgesinden geri çekilmesini' talep eden 1004 numaralı Kararı kabul etmiştir ve bu karar *diğerlerinin dışında aşağıdakileri içermektedir:*

"1. Bosnalı Sırp güçlerinin saldırılarını durdurmasını ve Srebrenitsa'nın güvenli bölgesinden derhal çekilmesini talep eder; (...)

(...)

6. Genel Sekreter'den, UNPROFOR'un görevine uygun olarak Srebrenitsa'nın güvenli alanının 18 Nisan 1993 tarihli Anlaşma ile tanımlanan statüsünü geri kazanmak için mevcut olan tüm kaynakları kullanmasını ister ve tarafları bu konuda sonuna kadar iş birliği yapmaya çağırır."

Bu karara uyulmamıştır. Bosnalı Sırplar, *güvenli alana* saldırıları derhal durdurma ve çekilme çağrısına kulak vermediği gibi, bu karar Dutchbat'a Srebrenitsa ve çevresinde pozisyonlar almak veya başka askeri müdahaleler ile Srebrenitsa'yı yeniden ele geçirme teşebbüsünde bulunması şeklinde bir emir de vermemiştir.

2.49. 12 Temmuz 1995 akşamının erken saatlerinde, Bosnalı Sırpların emirleri üzerine, otobüsler ve kamyonlar (bundan böyle daima ortaklaşa: otobüsler) *küçük güvenli bölgeye* ulaşmıştır. Saat 14.00 civarında, mültecilerin *küçük güvenli bölgeden* tahliye edilmesine başlanmıştır. Otobüslere doğru büyük bir koşu başlamış ve mültecilerin birbirlerini çiğneme ihtimali ortaya çıkmıştır. İlk otobüsler gereğinden fazla dolmuştur.

2.50. Daha sonra Bosnalı Sırplarla istişare içerisinde, Dutchbat, şerit, araç ve Dutchbat askerleriyle insan zincirinden oluşan koridor yaparak otobüslere ulaşımı denetim altına almıştır. Dutchbat askerleri tarafından numaralarıyla çağırılan mülteciler, bu koridordan geçerek otobüslere gönderilmiştir (*bkz.* NIOD raporu, 2649). Otobüsler daha sonra mültecileri Tişca'ya taşımıştır. Buradan Kladanj'ye kadar kilometrelerce yürümüş ve BM tarafından ayarlanan otobüs yolculuğundan sonra Tuzla havaalanında geçici bir sığınağa ulaştırılmışlardır (*diğer şeylerin yanı sıra*, NIOD raporu 2651).

2.51. Bosnalı Sırplar erkek mültecileri otobüslere doğru giderken mül-

teciler arasından almışlardır. 12 Temmuz 1995 öğleden sonra Bosnalı Sırplar bu erkek mültecileri ayrı otobüslerle taşımaya başlamıştır.

- 2.52. 12 Temmuz 1995 akşamı, mültecilerin tahliyesi durmuştur. O zamana kadar, 4.000 ila 5.000 mülteci tahliye edilmiştir.
- 2.53. 12-15 Temmuz 1995'te Dutchbat, kalan gözlem noktalarını (OP-A, OP-C, OP-N, OP-P, OP-Q ve OP-R) terk etmiştir. 12 Temmuz 1995 tarihinde saat 10:00'da Bosnalı Sırplar, OP-P gözlem noktası mürettebatını yerleşkeye bırakmıştır. OP-C gözlem noktası eki bi Bosnalı Sırplar tarafından Milici'ye getirilmiştir. Diğer gözlem noktası ekipleri Bosnalı Sırplar tarafından Bratunac'a getirilmiştir.
- 2.54. Bir takım Hollandalı asker, Bosnalı Sırpların 10-13 Temmuz 1995 tarihleri arasında savaş suçları işlediğine tanıklık etmiştir.
- 2.55. Dutchbat, askerleri tarafından tanık olunan savaş suçlarını BM emir-komuta zinciri dahilinde derhal raporlamamıştır. Karremans, sözlü olarak Saraybosna'daki *Bosna Hersek Komutanlığına* Rutten'in 13 Temmuz 1995 Perşembe günü dokuz ceset bulunduğunu haber vermiş ve bunu Nicolai'nin dikkatine sunmuştur. Ayrıca Karremans, bir BM askerinin bir mültecinin infazına tanıklık ettiğini BM emir-komuta zinciri içerisinde sözlü olarak bildirdiğini iddia ettiği halde bu rapor, vaka olarak sunulmamıştır. Dutchbat, tahliye sonuna kadar başka bir savaş suçu bildirmemiştir.
- 2.56. 12 Temmuz'u 13'üne bağlayan gece, Bosnalı Sırplar kadın mültecilere tecavüz etmiştir.
- 2.57. 13 Temmuz 1995'te Franken, 15-16 yaşları arasındaki erkek mültecilerin oluşturduğu 251 isim bulunan (bundan böyle: "*Franken'in listesi*") olarak anılacak) bir liste düzenlemiştir. Listeyi çeşitli ulusal ve uluslararası otoritelere göndermiş ve bunu Bosnalı Sırlara bildirmiştir. Yerleşkedeki yaklaşık 70 kişi, koruma sağlayacağı yere başlarını derde sokabileceği isimlerini listeye yazdırmamıştır.
- 2.58. 13 Temmuz 1995'te tahliyeye devam edilmiştir. Otobüslerin sabah saatlerinde Bosnalı Sırplar henüz ortaya çıkmadan gelmesiyle

Dutchbat, erkekler de dahil olmak üzere mültecilere otobüslere kadar eşlik etmeye başlamıştır. Bu otobüslerden birkaçı, bir saat sonra, Bosnalı Sırplar gelmeden önce ayrılmıştır. Bosnalı Sırplar bu otobüslerin bir bölümünü yolda durdurmuş ve erkekleri almıştır.

- 2.59. 13 Temmuz 1995 öğleden sonra, yerleşke dışındaki küçük *güvenlik alanındaki* tüm mülteciler tahliye edilmiş ve yerleşke içindeki mültecilerin taşınmasına başlanmıştır. *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine* (bundan sonra: “ICTY” olarak anılacaktır) göre, 13 Temmuz 1995 akşamı, bu mültecilerin tahliye işlemleri tamamlanmıştır.
- 2.60. Srebrenitsa'nın düşüşünden sonra Bosnalı Müslümanlara karşı soykırım yapılmıştır. Daha sonra saptandığı üzere erkek mültecilerin bulunduğu otobüsler Potočari'den Bratunac'a geçmiştir. *Küçük güvenli bölgeye* gitmeyerek ormana kaçan ve sonrasında esir alınan erkekler de Bratunac'a götürülmüştür. Bosnalı Sırplar, 13 Temmuz 1995'te Srebrenitsa şehrinin kuzeyinde kalan bölgede başlayan ve daha sonra 14-17 Temmuz 1995 tarihleri arasında Bratunac'ın kuzeyindeki birçok yerde gerçekleşen toplu infazlarda, *güvenli bölgedeki* yaklaşık 7.000 bin Müslüman Bosnalıyı öldürmüştür. Ayrıca, Bosnalı Sırplar 12 ve 13 Temmuz 1995'te Potočari'de 100 ile 400 arası Bosnalı Müslüman erkek öldürülmüştür.
- 2.61. Dutchbat, 21 Temmuz 1995'te yerleşkeyi terk etmiştir.

1 ila 11 numaralı taraflara (Dernek ve diğerleri) dair vakalar

- 3.1. Savaştan önce Bayan [Davacı 1] kocası ve oğluyla birlikte Srebrenitsa kasabasında yaşamaktadır. 11 Temmuz 1995'te [Davacı 1]'in kocası ormana kaçmış ve bir daha asla bulunamamıştır. [Davacı 1] ve oğlu, yerleşkenin dışındaki *küçük güvenli bölgeye* sığınmaya çalışmıştır. 13 Temmuz 1995'te oğlu kendisinden ayrılmıştır. O zamandan beri oğlunu bir daha görmemiştir.
- 3.2. Savaştan önce Bayan [Davacı 2.], Sućeska'da, Potočari'ye yakın bir yerde yaşamaktadır. Kocası ve iki oğlu ormana kaçmıştır. Kocasının cesedinin kalıntıları 2005 yılında toplu mezarda bulun-

- muştur. Oğullarının cesetleri bugüne kadar bulunamamıştır. 11 Temmuz 1995’de [Davacı 2], yerleşkenin dışındaki *küçük güvenli bölgeye* sığınmıştır.
- 3.3. Savaş öncesi ve sırasında Bayan [Davacı 3] Potočari’de yaşamaktadır. Kocası ve iki oğlu 11 Temmuz 1995’te ormana kaçmıştır. Kızı ile birlikte *küçük güvenli bölgeye* kaçmış ve yerleşkeye girmelerine ise izin verilmemiştir. Hem kocasını hem de oğullarını kaybetmiştir.
- 3.4. Bayan [Davacı 4] kocası ve çocukları ile birlikte 1992’de Srebrenitsa kasabasına kaçmıştır. 11 Temmuz 1995’te iki oğlu ormana kaçmıştır. Onları bir daha canlı olarak görememiştir. Bayan [Davacı 4] kocasıyla birlikte, yerleşkenin dışında kalan *küçük güvenli bölgeye* kaçmıştır. 13 Temmuz 1995’te kocasından ayrılmış ve bir daha asla görüşmemişlerdir. 2003 yılında oğullarından birinin cesedini tespit etmiştir.
- 3.5. Savaşın başlangıcından beri Bayan [Davacı 5] kocası ve oğluyla birlikte Srebrenitsa kasabasında yaşamaktadır. Oğlu 11 Temmuz 1995’te ormana kaçmıştır. Bayan [Davacı 5] ve kocası *küçük güvenli bölgeye* kaçmıştır. Yerleşkeye girmelerine izin verilmemiştir. 13 Temmuz 1995’te kocasından ayrılmıştır. Kocasının cesedi toplu bir mezarda bulunmuştur. Oğlunun akıbetini bilmiyor.
- 3.6. Savaş sırasında Bayan [Davacı 6] ailesi ile Srebrenitsa kasabasında yaşamaktadır. 1993’te kocası Bosnalı Sırp tarafından esir alınmıştır ve o zamandan beri kayıptır. 11 Temmuz 1995’te bayan [Davacı 6] *küçük güvenli bölgeye* kaçmıştır. Artık mültecilerin girmesine izin verilmediğini duyduğu için yerleşkeye girmeye teşebbüs etmemiştir. İki oğlu ormana kaçmıştır. Büyük oğlunun ceset kalıntıları daha sonraları bulunmuş, diğer oğlunu ise bir daha görememiştir.
- 3.7. Savaş öncesinde ve sırasında Bayan [Davacı 7] Potočari’de yerleşke yakınında kocası ve oğluyla yaşamaktadır. Srebrenitsa’nın düşüşünden önce kocası Tuzla’ya kaçmıştır. 11 Temmuz 1995’te oğlunun ormana kaçmış, oğlunun cesedi sonrasında bulunmuştur. Bayan [Davacı 7] *küçük güvenli bölgeye* kaçmış ve yerleşkeye girmesine izin verilmemiştir.

- 3.8. Savaşın başlangıcından beri Bayan [Davacı 8] Srebrenitsa kasabasında yaşamaktadır. 11 Temmuz 1995'te Bayan [Davacı 8] ve kocası *küçük güvenli bölgeye* kaçıklarında artık kimsenin yerleşkeye alınmadığını öğrenmişlerdir. 13 Temmuz 1995'te kocasından ayrılmış ve bundan sonra kocasını bir daha hiç görmemiştir.
- 3.9. Savaş sırasında Bayan [Davacı 9] kocası ve iki oğluyla birlikte Srebrenitsa kasabasında yaşamaktadır. Oğullarından birisi savaş patlak verdiğinde kaçmış ve savaştan sağ kurtulmuştur. Srebrenitsa düştüğünde [Davacı 9] ve diğer oğlu [Davacı 9'un oğlu] *küçük güvenli bölgeye* kaçmıştır. [Davacı 9'un oğlunun] yerleşkeye girmesine izin verilmiş, ancak kendisi ve kocası girememiştir. 12 Temmuz 1995'te oğlu (Davacı 9'un oğlu) yerleşkeden gönderilmiş ve bugüne kadar bulunamamıştır. 13 Temmuz 1995'te otobüslere binmeye çalışırken [Davacı 9] kocasından ayrılmıştır. Kocasının ceset kalıntıları 2004'te bulunmuştur.
- 3.10. 1993 yılında Bayan [Davacı 10], ailesi ile birlikte Srebrenitsa kasabasına taşınmıştır. 11 Temmuz 1995'te babası ormana kaçmıştır. Cesedi daha sonra toplu mezarda bulunmuştur. Bayan [Davacı 10], annesi ve kız kardeşi ile *küçük güvenli bölgeye* kaçmış ve yerleşkeye alınmamışlardır. Yerleşkenin dışındaki *küçük güvenli bölgeye* sığınmışlardır. Bosnalı Sırplar, [Davacı 10]'un annesine tecavüz etmiştir. Annesi 1996'da ölmüştür.
- 3.11. Dernek Hollanda yasalarına göre kurulmuş amacı -kısaca özetlenecek olursa- Srebrenitsa'nın düşüşünün kurbanlarının hayatta kalan yakınlarının (yaklaşık 6,000 kişi) çıkarlarını korumak olan, tam ehliyetli bir tüzel kişiliktir. Hollanda Medeni Kanunu'nun (DCC) 3. maddesinin 305a fıkrası uyarınca tazminat talep etme hakkı (peşin tazminat ödenmesi talebi) hariç olmak üzere, çekişmeli taleplere ilişkin olarak dava açmaya yetkilidir.

Talep, Esas ve Savunma

Her iki davada da:

- 4.1. 4 Haziran 2007'de, Dernek ve diğerleri, Devlet ve Birleşmiş Milletler'i Lahey'deki Yerel Mahkemede dava ederek -özetle- derhal:

I. Devlet ve Birleşmiş Milletler'in, 1 ile 10 numaralı davacı kadınlar ile Derneğin çıkarlarını koruduğu kurbanların hayatta kalan akrabalarını Dutchbat aracılığıyla sözde *güvenli* Bosnalı Sırlara karşı koruma yükümlülüğünü yerine getiremediğine;

II. Devletin ve Birleşmiş Milletlerin, 1'den 10'a kadar belirtilen kadınlara ve ayrıca derneğin çıkarlarını koruduğu kurbanların hayatta kalan akrabalarına karşı haksız fiil işlediğine;

III. Devletin ve Birleşmiş Milletler'in 9 Aralık 1948'de imzalanan *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinde* (bundan böyle: Soykırım Sözleşmesi olarak anılacaktır) tanımlanan soykırımı önleme yükümlülüğünü ihlal ettiğine;

IV. Devlet ve Birleşmiş Milletler'in, 1 ile 10 arasında sözü edilen kadınlara, kanunlara göre takdir edilecek kalıcı kayıp ve acıları için tazminat ödemeye ve şimdilik bu zararlar için kişi başı 25.000 Euro ödemeye mahkûm edilmesine;

V. Devlet ve Birleşmiş Milletlerin yargılama masraflarını ödemeye mahkûm edilmesine hükmedilmesini talep etmiştir.

4.2. Dernek ve diğerleri, iddialarını -özetle-; Temmuz 1995'te doğu Bosna'nın Srebrenitsa bölgesinde soykırım gerçekleşmesi ve bu soykırımda 1 ile 10 numara ile belirtilen kadınlar ile Derneğin çıkarlarını savunduğu, bu olayda Bosnalı Sırlar tarafından öldürülen erkek ve oğlanların hayatta kalan akrabaları olmalarına dayandırmışlardır. Sonuç olarak, Birleşmiş Milletler ve Devlet uğranılan bu zararlardan sorumludur, çünkü:

23.1. BM ve Devlet, alanda bulunan insanları koruma yükümlülüğünü, aralarındaki anlaşma uyarınca *küçük güvenli bölgedeki* nüfusu birlikler göndererek korumaları gerekmesine ve bu anlaşmanın DCC madde 6:253 anlamında üçüncü taraflara da hak sağlar nitelikte olmasına rağmen, yerine getirmemiş,

23.2. BM ve Devlet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bundan böyle ECHR olarak anılacaktır), Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (bundan böyle ICCPR olarak anılacaktır), Cenevre Sözleşmeleri, BM Sözleşmesi, SOP de dahil olmak üzere ulusal ve uluslararası insan hakları hukukuna aykırı hareket etmiş ve

23.3. Soykırımı önleme yükümlülüğünü ihlal etmişlerdir.

- 4.3. Yerel Mahkeme, 10 Temmuz 2008 tarihli kararında, davanın BM'e yöneltilen kısmını görmeye yetkili olmadığına karar vermiştir. Bu karara karşı İstinaf Mahkemesi'ne, sonra Yüksek Mahkeme'ye ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (bundan sonra AİHM'ye gönderilen) şikâyetle bulunulmuş, Yerel Mahkeme kararı onanarak kesinleşmiştir (Yüksek Mahkeme, 13 Nisan 2012, ECLI: NL: HR: 2012: BW1999 ve AİHM 11 Haziran 2013, Esas No: 65542/12).
- 4.4. Yargılamalar, daha sonra Dernek ve diğerleri ile Devlet arasında devam etmiştir. Yerel Mahkeme önünde Dernek ve diğerleri Devlet'e karşı aşağıdaki iddialarını sürdürmüştür:
- i. Srebrenitsa'nın düşüşünden önceki dönemde Dutchbat, gıda ve insani yardım konvoylarının *güvenli bölgedeki* insanlara ulaşmasını sağlamak için çok az şey yapmıştır.
 - ii. Srebrenitsa'nın düşüşünden önceki dönemde Dutchbat, Bosnalı Sırpların ilerlemesini engellemek ve *güvenli bölgedeki* insanları korumak için çok az şey yapmıştır, özellikle, Dutchbat:
 - a) Bosnalı Sırpların planlanan saldırısına yönelik Sahip olduğu bilgileri kullanmadı;
 - b) Bosnalı Sırplar Srebrenitsa'ya yaklaşırken silahsızlık anlaşmalarına sadık kalarak el konulan silahları geri vermeyi reddetti;
 - c) ABiH tarafından gösterilecek olan aktif direnci önledi;
 - d) Gözlem noktalarını terk etti;
 - e) Blokaj pozisyonlarını çok kolay ve çabucak terk etti.
 - iii. Devlet, öncelikle Dutchbat'a yakın *yakın hava desteğini* engelledi ve ardından durdurdu;
 - iv. Devlet, 10 Temmuz 1995'te Fransızların, personeliyle birlikte Tigre helikopterlerini emirlerine verme teklifini reddetti ve Srebrenitsa'nın düşüşünden sonra Srebrenitsa'yı yeniden alma planlarını engelledi;
 - v. Gollibiard'ın emrinin aksine, Srebrenitsa'nın düşüşünden sonra Dutchbat, insanlı gözlem noktalarını derhal terk etme emrine aykırı davrandı;

- vi. Dutchbat, Gobiliard'ın silah ve diğer teçhizatları Bosnalı Sırlara teslim etmeme emrine aykırı davrandı;
 - vii. Dutchbat, erkek mültecilere ormana kaçmalarını tavsiye etti;
 - viii. Dutchbat, erkek mültecileri ormana kaçtıklarında genel alarm durumun geçmedi;
 - ix. Dutchbat, tüm mültecilerin yerleşkeye girmesine izin vermedi;
 - x. Dutchbat, gözlemediği savaş suçlarını bildirmede;
 - xi. Dutchbat, mültecilere yeterli tıbbi yardım sağlamadı;
 - xii. Dutchbat, tahliye sırasında erkek mültecilerin diğer mültecilerin ayrılmasında işbirliği yaptı;
 - xiii. Dutchbat, yerleşkede bulunan mültecilerin tahliyesinde işbirliği yaptı.
- 4.5. Devlet, gerekçeli bir savunma yaptı.

Yerel Mahkeme Kararı

Her iki davada da:

- 5.1. 5.1 16 Temmuz 2014 tarihli kararla, Yerel Mahkeme, 4.1/II.'de belirtilen uyuşmazlığa ilişkin karar vermiştir.

“Devlet, 13 Temmuz 1995 öğleden sonra Dutchbat'ın Potočari'deki yerleşkeden gönderilerek yerleşkeden atılmasına yardım ettiği erkek mültecilerin daha sonra öldürülmesi nedeniyle 4.339 da belirtilen Dernek ve diğerlerinin temsil ettiği kişilerin maruz kaldığı zararlardan hukuka aykırı fiili nedeniyle sorumludur. “[Altı çizilenler İstinaf Mahkemesi tarafından eklendi]

Yerel Mahkeme, “4.339'uncu maddede belirtilen kişiler” ile 13 Temmuz 1995'te öğleden sonra sınır dışı edilen ve daha sonra öldürülen erkek mültecilerin aile üyelerini kastetmektedir. Yerel Mahkeme temel ilke olarak, aile üyelerini; yetişkin erkeklerin eş ve çocuklarını, reşit olmayan (on sekiz yaşına erişmemiş erkekler olarak kabul edilmiştir) erkeklerin anne ve babaları olarak kabul etmiştir.

- 5.2. Yerel Mahkeme, Dernek ve diğerleri tarafından Devlet'e isnat edilen 13 Temmuz 1995'de yerleşkeden atılan erkek ve oğlan çocuklarına ilişkin iddialar dışındaki diğer talepleri reddetmiştir. Bu nedenle yukarıda 4.1 de yer alan I, III ve IV üncü maddelere istinaden talep edilen tazminatlar; tazminat avansı talebi de dahil olmak üzere reddedilmiştir. Yerel Mahkeme, Devleti dava masraflarını ödemeye mahkum etmiştir.
6. Yukarıdaki kararların gerekçelerini yer aldığı Yerel Mahkeme kararının tam metni ECLI:NL:RBDH:2014:8562'de ve İngilizce olarak ECLI:NL:RBDHA:2014:8748'de bulunabilir. İstinaf Mahkemesi bu kaynaklara atıfta bulunacak ve gerektiğinde Yerel Mahkemenin İstinaf gerekçelerine ilişkin görüşmelerindeki kararının gerekçelerini ele alacaktır.

İtirazın değerlendirilmesi

Esas ve karşı istinaf başvurularının gerekçeleri, istinaf başvurusunun kapsamı ve istinafin genişletilmesi

- 7.1. Her iki taraf da, Yerel Mahkeme kararına karşı itirazlarını sunmuştur. İstinaf dilekçesi ile Dernek ve diğerleri, dava dilekçesinde gösterilen gerekçelere ek olarak, taleplerini destekler nitelikteki istinaf başvurusu gerekçelerine dayanarak hak taleplerini arttırmak istediklerini de belirtmiştir. Her iki davada da, esas istinaf başvurusundaki gerekçeler karşı istinafa itiraz gerekçeleriyle aynı olduğu için, İstinaf Mahkemesi, kısaltmak amacıyla "Derneğin İstinaf Gerekçeleri" ya da "Devlet'in İstinaf Gerekçeleri" şeklinde atıfta bulunarak, hem esas istinaf hem de karşı istinaf gerekçelerini ifade etmektedir.
- 7.2. Dernek ve diğerlerinin yukarıda 4.4 numaralı maddede sayılan; Dutchbat'ın gıda ve insani yardım konvoylarının *güvenli bölgeye* ulaşmasını sağlamak için çok az şey yaptığı, Dutchbat'ın Bosnalı Sırplar tarafından tasarlanan saldırı hakkındaki bilgiyi kullanmadığı ve Dutchbat'ın Abih'in direnişine engel olduğu (madde i ve ii a ve c) iddialarına ilişkin olarak Yerel Mahkeme, bu eylemlerin Devlet'e yüklenemeyeceğine karar vermiştir. Buna karşı istinaf

gerekçesi ileri sürülmemiştir. Bu nedenle, İstinaf Mahkemesi bu iddiaları dikkate almayacaktır.

I. Açıklanmayan belgeler; bilgi verme ve delil sunma yükümlülüğü

- 8.1. Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 1. gerekçe; Yerel Mahkeme'nin davayı değerlendirirken, Dernek ve diğerlerinde mevcut olmayan ve Devlet tarafından da açıklamayan belgelerin mevcudiyetine rağmen, Dernek'in bilgi ve delil sunma yükümlülüğü için düşük standartlar, Devletin bilgi verme ve delil sunma yükümlülüğü için ise daha yüksek veya diğer standartlar öngörmemiş olmasıdır. (Yerel Mahkeme'nin kararı 4.20 ve 4.21). Dernek ve diğerleri UNPROFOR'un *Angajman Kuralları*, DCCC'deki istişarelere ilişkin belgeler, Dutchbat tarafından hazırlanan bilgi raporları, günlük durum raporları, Rutten (*inter alios*) ile yapılan röportajlara ve Bakanlar Kurulu'nun 5, 6, 7 ve 11 Temmuz 1995 tarihli toplantı tutanaklarına sahip olmadığını savunmuştur. Dernek ve diğerleri bu belgelere sahip olmadığından kendilerinin bilgi verme ve delil sunma yükümlülüğü için daha düşük standartların, Devlet'in bilgi verme ve ikna edici olma yükümlülüğü için daha yüksek standartların getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Devlet nedenlerini belirterek buna itiraz etmiştir.
- 8.2. İstinaf Mahkemesi her şeyden önce yargılama sırasında itiraz edilmeyen ve mahkemeye teslim edilmemiş belgeleri dikkate almaz. Bununla birlikte, Devlet de bu tür belgelere (kısmen) dayanmamıştır.

İstinaf Mahkemesi, bu davaya konu olaylarla ilgili çok sayıda bilginin, 1.3 te belirtilen açıklanmayan belgelerin özetini anlatan raporlar da dahil olmak üzere kamuya açık olduğunu ve bunun yanı sıra, pek çok röportajın mahkemeye sunulduğunu göz önüne almıştır. Dolayısıyla, genel olarak, argümanları ilgili bilgilerle destekleyecek kanıtların bulunduğu varsayılabilir. İstinaf Mahkemesi ayrıca, gizli belgelerdeki bilgilerin, NIOD raporu, tanık beyanları veya medya yansımaları (Bakanlar Kurulu'nun tutanaklarını gösteren video gibi) vasıtasıyla ifşa edilmiş olmasının,

Dernek ve diğerlerinin Devlet'in belirli bilgiler konusunda sessiz kaldığı veya yalan söylediği şeklindeki iddialarını desteklemediği sonucuna varmıştır. DCCC ile ilgili belgelerle bildiri raporları ve durum raporları ile ilgili olarak İstinaf Mahkemesi ayrıca 12.9, 12.10 ve 12.11'in altındaki hususlara değinmektedir; ve Bakanlar Kurulu tutanaklarına ilişkin olarak, 52.5'in altındaki düşünceye atıfta bulunmaktadır. Bir tanığın (dahası) dinlenilmesi gerekli olması halinde, Dernek ve diğerleri bu amaçla delil üretmeyi teklif edebilirdi.

- 8.3. Bu nedenle, İstinaf Mahkemesi, yargılanmalar sırasında Derneğin bilgi verme yükümlülüğü standartlarını düşürerek, Devletin bilgi verme yükümlülüğü standartlarını ya da ikna edici olma yükümlülüğünü arttırmak için herhangi bir neden görmemektedir. İstinaf Mahkemesi, Dernek ve diğerleri ve Devlet tarafından sunulan argümanları (her iki davada da), asıl olarak hukuk çerçevesinde (yeterince) tartışılmış ve itiraz edilmiş veya itiraz edilmemiş olmalarına göre inceleyecektir.

II. Üçüncü kişi yararına hüküm, Madde 6: DCC 253

- 9.1. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 2. Gerekçe; Yerel Mahkeme'nin Devlet ile BM arasındaki 836 numaralı kararın (*bkz.* yukarıda 2.17) uygulanması için birlik göndererek katkıda bulunma anlaşmasının *güvenli bölgede* yer alan nüfusa Devlet'ten koruma talebinde bulunma hakkını vermeyeceği yönündeki kararı ile ilgilidir (Yerel Mahkeme kararı 4.22 ff). Dernek ve diğerlerine göre bu hüküm yanlış ve asılsız olup söz konusu anlaşma, madde 6: 253 DCC çerçevesinde üçüncü taraf yararına hükümleri içermektedir. Devletin bu yükümlülüğünü Dernek ve diğerlerine karşı yerine getirmekte kendisine isnat edilebilecek şekilde başarısız olduğunu savunulmuştur. Dernek ve diğerleri ayrıca, *güvenli bölgenin* nüfusuna birkaç kez koruma sözü verildiğini ve Devlet'in bu sözlerini de aykırı davrandığını iddia etmiştir. Devlet, gerekçelerini belirterek bir savunma yapmıştır.
- 9.2. İstinaf Mahkemesi yukarıda madde 2.17'de anlatılan olayların akışından, (Dernek ve diğerlerinin argümanlarına ve Nuhanović ve

Mustafić davaları istinaf kararına uygun olarak ECLI: NL: GHSGR: 2011: BR0132, 5.7 altında) Devlet ile BM arasında (Devletin itiraz ettiği) DCC Madde 6:213'da atıfta bulunulan bir sözleşme olduğunu varsaymaktadır. Taraflar arasında, Hollanda yasasının uygulanabilir olduğu konusunda anlaşmazlık yoktur.

9.3. DCC 6. madde anlamında üçüncü kişi yararına bir hükmün varlığı, üçüncü tarafın varlığının kabulünün yanı sıra sözleşme taraflarından birinin üçüncü şahıs yararına bir hakkı taahhüt etmesi ve sözleşmenin diğer tarafının buna karşılık üçüncü kişiye diğer tarafa karşı bağımsız bir işlem yapma hakkı tanımını gerektirir. Bir üçüncü taraf yararına hükmün varlığı, sözleşmenin yorumlanması meselesidir; bu durumda, özel durumun makullük ve adalet kriterlerine göre belirlenecek olan tüm koşulları son derece önemlidir. Taraflar ve üçüncü şahıs, makul bir ölçüde ve sayacaklarımızla sınırlı olmamak üzere; sözleşmenin ilgili hükmünün lafzı, sözleşmenin doğası ve 3. kişilerin yasal durumuna etki etmeye yönelik kapsamı anlamında (söz konusu durumdaki tüm özel koşullar göz önünde bulundurularak) bu hükümler ile bağlıdır.

9.4.1.Öncelikli husus, BM'nin 819 ve 836 numaralı kararlarının UNPROFOR'un görevinin nüfusun korunmasını açıkça içermediğidir. Dernek ve diğerleri, Genel Sekreterin 9 Mayıs 1994 tarihli bir raporunda, halkın korunmasını UNPROFOR'ın amaçlarından biri olarak açıkça tanımladığına işaret etmiştir. UNPROFOR'un raporuna göre, UNPROFOR misyonunu şu şekildedir: "*Belirtilen güvenli alanların sivil nüfuslarını silahlı saldırılara ve diğer düşmanca eylemlere karşı, askeri birlikler ve gerektiğinde hava gücünün uygulanması yoluyla kabul edilen usullere uygun olarak* " ve "*UNPROFOR, bu Güvenli Bölgelerdeki eylemlerin nüfus için bir tehdit oluşturduğunu tespit ederse, NATO ile yakın işbirliği içerisinde sorumluluklarına uygun hareket edecektir.*" Ancak, aynı raporun devamında, bu korumanın kati bir biçimde ancak -tanımlanmıştır- birliklerin varlığı ve hava gücünün uygulanabilmesi yoluna bağlı olduğu görülmektedir. Hava gücü, BM karargâhı ve NATO (sözleşmeye taraf olmayan) tarafından takip edilen olağan prosedüre uygun olarak konuşlandırılmalıdır. (yukarıdaki 2.15'e bakın)

- 9.4.2. Birleşmiş Milletler ve Devlet'in, *güvenli bölge* nüfusunun (bilinmeyen ve öngörülemeyen sayıda kişinin) yararlanabileceği bağımsız bir dava hakkı oluşturma amacı olduğuna dair bir delil bulunmamaktadır. Ayrıca önemli olan, sözleşmenin Devlet'in (tamamen) UNPROFOR sağlamasına değil UNPROFOR'u destekleme etkisinin olmasıdır. Diğer üye Devletlerden gelen taburlar, UNPROFOR içinde aynı BM misyonunun menfaati için çalışmaktadır. Bu nedenle, işbu sözleşme, doğası gereği, UNPROFOR'un performansı ile ilgili olarak Üye Devletlerden birine karşı üçüncü taraflar için bağımsız bir hak talebi sağlayan bir anlaşma değildir.
- 9.4.3. Dahası, Birleşmiş Milletler kararlarının uygulanması bağlamında, *güvenli bölge* nüfusu bireylerine hak sağlayan bir üçüncü taraf yararına hüküm, anlaşılan o ki BM misyonlarındaki BM birliklerinin eylemleri için uluslararası hukukun isnat ve yükümlülük sistemine aykırıdır. Devlet ve BM'nin, böyle bir üçüncü kişi yararına hükmü açıkça belirtmeden, örtülü bir şekilde kabul etmeleri kendilerinden beklenemez ve şu anda sorumlu tutulamazlar.
- 9.5. Her koşulda İstinaf Mahkemesi, Devlet ve Birleşmiş Milletler arasında yapılan birliklere katkıda bulunma anlaşmasının Dernek ve diğerleri için, Devlet tarafından *güvenli bölge* nüfusunun korunmasını talep etme veya başka bir yolla sözleşmeyi Devlet aleyhine yöneltme hakkı vermediği sonucuna varmaktadır.
- 10.1. Dernek ve diğerleri, General Morillon tarafından Mart 1993'te Srebrenitsa'da yaşayan Bosnalı Müslümanların korunacağı ile ilgili olarak verilen sözü öne sürmüştür (*bkz.* yukarıda 2.8). Morillon'un bu sözünün, onların Hollanda Devleti tarafından korunacağı şeklinde herhangi bir emare içermemesi nedeniyle işbu dava açısından faydası bulunmamaktadır. Morillon, BM tarafından UNPROFOR'da görevlendirilen Fransız bir generaldir. Bu, o kişilerin BM'nin himayesi altında olduklarına dair bir beyandır. Sadece bu nedenle bile, halka verilen bu söz Devlet'e uygulanabilir kanuni bir taahhüt olarak değerlendirilemez.
- 10.2. Dernek ve diğerleri, Dutchbat askerlerinin birkaç kez Dutchbat'in halkı koruyacağına dair söz verdiğini ileri sürmüştür. İstinaf Mahkemesi, eğer doğruysa bunun (Dernek'in kendi iddialarına

göre), silahların teslimi veya geri vermemek gibi BM faaliyetlerinin yürütülmesi çerçevesinde yapıldığını kabul edilmelidir. Dutchbat askerlerinin tümü BM'nin emrinde ve BM komutasında yer almıştır. Dutchbat askerleri, BM üniformaları (mavi kasklar) ve BM bayrağı altında çalışmıştır. Halk, Hollandalı barış güçlerinin BM misyonu için BM adına yerleştirildiğini ve BM'in bir parçasını oluşturduğunu görebilmiştir. Bu nedenle, Hollanda tarafından ya da Hollanda adına herhangi bir taahhüt verilmemiştir. Böylece Dernek ve diğerlerinin delil teklifi (İstinaf dilekçesi madde 37) dava ile ilgisi olmadığından dikkate alınmamıştır.

- 10.3. Sonuç olarak, hiçbir üçüncü taraf yararına hüküm veya Dernek ve diğerleri tarafından Devlet'e karşı yöneltilebilecek herhangi bir sözleşme taahhüdü bulunmamaktadır. Bu nedenle, ikinci istinaf gerekçesi temelsiz olduğundan reddedilmiştir.

III. Devlete İsnat

BM dokunulmazlığı bağlamında Devlet'e uzanan isnat?

- 11.1. Dernek ve diğerlerinin 3. gerekçesi, Yerel Mahkeme'nin isnat metodunun BM'nin dokunulmazlığa sahip olmasıyla ilgili olmadığı kararına karşı yöneltilmiştir. (Yerel Mahkeme karar 4.3 ve 4.35). Dernek ve diğerleri bu bağlamda AIHM'in Dernek'in AIHS 6. maddeyi ihlal edildiğine ilişkin itirazlarının (yukarıda 4.3'te belirtilmiş olan) temelsiz olduğu için değil kabul edilemez olduğu için reddettiğini ve bu dokunulmazlığın, Devlet'in sorumluluğunun değerlendirilmesinde herhangi bir etkisi olmadığına vermenin yanlış olduğunu savunmuştur.

Karara göre, mahkemeye erişim hakkının, Birleşmiş Milletler'in aksine, Devlet'in yargı bağımsızlığını öne sürememesi nedeniyle ihlal edilmediğine ilişkin karara karşı Dernek ve diğerleri itirazda bulunmuştur. Devlet bu gerekçeye itiraz etmiştir. İstinaf Mahkemesi aşağıdaki şekilde tespitlerde bulunmuştur:

- 11.2. Birleşmiş Milletler bayrağı altında (Birleşmiş Milletlerin İmtiyazları ve Muafiyetleri Konvansiyonu (Antlaşma Serisi 1948, No: 224) gereği BM kovuşturmadan muafır) yapılan eylemlerin Devlet'e

isnat edilip edilemeyeceği ve de hangi kapsamda isnat edilebileceği yazılı ve sözlü (uluslararası) hukukun konusudur ve özellikle Uluslararası Hukuk Örgütü (ILO) tarafından hazırlananlar da dahil olmak üzere *Uluslararası Kuruluşların Sorumlulukları Hakkında Taslak Metin* (bundan sonra “DARIO” olarak anılacaktır) ve *Devletlerin Uluslararası Olarak Hatalı Yolsuzluklara Karşı Sorumlulukları Hakkında Taslak Makaleleri* (bundan sonra: DARS) kapsamaktadır. Uluslararası hukukta ortaya konan kurallar, mağdurların BM’yi (dokunulmazlık gerekçesiyle) sorumlu tutamamasına ve bunun sonucunda BM üyesi ülkelerden birinin de (isnat edilememe gerekçesiyle) belirli eylemler ve Bosnalı Sırpların işlediği savaş suçları nedeniyle sorumlu tutulamayacağı sonucuna götürmektedir. Bu suçlardan ötürü Devlet suçlanamaz ve geçerli kurallar uyarınca sorumlu olduğu şeylerden daha fazlası Üye Devlet’e isnat edilemez. Bu sebeple bu istinaf gerekçesinin temelsiz olduğu söylenebilir.

Devlete İsnat, etkili kontrol (talimat (lar))

12.1. Dutchbat tarafından gerçekleştirilen eylemler, eğer Devlet tarafından *etkin bir şekilde kontrol* ediliyorsa bu eylemlerin Devlet’e isnat edilebileceği konusunda bir anlaşmazlık bulunmamaktadır. Gerçekte önemli olan şey, Devlet’in belirli eylemler (veya ihmaller) üzerindeki *fiili kontrolüdür*, burada, tüm esas koşullar ve davanın özel bağlamı göz önüne alınmalıdır. Yerel Mahkeme, haklı olarak Birleşmiş Milletler komutasında Hollandalı askerlerinin bulunması, Hollandalı UNPROFOR subaylarının bazen doğrudan Dutchbat’la etkileşime girmesi ve Hollandalı UNPROFOR yetkilileri ile Hollanda hükümeti ve/veya DCCC arasındaki iletişimin Devlet’in *etkin kontrol* uyguladığı anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir (Yerel Mahkeme Kararı 4.44 - 4.55) ve buna taraflarca itiraz edilmemiştir.

Dutchbat üzerindeki *komuta ve kontrol* BM’ye geçtiği için BM, prensipte Dutchbat üzerinde etkili *bir kontrol* uygulamıştır. Bir veya daha fazla özel olay ve istisnai durumlarda, aynı zamanda Devlet’in de Dutchbat tarafından gerçekleştirilen belirli eylemler üzerinde *etkili bir kontrol* uygulayıp uygulamadığı hususu-

nun Dernek ve diğerlerince makul gerekçelerle ortaya konması ve itiraz edildiği takdirde kanıtlaması gereken bir husustur.

12.2. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 4. Gerekçe; Yerel Mahkeme'nin, Devlet'in 9 Temmuz 1995'e kadar Dutchbat'a talimat vermediği ve bu talimatların *engellenme pozisyonlarıyla* sınırlı olduğunu tespit eden bulgularıyla ilgilidir (Yerel Mahkeme kararı 4.62 - 4.65). Dernek ve diğerlerine göre, Yerel Mahkeme, Dutchbat operasyonu boyunca öncelikli olarak Dutchbat'ın güvenliği ile ilgili olan; gözlem noktalarının direnç gösterilmeden bırakılması, *blokaj pozisyonlarının* terk edilmesi, silahlar ve teçhizatın bırakılarak teslim edilmesi ve el konulan silahların halka geri verilmesini reddetmek, halka gerekli tıbbi yardımı sağlamayı ve bu amaç doğrultusunda mevcut araçları kullanmayı reddetmek ve halkı korumamaya ilişkin talimatların tümünün BM tarafından verilen emirlere aykırı olduğunu tespit etmeyerek hataya düşmüştür. Dernek ve diğerlerine göre, Dutchbat, BM emirlerini 8 Temmuz 1995 tarihinden itibaren kendi Dutchbat personelinin güvenliğine oranla ikinci derecede görmüştür. Dernek ve diğerleri Voorhoeve tarafından 10 Temmuz 1995'te 'kayıplardan kaçınma', 'Hollanda askeri personelinin güvenliğini en ön planda tutma' ve 'erkeklerin ve kadınların eve güvenli bir şekilde dönmesini görmek isteme' konusundaki sözlerine dikkat çekti (*bkz. yukarıda 2.36*). Dernek ve diğerleri bu ifadelerin bir bütün olduğunu ve *Blokaj pozisyonları* hakkında Devlet tarafından verilen bir talimatla sınırlı olmadığını ileri sürmüştür.

12.3. Devlet bu iddiaya karşı çıkmış ve özellikle, Yerel Mahkeme kararındaki gibi gereksiz kayıplardan kaçınmak için verilen talimatlar vasıtasıyla Devletin Dutchbat üzerinde etkili bir kontrol uyguladığına itiraz etmiştir.

Bu bağlamda, İstinaf Mahkemesi şu şekilde tespitlerde bulundu:

12.4. İstinaf Mahkemesi, Dernek ve diğerlerinin ve Yerel Mahkeme'nin aksine, Devlet'in iddiası doğrultusunda Voorhoeve tarafından 10 Temmuz 1995 tarihinde 'Hollandalı askeri personel güvenliğine en üst öncelik vermek' 'kayıplardan kaçınmak' ve 'erkeklerin ve kadınların eve güvenli bir şekilde dönmesini görmek isteme'

ile ilgili yapılan açıklamaların Devlet'in belirli eylemler üzerinde etkili *kontrolü* olması olarak düşünülemediğine karar verilmiştir. Resmî belgeler, bu ifadeler dolayısıyla Dutchbat tarafından gerçekleştirilen belirli (belirli askeri operasyonlar veya diğer özel) eylemler üzerinde fiili kontrol gerçekleştirildiğine ilişkin bir sonuca varılmasına imkan sağlamaz. Söz konusu açıklamalar genel bir nitelik taşımakta olup, herhangi bir zamanda belirli gözlem noktalarını veya blokaj *pozisyonlarını* terk etmek veya terk etmemek, silah ve teçhizatı bırakmak ve teslim etmek ya da tıbbi ve benzeri yardım sağlamak gibi belirli operasyonel (veya diğer) fiillere yönelik değildir. Dernek ve diğerleri açıklamaların genel niteliği kabul etmekle beraber, Dutchbat'ın hareket tarzının, Devlet'in talimatlarının kapsamlı olduğunu, Voorhoeve'in talimatlarının sadece *blokaj pozisyonları ile* sınırlı olmadığını ve Dutchbat tarafından gerçekleştirilen eylemlerin tüm yönleriyle ilgili olduğunu, iddia etmektedir. (İstinaf Dilekçesi no. 52 ve 54). Söz konusu açıklamalara bakılmaksızın, Dutchbat tarafından gerçekleştirilen somut fiiller, Devlet tarafından yapılan açıklamaların değil, BM komutasındaki komutanlar tarafından verilen belirli emirlerin yerine getirilmesidir. Devletin, Dutchbat personelinin güvenliğine başka herhangi bir husustan daha çok öncelik verilmesi yönünde belirli emirler verdiği veya bu yönde emirler verilmesine neden olduğunu gösteren hiçbir şey bulunmamaktadır.

Ayrıca Voorhoeve sözü edilen açıklamaları yapmadan önce 29 Mayıs 1995'te doğrudan BM emir komutası içerisinde (yani, Korgeneral Smith tarafından) BM askeri personelinin güvenliğinin, görevin yerine getirilmesine göre öncelikli olduğuna ilişkin genel bir üstün emir çıkarıldığı da tespit edilmiştir (*bkz.* Yukarıda 2.27). Bu, BM tarafından yapılan operasyonel bir tercihtir.

Devletin, Dutchbat askeri personelinin eve güvenli ve sağlıklı bir şekilde dönmesine öncelik verilmesini destekleyen yorumları, Devlet'in belirli operasyonel kararlar üzerinde olgusal denetim uyguladığını göstermez.

- 12.5. Yerel Mahkeme'nin (*bkz.* Yerel Mahkeme kararı 4.66) aksine, İstinaf Mahkemesi, Voorhoeve, Van den Breemen ve Franken'in,

Yerel Mahkeme tarafından atıfta bulunulan ifadelerinin bir talimat aracılığıyla operasyonel işler üzerinde Devlet'in *kontrolü* sağladığı veya *etkin kontrol* uyguladığı anlamına geleceğini kabul etmemektedir. Bu ifadeler kesin olarak (kısaca ifade edildiği haliyle) şu şekilde yorumlanmalıdır: önlemlerin komutanlar tarafından alınacağına dair bir temenni ifadesi (Parlamento Komisyonu önündeki Voorhoeve (bundan sonra: PCI görüşmeleri), s. 625), BM ile kurulan iletişim, Bakan ile yapılan gereksiz kayıplardan kaçınılmasına ilişkin röportajdan sonra (Van den Breemen, PCI ile yapılan röportajlar, s.735) ve Bakanın görüşüne veya Bakandan gelen bilgiye göre herhangi bir Hollandalı kayıp ya da ölümün olmaması gerektiğine dair bilgi (Franken, PCI ile yapılan röportajlar 67; Hilderink, PCI ile yapılan röportajlar s. 212 ve 216). Bunlar, görüş ve acil dileklerin ifadesi olabilir, ancak spesifik eylemler üzerinde talimat veya (başka) fiili kontrolü ima etmemektedir. Bu husus, Hilderink tarafından yapılan (Dernek ve diğerlerinin istinaf dilekçesinde 75 ve 76 numaralarda alıntılanmış) öncelikle Dutchbat birliklerinin güvenliğine önem verilmesi ve görevin bu çerçevede mümkün olduğunca yürütülmesi şeklindeki açıklamalar da ele alındığında sabittir. Bu genel iletişim, Devlet tarafından uygulanan etkin bir kontrolün kanıtı değildir.

12.6. Lahey'den gelen yorumlar, Dutchbat'la üzerindeki *komuta ve kontrolün* yalnızca resmi olarak BM'ye devredilmediği (dolayısıyla Devlet'e ait değil, yalnızca BM'ye aittir), bunların her ikisinin de; yani Lahey ve BM'in ayrıca da Bosna Hersek'teki Dutchbat'in, eylemlerinde ve karar verirken uygulamada bu aktarımın son derece farkında olduğu bağlamından ayrı olarak değerlendirilemez. Bu, *diğerlerinin yanı sıra* aşağıdaki ifadelerden de anlaşılmalıdır:

- General Nicolai (PCI görüşmeleri, sayfa 257-259):

“[Soran: (...) Gerçek uygulamada ne kadar özümsemişti ki, Hollanda ve Karremans için siz en doğrudan temas noktasıydınız.] *Ama resmen değil. Genel Başkan Yardımcısı, General Gobilard'dı. Emirleri çıkartan ve kararları vermek zorunda kalan Gobilard'dı. (...) 24 saat boyunca merkezdeydim* [İstinaf Mahkemesi: UNPROFOR]. *Bu nedenle tüm gelişmelerden haberdardım. Dabası,*

Dutchbat bir Hollanda birimi idi. Sıklıkla iletişim benim üzerinden yürüdü, iletişim birinin kendi dilinde yapılabiliriyorsa daha kolaydır. (...) Zaten, her halükârda, genellikle her gün hem yazılı hem de sözlü olarak Kraliyet Hollanda Ordusu Kriz Merkezi'ne ve DCCC'ye bir durum raporu [İstinaf Mahkemesi: durum raporu] verildi. (...) Özellikle bölgedeki durumun nasıl geliştiğine dair taktiksel bilgi, bizim nasıl yanıt verdiğimiz ve ne gibi tedbirler aldığımız [altı çizilen: İstinaf Mahkemesi tarafından eklenen]. [Sorgulayıcı: O zaman, Hollanda gelişmekte olan durumu göz önüne alarak size istekler de sunabilir mi?] Hayır, kesinlikle resmi olarak değil. Birim, BM'nin operasyonel kontrolü altındaydı. Bütün emirler görev dabilinde olduğu sürece Hollanda'nın hiçbir kontrolü yoktu. Yapabilecekleri tek şey, eğer ihtiyaç duyulursa, Güvenlik Konseyinden bazı şeylerin siyasi kanal aracılığıyla farklı şekilde idare edilip edilmeyeceğini sormaktı. [Sorgulayıcı: Sana herhangi bir istek de dahi bulunamazlar mıydı(...)? Bulunabilirlerdi, ancak sadece dostça bir istekte şeklinde. Hiç emir veremezler: lütfen bunu dikkate alabilir misiniz? [Sorgulayıcı: Görülen o ki emir yok, ancak isteklerle ilgileniyorum. Senden istekte bulunmaya çalıştılar mı?] Hayır (...)

- Voorhoeve (PCI görüşmeleri, s. 623-624):

"[Soran: Blokaj pozisyonunda. (...)] (...) Bunun, Zagreb tarafından yayınlanan bir emir olduğunu öğrendik, tartıştık, herkesin konu hakkında kendi düşünceleri vardı. Bunun doğru olduğu konusunda görüş birliği içindeydik çünkü daha iyi bir şey ortaya çıkmazdı (...) [Sorgulayıcı: (...) Tartıştınız ama nasıl geçti ya da iletildi? Burada Lahay'de yapabileceğimiz tek şey kendi içimizde yorum yapmaktı. Bunu önlemek için ne hakkımız ya da otoritemiz ne de siyasi irademiz yoktu; (...) Birliklere göz kulak olmak bizim sorumluluğumuzdu. BM'nin emrindeydiler. BM'in sağlam komuta zincirine güveniyorduk. Kriz geliştikçe, BM komuta zincirinin sıkıntılar gösterdiği ve yavaş olduğu ortaya çıktı. Bu Birleşmiş Milletler komuta zincirine isteklerimizi sunmamız gerektiğini kanıtladı. Operasyonel emir vermeksizin arttırarak bunu yaptık. (...) Onların üstünde [İstinaf Mahkemesi: Tuzla'daki subayların üstünde], Saraybosna'da daha fazla ülke bulunan daha güçlü bir seviye olduğu için şanslıydık."

- Van den Breemen (PCI görüşmeleri s. 735):

“(…)Bununla birlikte, Bakanlığımı şüphelerimi bildirdim, fakat sabadaki komutanların yetkili olduğuna inanıyordum. (...) Bakan (...) kabul etti. Gereksiz kayıplardan kaçınılması gereken siyasi isteğin geçerliliği koşuluyla nihayetinde sorumlu olan komutanlardır. Hatırladığım kadarıyla bu BM'e bildirildi. Nicolai öğleden sonra bana telefon etti ve en son durum hakkında bir güncelleme verdi. (...)”

- Hilderink (PCI görüşmeleri, sayfa 212):

“[Soran: (...) Sonra emir hakkında Zagreb'e geri döndün mü?] Nee. (...). [Soran: (...) Dutchbat'a emir verildi mi?] Hayır (...).

12.7. BM'nin Dutchbat'a belirli talimatlar verdiği (*diğer şeylerin yanı sıra engelleme pozisyonlarının kaldırılmasına ilişkin*) sabittir. Devletin Dutchbat'a özel talimatlar verdiği, Devlet'in BM talimatları üzerinde fiili kontrolü olduğu veya BM talimatlarının Devletin söylediği veya yaptığı yönünde hiçbir kanıt bulunmamaktadır. Zamanlama açısından Voorhoeve tarafından yapılan açıklamaları takiben Dutchbat'ın yaptığı bazı eylemler, bu eylemlerin Voorhoeve yönlendirmesiyle gerçekleştirildiği (kısmen veya tamamen) anlamına gelmez.

12.8. Temasları yoğunlaştırmak ya da istekleri daha net bir şekilde iletmekle Devlet, belirli eylemler üzerinde etkin *bir kontrol* anlamında bir denetim yapmış olmamaktadır. Gayri resmi istişareler, bu amaç için yeterli değildir. BM emir komuta zinciri içerisinde bazı subayların aktif olması (Dernek ve diğerleri Brantz ve Nicolai'yi özellikle belirttiler), (hatta) temas kaynağı veya Hollanda'nın çıkarlarının savunucusu görevini görmeleri nedeniyle Devlet'in Birleşmiş Milletler komuta zincirinin bir parçası haline gelmesine yol açmamış olması ve bir Devlet olarak BM komuta zinciri tarafından belirli talimatların (engelleme pozisyonunu terk etme talimatı gibi) verilmesini sağlamak için, Devlet tarafından etkili bir kontrolün kısmen de olsa mevcut olmamasının önemine binaen yukarıdaki sözü edilen etkin bir kontrol mevcut değildir.

12.9. Dernek ve diğerlerinin iddiasının aksine, Başbakanlıkta *engelleme pozisyonlarında* anti-tank silahlarının kullanılmasına ilişkin tartış-

malar, Dernek ve diğerlerinin özellikle bu tartışmanın daha ileri bir aşamaya getirilerek Devlet tarafından Dutchbat'a talimatlar verildiği veya verilmiş olabileceğini yeterince açık ortaya koymadığı için *etkili kontrol anlamına* gelmemektedir. DCCC'nin durum değerlendirmesi yapmak için bir araya gelmesi ve Dutchbat'ın performansı için yönerge ve öncelikler oluşturması, Devletin Dutchbat'ın belirli operasyonel eylemleri veya ihmallerini fiilen kontrol etmesi veya kullanması anlamına gelmemektedir; hatta DCCC istişarelerinin sonuçlarının, Hollanda'nın görüşü şeklinde BM komuta zinciri içindeki kişilere daha açık bir şekilde bildirilmesi bile (NIOD'un 2289'da rapor ettiği gibi) bu anlama gelmez.

12.10. Devlet'in *etkili kontrolü* ile ilgili olarak, Dernek ve diğerleri ayrıca, zamanında önemli tüm bilgileri içeren durum raporlarının hazırlandığını ve sahadaki durum hakkında iyi fikir sahibi olabilmeleri için Hollanda'daki sorumlu Bakanlara gönderildiğini ve 11 ve 21 Temmuz 1995 tarihleri arasında 'gizli durum raporu' hazırlandığını iddia etmektedir. Dernek ve diğerlerinin bu raporlara erişimi bulunmamaktadır. UNPROFOR'un bir albay komutanının şu anda bu raporların gizliliğini kaldırması gerektiğini ve gizli durum raporunda şu ifadelerin yer aldığını: "*Serbest bırakılan mavi kaskların ilk incelemelerinden sonra, erkek Boşnakların idam edildiği ortaya çıktı; (...) Dutchbat Potočari'den ayrılıncaya kadar konunun daha da karmaşık hale gelmemesi için bulgularının kamuoyuna açıklanmaması bekleniyor*" ifadesini delil olarak sundular.

İstinaf Mahkemesi, bu delili değerlendirmede, çünkü doğruluğu, Devletin, askeri operasyonlar sırasında Dutchbat tarafından gerçekleştirilen fiiller üzerinde *etkin bir kontrol* sahibi olma hususunda Devlet'in fiili kontrolü sorunun değerlendirilmesiyle ilgili değildir. Bu raporlar, Potočari'den *gelen* bilgilerin iletilmesiyle ilgili olarak Dutchbat tarafından Hollanda'ya gönderilmişlerdir. Bu raporların özellikle Hollanda tarafından verilen talimatlar içerebileceği gösteren hiçbir iddia ortaya konmamıştır.

12.11. Dördüncü istinaf gerekçesine yapılan açıklamada, Dernek ve diğerleri 16 ve 23 Temmuz 1995 tarihlerinde General HA Couzy

tarafından yapılan açıklamalar ve bildirimler sırasında Devlet tarafından verilen olası talimatlara atıfta bulunmuş, fakat bu açıklamalar son mültecilerin yerleşkeden çıkarılmasından sonra, toplu infazlar halihazırda bitmişken (ya da en azından neredeyse) yapılmıştır. İsnat edilen hukuka aykırı fiil, tek başına neden-sonuç ilişkisinin yokluğu sebebiyle dahi Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü iddianın kabul edilemeyeceğini göstermektedir.

12.12. Yukarıdakilerden anlaşılacağı gibi, kayıplardan kaçınılması ve birliklerin güvenliğinin öncelik taşıdığı yönündeki ifadeler nedeniyle Devletin etkili bir kontrolünün olduğu söylenemez. Bu, Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 4. gerekçenin- Yerel Mahkeme kararı ile ilişkili olarak özetle, Yerel Mahkeme'nin Devletin talimatlarını iddia edildiği gibi çok dar bir şekilde yorumladığı- asılsız olduğu için reddedildiği anlamına gelmektedir. Yukarıdaki hususlar ışığında, İstinaf Mahkemesi, yukarıda değinilen açıklamaların 9 Temmuz 1995 tarihinden önce yapılmış olup olmadığı sorusunu yanıtlamamaktadır; zaten bu soruya cevap verilmesi Devlete karşı olan ithamların kabul edilmesine de neden olamaz. İstinaf Mahkemesi, Dernek ve diğerleri tarafından ileri sürülen Yerel Mahkeme'nin, blokaj pozisyonlarına ilişkin talimatlar verilmesinin önemini hafife aldığı iddiasını da; daha önce de belirtildiği gibi blokaj pozisyonlarına ilişkin talimatların Devlet'in etkin kontrolünün sonucu olarak verildiğini İstinaf Mahkemesi tespit edemediğinden dikkate almamaktadır.

13.1. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 5. Gerekçe; Dutchbat'ın *güvenli bölgedeki* nüfusu korumak için çok az çaba harcadığı yönündeki iddiasının Yerel Mahkeme'nin, Dutchbat'ın görevi gereği üstlendiği sorumluluk alanının dışına çıktığına dair değil, görevin BM komuta ve kontrolünde operasyonel olarak icrasına ilişkin olduğu yönündeki kararı ile ilgilidir (Yerel Mahkeme kararı 4.68 ve 4.69). Dernek ve diğerleri Dutchbat'ın, Devlet'in *etkili kontrolü* neticesinde BM'nin talimat ve emirlerine aykırı hareket ettiğini belirtmiştir. İstinaf Mahkemesi, 4 numaralı gerekçenin değerlendirilmesinde Dernek ve diğerleri tarafından iddia edildiği gibi *etkili kontrol* anlamında herhangi bir sorunun bulunmadığına karar verdiği için istinaf yolunun beşinci gerekçesi de haklı görülmemiştir.

13.2. Dernek ve diğerlerinin ileri sürdüğü askerlerin güvenliğine öncelik verme konusundaki, Voorhoeve talimatı ve DCCC içindeki tartışmalar üzerine inşa edilen diğer gerekçeler de yukarıdaki sebeplerden ötürü haklı görülmemiştir.

Devlete isnat edilebilirlik, yetkiyi aşan fiil

14. Dernek ve diğerleri Dutchbat'ın yetkisini aşarak "ultra vires" hareket etmesi durumunda gerçekleştirdiği eylemlerin, Devlete atfedilebileceğini de ileri sürmüştür. Dernek ve diğerleri tarafından ileri sürülen 6. gerekçede Dutchbat'ın Hava Saldırısı Rehberinde yer alan (Yukarıdaki 2.27'ye bakınız) 9b talimatına aykırı davranarak gözlem noktalarını herhangi bir direnç göstermeden terk etmesi nedeniyle yetkisini aşarak hareket ettiği ileri sürmüştür. Dernek ve diğerleri Yerel Mahkeme'nin 29 Mayıs 1995 tarihli Hava Saldırısı Rehberini yanlış yorumladığını, gözlem görevlerini yerine getiren Dutchbat ekiplerinin kaçtıkları riskin yanlış bir şekilde değerlendirdiğini, Bölge Mahkemesinin hukuka aykırı olarak bu noktaların ne zaman terkedildikleri konusundaki farkı gözetmeyerek yanlış tespitler yaptığını ve Bölge Mahkemesinin Dutchbat'ın Bosnalı Sırp'larla işbirliğine ilişkin önemli olayları dikkate almadığını iddia etmiştir. Devlet bu iddialara itiraz etmiştir.

15.1. Dutchbat'ın Devlete atfedilebilecek şekilde "ultra vires" davranıp davranmadığı hususunu değerlendirirken İstinaf Mahkemesi şu şekilde tespitlerde bulunur:

15.2. İşbu dava kapsamında, bir ulusal birliğin UNRPOFOR için Birleşmiş Milletler'in emiri altında (örneğin, Dutchbat) olmasının BM'nin bir organı olarak görüleceği konusunda anlaşmazlık bulunmamaktadır. Madde 7 DARİO şu şekildedir:

"Devlet'e ait bir organ, şayet bir başka uluslararası organizasyon altında faaliyet gösteriyor ve eylemde bulunuyor, bu uluslararası organizasyonun, uluslararası hukuk anlamında o organ üzerinde etkili kontrolü olduğu kabul edilir."

Madde 8 DARİO şu şekildedir:

“Uluslararası bir organizasyonun bir organının veya vekilinin fiili, organ veya vekilin resmi görevi çerçevesinde hareket ederek bu organizasyonun genel işlevleri dahilinde eylemde bulunması halinde, o organ ya da vekilin yetkisini aşıyor veya emirlere aykırı olsa dahi uluslararası hukuka göre bu organizasyonun bir eylemi olarak kabul edilir” (altı çizili İstinaf Mahkemesi tarafından eklendi)

Yukarıdakilerin ışığında Dutchbat tarafından gerçekleştirilen fiiller, BM'nin *resmi görevi çerçevesinde ve genel işlevleri içinde* yer alması halinde, emirlere aykırı olsa dahi Birleşmiş Milletler tarafından gerçekleştirilen fiiller olarak kabul edilecektir.

15.3. Ancak birlikler BM organizasyonunun “*resmi görev çerçevesinin*” ya da “*genel işlevleri*” nin ötesine geçtiyse (bkz. DARIO Madde 8) – Yani Dutchbat'ın durumunda: *barış gücü* olarak verilen kapasitenin ve görevlerin ötesine geçilmesi- bu davranışın BM DARIO'nun 8. maddesi uyarınca BM'ye atfedilemeyeceği sonucuna varabilir. Fakat bu, BM tarafından verilen bir emire uymamanın (ya da bir emrin yorumuna uymamanın), yetki aşımı şeklinde değerlendirilerek, BM yerine veya Birleşmiş Milletlerin yanında Birleşmiş Millet Üyesi Devlete isnat edilebileceği anlamına gelmez. Böyle bir maksat ILO tarafından DARIO'nun 7. maddesi'ne yapılan şerhten de çıkarılamaz (Yerel Mahkeme'nin 4.58 numaralı fıkrasında belirttiği kısım). Yerel Mahkeme'nin de belirttiği gibi, Devletin asker alımı, seçimi ve hazırlanması gibi mekanizmaları ve sonrasındaki personel meseleleri ve disiplin önlemleri üzerindeki kontrolü nedeniyle alınan operasyonel kararlar bir BM (daha yüksek) emrini ihlal ediyorsa Devlet'e atfedilebilir. Esasen, Devletin, *komuta ve denetimi* devrettikten sonra operasyonel kararlarla ilgili kesin olarak HİÇBİR kontrol yetkisi yoktu.

16.1. Dutchbat, İstinaf Mahkemesinin görüşüne göre, savaş ile ilgili operasyonel fiillerine ilişkin olarak BM örgütünün *resmi görev çerçevesinin* veya *genel işlevleri* nin ötesinde hareket etmemiştir. Arazideki durumu değerlendirmek BM'in sorunudur. Gözlem noktalarının terk edilmesi, takviye edilmesi ya da yeniden ele geçirilmesi, gözlem noktalarında direnişin ne zaman ve nasıl başla-

yacağı (gerçekleşmedi), belli noktalarda herhangi bir zaman *blo-kaj pozisyonlarını* alıp-almama, kaldırma ya da kaldırmama, kendi silahlarıyla ve el konulan silahlarla ne yapılacağı, yakın hava desteği talep edilmesi ve ordu tarafından tıbbi araçların konuşlandırılması hakkında spesifik kararlar almak BM *barış gücünün* görev ve yetkilerinin bir parçası olup, *resmi görev çerçevesinde ve Dutchbat'ın genel işlevleri dabilindeki fiillerdir.*

16.2. 29 Mayıs 1995 tarihli *Hava Saldırısı Rehberine* veya diğer (daha yüksek) BM emirlerine - tarafların arasında bir anlaşmazlık olan konulara istinaden- aykırı olan belirli operasyonel kararlara istinaden yapılan eylemler sadece bu sebeple Devlet'e atfedilemez. *Hava Saldırısı Rehberine* ilişkin olarak, İstinaf Mahkemesi ayrıca aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur (17.1 - 17.4).

17.1. Dernek ve diğerleri, *Hava Saldırısı Rehberinin* iki amacı dile getirdiğini iddia etmiştir; gözlem noktalarının savunmasında hayati kayıpların önlenmesi ve askerlerin esir alınmasını önlemek. Dernek ve diğerlerine göre, Dutchbat, her iki amaca da aykırı olarak hareket etmiş ve gözlem noktalarını emirlere uygun olmayarak terk etmiştir. Bunun Devlete isnat edilebileceği görüşündedir.

17.2. İstinaf Mahkemesi, Bosnalı Sırplar tarafından bir gözlem noktasının ele geçirilmesi sonrasında esirler alındığına dikkat çekmektedir. Bu ele geçirme sonrasında Dutchbat askerlerinin yalnızca Potočari'ye dönmek ya da Bosnalı Sırplar tarafından savaş esiri olarak alınmak arasında seçim yapabilecekleri konusunda anlaşmazlık yoktur. İkinci seçeneğin gerçekleşmesi durumunda, kendilerini rehin olarak kullanılma riskine maruz bırakacaklarından bunun önlenmesi gereklidir. Potočari'ye geri çekilmenin güvensiz olduğu konusu da -ABİH hatlarından doğrudan (savaştan) geçtiği için- tartışmalı değildir. Bu tür bir geri çekilme sırasında BM askerlerinin hayatlarını kaybedebileceği için bunun da önlenmesi gereklidir. Bu bağlamda, Dutchbat komutanının seçeneklerden birini (bu durumda: Bosnalı Sırplar'la birlikte gitmelerini yasaklamaması) seçmesi, askeri durumun gerektirdiği operasyonel bir durumdur ve BM tarafından görevlendirildiği *barış gücü* görevinin kapsamını aşmamaktadır. Bu durumun ivedi sonuçları Dev-

lete atfedilebilecek fiillerin sonuçlarından sayılamaz. Bu durum sabit olmakla beraber, bu davranış Fransız parlamentosu ve diğerleri tarafından ‘taktiksel bir hata’ ya da bir BM emrinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

- 17.3. Ayrıca İstinaf Mahkemesi, *Hava Saldırısı Rehberinde* hiçbir zaman gözlem görevlerini terk etmemeye yönelik bir emir bulunmadığına dikkat çekmiştir. Takviye edilebilecek veya yeniden ele geçirilebilecek mevkihlerin terk edilmemesi ve desteklenemeyecek izole haldeki mevkihlerin tehlike altında olması ve can kaybı riski varsa terk edilmesini şart koşmaktadır. Dutchbat’ın (her bir örnekte) gözlem yerlerini, yalnızca savaşan birlikler tehdit olarak kabul edilebilecek kadar yakın olduğu sırada ve -en azından- can kaybı korkusunun artması nedeniyle terk ettiği tespit edilmiştir. Tehlikenin ne kadar gerçekçi olduğunun yerindelik değerlendirmesinde, sözü edilen takviye güçlerin zamanında gelip gelmeyeceği, takviyelerin mümkün olup olmadığı ve Bosnalı Sırplar ile silahlı çatışma içine girmenin mantıklı olup olmadığı askeri değerlendirmeler olup, nihayetinde Dutchbat tarafından, BM tarafından kendisine havale edilen görevler çerçevesinde alınacak kararlardır. Bu fiiller üzerinde Devlet’in kontrol yetkisi olmadığından, Devlet’e isnat edilemez.
- 17.4. Bosnalı Sırpların, Hollandalılara karşı herhangi bir şiddet kullanmadığı iddiası -şayet doğruysa; en azından şiddet tehdidi olduğundan- Devlete isnada yol açamaz. Dutchbat’ın Bosnalı Sırplar’a ateş açması gerekip gerekmediği sorusu BM misyonunun şiddete başvurmaksızın *Mukavemet yoluyla caydırıcılık yerine varlık yoluyla caydırıcılık* kullanarak geçici bir tarafsız varlıkla istikrar ve barış seçeneğini sağlama hedefi ışığında düşünülmelidir. Yalnızca bu nedenle bile İstinaf Mahkemesi, Dutchbat’ın savaşa katılan taraflardan birinin-silah kullanarak- düşmanı olma görevi altında olduğunu tespit edemez. *Angajman Kuralları* gereği çatışmaya yalnızca, askerlerin kendileri veya bakımına emanet edilen nüfusa hedef alınması veya ateş açılması durumunda değil, korunması gereken nüfusun başka bir şekilde tehdit edildiği zaman da (Dernek ve diğerlerinin iddia ettiği ve Devlet’in itiraz ettiği gibi) girilmesinin uygun ve zorunlu olduğu konusunda bir karar alın-

masına gerek yoktur. Ateş açmama kararları (bu anlama gelen her şey dahil), devletin özel kontrolü olmaksızın, Dutchbat'a verilen barış *gücü* yetkisi kapasitesi ve görevleri dikkate alınarak BM komuta zinciri içerisinde alınmıştır. Aynı şey, bir gözlem noktası ele geçirildiğinde (her bir durumda) silah ve teçhizatın ele geçirilmesini engelleme seçeneğinin değerlendirilmesi için de geçerlidir.

18. Dernek ve diğerleri 6. gerekçelerinin açıklamasında bir gözlem noktasının ele geçirilmesi ve zırhlı araçların el konulması sonrasında Dutchbat askerlerinin Bosnalı Sırp'lara sürüş dersi verdiğine işaret etmiştir (*bkz.* yukarıda 2.32). İstinaf Mahkemesi, usul belgelerine dayanarak (Dutchbat'ın görevlendirilmesine ilişkin BM kararları ve mahkemeye sunulan BM emir ve talimatları dahil olmak üzere) bir askeri karakolun ele geçirilmesinden sonra savaştan taraflardan birine sürüş talimi verilmesini UNPROFOR'un barış *gücü* görevinin bir parçası olamayacağına hükmetmiştir. İstinaf Mahkemesi, bu fiiller hakkında bir karar vermeyi reddeder; çünkü bu fiillerin nasıl olup da Derneğin ve diğerlerinin iddia ettiği kayıplara yol açabileceği yeterince açıklanmamıştır. İstinaf mahkemesi daha ileri bir kanıt olmaksızın (sunulmamış) -savaşta gerçekleşen diğer olayları göz önüne alarak- ele geçirilen bir zırhlı araçta verilen sürüş talimatları ile Dernek ve diğerlerinin uğradığı zarar arasında neden-sonuç ilişkisi bulunmadığını tespit etmiştir.
19. Dernekler ve diğerleri tarafından atıfta bulunulan ancak itiraz edilmeyen gözlem noktalarının ele geçirilme zamanına ilişkin 6. gerekçedeki açıklamalar, İstinaf Mahkemesinin Devlete karşı suçlamalar hakkındaki görüşlerini değiştiremez. Bu nedenle İstinaf Mahkemesi bunları daha fazla tartışmayacaktır.
20. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 6. gerekçe asılsız bulunmuştur.
21. Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 22 ile 25 arasında yer alan gerekçeler Yerel Mahkeme'nin, Dutchbat tarafından gerçekleştirilen ve Devlet'e atfedilebilecek savaşa ilişkin operasyonel eylemlerinin (blokaj pozisyonlarını teslim etme, gözlem yerlerini terk etme ve silah ve teçhizatları teslim etme gibi) hukuka

aykırı olmadığı kararına ilişkindir (Yerel Mahkeme kararı 4.184 - 4.201). Yukarıda İstinaf Mahkemesi, (Yerel Mahkeme'nin aksine) Dutchbat tarafından yürütülen operasyonel eylemlerin Devlet'e atfedilmeyeceğine karar vermiştir. Dolayısıyla, bu fiillerin haksızlığı ya da aksi konusundaki görüşlerin Dernek ve diğerlerinin iddialarına kabul etme ya da reddetme kararı açısından bir önemi olmadığından itirazlar kabul edilmemiştir.

22. Gözlem noktalarının bırakılmasından ötürü Devlet'e isnat edilemezlik bakımından, Dernek ve diğerleri tarafından ortaya atılan 43 gerekçe kabul edilemez. Ayrıca Yerel Mahkeme'nin kararında da belirtildiği gibi gözlem noktalarının derhal terk edilmesiyle itiraz edenlerin uğradığı zarar arasında nedensellik bağlantısının bulunmaması da bir kabul edilmeme nedenidir. Nihayetinde yukarıdakilerin ışığında ne yaralıları kendi askeri bölgelerine kabul etme ne de onları nakletme ya da naklettirme seçimlerine dair kararlar Devlete isnat edilemez. Bu nedenle, İstinaf Mahkemesi, Dernek ve diğerleri tarafından Devlete karşı öne sürülen 36. gerekçe de kabul etmemektedir. Ayrıca BM misyonuna ve BM emirlerine aykırı olarak mültecilere yeterli tıbbi bakım sağlamadığı gerekçesiyle, Dutchbat'ın yasadışı davrandığına karar verilmesi (İstinaf Dilekçesi 434 sayılı) talebi de kabul edilemez.

Devlete isnat, 11 Temmuz 1995'te verilen tahliye kararı, Birleşmiş Milletlerin ve Devletin rolü; 11 Temmuz 1995 23:00'dan itibaren geçiş dönemi: etkili kontrol

- 23.1. Ayrıca 11 Temmuz 1995'te, *küçük güvenli bölgeden mültecilerin tahliye edilmesi kararını* (Devlet veya BM) kimin aldığı ve bu bağlamda Devletin ne ölçüde Dutchbat'ı kontrolü altına aldığı da anlaşmazlık konusudur. Dernek ve diğerleri, Devletin Gobilliard'ın emrini ihlal ederek tahliyeyi başlattığını iddia etmiştir. (bkz. yukarıda 2.45). İstinaf Mahkemesi şu tespitlerde bulunmuştur:

- 23.2.a.11 Temmuz 1995'te Voorhoeve ve Nicolai arasındaki temaslar ile ilgili olarak Nicolai, Parlamento Komisyonuna şunları söyledi:

"Hava saldırılarının durdurulduğu gerçeğini Bakana bildirdikten sonra, Dutchbat'ın çıkartılması planını bilip bilmediğimi sordu. Ya-

nut verdim: “Evet” (...). Dikkatli bir değerlendirmenin ardından -çok az zaman alan- biz, Saraybosna’dakiler, orada bulunan, tamamen korunmasız ve sefil durumdaki halkı tabliye etmekten başka bir çözüm bulamadık. Bu durumda başka herhangi bir şey yapma imkânımız yoktu. Güvenlik sebeplerinden ötürü ya da mültecilerin güvenliğini korumak için, tabliye sırasında gerekli olan diğer tüm BM kaynaklarını ve Dutchbat’ı dahil etmekten başka seçenek görmedik, çünkü bunu Sırlara bırakmak istemedik. Hemen kabul etti.”

Yukarıdakilerden BM’nin (“biz Saraybosna’dakiler”) halkı tahliye etmekten başka bir çözüm bulamadığı; BM’in (de) aklındaki tek seçeneğin bu olduğu anlaşılıyor.

Voorhoeve’le olan bu konuşmadan sonra Nicolai Karremans’ı aradı ve Nicolai’nin belirttiği gibi: *“mültecilerin tahliyesini organize etmek için kendisine Sırları yönlendirmesini emretti (...).”*

23.2.b. 11 Temmuz 1995’te saat 18.30’da Janvier ve Akashi arasında bir konuşma gerçekleşmiştir. Dutchbat’ın tahliyesi ihtimalini tartışılmış, ancak bir karar alınmamıştır (NIOD raporu, 2432). Bu BM düzeyindedir.

23.2.c. 11 Temmuz 1995 akşamı Van den Breemen ve Van Baal, Janvier ile konuşarak, devletin, Dutchbat’ı mümkün olan en kısa sürede geri çekme isteğini iletmıştır. Van Baal, bu konuşmaya Parlamento Komisyonu önünde değindi (PCI görüşmeler pp. 344 ve 345):

“Tabii ki, biz de silah gücüyle bölgeyi yeniden ele geçirme fikrini tartıştık. Bu öneri Paris’ten geldi. General Janvier ve General Van den Breemen bunun gerçekçi bir şekilde mümkün olduğunu düşünmüyordu. Üç seçenek tartışıldı. Birincisi, taburun görevlerini artık yerine getiremediği için Dutchbat’ın bölgeyi terk etmesi seçeneği. İkinci sırada, Dutchbat’ın silah gücü ile direniş göstermesi seçeneği. Üçüncü olarak Dutchbat’ın ya halkla beraber ya da halktan sonra tabliye edilmesi seçeneği. Her şeyi dikkate alarak 3. seçenek oybirliği ile seçildi. (...) Dutchbat ve halk birlikte ya da artarda tabliye edildi. General Janvier tarafından bu şekilde kabul edildi.

(...)

Bosna’da mültecilerden sorumlu en yüksek makam UNHCR idi. Janvier, öncelikle bu organizasyonun, insani yardım sağlaması gerekti-

ğini, bu nedenle mültecilerin etkin bir şekilde Müslüman Hırvat Federasyonu'na taşınabileceğini söyledi. Bu müzakere yoluyla sağlanmalıydı. Janvier, General Gobilliard'a, tahliye ve insani durumun iyileştirilmesi için Saraybosna düzeyinde (...) en kısa sürede Sırplarla irtibat kurması için emir verdi. General Janvier tarafından Hem UNPROFOR hem de UNHCR ile birlikte çok açık anlaşmalar yapıldı.”

Van Baal, Nuhanoviç ve Mustafiç'in davalarındaki tanık ifadesinde 23 Haziran 2005'te ayrılma ile ilgili düzenlemelerin Zagreb'teki BM'in meselesi olduğunu belirtmiştir.

23.2.d. Nuhanoviç ve Mustafiç'in davalarında tanık olarak Nicolai 17 Haziran 2005'te şunları söylemiştir:

“O anda [İstinaf Mahkemesi: 11 Temmuz 1995 akşamı, Karremans ile yaptığı telefon görüşmesi sırasında] bu konuyu Gobilliard ile görüşmedim. Bunu 12 Temmuz Çarşamba sabahı olan günlük toplantımızda görüştük. Karremans ile telefonda görüştüğümde, BM tarafından yürütülen tahliye için hazırlık önlemlerinin alındığını varsaydım. “ [altı çizili olanlar İstinaf Mahkemesince eklendi]

23.3 İstinaf Mahkemesi, Janvier'in Fransız Parlamento Komisyonu önünde Zagreb'de, Hollanda Kraliyet Ordusu Genel Sekreteri'nin (İstinaf Mahkemesi'nin, Van den Breemen] Hollanda hükümetinin Hollandalı askerlerin ertesi sabah kuşatma bölgesinden ayrılmasını istediklerini söylemesini, 23.2a-d'da ortaya konmasına karşın önemli (yeterince) bulmamaktadır. Bu talepte bulunulmuş olsa dahi, sözü edilen ifadeye göre BM'de diğer seçeneklerin yanı sıra tartışılmış ve kabul edilmemiştir (Dutchbat, kuşatmayı ertesi sabah bırakmadı).

23.4. BM'nin nüfusu tahliye etmek istemediği iddiası, Gobilliard'ın emri tarafından da desteklenmemektedir. (yukarıdaki 2.45'e bakınız). Bu emir, diğerlerinin yanı sıra birliklerin Potočari'deki yerleşkede yoğunlaşması yönünde talimatlar içermektedir. Emir, BM'nin Potočari'deki yerleşkeden tahliye olasılığını göz önünde bulundurmadığını göstermemektedir. Dahası, Gobilliard'ın emri, daha sonra Van Breemen ve Van Baal'ın 11 Temmuz 1995 akşamı, Gobilliard'ın amiri General Janvier ile yaptığı anlaşmayı etkilememiş ve bu sözleşme, nüfusun tahliye edileceğine ilişkindir.

- 23.5. Srebrenitsa *güvenli bölge* statüsüne saygı duyulmasını isteyen BM'in 1004 sayılı kararı (bakınız yukarı 2.48), Dernek ve diğerlerinin, BM'in 12 Temmuz 1995 tarihinde henüz *güvenli bölgeyi* tahliye etmek istemediği hatta güvenli bölgeyi yeniden işgal etmek üzere olduğu iddiası için yeterli zemini sağlamaz. Bu Karar, daha önce üzerinde anlaşmaya varılan kararları yineler şekilde, mültecilere erişim talep etmiş ve Güvenlik Konseyinin, *güvenli bölgenin* statüsünü yeniden tesis etmeye yönelik önlemleri almasını ikaz etmiştir. Bu hiçbir şekilde, Birleşmiş Milletlerin, bölgeyi yeniden işgal etmek için askeri planlar hazırlama aşamasında olduğunu - bunun (çok sayıda) nüfusun bulunduğu bir yerde güvenli bir şekilde yapılabilecek yapılamayacağı bir kenara bırakılsa dahi göstermez. Dahası, bu kararla verilen emirlere o sırada (ne BM ne de Bosnalı Sırp lar tarafından, *bkz.* yukarıda 2.48) itaat edilmiştir.
- 23.6. Dernek ve diğerleri tarafından sunulan, Karremans tarafından yazılan 12 Temmuz 1995 tarihli bir belgeden (İstinaf Dilekçesi, Delil 1), Bosnalı Sırp larla derhal ateşkes konulu müzakereler sırasında *hava saldırısı* veya *hava desteği* olması halinde Bosnalı Sırp ların Hollandalı personel ve mülteciler dahil olmak üzere Potočari'deki yerleşkedeki herkesin vurulup öldürüleceğinin bildirildiği (Mladić tarafından) anlaşılmaktadır. Karremans ayrıca bir kilometrekarelik bir alan içinde, son derece savunmasız bir durumda (Bosnalı Sırp larla göre "kolay av") olan 15.000'den fazla insandan, bu insanları savunamayacak halde iken sorumlu olduğunu da yazmıştır. Belge o sıradaki yerel durumun bir açıklamasını oluşturmaktadır. İstinaf Mahkemesi, Karremans'ın tahliyeden bahsetmemesinin, bir önceki akşam tahliye hazırlıkları yapılması için verilen kararın (diğerlerinin yanı sıra) BM tarafından verilmediğini tespit etmek için yeterli dayanak oluşturmayacağını belirtmektedir.
- 23.7. Dernek ve diğerleri tarafından BM'nin tahliyeyi planlamadığına ilişkin iddiaların kanıtı olarak (İstinaf Dilekçesi, Delil 2) atıfta bulunulan, Janvier'in Mladić'e yazdığı 12 Temmuz 1995 tarihli mektup, Potočari'ye su, gıda ve tıbbi yardıma, acil ihtiyaç olduğuna dikkat çekerek yardım malzemesi temin eden helikopterle ve

aynı zamanda da karayolu ile acil yardıma müsaade edilmesini teklif eder. O anda yaşanan ciddi insani durum göz önüne alındığında (bkz. yukarıda 2.44), İstinaf Mahkemesi bu mektuptan BM'nin hala *küçük güvenli bölgedeki* nüfusu tahliye amaçları için gerekli olandan daha uzun süre tutmayı amaçladığı sonucuna da varamaz.

23.8. Bu gerekçelere dayanarak İstinaf Mahkemesi, Dutchbat'ı ve mültecileri tahliye etme kararının bir tarafta BM adına Janvier ile diğer tarafta Devlet adına Van Den Breemen ve Van Baal arasında karşılıklı istişarede bulunularak verildiğini tespit etmiştir. Bunlardan ötürü Dernek ve diğerlerinin 7. gerekçelerinde belirttikleri gibi Devlet'in *güvenli bölgenin* düşüşünden sonra BM'den kontrolü devraldığı ve (yukarıda 2,45 temsil) Gobilliard'ın emirlerine aykırı olarak mültecilerin tahliyesini başlattığı iddiası temelsiz kalmıştır.

24.1. Srebrenitsa'nın düşmesi ve BM misyonunun başarısızlığa uğramasıyla oluşan yeni durumda Devlet, BM ile birlikte nüfusu *küçük güvenli bölgeden* tahliye etmeye karar vermiştir. Hollanda hükümeti bu karar alma sürecine en üst düzeyde katılmıştır.

24.2. Bu kararlar, Potočari'deki operasyonların tasfiye edildiği ve Dutchbat insani görevine ve Dutchbat ve mültecilerin *küçük güvenli bölgeden* tahliye edilmesi hazırlıklarına odaklanabileceği bir geçiş dönemi başlamıştır. Bu kapsamda, devletin *etkili bir kontrolü* vardır. Devlet'in diğer, belirli davranışlar üzerinde etkin kontrol sahibi olduğu ileri sürülmemiştir. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 7. istinaf gerekçesi kabul edilmez. Bu, İstinaf Mahkemesi'nin, Yerel Mahkeme'nin tespit ettiği zamanı yani 11 Temmuz 1995 saat 23:00'i geçiş süresinin başlangıcı olarak esas alarak ilerleyeceği anlamına gelir. İstinaf Mahkemesi ayrıca, Yerel Mahkeme'nin Devlet'in BM ile beraber Dutchbat'ı mültecilerin tahliye edilmesiyle aynı anda ya da sonrasında geri çekme kararını alarak, Dutchbat'ı geri çekme ile insani yardım verme (hazırlama) ve mültecilerin *küçük güvenli bölgeden* tahliye edilmesi yetkilerinin uygulamasını birleştirdiği görüşünü onaylar (Bölge Mahkemesi gerekçeleri 4.80 - 4.85).

24.3. Konuyu netleştirmek için, İstinaf Mahkemesi, Devletin kontrolünün esasen, nüfusun boşaltılması ve Dutchbat'ın geri çekilmesiyle sınırlı olduğuna dikkat çeker. Binlerce mültecinin bulunduğu bir ortamda Bosnalı Sırp'ları savaşıarak atmanın mümkün olup olmadığı veya arzu edilip edilemeyeceğine ilişkin değerlendirme ve kararlar, BM emir-komuta zincirinde ve muhtemelen NATO ile istişarelerde bulunularak alınmalıydı. İstinaf Mahkemesi ayrıca, 44.2b. gerekçesinde belirtilenlere aşağıda değinmektedir. Sadece bu nedenle, Dernek ve diğerlerinin, Yerel Mahkeme'nin fikrine karşı olarak yöneltilen Dutchbat'ın, küçük güvenli alanın içindeki ve yerleşkenin dışında bulunup, kendi otoriteleri altında olan çevresindeki mültecileri dış yardım olmadan koruyamadığı 34. gerekçesi haklı bulunamaz. Dahası, İstinaf Mahkemesi, aşağıda yer alan 67.1b e göre; bu bağlamda Bosnalı Sırp'ların Dutchbat ve mültecilerin sayılarının daha fazla olduğunu sandığını varsaymaktadır. Bu nedenle, Dernek ve diğerlerinin 12 ve 13 Temmuz 1995 tarihlerinde Hollandalı askerler tarafından silah teslim edilmesine ilişkin olarak öne sürdüğü 37. gerekçe de haklı bulunamayacak çünkü devlet, bu devir teslim olmadan bile, Bosnalı Sırp'larla bağımsız olarak savaşmamıştır.

24.4. Dernek ve diğerlerinin şimdiye kadarki istinaf gerekçeleri üzerine kurulmuş olan 8. istinaf gerekçesi de benzer şekilde sonuçlanmıştır.

Devlete isnat edilme, ormana kaçmak için verilen tavsiye, mültecilerin yerleşkeye kabul edilmesi: isnat edilemez

25. Yukarıdaki hususlara dayanarak, İstinaf Mahkemesi, (Yerel Mahkeme'nin de 4.87 gerekçesindeki gibi) geçiş döneminde Devlet'in insani yardım verilmesine ve mültecilerin küçük güvenli bölgeden tahliye edilmesine (hazırlanması) ilişkin etkin kontrolü elinde bulundurduğunu ve böylece bu bağlamdaki Dutchbat eylemlerinin devlete atfedilebileceğini kabul eder. Bu etkin kontrol belirtilen geçiş dönemi öncesi Srebrenitsa kentinden küçük güvenli bölgeye hareket eden mülteci akınına ve mülteciler veya Dutchbat'ın küçük güvenli bölgenin dışındaki eylemlerine ilişkin değildir.

Yukarıdaki gerekçelere dayanarak, İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkeme'nin aksine, sadece BM emrini (Gobilliard'ın emri gibi) ihlal ederek eylemde bulunmayı devletin *yetki aşımı* olarak nitelendirmemektedir. 11 Temmuz 1995 tarihli tahliye kararı öncesinde ve *mini güvenlik alanının* dışındaki eylemlerin Devlete isnat edilmesi için gerekçe görmemektedir.

26.1. Yukarıdakileri göz önüne alırsak, Dutchbat askerlerinin Bosnalı erkeklere ormandan kaçmalarını tavsiye edip etmediği (2.43'te atıfta bulunulan kişiler) ve eğer öyleyse, bunun Gobilliard'ın emrini ihlal edip etmediği sorusu İstinaf Mahkemesi tarafından yanıtlanamayabilir. Devletin böyle talimatlar üzerinde gerçekçi bir kontrolü (ve dolayısıyla *etkili bir kontrolü*) olduğunu gösteren hiçbir kanıt bulunmamaktadır. 12-17 arasındaki bulgular ışığında ve aksine herhangi bir olgu ya da koşulun ileri sürülmediği göz önüne alındığında, mülteci akışı başladığında ve 11 Temmuz 1995 saat 11'e kadar (sonrası değil) büyümeye devam edince Dutchbat askerleri pozisyon almış ve BM *barış gücü* (gözle görülebilir) kapasitesi ve yetkileri çerçevesinde, BM emir-komuta zinciri içerisindeki üstlerinin durum değerlendirmelerine dayanan görevler üstlenerek faaliyetler yürütmüşlerdir. Bu tarihten önce Bosnalı Müslüman erkeklere verilen talimatlar, BM görevlerini yerine getirirken verilmiştir. Bosnalı Sırlara bunu bildirirken silahları teslim etme ve teslim olma da Devletin kontrolü olmaksızın bu kapsamda yapılmıştır.

26.2. Dernek ve diğerleri 9. istinaf gerekçesinin açıklamalarında Dutchbat'ın Bosnalı insanlara geçiş döneminin başlamasından sonra bile ormana kaçmaları talimatı verdiğini iddia etmiştir. Bununla birlikte, bu iddiayı, Devletin gerekçelere dayanan iddiaları karşısında (aynı zamanda Bölge Mahkemesi kararının 4.103 - 4.105 gerekçelerinde görülen ve tartışılan) temellendirememişler ve yeterince spesifik delil sunmamışlardır. Bu nedenle İstinaf Mahkemesi, bu talimatların verilmediğini (veya artık verilmediğini) varsayar ve böylece İstinaf Mahkemesi, geçiş dönemindeki talimatların (da) devlete isnat edilip edilemeyeceği sorununa değinmez.

- 26.3. 8. gerekçe hakkındaki açıklamasında, Dernek ve diğerleri Dutchbat'ın Bosnalı erkeklerin ormana kaçmasıyla ilgili alarmı yükseltmemesi nedeni ile Devleti suçludur. Bu eksikliğin Devlete isnat edilebilir olup olmamasına bakılmaksızın, İstinaf Mahkemesi'nin görüşüne göre bu durum haksız bir fiil oluşturmamaktadır; çünkü Devletin, bu adamların kaderinin *küçük güvenli bölgeye* gelmeyen diğer mültecilerinkilerden farklı olacağını farkında olması ya da olması gerektiğini işaret eden hiçbir şey yoktur. O zamanlar, bu erkeklerin (alternatif) güzergahı hakkında *küçük güvenli bölgede* alarmı arttırmak için hiçbir neden yoktur. Savaşta ABİH'ye katılmak isteyen erkekler için de, Dernek ve diğerleri Devleti suçlayamaz.
- 26.4. Bunun ardından, 33. istinaf gerekçelerinde Dernek ve diğerleri Dutchbat'ın "ciddi" soykırım riskinden haberdar olduğu anda ormandaki insanlar hakkındaki alarmı yükseltmesi gerektiğini iddia etmiştir (İstinaf Mahkemesi: ya da öldürülme riski). Yerleşke sakinleri ve mülteciler 11-12 Temmuz 1995 gecesinde Dutchbat'a, çoğu genç erkeğin ve savaşçının kendileri için bir hamle yapmak için yerleşkeyi terk ettiklerini söylemişlerdir (Rutten'in Parlamento Komisyonu Kurulu toplantısında yaptığı açıklama, PCI görüşmeleri s.45).
- 27.1. Bu bağlamda Dernek ve diğerleri 8. gerekçelerine ilişkin açıklamalarının sonunda Yerel Mahkeme'nin, 11 Temmuz 1995'den önce bile mülteci kabul etmemesinin Devlete isnat edilemeyeceğine ilişkin görüşüne itiraz eder ve İstinaf Mahkemesi şu şekilde tespitte bulunur:
- 27.2. Belirlenmiş olduğu üzere (bkz. yukarıda 2.37 ve 2.42) 10 Temmuz 1995 akşamının erken saatlerinde olay yerindeki BM komutanları (Karremans ve Franken), yerleşke içindeki geniş araç alanlarına sığacak kadar mülteciyi yerleşkeye kabul etmiş ve nihayetinde yaklaşık 5.000 kişiyi almışlardır. Bu kararı UNPROFOR komutanları olarak Karremans ve Franken vermek ve BM emir-komuta zinciri içindeki komutanlar olarak yerinde güvenlik durumunu ve olanaklarını ve korunma araçlarını değerlendirmek zorunda kalmıştır. Birleşmiş Milletler emir komuta zincirinde, (BM'nin) sı-

ğınma yerleri ve sayıları hakkındaki talimatlarını takip etmeli ve bu emirleri vermelidirler. BM *barış gücü* kapasiteleri ve görevleri çerçevesinde hareket etmiştir. Devletin o sırada bu kararın verilmesinde, mülteci kabul etmede, kabul edilecek mültecilerin sayısında veya mültecilerin nereden (çitin bir deliğinden geçerek) girebilecekleri üzerinde kontrolü yoktur. Bu konulardaki kararlar Devlete isnat edilemez.

28. Dernek ve diğerlerinin (yukarıda tartışılmadığı ölçüde) 9. ve 10. gerekçesi gözlem noktalarının bırakılması, Bosnalı erkeklerin ormana kaçması, Gobilliard'ın emrinin kapsamı ve anlamı ve *etkili kontrol* kavramının yorumlanması ile ilgilidir. Yukarıdaki tespitler göz önünde bulundurarak, bu gerekçeler de kabul edilemez.

Devlete isnat etme, hava kuvvetinin konuşlandırılması, Fransız Tigre helikopterleri: isnat yok

- 29.1. Dernek ve diğerlerinin 11, 12, 13, 14 ve 15. gerekçeleri, hava gücünün konuşlandırılmasını talep etme veya sonlandırma kararlarına ve Devletin, Fransa'nın Tigre helikopterleri ve kendi ekibinin bölgeyi tekrar ele geçirmesi için sunduğu 10 Temmuz 1995 tarihli teklifini kabul etmediği gerçeğine ilişkindir (Bölge Mahkemesi karar gerekçeleri 4.119 - 4.143).
- 29.2. BM emir-komuta zinciri ve NATO'dakilerden başkalarının, 2.15'te belirtildiği üzere spesifik *yakın hava desteği* talepleri (hazırlıkları) için ve bu amaca yönelik belirli uygulama eylemleri veya Tigre helikopterlerinin konuşlandırılması üzerinde fiili kontrol uyguladığı gerçeğine karşı hiçbir sav veya koşul ileri sürülmemiştir. Fizibilite ve (devam eden) *hava desteğinin* muhtemel sonuçları ile ilgili askeri ve insani değerlendirmeler BM ve NATO tarafından yapılarak, kararlar da onlar tarafından alınmıştır.
- 29.3. Dernek ve diğerleri tarafından herhangi bir gerekçe sunulmadığı gibi, İstinaf Mahkemesi de Devletin bölgeyi bu minvalde geri almak için Bosna-Hersek topraklarının üstünde bağımsız savaş uçakları veya helikopterler konuşlandırmak veya görevlendirmek için yetkili olduğunu kabul etmek için bir sebep bulamamıştır. İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkeme'nin *yakın hava desteğiyle ilgili*

anlaşma ve senkronizasyonun öncelikle BM ve NATO içerisinde sağlanması gerektiği görüşüne katılmaktadır. (bkz. Yerel Mahkeme kararı, gerekçe 4.139).

29.4. *Yakın hava desteği* ile ilgili olarak Devlet'in herhangi bir noktada Dutchbat'in yakın *hava desteği* talep edip etmemesi üzerinde etkili bir kontrolü olduğu çıkarımını desteklemek için hiçbir gerçek veya koşul ileri sürülmemiştir.

29.5.a. Devletin Dutchbat'in *yakın hava desteği* talebinde bulunmasını önleyen spesifik emirleri ileri sürülmemiştir.

29.5.b. Devlet'in, *yakın hava desteği* talebinin yerine getirilmesini engellediği de sabit değildir.

Devlet, Voorhoeve'in diğerlerinin yanı sıra aşağıdakileri (PCI son raporu, sayfa 192 ve 193) içeren Parlamento Soruşturma Komitesi ifadesine dikkat çekmiştir:

“Durum bu noktaya geldiğinde ve Sırların Srebrensa'nın güney köşesinden daha fazla yeri işgal etmek istediği giderek aşikar hale geldiğinde Janvier'in Genel Sekreteri, General Van Kolsteren'e danıştım. Tam olarak, Hollanda hükümetinin, o tarihe kadar 30 ila 35 Hollandalı askerin Sırların eline düşmüş, rehin tutuluyor olması ve öldürülme ihtimalleri bulunması nedeniyle hava gücü kullanmaya itirazda bulunup bulunmadığını sordu. (...) Ona derhal (...) şu sözleri söyledim: Yakın hava desteği kaçınılmaz, BM'in yakın hava desteği sağlamaması mümkün olamaz “.

Voorhoeve örtülü olarak *yakın hava desteğine* itiraz edilmeyeceğini belirtti ve *yakın hava desteği* vermeyi BM'e bıraktı. Şimdiye kadar Devlet'in *yakın hava desteğini* önlediği veya durdurduğu konusunda herhangi bir kuşku yoktu ve bu mümkündü.

29.5.c. 10 Temmuz 1995'te Nicolai uçakları elinde bulundurmak istediğini belirtti (NIOD raporu s. 2180). Öğlen saat 12.00'da (10 Temmuz) Nicolai ve Zagreb, Lahey'in *yakın hava desteğiyle* ilgili yaklaşımını görüştü. Görüşmede *yakın hava desteğinin* mümkün olduğu doğrulandı. Bu, Devlet'in yakın hava desteğini önlediği veya durdurduğu anlamına gelmez.

29.6. Dernek ve diğerlerinin, Voorhoeve'nin NATO kararlarına etki ettiği (Devlet bu etkiye itiraz etmiştir) iddiaları askeri operasyonların Devlete isnat edilebilmesine yol açmaz. Hem *hava desteği* hem de *hava saldırıları*, Hollanda'nın da üye olduğu NATO'nun iznini gerektirir. NATO içinde üye bir Devlet kendi konumunu bildirebilir ve öte yandan üye ülkeye farklı bir bakış açısı getirmek için baskı uygulanabilir veya uygulanmayabilir. Bundan, NATO kararının üye devlete isnat edilebileceği sonucuna varılamaz. DARIO'nun 59. maddesinin 2. paragrafı şöyledir:

“Uluslararası bir örgütün kurallarına uygun olarak o örgüt üyesi bir Devlet tarafından yapılan bir eylem, bu Madde kapsamında o Devlet'in uluslararası sorumluluğuna yol açmaz.”

Uluslararası organizasyona üye devletlerin (kurallara uygun olarak) bir görüş bildirmesi, uluslararası örgüt tarafından alınan kararların üye devlete isnat edilebileceği anlamına gelmez. *Hava saldırısı* ve *hava desteği* ile ilgili kararlar; insani gelişmeler, savaş tehdidi ve yerinde risklerin yanında BM ile NATO üyesi ülkelerin dünya çapında olduğu gibi bu iç savaştaki rolü ve konumunun değerlendirilmesiyle BM ve NATO'nun yapmış olduğu ortak askeri operasyonel seçimleriydi. Bu süreçte, üye Devletler, karar alma sürecini (tamamen veya kısmen) Birleşmiş Milletler veya NATO'dan devralmaksızın, siyasi olarak büyük ölçüde veya daha az ölçüde söz hakkına sahip olabilirler. Amerikalı diplomat Holbrook'un anılarında yazdığı şekilde NATO'nun *hava saldırılarına izin vermek için* Hollanda'ya baskı uygulamakta başarısız olması ya da Voorhoeve ve Akashi arasındaki konuyla ilgili bir telefon görüşmesi sonrasında BM'in yakın *hava desteğini* kesintiye uğratması veya iptal etmesi, yakın *hava desteğinin* sonlandırılmasının Devlet'in bir (haksız fiil) eyleminin sonucu olarak devlete isnat edilebileceği anlamına gelmez.

29.7. Dernek ve diğerleri 12. istinaf gerekçelerinin açıklamasında, Devletin yanıltıcı ifadelerle, olası bir hava saldırısı durumunda Bosnalı Sırplarla iç içe oldukları için halkın ve birliklerinin tehlikede olduğunu belirttiğini ileri sürmüştür. İstinaf Mahkemesi bu iddiayı reddetmiş ve iddia edilen ifadelerin o sırada yapıлып yapılmadığı sorusunu da cevapsız bırakmıştır. Davadaki belgeler ve Dernek

ve diğerlerinin ileri sürdükleri, Bosnalı Sırpların (her şekilde) askeri pozisyonlara çok yaklaştığını (hatta devraldığını) ve kaçan halkın Bosnalı Sırpların önüne geçtiğini ortaya çıkarmıştır. Bu şartlar altında İstinaf Mahkemesi, Bosnalı Sırplara hava bombardımanı düzenlenmesi halinde, halkın ve Hollanda birliklerinin risk altında olduğunu belirten ifadelerin yanıltıcı olduğuna ve hava saldırısı ve *hava desteği* konusunda BM ve NATO 'nun karar alma sürecinde rol oynamadığı ya da oynamaması gerektiğine dair karar veremez.

- 29.8. BM veya NATO'ya bir (ilgili) BM veya NATO üyesi devlet olarak (acil) dilekleri söyleme olanağı dışında, herhangi bir müdahale olduğunu ortaya koyan hiçbir şey ileri sürülmemiştir. Yukarıdaki husus göz önüne alınarak, İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkeme gibi, Dernek ve diğerlerinin bu iddiasını tanık dinleterek ispatlama teklifini (istinaf dilekçesi alt başlık 225) reddeder.
30. Aynı şey, gerekli değişiklikler duruma uygulandığı takdirde Fransız Tigre helikopterlerinin konuşlandırılması için de geçerlidir.
31. Aşağıda 44.1 ve devamında belirtilen; Devlet'in, gözlemlenen savaş suçlarını derhal rapor etmediği iddialarına ilişkin gerekçelerle birlikte (Dernek ve diğerlerinin, 14. ve 15. istinaf gerekçelerinde de ileri sürdüğü), Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 11'den 15'e kadar olan istinaf gerekçeleri de yukarıdakilerden de anlaşılacağı üzere kabul edilmemiştir. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü önceki gerekçelere dayanan 16. gerekçe de ve bu nedenle kabul edilemez.

Ara Karar

- 32.1. Yukarıdaki açıklamalar bağlamında İstinaf Mahkemesi, Dutchbat tarafından gerçekleştirilen ve anlaşmazlık konusu olan askeri operasyonel eylemlerin, Devletin bu somut fiiller üzerinde etkin kontrolü olmaksızın ve bu BM birliklerince ' *resmi kapasite* ' ve ' *genel görevler dahilinde* ' gerçekleştirildiğine karar vermiştir. Bu nedenle, Dutchbat tarafından gerçekleştirilen bu eylemler, Devlete haksız fiil ya da *yetki aşımı* davranış olarak isnat edilemez; dolayısıyla, bu tür fiillerin Devlet'e isnat edilmesi ile ilgili tüm gerekçeler asılsız bulunarak reddedilmiştir.

32.2. 11 Temmuz 1995 saat 23:00'da Devlet ve Birleşmiş Milletler, Dutchbat'ın insani yardım sağlamasına ve mültecilerin *küçük güvenli bölgeden* tahliye edilmesini organize etmesine (hazırlıklarının yapılmasına) karar vermişti. O anda, geçiş dönemi başladı ve Devlet, insani yardım ve mültecilerin *küçük güvenli alandan* tahliye edilmesiyle ilgili olarak Dutchbat tarafından gerçekleştirilen fiiller üzerinde etkin kontrolü eline almıştır.

IV. Devlet tarafından yapılan haksız fiiller (Dutchbat)

Uygulanacak kanun, değerlendirme çerçevesi, kriter, terminoloji

Uygulanabilir ulusal yasalar

33. İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkeme'nin Dernek ve diğerlerinin Devlet'e karşı ileri sürülen haksız fiil iddialarının Hollanda yasalarına göre değerlendirileceği (Yerel Mahkeme kararı, gerekçeler 4.166 - 4.171) kararına dikkat çeker. İstinaf aşamasında, bu karara karşı herhangi bir delil ileri sürülmediği gibi hangi kanunun uygulanacağı konusunda (başka bakımlardan) anlaşmazlık da bulunmamaktadır. Bu nedenle, İstinaf Mahkemesi, Hollanda yasalarına göre, haksız fiilden kaynaklanan yükümlülüğün kapsamının ne olacağına karar verecektir.

Soykırım Sözleşmesinin doğrudan etkisi

34.1. Dernek ve diğerleri, 19. gerekçesinde Soykırım Sözleşmesi'nin doğrudan etkili olduğunu iddia etmiştir. Bu (hukuk) davanın usul belgelerine dayanarak, Soykırım Sözleşmesi'nin 1. maddesine atıfta bulunmuştur. Devlet, Dernek ve diğerlerinin iddiasına itiraz etmiştir. İstinaf Mahkemesi, şu şekilde tespitlerde bulunur:

34.2. Soykırım Sözleşmesi'nin 1. maddesi (12 Ocak 1951'de yürürlüğe giren 'Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme') şu şekildedir:

"Sözleşme Tarafları, soykırımın, barış ya da savaş zamanında işlendiğine bakılmaksızın uluslararası hukuka göre önleme ve cezalandırma yükümlülüğünü üstlendikleri bir suç olduğunu onaylamaktadır."

34.3. İstinaf Mahkemesi her şeyden önce bu durumda soykırımı yapan veya cezalandırması gerekenin Devlet (Dutchbat) olmadığını belirtir. Ölümcül şiddet, Bosnalı Sırlar tarafından uygulanmıştır, Dutchbat ya da başka bir anlatımla Devlet tarafından değil. Dernek ve diğerleri Devlet'in, Bosnalı Sırlar tarafından işlenen soykırımı engellemediğini iddia etmektedir.

34.4. 'Soykırımı önleme' yükümlülüğü tam olarak açıklanmadığından; soykırımın önlenmesi için çeşitli (önleyici ve baskıcı) eylem biçimleri düşünülebilir. Madde 1, sözleşme taraflarının soykırımı önlemeyi taahhüt ettiklerini belirtmekte, ancak bunu nasıl yapacaklarını söylememektedir. Soykırım Sözleşmesi'nin 5. maddesi bunun için daha fazla kuralın gerekli olduğunu açıklamaktadır:

"Akit Taraflar, Anayasalarına göre, bu Sözleşmenin hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli mevzuatı yürürlüğe koymayı taahhüt eder (...)."

Önleme için somut, spesifik yükümlülükler Sözleşmede bulunmamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın 26 Şubat 2007'de Bosna-Hersek- Sırbistan ve Karadağ davasında kararlaştırdığı (tüm üye ülkeleri bağlayan bir yükümlülükle) gibi *"soykırımın önlenmesi için yetkisi dahilinde bütün önlemleri almak"* için *"en çok çaba yükümlülüğü"*; bir vatandaş ile Devlet arasındaki anlaşmazlıkta, ulusal mahkeme tarafından doğrudan uygulanabilecek özel bir yükümlülük getirmez. Buna, 'Uluslararası İnsan Hakları İhlalleri ve Uluslararası İnsani Hukuktaki Ciddi Şiddet İhlalleri Mağdurlarının Düzeltme ve Tazmin Hakları Hakkındaki Temel İlkeler ve Kılavuz İlkeler' (16 Aralık 2005 tarihli BM Kararı 60/147) tarafından hâlel gelmez. Bu *Temel İlkelerin* gerekçeleri, bunların yeni yasal yükümlülükler içermediklerini, zaten mevcut olanları tanımlayıp modellediklerini vurgular.

34.5. Aynı nedenle Cenevre Sözleşmelerinin (bazı hükümlerinin) ve Birinci İlave Protokol'ün bu yöndeki münacatları başarısız olmuştur. Bu hükümlerin yalnızca devletler arasında etkisi vardır ve genel ve yetersiz spesifik ifadeler içermesi (amaçlanan sonuç ile ilgili olarak da) nedeniye vatandaş ile hükümet arasındaki ilişkide bir ulusal mahkeme tarafından uygulanmaya uygun değildir.

Bu hükümlerin (Soykırım Sözleşmesinin *yanı sıra*), birey olarak vatandaşları korumaya yönelikmiş gibi görünmeleri (*diğerlerinin yanı sıra*) doğrudan etkili olduğu anlamına gelmemektedir. Devlet bunu haklı olarak belirtmiştir.

- 34.6. Yukarıdakileri göz önüne alarak, İstinaf Mahkemesi, Dernek ve diğerlerinin Devlet'in Soykırım Sözleşmesinin 1. maddesi'nde belirtilen soykırımı önleme yükümlülüklerini ihlal ettiğine ilişkin iddialarla ilgili olarak bir tespit kararı vermeyecektir. Bu bağlamda Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 19. gerekçe kabul edilemez. Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen soykırım ile ilgili tespit niteliğinde bir karar verilmesi talebini içeren 21. gerekçe de aynı şekilde kabul edilemez.

Görev kapsamında koruma yükümlülüğünün doğrudan etkisi

- 35.1. Dernek ve diğerlerinin 17. gerekçesi Yerel Mahkeme'nin UNPROFOR'a verilen yetkinin doğrudan etkisi bulunmadığına ilişkin verdiği karara yöneliktir. Dernek ve diğerlerine göre UNPROFOR yetkisi yalnızca yetki oluşturmakla kalmaz, aynı zamanda nüfusu koruma yükümlülüğünü de dayatmaktadır.
- 35.2. İstinaf Mahkemesi, UNPROFOR'un yetkisinin, barışçıl bir siyasi çözüm elde etmek için müzakereler için gerekli olan barış ve güvenlik şartlarını oluşturmaya yönelik olduğunu belirtmiştir (*bkz.* yukarıda 2.3). *Güvenli alanlara* yönelik saldırıları caydırmak, *ateşkesi* izlemek ve (para militer) askeri birliklerin geri çekilmesini sağlamak için belirli bölgelerde askerler bulunacaktır (BM Karar 836, madde 5, *bkz.* 2.13 yukarıda). Yukarıdaki 9.4.1. maddesindeki gibi düşünüldüğünde, nüfusun bu şekilde korunması açıkça UNPROFOR'un görevi olarak tanımlanmamıştır. Tarafsız BM birliklerinin bulundurulması dışında nüfusun nasıl bir şekilde korunması gerektiği de belirtilmemiştir. Vatandaşların emniyetini sağlamak için yapılan, bireysel başvuru yapılabilen özel eylemlere ilişkin hükümler, ilgili BM kararlarına dahil değildir. Dolayısıyla, Dernek ve diğerleri tarafından ileri sürüldüğü gibi korumaya ilişkin objektif bir hak olarak kabul edilebilecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, İstinaf Mahkemesi Bölge Mahke-

mesinin, UNPROFOR yetkisinin, UNPROFOR, Dutchbat veya Devlet'e karşı Dernek ve diğerleri tarafından hukuken ileri sürülebilecek herhangi bir yükümlülük yaratmadığına dair verilen kararını onaylar. (Bölge Mahkemesi kararı, Gerekçe 4.149). Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 17. gerekçe temelsiz olduğundan kabul edilmemiştir.

SOP 208 ve Cenevre Sözleşmeleri

- 36.1. İstinaf Mahkemesi, hali hazırda yukarıda UNPROFOR'un yetkisinin Dernek ve diğerleri için bağımsız bir dava hakkı yaratmadığını tespit etmiştir (*bkz. istinaf gerekçeleri 9.1 ve yukarıdaki 35.2*) ve bu nedenle Dernek ve diğerleri Soykırım Sözleşmesi'nde kendilerince başvurulmuş hükme dayanamazlar (34.1 ve devamı).
- 36.2. SOP 208 ve Cenevre Sözleşmeleri, gözlemlenen tüm savaş suçlarını bildirme yükümlülüğünü içermektedir. Aşağıda 44.2 gerekçesi ve devamı göz önüne alındığında, insanlık dışı muameleye veya can kaybına neden olan gözlenenlerin bildirilmemesi (gerçek olsun veya olmasın) değildir. Sadece bu nedenle SOP 208 veya Cenevre Sözleşmeleri, Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü birtakım iddiaları (kendi başına veya diğer ihlallerle bağlantılı olarak) kabul etmeye yol açamaz. Devlet tarafından öne sürülen 1. gerekçede de bu konuyla ilgilidir ve hukuki yarar yokluğundan ret olunur.

AİHM ve MSHUS (Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi) anlamındaki yetkinlik

- 37.1. Dernek ve diğerleri, Devlet'in AİHM ve MSHUS hükümlerine aykırı olarak halka karşı yükümlülüklerini ihlal ettiğini savundu. AİHM ve MSHUS'nin ihlalinin oluşması için, Devlet'in (Dutchbat üzerinden) AİHS'nin 1. maddesi ve MSHUS'nin 2. maddesi anlamında yetkili olup olmadığı sorusu düşünülmelidir. Dernek ve diğerlerinin 18. gerekçede ileri sürdüğü gibi bu yetkinin *yerleşke dışında* olup olmadığı sorusunu ele alırken İstinaf Mahkemesi şu şekilde tespitlerde bulunur:
- 37.2. Bir devletin yargı yetkisi kendi bölgesinde vardır. Devlet ulusal sınırlarının ötesinde sadece istisnai durumlarda yargı yetkisine

sahiptir. Bu davadaki yargı yetkisi, Hollanda ulusal sınırlarının ötesinde, yani Bosna-Hersek'e; Potočari'deki yerleşke içindeki ve dışındaki yargı yetkisine ilişkindir.

- 37.3. Dutchbat'ın konuşlandırılmasının, devletin Bosna-Hersek'teki ' *yürütme ya da yargı işlevleri*' şeklinde "kamusal güçler" in kullanılması olmadığı taraflar arasında anlaşmazlık konusu değildir. UNPROFOR'un kurucu bir parçası olan Dutchbat sadece bir askeri barış gücüdür. İstinaf Mahkemesinin daha önceki tespitleriyle sabit olduğu üzere Dutchbat, Bosna-Hersek'teki askeri operasyonlarına ilişkin olarak BM'nin *komuta ve kontrol* yapısı içerisinde faaliyet göstermiştir. SOFA (*bkz.* yukarıda 2.12), BM ve Bosna-Hersek arasında, içerisinde hiçbir Devlet yetkisinin çıkarılamayacağı bir anlaşmaydı. Devlet, BM görevlerinin icrasında Dutchbat tarafından gerçekleştirilen fiiller üzerinde hiçbir *kontrol yetkisi* kullanmamıştır. Dutchbat BM'nin emrine verilmiştir. Fiil ve ihmalleri BM emir-komuta zinciri içerisinde idare edilmiştir. *Etkili kontrol* - yargı yetkisi sorunu kapsamında atıfta bulunan ve isnat edilebilirlik sorunu kapsamındaki *etkili kontrol*'den ayırt edilmesi gereken - BM'e verilmiştir.
- 37.4. Yerleşke dışındaki nüfusa karşı Dutchbat askerleri (bireysel ya da grup halinde) tarafından gerçekleştirilen fiillerin, Birleşmiş Milletler (BM) askeri operasyonlarının bir parçası olmadığı (daha önce bu kararda tespit edilenlerin dışındakiler düşünüldüğünde) konusu çekişmesizdir. Bunun istisnası olan tahliye ise aşağıda ele alınacaktır. Dutchbat'ın insanları şiddet veya güçle kontrol altında tuttuğu bir durum da bulunmamaktaydı (örneğin, insanları birliklerle kalmaya zorlamak gibi).
- 37.5. Şikâyetçi olunan haksız fiillerin gerçekleştiği dönemde, Dutchbat'ın BM *barış gücü* olarak halkı koruma görevine ilişkin, *diğer şeylerin yanı sıra*, ateş açmamak ve (her seferinde) geri çekilme şeklindeki bölgedeki tutumu; BM komutanlarının operasyonel değerlendirmelerine göre daha iyi ya da farklı şekilde olamazdır. Birleşmiş Milletlerin emir komuta zincirinde ve ilgili BM kararlarında alınan kararlara dayanan BM eylemlerinin AIHM'e uygunluğuna karar vermek İstinaf Mahkemesi'nin görevi değildir. Açıkça yan-

lış olan BM emir ve davranışlarında durum farklı olabilir, ancak doğrudan öldürücü (silahlı) güce sahip kişilere karşı gelmemek yönünde alınan kararlardan doğan emir veya davranışlar buna dahil değildir.

- 37.6. Dutchbat'ın geri çekilmesi sonucunda savaşıyan taraflar *güvenli bölgeye* ilerlediğinde, Dutchbat, yerleşke dışındaki alana (veya en azından artık) *hakim* değildir. Dutchbat'ın *yakın hava desteği* talep etme ihtimalinin olması, hakim bir konumda olduğu anlamına gelmiyordu çünkü her talebe *yakın hava desteği* verilmiyordu. *Birliklerin* çekilmesi sırasında, yerleşke dışındaki nüfus üzerinde artık *gerçek hakimiyet* mevcut değildir.
- 37.7. Bu nedenle, Devlet, AIHM ve MSHUS anlamında nüfus üzerinde herhangi bir yetkiye sahip değildir. Derneğin ve diğerlerinin öne sürdüğü 18.gereğe temelsiz olduğu için kabul edilmemiştir.
- 38.1. Devlet'in 2. istinaf sebebinde savunduğu gibi Devlet'in (Dutchbat eliyle) AIHS'nin 1. maddesi ve MSHUS'un 2. maddesi anlamında *yerleşke içinde* yetkiye sahip olup olmadığı sorusunu ele alırken İstinaf Mahkemesi şu şekilde değerlendirmelerde bulunur.
- 38.2. Yukarıda da değinildiği gibi, insani yardımda bulunulurken ve mültecilerin *küçük güvenli alandan* tahliye edilmesi (hazırlanması) sırasında Dutchbat tarafından gerçekleştirilen fiiller üzerinde Devletin *etkin bir şekilde kontrol* sahibi olduğu tespit edilmiştir. Dutchbat'ın küçük *güvenli alanda* mültecilerin boşaltılmasıyla ilgili olarak gerçekleştirdiği fiillee, bu nedenle, tahliye kararı alındığı andan itibaren (11 Temmuz 1995 saat 23:00'da) Devlet'e atfedilebilir.
- 38.3. Srebrenitsa ve Potočari'deki yerleşkedeki Dutchbat'ın varlığı, UNPROFOR'a Hollanda'nın katılımına dayanıyordu. UNPROFOR ise Srebrenitsa'da eylemde bulunma yetkisini Birleşmiş Milletler ve Bosna-Hersek arasında yapılan SOFA'dan alıyordu (*bkz.* yukarıda 2.12 ve 37.3). Bu nedenle geçiş dönemi başladığında ve Devlet Dutchbat aracılığıyla BM ile birlikte tahliye işlemini gerçekleştirdiğinde, Devlet'in, AIHS'nin 1. maddesi ve MSHUS'un 2. maddesi anlamında yerleşke üzerinde yetkisi bulunuyordu.

38.4. İstinaf Mahkemesi, tarafların ileri sürdüğü usul belgeleri ve iddialarına dayanarak, 11 Temmuz 1995 23:00'dan sonra, Devletin, yerleşkede söz konusu yetkisini etkin bir şekilde kullandığını varsayıyor. İstinaf Mahkemesi bu bağlamda aşağıdaki değerlendirmeleri yapmaktadır.

Yerleşke bir çit ile çevrili idi. Dutchbat askerleri (sadece Hollanda askeri personeli) mültecilerle birlikte yerleşkedeydi. Birleşmiş Milletler misyonu etkin bir şekilde sona ermiş ve Devlet, birliklerini geri çekme yetkisine sahipti ve bu yetkinin kullanılması tahliye ile bağlantılıdır (*bkz.* yukarıda 24.1 ve 24.2). Yerleşkede Bosnalı Sırplar veya diğer savaşan taraflar mevcut değildir. Dutchbat, (BM komuta zinciri içinde) araç depoları dolduğunda daha fazla mülteci kabul edilmeyeceğine karar vermiş ve daha sonra mülteci kabul edilmemiştir. Bosnalı Sırpların yerleşkedeki mültecilere emir verdiğine dair hiçbir işaret yoktur. Böyle bir işaret, NIOD raporunda (2640) belirtilen 12 Temmuz 1995 tarihinde VRS askerleri tarafından yapılan kısa inceleme sırasında da yoktur. Yerleşkedeki ve “koridorun” önündeki mülteciler kendilerinin Dutchbat tarafından yönetilmesine izin vermiştir. Devlet, Nicolai (tahliye kararından sonra, Devlet adına yetkili müzakereci görevini de üstlenmiş) ve Karremans aracılığıyla yerleşkede nasıl davranacakları ve tahliyeyle ilgili daha fazla talimat verebilirdi. Dutchbat yerleşke içindeki ve tahliye sırasında koridorun önündeki mülteciler üzerinde *gerçek otorite* sahiptir ve karşı konulmadığı sürece (nitekim konulmadı) duruma hakimdir. Bu son eklemeye, İstinaf Mahkemesi, yetkinin, yerleşkeye ateş açılması durumunda neler olabileceğine bağlı olmadığına (Devlet tarafından iddia edildiği gibi, İstinaf Dilekçesi, 4.2.16) işaret etmektedir. Ateş altında olma tehdidi, kendisiyle birlikte yetkinin kaybedilmesi tehdidini de taşıyabilir, ancak bu tek başına yetkiyi ortadan kaldırmaz.

38.5. Yerleşkenin Bosnalı Sırpların atış menzili içinde bulunması ve BM otobüsleri ve diğer acil kurtarma malzemelerinin zamanında ulaşamaması nedeniyle tehdit altında olması Devlet'in artık yerleşke üzerinde yetkiye sahip olmamasına yol açmamaktadır. Bu durumun eylemde bulunmayı gerektirdiği ölçüde (örneğin, araç depolarında Bosnalı Sırpların görüş açılarından uzak durmak ve

az miktarda bulunan suyun dağıtılması), yerleşkede Dutchbat tarafından verilen talimatlara uyulmuştur. Gruplar oluşturulduğunda da, Dutchbat talimatlarına uyulmuştur. Devlet, Bosnalı Sırp- ların mültecilere karşı fiziksel şiddet kullandığını ve Hollandalı askerleri silahsızlandırdığını savunmuş ancak NIOD raporundan Devlet'in iddiasını dayandırdığı bu olayların yerleşke dışında gerçekleştiği ve gruplar "koridor"a gitmek üzere oluşturulduğunda gerçekleşmediği ortaya çıkmıştır (NIOD s. 2647 ve 2648), en azından Devlet bunun aksini iddia etmedi. Dolayısıyla bu yerleşke-deki yetkiyi önemli derecede değiştirmez. Mültecilerin tahliyesi sonrasında yerleşkenin kabaca incelenmesi Devletin (Dutchbat aracılığıyla), tahliye *öncesi ve sırasında*, o zaman yerleşkede bulunan insanlar üzerindeki yetkisini etkilemez.

38.6. Bütün bunları göz önüne alındığında, İstinaf Mahkemesi aynı zamanda AİHM'nin 1. maddesi ve MSHUS'un 2. maddesi anlamında Devlet'in (Dutchbat eliyle) yerleşkede (bu anlaşmazlıkla ilgili süreç boyunca) yetki sahibi olduğunu tespit eder (Temyiz Mahkemesi'nin 6 Eylül 2013 Nuhanović ve Mustafić ve diğerleri davalarındaki kararında olduğu gibi, ECLI: NL: HR: 2013: BZ9225 ve ECLI: NL: HR: 2013: BZ9228, Yargıtay kararı, gerekçe 3.17). Devlet tarafından öne sürülen 2. gerekçe asılsız olduğundan kabul edilmemiştir.

38.7. İstinaf Mahkemesi, şüpheye yer bırakmadan aşağıda belirtilen AİHM ve MSHUS hükümlerinin Dutchbat tarafından gerçekleştirilen fiiller için yetki yokluğundan ötürü uygulanması mümkün olmasa bile, tartışmalı taleplerin değerlendirilmesini değiştirmeyeceğini belirtmektedir. AİHM ve MSHUS 'den kaynaklanan sözü edilen standartlar, bu standartların ihlalinin genel kabul görmüş özen yükümlülüğü standartlarını ihlal ettiği düşüncesiyle Hollanda yasalarına da uyarlanmıştır.

Kriter; ihtiyatlı inceleme?

39.1. 39.1 Devlet tarafından öne sürülen ve yukarıda 36.2'de halihazırda kısmen tartışılan 1. gerekçe; ayrıca, bir savaş halinin olması nedeniyle Dutchbat tarafından gerçekleştirilen eylemlerin ihtiyatlı bir şekilde incelenmesine gerek olup olmadığına ilişkin Ye-

rel Mahkeme'nin kararına yönelik itirazları içerir (Yerel Mahkeme Kararı, 4.181). Devletin görüşüne göre, tartışma konusu olan Dutchbat'ın "makul bir şekilde hareket edip etmediği ve karar verip vermediği" hususunu mahkeme, savaş halini göz önünde bulundurarak incelemelidir. Dernek ve diğerleri bu gerekçeye itiraz etmiştir. İstinaf Mahkemesi şu şekilde tespitlerde bulunmuştur.

39.2. İncelenen davalarda çekişme konusu, Hollanda Medeni Kanun'u ("DCC") Madde 162:6 kapsamındaki haksız fiil uygulamasıdır. Bu nedenle, İstinaf Mahkemesi, kanunen dayatılan bir görevin ve/veya uygun toplumsal davranışlara ilişkin yazılı olmayan bir yasanın (genel kabul görmüş gerekli özen standartları) ihlali anlamına gelen bir eylem ya da eksiklik olup olmadığını değerlendirmektedir. Bu bağlamda, İstinaf Mahkemesi, Dutchbat'ın makul şekilde davranıp davranmadığını ya da karar verip vermediğini de inceler. Söz konusu meseleyi değerlendirirken (daha geniş kapsamlı) ihtiyata gerek yoktur. Devlet tarafından öne sürülen 1. gerekçe temelsiz olduğundan kabul edilmemiştir. Bir diğer konu ise İstinaf Mahkemesi'nin de, diğer bütün mahkemeler gibi davanın değerlendirmesinde bulunan tüm bulgu ve koşulları göz önünde bulundurmasıdır. Bu nedenle, İstinaf Mahkemesi, incelemesinde Dutchbat'ın bir savaş durumunda faaliyet gösterdiğini ve çok fazla baskı altında kararlar almak zorunda kaldığını tespit etmiştir.

40.1. Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 20. gerekçe, Yerel Mahkeme'nin, *güvenli bölgedeki* mültecileri korumakla yükümlü olan birliklerin, bu mültecilerin AİHS'nin 2. ve 3. ve ICCPR'nin 6. ve 7. maddeleri uyarınca insan vücudunun bütünlüğünü ve yaşam hakkını koruma görevlerinin "makul derecede kendilerinden beklenebilecek ölçüde" olması gerektiğine ilişkin kararına yöneliktir. Dernek ve diğerlerinin görüşüne göre; bu son kısıtlama yanlıştır, bu "makul bir şekilde beklenilebilecek önlemleri almamakla" ilgili bir durumdur.

40.2. 39.2'de belirtildiği üzere, istinaf incelmesine tabii işbu karar, davanın durumu ve koşullar dikkate alınarak, Devlet'in yetkisi dahilinde (önlem almak da dahil) davranıp davranmadığını değerlendiril-

dirirken, mültecilere karşı oluşan gerçek ve acil tehlikelerin farkında olup olmadığı veya farkında olması gerekip gerekmediğini incelediğinden, işbu gerekçe içerdiği diğer tüm anlamlarda kabul edilemez.

Sayılar ve Terminoloji

- 41.1. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 26. gerekçe, Yerel Mahkeme'nin, yerleşke içerisinde yaklaşık 150 Hollandalı asker bulunduğu tespitine ilişkindir (Yerel Mahkeme kararı, 4.204). Dernek ve diğerlerine göre orada en az iki kat daha fazla Dutchbat askeri bulunmaktaydı. Yerel Mahkeme'nin, sınırlı insan gücünden dolayı Dutchbat'ın, Bosnalı Sırpların üstün askeri gücüne karşı dış yardım olmadan nüfusu koruyamayacağına dair yargısı nedeniyle, bu durumun önem arz ettiğini savunuyorlar.
- 41.2. Taraflar arasında, 12 Temmuz 1995 civarında (yaklaşık olarak) 430 Dutchbat askeri bulunduğu konusunda mutabakat vardır (Dernek ve diğerleri tarafından sunulan istinaf dilekçesi 339 ve Devlet tarafından sunulan Savunma Dilekçesi 8.3.6). Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 26. gerekçe bu açıdan haklıdır. Bununla birlikte, bunlardan kaç tanesinin halkı bir askeri güce karşı korumak için donatılmış savaşçı askerler olduğu net değildir. NIOD raporu, 150 ile 200 arasında bir sayıya işaret etmektedir (NIOD raporu s, 2167 ve s.2625). İstinaf Mahkemesi mevcut davalarda verilecek kararlar açısından, halkı bölgedeki Bosnalı Sırpların askeri gücüne karşı korumak için yerleşkede mevcut olan Dutchbat askerlerinin sayısının 150 veya 2 kat daha fazla olmasının aşağıda 67.1b'de daha detaylı açıklanacağı üzere bir önemi olmadığını düşünmektedir.
- 42.1. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 27. ve 28. gerekçeler *küçük güvenli bölgeye sığınan ve yerleşkede bulunan erkeklerin sayısı*yla ilgilidir. Taraflar arasında kesin insan sayısının belirsiz olduğu konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Yerel Mahkeme '*yaklaşık 2,000 erkek*', arasından '*dörtte üçünün 16 ila 60 yaş arasında*' olduğunu '*yerleşkede en az 300 erkek*' ve '*mini güvenli bölgenin diğer yerlerinde 600 ile 900 arasında erkek*' olduğunu ayrıca yerleşkede bulunanlardan '*251 kişinin ismi*' Franken'in listesinde yer alırken

'diğer 70 erkeğin' isminin listeye yazılmasını reddettiğine işaret etmiştir. Dernek ve diğerleri 2000-3000 civarında erkek ve oğlan çocuğu olduğunu ileri sürdü. Dernek ve diğerleri sayılara bağlı kalmak istemediğinden ve her halükârda zararların inceleneyeceği bireysel davalar sırasında rakamlar belirginleşeceğinden, bunu ertelemişlerdir.

- 42.2. Alınacak olan karar açısından gerekli olmadığı için, İstinaf Mahkemesi, kesin insan sayısı konusunda tespitte bulunmayacaktır. Mevcut davada, İstinaf Mahkemesi, kesin sayının bilinmediğini ve tahliye başlangıcında *küçük güvenli bölgede* 3000 erkek ve yerleşkede 350 erkek ve oğlan çocuğu olabileceğini varsayacaktır. Gerekçeler bu açıdan kabul edilmiştir.
43. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 39. gerekçe kullanılan terminoloji ile ilgilidir. Dernek ve diğerlerine göre doğru terim 'tahliye' değil 'tehcir' olmalıdır; çünkü nüfusun taşınması, Dutchbat'ın katılmaması gereken zoraki ve gereksiz bir harekettir. Dernek ve diğerleri bunu desteklemek için, daha önce tartışılan gerekçelerde kabul edilmeyen savları tekrarlamakla beraber 2 Ağustos 2001 tarihli (IT-98-33-T) Krstić'e karşı açılan davadaki ICTY kararında yer alan; (IT-98-33-T) tahliyenin amacının, halkı emniyet altına almak değil, onları ortadan kaldırmak olduğu hususuna atıfta bulunmuşlardır. İstinaf Mahkemesi'nin görüşüne göre, bu karar, Bosnalı Sırplar tarafından gerçekleştirilen eylemlere dayandığı için bu karara atıfta bulunabilmek mümkün değildir. Bosnalı Sırpların mültecileri evlerinden kovması ve bölgeyi terk etmeye zorlamasının gerekli olmadığı ve tahliyenin bir 'terör atmosferinde' gerçekleştiği olguları BM ve Dutchbat'ın Bosnalı Sırplar tarafından (gereksiz yere ve zorla) sınır dışı edilmiş insanlarla karşı karşıya kaldıkları gerçeğini etkilemez. Sonuç olarak, bu insanlar yiyecekten mahrumdur ve onlar için bir barınak bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, İstinaf Mahkemesi bundan böyle tahliye sözcüğünü kullanacaktır (davanın genel değerlendirmesi açısından hangi kelimenin kullanıldığı fark yaratmayacaktır). Bu sebeple 39. gerekçe haklı bulunmamıştır.

Haksız fiiller, esas

Gözlemlenen savaş suçlarını derhal rapor etmemek

- 44.1. Dernek ve diğerleri, gözlemlenen savaş suçlarının haksız olarak bildirilmediğini ve savaş suçları raporlansaydı askeri ve siyasi müdahale olabileceğini veya en azından koruyucu önlemlere bir adım daha yaklaşılabilceğini savundular. Dutchbat askerlerinin, 10 Temmuz 1995’den itibaren savaş suçları gördüklerine, yani VRS’nin önceden belirlenmiş yolları üzerindeki evleri yaktığını ve kaçan insanların üzerine ateş açmasını işaret etmiştir.
- 44.2. İstinaf Mahkemesi, Dutchbat tarafından yapılan hataların veya bu suçların rapor edilmemesinin, incelenen davalarda yapılacak kararları etkilemediğini tespit etmiştir. Çünkü BM, Bosnalı Sırpların *güvenli bölgeyi* zorla ihlal ettiğinin bilincindedir ve BM bu şiddet olayının durdurulması gerektiğini de anlamıştır (BM, 9 Temmuz 1995’te, VRS’nin ilerlemesine karşı *engelleme pozisyonları* almak için emirler verdi, yukarıda *bkz.2.34*). Zamanında ya da birkaç gün sonra bu şiddet ve zulüm (tecavüz ve boğazı kesme gibi) hakkında daha fazla bilginin belirgin biçimde rapor edilmesinin bölgenin BM veya NATO tarafından zamanında özgürlüğüne kavuşturulmasına veya yeterli ölçüde korunmasına yol açabileceğini gösteren herhangi bir emare bulunmamaktadır (ve yeterince tartışılmamıştır).
- 44.2.a. Diğerlerinin yanı sıra 23.2 a ve c’de belirtilen ifadelerin BM’nin (veya NATO’nun) *güvenli bölgeyi* silahlı güç kullanarak yeniden ele geçirmeyi planladığı sonucuna götürebilecek hiçbir gerçek veya koşul ileri sürülmemiştir. Şayet buna hazır olsalardı Dutchbat’ın gözlemlendiği savaş suçlarıyla ilgili raporlara dayanarak, *güvenli bölge* zamanında (haftalar sonra değil, birkaç gün içinde) yeniden işgal edilmiş olur ve savaş suçları engellenirdi. İstinaf Mahkemesi de, Yerel Mahkeme gibi, süresinde askeri müdahale karşısındaki pratik aksaklık ve engeller ve de BM ve uluslararası toplumun hali hazırdaki kaygılarından yola çıkarak, BM raporunda yer alan “*Hollandalı taburun, yapılan kötü muameleleri BM emir komuta zinciri içinde derhal rapor etmesi durumunda, uluslararası toplum daha güçlü ve bızlı bir şekilde yanıt vermek zorunda kalabilir ve*

bazı hayatlar kurtulmuş olabilirdi “ şeklindeki pasajın ve NIOD raporundan yer alan Dernek ve Diğerlerinin (örneğin) “*Acil Müdahale Gücü* kapsamında önemli miktarda birliklerin hazır bulunduğu” şeklindeki çıkarımlarının yetersiz kaldığı sonucuna varmıştır.

44.2.b. Janvier, 16 Temmuz 1995’te Genel Sekretere, güvenli bölgenin yeniden ele geçirilmesinin UNPROFOR’un yetkisi dahilinde olmadığını, böylesi müdahalelerin saldırgan bir topluluğa yapılacağına gözü önüne alınması ve NATO’nun entegre hava (ve füze) savunma sistemine saldırması gerektiğinden, bunun büyük olasılıkla Bosnalı Sırplarla ve hatta belki de Yugoslavya’ya karşı tümüyle savaşa yol açacağı yönünde bilgi vermiştir. (NIOD raporu, s. 2429).

44.2.c. Bu bağlamda, İstinaf Mahkemesi, savaş suçlarından kamuoyunun haberdar olması ve toplu infazların 10 Ağustos 1995’te kanıtlanmasından sonra 30 Ağustos 1995 ten 20 Eylül 1995’e kadar NATO ve *Özel Harekât Gücü* adı altında *Acil Müdahale Gücü* tarafından hava saldırısı ve bombalamaların sürdürüldüğünü kaydeder. Bu bağlamda, 17 Temmuz 1995 öncesi yapılan infazlarda, gözlemlenen tüm savaş suçlarının anında rapor edilmesi durumunda *Acil Müdahale Gücünün* her ne kadar o zaman tam güce sahip olmasa da- önemli bir rol oynayacağı iddiası (Dernek ve diğerlerinin de onayladığı gibi, *bkz. İstinaf Dilekçesi* 241) mesnetsizdir.

44.3. Ayrıca mübrez belgelerden elde edilen bilgilere istinaden, 12 ve 13 Temmuz 1995 tarihli diğer raporların “kümülatif etkisinin” BM veya NATO tarafından zamanında müdahale edilmesine yol açacağı sonucuna varılamaz. Yukarıdakilere ek olarak, İstinaf Mahkemesi, bu hususta aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur (44.4 - 44.6).

44.4. BM’nin, mültecilerin Bosnalı Sırplar tarafından (savaş alanında mahsur ve yardım konvoylarına erişemeyecek korkunç koşullara mahkûm edildiğinin farkında olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, BM emir komuta zinciri, 12 Temmuz 1995’te, Bosnalı Sırpların, erkekleri ayırarak naklettiklerini ve Dutchbat’ın onlara eşlik etmesinin engellendiğini biliyordu (Yerel Mahkeme, 4.267; ayrıca *bkz.*

NIOD raporu, s. 2652). 13 Temmuz 1995 tarihinde dokuz cesedin bulunduğu BM'e bildirilmiştir (*bakınız yukarıdaki 2,55*). Bunların hiçbiri uluslararası toplumun yeterince hızlı askeri veya politik müdahalesine yol açmamıştır.

44.5. Söz konusu savaş suçları ve infazlarının çoğunluğu, 12 Temmuz ve 13 Temmuz 1995 tarihlerinde ve hemen sonrasında, 17 Temmuz 1995 tarihine kadar olan süreçte meydana gelmiştir. İstinaf yargılamasında da uluslararası toplumun daha somut ve belirgin bilgiye sahip olması durumunda bu suçları önleyebileceğine ilişkin bir dayanak bulunamamıştır. Yukarıda 44.2a'da yer alan BM raporundan alınan pasajda, yalnızca belirgin olmayan bir tutumla bazı yaşamların şüpheli ve belirsiz bir ihtimalle kurtulabileceğinden bahsetmektedir. Bu süresinde askeri müdahale karşısındaki pratik aksaklık ve engeller ve de BM ve uluslararası toplumda var olan tereddütlere daha ağır basmamaktadır.

44.6. Ne var ki, yaklaşan soykırımın askeri müdahale dışında nasıl önlenileceği, İstinaf aşamasında da yeterince açıklanmamıştır. Dernek ve diğerleri Güvenlik Konseyi'nde yeni ve daha katı bir karar alınmasını, olası failerin sert bir şekilde uyarılmasını, savaş esirlerinin değiştirilmesini ve daha fazla BM gözlemcisi gönderilmesini önermiştir. İstinaf Mahkemesi bunun - yeterince tartışılmamıştır- bu kadar kısa bir sürede böylesi bir soykırımın tamamen ya da kısmen engelleyecek bir etki yaratabileceğini olası bulmamaktadır. Dosya kapsamından ve ileri sürülen iddialardan da o günlerde Bosnalı Sırpların BM kararlarını ciddiye aldıkları anlaşılmamaktadır. Uyarıların (savaş suçlarının cezalandırılmasına dair genel kaniya ek olarak) zaman içinde herhangi bir olumlu etkisi olabileceğini belirten hiçbir emare yoktur, oysa "Franken'in listesi" nin varlığının Bosnalı Sırpların katliam yapmasına engel olmadığı sabittir. Ayrıca, 13 Temmuz 1995 tarihinde, durumun (yardım konvoyları durdurulmuş ya da kısmen izin verilmiş) ve Bosnalı Sırpların davranışları ışığında, yeterli sayıda BM aracının Bosnalı Sırplar tarafından kontrol edilen bölgeye nüfusa, UNPROFOR'a veya Bosnalı erkeklere gözlemci veya başka şekilde yardım etmek için girebileceği iddia edilmediği gibi mümkün de değildir.

- 44.7. Yukarıda belirtildiği gibi, 8 Temmuz 1995 tarihinden itibaren savaş suçlarının SOP 208 ve Cenevre Sözleşmeleri'nin aykırı olarak rapor edilmemesi haksız fiil olarak değerlendirilse de bunun Dernek ve Diğerlerinin 19. gerekçedeki açıklamalarında iddia ettiği şekilde zamanında gerçekten hayatları kurtarabilecek müdahalelere yol açabileceği tespit edilmemiştir.
- 44.8. Yukarıdakilerin ışığında, Dernek ve diğerleri tarafından ileri sürülen 30, 31, 34, 35, 43 ve 44 . gerekçe ve de Dutchbat'ın gözlemlediği savaş suçları ve bunların raporlarına ilişkin açıklamaların yer aldığı 11-15 ve 19. gerekçelerde kabul edilmemiştir.

Tabliye, erkeklerin savaş suçlusunu taraması için ayrılması: tek başına yanlış değil

- 45.1. 45.1 Mültecilerin tahliyesi sırasında erkek mültecilerin Bosnalı Sırplar tarafından ayrıldığı ve ayrıca taşındığı tespit edilmiştir. İstinaf Mahkemesinin, Dutchbat tarafından gerçekleştirilen eylemlerin yanlış veya aksi hususundaki değerlendirmeleri aşağıdaki gibidir.
- 45.2. Prensip olarak, savaş suçlarının yaşandığı bir savaş bölgesinden insanların savaş suçu işleyip işlemediğine bakılmasına izin verilir. Bu nedenle, ilke olarak, bu amaçla mültecilerin taranması yanlış değildir, çünkü mülteciler arasında savaş suçları işleyen erkekler olduğu göz ardı edilemez. İnsanların tarama için ayrıldığında zaten silahsızlandırılmamış olup olmadığı bu bağlamda önemli değildir. Ancak böyle bir tarama (Bölge Mahkemesinin de belirttiği gibi), ya şüpheli bulunan kişilerin askeri mahkemede yargılanması ya da diğer mültecilerle birlikte serbest bırakılmaları ile sonuçlanmalı ve insanlara tarama ve ilerideki soruşturmalar sırasında Cenevre Sözleşmeleri'ne uygun olarak muamele edilmelidir. Bu durumda, İstinaf Mahkemesi, 12 Temmuz 1995 tarihinde, savaş suçlarının (sadece Bosnalı Sırplar tarafından Bosnalı Müslümanlara karşı değil) aynı zamanda Bosnalı Müslümanlar tarafından Bosnalı Sırplara karşı işlendiği varsayımını da dikkate almaktadır. Bu varsayım, (aynı zamanda) *Krstić'e* karşı açılan davada ICTY (diğerlerinin yanı sıra) tarafından tespit edilmiştir. Bu

açından, erkeklerin -Bosnalı Sırlara göre onları taramak için - ayrılmasının, Dutchbat'ta şüphe uyandırması gerekmiyordu.

- 45.3. Dernek ve diğerleri tarafından istinaf başvurusunda sunulan erkek mağdurların listesi küçük çocuklarının isimlerini de içermektedir (yeni doğmuş bebek, 1984 doğumlu bir erkek çocuk ve 1980'den sonra doğan diğer çocuklar gibi). Bu çocukların tahliye sırasında *küçük güvenli bölgede* bulunduğu ve diğer mültecilerden ayrıldıkları iddiaları tespit için yeterli değildir. Devletin işaret ettiği gibi, cesetlerin ormanda bulunduğu yerler aksini göstermektedir. Tahliye sırasında ayrıldıkları tespit edilmiş olsa bile, İstinaf Mahkemesi, aralarında hangilerinin yaşlarından dolayı (özellikle 1982'den önce doğanlar) tarama yapılmaksızın savaş suçu işleyemeyeceklerinin dış görünüşlerinden anlaşılabilirliğini tespit edememiştir. Sonuç olarak, Dutchbat'ın, ilk bakışta savaş suçları işleyebilmek için çok genç oldukları belli olan genç erkek mültecileri ayırmaya dahil olduğu, yeterli bir şekilde kanıtlanamamıştır. Bu konuda Dernek ve diğerlerinin ileri sürdüğü 29. gerekçe kabul edilmemiştir.

Tahliye; insanlık dışı muamele ve / veya infazlar konusunda ilk farkındalık

46. İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkemenin; "otobüslere giden yolda erkek mültecilerin ayrılmasına Dutchbat'ın yardım etmesi, bu ayırımın savaş suçlarından ötürü tarama amaçlı olmadığını, ayrılan insanların insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muameleye tabi tutmak hatta öldürmek amaçlı olduğunun bilinmesi veya anlaşılması halinde prensip olarak yanlıştır" hükmünü onamaktadır. Şimdiye kadar Dernek ve diğerleri 29. gerekçelerinde de buna atıfta bulduklarından, bu aşağıdaki gerekçeler ışığında değerlendirilecektir (özellikle Dernek ve Diğerleri tarafından öne sürülen gerekçe 42, ve Devlet tarafından öne sürülen 4. gerekçe).
47. Dutchbat'ın erkeklerin başına gelecekler hakkındaki farkındalığını (aşağıda 49) ele almadan önce, İstinaf Mahkemesi ilk olarak (48.1 - 48.3'te) Dernek ve Diğerlerinin Dutchbat'ın tahliyeyi başlattığı iddiasını ayrıca değerlendirecektir.

48.1. 48.1 İstinaf Mahkemesinin görüşüne göre, Dutchbat'a yönelik BM tarafından ayarlanan araçları beklemek yerine, mültecilerin Sırp otobüsleri tarafından taşınmasına izin verdiği iddia edilemez. İstinaf Mahkemesinin, 11 veya 12 Temmuz 1995 tarihlerinde BM'den Potočari'ye giden araçların olduğu ya da bu araçların bölgeye yeterince hızlı bir şekilde ulaşabileceğine dair somut bir beklenti olduğu sonucuna varabileceği hiçbir şey ileri sürülmemiştir. O zamana kadar BM konvoylarına artık izin verilmediği ve Mladić'in tahliyeyi kendisinin düzenlemek istediğini söylediği tespit edilmiştir. Bosnalı Sırpların rızası olmadan yapılacak tahliyenin ancak NATO desteği ile yapılması ve helikopterlerle yapılması gerekiyordu. Uluslararası toplumdaki desteğin artması gerekliliğinin (*bkz* . yukarıda 44.2 ve 44.4) yanında, bunun için hazırlanma süresi üç gündü (NIOD raporu s. 2298). Ulaşımın Dutchbat tarafından sağlanabilmesi için ise yeterli kapasite ve yakıt yoktu. Bu, Dernek ve Diğerleri tarafından ileri sürülen 2015 yılında *De Groene Amsterdammer*'dan haftalık dergisinde Voorhoeve'nin BM'nin UNPROFOR'un fazlasıyla taşıma kapasitesine sahip olması nedeniyle derhal taşımayı planladığını belirtmesi iddiası ile çürütülememiştir. Bu değerlendirmenin doğru olup olmadığı bir yana, asıl konu BM'nin ulaşım kapasitesi olması durumunda neler yapılabileceği değil, *küçük güvenli bölgedeki* kapasite göz önünde bulundurulduğunda o gün, derhal nelerin yapılabileceğidir.

48.2. Bu bakımdan, *küçük güvenli bölgedeki* durumun çok kötü olması da önemlidir. Sıcaktı ve çok az su vardı. Yaşam koşullarının iyileştirilmesi ihtimali yoktu; Gobilliard'ın 11 Temmuz 1995 tarihli "mülteciler için tıbbi ve diğer yardım malzemelerinin teslim almaya ve koordine etmeye hazırlıklı olun" emri (*bkz* yukarıda 2.45) ve Janvier'in Mladić'e gönderdiği 12 Temmuz 1995 tarihli mektupta BM'in sağladığı erzağın yetersiz olduğunu belirtmesi aslında yardım konvoylarına izin verilmediğini ortaya koymaktadır.

Otobüsler geldiğinde, mülteciler ayrılmaya mecbur hissettiler. Otobüslere büyük bir koşuşma başladı. Bu, kaosla sonuçlandı ve mültecilerin birbirini ezme tehlikesi söz konusuydu. Hollandalı askerler, kitleler tarafından otobüslere doğru itildi (NIOD rapo-

ru s. 2646). İlk otobüsler aşırı kalabalık biçimde ayrıldı. Dahası, tahliye başladığında, Bosnalı Sırpların davranışları değişti. Ortaya çıkan duruma, Teğmen Mustert'tin ifadesinden bir alıntıda şöyle değinilmiştir (NIOD raporu s. 2647, ayrıca bkz. Bölge Mahkemesi Kararı 4.214):

“Otobüsler geldiğinde, biz sadece aralarında yürüdük. Eğer insanlar BSA'nın (VRS) otobüse binmemeleri için verdikleri talimatlara yeterince hızlı uymuyorlarsa, bazen tekmeleniyor ya da itiliyorlardı ve onları durdurmaya çalıştık. Yaklaşık bir saat sonra bizden bıktılar ve otobüslere yaklaşmamıza izin verilmedi. Sırtımız duvara yaslanmış duruyorduk.”

Dernek ve diğerleri, Devlet tarafından iddia edilen bu durumu çürütememiş ve yasal belgelerce bu durum kanıtlanmıştır.

- 48.3. Bütün bunlar göz önünde bulundurulduğunda; Dutchbat orijinal planın Bosnalı Sırpların değil de BM'in taşımayı düzenlemesi olduğunu bilseydi dahi bu, mültecilerin Bosnalı Sırplar tarafından sağlanan otobüsleri kullanmalarını engellemek için bir sebep oluşturmazdı. Sağlanan ulaşım berbat koşullardan kaçmak için bir fırsat sunuyordu. Mültecilerin çoğunluğunun (kadınlar, çocuklar, yaşlılar) tahliye yoluyla güvenliğe kavuştuğu tespit edilmiştir.
49. Dernek ve diğerleri tarafından ileri sürülen 32. gerekçe Yerel Mahkemenin sadece 13 Temmuz 1995 öğleden sonraki günlerde Dutchbat'ın ciddi soykırım risklerini hesaba katması gerektiği kararına karşıdır. Dernek ve diğerleri Dutchbat'ın, soykırım riskinin farkında olması nedeniyle tahliyeye katılmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Devlet tarafından öne sürülen 3. gerekçe de, Yerel Mahkemenin Dutchbat'ın farkındalığı hakkındaki kararına ilişkindir. Soykırım riskinin farkındalığının yanı sıra, bu gerekçe, tahliye edilen kişilerin gerçek bir ölüm veya işkence veya insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele riski altında olduğu bilgisini tartışmayı da beraberinde getirmektedir. İstinaf Mahkemesi şimdi bu gerekçeleri birlikte değerlendirecektir.
- 50.1. Soykırımı ilişkin olarak, İstinaf Mahkemesi yukarıda 34.1 ff. de yapılan değerlendirmelere atıfta bulunmaktadır. Yukarıdaki gerekçelere istinaden, İstinaf Mahkemesi, tahliye edilen erkeklerin,

soykırımın yanı sıra ölüm, işkenceye veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz bırakılma (Bundan böyle kısaca ‘insanlık dışı muamele’ olarak anılacaktır) riskiyle karşı karşıya kalmalarına ilişkin farkındalık (ilk) sorunu üzerine bir yargıya varacaktır. Tahliyeyi organize etmek ya da haksız bir fiil olarak erkekleri ayırmak *soykırımın farkında* olmayı gerektirmemektedir. AİHS’nin 2. ve 3. maddelerinde ve 6 ve 7 sayılı ICCPR’de belirtilen temel insan haklarının ihlali konusunda gerçek bir risk olduğunun bilinmesi aynı hukuki sonuçlara yol açmaktadır. Bu nedenle, Dernek ve Diğerlerinin haksız fiil iddialarının kabul edilebilmesi için tahliye sırasında Bosnalı Sırplarca yapılacak soykırımın bilinmesi gerekli değildir. Devlet tarafından ileri sürülen, erkeklerin ölümüne mahkûm olacaklarının kesin olması şeklindeki somut bilginin yokluğu, haksız fiili belirlemek için çok katı bir standarttır. Devlet tarafından ileri sürülen 3. gerekçe bu bağlamda reddedilmiştir. Bu nedenle İstinaf Mahkemesi soykırımı bu bağlamda dikkate almayacaktır.

50.2. Dutchbat’ın (Devlet) eylemlerinin ve ihmallerinin tartışıldığı işbu davada, var olduğu ileri sürülen bilginin, bu eylemler ve ihmallerle ilişkin özellikle de tahliye ve denetimi hakkında (bazı) kararları almaya yetkili olanların zihninde bulunması gerektiği önemlidir. Askerlerin bireysel olarak savaş suçlarını gözlemlemesi (tek başına), genel olarak kabul edilen standartlara göre bilginin ve dolayısıyla Dutchbat (Devlet) tarafından gerçekleştirilen haksız bir fiilin var olması için yeterli değildir. Bu bağlamda, İstinaf Mahkemesi, sadece bu askerlerin karar almaya yetkili olmadıklarını (pozisyonlarından dolayı) değil, aynı zamanda bu bilginin var olması gereken durum ve koşulları da göz önünde bulundurmuştur: örneğin, özetle, binlerce insanın berbat koşullardan tahliye edilmeyi beklediği, yeteri kadar personelin bulunmadığı ve kısa bir süre sonra Dutchbat’ın barış gücü görevini bırakmak zorunda kaldığı kaotik iki günlük bir süreçtir.

50.3. Dernek ve diğerleri Hollandalı askerlerin bireysel olarak sahip olduğu bilginin, sorumluların bilgisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Çünkü Devlet, DCC’nin 6: 170’inci maddesi uyarınca astlarının savaş suçlarının bildirilmemesi gibi

hatalarından sorumludur. Bu argüman, yalnızca tahliyenin rapor edilmemesinin (tahliye sırasında, çok sonraları gerçekleşen bilgilendirmelerden önce) astlara atfedilebileceği konusundaki sav yeterince kanıtlanamadığından dolayı kabul edilemez.

50.4. Devlet tarafından öne sürülen, *inter alia* (diğerlerinin yanı sıra) sorumlu olanların işbu bilgiye haiz olması gerektiğini belirten 3. İstinaf gerekçesi, bu açıdan kabul edilmiştir. Dutchbat'ın sorumlu askerlerinin, tahliye sırasında ayrılan erkekleri bekleyen sona ilişkin bilgi sahibi olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu bağlamda, 'sorumlu olan askerler' bu erkeklere ilişkin, ilgili kararları alabilecek kişiler anlamına gelmektedir. Bu nedenle, bu kavram, UNPROFOR karargahında veya bakanlar kurulunda görevli askerler ile sınırlı olmayıp, küçük *güvenli bölgede* (Franken ve Karremans dâhil) emir veren komutanları da kapsamaktadır.

52.1. İstinaf Mahkemesi, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ölüm konusunda erkeklerin karşılaşacağı gerçek risklere ilişkin Dutchbat'ın (ilk) farkındalığı ile ilgili olarak aşağıdaki hususları dikkate almaktadır.

52.2. Dutchbat'ın tahliyeyle ilgili olarak aldığı mesajlardan, tahliyeyle ilgili bir şeylerin ters gittiği sonucuna varılamazdı. Bosnalı Sırp lar halkı, BM ve Devlet'in de amaçlarına uygun olarak onlar için kurulmuş barınma tesislerine götürdüler. Bu bağlamda, İstinaf Mahkemesi, Franken'in Soruşturma Parlamentosu Komisyonuna verdiği ifadenin içeriğine atıfta bulunur (PCI röportajları), s. 76):

“İlk başta, her şey yolunda görünüyordu. Kuzeydoğu kesiminden ve Tuzla bölgesindeki CL'nin bu bölümünden sorumlu Pakistan taburundan aldığım raporlara göre, çok sayıda insan, fazla sorun olmaksızın gelmiş hatta başlangıçta gelenler arasında erkekler de bulunmaktaydı”

Başlangıçta, tarama için ayrılan erkeklerle ilgili ters giden bir şey yoktu. Van Duijn bunun hakkında Meclis Soruşturma Komisyonuna (PCI röportajlar, s. 30) şunları söyledi:

“Bir noktada, erkeklerin Sırp lar tarafından ayırıldığını fark ettik. (...). [soru: Erkeklerin ayırıldığını gördüğünü mü söyle-

din?] Evet (...) Onları bala görebiliyor muydum diye soruldu, ve bunun böyle olduğunu söyleyebilirim çünkü onlar bir evin önündeki çimlere oturtulmuştu.”

52.3. Ancak, tahliye sırasında, Dutchbat’ın yetkili askerlerince de giderek bu erkeklerin tahliye nedeniyle gerçek bir insanlık dışı muamele ve öldürülme riskiyle karşı karşıya olduğu bilinmektedir. İstinaf Mahkemesi bunu aşağıdaki gerekçelere dayandırmaktadır (51.4a - f)

51.4a. Van Duijn tarafından yapılan açıklama şöyle devam etti:

“(...) O erkekler oradan kamyonlarla götürülmesi akşam geç saatleri buldu.”

51.4b. NIOD raporu, sayfa 2651 ve 2652 aşağıdaki gibidir:

“Pakistanlı taburdan öğrendiğimize göre, “Yolda herhangi bir sorun bulunmadığı ve ilk otobüslere binmeyi başaran erkekler güvenli bir şekilde varmışlardı. (...) Sonra yola çıkan konvoylar yolda sorunlarla karşılaştı. (...) Ayrıca, Potočari’de varılacak yerin durumuna ilişkin net bir bilgi yoktu, özellikle de mültecilerin önemli bir mesafeyi yürüyerek geçmesi gerektiğinden (...). Bununla ilgili olarak Franken daha sonra şunları söyledi: “(...) Sonra yaralıları olabildiğince çabuk oradan çıkarmaya çalıştık. Bu insanları güvenle çıkarmak için bir fırsat bulmuştum. Bu Sırlarla ilgili her şeyin nasıl değişebileceğini hiç bilemezsiniz.” Bu, Franken’in geç saatlere rağmen, hızlıca 54 yaralı ile konvoyu göndermesine neden oldu - neredeyse saat altıydı ve yakında alacakaranlık olacaktı (...) Gece yarısından sonra konvoy Tišća’ya gelmiş; ve sınırdan sadece belli sayıda yaralının geçmesine izin verilmişti. Yaralı taklidi yapan erkekler (...) VRS tarafından alınmıştı. ”

51.4c. Franken, bununla ilgili olarak Meclis Soruşturma Komisyonuna şu ifadeleri verdi (PCI sorgulamaları, s. 76);

“Sonlara kadar tabliyeyi durdurmamız için gerçekten geçerli bir neden ortaya çıkmamıştı. (...) Beyaz evdeki durumun bozulması - Sırların erkeklere davranışlarını kastediyorum - tabliyeyi durdurmak için bir neden olabilirdi. Biz [İstinaf Mahkemesi bundan yetkili askerleri anlıyor] bu nedenle, tabliyeyi durdurmanın gerek-

liliğini değerlendirdik. Daha sonra, çok sayıda kadın ve çocuğun lehine olacak şekilde açık ve net bir şekilde karar verdik. Tabliyeyi durdurmam durumunda, (...) Mladić'in doğrudan müdabalesi olmaksızın çok sayıda ölümle sonuçlanabilecek bir durum gelişebilirdi. Bu açıdan (...) zaman (...) Mladić'in tarafındaydı. Erkekler için durumun önceleri tabayyül edilenden çok daha fazla acımasızlaşabileceğinden şüphelenmeye başladım. Bu nedenlerle tabliyeyi durdurmayarak, her şeyi göz önünde bulundurduğumda tabliyeye devam etmeye karar verdim ya da en azından tavsiye etti. Birleri bilinçli bir karar vermiş gibi geldi. İbtimaller dabilinde 25,000 kadın ve çocuğun iyiliği için karar verdim; tüm o erkeklerin- o 600 /700 erkek- katledileceğini net olarak bilmiyorduk. (...)”

ve şu şekilde devam etti (PCI röportajlar, s. 77):

[soru: “NIOD’a göre, 12 Temmuz’da (...) yerleşkedeki sağlam erkelerin geleceğine dair şüpheleriniz vardı.” Franken:] *“İlk raporlar bu insanların dövüldüğünü gösteriyordu bu yüzden bizimle birlikte olan UNMO’ları oraya gönderdim.(...) Onların intikalinden dolayı biraz da olsa şiddetin azalmış olduğu izlenimi edindiklerine dair raporlar aldım, ama genel olarak dikkate değer oranda şiddete başvuruldu. Raporların sayısı arttı. Sonra düşünmeye başladım: Bu konuda bir şeyler yapacak mıydım? Bu evi çok hızlı bir baskınla ele geçirmek, adamları dışarı çıkarmak ve onları üslerden birine geri getirmek mümkündü. Ama daha önce tabliyeyi durdurup durdurmamakla ilgili olarak tasvir ettiğim durumla karşı karşıya kalmıştım. [soru: Yine, sayılı erkelerin menfaatlerini binlerce mültecininkiyle dengelemekle mi karşı karşıya kaldınız? (...); Franken:] “Evet (...).*

Bu adamları ne şekilde koruyabileceğimi düşündüm (...) [...] bütün erkekleri kayıt altına almaya çalıştım (...). Bu listeyi yapmaktaki amacım (...) bu listeyi yayınlayarak Sırlara baskı yapabilmektir. İzlemek, tam olarak kimlerin alındığını biliyorduk ve onları izleyip takip edebilirdik. (...) Bu durumda aklıma gelen tek koruma şekli buydu, çünkü daha önce kadınlar ve çocukların yararını gözeterek karar almıştık. (...)Sırlara erkekleri kaydettiğimi söyledim. (...) Fakat bundan etkilenmiş görünmüyorlardı.”

Franken ayrıca ICTY’de daha önce şu şekilde ifade verdi (Dernek ve diğerlerinin 404 sayılı başvurusu);

“Benim için tetikleyici neden [İstinaf Mahkemesi: liste yapılması], erkeklerin sorgulanmasında artan şiddetti. Bu nedenle, 12 Temmuz öğleden sonra, artık hiçbir şekilde kontrolün elimizde olmadığı duygusuna kapıldığımı ve bunun da beni bu çözüme ittiğini zaten belirtmiştim.”

51.4.d. Rutten Parlamento Soruşturma Komitesine şunları söyledi (PCI görüşmeleri, s. 46 ve 47):

“O sabah [İstinaf Mahkemesi: 13 Temmuz 1995 Perşembe] (...) Bratunac yönüne bir dizi otobüsün hareket ettiği bilgisini aldık. Bu otobüsleri Korps Komutanlığı Komutanı (KCT) ve bir sürücü takip etti. Onları takip eden bu arazi aracı Bratunac’ın yakınında durduruldu; otobüsler devam etti. Teğmenin durdurulduğunu ve tehdit edildiğini duyduk. Arazi aracını teslim etmeye zorlanmıştı. Bu, erkeklerin “başka bir sonu” olacağına göstergesiydi. Bunlar önceki gün o evlerde toplanan adamlardı. (...)

Sanırım [İstinaf Mahkemesi: Yerleşke Komutanı] bunu tabura bildirdi, çünkü kısa bir süre sonra konvoylara eşlik etmek için katılmam istendi. Bundan taburun, otobüslerin daha fazla izlenmesinin önemli olduğunu anladığı çıkarılabilir. (...)

[13 Temmuz 1995 sabahı:] Yerleşke başçavuşu ile birlikteydim. Beyaz Ev denen yere geldi. Orada bazı şeyler olduğunu öğrendik, sorgulamalar vs. (...). Eve yaklaşırken bahçeyi geçtik ve ortada kimlik belgeleri, pasaportlar, çalışma kartları vb. bulunduğu yığınlar gördük. Sonra, etrafta yatan giysi yığınlarını gördük. Eve geldik; (...). Orada olanları bir nebze gözlemlemek üzere bir meslektaşımız tarafından gönderilen iki KCT askeri vardı. (...) Sonra bir Müslüman erkeğin ayakları yere değmeyecek şekilde merdivenlerden asılmış olduğunu gördük. (...) Sonra, önünde bir Sırp askerinin bulunduğu bir odaya girmeye çalıştım. Bu, yüzüme bir silah dayanarak engellendi. Anlaşılan bu sorgu odasıydı. (...) Üst katta neler olduğunu görmeye çalıştım. Çoğunlukla erkekler, yaşlı erkekler ve genç erkekler, ergenler. (...) Tarif edilemez ... Daha önce bir ifademde ölümün kokusunun alınabileceğini söylemiştim. (...) Gerçekten

doğru. (...) Fotoğrafları çektikten sonra (...) Yola geri döndüm ve olaylar yolun kenarındaki Teğmen Albay Karremans'a bildirildi. ”

51.4.e. Yerel Mahkeme’de tanık olarak ifade veren Oosterveen daha önceki beyanında şunları söyledi:

[Soru: *Rotterdam* Dagblad gazetesine verdiğiniz beyan (17-08-1995): “Zaman zaman silah sesleri duyduk. Çatışmalardaki silah seslerinden farklı olarak aralıklarla ateş edildi. İnsanları öldürmek için.” “Biz ”ile kimi kastediyorsun? Bunu ne zaman duyduunuz?

“Biz”: akşam ve gece boyunca yerleşkede bulunan personel. Sıradan sesler değildi. Bu 12 ya da 13 Temmuz’da oldu (...) idi. [Soru: Bunu rapor ettiniz mi? (...)] *Hayır, gerek yoktu. Herkes duyabilirdi.”*

51.4.f. Tahliyenin 12 Temmuz 1995 geç akşam saatlerinde durdurulmasının ardından, mültecilerden bir temsilci Franken ile konuşmuştur. Franken’den mültecilerin Bosnalı Sırpların elinde güvende olmadığına dair işaretler bulunması nedeniyle tahliyeyi sonlandırmalarını istemiştir. Sonra Franken, tahliyenin sona erdirilmesi konusunda Karremans’a danışmıştır.

51.5. İstinaf Mahkemesinin kanaatine, bundan ve Franken, Rutten ve Oosterveen’in yukarıda belirtilen ifadelerinin içeriğinden, Dutchbat’tan yetkili askerlerin (Franken de bunlardan biri) 12 Temmuz 1995 akşamından itibaren yani tahliye sırasında, “erkeklere Sırplar tarafından yapılan muamelenin” farkındadır. 13 Temmuz 1995’ten önce gerçekleşen bu muamele, verilen ifadelerde yalnızca bir adam hakkında (merdivenden asılmış) belirtilmiş olmasına rağmen, İstinaf Mahkemesi; (4.247 ve 4.248’de Yerel Mahkeme gibi) “dikkate değer derecede şiddete maruz kaldığı” raporlarının yanı sıra yukarıdaki tüm değerlendirmelere istinaden, yetkili askerlerin, ayrılan erkeklerin sadece 45.2’de açıklanan şekilde savaş suçlarından ötürü taranmak için seçilmediklerini, aynı zamanda işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya idama maruz kalma riskini de taşıdıklarının farkında olduğuna kanaat getirmiştir. İstinaf Mahkemesi ayrıca bu konuda aşağıdaki hususları da dikkate almaktadır:

- Franken, raporları aldığı (muhtemelen: en azından gün sonunda) UNMO’ları (Birleşmiş Milletler Askeri Gözlemcilerini) Beyaz

Eve gönderdi; Beyaz Evde Rutten, Korps Komutanlığı'nın askerlerini buldu,

- Dutchbat, erkekleri Beyaz Evden hızlı bir askeri baskınla kurtarmayı ve tahliyeyi sonlandırmayı düşündü ve ardından kadınlar ve çocuklar lehine “bilinçli bir karar” verdi,

- Franken bir liste hazırladı,

- Herkesce (sorumlu görevliler de dahil) duyulabilecek olan infaz sesleri duyuldu,

Ayrıca, 13 Temmuz 1995 günü sabahında Karremans (ve daha sonra da Nicolai) infaz edilen dokuz erkek cesedi bulunduğu farkındaydı (bkz yukarıda 2,55) ve Er Groenewegen'in bir infaza tanıklık ettiği keşif, Dutchbat'tan sorumlu askerlere bildirildi.

51.6. Yerel Mahkeme'nin Dutchbat'in 13 Temmuz 1995'te, Bosnalı Sırplarca ayrılarak gönderilen bu erkeklerin, ciddi anlamda insanlık dışı muamele ya da hayatlarını kaybetme riski altında olduklarını bildikleri yönündeki kararına karşı, Hollanda Devleti tarafından ileri sürülen 3. Temyiz gerekçesini İstinaf Mahkemesi; bütün bunları göz önünde bulundurarak reddetmiştir. (Yerel Mahkeme Kararı, 4.245 - 4.254). İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkemede olduğu gibi (Yerel Mahkeme Kararı 4.255 - 4.257) Dutchbat'in, Bosnalı Sırplarca o gün yapılacak olan ciddi soykırım riskinin farkında olup olmadığı konusunda bir karar vermemiştir. İstinaf Mahkemesi yukarıda belirtildiği gibi (bkz. *yukarıda* 50.1), bunun haksız fiil iddialarıyla ilgisiz olduğu kanaatine varmıştır. (İstinaf Mahkemesi, 34 numaralı gerekçesi ile bağımsız olarak soykırım iddiasının, bu davada reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.)

52.1. İstinaf Mahkemesi'nin 12 Temmuz 1995 akşamından önce, Dutchbat'in, ayrılan erkeklerin işkence görme veya hayatını kaybetme ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele görme riski taşıdığını bilmesi gerektiğine hükmetmek için yeterli gerekçesi yoktur. 51.2'de değinilen hususların yanı sıra, İstinaf Mahkemesi bu konuda aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur.

52.2. Asıl üzerinde durulması gereken konu, bölge işgal edildikten ve Mladić ile yapılan görüşmelerden sonra toplanan nüfusun bölge-

den alınarak Birleşmiş Milletlerce sığınak olarak kurulan bir bölgeye alınmasına izin verildiğine karar verildiğinde gerçek bir riskin var olup olmadığı bilgisidir. Mesele, işgal sırasında erkeklerin karşılaştığı risk veya Bosnalı Sırplar tarafından işgal edilen bölgede kalmaları halinde maruz kalacakları risk değil, Bosnalı Sırplar tarafından 12 veya 13 Temmuz 1995'te kuşatma bölgesinin dışındaki bir sığınağa götürülmeleri durumunda ortaya çıkacak risktir.

- 52.3. Cinayetlerin Bosnalı Sırplar tarafından işlendiği ve Bosnalı Müslümanların 12 Temmuz 1995'ten önce hayatlarından endişe duyması, Dutchbat'ın yerleşke dışarısında Bosnalı Sırpların kuşatma sınırları dışarısında kabul ettiği bir bölgeye tahliye yapılması sırasında insanlık dışı muamele görmeleri veya infaz edilme riskini göz önünde bulundurması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bosnalı Sırpların bölgede gerçekleştirdiği "Etnik temizlik" bölge nüfusu küçük güvenli bölgeye doğru uzaklaştırılırken çoktan gerçekleştirilmişti; Bosnalı Sırpların bölgede ikinci bir "etnik temizlik" planladığını gösteren herhangi bir emare mevcut değildi.
- 52.4. Mladić ve Karremans arasındaki müzakerelerin ardından, Dutchbat, prensipte, toplanan nüfusun bütünüyle güven içinde bölgeye sevk edilebileceğini varsayabilirdi çünkü Bosnalı Sırplar, tüm Bosnalı Müslümanların tahliyesine izin vermişlerdir. Ve hatta mültecilerin gönderildiği ilk otobüsler, erkekler de dahil olmak üzere, Tuzla'ya gelmiştir (bkz. yukarıda 51.2).
- 52.5. Dernek ve diğerleri, 27 Mart 2002'de yayınlanan NRCV Netwerk'ün (bir TV programı) yayınladığı bir programın kesitinde, bakanlar kurulunda, insanların öldürüleceği konusunda somut endişelerin açıkça belirtildiğini ifade etmektedir. Dernek ve diğerleri tarafından Mahkemeye sunulan TV programının bu kesiti İstinaf Mahkemesi tarafından izlenilmiştir. Söz konusu kesit aşağıda yer verildiği şekildedir:

"Bakan Sorgdrager, diğer sığınma bölgelerinin de düşerse ne cevap verileceğini sorar. Soru, mültecilerin nereye yerleştirileceği ve UNPROFOR'un hangi rolü oynayacağıdır. Diğer kuşatma bölgelerinde Hollanda vatandaşları olup olmadığını sorar. Bakan Voorhoeve olumsuz yanıt verir:

Başbakan, cevabı bulunması gereken en acil sorunun, insanların nasıl güvenli bölgeye getirilebileceği konusunda bir çözüm bulunması gerektiği olduğunu söyler. Bosnalı Sırpların ayrılmaya izni vermemesi durumunda ne yapılması gerektiğini sorar.

Bakan Voorhoeve, en büyük endişenin tüm Bosnalı erkek Müslümanların öldürüleceği olduğu şeklinde cevap verir. Bosna Dışişleri Bakanı Sacirbey ile yaptığı görüşmeden sonra bu endişeye ilişkin kanıtlar olduğunu belirtir.”

Bu kesit, Bosnalı Sırpların ayrılma izni verdiği durumla ilgili değildir. 11 Temmuz 1995 saat 19.30 tarihindeki (bkz. NIOD raporu s. 2297 ve 2298) Bakanlar Kurulu toplantısı kayıtlarıdır dolayısıyla tarih itibarıyla Bosnalı Sırplar tarafından mültecilerin kuşatma bölgesinden boşaltılmasına izin verilmeden önce (Mladić ve Karremans arasındaki görüşmeler sürerken) ve Birleşmiş Milletler’in güvenli bir sığınak yeri temin etmesinden önce gerçekleşmiştir. Toplantı tutanakları, Bosnalı Sırpların mültecilerin tahliyesi için izin vermeyeceği endişesini belirtmektedir. Aynı durum, Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen (Dernek ve diğerleri tarafından mahkemeye sunulan istinaf dilekçesi no. 387) Van Mierlo tarafından ifade edilen endişe için de geçerlidir. Bakanlar Kurulu toplantı tutanağı aşağıda yer verilen şekildedir. (Dernek ve diğerleri tarafından mahkemeye sunulan istinaf dilekçesi no. 386):

“En acil olarak güvenli bir sığınak bulunmalıdır; çünkü ortaya çıkan durum hiç şüphesiz etnik temizliğe yol açmaktadır.”

Daha sonrasında ise, Bosnalı Müslümanlarda dâhil olmak üzere, tahliye için izin verildi ve güvenli bir sığınak tespit edildi. Aynı durum, daha önce yer verilen Bakanlar Kurulu toplantısı için de geçerlidir (tutanakları mevcut olmayan toplantı).

52.6. Dernek ve diğerleri, ayrıca Franken’in ICTY’de sunduğu ifadeye dikkat çekmiştir. İstinaf Mahkemesinin, bu ifadeye dayanarak vermiş olduğu kararlar, Dutchbat’ın tahliye sürecinde Müslüman erkekleri bekleyen muamelelerin önceden farkında olduğunu tespit etmez. İfadeye göre:

Bombalamaların sebebinin ne olduğunu sorusuna cevaben: “İn-

sanları öldürerek veya insanları öldürerek panik yaratmaya çalışmak. Ve “insanlar” deyimiyle, sivilleri, kadınları ve çocukları kastediyorum.”

Devamında Hakim Riad, şöyle demiştir: (“inter alia” diğerlerinin yanı sıra) (Bosnalı Sırplar tahliyeyi kendileri gerçekleştirirse Franken’in ne olmasını beklediği sorusu ile bağlantılı olarak): “*Bunu tasdik ettiğin diğer ifadelerle bağdaştırıyorum. Dedin ki (...) “Sırp kuvvetlerinin ayırım gözetmeden sivilleri öldürmeye başlamasını bekliyordum.” (...) “bu Srebrenika halkını kasaplarına teslim ediyor olmaktadır.” Franken’in buna cevabı: “Doğru efendim. Bu konuda endişeleniyordum.” şeklinde oldu.*

Franken, bu ifadesinde Bosnalı Sırpların bombalama ve tahliye durumunda herkesi öldüreceğini belirtmiştir. Franken’in ifadelerine göre, Bosnalı Sırpların Mladić ile müzakerelerin ardından kabul edeceği bir tahliye durumunda böyle bir katliam beklenildiğine dair hiçbir gösterge yoktur; aksine, Franken’in (ifadesinin başka bir yerinde belirttiğine göre) bu tahliyenin insanları emniyet altına almak için tasarlandığına inandığını belirtti. (*“Tahliyeyi durdursaydım, (...) birçok kişinin ölümüne yol açacak bir durum ortaya çıkardı - bkz. yukarıda 51.4c.”*) Temyiz Mahkemesi ayrıca, Bosnalı Sırpların önündeki bu tahliye sonucunda binlerce kişinin güvenlik altına alındığına da işaret ediyor.

52.7. İstinaf Mahkemesi, Dutchbat’in (Devlet) 12 Temmuz 1995 akşamına kadar veya daha öncesinde, ayrılan erkeklerin işkenceye veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya idam edilme riskine maruz kalma riski taşıdığını bilmediğini tespit etmiştir. Şimdiye kadar Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 32. istinaf gerekçesinde ve Devlet tarafından ileri sürülen 3. istinaf gerekçesinde aksi yönde iddialar öne sürülse de, mahkeme tarafından bu ifadeler gerekçesiz olması sebebiyle reddedilmiştir.

İkinci derece incelemeye göre topluluğun yerleşke içerisine kabul edilmemesi: hukuka aykırı fiil değildir

53.1. Dernek ve diğerleri 38. istinaf gerekçesinde, Dutchbat’in tüm mültecileri ya da en azından büyük risk taşıyan grupları Birleşmiş

Milletler yerleşkesine kabul edemediği yönündeki Yerel Mahkeme kararına karşıdır. (bkz. Yerel Mahkeme kararı, 4.284 – 4.291)

53.2. Mültecilerin kendilerini yerleşkede bulacakları koşullar, 11 Temmuz 1995 tarihinden itibaren korkunç durumdur. Yerleşkede çok sayıda olan mevcut insanlar için yeterli sağlık tesisi yoktur. Hava çok sıcaktır ve su ve yiyecek sayısı oldukça azdır. Franken, Meclis Soruşturma Komitesi (PCI) nezdinde, “tükenmişlik ve benzere sebepler” ile ölen insanların bu yerleşkelere gömüldüğünü belirlemiştir (bkz. PCI görüşmeleri s. 73). Dernek ve diğerleri, yerleşkede de mültecilerin sık sık gıda ve sudan mahrum bırakıldığını kabul etmişlerdir. Bosnalı Sırp militanlar tarafından Birleşmiş Milletler yardım konvoylarının önlerinin kesilmesi sebebiyle malzemelerin yerleşkeye stoklanması imkânsızdır. İlk UNHCR konvoyu, yaralananlar ve Dutchbat (personel) hariç, tahliyenin tamamlanmasının ardından 13 Temmuz 1995 öğleden sonraya kadar kabul edilmedi. (bkz. PCI raporu s. 233, NIOD raporu s. 2728). *Küçük güvenli bölgedeki durum* 12 ve 13 Temmuz 1995 tarihinde gözle görülür şekilde kötüleşmiştir.

53.3. 11 Temmuz 1995 tarihindeki duruma ilişkin Franken, Meclis Soruşturma Komitesi nezdinde aşağıdaki ifadeleri vermiştir (PCI görüşmeleri s. 73 ve 74):

“Oldukça yüksek sıcaklıklarla karşılaştık. Çok az, neredeyse hiç, suyumuz yoktu. Yerel su sağlama sistemi çalışır durumda değildi ve sahip olduğumuz tek imkân, suları akıllı makinelerle arıtmaktı. (...) Verdikleri şeyler, sayısı yaklaşık 30.000 olan insanların su ihtiyacını karşılamak için tamamen yetersizdi. (...) İnsanlar ölmeye başladı. Almış olduğum bilgilere göre hava durumuna bağlı olarak aşağı yukarı dört gün dayanabilirdik.

[Soru: Bu dört günlük suyunuz kaldığı anlamına mı geliyor?] Franken: *“Hayır, kime su tedarik ettiğimiz konusunda önceliklerimizi sıralamamız, örneğin kalabalıklar arasında sayısız sayıda küçük çocuğa, anlamına geliyordu. Revirimize gelen ve dehidrasyon belirtileri olan hastalar için su ayırmak zorunda kaldık, ama bu kadardı.”*

[Soru: Peki yiyecek stoklarınız ne durumdaydı?] Franken: *“Bir noktada, sahip olduğumuz her şeyi bir araya topladık. (...) Elimizdekiler kesinlikle yetersizdi. (...)”*

[Soru: Bize yerleşkenin hijyeni hakkında bilgi verebilir misin?]

Franken: “ *Elbette. Oldukça hijyensiz bir ortamdı. (...) İnsanlar o kadar panikledi ki, tuvaletlerini salonda yapıyorlardı. (...) Bu durumda 5.000 kişinin 30 Santigrat derece sıcaklıklardaki beton bir salonda bir araya toplanmaları durumunda, resmi anladığımızı eminim. Yıkanmak için suyumuz yoktu. (...) İnsanlar bu karmaşada çaresizce oturdular ve doğum yapan kadınlar vardı (...)*”

[Soru: Siz ya da teğmen-albay Karremans, Kızıl Haç gibi uluslararası örgütler için hangi eylemde bulundunuz?] Franken: “ *Yaptığı ilk şey, Mladić ile yapılan ilk görüşmeden hemen sonra, bu durumu açıklamak ve yiyecek ve benzeri şeylerin teslim edilmesini desteklemek için izin almaktı. Bu gerçekleşmedi; Sırlar tarafından izin verilmedi. (...) UNHCR'nin yerleşim bölgesi içine yiyeceklerle girmeye çalıştığı belliydi (...)*”

[Soru: Bu çabaları pratikte nasıl bir sonuç verdi?] Franken: “ *Hiçbir şey, çünkü buna izin verilmedi ve yardımlar geçemedi. (...) Bunu açıkça ortaya koyayım. Bu aşamada artık kaçakçılar da içeriye giremiyorlardı.*”

53.4. Ardından, Franken 12 Temmuz 1995 akşamı alınan karar hakkında beyanda bulundu (PCI görüşmeleri s. 76):

“ *Tabliyeyi durdursaydım, Mladić'in üzülmeye gerek kalmaz çünkü sorun birkaç gün içinde kendi kendine çözüldü. Bu kulağa çok alaycı geliyor, ancak doğrudan Mladić'in elinden olmayan ölümle sonuçlanan bir durum ortaya çıkacaktı*”

Bu ifade bağlamında, Franken'in ifadelerinin bütün mültecilerin birkaç gün içinde susuzluktan veya bitkinlikten öleceği anlamına geldiği açıktır.

53.5. Yukarıdaki ifadelerin özüne karşı, çürütmek için yeterli kanıt bulunamamıştır. Temyiz Mahkemesi, 53.3 no'lu başlıkta belirtilen zaman aralığına ilişkin olarak (“ *hava durumuna bağlı olarak aşağı yukarı dört gün dayanabilirdik.*”), hava koşullarının 12 ve 13 Temmuz 1995 tarihlerinde iyileşmediğini tespit etmiştir (Koşullar sıcak ve kurak kaldı).

53.6. Dutchbat (Devlet), Birleşmiş Milletler yardımı küçük güvenli böl-

geye ulaşana kadar herkesi almanın imkânsız olduğunu varsayabilirdi çünkü yardımın geçmesine izin yoktu (bkz. yukarıda 48.1). Bu nedenle, Birleşmiş Milletler tarafından zamanında teslim edilme olasılığı yoktu.

53.7. Yukarıdaki tüm düşünceler ışığında, Dutchbat'ın yerleşkeye yalnızca 5.000 mülteci almak için Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen daha önceki karardan geri çekilmesine gerek yoktur. İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkemenin (4.289'da) verdiği karar gibi, tüm mültecileri tahliye etmek yerine yerleşkeye kabul etmenin gerçekçi bir seçenek olmadığını belirtmiştir. Büyüklük açısından söz konusu yerleşke alanının on binlerce insanı barındırabilecek olması, insanlara sığınma alanı verebilmek için tek başına yeterli değildir. Bu, Dutchbat personelinin 13 Temmuz 1995'ten sonra hayatta kalmayı başarması sonrasında değişmedi, çünkü mültecilerin tahliyesinden sonra Birleşmiş Milletler'in yeniden yardım malzemelerinin bulunduğu yerleşime geçmesine izin verilmiştir (daha öncenin aksine). İstinaf Mahkemesi ayrıca, Dernek ve diğerleri tarafından yapılan, insanların yarısının hayatta kalma şansına sahip olduğu hesaplamasını, yerleşimde bulunan tüm insanların sağlık koşullarına, hava sıcaklığına ve az miktarda yiyecek ve suyun mevcut olduğu gerçeğine bağlı olarak hayatta kalma şansına sahip olduğunu varsaymak için yetersiz bulmuştur. Sıradan koşullarda insanlar sadece birkaç gün dayanabilirlerdi. Binlerce insanın daha uzun süre dayanacağını gösterecek hiçbir şey sunulmamıştır. Dernek ve diğerleri tarafından mahkemeye sunulan 38. numaralı istinaf gerekçesi bu açıdan mesnetsizdir.

İkinci derece incelemeye göre erkek ve çocukların küçük güvenli bölge içerisine kabul edilmemesi: hukuka aykırı fiil değil

54.1. 54.1 Dutchbat'ın, en azından 12 Temmuz 1995 akşamı *küçük güvenli bölgede* bulunan erkek ve çocukları bir araya getirip sığınak sağlaması gerektiği sorusuna ilişkin olarak, İstinaf Mahkemesi aşağıdakileri dikkate almaktadır.

54.2. Dernek, *küçük güvenli bölgede* yaklaşık 700 küçük oğlan çocuğu olduğunu iddia etmiştir. İstinaf Mahkemesi yukarıda 42.1 ve 42.2

no'lu başlıklarda, tahliye başlangıcında *küçük güvenli bölgede* yüzlerce hatta binlerce insan olduğunu belirtmiştir. Bu insanların kısmı zaten 12 Temmuz 1995'te bölgeden ayrılmıştır. Diğerlerinin yanı sıra 12 Temmuz 1995 akşamı, en az yaklaşık 1000 insanın *güvenli bölgede* halen mevcut olduğunun (Dernek ve arkadaşlarının iddia ettiği şekilde) dikkate alınması gerekir. İstinaf Mahkemesi, Dutchbat'ın yerleşkede halihazırda bulunan mültecilerle birlikte o sırada çok sayıda insanın alınabileceğini ve hayatta tutabileceğini varsaymanın gerçekçi olduğuna inanmamaktadır. İstinaf Mahkemesi bu konuda aşağıdakileri dikkate almaktadır (54.3a - e).

- 54.3.a. Birkaç gün önce Dutchbat, VRS'in yerleşkede hiçbir mülteciye izin vermek istemediği, çünkü VRS'in mülteciler ve savaşçılar arasında ayırım yapamayacakları konusunda bilgilendirildi. (NIOD raporu sf. 2604). Daha sonra, mültecileri çitin içindeki bir delikten yerleşkeye kabul etmeye ve taşıtların bulunduğu yerde, Bosnalı Sırpların görüş alanından dışında, sığınmalarına izin vermeye karar verilmiştir (bkz. yukarıda 27.2) (NIOD raporu sf. 2606).
- 54.3.b. Dutchbat *küçük güvenli bölgedeki* diğer mültecilerin arasından erkek mültecileri seçip onları yerleşkeye transfer etmiş olsaydı bile, bu durum Bosnalı Sırplar tarafından fark edilecektir. Yerleşkedeki nüfus, erkekler ve oğlanların sessizce ayrılmasında iş birliği yapmış olsalar bile (Bosnalı Sırpların tahliye gelmesinden önce 13 Temmuz 1995 sabahında yapılmış olsa bile) bu kadar çok sayıda erkek mültecinin yerleşkeye taşınması fark edilecektir (Bunun mümkün olup olmadığı sorusunu bir kenara bırakarak). Çünkü nüfus arasında Bosnalı Sırplar da mevcuttur (12-13 Temmuz 1995 gecesi işlenen savaş suçları ve temyiz edenler tarafından ilk derece mahkemesine sunulan ifadeler göz önüne alındığında).
- 54.3.c. Her ne kadar Bosnalı Sırplar çitlerin içine girmemiş olsalar da dışarının ve kapının kontrolü hala onlardadır. Yerleşkenin giriş kapısını (kelimenin tam anlamıyla) ve tüm çitleri görüş alanlarına almışlardır (4.2.9 sayılı Devlet tarafından ileri sürülen itiraz dilekçesi ve NIOD raporu s. 2603).
- 54.3.d. Bosnalı Sırplar, başlangıçta tarama amacıyla, erkek mültecilere el atmanın önemli olduğunu düşünmüştür. Onları almak için oto-

büse giderlerken yalnızca erkek mültecileri diğer mültecilerden ayırmakla kalmadılar ayrıca erkek mültecileri, kuşatılmış bölgenin dışarısında Tišča yakınlarında, otobüslerinden ve yaraların bulunduğu otobüslerden indirdiler. (bkz. yukarıda 51.4b) Bosnalı Sırpların, yaklaşık 1000 erkeğin, Dutchbat'la birlikte rahatsız etmeden, yerleşkeye girmesine izin vermesini beklemek gerçekçi olmazdı, çünkü Bosnalı Sırplar bu adamların (en azından büyük bir kısmının) AHIB'in düşman savaşçıları olduğuna inanıyorlardı. Bu nedenle Dutchbat, Bosnalı Sırpların yüzlerce Bosnalı Müslüman erkeğin yerleşkenin kapılarından rahatça girmelerine ve orada kalmalarına izin vereceğini varsayamazdı, ancak ciddi katliam riskini hesaba katmak zorundaydılar (bkz. aşağıda 54.3e).

54.3.e Dutchbat, tahliyeden önce, Bosnalı Sırpların Bosnalı Müslüman nüfusa saldırmak ve ateş etmek konusunda tereddüt etmeyeceklerini bilmektedir. Bosnalı Sırp silahları ve havan topları göçmelerin kolayca katledebilirdi. Yerleşkede hala binlerce mülteci bulunduğundan, Dutchbat, yerleşkenin Bosnalı Sırplar tarafından bombalanması riskini göze alamazdı. Dernek ve diğerlerinin iddia ettiği üzere, Bosnalı Sırpların silah sistemlerinin mülteciler üzerine bir tehdit ihtiva etmediği (veya en azından artık tehdit ihtiva etmediği) doğru da olsa, Dutchbat silahların kullanılabileceğini veya en azından tehdit oluşturabileceğini varsayabilirdi. Bosnalı Sırpların izni olmadan binlerce erkeğin yerleşke içinde Dutchbat ile birlikte bulunması ciddi bir risk unsuru oluşturmaktadır.

54.4. Sonuç olarak, mültecilerin arasından seçilmiş olan erkek mültecilerin *küçük güvenli bölgeden* alınıp Bosnalı Sırpların açık görüşünde bulunan yerleşkeye taşınacak olsaydı, on binlerce insanın hayatı tehlikeye girmiş olacaktır. İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkeme (4.291'de) gibi, ikinci derece yargılamasında tüm erkek mültecileri yerleşkeye kabul etmemesinin hukuka aykırı bir eylem teşkil etmediği yönünde karar vermiştir. Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 38. istinaf gerekçesi de yerinde görülmediğinden reddedilmiştir.

55. Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 40. istinaf gerekçesi de, Dutchbat'ın tahliyenin sorunsuz bir şekilde yürütülmesine

yardımcı olmak istediği yönünde Yerel Mahkeme kararına (4.296 - 4.298'deki Yerel Mahkeme kararı) ve Yerel Mahkemenin kararına karşı (1) korkunç koşullar ve (çok sayıda) nüfusun kuşatma bölgesini terk etme arzusunun Dutchbat'ın nüfusu korumadığı ve Bosnalı Sırlara karşı sağlam bir eylemde bulunmamasından kaynaklandığı ve (2) Dutchbat'ın, Devletin emriyle mültecilerin tahliyesini başlatması ve daha sonra tahliyeyi Bosnalı Sırların elinde bırakması sebepleriyle itiraz etmektedir. Bu istinaf gerekçesi, Dernek ve diğerleri tarafından daha önce de ileri sürülmüş ve reddedilmiştir. Bu nedenle, bu istinaf gerekçesi de yerinde görülmemiştir.

56. Dernek ve diğerlerinin öne sürdüğü 41.istinaf gerekçesi, Yerel Mahkemenin, Dutchbat'ın tahliyeyi 12 Temmuz 1995 akşamında durdurması gerekmediğine karar vermesine karşı ileri sürülmüştür. Bu gerekçe, daha önce iddia edilip tartışılmıştır ve bu neden gerekçe yerinde görülmemiştir. İstinaf Mahkemesi, Dernek ve diğerlerinin, ICTY nin görüşleri uyarınca, nüfusun artık risk altında olmadığı görüşünü paylaşmadığını tekrar belirtmektedir. Yukarıda 43'ün altında değerlendirildiği üzere, Dernek ve diğerleri tarafından daha önce alıntılanan ve nüfusu tahliye etmek için Bosnalı Sırların yardımlarına ihtiyaç bulunmadığına dair ICTY argümanının geçerli olmaması gerekmektedir. Bosnalı Sırların yaşam koşullarını iyileştirebileceklerinden dolayı ihtiyaç duymadıkları gerçeği, Dutchbat'ın bu ihtiyaçtan yoksun olduğu anlamına gelmez, çünkü Dutchbat bundan faydalanabilecek konumda idi. Birleşmiş Milletler yardım konvoylarının geçmesini önleyen ve (suçlu) eylemleri ile nüfusu tehdit eden Bosnalı Sırlardır (Dutchbat değil).

Bosnalı Sırp birliklerinin gelmesinden önce 13 Temmuz 1995 tarihinde küçük güvenli bölgeden tahliye denetiminin devam etmesi hukuka aykırı fiil değildir

57. Dernek ve diğerlerinin 42. istinaf gerekçesi, 13 Temmuz 1995 tarihinde gerçekleşen tahliyenin denetimine devam edilmesine ilişkin olarak Yerel Mahkemesinin görüşlerine (4.304 - 4.311'de Bölge Mahkemesi kararı) yöneliktir. Dernek ve diğerleri Dutch-

bat'ın tahliyeyi 13 Temmuz 1995'te durdurması gerektiğine ve 13 Temmuz 1995'te tahliyeyi denetlemeye devam etmelerinin, alternatif olmadıklarında da yanlış bir eylem teşkil ettiğine inanmaktadır. Dernek Dutchbat'ın tahliyeyi 13 Temmuz 1995'te durdurması gerektiğine ve 13 Temmuz 1995'te tahliyeyi herhangi başkaca bir alternatif yolları olmasa dahi denetlemeye devam etmelerinin hukuka aykırı bir eylem teşkil ettiğine inanmaktadır. Devlet, tahliyenin durdurulması gerektiğini ve denetimin hukuka aykırı bir eylem teşkil ettiğine ve ayrıca Dutchbat'ın erkekleri ayırmada aktif olarak iş birliği yaptığına itiraz etmiştir.

58. İstinaf Mahkemesi, öncelikle ve her şeyden önce - ve bu, taraflar arasında ihtilaf konusu değil - erkekleri, işkence veya insanlık dışı muameleyle maruz bırakmanın (veya bırakabilmenin) ya da aşağılayıcı muamelede bulunmanın ve infaz etmenin (ya da infaz edebilmenin) hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.
59. İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkeme ile aynı dayanaklara, Dutchbat'ten 13 Temmuz 1995 tarihinde süregelen tahliyeyi durdurmasının veya önlenmesinin beklenemeyecektir (4.303'teki Yerel Mahkeme Kararı; kısa ve öz ifadesi ile: diğer mültecileri giderek savunulamaz hale gelmiş *küçük güvenli bölgeden* olarak güvenli bir bölgeye taşımanın bir alternatif olarak değerlendirilemeyeceğini, mültecilerin hayatlarından mahrum edilme ihtimallerinin veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyle tabi tutulma ihtimallerinin riskinin göze alınmadığı, aksine mültecilerin anlaşıldığı üzere Kladanj'a götürüldüğü ve tahliyenin onların yararına olduğu). Bu açıdan, İstinaf Mahkemesi aynı zamanda yukarıda 53.2 ff.'de belirtilmiş olan hususa da değinmektedir. 13 Temmuz 1995'te, durum daha bile kötüye gitmiştir, BM desteğinin hiçbir görünüşü bulunmamaktadır, mülteciler 12 ile 13 Temmuz 1995'te (yine) Bosnalı Sırp'lar tarafından terör saldırısına uğramışlardır (bkz. diğerlerinin yanı sıra, temyiz edenler tarafından verilen ve ibraz edilen diğer beyanlar) ve nüfusun büyük bir çoğunluğu (zorunluluktan) yerleşim bölgesini terk etmek istemektedir. O dönemde küçük güvenli bölgedeki yaşam koşulları göz önünde bulundurulduğunda, İstinaf Mahkemesinin yukarıda da açıkladığı üzere (diğerlerinin yanı sıra 53.2), tahliyenin durdurulması ve küçük

güvenli bölgede kalınması durumunda binlerce kişinin hayatını kaybetmesi söz konusudur. Dolayısıyla, nüfusun tahliyesinin sürdürülmesi (veya sürdürülmesini sağlanması), insanlara neler olabileceğinin anlaşılması üzerine, hukuka aykırı bir fiil değildir.

60.1. 13 Temmuz 1995 sabahında tahliyeye dahil olan Bosnalı Sırp askerler henüz gelmeden, Dutchbat mültecileri, erkekler de dahil olmak üzere, otobüslere refakat etmeye başlamıştır. Bu bir saat boyunca devam etmiştir (NIOD raporu p. 2739). İlk otobüsler Bosnalı Sırp askerler gelmeden yola çıkmıştır. Dutchbat'ın erkek mültecileri daha küçük mülteci gruplarından otobüse giderken ayırdığı veya ayırtmaya çalıştığı yönünde bir emare bulunmamaktadır (temyiz eden ifadelerinde de bulunmamaktadır). Bahis konusu ilk otobüsler erkek ve kadınları birlikte götürmüştür. Van Dujin bu erken saatleri Meclis Soruşturma Komitesi'ne (PCI röportajları p.32) şöyle bildirdi:

“Bu noktada düşündüm ki: (...) Bu şekilde onların otobüslere insan-cıl bir şekilde binmelerini sağlayabiliriz, Sırp askerler araya girmeden veya erkekleri alıkoymaya çalışmadan.”

İstinaf beyanında Dernek ve diğerlerinin iddiası (nu. 506'da) olan Dutchbat'ın Sırp askerlerinin yokluğunda erkekleri ve erkek çocukları diğer mültecilerden kaderlerini bilerek ayırmış olduğu, herhangi bir belge tarafından desteklenmemiş ve dolayısıyla doğrulanmamıştır.

60.2. NIOD raporuna göre (sayfa 2739 ve 2740), Bosnalı Sırp askerler erken ayrılan otobüsleri yola kurulan bir barikatta durdurarak çok sayıda erkeği alıkoymuştur, dolayısıyla erken yola çıkmak günün sonunda büyük ihtimalle yalnızca bir avuç erkeğin hayatının kurtarılması anlamına gelmiştir. Dernek ve diğerlerinin iddiası uyarınca (42. istinaf gerekçesi, beyan ve temyiz 504'teki açıklamalar) bu yalnızca 2 erkeği ilgilendirmektedir. Buna rağmen, İstinaf Mahkemesi bu esasa dayanarak Dutchbat'ın (Devlet) hukuka aykırı bir eylem meydana getirdiği yönünde karar veremez. Dutchbat erkeklerin Birleşmiş Milletler sığınak alanına otobüs ile seyahat etmelerine izin vermiştir ve yukarıdaki açıklamalar ışığında (bkz. 54.4) Dutchbat'ın erkek mültecileri alıkoymadan veya

ayrılmadan tahliyenin devam etmesini sağlayarak hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirdiği iddia edilemez.

60.3. Dernek ve diğerleri daha sonra Dutchbat'ın ilk otobüslerin yalnızca erkekleri alarak (olabildiğince çok) yola çıkmasını (42. istinaf gerekçesinin açıklamasında, 508 no'lu temyiz gerekçesi) tercih etmesi gerektiğini savunmuştur. İstinaf Mahkemesi bu alternatifi reddetmiştir. Bu durumda, Dutchbat, erkekleri diğer mültecilerden ayırmak zorunda kalacaktır; kadınlar, çocuklar ve yaşlılar dahil olmak üzere tüm mülteciler korkunç koşullarda *küçük güvenli bölgededir* ve bu korkunç koşullar sebebiyle en kısa sürede *küçük güvenli bölgeden* ayrılmak zorundadır. Dahası Dutchbat makul bir şekilde, yalnızca erkeklerle dolu olan otobüslerin, Birleşmiş Milletler tesisine giderken Sırp karakollarından geçmelerine izin verilmesi beklenemezdi.

60.4. Yukarıdakilerin ışığında, 13 Temmuz 1995'te Dutchbat ve nüfusun kendilerini içinde bulduğu durumda, Dutchbat (Devlet) Sırp askerlerinin gelmesinden önce tahliyeye bağımsız olarak devam edebilir ve erkeklerin diğer mülteciler arasında ayrılmasını sağlayabilirdi. Bu aşamada Dutchbat'ın hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirdiği konusunda tereddüde mahal verecek bir durum yoktur.

13 Temmuz 1995 tarihinde Bosnalı Sırp birliklerinin gelmesinden sonra küçük güvenli bölgeden tabliye denetiminin devam etmesi: hukuka aykırı fiil

61.1. 61.1 13 Temmuz 1995'te Bosnalı Sırp askerleri geldiğinde tahliye devam ediyordu. Erkek mülteciler ayrılmıştı. 13 Temmuz 1995 tarihinde mülteciler otobüslere bindirilmeden önce erkeklerin ayrılma şekliyle ilgili olarak, aşağıda yer alan tespitlerde bulunulmuştur (ayrıca bkz. NIOD raporu, s. 2649).

-a- Otobüslere doğru olan kontrolsüz mülteci akışı, oraya yakın park edilmiş dört YPR zırhlı paletli araç ve Dutchbat askerlerinin bantla ve el ele tutuşarak insan zinciri kurmasıyla koridor oluşturarak (bkz. yukarıda 2.50) engellendi.

-b- Bitişik hizada ise Dutchbat mültecileri 60-70 (yaklaşık olarak) kişilik gruplar halinde (kadın ve erkek karışık olarak) gruplar haline getirdi. İnsanlar koridordan gruplar halinde geçirildi.

-c- Bu şekilde mülteciler kısa bir sürede otobüslere doğru yürüdüler. Bu rota boyunca, VRS askerleri mültecilere dair net bir görüşe sahipti ve erkek mültecileri diğerlerinden kolayca ayırt edebiliyorlardı. Bu şekilde otobüslere yürüdükleri sırada erkek mülteciler seçildi ve otobüse gelmeden önce kadınlardan, çocuklardan ve yaşlılardan ayrıldılar.

61.2. Bir kısım istinaf edenlerin açıklamalarına göre, Yerel Mahkemeye verilen dava dilekçelerine göre, Dutchbat askerleri, Bosnalı Sırplarla el ele tutuşarak bir koridor yaratmışlardır. İstinaf Mahkemesi de, Dutchbat askerlerinin oluşturduğu insan zincirlerinde Bosnalı Sırpların da bulunmuş olma ihtimali olduğunu söylemiştir. Bunun doğru olup olmadığı sorusu (her durumda) cevapsız kalabilir. Önemli olan asıl olarak Dutchbat askerleri insan zincirini oluşturmuştu ve araçlarla beraber bu insan zinciri mültecilerin koridordan geçmeden otobüslere ulaşmasını etkin bir şekilde engellemiştir.

61.3. İstinaf Mahkemesi, Dutchbat askerlerinin erkekleri diğer mültecilerden ayırıp ayırmadıklarına karar vermeyecektir. Bazı istinaf edenlere göre, bu gerçekleşmiş, ancak diğerleri tarafından Meclis Soruşturma Komitesi'nden önünde verilen beyanlara göre, Bosnalı Sırplar mültecileri ayırırken Dutchbat sadece izlemiştir. Bu şekilde bir tespiti yer verilmiştir çünkü Dutchbat'ın mülteci gruplarını yukarıda 61.1'de açıklanan şekilde bir araya getirmesi ve insan zincirinin şekillendirdiği koridordan otobüse ilerletmeleri nedeniyle erkek mültecilerin Bosnalı Sırplar tarafından çok daha kolay tespit edilip diğer mültecilerden ayırdıkları tespit edilmiştir. Başka bir şekilde izah etmek gerekirse: Dutchbat'ın tahliyeyi denetleme şekli aslında erkek mültecilerin ayrılmasını kolaylaştırmıştır.

61.4. İstinaf Mahkemesi, Dutchbat'ın erkeklerin ayrılması ile sonuçlanacak şekilde, yukarıda anlatıldığı gibi insan gruplarını bir araya getirmese ve insan zinciri kurarak tahliyeyi denetlememiş olmasaydı da insanların otobüslere doğru bağımsız ve gönüllü bir şekilde ilerleyebileceği tespitinde bulunmuştur. Bu tespit (denetlemenin durduğu andan itibaren), herkesin otobüslere koşturmaya

başladığı tespitine dayanmaktadır. Mülteciler daha sonra, Karremans'ın Meclis Soruşturma Komitesi nezdindeki ifadesine paralel olarak, banttan geçmek suretiyle arabaların yanındaki otobüslere ulaşacaktır (PCI görüşmeleri, sayfa 332 ve 333). Grupların bir araya getirilmesinin ve bir koridor oluşturulmasının, topluluğun tahliyesini durdurduğu ve tahliyenin devamını engellediği tartışmasızdır. Hollandalı bir savaş askerinin tahliyenin bir buçuk saat boyunca durdurulmasına neden olana kadar bu yönde bir delil yoktur. NIOD raporuna (s. 2740) göre Dutchbat'ın süreci denetleme konusundaki iş birliğini sona erdirmeye karar vermesi nedeniyle değil, ancak bir Dutchbat askerinin bir VRS subayını faşizmle suçladığı ve bu memurun bu konuda bir açıklama talep etmesi sonucu gerçekleşmiştir.

- 61.5. Bu nedenle İstinaf Mahkemesi, Dutchbat'ın (Devlet) o zamana kadar yaptığı tahliyeye yardım etmesine son verebileceğini hükmetmiştir. Ayrıca, Dutchbat'ın bu ayırma işlemi, Bosnalı Sırpların erkek mültecilerin aşağıladığı, insanlık dışı muameleye maruz bıraktığı ya da infaz ettiğini anladığı anda, 13 Temmuz 1995'ten itibaren durması gerekmektedir. Bu andan itibaren Dutchbat, sonucunda çok ciddi insan hakları ihlalleri yaşanabileceği için erkek mültecilerin ayrılmasını kolaylaştıracak her türlü eylemi aktif olarak yapmaktan kaçınmalıydı. Bu ayırımın yapılmasının bir sonucu olarak 13 Temmuz 1995'te, erkekler, Dutchbat'ın (Devletin) de bildiği ve en azından bilmesi gerektiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 3. maddelerinde ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. ve 7. maddelerinde güvence altına alınan temel hakların ciddi bir şekilde ihlal edilme riskine maruz kalmıştır.
- 61.6. Bu bağlamda, İstinaf Mahkemesi, usuli belgeler ile Devlet tarafından ortaya konulan (yukarıda, 53.2 ve 54.3e'de belirtilen) ve Devlet tarafından öne sürülen, aralarında Dutchbat'ın faaliyette bulunma zorunluluğu altında olduğu ve grupları bir araya getirip bir koridor oluşturarak tahliye denetimine devam etme kararının bulunduğu bilinen oldukça karmaşık koşulları değerlendirme altına almıştır. Bu hususta gerek Dernek ve diğerleri gerekse Devlet, Dutchbat'ın tahliyeyi denetleyerek insanların birbirleri üzerine

yığılmasını, ezilmelerini veya çarpışmalarını önlemek istediklerini belirtmişlerdir. Devlet'e göre, kadınların, çocukların ve yaşlıların çıkarları onların denetimine bağlıydı. Temyiz Mahkemesi, bu konuda aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur (a-d):

-a- İstinaf Mahkemesi (ortaya konan delilleri ve yeter derecede ihtilafli olmadığını göz önüne alarak), denetimin sona erdirilmesi halinde, kaos ortamının oluşacağı iddiasını makul bulmuştur. Henüz koridorun oluşturulmadığı ve denetimin başlamadığı 12 Temmuz 1995 tarihinde, insanların çarpışmasıyla, ezilme tehdidi altında kalmalarıyla ve otobüslerin aşırı kalabalık olmasıyla sonuçlanacak şekilde otobüslere koşulmuş ve kaos ortamı yaşanmıştır. 13 Temmuz 1995 itibariyle ise, *küçük güvenli bölgede* binlerce insan hala (zorunluluk bulunmaksızın) ayrılmayı istemektedir. Herkesçe bilindiği ve 12 Temmuz 1995'te mahalde ispat olduğu üzere, uygun bir denetimin yokluğunda çok sayıda insanın tahliyesi kaos ile sonuçlanmaktadır. NIOD'nin konu üzerindeki raporu (NIOD raporu, s.2741) şu şekildedir:

“Kalan mültecilerin yerleşkeden ayrılmak zorunda olduğu 13 Temmuz 1995 günü öğleden sonrası, ayrılığın kaos ile sonuçlanma tehlikesi bulunmaktaydı. Araçların yer aldığı alandan yerleşkenin giriş kapısına kadar şerit çekilerek yürüyüş kordonu oluşturulmuştu. Daha başlangıçta, otobüslere yapılacak bir koşunun, yaşlı ve çocukların ezilmesi riskini doğuracağı görülmüştü. Bu durumu engellemek için en iyi seçenek ise, tahliyeyi yönlendirirken aynı anda kavurucu sıcak altında bekleyenlerle ilgilenmekti.”

-b- Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda İstinaf Mahkemesi ayrıca, insanların otobüslere gruplar halinde yönlendirilmemiş olması halinde, henüz denetimin başlamadığı ve tahliyenin başlangıcı olan 12 Temmuz 1995 gününde olduğu gibi insanların bir arada düzensiz şekilde yönelmesi halinde, otobüslerin aşırı kalabalık ayrılmasıyla sonuçlanacak şekilde birçok insanın otobüslere ittilerilerek ve sıkışarak biniyor olacaklarını değerlendirmiştir. Bununla birlikte, İstinaf Mahkemesi, insanların gerçekten çığnendiğini veya ezildiğini tespit edememiştir. Dernek ve diğerleri ise, bu durumun 12 Temmuz 1995'te yaşandığına veya neden 13 Temmuz

1995'te de yaşanacak olması gerektiğine itiraz etmiş, Devlet ise bu iddiaya karşı çıkmamış ya da açıklanmaların bu konudan bahsetmemiştir.

-c- İstinaf Mahkemesi ayrıca, iddia edildiği ve yeter derecede ihtilafli olmadığı haliyle, aralarında Dutchbat askerlerinin yer alması halinde Bosnalı Sırplar'ın insanlara acımasızca davranacak olabileceğini değerlendirmiştir. Bu bakımdan İstinaf Mahkemesi, Franken'in Meclis Soruşturma Komisyonu nezdindeki ifadelerine değer atfetmektedir (PCI görüşmeler, s. 75):

"(...) Sırplar, 40 - 50 kişilik otobüslere iki katı insanı tıkaabilmek için aralarında kadınların ve çocuklarında bulunduğu gruba karşı önemli miktarda fiziksel kuvvet uyguladılar. (...)

ve Van Duijn'in ise, Meclis Soruşturma Komitesi önünde şu açıklamalarda bulunmuştur (PCI görüşmeleri, s. 32):

"Tahliyenin ilk gününde ailelerin ayrıldığını, erkeklerin kadın ve çocuklardan koparıldığını gördünüz. (...) Ayrıca, Bosnalı mültecilerin Sırplar tarafından tekmelediğini ve dövüldüğünü."

-d- Bununla birlikte, yukarıda a, b ve c maddelerinde yapılan açıklamalar, kaos çıkmasını engelleyebilmek amacıyla -onları gerçekten işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz bırakacak ya da infazlarına yol açabilecek şekilde- erkek mültecileri ayırma sürecine katılmak, erkeklerin ayrılmasını kolaylaştırmıştır (insanlık dışı muameleler ve infazlarla sonuçlanmıştır).

61.7. Denetim altındayken münferit Dutchbat askerlerince bazı erkeklerin Bosnalı Sırpları tarafından koridordan otobüslere alınmasının önlenmiş olduğunu taraflar kabul etmiştir. Buna göre, bu erkek mülteciler onların denetimi altında kurtarılabilmiştir. Van Duijn, Meclis Soruşturma Komitesi'nde konu hakkında şunları söylemiştir (PCI görüşmeleri, s. 31):

"Yaşlı bir erkek ya da küçük bir çocuk ayrılınca, biz de karşı çıktık ve bu da birçok insanı aileleriyle birlikte tutmayı başarmamızı sağladı."

Bu açıklama, birçok (diğer) erkek mültecinin ayrılmasını kolaylaştırma için yetersiz bir temel sağlamaktadır.

61.8. Yukarıdakiler, Dernek ve diğerlerinin 42. istinaf gerekçelerinin haklı olduğunu, Dutchbat'ın grupları bir araya getirerek ve "koridor" oluşturarak 13 Temmuz günü tahliye denetimine devam etmesi nedeniyle hukuka aykırı fiil işlediğini, bu durumun Bosnalı Sırp'ların hareket alanını artırdığı, Dutchbat'ın bu davranışıyla erkek mültecilerin insanlık dışı muameleyle maruz kalabileceğini veya infaz edilebileceklerini biliyor olduğu ya da en azından bilmesi gerektiğini göstermektedir. Bundan sonraki bölümde (64.1 ff. ve 65) İstinaf Mahkemesi, istinaf edenlerin dava kapsamında herhangi bir zararı olup olmadığını ve bu bağlamda bir tespit kararı verilmesinde menfaatlerinin bulunup bulunmadığı hususlarını irdeleyecektir.

Kadınların, çocukların ve yaşlıların yerleşkeden 13 Temmuz 1995 tarihinde tahliye edilmesi: Hukuka aykırı fiil yoktur

62. Mültecilerin yerleşkeden ayrılmak isteyip istemedikleri sorusu, Dutchbat'ın 13 Temmuz 1995 tarihinde araç alanında yer alan mültecilerin tahliyesine yardım etmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışılırken, cevapsız kalabilir. Dernek ve diğerleri, mültecilerin ayrılmak istemediğinin iddia etmiş, diğer yandan otobüslere doğru bir koşunun ve yerleşkedeki durumun çok kötü olduğu da tespit edilmiştir. İstinaf Mahkemesi yerleşkeden ayrılma hususunda, 13 Temmuz 1995 tarihinde öğleden sonra 5.000 mültecinin yerleşkede uzun süre hayatta kalamayacağını Dutchbat'ın öngörebileceğinin kesin olduğunu değerlendirmiştir. 53.2 ve 53.3'te yerleşkedeki koşulların çok kötü olduğu ve herhangi bir iyileşme emaresinin de bulunmadığı açıkça gösterilmiştir. Binlerce insan, 30 derece sıcak altında az miktarda yiyecek, su ve sıhhi gereçle, BM yardım konvoylarından irtibatı kesilmiş olarak çıplak bir beton alanda bir araya toplanmışlardır. Daha uzun süre beklenmesi, birçok insanın hayatının tehlike altına girmesine yol açmıştır. Öte yandan, yerleşkeden otobüslerle ayrılması, birçok kadın, çocuk ve yaşlının güvenli bir BM tesisine ulaşabileceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle, Dutchbat'ın, kadın, çocuk ve yaşlıların otobüse binmek üzere yerleşkeyi terk etmelerine izin vermeye izni vardır (diğer bir ifadeyle: zorunludur).

*Erkek mültecilere yerleşkede kalma seçeneğinin verilmemesi: huku-
ka aykırı fiil*

- 63.1. Devlet tarafından öne sürülen 4 numaralı istinaf sebebiyle, Yerel Mahkeme'nin Duchbat'ın 13 Temmuz 1995 günü (geç) öğleden sonra saatlerinde yerleşkeyi boşaltma zamanı geldiğinde bu kararlarını tekrardan değerlendirmesi ve akla uygun olarak erkeklerin yerleşkeden ayrılmalarına izin vermemesi gerektiği şeklindeki kararına itiraz etmiştir (Yerel Mahkeme kararı, 4.318 - 4.329). Devlet, birkaç nedenden dolayı, Nuhanović ve Mustafić ve diğerleri davalarının huzurdaki davadan farklı olduğunu iddia etmekte, Dernek ve diğerleri ise bu iddiaya, gerekçelerini göstererek, karşı çıkmaktadır.
- 63.2. İstinaf Mahkemesi ilk olarak, Devlet tarafından iddia edildiği üzere, yerleşke dışındaki mülteciler ile yerleşke içindeki mültecilerin tahliye sürecinin "ara" olmaksızın kesintisiz bir süreç olup olmadığı sorunsalının cevapsız kalabileceğini değerlendirmiştir. Böylesi bir kesintinin olup olmadığından bağımsız olarak, Dutchbat'ın bu tür bir ara vermek ve erkekleri aileleriyle birlikte dışarı çıkamaları konusunda uyarmak için araç alanında yeterli fırsat ve kontrolleri vardır. Tahliye halinde erkeklerin insanlık dışı muameleye maruz kalma veya infaz edilme riskinin olduğu Dutchbat tarafından daha bir gece öncesinden bilinmektedir. Alanda bulunan mültecilerle konuşabilecek ve zorunlu olduğu takdirde durumu onlara anlatabilecek tercümanlar ve mülteci temsilcileri ise yerleşkede bulunmaktadır.
- 63.3. İstinaf Mahkemesi, Devlet'in Dutchbat'ın erkekleri kadınlardan ayırmak için güç kullanmak zorunda kalacağı ve böylesi bir ayrılmanın 'feci sonuçlar doğuracağı' iddiasını reddetmektedir. (Devlet sözlü savunması, 2.6). Her durumda, Dutchbat riskleri açıklayabilir ve onlara -ve aşağıda ele alınacağı üzere: açıklaması gerekirdi- yerleşkede kalma seçeneğini önerebilirdi. Bunla ilgili olarak, araç alanında Bosnalı Sırp bulunmamaktaydı. Kalabalık içindeki hareketler alanın içinde Bosnalı Sırplar fark etmeksizin gerçekleştirilebilirdi.

Dutchbat gibi, dışarıda nelerin olduğunu bilmeleri halinde (ayrı

tutulma ve insanlık dışı muameleye maruz kalma ya da öldürülme riski) erkek mültecilerin, Bosnalı Sırpların elinde maruz kalacakları muameleler de göz önüne alındığında, gönüllü olarak (zorunlu olarak ve ailelerinden ayrılmalarına rağmen) içeride kalmayı tercih edebilecekleri düşünülebilir.

63.4. Devlet, araç alanındaki yaşam koşullarının mültecilerin yerleşkede daha uzun süreyle kalabilmelerini imkansızlaştırdığını savunmaktadır. İstinaf Mahkemesi, yukarıda, yerleşkedeki yaşam koşullarının ciddi endişelere yol açtığını belirlemiştir. Bu durum aynı zamanda Franken'in yukarıda 53.3'te belirtilen ifadesinin yanı sıra, Karremans'ın Nuhanović ve Mustafić ve diğerleri davalarında Yerel Mahkeme nezdinde tanık olarak dinlendiğinde, Devletin (temyiz beyanı, s. 47) ifadesinden de ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, 5.000 mülteciyi hayatta tutmak için yeterli su, yiyecek, ilaç ve sıhhi tesis kaynaklarının yetersiz olması gerçeği, personel hariç yaklaşık 450 kişi Dutchbat ve 350 kişi erkek mülteciye de, tüm grubun ancak nispeten küçük bir kısmını oluşturduğu göz önüne alındığında, kaynakların her koşulda yetersiz olduğu anlamına gelmemektedir. Hala (biraz) içme suyu olduğu tespit edilmiştir. Usul belgeleri, herhangi bir hastalığın ortaya çıktığından bahsetmemektedir. Bu bilgiler ışığında değerlendirildiğinde, erkeklerin dışarıda insanlık dışı muameleye maruz kalacağını ve öldürülebileceklerini bilmelerine rağmen, su, yemek ve ilaç kıtlığının, 350 adamın 13 Temmuz 1995'te çabucak denetim altında tahliyesine karar verilmesini gerektirecek ölçüye vardığı iddiasını Devlet, yeterli derecede kanıtlayamamıştır.

63.5. Devlet, 13 Temmuz 1995 (yalnızca) erkeklerin yerleşkede kalması halinde, bu durumun kadın, çocuk ve yaşlıları da riske atacağı argümanını yeter derecede kanıtlayamamıştır. Erkeklerin derhal dışarı alınmaması halinde, Bosnalı Sırpların çocuk, kadın ve yaşlıların tahliyesine müdahale edeceği şeklindeki argüman da -ki İstinaf Mahkemesi bu iddiayı makul bulmamıştır- yetersizdir. İstinaf Mahkemesi, Bosnalı Sırpların tahliye esnasında diğerlerinden ayırarak tehcir etmek istedi yüzlerce erkeğin hala araç alanında beklediğinin Bosnalı Sırplar tarafından bilindiğini gösteren hiçbir göstergenin olmadığını değerlendirmiştir. VRS askerlerinin 12

Temmuz 1995 tarihinde alanda bir incelemede bulunduğu tespit edilmiştir. Yerleşkede kısa bir teftiştikten sonra VRS askerleri, tekrar gözden kaybolmuştur (NIOD raporu s. 2640). Askerlerin binlerce kadın ve çocuğun oluşturduğu guruplar arasında birkaç erkekten fazlasını gördüklerine dair bir iddia (veya usul belgelerinde görülebilen bir argüman) bulunmamaktadır. Ayrıca, Bosnalı Sırpların 13 Temmuz 1995 gününde yerleşkede tahliye bağlamında bir inceleme gerçekleştirdikleri iddia edilmemiştir (raporlarda da bu yönde bir argüman bulunmamaktadır).

- 63.6. Bunların yanı sıra İstinaf Mahkemesi, Bosnalı Sırpların yerleşkede erkeklerin olduğunu bilmesi veya tahliye sırasında ya da sonrasında fark etmesi halinde, Dutchbat'ın gerekli olduğu takdirde o sırada veya sonrasında, Bosnalı Sırpların tutumunu da göz önüne alarak, erkeklerin yerleşkeyi terk etmesinin gerekip gerekmediğine karar verebileceğini değerlendirmiştir. Dutchbat, erkeklerin dışarıda insanlık dışı muameleye maruz kalabileceği ve hatta öldürülebileceği riskini bilmesine rağmen, en azından açıkça yerleşkede kalabilme seçeneğini sunmadan, önceden verilmiş bir kararı icra ederek dışarı çıkmalarına izin vermemeliydi. İstinaf Mahkemesi'nin görüşüne göre, Bosnalı Sırpların, yerleşkede 300'den fazla erkeğin bulunduğunu fark etmesi üzerine, derhal BM yerleşkesindekilere karşı silah kullanacağına dair bir işaret de bulunmamaktadır. Bu durum Devlet tarafından da yeteri kadar öne sürülmemiş ve İstinaf Mahkemesi, bu tarz doğrudan bir askeri müdahaleyi makul bulmamıştır. Bu bakımdan, İstinaf Mahkemesi, yerleşkede bu şekilde geride kalabilecek erkek sayısının nispeten küçük olacağına karar vermiştir (en fazla yaklaşık 350, bkz. 42.2). Ayrıca, istinaf Mahkemesi Bosnalı Sırpların o zamana kadar yerleşkeyi müdahale olmadan terk ettikleri ve Dutchbat tarafından takviye edilen BM görevlilerine (en azından doğrudan hedef almadan) ateş etmediklerini değerlendirmektedir. Üstelik Dutchbat, Mladić'in başlangıçta, mültecilerin beş ayrı grupta tahliye edileceğini, kadın ve çocuklardan sonra erkeklerin tahliye edileceğini söylediğini biliyordu (bkz. *İnter alia*, Dernek ve diğerleri tarafından ortaya konan Temyiz beyanı; 160). Bu nedenle, Dutchbat, Bosnalı Sırplara ilk önce kadınların ve çocukların gitmesine izin verildiğini söyleyebilirdi.

63.7. Sonuç olarak, Dutchbat (13 Temmuz 1995'te) erkeklerin tahliye sırasında Bosnalı Sırplar tarafından ayrı tutularak insanlık dışı muameleye maruz kalacakları veya öldürülebilecekleri riskini ve güvenli bir BM sığınağına (kadın, çocuk ve yaşlıların aksine) erişemeyeceklerini biliyordu; Dutchbat erkeklerin de diğer mülteciler gibi öylece otobüslere gitmesine izin vermemesi gerekirdi. Dutchbat'ın kadın, çocuk ve yaşlıların tahliyesi sırasında erkeklerin de aileleriyle birlikte yerleşkeyi terk etmeleri seçmeleri halinde dışarıda karışılacakları riskleri açıkça onlara anlatması gerekirdi. Dutchbat ise bunu yapmamıştır. Dutchbat, Bosnalı Sırpların erkeklerin yerleşkede birkaç gün (hatta saat) daha canlı olarak yerleşkede tutulması halinde verecekleri tepkiyi de ölçmemiş ve erkekleri güvenli bir bölgeye Bosnalı Sırpların otobüslerinin kullanılması haricinde bir yolla taşınabilmesi için herhangi başka bir çözüm yolu da aramamıştır. Dutchbat, erkekleri diğer mültecilerle birlikte gruplara ayırarak otobüslere gitmek için araç alanından ve yerleşkeden çıkmalarına ve koridordan geçmelerine izin vererek onların Bosnalı Sırpların eline geçmelerine sebep olmuştur. Dutchbat bu eylemi hukuka aykırıdır. Devlet tarafından öne sürülen 4 numaralı İstinaf Sebebi başarılı olamamıştır.

63.8. İstinaf Mahkemesi, araç alanında kalmaları halinde erkeklerin hayatta kalıp kalamayacağı tartışmasını, erkeklere 13 Temmuz 1995 günü yerleşkede kalma seçeneği sunulmaması sebebiyle herhangi bir zararın vuku bulup bulmadığını hususunu göz önüne alırken tartışacaktır.

V. Nedensellik Bağı, Zarar, Hüküm

13 Temmuz 1995 tarihinde yerleşkenin dışındaki küçük güvenli bölgede kalan erkek mülteciler hakkında

64.1. Yukarıda 61.8'de İstinaf Mahkemesi, - Yerel Mahkeme'nin aksine- mültecileri gruplara ayırarak ve koridora yönlendirerek, ve bu şekilde hareket ederek erkeklerin Bosnalı Sırplarca ayrılmalarını da kolaylaştırarak ve ayrılana erkeklerin ağır insanlık dışı muameleye maruz kalma riskleri olduğunu ve öldürülebileceklerini bile bile Dutchbat'ın 13 Temmuz 1995 günü küçük güvenli bölgeden tahliyeye devam etmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiş-

tir. İstinaf Mahkemesi şimdi, vereceği kararın bozucu etkisini de göz önüne alarak, Dutchbat'ın bu tutumu neticesinde Dernek ve diğerlerinin herhangi bir zararı olup olmadığını (Devlet buna karşı çıkmıştır) değerlendirecektir. Bu bağlamda İstinaf Mahkemesi'nin bulguları şunlardır.

- 64.2. Otobüslerin yanında Bosnalı Sırp askerlerin bulunduğu, bu kişilerin otobüse giden yolda erkek mültecileri ayırmakla kalmayıp, onları aynı zamanda otobüslerden de çıkardıkları ve varış noktasında da bu işlemin devam ettiği ve erkeklerin uzaklaştırıldığı anlaşılmıştır (bkz. yukarıda 54.3d). Bu nedenle İstinaf Mahkemesi, eğer Dutchbat hukuka aykırı fiilde bulunmasaydı bile yerleşkenin dışında kalan erkek mültecilerin yine de Bosnalı Sırpların eline düşerek öldürülebileceklerinin mümkün olabileceğini değerlendirmiştir. Bu nedenle İstinaf Mahkemesi, eğer Dutchbat hukuka aykırı davranmasaydı erkek mültecilerin şu anda daha iyi durumda olacağını makul olmadığı görüşündedir. Bu nedenle, erkeklerin vahşetle neticelenen kaderi ile Dutchbat'ın eylemleri arasında tazminata karar verilebilmesi için zorunlu olan nedensellik bağı bulunmamaktadır.
- 64.3. Bu sebeple, yerleşkenin dışında hayatta akrabaların maddi tazminat taleplerinin reddedilmesi gerekir. Dernek ve diğerlerinin 42 ve 43 No'lu istinaf sebepleri bu bakımdan kanıtlanamamıştır.
65. Devletin (yani Dutchbat'ın) 13 Temmuz 1995 günü gruplar oluşturarak koridor vasıtasıyla otobüslere yönlendirmesi, bu işlemin Bosnalı Sırpların işini kolaylaştırması ve Dutchbat'ın bu şekilde erkeklerin insanlık dışı muameleye maruz kalabileceği ve ölümlere yol açabileceğinin bilmesi veya en azından bilmesinin gerekmesi nedeniyle çok tehlikelidir. Dutchbat'ın her halükârda, bu kolaylaştırıcı eylemden kaçınmanın erkekler açısından daha iyi sonuçlara yol açıp açmayacağına bakılmaksızın, bu şekilde davranmaması gerekirdi. Bosnalı Sırpların eylemlerini kolaylaştıracak şekilde davranılmış olması her halde AIHS m. 2 ve 3'ün ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Tek başına temel hakların bu şekilde ihlal edilmesi bile, fiil ve sonuç arasında herhangi bir nedensellik bağı kurulamasa da, tespit hükmünün gerekliliğini haklı

çıkarmaktadır. Bu tespit hükmü ise, Dutchbat'ın hukuka aykırı fiilleri dolayısıyla ortaya çıkan zararlara karşı bir çeşit tazminat niteliğindedir. Bu nedenle Temyiz Mahkemesi Devletin 13 Temmuz 1995 günü, erkek mültecilerin Sırplarca ayrılmalarını kolaylaştırarak hukuka aykırı fiilde bulunduğu karar vermiştir.

13 Temmuz 1995 tarihinde yerleşkenin içinde kalan erkek mülteciler hakkında

- 66.1. Devlet tarafından öne sürülen 5 numaralı gerekçe, eğer Dutchbat tahliyesine yardım etmeseydi yerleşkede kalan erkeklerin çok daha iyi durumda olacaklarını kabul etmek için yeterince kesin kanıtların olduğuna dair Yerel Mahkeme kararına yöneliktir (Yerel Mahkeme hükmü, 4.330 - 4.332). Yerel Mahkeme hükmünde, erkeklerin yerleşkede kalması halinde Bosnalı Sırpların onları zor kullanmaksızın dışarı çıkarmalarının mümkün olamayacağına karar vermiştir. Yerel Mahkeme, hiçbir şüpheye düşmeksizin, Bosnalı Sırpların şiddete başvurmayacaklarını takdir etmiştir. Devlet ise Yerel Mahkeme'nin gerçek koşulları yanlış değerlendirdiğini, alandaki güç dengelerinin ne şekilde olduğunu bilmediğini ve yerleşkenin içinde kalsalardı Bosnalı Sırpların erkekleri rahat bırakacağını düşünmesinin gerçek dışı (İllüzyon) olduğunu iddia etmiştir. Dernek ve diğerleri ise hem Devletin bu iddiasına karşı çıkmakta hem de bu bağlamdaki diğer iddialarına cevap vermektedir.
- 66.2. İstinaf Mahkemesi ise, erkek mülteciler 13 Temmuz 1995 günü yerleşkede kalsalardı durumlarının daha iyi olacağı tespitinin yeter derecede ortaya konulmamış olduğunu düşünmektedir. Bu durum yalnız yerleşkedeki mevcut koşullara ve Devletin (Dutchbat'ın) hareketlerine bağlı olmayıp, ayrıca (çoğunlukla) Bosnalı Sırpların tahliye sonrasındaki tutumlarına ve erkeklerin tutulmasına karşı tepkilerine de bağlıdır. Erkek mültecilerin durumuyla ilgili olarak İstinaf Mahkemesi aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur.
- 66.3. Temyiz Mahkemesi, geride tutulan erkeklerin Bosnalı Sırplar tarafından kısa sürede fark edileceğini -tahliyeden önce- takdir etmiş ve şu tespitlerde bulunmuştur (66.3 a-c):

-a- Taraflar 12 Temmuz 1995 tarihinde Bosnalı Sırp larca yerleşkede denetleme yapıldığını (bkz. 63.5), herhalde 15 Temmuz 1995 tarihinde de bir incelemenin gerçekleştirildiğini, ayrıca NIOD raporlarına göre ise 13 Temmuz 1995 günü (sağlık görevlisi Schmitz'in gözetiminde) Bosnalı Sırp lar tarafından yerleşkede kalan yararlıların denetlendiği bildirilmiştir (NIOD raporu, s. 2714 ve 2766). Bu denetlemenin ise, diğer mülteciler ayrıldıktan sonra gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Mustafic ve diğerleri davasında tanık Oosterveen'in Yerel Mahkeme önünde Nolic'in (Sırp) 13 ve 14 Temmuz 1995'te yerleşkeye gelip, yaralılara baktığına inandığını belirtmiştir (Huzurdaki dava kapsamında Devletin iddia ettiği ve Dernek ve diğerlerinin karşı çıktığı üzere, Bosnalı Sırp ların da 13 Temmuz 1995 saat 11:00'da denetlemeye gelip gelmediği şeklindeki iddianın cevapsız kalabileceğini, çünkü böyle bir denetlemenin mülteciler ayrıldıktan sonra (yani erkekler alıkonulmadan önce) gerçekleştirileceğini belirtmiştir.)

-b- 13 Temmuz 1995 günkü denetimin Schmitz ve Franken'in daveti üzerine gerçekleştirildiği, (NIOD raporlarında ise denetim artan şüpheler nedeniyle yapıldığı (s. 2766)) Dernek ve diğerlerinin iddia ettiğinin tersine bu davet olmasaydı denetimin gerçekleşmeyeceği anlamına gelmemektedir. O günlerde Bosnalı Sırp ların UNPROFOR'u rahatsızlık vermeden terk ettiği ve BM noktalarına saygılı davrandığının doğru olması bir yana, tam tersine Dutchbat'lara saygı göstermemiş, BM'ye ait gözcü noktalarını ele geçirmiş, araç silah ve ekipmana el koymuştur (Üniforma ve ayakkabılar dahil). 12 Temmuz 1995'te çoktan yaptıkları gibi, Bosnalı Sırp ların kendilerini yerleşkeye davet etmelerini hiçbir şey engelleyememiştir. Yukarıdaki açıklamalar ve Sırp ların Bosnalı Müslümanları alma isteği göz önüne alındığında (diğerlerinin yanı sıra, otobüslerin ve yaralıların aranmasında görüldüğü gibi) Dutchbat'ın yardımıyla olsun veya olmasın, mültecilerin tahliyesinden sonra yerleşkede bir denetim gerçekleştirileceği hayli muhtemeldir.

-c- Her ihtimalde Bosnalı Sırp lar 13 Temmuz 1995'teki yerleşke denetimlerinde (her halükârda en geç 15 Temmuz 1995'ten geç olmadan) yüzlerce kişilik Müslüman Bosnalı bir grubun varlığını

keşfedeceklerdi. Bu grup Dutchbat'ın ayrılmasından önce -Dutchbat fark edilmemesini sağlamayacaktır- fark edilecektir.

73.1. Cevaplanması gereken soru, Bosnalı Sırp tarafından ikinci defa fark edilmeleri halinde, erkek grubunun uzaklaştırılıp, uzaklaştırılmayacağıdır. Yerel Mahkemenin söylediğinin aksine İstinaf Mahkemesi, Bosnalı Sırpın Müslüman Bosnalıları rahatsız etmeden bırakacağı konusunun belirsiz olduğunu düşünmektedir. Bu anlamda Devlet'in 5. istinaf sebebinin iyi temellendirildiğini takdir etmiştir. İstinaf Mahkemesi aşağıdaki tespitlerde (a-d) bulunmuştur.

-a- Usul belgelerinden Bosnalı Sırpın Bosnalı Müslümanlara alanda kalma şansı tanımamış; UNPROFOR'un varlığına rağmen Bosnalı Müslümanlar güvenli alandan küçük güvenli alana kadar takip edilmiş ve bu süreçte evleri yakılıp yıkılmıştır. Bosnalı Sırp, mültecilere karşı fiziksel güç kullanmada duraksamamışlardır. Ayrıca, General Mladic 12 Temmuz 1995'te "Hepsi pes etti ve teslim oldu. Hepsini götüracağız - isteyenleri de istemeyenleri de" demiştir. (Devlet tarafından istinaf savunmasında atıfta bulunulan Krstic davası ICTY hükmüne bakınız 5.3.13).

-b- Eğer Bosnalı Sırp isteseydi Dutchbat'ın onları yerleşkeden uzak tutup tutamayacağı (ya da ne kadar süreyle tutabilecekleri) de belirsizdir. 13 Temmuz 1995 günü (ve biraz daha sonrasında) Dutchbat'ın erkek mültecileri Bosnalı Sırp karşı koruyabileceğini gösteren hiçbir emare yoktur. Bu bağlamda yalnız Dutchbat'ın durumunun değil, Bosnalı Sırpın stratejisinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bosnalı Sırpın UNPROFOR askerlerinin silahlarını almak ve onları rehin tutmak konusunda tereddüt etmediği bilinmektedir. Ne kadar silahlı Bosnalı Sırp askerinin 13 Temmuz 1995 günü yerleşkenin çevresinde olduğu belirsizdir. İstinaf Mahkemesi yerleşkede 300 askerinin olduğunu ve hiçbir Dutchbat'ın da 12 Temmuz 1995'ten beri pes etmediğini düşünse bile, Bosnalı Sırpın Dutchbat ve mültecilerden yine de sayıca üstün olmaları hayli muhtemeldir. Öte yandan, mavi miğferlerin ekstra olarak tutulmasının onların saldırı stratejilerinden biri olduğu da söylenebilir (NIOD raporu s. 2439, Yerel Mahkeme kararı 4.331).

-c- Ayrıca Bosnalı Sırpların BM yardım konvoylarının yerleşkeye olan geçişini engelleme ve yardımlarını kesebilme kapasiteleri de bulunmaktadır (bkz. 48.2 ve 53.2). Yerleşkedeki mevcut kıtlık durumu göz önüne alındığında yardımların kesilmesi ihtimalinde Bosnalı Sırpların tahliye taleplerine eninde sonunda uymamanın mümkün olmayacağı ve taleplerinin kabul edilmesini gerekeceği görülmektedir. Bosnalı Sırpların bu baskı yollarına başvurup vurmayacağı veya ne derece başvuracakları, bu durumun BM askerlerinin canlarını da tehlikeye atacağı düşünüldüğünde, belirsizliğini korumaktadır. Fakat o ihtimale kadarki dönem için Bosnalı Sırplar BM askerlerine müdahale etmemiş ve canlarına bir zarar vermemiştir.

-d- Yukarıda 44.2'deki yerleşim alanlarının yeniden işgaliyle ilgi değerlendirmeye aynı sebeplerle, İstinaf Mahkemesi, Bosnalı Sırpların erkek mültecileri yerleşkeden zor kullanarak çıkarmayı istemesi halinde, uluslararası toplumun zamanında müdahale edip edemeyeceği konusu da belirsizdir. Eğer yerleşkedeki koşullar kesinlikle katlanılmaz hale gelmeden önce yakın hava desteği vermek veya Bosnalı Sırlara karşı hava saldırısı yapabilmek mümkün olsaydı bile bu ihtimalde BM yerleşkesi de (Dutchbat ve mülteciler dahil) zarar görebilirdi.

73.2. Yerel Mahkeme ayrıca, daha önce herkesi tahliye edip erkekleri ayırmayı istemelerine rağmen, Bosnalı Sırpların erkeklerin Dutchbat ile beraber yerleşkede kalmalarına izin verdiği bir ihtimalde, erkeklerin de en sonunda BM ve MSF personeli gibi diplomatik kanallar aracılığıyla bir şekilde güvenli bir alana getirileceklerine karar vermiş (Yerel Mahkemenin hükmü 4.334) ve bu karara temyizde karşı çıkılmamıştır. Bu sebeple Mahkeme, Bosnalı Sırplar tarafından müdahale edilmeseydi, açıktan susuzluktan ve yorgunluktan ölmedikleri takdirde, erkeklerin hayatta kalıp kalamayacağı hususunu tartışmayacaktır, taraflar da bunu kabul etmektedir.

68. 66.1'de gösterildiği üzere, Yerel Mahkeme, erkeklerin yerleşkede alı konulması halinde hayatta kalabileceklerini yeter derecede ortaya konduğuna karar vermiştir (Yerel Mahkeme hükmü 4.330) İstinaf Mahkemesi bu karara katılmamaktadır. Yukarıda açıklan-

dığı üzere mevcut koşullar zararın %100 olarak yüklenebilmesi için fazlaca belirsizdir. Fakat Mahkeme aynı zamanda, erkeklerin kurtulma şansının görmezden gelinebilecek kadar küçük olduğunu da düşünmemektedir. Temyiz Mahkemesi, yukarıda 67.1c'de gösterildiği üzere, Bosnalı Sırpların yerleşkedeki BM askerlerine müdahale etmediğini değerlendirmiştir. Tüm koşullar birlikte değerlendirildiğinde Mahkeme, yerleşkede kalmaları halinde erkeklerin Bosnalı Sırpların insanlık dışı muamelelerinden ve infaz edilmekten kurtulabilme ihtimallerinin %30 olduğuna karar vermiştir. Erkeklerle yerleşkede kalma tercihini -dışarıda karşılaşabilecekleri riskleri de açıklayarak- sunmayarak Devlet (Dutchbat) onları bu şanstın mahrum bırakmıştır.

- 69.1. Yukarıdaki açıklamalar, 13 Temmuz 1995 günü yerleşkede bulunan erkeklerin kurtulmayı başarabilen yakınlarının tazminat hakkı, eğer Dutchbat hukuka aykırı hareket etmeseydi kurtulabilme şansları olan %30 oranındadır. Devletin tazminat sorumluluğu bulunduğu dair 5. gerekçe Devlet tarafından itiraza uğrasa da, Devlet bu iddiasında haksızdır.
- 69.2. İstinaf Mahkemesi (Yerel Mahkeme gibi) kocaları yerleşkeden 13 Temmuz 1995 tarihinde ayrılmadığı için 1 ila 10 numaralı davacılar adına Devlet tarafından tazminat ödenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.
70. DCC madde 6:99'un uygulanması çerçevesinde (Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 43. İstinaf Sebebi bağlamında) İstinaf Mahkemesi, erkeklerin ölümünün Bosnalı Sırplar tarafından icra edilen hareketlerle doğrudan alakalı olduğunu, ve Bosnalı Sırplar müdahale etmeseydi erkeklerin infazdan kesin olarak kurtulmuş olacaklarının altını çizmektedir. Tahliye sırasındaki tutumuyla Dutchbat, daha sonra insanlık dışı muamele ve infazlarla sonuçlanacak şekilde erkeklerin ayrılmasını kolaylaştırmıştır. Dernek ve diğerleri, yargılama kapsamında yeterli kanıt sunamamış olmakla beraber, Dutchbat'ın hukuka aykırı davranmaması halinde bir ya da birden fazla erkeğin insanlık dışı muameleye maruz kalmama veya infaz edilmeme şanslarının daha yüksek olacağı açıktır. Dolayısıyla, DCC madde 6:99'un kullanılabilme şansı yoktur.

- 71.1. Yerel Mahkeme ayrıca, Devletin sorumluluğunun 13 Temmuz 1995 günü yerleşkeden uzaklaştırılıp ardından öldürülen erkeklerin yakınlarıyla sınırlı olduğunu, yakınlarını teriminin ise öldürülenlerin eşleri ve çocukları, öldürülenlerin çocuk olması halinde ise ebeveynleri anlamına geldiğini belirtmiştir (Yerel Mahkeme kararı 4.339). Dernek ve diğerlerinin 46 numaralı istinaf sebebi, mahkemenin bu tespitine yöneltilmiştir.
- 71.2. Hollanda hukukunda ölüm sebebiyle tazminat sorumluluğu, inter alia, DCC madde 6:108 ile sınırlıdır. Bu sınırlama, tazminat hakkı olan kişilerin yalnızca ebeveynler ve kardeşlerle sınırlı olmadığını; diğer aile üyelerinin veya akrabaların da mümkün olması halinde tazminat talebinde bulunabileceklerini düzenlemektedir. Bu nedenle Devletin tazminat sorumluluğunu aile üyeleriyle sınırlayan Yerel Mahkeme kararı hatalıdır. Dolayısıyla Dernek ve diğerlerinin 46 numaralı İstinaf Sebebi haklıdır.
72. Dernek ve diğerlerinin 44 numaraları istinaf sebebinin yeteri kadar tartışılması sebebiyle reddi gerekir. 45, 47, 48 numaralı sebeplerin ise yeni görüşler barındırmaması sebebiyle tekrardan tartışılmasına gerek yoktur.

VI. Sonuç

- 73.1. Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 26, 27, 28, 42 ve 46 numaralı sebeplerin ve Devlet tarafından öne sürülen 3 ve 5 numaralı sebeplerin kabulü, diğerlerinin ise reddi gerekmektedir.
- 73.2. Dernek ve diğerleri tarafından öne sürülen 42. İstinaf sebebi kısmen haklı bulunmuş, Yerel Mahkeme hükmü aksine İstinaf Mahkemesi, 13 Temmuz 1995 sabahı Bosnalı Sırplar geldiğinde Dutchbat'ın -mültecileri küçük guruplara ayırma ve koridor oluşturma şeklindeki- Bosnalı Sırpların erkekleri ayırmasını ve sonrasında infaz etmesini kolaylaştırıcı eylemine son vermesi gerektiğine karar vermiştir. Erkeklerin insanlık dışı muameleye maruz kalması ve infaz edilmeleri ile Dutchbat'ın eylemleri arasında doğrudan bir nedensellik ilişkisinin bulunmaması sebebiyle, bu bağlamda herhangi bir maddi tazminata hükmedilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, bir tazminat yöntemi olarak tespit hükmü verilmiştir.

Ayrıca İstinaf Mahkemesi, Yerel Mahkeme ile aynı yönde, Dutchbat'ın erkek mültecilerin yerleşkeden ayrılmalarına izin vermesi gerektiğine karar vermiştir. Öte yandan Yerel Mahkeme'nin aksine İstinaf Mahkemesi, Devlet tarafından itiraza uğrayan 5 numaralı istinaf sebebi kapsamında, yerleşkede bulunan erkek mültecilerin 13 Temmuz 1995 günü insanlık dışı muameleye maruz kalmadan ya da infaz edilmeden kaçabilme şanslarının %30 olduğunu değerlendirmiştir.

73.3. İstinaf Mahkemesinin Yerel Mahkemeden farklı bir hüküm kurması bu sebeple bozmayı gerekmiştir.

VII. İstinaf Yargılamasının Tamamlanması

74. Devletin savunmasında (2.1.4) ve duruşmalar sırasında NIOD'nin yakın hava desteği kararı ve Srebrenica yapılması planlanan saldırı ile ilgili ön bir bilginin olup olmadığı hakkında ek bir soruşturma yapması gerektiği savunulmuştur. O tarihten beri yayımlanan gazete haberleri, bilgi eksikliği nedeniyle konu hakkında yeterli bir soruşturmanın yapılmadığını göstermiştir. İstinaf Mahkemesi, duruşmalar öncesinde taraflarca da tartışıldığı üzere, ek soruşturma konusunu nazara almayacaktır.
75. Tarafların iddialarının bazılarının kabul, bazılarının ise reddilmesi sebebiyle, hem ilk derece mahkemesi hem de istinaf ve karşı istinaf yargılamaları masraflarını eşit olarak karşılamalarına karar verilmiştir.

Hüküm

Tüm davalarda

İstinaf ve Karşı İstinaf Bağlamında

İstinaf Mahkemesi;

- İtiraz edilen Yerel Mahkeme kararını ayırmış ve yeni bir karar vererek
- Devletin hukuka aykırı hareket ettiğine

I. 13 Temmuz 1995 tarihinde erkek mültecilerin küçük guruplar halinde ve koridor oluşturularak otobüslere yönlendirilmesine izin vererek eylemiyle ayırma işlemini kolaylaştırıp

ve

II. 13 Temmuz 1995 tarihinde yerleşkede bulunan erek mültecilere içeride kalma şansı vermeyerek, ve dolayısıyla Bosnalı Sırpların insanlık dışı muamelelerinden ve infaz edilmekten kurtulabilmek konusundaki %30 oranındaki şanslarını ortadan kaldırdığına karar vermiş;

- II altında belirtilen kişilerin zararlarının, kanunlar çerçevesinde belirlenerek Devlet tarafından karşılanmasına ve bu kararın derhal uygulanabilir olduğuna karar vermiş;
- Diğer tüm istinaf itirazlarının reddine,
- Yargılama masraflarının taraflarca eşit olarak karşılanmasına hükmetmiştir.

İşbu karar, Hakimler G. Dulek-Schermers, S.A. Boele ve E.M. Dousma-Valk tarafından 27 Haziran 2017 tarihinde, mahkeme katibinin huzurunda ve açık yapılan yargılamalar neticesinde karar vermiştir.