



# The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

## BM Terör Listeleri Bağlamında Ombudsperson Kurumu

### *Ombudsperson Institution Within the Context of the UN Terrorism Lists*

Ali Emrah Bozbayındır, Mustafa Akgün

**To cite this article:** Ali Emrah Bozbayındır ve Mustafa Akgün, 'BM Terör Listeleri Bağlamında Ombudsperson Kurumu' (2023) 1(2) The Boğaziçi Law Review 153.

**Submission Date:** 14 December 2023

**Acceptance Date:** 1 February 2024

**Article Type:** Research Article



© 2023 Ali Emrah Bozbayındır, Mustafa Akgün. Published with license by Boğaziçi University Publishing



Published online: February 2024



Submit your article to this journal [↗](https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr)

Full Terms & Conditions of access and use can be found at  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

# BM TERÖR LİSTELERİ BAĞLAMINDA OMBUDSPERSON KURUMU

## *OMBUDSPERSON INSTITUTION WITHIN THE CONTEXT OF THE UN TERRORISM LISTS*

Ali Emrah Bozbayındır<sup>a</sup> , Mustafa Akgün<sup>b</sup> 

<sup>a</sup> Doç. Dr., Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı

<sup>b</sup> Dr. Öğr. Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı

### ÖZET

Uluslararası mahkemelerin 11 Eylül 2001'e kadar yaşamış oldukları altın dönemin sona ermesi ile birlikte, uluslararası hukuk normlarından kaynaklanan sorunların çözümü için yargı kurumu benzeri veya yargısal nitelikte olmayan merciler ön plana çıkmaya başlamıştır. Söze konu mercilerin en tartışılabilirlerinden biri de DAEŞ ve Al-Kaide Yaptırım Komitesi'nin listeleme kararlarına karşı yapılan başvuruları incelemekle görevli Ombudsperson kurumudur. Bu makalede Ombudsperson kurumunun oluşumuna öncülük eden süreç ve mezkur kurumun yapısal çerçevesi incelenmektedir. İlk olarak, İrtibat Noktası uygulamasından Ombudsperson kurumuna geçişin listelenen gerçek ve tüzel kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında büyük bir ilerleme teşkil ettiği argümanı ilgili kurumun tarihsel gelişim süreci ve bahse konu süreçte Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın rolü de gözetilerek ortaya konmuştur. Akabinde, Ombudsperson kurumunun adil yargılama hakkı kapsamındaki yerini tespit amacıyla bu kurumun bağımsızlığı ve etkinliği incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Terör listeleri, 1267 sayılı Karar, Güvenlik Konseyi, Ombudsperson, Kadı

### ABSTRACT

With the end of the golden era experienced by international courts until September 11, 2001, quasi- or non-judicial review mechanisms have begun to take a central place in addressing issues arising from international legal norms. One of the most controversial of these entities is the Ombudsperson institution tasked with examining appeals against the listing decisions of the Da'esh and Al-Qaeda Sanctions Committee. This article explores the process that led to the establishment of the Ombudsperson institution and the structural framework of the said institution. Firstly, the argument is presented that the transition from the Focal Point mechanism to the Ombudsperson institution represents significant progress in safeguarding the fundamental rights and freedoms of listed individuals and entities, taking into account the historical development of the relevant institution and the role of the European Court of Justice in this process. Subsequently, the independence and effectiveness of the Ombudsperson institution are examined to determine its place within the scope of the right to a fair trial.

**Keywords:** Terrorism Lists, Resolution 1267, Security Council, Ombudsperson, Kadı.

### EXTENDED SUMMARY

The period between the end of the Cold War and September 11, 2001, was characterized by the prominence of international law and international courts. With the end of the golden era experienced by international courts, there has been a trend towards the emergence of quasi- or non-judicial review mechanisms to address issues arising from international legal norms. Some of the leading

non-judicial dispute resolution mechanisms may be listed as the World Bank Inspection Panel, World Bank Compliance Advisor/Ombudsman, International Labour Organization's Committee on Freedom of Association, Aarhus Convention Compliance Committee, and mechanisms established under United Nations (UN) agreements, one of which is the Ombudsperson investigating the listing decisions of the Da'esh and Al-Qaeda Sanctions Committee. This mechanism, established in 2009, was created somewhat reluctantly to respond to the *Kadı* jurisprudence of the European Union (EU) Court, aiming to respond to the lack of adequate legal protection for individuals and entities listed in international terror lists.

In response to the EU Court's decision that individuals and entities listed in international terror lists lacked sufficient legal protection, the UN Security Council, through Resolution 1267 of 1999, delegated the authority to review the sanctions regime to an Ombudsperson. However, the Ombudsperson institution is subject to criticism for its lack of independence and its inability to make binding decisions. Supporters argue that, given the highly political nature of decisions made by bodies like the UN Security Council, the current Ombudsperson model is the best solution for providing legal protection. Whilst, some others defend that only a judicial body can adequately ensure the desired legal protection. To evaluate these opinions that touch upon almost all disputes in the structure of international law and institutions, it is necessary to examine the decision-making process and current practices of the Ombudsperson institution.

The UN Security Council's decisions intervene in fundamental rights in two ways: targeted sanctions and security detentions in operations authorized by the UN. Targeted sanctions include freezing assets and travel bans, affecting individuals or legal entities and potentially violating fundamental rights such as the right to property, privacy, and freedom of movement. Despite being preventive and temporary, such measures face serious criticisms. Especially until the establishment of the Ombudsperson mechanism, individuals and entities subject to these sanctions sought remedies in local and regional courts, especially European courts, due to the lack of recognition of their rights at the UN. Indeed, when the sanctions regime was first implemented, it did not provide any legal protection for those targeted by the sanctions. Listed individuals were not informed in advance, and the reasons for listing were not communicated. The Focal Point mechanism, which came into operation in March 2007, facilitated communication between states reviewing the listing decision and the listed individual. However, it only served as an intermediary and did not offer substantial legal protection.

Justified criticisms of this sanctions regime, the most significant being the lack of an independent institution to effectively review decisions regarding the listening and listing of individuals, found reflection in the UN Security Council. The need to address these shortcomings in terms of the right to an effective legal remedy led to the initiation of discussions on the establishment of the current Ombudsperson mechanism. After its own examination, the Ombudsperson recommends the acceptance or rejection of the relevant petition to the 1267 Sanctions Committee.

This article first explains the process leading to the establishment of the Ombudsperson mechanism and the structural framework of this institution. In this context, three main arguments are presented. First, it will be shown that the transition from the Focal Point system to the Ombudsperson mechanism leads to significant progress in safeguarding the fundamental rights and freedoms of listed individuals, taking into account the historical development process of the relevant institution. Second, it will be defended that there are deficiencies in measures regarding the independence of the Ombudsperson institution. The examination of the independence of the Ombudsperson will focus on the independence standards mentioned in comparative law for the ombudsman institution and the specific conditions under which the Ombudsperson institution was established. Finally, it will be emphasized that, while the decisions of the Ombudsperson are not binding, they can produce effective results.

## 1. GİRİŞ

Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve 11 Eylül 2001 arasındaki dönem uluslararası hukuk ve uluslararası mahkemelerin ön planda olduğu, bu nevi kurumların “geçici bir altın dönem” yaşadığı bir dönemdir. Bununla birlikte, 11 Eylül sonrası Dünya’da bu nevi uluslararası yargı kurumlarının ihdas edilmesi mevcut jeopolitik gerilimler ve çok kutuplu bir Dünya düzeni yapısı nedeniyle pek mümkün gözükmemektedir.<sup>1</sup> Bu da beraberinde, uluslararası hukuk normlarından kaynaklanan sorunların çözümü ihtiyacının karşılanması için yargı kurumu benzeri veya yargısal nitelikte olmayan mercilerin (quasi- or non-judicial review mechanisms) ön plana çıkması olgusunu getirmiştir.<sup>2</sup> Gerçekten, mahkemelerden farklı olarak daha yumuşak uyuşmazlık çözümü biçimlerine istinat eden bu tür mekanizmalar, günümüz uluslararası sisteminin siyasi yapısına daha uygun düşmektedir.<sup>3</sup> Mahkeme niteliğinde olmayan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının başında Dünya Bankası İnceleme Paneli (World Bank Inspection Panel), Dünya Bankası Compliance Danışmanı/Ombudsmanı (CAO), Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Örgütlenme Hürriyeti Komitesi (CFA), Aarhus Sözleşmesi Compliance Komitesi ve Birleşmiş Milletler (BM) Anlaşmaları uyarınca kurulmuş mekanizmalar gelmektedir.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden DAEŞ ve Al-Kaide Yaptırım Komitesi Ombudsperson mekanizması ise bu nevi başvuru mercilerinin en münakaşalı ve aynı zamanda önemlilerinden biridir. Bu başvuru mekanizması 2009 yılında, esasen Avrupa Birliği (AB) Mahkemesi’nin Kadı içtihadına bir cevap veya karşılık vermek gayesiyle biraz da pek de arzu edilmeden ihdas edilmiş bir mekanizma niteliğindedir.<sup>4</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın uluslararası terör listelerinde yer alan kişi ve kuruluşların yeterince hukuki korumadan yararlanmadığı yolundaki kararı karşısında, BM Güvenlik Konseyi’nin 1999 tarih ve 1267 sayılı Kararıyla ihdas edilen yaptırım rejiminin kurtarılması amacıyla, belki de Dünyanın en güçlü uluslararası kurumu mahiyetindeki Güvenlik Konseyi kararlarını denetleme yetkisi, Ombudsperson olarak atanan bir kişiye verilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, Ombudsperson kurumu bağımsızlığı noktasında eleştirilebilir bir noktada olup bağlayıcı karar verme yetkisini de haiz değildir.<sup>5</sup> Kurumun bu yapısı ve niteliği nedeniyle mevcut modelin yerinde olduğunu savunan görüşler olduğu gibi aleyhinde olanlar da bulunmaktadır. Kurumun lehindeki görüşe göre BM Güvenlik Konseyi gibi son derece siyasi bir karar alma mercisinin aldığı kararlara karşı mahkeme muadili (court-equivalent) hukuki koruma sağlaması bakımından en iyi çözüm modeli mevcut Ombudsperson kurumudur.<sup>6</sup> Bu sayede, evrensel

<sup>1</sup> Andrej Lang, ‘Alternatives to Adjudication in International Law: A Case Study of the Ombudsperson to the ISIL and Al-Qaida Sanctions Regime of the UN Security Council’ *The American Journal of International Law*, 117: 1 (2023), 48-49.

<sup>2</sup> ibid 49.

<sup>3</sup> ibid.

<sup>4</sup> ibid 50; Ombudsperson görevini üstlenen Bayan Kimberly Prost tarafından Avrupa Konseyi Uluslararası Hukuk Danışma Komitesi’nin 18 Mart 2011’de Strasbourg’da gerçekleşen 41. toplantısında sunulmuş olan döküman 11-31063 (F), 2.

<sup>5</sup> Lang (n 1) 50.

<sup>6</sup> Politik bir yaptırımlar rejiminde yargısal kontrolünün eleştirisi noktasında bkz. R. Wolfrum, ‘Judicial Control of Security Council Decisions’ *Yearbook of Institute of International Law*, Tallinn session, 12th Commission, 76, 482.

bir ideal model olarak yalnızca mahkemelerle sınırlı bir yapı kurmak yerine, ihtiyaca göre tasarlanmış Ombudsperson modelinin konsolide edilmesi ve geliştirilmesi yerinde olacaktır. Buna karşılık, kurumun aleyhindeki görüş ise yalnızca yargısal bir organın (judicial body) arzu edilen yeterli hukuki korumayı temin edebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre bahse konu Ombudsperson modeli yalnızca mevcut yaptırım rejiminin istikrar ve sürekliliğine hizmet edecek, küresel güvenliği önceleyen bu yaptırım rejiminin hukukun üstünlüğü ilkeleriyle kabili tevil olmadığı gerçeğini ise değiştirmeyecektir.<sup>7</sup> Uluslararası hukukun ve kurumların yapısına ilişkin münakaşaların neredeyse tamamına temas eden bu görüşler hakkında değerlendirme yapılabilmesi bakımından öncelikle, Ombudsperson kurumunun karar alma süreci ve mevcut uygulamaları değerlendirilmelidir.

Bu nedenle çalışmamız kapsamında öncelikle, BM Güvenlik Konseyi'nin hedef odaklı yaptırım modeline dayanan terör listeleri ana hatlarıyla izah edilecektir. BM Güvenlik Konseyi kararlarında, temel haklara iki şekilde müdahale edildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, hedef odaklı<sup>8</sup> (targeted sanctions) diğeri ise BM tarafından yetkilendirmenin sözü konusu olduğu operasyonlarda gerçekleşen güvenlik amaçlı alıkoymalardır (security detentions). Hedef odaklı yaptırımların başında malvarlığının dondurulması ve seyahat yasakları gelmektedir. Bu nevi yaptırımların muhatabı gerçek veya tüzel kişiler olabilmektedir. Bu nedenle bu türden yaptırımlar mülkiyet ve özel hayatın dokunulmazlığı hakkı ile seyahat hürriyeti gibi temel hak ve hürriyetlere müdahale anlamına gelebilmektedir.<sup>9</sup> Zikredilen bu tedbirler, önleyici ve geçici mahiyette olsalar da belli bir süre sınırına tabi olmamaları ve bu yaptırımlar marifetiyle kara listeye alınan kişilerin kendilerini adeta mali bir Guantanamo'da bulmalarına sebebiyet vermeleri sebebiyle ciddi eleştirilerle karşılaşmaktadır.<sup>10</sup> Özellikle Ombudsperson kurumu ihdas edilinceye değin, bu nevi yaptırımlara karşı, yaptırımın muhatabı olan kişi ve kuruluşların BM nezdinde haklarındaki karara karşı başvuru imkanının yeterince tanınmamış olması nedeniyle, başta Avrupa yargı mercileri olmak üzere bu yaptırımlara karşı yerel ve bölgesel mahkemelerde haklarını aradıkları görülmektedir.<sup>11</sup>

Gerçekten, kara listeye alınan kişilerin temel hak ve hürriyetlerine derin müdahaleler ihtiva eden bu yaptırım rejimi, tatbik edilmeye başlandığı ilk yıllarda, bu yaptırımların muhatapları için herhangi bir hukuki koruma sağlamıyordu.<sup>12</sup> Listelenmiş kişilere ne önce-

<sup>7</sup> Lang (n 1) 51.

<sup>8</sup> Akıllı yaptırımlar, doğrudan gerçek failler ve bunlarla ilişki içinde olan gerçek ve tüzel kişileri hedef alan yaptırımlardır. Türkçe ve İngilizce literatürde akıllı yaptırımlar (smart sanctions) isimlendirmesi yaygın olarak kullanılmakta iken Fransızca literatürde hedef odaklı yaptırımlar (sanctions ciblées) ifadesi tercih edilmektedir. Yaptırımlar ve düzenlemeler için akıllı ifadesi diğer hukuk alanlarında yaygın bir kullanıma sahip değildir. İlgili terimde akıllı ifadesi ile verilmek istenen mesaj bu yaptırımların hedefleri net ve doğru olarak belirlenmek suretiyle orantılılığı sağlanan yaptırımlar olduğudur. Bu sebeple, özel hedefli yaptırımlar (targeted sanctions, sanctions ciblées) ifadesi kurumun amacı ve yerine dair daha doğru bir çerçeveye çizmektedir.

<sup>9</sup> Kushtrim Istrefi, *European Judicial Responses to Security Council Resolutions: A Consequentialist Assessment* (Brill Nijhoff, Leiden 2018) 1.

<sup>10</sup> ibid

<sup>11</sup> ibid 22.

<sup>12</sup> Ceren Karagözoğlu, "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi" *Public and Private International Law Bulletin* 39:1 (2019) 230.

den bilgi veriliyor ne de listelemenin gerekçesi tebliğ ediliyordu. Bu kapsamdaki tek hukuki koruma mekanizması İrtibat Noktası (Focal Point) olarak tabir edilen, listelenen kişiyle listeleme kararını inceleyen devletler arasındaki iletişimi kolaylaştıran bir mekanizmaydı. Mart 2007 tarihinde faaliyete geçen Odak Noktası mekanizması, BM Genel Sekreterliği'nin bir cüzü olup, günümüzde 1267 sayılı DAEŞ ve El-Kaide yaptırım listesi dışındaki yaptırım listelerine karşı listeden çıkarılma müracaatların yapıldığı bir kurum hüviyetindedir.<sup>13</sup>

Bilhassa, 11 Eylül sonrası dönemde 1267 sayılı yaptırım rejimi komitesi özellikle ABD'den gelen listeleri noter gibi onaylayan bir merci niteliğindeydi. Aradan geçen zaman zarfında, Komite uygulamasının geliştiği ve yanlış listelemelerin sayısının tedricen azaldığı ifade edilmektedir.<sup>14</sup> Bununla birlikte, üye devletlere listeleme konusunda getirilen usuli kurallara rağmen 1267 sayılı karar yaptırım Komitesi'nin daha ziyade diplomatlardan müteşekkil bir yapı olması nedeniyle, bir hukuki koruma mekanizmasının ihdası zorunluluğu ortaya çıkmıştır.<sup>15</sup>

Mezkur yaptırım rejimine getirilen haklı eleştiriler, Dünya'nın en güçlü devletlerinin daimi üyesi olduğu Güvenlik Konseyi'nde zamanla yansımaları bulmuştur. 1267 sayılı karar yaptırım rejiminin en büyük eksikliği olan listelenmiş kişilerin dinlenilme ve listeleme kararlarının bağımsız bir kurum tarafından etkin bir şekilde incelenmesi hakkı bakımından söz konusu olan eksikliklerin giderilmesi yolunda çalışmalar yapılması ihtiyacı, bugünkü Ombudsperson kurumunun oluşturulmasına ilişkin müzakerelerin başlamasının temel sebebidir.<sup>16</sup> Gerçekten, kara listeye alınmaya karşı etkin bir hukuk yolunun bulunmaması meselesine getirilen kurumsal çözüm, Ombudsperson kurumunun ihdası olmuştur. Bu çerçevede Ombudsperson, kendisine gelen bir listeden çıkarılma dilekçesini (delisting petition) derecesi üçüncü alt başlıkta incelenecek ölçüde değerlendirmekte, başvuranın El-Kaide veya DAEŞ ile iltisaklı olup olmadığı konusunda kendi incelemesini müteakip, 1267 sayılı karar inceleme Komisyonu'na ilgili dilekçenin kabulü veya reddi yolunda tavsiyede bulunmaktadır.<sup>17</sup>

Bu makalede Ombudsperson kurumunun oluşumuna öncülük eden süreç ve mezkur kurumun yapısal çerçevesi açıklanacak, bu bağlamda üç temel yargı ortaya konacaktır. İlk olarak, İrtibat Noktası uygulamasından Ombudsperson kurumuna geçişin listelenen gerçek ve tüzel kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında büyük bir ilerleme teşkil ettiği argümanı ilgili kurumun tarihsel gelişim süreci de gözetilerek ortaya konacaktır. İkinci olarak, Ombudsperson kurumunun bağımsızlığına dair tedbirlerde mevcut eksikliklere dikkat çekilecektir. Ombudsperson kurumunun bağımsızlığına dair incelemede mukayeseli hukukta ombudsman kurumunun sahip olması gerektiği ifade edilen bağımsızlık standartlarına ve Ombudsperson kurumunun hangi şartlar altında kurulduğuna hususi vurgu yapılacaktır. Son olarak, Ombudsperson'un kararlarının bağlayıcı olmasa dahi pra-

<sup>13</sup> Istrefi (n 9) 1.

<sup>14</sup> Lang (n 1) 54.

<sup>15</sup> ibid 55-56.

<sup>16</sup> ibid 56.

<sup>17</sup> ibid.

tikte etkin sonuç üretebildiği ortaya konacaktır.

## 2. BM GÜVENLİK KONSEYİ TERÖR LİSTELERİ

Ombudsperson kurumu, BM yaptırım rejiminin bir cüzü niteliğindedir. BM Güvenlik Konseyi'nin yaptırım uygulama yetkisinin dayanağı, BM Anlaşması'nın yedinci bölümünün 39. ve 41. maddeleridir.<sup>18</sup> BM Güvenlik Konseyi yedinci bölümdeki yetkileri çerçevesinde devlet ve kişilere karşı bütün BM üyelerini bağlayan yaptırımlar uygulayabilmektedir. BM Güvenlik Konseyi yedinci bölümündeki bu geniş yetkileri çerçevesinde 1966 yılından bu tarafa otuz farklı yaptırım rejimi ihdas etmiş olup, bunların on dördü halen yürürlükte.<sup>19</sup> Keza, bu yaptırım rejimlerinin her biri müstakil bir BM yaptırım komitesi tarafından yönetilmektedir.<sup>20</sup> Kronolojik sırayla yürürlükte olan bu yaptırım rejimleri şunlardır:

- BM Güvenlik Konseyi 751 (1992) sayılı ve 1907 (2009) kararları uyarınca Somali;
- BM Güvenlik Konseyi 1267 (1999) sayılı ve 1989 (2011) sayılı kararları uyarınca IŞİD (DAEŞ) ve El-Kaide;

<sup>18</sup> 26 Haziran 1945'te yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Antlaşması ile kurulmuş olan Birleşmiş Milletler'in amaçlarından biri, Antlaşma'nın birinci maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla: barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek.”

Birleşmiş Milletler'in uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluk Birleşmiş Milletlerin onbeş üyesinden müteşekkil Güvenlik Konseyi'ne bırakılmıştır. Üye ülkeler, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır. Güvenlik Konseyi, daimi üye statüsünü haiz beş üye (Çin Cumhuriyeti, Fransa, Rusya Federasyonu, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Krallığı ve Amerika Birleşik Devletleri) ile Genel Kurul'un Birleşmiş Milletler üyelerinin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ve örgütün öteki amaçlarına katkılarını ve hakça bir coğrafi dağılımı gözeterek iki yıllığına seçtiği on adet geçici üyeden müteşekkildir.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 39. maddesi gereği Güvenlik Konseyi, hem uluslararası barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptama hem de uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunma veya silahlı kuvvet kullanımını içermeyen veya askeri nitelikte önlemler alınmasını kararlaştırma yetkisini haizdir. Bütün terör eylemlerini kınama yönünde bir tutum sergileyen Güvenlik Konseyi, uluslararası nitelik taşıyan terör eylemlerinin uluslararası barışı tehdit ettiğini kabul etmektedir. Gerçekten de Güvenlik Konseyi'nin 1377 (2001) sayılı kararında uluslararası terörizmin uluslararası barış ve güvenliğe karşı 21. yüzyıldaki en büyük tehditlerden birini teşkil ettiği tespiti yer almıştır. BM Sözleşmesi'nin silahlı kuvvet kullanımını içermeyen önlemlere dair 41. maddesi şu şekildedir:

“Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve Birleşmiş Milletler üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir.”

Kollektif Tedbirler Komitesi, yukarıda alıntılanmış olan 41. madde kapsamındaki tedbirleri diplomatik yaptırımlar ve ekonomik yaptırımlar olarak ikiye ayırmaktadır.

<sup>19</sup> Daniel Kipfer Fasciati, ‘Due Process, Fairness, and Transparency – die Funktion der Ombudsperson für das Al-Qaida-Sanktionsregime der UN’ recht (2021) 160.

<sup>20</sup> Lang (n 1) 53.

- BM Güvenlik Konseyi 1518 (2003) sayılı kararıyla Irak;
- BM Güvenlik Konseyi 1533 (2004) sayılı kararıyla Demokratik Kongo Cumhuriyeti;
- BM Güvenlik Konseyi 1591 (2005) sayılı kararıyla Sudan;
- BM Güvenlik Konseyi 1595 (2005) sayılı kararıyla Lübnan;
- BM Güvenlik Konseyi 1718 (2003) sayılı kararıyla Kuzey Kore;
- BM Güvenlik Konseyi 1970 (2011) sayılı kararıyla Libya;
- BM Güvenlik Konseyi 1988 (2011) sayılı kararıyla Afganistan;
- BM Güvenlik Konseyi 2048 (2012) sayılı kararıyla Guinea-Bissau;
- BM Güvenlik Konseyi 2127 (2013) sayılı kararıyla Merkezi Afrika Cumhuriyeti;
- BM Güvenlik Konseyi 2140 (2014) sayılı kararıyla Yemen;
- BM Güvenlik Konseyi 2206 (2015) sayılı kararıyla Güney Sudan;
- BM Güvenlik Konseyi 2374 (2017) sayılı kararıyla Mali.

Birleşmiş Milletlerin devletlerin yanı sıra kişi ve kurumlara karşı yaptırımlar uygulaması tamamıyla yeni bir olgu değildir. O zamanlar hala bir İngiliz kolonisi olduğundan devlet niteliğinde olmayan Güney Rodezya liderliğine uygulanan yaptırım bu bağlamda örnek olarak verilebilir. Keza, 1990'lı yılların başında devlet dışı aktörlere uygulanabilmiş yaptırımlar mevcuttur. Örneğin bu kapsamda, Kamboçya'daki Kızıl Kmerler'e uygulanan yaptırımlar ile uluslararası barış ve güvenliği ihlal veya tehdit eden siyasi lider veya isyancı gruplar (rebel groups) yer almaktadır.<sup>21</sup> Bununla birlikte, 1267 sayılı yaptırım rejimi bu sahada bir dönüm noktası sayılabilir. Gerçekten, yukarıda sayılan yaptırım rejimleri arasında en detaylı ve münakaşalı olan hiç şüphesiz 1267 sayılı karara dayanılarak ihdas edilen yaptırım rejimidir. 1999 yılında, bireyleri hedef alan bu yaptırım türü, görüldüğü üzere halihazırda 11 Eylül 2001 saldırılarından evvel benimsenmiş bulunmaktaydı.<sup>22</sup> Başlangıçta El-Kaide, sonra DAESH'e teşmil edilen bu rejim zaman, coğrafya, kapsam ve listelenebilecek kişilerin sayısı bakımından neredeyse sınırsızdır.<sup>23</sup> Günümüzde, bilhassa uluslararası terörizm gibi ulus devlet sınırlarını aşan yaygın şiddet eylemlerini ihtiva eden olgulara karşı, hedef odaklı yaptırımlar temel mücadele araçlarından biri haline gelmiştir.<sup>24</sup> İşte uluslararası yaptırımlar bakımından 1267 sayılı yaptırım rejimi, devletlere yönelik kapsamlı ticari yaptırımlar yerine doğrudan kişilere yaptırım uygulanması yolundaki dönüşümün başlangıç noktası olmuştur. Bu yeni yaptırım türü bir devletin bütün tebaasına dolayısıyla masum kişilere yaptırım uygulanmayıp, yalnızca kara listeye alınmış kişilere yaptırımlar öngörmesi bakımından daha yumuşak ve etkin bir yaptırım türü olarak değerlendirilmektedir.<sup>25</sup> Belirli ya da bütün malların ticaretinin yasaklanmasından ilgili devletin yabancı bankalardaki hesaplarına el

<sup>21</sup> Istrefi (n 9) 12.

<sup>22</sup> Fasciati (n 19) 159.

<sup>23</sup> Lang (n 1) 53.

<sup>24</sup> Istrefi (n 9) 12.

<sup>25</sup> Lang (n 1) 53.



konulmasına kadar geniş bir yelpazede uygulama alanı bulabilen ekonomik yaptırımların, uygulandığı devlet ve o devletin halkı üzerinde çok yıkıcı etkilerinin olabildiği Körfez Savaşı sonrası Irak örneğinde görülmüştür.<sup>26</sup> Körfez savaşı süresince ve sonrasında uygulanan ve orantısız olmakla da eleştirilen bu yaptırımlar süreci akıllı yaptırımlar kurumunun önemini ortaya koymuştur.

Buna mukabil, bu yeni rejimi marifetiyle BM Güvenlik Konseyi bir uluslararası güvenlik hukuku ihdas etmiş, bu yeni rejim aracılığıyla kişiler üzerinde doğrudan ve etkin bir şekilde uluslararası kamu erkini kullanmaya başlamıştır. BM Güvenlik Konseyi, kişileri konsolide liste olarak adlandırılan listeye doğrudan hedef olarak yaptırıma tabi tutmaktadır. Konsey, bu yetkisini 1267 Komitesi olarak adlandırılan bir organ marifetiyle icra etmektedir. Bu noktada dikkat çeken husus, Konsey'in böylelikle devletlerin uluslararası hukuk ve vatandaşları arasındaki aracı rolünü bertaraf etmek suretiyle, ulus devletin meclis ve yargı denetimine tabi olmayan bir yaptırım rejimini uyguluyor olmasıdır. BM Güvenlik Konseyi, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine derin müdahaleler ihtiva eden bu yaptırım rejimini uluslararası terörizm düşmanına karşı bir önleyici meşru müdafaa hakkıyla temellendirmektedir.<sup>27</sup> Bu noktada vurgulanması gereken husus, bu rejim kapsamındaki yaptırımların önleyici mahiyette olup, bir yargılama neticesine hükmedilen bir mahkumiyet değil, listelenen kişiliğin tehlikeliliği esasına dayanmasıdır.<sup>28</sup> Bu rejim kapsamında yaptırıma tabi tutulan kişilerin tüm malvarlıkları dondurulmaktadır. Buna ilgili kişinin kirasını ödemek için kullandığı hesapları ile maaş hesapları da dahildir. Keza, kişiler bu kapsamda seyahat yasağına tabi tutulmakta ve aynı zamanda silah edinmeleri de yasaklanabilmektedir.<sup>29</sup> Mali yaptırımların bir cüzü olarak listelenmiş kişi veya yapıların malvarlıklarının dondurulması suretiyle fon, çek, banka hesapları, hisse senetleri, gayri menkul ve sair sermayelerine ulaşım, havale, satma veya kiralamalarının önüne yasaklar konmaktadır.<sup>30</sup> İstisnai hallerde, kişilerin yalnızca temel ihtiyaçlarını karşılayacak kaynakları yaptırım hükümleri dışında tutulabilmektedir.<sup>31</sup>

İlgili yaptırım rejimi çeşitli gelişmeler göstermiş, önde gelen değişikliklerden biri ise bir kişi, grup, örgüt veya şirketin, BM konsolide listesine dahil edilmesi sürecinde, ilgili vakanın detaylı bir izahı eklenmesi gerekliliği olmuştur. Bu talebe ilave olarak, ilgili kişi veya kuruluşun listeye eklenmesini talep eden devlet, listeye dahil etme talebinin gerekçesinin hangi kısmının yayınlanabileceğini de bildirmektedir. Bunun üzerine Yaptırım Komitesi, 1989 (2011) sayılı Karar'ın m. 4 hükmüne göre El-Kaide ile hakkında listelenme talebi getirilen kişi veya kuruluşun iltisaklı olup olmadığını incelemektedir. Bu noktada hakkında listeye dahil edilme talebinde bulunulana terörizmin finansmanı, terör eylemlerinin planlanması, kolaylaştırılması, hazırlanması veya icrası noktasındaki faaliyetleri değerlendirilmektedir.

<sup>26</sup> Save The Children UK (2002), *Iraq Sanctions: Humanitarian Implications and Options for the Future*, ch. 2; Ülkü Halatçı Ulusoy, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları* (Turhan, Ankara 2014) 41-42.

<sup>27</sup> Lang (n 1) 53.

<sup>28</sup> ibid 53-54.

<sup>29</sup> ibid 54.

<sup>30</sup> Fasciati (n 19) 159.

<sup>31</sup> Istrefi (n 9) 13-14.

Buna ilave olarak, El-Kaide, alt örgütlerine ve hücrelerine askeri malzeme ve sair savunma sanayii ürünü satışı, terör örgütüne eleman kazandırma ve benzeri destek fiilleri ve faaliyetleri de değerlendirme kapsamına girmektedir. Komite listeye dahil etme kararını aldıktan sonra, hakkında bu yönde karar verilen kişinin veya örgütün vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği devleti üç ay içerisinde bilgilendirmektedir.<sup>32</sup>

### 3. TERÖR LİSTELERİNE KARŞI HUKUKİ KORUMA İHTİYACI: AVRUPA BİRLİĞİ MAHKEMESİ'NİN KADI İÇTİHADI

#### 3.1. KADI I

Ombudsperson kurumunun ihdas edilmesinde en etkili hadiselerden biri, hiç şüphesiz Avrupa Birliği Mahkemesi'nin Yasin Abdullah Kadı hakkında vermiş olduğu karar olmuştur.<sup>33</sup> Başvuru döneminde, Yasin Abdullah Kadı Suudi Arabistan'da ikamet eden bir İsveç vatandaşıdır.<sup>34</sup> El-Kaide'ye finansal destek verdiği şüphesi nedeniyle, 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra, evvela Amerika Birleşik Devletleri (ABD), akabinde de AB'deki malvarlıkları dondurulmuştur. Kadı, öncelikle kendisini terör listesine dahil eden BM Yaptırım Komitesi'ne müracaat etmiş, Komite ise bu başvuruyu gerçek kişilerin herhangi bir müracaat hakkı söz konusu olmadığı gerekçesiyle geri çevirmiştir. Anılan dönemde ne İrtibat Noktası (Focal Point) ne de Ombudsperson kurumu mevcut olduğundan, Kadı'nın BM nezdinde listeden çıkarılma talebinde bulunması mümkün olmamıştır.<sup>35</sup> Bunun üzerine Kadı, kendisine uygulanan bu yaptırımlara ve 11 Eylül saldırılarına iştirak ettiği yolundaki iddialara karşı yargı yoluna müracaat etmiştir.

Kadı hakkındaki şüphelerin dayanağını esas itibarıyla, daha sonra El-Kaide'ye dahil olan Muwafaq Vakfi'nin kurucu üyelerinden olması ve böylece Usame bin Ladin ile birlikte çalıştığı iddiaları teşkil etmiştir. Buna ilave olarak, Sarayevo'da bir bankada hissesi olması ve bu bankada toplanan paraların, Suudi Arabistan'da bulunan ABD'ye ait bir kuruma karşı yapılacak saldırıların hazırlığı için kullanılmış olması da Kadı'ya yönelik iddialar arasında yer almıştır. Keza, Kadı'nın, Arnavutluk'ta bir kısmı bin Ladin'i destekleyen aşırı görüşlü kişilerin şirket araçlarını kontrol ettiği şirketlerin sahibi olduğu da ileri sürülmüştür. Bu gerekçelerle Kadı'nın ismi 17 Ekim 2001 tarihinde, Usame bin Ladin ile bağlantılı bir kişi olmak vasfıyla Yaptırım Komitesi'nin konsolide listesine dahil edilmiştir.<sup>36</sup>

Kadı, Avrupa Birliği'nde, 2062/2001 sayı ve 19.10.2001 tarihli Tüzük marifetiyle, 467/2001 sayılı Tüzüğün Ek I kısmında yer alan listeye eklenmiştir. Konuya ilişkin müte-

<sup>32</sup> Stephan Beukelmann, 'Vermögenssanktionen auf Grund von „UN-Terrorlisten“' *Neue Juristische Wochen Schrift-Spezial* (2013) 504.

<sup>33</sup> Laurence Boisson de Chazournes, 'Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire Kadı' in: *Ombres et lumières du droit international - Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*. (Pedone, Paris 2016) 83.

<sup>34</sup> Martin Stricker, *Terrorlisten im Strafrecht* (Jan Sramek Verlag, Wien 2016) 100.

<sup>35</sup> ibid 100.

<sup>36</sup> Beukelmann (n 32) 504.

akip 881/2002 sayılı Tüzük EK I'de de Kadı'nın ismi yer almaya devam etmiştir. Kadı, bu listeleme kararına karşı 18.12.2001 tarihinde AB İlk Derece Mahkemesi (*EU Court of First Instance*) nezdinde dava açarak, kendisinin terör listesine eklenmesine dayanak teşkil eden AB 467/2001 ve müteakip 881/2002 sayılı Tüzüklerinin iptalini talep etmiştir.<sup>37</sup> Kadı iptal talebinde, bilhassa hukuki dinlenilme (fair hearing), mülkiyet hakkı ve etkin yargısal denetim haklarının ihlal edildiğini öne sürmüştür.<sup>38</sup> Buna ilave olarak Kadı, Birlik hukuk düzeninin Birleşmiş Milletler'den bağımsız olduğunu ve BM Güvenlik Konseyi kararlarının Birlik kurumlarına temel hakları ilga etme yetkisi vermediğini ileri sürmüştür.<sup>39</sup> 21.09.2005 tarihli kararında, Mahkeme Kadı'nın söz konusu talebini reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, Kadı'nın listelenmesine dayanak teşkil eden Birlik mevzuatının BM Güvenlik Konseyi kararının uygulanması amacına hizmet ettiği, bu nedenle bu mevzuatın maddi bakımdan hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Böylece Mahkeme bu nevi mevzuatın, yargı denetimi dışında olduğunu kabul etmiştir.<sup>40</sup> Buna mukabil Mahkeme, BM Güvenlik Konseyi kararlarının yalnızca emredici kuralları (jus cogens) ihlal etmeleri halinde denetlenebilecekleri yolunda bir istisna getirmiştir. Netice itibarıyla Mahkeme, Kadı'nın başvurusunda herhangi bir jus cogens norm ihlal edilmediğinden bu nevi bir denetimin söz konusu olamayacağına karar vermiştir.<sup>41</sup>

Kadı, ilk derece mahkemesi kararına karşı temyiz başvurusunda bulunmuş ve temyiz incelemesi neticesinde ilk derece mahkemesinin ilgili kararı bozulmuştur.<sup>42</sup> Mahkeme, 3.09.2008 tarihinde verdiği kararında, BM ve AB hukuku arasındaki ilişki hususunda farklı bir yaklaşım benimsemiş, 881/2002 sayılı Tüzüğün Kadı'ya uygulanan hükümlerini iptal etmiştir. Mahkeme, AB kurumları tarafından kabul edilen mevzuatın kaynağı ne olursa olsun yargı denetimine tabi olduklarına hükmetmiştir. İlgili Birlik mevzuatının bir BM Güvenlik Konseyi kararını uygulama amacıyla çıkarılmış olmasının da bu hususta bir fark yaratmayacağına karar vermiştir.<sup>43</sup> Mahkeme bu nevi bir yargısal denetimin, AB'nin temellerini teşkil eden anayasal garantinin bir gereği olduğunu ifade etmiştir. Buna mukabil Mahkeme, burada denetime tabi olanın ilgili BM Güvenlik Konseyi kararı değil, onu hayata geçiren Birlik mevzuatı olduğunu vurgulamıştır.<sup>44</sup> Mahkeme, kararında ilgili BM Güvenlik Konseyi kararlarının hukukiliği konusunda bir değerlendirme yapmadığını ileri sürmüşse de bu nevi bir karar kaçınılmaz olarak Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması ile ilgili sonuçları beraberinde getirmiştir.<sup>45</sup>

Mahkeme'nin 2008 yılında vermiş olduğu Kadı I kararı, 2009 yılında Ombudsperson kurumunun ihdas edilmesinde önemli rol oynamıştır. BM Güvenlik Konseyi 1989 sayılı

<sup>37</sup> ibid 505.

<sup>38</sup> Istrefi (n 9) 84.

<sup>39</sup> Ibid 84-85.

<sup>40</sup> Beukelmann (n 32) 505.

<sup>41</sup> Istrefi (n 9) 86.

<sup>42</sup> Stricker (n 34) 102.

<sup>43</sup> Istrefi (n 9) 91.

<sup>44</sup> ibid.

<sup>45</sup> ibid 92.

kararıyla, yaptırım rejiminin hayata geçirilmesindeki yerel ve bölgesel sorunların varlığını kabul etmiştir. Konsey, bilhassa Kadı I kararından sonra yaptırım sisteminin iyileştirilmesi noktasında adımlar atmak yoluna gitmiştir. Bu bağlamda Kadı I kararı, Ombudsperson kurumunun ihdas edilmesinin başlıca sebepleri arasında yer almaktadır. Bizzat davacı Kadı tarafından da ifade edildiği üzere, kendisi hakkında AB Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar Ombudsperson kurumunun tesis edilmesi için gerekli siyasi ve diplomatik baskının oluşmasını sağlamıştır.<sup>46</sup> Keza ilk Ombudsperson Kimberly Prost da kurumun ihdasında Avrupa'da açılan davaların etkili olduğunu ifade etmiştir.<sup>47</sup>

### 3.2. KADI II

Bir sonraki bölümde detaylı olarak ifade edileceği üzere Ombudsperson bir yargı organı niteliğinde değildir. Bu sebeple, Ombudsperson mekanizmasının tek başına adil yargılanma hakkı bağlamında yeterli olduğunu ifade etmek mümkün görünmemektedir. Binaenaleyh, AB Mahkemesi Kadı II kararında da Kadı I'deki içtihadından vazgeçmemiştir.

AB Mahkemesi'nin Kadı hakkındaki ikinci kararı, Ombudsperson kurumu ihdas edildikten sonra verilen bir karar niteliğindedir. Keza, karar verildiğinde Kadı BM'nin terör listesinden silinmişti.<sup>48</sup> Bununla birlikte AB Mahkemesi, Kadı I kararındaki yaklaşımını devam ettirmiştir. Mahkeme, ilk olarak Güvenlik Konseyi kararlarının, AB'nin anayasal garantilerinin birincil mevzuatına tabi olduğunu; ikinci olarak Güvenlik Konseyi terör listelerine karşı tam manasıyla bir mahkeme niteliğinde hukuki koruma temin edilmediği sürece, bu kararların tam yargısal denetime tabi olduğunu kabul etmiştir.<sup>49</sup> Bir başka deyişle Mahkeme, Ombudsperson kurumunu yeterli bir hukuki mekanizma olarak değerlendirmemiştir.

Öte yandan, ilgili mekanizmanın adil yargılanma hakkı bağlamında önemli bir adım teşkil ettiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu hususun Kadı II kararına yansımalarını söylemek ise mümkün değildir. Prost, tam da bu sebeple Kadı II kararında Ombudsperson mekanizmasına hiç atıf yapılmamasını eleştirmektedir.<sup>50</sup> Prost, Ombudsperson mekanizmasının yargısal nitelikte olmadığı ve bağımsızlığı bağlamında kurumsal sorunlarla karşı karşıya olduğu gerçeğini reddetmemekte,<sup>51</sup> ancak adil yargılanma hakkına daha geniş bir çerçeveden bakılması gerektiğini savunmaktadır. AB Adalet Divanı'nın Kadı II kararında adil yargılanma hakkını tam bir yargı denetimi olarak anladığını, ABD Columbia Bölgesel Mahkemesi'nin ise yine Kadı hakkında verdiği kararında Amerikan hukuku bağlamında adil yargılanma hakkını keyfi, hercai, takdir yetkisinin kötüye kullanımı teşkil eden veya açıkça hukuka aykırı olan bir karara tabi tutulmamış olmak olarak tanımladığını ifade eden Prost, Güvenlik Konseyi'nin Ombudsperson'un kuruluşunu sağlayan kararı bağlamında adil yargılanma hakkını

<sup>46</sup> ibid 150.

<sup>47</sup> ibid 150-151.

<sup>48</sup> Stricker (n 34) 104.

<sup>49</sup> Istrefi (n 9) 94-95.

<sup>50</sup> Kimberly Prost, 'The office of the Ombudsperson' in Jeremy Farrall, Hilary Charlesworth, *Strengthening the rule of law through the UN Security Council* (Routledge, 2016) 187

<sup>51</sup> Prost (n 50) 189

BM Genel Sekreteri'nin açıklamalarını da gözeterek yeniden tanımlamaktadır.<sup>52</sup> Bu bağlamda, adil yargılanma hakkı kapsamında beş husustan bahsetmektedir. Bunlar, hakkında listeleme kararı verilen kişinin kendisi hakkındaki karara dair mümkün olduğunca bilgi sahibi olma hakkı, hakkında listeleme kararı verilen kişinin kendisi hakkındaki kararı veren yetkili otorite tarafından dinlenilme ve kendisi hakkındaki iddialara bir cevap sunabilme hakkı, söz konusu kişinin etkin ve bağımsız bir incelemeye tabi tutulma hakkı, gerekçeli bir karar ile listeleme veya listelemeyen çıkarmaya karar veriliyor olması gerekliliği ve genel olarak kişilerin adil ve hızlı bir prosedüre tabi tutulma hakkı şeklinde sayılmıştır. Prost'un saymış olduğu bağlamda bu hakların ne oranda Ombudsperson kurumunca sağlandığı bir sonraki bölümde daha detaylı olarak incelenecektir. Belirtmek gerekir ki Prost'un yapmış olduğu tanım Ombudsperson kurumunu ve bu kurumun kuruluş aşamasında BM Genel Sekreteri'nin yapmış olduğu açıklamaları merkezine alan bir adil yargılanma hakkı tanımıdır. Yani, hakkı sağlamaya elverişliliği üzerinden kurumun incelendiği bir tanım olmaktan ziyade, kurum üzerinden hak tanımlanmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu tanımın geniş bir kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir. Ancak, bir sonraki bölümde ifade edeceğimiz çekincelerimiz saklı kalmak kaydıyla, bu sayılan başlıkların Ombudsperson kurumunun adil yargılanma hakkı bağlamında meydana getirdiği ilerlemelerin genel bir listesi olarak kabul edilebileceğini düşünmekteyiz. Bu bağlamda, Lord Hope'un *HM Treasury v. Mohammed Jahar Ahmed and others*'de açıkça ortaya koymuş olduğu her ne kadar Ombudsperson mekanizmasının oluşturduğu sistemi temel haklar perspektifinden olumlu karşılamakta olsak da sadece bu mekanizmanın varlığını adil yargılanma hakkı bağlamında yeterli kabul edemeyiz yaklaşımına katılmaktayız.<sup>53</sup>

## 4. OMBUDSPERSON KURUMU

### 4.1. OMBUDSPERSON KURUMUNUN TEORİK VE PRATİK NİTELİĞİ

Bu bölümde, BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuş olan Ombudsperson kurumu, benzer bir amaçla ancak farklı bir çerçevede kurulmuş olan İrtibat Noktası (Focal Point) ve mukayeseli hukukta vücut bulmuş haliyle ombudsman kurumuyla olan benzerlik ve farklılıkları ile bahse konu Ombudsperson kurumunun pratik tezahürü gözetilerek yapısal bir çerçeveye oturtulacaktır. Bu bağlamda, Ombudsperson kurumuna dair üç temel husus ortaya konacaktır. Bu bağlamda ortaya konacak hususların ilki, İrtibat Noktası'nın eksiklikleri ve Kadı I kararının etkisiyle ihdas edilen Ombudsperson kurumunun, yargısal bir organ olmayıp yarı idari yarı yargısal olarak nitelendirilen ombudsman kurumunun bir uygulaması olduğudur. İkincisi, mukayeseli hukukta ombudsman kurumunun sahip olması gerektiği savunulan bağımsızlık standardı açısından değerlendirildiğinde incelemeye konu Ombudsperson kurumunun ciddi eksiklerinin mevcut olduğu gözlemi olacaktır. Son olarak, Ombudsperson'un kararları bağlayıcı nitelikte olmasa dahi ilgili kararların etkin sonuç

<sup>52</sup> Prost (n 50) 183. Benzer yönde bkz. Bardo Fassbender, 'Targeted Sanctions and Due Process', Study commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs, 20 March 2006, 12.10.

<sup>53</sup> *HM Treasury v. Mohammed Jahar Ahmed and others*, (2010) UKSC2 & UKSC5; ILDC 1535 (UK 2010) 78.

doğurabilmesi için gerekli normatif altyapı ve pratik kararlılığın mevcut olduğu tespitinde bulunulacaktır.

Ombudsperson kurumu ihdas edilinceye değin, terör listeleri konusundaki bütün başvurular BM İrtibat Noktası'na (*Focal Point*) yapılmakta idi. Günümüzde ise İrtibat Noktası kurumu, Ombudsperson kurumunun yetkisi dışında kalan listeden çıkarma taleplerini değerlendirmektedir. İrtibat Noktası'na, listeden çıkarma talepli başvuru başvuru kendisi veya mukim olduğu veya vatandaşı olduğu devlet aracılığıyla yapılabilmektedir. Bununla birlikte İrtibat Noktası kurumu, söze konu başvurularla ilgili kararı kendisi vermemekte, gelen başvuruları listeleme başvurusu yapmış olan devlet ve başvuranın vatandaşı olduğu ve ikamet ettiği devlete iletmektedir. Bu hususta irtibat tesis edildikten sonra, ilgili devlet listeden çıkarma teklifinde bulunabilmektedir. Şayet ilgili devlet, listeden çıkarma tavsiyesinde bulunmama kararı alırsa, başvurana listeden çıkarılma talebinin reddi kararı İrtibat Noktası tarafından tebliğ edilmektedir. Buna karşılık, ilgili devlet başvuranın listeden çıkarılması tavsiyesinde bulunacak olursa bu nevi bir tavsiye kararı, ilgili Yaptırım Komitesi'ne havale edilerek, Komite gündemine alınmaktadır. Bu hususta nihai karar verme yetkisi, ilgili Yaptırım Komitesi uhdesinde kalmaktadır. Bir başka deyişle, ilgili kişiyi listeye ekleme yetkisini haiz olan Komite, onun listeden çıkarılması yönündeki karar bakımından da yetkili olmaya devam etmektedir.<sup>54</sup> Öğretide, bu kurumun bağımsız ve şeffaf bir başvuru mekanizmasına ilişkin kıstasları karşılamadığı haklı olarak ifade edilmektedir.<sup>55</sup> Listedene çıkarılma süreçlerinin adil bir şekilde yürütülmesinden ziyade, yine öğretide ifade edildiği üzere, İrtibat Noktası taraflar arasında irtibatı tesis eden bir posta kutusu işlevi görmektedir.<sup>56</sup>

İrtibat Noktası'nın eksiklikleri ve Kadı I kararının etkisiyle ihdas edilen Ombudsperson kurumu, BM Güvenlik Konseyi'nin 1904 sayılı kararıyla 2009 yılında kurulmuş, faaliyetlerine 2010 yılı ortası itibarıyla başlamıştır. Ombudsperson kurumunun yetkisi, yalnızca DAEŞ ve El-Kaide yaptırımlar listeleriyle mahduttur ve bu hususun öğretide tenkide uğradığı görülmektedir.<sup>57</sup> Bu sınırlandırmanın adı geçen örgüt üyelikleri ile ilgili listeleme kararlarında hata olması ihtimalinin yüksekliği ve bu örgütlere üyeliğin bünyesinde barındırdığı tehlikeliliğe mütenasip bir hukuki koruma sağlanması ihtiyacıyla izah edilmekte olduğu görülmektedir. Zaten, aksi yönde bir kabul, mezkûr örgütlerle iltisaklı olanlara bir ayrıcalık tanındığı şeklinde hatalı bir yaklaşıma sebebiyet verebilecektir.<sup>58</sup> Hem Ombudsperson hem bazı BM üyesi devletler, müteaddit defa kurumun yetkilerinin diğer yaptırım rejimlerine teşmil edilmesini talep etmiş olmalarına rağmen, Güvenlik Konseyi bugüne kadar bu yöndeki talepleri kabul etmemiştir.<sup>59</sup> Prost, bu bağlamda, Jim'ale dosyasını hususen vurgulamakta-

<sup>54</sup> Istrefi (n 9) 22.

<sup>55</sup> Bkz. Jared Genser and Kate Barth, 'When Due Process Concerns become Dangerous: The Security Council's 1267 Regime and the Need for Reform' 33:1 (2010) *Boston College International and Comparative Law Review* 5.

<sup>56</sup> Istrefi (n 9) 22.

<sup>57</sup> ibid 24; Fasciati (n 19) 160; Prost (n 50) 190.

<sup>58</sup> Istrefi (n 9) 25.

<sup>59</sup> ibid.

dır.<sup>60</sup> 2001'de Al-Qaida yaptırım listesine eklenen Jim'ale, Ombudsperson'un tavsiye kararı üzerine 17 Şubat 2012'de ilgili listeden çıkarılmış, ancak tam da aynı gün Ombudsperson'un inceleme yetkisini haiz olmadığı Somali-Eritre yaptırım rejimi listesine eklenmiştir. Ombudsperson'un yetki alanının kabul edilmediği yaptırım rejimleri adil yargılanma hakkı bağlamında ve Ombudsperson kararlarının etkinliği noktasında genel bir endişe konusu teşkil etmeye devam etmektedir.

Esas itibarıyla Ombudsperson kurumu, idare hukuku menşeli olan ve ilk uygulamaları İsveç'te görülen ombudsman kurumunun bir uygulamasıdır.<sup>61</sup> 20. yüzyılın üçüncü çeyreğinde çok yaygın uygulamaya kavuşmuş olan ombudsman kurumunun mukayeseli hukukta kabul görmüş haliyle bir yargı organı niteliğinde olmadığını hususen belirtmek gerekir.<sup>62</sup> Ombudsperson kurumu, BM Güvenlik Konseyi tarafından tarafsız ve bağımsız bir kurum olarak takdim edilmiştir. Kurumun işleyiş usulünde Güvenlik Konseyi'nin 1989 sayı ve 17 Haziran 2011 tarihli karar ile 2083 sayı ve 17 Aralık 2012 tarihli kararlar birlikte iyileştirme ve geliştirmeler yapılmıştır. Bu noktada, listeden çıkarma usulünün daha adil ve şeffaf bir kurumsal zemine kavuşturulması hedeflenmiştir.<sup>63</sup> Ombudsperson'un görevini bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirmesi, bilhassa hiçbir hükümetten emir almadan hareket etmesi gerekmektedir.<sup>64</sup> Genel olarak Ombudsperson, ilgili kişinin listelenmesine ilişkin kararı (ex tunc) tetkik etmemektedir. Bilakis bu usulde, ilgili kararın kaldırılmasına ilişkin talep (ex nunc) değerlendirilmektedir.

Başvurucular ile Komite arasında bir posta kutusu işlevi görmekte olan İrtibat Noktası'nın aksine, Ombudsperson'un kurumsal varlığı Komite kararlarının herhangi bir dış denetime tabi tutulamayacağı görüşünden düşünsel bir ayrılmayı temsil etmektedir. Öte yandan her ne kadar Ombudsperson kurumu, BM Güvenlik Konseyi'nin akıllı yaptırımlar rejimi üzerine kişilerin başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel hakları bağlamında ortaya çıkan ve bir önceki bölümde safahati irdelenmiş olan Mahkeme kararlarını takiben kurulmuş olsa da, bu kurum ilgili Komite kararlarının yargısal kontrole tabi tutulması gerektiği gibi bir yargıyı destekler nitelikte değildir. Dumoulin'in de ifade ettiği üzere, Ombudsperson kurumu, Komite kararlarının herhangi bir denetime tabi tutulamayacağı görüşü ile Komite kararları yargı denetimine açılmalıdır yaklaşımı arasında bir uzlaşma noktası teşkil etmektedir.<sup>65</sup>

Çeşitli dönem ve bölgelerde farklı tanımlarla kurulmuş olsa dahi modern anlamda

<sup>60</sup> Prost (n 50) 190.

<sup>61</sup> Stricker (n 34) 24.

<sup>62</sup> 1800'lü yıllarda İsveç hukukunda yer alan ve ilk ombudsman mekanizması olarak kabul edilen *justitieombudsman* yargısal nitelikte bir kurum idi. Ancak, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde İskandinav ülkelerine, 20. Yüzyılın üçüncü çeyreğinde de küresel ölçekte yayılan ombudsman kurumu, bir yargı organı olarak kabul edilmemesi yönüyle, bahsedilen *justitieombudsman* kurumundan ayrılmaktadır. Daha detaylı bir analiz için bkz. Jaume Saura-Estapà, 'The UN Security Council Ombudsperson: An Original Institution Still Under Construction' 54 (2017) *Revista Catalana de Dret Públic* 191.

<sup>63</sup> Istrefi (n 9) 23; Fasciati (n 19) 161 vd.

<sup>64</sup> Stricker (n 34) 25.

<sup>65</sup> Lisa Dumoulin, 'Black lists et gel des avoires: Bilan et perspectives du Médiateur du Comité 1267 des Nations unies' 1 (2013) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 23.

ombudsman iki temel hususiyeti haiz bir kurum olarak tanımlanabilir. Bu hususiyetlerin ilki, ilgili kurumun yargısal bir organ olmasa dahi bağımsız bir dış denetçi teşkil etmesi gerekliliği olarak ifade edilebilir. İkincisi, ilgili kurumun bağlayıcı olmasa dahi etkin tavsiyelerde bulunabilme gücüne sahip olması gerekliliğidir. Bu iki özelliğin kazanılmasında, ilgili kurumun hukuki temelini en üst yasal normdan alması hususi önem arz etmektedir.<sup>66</sup>

Mukayeseli hukukta kendine geniş yer bulan ve idarenin denetimi ile görevli olan ombudsman yukarıda arz edilmiş olduğu üzere yargısal bir organ değildir. Öte yandan, kendisine atfedilen bağımsızlık, bu kurumu idareden ayırmakta ve onu yargısal otoritelere yaklaştırmaktadır. Bu sebeple, ombudsman ulusal hukuk sistemlerinde yarı idari yarı yargısal bir otorite olarak nitelendirilmektedir.<sup>67</sup>

Ombudsmanın organik, prosedürel ve kurumsal bağımsızlığa sahip olması bu kurumun işlerliği ve bağımsız bir dış denetleme organı teşkil etmesi açısından hayati önemi haizdir. Organik bağımsızlık, ombudsman olarak görev ifa edecek kişinin atanma prosedürü, görevden alınması veya görev süresi sonunda görevine devam etmesi ve özlük hakları bağlamında dış müdahalelerden korunmasını sağlayacak bağımsızlık önlemlerini ifade etmektedir. Prosedürel bağımsızlık, ombudsmanın eylem ve işlemlerini başkaca bir otoritenin etkisi altında kalmasına imkan tanımayan bir prosedürle sübuta erdirebilmesini ifade etmektedir. Kurumsal bağımsızlık ise ombudsmanın görevini diğer kurum ve kuruluşların etkisi altında kalmaksızın yürütebilmesini sağlayacak olan hukuki statü, mali güç ve personel kapasitesini haiz olmasını gerektirmektedir. Organik, prosedürel ve kurumsal bağımsızlık ile etkin karar verebilme gücü bağlamında kullanılan kriterleri mutlak manada birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bu sebeple, bu bölümde Ombudsperson'a ait bazı hususiyetler bu sayılan kriterlerin her biri açısından incelenecek, her kriter için ayrı bir bölüm oluşturma yoluna gidilmeyecektir.

AB Adalet Divanı, kamu kurumları bağlamında bağımsızlığı, o organa verilen tam özgürlükle, her türlü dış baskı ve emirden münezzeh olarak karar alabilme yeti ve statüsü olarak tanımlamaktadır.<sup>68</sup> Bu tanımın literatürde de geniş destek bulunduğu görülmektedir.<sup>69</sup> Öte yandan, kamusal güç kullanan organların ilgili güç için gerekli politik meşruiyetlerinin kaynağını bağımlı oldukları ve politik meşruiyeti haiz başka bir organdan almaları veya söz konusu yetkinin kendilerine politik meşruiyeti temsil eden normca verilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, Marcou, bağımsız veya bağımlı nitelemelerinin nispi olduğunu, mutlak manada bağımsızlığın bir meşruiyet krizi doğurabileceğini ifade ettikten sonra, bağımlılık ve bağımsızlık konseptlerinin kime karşı ve ne oranda soruları sorulmadan tanımlanamaya-

<sup>66</sup> Saura-Estapà (n 62) 191.

<sup>67</sup> Detaylı bilgi için bkz. International Ombudsman Institute <<https://www.theioi.org/the-i-o-i>> Erişim tarihi: 2 Ocak 2024.

<sup>68</sup> CJUE, 9 mars 2010, C-518/07, Commission c. RFA, 6.

<sup>69</sup> S. Braconnier, « La regulation des services publics » 1 (2001), RFDA, 49; G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (PUF, 10è éd., Paris 2014) 442.



çağını belirtmektedir.<sup>70</sup> Bu sebeple, ilk olarak BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuş olan Ombudsperson'un kim veya kimlerden bağımsız olması gerektiğinin tespiti lazım gelir. Bu tespit, başta Ombudsperson'un fonksiyonu olmak üzere çeşitli hususlar gözetilmek suretiyle yapılmalıdır.

1267 rejimi bağlamında teşekkül eden Ombudsperson, 1267 Komitesi tarafından listeye alınan gerçek ve tüzel kişilerin listeden çıkarılma taleplerini incelemek ve ilgili Komite'ye söz konusu inceleme sonucunda görüş bildirmekle görevlidir. Yani, Ombudsperson'un varlık sebebi, BM'nin bir organı olan ve BM Güvenlik Konseyi üyesi ülkelerin temsilcilerinden müteşkil 1267 Komitesi'nin bütün ülkelerin bazı gerçek veya tüzel kişiler üzerinde tedbirler uygulamasını gerektiren kararlarının dış kontrolünü sağlamaktır. Binaenaleyh, Ombudsperson'un, 1267 Komitesi ve bu Komitenin görev alanı ile organik veya fonksiyonel açıdan doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi olan BM Kurumları'ndan ve bu Komite'nin karar alma prosedüründe rol alan veya kararlarını uygulamakla yükümlü olan ülkelere bağımsız olması lazım gelmektedir.

Ombudsperson kurumunun hukuki statüsünü kuran Güvenlik Konseyi'nin 2009 tarihli ve 1904 sayılı Kararında, Ombudsperson'un vazifesini bağımsız ve tarafsız şekilde hükümetlerden herhangi bir talimat almaksızın ifa etmekle görevli olduğu ifade edilmiştir. Bu metinde talimat almama vurgusunun ülkeler üzerinde olması ve 1267 Komitesi'nden ve bu Komite'nin görev ve yetki alanında rolü olan BM organlarından talimat almama hususunun altının çizilmemiş olması iki yönden değerlendirilmelidir. İlk olarak belirtmek gerekir ki Ombudsperson'un hükümetlerden herhangi bir talimat almaksızın görevini ifa etmesi gerektiği yönündeki vurgu Ombudsperson'un bağımsız ve tarafsız olmasından ne murat edildiğinin kısıtlayıcı bir tarifi değildir. Yani, Ombudsperson'un bağımsız ve tarafsızlığının ülkelere emir almamaya indirgenmediği söylenemez. Öte yandan, Ombudsperson'un 1267 Komitesi ve bu Komitenin görev alanı ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi olan BM Kurumları'ndan bağımsız görev ifa edebilmesi ülkelere bağımsız olarak görev ifa edebilmesi kadar gerekli olduğu için sadece ikincisinden emir almama hususunun vurgulanmış olması düzenlemenin yetersiz olduğu yorumlarına yol açmaya müsaittir. Bu bağlamda, neden bu denli ayrıntılı bir metinsel inceleme yapmakta olduğumuzu ifade etmemiz faydalı olacaktır. Yargısal bir otorite teşkil etmeyen ancak bağımsız olması arzu edilen, bağlayıcı karar verme gücünü haiz olmayan ancak etkin sonuçlar doğuran kararlar verebilmesi istenen bir otoritenin gücü, yüksek bir prestije sahip olmasından kaynaklanmak durumundadır.<sup>71</sup> Bağımsızlığının detaylı ve kuvvetli şekilde vurgulanması, bu kurumun prestijini etkileyeceği için, ilgili vurgunun metinsel niteliği büyük önemi haizdir. AB hukukunda temel hak ve özgürlüklerin korunmasında rolü olan bazı bağımsız idari otoriteler için (eg. Kişisel verilerin korunması alanında yetkili ulusal otoriteler) sadece bağımsız nitelemesi ile yetinilmeyip tam veya tamamıyla bağımsızlık ifadesinin kullanılması ve AB Adalet Divanı'nın bu vur-

<sup>70</sup> G. Marcou, « Les autorités administratives « dépendantes » et « indépendantes » dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique. Une analyse sur des secteurs sélectionnés », in G. Marcou, J. Masing (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne* (Société de législation comparée, Paris 2011) 66.

<sup>71</sup> Saura-Estapà (n 62) 191.

guya özel bir anlam bağlanması gerektiği yönündeki kararları, Mahkeme'nin bağımsızlık statüsünün tanındığı metindeki dile atfettiği önemi göstermesi açısından metinsel incelemeye atfettiğimiz ehemmiyeti açıklar niteliktedir.<sup>72</sup> Hülasa, Ombudsperson'un, kararlarını denetlemekle görevlendirilmiş olduğu Komiteye ve bu Komite ile organik veya fonksiyonel açıdan bağlantılı olan diğer BM organlarına karşı bağımsızlığının daha kuvvetli bir şekilde ifade edilmesinde fayda mülâhaza edilmektedir.

Ombudsperson'un bağımsızlık statüsünün metinsel analizi bağlamında esas eleştiri bu bağımsızlığın temelini teşkil eden kararın BM sistemindeki normatif yeri üzerinedir. Ombudsman kurumunun görev ve yetkileri ile bağımsızlığı birçok sistemde o normatif sistemde yer alan en üst normda düzenlenmektedir. Örneğin, Türk hukuk sisteminde bağımsız idari otoritelerin genel manada anayasal bir temeli olmamasına rağmen ombudsman karşılığı olan Kamu Denetçisi'nin bağımsızlığı ve görev alanına dair hususlar anayasal temele sahiptir. Bu husus, kural koyucunun ombudsmana yarı yargısal bir statü tanıma niyetinin bir yansıması olarak da okunabilir. Estapa bu argümanı daha ileri taşıyarak ombudsman kurumunun normatif temelini ilgili sistemdeki en üst normdan almasının ombudsman kurumunun karakteristik özelliklerinden biri olduğunu iddia etmektedir.<sup>73</sup> Öte yandan, 1267 rejimi bağlamında görev ifa eden Ombudsperson'un hukuki statüsü Ombudsperson'un kendisinden bağımsız olması gereken BM Güvenlik Konseyi'nin bir kararıyla belirli bir süreye mahsus olarak oluşturulmaktadır. Gerçekten de Ombudsperson, Güvenlik Konseyinin 2009 tarihli ve 1904 numaralı Kararıyla kurulmuş, görev süresi 2011 tarihli ve 1989 sayılı, 2012 tarihli ve 2083 sayılı, 2014 tarihli ve 2161 sayılı, 2015 tarihli ve 2253 sayılı, 2017 tarihli ve 2368 sayılı, 2021 tarihli 2610 sayılı kararlarıyla uzatılmıştır. Ombudsperson'un 2021 tarihli 2610 sayılı karardan kaynaklı görevi ise 17 Haziran 2024'te dolmaktadır. BM Güvenlik Konseyi, Ombudsperson'un görevi sona erdikten sonra o görevi uzatmak zorunda olmadığı gibi bu görev süresi bitmeden önce Ombudsperson kurumunun varlığına son verecek bir karar alma konusunda da özgürdür.<sup>74</sup> Benzer şekilde, Güvenlik Konseyi'nin mevcut Ombudsperson'un görevine son verip yeni bir atama ile başka bir Ombudsperson atamasının önünde de bir engel yoktur. Bu hususlar organik ve kurumsal anlamda bağımsızlık konsepti ile uyumlu değildir.

Kurumsal bağımsızlık açısından bakıldığında, yukarıda bahsedilmiş olan husus Ombudsperson'un kurumsal hukuki statüsü bağlamında bağımsızlığı için gerekli garantileri haiz olmadığını ve bağımsız idari otoriteler literatüründe çokça atıf yapılan "beklenen itaat" riski ile karşı karşıya olduğunu ortaya koymaktadır. Ulusal düzenlemelerde yasama organının anayasal statüsü olmayan bağımsız idari otoriteler karşısındaki ilgili otoritenin statüsünü değiştirmeyi ve ilgili statünün varlığına son vermeyi de kapsayan gücü, literatürde bir anda her şeyi yok edebilen bir nükleer silaha benzetilmektedir.<sup>75</sup> Bu bağlamda, AB Adalet Diva-

<sup>72</sup> CJUE, 9 mars 2010, C-518/07, Commission c. RFA 6.

<sup>73</sup> Saura-Estapà (n 62) 191

<sup>74</sup> Böyle bir karar alınma imkanının varlığı ancak olasılığının pratikte çok düşük olduğu yönünde bkz. Dumoulin (n 65) 43.

<sup>75</sup> P. H. Conac, « Un exemple étranger, la SEC aux États-Unis », in H. de Charrette (éd.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique* (Economica, 2002) 36.

ni'nin 2014 tarihli kararından da bahsetmek gerekir. Macaristan'da, kişisel verileri korumakla yetkili olarak 2008'de altı yıllığına seçilen bağımsız kişinin görevine, henüz görev süresi bitmeden, kişisel verileri korumakla yetkili kişinin hukuki statüsünü değiştirmek suretiyle son verilmiş, yerine yeni düzenlemeye uygun olarak dokuz yıl görev yapmak üzere yeni bir kişi seçilmişti. AB Mahkemesi, bu yasal değişikliği o dönem yürürlükte olan ve tamamıyla bağımsız bir kişisel verileri koruma otoritesi kurulmasını gerektiren Kişisel Verilerin Korunmasına dair 95/46/CE Direktif'e, kurumun bağımsızlığının ihlal edilmesi sebebiyle, aykırı bulmuştur.<sup>76</sup> AB Adalet Divanı Savcısı Wathelet, söz konusu davada bağımsız idari otoritelere kanunla öngörülen ciddi ve objektif olarak denetlenebilir sebepler olmaksızın görevden alınamama garantisi tanınmasının bu kuruluşları beklenen itaat riskinden koruyacağını, ve bağımsız idari otoritelerin üyelerinin, üzerlerinde "demoklesin kılıcı" gibi duran görevden alınabilme riskinden kurtarılması anlamına geleceğini ifade etmiştir.<sup>77</sup> Dolayısıyla, BM Güvenlik Konseyi üyesi ülkelerin temsilcilerinden müteşekkil 1267 Komitesi'nin kararlarını denetlemekle vazifeli Ombudsperson'un hukuki varlığı ve devamlılığının BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarına dayanması, ilgili kurumun bir ombudsman kurumu uygulamasına uygun nispette bağımsız olduğunu ifade etmeyi zorlaştırmaktadır. Bu sebeple, literatürde Ombudsperson'un kendisine BM sözleşmesinde yer bulmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır.<sup>78</sup>

BM Güvenlik Konseyi üyesi ülkelerin temsilcilerinden müteşekkil 1267 Komitesi'nin kararlarını denetlemekle vazifeli Ombudsperson'un hukuki varlığı ve devamlılığının BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarına dayanması, Ombudsperson'un organik bağımsızlığı önünde de ciddi bir engel teşkil etmektedir. Bağımsız bir otoritenin karar organını teşkil eden kişi veya kişilerin atanması veya görevden alınması noktasında kendisinden bağımsız olması gereken kişi veya kurumlardan birine bağımlı olması bahse konu otoritenin bağımsızlık niteliği ile uyumsuzdur. Fransız Danıştay, 1989 tarihli bir kararında bağımsız idari otoritelerin karar organlarında yer alan kişilerin yargı kararı olmaksızın görevden alınamama garantisine sahip olmamalarının ilgili otoritenin bağımsız olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında kritik önemi olduğunu ifade etmiştir. (Conseil d'Etat, *Ordonneau*, 1989). Türk literatüründe de Sermaye Piyasası Kurulu'nun 25.12.1999 değişikliklerine kadar bağımsız bir otorite olarak kabul edilmemesinin sebebi üyelerinin görevden alınamama imtiyazını haiz olmamasıdır.<sup>79</sup> Ombudsperson'un sözleşmesel, geçici ve BM Güvenlik Konseyi'nin takdirine bırakılmış statüsü karşısında Ombudsperson'un organik bağımsızlığı için gerekli tedbirlerin alındığından bahsetmek mümkün değildir.<sup>80</sup> Prost da Ombudsperson olarak görev yaptığı dönemde bağımsız görev yapmış olmasının bağımsızlık için gerekli tedbirlerin alınmış olmasına değil kendi şahsi yaklaşımına bağlanması gerekti-

<sup>76</sup> CJUE, 8 avril 2014, C-288/12, Commission c. Hongrie.

<sup>77</sup> Conclusions de l'Avocat Général M. Melchior Wathelet, Commission européenne c. Hongrie, 10 décembre 2013, para 83.

<sup>78</sup> Saura-Estapà (n 62) 193.

<sup>79</sup> A. Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler* (Turhan Kitabevi, Ankara 2003) 62.

<sup>80</sup> Prost (n 50) 189.

ğini düşünmektedir.<sup>81</sup> Oysa bağımsızlık sadece görevi ifa eden kişinin şahsi hususiyetlerine bağlı olmamalıdır. Bu bağlamda, söz konusu Ombudsperson kurumunun AB Adalet Divanı içtihadına göre bağımsız olarak nitelendirilebilmesi mümkün görünmemektedir.

BM Güvelik Konseyi kararı ile kurulmuş olan Ombudsperson'un, ilgili karar gereği BM Genel Sekreteri tarafından atanması gerekmektedir. Literatürde Ombudsperson'un Genel Kurul veya İnsan Hakları Konseyi tarafından atanmasının bağımsız, tarafsız ve yetkin bir atama için daha uygun olacağı ifade edilmektedir.<sup>82</sup> Böyle bir atama yönteminin daha isabetli olacağını düşünmekle birlikte BM Güvenlik Konseyi ile doğrudan bir üst ilişki içinde olmayan Genel Sekreterlik makamınca yapılan atamanın bağımsızlık niteliği açısından bir sorun teşkil etmediğini düşünmekteyiz. Belirtmek gerekir ki ulusal sistemlerde mevcut bazı bağımsız idari otoritelerin karar organlarında yer alacak kişiler o sistemde yürütme organının başını temsil eden makam tarafından atanabilmektedir.

Daha önce ifade edilmiş olduğu üzere, bağımsız olarak nitelendirilen ve tarafsız ve bağımsız olarak görevini ifa etme yükümlülüğü altında olan bir kurumun pratikte bağımsız olup olmadığı organik, prosedürel ve kurumsal bağımsızlığı ile alakalı güvencelerin mevcudiyetine bağlıdır. Ombudsperson'un prosedürel bağımsızlığını incelemek için Ombudsperson'a başvuru sürecinin ve Ombudsperson'un karar alma aşamalarının detaylı olarak analiz edilmesi gerekmektedir.

Ombudsperson kurumunun işleyiş usulü başvuru ile başvurunun neticelendirilmesi arasında beş safhadan oluşmaktadır. Ombudsperson bir başvuruyu aldıktan sonra, bilgi toplamak için dört aylık süreye sahiptir. Bu aşamada Ombudsperson listeden çıkarılma talebini Yaptırım Komitesi, Analitik Destek ve Yaptırım İzleme Ekibi, ilgili BM Organları, başvurunun listeye alınması talebini ileten devlet ve başvuranın vatandaşı olduğu ve ikamet ettiği devlete bildirir. Bu bildirimde, adı geçen paydaşlardan başvuranın vakası hakkında bilgi talep eder. BM Güvelik Konseyinin 30 Ocak 2004 tarih 1526 sayılı kararıyla kurulmuş olan ve Yaptırım Komitesi'nin talimatları altında görev icra eden Analitik Destek ve Yaptırım İzleme Ekibi'nin Ombudsperson'un bilgi toplama süreci pratiğinde ciddi rolü olduğu görülmektedir. Ancak, belirtmek gerekir ki bilgi toplama süreci, diğer organlardan destek alınsa dahi, Ombudsperson'un görev ve sorumluluğundadır. Dolayısıyla, bilgi toplama sürecinde önemli rolü olan Analitik Destek ve Yaptırım İzleme Ekibi'nin Komite'ye bağlı olması Ombudsperson'un bağımsızlığının ihlali olarak görülmemelidir.

Ombudsperson, başvurunun listeye alınması talebini ileten devletten ve başvuranın vatandaşı olduğu ve ikamet ettiği devlet veya devletlerden bilgi alabilmek için etkin bir pratik kurmuştur. Bilgi talepleri, mektuplar, e-postalar, aramalar ve ziyaretler ile sıkı şekilde takip edilmektedir.<sup>83</sup> Ancak, gizlilik derecesini haiz bilgilere erişim noktasında sorunlar mevcuttur.<sup>84</sup> Belirtmek gerekir ki Ombudsperson kararını elde etmiş olduğu bilgiler üzerine şekillendirmek zorundadır. Dolayısıyla, gizlilik derecesini haiz olup Ombudsperson tara-

<sup>81</sup> ibid.

<sup>82</sup> Saura-Estapà (n 62) 193

<sup>83</sup> Prost (n 50) 184

<sup>84</sup> ibid.

findan erişim sağlanamayan bilgiler başvuru lehine veya aleyhine sonuç doğurmayacaktır. Prost bu bilgilerin her daim başvuru aleyhine olacağı varsayımıyla gizlilik derecesini haiz bilgilere erişilememesinin adil yargılanma açısından bir sorun teşkil etmeyeceğini ifade etmiş olsa da, söze konu bilgilerin başvuru lehine olabileceği ihtimali de göz ardı edilmemelidir.<sup>85</sup>

Yukarıda bahsedilen bilgiler toplandıktan sonra, gizlilik şartı olmadığı takdirde bu bilgiler başvurucuya iletilmekte ve bu hususta başvuru gövüşü alınmaktadır. Bu aşama, diyalog aşaması olarak isimlendirilmektedir. Bu aşama genellikle toplantılar düzenlenmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir.<sup>86</sup> Gizlilik derecesini haiz bilgiler başvuru ile paylaşılmakta olduğu için bazı eleştiriler mevcut olsa da incelenmiş olan ilk iki aşama, başvuru dosyası hakkında bilgi edinme ve cevap verme hakkı bağlamında büyük ilerleme kat edildiğinin göstergesidir.

Ombudsperson'un çalışma sürecindeki üçüncü safha kapsamlı bir rapor tanzimini ihtiva eder.<sup>87</sup> Bu safhada Ombudsperson, Yaptırım Komitesi'ne başvuru hakkında nasıl karar vermesi gerektiği üzerine tavsiyede bulunur. Nihayet dördüncü aşamada, Yaptırım Komitesi'nde başvuru dosyasının vakası değerlendirilir. Ombudsperson bu aşamada, Komite'nin ilave soruları varsa bunları cevaplar. Yaptırım Komitesi'nin kararı, Ombudsperson tarafından başvurucuya tebliğ edilir.<sup>88</sup> Bahsedilen prosedürel süreçte genel itibariyle Ombudsperson'un bağımsızlığı ile alakalı tedbirlerin alınmış olduğu görülmektedir.

Prosedürel bağımsızlık incelemesi bağlamında, Ombudsperson kararlarının etki gücünden de bahsetmek gerekir. Ombudsperson, Komite yerine geçerek bağlayıcı kararlar alma yetkisini haiz değildir. Ancak, Ombudsperson'un kararlarının etkinliği için gerekli normatif altyapı kurulmuştur. Ombudsperson, bir başvuru dosyasının listeden çıkarılmasını tavsiye ettiğinde Yaptırım Komitesi'nin bu talebi reddedebilmesi için 60 gün içinde oybirliği ile karar alması gerekmektedir. BM Güvenlik Konseyi'nin 1989 sayılı kararı ile getirilen bu tersine mutabakat (reverse consensus) kuralı, Komite'nin nihai karar mercii olma vasfını muhafaza ediyor olmasına rağmen Ombudsperson usulünü güçlendirmiştir.<sup>89</sup> Bu noktada vurgulanması gereken önemli bir husus da Ombudsperson'un listeden çıkarma taleplerinin, bugüne kadar hiçbir şekilde tersine mutabakat usulü ile işlenmemiş olmasıdır.<sup>90</sup> Bu da Ombudsperson kararlarının uygulanması için pratik kararlılığın da var olduğunu göstermektedir. BM Güvenlik Konseyi'nin 2011 tarih ve 1989 numaralı kararı ile getirilen tersine mutabakat kuralı hem ilgili devletlere yöneltilen bilgi taleplerinin ciddiye alınmasını sağlamakta, hem de Ombudsperson'un prosedürel olarak etkin bir mekanizma haline gel-

<sup>85</sup> ibid.

<sup>86</sup> ibid.

<sup>87</sup> Beukelmann (n 32) 504.

<sup>88</sup> Istrefi (n 9) 23-24.

<sup>89</sup> Beukelmann (n 32) 504; Istrefi (n 9) 24. Komite içinde bireysel dosyalarda mutabakatın zorluğunun politik sebeplerine dair bkz. Thomas Dörfler (2023) 'Why Rules Matter: Shaping Security Council Sanctions Policy in Counterterrorism and Beyond' 8:1 (2023) *Journal of Global Security Studies* 1-19.

<sup>90</sup> Fasciati (n 19) 161.

mesini sağlamaktadır.<sup>91</sup>

Ombudsperson kurumun işleyiş usulünün getirdiği yenilik ve iyileştirilmelerin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından İrtibat Noktası usulüyle kısaca karşılaştırılması yararlı olacaktır. Ombudsperson, İrtibat Noktası'nın aksine, başvuru sürecinin başından sonuna bütün usuli aşamaları yönetmektedir. Dahası, İrtibat Noktası usulünde başvuru, listeden çıkarılma konusundaki talebi bakımından bütün ispat külfetini üzerinde taşımakta iken, Ombudsperson usulünde ispat külfeti, listeleme talebinde bulunmuş olanlara terettüp etmektedir. Keza, Ombudsperson bir kişinin listeden çıkarılmasını tavsiye ettiğinde Yaptırım Komitesi'nin bu talebi reddedebilmesi için oybirliği ile karar alması gerekmektedir.

Ombudsperson'un kurumsal bağımsızlığı, ilgili kurumun gerekli ve yeterli bütçesel kaynaklara ve insan kaynağına da sahip olmasını gerektirmektedir. Hususen bilgi toplama ve diyalog aşamalarında, seyahat ve çeviri işlemleri bütçesel kaynak ve insan kaynağı ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.<sup>92</sup> Kurumun imkan ve kabiliyetleri bazı yazarlarca eleştirilmekte olsa da<sup>93</sup> Ombudsperson olarak atanan kişilerin özverili çalışmaları ile kurumun çalışma prosedüründe belirtilen sürelerle uyulmakta olduğu gözlenmektedir.

Bu çerçevede, Ombudsperson kurumunun terör listelerine karşı hukuki müracaat ve adil bir usuli güvence temin etme bakımından eksiklikleri olsa da önemli bir adım olduğu değerlendirilmektedir.<sup>94</sup> Kurum bağımsızlığı bakımından sorunlar olsa da uygulamada Ombudsperson kurumunun, değerlendirdiği birçok vakada ilgili kişinin listeden çıkarılmasını temin etmesi de göz önüne alınarak etkin koruma sağladığı ifade edilmektedir. Buna mukabil, kurumun nevi şahsına münhasır niteliği ayrıca vurgulanmalıdır. Ombudsperson aynı anda müdafî, savcı, hakim ve diplomat rollerinin hepsini birden bünyesinde toplamaktadır.<sup>95</sup>

Hülasa, Ombudsperson'un kurumsal çerçevesi çizilirken üç hususun vurgulanması gerekir. Birincisi, İrtibat noktasının eksiklikleri ve Kadı I kararının etkisiyle ihdas edilen Ombudsperson kurumu, yargısal bir organ olmayıp yarı idari yarı yargısal olarak nitelendirilen ombudsman kurumunun bir uygulaması teşkil etmektedir. İkincisi, mukayeseli hukukta ombudsman kurumunun sahip olması gerektiği savunulan bağımsızlık açısından değerlendirildiğinde Ombudsperson kurumunun eksiklerinin mevcut olduğu gözlenmektedir. Üçüncüsü, Ombudsperson'un kararları bağlayıcı nitelikte olmasa dahi ilgili kararların etkin sonuç doğurabilmesi için gerekli normatif ve pratik altyapı kurulmuştur.

## 4.2. ADİL YARGILANMA HAKKI BAĞLAMINDA OMBUDSPERSON KURUMU

Ombudsperson kurumu, Kadı I kararında yapılmış olan adil yargılanma hakkı bağlamındaki tespitlerin akabinde İrtibat noktasının eksiklikleri de gözetilerek ihdas edilmiş bir kurumdur. İrtibat noktası pratiğinden Ombudsperson'a geçiş adil yargılanma hakkının

<sup>91</sup> Prost (n 50) 184.

<sup>92</sup> Saura-Estapà (n 62) 195; Prost (n 50) 189.

<sup>93</sup> Dumoulin (n 65) 38.

<sup>94</sup> Istrefi (n 9) 24.

<sup>95</sup> Fasciati (n 19) 161.

sağlanması noktasında önemli ilerlemeler içermektedir. Prost, Ombudsperson kurumunun adil yargılanma hakkı bağlamında meydana getirdiği ilerlemeyi beş başlık altında incelemektedir. Bunlar, hakkında listeleme kararı verilen kişinin kararı ve gerekçesini öğrenme hakkının kuvvetlendirilmesi, bahse konu kişinin bu karar ve gerekçesine cevap verebilme hakkına kavuşması, ilgili sürecin bağımsız bir kontrole tabi tutulması imkanının oluşturulması, makul zamanda içinde ve gerekçeli olarak karar veren bir mekanizmanın kurulması ve genel manada etkili bir mekanizma ile adil yargılanma hakkının sağlanması için gerekli tüm vazgeçilmez hususları içeren bir mekanizmanın kurulmuş olması şeklinde ifade edilmiştir. Ombudsperson kurumunun prosedürel bağımsızlığı ve etkin karar verebilme kapasitesi bağlamında yapmış olduğumuz incelemede Prost'un saydığı husulardan üçüne (ie. hakkında listeleme kararı verilen kişinin kararı ve gerekçesini öğrenme hakkının kuvvetlendirilmesi, bahse konu kişinin bu karar ve gerekçesine cevap verebilme hakkına kavuşması, makul zamanda içinde ve gerekçeli olarak karar veren bir mekanizmanın kurulması) katıldığımızı ifade etmiş olduk. Ancak, Ombudsperson'un kurumsal ve organik bağımsızlığı bağlamındaki eksiklikler gözetildiğinde, ilgili prosedür ile adil yargılama hakkı için yeterli bağımsız bir dış denetim kurulduğu argümanına katılmamız mümkün değildir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, Ombudsman'ın klasik kurumsal yapısı düşünüldüğünde, adil yargılanma hakkına vurgu yapan Kadı kararlarının etkisi altında kurulmuş olan kurumun AB Adalet Divanı'nın tanımladığı şekliyle adil yargılanma hakkı bağlamında bir yargı organı olmadığı muhakkaktır.<sup>96</sup> Gerçekten de Güvenlik Konseyi ombudspersonu ne organik olarak yargı olarak nitelendirilmiş ne de kararlarına doğrudan bağlayıcı bir güç verilmiştir. Ancak, bu hususlar Ombudsperson kurumunun adil yargılanma hakkı bağlamında pozitif bir adım olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Kadı II kararında AB Adalet Divanı'nın Ombudsperson mekanizmasına karşı tavrı Prost tarafından talihsiz olarak nitelendirilmekte ise de bir önceki bölümde yapılmış olan tespitler AB Mahkemesinin bu kararında bir tutarsızlık olmadığını ortaya koymaktadır.<sup>97</sup>

## 5. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Çalışmamızın girişinde, yargı kurumu benzeri uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının uygulamada gittikçe önem kazanmaya başladığını ifade etmiştik. Hiç şüphesiz, Ombudsperson bu nevi kurumların başında gelmektedir. Önceki Ombudspersonlardan Fasciati'nin yerinde tespitine göre ideal bir kanun koyucu belki 2009 yılında ihdas edilen bu kurumdan çok farklı yapıda bir kurum inşa edebilirdi. Buna mukabil Güvenlik Konseyi ve dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan, aynı görüşte olan devletler grubunun ve AB adalet mekanizmalarının baskılarıyla günümüzdeki Ombudsperson kurumunu oldukça yaratıcı bir şekilde hayata geçirmiştir. Kurum bir mahkeme niteliğinde olmamakla ve yargısal denetime ilişkin bütün kıstasları karşılamasa da siyasi bakımdan mümkün olanın sınırları dahilinde olması ve aynı zamanda fiiliyatta çok etkin olması bakımından öne çıkmaktadır. Bu nedenle, klasik yargısal kurumların bütün unsurlarını bünyesinde taşıyor olması, bu

<sup>96</sup> Benzer yönde bkz. J. I. Garvey, 'Targeted Sanctions: Resolving the International Due Process Dilemma' 50 (2016) 50 *Texas International Law Journal* 551, 557.

<sup>97</sup> Prost (n 50) 187.

kurumu başlı başına değersiz kılmamalıdır.<sup>98</sup> Bu çerçevede, bugüne kadar hiçbir bir listeden çıkarma teklifi BM Güvenlik Konseyi tarafından geri çevrilmeyen Ombudsperson kurumunu bir başarı hikayesi olarak değerlendiren görüş yabana atılmamalıdır. Öte yandan, AB Adalet Divanı'nın Ombudsperson'u adil yargılama hakkı bağlamında tek başına yeterli görmediği Kadı II kararındaki yaklaşımının da Mahkeme'nin Kadı I içtihadı ve adil yargılanma hakkı bağlamındaki diğer kararları ile uyumlu olduğu gözetilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Beukelmann S., 'Vermögenssanktionen auf Grund von „UN-Terrorlisten“' (2013) *Neue Juristische Wochen Schrift-Spezial* 504-505.
- Boisson de Chazournes L., 'Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire Kadi' in: *Ombres et lumières du droit international - Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*. (Pedone, Paris 2016).
- Braconnier S., « La regulation des services publics », (2001) 1 RFDA.
- Conac P. H., « Un exemple étranger, la SEC aux États-Unis », in H. de Charrette (éd.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique* (Economica, 2002).
- Cornu G., *Vocabulaire juridique* (PUF, 10<sup>e</sup> éd., Paris, 2014).
- Document 11-31063 (F), 18 March 2011, Strasbourg.
- Dörfler T., 'Why Rules Matter: Shaping Security Council Sanctions Policy in Counterterrorism and Beyond' 8:1 (2023) *Journal of Global Security Studies* 1.
- Dumoulin L., 'Black lists et gel des avoirs: Bilan et perspectives du Médiateur du Comité 1267 des Nations unies' 1 (2013) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 23.
- Fasciati D. K., 'Due Process, Fairness, and Transparency – die Funktion der Ombudsperson für das Al-Qaida-Sanktionsregime der UN' recht (2021) 158.
- Fassbender B., 'Targeted Sanctions and Due Process', Study commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs, 20 March 2006.
- Garvey J. I., 'Targeted Sanctions: Resolving the International Due Process Dilemma' 50 (2016) 50 *Texas International Law Journal* 551.
- Genser J. and Barth K., 'When Due Process Concerns become Dangerous: The Security Council's 1267 Regime and the Need for Reform' 33:1 (2010) *Boston College International and Comparative Law Review* 1.
- Halatçı Ulusoy Ü., *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları* (Turhan, Ankara 2014).
- International Ombudsman Institute <<https://www.theioi.org/the-i-o-i>> Erişim tarihi: 2 Ocak 2024.
- Istrefi K., *European Judicial Responses to Security Council Resolutions: A Consequentialist Assessment* (Brill Nijhoff, Leiden 2018).
- Karagözoğlu C., 'Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi' (2019) *Public and Private International Law Bulletin* 39:1 217.
- Lang A., 'Alternatives to Adjudication in International Law: A Case Study of the Ombudsperson to the ISIL and Al-Qaida Sanctions Regime of the UN Security Council' (2023) 117:1 *The American Journal of International Law* 48.
- Marcou G., « Les autorités administratives « dépendantes » et « indépendantes » dans le domaine de

<sup>98</sup> Fasciati (n 19) 170.



l'intervention économique de la puissance publique. Une analyse sur des secteurs sélectionnés », in G. Marcou, J. Masing (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne* (Société de législation comparée, Paris 2011).

Prost K., 'The office of the Ombudsperson' in Jeremy Farrall, Hilary Charlesworth, *Strengthening the rule of law through the UN Security Council* (Routledge 2016).

Saura-Estapà J., 'The UN Security Council Ombudsperson: An Original Institution Still Under Construction' (2017) 54 *Revista Catalana de Dret Públic* 185.

Save The Children UK (2002), *Iraq Sanctions: Humanitarian Implications and Options for the Future*, ch. 2.

Stricker M., *Terrorlisten im Strafrecht* (Jan Sramek Verlag, Wien 2016).

Ulusoy A., *Bağımsız İdari Otoriteler* (Turhan Kitabevi, Ankara 2003).

Wolfrum R., 'Judicial Control of Security Council Decisions' Yearbook of Institute of International Law, Tallinn session, 12th Commission.