



# KÜRESEL BAKIŞ

## ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Altı Ayda Bir Yayınlanır)

21

YIL: 6, SAYI: 21, Aralık 2016

ISSN: 2146-1376



**SAHİBİ/OWNER**

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi

\*

**GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR**

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

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

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

\*

**KAPAK TASARIM/DESIGN**

Menekşe ÖRME

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

**PUBLICATION MANAGEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

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

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

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

**BASKI**

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

## YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.
2. Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılır. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
3. Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, makalesinin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren yazının yanı sıra, makalenin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren izin yazılarının (e-posta yolu ile de alınmış olabilir) Türkiye Adalet Akademisi Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanlığına ulaştırılması gerekmektedir.
4. Çevirilerin öncelikle [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) internet sitesinden "makale ve çeviri gönder" bölümünden gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orjinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11.5 Times New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
6. Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelemek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.
7. Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
8. Yazarlara ve hakemlere "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Teklif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik" hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.
9. Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

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

## DANIŞMA KURULU\*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN  
Prof. Dr. Adem SÖZÜER  
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN  
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN  
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ  
Prof. Dr. Ali Şafak BALI  
Prof. Dr. Arzu OĞUZ  
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER  
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA  
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU  
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ  
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN  
Prof. Dr. Cem BAYGIN  
Prof. Dr. Cemal ŞANLI  
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN  
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA  
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN  
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ  
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ  
Prof. Dr. Emine AKYÜZ  
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY  
Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR  
Prof. Dr. Ersan ÖZ  
Prof. Dr. Faruk TURHAN  
Prof. Dr. Feridun YENİSEY  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
Prof. Dr. Fügen SARGIN  
Prof. Dr. Halil AKKANAT  
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU  
Prof. Dr. Hamide ZAFER  
Prof. Dr. Hasan AYRANCI  
Prof. Dr. Hasan BACANLI  
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR  
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU  
Prof. Dr. Hasan TUNÇ  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ  
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
Prof. Dr. İsmail KAYAR  
Prof. Dr. İsmail KIRCA  
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ  
Prof. Dr. Kadir ARICI  
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL  
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK  
Prof. Dr. Kudret GÜVEN  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN  
Prof. Dr. Mehmet DEMİR  
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK  
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE  
Prof. Dr. Mahmut KOCA  
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR  
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN  
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU  
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU  
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN  
Prof. Dr. Murat ATALI  
Prof. Dr. Murat DOĞAN  
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN  
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA  
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN  
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM  
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK  
Prof. Dr. Nevzat KOÇ  
Prof. Dr. Nihat BULUT  
Prof. Dr. Nuray EKŞİ  
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR  
Prof. Dr. Osman DOĞRU  
Prof. Dr. Osman İSFEN  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT  
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK  
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ  
Prof. Dr. Süha TANRIVER  
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN  
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK  
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR  
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANİTEZ  
Prof. Dr. Yavuz ATAR  
Prof. Dr. Yener ÜNVER  
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ  
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ  
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

\* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER

Avrupa Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 Tarihli Google Unutulma Hakkı Kararının Uygulanması Hakkında Yönerge.....	1
<i>Çeviren: Sena KONTOĞLU</i>	
Güney Çin Denizi Tahkim Davası (Filipinler Cumhuriyeti/Çin Halk Cumhuriyeti).....	21
<i>Çeviren: Selahattin DOĞAN</i>	
İnsan Hakları Son Ütopya Mı?.....	39
Yazar: Emrah AKYÜZ <i>Çeviren: Hüseyin GÖKTEPE</i>	
Ceza Hukuku Açısından Terörizmin Takibi ve Avrupa Birliği Hukuku Etkisi Altındaki Politik Aşırılık.....	49
Yazar: Prof. Dr. Mark A. Zöllner, Trier <i>Çeviren: Dr. jur. H. Sefa ERYILDIZ, LL.M. (Berlin FU)</i>	
Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Radislav Krstić Kararı.....	71
<i>Çeviren: Dr. Fatih Halil KAPLAN</i>	

***Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin Tarandığı Veri Tabanı:***



**MADDE 29 VERİ KORUMA ÇALIŞMA GRUBU**  
**AVRUPA ADALET DİVANI'NIN 13 MAYIS 2014 TARİHLİ GOOGLE**  
**UNUTULMA HAKKI KARARININ UYGULANMASI HAKKINDA YÖNERGE**

(AVRUPA ADALET DİVANI'NIN "GOOGLE İSPANYA VE GOOGLE INC  
KARŞI AGENCIA ESPAÑOLA DEPROTECCIÓN DE DATOS (AEPD) VE MARIO  
COSTEJAGONZÁLEZ TARAFINDAN AÇILAN" DAVADA VERİLEN C-131/12  
KARARININ UYGULANMASI HAKKINDA YÖNERGE)

**KABUL TARİHİ 26 KASIM 2014**

*Çeviren: Sena KONTOĞLU\**

Bu yönerge ile oluşturulan Çalışma Grubu 95/46/EC sayılı Direktif'in\*\* 29. Maddesi gereğince kurulmuştur. Verilerin korunması ve mahremiyeti üzerine bağımsız bir Avrupa danışma kuruludur. Görevleri 95/46/EC sayılı Direktif'in 30. Maddesinde ve 2002/58/EC sayılı Direktif'in 15. Maddesinde tanımlanmıştır.

Çalışma grubunun Sekreteryası Avrupa Komisyonu'nun C Müdürlüğü (Temel Haklar ve Birlik Vatandaşlığı), Directorate General Justice, B-1049 Brussels, Belgium, Office No MO-59 02/013, tarafından sağlanır.

İnternet Sitesi: [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm)

## **YÖNETİCİ ÖZETİ**

### **1. Veri denetleyicileri<sup>(1)</sup> olarak arama motorları**

Karar; arama motorları operatörlerini, 95/46/EC sayılı Direktif'in 2. Maddesi kapsamında kişisel verileri işleyen ve veri denetlemeye yetkili olanlar olarak kabul eder. Arama motoru tarafından yapılan kişisel verilerin işlenmesi, üçüncü

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi, senakont@outlook.com

\*\* Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>

<sup>1</sup> Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi'nin 2. Maddesi: "...(d) "denetleyici", kişisel verileri işleme araçlarını ve amaçlarını tek başına ya da diğerleriyle müştereken belirleyen gerçek veya tüzel kişiyi, kamu makamını, devlet dairesini veya başka bir kuruluşu kastedecektir; işleme amaçları ve araçları ulusal veya Topluluk hukuku veya yönetmelikleriyle belirlendiğinde, denetleyici veya atanması için özel kriterler, ulusal veya Topluluk hukukuyla belirlenebilir;" <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>

taraf internet sitelerinin yayıncıları tarafından yapılanlardan ayırt edilmelidir; arama motorlarının bu işlemleri üçüncü taraf internet sitelerinin yayıncılarının yaptıklarına ilave olarak yapılır.

## **2. Temel haklar ve menfaatler arasında adil denge**

Avrupa Adalet Divanı'nın (Mahkeme, AAD) kararında: "işbu işleminin, gizliliğe ve veri korunmasına ilişkin temel haklara ciddi tehlike teşkil edebileceği göze alındığında; genel kural olarak, veri sahibinin hakları, arama motorunun ve arama motoru üzerinden kişisel bilgilere erişen internet kullanıcılarının maddi menfaatlerine göre daha üstündür". Ancak, ilgili hak ve menfaatler arasında işlenen verilerin niteliği ve hassasiyeti ile kamunun söz konusu verilere erişimindeki çıkarına bağlı olarak bir denge kurulmalıdır. Veri öznesi kamu hayatında önemli bir rol oynuyorsa halkın menfaati daha büyük olacaktır.

## **3. Bilgiye erişim konusunda listeden çıkarmanın sınırlı etkisi**

Uygulamada, bireylerin ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakları üzerinde listeden çıkarmanın etkisi çok sınırlı olmaktadır. İlgili koşulları değerlendirirken, Avrupa Veri Koruma Makamları (VKM) kamunun bilgiye erişimindeki menfaatlerini sistematik bir şekilde göz önünde bulunduracaktır. Kamunun menfaati veri öznesinin haklarına üstünse listeden çıkarma uygun olmayacaktır.

## **4. Hiçbir bilgi orijinal kaynağından silinmez**

Karar, hakkın yalnızca bir kişinin adı üzerine yapılan aramalardan elde edilen sonuçları etkiler ve arama motorunun indekslerinden tamamen silinmesini gerektirmediğini belirtir. Yani, orijinal bilgiye farklı arama terimleri kullanılarak, ya da yayıncının orijinal kaynağından doğrudan erişilebilecektir.

## **5. Veri öznelerinin hiçbir şekilde orijinal internet sitesi ile irtibata geçme yükümlülüğü yoktur**

Bireyler arama motorlarına karşı haklarını kullanmak için orijinal internet sitesine başvurmak zorunda değildirler. Veri koruma yasası denetleyici olarak görev yapan arama motorunun faaliyetleri için de uygulanır. Bu nedenle veri özneleri haklarını, 95/46/EC sayılı Direktif ve daha özel olarak, bunu uygulayan ulusal yasalara göre kullanabileceklerdir.

## **6. Veri öznelerinin listeden çıkarmayı talep hakkı**

AB yasalarına göre herkes veri koruma hakkına sahiptir. Uygulamada VKM, veri öznesi ve AB arasında bariz bir bağlantı olduğu durumlar üzerinde duracaktır, örneğin veri öznesinin bir AB Üye Devleti'nin vatandaşı yahut mukimi olduğu durumlarda.



## **7. Listedeki çıkarılma kararının bölgesel etkisi**

Veri öznesinin haklarına Mahkeme'nin kararında tanımlandığı üzere tam işlerlik kazandırmak için, kararların uygulanması, veri öznesinin haklarına etkili ve tamamen koruma sağlayacağı ve AB hukukunun etkisiz bırakılmayacağı şekilde uygulanmalıdır. Bu bağlamda, "kullanıcılar arama motorlarına ulusal sahalardan ulaşma eğilimindedirler" gerekçesiyle listeden çıkarılmanın AB sahasına sınırlandırılması, veri öznelerinin haklarının yeterli derecede sağlanması için karara göre uygun bir yol sayılamaz. Uygulamada bu, listeden çıkarılmanın, .com dâhil olmak üzere, her durumda etkili olması gerektiği anlamına gelmektedir (ilgili ülke uzantıları ile birlikte .com adresli sayfalarda da listeden çıkarılma kararı etkili olmalıdır).

## **8. Belirli bağlantıların listeden çıkarılması hakkında kamuoyuna bilgi**

Veri koruma kuralları çerçevesinde arama motoru kullanıcılarını, sorgulama sonuçlarının Avrupa veri korumasının uygulanması sonucu tam olmadığı hakkında bilgilendirme gerekliliğine ilişkin herhangi bir yasal zorunluluk yoktur. Böyle bir uygulama yalnızca belirli bir şahsın kendisi hakkındaki sonuçların listeden çıkarılmasını talep etmesi üzerine bu durumun arama motoru kullanıcıları tarafından anlaşılabilmesi halinde mümkündür.

## **9. Belirli bağlantıların listeden çıkarılması hakkında internet editörlerine bildirim**

Arama motorları genel olarak uygulamada, listeden çıkarılmadan etkilenen sayfaların yöneticilerini bazı internet sayfalarına özel bir isme dayanan aramaya cevaben girilemediğini bildirmemelidir.

Bazı durumlarda, arama motorları herhangi bir listeden çıkarılma kararı öncesinde, bu istekle ilgili sebeplerin değerlendirilmesinde ek bilgi edinmek amacıyla, öncesinde orijinal yayıncı ile bağlantı kurmak isteyebilir.

Arama motorlarının internette bilgilerin yayım ve ulaşımında oynadıkları büyük rol ve sayfa yöneticilerinin kullanıcıların sorgularına yönelik bilginin indeksleme ve sunumu ile ilgili haklı beklentileri göz önünde bulundurulduğunda, Madde 29 Çalışma Grubu (Çalışma Grubu) arama motorlarının kullandıkları listeden çıkarılma kriterlerini sunmalarını ve daha detaylı istatistik yayınlamalarını şiddetle teşvik eder.

## BÖLÜM I: AAD Kararının Yorumu

Bu belge Çalışma Grubunda toplanan VKM'nin "Google İspanya, Google Inc, Karşı İspanyol Veri Koruma Kurumu ('İVKK'), Mario Costeja González" (C-131/12) davasındaki AAD kararını nasıl uygulamayı amaçladığı hakkında bilgi vermek için düzenlenmiştir. Ayrıca arama motorlarının listeden çıkarma taleplerini retleri üzerine ulusal makamlara yapılan şikayetleri değerlendirirken VKM'nin, her olay için ayrı ayrı uygulayacağı genel kriter listesini de içerir. Kriterler, ilgili ulusal mevzuata göre uygulanacaktır. Hiçbir kriter tek başına kendiliğinden belirleyici değildir. Kriter listesi kesin değildir ve VKM'nin mevcut uygulamaları ve tecrübeleri ile zamanla geliştirilecektir.

### A. Denetleyici olarak arama motorları ve hukuki gerekçe

1. Karar, arama motorlarının kişisel verileri ele aldığını ve bunu 95/46/EC sayılı Direktif'in 2. Maddesi kapsamındaki denetleyici olarak yaptığını kabul eder (§§ 27, 28 ve 33).
2. Arama motoru tarafından yapılan kişisel verilerin işlenmesi, üçüncü taraf internet sitelerinin yayıncıları tarafından yapılanlardan ayırt edilmelidir; arama motorlarının bu işlemleri üçüncü taraf internet sitelerinin yayıncılarının yaptıklarına ilave olarak yapılır.(§ 35).
3. AB Direktifi kapsamında bu işlem için hukuki gerekçe Madde 7(f)'te bulunur. Verinin verildiği denetleyici veya üçüncü kişilerin meşru menfaatlerinin gerekliliği esas alınır (§ 35).
4. Bir arama motoru operatörü tarafından yürütülen işlemler, işbu arama motoru aracılığıyla yapılan arama, kişinin adı temelinde yapıldığında mahremiyet ve şahsın kişisel verilerinin korunmasına dair temel haklarını önemli derecede etkileyebilir. Çünkü o işleme herhangi bir internet kullanıcısının arama sonuçları listesi aracılığıyla bu kişiyle ilgili olarak internette bulunabilen (arama motoru olmaksızın bağlantısı kurulamayan veya kurulması büyük zorluklarla mümkün olan, özel hayatının ilgili çok sayıda yönünü ilgilendirebilecek bilgiler) ve böylece kişi hakkında aşağı yukarı daha ayrıntılı bir profilin oluşturulmasına olanak tanıyacak bilgi sunar. Dahası, veri öznesinin bu haklarına müdahalenin etkisi, aynı anda her yerde arama sonucu listelerinde bulunan bilgileri sunan internet ve arama motorlarının önemli rol oynadığı modern toplumda artmaktadır (§ 80).

5. Kararda, genel kural olarak arama motorunun yaptığı işlemeyi meşrulaştırabilecek menfaat dengeleri dikkate alınmıştır. Arama motorunun ekonomik menfaati karşısında, bu işlemenin mahremiyet ve veri korumasına ilişkin temel hakların üzerindeki muhtemel etkisi göz önünde bulundurulduğunda veri öznesinin hakları üstündür. Veri öznelerinin isimleri kullanılarak arama motoru aracılığıyla yapılan aramaların sonuçlarına erişimi olan internet kullanıcılarının hakları karşısında da veri öznesinin hakları üstündür. Fakat farklı haklar ve menfaatler arasında bir denge kurulması gerekmektedir ve sonuç işlenen bilginin doğası ve hassasiyeti ve kamunun işbu bilgiye erişimindeki menfaatlerine, özellikle veri öznesinin kamu hayatında oynadığı role göre değişebilir (§ 81).
6. Veri özneleri bir kişinin adına dayanan aramalar sonucu çıkan sonuçlar listesinden üçüncü kişiler tarafından kendileriyle ilgili bilgilerin yayımlandığı internet sayfalarına bağlantıların listeden çıkarılmalarını talep edebilirler. 95/46/EC sayılı Direktif'in 12 ve 14. Maddelerinde belirtilen şartların sağlanması durumunda bu hakkı kazanmış olurlar.
7. Orijinal yayıncılar ve arama motorları tarafından yapılan yayınlara ilişkin hukuki gerekçeler farklıdır. Arama motorunun yayına ilişkin hukuki gerekçesi farklı unsurların (kamu menfaati, kamu ilgisi, verinin doğası, asıl ilgisi...) değerlendirilmesini kapsar. Bu hukuki gerekçe, arama motorları aracılığıyla arama terimi olarak isim kullanarak bilgiye erişimi olan kullanıcıların ve arama motorunun ekonomik menfaatinden kaynaklanır. Bu nedenle orijinal yayıncının (devamlı) yayınının meşru olduğu hallerde bile, işbu bilginin, aynı kişiye ilişkin diğer bilgiler ile birlikte, arama motorundan evrensel erişimi ve yayılımı, gizliliğe oransız etkisinden dolayı arama motorunun yayını yasadışı olabilir.  

Karar gereğince, arama motorlarının her zaman tüm işledikleri verilere ilişkin değerlendirme yapmaları gerekmez. Yalnızca veri öznelerinin haklarını kullanma taleplerine ilişkin işlenen verilerin değerlendirilmesi gerekir.
8. Arama motorlarının kişisel veri işlemlerindeki menfaatleri ekonomiktir. Fakat internet kullanıcılarının arama motoru kullanarak bilgi almalarında da menfaatleri vardır. Bu bağlamda Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 11. maddesinde "bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğü" olarak tanınan temel hak olan ifade özgürlüğünün veri öznelerinin talepleri değerlendirilirken dikkate alınması gerekmektedir.

9. Kişilerin haklarını, orijinal yayıncıların ve kullanıcıların ifade özgürlükleri üzerinde kullanmasının etkisi genel olarak çok sınırlı olacaktır. Arama motorları her isteğe ilişkin koşulları değerlendirirken kamunun bilgiye erişimdeki menfaatini göz önünde bulundurmalıdır. Eğer kamunun bilgiye erişimindeki menfaati üstünse, sonuçlar listeden kaldırılmamalıdır. Ancak belirli bir arama sonucu listeden kaldırılrsa bile, kaynak sitesindeki içerik mevcuttur ve bu bilgiye farklı arama terimleri aracılığıyla arama motorlarından erişilebilir.

## **B. Hakların kullanımı**

10. Veri koruma kanunu, denetçi olarak hareket eden arama motorlarının faaliyetlerine uygulanır. Bu nedenle, veri özneleri haklarını 95/46/EC sayılı Direktif ve daha önemlisi, bunu uygulayan ulusal yasalara göre kullanabilmelidirler.
11. Kişiler, arama motorlarına karşı haklarını kullanmak için öncesinde ya da eşzamanlı olarak orijinal siteyle iletişime geçmek zorunda değildirler. Çünkü farklı meşruiyet gerekçeleri ve kişilerin hak ve menfaatleri üzerinde farklı etkileri olan iki farklı işleme faaliyeti mevcuttur. Kişi duruma göre, bilginin silinmesini yahut bilgiye “no index” protokollerin uygulanmasını önce orijinal sayfa yöneticisiyle iletişime geçerek talep edebilir, fakat karar bunu zorunlu kılmamaktadır.
12. Aynı nedenle, kişi bir veya daha fazla arama motoru seçerek arama motorlarına ilişkin haklarını nasıl kullanacağına karar verebilir. Bir ya da daha fazla arama motoruna talep sunarak kişi, işlenen bilginin bir ya da daha fazla arama motorundaki görünüşünün etkisinin değerlendirmesini yapmaktadır. Bu değerlendirme ile de bu etkileri azaltmak veya ortadan kaldırmak için yeterli olacak çareler üzerinde bir karar verir.
13. 95/46/EC sayılı Direktif hakların kullanımı hakkında özel bir hüküm içermese de, çoğu ulusal veri koruma yasası bu konuda çok fazla esneklik sağlar ve veri öznelerine, denetleyicinin “ad hoc” (geçici) usulü kurmuş olabildiğini hesaba katmaksızın, taleplerini farklı yollarla ileri sürme imkânı sunar.

Sonuç olarak, tüm AB üye devletlerindeki olası bütün yasal gerekliliklerle aynı çizgide olacak en iyi uygulama olarak, veri özneleri haklarını herhangi yeterli bir yol aracılığıyla arama motorlarıyla kullanabilmelidirler. Arama motorları tarafından geliştirilmiş olabilecek özel mekanizmaların, yani çevrimiçi işlemler ve elektronik formlar kullanımının avantajları olabilir ve kolaylıkları nedeniyle bu mekanizmaların kullanılmaları tavsiye olunur. Fakat veri öznelerinin haklarını kullanmaları için tek yol bunlar olmamalıdır.

14. Aynı sebeplerden ötürü arama motorları, talepte bulunmak için şartlara, verilecek cevapların zaman dilimleri ve içeriklerine ilişkin ulusal veri koruma yasalarına uymalıdır. Özellikle veri öznesi bazı bağlantıların listeden çıkarılmasını talep ettiğinde veri denetleyicisi bir çeşit kimlik isteyebilir; fakat bu istek, talepte bulunanın kimliğinin teyit edilmesi için ulusal yasaların gerektirdiği doğrultuda olmalıdır. Denetleyici kimlik bilgilerini toplarken gerekli koruma önlemleri yerinde olmalıdır.

Arama motorunun olayın tüm şartlarının gerekli değerlendirmesini yapabilmesi için, veri özneleri neden listeden çıkarma talebinde bulduklarını etkin bir şekilde açıklamalı, özel URL'leri ve kendilerinin kamu hayatında önemli bir rol oynayıp oynamadıklarını belirtmelidirler.

15. Bir arama motoru listeden çıkarma talebini reddettiğinde, veri öznesine reddin sebebi hakkında yeterli bir açıklama sunulmalıdır. Ayrıca veri öznelerini, verilen cevap ile tatmin olmadıkları takdirde VKM'ye veya mahkemeye başvurabilecekleri hakkında bilgilendirmelidirler. Bu şekil açıklamalar veri özneleri tarafından VKM'ye bildirilmelidir, zira VKM buna atıfta bulunmaya karar verebilir.

16. Karar Google'ın AB'deki bağlı ortaklıklarının, şirketin kuruluşları olduğunu ve Google'ın arama motorunda kişisel veri işleminin bu kuruluşların faaliyetleri kapsamında yapıldığını kabul etmektedir; bu da AB veri koruma kurallarını uygulanabilir kılmaktadır.

95/46/EC sayılı Direktif, üye devletlerde bulunan denetleyicilerin kuruluşlarının sorumluluklarına yönelik özel bir düzenleme içermemektedir. Tek atıf Madde 4.1.a da bulunur. Bu maddeye göre: "birkaç üye devlette aynı denetleyici bulunduğu, denetleyici, her kuruluşun uygulanabilir ulusal hukuk tarafından koyulan yükümlülüklerle uygun olduğunu sağlamak için gerekli önlemleri almalıdır. Bu hüküm 95/46/EC sayılı Direktif'in önsözündeki 19. beyanda "tek denetleyici birkaç üye devlette mevcut olduğunda, özellikle bağlı ortaklıklar aracılığıyla; denetleyici, ulusal kuralların dolanılması önlemek için, her kuruluşun, faaliyetlerine uygulanabilen ulusal hukukun getirdiği yükümlülüklerini yerine getirdiğini sağlamalıdır".

Kararın ve veri koruma yasalarının etkili bir şekilde uygulanması, veri öznelerinin haklarını mukimi oldukları devlette arama motorlarının ulusal şubeleriyle kullanabilmelerini ve VKM'nin veri özneleri tarafından ileri sürülen talep veya şikâyetlere ilişkin bunların ilgili ulusal şubeleriyle iletişime geçebilmesini gerektirir. Bu ortaklıklar tabii ki talepleri ele almak için, ya direkt olarak ya da talepleri şirketin başka kuruluşlarını ileterek, iç usulleri takip etmekte serbesttirler. Ayrıca, ilk olarak veri öznelerine, şirket tarafından geliştirilen "ad hoc" (geçici) usulleri ve ilgili elektronik formları kullanmalarını tavsiye etmelerini beklemek mantıklıdır. Fakat veri öznesi ulusal şubeyle iletişime geçmekte ısrarcı ise, talebi reddedilmemelidir.

### C. Kapsam

17. Karar özellikle genel arama motorlarını hedef alır, fakat bu diğer araçlara uygulanamayacağı anlamına gelmez. Haklar, kararda belirtilen şartlar sağlandığı zaman kullanılabilir.
18. İnternet sayfalarına dâhil olan arama motorları “harici” arama motorlarıyla aynı etkileri oluşturmaz. Bir taraftan, bunlar (internet sayfalarına dahil olan arama motorları) yalnızca belirli internet sayfalarında bulunan bilgiyi toplarlar. Diğer taraftan, kullanıcı aynı kişiyi birden fazla internet sayfasında arasa bile dâhili arama motoru etkilenen şahsın eksiksiz profilini oluşturmayacaktır ve sonuçların kişi üzerinde önemli bir etkisi olmayacaktır. Dolayısıyla kural olarak, listeden çıkarılma hakkı hareket alanı dar olan (özellikle gazetelerin internet sayfalarının söz konusu olduğu durumlarda) arama motorlarına uygulanmamalıdır.
19. Kararın açıkça birkaç paragrafta atıf yaptığı AB Temel Haklar Şartı'nın 8. Maddesi, “herkese” veri koruma hakkı tanımaktadır. Uygulamada, VKM veri öznesi ve AB arasında bariz bir bağlantı olduğu durumlar üzerinde duracaktır, örneğin veri öznesinin bir AB üye devletinin vatandaşı yahut mukimi olduğu durumlarda.
20. Mahkeme tarafından da belirtildiği gibi, AB hukuku uygulanacaktır ve hüküm, “üçüncü kişilerce yayınlanan veya internete koyulan bilgileri bulma, bunları otomatik olarak indeksleme, geçici olarak saklama ve son olarak, tercihe göre belirli bir sıraya göre internet kullanıcılarına sunmada” mevcut bir işleme operasyonuna göre uygulanmalıdır. AAD “95/46/EC sayılı Direktif'in Madde 12(b)si ve Madde 14'ün 1. Fıkrasının (a) bendi öyle yorumlanmalıdır ki, bu düzenlemelerde ortaya koyulan haklara uygun olması ve bu düzenlemelerde ortaya koyulan şartların sağlanması için, arama motorunun işletmecisi bir kişinin adı temelinde yapılan aramaların sonucunda üçüncü kişiler tarafından yayınlanan ve o kişiyle ilgili bilgi bulunan internet sitelerine bağlantıları kaldırmakla yükümlüdür” demektedir.

Son olarak, Mahkeme ayrıca “faaliyetin amaç ve araçlarını belirleyici olarak arama motoru işletmecisinin sorumlulukları, yetkileri ve imkânları çerçevesinde, faaliyetin 95/46/EC sayılı Direktif'in getirdiği yükümlülükleri sağladığını ve veri öznelerinin, özellikle mahremiyet haklarının, esaslı ve etkili korunmalarının sağlanması için Direktif tarafından koyulan teminatların tam etkili olmasını sağlamalıdır” demektedir.

Karar böylece, arama motoru tarafından yapılan tüm işleme faaliyetlerini etkileyen bir yükümlülük sonucu getirmiştir. Kararın uygun uygulanması; veri öznelerinin, kişilerin isimleri üzerine yapılan aramalar sonucu arama motorları

tarafından sunulan kişisel bilginin genel yayım ve erişiminin etkisine karşı etkili bir şekilde korunabilecekleri şekilde olmalıdır.

Her ne kadar somut çözümler arama motorlarının iç organizasyon ve yapısına bağlı olsa da, listeden çıkarma kararları bu hakların etkili ve esaslı korunmasını ve AB hukukunun kolayca dolanılmamasını sağlayacak şekilde uygulanmalıdır. Bu anlamda listeden çıkarmaları, kullanıcıların arama motorlarına kendi ulusal alanlarından eriştiklerini öne sürerek AB alanlarıyla sınırlandırmak karara göre, veri öznelerinin haklarını yeterli bir şekilde temin etmek için yeterli bir yol sayılamaz. Uygulamada bu, listeden çıkarmanın, .com da dâhil olmak üzere, tüm ilgili alanlarda etkili olması gerektiği anlamına gelir.

21. Maddi bakış açısından, daha önce de bahsedildiği gibi, karar açıkça hakkın yalnızca kişinin adı üzerinden yapılan aramalardan elde edilen sonuçları etkilediğini belirtir, hiçbir zaman sayfanın arama motorunun indekslerinden tamamen silinmesi gerektiğini ileri sürmez. Hükmün daha fazla belirtme yapmadan "isim" terimini kullandığından bahsetmekte fayda vardır. Buradan hakkın, ismin farklı versiyonlarını da, yani aile isimleri veya farklı yazımları da kapsadığı sonucuna varılabilir.

#### **D. Üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi**

22. Bazı arama motorlarının arama motorları kullanıcılarını sistematik olarak bazı arama sonuçlarının listeden çıkarıldıklarına dair bilgilendirdikleri görülmektedir. Eğer böyle bilgiler sadece bağlantıların listeden çıkarıldığı arama sonuçlarında görünür olsalardı, bu kararın amacını zayıflatmış olurdu. Böyle bir uygulama sadece bilginin, kullanıcıların belirli bir kişinin kendileri hakkındaki sonuçların listeden çıkarılmasını talep ettiği sonucuna varamayacakları şekilde sunulduğunda mümkündür.

Uyarı ve açıklamaların kullanımları kullanıcıların yanlış yahut doğru olmayan sonuçlara varmalarını önlemek üzere uygun bir şekilde yapılmalıdır. Bu açıklamaların, belirli bir tip arama terimine (yani isimler kullanıldığında) dayanılarak yapıldığında beraberinde getirdiği zorluklar göz önüne alındığında, bu bilgilerin arama motorlarının internet sayfalarında bulunan kalıcı genel bir açıklama aracılığı ile sağlanmaları önerilir.

23. Arama motoru yöneticileri, genel bir uygulama olarak, listeden çıkarmadan etkilenen sayfaların yöneticilerini, bazı internet sayfalarına belirli sorgulamalara cevaben arama motoru aracılığıyla erişim olmadığı hakkında bildirmemelidirler. Böyle bir iletişimin AB veri koruma yasaları altında hukuki bir gereksesi yoktur.

Daha önce de söylendiği gibi, arama motorları tarafından yapılan işlemin yasal zemini ile orijinal yayıncı tarafından yapılan işlemin hukuki gerekçesi arasında önemli fark vardır. Madde 7.f verinin gösterildiği denetleyici veya üçüncü kişi veya kişilerin aradıkları meşru menfaatlerine, veri öznesinin temel hak ve özgürlükleri için menfaatleri bu menfaatlere üstün olduğu durumlar dışında gerekli işleme faaliyetleri için yasal zemin oluşturur. Orijinal sayfa yöneticilerinin bu bilgiyi almalarındaki menfaatleri birçok sebepten ötürü şüphelidir. Bir yandan, yalnızca bir kişinin ismi için bir arama sonucundaki bir bağlantının listeden çıkarılması, daha önce de betimlendiği gibi, sınırlı etkiye sahiptir. Diğer yandan, üzerinde hiçbir kontrol veya etkileri olmayan denetleyicinin yürüttüğü işleme faaliyetini etkilediği için orijinal sayfa yöneticileri alınan bu bilgiyi etkili kullanamazlar. Aslında arama motorları, yayıncıların içeriklerinin indekslenmesi ve gösterilmesinin veya belirli bir sırayla gösterilmesinin, yayıncıların yasal bir hakkı olduğunu kabul etmezler.

Her koşulda söz konusu menfaat ile veri öznesinin hak, özgürlük ve menfaatleri arasındaki denge gözetilmelidir.

AB veri koruma yasasının hiçbir düzenlemesi arama motorlarının orijinal sayfa yöneticileriyle içeriklerinin listeden çıkarıldığı hakkında iletişime geçmesini zorunlu kılmaz. Böyle bir iletişim çoğu durumda kişisel veri işlemesidir ve bu yüzden bu iletişimin meşru olması için düzgün bir yasal zemin gerektirir. 95/46/EC sayılı Direktif'in 7. Maddesinde düzenli olarak asıl denetleyicilere listeden çıkarma kararlarının iletilmesi için yasal bir temel bulunmaz.

Diğer yandan arama motorlarının, listeden çıkarma kararı verilmeden, özellikle zor durumlarda, durumun şartları hakkında daha kapsamlı bir bilgi edinilmesi gerektiğinde, orijinal yayıncılarla iletişime geçmeleri meşru olabilir. Öyle durumlarda arama motorları, etkilenen veri öznesinin haklarını düzgün bir şekilde muhafaza etmek için gerekli bütün tedbirleri almalıdırlar.

Arama motorlarının internette yayımlanan bilgilerin yayımı ve erişiminde oynadıkları önemli rol ve sayfa yöneticilerinin kullanıcıların sorgulamalarına cevaben bilginin indekslenmesi ve görünümüne ilişkin meşru beklentileri göz önünde bulundurulduğunda Çalışma Grubu, arama motorlarının kendi listeden çıkarma kriterlerini yayınlamalarını ve daha detaylı istatistik sunmalarını şiddetle teşvik eder.

### **E. Veri Koruma Makamlarının görevi**

24. AAD kararının yeni unsurlarına rağmen, belirli bir sonucun listeden çıkarılıp çıkarılmamasına karar verilmesi, arama motoru tarafından yapılan kişisel veri işlemesinin veri koruma prensiplerine göre yapılıp yapılmadığı araştırmasını kapsar. Bu bakımdan Çalışma Grubu, arama motorlarının kısmi



veya tamamen reddi üzerine veri özneleri tarafından yapılacak başvuruların mümkün olduğunca VKM tarafından Direktif'in 28(4) Maddesinde öngörüldüğü şekilde ele alınması gerektiği kanaatindedir. Buna göre bu başvurular, VKM tarafından ulusal mevzuat kapsamında diğer iddia/şikâyet/uzlaştırma talepleri gibi ele alınacaktır.

25. Çalışma Grubu'nun Başkanı yetkili VKM'nin hangi AB kuruluşu ile iletişime geçeceğini aydınlatmak için arama motoruyla iletişime geçecektir. Gerekli olduğunda, bu danışmanın sonuçlarını kamuoyuna duyuracaktır.

## BÖLÜM II

### Şikayetlerin Ele Alınması İçin Avrupa Veri Koruma Makamları Tarafından Yapılan Genel Kriter Listesi

13 Mayıs 2014 tarihli kararında AAD, veri koruma yasasının arama motorlarına uygulanmasını netleştirmiştir. Kullanıcıların, belirli şartlar altında kendi isimleriyle arama motorlarında yapılan aramalarda çıkan sonuçların, kendi gizliliklerini etkileyen bilgilere belirli bağlantıların listeden çıkarılmasını talep edebileceğini hükmetmiştir.

Bir arama motoru böyle bir talebi reddederse, veri öznesi durumu VKM önüne veya ilgili yargı merciine, gerekli kontrolleri yapmaları ve ulusal hukuktaki yetkileri doğrultusunda bir karar almaları için başvurabilir.

Veri öznesinin “[bir arama motorundan] [kendisiyle kişisel olarak ilgili olan] bilginin sonuçlar listesinde dâhil edilmek suretiyle artık kamuoyuna sunulmamasını talep edebileceği” AAD kararının devamıdır. Mahkeme ayrıca “bu haklar, kural olarak, sadece arama motorunun işleyicisinin ekonomik menfaatine değil, ayrıca kamuoyunun veri öznesinin ismi aracılığıyla arama sonucu o bilgiye erişimindeki menfaatine üstündür” kararı vermiştir. Bu hakkın varlığı AAD tarafından AB Temel Haklar Şartı Madde 7 ve 8 ışığında tanınan temel haklar ve Madde 12(b)’nin ve 95/46/EC sayılı Direktif’in 14. Maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin uygulanmasında kabul edilmiştir.

Mahkeme bu genel kuralın bir istisnasının varlığını “veri öznesinin sosyal hayatta oynadığı rol gibi özel gerekçelerle, temel haklarına müdahale kamuoyunun sonuçlar listesine dahil olmasından dolayı söz konusu bilgiye erişmeye yönelik ağır basan menfaatiyle meşru kılınıyorsa, bu durum söz konusu olmayacaktır” şeklinde belirtmiştir.

Şimdiye kadar alınan, arama motorları tarafından listeden çıkarma talepleri reddedilen veri öznelerinin şikayetlerin ilk incelemesi VKM’nin, veri koruma yasalarına uyulup uyulmadığının kararlaştırılması için kullanılacak genel kriter listesi oluşturmasını sağlamıştır. VKM şikâyetleri her somut olay için ayrı olmak üzere aşağıdaki kriterleri kullanarak değerlendireceklerdir.

Kriter listesi VKM’ye karar verme aşamasında yardımcı olacak esnek bir çalışma aracı olarak görülmelidir. Kriterler ilgili ulusal mevzuatlara uygun olarak uygulanacaktır.

Çoğu durumda, bir karara varmak için birden fazla kriterin hesaba katılması gerektiği gözükmemektedir. Diğer bir deyişle, tek bir kriter kendi başına belirleyici değildir.

Her kriter AAD tarafından kurulan prensipler ışığında ve özellikle “kamunun [işbu] bilgiye erişimindeki menfaati” ışığında uygulanmalıdır.

Kriter	Yorum
<b>1. Arama bir gerçek kişiyle mi ilgili? Arama sonuçları veri öznesinin adına karşı yapılan aramalarda mı ortaya çıkıyor?</b>	<p>Google Kararı, kişinin ismi üzerine yapılan internet aramalarının, kişinin özel hayata saygı hakkındaki özel etkisini tanımıştır.</p> <p>VKM aynı zamanda lakap ve takma adlarını da, kişi gerçek kimliğine bağlı olduğunu kanıtlayabildiği zaman, ilgili arama terimleri olarak dikkate alacaktır.</p>
<b>2. Veri öznesi kamu hayatında bir rol oynuyor mu? Veri öznesi halkın tanıdığı bir figür mü? (Veri öznesi kamuya mal olmuş bir kişi mi?)</b>	<p>AAD kamu hayatında rol oynayan veri öznelere listeden çıkarma talepleri için, kamunun söz konusu veri öznelere hakkında bilgiye erişiminde menfaati olduğu zamanlarda, istisna getirmiştir. Bu kriter 'halkın tanıdığı kişiler' kriterinden daha geniştir.</p> <p>"Kamu hayatında bir rol" neyi kapsar?</p> <p>Bir bireyin, kendisi hakkında bilgiye kamunun arama sonuçları aracılığıyla ulaşmasının meşrulaştırılması için, kamuda ne tür rol oynadığını kesin olarak belirtmek mümkün değildir.</p> <p>Fakat örneğin siyasetçilerin, kıdemli devlet memurlarının, iş-insanlarının ve (belirlenmiş) meslek mensuplarının, genelde kamu hayatında rol oynadıkları düşünülebilir. Kamunun, ilgili kamu rolleri ve faaliyetlerine ilişkin bilgi araması yapmaları lehine bir sav mevcuttur.</p> <p>İyi bir pratik kural, (veri öznesinin ismi üzerine yapılan aramalar aracılığıyla ulaşılabilen) belirli bilgiye kamunun erişiminin nerede onları uygunsuz kamusal veya profesyonel davranıştan koruyacağına karar vermeye çalışmaktır.</p> <p>'Kamuya mal olmuş kişiler' alt grubunu tanımlamak da o kadar zordur. Genel olarak halkın tanıdığı kişilerin görev/yükümlülükleri yüzünden medyada yansımaları olan kişiler oldukları söylenebilir.</p>

	<p>Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin mahremiyet hakkına ilişkin Kararı<sup>1</sup> 'kamuoyunda tanınan kişiler' için muhtemel bir tanım sunar. Karar, "kamuoyunda tanınan kişiler, kamu görevinde bulunan ve/veya kamu kaynaklarını kullanan ve daha geniş kapsamda, kamu hayatında, politika, ekonomi, sanat, sosyal alan, spor ya da farklı alanlarda rol oynayan herkes" demektedir.</p> <p>Kamuoyunda tanınan kişiler hakkında gerçekten mahrem olan ve normalde arama sonuçlarında görünmemesi gereken bilgiler olabilir, örneğin kendilerinin veya ailelerinin sağlıklarıyla ilgili bilgiler. Fakat pratik bir kural olarak, başvuran kamuoyunda tanınan kişiye, ve söz konusu bilgi gerçekten mahrem bir bilgi teşkil etmiyorsa, bu kişilere ilişkin arama sonuçlarının listeden çıkarılmasına karşı daha güçlü bir sav olacaktır. Dengeyi belirlemek için özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihadı uygundur.</p> <p>Kamuoyunda tanınan kişiler hakkında AİHM von Hannover v. Germany (no.2). 2012: "İlgili kişinin rolü veya işlevi ve habere ve/veya fotoğrafa konu olan faaliyetlerin doğası, öncekiyle ilgili başka bir önemli kriter teşkil eder. Bu bağlamda özel kişiler ve kamu şartlarında, siyasi veya kamu figürleri olarak hareket edenler arasındaki ayırım yapılmalıdır. Dolayısıyla, kamu tarafından tanınmayan özel bir kişi mahrem hayat hakkının korunmasını talep edebilir, aynı şey kamuoyunda tanınan kişiler için geçerli değildir (bkz. Minelli v. Switzerland (dec.), no. 14991/02, 14 Haziran 2005, ve yukarıda sözü edilen, Petrenco § 55). Demokratik bir toplumda bir tartışmaya katkıda bulunabilecek, örneğin siyasetçilerin resmi işlevlerini kullanmalarına ilişkin, bilgilerin haber edilmesi ile bunun gibi işlevleri yerine getirmeyen kişinin mahrem hayatının detaylarını haber etmek arasında kesin bir ayırım yapılmalıdır (bkz. Yukarıda anılan Von Hannover, § 63, ve, yukarıda anılan Standard VerlagsGmbH, § 47)."</p>
--	--

2 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Karar 1165 (1998). <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang%20=en>

<b>3. Veri öznesi (yasal olarak) küçük mü?</b>	<p>Genel kural olarak, veri öznesi yasal olarak küçük ise (ör. Bilginin yayınlandığı tarihte 18 yaşını doldurmuş mu doldurmamış mı) VKM ilgili sonuçların listeden kaldırılmasını gerektirmeye daha yatkındır. "Çocuğun yüksek yararını" kavramı VKM tarafından hesaba katılmalıdır. Bu kavram, diğerlerine ilaveten, AB Temel Haklar Şartı'nın 24. Maddesi'nde, "Kamu kurumları veya özel kuruluşlar tarafından alınmış, çocukları ilgilendiren bütün tedbirlerde, çocuğun menfaati öncelikli düşünce olmalıdır" şeklinde bulunabilir.</p>
<b>4. Veri doğru mu?</b>	<p>Genel olarak, 'doğru', bir bilgi ile ilgili olarak doğru anlamına gelir. Bir kişinin başka bir kişi hakkındaki görüşleriyle açıkça ilgili olan arama sonucu ile gerçek bilgi içeriyor gibi görünen arama sonucu arasında fark vardır.</p> <p>Veri koruma hukukunda doğruluk, yeterlilik ve noksanlık kavramları birbirleriyle yakından ilgilidir. VKM bir arama sonucunun bir bilgi ile ilgili olarak hata, noksanlık veya bir kişi hakkında yanıltan izlenim bıraktığında listeden çıkarılmasına karar vermeye meyilli olacaktır. Veri öznesi bir arama sonucuna hatalı olduğu için itiraz edince, VKM böyle bir durumla şikâyetçi verinin açıkça hatalı olduğunu kanıtlamak için gereken bütün bilgiyi sunarsa çözmeye çalışabilir.</p> <p>Bilgilerin doğruluğu hakkında bir anlaşmazlığın devam ettiği durumlarda, örneğin mahkemede veya devam eden bir polis kovuşturması varken, VKM işlem tamamlanana kadar müdahale etmemeyi tercih edebilir.</p>

<p><b>5. Veri ilgili ve ölçülü mü?</b></p> <p><b>a. Veri, veri öznesinin iş hayatıyla ilgili mi?</b></p> <p><b>b. Arama sonucunun şikayetçiye karşı sözde nefret söylemi/karalama/iftira veya ifade alanında benzer suçlar teşkil eden bilgiye bağlantısı var mı?</b></p> <p><b>c. Verinin bir kişinin kişisel düşüncelerini yansıttığı açık mıdır yoksa veri onaylanmış bilgi olarak mı görünmektedir?</b></p>	<p>Bu kriterlerin genel amacı, arama sonucunda bulunan bilginin kamunun bilgiye erişiminde menfaatıyla ilgili olup olmadığını değerlendirmektir.</p> <p>İlgi ayrıca verinin yaşıyla da yakından ilişkilidir. Olayın unsurlarına göre, uzun zaman önce (örneğin. 15 yıl önce) yayınlanan bilgi daha erken (örneğin 1 yıl önce) yayınlanan bir bilgiden daha az ilgili olabilir.</p> <p>VKM ilgiyi aşağıda verilen kriterlere göre değerlendirecektir.</p> <p><b>a. Veri, veri öznesinin iş hayatıyla ilgili mi?</b></p> <p>VKM tarafından listeden çıkarma talepleri incelenirken özel ve profesyonel hayat arasında öncelikle bir ayırım yapılmalıdır.</p> <p>Veri koruma- ve daha geniş olarak mahremiyet yasası- esas olarak kişinin mahremiyet hakkının (ve veri koruma hakkının) itibarını sağlamakla ilgilidir. Her ne kadar bir kişiyle ilgili tüm veriler kişisel veri olsa da, hepsi mahrem değildir. Bir kişinin özel hayatı ve kamu veya profesyonel kişiliğinin dış dünyayla bağlantılı bölümü arasında fark vardır. Bir bilginin bir arama sonucunda bulunması bir kişinin özel hayatı hakkında daha az bilgi açığa çıkardıkça daha kabul edilebilir olacaktır.</p> <p>Genel bir kural olarak, kamu hayatında rol oynamayan bir veri öznesinin özel hayatına ilişkin bilgi ilgisiz sayılmalıdır. Fakat kamuoyunda tanınan kişilerin de, her ne kadar daha kısıtlı bir şekilde olsa da, mahremiyet hakları vardır.</p> <p>Bilginin, veri öznesinin mevcut iş hayatına ilişkin ise ilgili olma olasılığı daha yüksektir ama çoğu veri öznesinin işinin doğasına ve kamunun söz konusu bilgiye kişinin isminin aranması sonucu ulaşmasında meşru menfaatine dayanır.</p> <p>İki ek soru burada uygun olacaktır.</p> <p>-Kişinin işle ilgili faaliyetleri hakkında bilgi gereğinden fazla mı?</p>
---	---

	<p>-Veri öznesi hala aynı profesyonel faaliyet ile meşgul mü?</p> <p>b. Arama sonucunun şikâyetçiye karşı sözde nefret söylemi/karalama/iftira veya ifade alanında benzer suçlar teşkil eden bilgiye bağlantısı var mı?</p> <p>VKM genel olarak şikâyetçiye karşı sivil veya suç 'sözler' (nefret söylemi, karalama veya iftira gibi) teşkil eden bilgiyle başa çıkmak için yetkili ve ehliyetli değildir. Böyle durumlarda VKM veri öznesini muhtemelen, listeden çıkarma talebi reddedildiyse polis ve/veya mahkemeye yönlendirecektir. Durum, mahkeme yayınlanan bilginin hakikaten bir suç veya başka kanunların ihlali olduğuna hükmettiyse farklı olur.</p> <p>Bununla beraber, VKM veri koruma yasasına uyulup uyulmadığını değerlendirmekte yetkilidir.</p> <p>c. Verinin, bir kişinin kişisel düşüncelerini yansıttığı açık mı yoksa veri onaylanmış bilgi olarak mı görünmektedir?</p> <p>Arama sonucunda mevcut olan bilginin durumu, özellikle kişisel düşünce ve onaylanan bilgi arasındaki fark, da ilgili olabilir. VKM bazı arama sonuçlarının bir kişinin başkasına karşı, 'abartılı konuşma' ve belki de hoş olmayan kişisel yorumlardan oluşan, kişisel kampanyasının bir parçası olan içeriğe bağlantı içerdiğini kabul eder. Her ne kadar böyle bilginin mevcudiyeti kırıncı ve kaba olabilse de bu, VKM'nin ilgili arama sonuçlarının listeden çıkarılmasının gerekli olduğunu düşüneneği anlamına gelmez. Fakat VKM onaylanmış bilgi olarak gözüken ama aslında hatalı olan veri içeren arama sonuçlarının listeden çıkarılmasına karar vermeye yatkın olacaktır.</p>
--	--

<b>6. Veri 95/46/EC sayılı Direktif'in 8. Maddesi kapsamında hassas mı?</b>	Genel bir kural olarak, (95/46/EC sayılı Direktif'in 8. Maddesi'nde 'özel veri kategorileri' olarak tanımlanan) hassas veri, veri öznesinin hayatında 'normal' kişisel verilerden daha büyük bir etkiye sahiptir. İyi birer örnek olarak kişinin sağlığı, cinselliği ya da dini inançları hakkında bilgi sayılabilir. Bu tür bilgileri kamuya açan arama sonuçları hakkında listeden çıkarma kararları reddedilince VKM araya girmeye daha yatkın olacaktır.
<b>7. Veri güncel mi? Veri işleme amacına gerekli süreden daha fazla mı hazır (bulunabilir) bulundurulmaktadır?</b>	Genel bir kural olarak, VKM bu etkene, mantıklı bir şekilde güncel olmayan ve eskimiş olduğu için hatalı olan bilginin listeden çıkarılmasını sağlama amacıyla yaklaşacaktır. Böyle bir değerlendirme orijinal işlemenin amacına göre değişecektir.
<b>8. Veri işlemesi veri öznesine karşı önyargıya sebep oluyor mu? Verinin, veri öznesi üzerinde orantısız negatif mahremiyet etkisi var mı? Veri, veri öznesinin mahremiyeti üzerinde orantısız olumsuz etki yapıyor mu?</b>	Listeden çıkarmanın talep edilmesi için veri öznesinin bir önyargının varlığını kanıtlaması gerekmemektedir, başka bir deyişle, önyargı AAD tarafından tanınan hakkın kullanılması için bir şart değildir. Fakat bir arama sonucunun önyargıya neden olduğuna dair bir kanıt olduğunda bu, listeden çıkarmanın lehine kuvvetli bir kanıt teşkil eder. 96/46/EC sayılı Direktif veri öznesinin, zorlayan yasal zeminler olduğunda işlemeye itiraz etmesine izin verir. Haklı bir itiraz olduğunda, veri denetleyicisi kişisel veriyi işlemeyi kesmelidir. Veri, arama sonucunun şaibeli veya artık kamuoyunda tartışmaya sebep olmayan veya hiç olmamış, kanuna aykırı bir hareketle ilgiliyse ve bilginin bulunabilir olmasında kamu menfaati yoksa veri öznesi üzerinde oransız negatif etkiye sahip olabilir.
<b>9. Arama sonucunun veri öznesini tehlikeye sokan bilgiye bağlantısı var mı?</b>	VKM bilginin internet aramaları aracılığıyla bulunabilir olmasını veri öznelerini kimlik hırsızlığı veya takip etmek gibi risklere açık bırakıldıklarını kabul edecektir. VKM bu tür arama sonucunun listeden çıkarılmasının uygun olduğunu düşünecektir.



<p><b>10. Bilgi hangi şartlarda yayınlanmıştır?</b></p> <p><b>a. İçerik veri öznesi tarafından kendi rızasıyla mı kamuya sunulmuş?</b></p> <p><b>b. İçeriğin kamuya sunulması amaçlanmış mıdır? Veri öznesi mantıken içeriğin kamuya sunulacağını biliyor olabilir mi?</b></p>	<p>Eğer kişisel verinin internette mevcut olmasının tek yasal dayanağı muvafakat ise ve kişi sonradan muvafakatini geri çekerse, o zaman işleme faaliyeti, yani yayınlama, yasal dayanaksız kalacaktır ve dolayısıyla durmalıdır.</p> <p>Talepleri incelerken VKM, bağlantının, isim yahut bilginin orijinal kaynağından daha önce veya aynı anda silinse bile listeden çıkarılıp çıkarılmamasını dikkate alacaklardır.</p> <p>Özellikle, veri öznesi orijinal yayına muvafakat verdiyse fakat sonra muvafakatini geri çekememiş ve listeden çıkarma talebi reddedilmiş ise, VKM listeden çıkarmanın uygun olacağına karar verecektir.</p>
<p><b>11. Orijinal içerik gazetecilik amaçları kapsamında mı yayınlanmıştır?</b></p>	<p>VKM; içeriğe bağlı olarak, bilginin gazetecilik amaçları için yayınlanıp yayınlanmadığını hesaba katmanın alakalı olacağı kararındadır. Bilginin, işi kamuyu bilgilendirmek olan gazeteci tarafından yayınlanması, hesaba katılacak bir etkidir. Fakat bu kriter tek başına bir talebi reddetmek için yeterli bir dayanak oluşturmaz; zira karar, medya tarafından yapılan yayın için yasal zemin ile arama motorlarının kişinin adına bağlı yapılan arama sonuçlarını organize etmeleri için yasal zemin arasındaki farkı açıkça ayırt eder.</p>

<p><b>12. Verinin yayınlayıcısının kişisel veriyi kamuya sunmak için yasal yetkisi veya yasal bir yükümlülüğü var mıdır?</b></p>	<p>Bazı kamu makamları kişiler hakkında bazı bilgileri kamuya açık bulundurmalıdır, örneğin seçim kayıtları için. Bu, üye devletin hukuk ve âdetine göre değişir. Böyle olduğu durumlarda kamu otoritesinin bilgiyi kamuya açık bulundurmasını öngören yükümlülüğü sürerken VKM listeden çıkarmanın uygun olmadığını düşünebilir. Fakat bunun, 'zaman aşımına uğramışlık' ve ilgisizlik kriterleriyle birlikte somut olaya özel olarak incelenmesi gerekecektir.</p> <p>Talepleri incelerken VKM bağlantının, isim yahut bilginin orijinal kaynağından daha önce veya aynı anda silinse bile listeden çıkarılıp çıkarılmamasını dikkate alacaktır.</p> <p>Özellikle veri öznesi orijinal yayına muvafakat verdiyse fakat sonra muvafakatini geri çekememiş ve listeden çıkarma talebi reddedilmiş ise VKM listeden çıkarmanın, içeriğin orijinal internet sitesinde sunulmasının yasal yükümlülüğü olsa bile, uygun olacağı kararında olacaktır.</p>
<p><b>13. Veri, cezayı gerektiren bir suçla ilgili midir?</b></p>	<p>AB üye devletlerinin suçlular ve suçlarının kamuya sunulması hakkında farklı yaklaşımları olabilir. Böyle bilgilerin zamanla bulunur olması üzerinde etkisi olan spesifik yasal düzenlemeler mevcut olabilir. VKM böyle davaları ilgili ulusal prensip ve yaklaşımlarla ele alacaktır. Kural olarak, VKM nispeten daha eskiden işlenmiş küçük suçların, daha yakın tarihte işlenmiş daha ciddi suçlara göre listeden çıkarma kararlarını vermeye yatkındır. Fakat bu sorunlar daha dikkatli araştırmaya gerektirir ve somut olay üzerinden ele alınacaktır.</p>

# GÜNEY ÇİN DENİZİ TAHKİM DAVASI (FİLİPİNLER CUMHURİYETİ/ÇİN HALK CUMHURİYETİ)

(Özetin Çevirisi)<sup>(1)</sup>

Çeviren: Selahattin DOĞAN <sup>(2)</sup>

Lahey, 12 Temmuz 2016

TAHKİM HEYETİ KARARI

KISA ÖZET

Filipinler Cumhuriyetinin Çin Halk Cumhuriyetine karşı açtığı tahkim davasında, Deniz Hukuku hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesine (Sözleşme, UNCLOS) Ek VII'ye uygun olarak oluşan Heyet tarafından, oybirliği kararı bu gün yayınlanmıştır.

Bu tahkim tarihsel hakların rolü ve Güney Çin Denizi'nde deniz salahiyetlerinin kaynağı, (hak) üretebilen belli deniz salahiyetlerinin ve deniz yerlerinin statüsü ve Filipinlerin Sözleşmeyi ihlal ettiğini iddia ettiği belli Çin eylemlerinin hukukiliğiyle ilgiliydi. Sözleşmedeki zorunlu uyuşmazlık çözme sınırları ışığında Heyet, toprak alanı üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin konuda herhangi bir kural koymadığını ve taraflar arasındaki herhangi bir sınıra tahdit koymadığını vurgular.

Çin sürekli "Filipinler tarafından tek tarafı olarak girişilen tahkimi kabul etmeyeceğini ve buna katılmayacağını" belirtir. Fakat Ek VII, "bir tarafın yokluğu veya dosyasını savunmadaki hatasının yargılamaya bir engel teşkil etmediği" hükmünü içerir. Yine EK VII, temin eder ki bir taraf yargılamaya katılmadığında Heyet, "kendisini sadece uyuşmazlık hakkında yetkisi olduğu konusunda değil aynı zamanda iddianın hukuken ve olaylar açısından sağlam zeminli olduğu konusunda da tatmin etmelidir". Buna uygun olarak, yargılama boyunca Mahkeme, ek yazılı bildirimler sunulmasını talep etme, duruşma öncesi ve sırasında Filipinler'i sorgulama, teknik konularda Mahkemeye rapor sunmak üzere bağımsız uzman atama, Güney Çin Denizi'nin özellikleriyle ilgili tarihsel delilleri elde etme ve bunları yorumlarını almak üzere taraflara verme dâhil, Filipinler'in iddialarının doğruluğunu test etmek için adımlar attı.

---

<sup>1</sup> Kararın aslı 479 sayfadır. Özeti: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/PH-CN-20160712-Press-Release-No-11-English.pdf> adresinden, aslı ise: <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf> diğer belgelere ise : <http://www.pcacases.com/web/view/7> adresinden ulaşılabilir.

<sup>2</sup> Hakim-Daire Başkan Yard. Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü/Adalet Bakanlığı

Ayrıca Çin, Aralık 2014'te yayınladığı duruş belgesi ve diğer resmi görüş açıklamaları aracılığıyla, Heyetin bu olayda yetkisi olmadığını açıkça beyan etmiştir. Sözleşme'nin 288 inci maddesi, "Mahkeme veya heyetin yetkisinin olup olmadığı yönünde bir tartışma olması hâlinde, sorun o mahkeme veya heyetin kararıyla çözülecektir." hükmünü içermektedir. Buna uygun olarak, Heyet yetki ve kabul edilebilirlik hususunda Temmuz 2015'te bir duruşma yapmış ve 29 Ekim 2015'te bazı konularda yetkili olduğuna bazı konularda ise daha fazla mülahaza yapılmasına karar vererek, yetkili olduğu ve davanın kabul edilebilir olduğu konusunda karar vermiştir. Heyet bundan sonra 24-30 Temmuz arasında esasa ilişkin duruşma yapmıştır.

Bu günkü karar, yargı yetkisine dair Kararda karara bağlanmayan yetki ve kabul edilebilirlik konuları ve Filipinlerin, Heyetin yetki sahibi olduğu hususundaki iddialarının esası konusuna değinir. Karar, Sözleşme'nin 296 ve Ek VII'nin 11 inci maddelerinde belirtildiği gibi kesin ve bağlayıcıdır.

### **Tarihsel Haklar ve 'Dokuz Çizgi Hattı' (Nine-Dash Line):**

Heyet, tarafların tarihsel haklar ve Güney Çin Denizindeki deniz salahiyyetleri konusyla ilgili uyuşmazlıklarında yetki sahibi olduğu kararına varmıştır. Esas hakkında Heyet, Sözleşme'nin ayrıntılı şekilde deniz alanları haklarını tahsis ettiği ve kaynaklara dair daha önceden var olan hakların korunmasının dikkate alındığı, fakat bunların Sözleşme'ye konulmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Heyet, Güney Çin Denizindeki kaynaklara ilişkin Çin'in sahip olduğu tarihsel haklarıyla sınırlı olmak üzere, bu hakların Sözleşme'de dikkate alınan münhasır ekonomik bölgeyle uyumsuz olduğu ölçüde hükmünü yitirdiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca Heyet, Çinli denizci ve balıkçıların ve bunun yanında diğer devletlerin tarihsel olarak Güney Çin Denizindeki adalardan faydalanmalarına rağmen, Çin'in tarihsel olarak bu sular ve kaynaklar üzerinde münhasır kontrol uyguladığına dair hiç delil olmadığını not etmiştir. 'Dokuz çizgi hattı' içerisinde kalan deniz alanlarında, Çin'in tarihsel kaynak hakkı iddia etmesinin yasal temelini bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. .

### **Yerlerin Durumu**

Heyet daha sonra, deniz alanında salahiyyetler ve yerlerin durumunu değerlendirmiştir. Heyet ilk olarak, Çin'in talep ettiği bazı mercan adalarının suyun gelgit seviyesinin üzerinde olup olmadığını değerlendirmeyi vazife edinmiştir. Denizin gelgit met seviyesinin üzerinde olan yerler en azından 12 deniz mili karasuyu salahiyyeti doğuracaktır, öte yandan gelgit met seviyesinin altında kalan yerler bu hakkı doğurmayacaktır. Heyet, mercan adalarının arazi ıslahı ve inşaatlarla ağır bir şekilde değiştirildiğini not etmiş, Sözleşme'nin yerlerin doğal durumlarını sınıflandırdığını hatırlatmış, ve yerleri

değerlendirirken tarihsel materyallere dayanmıştır. Heyet ardından, talep edilen herhangi bir yerin 12 deniz mili ötesinde deniz alanı doğurup doğuramayacağını değerlendirmiştir. Sözleşme'ye göre, adalar 200 deniz mili münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı doğurur, fakat “kendi ekonomik yaşamlarını ve insan hayatını kendi kendine idame ettiremeyecek olan kayalıklar münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı olmayacaktır”. Heyet, bu hükmün bir yerin doğal durumunda, ya istikrarlı insan topluluğunu ya da ekonomik etkinliğini dış kaynaklara dayanmadan sürdürmek veya doğası gereği sırf çıkarıcılığı (maden vs.) sürdürmek nesnel kapasitesine dayandığı sonucuna ulaşmıştır. Heyet, birçok yerde halen resmi personel bulunmasının oraların dış yardıma bağımlı olduğunu ve yerlerin kapasitesini yansıtmadığını not etmiştir. Heyet daha ilgili tarihsel deliller bulmuştur ve Spratly Adası'nın tarihsel olarak küçük bir grup balıkçı tarafından kullanıldığını ve birçok Japon balıkçılık ve martı gübresi madenciliği yatırımcısının teşebbüste bulunduğunu tespit etmiştir. Heyet, bu gibi geçici kullanımların istikrarlı bir topluluk tarafından yaşam alanı olarak kullanımı durumunu oluşturmadığı ve tüm bu tarihsel ekonomik faaliyetlerin çıkarıcı (maden vs.) türde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Heyet, Spratly Adaları'nın hiçbirinin genişletilmiş deniz alanı oluşturmaya yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Heyet, bunun yanında, Spratly Adaları'nın bir bütün olarak da deniz alanı oluşturmayacağı hükmüne varmıştır. Heyet, Çin'in talep ettiği yerlerin hiçbirisinin münhasır ekonomik bölge oluşturmaya yeterli olmayacağını tespit ederek, bazı deniz alanlarının –bir sınır çizmeksizin- Filipinler'in münhasır ekonomik bölgesi içinde kaldığını bildirebileceğini belirtir, çünkü bu alanlar Çin'in muhtemel hiçbir salahiyetiyle örtüşmez.

### **Çin Eylemlerinin Hukukiliği**

Heyet daha sonra, Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki eylemlerinin hukukiliğini değerlendirmiştir. Heyet, bazı deniz alanlarının Filipinler'in münhasır ekonomik bölgesinde kaldığını tespit ederek, Çin'in Filipinler'in bu münhasır ekonomik bölgelerdeki egemenlik haklarını (a) Filipinli balık avcılığı ve petrol aramalarına müdahale ederek, (b) yapay adalar inşa ederek, (c) bu alandaki Çinli balıkçıların balık avlamasını önlemeyerek ihlal ettiğini tespit etmiştir. Heyet ayrıca, Filipinler'den gelen balıkçıların (Çin'den gelenler gibi) Scarborough Sığılığı'nda geleneksel balık avlama hakları olduğuna ve Çin'in bu hakka onların girmesini engelleyerek müdahale ettiğine karar vermiştir. Heyet yine, Çin güvenlik polisi gemilerinin Filipin gemilerini engellerken hukuka aykırı olarak ciddi bir kaza riski yarattığına karar vermiştir.

## Deniz Yaşam Alanına Zarar

Heyet, Çin'in yakın zamandaki geniş çaplı arazi islahını ve Sprakly Adaları'nda yedi yerdeki yapay ada inşaatlarını değerlendirmiş ve Çin'in mercan kayaları yaşam alanına ciddi zarar verdiğini ve kırılğan ekosistemi ve nesli tükenen, tehlike ve tehdit altındaki türlerin yaşam ortamlarını koruma ve kollama yükümlülüğünü ihlal ettiğini tespit etmiştir. Heyet ayrıca, Çin otoritelerinin Çinli balıkçıların Güney Çin Denizi'nde esaslı miktarda tehlike altındaki deniz kaplumbağaları, mercan ve dev istiridyeleri (mercan adası yaşam alanlarına ciddi zarar vererek) topladığının farkında olduğunu ve bu tür faaliyetleri durdurmak için mükellefiyetlerini yerine getirmediğini tespit etmiştir.

## İhtilafın Büyütülmesi

Heyet son olarak, Çin'in tahkim başladıktan sonraki eylemlerinin taraflar arasındaki ihtilafı büyütüp büyütmediğini değerlendirmiştir. Heyet, İkinci Thomas Sığılığı'nda (Second Thomas Shoal) Filipin gemileriyle Çin deniz gücü ve güvenlik polisi gemilerinin duruşlarının imasını, bu ihtilafın askeri etkinliğe girdiğine ve bu nedenle zorunlu çözüm dışında bırakıldığına karar vererek değerlendirme yetkisinin olmadığını tespit etmiştir. Fakat Heyet, Çin'in yakın zamandaki geniş çaplı arazi islahı ve yapay ada inşasının, Çin'in Güney Çin Denizi'nde deniz yaşam alanına onarılamaz zarar vermesi, Filipin'in münhasır ekonomik bölgesine büyük bir yapay ada inşa etmesi, ve ihtilafın bir parçası olan yerlerin doğal durumlarına dair delilleri yok etmesi bakımından, devletin ihtilaf çözüm yargılaması sürecindeki mükellefiyetlerine uygun olmadığını tespit etmiştir.

## GENİŞLETİLMİŞ ÖZET

Heyet, Filipinler Cumhuriyeti'nin sunduğu ihtilafa karar vermek için, Deniz Hukuku hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne (Sözleşme) Ek VII'ye uygun olarak 21 Haziran 2013 tarihinde oluşturulmuştur. Heyet, Gana'dan Hâkim Thomas A. Mensah, Fransa'dan Jean-Pierre Cot, Polonya'dan Stanislaw Pawlak, Hollanda'dan Profosör Alfred H.A. Soons, ve Almanya'dan Hâkim Rüdiger Wolfrum'den oluşmuştur. Hâkim Thomas A. Mensah Heyet başkanı olarak görev yapar. Daimi Tahkim Mahkemesi (DTM) davada yazı işleri müdürlüğü olarak hareket eder.

Dosya hakkındaki daha geniş bilgi, Yetki ve Kabul Edilebilirlik hakkındaki Karar, Usul Kuralları, ilk basın açıklaması, duruşma çözümleri, ve fotoğrafları içerir şekilde [www.pcacases.com/web/view/7](http://www.pcacases.com/web/view/7) adresinde bulunabilir. Usuli Emirler, Filipinler tarafından yapılan sunumlar, ve Heyet uzmanının raporu, Heyet Kararının gayri resmi Çince çevirisi gibi bilgiler süreç içerisinde ulaşılabilir hâle getirilecektir.

## **Daimi Tahkim Mahkemesinin Geçmişi**

Daimi Tahkim Mahkemesi (DTM) 1899 tarihli Pasifik Uluslararası İhtilafların Çözümü Sözleşmesi'yle kurulmuş hükümetler arası bir organizasyondur. DTM'nin 121 üyesi vardır. Hollanda Lahey'de bulunan Sulh Sarayından (Peace Palase) yönetilen DTM, tahkim, uzlaşma, olayları tespit, ve çeşitli devlet kombinasyonlarının, devlet oluşumlarının, hükümetler arası organizasyonların, ve özel tarafların içinde bulunduğu diğer ihtilaf çözüm muamelelerine olanak sağlar. DTM'nin Uluslararası Bürosu hâlen 8 devletlerarası ihtilafı, 73 yatırımcı-devlet tahkimini, 43 devlet ya da kamu oluşumun dâhil olduğu sözleşmelerden doğan dosyayı yönetmektedir. DTM, Sözleşme'ye Ek VII altında 12 Devlet girişimini yönetmiştir.

Haziran 2013'te Heyet, Güney Çin Denizi Tahkiminde DTM'yi yazı işleri müdürlüğü olarak görevlendirmiştir. Heyetin Usul Kuralları, DTM'nin tahkim yargılamasında "Heyet tarafından belirlendiği şekilde arşiv işlerini süreceğini ve uygun yazı işleri müdürlüğü servisi sağlayacağını" hüküm altına alır. Bu gibi servisler uzmanın belirlenmesi ve atanmasına yardım; tahkim hakkında bilgi yayınlama ve basın açıklaması yapma; Sulh Sarayında duruşma organize etme; ve hakem, uzman, teknik destek, mahkeme katibi vs. ücreti gibi, tahkimdeki giderler için ödemeyi muhafaza etmeyi de kapsayan dosyanın finansal idaresini içerir. Yazı İşleri Müdürlüğü taraflar, Heyet ve gözlemci devletlerarasında iletişim kanalı olarak da hizmet verir.

## **Heyetin Kendi Yetkisi Ve Filipinlerin İddiasının Esası Hakkındaki Kararının Özeti**

### **1. Tahkimin Geçmişi**

Çin ve Filipinler arasındaki Güney Çin Denizi tahkim davası, Güney Çin Denizi'ndeki Filipinler ve Çin arasındaki münasebetle ilgili dört sorun hakkındaki Filipinler başvurusuyla ilgilidir. İlk olarak, Filipinler, Güney Çin Denizi'ndeki tarafların hakları ve mükellefiyetlerinin kaynağı ve Sözleşme'nin, Çin'in 'dokuz çizgi hattı' (nine-dash line) olarak isimlendirilen yer içindeki tarihsel haklar iddiası üzerine etkisi hakkında bir düzenleme aradı. İkinci olarak, Filipinler ve Çin tarafından hak iddia edilen belli deniz yerlerinin Sözleşme altında uygun şekilde vasıflandırılan adalar, kayalıklar, gelgit cezir yükseltleri veya batmış sahil olup olmadığı hakkında düzenleme aradı. Bu yerlerin Sözleşme altındaki durumları, bunların deniz alanları üretme yeterliliğini belirler. Üçüncü olarak, Filipinler, Güney Çin Denizi'ndeki belli Çin eylemlerinin, Filipinler'in hükümlerlik haklarını ve özgürlüklerini kullanmasını engelleyerek veya deniz yaşam alanlarına zarar veren inşaatlar ve balıkçılık faaliyetleri aracılığıyla Sözleşme'yi ihlal edip etmediği hakkında düzenleme aradı. Son olarak, Filipinler, bu tahkim başlatıldıktan sonra Çin'in özellikle geniş çaplı arazi islahı ve yapay ada inşası gibi belli eylemlerinin

tarafklar arasındaki ihtilafı hukuksuz şekilde arttırdığı ve genişlettiği tespitini istedi.

Çin Hükümeti bu tahkim yargılamasında ‘ne kabul et ne de katıl’ pozisyonuna bağılı kaldı. Bu pozisyonunu, diplomatik notlarda, 7 Aralık 2014 tarihli “Çin Halk Cumhuriyeti Hükümetinin Filipinler Cumhuriyeti tarafından başlatılan Güney Çin Denizi Tahkimi hakkında Duruş Belgesi’nde (“Çin Duruş Belgesi”), Hollanda Krallığı nezdinde Çin Büyük Elçisinin Heyet üyelerine mektubunda ve diğerk birçok halka açık açıklamalarda teyit etti. Çin Hükümeti ayrıca bu açıklamalar ve dokümanların “hiçbir anlamda herhangi bir şekilde Çin’in tahkim yargılamasına katıldığı anlamında yorumlanamayacağını” açıkladı.

Sözleşme’nin iki hükmü bir heyetin yargı yetkisine itiraz eden ve yargılamaya katılmayı reddeden tarafın durumuna değinir:

(a) Sözleşme’nin 228 inci maddesi düzenlemektedir ki: “Mahkeme veya heyetin yetkisinin olup olmadığı yönünde bir tartışma olması hâlinde, sorun o mahkeme veya heyetin kararıyla çözülecektir.”

(b) Sözleşme’ye Ek VII’nin 9 uncu maddesi düzenlemektedir ki:

“Eğer uyuşmazlığın bir tarafı tahkim yargılamasına katılmazsa veya kendini savunmayı başaramazsa, diğerk taraf, heyetin yargılamaya devam etmesini ve kararını vermesini talep edebilir. Bir tarafın yokluğu veya dosyasını savunmadaki hatası yargılamaya bir engel teşkil etmez. Kararını vermeden önce hakem heyeti, kendisini sadece uyuşmazlık hakkında yetkisi olduğu konusunda değil aynı zamanda iddianın hukuken ve olaylar açısından sağlam zeminli olduğu konusunda da tatmin etmelidir.”

Yargılama boyunca Heyet, yetkisi olup olmadığı ve Filipinler’in iddialarının “hukuken ve olay bakımından sağlam zeminli” olup olmadığı konusundaki kendisini tatmin etmek görevini yerine getirmek için birçok adım atmıştır. Yetki konusunda Heyet, Çin’in gayri resmi temaslarına yargı yetkisine itiraza eşdeğer olarak davranmaya karar verdi, Yargı Yetkisi ve Kabul edilebilirlik hakkında 7-13 Temmuz 2015’te bir Duruşma topladı, Filipinleri hem duruşma öncesi hem de duruşma sırasında Çin tarafından gayri resmi temaslarda dile getirilmeyen muhtemel konuları içerecek şekilde yargı yetkisi konusunda sorguladı ve Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik konusundaki Kararını (“Yargı Yetkisi hakkında Karar”), bazı yargı yetkileri konularında karar vererek ve diğerklerini de Filipin iddialarının esasıyla ilişkili olarak ilave değerklendirmeler için erteleyerek 29 Ekim 2015’te açıkladı. Esasa ilişkin olarak, Heyet, Filipin iddialarının doğruluğunu Filipinler’den ilave yazılı sunumlar talep ederek, 24-30 Kasım 2015’te esasa ilişkin duruşma toplayarak, duruşma öncesi ve sırasında Filipinleri sorgulayarak, teknik konularda Mahkemeye rapor sunmak üzere bağımsız uzman atayarak, ve Güney



Çin Denizi'nin özellikleriyle ilgili tarihsel delilleri ve Birleşik Krallık Hidrografik Dairesi, Fransa Ulusal Kütüphanesi ve Fransa Ulusal Denizaşırı Arşivinden Güney Çin Denizi hidrografisi inceleme verilerini elde ederek ve halka açık domaindeki diğer ilgili materyallerle birlikte bunu tarafların yorumları için vererek Filipinlerin iddialarının doğruluğunu sınamaya uğraştı.

## 2. Tarafların Duruşları

Filipinler'in yargılamada yaptığı 15 sunum Heyetin şunları tespit etmesini istiyordu:

(1) Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki deniz salahiyetleri, Filipinlerinki gibi, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuk Sözleşmesi'nin (UNCLOS) açıkça izin verdiğiinden daha fazla değildir;

(2) Çin'in egemenlik hakları yetkisi ve Güney Çin Denizi'ndeki "dokuz çizgi hattı" adı ile çevrelenen deniz alanları hakkında "tarihsel haklar" iddiaları, Sözleşme'ye terstir ve Çin'in UNCLOS'da açıkça belirtilen coğrafi ve sabit deniz salahiyetlerini aştığı ölçüde hukuki etkisi yoktur;

(3) Scarborough Sığılığı (Scarborough Shoal) münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığı salahiyetleri doğurmaz;

(4) Mischief Mercan Kayalığı, İkinci Thomas Sığılığı, ve Subi Mercan Kayalığı, karasuyu, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı salahiyeti doğurmayan gelgit cezri yükseltileridir, ve işgal veya başka şekilde sahiplenmeye elverişli yerler değildir;

(5) Mischief Mercan Kayalığı ve İkinci Thomas Sığılığı, Filipinlerin münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının bir parçasıdır;

(6) Gaven Mercan Kayalığı ve McKennan Mercan Kayalığı (Hughes Mercan Kayalığı dâhil), karasuyu, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı salahiyeti doğurmayan gelgit cezri yükseltileridir, fakat bunların alçak su çizgileri sırasıyla Namyt ve Sin Cowe'un karasuyun genişliğinin ölçülmesinde temel olarak belirlemek için kullanılabilir;

(7) Johnson Mercan Kayalığı, Cuarteron Mercan Kayalığı ve Fiery Cross Mercan Kayalığı, münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığı salahiyetleri doğurmaz;

(8) Çin, Filipinler'in münhasır ekonomik bölgesinde bulunan canlı ve cansız kaynaklar kullanımı konusundaki egemenlik kullanma ve yararlanma haklarına hukuksuzca müdahale etmektedir;

(9) Çin, Filipinlerin münhasır ekonomik bölgesindeki kaynakların Çinliler ve onların gemileri tarafından kullanılmasına hukuksuz olarak engel olmamaktadır;

(10) Çin, Scarborough Sığılığı'nda Filipin balıkçılarının geçimlerini sürdürmesine geleneksel balık avlama faaliyetlerine müdahale ederek hukuksuzca engel olmaktadır;

(11) Çin, Scarborough Sığılığı, İkinci Thomas Sığılığı, Cuarteron Mercan Kayalığı, Fiery Cross Mercan Kayalığı, Gaven Mercan Kayalığı, Johnson Mercan Kayalığı, Hughes Mercan Kayalığı ve Subi Mercan Kayalığı'nda, Sözleşme'deki deniz yaşam alanlarını koruma ve kollama mükellefiyetlerini ihlal etmektedir;

(12) Çin'in Mischief Mercan Kayalığı'ndaki işgali ve inşai faaliyetleri,

(a) yapay ada, tesisat ve yapılar hakkındaki Sözleşme'nin hükümlerinin ihlal eder;

(b) Çin'in Sözleşme'deki deniz yaşam alanını koruma ve kollama görevini ihlal eder; ve

(c) Sözleşme'nin ihlaliyle hukuksuz sahiplenme teşebbüsü hareketleri oluşturur;

(13) Çin, güvenlik polisi gemilerini tehlikeli hareketlerle kullanarak, Scarborough Sığılığı etrafında seyir eden Filipin gemilerine ciddi çarpışma tehlikesi oluşturarak Sözleşme altındaki mükellefiyetlerini ihlal etmektedir;

(14) Ocak 2013'te tahkim başladığından beri; Çin, diğer şeylerin yanında aşağıdakileri yaparak ihtilafı ağırlaştırmış ve genişletmiştir:

(a) İkinci Thomas Sığılığı ve onun bitişiğindeki sularda Filipinler'in seyir hakkına müdahale etme;

(b) İkinci Thomas Sığılığı'nda konuşlu Filipin personelinin değişim ve yeniden ikmalini engelleme;

(c) İkinci Thomas Sığılığı'nda konuşlu Filipin personelinin sağlık ve esenliğini tehlikeye atma; ve

(d) Mischief Mercan Kayalığı, Cuarteron Mercan Kayalığı, Fiery Cross Mercan Kayalığı, Gaven Mercan Kayalığı, Johnson Mercan Kayalığı, Hughes Mercan Kayalığı ve Subi Mercan Kayalığı'nda deniz dibi tarama, yapay ada inşası ve inşai faaliyetler yapma.

(15) Çin, Filipinler'in haklarına ve özgürlüklerine saygı göstermelidir, Sözleşme kapsamındaki Güney Çin Denizi'nde deniz yaşam alanlarını koruma ve kollamayı da içeren görevlerine uymalıdır ve Güney Çin Denizi'ndeki haklarını ve özgürlüklerini Filipinlerinkine gerekli saygıyı göstererek kullanmalıdır.

Yargı yetkisi konusunda Filipinler, Filipinler'in iddialarının "tamamen yargı yetkisi kapsamında kaldığını ve tamamen kabul edilebilir olduğunu" açıklamasını Heyet'ten talep etmiştir.

Çin bu tahkime katılmaz ve tahkimi kabul etmez, fakat Heyet'in "bu dosya üzerinde yetkisi olmadığı" duruşunu ifade etti. Çin Duruş Belgesinde aşağıdaki argümanları ileri sürdü:

- Tahkime konu ihtilafın esası Güney Çin Denizi'ndeki bir çok yer üzerinde karasal egemenliktir ki bu Sözleşme'nin kapsamı dışındadır ve Sözleşme'nin uygulanması veya yorumlanmasıyla ilgili değildir;

- Çin ve Filipinler, iki taraflı araçlar ve Tarafların Güney Çin Denizi'ndeki Tutumları Hakkında Bildiri vasıtasıyla, ilgili ihtilafları görüşmeler yoluyla çözme konusunda anlaştılar. Filipinler mevcut tahkimin tek taraflı başlatarak uluslararası hukuk altındaki mükellefiyetini ihlal etmiştir;

- Sav içinde (arguendo), tahkim ihtilafı konusunun Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili olduğunu farz etsek bile, bu ihtilaf konusu iki ülke arasındaki deniz sınırlarının ayrılmaz parçasını oluşturur, böylece Çin'in 2006 yılında Sözleşme'ye uygun olarak yaptığı bildiri kapsamında kalır ki bu, diğerlerine ilaveten, deniz sınırlarının belirlenmesiyle ilgili ihtilafları zorunlu tahkim ve diğer zorunlu ihtilaf çözüm yöntemlerinden muaf tutar.

Çin, Filipinler'in iddialarının çoğunluğu hakkında eşdeğer halka açık beyan yapmamış olmasına karşın, Heyet, yargılama boyunca güncel halka açık beyanlar ve diplomatik yazışmalar temelinde Çin'in duruşunu saptamaya çalışmıştır.

### **3. Yargı Yetkisinin Kapsamı Hakkında Heyet'in Kararı**

Heyet, yargı yetkisine ön sorun olarak karar verilebildiği ölçüde, yetki üzerine verdiği kararda ve Filipinler'in esas hakkındaki iddialarına bağlı olduğu kadar 12 Temmuz 2016'da, Filipinler'in iddialarını değerlendirmek için yargı yetkisinin kapsamına değinmiştir. Heyet'in 12 Temmuz 2016 tarihli kararı, Yargı Yetkisi üzerine alınan karar ile uyumludur ve onu yeniden onaylamıştır.

Bütünlük arz etmesi için, Heyet'in her iki kararda verdiği yargı yetkisi kararları burada birlikte özetlenecektir.

#### **a. Ön Sorun**

Yetki üzerine verdiği Kararda Heyet, yetkisi ile ilgili birçok ön sorunu değerlendirmiştir. Heyet her iki tarafın, Filipinler ve Çin'in, Sözleşme'ye taraf olduğunu ve Sözleşme'nin bir devletin genel olarak kendini Sözleşme'de belirtilen ihtilaf çözüm mekanizmalarından hariç tutamayacağını not etmiştir. Heyet, Çin'in katılmamasının Heyet'i yargı yetkisinden muaf tutmadığına ve bir tarafın yokluğunda bile heyet oluşturulması usulünü içeren Sözleşme'ye Ek VII'ye uygun olarak Heyet'in düzgün şekilde oluştuğuna hükmetmiştir. Son olarak, Çin'in Duruş Belgesinde dile getirdiği bir savı reddetmiş ve tek taraflı

olarak sadece tahkime başvurmak şeklindeki hareketin Sözleşme'nin kötüye kullanımı olarak nitelenemeyeceğine hükmetmiştir.

### ***b. Sözleşme'nin Yorumlanması ve Uygulanmasıyla İlgili İhtilafın Varlığı***

Yargı yetkisini belirleyen kararında Heyet, tarafların ihtilafının Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili olup olmadığını değerlendirmiştir ki bu, Sözleşme'nin ihtilaf çözme mekanizmalarına başvurma için bir gerekliliktir.

Çin'in Duruş Belgesinde belirttiği, taraflar arasındaki ihtilafın aslında karasal egemenlikle ilgili olduğu ve bu nedenle Sözleşme'yi ilgilendiren bir sorun olmadığı savını reddetmiştir. Heyet, taraflar arasında Güney Çin Denizi'ndeki adalar üzerinde egemenlikle ilgili bir ihtilafın olduğunu kabul etmiş, fakat Filipinler tarafından tahkime sunulan ihtilafın egemenlikle ilgili olmadığına karar vermiştir. Heyet, Filipinler'in Sunumlarında değindiği egemenlik hakkında zımnî olarak karar verme ihtiyacı içinde olmadığı ve böyle yaparak Güney Çin Denizi'ndeki adalar üzerinde iki taraftan birinin egemenlik iddialarını yükseltmediğini değerlendirmiştir.

Heyet ayrıca, Çin'in Duruş Belgesinde belirttiği taraflar arasındaki ihtilafın aslında deniz sınırını belirlenmesiyle ilgili olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin 298 inci maddesinde belirtilen ihtilaf çözümünden hariç tutulduğu ve Çin tarafından bu maddeye uygun olarak 25 Ağustos 2006 tarihinde bir bildirim verildiği savını reddetmiştir. Heyet, bir devletin deniz alanı yetkilerine sahip olup olmadığı konusundaki bir ihtilafın, bir bölgedeki deniz alanları sınırından ayrı bir sorun olduğunu not etmiştir ki bunlar çakışmıştır. Heyet, çok değişik diğer konularla birlikte yetkilerin, genel olarak sınır tahdidi içerisinde değerlendirildiğini, fakat diğer bağlamlarda da ortaya çıkabileceğini not etmiştir. Heyet, bu konular hakkındaki ihtilafın zorunlu olarak sınır tahditleri üzerinde bir anlaşmazlık olmasını kendisinin takip etmediğine hükmetmiştir.

Son olarak Heyet, Filipinler'in her bir sunumunun Sözleşme'yle ilgili bir ihtilafı yansıttığına karar vermiştir. Böyle yaparak, Heyet (a) Sözleşme'yle diğer hakların (tarihsel haklar) etkileşimini ilgilendiren bir ihtilafın (b) Çin duruşunu açıkça belirtmemiş olsa da, bir devletin tutumundan veya susmasından doğan bir ihtilafın varlığının, nesnel olarak karar verilmesi gereken bir sorun olduğunu vurgulamıştır.

### ***c. Ehemmiyetli Üçüncü Tarafın Katılımı***

Yargı yetkisine dair kararında Heyet, Güney Çin Denizi'ndeki adalar üzerinde hak iddia eden diğer devletlerin bu tahkimde bulunmama kararlarının Heyet'in yargı yetkisine bir engel teşkil edip etmeyeceğini değerlendirmiştir. Heyet, diğer devletlerin haklarının, ehemmiyetli olabilecek üçüncü kişiler için standart

olan “kararın tam olarak esasını” oluşturmayacağını not etmiştir. Heyet ayrıca, Vietnam’ın Aralık 2015’te Heyet’e bir açıklama sunduğunu ki bu açıklamada “Heyet’in bu yargılamalarda yargı yetkisi olduğundan şüphe olmadığını” ileri sürdüğünü not etmiştir, Heyet yine, Vietnam, Malezya ve Endonezya’nın, katılımlarının ehemmiyetli olduğuna dair bir sav ileri sürmeksizin yargı yetkisine dair duruşmada gözlemci olarak bulduklarını not etmiştir.

12 Temmuz 2016 tarihli Kararında Heyet, Malezya’dan 23 Haziran 2016’da Malezya’nın Güney Çin Denizi’ndeki hak iddialarını hatırlatan bir bildirim aldığını not etmiştir. Heyet, Filipinler’in sunumlarının esasını Malezya’nın iddia ettiği haklarla karşılaştırmış ve Malezya’nın ehemmiyetli bir taraf olmadığı ve Malezya’nın Güney Çin Denizi’ndeki çıkarlarının, Heyet’in Filipinler’in sunumlarına değinmesini engellemediği yönündeki kararını tekrar onaylamıştır.

#### ***d.Yargı Yetkisine Ön Koşul***

Yargı yetkisine dair kararında Heyet, tarafların başka bir ihtilaf çözüm yöntemi üzerinde anlaşmaları hâlinde, bir devletin bu yöntemi (tahkim) kullanmalarını engelleyen Sözleşme’nin 281 ve 282 inci maddelerinin uygulanabilirliğini değerlendirmiştir.

Heyet, Çin’in Duruş Belgesinde ileri sürdüğü 2002 Güney Çin Denizi’nde Tarafların Tutumları üzerine Çin-ASEAN Bildirisinin, Filipinler’in tahkim girişimi yapmasını engellediği savını reddetmiştir. Heyet, Bildirinin politik bir anlaşma olduğunu, yasal olarak bağlayıcı olmadığını, bağlayıcı çözüm için bir mekanizma sağlamadığını, diğer tür ihtilaf çözüm yöntemlerini hariç tutmadığını ve bu nedenle 281 ve 282 ini maddelerde belirtilen yargı yetkisini sınırlamadığını hüküm altına almıştır. Heyet ayrıca, Güneydoğu Asya’da Dostluk ve İşbirliği Antlaşması’nı, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi’ni, ve Çin ve Filipinler’in görüşmeler yoluyla ihtilafların çözümüne atıf yapan bir dizi ortak açıklamayı da değerlendirmiş, ve bunlardan hiçbirinin Filipinler’in iddialarını tahkime getirmesini engelleyecek bir anlaşma olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Heyet yine, Filipinler tarafından ihtilafı tahkime getirmeden önce, tarafların Sözleşme’nin 283 üncü maddesinde gerekli kıldığı gibi aralarındaki ihtilafın çözümü ile ilgili görüş alışverişinde bulduklarını tespit etmiştir. Heyet, bu gerekliliğin Çin ile Filipinler arasındaki diplomatik bildirim kayıtlarında karşılandığı sonucuna ulaşmıştır ki bu bildirimlerde Çin sadece iki taraflı konuşmaların değerlendirilebileceğinde ısrar ederken, Filipinler Güney Çin Denizi etrafındaki diğer devletlerin katılımıyla çok taraflı görüşme yönündeki açık tercihini dile getirmiştir.

### ***e. Yargı Yetkisinin İstisnaları ve Sınırları***

Heyet, 12 Temmuz 2016 tarihli kararında, Çin'in tarihsel hakları ve 'dokuz çizgi hattı' ile ilgili Filipinler'in Sunumlarının, Sözleşme'nin 298 inci maddesindeki 'tarihsel hak' (historic title) ile ilgili ihtilafta yargı yetkisinden istisna tutulma durumundan etkilenip etkilenmediğini değerlendirmiştir. Heyet, 'tarihsel hak' kavramının deniz hukukundaki anlamını gözden geçirmiş ve bunun koy veya diğer yakın sahillerdeki tarihi egemenlik iddiasını işaret ettiğine hükmetmiştir. Çin'in, Güney Çin Denizi'ndeki iddialarını ve tutumunu gözden geçirerek Heyet, Çin'in iddiasının 'dokuz çizgi hattı' içindeki kaynaklar üzerinde hak iddiası olduğu, fakat Güney Çin Denizi'nin tarihsel egemenliğini talep etmediği sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Heyet, Filipinler'in tarihsel hak iddialarını ve Çin ile Filipinler'in olduğu gibi, 'dokuz çizgi hattı'nı değerlendirmeye yetkisi olduğu sonucuna varmıştır.

Heyet 12 Temmuz 2016 tarihli kararında, Filipinler'in Sunumlarının, Sözleşme'nin 298 inci maddesindeki deniz sınırı belirlenmesi ile ilgili ihtilafta yargı yetkisinden istisna tutulma durumundan etkilenip etkilenmediğini değerlendirmiştir. Heyet çoktan Yargı Yetkisine Dair Kararda, Filipinler'in Sunumlarının deniz sınırlarının belirlenmesiyle ilgili olmadığını tespit etmiş, fakat birçok Filipinler Sunumunun Filipinler münhasır ekonomik bölgesini oluşturan alanlara bağlı olduğunu not etmiştir. Heyet, bu tür sunumlara ancak Çin'in Filipinlerinki ile çakışan münhasır ekonomik bölge salahiyetinin hiçbir ihtimalde olmaması durumunda değinebileceğini belirtmiş ve bu konudaki yargı yetkisine ilişkin son kararını talik etmiştir. 12 Temmuz 2016 tarihli kararında Heyet, Güney Çin Denizi'nde Çin'in hak iddia ettiği mercan kayalıklarını ve adalarını gözden geçirmiş ve hiçbirinin münhasır ekonomik bölge salahiyeti oluşturma yeterliliği olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Çin'in Spratly Adaları'nda Filipinler'inki ile çakışan bir münhasır ekonomik bölge salahiyeti ihtimali olmadığı için, Heyet, Filipinler'in Sunumlarının öncelikli olarak sınırın belirlenmesine bağlı olmadığına hükmetmiştir.

12 Temmuz 2016 tarihli kararında Heyet yine, Filipinler'in Sunumlarının, Sözleşme'nin 298 inci maddesindeki münhasır ekonomik bölgedeki polis gücünün faaliyetleri ile ilgili ihtilafta yargı yetkisinden istisna tutulma durumundan etkilenip etkilenmediğini değerlendirmiştir. Heyet, 298 inci maddedeki istisnanın sadece Filipinler'in Sunumlarının polis gücünün eylemlerinin Çin'in münhasır ekonomik bölgesi ile ilgili olması durumunda uygulanacağını hatırlatmıştır. Ancak, Filipinler'in Sunumlarının kendi münhasır ekonomik bölgeleri veya karasularındaki olaylarla ilgili olduğu için, Heyet 298 inci maddenin kendisinin yargı yetkisine bir engel teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Son olarak, Heyet 12 Temmuz 2016 tarihli kararında, Filipinler'in Sunumlarının, Sözleşme'nin 298 inci maddesindeki askeri faaliyetler ile ilgili ihtilafta yargı yetkisinden istisna tutulma durumundan etkilenip etkilenmediğini değerlendirmiştir. Heyet, Filipinler bahriyesi ile Çin deniz kuvvetleri ve polis gücü gemiler arasında İkinci Thomas Sığılığı'ndaki karşılıklı pozisyonların, askeri faaliyet oluşturduğunu değerlendirmiş ve Filipinler'in 14 (a)-(c) sayılı sunumları üzerinde yargı yetkisini haiz olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Heyet ayrıca, Çin'in arazi islahının ve Spratly Adaları'nda yedi yerde yapay ada inşasının askeri faaliyet oluşturduğunu değerlendirmiş, fakat Çin'in tekraren bu hareketinin askeri bir doğası olmadığını ve Spratly Adaları'ndaki varlığını askerileştirmeyeceğini en üst seviyede vurguladığını not etmiştir. Heyet, Çin kendisi tekraren aksini iddia ederken bu etkinliğin doğasının askeri olduğunu varsaymayacağına karar vermiştir. Dolayısıyla, 298 inci maddesinin yargı yetkisine bir engel teşkil etmediği sonucuna ulaşmıştır.

#### **4. Filipinler'in İddialarının Esası Konusunda Heyet'in Kararı**

##### **a. 'Dokuz Çizgi Hattı' ve Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki Deniz Alanları Hakkında Tarihsel Haklar iddiası**

Heyet 12 Temmuz 2016 tarihli kararında, Çin'in 'dokuz çizgi hattı' çıkarımını ve Sözleşme uyarınca salahi yetli olduğu deniz alanları sınırlarının ötesinde Güney Çin Denizi'ndeki kaynaklarda tarihsel haklara sahip olup olmadığını değerlendirmiştir.

Heyet, Sözleşme'nin tarihini ve deniz alanları hususundaki hükümlerini incelemiş ve Sözleşme'nin tam olarak deniz alanlarında devletlerin haklarını paylaştırmayı istediği sonucuna ulaşmıştır. Heyet, kaynaklar üzerinde daha önceden var olan haklar (özellikle balık avcılığı kaynakları) sorunun, münhasır ekonomik bölge tesisi görüşmelerinde dikkatlice değerlendirildiğini ve birçok ülkenin yeni bölgelerde balık avlama tarihi haklarını korumayı istediğini not etmiştir. Bu duruş reddedilmiştir, ancak Sözleşme'nin son hâli, münhasır ekonomik bölgede diğer devletlere balık avcılığında ancak sınırlı (sahil devletinin mümkün olan tüm ürünü avlayamaması durumunda) haklar verir ve petrol ve maden kaynakları hakkı vermez. Heyet Çin'in kaynaklar üzerinde tarihsel hakkı olduğu iddiasının Sözleşme'deki hakların ve deniz alanlarının detaylı paylaştırmasına uygun olmadığını tespit etmiştir ve Çin'in, Güney Çin Denizi sularındaki kaynaklar üzerinde sahip olduğu tarihsel haklar muvacehesinde, bu tür hakların Sözleşme'nin deniz alanları sistemiyle uyumsuz olduğu ölçüde lağvedildiği sonucuna ulaşmıştır.

Heyet ayrıca karar vermek için Çin'in Güney Çin Denizi'nde Sözleşme yürürlüğe girmeden önce gerçekten kaynaklar üzerinde tarihsel haklara sahip olup olmadığına dair tarihsel kayıtları da incelemiştir. Heyet, Çinli gemicilerin ve balıkçıların diğer devletlerinki gibi, Güney Çin Denizi'ndeki adalardan faydalandıklarını not etmiş, buna karşın adalar üzerindeki egemenlik sorunu hakkında karar vermek için yetkilendirilmediğini de vurgulamıştır. Ancak Heyet, Sözleşme öncesinde, kara suları ötesindeki Güney Çin Denizi sularının, her devletin gemilerini serbestçe seyredebileceği ve balık avlayabileceği açık denizin yasal olarak bir parçası olduğunu değerlendirmiştir. Dolayısıyla, Heyet, Çin tarafından Güney Çin Denizi'nde tarihi olarak seyir ve balık avcılığının, tarihsel haklardan çok açık deniz özgürlüklerinin kullanılmasını temsil ettiği ve Çin'in, Güney Çin Denizi sularında tarihsel olarak münhasır kontrol uyguladığına veya diğer devletlerin kendi kaynaklarını kullanmasını önlediğine dair delil bulunmadığı kararına varmıştır.

Buna uygun olarak Heyet, Çin ve Filipinler arasında olduğu gibi, 'dokuz çizgi hattı' içerine düşen deniz alanları içerisindeki kaynaklar üzerinde Sözleşme'de sağlanan hakları aşan tarihsel bir hak iddia etmesinin herhangi bir yasal temeli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

## **b. Güney Çin Denizi'nde Bulunan Yerlerin Yasal Durumları**

Heyet 12 Temmuz 2016 tarihli kararında, Güney Çin Denizi'nde bulunan yerlerin yasal durumlarını ve Çin'in Sözleşme uyarınca ihtimalen hak iddia edebileceği deniz alanları yetkilerini değerlendirmiştir.

Heyet, ilk olarak Çin'in hak iddia ettiği mercan kayalıklarının gelgit met seviyesinin altında kalıp kalmadığı konusunda teknik bir değerlendirme üstlenmiştir. Sözleşme'nin 13 ve 121 inci maddeleri altında, gelgit met seviyesinin üzerinde kalan yerler 12 deniz mili karasuyu yetkisi bahşedecektir, buna karşın gelgit met seviyesinin altında kalan yerler deniz alanı yetkisi bahşetmez. Heyet, Güney Çin Denizi'ndeki birçok kayalığın yakın zamanlı arazi ıslahı ve inşaatlarla ciddi şekilde değiştirildiğini not etmiş ve Sözleşme'nin, yerleri onların doğal durumları temelinde sınıflandırdığını hatırlatmıştır. Heyet, Filipinler'in teknik delilleri konusunda yardım etmesi için hidrografi alanında bir uzman görevlendirmiş ve yerleri değerlendirmek için ciddi şekilde arşiv malzemelerine ve tarihi hidrografi araştırmalarına dayanmıştır. Heyet, Scarborough Sığılığı, Johnson Kayalığı, Cuarteron Kayalığı, and Fiery Cross Kayalığı'nın gelgit met seviyesinin üzerinde olduğu ve Subi Kayalığı, Hughes Kayalığı, Mischief Kayalığı ve İkinci Thomas Sığılığı'nın doğal durumlarında gelgit met seviyesinin altında kaldığı konularında Filipinler ile aynı fikirde olmuştur. Ancak, Gaven Kayalığı ve McKennan Kayalığı'nın hukuki durumu konusunda Filipinler ile aynı fikri paylaşmamış ve her ikisinin de gelgit met seviyesinin üzerinde kaldığı sonucuna ulaşmıştır.



Heyet daha sonra, Çin tarafından hak iddia edilen yerlerden herhangi birinin 12 deniz mili ötesinde deniz alanı salahiyyeti oluşturup oluşturmadığını değerlendirmiştir. Sözleşmenin 121 inci maddesi kapsamında, adalar 200 deniz mili münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı salahiyyeti doğururlar, fakat “insan yaşamını ve kendi ekonomik hayatlarını devam ettiremeyecek olan kayalıklar, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı salahiyyetine sahip değildirler”. Heyet, bu hükmün kıyı devletinin yetkisinin münhasır ekonomik bölge oluşturmak suretiyle genişletilmesine çok yakından bağlı olduğunu ve önemsiz yerlerin, yaşanılan bölgelerin salahiyyetlerini veya açık denizleri ve insanoğlunun genel mirası için ayrılan deniz yataklarını ihlal eden geniş deniz alanı salahiyyetleri doğurmasından korumayı amaçladığını not etmiştir. Heyet, 121 inci maddeyi yorumlamış ve bir yerin salahiyyetinin (a) yerin nesnel kapasitesine, (b) doğal durumuna, (c) istikrarlı bir insan topluluğunu ayakta tutmaya veya (d) ekonomik etkinliğini ne dış kaynaklara ne de doğası gereği sırf çıkarıcılığa (maden vs.) dayanarak sürdürmemesine bağlı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Heyet, Spratly Adaları’ndaki birçok yerin bir veya birden fazla kıyı devleti tarafından zapt edildiğini not etmiştir ki bu devletler tesis kurmuş ve personelini burada kalıcı hâle getirmiştir. Heyet, bu modern mevcudiyetin dış kaynaklar ve yardımlara bağımlı olduğunu değerlendirmiş ve birçok yerin yaşanılabilirliğini arttırmak için arazi ıslahı ve tuz giderme tesisleri gibi altyapı inşası aracılığıyla değiştirildiğini not etmiştir. Birçok yerdeki resmi görevlilerin hali hazırda mevcudiyetinin, doğal durumlarında istikrarlı bir insan topluluğunu ayakta tutma kapasitesini kanıtlamayacağı hükmüne varmış ve ekonomik hayat ve yerleşimin tarihsel delillerinin, yerlerin nesnel kapasiteleriyle daha çok ilişkili olduğunu değerlendirmiştir. Tarihsel kanıtları inceleyerek, Heyet, Spratly Adaları’nın tarihsel olarak Çin’den aynı zamanda diğer devletlerden gelen küçük bir balıkçı grubu tarafından kullanıldığını ve birçok Japon balıkçılık ve martı gübresi madenciliği girişimciliğinin 1920 ve 1930’larda kullanmaya teşebbüs ettiğini not etmiştir. Heyet, yerlerin geçici olarak balıkçılar tarafından kullanılmasının istikrarlı bir insan topluluğunun ikameti anlamına gelmediği ve tüm bu tarihsel faaliyetlerin doğası gereği çıkarıcılık olduğu sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla Heyet, Spratly Adaları’ndaki tüm gelgit met seviyesi üstü yerlerin (örneğin Itu Aba, Thitu, West York Adası, Spratly Adası, North-East Cay, South-West Cay dâhil), münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı doğurmayan nitelikte yasal olarak kaya olduğu hükmüne varmıştır.

Heyet ayrıca, Sözleşme’nin, Spratly Adaları gibi ada gruplarının topluca bir bütün olarak deniz alanları doğuracağını öngörmediğine hükmetmiştir.

### c. Güney Çin Denizi'ndeki Çin Faaliyetleri

Heyet 12 Temmuz 2016 tarihli kararında, Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki çeşitli eylemlerinin Sözleşme kapsamında hukuki olup olmadığını değerlendirmiştir.

Mischief Mercan Kayalığı, İkinci Thomas Sığılığı ve Reed Kıyısı'nın gelgit met seviyesinin altında kaldığını ve Filipinler'in münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı yönünden Çin'in herhangi bir yetkiyle çakışmadığını tespit ederek, Heyet, münhasır ekonomik bölge içindeki deniz alanlarıyla ilgili egemenlik haklarının Filipinler'e tahsis yönünden Sözleşme'nin açık olduğu sonucuna varmıştır. Heyet, Çin'in, (a) Filipinler'in Reed Kıyısı'ndaki petrol aramalarına müdahale ettiğini, (b) Filipin gemilerinin Filipinler'in münhasır ekonomik bölgesinde balık avlamasını yasaklamaya çalıştığını, (c) Filipinler'in münhasır ekonomik bölgesi içindeki Mischief Mercan Kayalığı'nda ve İkinci Thomas Sığılığı içinde Çinli balıkçıların balık avlamasını engellemediği ve onları koruduğunu ve (d) Filipinler'in izni olmadan Mischief Mercan Kayalığı'na yapay ada ve tesis inşa ettiği ettiğini bir sorun olarak tespit etmiştir. Bu nedenle Heyet, Çin'in münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı açısından Filipinler'in egemenlik haklarını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Heyet daha sonra Scarborough Sığılığı'ndaki geleneksel balıkçılığı incelemiş ve Filipinlerden aynı zamanda Çin ve diğer devletlerden gelen balıkçıların uzun süredir bu Sığılıkta balık avladıklarına ve geleneksel olarak balık avlama hakkına sahip olduklarına karar vermiştir. Scarborough Sığılığı gelgit met seviyesinin üzerinde olduğu için, bir karasuyu yetki doğurur, etrafındaki sular münhasır ekonomik bölgenin bir parçasını oluşturmaz ve Sözleşme'yle geleneksel balık avlama hakkı lağvedilmemiştir. Heyet, Scarborough Sığılığı üzerinde egemenlik konusunda bir karar vermeyeceğinin vurgulamasına rağmen, Çin'in, Filipinli balıkçıların geleneksel balık avlama haklarına saygı gösterme yükümlüğünü, Sığılığa erişmelerini Mayıs 2012'den sonra durdurarak ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak Heyet, Scarborough Sığılığı'nda Çinli balıkçıların geleneksel balık avlama hakkı açısından, Filipinli balıkçıların balık avlaması Çin vatandaşları tarafından engellenseydi de aynı sonuca ulaşacağını not etmiştir. <sup>(3)</sup>

Heyet yine Çin eylemlerinin deniz yaşam alanlarına etkisini değerlendirmiştir. Bunu yaparak Heyet, mercan kayalıkları biyolojisi üzerinde uzman, erişilebilir ilmi delillerin ve Filipinli uzmanların raporlarının değerlendirilmesinde Heyet'e yardım etmek için atanmış üç bağımsız kişi tarafından desteklenmiştir. Heyet, Çin'in geniş

---

<sup>3</sup> Tercümede özete sadık kalınmıştır. Ancak karar, ilgili kısmın Filipinlerin engelleme yapması hâliyle ilgilidir ve şöyledir: "Heyet ayrıca, Filipinler'in Scarborough Sığılığı'nda bir kontrol tesis etmesi ve Çinli balıkçıların geleneksel balık avcılığı yapmalarına engel olunması halinde de tamamen aynı sonuca ulaşacağını not etmiştir." Permanent Tribunal of Arbitration, Filipinler Cumhuriyeti/Çin Halk Cumhuriyeti, PCA dosya no 2013-19, 12 Temmuz 2016, para 812.

çaplı arazi ıslahı ve Spratly Adaları'nda yedi yerde yapay ada inşasının mercan kayaları yaşam ortamlarına ciddi zararlara sebep olduğunu ve Sözleşme'nin 192 ve 194 üncü maddelerinde altındaki kırılğan ekosistemi ve nesli tükenen, tehlike ve tehdit altındaki türlerin yaşam ortamlarıyla ilgili koruma ve kollama yükümlülüğünü ihlal ettiğini tespit etmiştir. Heyet, Çinli balıkçıların Güney Çin Denizi'nde, mercan kayalıklarının yaşam ortamlarına ciddi zarar veren yöntemler kullanarak, nesli tükenme tehdidi altında olan deniz kaplumbağaları, mercan ve dev istiridyeleri önemli miktarda hasat etmekle iştigal ettiğini tespit etmiştir. Heyet, Çinli yetkililerin bu faaliyetlerin farkında olduğunu ve onları durdurmak için Sözleşme altındaki yükümlülüklerinde gereken özeni göstermediği kararına varmıştır.

Son olarak Heyet, Scarborough Sığılığı'nda Nisan ve Mayıs 2012 tarihlerindeki Çin gemilerinin fiziksel olarak Filipinler gemilerinin Sığığa ulaşmasını ve giriş kazanmasını engellemeye çalıştığı iki olayda Çin güvenlik polisi gemilerinin tutumlarının hukukiliğini değerlendirmiştir. Bunu yaparken, Heyet, Filipinli gemilerin görevlilerinin düzenlediği yazılı raporları ve Filipinler tarafından sağlanan deniz güvenliği konusundaki uzman raporlarını gözden geçirmek suretiyle yardım etmek için atanan bir deniz seyir güvenliği uzmanı tarafından desteklenmiştir. Heyet, Çin güvenlik polisinin gemilerinin Filipin gemilerine yüksek hızlarda tekrar tekrar yaklaştığını, ciddi çarpışma riski ve Filipin gemilerine ve personeline tehlike yaratarak onların önlerinde yakın mesafeden geçmeye çalıştığını tespit etmiştir. Heyet, Çin'in 1972 tarihli Denizde Çarpışmaların Önlenmesi İçin Uluslararası Düzenlemeler Hakkında Sözleşme ve Sözleşme'nin (UNCLOS) deniz güvenliği ile ilgili 94 üncü maddesi altındaki mükellefiyetlerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

#### **d. Taraflar Arasındaki İhtilafın Ağırlaştırılması**

Heyet, 12 Temmuz 2016 tarihli kararında, tahkimin başlamasından itibaren Çin'in geniş çaplı arazi ıslahı ve Spratly Adaları'nda yedi yerde yapay ada inşasının taraflar arasındaki ihtilafı ağırlaştırıp ağırlaştırmadığını değerlendirmiştir. Heyet, ihtilaf çözüm usulüne katılan tarafların çözüm süreci boyunca eldeki ihtilaf ya da ihtilafları ağırlaştırma veya genişletmeden kaçınmak görevinin var olduğunu hatırlatmıştır. Heyet, Çin'in (a) gelgit met seviyesinin altında kalan ve Filipinler münhasır ekonomik bölgesi içinde yer alan Mischief Mercan Kayalığı'nda büyük bir yapay ada inşa ettiğini, (b) Mercan kayalığı ekosistemine sürekli ve geri döndürülemez zarar verdiğini ve (c) konu olan yerlerin doğal durumlarına ilişkin delilleri daimi olarak imha ettiğini not etmiştir. Heyet, Çin'in, çözüm süreci boyunca eldeki ihtilafları ağırlaştırma veya genişletmeden kaçınmak mükellefiyetini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

#### **e. Tarafların Gelecekteki Tutumları**

Son olarak Heyet, Filipinler'in, ileriye dönük olarak Çin'in onların haklarına ve özgürlüklerine saygı göstereceğini ve Sözleşme'deki görevlerini yerine getireceğini bildirmesi talebini değerlendirmiştir. Bu açıdan, Heyet, Çin ve Filipinler'in tekraren Sözleşme'nin ve genel iyi niyet mükellefiyetlerinin onların tutumlarını belirlediğini ve tanzim ettiğini kabul ettiklerini not etmiştir. Heyet, bu tahkimdeki ihtilaf konusunun kaynağının, Çin ve Filipinler tarafının diğer tarafın herhangi bir yasal hakkını ihlal etme kastlarında yatmadığını, fakat daha çok onların Güney Çin Denizi sularında Sözleşme altındaki kendi şahsi haklarını temelde farklı anlamalarında yattığını değerlendirmiştir. Heyet, uluslararası hukukun temel ilkesi olan kötü niyetin varsayılmadığı ilkesini hatırlatmış ve Ek VII'nin 11 inci maddesinin "Karara...ihtilafa taraf olanlarca uyulacaktır." hükmünü içerdiğini not etmiştir. Heyet bu nedenle daha öte bir bildiriye gerek olmadığını değerlendirmiştir.

# İNSAN HAKLARI SON ÜTOPYA MI?

**Yazar: Emrah AKYÜZ\***

*Çeviren: Hüseyin GÖKTEPE<sup>(1)</sup>*

## Özet

Samuel Moyn'un 'Tarihte Son Ütopya: İnsan Hakları (2010)' isimli kitabı son dönemlerde insan hakları üzerine yapılmış olan tartışmalara katkı sağlamış en değerli ve münakaşacı eserlerden bir tanesini oluşturmaktadır. Columbia Üniversitesi tarih bölümünde profesör olan Samuel Moyn'un bu geniş kapsamlı ve kritik kitabında özgün bir yaklaşım ortaya atarak insan haklarının yeni bir buluş olduğu görüşü dile getirilmektedir. Samuel Moyn modern insan hakları ile tarihin tozlu sayfalarında yer edinmiş insan hakları arasında keskin bir ayırım yapmaktadır. Yazar, çağdaş insan hakları anlayışını ve özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni, Komünizm gibi misyonunu tamamlamış ütopyaların ardından gelen son ütopya olarak tanımlamaktadır. Bu çalışmanın temel amacı başta Samuel Moyn'un ortaya attığı ve akademik dünyada gündem oluşturan tartışmalı çalışmasını eleştirel bir şekilde analiz etmek ve insan haklarının son ütopya olup olmadığı sorusunu ayrıntılı bir şekilde incelemektir. Modern insan haklarının bir ütopya olup olmadığı sorusu, tarihsel süreç içerisinde yaşanmış önemli olaylar ele alınarak ve güncel dünyadan alıntılar yapılarak irdelenmeye çalışılacaktır.

## I. Giriş

Zulüm ve ayrımcılığa karşı siper olarak 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (İHEB) dünya tarihinde dönüm noktası olan ilk büyük çapta başarıdır<sup>(2)</sup>. Bireyler ve devletler, günümüz dünyasının sosyal adaletinin temeli olarak insan haklarının önemini giderek kabul etmektedirler. İnsan hakları her ne kadar yeni bir buluş olmasa da, hakların korunması ve tartışılması bağlamında tarih boyunca tüm toplumların önemli bir parçası olmuştur.

---

\* Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı Tetkik Hakimi, huseyingoktepe@adalet.gov.tr

<sup>1</sup> A Postgraduate Researcher, The University of Leeds, emrahylsy@hotmail.com, Bu çeviri sayın Emrah Ayküz tarafından yazılan ve Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, 2015 Güz, Sayı: 20, sayfa: 181-190 arasında yayınlanan makalenin çevirisidir.

<sup>2</sup> Ishay, M. (2010). The Universal Declaration of Human Rights at 60: a bridge to which future?. Perspectives on Global Development & Technology, 9 (1/2/):11-27

17. ve 18. yüzyılda önemli doktrin ve belgelerin (Fransız ve Amerikan beyannamesi gibi) ortaya çıkmasıyla birlikte insan hakları konusunda ki değerlendirmelerde önemli gelişmeler meydana gelmiştir. Samuel Moyn'un "Son Ütopya: Tarihte İnsan Hakları" isimli eseri, bu tartışmalara en ilgi çekici ve eleştirel katkı sağlayandır. O, günümüz insan hakları ile insan hakları arasında radikal fark olduğu görüşünde olup ayrıca modern insan haklarının, öngörülen evrensel projenin çökmesi nedeniyle son ütopya olduğunu ileri sürmektedir. Bu şu soruları akla getirmektedir: Güncel insan hakları bakışı ile önceki insan hakları talepleri (örneğin: insan hakları) arasındaki fark nedir? 17. yüzyıl doğal haklardan bugünkü formda insan haklarına geçiş aşamasında bir düşüş yaşanmış mıdır? Samuel Moyn tarafından ifade edildiği şekliyle insan hakları gerçekten ütopya mıdır? İHEB gerçeklikten ziyade bir hayal midir? Şayet ütopya değilse, İHEB, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi hükümet dışı kuruluşlara rağmen dünyanın her bir bölgesinde insan hakları ihlalleri neden devam etmektedir? Moyn'un tarihsel yaklaşımı bu tip merkezi soruları açıklama noktasında bir takım ipuçları içermektedir.

Yukarıdaki soruları cevaplamak için, öncelikli olarak yapılması gereken şey Samuel Moyn'un Last Ütopya: Tarihte İnsan Hakları isimli eserinin analiz edilmesi gerekmektedir. Bu makale iki tane temel konuya sahiptir. Birincisi; Moyn'un insan haklarına yaklaşımının analiz edilmesi ve ikincisi ise ilgili bir takım örnekler üzerinden insan haklarının ütopya olup olmadığının tartışılmasıdır.

## **II. Samuel Moyn'un "Son Ütopya: Tarihte İnsan Hakları" Adlı Eserinde İnsan Haklarına Yaklaşımı**

Samuel Moyn, insan hakları kavramının gerçek güçlü yönleri ve sınırlamalarını anlamak için "Son Ütopya: Tarihte İnsan Hakları" isimli eserinde insan hakları tarihini iki döneme ayırır ve aralarında keskin analitik farklılık olduğunu altını çizer. Aydınlanma ve ihtilal dönemlerindeki (Amerika Haklar Bildirgesi ve Fransız Bildirgesi) insan hakları talepleri bu ayırımın birinci kısmını oluşturur. Moyn, 17. ve 18. yüzyıl doğal haklar doktrini ve insan haklarının yeni devlet egemenliği şeklinin yapı taşı olduğunu iddia etmektedir. Onlar politik topluma aittir, politik toplumu baz alır ve tüm insanları devlete katılmaya zorlar. Moyn'un tezlerinin basit özeti insan haklarının yaşanan düş kırıklılığı ile birlikte ütopyadan doğmuş olduğudur.

Güncel insan haklarının ikinci dönemi devlet egemenliğine karşı yöneltilmiş olanıdır. Moyn, güncel fenomen olarak günümüz insan haklarının gerçekten de, Amerika Birleşik Devletlerinin uluslar arası politikasının (başkan Jimmy Carter'ın yönetimi altında) ve Uluslar arası Af Örgütü gibi uluslar arası sivil toplum

örgütlerinin bir parçası olarak ortaya çıktığını belirtmektedir. Moyn tam olarak da şu ifadeleri kullanır:

“İnsan hakları yılı, 1977, Amerikan tarihinde “insan hakları” ilk kez kamuoyunun gözönüne 20 Ocakta yani Carter’in göreve başlama tarihi ile başlar. Bu yılın dönüm noktası 10 Aralık’ta Uluslar arası Af Örgütü’nün Nobel Barış Ödülünü alması ile doruğa ulaşacaktı. Carter’in 20 Ocak’ta göreve başlarken ki açıklamaları “insan haklarını” kamuoyunca kabul edilen popüler bir kelime haline getirdi.

Moyn, modern insan hakları fikir ve değerlerinin ne aydınlanmanın ne Fransız ve Amerikan bildirilerini ne 19. yüzyıl insani tepkilerini ne de 2. Dünya Savaşı sonrası Holkost etkilerinin izlerini taşımadığını iddia eder. Bunun yerine, insan haklarının, modern insan hakları ve fikrinin antipolitik ve devrimci politik projelerin (komünizm gibi) yaşattığı hayal kırıklığına ahlaki tepkiler olarak doğdu, özellikle 1950 ve 1960’lar da koloni karşıtlarının (2. Dünya Savaşından sonra koloni karşıtı ve bağımsızlık mücadelesi veren Afrika Devletleri) bağımsızlık mücadelesi bu süreçte büyük etki yapmıştır<sup>(3)</sup>. Ütopik ideolojiler ve sistemler 20. yüzyılın şaşkına uğramış bir takım rejimlerini karakterize etmiştir. Kusursuz bir örnek vermek gerekirse, Joseph Stalin, Adolf Hitler ve Mao komünist görüşüne dayalı olarak eşitlik kavramı, istismara son verme ve adalete dayalı bir toplum kurma kavramları ile yönetmişlerdir<sup>(4)</sup>. 2. Dünya Savaşından sonra bu yanlış ütopya insan onuruna dayalı uluslar arası insan hakları düşüncesi ve daha iyi bir dünya için hakların eşitliğine dayalı yeni bir vizyona (insan hakları) ilham kaynağı oldu<sup>(5)</sup>.

Sömürge karşıtlığı ile birlikte yaşanan hayal kırıklığı (Üçüncü Dünya Ülkelerinin Evriminin Romantizmi) ve komünizm daha önceki evrensel projelerin başarısızlığına karşı ahlaki beklentileri içeren yeni uluslar arası insan hakları ütopyası ihtiyacına yol açtı. Yeni kolektif kamu psikolojisi veya popüler algı, yeni insan hakları düşüncesini başarısız devrim projelerinin ütopyalarına alternatif olarak kabul etmiştir. Bir başka deyişle, idealistik görüşlerin patlaması nedeniyle insan hakları yeni bir ütopya olarak ortaya çıkmıştır. İnsan hakları tarihi devlet politikasından dünya ahlakına dönüştü<sup>(6)</sup>.

---

<sup>3</sup> Moyn, S. (2010). The last utopia: human rights in history. London: Belknap Press.

<sup>4</sup> Starkey, H. (2012) Human rights, cosmopolitanism and utopias: implications for citizenship education. Cambridge Journal of Education, 42 (1) :21-35

<sup>5</sup> Klug, F. (2000). Values for a godless age: The story of the UK’S new Bill of Rights. Harmondsworth, UK: Penguin

<sup>6</sup> Moyn, S., a.g.e.

Pheng Cheah hepsi aynı önceliğe sahip olduğu, insanoğlunun kültürel, ekonomik, politik haklarını koruduğu ve geliştirdiği için insan hakları arasında ayırım yapılamayacağı yönünden Moyn'un insan hakları teorisini eleştirmiştir<sup>(7)</sup>. Şüphesiz ki, farklı tür politikalar ve yönetimler geçtiğimiz yüzyılda insan hakları söylemini şekillendirmesine rağmen bu durum güncel insan haklarında bir değişikliğe yol açmadı. Bir başka deyişle, 17. ve 18. yüzyıl doğal haklarından modern insan hakları anlayışı arasında doğrudan bağlantı vardır.

### III. İnsan Hakları “Son Ütopya mı?”

İnsan Hakları Evrensel Bildirisini (İHEB) tüm dünya üzerinde uygulamak ne kadar mümkün olabilir? Bütün ülkeler ve insan hakları organizasyonları bu hakları uygulamak için yeteri kadar kaynak ve güce sahipler mi? İnsan Hakları Evrensel Bildirisine rağmen neden insan hakları ihlalleri hala bütün ülkelerde büyüyen bir problem olmaktadır? İnsan hakları “son ütopya” mı? Bu soruları cevaplamak için öncelikle İHEB’i analiz etmek gerekmektedir.

#### III. I. Modern İnsan Haklarının Çerçevesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu anlaşılabilir ve bölünemez insan hakları görüşü sağlayacak şekilde 2. Dünya Savaşının dehşetine tepki olarak İHEB’i 10 Aralık 1948’de Paris’te kabul ve ilan etti<sup>(8)</sup>. Bu deklarasyon, insan hakları tarihinde dönüm noktası niteliğinde bir dökümandır. Deklarasyon, yeryüzünde herhangi bir yerde yaşayan bütün insanların çeşitli temel insan hakları ve özgürlüklerini düzenleyen ve onlara bu hakkı veren 30 madde içermektedir. Bu düzenlemeler, bütün kadın ve erkeklerin doğal olarak hak sahibi olduğuna dair ilk uluslar arası belgedir. Ayrıca, Birleşmiş Milletler üyesi olan ve hukukun üstünlüğü ile yönetilen 192 devlet İHEB’i çekincesiz imzalamışlardır<sup>(9)(10)</sup>. Bu durum İHEB’in uluslar arası bir fenomen olduğu, yerel ya da bölgesel olmadığı anlamına gelmektedir. İHEB, hükümetler ve onların dünya üzerinde olan bireyleri arasında yapılmış bir kontrat olarak kabul edilmektedir.

İHEB, 2. Dünya Savaşının politik açıdan tehlikeli olan sürecini başarılı bir şekilde bütün dünyada en iyi insan hakları sürecine haline gelmesini başarabilmiştir.

---

<sup>7</sup> Cheah, P. (2013). Human rights and the material making of Humanity: a response to Samuel Moyn’s. *Qui Parle: Critical Humanities and Social Sciences*, 22(1) :55-61.

<sup>8</sup> Ishay, M. (2010). The Universal Declaration of Human Rights at 60: a brigade to which future?. *Perspectives on Global Development & Technology*, 9 (1/2): 11-27

<sup>9</sup> Hugres, G. (2011). The concept of dignity in the Universal Declaration of Human Rights. *Journal of Religious Ethics*, 39 (1): 1-24.

<sup>10</sup> Neier, A. (2013). Between Dignity and Human Rights. *Dissent*, 60 (2): 60-65.



Çok taraflı anlaşmalar olan 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslar arası Sözleşmesi, 1975 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane Gayri İnsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmesi, İHEB'in bir parçası olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilmiştir<sup>(11)</sup>. Sözleşmeler, yeni uluslar arası düzenin sütunu haline gelmiş ve giderek artan bir şekilde insan onurunun sağlanması ve dünya üzerindeki bireyler için barış sağlayan bir enstrüman olmuştur.

İHEB, bütün insanlar için (erkek ya da kadın, siyah veya beyaz, komünist veya kapitalist, Müslüman veya Hıristiyan, kazanan veya kaybeden, zengin, fakir ya da toplumun azınlık yahut çoğunluk grubuna üye olduğuna bakılmaksızın) insan hak ve özgürlüklerini içeren standartlar getirmiştir. Diğer yandan şu hususu da vurgulamak önemlidir ki, insan haklarına sahip olmayı, hakkı kullanma veya hakkın korunmasıyla karıştırmamak gerekir. İHEB, daha yaşanabilir ve iyi bir dünya için, diğer başarısız olan ütopya gibi, bir takım haklar ve kurallar öngörmektedir. En önemli soru İHEB (en iyi insan hakları belgesi olarak) gerçekten uygulanabilir mi? ya da İHEB önceki diğer ütopya gibi rüya mı? Bu insan haklarının uygulanması birçok ülkenin hali hazırda sahip olmadığı<sup>(12)</sup> kaynakları gerektirir ve şüphe yok ki insan hakları korunmaz ve uygulanmazsa anlamsız kalır. Devlet dışı aktörlerin ve uluslar arası kuruluşların işbirliği ağına rağmen, modern insan hakları fikrinin (özellikle İHEB'in) son ütopya olduğu ve günümüz dünyasında kusursuz bir şekilde uygulanamayacağı konusunda ki Samuel Moyn'un fikrine tamamıyla katılıyorum. Elbette, bu insan haklarının işlevsiz olduğu anlamına gelmez. Bugün için sahip olduğumuz ve insanlık onurunun korunmasına az ya da çok da olsa değerli katkı sağlayan insan haklarının önemini küçümsememelidir.

### III. II. Niçin İnsan Hakları “Son Ütopya”?

Modern bir kavram olarak insan hakları son ütopya. Çünkü insan hakları dünya yüzünde şimdiye kadar hiçbir zaman tamamen uygulanmamıştır. Daha net söylemek gerekirse, insan hakları tüm dünyada; gittikçe daha fazla ihlal edilmekte veya ihlal tehdidi altında kalmaktadır. Savaş suçları, soykırım, işkence, kölelik, tecavüz, zorla kısırlaştırma veya tıbbi deney, kasti açlık, ayrımcılık ve birçok ülkede olan nice diğer örnekler. Uluslar arası Af Örgütünün 2009 yılı

---

<sup>11</sup> Andrassy, G. (2012). Freedom of Language: A universal human right to be recognised. *International Journal on Minority and Group Rights*, 19 (2) :195-232.

<sup>12</sup> Nickel, James W. (1982). Are human rights utopian?. *Philosophy & Public Affairs*. 11 (3) :246-264

Dünya Raporuna göre<sup>(13)</sup>, 54 ülkede adil olmayan yargılama, 81 ülkede işkence ve kötüye kullanma, 77 ülkede ifade hürriyetinin kısıtlanması, buna radikal ayrımcılık, cinsel taciz, çocuk yaşta evlilikler ve çocuk işçiler de eklenince insan hakları ihlalleri artarak gerçekleşmektedir. Bu az sayıda örnekler, insan haklarının mutlak olarak gerçekleştirilmesini uzak ve gerçekleştirilmesinde ulaşılamaz bir hedef olduğunu göstermektedir.

İnsan hakları ihlallerinin niçin artarak ortaya çıktığı hususunda ilk sebep, insan hakları konusunda ne zaman, hangi boyutta, hangi durumlarda dış ülkelerin insani müdahalede bulunması gerektiği konusunda yeterli bir anlaşmanın olmamasıdır. İşbirlikleri insan haklarının korumada ve özellikle soykırımın önlenmesinde zorunludur. Nicolast Rost<sup>(14)</sup>, 2. Dünya savaşının sonundan 2001 yılına kadar soykırımlarda, savaşlardan daha fazla insan öldürüldüğünü iddia etmektedir. Barbara Harff'a göre<sup>(15)</sup>, 1945 ila 1999 yılları arasında, 22 milyon insan soykırıma uğramış, yaklaşık 16 milyon insan ise iç savaşlarda öldürülmüştür (toplamda yaklaşık 38 milyon insan). Buna Irak savaşını da eklemeliyiz (2003 ila 2011)<sup>(16)</sup>. Suriye'deki iç savaş, Darfur katliamı vb. bu listede yer almaktadır. Mükemmel olmayan bir örnek ele alınırsa, Rwandan katliamı 1994 baharında başlamış ve tahminen 800.000 insan 100 gün içerisinde katledilmiştir. Benzer bir şekilde Srebrenica'da 1995 yılında gerçekleşen katliamda Birleşmiş Milletler korumasında olan "güvenli cennet" olarak bilinen Bosna ve Herzegovina 'da, Birleşmiş Milletler barış gücünün varlığına rağmen 8 bin Boşnak (Boşnak Müslüman) çoğunluğu erkek ve erkek çocukları olmak üzere katledilmiştir. Buna ek olarak bu soykırımda yaklaşık 20.000 sivil bölgeden sürgün edilmiştir (bu süreç etnik temizlik olarak bilinmektedir)<sup>(17)</sup>. Tüm bu hadiselerin 200 veya 300 yıl önce yaşanmadığını, şimdi olduğu gibi modern insan haklarının tüm dünyada mevcut olduğu bir çağda yaşandığını vurgulamak gerekir. Rwandan

---

<sup>13</sup> Amnesty International (2009). State of the World's right. Available from: <<http://report2009.amnesty.org/>> [Accessed 10th Jan 2015].

<sup>14</sup> Rost, N. (2013). Will it happen again? On the possibility of forecasting the risk of genocide. *Journal of Genocide Research*, 15 (1): 41–67

<sup>15</sup> Harff, Barbara (2003). No lessons learned from the Holocaust? Assessing risks of genocide and political mass murder since 1955. *American Political Science Review*, 97 (1): 57-73.

<sup>16</sup> Yazarın ifade ettiği Irak işgali yanında ABD'nin Afganistan'a müdahalesinden de bahsedilmelidir. Afganistan'da ABD işgali altında gerçekleşen insan hakları ihlalleri Guantemala hapisanesinde olanlar medyaya yansısı bile halen gün yüzüne çıkarılmayı beklemektedir. Ayrıca Çin tarafından doğu Türkistan'daki insan hakları ihlalleri, Hindistan'da Uttar Paradeş bölgesi katliamları ve etnik temizliği ve çevirinin yapıldığı tarihte yaşanan Burma ve Arakan soykırımları, soykırım ve insan hakları ihlallerinin giderek savaşların yerlerini aldığını göstermektedir.

<sup>17</sup> Grunfeld, F. and Vermeulen, W. (2009). Failures to prevent genocide in Rwanda (1994), Srebrenica (1995), and Darfur (since 2003). *Genocide Studies and Prevention*, 4 (2): 221-237.

ve Srebrenica soykırımlarında herhangi bir ders almadığımız çok açık, çünkü bunlar günümüz dünyasında hâlâ mevcuttur ve insan hakları bunları önlemeyi başaramamıştır. Örnek olarak Darfur soykırımı 2003 yılında başlamış ve halen devam etmektedir. Bu soykırımda 500.000'den fazla insan katledilmiş, 2.8 Milyon insan ise yer değiştirmiştir<sup>(18)</sup>. Bu, Darfurlu erkek, kadın ve çocukların Batı Sudan'da hâlihazırda maruz kaldıkları kitle kıyımı ve tecavüzdür<sup>(19)</sup>.

Niçin uluslar arası seyirciler (bystanders) Rwanda'da, Srebrenica'da ve Darfur'da yaşanan soykırımları engelleme veya durdurmada başarısız oldular? 2004 yılında soykırımın önlenmesi için<sup>(20)</sup> kurulan Sokarımın Önlenmesi Üzerine Özel Danışman (Advisor) Ofisi gibi Birleşmiş Milletlerin yaptığı çok önemli reformlara rağmen, 1994 yılında Rwanda, 1995 yılında Srebrenica ve 2003 yılından beri Darfur soykırımlarını önlemede hukuki araçları ve kurumları başarısız kalmıştır. Uluslar arası Af örgütü raporunda<sup>(21)</sup>, Çin ve Rusya'nın devam eden çatışmalara silah sağladığı belirtilmiştir. Bu husus, hâlihazırda niçin çatışmaların devam ettiği konusunda ülkeler arasındaki fikir ayrılıklarını işaret etmektedir. İnsan haklarını korumak ve uygulamak için, Birleşmiş Milletlere üye devletler arasında işbirliği ve uzlaşma bir ön koşuldur.

İnsan hakları niçin uygulanamadığı sorusuna ikinci bir sebep, birçok ülke veya ülke dışı oyuncular tarafından İHEB antlaşması veya diğer insan haklarının ihlal edilmesinin ekonomik, politik ve sosyal sebepleri bulunmaktadır. İHEB'nin ve uluslar arası gözlem kuruluşlarının varlığına rağmen birçok ülke veya ülke dışı oyuncular temel insan haklarını ihlal, göz ardı ve inkâr etmektedir. Örneğin 2012 yılında Fransa'da<sup>(22)</sup> Ermeni soykırımının (1995 yılında Osmanlı Devleti tarafından Ermeni Soykırımı yapıldığı iddia edilmektedir) inkârının bir suç olup

---

<sup>18</sup> Prunier, G. (2005). Darfur: the ambiguous genocide. Ithaca, N.Y. : Cornell University Press.

<sup>19</sup> Yazar tarafından ifade edilmese de, bu katliamlara Hocalı katliamını da eklemek elzemdir. Karabağ Savaşı sırasında 26 Şubat 1992 tarihinde Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Dağlık Karabağ bölgesindeki Hocalı kasabasında Azeri sivillerin Ermenistan'a bağlı kuvvetler tarafından toplu şekilde katledilmiştir. Azeri resmî kaynaklarına göre, 83 çocuk, 106 kadın ve 70'den fazla yaşlı dâhil olmak üzere toplam 613 sivil öldürülmüş, toplam 487 kişi ağır yaralanmıştır. 1275 kişi ise rehin alınmış ve 150 kişi ise kaybolmuştur. Cesetler üzerinde yapılan incelemelerde cesetlerin birçoğunun yakıldığı, gözlerinin oyulduğu, başları kesildiği görülmüştür. Hamile kadınlar ve çocukların da maruz kaldığı tespit edilmiştir.

<sup>20</sup> Mennecke, M. (2009). Genocide Prevention and International Law. *Genocide Studies and Prevention*, 4 (2): 167-175.

<sup>21</sup> Amnesty International (2007). Sudan: arms continuing to fuel serious human rights violations in Darfur. Available from: <<http://www.amnesty.org/en/library/info/AFR54/019/2007>>. [Accessed 10th Jan 2015].

<sup>22</sup> Kahn, R. A. (2014). Should It Matter Where Genocide Denial Is Banned? A Critique of the Nexus Argument. *A Critique of the Nexus Argument*, 14-32.

olmayacağı tartışılmıştır. Ancak İHEB'nin 19'uncu maddesi "*herkes, fikir ve ifade hürriyetine sahiptir; bu hak düşüncelerden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yolda araştırmak, elde etmek ve yayma hakkını içermektedir.*" ifadelerine yer vermektedir<sup>(23)</sup>. Eğer düşünme ve ifade hürriyetimiz varsa (İHEB'e göre), Niçin 1915 olayları ile ilgili karşıt fikirlerimizi ifade etme konusunda özgür değiliz? Şüphesiz bu Fransa'da yaşayan Ermeni kökenli vatandaşların oylarını almak için yapılmıştır.

Bir diğer ilginç örnek ise Amerika Birleşik Devletleri askeri müdahalesi ile ilgilidir. 1948 İHEB'nin şekillenmesinde ABD'li diplomatların etkisi olsa da, İnsan Hakları Organizasyonları tarafından sıklıkla eleştirilmektedir. İHEB'nin 13'üncü maddesinde "*Her insan, yaşama, özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir.*" ifadelerine yer verilmektedir<sup>(24)</sup>. 2003-2011 yılları arasında Amerika'nın Irak'a askeri müdahalesi neticesinde, tahminen 500.000 insan (bunların 130.000'i sivil olmak üzere) yaşamını yitirmiştir. Burada İngiltere'de aralarında olmak üzere yaklaşık 50 ülke tarafından Irak'a asker gönderilmiştir<sup>(25)</sup>. Bu, 50 ülkenin, İngiltere dâhil olmak üzere, insan haklarını ihlal ettiği ve binlerce insanın ölümüne neden oldukları anlamına gelmektedir. Niçin söz konusu ülkeler Darfur'da soykırımı önlemek için asker konuşlandırmamışlardır. Bunun nedeni Darfur'un zengin yer altı kaynaklarının olmayışdır. Burhan Al-Chalabi tarafından<sup>(26)</sup>, ABD'nin temel gayesinin Irak ham petrolünün ve gaz kaynaklarının kontrolünü sağlamak olduğu belirtilmektedir. Çok kısa olarak, tüm bu açık örnekler insan hakları uygulamasının bir ütopya olduğunu göstermektedir.

#### IV. Sonuç

Bu makalede, Samuel Mony'nin "Son Ütopya: Tarihte İnsan Hakları" isimli tartışmalı iddiası (argument) detaylı incelenerek (analysis) insan haklarının son ütopya olup olmadığını konusu üzerinde durulmuştur. Mony, günümüz insan haklarının, devrimci politik projelerin hayal kırıklığına ahlaki bir cevap olarak ortaya çıktığını iddia etmektedir. Başarısız ütopyalara (komünizm gibi) yeni ufuklara ilham vermiş ve insan hakları bir önceki ütopyalara alternatif olarak, son ütopya haline gelmiştir. Ben, Samuel Mony'in insan hakları görüşüne, tüm dünyada insan haklarının uygulanması fikri, gerçekleşmesi noktasında,

---

<sup>23</sup> Donnelly, J. (2013). Universal human rights in theory and practice. Cornell University Press.

<sup>24</sup> Kahn, R. A., a.g.e.

<sup>25</sup> Subramanian, C. (2013). New study estimates nearly 500,000 died in Iraq War. Available from: <<http://world.time.com/2013/10/15/new-study-estimates-nearly-500000-died-in-iraq-war/>> [Accessed 15th January 2015].

<sup>26</sup> Al Chalabial, B. (2014). Why the US should apologise. New Statesman, 143 (4): 16-16.

ulaşılabilir bir amaç olduğu için tamamen katılmaktayım. Birçok insan hakları belgesine, organizasyonuna ve gözlemcilerine rağmen, insan hakları ihlalleri dünyanın tüm kesimlerinde hala devam etmektedir. Birleşmiş Milletlere üye 192 ülkenin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini imzalamasına rağmen, hiçbir ülke tam olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini uygulamamaktadır. Birçoğu, soykırım ve savaş suçları gibi ciddi insan hakları ihlallerine devam etmektedir.

İnsan haklarının niçin bir ütopya olduğu sorusunun iki önemli sebebi bulunmaktadır. Birincisi, Birleşmiş Milletler üye ülkeler arasında (özellikle batı bloğu ile Rusya Federasyonu arasında) ne zaman, hangi kapsamda ve hangi durumlarda dış ülkelerin insani müdahalede bulunmaları konusunda evrensel bir anlaşma bulunmamaktadır. Üye ülkeler arasında, Darfur krizinde, Suriye iç savaşında ve Irak askeri müdahalesinde herhangi bir anlaşma bulunmamaktadır. İkincisi ise, insan haklarını koruma konusunda sorumluluklarının bulunmasına rağmen, bazı ülkelerin ekonomik veya siyasi çıkarları için sistematik olarak insan haklarını kötüye kullanmaları, ihlal etmeleridir. Kısa bir özet olarak, insan haklarının tam olarak gerçekleşmesi hedefi bana çok uzak ve ulaşılabilir görünmektedir. Dünya genelindeki hâlihazırdaki durum, İnsan hakları Evrensel Beyannamesinde öngörülen fikirlerin oldukça uzağındadır.



# CEZA HUKUKU AÇISINDAN TERÖRİZMİN TAKİBİ VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ETKİSİ ALTINDAKİ POLİTİK AŞIRILIK<sup>(\*)</sup>(\*\*)

Yazar: Prof. Dr. Mark A. Zöllner, Trier<sup>(\*\*\*)</sup>

Çeviren: Dr. jur. H. Sefa ERYILDIZ, LL.M. (Berlin FU)<sup>(\*\*\*\*)</sup>

*Bu makale Ceza Hukuku ile terörizm ve siyasi aşırılık arasındaki karmaşık ilişkinin ana hatlarının belirlenmesi amaçlamaktadır. Alman yasa koyucunun, cezalandırılabilir hareketi, zamansal olarak ileri taşımaya odaklanan güncel stratejisini ve bu stratejinin yasal sınırlarını tanımlamaktadır. Söz konusu stratejinin tipik örnekleri, suç ve terör örgütlerinin gerçekleştirdiği eylemlerdir. Alman Ceza Mahkemeleri tarafından kullanılan 'örgütler' teriminin genel tanımı, Terörizmle Mücadele (2002) ve Organize Suçlar (2008) başlıklı Avrupa Birliği çerçeve kararlarının çok daha genişletilmiş formülasyonundan büyük oranda etkilenmiştir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan sadakat prensibi, Alman mahkemelerini, Ulusal Ceza Yasası'nın Birlik Hukuku çizgisinde yorumlanmasına yönelik zorlamaktadır. Bu yorumlama iki veya daha fazla kişi tarafından gerçekleştirilen suçların farklı işleniş formları arasındaki farklılıkların dikkate alınmasını imkânsız kılmaktadır. Bu durum hukuk devleti ilkesi açısından, terör ve aşırılık hareketlerinin erken aşamalarının cezalandırılmasının nasıl meşru hale getirilebileceği sorusuna yönelmektedir*

## I. NSU-Yargılaması

Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 101 numaralı salonunda bir yıldan fazla süredir ve bu arada 100'ü aşkın duruşma günüdür zaman zaman tuhaf ve inanılması güç olan bir oyun sergilenmektedir. Bunun sebebi, Beate Zschäpe ve diğer dört sanığın<sup>(1)</sup>, başkaca suçlamaların yanı sıra, birden fazla nitelikli adam

---

\* Yazarın 9.5.2014 tarihinde gerçekleştirilen 'Suça İlişkin Radikalleşmenin Psikolojisi' adlı konferansta dipnotlarıyla birlikte sunduğu giriş konuşmasının hafif genişletilmiş metnidir. Sunum şekli ağırlıklı olarak muhafaza edilmiştir.

\*\* Makale 'Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik' adlı derginin 2014 senesi 9. sayısında yayımlanmış ve yazarın rızasıyla Türkçeye çevrilmiştir. Makale metninin kelime anlamına büyük ölçüde sadık kalınmakla birlikte, mana itibarıyla en uygun ve anlaşılır anlatım şekli tercih edilmiştir. Makalede yer verilen tüm ifade ve düşünceler yazara ait olup, yalnızca kendisini bağlar.

\*\*\* Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi Alman, Avrupa ve Uluslararası Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Ekonomi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Profesörü.

\*\*\*\* sefaeryildiz@hotmail.com

<sup>1</sup> Ralf Wohlleben, Carsten S., Holger G. ve André E.

öldürme ve adam öldürmeye teşebbüs, ağır kundaklama, bombalama ve terör örgütüne üyelik suçlarından sorumlu tutulmaları gereken 'NSU-Yargılaması'dır. Dava, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin yakın tarihindeki en önemli yargılamalarından birisi olarak kabul edilmektedir. Somut olarak; ağır nitelikte ve ekseriyetle (uyuşturucu ve para) tedarik suçlarından sorumlu olmanın yanında, adını kendilerinin koydukları 'Nasyonel Sosyalist Yeraltı Yapılanması'<sup>(2)</sup> çatısı altında 2000 ve 2007 seneleri arasında bilhassa Türk ve Yunan kökenli toplam on kişiyi öldüren, muhtemelen üç kişilik aşırı solcu bir grubun filleri söz konusudur.

Problem sadece NSU'nun muhtemel üç üyesinden ikisinin ölmüş olmasıdır. İhtimal o ki, Uwe Böhnhardt ve Uwe Mundlos, Eisenach'da bir banka soygunu sonrasında polis tarafından yakalanmamak için Kasım 2011'de intihar etmiştir. Ve grubun, medyada 'Nazi gelini' olarak bilinen, somut iştiraki ve Böhnhardt ve Mundlos ile ilişkisi Yüksek Federal Savcılığı'nın tüm iddialarına rağmen halen belirsiz gözükten üçüncü üyesi Beate Zschäpe, şu ana kadar konuya ilişkin sessizliğini korumaktadır. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi 6. Ceza Dairesi'nin şu an nankör bir görevi var, yıllarca doğrudan yer altında yaşayan sadece üç kişinin hakkında bilgi sahibi olduğu olayları aydınlatmak. Hukukçular bunu emare yargılaması olarak adlandırmaktadır. Emare yargılamasıyla gerçeğin ortaya çıkartılabilmesine inanmak safiyane olacaktır. Bu nedenle yargılama, ana şüphelisinden birçok müdahiline kadar bütün taraflar için hayal kırıklıkları ile bitebilir.

## II. Terörizm ve Politik Aşırılığın Ceza Hukuku İle İlişkisinde Yanlış Kanılar

Üzerine daha birçok şey söylenebilecek<sup>(3)</sup> – kendimi bununla sınırlandırmak istiyorum - NSU davası, Ceza Hukuku'nun, terörizm ve politik aşırılık gibi fenomenlerle olan ilişkisi hakkında geçerli olan yanlış kanılar için de açıklayıcı bir örnek teşkil etmektedir. Önceden olduğu gibi medya dünyasında, 'sol terör hâkim karşısında', 'aşırı sol terör şebekesi', 'sol terörü' veya 'neonazi terörü' gibi manşetler atılmaktadır. Gerçi bu, heyecan verici gelmekte ve şüphesiz buna bağlı olarak satış ve – online medya zamanında daha da önemli olan – tıklama oranlarını arttırmaktadır, ancak geçerli hukuksal durum ile çok az bağlantılıdır.

---

<sup>2</sup> Nasyonel Sosyalist Yeraltı Yapılanması'na ilişkin hadiselerin, literatürde ele alındığı ve tasvir denemelerinin mevcut olduğu *Baumgärtner/Böttcher*, *Das Zwickauer Terror-Trio*, 2012; *Fuchs/Goetz*, *Die Zelle*, *Rechter Terror in Deutschland*, 2012; *Gensing*, *Terror von rechts*, 2012; *Aust/Laabs*, *Heimatschutz*, *Der Staat und die Mordserie des NSU*, 2014; şu yazıları da karşılaştır, içinde: Förster (Editör), *Geheimsache NSU*, 2014.

<sup>3</sup> Güvenlik kurumlarının yeniden yapılandırılması ihtiyacının yanı sıra, özellikle medya ilgisinin fazla olduğu yargıla-malarda, kamuya açıklık ilkesinin (karşılaştırınız, Alman Mahkeme Teşkilatı Kanunu m. 169) nasıl uygulanacağı tartışılmaktadır; bu noktada bakınız örneğin *Gusy*, ZRP 2012, 230; *Pfahl-Traughber*, *Kriminalistik* 2013, 17; *Schumann*, DRIZ 2013, 254; v. *Dömming/Pichl*, FoR 2014, 5; *Hegmann*, DRIZ 2014, 202; *Schuster*, ZRP 2014, 101.



Bir kere öncelikle hukuki açıdan bir husus izah edilmelidir: Almanya Federal Cumhuriyeti'nde kişi terörist olduğu için cezalandırılmaz. Bundan birçok hukukçu dahi haberdar değildir. Bunun nedeni, terörizmin bağımsız bir suç tipi olarak mevcut olmamasıdır.<sup>(4)</sup> Dolayısıyla kişinin sadece kendisini terörist olarak algılaması veya başkaları tarafından, örneğin soruşturma makamları tarafından, bu şekilde algılanması gerekçelerine dayanılarak, kişi ceza hukuku bakımından takibata maruz bırakılamaz. Diğer ülkelerden farklı olarak Alman Hukuku yasal bir terörizm tarifini de tanımamaktadır. Bu husus vazgeçilebilir olarak da görülebilir, çünkü ne Alman Ceza Kanunu'nda ne de Tali Ceza Hukuku'nda\* (=Nebenstrafrecht) dilsel olarak terör kavramına ilişkin suç unsurları öngörülmemiştir. Ve nihayet bizde, teröristler için özel ceza aralıkları da yoktur. Böylece örneğin adam öldürme suçu işleyen bir teröristin, sırf bu sebeple olağan bir suç failinden zorunlu olarak daha ağır cezalandırılacağı şeklinde bir şey yoktur.

Şahsi kanaatime göre bu durum temelde doğrudur. Şiddet eğilimli terörist yahut radikalleri diğer katillerden, adam yaralayanlardan, rehincilerden veya mala zarar verenlerden ayıran, onların özel motivasyonlarıdır.<sup>(5)</sup> Bu nedenle, daha yerinde olarak terör ya da radikal motivasyonlu suç faillerinden söz edilmelidir. Özellikle terör motivasyonlu suç faileri, bu özel motivasyona ilişkin olarak iki hedef takip ederler – doğrudan veya ara hedef ve dolaylı ya da nihai hedef.<sup>(6)</sup> Ara hedef, korku ve paniğin yayılmasından teşekkül eder. Terör – en azından Alman hukuk anlayışına göre – bir suç değil, aksine her şeyden evvel bir iletişim stratejisidir. Bu yola başvuran, rakiplerini açık bir mücadele veya aleni bir politik tartışmada mağlup edebilmek için, gerekli maddi ve çoğunlukla askeri araçlara sahip olmayan kişidir. Terörist bu surette ikinci bir adımda nihai hedefine daha da yaklaşmayı istemekte, yani kendi politik, dinsel ya da diğer ideolojik hedeflerine göre şekillenen bir toplumsal durum arzu etmektedir.

---

<sup>4</sup> Zöllner, Terrorismusstrafrecht, Ein Handbuch, 2009, S. 2; aynı yazar, GA 2010, 607 (611); aynı yazar, StV 2012, 364.

\* Özel ceza yasaları ve suç içeren diğer yasalar.

<sup>5</sup> Buna ilişkin ayrıntılı olarak ayrıca Zöllner (Dipnot 4), S. 146 vd.; aynı yazar, JZ 2007, 763 (764); aynı yazar, GA 2010, 607 (611 vd.); Kühne, içinde: Feltes ve diğerleri (Editör), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 103; Weigend, içinde: Griesbaum ve diğerleri (Editör), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 151 (162); Weißer, JZ 2008, 388 (390); Herzog, Terrorismus, Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung, 1991, S. 93 vd.; Weber, Europäische Terrorismusbekämpfung, Das Strafrecht als Integrationsdimension der Europäischen Union, 2008, S. 53 vd.

<sup>6</sup> Daha detaylı olarak Zöllner (Dipnot 4), S. 211 vd.

Güncel bir örnek olarak, Afganistan'daki bir seçim lokalinin önünde bomba patlatan (radikal) islamcı\* bir intihar bombacısını ele alalım. Elbette bu bombacı, mümkün olduğu kadar çok insanı öldürmeyi ya da en azından yaralamayı ve ağır maddi zarara sebebiyet vermeyi istemektedir. Ancak bu olay, saldırganın kendi kişiliğinde kök salan şahsi çıkarı ya da bencil güdüleri nedeniyle gerçekleşmemektedir. (Radikal) İslamcı için söz konusu olan belirli bir nihai hedeftir; halifelığı tekrar getirmek ve batılı askeri birlikleri ülke topraklarından defetmek suretiyle, Afgan halkını doğru inanca tekrar geri döndürmek. Bombacı, bu nihai hedefe ulaşmak için Afgan halkı ve askeri koruma birliklerinde görev yapanlar arasında korku ve panik yaymaktadır. Saldırı yerini adeta keyfi olarak seçmekle, kendisinin ya da dâhil olduğu organizasyonun her zaman, her yerde ve herkese karşı saldırıda bulunabileceği mesajını vermektedir. Ve tüm bunlar, düşmanlar yok edilene ve/veya takip edilen ideolojik hedefler gerçekleştirilene kadardır. Modern terörizmin temel mesajı o halde 'güvende değilsin, devlet seni koruyamazdır!'. Bu surette mevcut güç yapıları sarsılabilir. Şayet bir yerde devletin vatandaşını etkili bir şekilde koruyamadığına dair bir kanaat yerleşirse, teröristler iğne batırma taktikleri sayesinde uzun vadede kolluk güçlerinin halk içerisindeki desteğini kaybetmesini umarlar.<sup>(7)</sup>

Terörist, şiddet mesajını doğrudan tanık ve mağdur üzerinden etkili bir şekilde yayabilmek için kamuoyunun dikkatine muhtaçtır. Saldırıları, filleri, mesajları ve hedefleri hakkında konuşulması, haber yapılması ve tartışılması kendisi için hayati öneme sahiptir. Bu bakımdan her şeyden evvel modern kitle iletişim araçları kendisinin hayatı iksiridir. Kulağa ne kadar çelişkili gelebilse de: Teröristler ve keza radikallerle en iyi mücadele, onlara karşı çabaladıkları özel ilgiyi göstermekten kaçınmakla, televizyonlarda özel yayınlar yapamamak, internette canlı takip sistemi kurmamak suretiyle onları dikkate almamakla ve hukuken onlara özel bir statü sağlamamakla olur. Elbette bu durum, modern kitle iletişim araçları çağında ve hepimizin içinde doğuştan var olan sansasyon açlığı dolayısıyla kulağa ütöpik gelmektedir. Eğer bu uyarı ciddiye alınmaz ise neler olacağını, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde 1970'li ve 1980'li yıllarda, üyeleri ve sempatanları kısmen bugüne kadar kendilerini siyasi sebeplerle takibata uğrayan yahut siyasi mahkûm olarak lanse eden, radikal sol kızıl ordu fraksiyonu (=Roten Armee Fraktion/RAF) ile bağlantılı olarak gördük.

---

\* Yazar metnin bu ve bundan sonraki bazı noktalarında Almanca olarak 'islamistisch' (=İslami) ve 'Islamisten' (=İslamcı) tabirlerini kullanmaktadır. Bu kavramlara Türkçede karşılık gelen ifadelerin yanlış anlaşılmalara sebep verebileceği düşüncesiyle, söz konusu kelimelerin önlerine 'radikal' kelimesi eklenmiştir. İslam dininin, terör eylemlerine ve teröristlere asla cevaz vermediğini de belirtmek isteriz

<sup>7</sup> Zöllner, GA 2010, 607 (613).

### III. Hukuk ve Duyguların Karıştırılması

Alman Hukuk kategorilerinde teröristler ve radikaller, öncelikle diğer herkes gibi suç failidirler. Bu kişilerin özel saikleri kural olarak yasal suç tipinin esaslı unsuru değildir. Bu kurala mutlaka sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Hukuk devleti kendisini tam olarak da, bu türlü saiklerle hareket eden faile, diğer adi suçluya nazaran ne daha kötü, ne de biraz olsun daha iyi muamele etmek suretiyle gösterir. Bu kişilere mahsus olarak, sözüm ona diğer bütün vatandaşlar gibi aynı güvenceye ve haklara layık olmayan devlet düşmanlarının söz konusu olduğu gerekçesiyle, bazılarının memnuniyetle 'Düşman Ceza Hukuku'<sup>(8)</sup> olarak isimlendirdiği, başka bir hukuk yaratılsaydı, tam da terör ve radikal motivasyonlu suç failerin hedeflemiş oldukları şey yapılmış olurdu. Her sansasyonel saldırı akabinde doğrudan ve daha da yüksek sesle yasa koyucuya yapılan çağrı, sadece can sıkıcı değil, ayrıca aslında ters etkilidir. Alman yasa koyucu en son 2009 senesinde, Devleti Güvenliği Aleyhine Ağır Şiddet Fiillerine Hazırlığın Takibi Yasası (GVVG)<sup>(9)</sup> ile, terörist ve radikal saldırıların öncesinde icra edilen ön alan hareketleri için yeni, aşırı problemli suç tiplerinin düzenlenmesi suretiyle bu hataya düşmüştür (Alm. CK. md. 89a, 89b, 91).<sup>(10)</sup> Bu nedenle suç takibati bilhassa, yalnızca devlet güvenliği alanında olmamak üzere, zorunlu olarak

---

<sup>8</sup> *Jakobs* tarafından ortaya atılan Düşman Ceza Hukuku hakkındaki tartışmaya ilişkin olarak karşılaştırınız, sadece genel bir bakış *Zöllner* (Dipnot 4), S. 272 vd., diğer kaynaklarla birlikte.

<sup>9</sup> BGB1. I 2009, S. 2437.

<sup>10</sup> Devlet Güvenliği Aleyhine Ağır Şiddet Fiillerine Hazırlığın Takibati Yasası'ndaki yeniliklere yönelik ve esas itibarıyla eksik olan belirlilik, ceza normlarının ölçsüzlüğü ve bununla birlikte ceza muhakemesine ilişkin soruşturma yetkilerinin genişletilmesi noktalarını hedef alan eleştiriler hakkında, karşılaştırınız sadece, *Zöllner*, içinde: Wolter (Editör), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 132. Fasikül, durum: Nisan 2012, § 89a Kn. 4 vd. diğer kaynaklarla birlikte. Az da olsa destekleyici görüşler için; *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 289 vd.; *Petzsche*, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, 2013, S. 94 vd.; buna karşın ikna edici olmayan *Kubicjel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, hukuk teorisi temelinde özellikle Alm. CK. 89a maddesinin meşruiyetinin onaylanabileceğine inanmakta ve kendi konumu açısından detaylı gerekçelendirmeksizin maddeyi eleştirenleri, itirazlarının 'hedefi ve temellerinin' karanlıkta bırakılmasıyla suçlamaktadır; uygulamadan ilk görüşler de Alm. CK. 89a maddesinin her durumda sınırlı şekilde uygulanmasına yöneliktir; karşılaştırınız, bu noktada örneğin KG StV 2012, 345; daha yakın tarihli BGH 3. *Strafsenat* (3 StR 243/13) 8.5.2014 tarihli kararında, cezalandırmanın ön plana taşınması ve suçun maddi unsurunun bu şekilde sosyal açıdan tarafsız hareketleri de kapsayacak biçimde geniş düzenlenmesine ilişkin olarak, normun sınırlandırıcı biçimde yorumlanmasının, Fiil Ceza Hukuku'nun esaslı ilkelerinin, kusur prensibinin ve dolayısıyla temel anayasal ilkelerin korunması amacıyla gerekli olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, failin hali hazırda, devletin güvenliğine karşı ağır bir şiddet suçu işlemeye kesin kararlı olması gerekmektedir; failin bunu sadece mümkün olarak görmesi ve onaylayarak göze alması yeterli değildir.

hukuk ve hislerin birbirlerinden ayırıt edilmesini şart koşar. Elbette göçmen kökenli insanların, yabancı düşmanlığı saiki ile sinsice katledilişi, insan onurunu aşağılayıcı ve ahlaki bakımdan kınanabilir. <sup>(11)</sup> Bu bakımdan kamuoyunun NSU cinayetlerine öfkesi sadece anlaşılabilir değil, aynı zamanda mağdurların geride kalan yakınları bakımından münasip olmanın da ötesindedir. Fakat hukukçular için bu türdeki bakış açıları prensip olarak ilkin cezanın belirlenmesi aşamasında bir rol oynamaktadır. <sup>(12)</sup> Nihayetinde Alman Ceza Kanunu'nun 46. maddesi açık bir biçimde, mahkemenin somut cezanın belirlenmesi aşamasında, failin lehine ve aleyhine olan hususları karşılıklı olarak tartmak zorunda olduğundan söz etmektedir. Bu noktada özellikle failin saikleri ve hedefleri, ayrıca fiilinden ortaya çıkartılan tasavvuru ve suçun icrasında ortaya koyduğu manevi çaba göz önünde bulundurulmalıdır.

#### IV. Adli Soruşturma Makamlarının İkilemi

Radikal ve terörist motivasyonlu suç faillerinin Ceza Hukuku'nun geleneksel enstrümanları ile muamele görmeleri, ilk bakışta hukuk uygulayıcılarının önüne olağan dışı problemler çıkartmamaktadır. Bu tür kişiler, Ceza Kanunu'nun ve Tali Ceza Hukuku'nun örneğin öldürme suçları (Alm. CK. m. 211 vd.), yaralama suçları (Alm. CK. m. 223 vd.), kişi hürriyetine karşı suçlar (Alm. CK. m. 239 vd.) ya da Silah Kanunu'nun (m. 51 vd.) veya Patlayıcı Madde Kanunu'nun (m. 40, 42) ihlali gibi klasik suç tiplerini planlar, teşebbüs ve icra ederler. Bu çerçevede ardında yatan sebepler için duyulan bütün öfke ve şu ana kadar ki yargılama sürecine rağmen, Münih NSU-Davasası terörist veya radikal değil, aksine öncelikle bir (nitelikli) cinayet yargılamasıdır. Ceza Hukuku araçlarına başvurulması ilk olarak, radikallere ve teröristlere çok ya da az göz yumulmasının, yani amaçladıkları suçları gerçekleştirmelerine müsaade edilmesinin, anayasal, toplumsal ve hukuk politikası açıdan tahammül edilemez olarak kabul görmesiyle karmaşık hale gelmektedir. Güvenlik makamları açısından şiddet suçlarının icra aşamasına ulaşması elbette asla istenmemektedir. Daha ziyade, potansiyel saldırganlar mümkün olduğunca fiillerinin ön alanında, negatif özel önleme yoluyla, yani en nihayetinde tutuklanmaları suretiyle ortadan kaldırılmalıdır. Bu anlaşılabilir istek Ceza Hukuku açısından ise problemlidir, zira adli soruşturma ilk olarak

---

<sup>11</sup> Siyasi ve terörist saiklerle adam öldürmede, suçla ilişkin ilgili nitelikli hallerde (=Mordmerkmal) Zöllner (Dipnot 4), S. 458 vd.

<sup>12</sup> Bu bakımdan, Alm. CK. 211. maddesine göre yaptırım olarak mecburi ömür boyu hapis cezası öngören adam öldürme suçu istisna teşkil etmektedir. Fakat bu tür bakış açıları, nitelikli adam öldürme hallerinde Alm. CK. m. 57a uyarınca şartlı salıverme sorusuyla birlikte, kusurun özel ağırlığının tespiti çerçevesinde anlam kazanabilir.

takip edilebilir bir suç için ‘yeterli ve somut bağlantı noktalarının’ mevcut olması (karşılaştırınız Alm. CMK. m. 152/2), yani başlangıç şüphesinin varlığı halinde başlatılabilir. Alışıl gelmiş formüle göre polis ya da savcılık için bu türdeki bir başlangıç şüphesi, kriminolojik tecrübeler uyarınca hali hazırda gerçekleştirilmiş, takip edilebilir ve cezalandırılabilir bir hareketi mümkün olarak gösteren somut bağlantı noktalarının mevcut olması halinde söz konusudur.<sup>13)</sup> Dolayısıyla ceza muhakemesi yapısı gereği bastırıcı, geçmişe ilişkin ve hali hazırda gerçekleşen hukuki menfaatlerin tehlikeye sokulması yahut ihlal edilmesine yöneliktir.

Ve cezalandırılabilir hareket ya da ihmal; – en azından prensip olarak<sup>14)</sup> – vücut bütünlüğü, yaşam veya malvarlığı gibi korunmaya değer hukuki menfaatlerin ihlaline fail tarafından en azından teşebbüs edilmiş olmasını şart koşar. Ancak saldırının başlangıcı öncesinde tam olarak böyle bir durum söz konusu değildir. Polis ve savcılık bu nedenle bilhassa devletin güvenliğine karşı işlenen suçların takibinde (karşılaştırınız, Alman Yargılama Teşkilatı Kanunu m. 74a, 120) sık sık bir ikilem içerisinde kalmaktadır: Ya şüpheli kişiye karşı gerçekleştirdikleri müdahaleleri çok erken, yani zaman itibarıyla planlanan fiilin icrasından çok önce olmaktadır. Gerçi böylece düzenli olarak yakın saldırı engellenmektedir, ancak şüpheliler henüz (yürürlükteki bir suç tipi anlamında) hazırlık hareketlerini aşan, elle tutulur bir eylemde bulunmadıklarından, muhtemelen serbest bırakılacaklardır. Ya da müdahale çok geç gerçekleşebilir. Bu durumda gerçi suça katılanlar ceza hukuku bakımından takip edilebilirler, fakat mağdurlar hali hazırda ölmüş veya vücut dokunulmazlığı, mülkiyet gibi başkaca hukuki menfaatler zarar görmüş olacaktır. Sonrasında siyasette ve medyada genellikle saldırının engellenememesi nedeniyle güvenlik güçleri içerisinde (olası) sorumlu ya da sorumluların arayışı başlar.

Alman soruşturma makamları bu tür olaylarda sıklıkla istihbarat çevrelerinden, çoğunlukla yabancı müttefik olan Amerikan veya İngiliz istihbarat servisleri üzerinden, Almanya’da saldırı planladıklarına yönelik bağlantı noktaları bulunan şüpheli kişiler hakkında bilgi almaktadır. Uygulamada bu mekanizmaların nasıl işlediğini, ‘Sauerland-Grubu’ olayındaki soruşturmalar açıkça göstermektedir: Olayın konusunu, Pakistan ile Afganistan sınırında mukim İslami Cihat Birliği’nin

---

<sup>13)</sup> Karşılaştır BVerfG NStZ 1982, 430; *Gercke*, içinde: Gercke ve diğerleri (Editör), Heidelberg Kommentar Strafprozessordnung, 5. Bası 2012, § 152 Kn. 11; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 57. Bası 2014, § 152 Kn. 4; *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Bası 2012, Kn. 311; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Bası 2012, § 39 Kn. 15.

<sup>14)</sup> Hali hazırda hazırlık hareketlerini ceza altına alan istisna haller, örneğin Alm. CK. m. 83, 89a, 89b, 91, 98, 149 veya 234a/3’de yer almaktadır.

(=*Islamischen Jihad-Union*, IJU) yaşları 23 ile 30 arasında değişen dört kişilik Alman hücresi teşkil etmektedir. 2006 senesinin ekim ayında Amerikan Ulusal Güvenlik Servisi (= *National Security Agency*, NSA), Almanya ile Pakistan arasında gerçekleşen ve Amerikan Yurt Dışı İstihbarat Servisi'ni (= *Central Intelligence Agency*, CIA) konu edinen alışılmışın dışında yoğun mail trafiğini Alman Federal İstihbarat Birimi'ne iletir ki, burası da akabinde Federal Anayasayı Koruma Teşkilatı'nı devreye sokar. Nihayetinde Berlin'deki Teröre Karşı Ortak Savunma Merkezi yetkiyi devralır. Burada Alman İstihbarat Servisi çalışanları ile Amerikan Yurt Dışı İstihbarat Servisi temsilcilerinin yakın bir şekilde birlikte çalıştığı bir çalışma grubu kurulur. 2007 senesi eylül ayında gerçekleştirilen harekâta kadar, 'Alberich Operasyonu' adı altında yaklaşık 500 memur tarafından gün boyunca bütün şüpheliler gözetlemiş, telefonları, evleri ve arabaları dinlemiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu tür olaylar, Alman güvenlik birimlerinin dost ülke istihbarat birimlerindeki bilgilere ne kadar bağımlı olduğunu da göstermektedir. Dolayısıyla her kim – yerinde sebeplerle de olsa – Alman Hükümeti'nin 2013 yazında patlak veren 'NSA' hadisesine<sup>(15)</sup> karşı bu zamana kadar halen çok temkinli davrandığı<sup>(16)</sup> hususunda galeyana geliyorsa, kendisine en azından alternatifin ne olması gerektiğini sormalıdır. Sonuç itibariyle Almanya Federal Cumhuriyeti, Amerikan Ulusal Güvenlik Servisi'nin önceki yıllardaki kapsamlı dost ve düşman gözetlemelerinden devamlı surette istifade etmiştir. İtirafı o kadar acı ki: Almanya'daki birçok saldırı, yalnızca Amerikan istihbarat birimleri tarafından zamanında aktarılan bilgiler sayesinde engellenmiştir. Elbette bunu – hem Alman hem de Amerikan tarafındaki - bütün politik sorumlular bilmektedir. Bu durum Alman hükümet yetkilileri tarafından hassas bir dengelemeyi gerekli kılmaktadır. Bir taraftan, halkın genel öfkesi ve iç politikadan gelen baskı karşısında NSA'nın muhbirlik faaliyetleri nedeniyle öfkeli gibi davranmak zorundadırlar. Diğer taraftan, güvenlik alanında yardımlarına muhtaç oldukları Amerikalı müttefiklerini gücendirmemek için bunu abartmamalıdır.

---

<sup>15</sup> Belki bunun istisnası, hem bir Alman Federal İstihbarat Servisi çalışanının hem de Alman Savunma Bakanlığı'nda çalışan bir yetkilinin Amerikan Gizli Servisi tarafından casusluk faaliyeti amacıyla kullanılmasının ortaya çıkması üzerine, Berlin'deki Amerikan Büyükelçiliği'nde görevli Amerikan İstihbarat Servisi temsilcilerinin 2014 Temmuzunda sınır dışı edilmesi olabilir.

<sup>16</sup> Bu çok boyutlu bütüncül karmaşaya, her şeyden evvel Alman vatandaşlarından Federal Meclis Vekillerine ve Başbakan Merkel'e kadar Amerikan İstihbarat Servisi NSA tarafından sistematik casusluk faaliyetleri yapıldığının, muhbir Edward Snowden tarafından ifşası dâhildir.

## V. Ceza Hukuku Uygulamasının Öne Çekilmesi

Demek ki, özellikle terör ve politik aşırılık alanlarında, birbirleriyle uyumu zor olan iki anlayış karşı karşıya gelmektedir: Bir taraftan, teröristler ve radikaller genel itibarıyla öyle tehlikeli kabul edilmektedirler ki, bunlardan kaynaklanan tehlike potansiyelinden kaçınmak amacıyla, gerçekleştirmeleri muhtemel saldırıların henüz ön alanında özgürlüklerinin kısıtlanması suretiyle yaptırıma uğramaları istenilmektedir. Diğer taraftan, Ceza Kanunu'nun (nitelikli) cinayet (Alm. CK. m. 211), kasten öldürme (Alm. CK. m. 212) ya da kasten yaralama (Alm. CK. m. 223 vd.) gibi klasik suç tipleri, ceza soruşturmasının başlatılması ve yürütülmesine ilişkin hukuki koşullar ile etkileşim içerisinde daima geç kalmaktadır, zira fiil hali hazırda gerçekleştirilmiş, hukuki menfaat ihlal edilmiş ve deyim yerindeyse 'çocuk' çoktan kuyuya düşmüştür.

Bu ikilemden tekrardan iki çıkış yolu vardır: Ya Ceza Hukuku'nun radikalizm ve terörizm ile mücadelede uygun araç olmadığı kabul edilecek ve zamansal olarak suçun icrasının öncesine tekabül eden suçlara ait alan, Tehlikenin Önlenmesi Hukuku ya da istihbarat hizmetleri rejimine, yani Federal Anayasayı Koruma Teşkilatı, Federal İstihbarat Teşkilatı (BND) ve Askeri Koruma Hizmetlerine (MAD) devredilecektir. Sonucusu hukuk devleti bakış açısı altında daha az çekici gözükmemektedir, çünkü istihbarat servislerinin faaliyetleri ceza soruşturmasının aksine, başlangıç şüphesi, masumiyet karinesi, adil yargılanma ilkesi, aydınlatma yükümlülüğü ve savunma hakları gibi garantilere bağımlı değildir.<sup>(17)</sup> Dolayısıyla tamamıyla hukuka uygun hareket şekillerini de hedef olarak kavrayabilirler.<sup>(18)</sup> Buna ek olarak, Almanya'daki istihbarat servisleri tarihsel nedenler dolayısıyla (anahtar sözcük: ayırım kuralı)\* zorlayıcı yetkilere sahip olamazlar.<sup>(19)</sup> Böylelikle

---

<sup>17</sup> Zöllner (Dipnot 4), S. 509; aynı yazar, GA 2010, 607 (617).

<sup>18</sup> Zöllner, JZ 2007, 763 (765).

\* Polis teşkilatı ile istihbarat servisleri arasında, özellikle yetki bakımından ayırım yapılması kuralı.

<sup>19</sup> Karşılaştırınız, Alm. AY. m. 73 Nr. 10, 87/1 2. cümle; Federal Devlet ve Eyaletlerin Anayasa'nın Korunması Konusunda İş Birliği Yapması ve Anayasa'yı Koruma Teşkilatı Hakkında Yasa m. 2/1 3. cümle, m. 8/3 (BVerfSchG=Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz) md. 2/1 3. cümle, 8/3; Alman Federal İstihbarat Teşkilatı Yasası m. 1/1 2. cümle, 2/3 (BNDG=Gesetz über den Bundesnachrichtendienst); Askeri Koruma Hizmetleri Yasası m. 1/4, 4/2 (MADG=Gesetz über den militärischen Abschirmdienst); ayırım kuralı ve bunun anayasal statüsü hakkındaki tartışma örneğin Dorn, Das Trennungsgebot in verfassungshistorischer Perspektive, 2004; König, Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2005; Streiß, Das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten im Lichte aktueller Herausforderungen des Sicherheitsrechts, 2011; Zöllner, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 311 vd.; Nehm, NJW 2004, 3289.

bilhassa şüpheli teröristleri veya radikalleri tutuklayamaz ya da dairelerini arayamaz ve delillere el koyamazlar. Bunun yerine asli görevleri, federal devlet ve eyaletlerde güvenliği tehlikeye sokabilecek çabalar hakkında, siyaseten karar verme yetkisine sahip olanların bilgilendirilmesinden ibarettir. Demek ki eğer terörizm ve radikalizm ile mücadele, İstihbarat Hizmetleri Hukuku'na tevdi edilmek istenilmiyorsa, bir çıkış yolu da, radikal ya da terör motivasyonlu suç eğilimlerinin ön alanında, hali hazırda soyut tehlikeleri kapsayan suç tipleri yaratmaktan geçmektedir. Böylece örneğin silah, patlayıcı madde veya başkaca suç aletlerinin tedarik edilmesi, sonraki bir suçun icrası bakımından avantaj sağlayacak becerilerin eğitimi ve öğretimi ya da aynı tasavvurlara sahip diğer şiddete meyilli kişilerle iletişimin sağlanması gibi hazırlık aşamasında gerçekleştirilen tipik fiillerden ortaya çıkan hareket türlerinin cezalandırılması gerekmektedir. Bu şekilde bir suçun kural olarak cezalandırılmayan hazırlık aşaması, en azından kısmen ceza altına alınmaktadır.

Hukukçular bunu Ceza Hukuku uygulamasının öne çekilmesi olarak adlandırmaktalar. Esasında mevzu bahis olan yasama koyucunun bir maharetidir. Sonraki şiddet fiillerinin, zamansal olarak ön alanında yer alan ve bunların planlanması ve hazırlığına hizmet edebilen hareket türleri, dilsel olarak kendi suç tiplerine doldurulmaktadır. Ve şayet şu an bu planlama ve hazırlık hareketleri bağımsız olarak cezalandırılıyor ise, artık esas fiilin icrasını beklemek zorunda olmaksızın ceza hukuku açısından takip edilebilir ve başlangıç şüphesine konu olabilecek bir şeyler mevcut demektir. Elbette ki bu strateji için, geçerli anayasal sınırların bilincinde olunması gerekmektedir. Alman Anayasası'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında açıkça ilan edilen Hukuk Devleti ilkesinden, buraya ilişkin olarak her şeyden evvel belirlilik ilkesi ve ölçülülük prensibinin sonucu olan engeller ortaya çıkmaktadır. Buna bir örnek: Gayet tabii güvenlik makamlarının bakış açısından, seyahat valizlerinin, soğuk bataryaların, çalar saatlerin ya da çelik çivilerin alım satımının genel olarak yasaklanması ve buna aykırı hareketlerin ceza tehdidi altına alınması terörist saldırıların engellenmesine yardımcı olurdu. Nihayetinde tüm bu şeylerden bir valiz bombasının önemli parçaları sağlanabilir. Fakat bu türden eşyaların suç işleme amacıyla kullanımı da alışıldık değildir. Bilindiği gibi, tüm bu şeyler tamamen tehlikesiz olan iş seyahati, piknik gezisi, sabah zamanında uyanabilmeyi sağlamak ve ev inşaatı gibi gündelik hareketler için kullanılmaktadır.

Bu basit örnek, bir tehlikenin, ağırlığından hareketle cezalandırılabilmesi fikrinin çok ayrıntılı düşünülmediğini göstermektedir.<sup>(20)</sup> Bunun yerine,

---

<sup>20</sup> *Gierhake* (Dipnot 10), S. 298 vd.



kolaylıkla ve adeta zorunlu şekilde saldırıların icrasında karşılığını bulan hareket türlerini formüle eden daha somut, yani net formüle edilmiş suç tiplerine ihtiyaç vardır.<sup>(21)</sup> Bunun başarılmadığı yerde, normal günlük hareket ile suç işleme eğilimi birbirine karışır. Böyle bir durum hukuk devletine ve dolayısıyla anayasaya aykırı bir ceza hukukuna yol açar. Kanun koyucu tarafından bu hususlara nasıl riayet edilmediğinin canlı örneği, 2009 yılından beri Alman Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde mevcuttur. Buna göre, internetten bomba yapımına ilişkin bir kılavuzu indiren ya da bunu internette sunan kişi hali hazırda cezalandırılabilir. Böyle bir uygulama elbette orantısızdır, zira söz konusu kılavuzun internetten indirildiği zaman diliminde; bunun sonradan gerçekten okunup okunmayacağı, potansiyel okuyucunun bu talimatta belirtilen hammaddeyi gerçekten edinin edinemeyeceği, sonrasında bu maddelerden bir patlayıcı düzeneği kurup kurmayacağı ve nihayetinde bu bombayı gerçekten patlamaya karar verip vermeyeceği henüz belirsizdir.

## VI. Alman Ceza Kanunu'nda Örgütlü Suçlar

Organize ve terör motivasyonlu suçların icrasından önce, ön alanda gerçekleştirilen soyut tehlikeli hareket türlerini cezalandıran kanun maddelerine en uygun örnek, Alman Ceza Kanunu'nun örgütlü suçlar olarak adlandırılan 129 ila 129b maddeleridir. Bu maddeler, ülke sınırları içerisinde veya dışarısındaki suç ve terör örgütlerine ilişkin belirli katkı hareketlerini cezalandırmaktadır. Ancak Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamındaki maddeleri uyarınca kişi, bir grubun parçası olarak gerçekten suç işlediği için cezalandırılmamaktadır. Aksine, faaliyeti suç işlemeye yönelik olan bir örgütün kurulması, desteklenmesi, bu tür bir örgüte üye olarak katılım ve üye ile destekçi sağlanması için propaganda yapılması yaptırım altına alınmıştır.<sup>(22)</sup> Nihayetinde burada cezalandırılan, suç işlemek amacıyla bir araya gelen bir gruba olan salt örgütsel bağlantıdır. Bu bakımdan söz konusu grubun bu zamana kadar bir suç işleyip işlememiş olmasının ya da ileride bir suç işleyip işlemeyecek olmasının herhangi bir önemi yoktur. Şöyle de söylenebilir: Çoğu zaman dış dünyaya, grubun yapısını destekleme ya da güçlendirme şeklinde yansıtılan kötü niyet haricinde henüz

---

<sup>21</sup> Karşılaştırınız, *Gierhake*, ZIS 2008, 397 (402); *Weißer*, ZStW 121 (2009), 131 (149); *Zöller*, GA 2010, 607 (618 vd.).

<sup>22</sup> Alm. CK. 129. ve devamı maddelerinde düzenlenen suçun, her bir işleme şekline ilişkin olarak örneğin, *Schäfer*, içinde: Joecks/Miebach (Editör), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Cilt 3, 2. Bası 2012, § 129 Kn. 76 vd.; *Gazeas*, içinde: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Editör), Anwaltkommentar StGB, 2. Bası 2014, § 129 Kn. 39 vd.; *Zöller* (Dipnot 4), S. 528 vd.

hiçbir şey gerçekleşmemiştir. Kimse öldürülmemiş veya yaralanmamış, hiçbir bina ya da taşıt havaya uçurulmamıştır. Bir suç veya terör örgütünün varlığı, ateşli bir silahın sonradan yapılacak atışları için mermi ile doldurulan şarjörü olarak da tasavvur edilebilir. İşte Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamı maddelerine göre, mermilerin ateşlenmesi değil, bunların temini ve şarjörün doldurulması cezalandırılmaktadır. Bu türdeki örgütlere özgü tehlike potansiyeli, şu anki hukuki tartışmanın durumuna göre, sadece bu örgütler tarafından işleme tehdidi söz konusu olan suçlar ve tipik olarak birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilme şeklinden kaynaklanmamaktadır. Karakteristik olan daha ziyade, bunların da dayanağını teşkil eden, grup dinamiğine dayalı süreçlerdir.<sup>(23)</sup> Birden fazla kişi suç işlemek amacıyla bir defa bir araya geldiyse, kural olarak bu kişi topluluğu kendine özgü dinamiğini elde eder. Örgütü yönetenler, örgüt üyeleri ve örgüte destek olanlar arasındaki karşılıklı iletişim vasıtasıyla, şahsi çekinceler azaltılmakta, suçun gerçekleştirilmesi için ilave motivasyon sağlanmakta ve örgütün organizasyon yapısı sayesinde, suç hareketlerinin planı ve icrası genel anlamda kolaylaştırılmaktadır.<sup>(24)</sup> Grup düzenli olarak, olası şüpheli ve kararsızları hizada tutan bir çekim etkisi yaratır, zira bu kişiler aksi halde ortak planın haini olarak damgalanırlar. Lakin şaşırtıcı bir şekilde ne uygulamada ne de hukuk öğretisinde, soyut tehlikelilik tezi ve bununla birlikte grup dinamiğine dayanan süreçlerin cezalandırılması hususunda detaylı çalışmalar bulunmamaktadır. Bugüne kadar bir defa bile bu yaygın hukuki gerekçelendirme örneğinin maddi bakımdan ne ölçüde isabetli olduğu, sosyal psikolojinin grup polarizasyonu fenomenine ilişkin geçmiş araştırma sonuçları ve radikalleşmenin<sup>(25)</sup> çerçeve koşullarına ilişkin deneysel bulgularıyla örtüşüp örtüşmediği sorusu sorulmadı. Sorunun cevabı hayır ise, bu tip ön alan aktivitelerinin cezalandırılması için başkaca gerekçeler aranmalıdır.

---

<sup>23</sup> Karşılaştırınız, BGHSt 28, 147 (148 vd.); 41, 47 (51); 54, 216 (229); BGH NJW 1992, 1518; BGH NJW 2010, 3042 (3044); *Krauβ*, içinde: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Editör), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Bası 2009, § 129 Kn. 4; *Schäfer* (Dipnot 21), § 129 Kn. 2; *F.-C. Schroeder*, Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, S. 6; *Rudolphi*, içinde: Frisch (Editör), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978 S. 315 (320); *Zöllner*, GA 2010, 607 (617); yine *F.-C. Schroeder*'in makalesi, ZIS 2014, 389 (bu basıda).

<sup>24</sup> *Krauβ* (Dipnot 22), § 129 Kn. 4; *Rudolphi/Stein*, içinde: Wolter (Editör), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 63. faskül, durum: Mart 2005, § 129 Kn. 3; *Nehring*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, 2007, S. 420 vd.; *Gierhake*, ZIS 2008, 397.

<sup>25</sup> Buna ilişkin ayrıca, *Kruglanski/Webber*, ZIS 2014, 379 (bu basıda) ve *Walther*, ZIS 2014, 393 (bu basıda) makalelerine bakınız.

## VII. Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve Devamı Maddelerinin Birlik Hukuku'na Uygun Yorumlanması Gerekliği

### 1. Birlik Hukuku'nun Ulusal Ceza Hukuku ile İlişkisi

Avrupa Birliği Hukuku'nun etkisi ile bu sorun daha da derinleşmektedir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için birlik hukuku ile ulusal hukuk (Alman Hukuku) arasındaki ilişkinin göz önüne getirilmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği uluslararası, diğer bir ifadeyle devletler üstü uluslararası bir organizasyondur. Bu arada 28 üye ülke, önceleri ulusal egemenlik menfaatlerinin özünden sayılan birçok yetkisini, artık ulusal düzeyde değil, aksine Brüksel'in merkezinden uygulanacak şekilde bu uluslar üstü alana devretmiştir. Bu açıdan birlik hukuku, ulusal hukuk karşısında önceliğe sahiptir.<sup>(26)</sup> Elbette Avrupa Birliği Adalet Divanı (EuGH) ve onu takiben Alman yargısı ve öğretisi bu bakımdan, çatışan ulusal hukuk aleyhine yoklukla sonuçlanan bir geçerlilik önceliğinden değil, sadece basit uygulama önceliğinden hareket etmektedir.<sup>(27)</sup> Bunun anlamı, birlik hukuku ile çatışan ulusal hukukun kural olarak geçerliliğini koruması ve yalnızca somut uyuşmazlıkta uygulanamamasıdır. Ancak özellikle Ceza Hukuku alanında durum daha farklı yani daha karmaşıktır: Tamamıyla hâkim olan görüş uyarınca Avrupa Birliği esas itibarıyla<sup>(28)</sup>, 1.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Reform Sözleşmesi sonrasında da hiçbir asli yasama yetkisine sahip değildir.<sup>(29)</sup> Yani Avrupa Birliği, bilhassa topluluk tüzüklerinin yayınlanması suretiyle (karşılaştırınız, Avrupa Birliği Sözleşmesi 288. madde, Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme 2. madde) bütün üye ülkelerde doğrudan tatbik edilebilecek ceza yasaları çıkartamaz. Avrupa Birliği yalnızca, Ceza ve

<sup>26</sup> Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2014, § 2 Kn. 8.

<sup>27</sup> EuGHE 1978, 629; 1984, 483; EuGH NJW 1999, 2355; EuGH NJW 2007, 1515; BVerfGE 75, 223 (244); 85, 191 (204); BVerfG NJW 2009, 2267 (2284 vd.); BGHSt 37, 168 (175); 46, 380; BVerwGE 87, 15; OLG München NJW 2006, 3588 (3591); OLG München NJW 2008, 3151 vd.; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 3. Bası 2011, § 11 Kn. 41; *Esser* (Dipnot 25), § 2 Kn. 11; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 4. Bası 2012, § 9 Kn. 8 vd.; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6. Bası 2013, § 9 Kn. 77 vd.

<sup>28</sup> Yaygın bir görüşe göre, Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 325. maddesinin 4. fıkrası, Lizbon Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden itibaren bu ilkenin bir istisnasını teşkil etmektedir; bu yönde örneğin, *Ambos* (Dipnot 27), § 9 Kn. 8; *Esser* (Dipnot 26), § 2 Kn. 125; *Hecker* (Dipnot 27), § 4 Kn. 81 vd.; *Satzger* (Dipnot 27), § 8 Kn. 25; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (18); *Grünwald*, JZ 2011, 972 (973); *Krüger*, HRRS 2012, 311 (317); buna karşı, *Schröder*, içinde: Hellmann ve diğerleri (Editör), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011, S. 491 (496 vd.); *Zöllner*, içinde: Baumeister ve diğerleri (Editör), *Staat, Verwaltung und Rechtsschutz*, *Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag*, 2011, S. 579 (582); *Sturges*, HRRS 2012, 273 (276 vd.).

<sup>29</sup> *Esser* (Dipnot 26), § 2 Kn. 121; *Hecker* (Dipnot 27), § 4 Kn. 79; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (14); *Zöllner* (Dipnot 28), S. 579 (582).

Ceza Usul Hukuku'nun belirli alanlarında, üye ülkelerin ulusal hukukunu yönergeler aracılığıyla (Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 288. maddesinin 3. alt fıkrası uyarınca bu yönergeler ilk olarak ulusal hukuka entegre edilmelidir) uyumlu hale getirme yetkisine sahiptir.<sup>(30)</sup> Diğer taraftan, elbette Avrupa Birliği'nin de Ceza Hukuku araçlarıyla korunması zorunlu olan kendi önemli çıkar ve hukuki menfaatleri vardır. Avrupa Birliği, bu korumayı sağlayabilmek için yürürlükteki ilgili ulusal ceza ve kabahat hükümlerine başvurmak zorundadır. Bu yönetime 'uyumlama prensibi' adı verilmektedir.<sup>(31)</sup>

## 2. Birlik Hukuku'na Uygun Yorum

Bu bağlamda, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 'iş birliği prensibi', 'iş birliği yükümlülüğü', 'iş birliği emri' ya da 'birliğe sadakat prensibi' olarak da adlandırılan, dürüst iş birliği ilkesini düzenleyen 4. maddesinin 3. fıkrası özel bir öneme sahiptir. Dürüst iş birliği ilkesi uyarınca Avrupa Birliği ve üye ülkeler sözleşmelerden doğan ödevlerini yerine getirirken karşılıklı olarak birbirlerine saygı gösterir ve destek olurlar. Üye ülkeler, sözleşmeden ya da birlik organlarının eylemlerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirebilmek için genel veya özel türde bütün elverişli tedbirleri alırlar. Ve üye ülkeler, Birliği, görevlerini yerine getirirken destekler ve hedeflerinin gerçekleşmesini tehlikeye sokabilecek her türlü tedbiri almaktan kaçınırlar. Kısacası Avrupa Birliği Asli Hukuku'nda; tüm üye ülkelerin ve bununla birlikte Almanya'nın da, Avrupa Birliği'nin menfaatlerine hizmet eden her şeyi yapması ve menfaatlerine aykırı olabilecek hiçbir şeyi yapmaması böylelikle garanti altına alınmıştır. Üye ülkeler özellikle Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kendi ulusal ceza hukuklarını Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlu hale getirmekle yükümlüdürler.

Avrupa Adalet Divanı hali hazırda, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin bugünkü 4. maddesinin 3. fıkrasının önceki hali olan ve yürürlükten kaldırılan Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın 10. maddesinden ve aynı antlaşmanın eski 249. maddesinin 3. fıkrasında (bugün Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında

---

<sup>30</sup> Bir yandan maddi ceza hukuku için bakınız, Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 83. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ve diğer yandan şekli ceza hukuku için bakınız, Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 82. maddesinin 2. fıkrası; ayrıca *Esser* (Dipnot 26), § 2 Kn. 135 vd.; *Satzger* (Dipnot 27), § 9 Kn. 31 vd.; *Zöllner* (Dipnot 28), S. 579 (586 vd.); *Dorra*, *Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union*, 2013, S. 180 vd.

<sup>31</sup> Bunun anlamına ve kapsamına ilişkin olarak karşılaştır sadece *Hecker* (Dipnot 27), § 7 Kn. 1 vd.

Sözleşme'nin 288. maddesinin 3. alt fıkrası) öngörülen uyumlu hale getirme yükümlülüğünden, ulusal ceza mahkemeleri için, ulusal hukukları birlik yönergelerine uygun yorumlama yükümlülüğünü çıkarmaktaydı.<sup>(32)</sup> Bu nedenle ulusal mahkemeler, ulusal hukuku mümkün olduğu kadar yönergelerin kelime anlamı ve amacına uygun şekilde ele almak zorundaydı.<sup>(33)</sup> Bu yükümlülük, ulusal dogmatik ve Anayasa Hukuku'na göre savunulabilir birden fazla yorum sonuçlarından, ilgili Avrupa Birliği yöngesinde ifade edilen, birlik hukukunun değer yargılarına en uygun olanının tercih edilmesi halinde yerine getirilmiş kabul edilmekteydi.<sup>(34)</sup> Avrupa Adalet Divanı 2005 senesinde '*Pupino*' olayında<sup>(35)</sup> verdiği yol gösterici kararında, birlik yönergelerine uygun yorum için geçerli olan ilkeleri nihayet çerçeve kararlara da taşımıştır. Bu bakımdan hem yönergelere hem de çerçeve kararlara uygun yorumun, kurumsal ve üst kavram olarak daha üstün olan birlik hukukuna uygun yorumun, yalnızca iki özel tezahürü olduğu anlaşılmaktadır.<sup>(36)</sup> Mahkeme kararı Maria Pupino isimdeki İtalyan bir anaokulu öğretmenine ilişkindir. Kendisine, ona emanet edilen çocuklara devamlı olarak vurduğu, sakinleştirici vermek ve ağızlarını bantla yapıştırmakla tehdit ettiği ve tuvalete gitmelerini engellediği yolunda suçlamalar yapılmıştır. İtalyan Ceza Muhakemesi Hukuku uyarınca, suç mağdurlarının hali hazırda soruşturma aşamasında sorgulanması mümkündür. Elbette bu sadece, ilgili kişinin 16 yaşından küçük ve belirli cinsel suçların mağduru olması halinde mümkündür. İtalyan Savcılığı *Pupino* olayında da, mağdur çocuklara olası bir psikolojik bir baskı uygulanmasından çekindiğinden, herhangi bir cinsel suç söz konusu olmamasına rağmen, soruşturma aşamasında bu çocukların ifadelerini almak ister. Bununla birlikte Savcılık, Avrupa Birliği'nin Mağdurun Ceza Muhakemesindeki Konumu Hakkında Çerçeve Kararı'nın ilgili hükümlerini (2, 3 ve 8. maddeler) dayanak gösterir.<sup>(37)</sup>

Avrupa Adalet Divanı, birlik hukukuna uygun yorum ilkesinin, çerçeve kararlar için de uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir.<sup>(38)</sup> Ulusal mahkeme, ulusal

---

<sup>32</sup> EuGHE 1986, 1651 (1690); 1987, 3969 (3986); 1988, 4635 (4662); 2004, 8835; EuGH NJW 2006, 2465 (2467); EuGH NJW 2010, 427 (429); diğer hukuki gerekçeler için bakınız sadece, *Hecker* (Dipnot 27), § 10 Kn. 6, diğer kaynaklarla birlikte.

<sup>33</sup> EuGHE 1984, 1891 (1909); 1984, 1921 (1942).

<sup>34</sup> *Satzger* (Dipnot 27), § 9 Kn. 93.

<sup>35</sup> EuGH NJW 2005, 2839; ayrıca *Adam*, EuZW 2005, 558; *Egger*, EuZW 2005, 652; *Fetzer/Groß*, EuZW 2005, 550; *Herrmann*, EuZW 2005, 436; *Hillgruber*, JZ 2005, 841; *Streinz*, JuS 2005, 1023; *Gärditz/Gusy*, GA 2006, 225; *Tinkl*, StV 2006, 36; v. *Unger*, NVwZ 2006, 46; *Weißer*, ZIS 2006, 562.

<sup>36</sup> Aynı şekilde ayrıntılı olarak, *Hecker* (Dipnot 27), § 10 Kn. 2, 79.

<sup>37</sup> AB1. EU 2001 Nr. L 82, S. 1 v. 22.3.2001.

<sup>38</sup> EuGH NJW 2005, 2839 (2841).

hukuku tatbik ederken yorum yoluna başvurduğunda, bu yorumunu kendisiyle hedeflenen neticeye ulaşmak amacıyla mümkün olduğu kadar çerçeve kararın kelime anlamı ve amacına uygun biçimde yapmalıdır.<sup>(39)</sup>

Pupino kararının özelliği ise, önceleri Avrupa Birliği'nin üçüncü ayağı kapsamında güvence altına alınan polis ve adli işbirliği prensibi, henüz Lizbon Antlaşması vasıtasıyla ortaklaşa hale gelmeksizin, Avrupa Adalet Divanı'nın birlik hukukuna doğrudan dayanan çerçeve kararlara uygun yorum yükümlülüğünü, üye ülkelerin karşılıklı işbirliği ve güven sorumluluğu ve yine Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin mülga 34. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinden türetmesiydi.<sup>(40)</sup> Geçerli hukuk uyarınca, çerçeve kararlara uygun yorum müessesesi doğrudan Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrasına dayanmaktadır. Gerçi hukuki bir enstrüman olarak çerçeve kararı, Lizbon Sözleşmesi ile ortadan kaldırılmış ve esas itibarıyla yerini özellikle Ceza ve Ceza Usul Hukuku alanında yönergeler almıştır. Bununla birlikte, 30.11.2009 tarihine kadar Avrupa Birliği'nin eski üçüncü ayağı kapsamında kabul edilen çerçeve kararları, Geçiş Hükümleri Hakkında Protokol'ün 9. maddesi<sup>(41)</sup> uyarınca, yoklukları açıklanmadığı veya değiştirilmedikleri müddetçe Lizbon Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönemde de hukuken geçerlidirler. Fakat bu yokluk açıklaması veya değişikliğe gitme ihtimali, mevcut birçok çerçeve kararı bakımından şimdiye kadar ekseriyetle gerçekleşmemiştir. Böylelikle ulusal ceza hukukunun çerçeve kararlara uygun yorumu da, eskiden olduğu gibi birlik hukukuna uygun yorumun bir alt türü olarak, üye devletlerin Avrupa Birliği ile işbirliği yapma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde önemli bir araç olarak kalmaktadır.

Ceza Hukuku uygulaması bakımından bu durumun kapsamlı sonuçları vardır: Şayet Avrupa Birliği yönergeleri ya da çerçeve kararları gibi Birliğe ait hukuki tasarruflarda, aynı zamanda Alman ceza kanunlarında da kullanılan kavramlar tanımlanıyorsa, Alman Yargıç alman suç tipinde öngörülen unsurları, birlik düzeyindeki kavram anlayışına uygun şekilde yorumlamalıdır. Aksi takdirde yargıç, Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrasına ve dolayısıyla emredici Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı hareket etmiş olur. Hatta en nihayetinde Avrupa Birliği'nin Çalışma Şekli Hakkında Sözleşme'nin 258. ve devamı maddeleri uyarınca, Almanya Federal Cumhuriyeti aleyhine olmak üzere sözleşme ihlali prosedürünün işletilmesi tehlikesine sebep olabilir.

---

<sup>39</sup> EuGH NJW 2005, 2839 (2841).

<sup>40</sup> Hecker (Dipnot 27), § 10 Kn. 77.

<sup>41</sup> AB1. EU 2008 Nr. C 115, S. 322.

### 3. Örgütlü Suçlarda Hukuki Durum

Alman Ceza Hukuku'nda yer alan örgütlü suçlarının yorumu bakımından şu an tam olarak böyle bir durum söz konusudur. Hem Alm. CK. 129. maddesine göre suç örgütü kurma, hem de Alm. CK. 129a maddesine göre terör örgütleriyle bağlantılı şekilde, ki buna Alm. CK. m. 129b üzerinden yabancı ülkelerdeki suç örgütleri de dahildir, suç unsuru olarak kullanılan 'örgüt' kavramının çerçeve kararlara uygun yorumlanması gerekliliği sorusu somut olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçi Alman Ceza Hukuku, örgüt kavramının açık ve yasal bir tanımını tanımamaktadır. Fakat on yıllardan beri hukuk öğretisinin<sup>(42)</sup> onayıyla, nihayetinde yargıç hukukunda<sup>(43)</sup> Dernekler Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasına bağlı şu tanım yerleşmiştir: Buna göre örgüt kavramından; devamlılık gösteren, en az üç kişiden teşekkül eden, her bir üyenin kendi iradesini bütünü iradesine tabi kılması suretiyle ortak amaçları takip eden ve üyelerin karşılıklı ilişkilerinin, kendilerini yeknesak bir örgüt olarak hissettirecek şekilde olduğu organizasyon anlaşılmaktadır.

Bu tanımdan hareketle, Alman Hukuku'na uygun yorum yoluyla, bir suç veya terör örgütünün bilindik dört kavramsal unsuru ayırt edilmektedir:

Kişî unsuru; en az üç kişinin bir araya gelmesini şart koşmaktadır.

Organizasyon unsuru; asgari ölçüde düzenli organizasyonu ve her bir üye için bağlayıcı olan, ortak iradenin oluşumuna ilişkin kuralların mevcudiyetini sağlamalıdır.

İstek unsuru; birden fazla kişinin müşterek olarak suç işlemeye ilişkin iradelerinin yanı sıra, katılanların organizasyonun suç işleme amaçlarına tabi olmasını ve buna uygun, kişisel düşüncelerin geri plana atıldığı ortak irade oluşumunu gerektirmektedir.

Son olarak zaman unsuruyla birlikte; yani devamlılık üzerine teşekkül eden örgüt şartıyla, tek bir amaca ulaşmak için kısa süreli olarak bir araya gelen haller örgüt kavramının kapsamından çıkartılmaktadır.

---

<sup>42</sup> Schäfer (Dipnot 22), § 129 Kn. 14; Krauß (Dipnot 23), § 129 Kn. 18; Rudolphi/Stein (Dipnot 24), § 129 Kn. 5; Sternberg-Lieben, içinde: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Bası 2014, § 129 Kn. 4; Gazeas (Dipnot 22), § 129 Kn. 9; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Bası 2014, § 129 Kn. 6; Zöllner (Dipnot 4), S. 518.

<sup>43</sup> Karşılaştırınız örneğin, BGHSt 10, 16 (17); 28, 147; 31, 202 (204 vd.); 31, 239 vd.; 45, 26 (35); 54, 69 (107 vd.); 54, 216 (221); 57, 14 (16); BGH NJW 2005, 1668 (1670); BGH NJW 2006, 1603; BGH NJW 2008, 1012; BGH NJW 2010, 3042 (3043); BGH StV 2012, 339 (340).

Söz konusu salt ulusal bağlamdaki kavram anlayışı, birkaç yıldır Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin çerçeve kararlarındaki uyarlamaları ile karşı karşıya gelmektedir. Bu durum tereddütlü hukuki sorulara yol açmaktadır, zira Avrupa Birliği düzeyindeki kavram tanımlamaları, Almanya'da şimdiye kadar mevcut olan hukuki duruma nazaran belirgin bir şekilde daha geniş ele alınmakta, yani bir örgütün mevcudiyeti bakımından daha hafif koşullar ileri sürülmektedir.

Nitekim 2008<sup>(44)</sup> seneli Organize Suçlarla Mücadele Hakkında Çerçeve Karar'ın 1. maddesi 'suç örgütünü'; doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik ya da sair maddi bir menfaat sağlamak amacıyla belirli ağırlıktaki suçları işlemek için ikiden fazla kişinin uzun süreli olmak üzere organize ve anlaşmalı şekilde hareket etmesi olarak tanımlamaktadır.

Ve bununla karşılaştırılabilir olarak, Terörle Mücadele Çerçeve Kararı'nın hali hazırda 2002<sup>(45)</sup> tarihli ilk halindeki 2. maddesinin 1. fıkrasında terör örgütü için şu tanıma yer verilmiştir: Bu çerçeve karar anlamında 'terör örgütü' kavramı; uzun süreli olmak üzere ikiden fazla kişinin organize şekilde terör suçları işlemek amacıyla bir araya gelmesi ve birlikte hareket etmesidir.

Her iki olayda da 'organize şekilde bir araya gelme' ile düşünülen; tesadüfi olarak bir suçun doğrudan icrası için kurulmayan, zorunlu olmamakla birlikte üyeleri için şekli olarak belirlenmiş görevleri, sürekli üyeliği ya da belirli bir yapısı olan birlikteliktir. Her iki Avrupa Birliği çerçeve kararındaki tanımlar, geleneksel Alman anlayışındaki örgüt kavramıyla karşılaştırıldığında, kişi ve zaman unsuru bakımından önemli farklılıklar ortaya çıkmamaktadır. Avrupa Birliği Hukuku düzleminde de, bir örgütün en az üç kişiden oluşması ve bu kişilerin uzun süreli olarak bir araya gelmesi şartlarından yola çıkılmaktadır. Buna karşın, organizasyon ve istek unsurları bakımından bariz yumuşatmalar söz konusudur. Organizasyon bakımından, kişilerin bir suçun doğrudan gerçekleştirilmesi amacıyla, sadece tesadüfi olmayacak surette bir araya gelmeleri hali hazırda yeterlidir. Üyeleri için şekli olarak saptanmış görevler, sürekli üyelik ya da belirli bir yapının varlığı aranmamaktadır. Böylece örgütün kendi içerisinde ne şekilde yapılandırıldığı bir önemli yoktur. Buna karşın, bugüne kadar ki Alman kavram anlayışı, özellikle sıkı bir hiyerarşik yapısı olan organizasyonlardan, tek taraflı emir verme imkânına sahip olan ve böylece çoğunlukla organize suçlar alanında karşılaşıldığı gibi, bir grup kimliği oluşturamayanları hariç tutmaktadır. Ayrıca istek unsurunun

---

<sup>44</sup> AB1. EU 2008 Nr. L 300, S. 42 v. 11.11.2008.

<sup>45</sup> AB1. EU 2002 Nr. L 164, S. 3 v. 22.6.2002, Konseyin 28.11.2008 tarihli Terörle Mücadele Çerçeve Kararı'nın (2002/475/JI) Değiştirilmesine İlişkin Çerçeve Kararı (2008/919/JI) ile değiştirilmiştir (AB1. EU 2008 Nr. L 330, S. 21 v. 8.12.2008).



yumuşatılması *de facto* olarak, birlikte belirli suçları işleme ve – suç örgütünde – kendisine maddi bir menfaat sağlama iradesini yeterli kılmaktadır. Dolayısıyla Avrupa Birliği tanımlarının üstlenilmesi sonuç olarak, Alman Ceza Kanunu'nun 129 ila 129b arasındaki maddeleri uyarınca cezalandırmanın sınırının Almanya'da önemli ölçüde genişletilmesine yol açacaktır.

Bu çerçevede en azından öğretilde<sup>(46)</sup> haklı olarak örgüt kavramının, hem suç hem de terör örgütleri bakımından 'Avrupa Hukuku'na dostane bir şekilde', yani çerçeve kararlara uygun ve böylelikle nihayetinde daha geniş yorumlanması gerektiği görüşü hâkimdir. Yine ceza muhakemesi uygulamasındaki gereksinimler de bu yöndedir. Son olarak örgüt kavramının bugüne kadar Alman Dernekler Kanunu örneğinde tanımlanması, özellikle tehlikeli ve yayılmış olan, hiyerarşik yapıdaki suç organizasyonlarının, Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamı maddelerinin kapsamının dışında kalmaları gibi tatmin edici olmayan bir sonuca yol açmaktadır.<sup>(47)</sup> Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 3. Ceza Dairesi Aralık 2009<sup>(48)</sup> tarihli 'Fırtına 34-Kararında', örgüt kavramının Birlik Hukuku'na uygun yorumu hususunda başlangıçtaki tereddütlerine<sup>(49)</sup> rağmen, elbette sadece Alm. CK. 129. maddesi kapsamındaki suç örgütleri bakımından, neticede olumsuz bir karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre Alman örgüt kavramının birlik hukukuna uygun yorumu; özellikle örgütlere, gruplara, çetelere ya da bir suça iştirak şekli olan müşterek failliğe birlikte etkide bulunmada olduğu gibi, Alman Ceza Hukuku sisteminin birlikte suç işleyenlerin sorumluluğuna ilişkin önemli esaslarıyla çözülemez çelişkilere neden olabilir.<sup>(50)</sup> Her ne kadar bu durum hukuk devleti açısından yerinde olsa da, dogmatik açıdan, bağlayıcı Avrupa Birliği Asli Hukuku'ndan kaynaklanan (Avrupa Birliği

<sup>46</sup> *Krauβ* (Dipnot 23), § 129a Kn. 26; *Gazeas* (Dipnot 22), § 129 Kn. 25; *Hecker* (Dipnot 27), § 10 Kn. 80; *Zöllner* (Dipnot 4), S. 523 vd.; *aynı yazar*, JZ 2010, 908 (912); *aynı yazar* StV 2012, 364 (369); *Kreβ*, JA 2005, 220; v. *Heintschel-Heinegg*, içinde: Hoyer ve diğerleri (Editör), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 799 vd.; aynı şekilde, OLG Düsseldorf, Karar 5.12.2007 –III-VI 10/05; diğer görüş, *Schäfer* (Dipnot 22), § 129 Kn. 36; *Rudolphi/Stein* (Dipnot 23), § 129 Kn. 6b; *Ostendorf*, içinde: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Editör), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Cilt 2, 4. Bası 2013, §§ 129a, 129b Kn. 6a; *Sternberg-Lieben* (Dipnot 42), § 129 Kn. 4a; ayırım yapan, *Kreβ/Gazeas*, içinde: Paeffgen ve diğerleri (Editör), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1487 (1499 vd.).

<sup>47</sup> *Fischer* (Dipnot 42), § 129 Kn. 4.

<sup>48</sup> Karşılaştırınız, bu konuda daha önceki mahkeme görüşleri BGH StV 2006, 691; BGH NStZ 2008, 146 (149); BGH NJW 2009, 3448 (3460).

<sup>49</sup> BGHSt 54, 216; ayrıca, *Archangelskij*, NJ 2010, 172; *Bader*, NJW 2010, 1986 vd.; *Zöllner*, JZ 2010, 908 vd.; *Kreβ/Gazeas* (Dipnot 45), S. 1487 vd.; *Eidam*, StV 2012, 373 (374 vd.).

<sup>50</sup> BGHSt 54, 216 (223 vd.).

Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrası) Alman örgüt suçlarının birlik hukukuna uygun yorumlanması yükümlülüğüne riayet edilmemesi için bir sebep değildir. Gerçi Avrupa Birliği Adalet Divanı Pupino Kararı'nda, ulusal mahkemenin çerçeve kararlara uygun yorum yükümlülüğünün, 'hukuk güvenliği' ve 'geriye etki yasağı' ilkeleri haricinde, özellikle 'genel hukuk ilkeleri' vasıtasıyla sınırlandırıldığını vurgulamaktadır.<sup>(51)</sup> Ancak bununla kastedilen karardaki söz konusu metnin açık manası uyarınca, ulusal (ki burada Alman) hukukun değil, birlik hukukunun genel hukuk ilkeleridir.<sup>(52)</sup> Bu nedenle - ki mevcut yazıda da bundan yola çıkılmıştır<sup>(53)</sup> -, Alman yasalarının lafzi sınırları ihlal edilmediği ve Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamı maddelerine, Alman yasa koyucu tarafından arzu edilmeyen hedefler dâhil edilmediği sürece, ulusal mahkemenin yorum yaparken ilgili çerçeve kararların içeriğini dikkate alma yükümlülüğü devam etmektedir. Bugüne kadar ki tartışmada bu bakış açısına çok az dikkat gösterilmiştir. Gerçi 3. Ceza Dairesi ulusal bakış açısından, hoşça giden bir neticeyi - dar ve dolayısıyla şüpheli dostu örgüt kavramının muhafaza edilmesini - amaçlamıştır, ancak çerçeve kararların müzakereleri sırasında, bu kararların Alman örgütlü suçları bakımından neticelerinin açıkça farkına varılmadıktan sonra, Avrupa Birliği Hukuku bakımından hareket alanının kalmaması dolayısıyla bu yolun aslında çoktadır kendisine kapalı olduğunu göz ardı etmektedir. Bu sebeple 3. Ceza Dairesi, suçta iştirake ilişkin eski sistemin tasfiyesi sorumluluğunun kendisine verilmesini anlaşıldığı üzere istememekte ve aksine bu sorumluluğu yasa koyucunun üstlenmesini istemektedir. Ayrıca Mahkeme kendisini, örgütün istek unsurunun ispatı açısından aranan şartları en azından ideolojik veya dini saikle hareket eden failer için hafifletmekle sınırlandırmıştır.<sup>(54)</sup> Buna rağmen, Fırtına 34-Kararı'nın kazanımı, Alman Ceza Mahkemeleri tarafından, Alman Ceza Kanunu'nun 129. ve devamı maddelerinin birlik hukukuna uygun olarak geniş ve dolayısıyla şüpheli aleyhine yorumlamasının, yürürlükteki Alman Ceza Hukuku ile çözülemeyecek çelişkilere yol açabileceğine ilk defa dikkati çekmiş olmasıdır. Alman Ceza Kanunu'nun birçok suç tipinde kullanılan ve bilindik olarak şu şekilde tarif edilen 'suç çetesi (suç grubu) kavramına bir bakışla dahi bu durum kendisini göstermektedir:<sup>(55)</sup> 'Suç çetesi' en az üç kişinin belirli süre için, yasadaki tarif edilen suç tiplerinden, bazı bağımsız ve ayrıntıları belirsiz fiilleri, gelecekte gerçekleştirmek amacıyla irade birliği yapmak suretiyle, bir araya gelmesi olarak kabul edilmektedir.

---

<sup>51</sup> EuGH NJW 2005, 2839 (2841).

<sup>52</sup> Zöller, JZ 2010, 908 (912); Krefß/Gazeas (Dipnot 46), S. 1487 (1496).

<sup>53</sup> Daha ayrıntılı olarak, Zöller, JZ 2010, 908 (912).

<sup>54</sup> BGHSt 54, 216 (228 vd.).

<sup>55</sup> Karşılaştırınız sadece, BGHSt 46, 321; Fischer (Dipnot 42), § 244 Kn. 34.

Burada artık örgüt kavramının birlik hukukuna uygun yorumuyla önemli bir farklılık göze çarpmamaktadır.<sup>56</sup> Bu bakımdan 3. Ceza Dairesi haklı olarak, Alman Ceza Kanunu'ndaki grup bağlantılı suç tipleri bakımından tutarlı bir sistemin sağlanmasının yasa koyucunun vazifesi olduğu hususuna dikkati çekmiştir. Fakat yasa koyucu, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu ödevi<sup>57</sup> yerine getirmeye dursun, bugüne kadar bir tepki dahi vermemiştir. Bu durum Avrupa perspektifinde Demokles'in kılıcı olarak her şeyin üzerinde olan, olası sözleşme ihlali prosedürü çerçevesinde düşündürücü olmaktan fazladır. Nihayetinde uygulamanın temel sorularına ilişkin olarak, Ulusal Güvenlik Ceza Hukuku alanında şunlar gibi başkaca sorular da ortaya çıkmaktadır:

Ulusal Hukuk'ta suç ve terör örgütlerine verilen cezalandırılabilirliğin sınırlarının genişletilmesini hukuk politikası perspektifinden gerçekten istiyor muyuz?

Birlik Hukuku'nun bağlayıcı direktifleri, özellikle Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrası, icabında ulusal hukukta örneğin 'örgüt' kavramının 'gruplaşma' olarak ifade edilmesi şeklinde, farklı kavramlar getirmek suretiyle atlatılabilir mi veya bu durum, tekrardan bir hukukun kötüye kullanılması ve dolayısıyla sözleşme ihlali olarak görülebilir mi?

Örgüt suçları alanında (Alm. CK. 129. ve devamı maddeleri), birden fazla kişinin iştirak ettiği diğer birlikte suç işleme formları, buradan birlik hukukuna uygun kavram anlayışına göre makul bir şekilde ayırt edilebilir mi ya da grup bağlantısının söz konusu olduğu cezalandırma sisteminin bütüncül bir reforma mı ihtiyacı var?

Grup yapısı ve dinamiği bakımından esaslı şekilde daha hafif koşullar öne süren birlik hukukuna uygun şekilde yorumlanan bir Örgüt Ceza Hukuku, belirlilik ilkesi ve ölçülülük prensibi çerçevesinde Almanya'da hala hukuk devleti ilkesine uygun olarak değerlendirilebilir mi?

Tüm bunlar, şu kritik temel soruya geri döndürmektedir: Suça ilişkin radikalleşmenin gerçek nedenleri ve çerçeve koşulları aslında nelerdir ve ne zaman tipik ve kaçınılmaz olarak radikal veya terör motivasyonlu suçlara yol açan (soyut) tehlike koşullarından bahsedilebilecektir? Şayet bu hususlar bilinirse, suç icrasının aslında cezalandırmayan ön alanındaki suç tipleri kavramsal olarak formüle edilebilir ve anayasal bakımından meşrulaştırılabilirler.

---

<sup>56</sup> Aynı şekilde, *Eidam*, StV 2012, 373 (374).

<sup>57</sup> *Bader*, NJW 2010, 1986 (1987).



**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ESKİ YUGOSLAVYA BÖLGESİNDE 1991 YILINDAN  
İTİBAREN İŞLENEN AĞIR ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK İHLALLERİNDEN  
SORUMLU KİŞİLERİN KOVUŞTURULMASI İLE GÖREVLİ  
ULUSLARARASI MAHKEME\***

*Çeviren: Dr. Fatih Halil KAPLAN \*\**

**Dava Numarası** : IT-98-33-T  
**Tarih** : 02 Ağustos 2001  
**Orijinal Metin** : İngilizce

**MAHKEME HEYETİ**

**Başkan** : Hakim Almiro Rodrigues  
**Üye** : Hakim Fouad Riad  
**Üye** : Hakim Patricia Wald  
**Katip** : Hans Holthuis  
**Yargılama** : Radislav Krstic Davası  
**Savcılık Makamı** : Mark Harmon  
Peter McCloskey  
Andrew Cayley  
Magda Karaginnakis  
**Savunma Makamı** : Nenad Petrusic  
Tomislav Visnji

## I. GİRİŞ

1. Birleşmiş Milletler ("BM") tarafından güvenli bölge ilan edilen ve Bosna Hersek'te bulunan ve Srebrenitsa'nın yönetiminin 1995 yılının Temmuz ayında Bosnalı Sırp'lar tarafından ele geçirilişi esnasında yaşanan olaylar tüm dünyaca bilinmektedir.<sup>(1)</sup> Yerleşim bölgesinin silahlı

---

\* Bu çalışma, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Radislav Krstić hakkında vermiş olduğu kararın başlangıç kısmının çevirisidir. Kararın İngilizce aslı 260 sayfadan ibarettir. Anılan karar yargılamaya esas teşkil eden zaman diliminde yaşanan olaylara, olayların vahametine ve uluslararası toplumun meseleye yaklaşımına dair tespitleri bakımından önem arz etmektedir.

\*\* Çeviren: Dr. Fatih Halil Kaplan, Ankara Cumhuriyet Savcısı, e-mail: faith\_h\_kaplan@yahoo.com.

<sup>1</sup> Örnek olarak bakınız savcılık delili 30 (bundan sonra "P"), 53/55 sayılı Genel Kurul Kararı'na istinaden Genel Sekreter'in raporu: Srebrenitsa'nın düşüşü, BM. Bel. A/54/549, 15 Kasım 1999 (bundan sonra "Genel Sekreter'in Raporu").

saldırı ya da herhangi bir düşmanca saldırıya maruz bırakılmayacağına dair BM Güvenlik Konseyi Kararı bulunmasına rağmen Bosna Sırp Ordusu (“BSO”) birlikleri kasabaya saldırı düzenlemiş ve kasabayı ele geçirmiştir. Birkaç gün içerisinde, bölgede yaşayan büyük çoğunluğu kadın, çocuk ve yaşlı olan yaklaşık olarak 25,000 Bosnalı Müslüman<sup>(2)</sup> dehşet ve korkunun hakim olduğu bir atmosferde, Bosna Sırp Kuvvetleri tarafından aşırı kalabalık otobüslere bindirilmek suretiyle oturdukları yerlerden uzaklaştırılmış, çatışma hattı boyunca nakledilmiş ve Bosnalı Müslümanların bulunduğu bölgeye gönderilmişlerdir. Bununla birlikte askerlik çağında<sup>(3)</sup> olan Serebrenitsa’nın Boşnak erkekleri farklı bir kadere yönlendirildiler. Binlercesi bölgeden kaçmaya çalıştıkları sırada tutsak edildiler, insanlıktan uzak ağır şartlar altında tutuldular ve sonrasında katledildiler. 7,000’den fazla kişi bir daha görülmedi.

2. 10 Temmuz 1995 ile 19 Temmuz 1995 tarihleri arasındaki dokuz günlük zaman dilimi içerisinde Serebrenitsa’da meydana gelen olaylar, dehşet boyutu ve insanoğlunun çatışmanın tansiyonunda canavarca eylemlere müracaat etme kapasitesini anlatması bakımından tarif edilemez boyuttadır. Bir haftayı aşan küçük bir zaman diliminde binlerce hayat yok edilmiş, telafisi mümkün olmayan bir şekilde parçalanmış ya da basit bir şekilde tarih sayfalarından silinmiştir. Mahkeme, Balkanlarda meydana gelen çatışmanın temelinde bulunan sebeplerin derinlemesine araştırılmasını tarihçilere ve sosyal psikologlara bırakmaktadır. Halihazırda elde bulundan vazife daha mütevazı olup, yargılama sırasında ortaya konan deliller kapsamında dokuz günlük sürede neler olup bittiğini tespit etmek ve nihai olarak bu davanın sanığı General Krstić’in söz konusu olaylara katıldığı için uluslararası hukukun ilkeleri çerçevesinde cezai yönden sorumluluğu bulunup bulunmadığını ortaya koymaktır. Mahkeme kendisine, Serebrenitsa’da meydana gelen olaylar

---

<sup>2</sup> Bakınız Nesib Mandzi, sayfa 963’teki belge bundan sonra (“T”) (25,000 Bosnalı Müslüman sığınmacının Poto-ari’de toplandığını ifade etmektedir); P 404/88 (12 Temmuz 1995 tarihli Karremans Raporu, o tarihte 17,500 kişinin Poto-ari ve çevresinde toplandığını ifade etmektedir; P 77/26 (UNMO’nun 13 Temmuz 1995 tarihli faksı 10,000 sığınmacının şimdiden nakledildiğini, ve 20,000-25,000 kişinin daha nakledileceğini ifade etmektedir).

<sup>3</sup> Bu kararda, “askerlik çağında” terimi, Serebrenitsa’nın ele geçirilişini müteakip, yakalanarak öldürülen erkekleri tanımlamak amacıyla kullanılacaktır. Anılan terimi belli bir yaşın altındaki küçük çocukları ya da nispeten yaşlı kimseleri bu grubun içerisine dahil edecek şekilde genişletmek olağan şartlarda yanlış adlandırma olarak vasıflandırılabilir ancak bu kişiler “askerlik çağında” terimi kapsamında değerlendirilmişlerdir. Sonuç olarak terim teknik anlamda anlaşılmalı, Bosnalı Sırp otoriteler tarafından askerlik çağında olduğu kabul edilen erkek ve çocukları kapsayacak şekilde geniş anlamda anlaşılmalıdır.

hakkında neler hissettiğini ve bu davanın konusu dışında kalan bireyler ile milli ve uluslararası grupların söz konusu trajedinin gerçekleşmesine ne şekilde katkıda bulduklarını, açıklama izni veremez. Davanın sanığının, herhangi bir davanın sanığının olduğu gibi, bireyselleştirilmiş şekilde değerlendirilmeye hakkı vardır ve eylemlerinin, Mahkemenin Statü'sünde ("Statü") düzenlenen ve suç teşkil eden eylemler olduğunun, mahkemede ortaya konan delillerin makul bir şüphenin ötesinde göstermesi halinde mahkum edilebilir. Bu sebeple Mahkeme, dikkatini, cehennemvari bu dokuz gün içerisinde neler olup bittiğine dair maddi vakianın detaylı bir şekilde ortaya konması üzerine yoğunlaştıracak, söz konusu olayların hiç yaşanmamış olması ile ilgili retorik bir söylem ifade etmekten kaçınacaktır. Sonuç olarak, yorumlayıcı hiçbir ifade, Serebrenitsa destanını, olayların kendi öyküsünden daha açık ve net biçimde anlatamaz; savaşın, etnik hınç ve düşmanlığın yarattığı yıkımı ve bunun acı mirasının hafifletilebilmesi için katedilmesi gereken uzun yolu daha etkileyici bir şekilde ortaya koyamaz.

3. Vahşetin yaşandığı, 1995 yılının Temmuz ayında General Krstic önce Genel Kurmay Başkanı, akabinde bir Bosna Sırp Ordusu ("bundan sonra "BSO") oluşumu olan Drina Birlikleri Komutanı'ydı. Serebrenitsa'nın ele geçirilişini müteakip işlenen bütün suçlar Drina Birlikleri'nin sorumluluğu altındaki bölgede işlenmiştir. İddia makamı, General Krstic'i soykırım ile suçlamaktadır (ya da seçimlik olarak soykırım suçuna iştirak). General Krstic bundan başka savaş hukuku ya da teamüllerini ihlal eder biçimde, yok etme, adam öldürme, işkence ve sürgün (ya da seçimlik olarak, insanlık dışı eylemler (zorla göç ettirme)) ve adam öldürme suçlarını içerecek şekilde insanlığa karşı suç(lar)ını işlediği iddiası ile suçlanmıştır. İddianamede, General Krstic'in bireysel olarak iştiraki nedeni ile söz konusu suçlardan sorumlu olduğu ifade edilmiştir (Statü'nün 7 (1) maddesi gereğince). İddia makamı, General Krstic'e, komutanın sorumluluğu ilkesi uyarınca, (Statü'nün 7 (3) maddesi kapsamında) emri altında bulunan birliklerin işlediği iddia olunan suçlar bakımından da cezai sorumluluk atfetmektedir.
4. Mahkeme, 1995 yılının Temmuz ayı içerisindeki kısacık birkaç gün içerisinde olup biteni resmetmek amacı ile birleşen bir delil mozaikinden yararlanmaktadır. Mahkeme 98 gün süren yargılama boyunca 110 civarında tanık dinlemiş 1,000 dolaylarında belge/delil incelemiştir. Serebrenitsa'da yaşayan ve kurtulmayı başaran insanlardan bir çoğu

ifade vermek amacıyla Lahey'e gelmiştir. Mahkeme, bu kişilerin ifadelerinin özünün son derece güvenilir olduğu kanaatindedir. Olayların gerçekleştiği bölgede yaşamış ve kurtulmayı başarmış kişilerin ifadeleri bazı bölgelerden edinilen adli deliller (mermi kovani, patlayıcı ve doku kalıntısı gibi), toplu mezarlarda yapılan uzman incelemeleri ve 1995 yılında havadan çekilen keşif fotoğrafları ile desteklenmiştir. Mahkeme ayrıca olaylar sırasında Serebrenitsa'da görev yapan BM askeri personelinin ifadelerini, 1995 yılının Temmuz ve Ağustos aylarına ait Bosna Hersek Ordusu ("BHO") tarafından yakalanan(elde edilme imkanı olmuş) BSO radyo iletişimi kayıtlarını, BHO'dan elde edilen kayıtları, BSO'dan elde edilen kayıtları, hem iddia makamı hem savunma makamı tarafından çağrılan askeri uzmanlar tarafından yapılan analizleri, General Krstić'in kendisinin ifadesini ve savunma tanıklarının ifadelerini de göz önünde tutmuştur. Mahkeme bunlara ek olarak BHO'da daha önce görev yapmış ve 1995 yılında Serebrenitsa'da ortaya çıkmış olan olayları yakından takip etmiş olan iki yetkiliyi re'sen tanık olarak çağırmıştır.

5. İşbu Mahkeme Kararı beş bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm Giriş bölümüdür. Okuyucuyu özü itibarı ile Serebrenitsa'nın ele geçirilişi ve sonrasına giden sürece yöneltmek amacı taşıyan mahkemenin maddi vakiya ilişkin tespitleri öyküsel bir genel bakış ile birlikte ikinci bölümden itibaren başlamaktadır. Akabinde Mahkeme Serebrenitsa'nın ele geçirildikten sonraki sürecin daha detaylı bir şekilde gözden geçirilmesine, özellikle, Drina Birliklerinin, Bosnalı Müslüman kadın, çocuk ve yaşlıların önceki yerleşim bölgesinde nakledilmesindeki rolü ile Serebrenitsa'lı Boşnak Müslüman erkeklerin yakalanmaları, gözaltında tutulmaları ve katledilmelerindeki rolünü incelemeye yönelecektir. Son olarak, Mahkeme, General Krstić tarafından bu olaylarda oynanan rolü inceleyecektir. İşbu Mahkeme Kararı'nın üçüncü bölümü İkinci Bölümde ortaya konan maddi vakianın analiz edilebilmesi için gerekli olan hukuki çerçeveyi ortaya koymaktadır. Mahkeme General Krstić'e isnat edilen soykırım suçu ve diğer suçların unsurlarının yanı sıra cezai sorumluluğun doğabilmesi için gerekli olan genel prensipleri de göz önünde tutmaktadır. Daha sonra, çizilen hukuki çerçeve ve kararın ikinci bölümünde ortaya konan maddi vakıa temelinde, Mahkeme General Krstić'in cezai sorumluluğu hususundaki tespitini ortaya koymaktadır. Dördüncü bölüm cezalandırma ilgili hususları kapsamakta, ve son olarak, Beşinci Bölüm hüküm kısmını oluşturmaktadır.



## II. “MADDİ VAKIA”YA İLİŞKİN TESPİTLER

### A. Serebrenitsa’nın Ele Geçirilişi ve Sonrası

#### 1. 1991-92: Eski Yugoslavya’nın Dağılışı

6. Sosyalist Federal Yugoslavya Cumhuriyeti’nin dağılışının tarihçesi Mahkeme’nin daha önceki kararlarında anlatılmış olması sebebiyle burada detaylı olarak anlatılmayacaktır.<sup>(4)</sup> Bununla birlikte Serebrenitsa meselesinin anlaşılabilmesi bakımından arka plana dair bir miktar bilgi verilmesi zaruridir.
7. 1945 yılından 1990 yılına kadar Yugoslavya Bosna Hersek, Hırvatistan, Makedonya, Karadağ, Sırbistan ve Slovenya’dan oluşan altı Cumhuriyetten müteşekkildi. Belirli bir Cumhuriyet’in nüfusunu ağırlıklı olarak belli bir etnik grup oluşturuyordu: örneğin, Sırbistan’da Sırp ve Hırvatistan’da Hırvatlar ağırlıkta idi. Bosna Hersek’in (“Bosna”) bir kısmını oluşturan halihazırdaki davanın inceleme konusu olan bölge, Cumhuriyetler içerisindeki en çok farklı etnik yapıya sahip olanıydı. Şöyle ki savaş öncesi bölgede yaşayan halkın nüfusunun yüzde 44’ü Müslüman, yüzde 31’i Sırp ve yüzde 17’si Hırvat’dı.<sup>(5)</sup>
8. Yugoslavya toprakları araya serpilmiş bir kısım anlaşmazlıklar vücut bulmuş olmasına rağmen yüzyıllarca yukarıda sayılan ve diğer bir kısım etnik gruplarca beraber barış içerisinde paylaşılmıştır. İkinci Dünya Savaşı, bütün taraflardan kaynaklandığı iddia edilen keskin uyuşmazlıkların mevcut olduğu bir zaman dilimiydi. General Tito’nun savaş sonrası yönetimi, komünist devletin birliğine odaklanmak suretiyle, etnik bölünme ve milliyetçiliği desteksiz bıraktı. Böylelikle 1945 yılından 1990 yılına kadarki dönemde göreceli şekilde huzurlu ve barışçıl etnik gruplar arasındaki ilişki var oldu. Buna rağmen çeşitli gruplar kendilerinin farklı kimliklerinin var olduğu bilincini taşımaya devam ettiler.
9. Ekonomik sıkıntılar ve komünizmin çökmesi 1980’lerin sonlarına doğru milliyetçiliğin yükselişine ve etnik uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. 1991 yılının Haziran ayında Slovenya ve Hırvatistan Cumhuriyetleri Yugoslavya Federal Cumhuriyeti’nden

---

<sup>4</sup> Örnek olarak bakınız, Tadic Davası, Dava Numarası: IT-94-1-T, (Bundan sonra “Tadic Kararı”), para. 53-126.

<sup>5</sup> Tadic, para. 56-57; Genel Sekreter’in Raporu para. 17-18.

ayrılarak bağımsızlıklarını ilan ettiler. Slovenya'nın statüsü ağırlığını Sırp kuvvetlerinin oluşturduğu Yugoslavya Halk Ordusu (YHO) ile yaşanan sadece on günlük bir çatışmadan sonra güvence altına alındı, fakat Hırvatistan'daki silahlı çatışma birkaç aylık bir zaman dilimine yayıldı. Makedonya 1991 yılının Eylül ayında başarıyla bağıni kopardı.

10. Bosna bağımsızlık yolculuğuna 15 Ekim 1991 yılında parlamento tarafından yapılan bağımsızlık bildirisi ile başlamıştır. Bosna Hersek Cumhuriyeti 6 Nisan 1991 yılında Avrupa Birliğı tarafından bir sonraki gün de Birleşik Devletler tarafından resmen tanınmıştır. Uluslararası tanınma meseleyi sona erdirmemiş, bölgesel hakimiyet amacıyla Müslümanlar, Sırlar ve Hırvatlardan müteşekkil üç büyük grup arasında Bosna'da şiddetli çatışmalar ortaya çıkmıştır. Uluslararası toplum barışı temin edebilmek için çeşitli teşebbüslerde bulunmuş fakat bu teşebbüsler sınırlı bir başarı sağlamıştır. Bosna'nın Sırbistan'a yakın olan doğu kısmında Bosna'lı Sırlar ve Bosna'lı Müslümanlar arasındaki çatışma özellikle şiddetli olmuştur.

## 2. 1992-1993: Serebrenitsa'daki Çatışma

11. Serebrenitsa kasabası Bosna'nın doğusunda, Sırp sınırına aşağı yukarı on beş kilometre uzaklıktaki bir vadiye kurulmuştu. Savaştan önce, Serebrenitsa sakinlerinin pek çoğı Serebrenitsa'nın kuzeyinden birkaç kilometre uzaklıktaki Potokari'deki fabrikalarda ya da kasabanın güney ve kuzeydoğusunda bulunan çinko ve boksit madenlerinde çalışmaktaydı. 1991 yılında "yerleşim yeri"nin nüfusu yüzde 73'ü Müslüman ve yüzde 25'i sırp olmak üzere 37.000'di.<sup>(6)</sup> Savaştan önce hayat standartları yüksekti ve farklı etnik gruplara mensup insanların çoğı birlikte rahat bir şekilde yaşamaktalardı.<sup>(7)</sup>
12. Çatışma sırasında Serebrenitsa'yı kapsayan Merkez Podrinje Bölgesi<sup>(8)</sup> belirgin bir stratejik öneme sahipti. Bu bölgenin kontrolü, Bosnalı Sırlar'ın, Bosna içerisinde politik bir birlik oluşturabilmek olan minimum amaçlarını gerçekleştirebilmek açısından önemliydi. Savunma makamı askeri uzmanı olan General Radovan Radinovic tarafından ifade edildiğı üzere:

---

<sup>6</sup> Genel Sekreter'in Raporu, para. 33. "Yerleşim yeri" terimi "kasaba"dan daha büyük "ilçe" ya da "kanton"a eşit bir yerleşim yerini ifade etmektedir.

<sup>7</sup> Örnek olarak bakınız, Tanık S, Deşifre Metni, s. (bundan sonra "D") 3282-3283.

<sup>8</sup> General Radovan Radinovi (bundan sonra "Radinovi"), D. 8108.

Sırlar Bosna Hersek'i eski devletin bir parçası olarak muhafaza etmek niyetindeydiler. Bu onların Bosna Hersek bakımından gerçekten asli, uzun dönemli ve politik amacıydı. Neden? Bunu Anlamanın çok zor olduğu düşüncesinde değilim. Diğer Sırlarla birlikte aynı devlet içerisinde yaşamak istiyorlardı ve bunu garanti altına alabilecek tek devlet Eski Yugoslavya idi...Sırlar Merkezi Podrinje'nin onlar için çok büyük önem arz ettiğini fark etmişlerdi. Merkezi Podrinje alanına sahip olmadan bir Sırp Cumhuriyeti mevcut olamayacak, Sırp etnik bölgelerinin bütünlüğü bölgesel anlamda sağlanamayacaktı; bunun yerine Sırp halkı etnik bölgelerindeki etrafı kuşatılmış alandaki statülerini kabul etmeye zorlanacaklardı. Bölge ikiye bölünebilirdi, bütün alan ayrıştırılabilirdi, nüfusun yüzde yüzünün sırp halkından oluştuğu bölgelerden ve Sırbistan'dan uygun şekilde koparılabilirdi.<sup>(9)</sup>

General Sefer Halilovic de (1993 yılının Haziran ayından Kasım ayına kadarki zaman diliminde BHO'nun Ana Karargahının Komutanı, öncesinde BHO'nun Ana Karargahı'nın Kurmay Başkanı) Merkezi Podrinje bölgesinin Bosnalı Sırlar bakımından sahip olduğu stratejik önemi vurgulamıştı. Onun kanaatine göre Sırların siyasi gündeminde Drina Nehri'ni "Sırp Devletleri" arasında bir sınır olmaktan çıkarmak vardı.<sup>(10)</sup>

13. Serebrenitsa'nın çoğunluğunu Müslüman nüfusun oluşturmalarına rağmen, bölgedeki ve doğu Bosna'ya komşu bölgelerden gelen Sırp milisleri, 1992'nin başlarında birkaç haftalığına kasabanın kontrolünü ele geçirdiler. Bununla birlikte 1992 yılının Mayıs ayında Naser Oric'in liderliğindeki bir grup Müslüman Savaşçı Serebrenitsa'yı geri almayı başarmışlardır. Bundan sonraki birkaç aylık süre zarfında Oric ve adamları seri saldırılarla dışarıya baskı yaptılar. 1992'de Serebrenitsa'lı Bosna Müslüman Güçleri Zepa'da (Serebrenitsa'nın Güney'inde Müslümanlar'ın elinde bulunan bir kasaba) bulunanlarla birleştiler. 1993'te etrafı çevrili bölge Serebrenitsa'nın batısında bulunan ve Müslümanlar'ın elinde olan Cerska'yı da içine alacak şekilde genişledi. Bu zaman diliminde etrafı kuşatılmış şekildeki Serebrenitsa 900 kilometrekarelik en büyük genişliğine ulaştı, buna rağmen hiçbir zaman

---

<sup>9</sup> Radinovi, D. 7812-7813.

<sup>10</sup> General Sefer Halilovic, (bundan sonra "Halilovic", D. 9459-9451).

batıda bulunan ve Boşnakların elinde bulunan ana bölge ile birleşemedi, Sırp'ların kontrolünde bulunan bölgenin ortasında tehlikeye açık bir şekilde kaldı.<sup>(11)</sup>

14. 1993 yılının Ocak ayında Bosna Müslüman Birlikleri Bosna Sırp köyü olan Kravica'ya saldırdılar. Sonraki birkaç ay içerisinde Bosnalı Sırp'lar nihai olarak Konjevic Polje ve Erska köylerinin ele geçirilişi ile sonuçlanan ve Serebrenitsa ve Zepa arasındaki bağın kopması ile Serebrenitsa yerleşim bölgesinin yüzölçümünün yüz elli kilometrekareye gerilemesine neden olan karşı saldırı ile cevap verdiler. Çevredeki bölgelerde ikamet eden Bosnalı Müslümanlar Serebrenitsa'da birleştiler ve nüfus 50.000-60.000 civarına yükseldi.<sup>(12)</sup> 1993 yılının Ocak ayını takip eden zaman dilimi içerisinde meydana gelen bu askeri hareketlilik sırasında Müslümanlar tarafından Sırp sivillere, Sırp'lar tarafından Müslüman sivillere yönelik tedhiş uygulandığına ilişkin raporlar mevcuttur.<sup>(13)</sup>
15. BM Muhafız Güçleri'nin Fransız Komutanı General Pilippe Morillon Serebrenitsa'yı 1993 yılının Mart ayında ziyaret etmiştir. Bundan sonra kasabanın aşırı kalabalık ve kuşatma altında olduğu ortaya çıkmıştır. İlerleyişte olan Bosna Sırp Güçleri kasabanın su kaynaklarını yok etmişlerdi ve neredeyse akan su bulunmamaktaydı. Halk elektrik kaynağı olarak iğreti jeneratörlere bel bağlamıştı. Yiyecek, ilaç ve diğer hayati önem taşıyan malzemeler son derece kıtıldı. Ayrılmadan önce, General Morillon, açık bir toplantıda, panik halindeki Serebrenitsa halkına kasabanın BM'nin koruması altında olduğunu ve onları asla terk etmeyeceğini söyledi.<sup>(14)</sup>
16. 1993 yılının Mart ve Nisan aylarına, aşağı yukarı 8,000 ile 9,000 Bosnalı Müslüman BM Mülteciler Yüksek Komisyonu'nun ("BMMYK") himayesinde Serebrenitsa'dan tahliye edilmiştir. Bununla birlikte tahliye faaliyetine, Saraybosna'da bulunan Müslüman Bosna yönetimi tarafından bölgenin "etnik temizliği"ne katkıda bulunduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştır.<sup>(15)</sup>

---

<sup>11</sup> Genel Sekreter'in Raporu, para. 33-38. Mahkeme en azından Mahkeme'de aksine delil sunulmamış meseleler bakımından Genel Sekreterin Raporu'na, Serebrenitsa'nın ele geçirilişine giden süreçte meydana gelen olaylar hakkında güvenilir kaynak olarak itimat etmektedir.

<sup>12</sup> A.g.e., para. 37.

<sup>13</sup> A.g.e., para. 37.

<sup>14</sup> A.g.e., para. 38.

<sup>15</sup> A.g.e., para. 39.

17. Bosnalı Sırp yetkililer yerleşim bölgesini ele geçirme hususundaki niyetlerini yerleşim yerinin Sırp sınırına yakın olması ve Sırp'ların elinde bulunan toprak parçası tarafından tamamen çevrilmiş olması nedeni ile sahip olduğu stratejik önem ve saldırıya açık olması sebepleri ile devam ettirdiler. 13 Nisan 1993 tarihinde, Bosnalı Sırp'lar BMMYK temsilcilerine Bosnalı Müslümanların teslim olmayı ve tahliye edilmeyi kabul etmemeleri halinde iki gün içerisinde saldırıcaıklarını bildirdiler.<sup>(16)</sup>

### **3. Nisan 1993: Güvenlik Konseyi Serebrenitsa'yı "Güvenli Bölge" ilan ediyor.**

18. 16 Nisan 1993 tarihinde BM Güvenlik Konseyi "bütün tarafların ve diğerlerinin Serebrenitsa ve çevrelediği alana "güvenli bölge" olarak muamele etmesini ve bu bölgeye silahlı saldırı ve herhangi bir diğer düşmanca eylem yapılmamasına ilişkin bir "karar" kabul ederek ve bunu bildirerek cevap verdi.<sup>(17)</sup> Güvenlik Konseyi iki ayrı yerleşim bölgesi olan Zepa ve Gorazde'yi BM tarafından korunan yerleşim bölgesi olarak ilan etti.<sup>(18)</sup>

19. BMMG komutası, Güvenlik Konseyi'nin "karar"ının değeri hususunda şüpheliydi. Bu nedenle, BMMG komutanları General Halilovic ve General Ratko Mladic (VRS'nin Ana Karargahı'nın Komutanı) tarafından imzalanan ateşkes anlaşmasını müzakere ettiler. Anlaşma yerleşim bölgesinin BMMG birliklerinin kontrolü altında silahsızlandırılmasını gerektiriyordu.<sup>(19)</sup> Bununla birlikte anlaşmaya konu bölgenin kesin sınırları hakkında anlaşmazlık mevcuttu. General Halilovic, Mahkeme Heyeti'nin önünde, anlaşmanın sadece Serebrenitsa'nın kentsel alanını kapsadığını ifade etmiştir.<sup>(20)</sup> Bu düşüncenin BMMG tarafından da paylaşıldığı gözlemlenmektedir. Diğer yandan, Bosnalı Sırp Otoriteler, anlaşmanın Serebrenitsa'nın kentsel alanı ile sınırlı olduğu düşüncesinde değildirlir.<sup>(21)</sup>

---

<sup>16</sup> A.g.e., para. 54.

<sup>17</sup> BM Doc. S/RES/819 (1993).

<sup>18</sup> BM Doc. S/RES/824 (1993).

<sup>19</sup> Genel Sekreter'in Raporu, para. 59-65. 18 Nisan 1993 tarihinde ön bir anlaşma imzalanmıştı, bunu 8 Mayıs 1993 tarihinde imzalanan daha kapsamlı bir anlaşma izledi. Ayrıca bakınız Halilovic, D. 9445,9448.

<sup>20</sup> Halilovic, D. 9465.

<sup>21</sup> Genel Sekreter'in Raporu, para. 60.

20. 18 Nisan 1993 tarihinde BMMG'nin ilk grubu Serebrenitsa'ya varmıştır. Bundan sonraki hemen hemen her altı ayda bir yeni birlikler dönüşümlü olarak görevlendirilmiştir. 600 kişiden fazla olmayan barış gücü hafif şekilde silahlanmış olup talep edilenden oldukça az sayıdaydı.<sup>(22)</sup> Serebrenitsa küçük bir komuta merkezi ("Bravo Company compound") ve kasabanın beş kilometre kadar kuzeyinde bulunan Potocari'de daha büyük bir karargah kurdular. Bunun yanında, barış gücü yerleşim bölgesinin çevresini işaretleyen onüç gözetleme noktasına ("Gnt") adam yerleştirdi. Çoğu zaman, Bosnalı Sırp ve Bosnalı Müslüman askerler de bu ileri karakollarda gölge pozisyonlarını devam ettirdiler. 1995 yılının Ocak ayında, yeni bir BMMG birliği (Hollanda'dan gelen bir birlik, halk arasındaki tabiriyle "Duch Bat") yerleşim yerinde görevlendirildi.

21. Yerleşim bölgesini kuşatmış olan Bosnalı Sırp Birlikleri'nin genel olarak disiplinli ve iyi silahlanmış oldukları gözlemlenmekteydi.<sup>(23)</sup> BSO coğrafi temel üzerine organize olmuştu ve Serebrenitsa Drina Birlikleri'nin etkinlik alanı içerisindeydi. Üç Drina Birliğinden oluşan 1,000 ile 2,000 arasında bir sayıda asker yerleşim yerinin etrafında toplandı.<sup>(24)</sup> Bosnalı Sırp Birlikleri tanklar, zırhlı araçlar, toplar ve havan topları ile donatılmıştı. BHO'nun yerleşim bölgesinde kalan son birliği -28'inci bölük- iyi bir örgütlenme ve teçhizata sahip değildi. Sıhhatli bir komuta yapısı ve haberleşme sistemi yoktu,<sup>(25)</sup> kimi BHO askerlerinin elinde eskimiş av tüfekleri vardı, kiminin üzerindeki üniformasından başka hiçbir silahı yoktu ve çok az sayıda askerin usulüne uygun bir üniforması mevcuttu.<sup>(26)</sup> Bununla birlikte Mahkeme Heyeti 28'inci bölüğün bazı bölgelerde tasvir edildiği kadar zayıf olmadığına dair delil dinlemiştir.<sup>(27)</sup> Kesin olarak 28'inci Bölük'teki askerlerin sayısı Drina Birlikleri'nde<sup>(28)</sup>

---

<sup>22</sup> Bakınız Genel Sekreter'in Raporu, para. 226.

<sup>23</sup> Bakınız Genel Sekreter'in Raporu, para. 230.

<sup>24</sup> Bakınız Genel Sekreter'in Raporu, para. 230.

<sup>25</sup> Örnek olarak bakınız, Genel Sekreter'in Raporu, para. 230; Albay Joseph Kingori (bundan sonra "Kingori"), D. 1813-1914; Binbaşı Robert Franken (bundan sonra "Franken"), D. 2008-2009; Yüzbaşı Vincentius Egbers (bundan sonra "Egbers", D. 2207; Tanık C, D. 1150-1151; ve General Enver Had ihsanovi (bundan sonra "Had ihsanovi"), D. 9509.

<sup>26</sup> Örnek olarak bakınız, Kingori, D. 1813-1814; Franken, D. 2007; Egbers, D. 2206-22094; ve Tanık C, D. 1150-1151. Ayrıca bakınız Had ihsanovi, D. 9513-9516 ve Mahkeme Tanık Delili (bundan sonra "C") 2, ve C 3.

<sup>27</sup> General Radislav Krstic (bundan sonra "Krstic") D. 6054.

<sup>28</sup> Mahkeme Heyeti 28'inci Bölük'te bulunan asker sayısına ilişkin çeşitli tahminler almıştır. Savunma tarafından çağrılan askeri uzman, General Radinovic, çeşitli tahminler yapmıştır: Radinovic, D. 7913 (10,000 adam (8,000 silahlı adamı kapsayacak şekilde); Savunma Delili

bulunan asker sayısından azdı ve BSO güçlerine karşı düzenli olarak keşif ve sabotaj faaliyetleri gerçekleştiriliyordu.<sup>(29)</sup>

22. Başlangıçtan itibaren çatışmanın her iki tarafı “güvenli bölge” anlaşmasını ihlal etmiştir. Mahkeme yerleşim bölgesine uluslararası yardım konvoylarının ulaşmasını sınırlamaya yönelik kasıtlı bir Bosnalı Sırp stratejisi bulunduğu dair delil dinlemiştir.<sup>(30)</sup> Albay Thomas Karremans (Duch Bat Komutanı) Bosna Sırp güçleri tarafından, personelinin yerleşim bölgesine geri dönmeleri ile teçhizat ve cephanelerinin de içeriye sokulmasının engellendiğini ifade etmiştir.<sup>(31)</sup> Yiyecek, ilaç ve yakıt gibi hayati önem taşıyan malzemeler artarak kıt hale gelmiştir. Srebrenitsa’daki bazı Bosnalı Müslümanlar, Bosnalı Sırp askerlerin saldırdığından şikayet etmiştir.<sup>(32)</sup>

23. BHO bakımından ise, General Halilovic, “güvenli bölge” anlaşmasını imzaladıktan hemen sonra, Srebrenitsa’daki BHO üyelerine silahlı personelin geri çekilmesi ve askeri teçhizatın yeni kurulan silahsızlandırılmış bölgenin dışına çıkarılması emrini verdiğini ifade etmiştir.<sup>(33)</sup> Bunun yanında işe yarar silah ve mühimmatının BMMG’ye teslim edilmemesi emrini de vermiştir. Bu emri vermesinin sebebinin uluslararası toplumla geçmişte yaşanmış olan kötü tecrübeler olduğunu söylemiştir.<sup>(34)</sup> Bu doğrultuda, sadece eski ve işlevsiz silahlar teslim edilmiş ve çalışır durumda olanlar muhafaza edilmiştir.<sup>(35)</sup> General

---

(bundan sonra “D”) 160, (bundan sonra (“Radinovic Report”), para. 2.9, (28’inci bölümün 10,000 ila 12,000 kişiden oluştuğunu ifade etmektedir), ve Radinovic, D. 8188-8189 (Mili Birliği’nden elde edilen istihbarat bilgisine atf yaparak 28’inci Bölük’te 5,000 ila 7,500 adamın bulunduğunu iddia etmektedir), 1995 yılının Haziran ayında, BHO Komutanı ve Kurmay Başkanı olan General Enver Had ihasonovi Srebrenitsa’da bulunan 28’inci bölük’te 5,803 adam bulunduğunu ifade etmiştir. Bakınız Had ihasonovi, D. 9513; ve C1.

<sup>29</sup> Örnek olarak bakınız Savunma Tanığı DF, D. 8507, ve D. 8507-8508; ve D 30, D 33, D 34, D 35, D 37, D 51, D 54, D 60, D 59, D 62, D 93, ve D 94. Ayrıca Bakınız Krstic, D. 7557 (BHO’nun Skakavac (“çekirge”) Operasyonu ile ilgili olarak, BSO’nun kontrolü altında olan Bosna’daki geniş bir alanda Srebrenitsa ve Zepa’yı “güvenli bölge”ler kapsayacak şekilde yapılan sabotaj faaliyetleri.)

<sup>30</sup> Örnek olarak bakınız, P 122, p. 63, (Albay Thomas Karremans’ın beyanı (bundan sonra “Karremans”) Yargılama 61. madde, 26 Nisan’dan sonra hiç konvoy gelmediğini belirtmektedir); Karremans, T. 3299-3306, 3322-3325; ve Yüzbaşı Johannes Rutten (bundan sonra Rutten), T. 2104-2107.

<sup>31</sup> Karremans, T. 3301-3302.

<sup>32</sup> Örnek olarak bakınız, Kíngori, T. 1811-1812.

<sup>33</sup> Halilovic, T. 9467.

<sup>34</sup> Halilovic, T. 9466 ve Genel Sekreter’in Raporu, para. 61.

<sup>35</sup> Halilovic, T. 9466 ve Genel Sekreter’in Raporu, para. 61.

Halilovic'in kanaatine göre, silahsızlanmaya ilişkin anlaşma BHO'ya her şeyi teslim etme yükümlülüğü getirmiyordu ve Bosnalı Müslümanlar silahlarını muhafaza etmeyi istediler.<sup>(36)</sup>

24. Mahkeme "güvenli bölge"nin silahsızlandırılmasına ilişkin anlaşmaya uyulmasına Bosnalı Müslümanlardan sürekli itiraz geldiğine dair güvenilir ve geniş ölçüde karşı konulmamış delil dinlemiştir.<sup>(37)</sup> Bosnalı Müslümanlara ait helikopterler uçuşa yasak bölgede uçuş yapmış, uçuşa yasak bölgeyi ihlal etmiş<sup>(38)</sup>; BHO Bosnalı Sırp hatlarına ateş açmış ve "güvenli bölge"ye hareket etmiştir<sup>(39)</sup>; 28'inci Bölük sürekli şekilde kendisini silahlandırmaktaydı<sup>(40)</sup> ve en azından yerleşim bölgesine gelen bazı insani yardımlara BHO tarafından el konulmuştur.<sup>(41)</sup> Bosnalı Sırlara göre, Srebrenitsa'daki Bosnalı Müslüman Güçler "güvenli bölge"yi BSO'ya karşı saldırı düzenledikleri uygun bir üs olarak kullanıyorlardı ve BMMG bu durumu engellemek için herhangi bir tedbir almıyordu.<sup>(42)</sup> General Halilovic Bosnalı Müslümanlara ait helikopterlerin uçuşa yasak bölgeyi ihlal edecek şekilde uçuş yaptıklarını ve 28'inci bölüğe şahsen mühimmat yüklü sekiz helikopteri şahsen sevk ettiğini kabul etmiştir. Bu durumu Bosnalı Müslümanların ilk başta çok yetersiz bir şekilde silahlanmış olduğu düşüncesi ile ahlaki olarak "güvenli bölge" anlaşmasının ihlali olarak görmemiştir.<sup>(43)</sup>

25. Çatışmanın taraflarının her ikisi tarafından gerçekleştirilen "güvenli bölge" anlaşmasının ihlali vasfındaki eylemlere rağmen, yerleşim bölgesinin kuruluşunu müteakip iki yıllık bir zaman sürecinde mevcut koşulların Srebrenitsa'nın sakinleri bakımından ideal olanın çok uzağında olmasına rağmen göreceli bir istikrar süreci yaşanmıştır.

---

<sup>36</sup> Halilovic, T. 9466-9467.

<sup>37</sup> Genel olarak bakınız, Krtic, T. 6033 and Radinovi, T. 7836 ff.

<sup>38</sup> Radinovic, T. 7840-7842. Ayrıca bakınız, D 123, D 124, D125, ve D 126 (helikopter uçuşları ve BHO tarafından "güvenli bölge"lere yapılan inişler ile ilgili. Bay Butler, "güvenli bölge"nin kuruluşundan sonra Bosnalı Müslüman askeri birliklerin bölge dışında operasyon yaptıklarını kabul etmiştir. Butler, T. 5374. Ayrıca bakınız Had ihasonovic, T. 6088-6089.

<sup>39</sup> Savunma Tanığı DA, T. 6874-6875, 6877; ve Krstic, T. 6088-6089.

<sup>40</sup> Krstic, T. 5984. Ayrıca bakınız: D 27, D 47, D 49, D 48, D 74, ve D 52("güvenli bölgeler" içerisinde silahların ve teçhizatın BHO tarafından elde edilmesine ilişkin"); D 70 (Zepa'dan gelen 28'inci bölük askerlerinin varışına ilişkin); D 44, ve D 45 ("güvenli bölgeler"e silahların getirilişinde helikopterlerin kullanıldığına dair"); ve Krstic, T. 6008-6013 ve D 39, (BHO'nun BMMG silahsızlandırması ve silahlarını almaya yönelik planına ilişkin).

<sup>41</sup> Krstic, T. 5993-5994. Ayrıca bakınız D 55, D 33.

<sup>42</sup> Radinovic, T. 7840-7842.

<sup>43</sup> Halilovic, T. 9467-9468.



#### **4. 1995 Başları: Serebrenitsa'daki Durum “Güvenli Bölge” Kötüye Gidiyor**

26. 1995 yılının başlarında, gittikçe daha az yardım konvoyu yerleşim bölgesine yardım götürmeyi başarabiliyordu.<sup>(44)</sup> 1995 yılının Ocak ayında yerleşim bölgesine ulaşan Hollanda taburu askerleri bölgeye varışlarından sonraki aylarda durumun hızlı bir şekilde kötüye gittiğini gözlemlədiler. Sivil halkın zaten kıt olan kaynakları iyice azaldı ve hatta BM güçleri tehlikeli bir biçimde yiyecek, ilaç, yakıt ve mühimmat sıkıntısı çekmeye başladılar. En sonunda, barış gücü mensuplarının yakıt sıkıntısı o dereceye ulaştı ki yerleşim bölgesindeki devriye faaliyetlerini yürüterek yapmak zorunda kaldılar. Bölgeden ayrılan ve izinde olan Hollanda Taburu askerlerinin geri dönmesine izin verilmedi ve sayıları 600'den 400'e düşürüldü.

27. BSO'dan gelen ve kaygı verici başka işaretler vardı. Mart ve Nisan aylarında, Hollanda Taburu askerleri, Bosna Sırp güçlerinin iki gözetleme noktası yakınında toplandıklarını fark etti, GN Romeo ve GN Quebec. Yeni Bosna Sırp askerlerinin daha iyi teçhizatlanmış ve daha disiplinli oldukları gözlemlenmekteydi.<sup>(45)</sup> Bosnalı Müslüman Komutanlardan birisi bir Hollanda Taburu askerine Bosnalı Sırp'ların bu iki GN'yi ele geçirme planları olduğunu söylemişti.<sup>(46)</sup>

#### **5. Bahar 1995: Bosnalı Sırp'lar “Güvenli Bölge” Serebrenitsa'ya Saldırmayı Planlıyor**

28. 1995 yılının Mart ayında, Sırp Cumhuriyeti'nin (“SC”) Cumhurbaşkanı olan Radovan Karadzic, uluslararası toplumdan gelen savaşın bitirilmesine dair baskılara ve bir barış anlaşması<sup>(47)</sup> yapılmasına dair çabalara reaksiyon gösteriyordu ve BSO'na yönelik, yerleşim bölgesindeki BSO güçlerinin uzun dönem stratejisini ilgilendiren bir genelge yayımladı. “ 7 nolu Genelge” olarak bilinen genelge, BSO'ya yönelik şu hususları kapsıyordu:

Yerleşim bölgesinde bulunan insanların haberleşmelerinin dahi engellenmesine varacak şekilde Serebrenitsa'nın Zepa'dan en kısa zamanda fiziksel olarak ayrıştırılmasının tamamlanması. İyi düşünülmüş

---

<sup>44</sup> P 122, pp. 62-66, 67 (Albay Karremans'ın ifadesi).

<sup>45</sup> Yüzbaşı Leendert van Duijn (bundan sonra “van Duijn”), T. 1772-1773.

<sup>46</sup> Van Duijn, T. 1774.

<sup>47</sup> P 425.

ve planlanmış muharebe hareketleri ile, Serebrenitsa'nın sakinleri bakımından hayatlarını kurtarabilmeleri bakımından hiçbir umut bırakmayacak ve katlanılması mümkün olmayan, bütünüyle güvensiz bir ortam yaratılması.<sup>(48)</sup>

Yardım konvoylarının engellenmesi planın bir parçasını oluşturuyordu:

BMMG ve insani yardım kuruluşlarından sorumlu devlet birimleri ve askeri birimler dikkat çekmeyen ve planlı bir şekilde oluşturulacak kısıtlayıcı prosedürler ile BMMG'nin yerleşim yerine ve müslümanlara sağladığı lojistik desteği kısıtlayacaklardır. Bu sayede bizim iyi niyetimize bağımlı hale getirileceklerdir. Aynı zamanda uluslararası toplumun kınamasından ve uluslararası kamu oyunun aleyhe oluşmasından kaçınılacaktır.<sup>(49)</sup>

1995 yılının ortalarında, anılan genelgede tasavvur edildiği üzere yerleşim bölgesinde bulunan Bosnalı Müslüman sivil ve askeri personelin durumları vahamet arzetymekteydi. 1995 yılının haziran ayının başlarında, 28. Bölük tarafından, Yerleşim Bölgesi'nde bulunan BHO güçlerinin insani yardım koridorunun açılması yönündeki acil taleplerine ve bunun yerine getirilmemesi halinde sivilin açlıktan öleceklerine dair trajediyi ifade eden bir kısım raporlar yayınlandı.<sup>(50)</sup>

29. 31 Mart 1995'te, BSO Kurmay Başkanlığı, General Mladic tarafında imzalanan 7.1 nolu genelgeyi yayınladı. 7.1 nolu genelge "7 nolu genelgeyi temel alarak" yayımlanmıştı ve Drina Birlikleri'ni, diğerlerinin yanında (inter alia), "yerleşim bölgelerinin etrafında aktif askeri operasyonlar" yapmaya yönlendirmişti.<sup>(51)</sup>

30. 31 Mayıs 1995 tarihinde, Bosna Sırp Güçleri, yerleşim bölgesinin Güneydoğu köşesinde yer alan GN Echo'yu ele geçirdiler. Bu saldırıya karşılık, 26 Haziran 1995 tarihinin sabah erken saatlerinde, bir Boşnak

---

<sup>48</sup> P 425, p. 10.

<sup>49</sup> A.g.e., s. 14.

<sup>50</sup> P 898, (İnsani yardım koridorunun yeniden açılması yönünde ısrarlı çaba gösterilmesini talep eden); P 899 (6 Haziran 1995 tarihli rapora göre, "Durum olağanüstü bir şekilde kötüye gitmeye devam etmektedir. Bugün geleceği bildirilen yiyecek konvoyu gelmemiştir. Serebrenitsa'nın silahsızlandırılmasından sonra açlıktan ölen ilk kişi bugün kayıtlara geçirildi."); P 900, (7 Haziran 1995 tarihli rapora göre, (Mevcut insani durum endişe verici. Bugün açlıktan ölen daha fazla sivil kayıtlara geçirildi..."); P 901 (8 Haziran 1995 tarihli rapora göre: "Mevcut durum hakikaten dramatik ve umutsuz. Sivil halk açlıktan ölmekte...bizler de bu bölgeyi yiyecek bulunmaması nedeni ile terk etmek zorunda kalacağız."; P 902 (9 Haziran 1995 tarihli rapora göre: "Mevcut insani durum felaket derecesinde...").

<sup>51</sup> P 426.

baskın müfrezesi yakındaki Sırp köyü Visnjica'ya saldırdı. Nispeten düşük yoğunluktaki bir saldırı olmasına rağmen bazı evler yakıldı ve birçok kişi öldürüldü.<sup>(52)</sup> Bunu müteakip, o zamanki Drina Birlikleri Komutanı General Major Milenko İvanovi 2 Haziran 1995 tarihinde yerleşim bölgesine yönelik saldırının planlarını sergileyen ve Drina Birlikleri'nin çeşitli birimlerine çarpışma için hazır olmaları emrini veren iki emir imzaladı. Operasyonun kod ismi "Krivaja 95" idi.<sup>(53)</sup>

### 6. 6-11 Haziran 1995: Serebretsa'nın Ele Geçirilişi

31. Serebrenitsa'ya yönelik BSO saldırısı, tüm olanaklarının seferber edilmesi suretiyle 6 Haziran 1995 tarihinde başladı.<sup>(54)</sup> Devam eden günlerde, yerleşim bölgesinin güney tarafındaki beş BMMG gözetleme noktası Bosnalı Sırp güçlerinin ilerleyişi karşısında birer birer düştü. Bir kısım Hollanda Taburu askerleri kışlalarının saldırıya uğramasından sonra yerleşim bölgesine geri çekildiler, buna karşılık diğer gözetleme noktalarının personeli Bosna Sırp Güçlerinin nezaretine teslim edildi.<sup>(55)</sup> Eşzamanlı olarak, savunmadaki BHO güçleri ağır ateş altında idiler ve kasabaya doğru geri püskürtüldüler.
32. Güney taraftaki hat düşüşe geçtiğinde, yakındaki İsveç himayesindeki yerleşim bölgesinde yaşayan 4,000 civarındaki Bosnalı Müslüman mukim, Serebrenitsa kasabasına kaçtı. Hollanda Taburu askerleri ilerleyen Bosnalı Sırp'ların yerleşim bölgesinin güney kısmındaki evleri "temizlediklerini" ifade ettiler.<sup>(56)</sup>
33. 9 Haziran 1995 akşamında, BSO Drina Birlikleri, yerleşim bölgesinin dört kilometre içerisine kadar zorladılar ve Serebrenitsa Kasabasına sadece bir kilometre dışında durdular. 9 Haziran 1995 gününün sonlarında, bu askeri başarının verdiği cesaretle ve şaşırtıcı bir şekilde Bosnalı Müslümanlar ve Uluslararası Toplumdan önemli bir direniş gelmemesi nedeni ile, Başkan Karadzic BSO Drina Birliklerine Serebrenitsa Kasabasını ele geçirme yetkisi veren yeni bir emir yayımladı.<sup>(57)</sup>

---

<sup>52</sup> Genel Sekreter'in Raporu, para. 225.

<sup>53</sup> P 428.

<sup>54</sup> P 428, and Radinovic, T. 7916.

<sup>55</sup> Tanık B, T. 844-847.

<sup>56</sup> Tanık B, T. 854.

<sup>57</sup> P 432.

34. 10 Haziran 1995 gününün sabahında, Serebrenitsa'daki durum gergindi. Sakinlerden bir kısmı silahlı şekilde sokaklarda toplandılar. Albay Karremans NATO'ya kasabanın savunması için acil hava desteği talep etti, fakat aradan 1430 saat geçip NATO tarafından ilerlemekte olan BSO tankları bombalanana kadar hiçbir yardım gelmedi. NATO uçakları, BSO'nun kasabayı hakim noktalardan gören topçularını da vurmaya çalıştı ancak, yetersiz görüş mesafesi nedeni ile operasyonu iptal etmek zorunda kaldı. NATO'nun hava saldırılarına devam etme planı, BSO'nun gözaltında tuttuğu Hollanda'lı askerleri öldürme tehdidinden sonra terk edildi.<sup>(58)</sup>
35. Mahkeme heyeti, Serebrenitsa'da bulunan Bosnalı askeri ve siyasi otoritelerin BHO ve Bosna Cumhurbaşkanı Aliya İzzetbegović'ten yardım talep etmelerine rağmen taleplerinin cevapsız kaldığını müşahade etmiştir. General Halilović'in görüşüne göre, BHO bir bütün olarak Serebrenitsa'nın ele geçirilişine engel olabilecek kabiliyetteydi, ancak bölgede bulunan BHO güçleri dışarıdan destek almadan Serebrenitsa'yı savunamazlardı.<sup>(59)</sup> Bununla birlikte, Saraybosna bölgesindeki askeri operasyonlara bu kritik zamanda daha yüksek bir öncelik verildi.<sup>(60)</sup> Savunma, Bosnalı Müslüman ve Bosnalı Sırp liderler arasında Serebrenitsa'nın Saraybosna için feda edildiğine ilişkin yapılmış olduğu iddia edilen bir "anlaşma"ya ilişkin delil sunmuştur.<sup>(61)</sup> İnkâr edilemez ki, yerleşim bölgesi, beklendiği şekilde savunulmadı. Bununla birlikte, bahsi geçen "anlaşma"nın varlığına şiddetle itiraz edildi ve mevcut dava ile doğrudan bir alakası bulunmamaktadır. Muhalif taraflar arasındaki mülki mübadeleye ilişkin mevcudiyeti muhtemel herhangi bir anlaşmanın yapılmış olması, Serebrenitsa'nın ele geçirilişini müteakip meydana gelen vahşeti haklı kılamayacağı gibi, General Krstić'in meydana gelen olaylar bakımından sahip olduğu sorumluluğa da etki etmez.

---

<sup>58</sup> P 77/18 (BMAG Bosnalı Sırplar tarafından yapılan tehdidi içeren rapor, NATO'nun harekate devam etmesi halinde yerleşim bölgesinin içerisinde bulunan her şeyin bombalanacağına dair); P 403, R. Butler, Serebrenitsa Askeri Operasyonu "Krivaja 95", 15 Mayıs 2000, (Bundan sonra "Butler raporu", para. 317.

<sup>59</sup> Halilović, T. 9495.

<sup>60</sup> Halilović, T. 9453, 9492.

<sup>61</sup> Mahkeme heyeti, Serebrenitsa'nın ele geçirilişi esnasında mevcut şartlara ilişkin Hollanda televizyonu tarafından yapılmış ve sözkonusu anlaşmanın varlığına ilişkin bir film izlemiştir.

36. 11 Haziran 1995 yılının ikinci vaktinin sonlarına doğru, General Mladic, yanında General İvanovic (o zamanki Drina Birlikleri komutanı), General Krstic (Dönemin Drina Birlikleri Genel Kurmay Başkanı Yardımcısı) ve diğer BSO görevlileri ile birlikte, Srebrenitsa kasabasının boş sokaklarında muzaffer bir eda ile yürüyüş yaptılar. Bu an Sırp gazeteci, Zoran Petrovic tarafından filme alındı.<sup>(62)</sup>

## 7. Srebrenitsa'nın Bosna'lı Müslüman Sivilleri

### (a) Potokari'deki Kalabalık

37. Srebrenitsa'nın Bosnalı Sırp güçlerin kontrolü altına girdiği gerçeği ile karşılaşan binlerce Bosnalı Müslüman mukim Srebrenitsa'dan Potokari'de bulunan BM karargahına korunmak maksadı ile kaçtılar. 11 Haziran 1995 akşamında, aşağı yukarı 20,000 ila 25,000 arasındaki Müslüman Bosnalı sığınmacı Potokari'de toplandı. Binlercesi BM karargahının içerisine sıkıştılar, kalanlar ise yakındaki fabrika ve tarlalara yayıldılar. Çoğunluğun kadınlar, çocuklar, yaşlılar ve engellilerden oluşmasına rağmen<sup>(63)</sup>, tanıklar BM karargahı içerisinde en az 300 dışarıda ise 600 ila 900 arasında erkek bulunduğunu tahmininde bulundular.<sup>(64)</sup>

### (i) Potokari'deki İnsancıl Kriz: 11-13 Haziran 1995

38. Potokari'deki mevcut şartlar içler acısı denebilecek vaziyetteydi. Çok az yiyecek ve su vardı ve Haziran sıcağı bunaltıcıydı.<sup>(65)</sup> Hollanda Taburu görevlilerinden biri manzarayı şu şekilde tasvir etmişti:

Panik halindeydiler, korkuyorlardı, ve birbirlerini askerlere doğru itiyorlardı, benim askerlerimin, BM askerleri onları sakinleştirmeye çalıştı. Yere düşen insanlar ezildiler. Bu bir kaos haliydi.<sup>(66)</sup>

---

<sup>62</sup> P 145.

<sup>63</sup> Van Duijn, T. 1741; P 127, pp. 34-35; Witness G, T. 1643.

<sup>64</sup> Franken, T. 2048, 2085.

<sup>65</sup> Bakınız örnek olarak, Yüzbaşı Eelco Koster (bundan sonra "Koster"), P 127/A, p. 35-36; Vaasen, T. 1397; Kingori, T. 1833; Karremans, T. 1748.

<sup>66</sup> Van Duijn, T. 1748.

39. Potokari’de yakında bulunan zink fabrikasına gece için sığınan Serebrenitsa sakinlerinden birinin beyanı:

Onların kullandığı bir konteynır kapağı buldum. O fabrikada, biz bunu kullandık, onu kapladık, ve o bizim yatağımızdı. Bebeğin kendi bebek arabası vardı, ve biz eşyalarımızı ya bebek arabasının üzerine koyduk ya da basitçe zemine yaydık. Orada oturduğumuzda, keskin nişancılar arada bir ateş ediyorlardı, ve bütün bu kalabalık bunun üzerine bir taraftan diğer tarafa çığılıklar atarak yer değiştiriyordu. Yukarı tarafımızda Sırp askerlerin evlere ateş ettikleri Pecista Köyü bulunuyordu. Bombardımanın sesiyle, biz tekrar bir taraftan diğer tarafa kaçıyorduk, işte bu şekilde geceyi geçirdik. İnsanların tamamı korku içindeydi, ve açtı, insanlar dehşet içindelerdi. Bir sonraki aşamada ne olacağını bilmiyorlardı, insanlar bu yüzden korkuyorlardı.<sup>(67)</sup>

40. 12 Haziran 1995 tarihinde Potokari’deki durum durmadan kötüye gidiyordu. General Mladic kendisini çocuklara şeker dağıtırken filme alan televizyon çalışanları ile göründü. Bu televizyonluk iyi niyet gösterisi dışında<sup>(68)</sup> General Mladic ve adamlarının su ve yiyecek ve içecek sıkıntısı içerisinde bulunan sığınmacıların acılarını kısmende olsa gidermek için hiçbir adım atmadılar.

**(ii) 12-13 Haziran: Potokari’de İşlenen Suçlar**

41. 12 Haziran 1995 günü, gün yavaş yavaş ilerlerken, zaten çok kötü olan fiziki şartlar mukimlerin panik halini şiddetlendiren korkutma kampanyası birleşti, ve onları ayrılmak yönünde telaşlandırdı. Karargah içerisinde bulunan sığınmacılar Sırp askerlerinin evleri ve ot yığınlarını ateşe verdiklerini görebiliyorlardı:<sup>(69)</sup>

Yakındaki evlerin yandığını görebiliyorduk. Evleri halkı korkutmak ve geri dönmelerini engellemek amacıyla ve seçerek ateşe veriyorlardı. Bu çok açık bir mesajdı, bu Boşnaklar için Serebrenitsa’da artık bir hayat bulunmadığına dair açık bir işaretti.<sup>(70)</sup>

---

<sup>67</sup> Ms. Camila Omanovic, (bundan sonra “Omanoviç”), T. 1090-911093.

<sup>68</sup> Tanıklar, kameralar kapatılır kapatılmaz şekerlerin çocuklardan geri alındığını ifade etmişlerdir.

<sup>69</sup> Rutten, T. 2115; Mandzic, T. 994; Omanovic, T. 1091-93; van Duijn, T. 1779-1780; Tanik G, T. 1638-1642; Ms. Hava Hajdarevic (“Hajdarevic”), T. 2581.

<sup>70</sup> Mr. Nesib Mandziç, (bundan sonra “Mandziç”), T. 994.

42. 12 Haziran 1995 tarihinde, öğleden sonra Sırp askerleri kalabalığın arasına karıştılar. Bir tanık askerlerin Bosnalı Müslümanlara küfür ettiğini ve gitmelerini, aksi takdirde katledileceklerini, bölgenin Sırp memleketi olduğunu söylediğini ifade etmiştir.<sup>(71)</sup> Diğer bir tanık bir asker tarafından yüzünün kesildiğini beyan etmiştir.<sup>(72)</sup>
43. Cinayetler işlendi.<sup>(73)</sup> 12 Haziran 1995 günü sabahının sonlarına doğru, tanıklardan bir tanesi 20 ila 30 cesedin Potokari'deki Nakliye Binası'sının arka tarafına çekici benzeri bir makinenin yan tarafı boyunca yığılmış olduğunu gördü.<sup>(74)</sup> Bir başka tanık, 12 Haziran tarihinden itibaren 1200 saatlik zaman dilimi içerisinde bir askerın uzaklaştırılmış kalabalığın içerisinde bir çocuğu bıçakla öldürdüğünü ifade etmiştir. Ayrıca Sırp askerlerinin Çinko Fabrikası'nın arka tarafında bulunan alanda yüzden fazla Bosnalı Müslüman'ı öldürdüklerini, daha sonra cesetlerini bir kamyonu yüklediklerini söylemiştir. Ancak cinayetlerin sayısı ve niteliğine ilişkin bu tanığın beyanları Mahkeme Kayıtlarında bulunan diğer delillerin belirttiği üzere Potokari'deki cinayetlerin dağınık ve düzensiz olduğu hususu ile çelişmektedir.<sup>(75)</sup>
44. Akşamın gelmesi ile dehşet derinleşti. Çığlıklar, silah sesleri ve diğer korkutucu sesler gece boyunca duyuldu ve hiç kimse uyuyamadı.<sup>(76)</sup> Askerler halkın arasından topladıkları kişileri alıp götürüyorlardı: bazıları geri döndü, bazıları dönmedi.<sup>(77)</sup> Tanık T, bir tanesi sadece çocuk ve diğerleri delikanlı olan üç kardeşin geceleyin götürülüşünü nakletmiştir. Çocukların anneleri onları aradı ve boğazları kesilmiş halde buldu.<sup>(78)</sup>
45. O akşam, Hollanda Taburu'nda görevli bir hastane görevlisi iki Sırp askerinin genç bir kadına tecavüz ettiğini gördü:

İki Sırp askerinden biri nöbet tutuyor, diğeri ise tecavüz ediyordu. Kızı yerde bir çeşit örtünün üzerinde yatarken gördük. Örtünün üzerinde kanlar vardı, kızın kendisi de kana bulanmıştı. Bacaklarının üzerinde yaralanmalar vardı ve kanıyordu. Tamamen şoktaydı. Külliye çıldırılmıştı.<sup>(79)</sup>

---

<sup>71</sup> Mr. Bego Ademoviç, (bundan sonra "Ademoviç") T. 1589.

<sup>72</sup> Tanık H, T. 1683-87.

<sup>73</sup> Franken. T. 2052; Tanık B, T. 908; Tanık G, T. 1642-1648; Tanık H, T. 1688-92; Ademoviç, T. 1590-97.

<sup>74</sup> Tanık H, T. 1688-89.

<sup>75</sup> Ademoviç, T. 1590-1591, 1593-96.

<sup>76</sup> *Bakınız örnek olarak*, Mandziç, T. 995; Omanoviç, T. 1109-1110; Ms. Mirsada Malagi} (bundan sonra "Malagiç") T. 1957-1958; Tanık H, T. 1692-95, Hajdareviç, T. 2585-2586.

<sup>77</sup> Mandziç, T. 994; Ademoviç, T. 1598-99; Malagiç T. 1954-1955; Tanık H, T. 1692-1695.

<sup>78</sup> Tanık T, T. 3432-3434.

<sup>79</sup> Er David Vaasen (daha sonra birinci sınıf er) (bundan sonra "Vaasen"), T. 1429-30.

46. Etraftaki Bosnalı Müslüman sığınmacılar tecavüz olayını görebiliyorlardı, ancak yakında bekleyen askerler nedeniyle hiçbir şey yapamıyorlardı.<sup>(80)</sup> Diğer kişiler kızın çığlıklarını duydular, ya da kızın yerde sürüklenerek götürülüşünü gördüler.<sup>(81)</sup> Bazı insanlar o kadar dehşete düşmüştü ki, kendilerini asmak suretiyle intihar ettiler.<sup>(82)</sup> Gece boyunca ve sabahın erken saatlerinde, tecavüzler ve cinayetlerle ilgili hikayeler kalabalık arasında yayıldı ve kamptaki korku ve dehşet tırmanışa geçti.<sup>(83)</sup>
47. 13 Temmuz 1995 sabahında, su arayışı içerisinde olan sığınmacılar, yakındaki bir derenin yanında ceset yığınları ile karşılaştılar. Bu derece belirgin ve göze çarpan bir yerde ölü bedenler bulmak onların en kısa zamanda kaçmak yönündeki kararlarını güçlendirdi.<sup>(84)</sup>

### **(iii) 12-13 Temmuz 1995: Bosnalı Müslüman Kadın, Çocuk ve Yaşlıların Potokari'den nakledilmeleri**

48. 12 ve 13 Temmuz 1995 tarihinde, kadın, çocuk ve yaşlılar BSO güçleri kontrolü altında otobüslerle Potocari'nin dışına, Klandaj yakınında bulunan ve Bosnalı Müslümanların kontrolü altında bir bölgeye nakledildiler. 12 Temmuz 1995 öğleden sonrasının erken vakitlerinde ilk otobüsler Potokari'ye girdiğinde Serebrenitsa sığınmacıları otobüslere binmek için akın ettiler.<sup>(85)</sup> Mukimlerin çoğu nereye götürüleceklerini dahi bilmiyorlardı. Kurtulanlardan biri kendi tecrübesini Dava Dairesi önünde beyan etmiştir:

*Hiç kimse bize sormadı...Sadece otobüsleri getirdiler. Ve biliyorlardı, çünkü Serebretnitsa'ya kaos ortamı hakimdi, bu yüzden o beş otobüsü ya da başka birkaç aracı getirdiklerinde insanların basitçe yola koyulacaklarını biliyorlardı. Çünkü ondan önce, çok korkunç geceler geçirmişlerdi...Biz basitçe gitmek istedik, basitçe gitmek, sadece orada kalmamak. Ve bundan başka diğer bir ihtimalimiz mevcut değildi. Meselede söz sahibi değildik<sup>(86)</sup>.*

---

<sup>80</sup> Vaasen, T. 1431.

<sup>81</sup> Omanovic, T. 1132; Ademovic, T. 1588.

<sup>82</sup> Malagic T. 1959-1960; Omanovc, T. 1113, 1117-1119; Tanik B, T.914-915.

<sup>83</sup> Omanovic, T. 1113; Mandzic, T. 997.

<sup>84</sup> Omanovic, T. 1114; Tanik E, T. 1349; Rutten, T. 2139-2140; ayrıca bakınız Franken, T. 2052; Koster, P 127, p. 44.

<sup>85</sup> Tanik B, T. 894-98.

<sup>86</sup> Omanovic, T. 1129-30; ayrıca bakınız, örnek olarak, Ademovic, T. 1603 (sürgün edilenlere, kalmak ya da gidilecek yer hususunda herhangi bir seçme şansı verilmemişti.)



Bazı askerler sığınmacılar otobüslere bindiklerinde onlara vuruyor ve onları taciz ediyorlardı.<sup>(87)</sup>

49. Tanıklar otobüslerin aşırı kalabalık ve dayanılmaz derecede sıcak olduğunu ifade etmişlerdir. Yol boyunca, bazı köylerdeki sakinler yolcularla üç parmaklı Sırp Selamı göstererek alay ettiler. Diğerleri hareket halindeki otobüslere taş attılar. Bununla birlikte kadın, çocuk ve yaşlıların çoğu güvenli bir şekilde Tisca'ya vardılar.<sup>(88)</sup> Araçlardan indikten sonra Bosna Sırp ve Bosna Müslüman sınırları arasındaki sahipsiz bölge boyunca kilometreler boyunca yürüyerek devam etmeye zorlandılar.<sup>(89)</sup>

50. Hollanda taburu askerleri Bosnalı Müslüman sivilleri Poto-ari'nin dışına taşıyan otobüslere refakat etmeye teşebbüs ettiler. 12 Temmuz 1995 tarihindeki sığınmacıların ilk konvoyuna eşlik etmeyi başardılar<sup>(90)</sup>, fakat bundan sonra yol boyunca durduruldular ve araçları silah zoruyla gasp edildi.<sup>(91)</sup> Binbaşı Robert Franken, Hollanda Taburu'nun yardımcı komutanı, ifadesi esnasında neden Sırpların BMMG araçlarına el koyduğu sorulduğunda şöyle cevap verdi:

*Çünkü etrafta hiç kimsenin bulunmasını istemiyorlardı; bu açıktı...neler olacağına şahitlik etmemizi istemiyorlardı.<sup>(92)</sup>*

51. Bosnalı Müslüman sivil halkın Poto-ari'den uzaklaştırılmaları 13 Temmuz 1995 akşamında, 2000 saatlik bir zaman dilimi içerisinde tamamlandı.<sup>(93)</sup> 14 Temmuz 1995 tarihinde BM askerleri Serebrenitsa kasabasını ziyaret ettiklerinde, kasabada canlı bir tek Bosnalı Müslüman bulunmadığını ifade ettiler.<sup>(94)</sup>

---

<sup>87</sup> Tanık G, T. 1643-1648; ayrıca bakınız Kingori, T. 1881-85 (Bu varış yerinin neresi olduğuna Bosnalı Sırp tarafından karar verilmiş zorunlu bir transferdi).

<sup>88</sup> Bir tanığın beyan etmiş olduğu teyit edilmemiş bilgiye göre, çoğunluğu genç olan 1,000 kadar kadın, Poto-ari'den ayrıldı ancak Klandaj'a varmadı. Bks. Malagic, T. 1991. Dava Kayıtlarına ait parçalar, yolculuk boyunca değişik noktalarda, kadınlar, özellikle genç ve çekici kadınlar, Bosnalı Sırp güçler tarafından otobüslerden çekilip çıkarıldılar, ve nihai kaderleri bilinmemektedir. Örnek olarak D, T. 1279-1280. Bununla birlikte, Savcılık bu meseleyi takip etmemiştir ve sanığın sorumlu tutulabileceği suç teşkil eden fiilleri dahiline almak için eylemde bulunmamıştır.

<sup>89</sup> Malagic, T. 1981-82.

<sup>90</sup> Witness C, T. 1187.

<sup>91</sup> Franken, T. 2031 (ifadesine göre Hollanda Taburu 15-16 civarında arazi aracını kaybetmiştir); Rutten, T. 2130, 2131, 2154; Witness G, T. 1650-59.

<sup>92</sup> Franken, T. 2031.

<sup>93</sup> P 459 (Albay Jankovic tarafından hazırlanan rapor, BSO Ana Karargah, 13 Temmuz 1995 tarihli).

<sup>94</sup> Vaasen, T. 1478.

52. Dava Dairesi, Serebrenitsa'nın ele geçirilişini müteakip, 1995 Temmuz ayı içerisinde, Bosnalı Sırp Güçlerin, bütün Bosnalı Müslüman kadın, çocuk ve yaşlıları yerleşim yerinden nakletmeye yönelik bir planı tertiplediğini ve uyguladığını tespit etmiştir.

#### **(iv) Bosnalı Müslüman Erkeklerin Poto-ari'de Ayrıştırılmaları**

53. 12 Temmuz sabahından itibaren, Bosnalı Sırp güçleri Poto-ari'de bulunan sığınmacı nüfusunun arasından erkekleri toplamaya ve onları münferit mekanlarda tutmaya başladılar.<sup>(95)</sup> Bir Hollanda Taburu tanığı, erkeklerin Çinko Fabrikası önünde bulunan bir mekana götürüldüklerini ve akabinde, aynı günün akşamında, bir kamyonla nakledildiklerini görmüştür.<sup>(96)</sup> Dahası, Bosnalı Müslüman sığınmacılar otobüslere binmeye başladıklarında, Bosnalı Sırp Askerler sistematik bir şekilde askerlik çağındaki erkekleri ayırmışlardı.<sup>(97)</sup> Bazen, nispeten genç ve yaşlı erkeklerin de durdurulduğu oluyordu. Bu erkekler Potokari'de "Beyaz Ev" olarak atıf yapılan bir binaya götürüldüler.<sup>(98)</sup>
54. Ayrıştırmanın yapılış şekli buna maruz kalan Bosnalı Müslüman aileler bakımından travmatikti. Örnek olarak Tanık I şu şekilde beyanda bulundu:

*Çocuklarımı yolda bir parça ferahlatabilmek için su taşımaktaydım, çünkü bazı insanlar kendilerinden geçiyorlardı. Bir Sırp askeri beni omzumdan kavradı ve "buraya" dedi. Ben "Çocuklarımı en azından otobüslere kadar uğurlayayım." dedim. "Yapamazsın." dedi. Böylece elimdeki teneke kutuyu bir torunuma verdim. Ve Sırp askeri beni omzumdan kavradı ve ben de orada bulunan binaya girmek zorunda kaldım.<sup>(99)</sup>*

---

<sup>95</sup> Tanık H, T. 1685, 1695, 1716-1717; Omanovic, T. 1130-1131.

<sup>96</sup> Van Duijn, T. 1761-1762.

<sup>97</sup> Vaasen, T. 1418-1419; Franken, T. 2038-2039; Tanık C, T. 1182; Tanık F, T. 1511; Tanık G, T. 1643-1644; Omanovic, T. 1105-1106; Tanık E, T. 1350; Malagic, T. 1966; ve Mandic, T. 992, 1005-1006. Tanık B, ayrıştırma sürecinin ilk birkaç otobüs dolmadan başlamamış olabileceğini hatırladığını ifade etmiştir. Tanık B, T. 898.

<sup>98</sup> Örnek olarak bakınız, Tanık B, T. 898; Kingori, T. 1844-1849, 1857.

<sup>99</sup> Tanık I, T. 2371.

55. Tanık DD çocuğunu, en son ailesi otobüse binmeye çalışırken gördüğünü ifade etmiştir:

*Sol kolda bulunan askerlerden biri dışarı atladı ve çocuğumla konuştu. Bize sağ tarafa doğru hareket etmemizi söyledi ve oğluma hitaben, “Genç adam, sen sol tarafa gitmelisin.”...Oğlumun elini kavradım...Ve onlara yalvardım, onlara yakardım. Onu neden götürüyorsunuz? O 1981 doğumlu. Fakat o emrini tekrar etti. Ve oğlumu sertçe çektim, fakat asker oğlumu yakaladı. Ve oğlumun elini tuttu, ve onu sol tarafa çekti. Oğlum döndü ve bana, “Anne, lütfen o çantayı benim için alır mısın? Lütfen onu benim için alır mısın? dedi... Bu onun sesini son duyuşumdu.”<sup>(100)</sup>*

56. Otobüsler, Bosnalı Müslümanların kontrolü altındaki bölgeye doğru kadın, çocuk ve yaşlıları taşıdığı esnada, yol boyunca durdurularak erkek bulunup bulunmadığı hususunda incelendiler. Örnek olarak Tanık D, otobüse Potocari’de gizlice binmeyi başarmıştı, fakat otobüs Tisca’da durdurulduğunda ailesinden ayrıştırıldı:

*Otobüsten kollarımda çocuğumla birlikte ben de indim. Eşimin sırtında sırt çantası vardı, ve anneme yardım ediyordu, çünkü annem yaşlı ve çok çelimsizdi. Çocuğum beş yaşındaydı. Otobüsten indikten sonra birkaç adım attık. Birçok Sırp askerini fark ettim. Sırp askerlerinden bir tanesi beni omzumdan çekti ve bana, “çocuğu annesine ver ve sen bizimle gel” dedi. Bunu yapmak zorunda kaldım. Böylelikle çocuğu eşime verdim. Bir kez daha geriye dönmeye çalıştım, çünkü çocuğumu son kez görebilme durumunda olduğumu biliyordum. Gerçek şu ki, bir şeyler söylemek üzereydim. Bir şeyler söylemek istedim, ama yapamadım. O anda bir Sırp askeri beni tüfeği ile itti ve bana “yürü” dedi.<sup>(101)</sup>*

57. 12 Temmuz 1995 akşamının erken saatlerinde, Binbaşı Franken varış noktası olan Kladanja’ya kadın ve çocukların yanında erkeklerin gelmediğine vakıf oldu.<sup>(102)</sup>

---

<sup>100</sup> Tanık DD, T. 5754-55.

<sup>101</sup> Tanık D, T. 1261.

<sup>102</sup> Franken, T. 2046-2047.

57. 13 Temmuz 1995 tarihinde, Hollanda Taburu birlikleri, Bosnalı Sırpların ayrıştırılan Bosnalı Müslüman erkeklerin öldürüldüğüne dair belirgin işaretlere tanıklık etti. Örnek olarak, Onbaşı Vaasen iki askerin bir adamı Beyaz Ev'in arkasına götürdüklerini gördü. Daha sonra bir silah sesi duydu ve iki askerin yanlarında götürdükleri adam olmadığı halde yeniden göründüler.<sup>(103)</sup> Diğer bir Hollanda Taburu görevlisi, Sırp askerlerinin silahsız bir adamı tek mermiyle başından vurmak suretiyle öldürdüklerini gördü. Ayrıca öğleden sonra boyunca saatte 20-40 sefer silah sesi duyduğunu ifade etti.<sup>(104)</sup> Bir Birleşmiş Milletler Askeri Gözlemcisi<sup>(105)</sup> ("BMAG") olan Albay Joseph Kingori'ye Hollanda Taburu askerleri Beyaz Ev'in arkasına insanların götürüldüğünü ve geri dönmedikleri hususunu bildirdiklerinde, Albay bu durumu araştırmaya gitti. Yaklaştığında silah seslerini duydu, fakat neler olup bittiğini ortaya çıkarmadan önce Bosnalı Sırp Askerler tarafından durduruldu.<sup>(106)</sup>
59. 12 Temmuz 1995 öğleden sonrasında başlayan ve 13 Temmuz 1995 boyunca devam eden, Beyaz Ev'de tutulan erkekler kadın, çocuk ve yaşlılardan ayrı şekilde farklı otobüslere bindirildiler ve Potoari yerleşkesinden çıkarılarak Bratunac'ta bulunan tevkif bölgelerine götürüldüler.<sup>(107)</sup>

### **(b) Bosnalı Müslüman Erkekler Sırası**

60. 11 Temmuz 1995 akşamında Poto-ari'deki durum kriz boyutuna tırmandığında, Bosnalı Müslüman topluluk arasında sağlıklı erkeklerin ormanlık alana gitmelerinin gerektiği, burada BHO'ya bağlı 28'inci bölük üyeleri ile bir kol oluşturmaları ve kuzeydeki Bosnalı Müslümanların kontrolü altındaki bölgeye doğru ilerlemeye çalışmaları gerektiği konuşuluyordu. 11 Temmuz 1995 akşamında, 2200 saat civarında, "bölük komutanlığı", Srebrenitsa'nın Bosnalı Müslüman mahalli otoriteleri ile birlikte kolu oluşturmak için bir karar verdi.<sup>(108)</sup> Genç erkekler

---

<sup>103</sup> Vaasen, T. 1438.

<sup>104</sup> Onbaşı Groenewegen'in ifadesi, P 32, 62. Ayrıca Bakınız Kingori, T. 1852; Franken, T. 2052; ve Tanık G, T. 1642-48.

<sup>105</sup> BMAG'nin rolü ateşkes anlaşmaları ihlallerini gözlemlemek ve insani yardım sağlamaktır. BMMG'nin aksine, BMAG silahsızdı. Bakınız, Kingori, T. 1799-1800.

<sup>106</sup> Had İhsanovic, T. 9527-9528.

<sup>107</sup> Bosnalı Müslüman erkeklerin Poto-ari'den nakledilmesiyle ilgili daha fazla tartışma için aşağıdaki paragraflara bakınız; para., 156-161.

<sup>108</sup> Had İhsanovic, T. 9527-9528.

Potocari'deki Bosnalı Sırp'ların eline düşerlerse öldürüleceklerinden korkuyorlardı ve Tuzla'daki ormanlık alana kaçmaya çalışırlarsa hayatta kalmak hususunda daha fazla şansa sahip olduklarına inanıyorlardı.<sup>(109)</sup>

61. Oluşturulan kol Jaglici ve Susnjari köyleri yakınlarında toplandı ve kuzeye doğru zorlu bir yolculuğa başladı. Tanıklar kol içerisinde 10.000 ila 15.000 arasında erkeğin bulunduğunu tahmin etmişlerdir.<sup>(110)</sup> Kol içerisinde bulunan erkeklerin yaklaşık üçte biri 28'inci Bölük'e mensup Bosnalı Müslüman askerlerdi, ve buna rağmen bütün askerler silahlı değildi.<sup>(111)</sup> Kol, askerlerle karışık sivillerden oluşuyordu ve kolun son kısmı 28'inci Bölüğün Bağımsız Kısmıydı.<sup>(112)</sup> Az sayıdaki kadın, çocuk ve yaşlı ağaçların içinde kol ile birlikte yolculuğa katıldı. Akabinde Bosnalı Sırp güçler tarafından yakalandıklarında Potocari'den Kladanj'a gitmekte olan otobüslere bindirildiler.<sup>(113)</sup>
62. 11 Temmuz 1995, gece yarısı civarında, kol Konjevic Polje ve Bratunac arasındaki çizgide yol almaya başladı. 12 Temmuz 1995 tarihinde, Sırp Güçleri, Konjevic Polje ve Nova Kasaba arasındaki Tuzla'ya giden asfalt yoldan geçmekte olan kola top atışı başlatarak saldırdı. Kolda bulunan erkeklerin sadece üçte biri asfalt yoldan geçebilmeyi başardı ve kol ikiye ayrıldı.<sup>(114)</sup> Kolun kalan kısmına yönelik yoğun ateş ve bombardıman gündüz ve gece boyunca devam etti. Kolun arka kısmında bulunan ve bu zorlu durumdan kurtulan erkekler yaşananları bir "insan avı" olarak tasvir ettiler.<sup>(115)</sup>
63. 12 Temmuz 1995 tarihinin öğleden sonrası ya da en geç akşamının erken saatlerinde Bosnalı Sırp güçleri arkada kalan çok sayıdaki erkeği yakalıyordu.<sup>(116)</sup> Tanıklar tutsakların tuzağa düşürülmeleri için

---

<sup>109</sup> Tanık L, T. 2654; Mr. Enver Husic (Bundan sonra "Husic"), T. 2640. Ayrıca bakınız Had ihasonovic, T. 9594-9595.

<sup>110</sup> Had ihasonovic, T. 9528 (kol içerisindeki erkek sayısının 12.000 ila 15.000 arasında olduğunu ve kolun uzunluğunun 12 ila 15 kilometre civarında olduğunu ifade etmiştir).

<sup>111</sup> Örnek olarak bakınız, Butler, T. 5318 (üçte biri askelerden oluşmaktaydı fakat sadece 1.000 tanesinin silahı vardı); Cf. Tanık P, T. 2944 (erkeklerin yaklaşık üçte biri av tüfeği ya da benzer silahlara sahipti).

<sup>112</sup> Had ihasonovic, T. 9528.

<sup>113</sup> Tanık K, T. 2503, 2509.

<sup>114</sup> Had ihasonovic, T. 9528-9529.

<sup>115</sup> Had ihasonovic, T. 9530.

<sup>116</sup> Butler, T. 5453-5454.

çeşitli teknikler kullanıldığını ifade etmişlerdir. Bazı yerlerde pusuların kurulmuş<sup>(117)</sup> diğer bazı yerlerde, Bosnalı Sırp orman içerisinde bağırarak erkekleri teslim olmaya teşvik etmiş ve Cenova Sözleşmelerine bağlı kalacakları yönünde vaatte bulunmuşlardır.<sup>(118)</sup> Bazı bölgelerde Bosnalı Sırp güçleri ormanlık alana uçaksavar ve diğer silahlarla ateş açtılar<sup>(119)</sup> ya da çaldıkları BM teçhizatlarını, BM ya da Kızıl Haç temsilcilerinin, Bosnalı Müslüman erkeklerin yakalanmalarını müteakip maruz bırakıldıkları muameleyi gözlemlemek üzere hazır buldukları yönünde bir kanaat oluşturmalarını temin maksadıyla aldatmak için kullandılar.<sup>(120)</sup> Aslında, Bosnalı Sırp güçler Bosnalı Müslüman erkekleri yakaladılar, kişisel eşyalarını ellerinden aldılar<sup>(121)</sup> ve bazı hallerde rastgele yargısız infazlar gerçekleştirdiler.<sup>(122)</sup>

64. Kolda bulunan Bosnalı Müslüman erkeklerin en büyük bölümü 13 Temmuz 1995 tarihinde yakalandı, birkaç bin kişi Sandici Meadow'da ya da yakınında ve Nova Kasaba futbol sahasında toplandı. Dava dairesi bu alanlarda esir alınan erkeklerden<sup>(123)</sup> ve Klandaj'a giden otobüslerde bulunan ve onların yanından geçen tanıklardan bilgi almıştır.<sup>(124)</sup> İddia makamı tarafından delil olarak sunulan hava keşfi fotoğrafları 13 Temmuz 1995 tarihinde belirtilen yerlerde geniş insan kitlelerinin bulunduğunu teyit etmektedir.<sup>(125)</sup>

<sup>117</sup> Örnek olarak, Tanık J, T. 2450.

<sup>118</sup> Tanık P, T. 2946.

<sup>119</sup> Tanık K, T. 2504; Egbers, T. 2224-2225.

<sup>120</sup> Tanık M, T. 2766; Tanık P, T. 2292-93.

<sup>121</sup> Tanık Q, T. 3018; Tanık R, T. 3198; Tanık O, T. 2866; Tanık S, T. 3246-3247.

<sup>122</sup> Tanık R, T. 3192-3193, 3198-3202; Tanık P, T. 2957; Husic, T. 2634-2635. Ayrıca Bakınız Andere Stoelinga, T. 2299-2300.

<sup>123</sup> Örnek olarak bakınız, Tanık J, T. 2439-2497; Tanık K, T. 2497-2571; Tanık L, T. 2647-2731; Tanık O, T. 2860-2938; Husic, T. 2598-2646; Tanık P, T. 2940-3014; Tanık Q, T. 3015-3051.

<sup>124</sup> Örnek olarak bakınız, Ademovic, T. 1607 (1000 civarında erkeğin Nova Kasaba futbol sahasında olduğuna dair); Malagic, T. 1974-75 (Sandici ve Kravica arasında uzun tutsak kuyruğu olduğuna ve bir çayırda büyük bir grup bulunduğuna ve bu kişilerin eşyalarının yol boyuna yığıldığına dair); Hajdarevic, T. 2587-2588 (Bir çok tutsağın elleri başlarının arkasında olduğu şekilde Kravica ve Sandic'te görüldüklerine dair); Egbers, T. 2226 (Nova Kasaba'daki futbol sahasının erkeklerle tamamen dolu olduğuna, elleri başlarının arkasında, dizlerinin üzerine çökmüş ve askerler tarafından çevrelenmiş olduklarına dair); Tanık Q, T. 3025 (otobüsten Sandic'teki tutsak kalabalığını gördüğüne dair); Tanık E, T. 1354, 1356 (yaklaşık 300-400 tutsağın Kravica'da, ve Konjevic Polje ile Nova Kasaba arasında bulunduğuna dair).

<sup>125</sup> P 12/2; P 12/4; Butler, T. 4925-4928; P490; P 491; P 492; P 493; P 494; P 495; P 496; P 497 ve P 498.

65. Kolun baş tarafında bulunanlar kolun ikinci kısmında bulunanların akıbetinin ne olacağını görmek için beklediler. Ağır ateş ve bombardıman 12 Temmuz 1995 günü boyunca gecenin ilerleyen saatlerine kadar devam etti ve nihayetinde kolun baş tarafında bulunanlar umutlarını kaybettiler. 13 Temmuz 1995 tarihinde, Kalesija-Zvornik yolu üzerindeki yolculuklarına, pusuya düşürülerek yakalandıkları ve daha fazla zaiyat verdikleri noktaya kadar devam ettiler.<sup>(126)</sup> Bosnalı Müslümanların kontrolündeki ön saflara ulaşmaya yönelik 15 Temmuz 1995 tarihindeki başarısız bir çabadan sonra, kolun baş tarafında bulunanlar en sonunda 16 Temmuz 1995 tarihinde Bosnalı Müslümanların kontrolündeki bölgeye kaçmayı başardılar. Tuzla tarafından saldıran BHO güçleri yaklaşık bir buçuk kilometre uzunluğunda bir alan açarak görüş alanına giren kola yardım etti.<sup>(127)</sup>

## 8. Serebrenitsa'dan Gelen Bosnalı Müslüman Erkeklerin Katledilişi

66. Potoari'de kadın, çocuk ve yaşlılardan ayrıştırılan erkekler (yaklaşık 1000 kişi civarında) Bratanac'a nakledildiler ve koldan yakalanan Bosnalı Müslüman erkeklerle birleştirildiler. Potocari'den getirilen tutsaklar ile koldan yakalananların ayrı tutulmalarına yönelik görülebilir bir çabada bulunulmadı. Bu erkekler ambar,<sup>(128)</sup> eski bir okul<sup>(129)</sup>, getirildikleri otobüs ve kamyonlar gibi farklı yerlerde tutuldular.<sup>(130)</sup> Geceleri, Brutanac'ta bulunan tutsaklar dışarı çağırıldı, acı çığlıkları ve silah atışları duyulabiliyordu.<sup>(131)</sup> Potoari'den gelen kadın, çocuk ve yaşlıların tahliyeleri gerçekleştirildiği ölçüde, Brutanac'ta bir ila üç gün arasında tutulduktan sonra tutsaklar başka yerlere nakledildiler.

67. Son bir kişiye varana kadar, yakalanan binlerce Bosnalı Müslüman tutsak, Serebrenitsa'nın ele geçirilişini müteakip katledildi. Bazıları birer birer bazıları ise küçük gruplar halinde öldürüldüler, bazıları ise geçici olarak tutuldukları mekanlarda öldürüldüler. Bununla birlikte çoğu, 13 Temmuz 1995 tarihinde Serebrenitsa'nın kuzey bölgesinde başlayan özenle planlanmış toplu infazlarda katledildiler. 13 Temmuz 1995 tarihinde öldürülmeyen tutsaklar akabinde Zvornik Tugayı'nın

---

<sup>126</sup> Had ihasonovic, T. 9529.

<sup>127</sup> Had ihasonovic, T. 9529-9530.

<sup>128</sup> Tanık N, T. 2801.

<sup>129</sup> Tanık I, T. 2374.

<sup>130</sup> Tanık N, T. 2802; Tanık I, T. 2374 (eski okul).

<sup>131</sup> Tanık L, T. 2668; Tanık N, T. 2804; Tanık Q, T. 2957; Tanık I, 2377.

sorumluluğu altında bulunan bölge içerisindeki Bratunac'ın kuzeyinde bulunan infaz mekanlarına otobüsle götürüldüler. Kuzeydeki geniş ölçekli katliamlar 14 ve 17 Temmuz 1995 tarihleri arasında gerçekleşti.

68. Toplu katliamların çoğu iyi-kurgulanmış bir süreç izledi. Erkekler önce boş okullara ya da ambarlara götürülüyordu. Orada birkaç saat tutulduktan sonra otobüslere ya da kamyonlara doldurularak başka bir infaz mekanına naklediliyorlardı. İnfaz mekanları genellikle ıssız alanlardaydı. Tutsaklar silahsızdı ve bir çok durumda gözlerin bağlanması, ip ile ellerin arkadan bağlanması ya da ayakkabılarının çıkarılması gibi direnci kırmaya yönelik eylemlerde bulunuluyordu. Katliam alanlarında bir seferinde erkekler kamyonlardan küçük gruplar halinde indirildiler ve akabinde silahla vurularak öldürüldüler. Silah ateşinin ilk seansından kurtulanlar ikinci bir ekstra seansla birer birer, bazen bir süre acı çekmeleri beklendikten sonra öldürülüyorlardı.<sup>(132)</sup> Katliamlar sırasında ya da hemen akabinde yer kazı makineleri geliyordu ve cesetleri katledildikleri yere ya da yakın bir yere gömüyorlardı.
69. Bu yerlerin birkaçında, yaralı haldeki az sayıda insan ölü numarası yaparak kurtuldular ve akabinde sürünerek uzaklaştılar. Dava Dairesi bu kişilerden yaşamış oldukları zor duruma dair bilgi almıştır. Dava Dairesi, bunun yanında, 16 Temmuz 1995 tarihinde gerçekleşen en büyük ölçekli katliamların birinde yer almış olan BSO mensubundan da bilgi almıştır.<sup>(133)</sup>
70. İnsandan kaynaklı tarif edilemez boyutta bir kötülük olması yanı sıra, anılan Bosnalı Müslüman erkeklerin öldürülmesi kararı askeri anlamda da akıl almaz niteliktedir. Savcılık Makamı'nın askeri uzmanı Richard Butler'ın (ABD Ordusu, birinci sınıf astsubay) işaret ettiği gibi:

BH yönetimi ve uluslar arası toplum karşısında, BM taburlarının ve UKK'sinin orada bulunmakta olduğu bir zamanda 10.000 ila 15.000 Müslüman erkek tutsağa sahip olmaktan daha iyi bir pazarlık kozu tasavvur edilemez. Bu birinin düşünebileceği, insanlardan belirgin bir politik baskı kazanabilmek için bu nihai pazarlık kozudur, ancak bu koz başka bir amaç için bir tarafa atılmıştır.

---

<sup>132</sup> Örnek olarak bakınız, Tanık Q, T. 3033, 3035-3036; Tanık L, T. 2690 (Orahovac bölgesinde yaralı bir kişi öldürme eyleminin tamamlanmasını talep ettiğinde Sırp askeri şu şekilde cevap verdi: "yavaş yavaş, yavaş yavaş").

<sup>133</sup> Aşağıdaki paragraflarda yer alan tartışmalara bakınız. 195-253.



## 9. Katliamlara Ait Adli Deliller

71. Savcılık makamı tarafından sunulan maddi deliller çeşitli infaz alanlarından kurtulan kişilerin ifadelerinin esaslı noktalarını önemli ölçüde desteklemektedir. Savcılık Makamı (bundan sonra “SM”), 1996 yılından başlamak ve Serebrenitsa’nın ele geçirilişi ile ilgili olmak üzere, 21 mezarlık alanında fethi kabir işlemleri icra etmiştir: dördü 1996 yılında (Cerska, Nova Kasaba, Orahovac (Lazete 2 olarak da bilinmektedir) ve Branjevo Askeri Çiftliği (Pilica)); sekizi 1998 yılında (Petkovci Dam, Can-ari Caddesi 12, Can-ari Caddesi 3, Hodici Caddesi 3, Hodici Caddesi 4, Hodici Caddesi 5, Lipje 2, Zelene Jadar 5); beş tanesi 1999 yılında (Kozluk, Nova Kasaba, Konjevic Polje 1, Konjevic Polje 2, ve Glogova 2);<sup>(134)</sup> ve dördü 2000 yılında (Lazette 1, Lazette 2C,<sup>(135)</sup> Ravnice ve Glogova 1) icra edilmiştir. Fethi kabir işlemleri icra edilen 21 mezarlıktan 14 tanesi insanlar öldürüldükten sonra cesetlerin doğrudan atıldığı birincil mezarlıklardı. Bunlardan sekizi ise daha sonra bozularak burada bulunan cesetler genellikle daha uzak bölgelerde bulunan ikincil mezarlıklara taşınmış ve gömülmüşlerdir.<sup>(136)</sup> Fethi kabir işlemleri icra edilen mezarlıklardan yedisi gömme eylemlerinin gerçekleştirildiği ikincil alanlardı.<sup>(137)</sup> SM, balistik, toprak analizi ve madde analizine ilişkin deliller ile birincil ve ikincil mezarlıklarda bulunan madde ve kalıntıları karşılaştırmalı olarak inceleme yapmak üzere uzmanları elinde bulunduruyordu.<sup>(138)</sup> Bu analizlerin bir sonucu olarak, birincil mezarlıklar ve ikincil mezarlıklar arasında belirgin bir ilişki tespit edilmiştir ve bunlar ileride detaylı bir şekilde değerlendirilecektir.

---

<sup>134</sup> Bakınız P 140 D. Manning, Serebrenitsa Soruşturması: Maddi Deliller-İnfaz Alanları ve Toplu Mezarlıklara dair özet, 16 Mayıs 2000 (bundan sonra “Manning Raporu”) p. 00950906.

<sup>135</sup> Anılan mezarlık 1996 yılında fethi kabir işlemleri icra edilen Lazette 2 alanının bir parçasıdır, fakat halihazırdaki sebepler bakımından bağımsız bir alan olarak değerlendirilmiştir.

<sup>136</sup> Manning Raporu, p. 00950925 ve D. Manning, Serebrenitsa Soruşturması: Maddi Deliller-Fethi Kabir İcra Edilen Toplu Mezarlıklara dair özet, Şubat 2001 (bundan sonra “Manning Raporu Eki”) p 7601. Manning Raporu eki, “Savcılığın Dosyasını, Dört Uzman Raporunun Sunulması ve Yeni Fethi Kabir Delillerinin Özeti’nin Sunulması” amacı ile sınırlı olmak ve raporun bir parçası olmak üzere yeniden ele alınması amacıyla kayda alınmıştır.

<sup>137</sup> Manning Raporu Eki, p. 7601.

<sup>138</sup> Bakınız P 144 (Otomatik Balistik Karşılaştırmasına İlişkin Laboratuvar Raporu, Birleşik Devletler, Alkol, Tütün ve Ateşli Silahlar, Adli Bilimler Laboratuvarı tarafından hazırlanan, 24 Şubat 2000); P 179 (Antony G. Brown’ın ifadesi, polen bilimci, 6 Ocak 1998); P 180 ((Antony G. Brown’ın ifadesi, polen bilimci, 26 Şubat 1999); P 143 (Tekstil Soruşturmasına ait Rapor, Ing. S.E. Maljaars tarafından hazırlanan, Adalet Bakanlığı, Hollanda Adli Tıp Kurumu, 11 Şubat 2000). Ayrıca bakınız, Dean Manning (bundan sonra “Manning”), T. 3593.

72. Savcılık, Dava Dairesi önünde fethi kabir işlemleri ve mevcut maddi deliller hakkında ifade vermek üzere sekiz tanığı çağırmıştır.<sup>(139)</sup> Buna ek olarak, Dava Dairesi, SM'nin yürütmüş olduğu soruşturmada görev alan uzmanların hazırladığı yazılı raporları da elde etmiştir. Cevap olarak, savunma, adli tıp uzmanı Dr. Zoran Stankovic tarafından hazırlanan iki raporu sunmuştur.<sup>(140)</sup>
73. Maddi deliller, Savcılığın, Serebrenitsa'nın ele geçirilişini müteakip, binlerce Bosnalı Müslüman erkeğin yargısız infaz edildiği ve toplu mezarlara nakledildiğine yönelik iddiasını desteklemektedir. Adli Tıp uzmanlarının kesinlik ifade edecek şekilde toplu mezarlarda kaç kişinin bulunduğu dair bir sonuca varmaları mümkün olmamakla birlikte, meydana gelen çürüme ve bozulmanın derecesine göre ve mekanik araçlarla cesetlerin birincil mezarlıklardan ikincil mezarlıklara taşınması sırasında cesetlerin parçalara ayrılması hali nazara alındığında, uzmanlar, mezarlıklardan en az 2,028 münferit cesedin çıkarıldığını tahmin etmektedirler.<sup>(141)</sup>
74. Fethi kabir işlemi yapılan mezarlıkların büyük çoğunluğunda mağdurların Serebrenitsa ile ilişkili olduklarını gösteren kimlik belgeleri ve kişisel eşyalar bulunmuştur. Eşyaların arasında Serebrenitsa ile bağlantılı olan lisans belgeleri ve diğer belgeler bulunmuştur.<sup>(142)</sup> Bazı vakialarda, soruşturmacılar mezarlardan çıkarılan cesetlerin Serebrenitsa sakinlerine ait olduğunu, cesetlerin yanında bulunan ziynet eşyaları<sup>(143)</sup>,

---

<sup>139</sup> Profesör Jose Braybar (bundan sonra "Braybar"), T. 3781-3895; Profesör Helge Brunborg, (bundan sonra "Brunborg") T. 4036-4100; Dr. John Clark, (bundan sonra "Clark") T. 3896-3972; Profesör William Haglund, (bundan sonra "Haglund") T. 3723-3780; Dr. Christopher Lawrence, (bundan sonra "Lawrence") T. 3974-4034; Manning, T. 3542-3626, 4141-4150; Jean-Rene Ruez, (bundan sonra "Ruez") T. 3465-3541; ve Profesör Richard Wright, (bundan sonra "Wright"), T. 3632-3721.

<sup>140</sup> D 172 (17 Ekim 200 tarihli Forensik Mütalaa, Doc. Dr. Sc. Med. Zoran Stankovic, Adli Tıp Uzmanı, Sırbistan Adalet Bakanlığı'nda 740/0373/98 sayılı düzenleme uyarınca sürekli olarak Adli Tıp alanında görevli, Adli Tıp Kurumu-WMA (bundan sonra "Stankovic Raporu") ve D 172 (Forensic Mütalaa, 18 Nisan 2001, , Doc. Dr. Sc. Med. Zoran Stankovic, Adli Tıp Uzmanı, Sırbistan Adalet Bakanlığı'nda 740/0373/98 sayılı düzenleme uyarınca sürekli olarak Adli Tıp alanında görevli, Adli Tıp Kurumu-WMA (bundan sonra " Ek Stankovic Raporu").

<sup>141</sup> Ek Manning Rapour p. 7614.

<sup>142</sup> Manning, T. 3579-3580, 3588-3592. 2000 yılı içerisinde icra edilen fethi kabir işlemleri sırasında ortaya çıkan kimlik belgeleri, ileriki aşamada UKK tarafından kayıp olarak kayda geçirilen kişilerin burada bulunduğunu su yüzüne çıkarmış ve bu durum diğer kaynaklar kullanılarak çapraz teyit yöntemi ile doğrulanmıştır.

<sup>143</sup> P 132/95, ve P 132/95A. Ayrıca bakınız Manning, T. 3580-3582.

sunu uzuvlar<sup>(144)</sup> ve fotoğraflar<sup>(145)</sup> gibi belirli bir kişiye özgü ait olan eşyalardan yola çıkarak tam olarak tespit edebilmişlerdir. Mezarlıkların büyük çoğunluğunda bulunan Kuran Ayetleri gibi eserler de mağdurların Müslüman oldukları tezini desteklemiştir.<sup>(146)</sup> Uluslararası Kızıllaç Komitesi'nin (UKK) kayıp listesinde Serebrenitsa'dan kaybolduğu kaydedilen insanların cinsiyet dağılımı da önem arz etmekte olup, mezarlıklardan fethi kabir işlemi icra edilerek çıkarılan cesetlere dair cinsiyet dağılımı ile karşılıklı uygunluk göstermektedir.<sup>(147)</sup> Savcılık demografi uzmanı olan Profesör Helge Brunborg, Serebrenitsa'dan kaybolduğu yönünde kayıtlara geçirilen insanların büyük çoğunluğunun erkek olduğunu ifade etmiştir.<sup>(148)</sup> Serebrenitsa'yla ilgili mezarlıklarda icra edilen adli tıp incelemeleri, 1843 cesetten sadece bir tanesinin kadın olarak teşhis edilebileceği gerçeğini ortaya çıkarmıştır.<sup>(149)</sup> Benzer şekilde, kayıp olarak kayda geçirilen insanların yaş dağılımı ile Serebrenitsa mezarlıklarından çıkarılan insanların yaş dağılımı arasında karşılıklı uygunluk bulunmaktadır: kayıp olarak kayda geçirilen insanların %26,4'ü 13-24 yaş arasında olup mezarlıklardan çıkarılan cesetlerin %17,5'i bu yaş grubuna girmektedir; kayıp olarak kayda geçirilen insanların %73,6'sı ise 25 yaşından büyük ve mezarlıklardan çıkarılan cesetlerin %82,8'i bu yaş grubunun içerisine girmektedir.<sup>(150)</sup>

75. Adli tıp incelemelerinin sonuçları çıkarılan cesetlerin büyük çoğunluğunun bir çatışmada ölmediğini ortaya koymaktadır: bu kişiler topluca katledilmişlerdir. Soruşturmacılar, on farklı mezarlıkta icra edilen fethi kabir işlemleri sırasında en az 448 cesedin gözbağı bağlanmış şekilde ya da vücutları üzerinde olduğu şekilde bulunduğunu tespit etmişlerdir.<sup>(151)</sup>

---

<sup>144</sup> P 132/93, ve P 132/93A. Ayrıca bakınız Manning, T. 3583-3584.

<sup>145</sup> P 132/1, ve P 132/18. Ayrıca bakınız Manning, T. 3589-3590, ve 3592.

<sup>146</sup> P 132/110. Ayrıca bakınız Manning, T 3588-3599. 2000 yılında fethi kabir işlemi icra edilen üç mezarlıktan her birinde de İslam Dini ile ilişkili eserler tespit edilmiştir. Ek Manning Raporu pp. 7600-7597.

<sup>147</sup> Brunborg, T. 4071.

<sup>148</sup> Brunborg, T. 4070.

<sup>149</sup> Braybar, T. 3811-3812. Ek Manning Raporu, p. 7613.

<sup>150</sup> P 276 (H. Brunborg and H. Urdal, Serebrenitsa Kayıp ve Ölüm Sayısı Raporu), p. 00926384, hesap 3. Bu hesap yalnızca 2000 yılına kadar icra edilen fethi kabir işlemlerini kapsamaktadır.

<sup>151</sup> Mezarlıklar: Branjevo Askeri Çiftliği'nde bulunan birincil mezarlık ve Can-ari Caddesi 12'de bulunan ilişkili ikincil mezarlık; Orahovac'ta (Lazete 2 olarak bilinen) bulunan birincil mezarlık ve Hodic Caddesi 3, Hodic Caddesi 4 ve Hodic Caddesi 5'te bulunan ilişkili üç ikincil mezarlık; Kozluk mezarlığı ve Can Ari Caddesi 3'te bulunan ikincil mezarlık. Manning T. 3569-3570. Ek olarak, 2000 yılında icra edilen fethi kabir işlemleri sırasında Lazete 2C ve Lazete 1'de gözbağları bulunmuştur. Ek Manning Raporu, p. 7601.

İcra edilen fethi kabir işlemleri sırasında en az 423 bağlama ipi tespit edilmiştir.<sup>(152)</sup> Bir kısım bağlama ipinin elbise ya da sicimden yapıldığı müşahade edilmiştir fakat büyük bir kısmı telden oluşmaktadır. Bu bağlama iplerinin niteliği çatışmadan kaynaklı yaralanmaların gösterdiği özelliklerin dışında kalmaktadır ve bu tip yaralanmalarla uyumlu değildir. Bunun yanında SM mezarlarda bulunan cesetlerin ezici bir çoğunluğunun silah yarası sonucu öldüğüne ilişkin delillere dayanmıştır. Fethi kabir işlemleri ayrıca şunu ortaya çıkarmıştır ki mağdurlardan bir kısmı ciddi bir şekilde engelli şahıslardır. Bu da onların çatışma sonucu yaşamlarını kaybettiklerini ya da savaştan kişiler olmadıklarını göstermektedir.

---

<sup>152</sup> Mezarlıklar: Cerska'da bulunan birincil mezarlık; 1996 yılında açılan Nova Kasaba'da bulunan birincil mezarlık; Orahovac (Lazete 2)'de bulunan birincil mezarlık ve Hodici Caddesi 5'te bulunan ilişkili ikincil mezarlık, Branjevo Askeri Çiftliği'nde bulunan birincil mezarlık ve Can-ari Caddesi 12'de bulunan ilişkili ikincil mezarlık, Petkovci Dam'da bulunan birincil mezarlık ve Liplje 2'de bulunan ilişkili ikincil mezarlık; Kozluk'ta bulunan birincil mezarlık ve Can-ari Caddesi 3'te bulunan ilişkili ikincil mezarlık, ve Zeleni Jadar 5'te bulunan ikincil mezarlık. Manning, T. 3579-3576. Ek olarak, 2000 yılında icra edilen fethi kabir işlemleri sırasında, Lazete 2 C'de ve Glogova 1'de bağlama ipleri bulunmuştur. Ek Manning Raporu, p 7601.