



KÜRESEL BAKIŞ

ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Altı Ayda Bir Yayınlanır)

22

YIL: 7, SAYI: 22, Haziran 2017

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 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. Cumhuriyet SAHİN
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. Kayhan 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 YASİN
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

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı.....	1
<i>Çeviren: Dr. Hakan A. YAVUZ - Süleyman ÖZAR</i>	
Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı.....	29
<i>Çeviren: Dr. Fatma SARIASLAN</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi - Z/Finlandiya Davası.....	41
<i>Çeviren: Özgür AKIŞOĞLU</i>	
Düşman Ceza Hukuku.....	77
<i>Yazar: Prof. Dr. Kai AMBOS</i>	
<i>Çeviren: Arş. Gör. Serkan OĞUZ</i>	
Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 8 Aralık 2016 Tarihli Sera Gazı Emisyon Azaltım Kredilerinin (Karbon Kredilerinin) Niteliği Üzerine Kararı.....	109
<i>Çeviren: Arş. Gör. Tuğçe AKDEMİR ALTUNBAŞAK</i>	
2021 Yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi.....	119
<i>Yazar: Prof. Linda E. CARTER</i>	
<i>Çeviren: Müslüm FİNCAN</i>	
Uluslararası Yatırım Alanlarında Tahkim Kararı.....	133
<i>Yazar: Dr. Abdülhamit AL-AHDEB</i>	
<i>Çeviren: Yrd. Doç. Mohammed MAGHAMINIA</i>	



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN AL MAHDİ KARARI

(Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı)

Çeviren: Dr. Hakan A. YAVUZ* - Süleyman ÖZAR**

Uluslararası Ceza Mahkemesi (International Criminal Court)

VIII. Dava Dairesi

Karar No: ICC-01/12-01/15

Karar Tarihi: 27 Eylül 2016

Mali Cumhuriyeti'ndeki Durum Konusunda İddia Makamı vs Ahmad Al Faqi Al Mahdi Davası¹

Aleni Yargılama Hüküm ve Ceza

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) VIII. Dava Dairesi (Daire), Roma Statüsü'nün 8/2 (e) (iv), 23, 25/3 (a), 65 ve 76 ile 78. maddeleri ile Usul ve Delil İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 139 ve 145. maddeleri uyarınca aşağıdaki Hüküm ve Mahkûmiyet Kararını açıklamıştır.

* Hâkim, Lahey Adalet Müşaviri, hayavuz@gmail.com, <https://independent.academia.edu/HakanYavuz>

** Hâkim, Malta Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü Baş Danışmanı, ozarsuleyman@gmail.com

¹ Çevirenin Notu: Bu çalışma, Uluslararası Ceza Mahkemesi (*International Criminal Court*) tarafından verilen, insan unsuru dışındaki değerlere zarar verilmesinin bir savaş suçu olarak kabulüne ilişkin ilk karar olması nedeniyle uluslararası ceza hukuku teorisi ve uygulaması için önemli bir yer teşkil edeceği muhakkak olan 27 Eylül 2016 tarihli Al Mahdi kararının uzun versiyonunun çevirisinden ibarettir. Çeviri, Mahkemenin resmi internet sitesinde yayınlanan kararın orijinal İngilizce metni üzerinden yapılmıştır. Çalışmada karar metnindeki başlıklar ve paragraf numaralarına sadık kalınmakla birlikte, daha ziyade dosya içeriğindeki deliller ile Mahkemenin önceki kararlarına atıflar içeren dipnot metinleri çalışmaya dâhil edilmemiştir. Bununla birlikte, terminolojik olarak önem atfedilen bazı kelime ve kavramların orijinalleri parantez içinde metne dâhil edilmiştir. Kararın orijinal metnine erişim için bkz: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/15-171>, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

I. GİRİŞ

A. USULİ SÜREÇ

1. Birinci Ön Yargılama Dairesinin Tek Hâkimi, 18 Eylül 2015 tarihinde, Ahmad Al Faqi Al Mahdi hakkında yakalama emri çıkarmıştır. Al Mahdi, 26 Eylül 2015 tarihinde Lahey'e nakledilmiş ve Mahkeme huzuruna ilk kez 30 Eylül 2015 tarihinde çıkarılmıştır.

2. Savcılık (İddia Makamı), hazırladığı iddianameyi 17 Aralık 2015 tarihinde Mahkemeye sunmuştur. Söz konusu belgede tek suçlama yer almakta olup Al Mahdi'nin, Statü'nün 8/2 (e) (iv) maddesi kapsamında koruma altında olan eserlere saldırı düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkan savaş suçundan sorumlu olduğu iddia edilmektedir.

3. Taraflar, 18 Şubat 2016 tarihinde itham/ceza pazarlığı anlaşması (*plea agreement*) yapmışlardır.

4. Ön Yargılama Dairesi 24 Mart 2016 tarihinde, İddia Makamının iddianamesini kabul etmiştir. 2 Mayıs 2016 tarihinde VIII. Dava Dairesi usule uygun şekilde oluşturulmuştur.

5. Daire, 24 Mayıs 2016 tarihinde, ilk durum müzakeresini (*first status conference*) gerçekleştirmiştir. Bu müzakere esnasında taraflar arasında sağlanan uzlaşma üzerine (i) mahkûmiyet halinde, bu davaya ilişkin hüküm ve mahkûmiyet kararının aynı anda verileceği ve (ii) delillerin teyit edilme aşamasına ilişkin listede yer alan hususlar, 65. madde kapsamında yapılacak tespitler amacıyla İddia Makamı tarafından sunulduğu ve sanık tarafından kabul edildiği haliyle dikkate alınmıştır. İddia Makamı tarafından sunulan ve sanık tarafından kabul edilen ek hususlar listesini aldıktan sonra Dairenin elinde, tespitlerinde dikkate alacağı 714 husus ve sadece cezalandırma aşamasında dikkate alınacak olan Savunma Makamı tanıklarına ait iki adet yazılı beyan mevcuttu.

6. Daire, 8 Haziran 2016 tarihinde söz konusu davada mağdurlar için yasal temsilci tayin etmiştir. Yargılamaya toplam sekiz mağdur müdahil olmuştur.

7. Yargılama, 22 ve 24 Ağustos 2016 tarihlerinde gerçekleştirilmiştir. Al Mahdi, suç itirafında bulunmuştur. Hüküm ve mahkûmiyet kararına ilişkin tüm sözlü beyanlar alınmış ve iddia Makamı, üç tanığın yeminli beyanını Mahkemeye ibraz etmiştir.

8. Mevcut karar dışında, ilgili Daire, yargılama işlemleri esnasında 18 adet yazılı karar, 12 adet sözlü karar ve 37 adet elektronik posta aracılığıyla iletilen karar açıklamıştır.

B. SANIK VE İSNAT EDİLEN SUÇLAMA

9. Abu Turab olarak da tanınan Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Mali'nin Timbuktu bölgesinde yer alan Agoune şehri doğumludur. Sanık, 30-40 yaşlarında olup yaşadığı toplumda oldukça iyi İslam bilgisine sahip olduğu kabul edilen bir ailenin üyesidir. Çocukluğundan beri Kuran eğitimi alan Al Mahdi, Kuran'ı baştan sona bilmekte ve dini konularda uzman sıfatıyla eğitimler vermektedir. Al Mahdi, Nisan 2012 tarihinde Ansar Dine (*Ansar Eddine*) olarak bilinen silahlı örgüte katılmıştır.

10. Al Mahdi, 30 Haziran 2012 ve 11 Temmuz 2012 tarihleri arasında Mali Timbuktu'da bulunan dini ve tarihi nitelikteki 10 yapıya karşı kasten saldırı düzenlemekle suçlanmaktadır: (i) Sidi Mahamoud Ben Omar Mohamed Aquit Anıt Mezarı, (ii) Şeyh Mohamed Mahmoud Al Arawani Anıt Mezarı, (iii) Şeyh Sidi El Mokhtar Ben Sidi Mouhammad Al Kabir Al Kounti Anıt Mezarı, (iv) Alpha Moya Anıt Mezarı, (v) Şeyh Mouhamad El Mikki Anıt Mezarı, (vi) Şeyh Abdoul Kassim Attouaty Anıt Mezarı, (vii) Şeyh Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi Anıt Mezarı, (viii) Sidi Yahya Cami kapısı ve Djingareyber Camisi yanında bulunan, (ix) Ahmed Fulane Anıt Mezarı ve (x) Bahaber Babadie Anıt Mezarı isimli iki adet anıt mezar.

II. HÜKÜM

A. İLGİLİ HUKUK

1. İsnat Edilen Suç

11. Bu davada kabul edilen tek suç, Statü'nün 8/2 (e) (iv) madde hükmü kapsamında korunmakta olan eserlere saldırılar düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkan savaş suçudur. İlgili madde hükmünde şu eylemin cezalandırılması öngörülmektedir: Askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan yapılara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi. Taraflar müştereken bu eylemin, bu davada işlenmiş olan suçun doğru tanımı olduğunu beyan ederler. Bu doğrultuda, İddia Makamının davalıya isnat ettiği ve davalının da işlediğini kabul ettiği suç yukarıda tanımı yapılan eylemdir.

12. Daire, İddia Makamının davalıya 8/2 (e) (xii) madde hükmü kapsamında sivil mülkün yok edilmesine ilişkin daha genel bir suç isnat etmediğini gözlemler. Söz konusu madde hükmünde şu eylemlerin cezalandırılması öngörülmektedir: "Savaşa dair ihtiyaçlar zorunlu olarak gerektirmedikçe, düşman mallarının imha edilmesi veya bu mallara el konulması". 8/2 (e) (xii) madde hükmünün daha

uygun bir suç isnadı olacağı konusunda herhangi bir sav ileri sürülmemiş ve Daire de, davalının korunmakta olan eserlere saldırı düzenlemesi eyleminin kendisine özgü amacının, doğrudan 8/2 (e) (iv) madde hükmünde yer alan kasit gerekliliğini karşıladığını belirtmiş ve davalının eyleminin hukuki olarak yeniden nitelendirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

13. Isnat edilen suçun işlendiğinin sabit görülmesi için aşağıdaki hususların kanıtlanması gereklidir:

1. Failin saldırıda bulunmuş olması,
2. Saldırı düzenlenen yerlerin, askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan yapılar, tarihi eserler, hastaneler ve hasta ve yaralıların toplandığı yerler olması,
3. Failin, askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan yapılara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yer veya yerlere saldırı düzenleme kastıyla hareket etmiş olması,
4. Söz konusu eylemin uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma bağlamında meydana gelmesi ve buna ilişkin olması,
5. Failin silahlı çatışma teşkil eden fiili koşullardan haberdar olması.

Mevcut davanın, Mahkemenin 8/2 (e) (iv) madde hükmünü uyguladığı ilk dava olduğunu dikkate alan Daire, bu suçu ve unsurlarını yorumlayacaktır.

14. Uluslararası hukukta kültürel varlıkların özel olarak korunmasının temeli, 1907 yılında düzenlenen Lahey Sözleşmesi'nin 27 ve 56. maddeleri ile "dini, hayır amacıyla kullanılan, eğitim yapıları ve tarihi yapılar ve eserlerin amaçsız şekilde yok edilmesini" savaş suçu olarak tanımlayan 1919 yılında kurulan Sorumluluk Komisyonuna kadar dayandırılabilir. Cenevre Sözleşmelerinde de sivil yapılar olarak korunmakta olan hastaneler gibi yerlerin özel olarak korunmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir. Daha sonra oluşturulan uluslararası belgeler, kültürel varlıkların daha geniş şekilde korunmasını öngörmüştür. Bu belgeler arasında Cenevre Sözleşmelerine ek 1 ve 2 no'lu Protokoller ve 1954 yılında kabul edilen Lahey Sözleşmesi İkinci Protokolü yer almaktadır.

15. Daire, "saldırı düzenlenmesi (*direct[ing] an attack*)" unsurunun, koruma altında olan eserlere karşı gerçekleştirilen şiddet içeren eylemleri içerdiği ve silahlı çatışmalar esnasında veya söz konusu yapının silahlı örgütün kontrolüne girmesinden sonra meydana gelmesi arasında bir ayırım gözetmeyeceği kanaatindedir. Statü, bu tür bir ayırım yapmamaktadır. Bu durum; dini,

kültürel, tarihi ve benzeri nitelikli yapıların özel durumunun bir yansıması olup Daire, Statü'nün lafzında yer almayan ayrımlar gözetmek suretiyle bu durumu değiştiremez. Nitekim uluslararası insani hukuk (*international humanitarian law*), kültürel eserleri hem savaş esnasında hem de savaş dışında işlenmiş suçlar karşısında korumaktadır.

16. Ayrıca, sivil toplumlara karşı yapılan saldırılara ilişkin diğer davalar sonucu ortaya çıkan mevcut içtihatlar, mevcut husus bağlamında yol göstermemektedir. Statüde kişiler ve kültürel eserler farklı şekilde korunmaktadır. Kişiler, silahlı grubun kontrolü ele geçirmesi sonrasında çeşitli ve belirli zararlara karşı silahlı çatışmalar esnasında uygulanan birçok farklı hükümlerle korunmaktadır. Ancak, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardaki kültürel eserler, sivil eserlerde olduğu gibi genel mahiyette olmayacak şekilde, sadece 8/2 (e) (iv) madde hükmüyle korunma altına alınmıştır. Bu hükümde saldırıların silahlı çatışmalar esnasında veya sonrasında düzenlenmesi arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Son olarak, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin (ICTY) hukuku bu bağlamda daha sınırlıdır. Statü'nün aksine, ICTY'de geçerli olan hukuk, kültürel eserlere karşı düzenlenen "saldırıları (*attacks*)" düzenlemekte olup; bu eserlerin "tahrip edilmesi veya bunlara kasten zarar verilmesi (*destruction or wilful damage*)" eylemlerini cezalandırmaktadır. Bu nedenle hukuki bağlamlarda farklılık söz konusudur.

17. 8/2 (e) (iv) madde hükmü, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanan ve benzer unsurları içeren 8/2 (b) (ix) madde hükmünün uluslararası olmayan silahlı çatışma olaylarında uygulanan benzeri bir kuraldır. Her iki hüküm de özel sivil eserlere karşı düzenlenen saldırıları düzenlemektedir. Bu durum, uluslararası kültürel mirasın özel önem arz ettiğini göstermektedir. 8/2 (e) madde hükmü, bağlamsal bir unsur içermektedir. Başka bir ifadeyle, bu madde, hükümet yetkilileri ile organize olmuş silahlı örgütler arasında uzun süreli silahlı çatışma meydana gelen bir devletin topraklarında meydana gelen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır.

18. Taraflar söz konusu zamanda Mali'de uluslararası nitelikte olmayan silahlı bir çatışmanın sürdüğünü beyan etmiş ve Daire de bu bağlamda deliller elde etmiştir. Daire, suçun bir unsurunun, "uluslararası özellikte olmayan silahlı çatışma bağlamında ve bu çatışmayla ilgili olarak meydana gelen eylem" olduğunu belirtir. Daire, "eylemin (*conduct*)" kültürel eserlere yapılan saldırı olduğunu ve bu unsurun gerektirdiği hususun ise özel bir husumetle olan bağlantı olmadığını; daha genel anlamda uluslararası olmayan silahlı çatışma olduğunu kabul eder.

2. Sorumluluk Türleri

19. Kişinin, Statü'nün 25/3 (a) madde hükmü kapsamında diğerleri ile iştirak halinde işlenen bir suçun müşterek faili olduğunun sübut bulması için aşağıdaki hususların kanıtlanması gereklidir:

1. Kişinin, suçun işlenmesinin engellenmesine olanak tanıyacak şekilde önemli bir katkıda bulunması,
2. Kişinin sağladığı katkının, suçun işlenmesine yol açan diğer kişilerle vardığı anlaşma çerçevesinde gerçekleşmesi,
3. Kişinin, suçun subjektif unsurlarını gerçekleştirmesi.

20. Bu kararın daha sonraki bölümlerinde belirtilen gerekçelerle, İddia Makamı tarafından isnat edilen ve Ön Yargılama Dairesi tarafından kabul edilen alternatif sorumluluk türleri açısından gerekliliklerin belirtilmesine gerek duyulmamıştır.

3. Statü'nün 65. Maddesi

21. Mahkemede 65. madde ilk kez ele alındığı için Daire, bu hükmün kökenini ve amacını kısaca ele alacaktır.

22. 1994 yılında hazırlanan Uluslararası Ceza Komisyonu Statüsü Taslağı, davaya bakan Dairenin, sanığa “suçluğunu kabul etmesine veya reddetmesine” olanak tanımasını gerekli kılmıştır. Bu hüküm kısa süre içerisinde ihtilafa neden olmuştur. 1995 yılında hazırlanan Geçici Komite Raporunda, “suç ikrarının etkisinin, Kıta Avrupası ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemleri arasındaki farklılıklar bakımından dile getirilmesinin gerekli olacağı” görüşünün bazı heyetlerce dile getirildiği ve “Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların önemi bakımından, itham/ceza pazarlığına müsaade edilmesinin uygun olmayacağı” görüşünün dile getirildiği belirtilmiştir. Bu hususta 1996 yılında düzenlenen Hazırlık Komitesi raporunda “farklı hukuk sistemlerdeki ortak yanların tespit edilmesine verilen öneme binaen [...] farklı yasal sistemler arasındaki boşluğun kapatılması gerekliliğine vurgu yapıldığı” dile getirilmiştir.

23. Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukuk Sistemleri, genel olarak, suçun ikrarının oynadığı rol açısından birbirinden ayrılmaktadır. Bu durum, ceza yargılama usulünün mahiyetine ilişkin anlayışlarda daha derin geleneksel farklılıkların göstergesidir:

“Yargılamaların, davaya ilişkin olay ve olguların resmi olarak tespit edildiği modele göre yürütülmesi halinde, savunma (pleading) ve taahhütlere

(stipulations) itirazda bulunabilir [...]. Diğer taraftan ise yargılamaların esasen çekişmeye konu olması ve verilen hükmün, itirazda bulunan kişiler arasındaki kararın teşkil ettiği durumlarda, bu usuli modelin mantığı, doğal olarak, savunma ve taahhütlerin kabul edilmesi eğilimindedir.”

24. Statü'nün 65/1 ile 4. madde hükümlerini teşkil eden ilk metin, 1996 yılında dağıtılan Arjantin'e ait ön rapordur. Bu tasarı ile geleneksel Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerine ait kavramları harmanlayan ara bir çözüm teşkil etmesi amaçlanmıştır. Arjantin ve Kanada tarafından ortak hazırlanan izleme tasarısı, Kıta Avrupası veya Anglo-Sakson Hukuk Sistemleri uygulamalarında kullanılan birbirine yakın terminolojinin ortaya çıkmasını engellemek suretiyle “suçun kabulü (*admission of guilt*)” terimini ileri sürmüştür.

1996 yılında hazırlanan tasarılar sonrasında hükümde yapılan en büyük değişiklik, daha sonra Statü'nün 65/5. madde hükmünü teşkil edecek olan kuraldır. Bu hüküm, suçun kabulü yöntemlerinin itham/ceza pazarlığı uygulamasına yol açmadığını temin etmek isteyen bu heyetlerin kaygılarını gidermek için kabul edilmiştir. Bu, genel surette suçun ikrarından farklı bir husustur; çünkü taraflar arasında herhangi bir anlaşma olmaksızın suçluluğun kabul edilmesi mümkündür. 65/5. madde hükmü ile taraflar arasındaki müzakerelerin davaya bakan Daire üzerinde bağlayıcı olmadığını açıkça düzenlenmektedir. Bu hüküm, itham/ceza pazarlığı sürecinin avukatı ve kuşku duyanlar açısından da kabul edilebilirdir.

26. Söz konusu taslakta, 1997 yılındaki Hazırlık Komitesinden bu yana birkaç esaslı değişiklik yapılmıştır ve 65. madde Statü'nün geri kalan kısımları ile birlikte 17 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilmiştir.

27. Statü'nün 65. maddesinin son bölümünde yer verilen çözüm geleneksel Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi yaklaşımları arasında “üçüncü çözüm yolunu (*third avenue*)” öngörmektedir. Statü'nün 64/8 (a) ve 65. maddeleri uyarınca, sanığa yargılamanın başlangıcında suçu ikrar etme olanağı sunulmaktadır. Bu uygulama, geleneksel Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde uygulanmakta olan “suç ikrarı (*guilty plea*)” uygulamasından farklı olmayan bir usuldür. Statü'nün 65/5. maddesi, Anglo-Sakson Hukuk Sistemlerinde itham/ceza pazarlığına karşılık gelen müzakerelere zımni olarak izin vermektedir. Ancak, 65. madde Dairenin, özellikle suçun ikrarını “sunulan ilave delillerle birlikte” değerlendirmesini gerekli kılmak suretiyle suç ikrarının “davaya özgü olaylarla desteklendiği” sonucuna varması gerektiğini gerekli kılar. Bu durum, Kıta Avrupası hukuk sistemleriyle geleneksel olarak ilgili olan özet veya kısa usulle (*summary or abbreviated procedure*) daha fazla benzerlik göstermektedir.

28. Daire tarafından kabul edildiğinde bu ikrarlar, Mahkeme açısından ve daha genel anlamda adalet bakımından çeşitli yararların ortaya çıkmasına vesile olabilecektir. Suçun kabulü, emsalsiz bir zaman diliminde daha çok ihtiyaç duyulan bir kesinlik sağlayarak davanın daha hızlı şekilde çözüme kavuşturulmasına olanak tanıyabilir. İfade vermek isteyen tanıklar olabileceği gibi kişisel trajedilerini anlatma stresini yaşamamayı ve çapraz sorguya maruz kalmamayı tercih eden tanıklar da mevcut olabilir. Bir anlaşma uyarınca suçunu kabul eden bir sanığın daha sonraki yargılamalar esnasında tanıklık edecek olması, olaya iştirak eden kişi (*insider*), diğerlerine karşı tanıklık edeceği için gerçeğin aranıp ortaya çıkarılmasına katkı sağlayabilecektir. Belki de her şeyden önemlisi, suçun kabulünün ardından çözüme kavuşturulabilecek davalardaki çabukluk, Mahkemenin hem zaman hem de kaynaklardan tasarruf etmesini sağlar. Böylece tasarruf sağlanan zaman ve kaynaklar diğer açılardan uluslararası adaletin ilerlemesini sağlamak için harcanabilecektir.

B. DAVAYA ÖZGÜ SÜBUT BULAN OLAYLAR

29. Daire, bu bölümde, davanın sübut bulan olaylarının neler olduğunu tespit edecektir. Daire, bu tespitini Statü'nün 65/1 (c) maddesi uyarınca yapmalıdır. "Suçun kabulünün davaya özgü olaylarla desteklenip desteklenmediği" hususunun tespit edilmesi amacıyla Daire, üç tanığın ifadesine başvurmuş ve İddia Makamı tarafından ibraz edilen ve sanık tarafından kabul edilen yüzlerce yazılı delil niteliğindeki materyali incelemiştir. Sübut bulan her olay için Daire şu hususlara istinad etmiştir: (i) Sanığın kabul niteliğindeki beyanları; (ii) İddia Makamı tarafından sunulan ve sanık tarafından kabul edilen ilave materyaller (iii) bu Daire huzuruna çıkan tanıkların ifadeleri. Delillerin değerlendirmesinde işbirliği gerekliliği mevcut olmamasına rağmen Daire, delillerin Sanığın kabul niteliğindeki beyanlarından bağımsız olarak olayların sübut bulup bulmadığı hususuna özellikle dikkat etmiştir.

30. Daire başlangıçta, Al Mahdi'nin hem sözlü hem de yazılı olarak,

(i) Hakkındaki suçlamanın mahiyetini ve suçunu kabul etmesinin sonuçlarını anladığını,

(ii) Müdafisi ile yeterli ölçüde müzakerede bulunduktan sonra gönüllü olarak suçunu kabul ettiğini,

(iii) (a) hakkındaki suçlamayı reddetme ve İddia Makamından tam yargılama (*full trial*) aşamasında makul şüphelerin ötesindeki suçlamaları kanıtlamasını gerekli kılma; (b) suçunu itiraf etmeme ve sessiz kalma; (c) cezai sorumluluğunu

önlemek için savunmada bulunma ve gerekçeler ileri sürme ve tam yargılama esnasında kabul edilebilir deliller sunma; (d) yargılama esnasında aleyhindeki tanıklara sorular yöneltme ve kendi lehine olan tanıkların dinlenmesini isteme; (e) verilen cezanın önerilen ceza aralığından fazla olmaması koşuluyla hakkındaki mahkûmiyet hükmünü ve verilen cezayı temyiz etme haklarından feragat ettiğini,

(iv) İddia edilen tüm sorumluluk türleri dâhil hakkındaki suçlama için bireysel olarak cezai sorumluluğunu kabul ettiğini, teyit eder. Anlaşmada suçlamanın değiştirilmesi öngörülmektedir.

1. Bağlam

31. 2012 yılının Ocak ayında, Mali topraklarında silahlı şiddet içerikli olaylar meydana gelmiş ve ülkenin kuzeyini kontrol altına alan farklı silahlı örgütlerin çıkmasına yol açmıştır. 2012 yılının Nisan ayının başlarında, Mali Silahlı Kuvvetlerinin geri çekilmesi üzerine Ansar Dine ve Mağrip El-Kaide (AQIM) isimli örgütler Timbuktu'nun kontrolünü ele geçirmişlerdir. Bu tarihten Ocak 2013'e kadar Ansar Dine ve AQIM örgütleri, Timbuktu topraklarında yaşayan halka kendi dini ve siyasi emirlerini empoze etmişlerdir. Bunu İslam mahkemesinden, İslam kolluk kuvvetlerinden, medya komitesi ve ahlaktan sorumlu teşkilattan oluşan yerel hükümet aracılığıyla yapmışlardır. Ahlaktan sorumlu bu teşkilata *Hesbah* adı verilmiştir.

32. Kısa bir süreliğine Cezayir'de yaşayan Al Mahdi, bu silahlı hareketlere destek sağlamak amacıyla Nisan ayının başlarında Mali'ye dönmüştür. Al Mahdi aralarında İyad Ag Ghaly (Ansar Dine'nin lideri), Abou Zeid (silahlı örgütlerin kontrolünde olan Timbuktu Valisi), Yahia Abou Al Hammam (AQIM lideri) ve Abdallah Al Chinquetti (AQIM örgütü içerisindeki din bilgini) bulunan Ansar Dine ve AQIM örgütlerinin liderleri ile doğrudan irtibat halindeydi. Al Mahdi, dini konularda uzman olarak kabul edilmekteydi ve bu sıfatla kendisine başvuruluyordu. Başvuranlar arasında İslam mahkemesi de bulunmaktaydı. Al Mahdi, Ansar Dine ve AQIM yönetiminde oldukça aktif rol oynamaktaydı.

33. Abou Zeid, Al Mahdi'den *Hesbah*'ı yönetmesini istemiştir. Al Mahdi ise 2012 yılının Nisan ayında kuruluşundan Eylül 2012 tarihine kadar *Hesbah*'ı yönetmiştir. *Hesbah*'ın rolü ve hedefleri hakkında bir belge hazırlamış ve bu belge daha sonra kurulan diğer sözde hükümet birimlerine dağıtılmıştır. *Hesbah*, Timbuktu halkının ahlak ve erdemini sağlamakla ve işgalciler tarafından algılanan ve gözle görülür şekilde ahlak bozukluğu teşkil eden durumları önlemekle, bastırmakla ve ortadan kaldırmakla görevlendirilmiştir.

2. Anıt Mezarlara ve Camilere Saldırı Düzenlenmesi Kararı

34. Evliyaların anıt mezarları ve Timbuktu camileri, Timbuktu sakinlerinin dini yaşamlarının ayrılmaz bir parçasıdır. Timbuktu'nun anıt mezarları ve camileri, toplumun kültürel mirasını oluşturmaktadır. Bu anıt mezarlar, bölgede yaşayanlar tarafından sık sık ziyaret edilmektedir. Bu mezarlar, ibadet yeridir ve bazıları için ise hac ibadeti yerleridir.

35. Abou Zeid ve işbirlikçilerine, Timbuktu halkının anıt mezarlara ilişkin eylemleri bildirildiğinde Al Mahdi, bölgede yaşayan halk tarafından ziyaret edilen mezarlıkların gözetlenmesini istemiştir. Buradaki amaç bu uygulamalara son vermek için halk arasındaki farkındalığı artırmaktı ve gerekmesi halinde bu eylemlerde bulunmalarının yasaklanmasıydı. Al Mahdi, bu takip işlemini yaklaşık bir ay boyunca sürdürmüş ve anıt mezarlarda halkın sergilediği davranışlara ilişkin notlar almış, yerel dini liderlerle buluşmuş ve anıt mezarlarda ne yapılabileceğini yapılamayacağını telsizle bildirmiştir.

36. 2012 yılının Haziran ayının sonlarına doğru Ag Ghaly, Al Chinguetti ve Al Hammam ile müzakere ettikten sonra anıt mezarları yok etme kararı almıştır. Abou Zeid bu kararın alınmasından önce Al Mahdi'ye de danışmıştır. Al Mahdi, tüm İslam hukukçularının mezarların üzerinde bir yapının inşa edilmemesi gerektiğinde hem fikir olduğuna ilişkin görüşünü ifade etmiş; ancak, bölge halkı ile işgalci gruplar arasındaki ilişkileri devam ettirmek amacıyla anıt mezarların yok edilmemesi tavsiyesinde bulunmuştur. Yine de, Ag Ghaly, kararın uygulanması yönündeki talimatını Abou Zeid'e iletmiştir. Abou Zeid de, *Hesbah*'ın sorumlusu sıfatıyla bu talimatı Al Mahdi'ye iletmiştir.

37. İlk çekincelerine rağmen Al Mahdi, talimatı alır almaz tereddüt göstermeden saldırıyı gerçekleştirmeyi kabul etmiştir. Al Mahdi, bu bölgelere saldırı düzenlenmesine ilişkin genel planın amacının farkındaydı. Al Mahdi, anıt mezarların yok edilmesine ilişkin bir hutbe (*sermon*) kaleme almış ve bu hutbe, saldırıya geçilmeden önce Cuma namazında okunmuştur. Al Mahdi daha sonra saldırı düzenlenecek yapılara hangi sırayla saldırı düzenleneceğine bizzat karar vermiştir.

38. Saldırı, 30 Haziran 2012 ile 11 Temmuz 2012 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. Timbuktu'da yer alan en önemli ve tanınmış on bölgeye, Al Mahdi ve aynı ortak plan çerçevesinde hareket eden diğer kişiler tarafından saldırı düzenlenmiş ve bu yerler yok edilmiştir:

(i) 30 Haziran 2012 tarihinde Sidi Mahamoud Ben Omar Mohamed Aquit Anıt Mezarı: Al Mahdi ve Al Chinguetti'nin eşliğinde 60 kişi tarafından anıt mezar

yerle bir edilmiştir. Silahlı adamlar, anıt mezarların yok edilmesinde aktif olarak görev alanların güvenliğini sağlamışlardır.

(ii) 30 Haziran 2012 tarihinde Şeyh Mohamed Mahmoud Al Arawani Anıt Mezarı: tamamen yok edilmiştir.

(iii) 30 Haziran 2012'de, Sidi El Muhtar Kabristanında yer alan ve Mali'den ve dışarıdan hacılar tarafından ziyaret edilen Şeyh Sidi El Mokhtar Ben Sidi Mouhammad Al Kabir Al Kounti Anıt Mezarı: Al Mahdi, tahribatı denetlemiş ve saldırganlara araç gereçlerin yanı sıra talimatlar da vermiştir. Söz konusu bölgede, Al Mahdi, orada bulunan gazetecilere, bu mezarın, diğerlerinden daha yüksek olduğunu; boyunun ayarlanması gerektiğini [...], uygun olmayan her şeyin temizleneceğini söylemiştir.

(iv) 30 Haziran 2012'de, Alpha Moya Kabrinde bulunan ve dua edilmesi ve adak adanması amacıyla ziyaret edilen Alpha Moya Anıt Mezarı: Al Mahdi, saldırıya doğrudan katılmış ve Abou Zeid ise saldırının gerçekleştirildiği zamanda bölgeyi ziyaret etmiştir. Daha önceden olduğu gibi, tahribatı gerçekleştiren kişileri koruyan 30 savaşıdan oluşan bir güvenlik kordonu mevcuttu.

(v) Bir sonraki gün yani 1 Temmuz 2012'de, ruhsal inziva ve tefekkür yeri olan, Üç Evliyalar Kabristanında yer alan Şeyh Mouhamad El Mikki Anıt Mezarı tamamen yok edilmiştir.

(vi) 1 Temmuz 2012'de, Üç Evliyalar Kabristanında yer alan on altıncı yüzyılda inşa edilen Şeyh Abdoul Kassim Attouaty Anıt Mezarı tamamen yok edilmiştir.

(vii) 1 Temmuz 2012, Üç Evliyalar Kabristanında yer alan Şeyh Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi Anıt Mezarı: Al Mahdi, saldırıya bizzat katılmıştır. Saldırı sonucunda anıt mezar tamamen yok edilmiştir.

(viii) 2 Temmuz 2012, Sidi Yahya Camii kapısı: Efsaneye göre bu kapı, 500 yıl boyunca açılmamıştır ve bu kapının açılması Kıyamet Gününün gelmesine neden olacaktır. Al Chinguetti; Al Mahdi'ye kapının açılması gerektiğini söylemiş ve her ikisi de *Hesbah* sermayesi ile alınmış kazmalar ile bölgeye gitmiştir. Al Mahdi, saldırı devam ederken gazetecilere tahribat hakkında bilgi vermiştir:

“Burada gördükleriniz, batıl inançların, sapkınlıkların ve putperestliğe yol açabilecek tüm şeylere veya hileye son vermenin yollarından biridir. Sidi Yahya isimli tarihi camide bir kapı olduğunu duyduk. İnanışa göre, kapının açılması halinde, Kıyamet Günü (Day of Ressurrection) başlayacaktır. Yaptığımız araştırma sonrasında bunun, eski bir caminin avlusunda bulunan kullanımı yasaklanmış bir kapı olduğunu tespit ettik. Kapının kullanılması yasaklanmış ve tuğlayla

örülmiştir. Zamanla, bu kapının açılması halinde Kıyamet/Yeniden Diriliş meydana geleceği miti ortaya çıkmıştır. Bu mitlerin; cahil olmaları ve dinden uzak olmaları nedeniyle bunun doğru olduğuna inanacak olan cahillerin inançlarını zapt etmesinden endişe duyuyoruz. Bu nedenle bu kapıyı açmaya karar verdik."

(ix) ve (x) 10-11 Temmuz 2012'de, Djingareyber Camiinin bitişğinde bulunan iki anıt mezar (özellikle Pazartesi ve Cuma günleri ve önemli dini kutlamalar nedeniyle ziyaret edilir): Al Chinguetti, saldırı düzenlenmesini kabul eden ve yöneten Al Mahdi'den anıt mezarları yok etmesini istemiştir. Al Mahdi, tahribat işlemlerine bizzat katılmış ve bir noktada buldozer kullanılması gerektiğine karar vermiştir. Saldırıyı düzenleyenler molozları tahribat işleminin sonuna doğru temizlerken diğerlerinin arasından Abou Zeid ve Al Chinguetti destek vermek ve desteklerini göstermek için alana gelmişlerdir. Yok edilen anıt mezarlar, Ahmed Fulane Anıt Mezarı ile Bahaber Babadie Anıt Mezarıdır.

39. Tüm bu alanlar, dini ve tarihi eserlere ayrılmıştır ve askeri amaçlı kullanılmamıştır. Şeyh Mohamed Mahmoud Al Arawani Anıt Mezarı haricindeki tüm bu yapılar UNESCO Dünya Mirası listesi kapsamında korunmaktaydı.

40. Al Mahdi, saldırıları müşterek olarak kontrol ettiğinin ve bu saldırıların düzenlenmesi olayına karıştığının farkındaydı. Al Mahdi, saldırılara aşağıdaki şekilde katkı sağlamıştır:

(i) *Hesbah'*ta yer alan adamlarını kullanmak ve faaliyetlere katılmak için gelen diğer saldırganları gözetlemek suretiyle faaliyetlerin yürütülmesini denetlemiştir.

(ii) Saldırının başarılı şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli araçları temin etmiş, satın almış ve dağıtmıştır.

(iii) Saldırılarının düzenlendiği tüm alanlarda bizzat bulunmuş, talimat ve manevi destek vermiştir.

(iv) En az beş bölgenin tahribatına yol açan saldırıya bizzat katılmıştır: (a) Alpha Moya Anıt Mezarı; (b) Şeyh Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi Anıt Mezarı, (c) Sidi Yahya Camii kapısı, (d) Ahmed Fulane Anıt Mezarı ve (e) Bahaber Babadie Anıt Mezarı.

(v) Al Chinguetti tarafından görevlendirildiği üzere saldırıya ilişkin bilgi vermek ve bunları haklı gerekçelere dayandırmak için gazetecilerle iletişim halinde olmaktan sorumluydu.

41. Saldırı esnasında düzenlenen bu basın toplantılarından birinde, Al Mahdi aşağıdakileri dile getirmiştir:

“Bu evliyalar hakkındaki gerçeği bilmiyorum. Biz sadece, bazı kendini bilmezlerin, Allah'ın kendilerini koruması için bu yerlere gelip buralardan toprak aldıklarını biliyoruz. Bu nedenle, bu kampanyanın imamlar ile işbirliği halinde sarf edilen çaba olduğunu düşünüyoruz. [...] Biz sadece mezarların üzerindeki yapılara ve dışarıdan camiye bitişik olan mezarlara dikkat ediyoruz. [...] Bu yapıların yok edilmesi hususuna gelince, [...] bu hususu kademeli olarak uyguladığımızı düşünüyoruz ve insanlara neyin doğru, neyin yanlış olduğunu anlatmak için dört ay harcadığımız için şimdi alınan kararın uygulanma vaktidir.”

C. TESPİTLER

42. Saniğin, açık duruşmadaki beyanları ve varılan anlaşma temelinde Daire, Saniğin suçun kabulü uygulamasının mahiyetini ve sonuçlarını anladığı ve Saniğin müdafisi ile yaptığı yeterli ölçüdeki görüşmeler akabinde gönüllü olarak suçlamayı kabul ettiği kanaatine varmıştır. Yukarıda yer alan “davaya özgü sübut bulan olaylar” bölümüne atfen Daire, suçun kabulünün davaya özgü olaylarla desteklendiği sonucuna varmıştır.

43. Daire sunulan ilave delillerle birlikte suçun kabul edilmesinin isnat edilen suçun sübut bulduğuna ilişkin temel olguları karşıladığını ve başkaca geçerli karşı ispat niteliğinde savunma olmadığını makul şüphenin ötesinde tespit etmiştir.

44. Daire özellikle, anlaşma ve Al Mahdi'nin ikrarlarının her ikisinin de tamamen inandırıcı ve güvenilir olduğu kanaatine vardığını vurgulamıştır. Al Mahdi, söz konusu olaylara ilişkin ayrıntılı detay bilgiler vermiş; hatta sıklıkla suçlamaların kanıtlanması için kesin surette gerekli olmayan özel bilgileri kendi isteğiyle aktarmıştır. Daire, Al Mahdi'nin açıklamalarının neredeyse tamamını nezdinde bulunan delillerle bağımsız şekilde destekleyebilmiştir. Bu durum da Al Mahdi'nin anlatımlarının tamamıyla doğru olduğunun önemli bir göstergesidir.

1. Statü'nün 8/2 (e) (iv). Madde Hükmüne İlişkin Tespitler

45. Dava konusu olaylar, *Hesbah'*ın yöneticisi sıfatıyla Al Mahdi'ye yukarıdaki bölümde anlatıldığı üzere 10 anıt mezarın ve bir caminin yok edilmesine ilişkin planı uygulama görevi verilmiştir. Al Mahdi ve beraberindekiler, bu yapılara saldırı düzenlemiş ve saldırılar sonucunda yapılar yok olmuş veya büyük ölçüde zarar görmüştür.

46. Bu anıt mezarların ve camilerin tamamı, Timbuktu'daki kültürel yaşamında üstlendikleri roller ve bunların dokuz tanesinin UNESCO Dünya Mirası alanları arasında yer alması ile ortaya konulduğu üzere, hem dini yapı hem de tarihi eser olarak tanımlanmaktadır. UNESCO'nun bu yapıları belirlemesi, yapıların uluslararası kültürel miras bakımından özel önemini ortaya koymakta ve bu bağlamda "kültürün geniş çapta yayılması ve insanlığın adalet, özgürlük ve barış konularında eğitilmesi, insanların haysiyeti açısından vazgeçilmezdir ve tüm ulusların karşılıklı yardımlaşma ve alaka ile yerine getirmesi gereken kutsal bir görev teşkil etmektedir". Bu anıt mezarlara ve camiye saldırı düzenlenmesi, bu değerlere açıkça hakaret (*affront*) teşkil etmiştir. Bu husus, Al Mahdi tarafından da Djingareyber Camisine düzenlenen saldırı esnasında şöyle dile getirilmiştir:

"Bu cami, belki de şehirdeki en eski yapıdır ve [...] Dünya Mirası listesinde yer aldığı için miras alanı olduğu değerlendirilmektedir. Türbelere ilişkin birçok söylenti mevcuttur [...]. Bu UNESCO saçmalıkları [...] bunun bir miras olduğunu düşünüyorlar. 'Miras' kavramına ibadet eden inekler ve ağaçlar dâhil midir?"

47. Bu yapılar saldırıların hedefi olduğu aşikârdır. Delillerle ortaya konulduğu üzere saldırganlar bir yapıdan diğerine nispeten kısa süre zarfında gitmişlerdir.

48. Daire ayrıca uygulanan genel yöntemi dikkate almıştır. Saldırı esnasında uygulanan yöntem göre bu yapıların her birine saldırılar düzenlenirken müşterek aletler kullanılmış ve saldırganları koruyan silahlı muhafızlar süreçte yer almıştır. Al Mahdi'nin, düzenlenen operasyonun amacının yapıları yok etmek olduğu yönündeki beyanlarının yanı sıra saldırının koşulları; failerin saldırının hedefi olacak şekilde bu yapıları hedef aldığını ortaya koymuştur.

49. Daire, bu eylemlerin, Malili Hükümet görevlileri ile aralarında Ansar Dine ve AQIM'in bulunduğu çeşitli gruplar arasında meydana gelen uluslararası nitelikte olmayan silahlı bir çatışma bağlamında meydana geldiğine ve bu çatışmayla ilgili olduğuna ikna olmuştur. Deliller, Ansar Dine ve AQIM'nin söz konusu zamanda organize silahlı örgüt olarak nitelendirildiklerini ortaya koymaktadır. Daire bu bağlamda, bu örgütlerin Mali ordusunun yerini alma, Timbuktu'yu ele geçirme ve yaklaşık dokuz ay boyunca bu topraklarda bir çeşit yönetim idame ettirme kapasitesini dikkate almıştır. Silahlı şiddetin, iç huzursuzluklardan ve gerginliklerden ayırt edilmesi için belirli bir düzeyde asgari yoğunluğa ulaşması gerekliliğine ilişkin olarak ise Daire, bu örgütlerin uzun süre boyunca Mali'nin geniş bir kısmını kontrolleri altında tutmalarının – ve bunun orada bulunan sivil halk üzerindeki etkilerinin – çatışmaların yeterli yoğunlukta olduğunu açıkça ortaya koyduğunu dikkate almıştır. Bu silahlı

örgütlerin Timbuktu'yu ele geçirmeden (*conquest*) bu saldırıyı düzenlemeleri mümkün olmayacaktı ve saldırı esnasında belirtilen gerekçeler, silahlı örgütlerin Timbuktu ve daha genel anlamda Kuzey Mali'nin yönetiminin ele geçirilmesinde öne sürdüğü gerekçelerle aynıydı.

50. Daire ayrıca, söz konusu zaman diliminde Malili güçlerin karşısında yabancı bir müdahalenin olduğuna dair delil niteliğinde bir kayıt olmadığını ve tarafların da herhangi bir Devletin çatışmanın sınıflandırılmasını potansiyel olarak etkileyebilecek olan bir müdahalesi olduğunu iddia etmediklerini dikkate almıştır. Bu durum, silahlı çatışmanın uluslararası düzeyde meydana geldiğine veya başlangıçtan itibaren uluslararası olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin bir delil bulunmadığını ortaya koymaktadır.

51. Al Mahdi'nin ve saldırganların Timbuktu'da yerleşik olduğu ve Ansar Dine'nin yönetiminde hareket ettiklerini dikkate alarak Daire; failerin silahlı çatışmayı oluşturan fiili koşullardan haberdar oldukları kanaatine varmıştır.

52. Bu tespitler ışığında Daire, korunmakta olan eserlere saldırı düzenlenmesi şeklinde meydana gelen savaş suçunun unsurlarının mevcut olduğu sonucuna varmıştır.

2. Statü'nün 25/3 (a) Madde Hükmüne (Suçun İştirak Halinde İşlenmesi) ve Diğer Sorumluluk Türlerine İlişkin Tespitler

i. 25/3 (a) Madde Hükmü – Suçun İştirak Halinde İşlenmesi

53. Daire, Al Mahdi'nin suçun işlenmesinde üstlendiği role, saldırının planlanması ve hazırlık aşamasına dâhil olmasına ilişkin tespitlerini dikkate alır. Al Mahdi, Ansar Dine ve AQIM tarafından Timbuktu'nun işgalinden sonra kurulan dört temel oluşumdan birisi olan *Hesbah*'ın yöneticisidir. Yapıların yok edileceği sırayı belirlemek, gerekli lojistik ayarlamaları yapmak ve basın toplantılarıyla dış dünyaya, gerçekleştirilen saldırıyı haklı göstermek suretiyle saldırının uygulanma aşamasından tamamıyla sorumluydu. Al Mahdi, saldırıyı bizzat denetlemiş, saldırının düzenlendiği alanların tamamında bizzat bulunmuş ve koruma altındaki yapıların beşinin yıkımına doğrudan katılmıştır. Daire, Al Mahdi'nin sağladığı katkıların, suçun işlenmesinin engellenmesine ilişkin sonuç olarak ortaya çıkan yetki bağlamında bir bütün halinde esaslı bir katkı olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatine varmıştır.

54. Daire, Al Mahdi'nin oynadığı rolün, diğerleri ile yapılan bir anlaşma çerçevesinde meydana geldiğine ve bu anlaşmanın da suçların işlenmesine yol açtığına ikna olmuştur. Bu durum şu hususlarla ispat edilmiştir: (i) Al Mahdi'nin

Ansar Dine liderliğinde oynadığı rol; (ii) Ag Ghaly ve diğer liderlerce alınan anıt mezarlara/camilere saldırı düzenlenmesine ilişkin etkili karar; (iii) Al Mahdi'nin saldırı öncesinde yapıların derhal yok edilmesine ilişkin hutbesi; (iv) Al Mahdi'nin yapıların yok edileceği sırayı belirlemesi ve (v) saldırının eşgüdümlü ve müzakere edilmiş şekilde gerçekleştirilmesi.

55. Al Mahdi'nin çoğu olaya doğrudan katılması ve saldırıların haklı gösterilmesi için basın sözcülüğü olarak üstlendiği rolü dikkate alan Daire; Al Mahdi'nin suçların öznel unsurlarını bizzat karşıladığı kanaatine varmıştır.

56. Bu gerekçelerle Daire, 25/3 (a) hükmünün (suçun iştirak halinde işlenmesi) tüm unsurlarının gerçekleştiğine hükmetmiştir.

ii. Diğer Sorumluluk Türleri

57. Daire, diğer sorumluluk türlerinin yanı sıra suçun iştirak halinde işlendiği hususunun Ön Yargılama Dairesi tarafından teyit edildiğini dikkate alır. Bu sorumluluk türleri şunlardır: (i) 25/3 (b) madde hükmü (teşvik ve kışkırtma); (ii) 25/3 (c) madde hükmü (yardım ve yataklık) ve (iii) 25/3 (d) madde hükmü (başka bir şekilde katkıda bulunma). Al Mahdi, suçun iştirak halinde işlenmesi dâhil tüm sorumluluk türlerinin sübut bulduğunu kabul etmiştir.

58. Temyiz Dairesi², Statü'nün fail (25/3 (a) madde hükmü) ve suç ortağı (25/3 (b) ile (d) madde hükümleri) sorumlulukları arasında ayrıma gittiğini dikkate almıştır. Failler, "genel anlamda ve diğer tüm koşulların eşit olması halinde bile" suç bağlamında daha fazla sorumludur. Bu genel kural uyarınca, Dairenin suçun iştirak halinde işlendiğine ilişkin tüm unsurların oluştuğuna kanaat getirdiği dikkate alındığında, suç ortaklığı sorumluluğu türlerine ilişkin ayrıca inceleme yapılmasına gerek yoktur.

59. Daire ayrıca, Ön Yargılama Dairesinin, Al Mahdi'nin yıkımına bizzat katılım sağladığı beş yapı için 25/3 (a) madde hükmünde öngörülen doğrudan faillik unsurunun sübut bulduğunu teyit ettiğini dikkate almaktadır. Yukarıdaki değerlendirmeler temelinde ve Statü'nün 8/2 (e) (iv) madde hükmünde, söz konusu yapının yok olup olmadığına bakılmaksızın saldırı düzenlenmesi eyleminin suç teşkil ettiğinin öngörüldüğünü dikkate alan Daire, Al Mahdi'nin hem doğrudan faillik hem de müşterek faillik unsurlarının tamamını karşıladığı kanaatine varmıştır. İddia Makamı, doğrudan faillik yerine müşterek faillik

² Çevirenin notu: Burada ve devam eden maddelerde Temyiz Dairesi (*the Appeals Chambers*)'nden bahsedilirken, Mahkemenin Temyiz Dairelerinin daha önce verdiği kararlara atf yapılmaktadır. Zira Al Mahdi kararı üzerinde bir temyiz incelemesi yapılmamıştır.

nedeniyle mahkûmiyetin “sanığın şahsi cezai sorumluluğunu tam ve doğru şekilde yansıtaçağını” beyan etmiştir. Ne Savunma Makamı ne de mağdurların yasal temsilcileri bu hususta görüş bildirmişlerdir.

60. Statü’de veya Temyiz Dairesi içtihatlarında, Statü’nün 25/3 (a) madde hükmünde öngörülen varyasyonlara ilişkin bir bulgu mevcut değildir. Bu bağlamda Daire de bu varyasyonlardan birinin tespitinin gerekli veya uygun olduğunu düşünmemektedir. Daire, Statü’nün 25/3 (a) hükmü kapsamındaki farklı varyasyonlara ilişkin tüm unsurların doğrulanması halinde, sanığın şahsi cezai sorumluluğunun tam kapsamını en iyi şekilde yansıtan sorumluluk türünü seçmesi gerektiğini değerlendirmektedir. Sanık, her olay için veya suç teşkil eden davranışın farklı türü için 25/3 (a) hükmünde öngörülen tek bir sorumluluk türü üzerinden mahkûm edilebilecektir. Aksine bir hüküm, sanığın sorumluluğunun adil şekilde tanımlanmasına önemli bir katkı sağlamayacak olup aynı zamanda sanıkların aynı suçtan dolayı iki kez cezalandırılmasına neden olacaktır.

61. İddia Makamı tarafından ileri sürüldüğü üzere, Daire; Al Mahdi’nin 10 yapının tamamına karşı düzenlenen tüm saldırıyı yönettiğini ve müşterek faillik kavramının, sanığın sadece fiziksel katılımını değil; aynı zamanda işlenen suçlara ilişkin yetki durumunu içerdiğini dikkate alır. Daire, müşterek fail sıfatıyla 10 anıt mezarın / caminin tamamına düzenlenen saldırılara katılmasının, Al Mahdi’nin cezai sorumluluğunu en iyi şekilde yansıttığını tespit etmiştir. Bu tespit temelinde, Al Mahdi’nin saldırılardan beşine doğrudan katılımının; Dairenin suç teşkil eden ortak plan uyarınca isnat edilen suçlara esaslı bir katkı sağladığı yönünde vardığı sonucu destekler niteliktedir.

D. SONUÇ

62. Sanığın suçu kabul etmesi hususu, yapılan duruşmalar ve ileri sürülen deliller ışığında Daire; isnat edilen suçun esas niteliğindeki tüm olaylarının ispat edildiği hususunda makul şüphenin ötesinde (*beyond reasonable doubt*) ikna olmuştur.

63. Statü’nün 8/2 (e) (iv), 25/3 (a) ve 65/2 maddeleri uyarınca, Daire; Al Mahdi’nin yaklaşık 30 Haziran 2012 ile 11 Temmuz 2012 tarihleri arasında Mali/Timbuktu’da bulunan korunmakta olan eserlere karşı düzenlenen saldırılara müşterek fail olarak katılma suçundan mahkum edilmiştir: (i) Sidi Mahamoud Ben Omar Mohamed Aquit Anıt Mezarı; (ii) Şeyh Mohamed Mahmoud Al Arawani Anıt Mezarı; (iii) Şeyh Sidi El Mokhtar Ben Sidi Mouhammad Al Kabir Al Kounti Anıt Mezarı; (iv) Alpha Moya Anıt Mezarı; (v) Şeyh Mouhamad El Mikki Anıt Mezarı; (vi) Şeyh Abdoul Kassim Attouaty Anıt Mezarı; (vii) Şeyh Sidi Ahmed

Ben Amar Arragadi Anıt Mezarı; (viii) Sidi Yahya Cami kapısı ve Djingareyber Camisi yanında bulunan (ix) Ahmed Fulane Anıt Mezarı; ve (x) Bahaber Babadie Anıt Mezarı isimli iki adet anıt mezarı.

III. HÜKÜM

64. Al Mahdi'nin, müşterek fail sıfatıyla, yukarıda anılan koruma altındaki eserlere kasten saldırı düzenlemekle sorumlu olduğu sonucuna varan Daire, sanık hakkında verilecek uygun cezayı tayin etme aşamasına geçecektir. Taraflarca ve katılanlar tarafından ibraz edilen beyanlar yapılan inceleme aşamasında ele alınacaktır.

A. İLGİLİ HUKUK

65. Daire, sanık hakkında uygun cezanın tayin edilmesi amacıyla, diğer hükümlerin yanı sıra Statü'nün 23, 76, 77 ve 78. maddeleri ile İchtüzüğün 145. maddesini dikkate almıştır.

66. Daire, Statü'nün 77 ve 78. maddelerinde, suç nedeniyle bir ceza öngörülmediğini belirtir. Ancak, Statü'nün Giriş Bölümünde, uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren çok ciddi suçların cezasız kalmaması gerektiği dile getirilmektedir. Ayrıca, Mahkemenin kuruluşunda Taraf Devletler, bu suçların faillerinin cezasız bırakılmasına son verme ve böylece bu tür suçları önleme konusunda kararlıdırlar. Bu doğrultuda Daire, Statü'nün Giriş bölümünde, sanığın Mahkeme nezdinde cezalandırılmasının temel amaçları olan cezalandırma ve caydırıcılık hususlarının düzenlendiği kanaatindedir.

67. Yaptırım/karşılık (*retribution*) hususuna ilişkin olarak Daire şu hususa açıklık getirmek ister: Bu kavram, intikam için bir istek olarak algılanmamalıdır. Ancak, suçların uluslararası toplum nezdinde kınanması için kullanılan ve uygun bir yaptırım (*proportionate sentence*) tayini ile mağdurların uğradığı zararı kabul eden, huzur ve uzlaşmanın yeniden tesis edilmesini teşvik eden bir kavramdır. Caydırma (*deterrence*) bağlamında ise Daire; verilen cezanın, mahkûm edilen kişinin tekrar suç işlemekten vazgeçirecek (*recidivism – specific deterrence/özel önleme-caydırma*) ve aynı suçları işleme niyetinde olan kişilerin bunu yapmaktan vazgeçmesini (*general deterrence/genel önleme-caydırma*) sağlayacak ölçüde yeterli olması gerektiğini düşünmektedir. Son olarak, verilen cezanın mahkûm kişinin suçunu yansıtaacağı derece, kişinin toplumla yeniden bütünleşmesini kolaylaştırma isteğini ifade etmektedir. Ancak, özellikle uluslararası ceza hukuku alanında, bu amacın temel ilke olduğu kabul edilemez ve bu nedenle söz konusu amaca çok fazla önem verilmemesi gerekir. Statü'nün 81/2 (a) maddesi

ve İctüzüğün 145/1. maddesinde öngörüldüğü ve Temyiz Dairesi tarafından vurgulandığı üzere, verilen ceza suçla ve suçlu bulunan kişinin suçuyla orantılı olmalıdır.

68. Temyiz Dairesi, Giriş bölümünde belirtilen temel hedeflerle birlikte ele alındığında, Statü ve İctüzüğün ilgili hükümlerinin, cezanın belirlenmesi için kapsamlı bir çerçeve çizdiğini tespit etmiştir. Daire, ilk olarak 78/1 ve 145/1 (c) ve 2. maddelerinde yer alan ilgili faktörler belirlemeli ve değerlendirmelidir. Daha sonra bu faktörlerin tamamı arasında İctüzüğün 145/1 (b) maddesi uyarınca denge kurmalı ve her suç için verdiği cezayı açıklamalıdır. Daire, orantılı ceza tayin ederken büyük ölçüde takdir yetkisine sahiptir. Son olarak, ceza verildiğinde, 78/2. madde hükmü, hükümlünün Mahkeme kararı ile tutuklanmasından itibaren tutuklu kaldığı sürenin verilecek cezadan mahsup edilmesini gerekli kılar.

69. 78/1. madde ile İctüzüğün 145/1 (c) maddesinde belirlenen faktörler arasındaki karşılıklı etkileşime ilişkin olarak Temyiz Dairesi, olası yaklaşımlardan hangisinin doğru olduğuna karar verilmesinin gerekli olmadığını tespit etmiştir. Daire, I. ve II. Dava Dairelerinin, 78/1. maddede yer alan faktörleri değerlendirirken 145/1 (c) maddesinde öngörülen faktörleri dikkate almıştır. Buna ilaveten, III. Dava Dairesi, bu faktörlerin bazılarının, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin varlığının değerlendirilmesine ilişkin olduğu sonucuna varmıştır. İlgili tüm faktörlere ilişkin yaptığı değerlendirmesinde Daire, 145/1 (c) madde hükmünde yer alan bazı faktörlerin, İctüzüğün 145/2. maddesinde düzenlenen hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenlerin değerlendirilmesi bağlamında ilgili olduğu kanaatine varmıştır.

70. İlgili tüm faktörleri dikkate alırken Daire, ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak, suçun ağırlığına ilişkin faktörleri iki kere hesaba katamaz. Ayrıca, suçların yasal unsuru veya sorumluluk türü, ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirilemeyecektir.

1. Suçun Ağırlığı

71. Orantılı bir ceza tayin edilmesi için kişi tarafından gerçekleştirilen eylemlerin ağırlığı, özellikle davanın kendisine özgü koşulları ışığında değerlendirilmelidir. Verilecek cezalar, bu nedenle isnat edilen suçun ağırlığını yansıtmalıdır.

72. Daire, bu bağlamda; bu kararın, Mahkemenin bir bütün olarak uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçlar açısından yargı yetkisine haiz olduğunun ve sonuç olarak, verilen cezaların bu ağırlığı karşılması gerektiği

hususları akılda tutularak okunması gerektiğini vurgular. Bununla birlikte, cezai mahkûmiyete gerekçe oluşturan tüm suçlar eş ağırlık derecesine haiz değildir ve Dairenin, örneğin kişileri hedef alan suçlar ile eşyayı/malı (*property*) hedef alan suçlar arasında ayırım yaparak her suçu değerlendirme görevi bulunmaktadır.

2. Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenler

73. Daire; makul şüphenin ötesinde ağırlaştırıcı nedenlerin var olduğuna ikna olmalıdır. Ağırlaştırıcı nedenler, bir kişinin mahkûm edildiği suçlarla veya mahkûm edilen kişinin kendisiyle ilgili olmalıdır. Hafifletici nedenin var olmaması, ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmez.

74. Daire, olasılıklar ışığında hafifletici nedenlerin var olduğuna ikna olmalıdır. Hafifletici nedenlerin doğrudan iddia olunan suçlarla ilgisi olması gerekmemektedir. Ancak hafifletici nedenler doğrudan mahkûm edilen kişiyle ilgili olmalıdır. Daire, davanın kendisine özgü koşulları ışığında, hangi hususun hafifletici neden teşkil ettiği ve bu nedene verilecek önemin belirlenmesinde önemli ölçüde takdir yetkisini haizdir. Dairenin hafifletici nedenleri dikkate alırken, bunu belirli bir başlık altında veya belirli bir kurala göre yapması gerekmemektedir. Örneğin Daire, bazı faktörleri, cezaya ilişkin hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirmek yerine suçun ağırlığına ilişkin yapacağı değerlendirmeyeyle ilgili olduğunu dikkate alabilir.

B. DEĞERLENDİRME

75. Uygun cezanın belirlenmesi için Daire şu hususları dikkate alacaktır: (i) suçun ağırlığı; (ii) Al Mahdi'nin kusurlu davranışı ve (iii) onun şahsına özgü koşullar. İçtüzüğü'nün 145/1 (c) maddesinde düzenlenen faktörler ile ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler, ilgili olduğu ölçüde değerlendirme aşamasında dikkate alınır.

1. Suçun Ağırlığı

76. İşlenen suçun ağırlığı ele alınırken Daire, özellikle neden olunan zararın boyutu, hukuka aykırı davranışın mahiyeti ve belirli ölçüde zaman, yer ve suçun işleniş biçimine ilişkin koşulları dikkate almıştır.

77. Daire, ilk olarak, bu Mahkeme tarafından suçlu bulunan diğer sanıklardan farklı olarak, Al Mahdi'ye kişilere karşı işlenen bir suçla değil; mala karşı işlenen bir suç isnat edildiğini vurgular. Daireye göre, ağır olsa bile mala karşı işlenen suçlar, genellikle kişilere karşı işlenen suçlara göre daha az ağır niteliktedir.

78. Neden olunan zararın boyutuna ilişkin olarak ise Daire, 10 mahallin çoğunluğunun tamamıyla yıkıldığını anımsatır. Ayrıca, saldırı dikkatli şekilde planlanmış ve yaklaşık 10 gün devam etmiştir. Buna ilaveten, saldırının orada yaşayan halk üzerindeki etkisi, basında yer alması nedeniyle artmıştır. Daire ayrıca, P-431 (kültürel konularda Malili uzman) ve P-151 (UNESCO uzmanı) beyanlarını dikkate almıştır. Bu uzmanlar, Timbuktu'nun efsanevi boyutu olan sembolik bir şehir olduğunu ve bölgede İslam dininin yayılmasında önemli bir rol oynadığını dile getirmişlerdir. Timbuktu, özellikle el yazmaları ve evliyalara ait anıt mezarları sayesinde Mali'nin kültürel mirasının kalbini oluşturmaktadır. Anıt mezarlar, Timbuktu tarihinin bir kısmını ve İslam dininin yayılmasındaki rolünü yansıtmaktadır. Anıt mezarlar, bunlara saygı duyan ve bağlı olan Timbuktu halkı için oldukça önemlidir. Anıt mezarlar, İslam dinine bağlılığı göstermekte olup; Timbuktu halkını koruduğu düşünüldüğü için psikolojik bir etkiye sahiptir. P-151 ayrıca Timbuktu halkının toplu şekilde, kadın, yaşlı genç demeden herkesin katılım sağladığı sembolik muhafaza olayları esnasında anıt mezarların nasıl iyi durumda kalmasını sağladıklarını anlatmıştır. Anıt mezarlar şehrin en el üstünde tutulan yapıları arasındaydı ve şehirde yaşayanlar tarafından ziyaret edilmekte, kimi zaman ibadethane kimi zaman da hac ibadeti yeri olarak kullanılmaktaydı.

79. Daire bu nedenle, hedef alınan yapıların sadece dini yapı olmayıp aynı zamanda Timbuktu halkı için sembolik ve manevi değer taşımasının, işlenen suçunun ağırlığının belirlenmesiyle ilgili bir husus olduğu sonucuna varmıştır.

80. Ayrıca, bir tanesi (Şeyh Mohamed Mahmoud Al Arawani Anıt Mezarı) hariç tüm mahaller, UNESCO Dünya Mirası alanları arasında yer almaktaydı. Bu bağlamda, meydana gelen tahribat sadece suçtan doğrudan mağdur olanları yani Timbuktu'nun inananlarını ve bölgede yaşayanları değil aynı zamanda tüm Mali halkını ve uluslararası toplumu etkilediği için düzenlenen saldırının belirli bir ağırlık derecesine ulaştığı görülmektedir. Daire, Timbuktu halkının yıkılımlı protesto ettiğini ve yerle bir edilmiş anıt mezarları görmek istemediklerini dile getiren P-431'in beyanlarını dikkate almıştır. Söz konusu uzman, Timbuktu halkının manevi açıdan bağlı olduğu anıt mezarların yok edilmesinin, Timbuktu halkının ruhunu bozmayı amaçlayan savaş niteliğinde bir faaliyet olduğunu ifade etmiştir. Timbuktu'yu gurur kaynağı olarak gören Mali halkı, genellikle meydana gelen bu olaylara tanık oldukları için kırıktır. Ayrıca P-151, mirasın kültürel yaşamın bir parçası kanaatinde olan tüm uluslararası topluluğun, koruma altında olan alanların yok edilmesi nedeniyle üzüntü duyduklarını beyan etmiştir.

81. Daire son olarak, suçun dini gerekçelerle işlendiğini düşünmektedir. Aslında, Timbuktu topraklarına hakim oldukları süre boyunca Ansar Dine ve

AQİM, dini iradelerini bölge halkına empoze etmek için önlemler almıştır. Al Mahdi tarafından yönetilen *Hesbah* oluşumu, Timbuktu'da tespit ettiği gözle görünür tüm ahlaksızlıkların yok edilmesini amaçlıyordu. Bu kararda tespit edildiği üzere, Ansar Dine yöneticilerinin Timbuktu halkının hareket ve fiillerini tespit ettiklerinde, anıt mezarlarda ne yapılması ve yapılmaması gerektiğini anlatan bir kampanya başlatmışlardır. En sonunda, yasaklanan bu uygulamaların engellenmesi için bu mahallerin yok edilmesine karar vermişlerdir. Daire mahallerin yok edilmesi amacını taşıyan ayrımcı dini saikin, hiç şüphesiz suçun ağırlığına ilişkin yaptığı değerlendirme ile ilgili olduğunu değerlendirmiştir.

82. Daire, Al Mahdi'nin suçlu bulunduğu eylemin önemli ağırlık derecesine ulaştığına karar vermiştir.

2. Al Mahdi'nin Kusurlu Eylemi

83. Al Mahdi'nin kusurlu eylemini değerlendirirken Daire, İçtüzüğü'nün 145/1 (c) maddesinde yer alan kıstasları dikkate almıştır: iştirak derecesi, kasit derecesi ve belirli ölçüde suçu gerçekleştirmek için kullanılan araçlar.

84. Daire, Al Mahdi'nin, diğerleri ile iştirak halinde hareket etmek suretiyle, daha önceki bölümlerde anlatıldığı üzere korunmakta olan eserlere kasten saldırı düzenlenmesi suçunu işlediğini tespit ettiğini anımsatır. Daire, Al Mahdi'nin saldırının gerçekleştirilmesinde önemli bir rol oynadığını dikkate alır. *Hesbah*'ın yöneticisi olarak genel planı uygulama görevi Al Mahdi'ye verilmiştir. Saldırıya ilişkin tüm lojistik hazırlıklarını gerçekleştirmiş, tüm operasyona tanıklık etmiş, gerçekleştirilmesini denetlemiş ve mahallerin hangi sırayla yok edileceğine karar vermiş, gerekli araçları temin ve tedarik etmiş, esas faillere lojistik ve manevi destek vermiş ve bu failleri ve söz konusu yıkım alanında mevcut olan her şeyi denetlemiştir.

85. Al Mahdi'nin kastıyla ilgili olarak Daire, sanığın her mahallin yok edilmesine katılım sağlamanın yanı sıra bunların en az beş tanesinin yıkımında bizzat yer aldığını, ayrıca saldırı öncesinde okunan hutbeyi kaleme alıp yıkım gerçekleştirilirken kamuya açık konuşmalar yaparak düzenlenen saldırıyı gerekçelendiğini kabul etmiştir.

i. Ağırlaştırıcı Nedenlerin Mevcut Olmaması

86. Daire, İddia Makamının, Al Mahdi'nin *Hesbah* yöneticisi olarak yetkisini ve resmi sıfatını kötüye kullandığı ve bunun ağırlaştırıcı bir neden olduğu yönündeki beyanlarına ikna olmamıştır. Aslında, Temyiz Dairesinin içtihadı uyarınca Daire, Al Mahdi'nin yalnızca mevcut pozisyonunda suçu işlemiş olmasının ağırlaştırıcı

neden teşkil etmediği kanaatindedir. Ayrıca, aşağıda ele alınacağı üzere, *Hesbah* yöneticisi sıfatıyla Al Mahdi en başta yapıların yıkılmaması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

87. İddia Makamının suçun birden fazla mağduru etkilemiş olmasının ağırlaştırıcı neden olduğu yönündeki iddiasına istinaden Daire, suçun ağırlığına ilişkin yaptığı değerlendirmede Al Mahdi tarafından işlenen suçun geniş kapsamlı etkisini dikkate almıştır. Ancak söz konusu hususu ağırlaştırıcı bir neden olarak değerlendirmemiştir.

88. Daire, benzer şekilde, suçun ağırlığına ilişkin yaptığı değerlendirmenin bir parçası olarak saldırının dini boyutunu incelemiştir. Bu bağlamda, söz konusu husus ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirilemez.

ii. Hafifletici Nedenler: Suçun İşlenmesine Direnme ve Suçun İşleniş Biçimi

89. Daire, mahallerin yok edilmesine ilişkin kararı kabul etmesine ve işlenişinde rol almasına rağmen, Al Mahdi'nin ilk başta bu eserlerin yok edilmesini istemediğini dikkate alır. Timbuktu halkının fiil ve hareketlerini gözlemledikten sonra Al Mahdi'nin İslam hukuku savunucularına göre bu tür fiillerin yasaklanması gerektiği geniş ölçüde kabul görmüş olmasına rağmen, Timbuktu halkı ile iyi ilişkilerin sürdürülmesini sağlamak amacıyla anıt mezarların yok edilmemesi gerektiğini dile getirdiği Daire tarafından tespit edilmiştir. Daire, Al Mahdi'nin bu isteksizliğinin cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği kanaatindedir ve bu hususa önem atfetmiştir.

90. Daire, Savunma Makamı beyanlarının aksine, Al Mahdi'nin organize bir grubun parçası olarak suçu işlemiş olmasının hafifletici neden teşkil etmediğini belirtir. Bu kararda tespit edildiği üzere, örgütün diğer üyeleri tarafından mahallerin yok edilmesine ilişkin karar alındığında, Al Mahdi, bu kararı onaylamış ve saldırının düzenlenmesine iştirak etmiştir.

91. Daire ayrıca, buldozer kullanılması tavsiyesinde bulunduğu Djingareyber camii yıkımı dışında, Al Mahdi'nin anıt mezarların bitişiğinde bulunan mezarların zarar görmemesi için diğer alanların tamamında buldozer kullanılmaması tavsiyesinde bulunduğunu ve saldırıyı düzenleyenlerin, saldırı düzenlenirken anıt mezarların bitişiğindeki yapılara saygı göstermelerini temin ettiğini dikkate almaktadır.

92. Al Mahdi'nin *Hesbah* yöneticisi olarak sorumluluk üstlenmeye hazır olmadığına ilişkin iddiaya yönelik olarak Daire, Savunma Makamının bu iddiayı desteklemek için bir çabası olmadığını dikkate almış ve bu nedentle iddiayı reddetmiştir.

93. Özet olarak Daire, Al Mahdi'nin mahallerin tahribatı konusunda ilk başta gösterdiği isteksizliğin ve buldozer kullanılmamasına yönelik telkinlerinin hafifletici neden teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

3. Al Mahdi'nin Şahsına Özgü Koşullar

94. Bu bölümde Daire, işlenen suçla veya Al Mahdi'nin kusurlu eylemiyle doğrudan ilgili olmayan tüm ilgili koşulları incelemiştir.

i. Al Mahdi'nin Yaşı, Eğitimi, Geçmişi, Sosyal ve Ekonomik Koşulları ve Gözaltı Esnasındaki Tavırları

95. Daire, uzun süredir Al Mahdi'yi tanıyan ve Al Mahdi'nin zeki ve oldukça bilgili bir kişi olduğunu, kendisinin ait olmadığı siyahi Tuaregler dâhil Timbuktu'nun fakir topluluklarının çoğuna yardım ettiğini dile getiren iki savunma tanığının ifadelerini dikkate almıştır.

96. Daire, Al Mahdi'nin yaşı ve ekonomik durumunun davayla alakalı olmadığı düşüncesindedir. Ayrıca, kişinin sabıkasının bulunmaması (mahkûmiyet) uluslararası mahkemeler tarafından suçlu bulunan kişilerde genelde rastlanan bir özelliktir ve Savunma Makamının talebinin aksine hafifletici neden olarak kabul edilmeyecektir. Buna ilaveten, Daire, Ansar Dine örgütü tarafından şehir yönetimi ele geçirilmeden önce toplumda üstlendiği pozitif role ilişkin delillere bakılmaksızın, Al Mahdi'nin âlim olmasını ve dini konularda uzman olmasını ağırlaştırıcı veya hafifletirici neden olarak dikkate alınması kanaatinde değildir.

97. Mahkemeye sevk edildiği günden itibaren göremediği ailesi açısından ciddi güvenlik kaygıları bulunmasına rağmen, Al Mahdi, gözaltı süresi boyunca iyi bir şekilde tutum sergilemiş ve bir bütün olarak Mahkeme'nin kendisine karşı olan yaklaşımı nedeniyle duyduğu minnettarlığı dile getirmiştir. Daire, tutukludan hukuk uyarınca beklenen bir husus olmasına rağmen bu faktörün ilgili olduğuna kanaat getirmiş ve bu hususu dikkate almıştır. Daire, benzer şekilde, Savunma Makamının Al Mahdi'nin - aşağıda da ele alınacağı üzere -suçunu kabul etmesi ve İddia Makamı ile işbirliği yapmasının, topluma başarılı şekilde yeniden entegre edilebileceğinin göstergesi olduğu yönündeki savlarını kabul etmiş ve bu iddiaları sınırlı bir şekilde dikkate almıştır.

98. Daire, Al Mahdi'nin suçunu kabul ettiğini dikkate almıştır. Daire ayrıca, Al Mahdi'nin İddia Makamı nezdindeki sorgusunun ilk gününde itibaren yaptığı eylemlerin sorumluluğunu üstlendiğini gözlemlemiştir. Daha sonra, taraflar yargılama işlemlerinin erken bir safhasında yani suçlamaların teyidinden (*confirmation of charges*) önce yargılamanın önemli ölçüde hızlanmasını sağlamak için bir anlaşma (*agreement*) kararı almıştır.

99. Buna ilaveten, Al Mahdi sadece sorumluluğunu üstlenmekle kalmamış aynı zamanda gerçekleştirdiği eylemlere ilişkin ayrıntılı beyanlarda bulunmuş ve Dairenin dava konusu olaylara ilişkin tespitler yapmasını kolaylaştırmıştır.

100. Daire, suçun kabulünün kuşkusuz hafifletici bir neden olduğunu kabul etmiş ve bu hususa önemli ölçüde ağırlık vermiştir. Bu bağlamda Daire, Al Mahdi'nin erken bir aşamada, eksiksiz ve doğru biçimde, gerçekleştirdiği eylemlerin sorumluluğunu üstlenmenin gerçek arzusu ve duyduğu samimi bir pişmanlık haliyle suçu kabul ettiğini belirtir. Suçun kabulü, hiç kuşkusuz, davanın hızlı şekilde sonuçlandırılmasına katkı sağlamış ve böylece Mahkeme'nin zaman ve kaynaklardan tasarruf etmesine ve Mahkeme huzurunda ifade verecek tanıklar ve mağdurları stresli sayılabilecek bir yükten kurtarmıştır. Ayrıca, bu kabul aynı zamanda, tahribatın boyutunun kabul edilmesiyle mağdurların duyduğu manevi üzüntünün azaltılması ile Kuzey Mali'de barış ve uzlaşmanın hâkim olmasına vesile olabilecektir. Son olarak, suçun kabulü, Mali ve diğer yerlerde benzer eylemlerde bulunma düşüncesinde olan diğer kişiler üzerinde caydırıcı bir etkiye neden olabilir. Bu bağlamda, Mahkeme, suçun kabulünün, Al Mahdi'nin suçluluğuna işaret eden güçlü deliller ışığında gerçekleştirildiğini dikkate almıştır.

iii. İşbirliği

101. Suçunu tamamıyla ikrar etmesine ilaveten, Al Mahdi, tanık P-182 tarafından ayrıntılı şekilde anlatıldığı üzere İddia Makamı ile önemli ölçüde işbirliği yapmıştır. Daire, bu işbirliğinin kendiliğinden meydana geldiğini ve sorgunun ilk gününden itibaren devam ettiğini dile getirir. Al Mahdi, sorulara dürüst olarak yanıt vermiş ve sağladığı işbirliği, İddia Makamının hâlihazırda elinde bulunan bilgileri desteklemesine, açıklığa kavuşturmasına ve detaylandırmasına olanak tanımıştır. Savcı ile yaptığı görüşmeler esnasında Al Mahdi, gerçekleştirdiği eylemleri anlatmaktan kaçınmamıştır.

102. Daire ayrıca, Al Mahdi'nin ailesinin güvenliği açısından sıkıntı yaratacağını bilmesine rağmen İddia Makamı ile işbirliği yaptığının farkındadır. Daire bu bağlamda, Al Mahdi'nin İddia Makamı ile yaptığı kayda değer işbirliğinin verilecek cezanın hafifletilmesinde dikkate alınacak önemli bir etken olduğu kanaatindedir.

iv. Pişmanlığın Dile Getirilmesi ve Mağdurlarla Kurulan Empati

103. Daire, yargılamanın ilk gününden itibaren, Al Mahdi'nin gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı samimi şekilde pişmanlığını dile getirdiğini gözlemler. Daire, Al Mahdi'nin "duyduğu derin üzüntü ve büyük acıyı" dile getirdiğini dikkate alır.

Al Mahdi, ailesi, Timbuktu'daki halkı, ülkesi ve uluslararası toplum nezdinde neden olduğu zarardan dolayı pişman olduğunu defalarca yinelemiştir. Al Mahdi pişmanlığını kesin bir şekilde dile getirmekle yetinmemiş, aynı zamanda "hayati boyunca yapacağı ilk ve tek kusurun bu olacağı" yönünde dini bağlamda söz vermiştir. Al Mahdi, Dairenin vereceği kararı kabul edeceğini de belirtmiştir. Al Mahdi son olarak, herkesi insanlık için güzel bir şeye vesile olmayacakları için kendisinin iştirak ettiği türden eylemlere karışmamaya davet etmiştir.

104. Mağdurların yasal temsilcilerinin beyanlarının aksine Daire, Al Mahdi'nin, pişmanlığını dile getirmesinin yanı sıra işlediği suç nedeniyle mağdur olan kişilere karşı duyduğu empatiyi dile getirdiğini gözlemler. Daire, Savunma Makamı tarafından aktarılan bu empatiye örnek teşkil edebilecek hususa atıfta bulunur: Al Mahdi, Sidi Yahya Camisi imamına yok olan kapının masraflarını karşılama teklifinde bulunmuştur.

105. Daire, dile getirilen pişmanlık ve mağdurlara karşı gösterilen empatinin, verilecek cezanın hafifletilmesi için önemli bir etken olduğu sonucuna varmıştır.

C. CEZANIN BELİRLENMESİ

106. İddia Makamı, Al Mahdi'ye verilen cezanın dokuz ile on bir yıl arasında olması gerektiğini ileri sürmüştür. Savunma Makamı, isnat edilen suçun ağırlığına, davada ağırlaştırıcı nedenlerin yokluğuna ve hafifletici nedenlerin önemine ilişkin yapılan yeterli ölçüdeki değerlendirmeye ilişkin kapsamlı görüşler sunmuştur. Mağdurların yasal temsilcisi ise, Al Mahdi'ye verilecek cezanın ağır ve ibret verici nitelikte olmasını talep etmiştir.

107. Daire, kişinin işlediği suçtan dolayı cezalandırılmasının davaya özgü bir yaptırım olduğunu ve mevcut olsa bile farklı davalarla kıyas yapılmasının sınırlı ölçüde mümkün olduğunu vurgulamıştır. Daire, Savunma Makamının diğer davalardaki cezalara ilişkin ileri sürdüğü iddiaların ilgisiz olduğuna kanaat getirmiştir. Bu cezalar, sorumluluk türleri ve uygulanacak hukuk metinleri dâhil birçok farklı koşula bağlıdır.

108. Yukarıda vurgulandığı üzere, Daire, hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenler dâhil ilgili tüm faktörler arasında denge kurmalı ve suçlu bulunan kişi ve suça ilişkin koşulları dikkate almalıdır. Mevcut davada mağdurların maruz kaldığı manevi ve maddi zararın yeterli ölçüde telafi edilmesi ve cezalandırmanın amaçlarının karşılanması için Daire, suçun ağırlığına, Al Mahdi'nin şahsi koşullarına ve eylemine uygun bir ceza tayin etmelidir.

109. Daire, Al Mahdi'nin mahkûm edildiği suçun kayda değer ağırlık teşkil ettiğini tespit etmiştir. Daire, ağırlaştırıcı neden tespit etmemişken beş hafifletici neden olduğuna kanaat getirmiştir: (i) Al Mahdi'nin suçunu kabul etmesi; (ii) İddia Makamı ile işbirliği yapması; (iii) duyulan pişmanlık ve mağdurlarla kurulan empati; (iv) başlangıçta suçun işlenmesi konusunda çekimser davranması ve neden olunacak zararı sınırlandırmak için attığı adımlar; ve (v) daha sınırlı bir önem arz etse bile, aile faktörüne rağmen gözaltında tutulduğu esnada sergilediği iyi tutum. Bu faktörlerin tamamını dikkate alan Daire, Al Mahdi'ye 9 sene hapis cezası verilmesine karar vermiştir.

110. Son olarak, taraflardan veya katılımcılardan hiçbirinin, Statü'nün 77/2. maddesi ve İchtüzüğü'nün 146 ve 147. maddeleri uyarınca para ceza cezası veya hakkın düşürülmesi kararı verilmesi talebinde bulunmadığını dikkate alan Daire, verilen hapis cezasının yeterli bir ceza olduğu sonucuna varmıştır.

111. Statü'nün 78/2. maddesi uyarınca, Al Mahdi'nin Mahkemenin kararı gereğince gözaltında geçirdiği sürenin masup edilmesini talep etme hakkı mevcuttur. Al Mahdi, hakkındaki yakalama emri uyarınca 18 Eylül 2015 tarihinde gözaltına alınmıştır.

BU GEREKÇELERLE DAİRE,

Sanık Al Mahdi, Statü'nün 8/2 (e) (iv) ve 25/3 (a) madde hükümleri uyarınca müşterek fail sıfatıyla korunan eserlere saldırı düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkan savaş suçundan dolayı suçlu bulunmuştur.

Al Mahdi'ye 9 yıl hapis cezası vermiştir.

Mahkeme kararı gereğince sanığın gözaltında tutulduğu sürenin kendisine verilen cezadan mahsup edilmesine karar vermiştir.

Taraflar ve müdahil taraflara Statü'nün 75. maddesi uyarınca mağdurlara yönelik tazminat taleplerini ayrıca değerlendirileceğini bildirir.

Hem İngilizce hem de Fransızca dillerinde yayımlanan bu kararın İngilizce versiyonu bağlayıcı olacaktır.

Hâkim Raul C. Pangalan, Başkan

Hâkim Antoine Kesia – Mbe Mindua

Hâkim Bertram Schmitt

27 Eylül 2016

Lahey, Hollanda

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ'NİN SAMIRA ACHBITA v. G4S SECURE SOLUTIONS KARARI¹
(BÜYÜK DAİRE)

(Dava: C-157/15, 14 Mart 2017)

Çeviren: Dr. Fatma SARIASLAN²

(Ön karar için referans — Sosyal politika — 2000/78/EC sayılı Direktif — Eşit muamele — Dine yada inanca dayalı ayrımcılık—İşyerinde görünür nitelikte siyasi, felsefi ya da dini simge giyen çalışanların yasaklanması taahhüdüne dair işyeri kuralları — Doğrudan Ayrımcılık — Dolaylı ayrımcılık — İslami başörtüsü takması yasaklanan kadın çalışan)

C-157/15 sayılı dava,

Belçika Temyiz Mahkemesi'nin (The Hof van Cassatie) 9 Mart 2015 tarihli karara ilişkin olarak TFEU 267. maddesi uyarınca 3 Nisan 2015 tarihinde Divan'a ulaşan ön karar TALEBİ üzerine açılmıştır. Davanın tarafları

Samira Achbita,

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Fırsat Eşitliği ve Irkçılıkla Mücadele Merkezi)

v.

G4S Secure Solutions NV³,

¹ Karar Avrupa Adalet Divanı'nın internet sitesindeki şu linkten temin edilmiş ve İngilizceden çevrilmiştir. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188852&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=349304> adresinden temin edilmiştir."

² Uzman; Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri. e-posta:fatmasariaslan@gmail.com

³ Türkiye'de oldukça ses getiren bu karara ilişkin davanın taraflarından G4S şirketinin en önemli müşterileri arasında İsrail hükümeti gelmektedir. Şirket İsrail'deki kontrol noktalarına ve hapishanelere, işgal altındaki Filistin topraklarındaki Yahudi yerleşimlerine izleme ekipmanları satmaktadır. G4S, gerek işgal altındaki Filistin topraklarında, gerekse İsrail'de Filistinlilere baskı yapılmasına dahil olduğu için insan hakları eleştirisine maruz kalmıştır. G4S, Filistinli siyasi tutukluları İsrail'de ve işgal altındaki Batı Şeria'da hapsedmek için gerekli güvenlik teçhizatı ve hizmetleri sağlayarak İsrail işgallerinde suç ortağı olmaktadır. G4S, bazıları Yasadışı Ayırma Duvarının bir parçası olarak inşa edilen ve bazılarıysa Filistinlilerin Doğu Kudüs'e girmesini önleyen Batı Şeria'daki İsrail askeri kontrol noktalarına ekipman ve bakım hizmetleri sağlayarak da suç ortağı olmaktadır. Son olarak, G4S, Batı Şeria'da İsrail polis merkezleri için güvenlik sistemleri sağlama ve yerleşim yerlerindeki işletmelere güvenlik

DİVAN (Büyük Daire),

K. Lenaerts (Başkan), A. Tizzano (Başkan Yardımcısı), R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, L. Bay Larsen, M. Berger, M. Vilaras ve E. Regan (Daire Başkanları), A. Rosas, A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, F. Biltgen (Raportör) ve K. Jürimäe, C. Lycourgos Hakimlerinden oluşmaktadır.

Hukuk sözcüsü: J. Kokott,

Katip: M. Ferreira, Yönetici,

Yazılı usul dikkate alınarak ve 15 Mart 2016 tarihli celseye istinaden,

- the Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding'i temsilen avukatlar C. Bayart and I. Bosmans,
- G4S Secure Solutions NV'yi temsilen avukatlar S. Raets ve I. Verhelst,
- Belçika Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, L. Van den Broeck ve M. Jacobs,
- Fransa Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, G. de Bergues, D. Colas ve R. Coesme,
- Birleşik Krallık Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla, J. Kraehling, S. Simmons ve C.R. Brodie ve Dava vekili A. Bates,
- Avrupa Komisyonu'nu temsilen, G. Wils and D. Martin,

adına sunulmuş görüşlerin değerlendirilmesinin ardından, Hukuk Sözcüsü'nün 31 Mayıs 2016 tarihli oturumdaki görüşü dinlendikten sonra, aşağıdaki şekilde hüküm kuruldu.

hizmetlerini sağlayarak suç ortağı olmaktadır. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesine odaklanan bir Birleşik Krallık yasal yardım şirketi olan Filistin İnsan Hakları Avukatları (LPHR) Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün (OECD) Birleşik Krallık'taki Ulusal İrtibat Noktası (NCP) ile G4S'ye ilişkin şikâyetinde bulunmuştur. Şikâyet, hizmet ve teçhizat sağlanmasına ilişkin devam eden hükümlere dayanarak, G4S'in, OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi'nin (i) olumsuz insan hakları etkilerine katkıda bulunmaktan kaçınmaya, (ii) herhangi bir olumsuz etkiye karşı gerekli önemi göstermeye, ve (iii) insan haklarına ters düşen herhangi bir olumsuzluğun önlenmesine yönelik yöntemler araştırılmasını zorunlu kılan kesin hükümlerini ihlal ettiğini iddia etmektedir. Bu konuda bkz. Ena Cefo, "Corporate Human Rights Violations in the Occupied Palestinian Territories: Is There Any Recourse?", *Georgetown Journal of International Law*, Volume 47, Issue 2, 2016, pp. 793-832. (ç.n.)

Karar

1- Ön karar verilmesi için yapılan bu başvuru, istihdam ve meslekte eşit muamele için genel bir çerçeve oluşturan (OJ 2008 L 299, s. 25) Konsey'in 27 Kasım 2000 tarihli 2000/78/EC sayılı Direktifinin 2(2)(a) Maddesinin yorumlanması ile ilgilidir.

2- Bu istek, Bayan Samira Achbita ve the Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Fırsat Eşitliği ve Irkçılıkla Mücadele Merkezi; "the Centrum") ile kanuni merkezi Belçika'da bulunan bir şirket olan G4S Secure Solutions NV ("G4S") arasında, G4S'nin işyerinde görünür nitelikte siyasi, felsefi ya da dini inanca dair simgeleri giyen çalışanlarına yasaklamalar getirmesiyle ve bu inançlara herhangi bir riayetle ilgili olarak gerçekleştirilen işlemler sırasında yapılmıştır.

Hukuki çerçeve

3- 2000/78 Direktifinin 1. ve 4. Takririnde:

'(1) Avrupa Birliği, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesi uyarınca, tüm Üye Devletlerin ortak ilkeleri olan özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü ilkesi üzerine inşa edilmiştir ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan ve Topluluk Hukukunun genel ilkeleri olarak Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklara saygı göstermektedir.

...

(4) Herkesin kanun önünde eşitlik ve ayrımcılığa karşı korunma hakkı, tüm Üye Devletlerin imzacı olduğu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler'in Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşmeleri tarafından ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi tarafından tanınan evrensel bir hak teşkil etmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 111 No'lu Sözleşmesi istihdam ve meslek alanında ayrımcılığı yasaklamaktadır.'

4- 2000/78 Direktifinin 1. Maddesi:

'İşbu Direktifin amacı, istihdam ve meslek açısından din veya inanca, engelliliğe, yaşa veya cinsel yönelime dayalı ayrımcılıkla mücadele etmek için Üye Devletlerde eşit muamele ilkesini yürürlüğe koymak maksadıyla genel bir çerçeve oluşturmaktır.'

5- Direktifin 2. Maddesi:

'1. İşbu Direktifin amaçları bakımından 'eşit muamele ilkesi', 1. maddede bahsi geçen temellerden herhangi birine dayalı doğrudan veya dolaylı hiçbir ayrımcılık olmayacağı anlamını taşıyacaktır.

2. 1. fıkranın amaçları bakımından:

(a) bir kişiye, 1. maddede bahsi geçen temellerden birine dayalı olarak, karşılaştırılabilir bir durumda, diğer bir kişiye göre daha az tercih edilir şekilde muamele edilmesi, edilmiş olması veya edilebilir olması halinde doğrudan ayrımcılık söz konusudur;

(b) görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya uygulama, belirli bir dine veya inanca mensup, belirli bir engelliliği olan, belirli bir yaştaki veya belirli bir cinsel yönelimi olan kişilere, başka kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratıyorsa, aşağıdaki durumlar geçerli olmadıkça dolaylı ayrımcılık teşkil eder:

(i) söz konusu düzenleme, ölçüt veya uygulamanın meşru bir amaçla haklı kılınmış olması ve söz konusu amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması durumu...

....

5. İşbu Direktif, ulusal hukukun koyduğu ve demokratik bir toplumda, kamu güvenliği, kamu düzeninin muhafaza edilmesi ve ceza gerektiren suçların önlenmesi, sağliğın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan tedbirlere hâle getirmeyecektir.'

6- 2000/78 Direktifinin 3 (1) Maddesi:

'Topluluk'a bahşedilmiş yetki sınırları dâhilinde, işbu Direktif kamu kurumları da dâhil olmak üzere hem kamu sektöründeki hem de özel sektördeki herkes açısından şu konularda geçerli olacaktır:

...

(c) işten çıkarma ve ücret de dâhil olmak üzere istihdam ve çalışma koşulları;

...'

Belçika Hukuku

7- 15 Şubat 1993 tarihli kanunu değiştirerek Fırsat Eşitliği ve Irkçılıkla Mücadele Merkezini kuran ve ayrımcılıkla mücadele eden (wet ter bestrijding

van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding) 25 Şubat 2003 tarihli Kanunun (Belgisch Staatsblad, 17 Mart 2003, s. 12844) amacı, diğerlerinin yanı sıra, 2000/78 Direktifinin hükümlerini uygulamaktır.

8- Aynı Kanunun 2(1) Maddesi:

'Cinsiyet, sözde ırk, renk, geçmiş, ulusal veya etnik köken, cinsel tercih, medeni hal, doğum, mülkiyet, yaş, din veya inanç, mevcut veya gelecekteki sağlık durumu, sakatlık veya fiziksel bir özelliğe doğrudan dayalı olarak nesnel ve makul derecede haklı olmayan bir muamele farklılığının olduğu yerde doğrudan bir ayrımcılık vardır.'

9- Aynı Kanunun 2(2) Maddesi:

Açık bir biçimde tarafsız bir hüküm, ölçüt ya da teamül/uygulama, nesnel ve makul derecede haklı olmadığı müddetçe, Paragraf 1'de belirtilen ayrımcılık gerekçelerinden birisinin uygulandığı insanlar üzerinde zararlı bir etkisi varsa dolaylı bir ayrımcılık vardır.

Ana davadaki anlaşmazlık ve bir ön karar için yöneltlen sorular

10- G4S, diğer faaliyetlerinin yanında, hem kamu hem de özel sektördeki müşterilerine resepsiyon hizmeti de sağlayan özel bir girişimdir.

11- Bir Müslüman olan Bayan Achbita, 12 Şubat 2003 tarihinde G4S için resepsiyonist olarak çalışmaya başlamıştır. G4S tarafından süresiz iş sözleşmesi ile istihdam edilmiştir. O zamanlar G4S'de çalışanların işyerlerinde görünür nitelikte siyasi, felsefi ya da dini inanca dair sembolleri giymelerinin yasak olduğuna dair yazılı olmayan bir şirket içi kural bulunmaktadır.

12- Nisan 2006'da Bayan Achbita, bölüm yöneticilerine, bundan böyle çalışma saatlerinde İslami bir başörtüsü takmak istediği konusunda bilgilendirmiştir.

13- Cevap olarak, G4S şirketi yönetimi başörtüsü takmasının, görünür siyasi, felsefi veya dini simgeleri içeren kıyafetlerin giyilmesinin G4S'nin müşterileriyle iletişimde dayandığı tarafsızlık politikasına ters düşeceğinden dolayı tolere edilmeyebileceğini bildirmiştir.

14- 12 Mayıs 2006'da hastalık sebebiyle aldığı izin bitmesinden sonra, Bayan Ashbita işvereni 15 Mayıs'ta iş başı yapmak isteği hususunda bilgilendirmiş ve bundan sonra başörtüsü ile çalışacağını belirtmiştir.

15- 29 Mayıs 2006'da, G4S işletme kurulu, işyeri tüzüğüne ilişkin bir değişikliği onaylamıştır. Bu değişiklik 13 Haziran 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylelikle “çalışanların işyerinde siyasi, felsefi veya dini semboller içeren kıyafetler giymesi ve/veya bu inançların uygulanmasına dair eylemleri yasaklanmıştır”.

16- 12 Haziran 2006 tarihinde Bayan Achbita, ısrarlı biçimde başörtüsünü takmaya devam etmesi sonucu işten çıkarılmıştır. Bayan Achbita'ya iş sözleşmesi uyarınca iktisap ettiği üç aylık maaş ve kazançlara eşit miktarda bir kıdem tazminatı ödenmiştir.

17- Bayan Achbita'nın, G4S'den çıkartılmasına karşı arbeidsrechtbank te Antwerpen'de (İş Mahkemesi, Antwerp, Belçika) açtığı davanın reddedilmesinin ardından, Bayan Achbita, arbeidshof te Antwerpen'de (Yüksek İş Mahkemesi, Antwerp, Belçika) bu karar karşı itirazda bulunmuştur. İşyerinde siyasi, felsefi veya dini inançların görünür simgelerini giyme konusundaki genel yasağın doğrudan ayrımcılığa neden olmadığından ve dolaylı ayrımcılık yapılmadığından ya da bireysel özgürlüğün veya din özgürlüğünün ihlal edilmediğinden işten çıkarmanın haksız sayılmadığı gerekçesiyle itiraz reddedilmiştir.

18- Doğrudan ayrımcılığın sözkonusu olmadığına ilişkin olarak, Antwerpen Anteuppen (Yüksek İş Mahkemesi, Antwerp), Bayan Achbita'nın Müslüman inancından değil de, çalışma saatleri boyunca İslami bir başörtüsü takarak inancın açıkça ortaya konmasını istemekte ısrar etmesinden dolayı işten çıkarıldığına dair ortak bir görüş olduğuna özellikle dikkat çekmiştir. Bayan Achbita tarafından ihlal edilen işyeri düzenlemelerinin hükümleri, genel olarak tüm çalışanlara işyerinde siyasi, felsefi veya dini inançlara dair görünen işaretlerin giyinilmesini yasaklamıştı. G4S'nin, özellikle yasağa uymayı sürekli reddeden farklı dini veya felsefi inançları olan bir çalışanla ilgili olarak başka bir çalışana karşı daha uzlaşmacı bir yaklaşımda bulunduğunu destekleyen hiçbir şey yoktu.

19- The arbeidshof te Antwerpen (Yüksek İş Mahkemesi, Antwerp), G4S bünyesinde görünür dini veya felsefi inanç işaretleri giymenin yasaklanmasının, bu yasağın sadece dini inançlarla ilgili işaretlerin giyilmesi değil, aynı zamanda felsefi inançlarla ilgili işaretlerin giyilmesi ve bu nedenle 2000/78 Sayılı Direktif tarafından kullanılan “din veya inanç” anlamına gelen koruma kriterine de uyduğu yönünde hüküm vererek, Bayan Achbita'nın dindar bir şahsiyet olarak doğrudan ayrımcılığa uğradığı yönündeki savunmasını reddetmiştir.

20- Bayan Achbita, hukuki açıdan itirazını desteklemek için, özellikle, G4S'in yasağının dayandığı dini inancın tarafsız bir kriter olduğu hükmünü vererek

ve yasağı İslami bir başörtüsü takan ve takmayan çalışanlara eşitsiz muamele olarak nitelendirmeyerek, yasağın belirli bir dini inanca gönderme yapmaması ve tüm çalışanlara yöneltilmesi nedeniyle arbeidshof te Antwerpen'in (Yüksek İş Mahkemesi, Antwerp) 2000/78 Sayılı Direktifin 2 (2) maddesinde anılan 'doğrudan ayrımcılık' ve 'dolaylı ayrımcılık' kavramlarını yanlış yorumladığını savunmaktadır.

21- Bu şartlar altında, Hof van Cassatie (Yargıtay), davayı devam ettirme ve aşağıdaki soruyu bir ön karar için Adalet Divanı'na havale etme kararı almıştır:

"2000/78 sayılı Direktifin 2 (2) (a) Maddesi, işveren kuralının tüm çalışanların siyasi, felsefi ya da dini inanca dair görünür simgeler giymesini yasakladığı bir işyerinde, Müslüman bir kadının başörtüsü takmasının yasalanmasının doğrudan ayrımcılık teşkil etmediği anlamında yorumlanmalı mıdır?"

Belirtilen sorunun ele alınması

22- Belirtilen mahkeme bu sorusu ile, özünde, 2000/78 sayılı Direktifin 2(2) (a) maddesinin, bir özel girişimin işyerinde herhangi bir görünür siyasi, felsefi veya dini işaretin giyilmesi konusunda genel bir yasak koymasına yönelik bir iç kuralından kaynaklanan İslami başörtüsü takma yasağının, bu direktif tarafından yasaklanan doğrudan ayrımcılık teşkil ettiği anlamında yorumlanıp yorumlanmaması gerektiğini sormaktadır.

23- İlk olarak, 2000/78 Sayılı Direktifin 1. maddesine göre, bu Direktifin amacı, istihdam ve meslek açısından din veya inanca, engelliliğe, yaşa veya cinsel yönelime dayalı ayrımcılıkla mücadele etmek için Üye Devletlerde eşit muamele ilkesini yürürlüğe koymak maksadıyla genel bir çerçeve oluşturmaktır.

24- 2000/78 sayılı Direktifin 2 (1) maddesi, "eşit muamele ilkesi"nin, bu direktifin 1. maddesinde atıfta bulunulan gerekçelerin herhangi birinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmayacağı anlamına geldiğini belirtmektedir. Direktifin 2 (2) (a) maddesi, madde 2 (1)'in amaçları doğrultusunda, bir kişiye karşılaştırılabilir bir durumda, Direktifin 1. maddesinde atıfta bulunulan din dahil herhangi bir nedenle, diğer bir kişiye göre daha az tercih edilir şekilde muamele edilmesi durumunda doğrudan ayrımcılığın gerçekleşeceğini belirtmektedir.

25- 2000/78 Sayılı Direktifin 1. maddesindeki 'din' teriminin anlamı ile ilgili olarak, direktifin bu terimin bir tanımını içermediğine dikkat edilmelidir.

26- Bununla beraber, AB yasama organı 2000/78 Sayılı Direktifin 1. Takririnde, 4 Kasım 1950'de (AİHM) Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları

ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan temel haklara değinmiştir. Sözleşmenin 9. maddesinde herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne, özellikle de tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmektedir.

27- Aynı Takrirden, AB yasama organı ayrıca, Üye Devletlerde müşterek olan anayasal geleneklere AB yasasının genel ilkeleri olarak değinilmiştir. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nde ("Şart") tekrar teyid edilen müşterek geleneklerden kaynaklanan haklar arasında, Şart'ın 10. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan vicdan ve din özgürlüğü hakkı bulunmaktadır. Bu hükme uygun olarak, söz konusu bu hak, din, inanç değıştirme özgürlüğünü, tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü içerir. Temel Haklar Bildirgesi (OJ 2007 C 303, s.17) ile ilgili açıklamalara göre, Şart'ın 10 (1) maddesinde güvence altına alınan hak, AİHS'nin 9. maddesinde güvence altına alınan hakka tekabül etmekte ve Şart'ın 52 (3) maddesi uyarınca, aynı anlam ve kapsamı taşımaktadır.

28- AİHM ve akabinde Şart, "din" terimini kişilerin kendi dinlerini açıklama özgürlüğünü de içerecek biçimde geniş bir anlamda kullandığı sürece, AB yasama organının, 2000/78 Sayılı Direktifi kabul ettiğinde aynı yaklaşımı sergilemeye niyetli olduğu düşünölmelidir ve dolayısıyla bu direktifin 1. maddesindeki 'din' kavramı hem bir inanca sahip olma unsuru anlamında *forum internum* (bireysel/öznel alanı) hem de dini inancın kamusal alanda tezahürü anlamında *forum externum* (dışsal alanı) kapsıyor olarak yorumlanmalıdır.

29- İkinci olarak, ana davada sözü edilen iç kuralın, dinleri veya inançları temelinde çalışanlara yönelik muamelede bir farklılığa mahal verip vermediğinin belirlenmesi; ve şayet öyleyse, muameleler arasındaki bu farklılığın 2000/78 sayılı Direktifin 2 (2) (a) maddesi anlamında doğrudan ayrımcılık yapılmasına neden olup olmadığının belirlenmesi gereklidir.

30- Mevcut davada, ana dava konusu olan iç kural, siyasi, felsefi veya dini inançların görünür işaretlerinin giyilmesi ve dolayısıyla ayırım yapılmadan bu tür inançların herhangi bir biçimde beyanını/açıklamasını kapsamaktadır. Dolayısıyla, sözkonusu kuralın, işletmenin tüm çalışanlarından, diğerlerinin yanı sıra, genel ve farklılaştırılmamış bir şekilde, bu gibi işaretlerin giyilmesini engelleyen tarafsız bir biçimde giyinişini talep ederek aynı şekilde davrandığı kabul edilmediğidir.

31- Mahkemedeiki dosyada bulunan mevcut materyalden, ana davada sözü edilen iç kuralın, Bayan Achbita'ya başka herhangi bir çalışanla karşılaştırıldığında farklı şekilde uygulandığı anlaşılammaktadır.

32- Bundan dolayı, ana davada sözü edilen bu tür bir şirket içi kuralın, 2000/78 sayılı Direktifin 2(2)(a) maddesinin amaçları bakımından doğrudan dine veya inanca dayanan ayrıksı bir uygulama teşkil etmediği sonucuna varılmalıdır.

33- Bununla birlikte, yerleşik içtihadada göre, başvuru mahkemenin sorusunun AB hukukunun kesin hükümlerine atıfta bulunduğu gerçeği, mahkeme önünde bekleyen davayla ilgili olarak Divan'ın başvuru mahkemeye hüküm vermede yardımcı olabilecek yorum noktaları hakkındaki tüm rehberliği, mahkemenin sorusundaki bu noktalara atıf yapsa da yapmasa da, sunamayacağı anlamına gelmez. Bu bağlamda, Adalet Divanı'nın, AB hukukunun anlaşmazlık konusunu göz önünde bulunduran yorumlamayı gerektiren hususları, özellikle başvuru sıralaması gerekçesiyle, başvuru mahkeme tarafından sağlanan tüm bilgileri çıkarması gerekmektedir. (Diğerlerinin yanı sıra bkz. 12 Şubat 2015 tarihli, *Petrol Ticareti Polonya*, C 349/13, AB: C: 2015: 84, paragraf 45 ve belirtilen içtihadı kararı.)

34- Mevcut davada, şayet -başvuruyu yapan mahkeme tarafından tespit edilen- tarafsız yükümlülüğün aslında belirli bir dine veya inanca bağlı kalan bireylerin belirli bir dezavantaja maruz kaldıkları sonucunu içerdiği açıkça saptanırsa, başvuru mahkemenin ana davada sözü edilen iç hukukun dolaylı olarak dine ya da inanca dayalı bir muamele farkı getirdiği sonucuna varması 2000/78 Sayılı Direktifin Madde 2(2)(b) maddesinin hükümleri açısından anlaşılmaz (*inconceivable*) niteliktedir.

35- Bununla birlikte, 2000/78 Sayılı Direktifin 2(2)(b)(i) maddesi uyarınca, şayet objektif olarak meşru bir amaçla haklı gösterilmiş ve bu amaca ulaşma uğrunda başvuru tedbirler uygun ve gerekliyse, bu tür bir ayrıksı uygulama direktifin 2(2)(b) maddesinin anlamı dahilinde dolaylı ayrımcılık anlamına gelmez.

36- Bu bağlamda, gerçekleri değerlendirmeye yegâne yetkili olan ve ana yargılamada sözü edilen iç kuralın bu gereksinimleri uygun bir şekilde karşılayıp karşılamadığını ve ne derece karşıladığını belirleme yetkisine sahip olan ulusal mahkemenin nihai olarak, ana davanın dosyasına ve kendisine sunulan yazılı ve sözlü gözlemlere dayanılarak, davadan önce belli davada karar vermesini mümkün kılmak için, ulusal mahkemeye faydalı olan cevapları sağlaması istenen Adalet Divanı'na rehberlik edebileceği unutulmamalıdır.

37- İlk olarak, meşru bir amaca ilişkin şartla ilgili olarak, hem kamu hem de özel sektör müşterileri ile olan ilişkilerde siyasi, felsefi veya dini tarafsızlık politikasını göstermek arzusunda olmak meşru addedilmelidir.

38- Bir işverenin tarafsızlık imajını müşterilere yansıtmak istemesi, Şart'ın 16. maddesinde tanınan teşebbüs kurma özgürlüğüyle ilgilidir ve bu yasak yalnızca müşterilerle iletişime geçen çalışanlara ilişkin olduğunda, prensip olarak, meşru bir amaç teşkil eder.

39- Bu amaca ulaşmak için belirli sınırlar dahilinde din özgürlüğüne getirilecek bir kısıtlamaya izin verildiği sonucuna ilişkin bir yorum, ayrıca AİHS'nin 9. maddesi ile bağlantılı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile teyid edilmiştir. (AİHM'nin 15 Ocak 2013 tarihli kararı, *Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, CE: AİHM: 2013: 0115JUD004842010, paragraf 94).

40- İkinci olarak, politik, felsefi veya dini inançların simgelerinin görünür şekilde giyilmesinin yasaklanması, gerçekten düzenli ve sistemli bir şekilde takip edilmesi şartıyla, tarafsızlık politikasının düzgün bir şekilde uygulandığının garanti edilmesi amacına yönelik olarak uygun bir yasaktır. (Bu hususta bkz. 10 Mart 2009, *Hartlauer*, C 169/07, AB: C: 2009: 141, paragraf 55 ve 12 Ocak 2010 tarihli kararlar, *Petersen*, C 341/08, AB: C: 2010: 4, paragraf 53).

41- Bu bağlamda, başvuran/yerel mahkeme, G4S'nin Bayan Achbita'nın işten çıkarılmasından önce, müşterileri ile iletişime geçen çalışanlarının üyeleri açısından politik, felsefi veya dini inanç işaretlerinin görünür giyilmesini yasaklayan genel ve yeknesak bir politika oluşturup oluşturmadığının tespitini yapmakla yükümlüdür.

42- Üçüncü olarak, ana davada söz konusu yasağın gerekli olup olmadığı sorusuna gelince, yasağın kesin surette gerekli olanla sınırlı olup olmadığı belirlenmelidir. Mevcut davada, tespit edilmesi gereken şey, bir dini inançla veya siyasi veya felsefi inançla bağlantılı herhangi bir simgenin veya giyeceğın görünür giyilmesi yasağının yalnızca müşterilerle etkileşime giren G4S çalışanlarını kapsayıp kapsamadığını belirlemektir. Şayet durum buysa, yasak, izlenen hedefe ulaşmak amacıyla kesinlikle gerekli görülmelidir.

43- Mevcut davada, Bayan Achbita gibi bir çalışanın, G4S müşterileri için mesleki görevlerini yerine getirirken İslami bir başörtüsü takmaktan vazgeçmesini reddetmesi ile ilgili olarak, işletmenin doğal olarak tabi olduğu kısıtlamaları göz önünde bulundurarak ve G4S'in ek bir yükümlülük altına girmesinin gerekmemesi şartıyla, G4S'in Bayan Achbita'yı işten çıkarmak yerine, ona müşterilerle görsel temas kurmayacağı bir pozisyon önerebilip

öneremeyeceğinin başvuruda bulunan mahkeme tarafından belirlenmesi gerekir. Başvuruda bulunan mahkemenin, dosyadaki tüm materyali dikkate alarak, davayla ilgili çıkarları hesaba katması ve ilgili özgürlükler üzerindeki kısıtlamaları kesinlikle zorunlu kılacak şekilde sınırlandırması gerekmektedir.

44- Yukarıdaki tüm hususları dikkate alarak, başvuran mahkeme tarafından sorulan sorunun cevabı şöyledir:

- 2000/78 sayılı Direktifin 2(2)(a) maddesi, özel bir şirketin, işyerinde görünür politik, felsefi ve dini simgelerin giyilmesini yasaklayan bir şirket içi kuralından kaynaklanan başörtüsü yasağının dine veya inanca dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil etmediği şeklinde yorumlanmalıdır.
- Buna karşın, özel bir şirketin bu türden bir yasağı, görünürde tarafsız olan bir yükümlülüğün gerçekte belli bir dine veya inanca bağlı olan insanları hususi olarak dezavantajlı bir pozisyona düşürmesine yol açıyorsa, 2000/78 Sayılı Direktif 2(2)(b) maddesi anlamı dahilinde, dolaylı ayrımcılık teşkil edebilir. Fakat bu tür bir dolaylı ayrımcılık, olaydaki işverenin müşterileriyle ilişkisindeki siyasi, felsefi veya dini tarafsızlık politikası gibi meşru bir amaca dayanıyorsa, bu doğrultuda başvuru tedbirlerin uygun ve gerekli olması kaydıyla, objektif olarak meşru hale gelebilecektir. Bu şartları Belçika Yüksek Mahkemesi değerlendirecektir.

Masraflar

45- Buradaki adli muameleler, esas yargılamalardaki taraflar için ulusal mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan; masraflar hakkındaki karar ulusal mahkemeye aittir. Divan'a görüş sunarken yapılan masraflar, tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu sebeplere dayalı olarak, Mahkeme (Genel Mahkeme) şu şekilde karar vermiştir:

İstihdam ve meslekte eşit muamele için genel bir çerçeve oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78 / EC sayılı Konsey Direktifi Madde 2 (2) (a), bir İslami başörtüsü yasağının **işyerinde herhangi bir siyasi, felsefi veya dini** bir işaretin görünür şekilde giyilmesini yasaklayan özel bir şirketin kuralı, bu direktifin anlamı dahilinde din veya inanca dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil etmez.

Buna karşın, özel bir şirketin bu türden bir yasağı, görünürde tarafsız olan bir yükümlülüğün gerçekte belli bir dine veya inanca bağlı olan insanları hususi olarak dezavantajlı bir pozisyona düşürmesine yol açıyorsa, 2000/78 Sayılı Direktif 2(2)(b) maddesi anlamı dahilinde, dolaylı ayrımcılık teşkil edebilir. Fakat bu tür

bir dolaylı ayrımcılık, olaydaki işverenin müşterileriyle ilişkisindeki siyasi, felsefi veya dini tarafsızlık politikası gibi meşru bir amaca dayanıyorsa, bu doğrultuda başvuru edilen tedbirlerin uygun ve gerekli olması kaydıyla, objektif olarak meşru hale gelebilecektir. Bu şartları Belçika Yüksek Mahkemesi değerlendirecektir.

[İmzalar]

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
MAHKEME (DAİRE)

Z/FİNLANDİYA DAVASI*

(Başvuru Numarası: 22009/93)

KARAR

STRAZBURG
25 OCAK 1997

*Çeviren: Özgür AKIŞOĞLU***

Z/Finlandiya davasında¹,

Başkan

R. Ryssdal,

Yargıçlar

F. Gölcüklü,

L.-E. Pettiti,

C. Russo

J. De Meyer,

R. Pekkanen,

G. Mifsud Bonnici,

J. Makarczyk,

B. Repik,

* Çevirmenin Notu [bundan böyle “Ç.N.” olarak kısaltılacaktır]: Söz konusu karar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin resmî dokümantasyon sitesi HUDOC’tan alınmış olup çeviri İngilizce metin üzerinden yapılmıştır. Söz konusu kararın İngilizce metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-58033&filename=CASE%20OF%20Z%20v.%20FINLAND.pdf> (e.t.:12.01.2017). “Türkiye’de kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak uzun süreden beri devam eden çalışmalar neticesinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 24.03.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 07.04.2016 tarih 29667 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kişisel verilerin en mahrem alanlarından biri olan sağlık verilerinin kullanılmasını konu edan işbu karar, mezkûr Kanun’un uygulanması aşamasında fayda sağlayacağı gözetildiğinden Türkçeye çevrilmiştir”.

** Avukat, İstanbul Barosu. e-posta: ozgurakisoglu@gmail.com

¹ Davanın numarası, 9/1996/627/811’dir. İlk sayı, ilgili yılın (ikinci sayı) Mahkeme’ye havale edilen davaların listesindeki bu davanın sırasıdır. Son iki sayı, davanın açılmasından sonra Mahkeme’ye gönderilen davaların listesindeki ve Komisyon’a yapılan muadil başvurulardan kaynaklı listedeki yeridir.

ve ayrıca yazı işleri müdürü H. Petzold ve yazı işleri müdürü vekili P. J. Mahoney'in katılımıyla İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 43'üncü maddesi ile Mahkeme İç Tüzüğü B'nin² ilgili hükümleri uyarınca daire olarak toplanan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 31 Ağustos 1996 ve 25 Ocak 1997 tarihlerinde gerçekleştirdiği kapalı oturumlardaki müzakereler sonucunda en son zikredilen tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Dava, 25 Ocak 1996 tarihinde Sözleşme'nin 32'nci maddesinin 1'inci fıkrası ve 47'nci maddesinde (m. 32-1, m. 47) belirlenmiş üç aylık süre zarfı içinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ("Komisyon") tarafından Mahkeme'ye havale edilmiştir. Finlandiya Cumhuriyeti'ne karşı açılmış davanın temelinde, bir Finlandiya vatandaşının – Bayan Z'nin – 21 Mayıs 1993 tarihinde 25'inci madde uyarınca Komisyon'a yaptığı başvuru bulunmaktadır.

Komisyon'un talebi, 44 ve 48'inci maddelere ve Finlandiya'nın Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığına müteallik bildirimine (madde 46) atıfta bulunmuştur. Talebin konusu, davanın unsurlarının, Sözleşme'nin 8 ve 13'üncü maddeleri uyarınca davalı devletin yükümlülüklerinin ihlal ettiğini ortaya koyup koymadığına ilişkin bir karar elde etmektir.

2. Mahkeme İç Tüzüğü B'nin 35 numaralı kuralının 3(d) hükmüne uygun olarak yürütülen soruşturmaya karşılık olarak, Başvurucu duruşmalara katılmak istediğini ve kendisini temsil edecek avukatları tayin ettiği belirtti (Kural 31).

3. Kurulacak olan Daire, Finlandiya vatandaşı seçilmiş hâkim R. Pekkanen'i re'sen (m. 43) ve R. Ryssdal'ı Mahkeme Başkanı olarak bünyesinde bulundurmıştır (Kural 21/4-b). 8 Şubat 1996 tarihinde, Yazı İşleri Müdürü'nün huzurunda, Başkan diğer yedi üyeyi kura ile seçmiştir ki bunlar; F. Gölcüklü, L-E Pettiti, B. Walsh, C. Russo, J. De Meyer, G. Mifsud Bonnici ve B. Repik'dir (m. 43 ve Kural 21/5). Daha sonra yedek hâkim J. Makarczyk, davanın sonraki değerlendirmesinde yer alamayan Bay Walsh'in yerine geçmiştir (Kural 22/1 ve 24/1).

4. Mahkeme Başkanı olarak Yazı İşleri Müdürü aracılığıyla hareket eden Ryssdal, duruşmaların organizasyonu hakkında Fin Hükümet Temsilcisi'ne ("Hükümet"), Başvurucu'nun avukatına ve Komisyon Delegatesi'ne danışmıştır (kural 39/1 ve 40). Sonuç olarak; 25 Mart 1996 tarihinde verilen karar gereğince,

² 2 Ekim 1994 tarihinde yürürlüğe giren Mahkeme İç Tüzüğü B, Protokol No. 9'a (P9) tabi olan devletlerle ilgili tüm davalar için uygulanır.

Yazı İşleri Müdürü 29 Mayıs 1996 tarihinde Başvurucu'nun yazılı savunmasını ve 31 Mayıs 1996 tarihinde ise Hükümet'in yazılı savunmasını almıştır. 5 Temmuz 1996 tarihinde, Komisyon Sekreteri, Delege'nin kendi gözlemlerini duruşmada sunacağını belirtmiştir.

5. 5 Temmuz ve 9 Ağustos 1996 tarihleri arasındaki çeşitli tarihlerde, Başkan'ın talimatlarıyla Yazı İşleri Müdürü tarafından talep edildiği üzere, Komisyon yargılamadan önce birkaç belge hazırlamıştır.

6. 20 Haziran 1996 tarihinde, Yazı İşleri Müdürü, 29 Ağustos 1996 tarihli duruşmanın gizli oturumda yapılması için Hükümet'ten bir talep almıştır. Başkan; Komisyon Delegesi'ni ve Başvurucu'yu Hükümet'in söz konusu talebi hakkında görüşlerini sunmaya davet etmiştir. 24 Haziran 1996 tarihinde, Yazı İşleri Müdürü, konu ilgili Başvurucu'nun görüşlerini almıştır.

Hükümet ve Başvurucu tarafından sunulan gözlemler ve davanın hassas niteliği ışığında, Daire 26 Haziran 1996 tarihinde, Mahkeme duruşmalarına uygulanan alenilik ilkesinin bir istisnasını öngören Kural 18'in amaçları için olağandışı koşulların mevcut olduğundan bahisle duruşmanın gizli olarak yapılmasına karar vermiştir.

7. Başkan'ın ve Daire'nin kararlarına uygun olarak; duruşma, 29 Ağustos 1996 tarihinde Strazburg İnsan Hakları Binası'nda gizli oturumda gerçekleşmiştir. Mahkeme, daha öncesinde bir hazırlık toplantısı düzenlemiştir.

Mahkeme önünde hazır bulunanlar:

(a) Hükümet adına;

- H. Rotkirch, Hukuk İşleri Müdürü, Dışişleri Bakanlığı, Temsilci,
- A. Kosonen, Hukuk Müşaviri, Dışişleri Bakanlığı, Yardımcı Temsilci,
- I. Luikkonen, Hukuk Müşaviri, Adalet Bakanlığı, Danışman,
- J. Tenneberg, Hukuk Müşaviri, Ulusal Tıbbi İşleri Kurumu, Danışman,

(b) Komisyon adına;

P. Lorenzen, Delege

(c) Başvurucu adına;

- M. Fredman, asianaja, Avukat,
- M. Scheinen, Hukuk Doçenti, Danışman

Mahkeme; Lorenzen, Fredman, Scheinin, Rotkirch ve Kosenen tarafından yapılan beyanları ve ayrıca sorularına cevaplar vermiştir.

8. 1 Ekim 1996 tarihinde, Hükümet, duruşmada sorulan bir soruya cevaben Mahkeme'ye daha fazla ayrıntı sunmuştur.

OLAYLAR

I. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

A. Giriş

9. Başvurucu Finlandiya vatandaşıdır, Finlandiya'da ikamet etmektedir ve Sözleşme uyarınca şikâyetlerine sebep olan olaylar esnasında Finlandiya vatandaşı olmayan X ile evlidir. Taraflar, 22 Eylül 1995'te boşanmışlardır. Her ikisi de, İnsan Bağışıklık Yetmezlik Virüsü'ne (HIV) yakalanmıştır.

10. 10 Mart 1992'de Helsinki Şehir Mahkemesi (*raastuvanoikeus, rådstuvurätten*), X'i 12 Aralık 1991 tarihinde O'ya karşı cinsel saldırı suçundan suçlu bulmuş ve ertelenmiş hapis cezasına mahkûm etmiştir. Şehir Mahkemesi, duruşmayı gizli oturumda yapmış ve davada sunulan belgelerin belirli bir süre için gizli kalmasına karar vermiştir.

11. 6 Mart 1992 tarihinde gerçekleştirilen kan testi sonuçlarına göre X'e HIV-pozitif olduğu hakkında 19 Mart 1992 tarihinde bilgi verilmiştir.

B. X'e karşı açılan cinsel suçlara ilişkin başkaca şikâyetler

12. Mart 1992 başlarında, M. tarafından iddia edilen bir cinsel saldırı şikâyeti üzerine polis, X'in 1 Mart'ta M.'ye kasıtlı olarak HIV bulaştırma riskine maruz bırakmak şüphesi ile adam öldürmeye teşebbüsten soruşturma açtı.

Komisyon tarafından tespit edilen hususlara göre, 5 Mart 1992 tarihli polis görüşmesinde M., X'i fail olarak tespit etti ve polis M'yi, X'in eşi olan Başvurucu'nun HIV-pozitif olduğu hususunda bilgilendirdi. 10 Nisan 1992'de polis, X'in de HIV taşıdığı hakkında M'yi uyardı.

Mahkeme önündeki duruşmada Hükümet, polisin Başvurucu'nun HIV taşıyıcısı olduğu hususunda M'yi bilgilendirmesine ilişkin Komisyon'un tespitine itiraz etti. Delege, bulguların polis soruşturma kaydındaki doğrulayıcı kanıtlara ve Şehir Mahkemesi'nde peşi sıra yapılan yargılama tutanaklarına dayandığı cevabını verdi (bkz, paragraf 19).

13. M.'nin erkek arkadaşı T., Başvurucu ile Mart 1992 ortasında buluşarak Başvurucu'ya kocasının HIV taşıyıcısı olup olmadığını sordu. 6 Nisan 1992 tarihinde T., Başvurucu'ya telefon ederek yukarıdaki Paragraf 10'da belirtilen duruşmaya ilişkin gizli mahkeme belgelerinden pasajları aktardı.

14 Nisan'da bu konuşmanın içeriği ile ilgili olarak T., polis tarafından sorgulandı.

14. 7 Nisan 1992 tarihinde, polis, Başvurucu ile görüşme yapmak için girişimde bulunduysa da Başvurucu X ile evli olması dolayısıyla eşinin aleyhine ifade vermemek için Finlandiya hukukunda yer alan hakkına dayandı (Adli Usul Kanunu, Bölüm 17, m.20/1 (*oikeudenkäymiskaari, rättegångsbalk*)).

15. 22 Nisan 1992 tarihinde, cumhuriyet savcısı M'ye karşı cinsel saldırı iddiasıyla X'e suç isnadında bulundu. 20 Mayıs 1992'de M., adam öldürmeye teşebbüsten X'e karşı yasal işlem başlattı.

16. 10 Eylül 1992 tarihinde; P.-L ve P. tarafından iddia edilen tecavüz şikâyetleri üzerine, X yakalandı ve şikâyette bulunanlara o ayın başında tecavüz etmek ve bu münasebetle bilinçli olarak onları HIV enfeksiyonu riskine maruz bırakmak dolayısıyla adam öldürmeye teşebbüs şüphesiyle tutuklandı.

17. 14 Eylül 1992'de, polis Başvurucu ile görüştü ancak Başvurucu eşi aleyhine ifade vermeyi bir kez daha reddetti. Başvurucu, kendisinin yapacağı herhangi bir bildirim de dâhil olmak üzere dava belgelerinin gizli kalmayacak olmasından korkuyordu.

18. 18 Eylül 1992 tarihinde R., 19 Aralık 1991'de işlenmiş bir tecavüz suçlamasıyla X'e karşı polise şikâyette bulundu. Şikâyeti kayıt altına alan polis memuru, Başvurucu'nun 1990'da hâlihazırda HIV-pozitif olduğunun tespit edildiğine ilişkin beyanı söz konusu kayda eklemiştir.

Mahkeme'nin duruşmasında Hükümet, bu bilginin polise R. tarafından söylendiğini belirtti.

Polis, bu dava için de adam öldürmeye teşebbüsten bir soruşturma açtı.

7 Ekim ve 2 Aralık 1992 ve 24 Mart 1993 tarihlerinde, cumhuriyet savcısı; 1 Mart 1992'de M'ye karşı, 10 Eylül 1992'de P'ye karşı ve 5 ve 6 Eylül 1992'de P.-L.'ye karşı işlenen suçlarla ilgili olarak mahkemede X'in adam öldürmeye teşebbüs suçlamalarını Mahkeme'de okudu. Sırasıyla 31 Ağustos 1992 ve 19 Aralık 1991 tarihlerinde işlenen suçlarla ilişkili olarak benzeri suçlamalar ayrıca P.-L. tarafından da 16 Aralık 1992 ve R. tarafından 19 Mayıs 1993 tarihinde yapılmıştır.

C. Başvurucu'nun doktorlarını ve psikiyatristini delil sunmak zorunda bırakan emirler

19. 22 Nisan 1992 tarihinde, halka açık olan Şehir Mahkemesi'nin ilk duruşmasında X, M'nin avukatının sorduğu Başvurucu'nun aynı zamanda HIV taşıyıcısı olup olmadığına ilişkin soruya cevap vermeyi reddetti.

6 Mayıs 1992'de yapılan bir sonraki duruşmada, Şehir Mahkemesi davanın gizli olarak yapılmasına ilişkin tarafların talebini kabul etti. M., Başvurucu'nun HIV-pozitif olduğu hakkında polis tarafından bilgilendirildiğini teyit etti ve T., Başvurucu ile 6 Nisan 1992 tarihinde yaptığı telefon görüşmesinin içeriği hakkında ifade verdi (bkz. Paragraf 13).

20. 18 Mayıs 1992 tarihinde, X'in rızası ile birlikte, X'in ve Başvurucu'nun tedavi gördüğü hastanedeki başhekim L., X'in tıbbî kayıtlarının kopyalarını cumhuriyet savcısına iletti. Başvurucu'ya ait tüm referansların çıkarılması için bu belgeler üzerinde düzeltmeler yapılmıştır.

21. Şehir Mahkemesi, tanık olarak dinlenmek üzere Başvurucu'yu 20 Mayıs 1992 tarihinde mahkemeye çağırılmış, ancak Başvurucu kocası ile ilgili bir davada ifade vermeme hakkına bir kez daha dayanmıştır.

22. 27 Mayıs 1992'de M'nin avukatı, savcıyı, X'in tıbbî kayıtlarının tamamlanmamış olduğu izlenimi verdiği hususunda bilgilendirdi. Aynı gün, cumhuriyet savcısı, X'in HIV enfeksiyonunu ne zaman fark ettiği hakkında bilgi almak için başhekim L. ve X'i tedavi eden diğer doktorlardan uzman veya sıradan tanık olarak ifadelerinin alınmasını polisten istedi.

23. 12 Ağustos 1992'de Şehir Mahkemesi, itirazlarına rağmen başhekim L'nin ifade vermesine karar verdi. Başhekim L., 20'nci paragrafta belirtilen X'in tıbbî kayıtlarının kopyalarından çıkarılmış Başvurucu'ya ilişkin tıbbî verileri Mahkeme'ye açıkladı.

Şehir Mahkemesi geçici tedbir yoluyla, başhekim L'nin ifadelerinin yazılı deşifreleri de dâhil olmak üzere, dava dosyasının gizli tutulmasına karar verdi.

24. 23 Eylül ve 18 Kasım 1992 tarihli Şehir Mahkemesi'nin duruşmalarında X, şikayetçilerin (M., P-L., P. ve R.) avukatının Başvurucu'nun HIV-pozitif olup olmadığı ile ilgili sorusuna cevap vermeyi reddetti. 30 Aralık 1992'de, avukat, X'e Başvurucu'nun HIV-pozitif olduğunu ne zaman fark ettiğini sordu. Ancak, X bir kez daha cevap vermeyi reddetti.

25. 23 Eylül 1992 tarihinde başhekim L., Şehir Mahkemesi'nin kendisini ifade vermeye zorlayan kararı hakkında parlamento ombudsmanına (*eduskunnan oikeusasiamies, riksdagens justitieombudsman*) şikayette bulundu. 5 Şubat 1993 tarihli kararında parlamento ombudsmanı, iç hukukun ihlal edilmediği ve Şehir Mahkemesi'nin söz konusu bilgilerin gizliliğini koruyorken Başvurucu'nun menfaatlerine karşı suçun soruşturulmasındaki kamu menfaatini uygun bir şekilde dengede tuttuğu görüşünü açıklamıştır.

26. 27 Ocak 1993 tarihli mahkeme duruşmasında, Başvurucu'yu muayene eden Dr. K'dan, itirazlarına rağmen, kovuşturma için tanık olarak ifade vermesi ve Başvurucu hakkında bilgi vermesi istendi. Dr. K., bu yönde hareket etti.

27. 6 Şubat 1993 tarihinde polis, Dr. S. V. ile bir uzman olarak görüştü. Dr. S. V., polise HIV enfeksiyonu ve bulaşıcılığı ile ilgili genel bilgiler verdi.

28. 10 Şubat 1993'te cumhuriyet savcısı, adam öldürmeye teşebbüsten X'e karşı yöneltilen suçlamaların soruşturulmasında polisten Başvurucu'nun doktorlarını sorguya çekmesini talep etti (bkz. Paragraf 18). Ancak, söz konusu doktorların tümü talebi reddettiğinden konu, zorunlu olarak Şehir Mahkemesi'ne bırakıldı.

29. Yenilenmiş itirazlarına rağmen başhekim L., Şehir Mahkemesi'nin 3 Mart 1993 tarihli duruşmasında soruşturma tanığı olarak bir kez daha dinlendi. Başhekim L., bir defa daha Başvurucu hakkındaki bilgileri ifşa etti. İfade vermeden önce, Başhekim L., kendisine Başvurucu tarafından gönderilmiş 23 Şubat 1993 tarihli mektubu sesli şekilde okudu. Mektupta şu ifadeler yer alıyordu:

"... Dava, bir doktorun yükümlülüğünden ve mahremiyete saygı hakkından daha ağır bastığı düşünülen kocama karşı açılan cezai suçlamalarla ilgilidir. Bana öyle görünüyor ki bir tanık olarak dinlenilmek üzere çağrıldınız zira ben kendim ifade vermeyi reddetmek için ... hakkıma başvurduğum. Bu nedenle, doktor olmanız sıfatıyla, X'in eşi olarak benim açıklamayı reddetme hakkına sahip olduğum soruların size sorulması muhtemeldir. Benden elde ettiğiniz ve sizin tarafınızdan sağlanan bilgi, benim anlayışıma göre, gizli kalmalıdır... Ben [böylesi] bir bilginin, kocamın suçlamalarla yüzleştiği bir cezai yargılama amacıyla kullanılabileceğini hayal bile edemezdim.

Kanaatim odur ki, tanık olarak dinlenmeniz, kocam aleyhine ifade vermeyi reddetme yasal hakkımın üstesinden gelmeyi amaçlıyor sadece...

... Dolayısıyla, yalnızca beni ilgilendiren konularda ifade vermeniz istendiğinde, sizden bu noktalara değinmenizi rica ediyorum. Bence, bu konular hakkında ifade vermek zorunda kalmamanız gerekir ve suçlamalar, herhangi bir şekilde [gerçeklerin] tespitine katılmak için zorunda olmadığım bir şekilde ele alınmalıdır. [Ben] böyle yapmak yükümlülüğü altında değilim..."

30. 17 Mart, 7 Nisan ve 5 Mayıs 1993 tarihli üç duruşma sırasında, Şehir Mahkemesi, Başvurucu'nun psikiyatristi Dr. K. R.'nin ifadesini ve Başvurucu'yu muayene eden V., S.-H., S., K., T., R. ve anlaşıldığı kadarıyla ayrıca J. S. isimli doktorları dinledi. Şehir Mahkemesi, ayrıca, araştırma amacıyla Z ile görüşen Dr. S. V.'yi de dinledi. Savcılık ismi geçenleri tanık olarak çağırmış ve Mahkeme, itiraz etmelerine rağmen ifade vermeleri için karar vermişti.

17 Mart'ta yapılan duruşmada Dr. D., Ağustos 1990 tarihinde uygulanan kan testinin Başvurucu'nun HIV-pozitif olduğunu gösterdiğini tasdik etmiştir.

5 Mayıs 1993 tarihli duruşmada Başvurucu, kendisi ile ilgili konuların hâlihazırda Şehir Mahkemesi tarafından diğer yollarla ele alınmasından ötürü ifade vermeyi kabul etmiştir. İfadesinde, Başvurucu diğer şeylerin yanında kendisine HIV bulaşmasının X yüzünden olmadığını belirtti.

D. Tıbbî kayıtlara el koyulması ve bunların soruşturma dosyasına dâhil edilmesi

31. 8 ve 9 Mart 1993'te polis, Başvurucu ile X'in ara sıra muayene olduğu hastanede bir arama gerçekleştirdi. Polis, Başvurucu ile ilgili tüm kayıtlara el koydu ve bunların kopyalarını X'e karşı adam öldürmeye teşebbüs suçlamalarıyla ilgili soruşturma dosyasına ekledi. Bu tedbirler, savcılık tarafından verildi. Kayıtların fotokopisi çekildikten sonra polis kayıtları hastaneye geri gönderdi.

El konulan belgeler, aşağıdaki ifadeler de dâhil olmak üzere otuz kadar belge içeriyordu:

"...

25 Eylül 1990: [Başvurucu] 1990 sonbaharının başında HIV-pozitif bulundu. [Başvurucu] 1989'un sonunda HIV bulaştığını tahmin etmektedir.

[Başvurucu], HIV-negatif olduğunu düşündüğü [yabancı] bir vatandaşla evlidir.

...

5 Haziran 1991: ... [Başvurucu'nun kocası] kendisine HIV enfeksiyonu olduğunu tamamen reddetmektedir.

7 Haziran 1991: ... [Başvurucu'ya] göre, [kendi] kocası da muhtemelen HIV enfeksiyonuna sahiptir; fakat [kocası] test yaptırmamıştır...

23 Aralık 1991: ... [Başvurucu'nun kocası] HIV testlerini yaptırmadı ve söz konusu virüsün taşıyıcısı olmadığını düşünmektedir.

32. Polis, ayrıca, Başvurucu'nun kanındaki HIV'in varlığı dışındaki konularla ilgili Başvurucu'nun önceki hastalıkları, zihinsel durumu ve kişisel değerlendirmeye dayanan yaşam kalitesine ilişkin bir anket de dâhil olmak üzere çok sayıda laboratuvar testleri ve muayene sonuçlarına el koydu.

10 Mart 1993 tarihinde Şehir Mahkemesi, el konulan kayıtların kopyalarının dava dosyasına dâhil edilmesine karar verdi. Aynı gün, Şehir Mahkemesi, Dr. S. V.'yi savcılık tarafından çağrılan bir uzman olarak dinledi.

E. Şehir Mahkemesince X'in Mahkûm Edilmesi ve Helsinki İstinaf Mahkemesi'ne Yapılan İtirazlar

33. 19 Mayıs 1993 tarihinde, Şehir Mahkemesi, diğer şeylerin yanında, 1 Mart, 31 Ağustos ve 10 Eylül 1992 tarihlerinde işlenen üç kez adam öldürmeye teşebbüsten X'i suçlu buldu; ancak 19 Aralık 1991'de işlenen suç için adam öldürmeye teşebbüs suçlamasını reddetti ve yerine tecavüzden mahkûm etti. Şehir Mahkemesi, X'i toplam yedi yıl süreli hapis cezasına mahkûm etti.

Şehir Mahkemesi, kararın hüküm bölümünü, gerekçenin kısaltılmış bir halini ve davada uygulanan hukukunun bir göstergesini yayınlamıştır. Şehir Mahkemesi, gerekçenin tamamının ve davada kullanılan belgelerin on yıl için gizli tutulmasına karar vermiştir. Hem şikâyetle bulunanlar hem de X, daha uzun bir gizlilik süresi talep etmiştir.

34. Şikâyetle bulunanlar, X ve savcılık, Şehir Mahkemesi'nin verdiği karara karşı Helsinki İstinaf Mahkemesi'ne (*hovioikeus, hovrätten*) istinaf başvurusunda bulunmuştur.

35. İstinaf Mahkemesi önünde 14 Ekim 1993 tarihinde yapılan gizli duruşmada, istinaf başvurusunda bulunanların hepsi, gizlilik kararının uzatılmasını talep etmiştir ki otuz yıla kadar uzatma tartışılmıştır. X'in avukatı, ayrıca, Başvurucu'nun mezkûr kararın uzatılmasına ilişkin arzusu hakkında İstinaf Mahkemesi'ni bilgilendirmiştir.

36. Bir kopyası basının erişimine sunulan (bkz, paragraf 43) 10 Aralık 1993 tarihli kararında İstinaf Mahkemesi, *inter alia*, üç defa adam öldürmeye teşebbüsten mahkûmiyet kararını onayladı ve ayrıca 19 Aralık 1991 ve 6 Eylül 1992 tarihlerinde işlenen suçlarla ilgili olarak iki kez daha X'i mahkûm etti. X'in toplam cezasını on bir yıl, altı ay ve yirmi gün hapis cezasına yükseltti.

İki kez daha adam öldürmeye teşebbüs ile ilgili olarak kararda şu ifadelere yer verildi:

“... [X – ad ve soyadı belirtilerek –]’e göre, HIV enfeksiyonundan mustarip olduğunu, 19 Mart 1992 tarihinde öğrenmiştir. Ocak 1990’da Kenya’da yaptırılan testten beri, X herhangi bir HIV muayenesine girmekten kaçınmıştır.

[X]’e göre, HIV testinin sonucu negatifti...

Bu nedenle, 19 Mart 1992 tarihli test sonuçları almasından önce [X]’in HIV taşıyıcısı olduğunu kesin olarak bildiği kabul edilemez.

[X] ve [Başvurucu – adı ve soyadı belirtilmiştir –], 12 Nisan 1990 tarihinde evlenmiştir. 31 Ağustos 1990’da [Başvurucu’nun] HIV taşıyıcısı olduğu tespit edilmiştir. Başvurucu, Şehir Mahkemesi’ne ifade verirken bu tespit hakkında 1990’nın sonunda X’e bilgi verdiğini söylemiştir. İstinaf Mahkemesi’nde X, Ocak 1991’de Finlandiya’ya gelmeden önce Başvurucu’nun hastalığı hakkında kendisini hâlihazırda bilgilendirdiği söylemiştir. [X] Afrika’da yaşıyorlarken Başvurucu’nun tanımlanmamış bazı hastalıklardan mustarip olduğunu ayrıca söylemiştir. [Başvurucu] o zamanlar kendisine HIV bulaşmış olabileceğinden şüphelenmiş ancak Başvurucu’nun enfeksiyonu kendisi Finlandiya’ya döndükten sonra tespit edilmiştir.

Eşler tarafından yapılan açıklamalar üzerinden ... [X’in] eşinin bir HIV taşıyıcısı durumunda olduğu düşünülürse, X’in enfeksiyonun cinsel ilişki yoluyla bulaştığından şüphelenmesi için özel nedenleri olduğu sabit bulunmalıdır.

Şehir Mahkemesi önünde boy gösteren bir tanık olan [Dr. J. S.]’ye göre, hastalığın semptomlarına dayanılarak, X’in Mart 1992 tarihinde gerçekleştirilen kan testinden en az bir yıl önce HIV enfeksiyonunu kapıldığı kabul edilmelidir... [Dr. S. V.]’ye göre; [Başvurucu’nun] tıbbî kayıtlarından anlaşıldığı üzere Başvurucu’nun Ocak 1990’da maruz kaldığı ve sıtma olarak tedavi gördüğü ateş semptomlu hastalığın, primer HIV enfeksiyonu olması kuvvetle muhtemeldir. 1989’un sonunda veya 1990’nın başında ateş semptomlu hastalığa yakalandığında [Başvurucu’nun] Mombasa’da kaldığı ve ayrıca [X] ile burada tanıştığı gerçeğini göz önüne alarak İstinaf Mahkemesi, Dr. S. V.’nin primer HIV enfeksiyonu hakkındaki görüşünü inandırıcı bulmuştur. [Başvurucu’nun] HIV taşıyıcısı olduğunun tespit edildiği anı dikkate alan İstinaf Mahkemesi, Başvurucu’nun [hastalığa] muhtemelen [X]’ten yakalandığına karar vermiştir.

Bu gerekçelerle İstinaf Mahkemesi, [X]’in HIV enfeksiyonu kapığının farkına varmasının en geç Aralık 1991 tarihinde olduğunu düşünmektedir. Binaenaleyh, yukarıda belirtilenlerden başka [X]’in herhangi bir HIV muayenesine girmemeyi seçmiş olması gerçeği, başkalarına [HIV] bulaşması olasılığına karşı tutumunun nihayet kayıtsız olduğunu göstermektedir. Kasıt unsuru ile ilgili olarak, böylesi bir tutum, sanki fail hasta olduğunu kesin olarak biliyormuş gibi düşünülmelidir. Bu nedenle [X’in] kastını değerlendirirken, mahkûm edildiği adam öldürmeye teşebbüs suçlamalarına ilişkin davranışlarının tümüne aynı şekilde bakılmalıdır.

...

Mevcut bilgilere dayanarak, HIV enfeksiyonunun ölümcül olduğu bu davada gösterilmiştir. [X], Finlandiya'ya gelmeden önce, [bu] hastalığın niteliğine ve yayılma şekillerine zaten aşina olduğunu itiraf etmiştir. Ayrıca [X'in] daha önce Uganda, Kenya ve Ruanda'da kaldığı beyanını, Uganda'nın söz konusu hastalığın özellikle yaygın olduğu bir ülke olduğunu ve [hastalığın] ölümcül olduğu genel bilgisini dikkate alarak ve ayrıca [X'in] eşinin de bu hastalığa yakalandığına işaret ederek [İstinaf Mahkemesi], [hastalığın] ölümcül etkilerine ve bulaşıcılığının yüksek riskine X'in aşina olduğunu muhtemel kabul etmiştir.

Tanık olarak çağrılan [başhekim L.] ve [Dr. S. V.]'ye göre, söz konusu hastalık tek bir cinsel ilişki yoluyla yayılabilir... Bu nedenle, X fiillerinin muhtemel bir sonuç olarak [şikâyette bulunanları] HIV bulaşma riskine maruz kalmasına neden olduğunu fark etmiş olmalıdır. Hal böyleyken; şayet X belirtilen şekilde davranmışsa, fiilleri kasıtlı olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, İstinaf Mahkemesi, ayrıca, [X'in] hastalığın olası bulaşma riski hakkında şikâyette bulunanları bilgilendirmediğini göz önüne almıştır.

...

... Bu nedenle, [X]'in ayrıca 19 Aralık 1991 ve 6 Eylül 1992 tarihlerinde adam öldürmeye teşebbüs suçlarını işlediği kabul edilmiştir..."

Bunlara ek olarak, İstinaf Mahkemesi, dava dosyalarının on yıl süreyle gizli kalmasına ilişkin Şehir Mahkemesi'nin kararını onamıştır.

37. 26 Eylül 1994 tarihinde Temyiz Mahkeme (*korkein oikeus, högsta domstolen*), X'e temyiz etme hakkı tanımayı reddetti.

F. İstinaf Mahkemesi'nin Kararını Bozulması veya İptali İçin Temyiz Mahkemesi'ne Başvuru

38. 19 Mayıs 1995 tarihinde Başvurucu, İstinaf Mahkemesi'nin 2002 yılından itibaren kendisi hakkında bilgi ve materyallerin kamuya açılmasına izin veren kararının iptali (*poistaa, undanröja*) için Yüksek Mahkemeye başvurmuştur. Başvurucu'ya göre, İstinaf Mahkemesi'nin ilgili tıbbî kayıtların gizli tutulup tutulmaması ve ne kadar süreyle gizli tutulmasına karar vermeden önce Başvurucu'nun taleplerini dinlememesi usule ilişkin bir hata anlamına gelmektedir. Kararın bu kısmı, Başvurucu'nun zararına olmuştur.

Alternatif olarak, ne "yasaya uygun olması" ne de "demokratik bir toplumda gerekli olmaması" hasebiyle İstinaf Mahkemesi'nin kararının yasanın açıkça yanlış bir uygulanmasına dayanması ve Sözleşme'nin 8'inci maddesinde bağdaşmaması gerekçesiyle Başvurucu söz konusu kararın iptali (*purkaa, äterbryta*) için başvurmuştur.

İstinaf Mahkemesi'nin kararının bozulması veya iptal edilmesi durumunda, Başvurucu taleplerini yapabilmek için dosyanın İstinaf Mahkemesi'ne geri gönderilmesini talep etmiştir.

39. 22 Mayıs 1995'te Başvurucu, kendisinin HIV-pozitif olduğu hakkında polisin kim tarafından bilgilendirildiği (bkz. Paragraf 12) ile ilgili olarak Helsinki Polis Departmanı'ndan soruşturma yapmasını talep etmiştir. Başvurucu bu talebini takip eden ayda geri çekmiştir.

40. 1 Eylül 1995'te Yüksek Mahkeme, Başvurucu'nun İstinaf Mahkemesi'nin kararının bozulmasına veya iptal edilmesine ilişkin başvurusunu reddetmiştir. Birinci başvuru zamanaşımı süresi dolduktan sonra yapılmıştır ve Başvurucu'nun ikincisini yapabilmek için yetkisi yoktur.

G. Davanın basına yansımaları

41. 15 Haziran 1992 tarihinde, geniş tirajlı akşam gazetesi Ilta-Sanomat, X'in HIV taşıyıcısı olduğunu ve Başvurucu'nun ifade vermeyi reddetmesinden dolayı HIV taşıyıcısı olup olmadığını henüz kesin olmadığını belirterek X'in yargılaması hakkında haber yaptı.

42. 9 Nisan 1993 tarihinde, önde gelen günlük gazete Helsingin Sanomat, "Savcı, HIV tecavüzleriyle suçlanan adamın karısının tıbbî kayıtlarını ele geçirdi" manşeti altında Başvurucu'nun tıbbî kayıtlarına el koyulmasını haber yaptı. Yazıda, adı ve soyadı tam olarak belirtilen X'in karısının HIV enfeksiyonundan mustarip hastaların tedavi edildiği bir hastane ünitesinde hasta olduğu belirtildi.

43. 10 Aralık 1993 tarihli İstinaf Mahkemesi'nin kararı, söz konusu kararı İstinaf Mahkemesi'nden faks yoluyla elde ettikten sonra 16 Aralık 1993'te haber yapan Helsingin Sonmat da dâhil, çeşitli gazeteler tarafından haber yapıldı. Bu yazıda, Başvurucu'nun ismi tam olarak belirtilerek, mahkûmiyetin "[X]'in Finlandiyalı eşi"nin beyanına dayandığı belirtildi. Ayrıca, Başvurucu'nun HIV-pozitif olduğuna dair İstinaf Mahkemesi'nin tespitine atıf yapıldı.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

A. Bulaşıcı hastalıkları bildirme yükümlülüğü ve tıbbi kayıtların gizliliği

44. 1986 Bulaşıcı Hastalıklar Yasası'na ve uygulama kararnamesine (*tartuntatautilaki 583/86 ja -asetus 786/86, lag 583/86 och förordning 786/86 om smittsamma sjukdomar*) göre, HIV enfeksiyonu gibi bir hastalıktan mustarip olan veya böylesi bir hastalığa yakalandığı tespit edilen kişi, istenildiği takdirde, bulaşmanın muhtemel kaynağı hakkında doktorunu bilgilendirmek ile yükümlüdür (Kanun'un 22/2'nci maddesi ve Kararname'nin 2'nci maddesi).

45. 1 Mayıs 1993 tarihinde yürürlüğe giren 1992 Hastaların Yasal Durumları ve Hakları Kanunu'na (*laki potilaan asemasta ja oikeuksista, lag om patientens ställning och rättigheter 785/92*) göre, tıbbî kayıtlar gizli tutulmalıdır. Bilgiler üçüncü kişilere karşı ancak ve ancak hastanın yazılı onayıyla açılabilir. Bununla birlikte, diğerlerinin yanı sıra, bir mahkeme, bir başka makam veya yasalar tarafından ayrıca erişim izni verilen bir kuruma bu kayıtlar açılabilir (13'üncü madde).

B. İfade verirken bir tıp doktorunun gizlilik ile ilgili hak ve yükümlülükleri

46. Adli Usul Kanunu'nun 17'nci bölüm, 23'üncü maddesinin 1(3) fıkrası uyarınca, hastasının rızası olmaksızın bir doktor, meslekî görevi dolayısıyla elde ettiği ve doğası gereği gizli kalması gereken bilgileri tanık olarak veremez.

Ancak, üçüncü fıkra, en az altı yıl hapis cezası öngören bir suç (adam öldürme ve adam öldürmeye teşebbüs davalarında olduğu gibi) ile ilgili olarak bir doktorun tanık olarak ifade vermesi için karar verilebileceğini öngörmektedir.

Böylesi davalarda, 1987 Hazırlık Soruşturması Kanunu'nun (*esitutkintalaki, förundersökningslag 449/87*) 27(2)'nci bölümü, hazırlık soruşturması sırasında doktorlara ifade verme yetkisini tanımaktadır.

47. İşbu Kanun'un 28(1)'inci bölümü şunu öngörmektedir:

“Eğer bir tanık, [bir şüphelinin] suçluluğunun ortaya çıkarılması için önemli bir konuda açık olarak bilgi sahibi ise ve eğer yapmakla yükümlü olmasına veya 27(2) uyarınca yapmakla yetkili kılınmış olmasına rağmen bunu ortaya çıkarmayı reddederse, mahkeme baş soruşturma görevlisinin talebi üzerine konu ile ilgili bilgilerini açıklamayı için [tanığın] bilgi vermesi isteyebilir. Bu gibi durumlarda, tanık sorgulamasının tamamı veya bir kısmı mahkemede yapılır.”

Hazırlık soruşturmasının bir tarafı ve onun avukatı, baş soruşturma görevlisinin bu yöndeki talebinin değerlendirileceği ve tanığın ifade vereceği asıl duruşmalara katılabilir (madde 28(2)).

C. Gizli belgelere el koyulması

48. 1987 Ceza Soruşturması Cebri Yollar Kanunu'nun (*pakkokinolaki, tvångsmedelslagen 450/87*) 4'üncü bölümü, 2(2)'nci maddesine göre:

“Bir belge, Adli Usul Kanunu'nun 17'nci bölümü, 23'üncü maddesinde belirtilen duruşmada ifade vermesine izin verilmeyen bir kişi ile ilgili olarak bilgi içerdiği varsayıldığında ve bu belge o kişinin veya gizlilik yükümlülüğünün öngörülmesinden faydalanan kişinin elinde olması halinde delil amacıyla müsadere edilemez. Bununla birlikte, Hazırlık Soruşturması Kanunu 27(2) kısmı uyarınca [Adli Usul Kanunu'nun 17'nci bölümü 23'üncü maddesinde belirtilen] bir kişinin, belgede yer alan konu hakkında hazırlık soruşturmasında ifade vermekle yetkili olması veya yükümlü kılınması halinde o belgeye el konulabilir.”

49. Kanun'un 4'üncü bölümünün 13'üncü maddesinde şunlar yer almaktadır:

“Dava konusu kişinin talebi üzerine Mahkeme, müsadereyi devam edip etmeyeceğine karar verir. Suçlamaların incelenmesinden önce mahkemeye sunulmuş olan talep, alındıktan bir hafta içerisinde Mahkeme tarafından karara bağlanır. Böylesi bir talebin incelemesi, uygun olduğu kadarıyla, tutukluluk haline ilişkin incelemeler hakkındaki 1'inci bölüm 9 ve 12'nci maddelerdeki hükümlere göre yapılır. Mahkeme konu ile ilgisi olanların dinlenilme imkânını saklı tutar; ancak herhangi bir kişinin yokluğu, bu konuda bir kararı engellemez.”

D. Resmî belgelere kamunun erişimi

50. 1951 Resmî Belgelerin Aleniyeti Kanunu'na (*laki yleisten asiakirjain julkisuudesta, lag om allmänna handlingars offentlighet 83/51*) göre, resmî belgeler kural olarak alenidir (madde 1). Bunlar sadece bir makam tarafından düzenlenen veya yayınlanan belgeleri değil; aynı zamanda, bir makama sunulan ve o makamın elinde bulundurduğu belgeleri de içermektedir (madde 2(1)). Ancak, bir hazırlık soruşturması kaydı, konu bir mahkeme önüne taşınıncaya kadar veya suçlamada bulunulmaksızın polis soruşturmasına son verilene kadar kamuya açılmaz (madde 4).

Herkes, kamuya açık resmî belgelere erişim hakkına sahiptir (739/88 sayılı Kanun ile değişik 6'ncı madde). Ancak, tıbbî raporlar, sadece ilgili oldukları kişinin onayı ile kamuya açılabilir (madde 17). Bununla birlikte, böyle bir rızanın yokluğunda, ceza yargılamasına taraf olan bir kişi eğer söz konusu belgeler davanın sonucunu etkilemeye muktedir ise bu belgelere erişebilir (601/82 sayılı Kanun ile değişik 19(1)'inci madde).

51. Davanın daha ileri incelemesi için gerekli görülürse, hazırlık soruşturması esnasında elde edilen yazılı deliller, soruşturma kaydında tutulur. Bu kayıt, önem arz eden tüm belgeleri kapsar ve *inter alia*, elde edilen diğer yazılı delillerin kayıttan çıkarılıp çıkarılmadığını gösterir (Hazırlık Soruşturması Kanunu'nun 40'inci maddesi).

52. Sözlü duruşmanın tamamı ya da bir kısmı gizli olarak yapılmışsa ya da böyle bir duruşmada herhangi bir gizli bilgi veya belge sunulmuşsa, mahkeme dava dosyasının tamamının ya da bir kısmının kırk yıla kadar gizli tutulmasına karar verebilir. Kararın hüküm bölümü ve dayanılan yasal hükümler her zaman kamuya açık olmalıdır (1984 Mahkeme Yargılamasının Aleniliği Kanunu, madde 9 (*laki oikeudenkäynnin julkisuudesta, lag om offentlighet vid rättegång 945/84*)).

Yargılamanın aleniliğine ilişkin karara karşı ayrı bir temyiz yolu tanınmamıştır (madde 11). Bu nedenle, söz konusu karara karşı, yargılamaya taraf bir kişi tarafından olağan temyiz yoluyla itiraz edilmelidir.

E. Gizli bilgilerin ifşası

53. 1889 Ceza Kanunu (*rikoslaki, strafflag 39/1889*) uyarınca, gizli bilginin kamu hizmetlisi veya devlet memuru tarafından ifşa edilmesi, ceza gerektiren bir suçtur (daha sonra değiştirilen 40'inci bölüm).

54. Anayasa'ya (*Suomen hallitusmuoto, Regeringsform för Finland 94/19*) göre, hakları ihlal edilen ve bir kamu hizmetlisinin yasa dışı eylem veya ihmalden dolayı zarar gören herkes, o kamu görevlisi hakkında dava açmak veya hakkında dava açılmasını istemek ve tazminat talep etmek hakkına sahiptir (93'üncü maddenin 2'nci fıkrası). 1974 Zarar Tazminat Kanunu (*vahingonkorvauslaki, skadeståndslag 412/74*) gereğince, kamu hizmetlisinin eylemlerinden dolayı, devlete karşı da ayrıca dava açılabilir (3 ve 4'üncü bölüm).

55. Hazırlık soruşturmasında yer alan bir kişi, daha önce kendisinin tanımadığı ve fakat soruşturmaya ilgili üçüncü kişilere ilişkin bilgileri açığa vurmaktan, para cezasına ve azami altı ay hapis cezasına çaptırılma pahasına, yasaklanabilir. Böylesi bir yasaklama, soruşturma esnasında bu tür bilgilerin açıklanması soruşturmayı tehlikeye düşürürse veya soruşturmaya taraf olan birine ya da herhangi bir üçüncü kişiye zarar verme veya tehlikeye sokma ihtimali söz konusu ise verilebilir. Eğer ifşa edilme farklı bir suç teşkil ediyorsa, daha ağır cezalar verilebilir (Hazırlık Soruşturması Kanunu'nun 48'inci maddesi).

56. 1951 Resmî Belgelerin Aleniliği Kanunu'na göre, ne taraflar ne de temsilcileri, taraf olarak sıfatları dolayısıyla kendilerine sağlanmış gizli bilgileri, yargılamada yer almamış kişilere ifşa edemez (madde 19a). Bu ifşa kuralının ihlali, para ceza ile cezalandırılır (madde 27).

KOMİSYON ÖNÜNDEKİ DURUŞMALAR

57. 21 Mayıs 1993 tarihli Komisyon'a yaptığı başvurusunda (no. 22009/93), Bayan Z, bilhassa (1) kocasına karşı yürütülen cezai yargılamada doktorlarının ve psikiyatristinin ifade vermelerini ve kendisi hakkındaki bilgileri ifşa etmelerini zorunlu kılan kararlar, (2) tedavi gördüğü hastanedeki tıbbî kayıtlarına el koyulması ve bunların bütünüyle soruşturma dosyasına dâhil edilmesi, (3) yetkili mahkemelerin yargılama kayıtlarını on yıllık süreyle sınırlamasına ilişkin kararları ve (4) İstinaf Mahkemesi'nin kararında kimliğinin ve kendisine ait tıbbî verilerin ifşa edilmesi hasebiyle Sözleşme'nin 8'inci maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Bayan Z, ayrıca, Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin hilafına olarak, 8'inci madde uyarınca şikâyetleri ile ilgili olarak etkili bir kanun yoluna başvurma hakkının sağlanmadığını iddia etmiştir.

28 Şubat 1995 tarihinde, Komisyon başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. 2 Aralık 1995 tarihli raporunda (madde 31), Komisyon 8'inci maddenin ihlal edildiğine ve ayrıca 13'üncü maddenin ihlal edilip edilmediğinin incelenmesinin gerekli olmadığına ilişkin oybirliği ile alınmış görüşünü ifade etmiştir. Komisyon görüşünün tam metni, bu kararın eki olarak çoğaltılmıştır³.

MAHKEMEYE YAPILAN NİHAÎ SAVUNMALAR

58. 29 Ağustos 1996 tarihli duruşmada Hükümet, yazılı savunmalarında belirttikleri gibi, Mahkeme'den Sözleşme'nin ihlalinin bulunmadığına karar vermesini talep etmiştir.

59. Aynı vesileyle, yazılı savunmasında belirttiği üzere Başvurucu, 8'inci ve 13'üncü maddelerin ihlal edildiğinin tespit edilmesine ve Sözleşme'nin 50'nci maddesi uyarınca hakkaniyete uygun biçimde tazminat verilmesine ilişkin Mahkeme'ye yaptığı talebini yinelemiştir.

³ Yazı İşleri Müdürü'nün Notu: Pratik nedenlerden dolayı bu ek, sadece yargılamanın basılmış versiyonu ile çıkarılmıştır (Reports of Judgement and Decisions 1997-I), ancak Sicil Dairesi'nden bir kopyası alınabilir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME’NİN 8’İNCİ MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI (m. 8)

60. Başvurucu, Sözleşme’nin 8’inci maddesinin ihlali dolayısıyla mağdur olduğunu iddia etmiştir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir. “

61. Komisyon, bu hükmün (m. 8) ihlal edildiğine karar vermişken Hükümet bu iddiaya karşı çıkmıştır.

A. Mahkeme önündeki konuların kapsamı

1. Tıbbî verilerin sızdırılması iddiası

62. Başvurucu Komisyon’a yaptığı başvurusunda, diğer şeylerin yanı sıra, HIV taşıyıcı olarak kimliğinin ve sağlık durumunun basın tarafından ifşa edilmesinin ve iş sözleşmesinin sonlandırılmasının önlenmesinde Finlandiya makamlarının başarısız olduğundan yakınmıştır. Komisyon’un başvuruyu kabul edilebilir bulmasından sonra ve buradaki yargılamalar sırasında elde edilen yeni bilgiler ışığında, Başvurucu, söz konusu bilgilerin polis veya diğer kamu makamları tarafından sızdırıldığını ileri sürerek bu iddialar hakkında ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur.

Mahkemeye verdiği yazılı savunmasında Başvurucu, bu iddiaları açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır. Başvurucu, gazete yayınları ya da işten çıkarılması hakkında şikâyetinde bulunma niyetinde değildir ve fakat sadece davalı devletin sorumlu olduğu iddiaya konu sızıntı hakkında şikâyetinde bulunmuştur. Başvurucu’ya göre, bu gerçeğin kendisi 8’inci maddenin ihlaline neden olmuştur.

63. Hükümet, yukarıdaki açıklamalara atıfta bulunarak, iddianın herhangi bir gerçek içerikten yoksun olduğunu ifade etmiştir.

64. Komisyon konuyu esasa ilişkin incelemeyi gerekli görmemiştir ve Delege, Mahkeme duruşmasında gösterilen delillerin bu noktada eksik olduğu ilave etmiştir.

65. Mahkeme de davalı devletin 8'inci madde uyarınca sorumlu tutabilecek şekilde Başvurucu ile ilgili gizli tıbbî verilerin sızdırıldığının sabit olduğunu tespit etmemiştir.

2. Ayrımcılık İddiası

66. Başvurucu, ayrıca, İstinaf Mahkemesi'nin kararındaki gerekçenin sadece eski kocasına ırk temelinde değil, aynı zamanda kendisine karşı cinsiyet temelinde önyargılı olduğundan Mahkeme nezdinde yakınmıştır. Başvurucu'nun özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkına yapılan müdahale, Afrikalı siyahî bir kişiyle evli bir kadın olması gerçeği dolayısıyla yapılmıştır.

67. Hükümet, yukarıdaki iddialara itiraz etmiştir. Başvurucu, Komisyon önündeki yargılamada Sözleşme'nin 14 maddesine atıfta bulunmamıştır, ki Komisyon bu yöndeki iddiaları incelememiştir. Başvurucu'nun böyle bir iddiayı Mahkeme önünde ileri sürmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

68. Komisyon Delegesi, bu konuyla ilgili herhangi bir görüş bildirmemiştir.

69. Mahkeme'nin görüşüne göre, Başvurucu'nun ayrımcı muameleye maruz kaldığı iddiaları, Komisyon tarafından kabul edilebilir bulunan şikâyetlerinin bir ayrıntısı gibi görünmemektedir; daha ziyade, Komisyon'un kabul edilebilirlik kararı kapsamına girmeyen ayrı ve yeni bir şikâyet olarak görünmektedir. Bu nedenle; Mahkeme bu iddiayı göz önüne almak için yargı yetkisini haiz değildir (bkz, örneğin, Olsson/İsveç (no. 2) Kararı, 27 Kasım 1992, Series A no. 250, ss.30-31, par. 75 ve Schuler-Zraggen/İsviçre, 24 Haziran 1993, Seri A. No.263, s. 20, par. 60).

3. Sonuç

70. Dolayısıyla, Mahkeme, Başvurucu'nun şikâyet ettiği diğer hususlar olan (1) kocasına karşı yürütülen ceza yargılamasında kendi doktorlarının ifade vermesini gerektiren kararlar, (2) tıbbî kayıtlarına el koyulması ve bunların soruşturma dosyasına dâhil edilmesi, (3) 2002 yılından itibaren söz konusu materyallerin kamuya açık hale getirilmesine imkân veren karar ve (4) İstinaf Mahkemesi'nin kararında Başvurucu'nun kimliğinin ve sağlık durumunun ifşa edilmesi ile ilgili olarak incelemesini sınırlı tutacaktır.

B. Başvurucu'nun özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale edilmiş olup olmadığı

71. Şikâyet edilen çeşitli tedbirlerin, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında koruma altına alınan Başvurucu'nun özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkına müdahale teşkil ettiği tartışmasızdır. Mahkeme, aksini kabul etmek için hiçbir neden görmemektedir. Bu nedenle, Mahkeme söz konusu maddenin 2'nci fıkrasındaki koşulların yerine getirilip getirilmediğini incelemelidir (madde8-2).

C. Müdahalelerin haklı olup olmadığı

1. “Kanunlara uygun olarak”

72. Başvurucu, anlaşmazlık konusu olan dört tedbirin hepsinin, Adli Usul Kanunu'nun 17'nci bölümü, 23'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının uygulanarak tıbbî verilerinin X aleyhindeki yargılamaya iletilmiş olmasından kaynaklandığından yakınmıştır ki söz konusu hüküm, Başvurucu'nun görüşüne göre, “tehlikeli bir biçimde” geniş anlamda düzenlenmiştir. Başvurucu, söz konusu hükmün, tıbbî bilgileri ceza yargılamalarında kullanılacak kişileri belirlemekte yetersiz olduğunu savunmuştur. İlgili düzenlemeler, bu yöndeki tedbirlere başvurulmadan önce söz konusu kişilere dinlenilmesi için bir hak veya bunlara itiraz etmek için bir kanun yolu tanımamaktadır. Tıbbî kayıtlara el koyulması ve soruşturma dosyasına dâhil edilmesi, bir mahkeme kararını dahi gerektirmemektedir. Dolayısıyla, mevzuatın “kanunlara uygun olarak” ifadesine uygun olarak kesinlik ve öngörülebilirlik şartlarını yerine getirdiği söylenemez.

73. Bununla birlikte, Mahkeme, Komisyon ve Hükümetin görüşlerine katılarak, önlemlerin iç hukuka uymadığı veya ilgili mevzuatın etkilerinin 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında (m. 8-2) “kanuna uygun olarak” ifadesi ile ima edilen kalite gerekliliğinin amaçları için yeteri kadar öngörülebilir olmadığını belirtmek için herhangi sebep bulmamaktadır.

2. Meşru amaç

74. Başvurucu, 8'inci maddenin 2'nci fıkrasındaki hedefler için itiraza konu tedbirlerin meşru bir amacı izlediği iddiası ile ilgili olarak, X'e karşı açılan davada söz konusu tıbbî verilerin o kadar da önemli olmadığını iddia etmiştir.

75. Ancak, Mahkeme X'e karşı yapılan yargılamanın sonucu için ilgili delillerin önemi hakkındaki Başvurucu tarafından esasen bir *ex post facto* değerlendirmeye dayandırılan bu argümandan ikna olmamıştır. Önemli olan, tartışmalı tedbirlerin alındığı zamanda, ilgili makamların meşru bir amaca ulaşmaya çalışıp çalışmadığıdır.

76. Bu bağlamda, Mahkeme, mezkûr soruşturma tedbirlerinin (bkz, paragraf 23, 26 ve 29-32) söz konusu zamanda “bir suçun ... önlenmesi” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması”na yönelik olduğuna ilişkin Hükümet ve Komisyon’un görüşüne katılmaktadır.

77. Gizlilik kararı hakkındaki on yıllık sınırlama ile ilgili olarak, Mahkeme, mahkeme duruşmalarının şeffaflığının sağlanmasının ve dolayısıyla kamunun mahkemelere olan güveninin korunmasında kamu yararı olduğunu kabul etmektedir (bkz, paragraf 33, 35 ve 36). Söz konusu sınırlama, Finlandiya kanunları uyarınca, herhangi bir vatandaşa gizlilik süresinin dolmasından sonra dava dosyasına erişim hakkını kullanma imkânı vermektedir. Bu nedenle, Hükümet ve Komisyon tarafından belirtildiği gibi, bunun “başkalarının hak ve özgürlüklerinin” korunmasına yönelik olduğu söylenebilir.

Öte yandan, Hükümet ve Komisyon’dan farklı olarak Mahkeme, bunun suçun önlenmesine yönelik olarak görülebileceğine katılmamaktadır.

78. İstinaf Mahkemesi’nin kararında ifşa edilmesinden sonra Başvurucu’nun tam adının yanı sıra sağlık durumunun basın tarafından yayınlanması (bkz, paragraf 36) ile ilgili olarak, Hükümet ve Komisyon’un aksine, Mahkeme, bunun 8’inci maddenin 2’nci paragrafında (m. 8-2) sayılan meşru amaçların herhangi birinin sağlanması için olduğunu söylemenin mümkün olup olmadığı ile ilgili kuşku duymaktadır. Bununla birlikte, aşağıdaki 113’üncü paragraftaki bulgularını dikkate alarak Mahkeme, bu konuda karar vermeyi gerekli görmemektedir.

3. “Demokratik bir toplumda gerekli”

a) Mahkeme huzuruna çıkanların argümanları

(i) Başvurucu ve Komisyon

79. Başvurucu ve Komisyon, Başvurucu’nun 8’inci maddedeki özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkına, “demokratik bir toplumda gerekli” olduğu söylenemeyecek bir biçimde müdahale edildiği görüşündedir.

Ancak, Başvurucu ve Komisyon’un bu konudaki sonuçları değişiklik göstermektedir. Başvurucu, her bir tedbirin kendi başına 8’inci maddenin ihlali anlamına geldiğini iddia ederken; Komisyon, bu tedbirleri birlikte değerlendirerek ihlal tespit etmiştir. Delege, çeşitli tedbirler ile bunların Başvurucu için sonuçları arasındaki güçlü bağlar dolayısıyla genel bir değerlendirmenin, zorunluluk testi uyarınca uygulanacak mefaatlerin dengelenmesi için daha iyi bir temel sağladığı açıklamasında bulunmuştur.

Ayrıca, Başvurucu ve Komisyon'un kendi argümanları arasında da belirli farklılıklar bulunmaktadır. Bunlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

80. Başvurucu'nun savunmasında, söz konusu tedbirlerle izlenen meşru amaç ile Başvurucu'nun kimliğinin ve sağlık durumunun gizliliğinin korunması arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmamaktadır.

Doktorlarına ve psikiyatristin ifade vermesini gerektiren kararlarla ilgili olarak; Başvurucu, X'in üç kez yerine beş kez adam öldürmeye teşebbüsten mahkûm edilmesinin hükmün ağırlığını ve mağdurların ondan tazminat almaları olasılığını hemen hemen hiç etkilemediğini gözlemlemiştir. X, her halükarda kalan iki cinsel suç ile ilişkili olarak cezalandırılacaktı. Finlandiya kanunları uyarınca bir HIV taşıyıcısının hastalığın muhtemel kaynağı hakkında doktorunu bilgilendirmesi (bkz, paragraf 44) göz önüne alındığında, itiraz edilen kararların Finlandiya'daki potansiyel ve gerçek HIV taşıyıcılarının kan testi yaptırmasına ve tıbbî yardım talep etmesine mani olması muhtemeldir.

Tıbbî kayıtlara el koyulması ve bunların soruşturma dosyasına dahil edilmesi (bkz, paragraf 31-32) ile ilgili olarak, bu materyallerin önemli bir bölümü, X'e karşı açılan dava ile açıkça ilgisizdir ve hiçbir X'in HIV enfeksiyonunu ne zaman fark ettiğini belirlemek için kesin olabilecek hiçbir bilgi içermemektedir. Z'nin, X ile ilgili beyanlarının kayıtlarında belirli tekil açıklamalar vardır; ancak bunların önemi, sadece teoriktir. Şehir Mahkemesi, el koymadan elde edilen delillerin hepsinin dosyalanmasına izin vermek yükümlülüğünde değildi.

Bu arka plana karşın, mahkeme kayıtlarının on yıl sonra, 2002 yılında, kamuoyunun erişimine açılması kararı verilmesi için hiçbir gerekçe mevcut değildir.

İstinaf Mahkemesi'nin, Başvurucu'nun kimliğini ve sağlık durumunun ayrıntılarını kararında ifşa etmesi ve bunu Finlandiya'nın en geniş gazetesine fasklaması (bkz, paragraf 43) da hiç "gerekli" olmamıştır ki söz konusu tedbir, Başvurucu'nun özel ve profesyonel hayatına özellikle zarar vermiştir. İstinaf Mahkemesi'ndeki yargılamada, X'in avukatı, Z'nin hakkındaki herhangi bir bilginin yayınlanmasını istemediğini tamamen açık bir şekilde belirtmiştir.

81. Başvurucu'nun aksine, Komisyon, yetkili ulusal makamların sadece X'in HIV enfeksiyonunu fark etmesinin ne zaman olduğu hakkında delil etmeye çalışmalarından ötürü söz konusu tedbirlerin esas itibarıyla haklı olduğuna kanaat etmiştir. Komisyon, adam öldürmeye teşebbüs suçlarının soruşturması yürütülürken ağır kamusal ve özel çıkarları göz önüne almıştır.

Öte yandan, Komisyon, Başvurucu gibi, söz konusu tedbirlerin 8'inci maddenin 2'nci paragrafındaki amaçlar için yeterli güvenceler ile desteklenmediği görüşündedir.

82. Her şeyden önce, Komisyon, ne başhekim L'ye ifade vermesi için gönderilen ilk karara ilişkin ne de tıbbî kayıtlarına el konulabileceğine (bkz, paragraf 23) ve dolayısıyla bunların kopyalarının soruşturma dosyasına eklenebileceğine (bkz, paragraf 31-32) ilişkin Başvurucu'ya bir ön ihtar verilmediğini gözlemlemiştir. Çeşitli soruşturma tedbirleri hakkında önceden gerektiği gibi bilgilendirilmediği için Başvurucu, bunlara karşı etkili bir şekilde itiraz edememiştir. Ayrıca, bu bağlamda, Başvurucu, yargılamalara ve gizli olarak yapılan mahkeme duruşmalarına taraf olmayan biri olarak (bkz, paragraf 23), kendi görüşlerini ifade etmek için mahkeme önüne çıkması için hiçbir yolu olmadığına dikkat çekmiştir.

Tüm doktorların dinlenmesinin niçin gerekli olduğu (bkz, paragraf 23, 26, 29 ve 30) ve eğer mevcutsa, şikâyet edilen müdahaleyi asgari düzeye indirecek şekilde sorgulamanın sınırlandırılması için ne gibi çabaların yapıldığı açık değildir.

83. Ayrıca, polisin Başvurucu'nun tıbbî kayıtlarından ortaya çıkan bilginin en azından bir kısmını korumak için, özellikle bazı materyalleri soruşturma dosyasının içine sokmamak gibi, takdir yetkisini kullandığına dair hiçbir işaret yoktur.

Bu noktada, Başvurucu, kayıtların dosyaya dâhil edilmesine itiraz edecek bir kanun yolunun kendisine tanınmamış olmasına da ayrıca itiraz etmiştir.

84. Bundan başka, Finlandiya kanunları uyarınca mahkeme kayıtlarını kırk yıla kadar gizli tutmak mümkün olsa da (bkz, paragraf 52) ve yargılamaya taraf olanların hepsi otuz yıl talep etmişse de, Şehir Mahkemesi kararı on yıl ile sınırlamaya karar vermiştir (bkz, paragraf 33), ki bu karar İstinaf Mahkemesi tarafından onanmıştır (bkz, paragraf 36).

Başvurucu'nun Yüksek Mahkeme'den gizlilik kararının bozulmasını istemek zorunda kalabileceği herhangi bir ihtimal, Başvurucu'ya yeterli bir güvence olarak sağlanmamıştır. Başvurucu'nun, İstinaf Mahkemesince dinlenilmesini sağlayacak hiçbir hüküm mevcut değildir ve konu hakkında dinlenen tarafların tümü, başarısız da olsa kararın uzatılmasını istemiştir (bkz, paragraf 35).

85. Buna ek olarak, İstinaf Mahkemesi, kararın gerekçesini tam olarak yayınlatarak, Başvurucu'nun kimliğini ve onun HIV enfeksiyonunu ifşa etmiştir (bkz, paragraf 36). Başvurucu'nun bu tedbire itiraz etmesi veya karşı çıkması için elinde hiçbir etkili yol yoktur.

(ii) Hükümet

86. Hükümet, Başvuran ve Komisyon tarafından varılan sonuçlara itiraz etmiştir. Hükümet'in görüşüne göre, itiraz edilen itirazların tümü ilgili ve yeterli nedenlerle desteklenmiştir ve mevcut olan koruma önlemleri göz önüne alındığında izlenen meşru amaçlarla uyumludur. Hükümet, Mahkeme'yi her bir koruma tedbirini ayrı ayrı incelemeye davet etmiştir.

87. Hükümet savunmasında, hem Başvurucu'nun doktorlarından ve psikiyatristinden delil elde etmenin hem de tıbbî kayıtlarının duruşmadaki kayıtlara geçirilmesinin, X hakkında beş kez adam öldürmeye teşebbüsten ikisi hakkında mahkûmiyet ve cezasını (bkz, paragraf 33 ve 36) temin etme aşamasında hayati önem taşıdığını belirtmiştir. Bu tedbirlerin amacı, X'in HIV enfeksiyonunu ne zaman fark ettiği ya da hastalığı taşıdığından şüphelenmek için ne zaman sebepleri olduğu hakkında bilgi elde etmekle sınırlıydı.

88. Hükümet; aranan bilginin niteliği, söz konusu suçların ciddiyeti ve sanık için söz konusu şeyin ne olduğu sebeplerinden ötürü tüm doktorların dinlenmesinin gerekli olduğunu ayrıca ileri sürmüştür.

Doktorların ve psikiyatristin ifade vermesini gerektiren karar, Şehir Mahkemesi tarafından verilmiştir ve Başvurucu'nun bu aşamadaki itirazlarına, 3 Mart 1993 tarihinde, başhekim L. onun mektubunu mahkemede okuduğunda (bkz, paragraf 29) dikkat çekilmiştir.

89. Ayrıca, Hükümet, tüm kayıtların X'in HIV enfeksiyonunun ne zaman farkına vardığı veya bundan şüphelenmek için ne zaman sebepleri olduğu ile ilgili soruyla potansiyel ilişkili olduğundan materyalin tamamına el koyulmasının ve soruşturma dosyasına dâhil edilmesinin makul olduğunu savunmuştur. HIV enfeksiyonu semptomlarının çeşitliliği ve bir hastalığın HIV ile ilgili olup olmadığını değerlendirmenin zorluğu dikkate alındığında, yetkili mahkemelerin tüm materyali inceleyebilmesi önem arz etmiştir. Bunlardan herhangi birini hariç tutmak, materyalin güvenirliliğiyle ilgili şüphelere sebebiyet verecekti.

Buna ek olarak, Hükümet, Başvurucu'nun 1987 Ceza Soruşturması Cebri Yollar Kanunu'nun 4'üncü bölümünün 13'üncü maddesi (bkz, paragraf 49) uyarınca el koyulmalara karşı itirazda bulunabileceğine işaret etmiştir.

90. Mahkeme duruşmalarının aleniliğindeki kamu yararını göz önünde bulunduran Hükümet, gizlilik kararını on yıl ile sınırlı tutmanın davanın somut şartları içerisinde makul olduğunu savunmuştur. Bayan Z, tanık olarak dinlenirken tıbbî verilerinin gizli kalmasını ve İstinaf Mahkemesi'nin kararında kimliğinin gizli tutulmasını açık bir şekilde talep etmemiştir.

91. İstinaf Mahkemesi'nin kararında Başvurucu'ya X'in eşi olarak değinilmesi, kararın gerekçesi ve sonucu için elzem bir unsur teşkil etmektedir (bkz, paragraf 36). Kararın Başvurucu'nun ismini ifşa edilmesi, Başvurucu'nun menfaati için hiçbir önem taşımamaktadır. X tarafından işlenen suçların mağdurları gibi, Başvurucu bu konuda herhangi bir istekte bulunsaydı onun da ismini belirtmekten kaçınmak mümkün olabilirdi.

92. Son olarak, yukarıdaki önlemlere ek olarak, Hükümet, kamu görevlilerinin gizlilik ihlalinin dolayısı ile Başvurucu'nun Finlandiya kanunlarına göre hukuki ve cezai yollara başvurabileceğine ve parlamento ombudsmanı ya da Adalet Şansölyesi'ne dilekçe verme olasılığına (bkz, paragraf 53-56) işaret etmiştir.

93. Yukarıda belirtilenlerin ışığında, Hükümet, Finlandiya makamlarının söz konusu hususlarda kendilerine bırakılan takdir payı çerçevesinde hareket ettiklerini ve dolayısıyla itiraz edilen tedbirlerin hiçbirinin, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlaline yol açmadığını düşünmektedir.

(b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

94. İtiraz edilen tedbirlerin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığının belirlerken Mahkeme, davayı bir bütün olarak ele alarak, tedbirlerin yerinde olduğunu göstermek için belirtilen nedenlerin yeterli ve elverişli olup olmadığını ve tedbirlerin istenilen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığını değerlendirecektir.

95. Bu bağlamda, Mahkeme, kişisel verilerin, bilhassa tıbbî kayıtların, korunmasının, bir kişinin Sözleşme'nin 8'inci maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkından yararlanması için temel önem taşıdığını göz önüne alacaktır. Sağlık verilerinin gizliliğine saygı göstermek, Sözleşme'ye taraf devletlerin hepsinin hukuk sistemlerinde hayati bir ilkedir. Bu, sadece... bir hastanın mahremiyet duygusuna saygı duyulması açısından değil; aynı zamanda hastanın tıp mesleğine ve sağlık hizmetlerine olan güveninin genel olarak korunması açısından da önemlidir.

Böyle bir koruma olmaksızın, tıbbi yardıma ihtiyaç duyan kişiler uygun tedaviyi görmek için gerekli olabilecek kişisel ve samimi nitelikteki bu bilgileri açığa çıkarmaktan ve bu tür yardım almaktan engellenebilirler ki bu yüzden kendi sağlıklarını ve bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplumun sağlığını tehlikeye atabilirler (24 Ekim 1989 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen "Sağlık Hizmetleri ve Sosyal Ortamlarda HIV Enfeksiyonunun Etik Sorunları" hakkında R (89) 14 numaralı tavsiye kararı,

özellikle açıklayıcı bildirinin 165'inci paragrafında geçen tıbbî kayıtların gizliliği hakkındaki genel gözlemler).

Dolayısıyla, iç hukuk, Sözleşme'nin 8'inci maddesinde güvence altına alınan garantilerle çelişkili olabilecek şekilde kişisel sağlık verilerinin ifşa edilmesini veya herhangi bir şekilde iletilmesini önlemek için uygun tedbirleri sağlamalıdır (bkz, *mutatis mutandis*, Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Açısından Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nin⁴ 3/2(c), 5, 6 ve 9'uncu maddeleri, Avrupa Konseyi Anlaşma Serileri No 108, Strazburg, 1981).

96. Yukarıdaki mülahazalar, bir kişinin HIV enfeksiyonu hakkındaki bilgilerinin gizliliğinin korunması açısından özellikle geçerlidir. Bu tür verilerin ifşa edilmesi, kişiyi aşağılanma ve toplum dışına itilme riskine maruz bırakarak, o kişinin özel ve aile hayatı yanında sosyal ve istihdam durumunu çarpıcı bir biçimde etkileyebilir. Bundan dolayı; bu verilerin ifşası, kişileri teşhis ya da tedavi talep etmekten vazgeçirebilir ve bu yüzden toplumun söz konusu salgını kontrol etmek için önleyici çabalarını zayıflatabilir (bkz, yukarıda belirtilen R (89) 14 numaralı Tavsiye Kararı'na ek açıklayıcı bildiri, 166-68'inci paragraflar). Bu nedenle; bu tür bilgilerin gizliliğinin korunmasındaki menfaat, müdahalenin izlenen meşru amaç ile orantılı olup olmadığını belirliyorken söz konusu olan dengede ağır basacaktır. Bu tür müdahale, kamu yararına öncelik gerektiren bir zorunluluk ile haklı çıkarılmadıkça Sözleşme'nin 8'inci maddesi ile uyumlu olamaz.

Bir kişinin HIV durumuyla ilgili bilginin oldukça mahrem ve hassas niteliği göz önüne alındığında, hastanın rızası olmaksızın bu tür bilgilerin iletimi veya ifşasını gerekli kılan herhangi bir devlet tedbiri, etkili bir koruma sağlamak için tasarlanmış önlemlerde olduğu gibi, Mahkeme tarafından en dikkatli incelemeyi gerektirmektedir (bkz, *mutatis mutandis*, Dudgeon/Birleşik Krallık Kararı, 22 Ekim 1981, Series A no. 45, s. 45, par. 52; Johansen/Norveç Kararı, 7 Ağustos 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, ss.1003-04, par. 64).

97. Aynı zamanda, Mahkeme, tıbbî verilerin gizliliğini koruyorken bir hastanın ve bir bütün olarak toplumun menfaatlerinin, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasındaki ve mahkeme duruşmalarının aleniliğindeki menfaatten daha ağır basabileceğini kabul etmektedir (bkz, *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen 1981 Veri Koruma Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesi).

⁴ Ç.N.: Söz konusu Sözleşme, Türkiye tarafından 02.05.2016 tarihinde onaylanmış ve 01.09.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz: http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli-soz/ak/turkce/108_tur.pdf (e.t.:11.01.2017).

98. Söz konusu soruşturma tedbirleri bağlamında, kendi görüşlerini adli duruşmalarda kullanılan delillerin uygunluğu ile ilgili olarak ulusal makamların görüşleriyle değiştirmenin Mahkeme'ye düşmediği, akılda tutulmalıdır (bkz, örneğin, yukarıda bahsedilen Johansen Kararı, p. 1006-07, par. 73).

99. Kişisel verilere kamunun erişimi konusundaki hususlarla ilgili olarak, Mahkeme, bir taraftan mahkeme duruşmalarının aleniliğindeki menfaat ile diğer yandan bu tür verilerin gizliliğinin korunmasındaki taraflardan birinin veya üçüncü bir kişinin menfaati arasındaki adil bir dengeyi oluştururken, yetkili ulusal makamlara bir takdir payının bırakılması gerektiğini kabul etmektedir. Bu payın kapsamı, söz konusu menfaatlerin ciddiyeti ve niteliği ve müdahalenin ağırlığı gibi unsurlara bağlı olacaktır (bkz, örneğin, Leander/İsveç Kararı, 26 Mart 1987, Series A no. 116, s. 25, par. 58; *mutatis mutandis*, Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan Kararı, 26 Eylül 1996, Reports 1996-IV, s. 1364, par. 44).

100. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, Mahkeme, Başvurucu'nun özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin itiraz edilen müdahaleleri inceleyecektir.

Çeşitli tedbirlerin tipik olarak farklı olmaları, farklı amaçlar izlemesi ve Başvurucu'nun özel ve aile hayatını farklı ölçüde ihlal etmesi dolayısıyla, Mahkeme her bir tedbirin gerekliliğini sırayla inceleyecektir.

101. Bu hususları tartışmaya açmadan önce, Mahkeme, en başında, Başvurucu'nun yetkili makamlarca doğrudan dinlenilmesi olanağının bu makamların tedbirlere başvurmasından önce bulunmamasına rağmen, söz konusu makamların Başvurucu'nun bu konulardaki görüş ve menfaatlerinin farkında olduğunu gözlemlemiştir.

Başvurucu'nun tıbbî danışmanlarının tümü tanıklık yapmak için verilen çeşitli kararlara itiraz etmiş ve böylelikle aktif bir şekilde Başvurucu'nun tıbbî verilerinin gizliliğinin korunmasındaki menfaatini korumak için çabalamışlardır. Erken bir aşamada, Başvurucu'nun başhekim L'ye tanıklık yapmaması ve kendi gerekçelerini ifade etmesini istediği mektubu, Şehir Mahkemesi'ne sesli olarak okunmuştur (bkz, paragraf 23, 26, 29 ve 30).

Yukarıda bahsedilen mektupta, Başvurucu'nun aynı gerekçelerle tıbbî kayıtlarına el koyulması yoluyla tıbbî verilerinin iletimine ve soruşturma dosyasına dâhil edilmesine, ki birkaç gün sonra gerçekleşmiştir, (bkz, paragraf 31 ve 32) ayrıca karşı olduğu, en azından ima edilmiştir. Başvurucuya göre, avukatı, duruşmalarda kullanılan tıbbî verilere karşı itirazlarına ilişkin cumhuriyet savcısının dikkatini çekmek için elinden gelen her şeyi yapmıştır.

Dahası, gizlilik kararı hakkındaki on yıllık sınırlamayı onamadan önce İstinaf Mahkemesi, Başvurucu'nun gizlilik süresinin uzatılması isteği hakkında X'in avukatı tarafından bilgilendirilmiştir (bkz, paragraf 35).

Bu şartlar altında, Mahkeme, söz konusu tedbirlere yol açan karar verme sürecinin, Sözleşme'nin 8'nci maddesindeki amaçlar doğrultusunda, Başvurucu'nun görüşlerini etkili bir şekilde göz önüne alma niteliğinde olduğuna kanaat getirmektedir (bkz, *mutatis mutandis*, W/Birleşik Krallık Kararı, 8 Temmuz 1987, Series A no. 121, ss. 28-29, par. 62-64; yukarıda bahsedilen Johansen Kararı, s. 1004-05, par. 66). Dolayısıyla, takip edilen usul, mezkûr maddenin herhangi bir ihlaline sebebiyet vermemiştir (m. 8).

Bu bağlamda, Mahkeme, Hükümet'in sunduğu savunmaya göre, Başvurucu'nun Şehir Mahkemesi nezdinde el koymaya karşı itiraz etmesinin mümkün olabileceği gerçeğini (bkz, paragraf 49) dikkate almaktadır. Ayrıca, Yüksek Mahkeme'nin 1 Eylül 1995 tarihli kararından da anlaşılacağı üzere, Başvurucu Finlandiya kanunları uyarınca – olağanüstü bir usul yöntemiyle – 2002'den itibaren kendisi hakkındaki bilgi ve materyallerin halka açık hale getirilmesine izin veren İstinaf Mahkemesi'nin kararının bozulması için başvuruda bulanabilirdi (bkz, paragraf 40).

(i) Başvurucu'nun doktorlarının ve psikiyatristinin ifade vermesini gerektiren kararlar

102. Başvurucu'nun doktorlarının ve psikiyatristinin ifade vermesini gerektiren kararlarla ilgili olarak, Mahkeme, tedbirlerin Finlandiya hukukuna göre kocasına karşı ifade vermeme hakkından yararlanan Z (bkz, paragraf 14, 17 ve 21) bağlamında verildiğine dikkat çeker. Amaç, Başvurucu'nun tıbbî danışmanlarından, X'in HIV enfeksiyonunu ne zaman öğrendiğini veya bundan şüphelenmek için ne zaman sebepleri olduğunu kesin bir şekilde ortaya çıkarmaktı. Onların ifadeleri söz konusu zamanda, X'in sadece cinsel suçlardan mı suçlu olduğu yoksa, HIV testinin pozitif sonuçlarının mevcut hale geldiğinde, ayrıca 19 Mart 1992'den önce işlenen iki suçla ilişkili olarak daha ciddi bir suç olan adam öldürmeye teşebbüsten de suçlu olup olmadığı sorusu için belirleyici olma ihtimali vardı. Hiç şüphe yoktur ki, yetkili ulusal makamların yalnızca üçünden değil ve fakat söz konusu beş suçun hepsi ile ilgili olarak X'in adam öldürmeye teşebbüsten soruşturulması ve kovuşturulması adına oldukça ciddi kamusal yararın ağır basacağını düşünmeye hakları vardır.

103. Mahkeme, ayrıca, ilgili Finlandiya hukukuna göre, Başvurucu'nun tıbbî danışmanları, söz gelimi en az altı yıl hapis cezasının öngörüldüğü ciddi ceza suçları ilgili bir soruşturma ve suç duyurusuyla bağlantılı olarak, çok kısıtlı şartlarda (bkz, paragraf 46) Başvurucu'nun bilgilendirilmiş onayı olmaksızın ifade vermeye çağrılabilir. Doktorlar, polise ifade vermeyi reddettikleri için polis, doktorların tanık olarak dinlenebilmesi için bir yargı organından – Şehir Mahkemesi – yetki almak zorunda kaldı (bkz, paragraf 28). Sorgu, tanık beyanlarının deşifre metinleri de dâhil olmak üzere dosyanın gizli kalmasına önceden karar veren Şehir Mahkemesi (bkz, paragraf 19 ve 23) nezdindeki gizli duruşmada gerçekleştirildi. Duruşmalara katılan herkes, bu bilgileri gizli olarak değerlendirme yükümlülüğü altındaydı. Bu bakımdan bu yükümlülüğün ihlali, Finlandiya kanunlarına göre hukukî ve/veya cezai sorumluluğa yol açabilirdi (bkz, paragraf 53-56).

Bu nedenle, Başvurucu'nun özel ve aile hayatına anlaşmazlık konusu kararların gerekli kıldığı müdahale, önemli sınırlamalara tabi tutulmuş ve suistimale karşı etkili ve yeterli korumayı beraberinde taşımaktadır (bkz, örneğin, *Klass ve diğerleri/Almanya Kararı*, 6 Eylül 1978, Series A no.28, ss. 23-24, par. 49-50; yukarıda bahsedilen *Leander Kararı*, p. 25, par. 60).

Bu bağlamda, Mahkeme, Başvurucu'nun doktorlarının ne ölçüde ifade vermeye kararlaştırıldığını sorgulamak için hiçbir sebep görmemektedir (bkz, par. 23, 26 ve 30). Yukarıda belirtildiği üzere, delil etme etmenin amaca uygunluğunun değerlendirilmesi öncelikle ulusal makamların meselesidir ve yetkili makamların bu konudaki görüşleri için Mahkeme'nin kendi görüşlerini değiştirmesi gerekmez (bkz, paragraf 98).

104. Yukarıdaki faktörler, özellikle X'e karşı yapılan yargılamanın gizli niteliği yanında bunların ziyadesiyle istisnaî karakteri göz önüne alındığında, Mahkeme, ifade verilmesini gerektiren çeşitli kararların Finlandiya'daki potansiyel ve gerçek HIV taşıyıcılarını kan testi yaptırmaktan ve tıbbî tedaviye başvurmadan alıkoymasına ilişkin Başvurucu'nun argümanına ikna olmamıştır.

105. Yukarıdaki hususlar ışığında, Mahkeme, Başvurucu'nun tıbbî danışmanlarının ifade vermesini gerektiren çeşitli kararların izlenen meşru amaçların menfaatine ağır basan bir gerekliliğe tekabül eden ilgili ve yeterli nedenlerle desteklendiği tespit etmiştir. Ayrıca Mahkeme, bu tedbirler ile amaçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi olduğu konusunda tatmin olmuştur. Dolayısıyla, bu noktada 8'inci maddenin bir ihlali söz konusu değildir.

(ii) Başvurucu'nun tıbbî kayıtlarına el koyulması ve bunların soruşturma dosyasına dâhil edilmesi

106. Başvurucu'nun tıbbî kayıtlarına el koyulması ve bunların soruşturma dosyasına dâhil edilmesi, Başvurucu'nun tıbbî danışmanlarını ifade vermeye zorlayan kararları tamamlayıcı niteliktedir. İkinci önlem gibi, ilki de, kocasına karşı ifade vermeyi reddeden Başvurucu bağlamında ele alınmıştır ve bu tedbirlerin amacı, X'in HIV enfeksiyonundan ne zaman haberdar olduğu veya hastalığı taşıdığından şüphelenmek için ne zaman sebepleri olduğunu belirlemektir. Bu önlemler, aynı ağırlıktaki kamu yararına dayanıyordu (bkz, paragraf 102).

107. Ayrıca, bu önlemler suistimale karşı benzer sınırlamalara ve korumalara tabiydi (bkz, paragraf 103). Söz konusu materyallere el konulabileceğine ilişkin maddi koşullar, eşit derece sınırlayıcı nitelikte idi (bkz, paragraf 46 ve 48). Daha da önemlisi, materyaller gizli olarak yapılan duruşmada sunulmuştur ve Şehir Mahkemesi dava dosyasının gizli olarak kalmasına karar vermiştir, ki bu tedbir, tanık ifadeleriyle aynı kural ve başvuru yollarıyla büyük oranda korunmuştur (bkz, paragraf 23, ve 53-56).

108. Bununla birlikte, doktorlar ile psikiyatristten ifade alınmasının aksine, el koyma kararının bir mahkeme tarafından verilmediği ve fakat savcılık tarafından verildiği bir gerçektir (bkz, paragraf 31).

Yine de, Ceza Soruşturması Cebri Yollar Kanunu'nun 4'üncü bölümü, 2(2)'nci maddesindeki ilgili hüküm koşulları altında, ilgili tıbbî kayıtlara el koyulmasının bir şartı, Başvurucu'nun doktorlarının "belgelerde bulunan konu hakkındaki hazırlık soruşturmasında ifade vermeleri için yetkili kılınması veya zorunda bırakılması"dır (bkz, paragraf 48). Bu sebeple, el koymanın yasal şartları, doktorların ifade vermesi hakkındaki kararlarla esasen aynıydı.

Bundan başka, belgelere el koyulmasından önce, Şehir Mahkemesi hâlihazırda en az iki doktorun dinlenmesine karar vermişti, ki kısa bir süre sonra tüm doktorların ifade vermesi kararını vermiştir (bkz, paragraf 23, 26 ve 30). El koymayı takip eden gün, delilleri hariç tutma yetkisine sahip Şehir Mahkemesi, söz konusu materyallerin tümünün dava dosyasına dâhil edilmesine karar verdi (bkz, paragraf 32). Buna ek olarak, daha önce de belirtildiği gibi, Başvurucu, Şehir Mahkemesi nezdinde el koymaya karşı itirazda bulunma olasılığına sahipti (bkz, paragraf 49 ve 101).

Dolayısıyla, Mahkeme, el koyma kararının mahkeme tarafından değil de savcılık tarafından verilmiş olmasını gerçeğinin, tek başına 8'inci madde uyarınca herhangi bir şüpheyne sebebiyet veremeyeceği kanaatindeydi.

109. Başvurucu'nun materyallerin bölümlerinin ilgisiz olduğu ve hiçbirinin X'e karşı yürütülen yargılamada belirleyici olmadığı savunması ile ilgili olarak, Mahkeme, ulusal yargılamalarda yetkili makamlar tarafından delillerin ileri sürülmesinin ve kabul edilmesinin amaca uygunluğunun, öncelikle bu makamlar tarafından değerlendirilmesi gereken bir mesele olduğunu ve normalde bu konudaki ulusal makamların görüşleri yerine Mahkeme'nin kendi görüşlerini dile getirmesinin (bkz, paragraf 98) Mahkeme'nin yetki alanı içinde olmadığını vurgular. X'in HIV enfeksiyonunu ilk ne zaman fark ettiğinin veya bundan şüphelenmek için sebeplerinin ne zaman olduğunun belirlenmesi için ilgili olabilecek verilerin çeşitliliği ile ilgili olarak Hükümet tarafından ileri sürülen argümanları (bkz, par. 89) göz önünde bulundurarak, Mahkeme, ulusal makamlar tarafından bu noktada yapılan değerlendirmelerden şüphe etmek için herhangi bir sebep görmemektedir.

110. Bu nedenle, Mahkeme, Başvurucu'nun tıbbî kayıtlarının ve bunların soruşturma dosyasına dâhil edilmesinin, ilgili ve yeterli sebeplerle desteklediği kanaatindedir, ki bu sebeplerin ağırlığı, Başvurucu'nun ileilmeyen söz konusu bilgideki menfaatine üstün gelmektedir. Mahkeme, tedbirlerin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğu kanaatindedir ve dolayısıyla bu noktada da 8'inci maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

(iii) Tıbbî verilerin gizli tutulması için verilen kararın süresi

111. Söz konusu tıbbî verilerin 2002 yılından itibaren kamunun erişimine açık hale getirileceğine ilişkin şikâyetle ilgili olarak, Mahkeme, gizlilik kararı hakkındaki on yıllık sınırlamanın, hepsi daha uzun süreli gizlilik talep eden dava taraflarının istek ve menfaatlerine (bkz, paragraf 35) uymadığına dikkat çekmektedir.

112. Mahkeme, ulusal mahkemelerin on yıllık bir süreye karar vererek Başvurucu'nun menfaatlerine yeterli ağırlık verdiğiğine ikna olmamıştır. Unutulmamalıdır ki, Başvurucu'nun rızası olmaksızın duruşmalarda geçen konulardaki bilgiler nedeniyle, özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkı ile ilgili olarak Başvurucu ciddi bir müdahaleye hâlihazırda maruz kalmıştır. On yıl sonra tıbbî bilgilerin kamuya açılması halinde maruz kalacağı daha fazla müdahale, Başvurucu'nun verilerin daha uzun bir süre gizli kalmasındaki menfaatlerine baskın gelecek yeterli nedenlerle desteklenmemiştir. Henüz 2002 yılında materyalleri erişilebilir kılan karar, eğer uygulanırsa, özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkına orantısız bir müdahale teşkil etmek suretiyle 8'inci maddenin ihlali anlamına gelecektir.

Ancak, Mahkeme, Sözleşme'nin 53'üncü maddesi uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmek için iç hukuk sisteminde kullanılacak araçları seçmenin devlete bırakılması dolayısıyla, yukarıdaki sonuç hakkında kendine sınırlama getirecektir (bkz, Marckx/Belçika Kararı, 13 Haziran 1979, Series A no.31, ss. 25-26, par. 58).

(iv) İstinaf Mahkemesi'nin kararındaki Başvurucu'nun kimliğinin ve sağlık durumunun yayınlanması

113. Son olarak, Mahkeme, Başvurucu'nun kimliğinin ve HIV enfeksiyonunun basına açıklanan İstinaf Mahkemesi'nin karar yazısında ifşa edilmesini (bkz, paragraf 36 ve 43) haklı çıkaracak yeterli sebeplerin mevcut olup olmadığını inceleyecektir.

İlgili Finlandiya kanunlarına göre, İstinaf Mahkemesi, ilk olarak, Başvurucu'nun kimliğinin saptanmasına izin veren kararda herhangi bir ismi belirtmekten kaçınmak ve ikinci olarak, belirli bir süre için tüm gerekçeyi gizli tutmak ve bunun yerine gerekçenin kısaltılmış bir bölümünü, hüküm bölümünü ve uyguladığı hukukun bir göstergesini yayınlamak (bkz, paragraf 52) konusunda takdir hakkına sahipti. Aslında, Şehir Mahkemesi herhangi bir olumsuz yoruma sebebiyet vermeksizin kararını benzer şekilde yayınlamıştır (bkz, paragraf 33).

Başvurucu'nun kimliğinin ve sağlık durumunun açıklanmamasını İstinaf Mahkemesi'nden açık bir şekilde isteyip istemediğine bakılmaksızın, adı geçen mahkeme Başvurucu'nun gizlilik kararının on yıldan daha fazla uzatılması istediği hakkında X'in avukatı tarafından bilgilendirilmiştir (bkz, paragraf 35). Buradan, Başvurucu'nun söz konusu bilgilerin kamuya açılmasına karşı olduğu açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bu şartlar altında, yukarıdaki 112'nci paragrafta değinilen mülahazaları dikkate alan Mahkeme, itiraz edilen yayının haklı bir sebeple desteklendiğini düşünmemektedir. Dolayısıyla, ilgili bilgilerin yayınlanması, Başvurucu'nun 8'inci madde ile güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkını ihlal etmiştir.

(v) Özet

114. Mahkeme, bu nedenle, (1) Başvurucu'nun doktorlarına ifade vermeyi zorunlu kılan kararlar ve (2) tıbbî verilere el koyulması ve bunların soruşturma dosyasına dâhil edilmesi ile ilgili olarak Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Diğer yandan, Mahkeme, (3) söz konusu tıbbî verilerin henüz 2002 yılında kamuya açılmasının, eğer uygulanırsa, 8'inci maddenin ihlaline sebebiyet vereceğini ve (4) İstinaf Mahkemesi'nin kararındaki Başvurucu'nun kimliğinin ve sağlık durumunun yayınlanması ile ilgili olarak 8'inci maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 13'ÜNCÜ MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI (m. 13)

115. Başvurucu, ayrıca, 8'inci madde uyarınca itiraz edilen her bir önleme karşı yargı yolunun kapalı olmasının Sözleşme'nin 13'üncü maddesini ihlal edilmesine neden olduğu iddia etmiştir. Söz konusu maddeye göre:

“Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmî bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir”.

116. Hükümet bu görüşe itiraz ederken; Komisyon, 8'inci madde uyarınca şikayetlerle ilgili bulgularını dikkate alarak, ayrıca 13'üncü maddenin ihlal edilmediğini inceleme gereksinimi olduğunu düşünmemiştir.

117. Mahkeme, bu konuları 8'inci madde ile ilişkili olarak dikkate alarak (bkz, paragraf 101, 103, 107 ve 109) söz konusu itirazları 13'üncü maddeye göre inceleme gereksinimi bulunmadığına karar vermiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 50'NCİ MADDESİNİN UYGULANMASI (m. 50)

118. Başvurucu, Sözleşme'nin 50'nci maddesi uyarınca adil tazmin talebinde bulunmuştur. Söz konusu maddeye göre:

“Eğer Mahkeme, bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasal veya diğer türlü makamları tarafından alınan bir karar veya tedbirin tamamen veya kısmen Sözleşme'den ... kaynaklanan yükümlülüklerle çatıştığını tespit ederse ve söz konusu tarafın iç hukuku, bu kararın veya tedbirin sonuçları için sadece kısmen telafi yapılmasına izin verdiği tespit ederse, gerektirdiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Manevi zarar

119. Başvurucu, maddi tazminat talebinde bulunmamıştır; ancak basın tarafından geniş bir şekilde yayılan tıbbî verilerinin ifşasının bir sonucu olarak uğradığı manevi zarar için Mahkeme'den 2 milyon Fin Markı⁵ (FIM) tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

⁵ Ç.N.: Mahkeme'nin karar tarihi olan 25 Şubat 1997 verilerine göre; 1 Fin Markı, 24,22TL idi. Çapraz kur verilerine göre ise 1 ABD doları, 5 Fin Markı idi, 25.02.1997 Günü Saat 15:30'da Belirlenen Gösterge Niteliğindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kurları, <http://www.tcmb.gov.tr/kurlar/199702/25021997.xml> (e.t.: 12.01.2017).

120. Hükümetin görüşüne göre, bir ihlalin bulunması kendi başına yeterli ve adil tazmin teşkil edecektir. Her halükarda, Başvurucu'ya verilecek tazminat, X tarafından işlenen suçların dört mağduru için verilen tazminatın seviyesine ulaşmamalıdır ki bu üst seviye, 70.000 FIM'dir.

121. Komisyon delegesi, bu konu hakkında herhangi bir görüş sunmamıştır.

122. Mahkeme, Başvurucu'nun, İstinaf Mahkemesi'nin kararında kimliğinin ve sağlık durumunun ifşa edilmesinin bir sonucu olarak manevi zarardan mustarip olduğunun sabit olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, yeterli bir adil tazminin sadece bir ihlal bulma yoluyla sağlanamayacağını ve bu nedenle tazminatın verilmesinin gerekli olduğunu düşünmektedir. Miktarı belirlerken, Mahkeme, bir miktar yardım sağlayacak olmasına rağmen, ulusal uygulamalarla kendisini bağlı bulmamaktadır. Hakkaniyet temelli karar vererek, Mahkeme, bu başlık altında, Başvurucu'ya 100.000 FIM tazminat verilmesine karar vermiştir.

B. Maliyetler ve giderler

123. Başvurucu ayrıca, aşağıdaki kalemlere ilişkin olarak, toplam 239.838 FIM tutarındaki masraf ve giderlerin geri ödenmesini talep etmiştir:

(a) Ulusal yargılamalardaki yürüttüğü işlerden dolayı Bay Fredman için 4.800 FIM;

(b) Komisyon nezdindeki harçlar dolayısıyla Bay Fredman için 126.000 ve Bay Scheinin için 24.000;

(c) Yazılı savunmalarda dâhil bunlara kadar olan Mahkeme nezdindeki harçlar dolayısıyla Bay Fredman için 16.800 ve Bay Scheinin için 9.600 FIM;

(d) Mahkeme önünde Başvurucu'nun avukatlarının yer alması dolayısıyla 49.800 FIM;

(e) Çeviri giderleri için 8.838 FIM.

600 FIM saat ücreti üzerinden 385 saatlik çalışma ile ilgili olan yukarıdaki yasal ücretler, Avrupa Konseyi'nden alınan adli yardımın miktarı düşülürken, ilgili katma değer vergisiyle (VAT) artırılmalıdır.

124. (a) kalemini kabul edip (e) kalemine itiraz etmeyen Hükümet, (b) ve (d) kalemleriyle ilgili olarak geçen saat sürelerini aşırı bulmuştur.

125. Komisyon Delegesi, konuyla ilgili herhangi bir görüş bildirmemiştir.

126. Mahkeme, yukarıdaki istemleri, içtihadında yer alan kriterler ışığında, söz gelimi maliyet ve masrafların Sözleşme'nin ihlali teşkil ettiği tespit edilen bir hususun önlenmesini veya tazmin edilmesini sağlamak için fiilen ve zorunlu olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini ve miktarın makul olup olmadığını dikkate alacaktır (bkz, örneğin, Tolstoy Miloslavsky/Birleşik Krallık Kararı, 13 Temmuz 1995, Series A no. 316-B, s. 83, par. 77).

Bu kriterleri uygulayan Mahkeme, (a) ve (e) kalemlerinin tamamen geri ödenmesine karar vermiştir.

(b) ve (d) kalemleriyle ilgili olarak, Mahkeme, tüm masrafların zorunlu olarak gerçekleştiğine ikna olmamıştır. Mahkeme, hakkaniyet temelinde karar vererek, uygulanabilir herhangi bir katma değer vergisi oranında artırılacak olan 160.000 FIM toplamı kadar tazminata hükmetmiştir; Başvurucu'nun Avrupa Konseyi'nden adli yardım olarak aldığı yasal ücretler olan 10.835 Fransız Frank'ı düşülmüştür.

C. Gecikme faizi

127. Mahkeme'ye sunulan bilgiye göre, mevcut kararın verildiği tarihte Finlandiya'da uygulanan yasal faiz oranı, yıllık %11'dir.

BU GEREKÇELERE DAYANARAK MAHKEME,

1. Bire karşı sekiz oyla, Başvurucu'nun tıbbî danışmanlarını ifade vermeye zorlayan kararların Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlali anlamına gelmediğine,

2. Bire karşı sekiz oyla, Başvurucu'nun tıbbî kayıtlarına el koyulmasının ve bunların soruşturma dosyasına dâhil edilmesinin 8'inci maddenin ihlaline sebebiyet vermediğine,

3. Oybirliğiyle, Başvurucu'nun tıbbî danışmanları tarafından verilen ifadelerin deşifre metinlerinin ve tıbbî kayıtların 2002 yılında kamuya açılmasının, eğer uygulanırsa, 8'inci maddenin ihlalini oluşturacağına,

4. Oybirliğiyle, Başvurucu'nun kimliğinin ve sağlık durumunun Helsinki İstinaf Mahkemesi tarafından ifşa edilmesinin, 8'inci maddenin bir ihlalini oluşturduğuna,

5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 13'üncü maddesi uyarınca Başvurucu'nun şikâyetlerinin incelenmesine gerek olmadığına,

6. Oybirliğiyle,

- (a) Davalı devletin, manevi tazminat olarak Başvurucu'ya, üç ay içinde, 100.000 (yüz bin) Fin Markı ödemesine ve yasal masraf ve giderler için uygulanabilir herhangi bir kat değer vergisi de eklenerek ve mevcut kararın verildiği tarihte uygulanabilir oranda Fin Markı'na çevrilmek suretiyle 10.835 (on bin sekiz yüz otuz beş) Fransız Frank'ı düşülerek 160.000 (yüz altmış bin) Fin Markı ödenmesine,
- (b) Yukarıda belirtilen üç ayın bitiminden ödemenin yapılmasına kadar, yıllık %11 oranında basit faizin uygulanmasına;

7. Oybirliğiyle, adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddine *karar vermiştir*.

İngilizce ve Fransızca yazılan bu karar, 25 Şubat 1997 tarihinde, Strazburg İnsan Hakları Binası'ndaki aleni duruşmada verilmiştir.

Rolv RYSSDAL
Başkan

Herbert PETZOLD
Yazı İşleri Müdürü

Sözleşme'nin 51'nci maddesinin 2'nci fıkrası ve Mahkeme Kuralları B'nin 55'inci Kural'ının 2'nci fıkrası uyarınca, Bay De Meyer kısmi karşı oyu, bu karara eklenmiştir.

R.R.
H.P.

HÂKİM DE MEYER'İN KISMÎ KARŞI OY GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

I. Mahkeme, Başvurucu'nun özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkının, ne doktorlarının ve psikiyatristinin ifade vermesini gerektiren kararlar dolayısıyla ne de tıbbî kayıtlarına el koyulması ve bunların soruşturma dosyasına dâhil edilmesi dolayısıyla ihlal edilmediğini kabul etmiştir.

Mahkeme, X'in 19 Mart 1992 tarihinden önce işlemekle itham edildiği suçların, bu tarihten sonra işlediği suçlar gibi adam öldürmeye teşebbüs olarak mı yoksa sadece cinsel saldırı olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağını tespiti amacıyla Başvurucu'nun kocası X'in HIV-pozitif olduğunu ne zaman öğrendiğini veya inanmak için ne zaman sebepleri olduğunu belirlemek için bu tedbirlerin haklı olduğuna karar vermiştir.

Benim kanaatime göre, ceza muhakemesinin gereklilikleri ne olursa olsun, söz konusu karar hakkındaki mülahazalar, doktor-hasta ilişkisinden veya bununla ilgili belgelerden kaynaklanan gizli belgelerin ifşa edilmesini meşru kılamaz.

II. “Gizlilik hakkında sınırlamanın” bu davada on yıl olarak Finlandiya Mahkemeleri tarafından karar verilmesini çok kısa olduğunu belirten Mahkeme, sanki yeterli bir süre geçtikten sonra tıbbî verilere kamunun erişimine izin verilebileceğini ima eder görünmektedir.

Ceza davaları dosyalarındaki diğer bilgilerle ilgili olarak neyin kabul edilebilir olduğuna haneler getirmeksizin bu tür dosyalardaki tıbbî kayıtların süresiz olarak gizli kalması gerektiğini düşünüyorum.

Mahkeme duruşmalarının aleniliğini sağlarken söz konusu olan menfaat, çok yıllar sonra olsa bile gizli verilerin ifşasını haklı çıkarmak için yeterli değildir.

III. Mevcut yargılamada Mahkeme, bir kez daha, ulusal makamların “takdir payı”na dayanmaktadır.

Mahkeme’nin bu kavramı mantığından çıkarmasının tam zamanı olduğunu düşünüyorum. Mahkeme, bu beylik ifadeyi terk etmekte ve ifade ettiği göreceliği bırakmakta çoktan gecikti.

Belli alanlarda takdir payı öngörmek mümkündür. Örneğin, bir ceza mahkemesi için, davanın ciddiyetine ilişkin değerlendirmesine göre, – yasama tarafından belirlenen cezalar çerçevesinde – hüküm belirlemesi tamamen doğaldır.

Fakat; insan haklarının söz konusu olduğu yerde, devletin neyin kabul edilebilir ve neyin kabul edilemez olduğuna karar vermesi imkanı yaratacak bir takdir payına yer yoktur.

Bu konuda geçilmemesi gereken sınır, mümkün olduğunca net ve kesin olmalıdır. Bu konuda karar vermek, münferit olarak her bir devletin değil Mahkeme’nin vazifesidir ve Mahkeme’nin görüşleri her bir devletin yargı yetkisi içindeki herkese uygulanmalıdır.

Devletin takdir payı ile ilgili boş ifadeler – ki çok uzun bir süredir Mahkeme kararlarında tekrarlanmaktadır - Mahkeme’nin insan hakları ile bağdaşmadığını düşünmediği her şeyi devletlerin anlaşılması zor bir şekilde yapabileceğini sadece göstermeye yarayan gereksiz laf kalabalıklarıdır.

Pratikte anlamsız olduğu gibi prensipte de yanlış olan bu terminoloji, gecikmeksizin terk edilmelidir.

DÜŞMAN CEZA HUKUKU*

Yazar: Prof. Dr. Kai AMBOS**

Çeviren: Arş. Gör. Serkan OĞUZ***

Düşman Ceza Hukuku' nun *Günther Jakobs* tarafından yeniden diriltilmesi sadece Alman dilinde değil, aynı zamanda İspanyol ve Portekiz Ceza Hukuku dillerinde de büyük dalgalanmalara neden olmuştur.¹

Aynı şekilde *Jakobs'* un düşünceleri yetenekli öğrencileri tarafından vakit kaybettirilmeksizin Kıta Avrupası Hukuk sisteminin ("civil law" denilen) tüm ana ülkelerine taşınmıştır. Ben daha önce *Jakobs'* un (yeni) düşüncelerini eleştirmiş ve doğrudan doğruya bunun kırılğan bir hukuk sisteminde kolay bir şekilde kötüyeye kullanılabilir olan çift anlamlılığını şikayet etmişim.²

Ben bu eleştirimi- özünde birçok diğer yazar³ ile görüş birliği içerisinde

* Makale 'Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht' adlı derginin 2006 senesi 124. sayısında "Feindstrafrecht" adı altında yayımlanmış ve yazarın izniyle Türkçeye çevrilmiştir.

** Göttingen Üniversitesi, Ben asistanım Nils Meyer-Abich'e bu çalışmanın materyallerinin toplanması ve kaleme alınmasındaki çok önemli yardımı için teşekkür ederim. Dr. Peter Rachow'a (Göttingen) önemli fikirleri için teşekkür ederim. *Jakobs ZStW* 117 (2005), ve Hörnle'nin, *GA* 2006, Heft 2 makaleleri dikkate alınmamıştır.

*** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans, srknoguz@yahoo.de.

¹ İtalyanca "diritto penale da emergenza" M. Donini, ¿Una nueva edad media penal? in: J. M. Terradillos Basoco/M. Acale Sánchez (koordinatörler) *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid 2004, 214 f. m.w.N.

² Bkz. K. Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo 2005, 58.

³ Bkz. F. Muñoz Conde, *El nuevo Derecho penal autoritario*, in: M. G. Losano/F. Muñoz Conde (koordinatörler), *El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo: "Cedant arma togae"*; *Actas del Coloquio Internacional Humboldt*, Montevideo 2003, Valencia 2004, 161, 170 vd.; i.W. identisch aynı eser., *Las Reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en el 2003: de la "Tolerancia Cero" al "Derecho Penal del Enemigo"*, içinde: *Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas (REJ)* 2 (2005) 22 vd.; aynı eser, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*, içinde: *Revista Penal (RP)* 16 (2005) 123 vd.; E. Demetrio Crespo, *Del "Derecho Penal Liberal" al "Derecho Penal del Enemigo"*, içinde: *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)* 14 (2004) 88 vd., 109 (=içinde: F. Pérez Álvarez (Editör), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, 1027-1054, Salamanca 2004, ve içinde: *Nueva doctrina penal (NDP)* 2004/A, 47-76); F. Velásquez V., *El Funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*, *RDPC* 15 (2005) 215; A. Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht, Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden- Baden 2004, 126 vd. (131, 134 f.); G. Portilla Contreras, *Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo*, in: *Jueces para la Democracia (JpD)* 49 (2004) 43 vd. = aynı eser, *El Derecho Penal y procesal del "enemigo"*.

isabetli bir şekilde- devam ettiriyorum, ancak sadece Düşman Ceza Hukuku'nun kullanımında genişleyen⁴ ulusal ve uluslararası ceza hukukunun tanımlayıcı-analitik kategorisinin eleştirisi ve onun ortaya konulması ile suç siyaseti politikasının ayrılması gerektiği kanaatindeyim.⁵

Son olarak *Jakobs*, benim birazdan- düşman kavramına tarihi yaklaşımda (Bölüm I)- *Jacobist* tartışmanın suç politikası programına evrimleşmesini ispat etmeye çalıştığım gibi, sadece güncel tartışmaların öncüsü olarak kınanabilir (özellikle bölüm II.2.b). Ben bunu- eski ama yeniden önemli olan- insan haklarına dayanan ceza hukuku karşı taslağı ile karşılaştıracam (III).

I. Düşman-Kavrama Yaklaşım

1. Hukuk ve Devlet Felsefesi' nde Düşman

Aristoteles en iyi devlet üzerine incelemesinde, devletin barış ve savaş zamanları için silahlanmasını istemiştir. Düşmanların tahkimat yapısı ve zor erişilebilir bir durum ve yapı tarzı ile devleti ele geçirmesi engellenmelidir.⁶

Aristoteles'in dış düşmanlar üzerine fikirleri "ait oldukları her şeyin bir parçası" olarak davranılması gereken vatandaşlar iken, iç düşmanlar üzerine şu şekildedir: Kim bir toplulukta yaşamaz veya kimin yaşamaya ihtiyacı yoksa O, devletin üyesi değildir ve O, "ya hayvan ya da Tanrı'dır."⁷

Prometheus Efsanesi'nde *Zeus* *Hermes*'e daha açık bir şekilde beyan etmiştir:" Kim gelenek ve hukukta birleşmiyorsa, O, devletin hasta bir üyesi olarak öldürülmelidir."⁸ Buna karşılık *Cicero* sadece vatandaşların dikkate alınmasını, ancak yabancıların dikkate alınmaması gerektiğini uyarmıştır, zira bu şekilde

Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, içinde: López Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar (koordinatörler.), *Dogmática y Ley Penal*, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo 1, Madrid/Barcelona 2004, 693 vd.; E.Prieto Navarro, *Ciudadanos y enemigos*. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt, içinde: S. Bacigalupo/M. Cancio Meliá (koordinatörler.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona 2005, 49 (70 vd.); L. Greco, *Über das so genannte Feindstrafrecht*, Manuskript, 2005 (vorgesehen zur Veröffentlichung in *Goltdammer's Archiv (GA)* 2006), IX; krit. Jakobs' Schüler und Übersetzer M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo*, içinde: *Derecho Penal Contemporáneo (DPC)* 3 (2003) 39 vd.; aynı eser., *Feind"strafrecht"?*, *ZStW* 117 (2005) 282 vd.

⁴ J. M. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 2. Aufl., Madrid 2001.

⁵ Grecos (Fn. 3), III Düşman ceza hukukunun tanımlayıcı, jurnalcı-eleştirci kavramı ile yasal-olumlu kavram arasındaki faydalı farklılık dipnot.126 ve ilgili metin.

⁶ *Aristoteles*, *Politik*, Eugen Rolfes (Übersetzung, Anmerkungen, u.a.), Leipzig 1948, 260 vd. Rn. 1330 b-1331a.

⁷ *Aristoteles* (Fn. 6), 5 Rn. 1253 a.

⁸ *Platon*, *Protagoras/Theaitetos*, Karl Preisendanz (Übersetzung), Jena 1925, 26.

insan topluluğunun ortak birliği ve bu nedenle “iyilik, cömertlik, yardımseverlik, adalet” de ortadan kalkacaktır.⁹

Yabancılar açısından karşılıklı olarak başkalarını düşünme ülküsü, düşmanlar söz konusu olduğunda doğal bir sınıra sahiptir: “İyi bir adam, soğuktan donmamak için, kötü karakterli vahşi bir tiran olan Phalaris’in kıyafetini çalabilir mi?”¹⁰

Bu retorik sorunun cevabını Cicero’ nun kendisi hemen cevap vermektedir, ancak O bunu toplum için “hiçbir alanda kullanılmayan” kişilerin haklarının sınırlandırılması söz konusu olduğunda eleştirmez.¹¹

Birçok zaman, bu noktada ayırma ve ihraç gereklidir:

“Şöyle ki bizim tiranlarla bir ortaklığımız yoktur, birçok zaman keskin ayrılıklar, hırsızlık, öldürme şerefli olduğunda doğaya aykırı değildir ve tüm bu felaket getirici ve Allah’sız nesil insan topluluğundan dışlanmalıdır. Çünkü bazı üyeler kan ve adeta yaşam nefesini kaybettiklerinde ve bu durum vücudun diğer organlarına zarar verdiğinde, onların organları kesildiği gibi, insan şeklinde canavarlaşma ve bu canavar rezaleti ortak insanlığın vücudundan kesilmelidir.”¹²

*Digesten*¹³ de iç ve dış düşman ayrımı yapmıştır: Düşmanlar, bizimle savaş halinde bulunurlar ve ayrıca hırsızlar ve korsanlardır.¹⁴

⁹ M. T. Cicero, *Vom rechten Handeln*, Editör: K. Hoem, Zürich 1953, 139 f. § 28 f.: „Çünkü temeli anlayış olan insan topluluğu, daha ziyade bedensel ve ruhsal yönden acı çekmek yerine bir diğerininin kendi menfaatine onun hukukunu kısıtladığında yıkılır.“

¹⁰ Cicero, *Vom rechten Handeln* (Fn. 9), 140 § 29.

¹¹ Cicero, *Vom rechten Handeln* (Fn. 9), 140 § 30.

¹² Cicero, *Vom rechten Handeln* (Fn. 9), 141 § 32; lat.: aynı eser, *De officiis*, Libri tres, editör von H. A. Holden, Amsterdam 1966, 106 f. § 32: “Etenim ut membra quaedam amputantur, si et ipsa sanguine et tamquam spiritu carere coeperunt, et nocent reliquis partibus corporis, sic ista in figura hominis feritas et inmanitas beluae a communi tamquam humanitate corporis segreganda est.”

¹³ Zentraler Teil des *Corpus Iuris Civilis*, Sammlung der Schriften der klassischen Juristen des römischen Rechts, Bkz. U. Wesel, Geschichte des Rechts, München 1997, 157 f.

¹⁴ Pomponius, *Dig. L*, 16, 118 (T. Mommsen’in (Editör), askısından alınmıştır) *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Primum, Berlin 1928, Rn. 943, 18): „Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimos: ceteri latrones aut praedores sunt“; Bkz. Ulpianus, *Dig. XLIX*, 15, 24 (ebd., Rn. 892, 5); Gaius, *Dig. L*, 16, 234 (ebd., Rn. 954, 28): „Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adiectionem iudicantes, cum quibus bellum esset.“

Kim anavatanını kötü bir niyetle ve hainlik ruhu ile terkederse¹⁵, arkadaşlık, misafirperverlik ve benzeri diğer dostluk bağlantıları bulunanlar hariç, o da düşmandır.¹⁶

Lock' a göre, bir üyenin huzurlu, “doğal” topluluk üzerinde¹⁷ kaba kuvvet kullanması savaş durumuna¹⁸ neden olduğunda, “toplumsal sözleşme ile kurulan” tüm yükümlülükler ortadan kalkar ve bu durum herkese, tecavüzde bulunana karşı koyma hakkı verir.¹⁹

Lock kanunun ihlal edilmesinin neden olduğu sınırlı savaş durumu ile yerleşik düzene başkaldırı arasında fark gözetmiştir.²⁰

Bu durumda devlet otoritesi başkaldırıcıyı nasıl kışkırtmışsa²¹, savaş durumunda “beni yok etmekle tehdit edeni, benim yok etme hakkımın olması mantıklı ve meşrudur.” Zira bu durumda anayasa doğadan, herkesin elde etmesi mümkün değilse, insanlığın mümkün olduğunca muhafaza edilmesini, masumların güvenliğinin üstün tutulmasını talep etmektedir.”

Bir savaş ilan edilmiş insanlar, bir yırtıcı hayvan gibi öldürülebilirler, zira “bu tür insanlar, ortak yaşama, akıl ile bağlı değildirler ve kaba kuvvet ve şiddetten başka kural tanımazlar. Güçleri kesilir kesilmez kesinlikle yok edilen tüm diğer tehlikeli ve muzır yaratıklar gibi, onlara da bu nedenle bir yırtıcı hayvan gibi muamele edilebilir.”²²

Burada huzurlu doğal yaşamı terk eden ve bunun sonucunda bir yırtıcı hayvan gibi muamele edilme sonucunu doğuran kişilerin sürülmesi sonucunu doğuran vatandaşların ortak yaşamı, bir diğer tarafta siyasi hakların ihlali ile ilgilidir ve bu da ortak bir düşmana karşı halkın başkaldırması²³ ile sonuçlanır:

¹⁵ Paulus, Dig. XLIX, 15, 19 (Mommsen’e göre (Fn. 14), Rn. 890, 18): „Qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est.“

¹⁶ Pomponius, Dig. XLIX, 15, 5 (Mommsen’e göre (Fn. 14), Rn. 886, 10): „In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt.“

¹⁷ J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Editör W. Euchner, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1995, 260 vd. §§ 95 vd.

¹⁸ Locke (Fn. 17), 211 § 19, açık bir şekilde (barışçı) doğa durumundan kaldırır.

¹⁹ Locke (Fn. 17), 345 § 232.

²⁰ Locke (Fn. 17), 210 f. § 17 f.

²¹ Locke (Fn. 17), 211 § 18.

²² Locke (Fn. 17), 209 f. § 16, ayrıca bkz. Anı eser., 211 § 19, bir eşkiyayı öldürmek hukuka uygun olabilirdi, çünkü o bir ülkeyi kanaet etme güvencesi vermemektedir, buna karşılık bir hırsızlıkta, “hukuku çağırılmadan başka birşey yapılamaz”. Bir başka yerde (ebd., 210 f. § 18) Locke “kendi kurbanını, onun parasını almak için şiddet kullanarak kendi isteğini yaptırmaya getiren bir hırsızın meşru bir şekilde öldürülmesinden de bahsetmektedir”. Hırsızlık sadece şiddet kullanılarak yapıldığında, bu gerekçe itiraz edilemezdir.

²³ Locke (Fn. 17), 345 vd. §§ 232 vd.

“Egemen ya da uyruk, şiddet yolu ile ya soyluların ya da halkın hukukuna tecavüz etmeye teşebbüs ederse ve bunu anayasanın ve meşru bir hükümetin tüm yapısının devrilmesi için sebep gösterirse, benim hislerime göre bir insanın asla işleyemeyeceği şiddetli bir suç işlemiş olur. O, bir ülkeye hükümetin yıkılışını getiren katliam, haydutluk ve yakıp yıma gibi tüm felaketlerden sorumludur. Kim ki bu şekilde davranırsa hukuken ortak bir düşman olarak insanlığın haşeresi olarak göz önünde bulundurulmalı ve ona bu şekilde muamele edilmelidir.”²⁴

Aynı şekilde Rousseau’ nun toplumsal sözleşme konseptinde de siyasi bir toplulukta yaşayan insanların uyruk olarak yükümlülükleri, vatandaş olarak hakları bulunmaktadır.²⁵

Kim kendi güç ve makam sevgisini takip ediyorsa ve bununla toplumsal kurallar ve başkalarının iyiliğini dikkat etmiyorsa düşman olur.²⁶

Toplumsal sözleşmenin ihlal edilmesi, ahlaklı insanların güveni ile eşdeğerdir ve anavatana bir ihanet oluşturur.

“O, bu yasayı ihlal ederek, toplumun üyesi olmayı bırakır, evet ona savaş açar. Çünkü bir düşman olarak ölmek bir suçlu olarak ölmekten daha az tercih edilir.”²⁷

Böyleleri “ahlaklı insan değildirler, bir insandılar ve bu durumda yenileni öldürmek bir savaş yasasıdır.”²⁸

Toplumsal sözleşmenin ihlali ve bunun sonucunda yasayı ihlal edenlerin sürülmesini, devletler arasında, askerlerin *a limine* düşman olarak karşı karşıya durdukları savaş durumundan,²⁹ savaş devam ettiği sürece tabi ki, ayırmak gerekir: “Ancak onlar silahlarını bırakır bırakmaz ve teslim olur olmaz, tekrardan- çünkü onlar artık düşman veya düşmanın araçları değildirler- kesinlikle insandılar.”³⁰

²⁴ Locke (Fn. 17), 344 f. § 230 (Vurgulama, K.A.).

²⁵ J.-J. Rousseau, Staat und Gesellschaft, „Contrat Social“, übersetzt und kommentiert von K. Weigand, München 1959, 30; Bkz. C. Pérez del Valle, Estudios de filosofía política y del derecho penal, Bogotá 2004, 57.

²⁶ Bkz. Pérez del Valle (Fn. 25), 61.

²⁷ Rousseau (Fn. 25), 33 (Vurgulama, K.A.).

²⁸ Rousseau (Fn. 25), 34; Bir başka yerde (ebd., 14 f.) Rousseau bu bakımdan eleştirir ve bu tür bir hakkı kabul etmez. Bkz. R. Brandt, Rousseaus Philosophie der Gesellschaft, Stuttgart-Bad Cannstatt 1973, 87. Burada ceza hukukuna veya ölüm cezasının meşruluğuna bir çağrı yapıp yapılmadığı tartışmalıdır, bkz. Pérez del Valle (Fn. 25), 58.

²⁹ Rousseau’ya göre (Fn. 25), 14, bu, insana bir düşman olarak nasıl karşı konulacağı için tek çıkar yoldur: Ne doğa durumunda ne de toplum durumunda insanlar düşman değildir.

³⁰ Rousseau (Fn. 25), 15.

Toplumsal sözleşme kaynaklı düşmanların sürülmesi, Fransız Devrimi Siyasi Bildirgesi' nde de bulunmaktadır:

“Depuis le peuple francais a manifesté sa volonté tout ce qui lui est opposé est hors le souverain; tout ce qui est hors le souverain est ennemi. (...) Entre le peuple et ses ennemis il n'y a plus rien de commun que le glaive.”³¹

Locke ve Rousseau gibi sözleşme teorisine dayan *Hobbes* ve *Fichte*' de isyan edenler vb. deneyimli suçluların doğal durumdan geri çekilmesinden bahsetmiştir. Bundan ötürü, bir ceza bir uyuğa değil, bilakis bir düşman uygulanır (*Hobbes*)³² veya fail bir şey gibi, bir hayvan parçası olarak açıklanmış ve sadece devletin değil, herkesin ona saldırma, keyfi olarak işkence yapma ve öldürme izninin olduğu özgür kuşların durumuna (*Fichte*) benzetmektedir.³³ Benzer bir şekilde *Kant*'a³⁴ göre de, kişi veya halk doğa durumunda, bu durumda varsayılan kanunsuzluk için bir tehlike oluşturmaktadır ve bu nedenle ona düşman olarak muamele edilmelidir.³⁵

Düşman kavramının modern ve hukuki olarak şekillenen anlayışı, önemli bir şekilde *Carl Schmitt*'e dayanmaktadır.³⁶

Düşman Schmitt için gücün belirlenmesinin merkezinde bulunmaktadır ve politikanın doğasıdır:” Her dini, ahlaki, ekonomik, etnik ya da diğer karşıtlık, insanları dost ve düşman olarak etkili bir şekilde gruplaştırmaya yetecek kadar güçlü olduğunda siyasi bir karşıtlığa evrilir.”³⁷

³¹ Bericht des Comité de salut public, Rapport v. 10. Okt. 1793: Choix de rapports etc., Paris 1818 vd., T. XIII, 119, E. Friesenhahn'den alıntılama, Der politische Eid, Bonn 1928, 16.

³² T. Hobbes, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, Editör I. Fetscher, Frankfurt a.M. 1984, 242 Kap. 28; aynı eser., Vom Menschen. Vom Bürger, Editör von G. Gawlick, 2. Aufl., Hamburg 1966, 233 Kap. 14 Abs. 22.

³³ J. G. Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Hamburg 1960, 272: „Bu (ifade edilen) hak, neden onun en iyinin iyisi olmadığı, onu tahrip etmek, ona saldırmak keyfi bir şekilde işkence yapmak ve öldürmek için bir neden neden olarak gösterilemez; ancak kimse onun lehinde de değildir. „

³⁴ I. Kant, Zum ewigen Frieden, Editör T. Valentiner, Stuttgart 1971, 24 2. Bölüm dipnotlaral birlikte.

³⁵ Bu yazarlara bkz., ayrıca G. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, içinde: Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS) 3/2004, 89 (= Ritsumeikan Law Review 21 (2004) 93-107 ve aynı eser., içinde: G. Jakobs/M. Cancio Meliá, Derecho Penal del Enemigo, Madrid 2003, 19-56); L. Gracia Martín, Consideraciones Críticas sobre el Actual Denominado „Derecho Penal del Enemigo“, in: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 07-02 (2005) 13 vd., http://*/criminet.ugr.es/recpc.

³⁶ NS-Ideolojisi için onun anlamı, B. Rüthers, Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, München 1994, 101-180 m.w.N.

³⁷ C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, Berlin 1963, 26 vd., 37.

Düşman rekabet ya da muhalefet anlamında genel veya özel bir rakip değildir, o genel olarak açık bir düşmandır: “Hostis is est cum quo publice bellum habemus.”³⁸

Düşman, “önemli yoğun hayati bir anlamda, farklı bir şeydir ve yabancısıdır”; “ne onunla önceden karşılaşmış normlarla ne de “harici” bir hüküm ile ve bu nedenle “tarafsız” üçüncü birinin karar vereceği çatışmalar mümkündür.”³⁹ Bireysel bir “düşman” ile bir barış yapılabilirken, kamusal düşmana cevap, eninde sonunda her zaman savaştır.⁴⁰ Düşman ve savaş, hiçbir zaman saf bir tartışmanın veya sembolik bir mücadelenin konusu değildir:

“Dost, düşman, savaş kavramları gerçek anlamlarına özellikle fiziki anlam imkanına sahip olduklarında ve bunların anlamı olduğunda kavuşurlar. Savaş, düşmanlığın yerine geçer, zira bu durum bir başka var oluşun büyük varlığının yadsınmasıdır. Savaş, sadece düşmanlığın dışı vurumudur.”⁴¹

“Düşman kavramı bir anlama sahip olduğu sürece “ savaş gerçek bir ihtimal olarak bulunmalıdır,⁴² çünkü “savaş, mantığını ideal veya hukuki anlama karşı değil, bilakis gerçek bir düşmana karşı yürütmektedir.”⁴³

Lock’ un “İnsanlığın düşmanı” anlayışı, Schmitt’ in siteminde yoktur, çünkü “insanlık” ve dost-düşman grupları karşılıklı olarak birbirlerini dışlarlar;⁴⁴insanlık kavramı “dost ve düşman farklılıklarının sadece bir olasılık ile “ sona ermesi durumunu kapsamaktadır.⁴⁵ Somut olarak kim düşman olarak görülüyorsa,

³⁸ E. Forcellini, Lexicon Totius Latinitatis, Band III, 1865, 320 u. 511, Schmitt, Begriff (Fn. 37), 29 Fn. 5ten alıntılama şu şekildedir: „Hostis is est cum quo publice bellum habemus (...) in quo ab inimico differt, qui est is, quocum habemus privata odia. Distingui etiam sic possunt, ut inimicus sit qui nos odit; hostis qui oppugnat.”

³⁹ Schmitt, Begriff (Fn. 37), 27.

⁴⁰ Schmitt, Begriff (Fn. 37), 30.

⁴¹ Schmitt, Begriff (Fn. 37), 33.

⁴² Schmitt, Begriff (Fn. 37), 33.

⁴³ Schmitt, Begriff (Fn. 37), 50 f.; ilk olarak savaş vasıtasıyla düşman bir statü ve bu vasıta ile savaşı sona erdirmeye şansı veya bir af elde eder, aynı yerde, 11, 46 vd.; ayrıca bkz. C. Schmitt, Theorie des Partisanen, Berlin 1963, 87 (“Düşman olarak ilan etme, savaş ilanında), 91 („ (...savaşa mantık ve karakter veren düşmanlıktan farklılaşır“), ayrıca bkz. Rousseau’dan farklı düşünme (Fn. 25), 14 f.

⁴⁴ Schmitt, Begriff (Fn. 37), 54 f. ve 56: „İnsanlık ancak savaşın gerçek imkanları ortadan kalktığında ve tüm dost-düşman gruplaşmaları imkansız olduğunda gerçek olabilecek bireyler arasındaki ilişkiler sistemidir.”

⁴⁵ Schmitt, Begriff (Fn. 37), 54 f.: Bu bağlamda insanlık kavramı bir “ideolojik araçtır”; kim onu kullanırsa, kandırmak ister.

devlette en azından gerçek anlamda karar verme gücüne sahip olan tarafından⁴⁶ veya “meşru iktidarı” belirleyen otorite tarafından kritik bir durumdadır.⁴⁷

2. Siyasi Uygulamada Düşman

Pratik siyasette siyasi rakiplerin “düşman” olarak nitelendirilmesi bugüne kadar ekonomik yaptırımlardan iç veya dış savaşa kadar olası tüm baskı yöntemlerinin bahanesi olmaya hizmet etmiştir.⁴⁸

İspanya’da *Franco* döneminde, kim frankist devlete karşı açık bir muhalefet bildirir veya temel hakları talep ederse düşman olarak nitelendirilmiştir.⁴⁹

Diktatörlük yıllarında –ulusal güvenlik doktrininin temeli olan-⁵⁰ Arjantin ordusu, “gençlerimizin ruhlarını üniversitelerde zehirleyenleri” düşman olarak⁵¹ nitelendirmiş ve “Arjantin ruhunun düşmanlarını yok etmekle” tehdit etmiştir.⁵²

Ruanda’nın soykırımdan ötürü yargılanan önceki hükümet başkanı *Jean Kambanda* Tutsi üyelerinin izlenmesi ve öldürülmesi çalışmalarını ve ılımlı Hutuları davet eden radyoyu “düşmanlara karşı yürütülen savaşta vazgeçilmez bir silah” olarak övmüştür.⁵³ Kavram, *orta doğudaki* ve Ortadoğu üzerindeki çatışmalarda da bir öncüdür. Hamas “Siyonist düşmanları”⁵⁴, Filistin Başbakanı Abbas, “İsraili”⁵⁵

⁴⁶ Schmitt, Begriff (Fn. 37), 46 f.

⁴⁷ Bkz. C. Schmitt, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, München/Leipzig 1934, 11, 20; Schmitt, Partisanen (Fn. 43), 87.

⁴⁸ Ayrıca bkz. Muñoz Conde, Reformas (Fn. 3), 17 vd.; Demetrio Crespo (Fn. 3), 90; Gracia Martín (Fn. 35), 3 f.

⁴⁹ Muñoz Conde, içinde: Losano/Muñoz Conde (Fn. 3), 175; aynı eser Reformas (Fn. 3), 30.

⁵⁰ Onun teorik gerekçelendirilmesi geliştiğinde, Schmitt, Partisanen (Fn. 43), 30, 40 vd., 85 f. u. passim, O, partizanları düzensiz ve meşru olmayan savaşçılar olarak, “mutlak düşmanlığın taşıyıcıları” olarak (91), sadece “partizanca” savaşılacak kişiler şeklinde (83) karakterize ettiğinde.

⁵¹ Coronel Juan Carlos Moreno, J. R. Serrano-Piedecabras’tan alıntılama, El delito de genocidio. Especial referencia al “caso Pinochet”, in: J. L. Díez Ripollés et. al. (Editör) La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid 2002, 1508: “Son enemigos (...) los ideólogos que envenenan en nuestras universidades el alma de nuestros jóvenes.”

⁵² Serrano-Piedecabras (Fn. 51), 1508 tan aktaran General Luciano Menéndez: “Los enemigos del alma argentina serán destruidos.” Bkz. Velásquez (Fn. 3), 211, Latin Amerika kitabı “sağ”siyasetinin temizliği ile ilgili.

⁵³ Prosecutor v. Kambanda, Yargılama ve hüküm 4.9.1998 (ICTR-97-23-S), para.39 (vii).

⁵⁴ Şeyh Ahmad Yassin (22.3.2004 tarihinde öldürülen Hamas Lideri), Ropörtaj 1 Temmuz 2003, <http://www.rebelion.org/palestina/030710mhuammad.htm>.

⁵⁵ Mahmoud Abbas, USA TODAY, 1.4.2005, <http://www.usatoday.com/news/world/2005-01-04-abbas-x.htm?csp=34>.

dışlamakta ve Ariel Sharon önceki Filistin Başbakan'ı "Arafat"⁵⁶ düşman olarak nitelirmektedir. Irak' ta ihtilalciler Amerikan medyasını "enemy force"⁵⁷ olarak, Bush bunlar tarafından "İslam düşmanı, Allah düşmanı, Müslüman düşmanı" olarak nitelendirilmektedir.⁵⁸

Bush'un kendisi düşman kavramını 11 Eylül 2001 tarihinden itibaren savaş kavramı olarak stilize etmiştir: "We are the target of enemies who boast they want to kill: kill all Americans, kill all Jews and kill all Christians."⁵⁹

Irak savaşının başlamasından üç gün önceki bir ulusa sesleniş konuşmasında Bush, susturma politikasının devam ettirilmesinin olası sonuçlarının "destruction never before seen on this earth" olacağına yemin etmiş ve önleyici darbenin tarzının haklı olduğunu savunmuştur: "evil man" veya "such enemies" in ilk darbeyi vurması beklenmemelidir.⁶⁰

Bush-Hükümeti tarafından beslenen "hukuk dışı savaşçılar" ("unlawful combatant") haksız bir şekilde insani halk savaşçıları ile azılı caniler arasında kalmaktadır.⁶¹

Bu retorik ile birlikte, terör ceza hukuku da giderek düşman ceza hukukuna evrilmiştir.⁶²

⁵⁶ Ariel Sharon, CNN World, 29.3 2002, http://*/archives.cnn.com/2002/WORLD/meast/03/28/mideast/.

⁵⁷ Washington Times, 17.7 2003, http://*/washingtontimes.com/national/20030717-121015-6169r.htm.

⁵⁸ Abdel Aziz al-Rantissi, (17.4.2004 tarihinde öldürülen Hamas Lideri), BBC News, 28.3.2004, http://*/news.bbc.co.uk/2/hi/middle-east/3576563.stm.

⁵⁹ Seçim yarışı konuşması, Atlanta/Georgia, 8.11.2001, "the only possible response is to confront it and to defeat it. This new enemy seeks to destroy our freedom and impose its views. We value life; the terrorists ruthlessly destroy it", CNN.com, 8.11.2001, http://*/archives.cnn.com/2001/US/11/08/rec.bush.transcript/.

⁶⁰ Bush, Ulusa sesleniş konuşması, CNN World, 17.3.2003, http://*/www.cnn.com/2003/WORLD/meast/03/17/sprj.irq.bush.transcript/. Ayrıca bkz. Bush'un 6.10. 2005 tarihli konuşması, http://*/www.cnn.com/2005/POLITICS/10/06/bush.transcript/: "Against such enemy there is only one effective response: We will never back down, never give in and never accept anything less than complete victory."

⁶¹ Avrupa Demokrasi ve Hukuk Komisyonu (Venedik Komisyonu) Bilirkişisinin Hukuk Durumu üzerine faydalı raporu üzerine: EuGRZ 2004, 343 vd.

⁶² Bkz. K. Ambos, Terrorismusbekämpfung seit dem 11. September, in Politische Vierteljahrschrift (PVS) Sonderheft 2006 (yayımlanma); rechtsvergleichend zu Spanien, Frankreich, Italien, England und USA G. Portilla Contreras, FS Bacigalupo (Fn. 3), 708 vd.; zu Spanien Cancio Meliá, delitos de terrorismo (Fn. 3), 43 vd.

Düşman kavramının iç politika tartışmalarında kullanılmasına, yakın geçmişte bir Alman sendikası başkanının, kendilerini “ezmek isteyen” belli firmaları “düşman” olarak nitelmesi örnek olarak gösterilebilir.⁶³

Devletler Hukuku, 2. Dünya Savaşı’nda Almanya ile ittifak kuran devletlere yöneltilen, ancak bugün pratikte anlamı olmayan Birleşmiş Milletler tüzüğü’nün 107. Maddesi⁶⁴ düşman devletler hükmünü kabul etmiştir.⁶⁵ Aynı şekilde, devletler hukuku açısından çok daha önemli olarak kabul edilen ve dünyayı koruma temelleri denilen insanlığa karşı belli suçların dünya çapında takip edilmesinin öncüsü olan, Cicero’ ya dayandırılan *hostis humani generis* teorisi, (devletler) ceza hukuku açısından bir hayli önemlidir.⁶⁶

Korsanlar her şeyden önce bu anlamda insanlığın düşmanlarıdır -“*pirata hostes humani generis*”- olarak adlandırılan ve bundan dolayı kavramın bugün devletler hukuku ile ilgili tüm suçları (*delicta iuris gentium*) kapsamı, her devletin bunları takip etmesini mümkün hale getirmiştir.⁶⁷

3. Özet: Dış ve İç Düşmanlar

Bu tarihi *tour d’horizon*dan sonra, “dış” ve “iç” düşmanlar arasında ayırım yapmak akla yaklaşıp. “Dış” düşman kendi toplumu dışındaki varlıkları tehdit eder. O, özellikle devletleşmiş yapılar *ile* devletler arasında klasik bir savaş ortaya çıkarır. Düşman burada, statüsünden ötürü belli başlı *hakları olduğu kabul edilen* ve onunla barış ve af görüşmeleri yapılabilen savaştaki rakiptir. “Düşmanın açıklaması”, yani düşmanın tanımlanması ve tarif edilmesi, savaş durumunu ortaya çıkarır: onunla bir savaş durumunda bulunulan *insan* benim

⁶³ Aynı şekilde IG-Bau Wiesehügel Başkanı, 5.10.2005, <http://www.n-tv.de/587492.html>.

⁶⁴ „Hükümetleri, bu savaş boyunca anlaşma devletlerinin düşmanı olan devletlere saldırma veya bu saldırılara izin verme sonucu olan ikinci dünya savaşının sonucu olan tedbirler, bu Chartha ile ne yürürlüğe girmiş ne de yasaklanmıştır. „ (K.A.). Ayrıca bkz. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi madde 53 bağlamında: „(...) „ikinci dünya savaşında bu Chatha’nın tarafları olan tüm devletler“ madde 53 fıkra 2 anlamında düşman olarak nitelendirilen düşman devletlere karşı önlemler almıştır.

⁶⁵ Örneğin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan’ın feshi için, Fassbender, UN Reform und kollektive Sicherheit, Der Bericht des «UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change» vom Dezember 2004 und die Empfehlungen des UN-Generalsekretärs vom März 2005, Berlin 2005, <http://www.boell.de/downloads/global/GIP17-UN-Reform-Sicherheit.pdf>, 29: «It is high time to eliminate the anachronistic «enemy» clauses (...)»

⁶⁶ F. Neubacher, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, Politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation, strafrechtliche Perspektiven, Tübingen 2005, 111 m.w.N.

⁶⁷ Bkz. K. Ambos, Vor §§ 3-7, içinde: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-51 StGB, München 2003, Rn. 47 vd. m.w.N.

düşmanımdır. Ancak savaş durumunu sona erdiğinde, düşmanlar dost olabilirler ya da en azından siyasi birlikte bir ortak olabilirler.⁶⁸

Dış düşman pek ala (*bazı*) haklara sahip olabilir; her durumda o belli-bugün insancıl devletlerce hukuku emniyete alınmış⁶⁹ -*insani muamelenin azami haklarına* sahiptir, haklardan yoksun değildir.

Ancak *iç düşmanda* durum tamamen farklıdır. O kendi toplumunun “aykırı sesidir”. Kendi varlığını bir birey olarak kendi toplumuna bağlamayan ve bu toplumla entegre olmak istemeyen, bir toplulukta hüküm süren temel değerlere değer vermeyen veya vermek istemeyen kişi, iç düşmandır. Devletler arasındaki klasik savaş, bir toplumunun temelini veya huzurlu ortak yaşamın tehlikeye atan zincirlerinden kurtulmuş insan veya doğa durumundaki benzer hayvanlara nispet edilebilen veya topluma hükmeden değerlerden kurtulmuş insan grubu ile bir “iç savaşa” evrilir.⁷⁰

Ancak kim *tam olarak* bir iç düşmandır? Farklı bir sesin sürülmesini haklı gösterecek belli bir toplumun temel değerlerinden ayrılma ne zaman düşünülebilir? Aykırı seslerin gösterilmesi mutlaka gerekli midir? Felsefe bu soruların cevaplarını somutlaştırmamıştır. Tehdit bakış açısı ön planda durmaktadır:⁷¹

Kendi varlık ve kimliğini tehdit eden diğerlerini reddetmek, düşman için temel kriterdir.*Düşünsel*-kültürel veya bedensel-maddi açıdan beni şüpheye düşürebilen veya böyle yapacağından çekindiğim kişi de düşmandır.⁷²

Böyle belirlenen iç düşmanın *asla bir hakkı* yoktur.

Hostis humani generis hem dış hem de iç düşman olabilir. Gerçekte duruma göre değişmez. Devletler Hukuku suçları savaşta daha da belli olur: barışta olduğu gibi-silahlı çatışma. Bundan dolayı insanlığın düşmanları her zaman vardı ve bu suçlar işlenene kadar da her zaman olacaktır. Ancak *hostis humani generis* devletler hukuku suçları ile ilgili bağlantısından, hareketin karşılaştırılmasını garantileyen nispi bir şekilde belirli *çıplak düşman kavramından ayrılmaktadır*.

⁶⁸ Schmitt te bunu kabul etmektedir, Partisanen (Fn. 43), 16: Barış anlaşması anlaşılır bir şekilde savaşın sonudur.

⁶⁹ Bkz. http://*/www.icrc.org.

⁷⁰ Bkz. J. S. Hohmann, „Ihr Charakter ist ein Inbegriff von Schlechtigkeit und Leichtsin“, Zur Geschichte von Feindbildern in Deutschland, Berlin 1995, 40; Brandt (Fn. 28), 87 m.w.N.

⁷¹ Kant’a göre (Fn. 34), 24 2. Bölüm dipnotlarla birlikte., insan kendi kanunsuz durumu ile “saf doğa durumu” güvenliğini tehdit eder, çünkü, onu “ortak hukuk durumuna” zorlamak veya onu komşuluktan ihraç etme, ona “bir düşman gibiymiş gibi davranma” meşrudur“.

⁷² C. Schmitt, Ex captivitate salus: Erfahrungen der Zeit 1945/47, Köln 1950, 88.

Dış düşman kavramına bir miktar meşruluk tanınmasa da, iç düşman tek başına başkalarının sürülmesi için maddi bir dayanak sağlamadan, rakiplerin adına leke sürülmesi ve şiddetli bir takım yol ve yöntemlerin haklı gösterilmesine hizmet eder. *Bu düşman kavramının sınırı yoktur.* Bu durum, *özellikle bir taraftan değer yargısı içermeyen* devletin bir makine olarak kurulması sorunu çatışmasını bir tarafa bırakan, bir diğer taraftan savaşı düşmanlığın olmazsa olmaz bir sonucu olarak isteyen ve bununla alternatif çözüm imkanlarını *a limine* bir temele koyan Schmitt'te kolayca anlaşılabilir.⁷³

Sınırsızlık mübalağa çerçevesinde gitmektedir: Görünen tehditin dozunun kaçırılması ile birlikte iyi özelliklerin reddedilmesi, gerçekliği tüketmekte ve şiddetli tartışmanın kaçınılmaz olmasına neden olmaktadır. (İç) Düşman ile hiçbir ortaklık yoktur, o kendi varlığına bir tehlike oluşturmaktadır ve o her zaman kendi –bireysel veya kollektif- kimliğinin dışında ayakta durmaktadır. Düşman, burada hiçbir zaman bir önemsiz ya da zararsız bir kavram değildir: O, her zaman önüne geçilmesi yada berraklaştırılması gereken bir tehdittir. Düşman ile iletişim çok sıkı vuku bulmadığı için, ortada sadece silahlı mücadele kalmaktadır: Savaş. Çoğu zaman, yok edilecek düşman, kendi nitelendirilmesi gibi-tamamen labeling approach⁷⁴ anlamında-önce yaratılır (kelimenin gerçek anlamıyla “adlandırılır”).⁷⁵

II. Jakobs' a göre Düşman Kavramı

1. Değişimdeki Düşman Kavramı

Henüz 1985 yılında –Frankfurt am Maindeki Ceza Hukuku Eğitimci Profesörler toplantısında- Jakobs, halihazırdaki Alman Ceza Hukuku'nun tanımlayıcı-eleştireci analizinin basmakalıp ifadesi olarak düşman ceza hukuku kavramını kullanmıştır.⁷⁶

⁷³ Schmitt, Begriff (Fn. 37), 33: „Savaş düşmanlığın takip eder, çünkü bu diğer varlığın mantıklı yadsımasıdır. Savaş sadece ortaya çıkmış düşmanlıktır.“, «Düşman kavramı bir mantığa sahip olduğu sürece» savaş imkanı var olmalıdır. Schmitt'e göre düşmanlık siyasetin bir karakteri ise, düşmanlık sadece bir savaş vasıtası olarak anlaşıldığında savaş siyasetin bir karakterine dönüşür. H. Laufer, Das Kriterium politischen Handelns, München 1962, 156 Fn. 69.

⁷⁴ „Labeling approach“ a göre, suçlar ve kabahatler sosyal tanımlamaların sonucudurlar, yani onlar toplumsal bir suç yüklenmesi yoluyla ortaya çıkarlar, bkz. H. J. Schneider, Kriminologie, Berlin/New York 1987, 551.

⁷⁵ Laufer (Fn. 73), 150 vd., bu konuda düşmanın bilinmesi ile onun belirlenmesi ayırımından bahsetmektedir.

⁷⁶ G. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985), ZStW 97 (1985) 753; Ayrıca bkz. Aynı eser., Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin 1991, 2/25c.

Suçluları açık bir şekilde “hukukun düşmanı” yapıp ve onların bireysel alanını ve bir *vatandaş* olarak statüsünü tamamen bertaraf eden bu “tehlike kaynağı”, kapsayıcı düzenlemeler ihtiva etmektedir.⁷⁷ Zira devlet bireylerin özel alanına nüfus etmektedir böylece “mahremiyet ve bununla birlikte vatandaşların sübjektif konumları bitmektedir ve özel hayatı olmadan bir vatandaşın var olması mümkün değildir”.⁷⁸

Düşman ceza hukuku düzenlemeleri denilen düzenlemelerin muhatapları, -ceza hukuku kanunu yapmak ve usuli garantilerle donatmak yerine⁷⁹- ceza hukuku saldırıları ve mücadelesine muhatap olup, bir vatandaşlık statüsünden yararlanmayan bir düşman olurlar.⁸⁰ “Kamulaştırma”, “dahili diğerlerine”, yani davranışın içinde bulunduğu gerçekliğin planlama bağlantısına erişimi mümkün kılmaktadır.⁸¹

Böylece “kim buralı devlete karşı hak ve mahremiyete sahip olmayan birisi ile örneğin dış bir gücün temsilcisiyle, komplo hazırlarsa” yurttaşlık önceliklerinin zevkinden artık yararlanamaz.⁸²

Kısaca: Vatandaş ceza hukuku, düşman ceza hukuku düzenlemelerine dış geçirmelidir ve “saf” vatandaş ceza hukukunun bu “yaklaşımında”, düşman ceza hukukunun asıl tehlikesi yatmaktadır.⁸³

Jakobs daha sonra, özellikle 1999 yılında *Eser, Hassemer, ve Burkhardt* tarafından organize edilen “Ceza Hukuk Biliminin İkinci Binyılı” Berlin toplantısındaki konuşması ile, saf tanımlayıcı-analitik düzlemi terk etmiştir.⁸⁴

⁷⁷ Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 753

⁷⁸ Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 755.

⁷⁹ G. Jakobs, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart* (Kommentar), içinde: A. Eser/W. Hassemer/B. Burkhardt (Editör), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, 51 f. In concreto gehören dazu laut Jakobs (*Kriminalisierung* (Fn. 76), 757; aynı eser içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt, 51; aynı eser *Feindstrafrecht* (Fn. 35), 93) Özellikle özel alanı suça teşvik eden tüm düzenlemeler (§§ 30, 129, 129a StGB) aynı şekilde üreten ve tedarik edenlerin çeşitliliğindeki belge suçları (§ 267 StGB), ayrıca §§ 30 I, Nr. 1, 31 I, Nr. 1 BtMG, §§ 211 I, 49 I Nr. 1 StGB, §§ 31 vd. EGGVG, aynı şekilde §§ 112, 112 a, 81 a, 100a, 100c, 110 StPO. Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 756, 761.

⁸⁰ Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 773.

⁸¹ Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 776, §§ 98, 99 StGB nin atfı ile.

⁸² Bkz. Jakobs, *Kriminalisierung* (Fn. 76), 757, 784; ayrıca., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* in: *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge* 390, Paderborn 2004, 45 f.; aynı eser., *Feindstrafrecht* (Fn. 35), 93 f. ayrıca bkz. J. L. Díez Ripollés, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, RECPC 07-01 (2005) 24, http://*/criminet.ugr.es/recpc.

⁸³ Jakobs’ Kenner Cancio Meliá, *Düşman “ceza hukuku”* (Fn. 3), 277 Fn. 32 ile, üç aşamalı bir

Jakobs şimdi “davranışlarında (cinsel saldırı), yaşam kazançlarında (ekonomik, uyuşturucu madde ve organize suçlarda) veya suç örgütleri ile bağlantılarından dolayı (terörizm, organize suçlar) sürekli bir şekilde şüphe altında bulunan kişilerle mücadele eden, ancak en azından hukukun öneminden ötürü uygulanan, bir diğer ifade ile hukuki kişi olarak bağdaşmayan muamelelerin yapılmasını garanti altına alan asgari standartlarından, “Mücadele Kanunu”⁸⁵ndan bahsetmektedir”.⁸⁶

Bunun içinde sadece bir düşman ceza hukuku tasvirinden *lex lata* fazlası yoktur, yani *Jakobik* ceza anlayışının temelinde bir düşman kavramı yaratmak: “Sadece davranışında veya ekonomik hayatında veya temel olarak bir örgüte bağlılığında değil, aynı zamanda yani her durumda muhtemelen sürekli bir şekilde hukuk döndürülmüş ve böylece kişisel davranışlarının bilişsel asgari güvenliği ve bu eksiklikle kendi davranışlarını ortaya koyan kişi” bir birey olarak düşmandır.⁸⁷

Bu durum “sıradan suçlar” da daha fazla “anlaşılır” görünür, ona “tehlikeli bir birey olarak değil, bilakis hatalı hareket etmiş bir birey olarak” yani bir kişi ve vatandaş olarak da davranılabilir, ancak bir düşman olarak davranılmamalıdır, “tekrar suç işleyecek veya bir örgüte ayak uyduran fail” de bu durum daha da zordur.⁸⁸

Bir düşman olarak muamele edilen terörist her durumda “temel olarak hukuk düzeninin meşruluğunu” reddeder ve “bunu tahrip etmeye” çalışır.⁸⁹

Jakobs düşmanı artık belirli özel ceza hukuku bakış açısı - adeta kanun koyucunun bir üretimi- ile değil, bilakis somut olaylardan çözmekte ve onlardan ayırt etmektedir: Düşman, yurttaşlık durumuna “ne zorlanamayan ne de bundan ayrılamayan” kişilerin “rahatsız edici sosyal çevresidir”.⁹⁰ *Böyle bir birey,*

gelişme göstermektedir: 1985/1991, 1999/2000 ve 2003/2004. Portilla Contreras, Fundamentos (Fn. 3), 44 bir “cambio cualitativo”; C. Prittwitz, Derecho penal del enemigo: análisis crítico o programa del derecho penal?, içinde: S. Mir Puig/M. Corcoy Bidasolo (Editör), La política criminal en Europa, 2004, 112 vd. von einem “cambio de sentido” bahsetmektedir. Ayrıca bkz. Donini (Fn. 1), 214 Fn. 33 ile (“función de legitimación”); Greco (Fn. 3), Fn. 30’a göre (“Ton önemli bir şekilde değişmiştir”); Díez Ripollés, sociedad (Fn. 81), 20.

⁸⁵ *Jakobs*, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), Fn. 10 vd.: Örneğin Ekonomi suçları, terörizm, yasadışı uyuşturucu ticareti ve diğer organize suçlar ve cinsel saldırı ve diğer tehlikeli suçlarla mücadele kanunları.

⁸⁶ *Jakobs*, Staatliche Strafe (Fn. 83), 42 (K.A.).

⁸⁷ *Jakobs*, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 52 (K.A.).

⁸⁸ *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92.

⁸⁹ *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92

⁹⁰ *Jakobs*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53. Bir diğer yerde (aynı eser Prologo, in: Ja-

“kişi kavramı nimetinden yararlanamaz”⁹¹ çünkü “kim sürekli bir şeytan gibi davranırsa ve kendi yükümlülüklerini yerine getirme güvenini kaybetmişse ona artık bir hukuki kişi olarak davranılamaz”.⁹²

Suçluların yönlendirilmesi “hukuk ve hukuksuzluk üzerine ilan edilmeli ve bu normatif beklentiye büyük bir şekilde ve tam olarak teşebbüs edilmelidir, yani ne kadar açık ise, konuşulan norm o kadar önemlidir”.⁹³

2. Eleştirel Değerlendirme

a) Düşman kimdir?

Uzun zamandır sınırlandırmadaki güvensizlikte yatan belirsizlik eleştirilmiş,⁹⁴ somut olayın gerekçelendirilmesi anlaşılabilir tek kriter olarak çözümlendiğinde ve düşman soyut olarak tanımlandığında, kişi/vatandaş ile düşman arasındaki sınır tamamıyla belirsizleşmiştir. Bir “düşman” artık -adeta reaktif- olan kanuni düzenlemeler ışığında belirlenemez, bilakis devlet düzenine karşı “düşmanca” tavırlar nedeniyle, -ihtimaldir ki- bu düzenin değerlerine karşı koyma azmi (organize suç) veya gelecekte değerlere itaat etme konusundaki olası yetersizliği nedeniyle (mükerrer suçlar), belirlenmektedir. Mükerrer suçlar ve organize suçlar “potansiyel” ve teröristlerden sonra “kesin” düşmanlardır. Terörizm konusunda bağlayıcı bir tanımın zorluğuna⁹⁵ ve daha önce de bahsedilen, her sevilmeyen muhalefetin o şekilde tanımlanması uygulamasına rağmen.⁹⁶ Usuli açıdan, hangi usuli kurullarla “düşmanın teşhisi”

kobs/Cancio Meliá (Fn. 35), 14) Jakobs daha kesin bir şekilde formüle etmiştir: „hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil“.

⁹¹ Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92.

⁹² Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 41.

⁹³ Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 91.

⁹⁴ Bkz. 1985 Puppe, Schmidhäuser, Lampe, Hirsch und Köhler’in eleştirileri, W. Gropp, Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a.M., ZStW 97 (1985) 920 ff, 924, 926. Krit. ayrıca H. Schüler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, Frankfurt a.M. 1991, 240; Muñoz Conde, içinde: Losano/Muñoz Conde (Fn. 3), 174; Portilla Contreras, Fundamentos (Fn. 3), 45 Fn. 17 ile birlikte, Schmitt’ benzer eleştiriler, Laufer (Fn. 73), 138, 150, 153:Yabancılar, ne zaman bir düşman olunacağı açık değildir. Schmitt neden ne nasıl bir insanın veya insan grubunun bir diğer insan veya insan grubunu reddedeceği sorusu çevresinde dolaşmaktadır. – Fikir durumu üzerine iyi bir bakış açısı Greco (Fn. 3), II da bulunmaktadır.

⁹⁵ Bkz. G. Martin, Understanding Terrorism, Challenges, Perspectives, and Issues, Thousand Oaks, London/New Delhi 2003, 9, 35 f., 116: “One Person’s Terrorist is Another Person’s Freedom Fighter.”Ambos devletler hukuk açısından yaklaşmıştır, Terrorismusbekämpfung (Fn. 62).

⁹⁶ Bkz. Örneğin Arjantinli Generalal Videla’nın teröristlerin fikirlerini de taşıyan ifadeleri: “el terrorista no solo es considerado por matar con un arma o colocar una bomba, sino también por

başarıya uğraşır sorusu sorulur. Aslında sadece iki imkan vardır: Ya vatandaş ceza hukuku kuralları ile gidilir ve hukuk devletine uygun bir yargılamada -masumiyet karinesi- saman (düşman), buğdaydan (vatandaş) ayrılır. Böylece vatandaş ceza hukuku düşmanlara da uygulanır ve bu nedenle düşman ceza hukuku münakaşası reddedilir. Bu nedenle düşmanın statüsünü açık ve tam anlamıyla *petitio principitii* anlamına gelen ve halen ispatlanması gereken bir şekilde (belli kişilerin statülerini “düşman” olarak) belirleyen düşman ceza hukuku bakış açısı daha mantıklıdır.⁹⁷

Jakobs’ un kendisi, vatandaş ile düşman arasındaki sınır sorununun “önceden sahip olunan anlayışlara göre farklı bir şekilde cevaplandırılabilirliğini” kabul etmiştir.⁹⁸ O, dost ve düşmanın “*çok zor bir şekilde saf olarak gerçekleşecek*” “iki ideal” tip oluşturduğunu itiraf etmiştir.⁹⁹ Buna göre “karşılıklı iki izole ceza hukuku alanı yaratmak değil, bilakis dünyanın iki kutbunu tasvir etmek veya ceza hukuku bağlamında ters iki eğilimi göstermek” gerekir.¹⁰⁰ Ve o uyarır: “Kim düşman ve dost suçlular arasında açık bir şekilde mesafe koymazsa, “savaş” ve “ceza yargılaması” *düzensizliği ile karşılaştığında buna şaşırılmamalıdır*”.¹⁰¹

Açıklanan belirsizliklere rağmen, *Jakobik* gerekçelendirmenin Vatandaş-Düşman sınıflandırması temelleri, varlığını sürdürmektedir.¹⁰² *Jakobs* bir insanın (vatandaş yada kişi) tartışmalı kuvvetlerinin resmi üzerine değil, bilakis vatandaşların davranışlara göre –vatandaş ceza hukuku- ve düşmanların davranışlarına göre –düşman ceza hukuku” na yönlendirilen ayrılmış iki kural üzerine gitmektedir. Ceza da farklı adreslerin fonksiyonuna bağlı olarak ayarlanmaktadır: “Hukuki olarak planlanmış iletişime iştirak eden” denilen yıldırma ve hukuki doğruluğun “per se hukuki olarak planlanmamış” kişilerin üzerinde tasdik edilmiş etkileri.¹⁰³ Bu şekilde etki canlanır, temel olarak hukuka uygun ve aynı şekilde hukuka aykırı bir şekilde davranan insanlar vardır. Hareket

activarlas a través de ideas contrarias a nuestra civilización occidental y cristiana” (aktaran Serrano-Piedecabras (Fn. 51), 1508).

⁹⁷ Bkz. “callejón sin salida” Gracia Martín (Fn. 35), 2-28 f. Bu açıdan B. Schünemann “canlı değerlendirici” ceza hukuku doğmatik dilindeki “sirkulasyonu” eleştirmektedir, Die deutsche Rechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, GA 2001, 211.

⁹⁸ Gropp’tan aktaran (Fn. 94), 928.

⁹⁹ Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88, 90.

¹⁰⁰ Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88.

¹⁰¹ Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 46, ayrıca bkz. Cancio Meliá, Feind“strafrecht“ (Fn. 3), 288: ya savaş hareketleri ya da bu açıdan suçlar.”

¹⁰² Örneğin Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 50; aynı eser, Staatliche Strafe (Fn. 83), 42 f.; aynı eser, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88 f., 93.

¹⁰³ Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 50; Bkz. Fn. 127.

değil, bilakis hareketlerin özellikleri¹⁰⁴ *düşman gruplarına aidiyete karar verir. Bu kesinlikte yer almayan bir kişinin –vatandaş yada düşman olarak- bir imgesi burada tasarlanır; Vatandaş-düşman karşıtlığı, Scmittsel dost-düşman karşıtlığına benzer bir şekilde (I.1)*¹⁰⁵, düşmanın kendi varlığını talep etmekte ve bu şekilde *gerçekliği çağırmaktadır:*

*“Onun iğrenç alınıp alınmadığı ve belki de atavik geri kalan barbarlık zamanlarında bulunan, insanları her zaman dost ve düşman olarak gruplandırmanın olup olmayacağı veya farklılıkların bir gün yeryüzünden kaybolup kaybolmayacağı umudu, onun doğru veya yanlış olup olmadığı, terviyevi nedenlerden ötürü artık asla düşmanların olmayacağı yalanı, burada söz konusu değildir. Burada kurgu ve düzgüsellik değil, bu farklılığın ortak vasatının gerçekliği ve gerçek imkanı üzerine hareket edilir.”*¹⁰⁶

Siyasi uygulama düzleminde vatandaş-düşman gruplaşması, esasında onların marjinalleşmesi ile bağlantılı olarak doğrudan doğruya savaşılan gruplarla, örneğin göçmenler, yahudiler ve sadece karşılıklı ilişkilerde toplumsal olarak sınırlı bir şekilde kabul edilen alt kültürlerle ayrıca baskı uygulanmasına neden olmaktadır.¹⁰⁷

Aynı şekilde *Jakobs*’a aşırı çoğunluk¹⁰⁸ tehlikesine ve “çok kültürlülüğün tahrip

¹⁰⁴ Bu bağlamda Gracia Martín (Fn. 35), 22; Cancio Meliá, Feind“strafrecht“ (Fn. 3), 281, 284, 286 f., 289; Demetrio Crespo (Fn. 3), 90; R. Hefendehl, Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht? StV 2005, 157; Díez Ripollés, sociedad (Fn. 81), 21; ayrıca bkz. Gropf’tan aktaran Puppe, (Fn. 94), 920.

¹⁰⁵ Benzer eleştiriler için L. Schulz, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, ZStW 112 (2001) 659 f.; Greco (Fn. 3), nach Fn. 95.

¹⁰⁶ Schmitt, Begriff (Fn. 37), 28 f.

¹⁰⁷ Bkz. M. Bock, Kriminalität der Mächtigen, Kritische Anfragen an ein in die Jahre gekommenes Konzept und Seitenblicke auf jüngere Verwandte, içinde: G. Kaiser/J.-M. Jehle (editör), Kriminologische Opferforschung: Neue Perspektiven und Erkenntnisse, Teilband I, Freiburg 1994, 180 vd.; Bkz. Aponte (Fn. 3), 135; E. R. Zaffaroni, El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos, içinde: En Torno de la Cuestión penal, Colección: Maestros del Derecho Penal Nr. 18, Montevideo/Buenos Aires 2005, 156.

¹⁰⁸ G. Jakobs’a göre bu çoğunluk incelenmektedir, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken, Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts? ZStW 107 (1995) 868 “Bireysel eşitlik”, “karşılıklı doğa durumu ile” Daha yüksek bir “anlaşma aracı” na yönelir; Bu konuda dikkat edilmelidir, Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92, Doğa durumunu eksik bilişsel güvenlik hukuksuzluğu durumu şeklide tasvir etmiştir: “Doğa durumu tam olarak kuralsızlık durumudur, yani aşırı mücadele gibi aşırı özgürlük. Savaşı kim kazanırsa, normun ne olduğunu belirler ve savaşı kaybeden bu belirlemeye boyun eğer.” Ayrıca aynı eser içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 52: Düşmanlar artabilir çünkü toplum, devlet kurumu olan dinleri, aile kurumunu ve bir ortak ulus olam bilincini kaybeder, bu şekilde hukuki bir şekilde kendi kimliğini kurma imkanı artmaktadır.

gücüne”¹⁰⁹neden olduğunda, her şeyden kendi görüşünü önce *tüm öteki yabancı kültürlerle yönlendirmektedir. Cezalar temel* kültürün kimliğini onaylıyorsa,¹¹⁰ -ceza hukuku için homojen bir temel oluşumunu reddeden modern endüstri dünyasının çok kültürlü gerçekliğine rağmen- hukuka sağlam bir şekilde uyulması için kendi kültürel bağlantısında bulunan göçmenlere gerekli bilişsel güvenlik sunulmayabilir.¹¹¹

b) Tasviriden Siyasi Programa

Carl Schmitt’ten¹¹² farklı olarak *Jakobs*, kendi ifadesinin tanımlayıcı olarak, yani yüzde 95¹¹³ veya 98¹¹⁴ olarak, anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir.

Kendi uyumsuzlukları nedeniyle azarlanan elçilere sadece kötü bir haber vardır.¹¹⁵

Ancak *Jakobs* bu noktada *lex lata* ilkesini, karakteri bir *düşman* ceza hukuku olarak varsayılan değerleri kendi analizinin maddesi yaptığında sadece bir tasvirici değildir, çünkü “düşman” kavramı *par excellence* bir normatif kavramdır.¹¹⁶

Tamamıyla makul “yakıştırma tezi”¹¹⁷ ne göre vatandaş ceza hukuku-hukuk devleti ceza hukuku- düşman kavramının normatif yüklemesi nedeniyle suçun bedelini pahalıya ödetmelidir. Zira düşmanın tanımı, hukuk devleti zararları büyütmeyecek kadar açık bir şekilde, aslında (düşman ceza hukuku yakıştırması) *lex lata* ile başarıya ulaşamaz. Düşman kavramının eksik kesinliği, içine işleyen argümanlar nedeniyle kendi analitik verimliliğine de karşıdır.¹¹⁸

¹⁰⁹ Als harmlose Multifolklorismen einer Kultur oder als gefährliches Nebeneinanderleben mehrerer Kulturen, *Jakobs*, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 52.

¹¹⁰ Ayrıca bkz., M. Martínez Sánchez, La Necesidad de Pena en el Derecho Penal Alemán (Strafbedürfnis), Consagración y aplicación en Colombia. Críticas a la teoría de la Imputación Objetiva: entrevista al profesor *Jakobs*, Bogotá 2002, 33; bkz. Aponte (Fn. 3), 135: Vtandaş, kim “ana kültür”de birleşiyorsa?

¹¹¹ Bkz. Zaffaroni (Fn. 107), 156, Bu açıdan kapalı bir evrensel dünyadan bahsedilmektedir, yani göçmenler, işsizler vb.

¹¹² Bu ampirik ve tanımlayıcıda ne anlam çıkıyorsa (örneğin Schmitt Begriff (Fn. 37)) pratik bağlantıda da bulunmalıdır ve bu denilmek istenmiştir.

¹¹³ Aynı şekilde Strafrechtslehrertagung in Frankfurt/Oder im Mai 2005 (Bkz. Tagungsbericht von Heger, ZStW 117 (2005), 865, 886, ancak orada yüzdellik değerler zikredilmemiştir).

¹¹⁴ D. Sauer’dan aktaran, *Jakobs auf dem 29. Strafverteidigertag in Aachen*, , Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, NJW 24/2005, 1704.

¹¹⁵ *Jakobs*, içinde: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 15: “se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”.

¹¹⁶ Ayrıca bkz. Greco(Fn. 3), Fn. 102; Prittwitz, içinde: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo* (Fn. 84), 114.

¹¹⁷ Daha önceki dipnot 83 ve metne bkz.

¹¹⁸ Eleştiri Greco (Fn. 3), dipnot 108’ göre.

Programın tanımlanmasından kaliteli sığrama, yakın zamanlardaki birçok fikir ile sıkıca bağlanmış ve *Jakobs*'un orantılı kabul ettiği, bir “düşman inceleme” talebinde en yüksek noktasına ulaşmaktadır.¹¹⁹

Düşmanların vatandaş olarak açıklanması suretiyle vatandaş ceza hukukunun açıklığının suiistimal edilmesi - karşıt bir şekilde- tabiri caizse “hilelidir”.¹²⁰

Bununla birlikte bugün “düşman ceza hukukuna anlaşılabilir bir alternatif” bulunmamaktadır.¹²¹

Devletin terörizm ile mücadelede orantısız bir mecburiyet yükleyip yükleyemeyeceğinin “sorulması çok zevkli” dir ve “mahvolmak istenmiyorsa, terörizme karşı yapılması zorunlu”, “adlandırıldığından farklı” olarak “pek ala düşman ceza hukuku, terbiye edici savaş” olabilir.¹²²

Last but not least:

“Konu, güncelde pratik bir şekilde bir birey olarak davranılması için zorunlu olan azami şartlar sunulmayan, etkileri kırılmış kişilere, dayanılabilir dünya şartları yaratmaktır. Düşman kişilere davranış tarzı şüphesiz hukuki olarak düzenlenmiştir, ancak bu hukuki düzenlemeler ihraç üzerinedir. Düşmanlar halihazırda birey değildirler. Düşman ceza hukuku kavramı, kapsamı veya bütünlüğü (de), düşmanın neyden korktuğuna bağlı olan savaşa dönüşür. Bu kulağa ahlaka aykırı gelmektedir ve öyledir çünkü bu durum hukukiliği kapsayan imkansızlıklar üzerine hareket etmektedir.”¹²³

Bu bağlamda ceza hukuku biliminin görevi, “düşman ceza hukuku düzenlemelerini teşhis etmek...”¹²⁴, “ceza hukuku adına neyin döndüğünü, yani ceza hukuku tamamlamalarını düşmanla mücadele hukuku vasıtasıyla dile getirmektir.” Aksi takdirde, ceza hukuku bilimi “ekonomik açıdan domine edilen toplum tarafından, daha az etkili bir azınlık konumuna düşürülecektir”¹²⁵. Bir düşman ceza hukuku *ceza politikası programının* ve ceza hukuku bilimcilerinin bu programın aktif bir şekilde şekillendirme taleplerinin her şeyi budur. Bu,

¹¹⁹ Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 46: “Hukuk düzeninin vatan hainleri, terörist veya diğer olası rakiplerde neyi ölçebildiği” (Onlara düşman olarak davranma, K.A.).

¹²⁰ Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 47.

¹²¹ Jakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

¹²² Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 92; Burada dikkat edilmelidir ki, “Terbiye edici savaş” savaş durumu olan doğa durumunda olduğu gibi, bir sosyal sözleşme ile terbiye edilen bir sonuç görüşüdür.

¹²³ Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

¹²⁴ Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

¹²⁵ Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53 f.

tanımlayıcı ve jurnalcı-eleştirci düşman ceza hukuku kavramından, *meşruluklu düşman ceza hukuku kavramına* geçişte bir adımdır.¹²⁶

“Düşman”ın tehlikeliliğinin fazla talibinin olması ve bundan ortaya çıkan tehdit edici tehlikeliliği, hukuki açıdan kişisizleştirilmeyi de arttırmaktadır.¹²⁷

Çünkü düşmana reaksiyon, her şeyden önce “ondan neden korkulduğuna” bağlıdır.¹²⁸ Aynı zamanda tehdit ile beraber fazla talibin çıkması gerçek ağırlığın alındığı gibi görülmektedir, çünkü düşman ceza hukukunun kullanımında failin özelliklerinin tanınması, temel olarak normun geçerliliği-sadece önemsiz bir şekilde değil- şüpheye düşmektedir.¹²⁹

Bu, silahlanma ve düşman ceza hukuku reaksiyonunu tekrardan meşrulaştırmaktadır.¹³⁰

Düşman ceza hukuku münakaşasının bir destek bulmadan gerçekliğini bulması, gerçek ve çıplak iddialar arasındaki sınırı bulanıklaştırır, tehlikenin algılanması düşman ceza hukuku ile saptanır, tehlikeden sürekli bahsedilerek moral bozulur.¹³¹

Bu kurgusal gerçekliğe reaksiyon olarak, her zamanki gibi terbiye edici savaş değiştirilemez olarak görünmektedir. Yurttaşların önceden tayin edilen özgürlükleri, dokunulmaz olarak kalmamaktadır; onlar (sadece) korunmaz, (aynı zamanda) tasfiye edilir.

Jakobs, -psikolojik-fizik sistemin özelliklerini gösteren kişi konseptinin temeli olarak- *iç sistemi*¹³² ve geçekliğin müthiş bir şekilde göze çarpan, fazla talibi olan

¹²⁶ Bu terminoloji için bkz. Greco (Fn. 3), III, (Fn. 77’ye göre) Greco’ nun kendisi Jakobs’un yasal olumlu kullanımına eğilimlidir. -Burada tasvir edilen kapsayıcı atlayış Jakobs’un öğrencileri tarafından da kabul edilmemektedir, sadece tam zaman meselesi tartışmasıdır. Cancio Meliá, Feind”strafrecht” (Fn. 3), 278 ile Fn. 34, “Jakobs’un tezinin modern çağda gelişimine devam etmesi (“üçüncü aşama” denilen, o. Fn. 84) (...) hiçbir şüphe bırakmamıştır ki, o düşman ceza hukuk tasviri dışında belli şartlar altında onu meşru saymıştır”. Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 53 u. Passim içine bakınız “desarollo lógicamente necesario” der jakobsschen Lehre.

¹²⁷ Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 44.

¹²⁸ Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

¹²⁹ Bkz. Cancio Meliá, Feind”strafrecht” (Fn. 3), 286; Schulz (Fn. 103), 663 f.

¹³⁰ Bkz. Zaffaroni (Fn. 107), 163 f.: “Bewaffnung” (“armamentismo”) des Diskurses: Düşman bazı silahların hukuka uygunluğu vasıtasıyla yüksek bir şekilde biçimlendirilir.

¹³¹ Prittwitz’in eksik ampirik temeli üzerine, içinde: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Fn. 84), 116, 118, 119.

¹³² Bkz. Jakobs, Strafrecht (Fn. 106), 843 vd., 851 vd., 859, 874 Fn. 70 ile; N. Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1990, 33 f.; ders., Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 124 vd., 225. Grdl. und krit. Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 54 vd.

söz seçimine dayanan aşırı *normativciliğini* kanıtlamıştır.¹³³

Alman Ceza Kanunu (StPO) madde 112a' daki, tekrarlanma tehlikesi “bir tehlike kaynağı, vahşi bir hayvan gibi güvence altına alınmalı, ancak bir kişi ilişkisi üzerine gidilmeme” lidir.¹³⁴

Jakobs'a, bir insanın tehlikeli ve kontrol edilmez bir hayvan olduğu konusunda inanıldığında, bu sanki bir insana bir insan gibi değil, bir hayvan, -insan olmayan birisi- gibi davranılmasını şart koşmakta ve *böyleleri* hukuku muameleyi hak etmemektedir. Ancak bu sonuç insan haklarına, burada temsil edildiği gibi (Başlık III), uygun bir ceza hukuku bakış açısı ile takip edilmez. Hukukta bir tedbir her zaman, onurları normativ bir yapı olmayan, ancak insani varoluş ile takip edilen insanlara yöneliktir.¹³⁵

c) Sonuca Etki Etmeyen Ceza Hukuku Öğretisi

Ceza hukukunun geleceği ile ilgili daha önce anılan Berlin Toplantısı'nda *Björn Burkhardt* ne uygulama ile ilgili olan ne de uygulanabilir, ne suça ne de suç iddiasına etki eden veya uygula yoluyla (kanun yapma, hukukun uygulanması) etkisizleştirilen veya baltalanan tüm hukuki öğreti cümle, teori ve sistemlerini “sonuca etki etmeyen öğreti” olarak tarif etmiştir.¹³⁶

Buna ek olarak bir öğreti “uygun bir yankı bulmadığında” da sonuca etki etmemektedir.¹³⁷

¹³³ Ayrıca bkz. Cancio Meliá, Feind“strafrecht” (Fn. 3), 280 f.; ayrıca eleştiri H. Prantl, Diabolische Potenz - ein neues fatales Denken: Das Feindstrafrecht von Jakobs, Süddeutsche Zeitung vom 5./6. März 2005, 17: Formulierungen, die “zum ersten Mal seit 60 Jahren wieder in Deutschland zu hören sind”; Sauer (Fn. 114), 1705: “geistiger Brandstifter”.

¹³⁴ Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 41; Bkz. auch H. H. Lesch, “Hörfalle” und kein Ende – Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft, GA 2000, 363, bunun sonucu olarak, Nemo-tenetur- ilkesi fazla esnemekte ve sorumluluk prensibi tam olarak hesaplanan “subjektif düşünce ahlakı”na bir tehlike girmekte, “sanığın bir kişi olaak sahip olduğu kalite zarar görmekte ve bunun yertine onu bir hayvan-yaratık varlığı seviyesine indirmektedir”.

¹³⁵ Bkz. Gracia Martín (Fn. 35), 34 vd.

¹³⁶ B. Burkhardt, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Hauptreferat), içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 111 (127 f.). Dagegen sieht B. Schönemann, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der Deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, 203, 221 vd., içinde – onun tarafından şekillenen kavram - “sonucu olmayan öğreti” iki bloktan oluşan “Alman Ceza hukuku biliminin” ilk bloku olarak, “onun nedeni ya seçmecilikte ya da gelenekselcilikte yatmaktadır ve onun temeli son zamanlarda bilimsel olarak iç siyasete denk gelmektedir” (203).

¹³⁷ Burkhardt (Fn. 136), 128.

Bu ölçüyü burada temel alırsak, düşman ceza hukukunun doğrudan doğruya hukuki uygulaması –lex lata’ nın açık bir şekilde olan tasviri- üzerine şüpheye düşüle de, o, bilimsel ve ceza politikası tartışmalarda kendi “yankısını” tabiri caizse zorla kabul ettirmektedir.¹³⁸

*Jakobs’ un yön gösterici tezleri Eser’ i doğrudan doğruya Berlin Toplantısı’ nda çabucak küçülen bir tavır almaya zorlamıştır. Bu tezler aniden etrafı saran bir ateş gibi, İspanyol ve Portekiz ceza hukuku dünyasına yayılmıştır, bu nedenle –özellikle Latin Amerika’ da-düşman ceza hukuku üzerine tartışmalar suç nazariyesi ve ceza hukuku sisteminin temel sorunlarına benzer bir aşama kazanmıştır.*¹³⁹

Geçici bir fenomen üzerine hareket ettiğinde de, *Jakobik* tezlerin yön gösterici karakteri (Başlık b), yine de -içeriksel olarak nasıl olması isteniyorsa- yürütmesel yada yargısal bağlamda pratik öneme sahip olan bir suç politikası potansiyeli içermektedir.

Bu olası sonuçlar ve doğrudan doğruya Latin Amerika’da¹⁴⁰ veya benzer kırılğan hukuk devleti yapısına sahip olan bölgelerde kuşkusuz bir şekilde şüphelere neden olmaktadır. *Eser* ile birlikte bilimcilerin yükümlülükleri peşinde gidilip, kendi teorisinin olası sonuçları iyice düşünülüp tartışıldığında,¹⁴¹ *Jakobs’a*, bu yükümlülüğün bir ihlali –sonuç bilincinde eksiklik-¹⁴² suçlaması yapılmalı, bu durum ona olası sonuçlardan bağımsız olarak, sadece sisteminin iç kararlılığı olarak görünmektedir. *Jakobs*, hukuki kategoride ortaya atılan eleştirileri tamamen ciddiye almamıştır: Korku, “hukuki bir kategori”¹⁴³ değildir ve o kendi teşhisini korku üzerine yaptığında, daha sonra bu nedenle, dünyayı bazen

¹³⁸ Schünemann kuşkusuz farklı düşünmektedir, Rechtswissenschaft (Fn. 97), 211 f., düşman ceza hukuku “sirküler” ceza hukuku öğretisi ile birlikte (o. Fn. 97) şimdi ayrıca sonucu olmayan öğretileri hesaba katmak istemektedir, burada kuşkusuz O, Burkhardt’tan farklı düşünmektedir. (Bkz. Fn. 136).

¹³⁹ Hemen hemen tamamıyla geçen yüzyılın 90’lı yıllarında ve Alman ve İspanyol ceza hukuku bilimlerinden Latin Amerika’ya taşınan objektif hesaplanılabilirlik ile karşılaştırması, bugün düşman ceza hukukundan kurtulamamıştır. Düşman ceza hukuku, hatta mezuniyetten sonra bir ünite (“modulo”) oluşturmaktadır.

¹⁴⁰ Velásquez (Fn. 3), 215, O, eleştirisini genel olarak *Jakobs’ un* işlevciliği ile bağlantılı olarak yapmaktadır.

¹⁴¹ A. Eser, Schlussbetrachtungen, içinde: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 79), 443: “bir teori, pratikte uygulanmadan uygulamaya sokulmamalıdır”. Ebd., 445: “Hukuk teorisi sitemi planlamak için, inandırıcı olmakta sapırılabilir sonuçlar hesaplanmalıdır- ve bu durum bilimsel sorumluluk alanında daha az önemli değildir.”

¹⁴² *Eser*, içinde: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 141), 445 mit Fn. 3.

¹⁴³ Bkz. *Eser*, içinde *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 141), 445 mit Fn. 3.

korutabilmektedir.¹⁴⁴

Jakobs sadece soyut hukuki kategorileri delillendirmekte ve meslektaşlar ile vatandaş kategorisine etki eden bu gerçek etkileri görmezden gelmektedir. *Jakobs* kendisini *Carl Schmitt*'in geleneğinde görmemektedir (ve asla “otoriter kişilerin tedarikçisi olarak”),¹⁴⁵ ancak o “kendi” düşman ceza hukukunu *Hobbes*'a dayandırdığında,¹⁴⁶ *Hobbes*'u “karar verici modelin klasik temsilcisi olarak” gören ve gerçeğe zarar veren devlet otoritesini vurgulayan, devletin hukuka karşı-hukukun karşısındaki üstünlük tezini türeten *Schmitt*'le buluşmaktadır.¹⁴⁷

“Bu durum (Olağan üstü hal, K.A.) ortaya çıktığında, hukuk gerilerken, devletin varlığını sürdüreceği açık bir şekilde bellidir.”¹⁴⁸

Argümanlar, tanıdık bir şekilde özellikle, hukuk devletinin *tasfiyesini* hikmeti hükümet ile evet devletin kendisinin *ele geçirilmesini - contradictio in adiecto!*– meşru gösteren Latin Amerika diktatörlerine hizmet etmektedir.¹⁴⁹

¹⁴⁴ *Jakobs*, içinde: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 15.

¹⁴⁵ Bkz. Muñoz Conde, De nuevo sobre (Fn. 3), 124 ile Fn. 9, *Jakobs*'un Muñoz Conde yazdığı mektup, burada da - Velásquez ve *Jakobs* arasında Externado de Colombia Üniversitesinde bir tartışma yaşanmış, Bogotá, Ekim 2004, *Jakobs* sinirlenmiş ve salonu terk etmiştir. (çeşitli söylentiler yayılmıştır), ayrıca bkz. Muñoz Conde, De nuevo sobre (Fn. 3), 125 ve Fn. 11; Velásquez'in yayımlanan görüşlerinde (Fn. 3), 197, olaydan bahsedilmemiştir) –*Jakobs* tarafından ortaya çıkan dille ilgili yanlış anlaşılmalara bilimsel karşı karşıya gelişlerde verimli bir düzeye gelmemiştir.

¹⁴⁶ *Jakobs*, Feindstrafrecht (Fn. 35), 89 f. Zu *Hobbes* bei *Jakobs* auch Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 62 vd.

¹⁴⁷ Bkz. C. Schmitt, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes, Hamburg 1938, 67 vd. Schmitt kendi devlet görüşüne dayanmakta ve *Hobbes*'un otoriterliğini tekrarlamaktadır (özellikle 66 vd., 131 f.), ancak *Hobbes*'un bunun içinde yatan sahiplenmesi tartışmasıdır. (Bkz. Aponte (Fn. 3), 96 vd.). Ona göre de, Schmittsel *Hobbes*- yorumlamasına göre devlet, aynen bir makine gibi olmalıdır, siyasi amaçlardan özgür olmalı ve inandırma ve Değerlere karşı nötr olmayı teknik bir araç olarak elde etmelidir. Schmitt şu şekilde keyiflenmiştir (ebd., 63): “Teolojik, hukuki veya benzeri karşıtlıklar ne kadar da umutsuz ve kayıptır! Buna karşılık ne makine ne kadar da “temiz” ve “tamdır”! Devletin içinde bulunduğu değer anlayışları ki o iyi bir makinedir, evet machina machinarum olan büyük makine ne kadar da kendiliğinden anlaşılırdır!” ve devam eder S. 69: “Bu şekilde teknik ve tarafsız olan bir devlet hem toleranslı hem de müsamahasız; O her iki durumda da aynı şekilde tarafsız kalır. O kendi değerine, kendi gerçekliğine ve kendi adaletine kendi teknik kusursuzluğundanda sahiptir.” Devlet, savaşın veya iç savaşın yadsıması demektir ve savaşçı engeller. Böyle yapmazsa, “yeniden bir doğa durumu ortaya çıkar ve bu aşamada artık devlet yoktur (...) Bunlardan bir tanesi diğerini ortadan kaldırır” (ebd., 72).

¹⁴⁸ Schmitt, Politische Theologie (Fn. 47), 18.

¹⁴⁹ Aponte (Fn. 3), 107. Eleştiri, Hikmet-i Hükümetin ceza hukukunun “tek dayanağı” (“único fundamento”) olarak gösterilmesi üzerine Muñoz Conde, içinde: Losano/Muñoz Conde (Fn. 3), 173, için bunun nedeni *Jakobs*'un şekillendirdiği aşırı işlevselcilik pozisyonudur.

Düşman ceza hukuku tartışmaları, Schmitt’ ten izlenildiği gibi, devletin baskısına endişe verici bir yön, yani tüm halk gruplarının sürülmesine, vermektedir;¹⁵⁰ bu açıdan Schmitt düşman ceza hukukunun “öncü düşünürü” yada “ruhani dedesi” ve bu nedenle *Jakobik* tartışmanın habercisi olarak nitelendirilebilir.¹⁵¹

Jakobs’a en azından, o böyle adlandırılmaktan hiç ama hiç hoşlanmasa da, düşman ceza hukuku suç politikasının “bendición científica”sı, yani kamu güvenliği ve sıfır toleransın popülist bir tartışması, suçlaması yapılabilir.¹⁵² Daha ileri gidilirse, meşru-olumlu düşman kavramı, “topluluğa yabancı”¹⁵³ karşı tasarısında ve daha da önemlisi *Edmund Mezger*’de ifadesini bulduğu gibi, Nazi Dünya Görüşü sistemine benzemektedir:

“Halk ve ırka zararlı nüfus parçasının tasfiyesi”¹⁵⁴ ve bir tanesi genel ve bir tanesi de belli bir kişi gurubu için, örneğin mükerrer suçlular, iki ayrı ceza hukuku yaratmak.¹⁵⁵

Bununla *Jakobs*’un siyasi düşünüş tarzı üzerine veya modern düşman ceza hukukunun diğer temsilcileri kastedilmemektedir, *-Jakob*, ceza hukukundaki tüm çalışmaları nedeniyle şüphesiz, uludur!-, ancak yakın incelemelerdeki tarihi paralellik açıkça ona musallat olmuştur.

Bu arada, Latin Amerika’ da özellikle gerçekleşen şey, her durumda onun buralara yaptığı sayısız seyahatleri ile orada hüküm süren suç politikası bağlantılarına güven duymak ve esasında düşman ceza hukuku temel eğilimi ateşine benzin dökmek istemediği yararından hareket edildiğinde, *Jakobs*’ un kendi düşman ceza hukuku düşünceleri ile birlikte oradaki gerçek dünyada

¹⁵⁰ Ayrıca bkz. Muñoz Conde, *Reformas* (Fn. 3), 25.

¹⁵¹ Prantl (Fn. 133), 17; devam etmektedir: “Hukuk devletinin tasfiyesi”, “Kültürel yıkılış”, “bir kelime ile Almanya’da 6 yüzyıldan beri duyulmamış kelimeler gibi”. Aynı şekilde Prieto Navarro, *Ciudadanos* (Fn. 3), 79 vd. (81: “peligrosamente cercano”).

¹⁵² Prittwitz, içinde: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Fn. 84), 118. Ayrıca bkz. J. L. Díez Ripollés, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, RECPC 06-03 (2004) 24, [¹⁵³ Yasatasarı 17.3.1944, BA R 22/944, Bl. 225 vd., 233 vd.; bu konuda. G. Werle, *Justiz- Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin/New York 1989, 619-680, özellikle 636 vd.; F. Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, *Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 3. Aufl., Valencia 2002, 206 vd.](http://*/criminet.ugr.es/recpc: “defección ... al campo de la ideología de la seguridad ciudadana”.</p></div><div data-bbox=)

¹⁵⁴ E. Mezger, *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen*, 3. Aufl., Stuttgart 1944, 247.

¹⁵⁵ Bkz. yukarıda dipnot 153, anılan yasa tasarısında geçen Mezgers’im resmi raporu, Muñoz Conde, *Edmund Mezger* (Fn. 153), 239 vd. ayrıca bkz. Muñoz Conde, içinde: Losano/Muñoz Conde (Fn. 3), 171 f.; Portilla Contreras, *Fundamentos* (Fn. 3), 49 ile Fn. 58; Prieto Navarro, *Ciudadanos* (Fn. 3), 76.

fırtına kopartan aldırmazlığı hayret vericidir. *Jakobs'* un bazı spesifik ifadeleri, , onun kendi sözlerini tartıp tartmadığı ve gerçekten de otoriter suç politikası “tedarikçileri” veya benzerleri tarafından suiistimal edilmemek için bir çaba harcıyıp harcamadığı konusunda doğal şüphelere neden olmaktadır. Kolombiya konusunda onun temsil ettiği bakış açısı, böyle “lime lime edilmiş bir ülkenin” –“zorla düşman ceza hukuku vaziyetine getirilmesi”dir.¹⁵⁶

Ancak O, Kolombiya’ da onlarca yıldır devam eden karmaşık bağlantılı silahlı çatışmaların farkında mıdır? O, Latin Amerika’da İspanyol ve Portekiz koloni egemenliğinin arttığı olarak düşman ceza hukukunun her zaman bulunduğunu ve O, bunun sosyal, etnik ve ayrıca azınlık ve baskı altına alınmış toplumsal grupların suçlu gibi gösterilmesine hizmet ettiğini biliyor muydu?¹⁵⁷

Jakobs, “farklı normatif anlayışlara sahip grupların” varlığını ve aynı şekilde “homojen olmayan insan fikirlerinin” “zorunlu olarak” düşman ceza hukukuna yöneltmeye hazırsa,¹⁵⁸ Latin Amerika için, çok kültürlü Avrupa toplumunun aynısı geçerlidir: Esasında marjinalleşenler tekrar marjinalleştirilirler (Başlık b’ nin sonu). Bu somut eleştiriye” her teorik yapı suiistimal edilir”¹⁵⁹ genel itirazının yararı olmamaktadır. Kolombiya Anayasa Mahkemesi’nin, *Jakobik* düşman ceza hukukuna dayanan birçok hukuk kuralını anayasaya aykırı açıkladığı direktifleri de,¹⁶⁰ açıklanan ifadelerde hiçbir şeyi değiştirmemektedir. *Jakobs* düşman ceza hukukuna karşı *Jakobs* minimum ceza hukukunu koyma ve bu ikisini aynı anda karşılıklı olarak dengeleme teşebbüsü, dünya üzerindeki ceza hukukunun problem tartışmalarının üstesinden gelmemektedir.¹⁶¹

Doğal olarak, burada ifade edilen eleştiriler temel anlamlarında kıta Avrupası hukuk çevresi ülkelerindeki Alman ceza hukuku biliminin tek taraflı düzenlemeleri ile ilgilidir ve sadece *Jakobs’u* değil, aynı zamanda Alman ceza hukuku biliminin diğer bileşenlerini de ilgilendirmektedir.¹⁶²

¹⁵⁶ *Jakobs*, Martínez ile röportaj, içinde: Martínez (Fn. 110), 28.

¹⁵⁷ Bkz. örneğin Kolombiya Aponte için (Fn. 3), 221 vd., 331 vd. Eleştiri, Düşman ceza hukukunun Latin Ameikaya zararları için Prittowitz, içinde: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Fn. 84), 119.

¹⁵⁸ *Jakobs*, içinde: Martínez (Fn. 110), 28.

¹⁵⁹ M. Cancio Meliá, içinde: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 93 = Cancio Meliá, Feind”strafrecht” (Fn. 3), 283.

¹⁶⁰ Cancio Meliá, içinde: *Jakobs/Cancio Meliá* (Fn. 35), 93.

¹⁶¹ Bkz. Eleştiri, Ambos, Parte General (Fn. 2), 58.

¹⁶² Bkz. K. Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, 2. Aufl., Berlin 2004, 54 vd.; aynı eser, Parte General (Fn. 2), 49 vd. ayrıca bkz. F. Muñoz Conde, Recensiones bibliográficas, RP 16 (2005), 255.

Geniş dünyada ilan edilen Alman tek taraflı bakış açısı, ceza hukuku ihracatı yapmakta dokunulmaz kalmakta veya alıcı devletler ceza hukuku sisteminin bilimi veya ceza hukuku bilimcileri karşısında kısmen ve bu devletlerin sosyal gerçeklikleri karşısında çok kere bihaber kalmaktadır. Bunun nedenleri farklıdır. Eksik dil yeteneğindeki Alman ihracatının entelektüel gururu ve (Latin Amerika) ithalatının abartılan derin saygısı yeterli olmaktadır. Tüm bunlar haklılık nedenleri olabilir ancak Alman ve diğer kıta Avrupası hukuk çevresi ceza bilimcileri arasındaki eşit olmayan ilişki halen göze batmaktadır;¹⁶³ çoğu zaman Alman ceza hukuku biliminin açıklanmasının ilk adımını başka adımlar izler.

III. Karşı Taslak: Tüm İnsanlar için bir Ceza Hukuku

Yukarıda açıklanan ifadelerden sonra, düşman ceza hukukunun birçok nedenden dolayı *reddedileceği* açıktır.¹⁶⁴

Düşman kavramı belirsiz ve normatif bir şekilde suç isnat etmektedir. Onu tanımlayıcı-eleştirel çeşitliliğine anlamlı analitik bir fonksiyonun ait olması isteniyorsa dahi, onun açıklanan sınır belirleme problemi nedeniyle (başlık II.2.a) *eksik bir ayrıştırılabilirlik* ve -hukuk devletinde tehlikeli veya tamamen totaliter sitemlerde (gizli) bulunan- *suiistimal etme tehlikesi* (başlık II.2.c) kalmaktadır. Bundan başka, onun polemikli ve kutuplaştırıcı içeriği zorunlu eleştirel-rasyonel tartışmalar açısından her yerdeki ceza hukuku genişlemelerini etkilemektedir. Böyle tartışmalara yer vermek yerine, kavram, çoğu zaman içinde tarafsız gerekçelerde kişiselliğe neden olan ve mantığın yarı yolda kaldığı şiddetli duygusal bir tartışmayı tahrik etmektedir.¹⁶⁵

Düşman kavramı, bundan başka sıkıntı verici bir tarihi süreklilik üzerine ayakta durmaktadır, örneğin iletişim kesildiğinde ve bir insan veya insan grubu dışlandığında veya onlarla savaşılması gerektiğinde, savaş kavramı her zaman kullanılmıştır.

¹⁶³ “Yeni açıklıklar” çeşitli göstergelerle tespit edilmiştir, örneğin yeni zaman Alman ceza hukukunun veya Goldammerin Ceza hukuku arşivini genişleyen (yabancı) çalışan çevresinin ve yabancı çalışanların artan yayımlarının güçlendirilmiş aktiviteleri veya dil yeteneği.

¹⁶⁴ Ayrıca bkz. L. R. Guillaumondegui, Los Discursos de Emergencia y la Tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo, <http://www.carlosparma.com.ar/bloomberg.doc>, 2004, 15; Cancio Meliá, Feind”strafrecht” (Fn. 3), 280 vd.; Hefendehl (Fn. 104), 158; Greco (Fn. 3), dipnot 121’e göre.

¹⁶⁵ Bkz. Greco (Fn. 3), VIII: “Ceza hukukunda sağduyu kendi yerini aldığı anda, düşman ceza hukukunda ona yer yoktur.”

Esası şudur: Düşman ceza hukuku, hukuki kavram olan *insanlar* veya bireyler ile normatif yapıcı ceza hukukunun ifade ettiği *kişiler* arasındaki farklılıklara dayanmaktadır.¹⁶⁶

“Kişi”, bu açıdan sadece “normatif” ceza hukukunu normlarının alıcısı olarak ifade edildiğinde, tam olmaktadır: Vatandaş ceza *hukukunun* kullanımı kişinin tanınmasına bağlı sayıldığında, düşman ceza hukukuna “kişi olmayanlar” olarak sıradan bireyler kalmaktadır.¹⁶⁷

Bu ön şart, düşman ceza hukukunu –burada temsil edilen- insan merkezli ve *insan onuruna* dayanan ceza hukukundan ayırmaktadır. Kapsamı veya bütünlüğü (de), düşmanın neyden korktuğuna bağlı olan,¹⁶⁸ “düşmanı sadece fiziki cebirden savaşa kadar”¹⁶⁹ ve “hukuki olarak halen ispatlanamayan”¹⁷⁰, evet, “geniş kapsamlı hukukiliğin imkansızlığı”¹⁷¹ *nın söz konusu olduğu bir ceza hukuku*, insan *onuruna dayanan* bir ceza hukuku değildir. İnsanların “iyi” ve “kötü”, “vatandaş” ve “düşman” olarak ayrılması, kendi tutarlılığında insan onuru ile bağdaşmayan bir basitleştirme değildir.¹⁷²

Vatandaş ceza hukukunun düşman ceza hukuku kuralları ile (başlık b) ayrı bir düşman ceza hukuk ile karşılaştırılarak kirletilmesi, şeytani Beelzebub ile kovmak ve düşman olarak damgalanan kişileri cehenneme yollamak anlamına gelmektedir. Aynı zamanda vatandaş ceza hukukunun büyük etkisi ile düşman ceza hukukunun ayrılmasını geliştirmektedir. İzole edilmiş bir düşman ceza hukuku, geri kalan vatandaş ceza hukukunun hukuk devleti özelliğini garantilememektedir, zira sadece bazı bireyler ile ilgili olan hukuksuzluk “devletin sınırında bir alan bırakmak şöyle dursun, devletin tamamına zorla payanda vurmakta ve hukuk devletini özünden tahrip etmektedir”.¹⁷³

¹⁶⁶ Bkz. B. Schünemann, Debate en torno a la Conferencia: “La idea de la normativización en la Dogmática Jurídica Penal”, del Prof. Jakobs (Coment.), içinde: H. Moreno (coord.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal a principios del siglo XXI, México 2003, 266, wo er die “categoría ontológica del ser humano” und die “categoría normativa de la persona” gegenüberstellt.

¹⁶⁷ Gracia Martín (Fn. 35), 34, 41 f.

¹⁶⁸ Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

¹⁶⁹ Jakobs, Feindstrafrecht (Fn. 35), 90.

¹⁷⁰ Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 51.

¹⁷¹ Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53.

¹⁷² Ambos, Allgemeiner Teil (Fn. 162), 60; aynı eser, Parte General (Fn. 2), 55.

¹⁷³ H. Bielefeldt, Das Folterverbot im Rechtsstaat, http://*/institut-fuermenschenrechte.de/437/Bielefeldt-2004-Folterverbot.pdf, 2004, 10.

Sonuç olarak, düşman ceza hukuku insan haklarına dayanan ceza hukuku açısından herşeyden önce adil değildir, burada tekrar özetlenmesi gereken farklı nedenlerden ötürü sadece bir *contradictio in adiactiodur*.¹⁷⁴

O, bilhassa tehlikenin önlenmesinin görevidir, yani, önleyici polis ve düzen hukukunun, bastırıcı ceza hukukunun değil.¹⁷⁵

O, fiilin fail ile yer değiştirmesine neden olmaktadır, yani fiil ceza hukuku yerine bir fail ceza hukuku.¹⁷⁶

Genel bir şekilde normların stabilize edilmesi, pozitif anlamda genel önleme ileri sürülemez.¹⁷⁷

Ona tüm insanlar için geçerli bir ceza hukuku karşılık verebilir, yani, bireylere ve onların dokunulmaz *insan onuruna*¹⁷⁸ dayanan, *Kant*'ın tamamen *insanın kendisinin bir amaç olduğu* bu insan onuruna dayanan özgür, eşit ve karşılıklı

¹⁷⁴ Bkz. Cancio Meliá, Feind"strafrecht" (Fn. 3), 282 vd. (286 mit Fn. 68, 288); aynı eser, Delitos de terrorismo (Fn. 3), 39 vd.; C. Prittwitz, Nachgeholtte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa, ZStW 113 (2001) 795; aynı eser içinde: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Fn. 84), 114; Gracia Martín (Fn. 35), 30 (ayrıca bkz. 27, orada o, hukuka sadece prosedürel açıdan dikkat etmektedir "desde el punto de vista del Estado como agente" -); Silva Sánchez, expansión (Fn. 4), 166; P. Laurenzo, Recension "Silva S., La expansión de derecho penal, 2nda. ed. 2001", RDPC 12 (2003) 456; Sauer (Fn. 114), 1704. Ayrıca eleştiri Greco (Fn. 3), Fn. 87. - Hatta Jakobs da şüphe duymaktadır (Gropp'a göre (Fn. 94), 930): "Olağanüstü durum ceza hukukunun" hukuk olup olmadığı onun hangi niktarda uygulandığına bağlıdır: O, radikal bir şekilde kullanıldığında, kelimenin tam anlamıyla düşman ceza hukukudur. Çünkü hukukun kavradan, savaştan uzaklaşma karakteri ortadan kaybolmaktadır. Bu durumda, düşman ceza hukuku anlam ve ifadesini yitirmiş bir ifadedir.

¹⁷⁵ Zaffaroni (Fn. 107), 158 ("administrativización"); Prieto Navarro, Ciudadanos (Fn. 3), 71 ("prevención de peligros"); ayrıca bkz. H.-J. Albrecht, Der erweiterte Sicherheitsbegriff und seine Folgen, <http://www.rav.de/infobrief91/albrecht.htm>, 12. ayrıca bkz. die Einschätzung von J. K. Elsea, Detention of American Citizens as Enemy Combatants, CRS Report for Congress, 2005, <http://www.fas.org/spp/crs/natsec/RL31724.pdf>, 7, tutuklanan amerikan vatandaşlarını "enemy combatants" olarak tanımlanmıştır (Fn. 61), aynı şekilde, genel olarak savaş tutsakları ve düşman olana sivillere ceza hukuku tedbirleri ile davranılmamıştır: "detention (...) is administrative rather than punitive, and thus no criminal trial is required".

¹⁷⁶ Bkz. Bölüm II. 2. a) m.w.N. dipnot 104.

¹⁷⁷ Cancio Meliá, Feind"strafrecht" (Fn. 3), 284 vd.; ve Zaffaroni (Fn. 107), 154 f., tasdik etmektedir ki, bir "düşman ceza hukuku" gerçeklikte, kurbanın sadece özgürlüğüne değil, aynı zamanda onun güvenliğine de kesebilecek genel negatif etkiye sahiptir.

¹⁷⁸ Bu konuda bkz. Ambos, Allgemeiner Teil (Fn. 162), 65 vd.; aynı eser Parte General (Fn. 2), 61 vd. ayrıca bkz. Gracia Martín (Fn. 35), 34 vd.

birbirini tanıma ilişkisi¹⁷⁹ olan adil bir ceza hukuku anlayışı.¹⁸⁰

Adil bir ceza hukuku, gerçek insanları sorumluluk süjesi olarak “et ve kan” dan görmektedir¹⁸¹.

O, hukuk devletine uygun ve anayasal temellere sahiptir, her şeyden önce insan onuru ve kişi özgürlüğü. Sadece toplumun bir üyesi olarak kişiliğinin tanınması “soyut ortak yapıların denetlenmesinin bir tashih edici”liğini garanti altına alır.¹⁸² Sadece “bireylerin kısmi asosyalliği” anayasada teminat altına alınmış insan onuru ve insaniyetini sağlar: “Obsessif düşünce ve takıntılara karşı aykırılık ve özgürlük olarak insanlık, bireyler ve azınlıkların korunması olarak insanlık, bireysel olarak karar verilen imkanlar vasıtasıyla sorumluluk olanağı olarak insanlık...”¹⁸³

İnsan onuru, tüm ceza hukuku sistemlerinin *giriş ve aynı zamanda değişmez noktası* olmalıdır, yalnız bundan sonra, “dünyanın bütün ‘sihri’ (Weber), formel –amaca uygun işlevcilik vasıtasıyla oldukça yer kaplayan ve umulur ki bu yola aşılabilir engeller” döşenmesiyle bozulur.¹⁸⁴

Kısaca: İnsan onuruna dayanan bir ceza hukuk sisteminin üyeleri her zaman, insan olmaları kudretiyle, vatandaş statüsüne sahiptirler. Böyle bir ceza hukuku sisteminin ceza hukuku düşman kabul etmez ve herhangi bir insanın sürülmesi orada asla yer bulmaz. Böyle bir ceza hukukunun ceza hukuku bilimi “düşman

¹⁷⁹ Dünya çapında geçerli bir “insan hakları felsefesi” nin verimliliği üzerine”Bkz. H. Bielefeldt, Philosophie der Menschenrechte: Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos, Darmstadt 1998, 45 vd. (62 vd.), 158 vd., 202 f.

¹⁸⁰ Bkz. Greco (Fn. 3), Fn. 90’da Kant’a dayanılarak. Bu bağlamdaA. Eser, Welches Strafrecht braucht und verträgt der Mensch? Einige Gedanken zu vernachlässigten Grundfragen, içinde: Prittowitz et al. (Editör), Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002, 196 f., 203; aynı eser, Una justicia penal “a la medida del ser humano” en la época de la europeización y la globalización, in: Universidad nacional de Educación a Distancia (UNED, Editör), Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid 2001, 17 f., 31 vd.

¹⁸¹ B. Schünemann, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, in: UNED (Fn. 180), 655; ayrıca Gracia Martín (Fn. 35), 34 vd. (34, 37, 41 vd. m.w.N. özellikle Pufendorf und Welzel daha önce W. Hardwig, Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg 1957, 118; M. Maiwald, Der “dolus eventualis”, Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, ZStW 78 (1966) 54.

¹⁸² H.-G. Soeffner, Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen, içinde: K. Amelung (editör), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim 2000, 26.

¹⁸³ Soeffner (Fn. 182), 26.

¹⁸⁴ Soeffner (Fn. 182), 27.

ceza hukuku kuralları” ile uğraşmaz,¹⁸⁵ bilakis “doğmatik araştırmalar ve suç hukukunun ceza politikası vasıtasıyla şekillenmesi ile insan haklarının güvencede olduğu özgürlüğe katkıda” bulunur.¹⁸⁶

Ceza hukuku bilimi bu açıdan kendi tez ve teorisinin sistem dışı sonuçlarına yönelen uygulama bilimi de olmalıdır.¹⁸⁷

Tüm bunlar doğal olarak genişleyen devletler ceza hukuku için de geçerlidir, o öncelikli olarak ve ilk aşamada ulusal ceza hukuklarına tabi olan hukuk devleti temel ilkeleri gibi ceza hukuku ile uygulanır.¹⁸⁸

Daha da fazlası: İnsan haklarına uygun program önermelerini, liberal insan haklarının hukuk devletine uygun kazanımlarını zahmetli bir şekilde savaşarak kazanılan ceza hukuk temel ilkelerinden ayıramayan ve cezalandırmayı her halükarda talep eden¹⁸⁹ *Neopunitivismus*’ un kurban yeri üzerine kurban edildiğinde, durum korkunç olur. Sonuç gerçekte, en kötü insan hakları ihlalleri ile ilgili değilse, insan hakları savunucularının görmezden geldiği *devletler hukuku düşman ceza hukukunu*¹⁹⁰ savunmaktır: Hukuk devleti garantileri ve aydınlanmış (adil) ceza hukuku temel önermelerini aynı şekilde.

Çokça şikayet edilen değişen meydan okumalar¹⁹¹, temel hukuk devleti kazanımlarından vazgeçilmeksizin, adil bir ceza hukuku ile de karşılaştırılabilir.¹⁹²

¹⁸⁵ Hemen hemen hiç “teşhis edilememiştir”, Jakobs, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 53, Bkz. Yukarıda dipnot 124 ve metin.

¹⁸⁶ Eser, içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 141), 446.

¹⁸⁷ F. Muñoz Conde, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik?* (Kommentar), içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 202.

¹⁸⁸ Bu fikir devletler ceza hukuk tartışmalarında sürekli dile getirilmektedir, Bkz. Jüngst G. P. Fletcher/J. D. Ohlin, *Reclaiming fundamental principles of criminal law in the Darfur case*, içinde: *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* 3 (2005) 539 vd.

¹⁸⁹ Bkz. özellikle Latin Amerika ve Latin Amerika Yargıtay’ının genişleyen insan hakları ile ilgili kararları D. Pastor, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, *Nueva Doctrina Penal* 2005/A, 73 vd.

¹⁹⁰ Jakobs ile bu bağlamda karşı karşıya gelme Ambos, *Allgemeiner Teil* (Fn. 162), 63 vd.; ders., *Parte General* (Fn. 2), 58 vd.

¹⁹¹ Bkz. L. Kuhlen, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit* (Kommentar), içinde: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 79), 57 vd., Kuhlen bu konuda zor bir şekilde belirlenebilen evrensel hakların korunmasını, soyut tehlike suçları problemini, kuruluşlarla ilgili ticari sorumluluklar nedeniyle bireysel hesaplanabilirliğin zayıflığını, devlet ceza kovuşturma makamlarının müdahale yetkisinin hukuki sonucunun, genişlemesinin esnek olmasını, bu noktada polis hukuku ile muhakeme uyumları problemleri arasında ortadan kalkan sınır zikredilebilir.

¹⁹² Demetrio Crespo (Fn. 3), 98; Guillamondegui (Fn. 164), 14; Prieto Navarro, *Ciudadanos* (Fn. 3), 77 f.

Normallik reaksiyonu aşırı tehditlere makul bir cevap olmalıdır. İlkeler ve değerler, sadece ceza hukukunun orantılılık ve öngörülebilirlik kriterlerini dikkate alan bir reaksiyon ile stabilize edilebilirler.¹⁹³

Bundan başka, ceza hukukunun, geçerlilik alanında yaşayan insanlarla farklı bir şekilde muhatap olması sadece sıkça tekrarlanan cezanın amacını değil, aynı zamanda çift hatlılığı da gösterir. O, bastırıcı bir şekilde cürme karşılık verme ile özellikle tehlikeli faillerdeki önleyici koruma arasındaki farklılığı hesaba katar.¹⁹⁴

Bunun haricinde farklı fikirler de vardır, örneğin *Hassemer*' in müdahale edici ceza hukuku fikri¹⁹⁵ veya *Silva*' nın aynı şekilde belirli bir tehlike için özel bir reaksiyonu savunan farklı sürattteki bir ceza hukuku fikri.¹⁹⁶ Bu fikirler her zaman buldukları gibi,¹⁹⁷ onlar her durumda, düşman ceza hukuku kategorisinde tercih edilen keskin olmayan ve tehlikeli düşüncelerdir,¹⁹⁸ çünkü onlar temel olarak hukuk devleti temelindeki demokratik düzen sistemi üzerine hareket ederler ve hukuk devleti ilkelerinden vazgeçmek gibi en keskin yaptırımları ılımlı bir şekilde geri almaktadırlar.¹⁹⁹

¹⁹³ Cancio Meliá, Feind"strafrecht" (Fn. 3), 285 f.

¹⁹⁴ Ayrıca bkz. Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 83), 40 vd.; aynı eser, Feindstrafrecht (Fn. 35), 88 vd.

¹⁹⁵ W. Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992 383, Hassemer, "çekirdek ceza hukukunu azaltan" klasik ceza hukuk ile kurallara aykırılık hukuku arasında kurulması gereken müdahalede bulunucu bir ceza hukukunu savunmaktadır.

¹⁹⁶ Silva Sánchez, expansión (Fn. 4), 157 vd. (=aynı yerde, Die Expansion des Strafrechts: Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, Frankfurt a.M. 2003, 79 vd.) Sánchez, hesaplanabilirlik talebi seviyesi istemekte ve yaptırımlara bir bakış atılması garantisini talep etmektedir. Hapis ve Para cezası ve tüm garantileri kapsayan geleneksel ceza hukuku yanında hafif yaptırımlar lehine "ikinci hız" "özgürlükten mahrum bırakmama" ortaya çıkmaktadır ancak Hassemer'in Müdahalede bulunucu ceza hukukundan farklı olarak ceza hukukunun içerisinde yerleşmesi gerekmektedir. Bu şekilde iki derece veya iki hıza dayanan hesaplanabilirlik kuralları, garantiler ve yaptırımları ile bir ceza hukuku inşası ortaya çıkarmaktadır. 20. Yüzyılın ikinci yarısında Ceza hukukunun karakteristik özelliği olarak iki hıza örnek için bkz. Donini (Fn. 1), 203.

¹⁹⁷ Eleştiri Silva Sánchez, Lorenzo (Fn. 172), 441 vd. (455 u. passim); J. M. Terradillos Basoco, Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico, in: Terradillos Basoco/Acale Sánchez (Fn. 1), 237 f.; E. Gorriç Núñez, Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades, içinde: Terradillos Basoco/Acale Sánchez (Fn. 1), 343 vd.

¹⁹⁸ Aynı şekilde Greco (Fn. 3), dipnot 93' göre.

¹⁹⁹ Kuşkusuz Silva Sánchez farklı düşünmektedir, expansión (Fn. 4), 163 vd., O düşman ceza hukukunu- istisnai bir şekilde «absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia» temeli üzerine ve «mal menor» – olarak, ceza hukukunun "üçüncü hızı" şeklinde tanımak istemiştir. Eleştiri, Lorenzo (Fn. 172), 455 f.; Díez Ripollés, sociedad (Fn. 83), 25 f.

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN 8 ARALIK 2016 TARİHLİ SERA GAZI EMİSYON AZALTIM KREDİLERİNİN (KARBON KREDİLERİNİN) NİTELİĞİ ÜZERİNE KARARI

*Çeviren: Arş. Gör. Tuğçe AKDEMİR ALTUNBAŞAK**

DİVAN KARARI (İKİNCİ DAİRE)**

8 Aralık 2016

(Ön Karar Başvurusu – Vergilendirme – KDV – 2006/112/EC sayılı Direktif – Madde 56 – Hizmetlerin Sağlandığı Yer – “Benzer Haklar” Kavramı – Sera Gazı Emisyonu Kredilerinin Transferi)

C- 453/15 sayılı Davada,

ABİHA¹ madde 267 uyarınca Federal Adalet Mahkemesi (Almanya) tarafından 13 Şubat 2013 tarihli karar ile yapılan ve Divan tarafından 24 Ağustos 2015 tarihinde alınan ön karar başvurusu,

A, B ve Müdahil Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof arasındaki cezai uyumsuzluk ile ilgilidir.

DİVAN (ikinci Daire),

Daire Başkanı M. Ilešič, A. Prechal, A. Rosas, C. Toader ve E. Jarašiūnas (Raportör), hakimlerden oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü: M. Wathelet,

Kâtip: Yönetici, M. Aleksejev,

Yazılı usul ve 13 Temmuz 2016 tarihindeki duruşmayı göz önüne alarak:

- Avukat M. Wulf and M. Langrock tarafından kişi A,
- Avukat A. Norouzi and O. Sahan tarafından kişi B,
- Şahsen, P. Frank ve vekil sıfatıyla S. Heine tarafından the Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof,

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, takdemir@ankara.edu.tr

** Karar Dili: İngilizce; Karar URL:
http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=186065&occ=first&dir=&cid=487838

¹ ABİHA: Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma.

- Vekil sıfatıyla T. Henze ve K. Petersen tarafından Alman Hükümeti,
- Vekil sıfatıyla E. Tsaousi and A. Dimitrakopoulou tarafından Yunan Hükümeti,
- Vekil sıfatıyla M. Wasmeier ve M. Owsiany-Hornung tarafından Avrupa Komisyonu adına sunulan görüşleri değerlendirdikten sonra,

07 Eylül 2016 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsünün Görüşünün ardından;
Aşağıdaki kararı vermektedir:

Karar

1. Bu ön karar başvurusu, 2006/112/EC sayılı 28 Kasım 2006 tarihli Ortak Katma Değer Vergisi Sistemi Konsey Direktifi (OJ 2006 L 347, s.1, "KDV Direktifi")'nin madde 56(1) (a)'nın yorumuna ilişkindir.
2. Bu başvuru, vergi kaçakçılığına yardımcı olmaktan dolayı A ve B kişisinin aleyhine yönelik yapılan cezai kovuşturmayla ilişkinde yapılmıştır.

Hukuki Çerçeve

AB Hukuku

3. Hizmetlerin sağlandığı yer hakkında, KDV Direktifinin 1. Bölümünün "Genel Kurallar" başlıklı 3. Kısımının 43. Maddesi şöyledir:
"Hizmetlerin sağlandığı yer, tedarikçinin işini kurduğu veya hizmetin verildiği sabit bir işletmeye sahip olduğu veya böyle bir iş yerinin veya sabit iş yerinin bulunmadığı yerlerde ise tedarikçinin daimi adresinin bulunduğu ya da genellikle ikamet ettiği yerdir."
4. 3. Kısımın belirli hükümlerini içeren 2. Bölümün 5. Alt bölümü "Muhtelif hizmetlerin temini"nin bir parçası olan KDV Direktifinin Madde 56 (1)'i şunları sağlamaktadır:
"Topluluğun dışında kurulan müşterilere veya Toplulukta kurulu ancak tedarikçi ile aynı ülkede bulunmayan vergilendirilen kişilere aşağıdaki hizmetlerin tedarik edildiği yer, müşterinin işini kurduğu veya sabit bir kuruluşu olan yer olacaktır. Hizmetin sağlandığı veya böyle bir yer yokluğunda, daimi adresinin bulunduğu veya genellikle ikamet ettiği yer:
(a) Telif hakları, patentler, lisanslar, ticari markalar ve benzeri haklar ile ilgili transferler ve temlikler;
..."

5. 13 Ekim 2003 tarihinde Topluluk İçinde Sera Gazı Emisyon İzninin Ticareti İçin Bir Plan Oluşturan ve 96/61/EC sayılı Konsey Direktifini değiştiren (OJ 2003 L 275, s. 32) Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 2003/87/EC sayılı Direktifinin 3. Maddesi diğerlerine ilaveten şu tanımı içermektedir:

"Bu Direktifin amaçları doğrultusunda aşağıdaki tanımlar uygulanır:

- (a) "Kredi/İzin", yalnızca bu Direktifin gerekliliklerini yerine getirmek amaçıyla geçerli olacak ve bu Direktif hükümlerine uygun olarak devredilebilecek olan belirli bir süre boyunca bir ton karbondioksit salınımına denk olacaktır.

.."

6. 2003/87 sayılı Direktifin 19. Maddesi şu hususları sağlamaktadır:

1. Üye Devletler, konunun doğru bir şekilde muhasebeleştirilmesini sağlamak, kredilerin tutulması, aktarılması ve iptalini sağlamak için bir kayıt tutacak ve muhafaza edilmesini sağlayacaktır. Üye Devletler kayıtlarını bir veya daha fazla Üye Devletle birlikte konsolide bir sistemde sürdürebilirler.

2. Herhangi bir kişi kredi alabilir. Kayıtlar kamu tarafından ulaşılabilir olacak ve her bir kişi tarafından tutulan kredilerin verilmesi veya transfer edilmesi ayrı ayrı hesapları içeren bu kayıtlar üzerinden yapılacaktır.

..."

Alman Hukuku

7. Esas davalardaki uyuşmazlıklara uygulanabilir versiyonda Umsatzsteuergesetz (harcama vergisiyle ilgili yasa, 'UStG') Paragraf 3a'ya göre 'Diğer malzemelerin bulunduğu yer' başlığı:

"1. Paragraf 3b ve 3f'ye tabi olarak, diğer sarf malzemeleri, tüccarın işini yürüttüğü yerde yapılır. Eğer arz, sabit bir kuruluştan gerçekleştirilirse, kuruluşun bulunduğu yer arz yerini oluşturacaktır.

...

3.4. Alt paragrafta bahsedilen diğer tedariklerden birinin tüccar tarafından müşteriye verildiği bir yerde, 1. Alt paragrafın ihlali yoluyla diğer tedarik, müşterinin işini yürüttüğü yerde yapılır. Bununla birlikte, diğer tedarik sabit bir iş yerinde yapılırsa, sabit iş yerinin konumu belirleyici olacaktır. 4. Alt paragrafta belirtilen diğer malzemelerden birinin tüccar olmayan kişi tarafından müşteriye verildiği hallerde ise üçüncü bir ülke topraklarında ikamet eden veya kurulan diğer tedarik yerinde veya ikamet ettiği yerde yapılır.

4.3. alt paragraf gereğince “diğer hizmetler” terimi:

(1) Patentlerin, telif haklarının, ticari marka haklarının ve benzeri hakların temliki, transferi ve yönetimi;

...”

Esas Davadaki Uyuşmazlık ve Ön Karar İçin Gönderilen Soru

8. Bir vergi danışmanlığı firması için çalışan “A ve B”; başka bir davalı olan G'nin Nisan 2009'dan Mart 2010'a kadar olan süre boyunca sera gazı emisyon ödenekleri ticaretinde Katma Değer Vergisi (KDV) kaçırma planına ilişkin olarak Almanya'nın Hamburg kentindeki Bölge Mahkemesi tarafından mahkum edilmiş ve vergi kaçakçılığına yardımcı olmaktan dolayı para cezasına çarptırılmıştır.
9. Bununla birlikte vergi kaçakçılığı planına birçok şirket daha katılmıştır. Almanya'da ikamet eden ve pratikte G tarafından yürütölen E şirketi, yurt dışında sera gazı emisyonu izinlerini KDV'siz olarak satın almış ve Lüksemburg'da ikamet eden ve aynı zamanda G tarafından kontrol edilen I şirketine yeniden satmıştır. I şirketi, Almanya'da uygulanabilir KDV'yi göstererek kredi dekontu şeklinde E şirketine fatura kesmiş ve izinleri Almanya'daki C şirketine satmıştır.
10. 2009'un ikinci, üçüncü ve dördüncü çeyreğine ilişkin geçici KDV beyannamelerinde E şirketi, hayali yerel tedarikçilerden gelen yanlış fatura bazında bir girdi KDV'si indirimi talep ederek izinlerin I şirketine satışından harcamayı beyan etmiştir. Ocak ve Mart 2010'da geçici beyanname vermemiştir. Böylece toplam 11 484 179.12 Avro tutarında ödemeyi kaçırmıştır. Şirket I, Nisan-Temmuz 2009, Eylül 2009-Ocak 2010 ve Mart 2010 dönemlerinde Şirket C'ye yapılan tedariklerde KDV'ye tabi işlemler için beyanda bulunmuş ve Şirket E'ye verilen kredi dekontlarında gösterilen KDV'yi girdi vergisi olarak hatalı bir şekilde düşmüş ve böylece 10 667 491.10 Avro tutarında ödemeyi kaçırmıştır.
11. Mayıs 2009'un sonundan itibaren A ve B, I şirketine vergi danışmanlığı yapmış ve G tarafından bu şirketin KDV pozisyonu hakkında kısa bir rapor hazırlanması talimatı verilmiştir. Bu raporda, Şirket I'nın Almanya'da geçerli olan KDV'yi fatura edebileceği ve onu, sadece ilgili işlemleri yürüten Almanya'da bir iş yeri olması halinde girdi vergisi olarak indirebileceği ve Almanya'da bir iş yerinin kurulmasından önce verilen faturaların düzeltilmesi gerektiği belirtilmiştir.

- 12.** Almanya'da 1 Nisan 2009'dan itibaren ofis alanının kiralanması için yapılmış bir sözleşme temelinde, şirketin vergi kaçakçılığı planında oynadığı rol hakkında bilgi sahibi olmayan A ve B, I şirketinin Nisan ve Mayıs 2009 tarihleri için düzeltilmiş geçici KDV iadelerini tamamlamıştır. Bunlar da 12 Ağustos 2009'da vergi dairelerine gönderilmiştir. Her ne kadar I'nın Almanya'da adresinin olmamasını gayet makul görseler de bu iadelerde, şirket E'ye verilen kredi dekontlarında belirtilen KDV'yi Nisan 2009 için 147 519.80 Avro ve 2009 yılı Mayıs ayında ise 1 146 788.70 Avro tutarını girdi vergisi olarak göstermişlerdir.
- 13.** A ve B ile Devlet Savcılığı, Hamburg Bölge Mahkemesinin kararına karşı Federal Almanya Adalet Divanında, temyiz başvurusu yapmış ve A ve B'nin vergi kaçakçılığına yardım etmekten suçlu olup olmadıklarının, Alman ceza hukuku uyarınca, E şirketi tarafından verilen mallar için alınan kredi dekontlarına dayanılarak girdi vergisinin yanlış biçimde indirilerek vergi dairelerine kasıtlı olarak geçici KDV iadelerini gönderip göndermediklerine bağlı olduğunu ifade etmişlerdir. A ve B, E ve I şirketlerinin G tarafından yürütölen KDV'nin kaçakçılığına dahil edilmesine ilişkin herhangi bir bilgiye sahip olmadıklarından dolayı, diye devam eden mahkeme, yalnızca E'ye kesilen kredi dekontları bazında girdi vergisi düşülemiyorsa, ki söz konusu durum böyledir; çünkü kredi dekontlarında KDV'den bahsedilemez, durumun Lüksemburg'da bulunan şirket I'ya verilen faturalarla ilgili olarak ancak izinlerin transferinde yer alan arzın Almanya'da bulunmaması durumunda olacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, şirket E'nin, şirket I'nın faturasındaki KDV'den bahsedebilmesi ancak KDV Direktifinin 56 (1) (a) maddesi uyarınca tedarik yerinin tedarikçinin (şirket E'nin) bulunduğu yerde değil; müşterinin (Lüksemburg'da olan şirket I'nın) bulunduğu yerde olması, yani arzın Almanya'da vergilendirilebilir olmadığı durumlarda yasadışı olacaktır.
- 14.** Söz konusu mahkeme, yalnızca 2009'daki sera gazı emisyon izinlerinin tedarik yerinin, UStG'nin 3a(4) Fıkrası uyarınca, KDV Direktifinin 56 (1) (a) Maddesinin Alman hukukuna aktarılması sonucu, müşterinin işletmesini kurmuş olduğu veya sabit yerleşiminin olduğu yer olursa ikinci durumun karşılıdığını gözlemlemiştir. Bu da demek oluyor ki bu hükümlerin anlamı içerisinde bu tür izinlerin ticaretinin "benzer bir hak" olup olmadığının belirlenmesi gerekliliği doğmuştur.

15. Söz konusu mahkeme, KDV Direktifinin 56 (1) (a) maddesi kapsamında yer alan “benzer haklar” kavramının yorumlanması çok belli olmadığından makul derecede bir şüpheye yer olmadığı görüşündedir. Bununla birlikte, bu izinlerin söz konusu hükmün anlamı dahilinde ‘benzer’ olduğu düşünölmektedir; bu sözleşmede belirtilen haklar olarak, ‘belirli özelliklere karşılık gelen’ ‘benzer’ veya ‘karşılaştırılabilir’ anlamları bulunmaktadır. Yasama organının sahibine mutlak bir hak vermesi, ona münhasıran onu kullanma ve yararlanma yetkisi vermesi ve diğerlerinin bunu yapmasını engellemesi gerçeği ile karakterizedir. Emisyon izinleri bu yüzden fikri mülkiyet hakları ile karşılaştırılabilir.
16. Bu şartlar altında, Federal Yüksek Mahkeme (Bundesgerichtshof), davayı durdurarak, Divan’a ön karar için aşığıdaki soruyu gönderme kararı vermiştir:
“KDV Direktifinin madde 56 (1) (a) hükmü dahilindeki **benzer hak kavramı**, 2003/87 sayılı Direktifinin 3 (a) Maddesinde belirtilen hükümlerine uygun olarak devredilebilecek olan belirli bir süre boyunca kullanılacak bir ton karbondioksit salınım hakkı ile eşdeğer olarak yorumlanabilecek midir?”

Gönderilen Sorunun Değerlendirilmesi

17. Başvurucu mahkemenin sorusu esas olarak, KDV Direktifinin 56 (1) (a) Maddesinin, bu maddede adı geçen ‘benzer haklar’ın 2003/87 sayılı Direktifin 3 (a) Maddesinde tanımlanan sera gazı emisyonu kredilerini içermesi gerektiği anlamına gelecek şekilde yorumlanabilip yorumlanamayacağına yöneliktir.
18. İlk olarak belirtmek gerekir ki; KDV Direktifinin 43. maddesi, vergi amaçları doğrultusunda hizmetlerin verildiği yeri belirlemek için genel bir kural içermektedir, Direktifin 44. Maddesi ve devamı ise bu tür yerlerin belirli örneklerini vermektedir. Divanın yerleşik içtihatlarından da anlaşılacağı üzere - Harcamalar üzerinden alınan vergilere ilişkin Üye Devlet kanunlarının uyumlaştırılmasına yönelik 17 Mayıs 1977 tarihli 77/388/EEC sayılı Altıncı Direktifin 9. Maddesinin esasen aynı hükümlerine ilişkin olarak Mahkeme’nin kararlaştırılmış içtihadından yola çıkılarak – Ortak Katma Değer Vergisi Sistemi: Yeknesak Vergi Matrahına dayanmaktadır (OJ 1977 L 145 s.1). KDV Direktifinin 43. Maddesi, Direktifin 44. Maddesi ve devamına göre herhangi bir öncelik taşımamaktadır. Her durumda, ortaya çıkan soru, bu durumun Direktifin 44. Maddesinin sonrasındaki davalardan birine uygun olup olmadığıdır. Eğer değer ise bu sefer Direktifin 43. Maddesine tabi olacaktır (Bu hususta ayrıca bakınız:

26 Eylül 1996 tarihli, Dudda Kararı, C-327/94, EU:C:1996:355, 20 ve 21. paragraflar ve 6 Kasım 2008 tarihli, Kollektivavtalsstiftelsen TRR Trygghetsrådet Kararı, C-291/07, EU:C:2008:609, 24 ve 25. paragraflar).

19. Dolayısıyla, KDV Direktifinin 56 (1) (a) Maddesi, dar anlamıyla yorumlanacak genel bir kuralın istisnası olarak görülmemelidir (Bu hususta ayrıca bakınız: 27 Ekim 2005 tarihli Levob Verzekeringen and OV Bank Kararı, C-41/04, EU:C:2005:649, 34. Paragraf ve 07 Eylül 2006, Heger Kararı, C-166/05, EU:C:2006:533, 17. paragraf).
20. Bu düşünceler ışığında, sera gazı emisyonu izinlerinin, KDV Direktifinin 56 (1) (a) Maddesinde belirtilen durumlardan birine karşılık gelip gelmediğini, yani "telif hakları, patentler, lisanslar, ticari markalar ve benzeri haklar" kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.
21. Böyle bir uyuşmanın, KDV Direktifinin 56 (1) (a) Maddesinin ifadesinden açıkça görülemediği belirtilmelidir; çünkü açıkça bahsedilen bu haklar fikri mülkiyet alanı ile ilgiliyken; 2003/87 sayılı Direktifin 3. Maddesinin (a) bendinde tanımlanan krediler Devletin ya da kamu makamlarının belirli bir süre boyunca sera gazı salınımına izin vermesini teşkil eden haklar olarak söz konusu alana ait değildir.
22. Bununla birlikte, öncelikle Hukuk Sözcüsünün 62. kısımda gözlemlediği gibi, sera gazı emisyonu kredileri ile bu haklardan bazıları arasında benzerlikler bulunmaktadır. Dolayısıyla, özellikle, krediler ve haklar fikri haklardır, mülk sahibine münhasır bir hak verirler ve duruma göre bir devir veya temlik yoluyla üçüncü şahıslara devredilebilirler; bu da üçüncü şahısların söz konusu hakları ekonomik faaliyet amaçları doğrudusunda kullanmaları için imkan sağlar. Dahası, 2003/87 sayılı Direktifin 19. Maddesi uyarınca bu haklardan bazılarının kayıt altına alınması gibi, bu yardımların tutulması ve transfer edilmesi yoluna da gidilmiştir.
23. İkinci olarak, KDV Direktifinin 56 (1) (a) Maddesinin amacı, söz konusu hükümden belirtilen durumlar ile sera gazı emisyonu kredileri arasındaki uyumun değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır.
24. Burada, hizmetlerinin vergilendirildiği yeri belirleyen KDV Direktifi hükümlerinin amacı, öncelikle çifte vergilendirmeye neden olabilecek yargı çatışmalarını ve ikinci olarak vergilendirmeden muaf tutulmayı önlemektir (Bu hususta ayrıca bakınız: 6 Kasım 2008 tarihli Kollektivavtalsstiftelsen TRR Trygghetsrådet Kararı, C-291/07, EU:C:2008:609, 24. Paragraf ve 17 Aralık 2015 tarihli WebMindLicenses Kararı, C-419/14, EU:C:2015:832, 41. paragraf).

25. Mahkeme daha önce, 77/388/EEC sayılı Altıncı Direktifin 9. Maddesi uyarınca, bir hizmetin verildiği yere ilişkin hükümlerin altında yatan mantığın malların ve hizmetlerin tüketim yerinde mümkün olduğunca vergilendirilmesi gerektirdiğini belirtmiştir (3 Eylül 2009 tarihli RCI Europe Kararı, C-37/08, EU:C:2009:507, 39. Paragraf).
26. KDV Direktifinin 56 (1) (a) Maddesinde belirtilen 'benzer haklara' sera gazı emisyonu kredilerinin dahil edilmesi, bu amaca ve mantığa uygun düşmektedir.
27. İlk olarak, kredilerin transferi, 2003/87 sayılı Direktifin 19. Maddesine göre kayıt altına alınmalı ve devralanın kimliğine, iş yerini kurduğu ya da devredildiği sabit bir işletmeye sahip bulunduğu yere göre veya daimi adresinin bulunduğu ya da genellikle ikamet ettiği yere göre tespit edilmelidir. Böylece transferin yapıldığı varış ülkesi de kolaylıkla ve kesin olarak belirlenebilecektir.
28. İkincisi, transfer edilen kredilerin prensip olarak devralanın işini yürüttüğu yerde kullanılması gerektiğinden, bu yerin kredi transferinde yer alan hizmetin vergi amacıyla sağlandığı yer olarak belirlenmesi; arzın, kredilerin kullanıldığı Üye Devletin KDV hükümleri gereğince mümkün olacaktır.
29. Buna ek olarak şunu da belirtmek gerekir ki, Hukuk Sözcüsünün 84. kısımda gözlemlediği gibi, Üye Devletlerin büyük çoğunluğu tarafından seçilen çözüm öncelikle, iç hukuka aktarılan ve 1 Ocak 2010 tarihinden itibaren vergilendirilen kişilere hizmet tedarik edilmesi için, arz yerinin alıcının bulunduğu yer olduğu genel kuralını belirleyen, hizmetlerin arz yeri ile ilgili olarak KDV Direktifini değiştiren 2008/8/ EC sayılı ve 12 şubat 2008 tarihli Konsey Direktifi iken (OJ 2008 L 44 s.11); ikincisi, yine iç hukuka aktarılan ve isteğe bağlı ve geçici bir tersine ödeme/ vergilendirme yöntemi uygulamasının kaçakçılığa yatkın belirli hizmet tedarikiyle ilişkili olarak ortak katma değer vergisi sistemi hakkındaki 2006/112/EC sayılı Direktifi değiştiren (KDV Direktifine eklenen madde 199a ile) 16 Mart 2010 tarih ve 2010/23/AB sayılı Konsey Direktifi (OJ 2010 L 72 s.1) ile Üye Devletlerin KDV ödeme yükümlülüğu, 2003/87/EC sayılı Direktifin 3. Maddesinde tanımlandığı şekilde sera gazı emisyonu izinlerinin devredildiği kişiye geçtiği bir mekanizmanın uygulanmasına izin verilmiştir.

- 30.** Yukarıda belirtilen tüm hususların ışığında, başvuru mahkemenin sorduğu sorunun yanıtı uyarınca; KDV Direktifinin 56 (1) (a) Maddesinin hükmünde adı geçen 'benzer haklar'ın, 2003/87 sayılı Direktifin 3 (a) Maddesinde tanımlanan söz konusu sera gazı emisyonunu kredilerini de içerdiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmalıdır.

Masraflar

- 31.** Buradaki yargılama, esas davanın tarafları açısından ulusal mahkeme önündeki derdest bir davada aşama olduğundan, masraflar hakkındaki karar başvuru mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan masraflar, ilgili tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu gerekçelerle, Divan (ikinci Daire) şu şekilde karar vermektedir:

2006/112/EC sayılı 28 Kasım 2006 tarihli Ortak Katma Değer Vergisi Sistemi Konsey Direktifi 56 (1) (a) Maddesinde adı geçen, 'benzer haklar'ın, 13 Ekim 2003 tarihinde Topluluk İçinde Sera Gazı Emisyon İzninin Ticareti İçin Bir Plan Oluşturan ve 96/61/EC sayılı Konsey Direktifini değiştiren Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 2003/87/EC sayılı Direktifinin 3 (a) Maddesinde tanımlanan söz konusu sera gazı emisyonunu kredilerini de içerdiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmalıdır.

[İmzalar]

2021 YILINDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Prof. Linda E. CARTER*

Çeviren: Müslüm FİNCAN**

I. GİRİŞ

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) 1998 yılında andlaşma ile kurulup, 1 Temmuz 2002 tarihinde oluşturulmuştur.¹ 2011 yılı Eylül ayı itibariyle, 118 devlet mahkemeyi kuran Roma Statüsü'nün tarafıdır.² 2021 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi 19 yıldır işliyor olacaktır. Eskiden beri süregelen ulusal ve uluslararası mahkemelerle – Uluslararası Adalet Divanı gibi - kıyaslandığında, 2021 yılında dahi hala “genç” bir mahkeme olarak kabul edilecektir. Buna rağmen, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin gidişatı, uluslararası suçlara ilişkin hesap verilebilirlik üzerindeki kabul edilirliliğinin, meşruiyetinin ve etkisinin artacağı yönündedir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin dinamiklerinin tam olarak anlaşılabilmesi için bu mahkemenin öncülerinin de göz önünde bulundurulması önemlidir. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra Nürnberg ve Tokyo'da barışa karşı suçlara, savaş suçlarına ve insanlığa karşı suçlara ilişkin davaların varlığına rağmen;³ 1993 yılında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından eski Yugoslavya

* Hukuk Profesörü ve Yönetici, Hukuki Altyapı ve Uluslararası Adalet Enstitüsü, University of Pacific, McGeorge Hukuk Fakültesi, Sacramento, CA, ABD.

** Stajyer Avukat, İstanbul Barosu, muslumfc@hotmail.com. Söz konusu makale metninin özgün İngilizce hali için bkz., http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sjlta18&start_page=199&id=203. Bu makale, The Southwestern Journal of International Law dergisinin 18. sayısında yayınlanmıştır. Makalenin çevirisine onay verdikleri için Sayın Prof. Dr. Linda E. Carter'a ve çevirinin tashihinde yardımını esirgemeyen değerli hukukçu Merve Yüksel'e teşekkürlerimi sunarım.

¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, m. 1, 17 Temmuz 1998, 2187 U.N.T.S. 900 (1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girdi) [Buradan sonra Roma Statüsü olarak geçecektir].

² Çevirmen **Notu:** 2011 yılı itibariyle 118 olan bu rakam günümüz itibariyle 123'tür. Günümüzde üye olan devletler için bkz., 34'ü Afrika ülkeleri, 19 tanesi Asya-Pasifik ülkeleri, 18'i Doğu Avrupa ülkeleri, 27 tanesi Latin Amerika ve Karayip ülkeleri ve 25 tanesi Batı Avrupa ve diğer devletler şeklindedir, https://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx (Erişim: 02.02.2016).

³ Örneğin bkz., *The International Criminal Court, Part One: From Nuremberg to Rome*, CBC News, 09 Temmuz 2004, <http://www.cbc.ca/news/background/warcrimes/iccl.html> (Erişim: 02.02.2016, erişim tarihinde söz konusu habere ulaşılamamıştır.).

Uluslararası Ceza Mahkemesi⁴ oluşturulana kadar, 50 yıl boyunca bir uluslararası ceza mahkemesi bulunmamaktaydı. 1993 yılından beri, 1994 yılında kurulmuş olan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi⁵, Sierra Leone Özel Mahkemesi (2002)⁶, Olağanüstü Kamboçya Mahkemesi (2003)⁷, ve Lübnan Özel Mahkemesi (2007)⁸ de dahil, başka uluslararası veya hibrit uluslararası-ulusal mahkemeler⁹ kurulmuştur. UCM, kendine özgü yaklaşımını şekillendirirken, bu mahkemelerin uygulama ve içtihatlarından yararlanabilmiştir.

UCM'nin öncesindeki davalar, bireysel kovuşturmalardır. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ve Yugoslavya Ceza Mahkemesi'ne benzer olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi; soykırım suçları, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçları yargılama hakkına sahiptir.¹⁰ 2010 yılı Haziran ayındaki Kampala Gözden Geçirme Konferansı'ndaki gelişmeler sayesinde mahkeme büyük ihtimalle, 2017 yılından itibaren saldırı suçlarında da yargılama hakkına sahip olacaktır.¹¹

Uluslararası Ceza Mahkemesi, kıta avrupası ile anglo-sakson hukuk sistemlerinin ortasında bir sistemi kullanmaktadır. Mahkeme, delillerin taraflarca getirilmesiyle yargılamada daha az müdahaleci bir model kullanır; ama aynı zamanda mağdurların müdafiiyle temsil edilmesi ve yargılama sürecine mağdurların katılımı gibi kara avrupası hukuk sistemine ait özellikleri de bünyesinde bulundurur.¹² Mahkeme, bir Ön Yargılama Dairesi'ne, bir Yargılama Dairesi'ne ve bir İstinaf Dairesi'ne sahiptir. Dava, Ön Yargılama Dairesi'nde, mahkeme celbi veya tutuklama emri düzenlenmesiyle başlar. Sanık gözaltına alınmış veya teslim olmuşsa suçlamaların teyidi duruşması başlatılır. Günümüzde Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde 6 devletten dosyalar bulunmaktadır: Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Uganda, Orta Afrika Cumhuriyeti, Sudan, Kenya

⁴ Güvenlik Konseyi, Res. 827, 2, U.N. Doc. S/RES/827 (25 Mayıs 1993).

⁵ Güvenlik Konseyi, Res. 955, 2, U.N. Doc. S/RES/955 (8 Kasım 1994).

⁶ Güvenlik Konseyi, Res. 1315, 2, U.N. Doc. S/RES/1315 (14 Ağustos 2000). 2002 yılı Ocak ayında Birleşmiş Milletler ve Sierra Leone arasında yapılan anlaşmada, Kofi Annan'dan, Sierra Leone hükümetiyle özel bir mahkemenin kurulması için görüşmesi talep edilmiştir.

⁷ Khmer Rouge - Kızıl Kmerler davaları, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Res. 57/228, U.N. Doc. A/RES/57/228 (22 Mayıs 2003).

⁸ Güvenlik Konseyi, Res. 1664, 1, U.N. Doc. S/RES/1664 (29 Mart 2006), (Genel Sekreterin, daha sonra Lübnan Özel Mahkemesi olarak ortaya çıkan mahkemenin kurulması için, Lübnan Hükümetiyle görüşmeler yapması talep edilmiştir.) Mahkeme 10 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Güvenlik Konseyi, Res. 1757, 2, U.N. Doc. S/RES/1757 (30 Mayıs 2007).

⁹ Hibrit mahkemeler hem ulusal hem de uluslararası yargıçların bulunduğu mahkemelerdir.

¹⁰ Roma Statüsü m. 5.

¹¹ Saldırı Suçları, UCM Doc. No. RC/Res.6 (11 Haziran 2010), https://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-Res.6-ENG.pdf#search=RC%2FRes%2E6, (Erişim: 06.02.2016).

¹² Roma statüsü, m. 68; *Rules of Procedure and Evidence*, R. 16, ICC Doc. No. ASP/1/3 (10 Eylül 2002).

ve Libya.¹³ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin önüne çıkan ilk sanık, tutuklanan ve 2006 yılının Mart ayında Lahey'e transfer edilen Thomas Lubanga Dyilo'dur. Ön Yargılama Dairesi, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki çatışmada çocuk askerleri kullandığı yönündeki de dahil olmak üzere, Dyilo aleyhine yapılan suçlamaları kabul etti; dosya mahkemeye gitti ve şu an için -2011 yılı Eylül ayı itibariyle- Yargılama Dairesi tarafından hüküm verilmesi beklenmektedir.¹⁴ Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nden olan iki diğer sanık, Germain Katanga ve Mathieu Ngudjolo Chui'nun davaları devam etmektedir. Katanga ve Ngudjolo, diğer suçların yanında, cinayet, tecavüz, kadınların ve kız çocuklarının cinsel açıdan köleleştirilmesi de dahil olmak üzere, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarla suçlanmaktadır. Dördüncü bir Demokratik Kongo Cumhuriyeti vatandaşı için teyit duruşması başlamıştır ve bir diğer şahıs için yakalama kararı çıkarılmıştır.¹⁵ Orta Afrika Cumhuriyeti vatandaşı olan bir diğer sanık Pierre Bemba Gombo ise gözaltında bulunmaktadır ve davası 2010 yılının Kasım ayında başlamıştır. Kendisi, insanlığa karşı suçlardan olan cinayet ve tecavüz ile savaş suçlarından olan cinayet, tecavüz ve yağma suçlarıyla suçlanmaktadır.¹⁶ Sudan'dan olan bir sanık Bahr Idriss Abu Garda ise kendi iradesiyle Uluslararası Ceza Mahkemesi önüne gelmiştir. Bir duruşmadan sonra Ön Yargılama Dairesi sanığa yöneltilen suçlamaları reddetmiştir.¹⁷ Bununla birlikte başka iki Sudan vatandaşı gözaltında olup; yapılan suçlamalar kabul edilmiş ve dava henüz karara bağlanmamıştır.¹⁸ Ayrıca yine Sudan'dan olan kişiler arasında hakkında tutuklama kararı olup, göze çarpan 3 kişi daha vardır ki; bunlardan biri halihazırda devlet başkanı olan

¹³ Dava ve olaylar, Uluslararası Ceza Mahkemesi, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx (Erişim: 17.01.2016).

¹⁴ Çevirmen Notu: Günümüzde Thomas Lubanga Dyilo hakkında karar verilmiş bulunmaktadır. 10 Temmuz 2012'de 14 yıl hapse mahkum edilmiş, karar İstinaf Dairesince 01 Aralık 2014'te onaylanmıştır. https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx (Erişim: 02.02.2016).

¹⁵ Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki son durum için; Uluslararası Ceza Mahkemesi, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/Pages/situation%20index.aspx (Erişim: 02.02.2016).

¹⁶ ICC-01/05-01/08 Jean-Pierre Bemba Gombo davası, Uluslararası Ceza Mahkemesi, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200105/related%20cases/icc%200105%200108/Pages/case%20the%20prosecutor%20v%20jean-pierre%20bemba%20gombo.aspx (Erişim: 02.02.2016).

¹⁷ Bahr Idriss Abu Garda davası, ICC-02/05-02/09, Suçlamaların akıbeti hakkında karar, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc819602.pdf> (Erişim 02.02.2016).

¹⁸ Abdallah Banda Abaker - Saleh Mohammed Jerbo Jamus davası, ICC-02/05-03/09, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050309/court%20records/chambers/Pages/index.aspx (Erişim 02.02.2016).

Ömer Hasan Ahmet el-Beşir'dir.¹⁹ Uganda'daki davalarda ise hakkında tutuklama kararı çıkartılmış, göze çarpan 4 kişi bulunmaktadır ancak henüz hiçbiri yakalanmamıştır.²⁰ Kenya ile ilgili olarak, haklarında tutuklama kararından ziyade mahkeme celbi düzenlenen 6 kişi bulunmaktadır. Suçlamaların teyidi duruşmaları başlatılmıştır.²¹ Libya vatandaşlarının davalarında, biri Muammer Kaddafi için olan 3 tutuklama kararı çıkartılmıştır ancak henüz hiç kimse gözaltında değildir.²²

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kendine özgü özelliklerinden birisi 'tamamlayıcılık ilkesi'dir. Roma Statüsü'nün başlangıç kısmı da tarafların, "... Bu statü altında kurulacak olan Ceza Divanının ulusal ceza yargı yetkisinin tamamlayıcısı olduğunu vurgulayarak..." mahkemenin oluşturulması konusunda anlaşmış olduğunu söylemektedir.²³ Uluslararası Ceza Mahkemesi, 'öncelik ilkesi' üzerine bina edilmiş olan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden ve eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi'nden²⁴ farklıdır. Bu iki mahkemede bulunan 'öncelik ilkesi'nin aksine Uluslararası Ceza Mahkemesi; genellikle ulusal mahkeme süreçlerine saygı göstermek zorundadır²⁵. Ulusal yargılama süreçlerine saygı gösterilmesi yaklaşımı, *tamamlayıcılık ilkesi'nin* özünü oluşturmaktadır ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, yargılama için ilk yol olmadığı anlamına gelmektedir. Buna karşılık UCM, ulusal yargılamaların yetersiz olduğu veya mevcut olmadığı durumlarda, bir default mekanizma²⁶ olarak hareket edecektir.²⁷

¹⁹ Darfur, Sudan'daki son durum için; Uluslararası Ceza Mahkemesi, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx (Erişim: 02.02.2016).

²⁰ Uganda'daki son durum için; Uluslararası Ceza Mahkemesi, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx (Erişim: 02.02.2016).

²¹ Kenya'daki son durum için; Uluslararası Ceza Mahkemesi, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/Pages/situation%20index.aspx (Erişim: 02.02.2016).

²² Çevirmen Notu: Muammer Kaddafi'nin ölümü ile birlikte, 22 Kasım 2011 tarihi itibarıyla tüm suçlamalar düşmüştür. Bunun yanında Ahmad el-Sunussi'ye ilişkin suçlamalar da, Ön Yargılama Dairesi tarafından 'kabul edilemez'lik gerekçesiyle kaldırılmıştır. Bunun yanında Saif el İslam Kaddafi'ye ilişkin tutuklama kararı ve suçlamalar devam etmektedir. Libya'daki son durum için; Uluslararası Ceza Mahkemesi, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/Pages/situation%20index.aspx (Erişim: 02.02.2016).

²³ Roma Statüsü, giriş kısmı. Türkçe metne erişmek için bkz., http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b1.pdf, (Erişim: 02.02.2016).

²⁴ Bkz., Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi anlaşması, m. 9, 25 Mayıs 1993, U.N. Doc. S/RES/827.

²⁵ Roma statüsü, m. 17.

²⁶ Çevirmen Notu: Default kelimesi, bir sistem için önceden belirlenmiş ve ancak sistemin o anki kullanıcısı onun yerine bir alternatif seçmediğinde devreye girebilen özellikler için kullanılmaktadır ki, burada kastedilen UCM'nin *ikincil*, yani *tamamlayıcı* niteliğidir.

²⁷ Bkz., Markus Benzing, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, 7 *Max Planck U.N.Y.B.* 591, 592-93 (2003) [Buradan sonra Benzing olarak geçecektir].

Peki Uluslararası Ceza Mahkemesi 2021 yılında nasıl bir hal alacaktır? Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tartışılabilir bir çok yönü vardır ancak bu çalışma 3 soru üzerinde yoğunlaşacaktır: İlk olarak, 2021 yılına geldiğimizde 'tamamlayıcılık ilkesi' mahkemenin zayıf bir yönü mü yoksa güçlü bir yönü mü olarak karşımıza çıkacaktır? İkinci olarak, Birleşik Devletler'in mahkemeye dahil oluşunun mahiyetinde ve Birleşik Devletler iç hukukunda ne gibi gelişmeler bekleyebiliriz? Ve üçüncü olarak, 2021 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşundan beri meydana gelen, görülmesi muhtemel ne gibi etkileri olacaktır? İlk sorudaki 'tamamlayıcılık ilkesi'ne ilişkin olarak tartışmalar, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin devletlerle ilişkilerine ve mahkemenin "default" durumunun, onun kabul edilebilirliğinin ve suçlara karşı hesap verilebilirliğin kuvvetlendirilmesine mi yol açacağı, yoksa mahkemeyi oldukça güçsüz bir hale mi getireceği yönünde olacaktır. Birleşik Devletler'in mahkemeye karşı tutumuyla ilgili olan ikinci soruda, Birleşik Devletler'in 2021 yılında Roma Statüsü'ne taraf olup olmayacağı ve UCM karşıtı olan 'Amerikan Servis Üyeleri'nin Korunması Kanunu' hükümlerine ne olacağı hususlarına odaklanılacaktır.²⁸ Mahkemenin etkisine yönelik üçüncü soru ise, ulusal sistemlerde kapasitenin geliştirilmesini ve bireylerin, o sistemdeki bireysel suçlar bakımından yargılanmasını araştıracaktır.

II. TAMAMLAYICILIK İLKESİ: BİR GÜÇ MÜ YOKSA BİR ZAAF MI?

Tamamlayıcılık ilkesi, yani UCM kovuşturmalarının ulusal yargı yetkisine göre ikincil olması, büyük oranda kabul edilebilirlik hükümleri vasıtasıyla hayata geçirildi. Davalar belirli durumlarda UCM tarafından "kabul edilemez" niteliktedir, bu durumların en başında ulusal yargılamada soruşturma veya kovuşturmanın devam ediyor olması hali gelir. Kabul edilebilirlik sorunundan önce, davaların mahkemeye intikal etmesi konusunda bazı meseleler ve yargılama yetkisi konusunda yerine getirilmesi gereken ön şartlar vardır. Bu başvuru mekanizmaları ve yargılama yetkisi ön koşulları da Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin üzerinde bir kısıtlama olarak işlerler.

Davalar üç yolla başlatılabilir. İlk olarak, statüye taraf olan bir devlet bir meseleyi mahkeme önüne getirebilir.²⁹ İkinci olarak, savcı tarafından kendiliğinden bir soruşturma başlatılabilir ancak bu sadece Ön Yargılama Dairesi'nin onayıyla olur.³⁰ Üçüncü olarak ise, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi bir olayı mahkemeye sevk edebilir.³¹ Üye devletler tarafından intikal

²⁸ 22 U.S.C. §§ 7421-7433.

²⁹ Roma Statüsü, m. 14.

³⁰ Roma Statüsü, m. 15.

³¹ Roma Statüsü, m. 13-b.

ettirilmesi veya savcının kendiliğinden başlatması hallerinde, yargılama yetkisi bakımından ön şart olarak, suçun taraf devletin hakimiyet alanında gerçekleşmiş olması veya sanığın taraf devletin tabiiyetinde olması gerekmektedir; meğer ki statüye taraf olmayıp, hakimiyet alanı veya tabiiyetinde olan birisi olayla alakalı olan devlet, mahkemenin yetkisini kabul etmiş olsun.³² Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından sevk edilen bir dava olması durumunda bu ön koşul uygulanmamaktadır. Örneğin, Sudan olayında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Sudan statüye taraf olmamasına rağmen bu davayı mahkemeye taşımıştır. Bu da mahkemeye suç da sanık da statüye taraf olan bir devlete ait olmamasına rağmen yargılama yetkisi vermiştir.³³ Sözleşmede yer alan bir diğer sınırlama, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin soruşturmayı veya kovuşturmayı en az bir yıllığına erteleyebilme yetkisidir.³⁴

UCM üzerindeki bir başka sınırlama, 'tamamlayıcılık' ilkesinin özü olan kabul edilebilirlik şartıdır. UCM statüsünün hassas dili; davaların, "*ulusal sistemin soruşturma veya kovuşturma yapmaya isteksiz davrandığı veya gerçekten muktedir olmadığı*" haller dışında, kabul edilemez nitelikte olduğunu ifade etmektedir.³⁵ Bununla birlikte, ulusal yargı yetkisine sahip devletin takibat yapmama kararı vermesi, bu karar devletin isteksizliği veya gerçekten muktedir olmamasından kaynaklanmadıkça kabul edilemezlik niteliğini ortadan kaldırmaz.³⁶ Ayrıca, sanığın şikayet konusu olaydan dolayı daha önceden yargılanmış olması durumunda³⁷ veya dava konusunun yeteri kadar ağır olmaması halinde³⁸ de dosya kabul edilmez nitelikte sayılmaktadır. UCM Statüsü daha sonra, "isteksizlik" ve "muktedir olmama"nın ne anlama geleceğiyle ilgili yol göstermiş bulunmaktadır. Sürecin, ilgili kişinin cezai sorumluluğunu gizlemek amacıyla bitirilmesi, ilgili şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde mazur görülemeyecek bir gecikme olması veya sürecin bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirilmemiş olması hallerinde o devlet "isteksiz" kabul edilir.³⁹ "Muktedir olmama" kavramı, devletin yasal prosedürler ile ilerleme sağlayamayacak şekilde ulusal yargı sisteminin bir kısmının veya

³² Roma Statüsü, m. 12/2.

³³ Omar Hassan Ahmad Al Bashir davası, Yakalama Emri, at 3 (04 Mart 2009), <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf> (Erişim: 02.02.2016).

³⁴ Roma Statüsü, m. 16. Çevirmen Notu: Roma Statüsü'nün metninde bu süre 1 yıl değil 12 ay şeklinde yazılmıştır.

³⁵ Roma Statüsü, m. 17/1-a.

³⁶ Roma Statüsü, m. 17/1-b.

³⁷ Roma Statüsü, m. 17/1-c.

³⁸ Roma Statüsü, m. 17/1-d.

³⁹ Roma Statüsü, m. 17/2.

tamamının çökmesi veya işlemez halde olması manasına gelmektedir.⁴⁰ Böylece, intikal ettirme ve yargılama yetkisi için aranan ön şartlar - zaman, kişi, ve konu bakımından- gerçekleşmiş olsa bile; yargılama yetkisine ilişkin olanlar da dahil, davanın kabul edilmezliği sebebiyle UCM yargılama yetkisini uygulayamayacaktır. Kabul edilemezlik hükümleri, önce ulusal yargılamalarda ilerlenmesi seçeneğini koruma altına almaktadır.

UCM'nin yargılama yetkisine ilişkin tüm bu engeller varken davalar ve olaylar mahkemeye nasıl intikal etmektedir? Garip bir şekilde, üç başvuru yönteminin tamamı da uygulama alanı bulmuştur.⁴¹ Uganda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Orta Afrika Cumhuriyeti davalarında üye devletler kendileri başvurmuşlardır. BM Güvenlik Konseyi, Sudan ve Libya davalarında başvuru yaparken, Kenya olayında süreç savcının kendiliğinden dava açma yetkisini kullanmasıyla birlikte başlamıştır.

UCM hakkında sorulan ilk soru, 2021 yılında tamamlayıcılık ilkesinin bir güç olarak mı yoksa zaaf olarak mı ortaya çıkacağı sorusuydu. Hiç kuşku yok ki bu, üç soru içinde en zor olanıdır. Tamamlayıcılık ilkesi olmasaydı UCM'nin bu kadar çabuk kurulması veya bu kadar devletin taraf olarak katılması muhtemel olmazdı. Tamamlayıcılık ilkesi, devletlere, isterlerse kendi yargılama yetkilerini kullanarak, davalar ve olaylar üzerinde kendi egemenliklerini koruma izni vermektedir. Bu bağlamda bu ilke şu an için UCM'nin güçlü bir yanısıdır ve gelecekte de öyle olacak gibi görünmektedir. Devletler UCM statüsüne taraf olmaya devam edecektir çünkü kendi egemenliklerinden, UCM eğer onların yargı yetkisi üzerinde önceliğe sahip olsaydı edecekleri kadar feragat etmemektedirler.⁴²

Öte yandan, tamamlayıcılık ilkesi, mahkemenin hesap verilebilirliği temin etme yönündeki kabiliyetini zayıflatmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin davalarda ilerleyebilmesi, devletlere süreçte öncelik tanıyan çeşitli imtiyaz hükümleriyle sınırlanmıştır. Devletlere saygı duyulması, gecikmelere ve daha az ölçüde sonuçlanan dosyalara neden olma olasılığına sahiptir. Mahkeme üzerindeki sınırlamaların, bireyleri tutuklama yetkisinin olmaması ve mahkemeye tanık çağırmasıyla arttığı hususu da dikkate değerdir.⁴³ Buna ek olarak, daha önce de belirtildiği gibi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi de mahkemenin adli kolu olarak kalabilir.⁴⁴

⁴⁰ Roma Statüsü, m. 17/3.

⁴¹ UCM – Olaylar ve davalar, Uluslararası Ceza Mahkemesi, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx (Erişim:02.02.2016)

⁴² Bkz., Benzing, s. 595.

⁴³ Roma Statüsü, m. 87.

⁴⁴ Roma Statüsü, m. 16.

Peki 2021 yılında “tamamlayıcılık ilkesi” nasıl algılanacaktır? “Tamamlayıcılık ilkesi”nin mahkemenin güçlü bir yanı olarak algılanacak olması daha yüksek bir ihtimaldir. Küresel çapta kabul kazanmak, mahkemenin varlığı ve başarısı için çok önemlidir. “Tamamlayıcılık ilkesi”nin sağladığı korumalar nedeniyle daha fazla sayıda devletin taraf olması halinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi daha güçlü bir kuruluş haline gelecektir. 118 devletin taraf olmasına neden olan ivme, devam edecek gibi görünmektedir ve daha fazla devlet bu yapıya katılacaktır. Amerika Birleşik Devletleri, Rusya ve Çin bu andlaşmanın dışında kalmış olsalar bile, mahkemenin çalışması için yeterli kaynağı vardır. İleride tartışılacağı üzere, her ne kadar devletlerin mahkeme üzerindeki önceliği sebebiyle mahkemede görülen çok dava olmasa da; Uluslararası Ceza Mahkemesi, devletlerin uluslararası suçlara ilişkin davalara bakma kapasitelerinin geliştirilmesinde bir enstrüman olabilir. Tamamlayıcılık yaklaşımı sebebiyle ortaya çıkan önemli ölçüdeki kabul ve katılım avantajıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi; bireylerin savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçları bakımından kapsamlı şekilde hesap sorulabilir olmalarının başarılı şekilde çalışan bir aracı olmaya yatkındır.

III. 2021 YILINDA BİRLEŞİK DEVLETLER’İN ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNE KATILIMININ MAHİYETİ NE OLACAKTIR?

Amerika Birleşik Devletleri, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nün oluşturulduğu Roma Konferansı’na katılmıştır. Fakat Birleşik Devletler andlaşmanın tarafı olmamıştır. Amerikan Başkanı Clinton, kendi görev süresinin sonu olan 2000 yılının Aralık ayında andlaşmayı imzalamıştır fakat andlaşmanın onayından önce alınması gerekli olan öneri ve rıza için Senato’ya havale etmemiştir. Başkan Bush göreve geldiğinde, andlaşmadan imzayı çektikleri yönünde sembolik adımlar atmıştır. Dönemin Silah kontrolleri ve Uluslararası güvenlik Müsteşarı John Bolton, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan’a bir mektup yazarak, Birleşik Devletler’in andlaşmanın tarafı olma niyeti olmadığını ve “böylece Birleşik Devletler’in imzadan dolayı hiçbir yasal yükümlülüğünün bulunmadığını” belirtmiştir.⁴⁵ Daha sonra 2002 yılında ABD’yi, UCM’den daha da uzaklaştıran “*Amerikan Servis Üyeleri’nin Korunması Kanunu*” kongre tarafından kabul edildi.⁴⁶ Bu yasa diğer bir takım şeylerin yanında UCM’yle işbirliğini, UCM’den gelen talimat yazılarının aktarımını, UCM’ye suçluların iadesini, desteği ve ayrılmış olan ödeneklerin kullanımını

⁴⁵ Birleşik Devletler’in Silah Kontrolü ve Uluslararası Güvenlikten sorumlu Sekreteri John R Bolton’dan, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan’a mektup (06 Mayıs 2002), <http://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm> (Erişim: 02.02.2016).

⁴⁶ 22 U.S.C. §§ 7421-7433.

yasaklamaktadır. Bu kanun ilaveten, Birleşik Devletler'in ortak hukuki yardım anlaşmalarını kısıtlamayı amaçlamakta ve UCM'nin bir organının ABD'de araştırma aktivitelerinde bulunmasını yasaklamaktadır. Dahası, başkana UCM tarafından tutulan bir Amerikan vatandaşının serbest kalması için "gerekli ve uygun olan her şeyi" yapma yetkisi vermektedir. Bu nedenle bu kanun, küçük düşürücü bir şekilde, "Lahey'i işgal et" yasası olarak isimlendirilmiştir.⁴⁷

Ayrıca Bush yönetimi "madde 98" andlaşmaları denilen bir takım andlaşmalar yapmak için görüşmelerde bulunmuştur ki; UCM statüsünün 98. maddesi, eğer UCM bu konuda söz konusu üçüncü devletle işbirliği elde etmiş değilse; bir devletin kendisinden talep edilen kişiyi, bu durum bir üçüncü devlete karşı uluslararası hukuka uygun yükümlülüklerine aykırı hareket etmesini gerektirecekse, teslim etmemesini düzenlemektedir. Amerika Birleşik Devletleri, "üçüncü devlet" olarak, bazı devletleri karşılıklı andlaşmalar yapmaya ikna etti ve o devletlere bir Amerikan vatandaşını UCM'ye teslim etmeme yükümlülüğünü dayattı.⁴⁸ Bütün bunlara rağmen Bush yönetimi sırasında, UCM'yi, en azından tolere edecek nitelikte bir kaç adım da atıldı. Örneğin; Amerika Birleşik Devletleri, Sudan'ın Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından mahkemeye gönderilmesinde veto oyu değil de çekimser oy kullandı.

Başkan Obama'nın 2009 yılında göreve gelmesinden sonra UCM'yle olan ilişkilerde artış olmuştur. Dışişlerinden sorumlu sekreter⁴⁹ Hillary Clinton, UCM'ye karşı olan muhalefetin sona erdiğini beyan etmiştir. Amerika Birleşik Devletleri, "gözlemci" statüsü altında "Üye Devletler Meclisi"nin toplantılarına katılmıştır ki bunlardan biri 2010 yılı Haziran ayında Kampala - Uganda'da yapılan "Gözden Geçirme Konferansı"dır. ABD'nin orada bulunması bile tek başına çok önemli bir adımdır. Hatta Kampala'daki katılım çok daha mühimdi çünkü Üye Devletler Meclisi saldırı suçlarına bir tanımlama getirdi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi yargılamalarının yürütülmesine ilişkin bir planı kabul etti. Saldırı suçu, Roma Konferansında tanımsız bırakılmıştı ve 10 yıl boyunca ihtilaflara sebep olmuştu. Kampala'daki görüşmelere katılarak Amerika Birleşik Devletleri, bir seyirciden ziyade oyuncu haline gelmiştir.

⁴⁷ Çevirmen Notu: Tutulan bir Amerikalının zorlama gücüyle serbest bırakılması ancak Lahey'in işgal edilmesiyle mümkün olacağından, bu kanuna "Lahey'i işgal et (*Invade the Hague*)" şeklinde isim takılmıştır.

⁴⁸ Bkz., Uluslararası Ceza Mahkemesi – Madde 98 Andlaşmaları Araştırma Rehberi, *Georgetown Law Library*, http://guides.ll.georgetown.edu/article_98 (Erişim: 02.02.2016).

⁴⁹ Çevirmen Notu: Amerika Birleşik Devletleri'nde "secretary" kelimesi Türkiye'deki gibi "bakan" olarak değil "sekreter" olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla çalışmamızda "bakan-bakanlık" gibi ifadeler yerine; "sekreter-sekreterlik" ifadeleri kullanılmıştır.

Hem Harold Koh -Dışişlerinden sorumlu sekreterliğin hukuk danışmanı- hem de Stephen Rapp -Savaş suçları konusunda görevli özel elçi- UCM'yle "prensibe dayalı ilişkilerin" devam edeceğini belirttiler. Amerikan Servis Üyeleri'nin Korunması Kanunu da zaten, Obama döneminde Uluslararası Ceza Mahkemesi'yle pozitif ilişkiler kurulmasını engellememektedir. Kanunun kendisi, özel bazı hallerde Başkanın belirli bir bireyin soruşturulması veya kovuşturulması konusunda işbirliği yasağından feragat edebileceğini söylemektedir. Dahası, hem hukuki danışman Koh'un hem de elçi Rapp'ın açıklamaları, Birleşik Devletler Dışişleri'nin UCM'yle ilişkilere devam etme niyetinde olduğunu göstermektedir. Aynı zamanda, Amerika Birleşik Devletleri, yakın gelecekte bir zamanda taraf devlet olunmasının pek olası olmadığını belirtmiştir. Elçi Rapp, ABD Dışişleri brifinginde şunları ifade etmiştir: "Açık olan şu ki, ABD'nin şuanki tercihleri bu aralar mahkemeye katılım seçeneğinin masada olmadığı yönündedir."

Peki 2021 yılı? O zamana geldiğimizde Amerika Birleşik Devletleri taraf devlet olacak mıdır? Önümüzdeki 10 yılda Birleşik Devletler'in bu adımı atması pek olası gözükmemektedir. Yine de Birleşik Devletler, gözlemci statüsü vasıtasıyla aktif bağlantıda bulunmaya ve şüphelilerin tutuklanması ve kanıtların toplanması konusunda mahkeme ile işbirliğine devam edecek gibi gözükmemektedir. Ya Amerikan Servis Üyeleri'nin Korunması Kanunu? Anti - UCM niteliğindeki maddeleri ilga edilecek mi? Bu Kongre, İdare ve Amerikan halkı bir uluslararası ceza mahkemesi konseptine alıştıka ve UCM işleyişinde kredi ve meşruluk kazanmaya devam ettikçe, mümkün olacak gibi gözükmemektedir. Böylece, Birleşik Devletler taraf olacak gibi görünmese de gözlemci statüsüyle ve işbirliği şeklinde "prensibe dayalı ilişkilerin" devam edeceğini söyleyebiliriz.

IV. 2021 YILINDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN VARLIĞININ ASIL ETKİSİ NE OLACAKTIR?

Üçüncü soru, 2021 yılında UCM'nin çalışmalarından ne gibi bir etki görmeyi bekleyebileceğimize ilişkindir. UCM'nin varlığının ve çalışmasının başlıca etkilerinden birinin, ulusal yargı sistemlerindeki önemli kapasite gelişimleri olması muhtemeldir. Önemli olarak, tamamlayıcılık ilkesi devletlerin uluslararası suçlara ilişkin davaları kendileri çözme yolundaki ilgilerini arttıracaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tamamlayıcılık ilkesi, devletleri, UCM'nin yargılama yetkisine giren suçları yansıtacak şekilde yasal düzenlemeler yapmaya ve böylelikle ulusal yargılamanın Uluslararası Ceza Mahkemesi yargılamasından önce gelmesini sağlamaya teşvik eder. Yani, eğer bir devlet, yargılamaya "istekli ve muktedir" olduğunu göstermek istiyorsa, o devletin soykırım, savaş suçları,

insanlığa karşı suçlar ve son olarak da saldırı suçları bakımından yargılama yapma kapasitesinin olması gerekir. Kapasite, hem adı geçen suçlara ilişkin yargılama yetkisinin hem de kifayetsiz yargılama sürecinin olmasına ilişkindir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu'na göre, şimdiden 65 üye devlet, suçlara ya da işbirliğine ya da her ikisine ilişkin hükümleri yasalaştırdı. 35 devletin de askıda bekleyen düzenlemeleri vardır.⁵⁰ Ek olarak, bazı devletler kendi ulusal yargı süreçlerini, özellikle uluslararası suçların yargılamalarına uyum sağlayacak şekilde düzenlemektedirler. Örneğin; Uganda, ulusal mahkeme sistemi içinde bir savaş suçları mahkemesi oluşturmaktadır. Benzer olarak Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde, çatışma alanlarında -mesela güney Kivu- diğer suçlar arasında, insanlığa karşı suçlardan cinsel saldırı suçunda yargılama yapmak için, deneme amaçlı bir "Taşınır Cinsiyet Adalet Mahkemesi" kurulmuştur.⁵¹ Dr. Markus Benzing'in de yorumladığı gibi; *"...yargılama yapma görevinin varlığından bağımsız olarak, tamamlayıcılık rejimi, şüphesiz ki devletleri kendi yargı yetkilerini kullanmaya teşvik etmek ve böylece uluslararası ceza hukukunun uygulanması sistemini daha etkili kılmak için tasarlanmıştır."*⁵²

Aslında UCM; soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar veya saldırı suçları konularındaki birçok davaya tek başına bakacak bir araç olamaz. Olmamalı da zaten. UCM kasıtlı olarak; esasen ulusal mahkemelerde layıkıyla bakılmayan davalara bakmak için kurulmuştur. Zaten Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tamamlayıcılık doğası, devletleri yasalar tatbik etmeye ve davaların üstesinden gelmek için hukukçular yetiştirmeye yardım eden programların geliştirilmesine uygun düşmektedir. Şu anda devletlere, UCM'nin yargı yetkisi kapsamındaki suçları yürürlüğe koyma ve ulusal yargı sistemlerini geliştirmeleri konusunda tavsiyeler vermek için çaba sarfeden birçok sivil toplum kuruluşu ve hükümet destekli projeler vardır. Bu çabaya ek olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Bürosu, kendi "hukuki araçlarını" ulusal mahkemeler ve avukatlar için kullanılabilir hale getirmiştir. Bu hukuksal araçlar, adı geçen suçların ulusal yargıdaki emsalleriyle ilgili bilgi transferi yapmak içindir. Buna ek olarak, Üye Devletler Meclisi'nin Kampala Gözden Geçirme Konferansı'ndaki kararı, ulusal kapasiteyi geliştirmeye yönelik çabaların öncelikli olmasını güçlendirmektedir:

⁵⁰ Roma Statüsü'nün hayata geçirilmesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, <http://www.iccnw.org/?mod=romeimplementation> (Erişim: 02.02.2016).

⁵¹ Kelly Askin, Güney Kivu'da İnsanlığa Karşı Suça İlişkin Dava, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Tamamlayıcılık ilkesinin çalıştığına dair kanıt, IntLawGrrls, (18 Şubat 2011, 12:07), <http://www.intlawgrrls.com/2011/02/crime-against-humanity-trial-in-south.html> (Erişim: 02.02.2016).

⁵² Benzing, s. 596.

“Gözden Geçirme Konferansı, ... Mahkeme’yi, taraf devletleri ve uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşları gibi diğer ilgilileri, Büro’nun tamamlayıcılık ilkesi ile ilgili olan ve tavsiyelerini de barındıran raporunda da öngörüldüğü üzere; ulusal yargı sistemlerinin ciddi nitelikteki uluslararası suçların soruşturma ve kovuşturmalarını yapabilme kapasitesinin artırılmasını teşvik etmektedir. ...”

UCM’nin aktif olarak bilgi yayması ve eğitimler vermesi “pozitif tamamlayıcılık” veya “önetkili tamamlayıcılık” olarak adlandırılmıştır. Örneğin, ABD savaş suçları elçisi Stephen Rapp, Birleşik Devletler’in, UCM ve üye devletlerin “pozitif tamamlayıcılık” çabalarına katkıda bulunmak konusundaki ilgisine referans etmiştir. Profesör Burke-White, UCM’nin pasif tamamlayıcılıktan sonra ulusal yargı sistemlerini motive ve asiste ederek “ileriye etkili” çabalarda bulunabileceğini kapsamlı olarak analiz eden bir makale kaleme almıştır. Profesörün de işaret ettiği üzere, her ne kadar UCM statüsünde “önetkili” çaba sarfedilmesi gerektiğini belirten özel bir hüküm olmasa da; böyle bir emir UCM’nin yapısından ve özellikle de ulusal yargı sistemleriyle UCM arasında ortak sorumluluk üzerinde duran 17. maddedeki kabul edilemezlik hükümlerinden çıkarılabilir.

Profesör Burke-White, diğer yaklaşım ve tavsiyeleri arasında, Savcılık Bürosu’nun yargı reformları, eğitim, kaynak ve soruşturma konularında yardım edebileceğini önermektedir. Bu gibi çabalara yönelik çalışmalar zaten başlamıştır ve Kampala’dan sonra birçok toplantıda tartışma konusu olmuştur; mesela 2010 yılının Ekim ayında yapılan Uluslararası Ceza Mahkemesi Devletler Toplantısı’nda. Bu toplantıda; Üye Devletler Meclisi Sekreterliği, ne tür bir yardımın faydalı olacağına dair bilgi topladıklarını ve bu çabaya yönelik olarak yardım etmek için nasıl bir yol izleneceğine dair bir planı formüle ettiklerini belirtmiştir.

UCM’nin 2021 yılındaki etkisi, geniş ölçüde, ulusal yargılamalarda kaç tane soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar kovuşturması olduğuyla ölçülmelidir. Sivil Toplum Kuruluşlarının, yabancı hükümetlerin, Avrupa Birliği gibi bölgesel devlet organizasyonlarının, akademik yorumcuların itici gücü ve ulusal devletlerin kendi motivasyonu bu tarz kovuşturmalar artacak gibi görünmektedir. UCM’nin de, Savcılık Bürosu ve diğer organları aracılığıyla, avukatların ve hakimlerin eğitilmesiyle, hukuki araçların nakliyle, soruşturma tekniklerinde eğitimle ve belki de gerçek olay yerinde gerçekleştireceği soruşturmalarla; ulusal yargı sistemlerini destekleme çabalarının artacağını söyleyebiliriz.

V. SONUÇ

Uluslararası Ceza Mahkemesi 2021 yılında, dünya genelindeki ihtilaflarda askeri ve siyasi liderleri yargılayan geçmiş performansa sahip yerleşik bir kuruluş olacaktır. Her ne kadar dava sayısı nispeten az kalacak olsa da, UCM'nin kredisi ve meşruluğu; apolitik ve adil bir kuruluş olduğu yönündeki ününü büyüttükçe, artacaktır. İşin zor kısmı bir uluslararası ceza mahkemesi için "başarı"nın ne olduğunu tanımlamakta olabilir. Örneğin, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1993 ve 2011 arasında toplam 200 kişiyi yargıladıkları halde, çok az davaya baktıkları için eleştirilmişlerdir. Uluslararası Ceza Mahkemesi ise aksine, o kadar davaya bakacak gibi görünmemektedir, bakmamalıdır da. Tamamlayıcılık ilkesi sebebiyle UCM'nin başarısı ulusal mahkemelerdeki uluslararası suçlar davalarında olacaktır. Eğer UCM, ulusal yargı sistemlerini davalara bakma kapasitelerini geliştirme konusunda asiste etmeye ve ulusal yasama meclisleri de uluslararası suçları kendi iç ceza yasalarına almaya devam ederse; büyük ihtimalle, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçları için ulusal kovuşturma sayısında önemli bir artış olacaktır.

UCM'nin 2021 yılındaki bu tablosu, bu makaledeki soruları en azından kısmen yanıtlamıştır. Tamamlayıcılık ilkesi bir güçlü yön olarak ortaya çıkacak gibidir çünkü ulus-üstü yargılamayla ulusal egemenliği dengelemektedir. Böylece, devletler mahkemeyi daha çok desteklemeye ve mahkemeye katılmaya devam edeceklerdir çünkü kendi egemenliklerinden, öncelik hakkına sahip olan bir mahkemeye katılsalardı edeceklerinden daha az feragat etmektedirler. Her ne kadar Birleşik Devletler 2021 yılında Roma Statüsü'ne taraf olacak gibi görünmese de; mahkemenin faaliyetleriyle işbirliğine ve gözlemci statüsünde katılımına devam etmesi, mahkemeye biraz da olsa destek sağlayacaktır. Mahkeme varlığını ne kadar uzun süre sürdürürse, apolitik kovuşturmadaki geçmiş performansı o kadar iyi olacaktır. Amerika Birleşik Devletleri'nin, Mahkeme'nin meşruiyeti ve odak noktası hakkındaki endişeleri de 2021 yılında büyük oranda yok olmuş olacaktır. Son olarak; mahkemenin etkisi, en çok ulusal yargı sistemlerinde, kendi yargı sistemlerini geliştirip uluslararası suçlar davalarına bakmalarıyla hissedilecektir. Mahkemenin de ulusal yargı sistemlerini asiste etmek için uluslararası suçların yargılamalarıyla birlikte daha çok yol bulacağı öngörülebilir. Kapasite geliştirmenin ve devam eden uluslararası desteğin bir sonucu olarak, 2012 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, dünya genelinde uluslararası suçların kovuşturulmasında önemli etkiye sahip kredi ve meşruluğu bulunan geçmiş performansı, yerleşik bir kurum olması muhtemeldir.

ULUSLARARASI YATIRIM ALANLARINDA TAHKİM KARARI*

(Kararın alındığı menşe ülkenin hakim hükümleri ile uygulanacağı yerdeki ülkenin hakim hükümleri arasındaki ilişki)

Dr. Abdülhamit AL-AHDEB**

*Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Mohammed MAGHAMINIA****

GİRİŞ

Yabancı tahkim kararlarının uygulanmasına ilişkin New York Antlaşması¹, uluslararası tahkimin gelişmesi bakımından bugünkü sağlamış olduğu rolü itibariyle önemli işlev görmektedir. Bu antlaşmanın içerdiği en başta gelen konu, hakem kararının menşe ülkede iptal edilmesiyle uygulama ülkede etkinliğini yitirmesi durumudur. Ancak, Batı Avrupa yasalarındaki durum özellikle Fransa'da, daha sonra Amerika'daki içtihatlar, menşe ülke ile uygulama ülkesi arasındaki ilişkisini kesinceye dek bu anlayışın tam aksine yönelmişlerdir. İsviçre'de tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta verilen ve "Hilmarton" adıyla bilinen tahkim kararı, İsviçre hakimince iptal edilmiş ve Fransız yargısı buna uygulama etkisini tanımıştır. Bu konu çok tartışılmış ve konu daha sonra karmaşık hale gelmiştir. Anılan olayda hükmün iptal sonrası yeni bir tahkim kararı verilmiş ve uygulama etkinliği iki görüş arasında çıkmaza girmiştir!. Daha sonra batılı hukuk düşüncesinde "Chromalloy" adı ile bilinen uyuşmazlık konusu yeniden bütün yangısıyla gündeme gelmiştir. Kahire'de alınan bir tahkim kararı, Kahire İstinaf Mahkemesince iptal edilir. Ancak buna rağmen Washington mahkemesi bu karara uygulama etkisini tanır ve kararın iptali ile uygulama konumu arasındaki ilişki söz konusu olmuştur. Oysa anılan karar, menşe ülkede herhangi ayıptan arınmış ve sağlam hakem kararının uygulaması bağlamında New York Antlaşmasında öngörülen kuralın ilgi kapsamına girmektedir. Böylece bu konuda kararın alındığı menşe ülke ile uygulama yer ülkesi arasındaki ilişkide ayrı düşüncelerin varlığı gündeme gelmiştir. Bu durumun nasıl geliştiğini açıklayacağız. Buna ilişkin destekleyici ve eleştireli görüşler çerçevesinde en uygun çözümler nelerdir? Bunun için özetle New York antlaşmasına göz atmak gerekir.

* Söz konusu karar, Katar Adalet Bakanlığı sitesinden alınmış olup, çeviri Arapça metin üzerinden yapılmıştır. Yayınladığı dergi (Hukuki ve Kazai Dergi) Arapça adı (El-Mecelle El-Kanun ve El-Kazaiye) olup dergiye www.moj.gov.qa adresinden erişilebilir.

** Avukat, Uluslararası Tahkim Arap Kurulunun Başkanı

*** Gümüşhane Üniversitesi, İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi m.magami@gumushane.edu.tr

¹ Bu antlaşmaya on Arap ülkeleri katılmıştır. Bunlar: Bahreyn, Mısır, Suriye-Tunus-El- Cezayir- Mağrip-Ürdün-Lübnan, Suudi Arabistan-Kuveyt

A. 1958 Tarihli New York Antlaşması

New York antlaşması, tahkim yasasında bir devrim sayılır! New York antlaşmasının gerçekleştirdiği devrim ile o dönemin Milletler Cemiyeti'nin dayandığı uluslararası tahkime ilişkin 1927 tarihli Cenevre antlaşmasıyla karşılaştırıldığında 1958 yılında Birleşmiş Milletler tarafından esas alınan uluslararası veya yabancı tahkim kararında, ispat yükü altüst edilmiştir. Bu antlaşmanın gerçekleştirdiği bu devrim, onun ispat yükünün altüst etmesinde saklı olup tahkim kararı, onu elde tutan taraf için dayanılabilir bir senet haline getirmiştir. Bununla, tahkim sözleşmesi ile birlikte sırf tahkim kararının ileri sürülmesi, "bağlayıcı" bir karar niteliğiyle varlığının ispatını oluşturur ve sonra bu yükün ispatı, hakkında uygulanması istenen karşı tarafa geçer. Hakim kendiliğinden bunu göz önünde tutmakla yükümlü değildir. Aksi ispat edilinceye dek hakem kararı geçerli sayılır. Bunun aksi ispatı ise, aleyhine uygulanan tarafa düşer ki, bu ispat için şu kanıtların sunulması gerekir:

a. Tahkim sözleşme tarafları haklarında uygulanmakta olan hukuka göre taraf ehliyetsizliğine ilişkin durum, aralarındaki tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre geçersiz olduğunda konuya ilişkin hukukta bir hüküm olmadığı durumda menşe ülke hukukuna göre belirlenir. Bu da irade egemenliğinin iç hukuk kurallarına olan üstünlüğünü güçlendirir. Bu New York antlaşmasının gerçekleştirdiği diğer bir kazançtır. Nitekim bu durum uluslararası tahkim hukukunda bir devrimsel adımdır.

b. Savunma hakkının ihlali: Aleyhine uygulanması istenilenin savunma hakkının ihlal edildiğini ispat etmesi gerekir.

c. Aleyhine uygulanması istenilen tarafın uyuşmazlığı sona erdiren kararın tahkim sözleşmesinin konusu olmadığını veya konunun sınırlarını aştığını ispat etmesi gerekir.

d. Aleyhine uygulanması istenilen tarafın tahkim kurulunun kuruluşunun veya tahkim işlemlerinin tahkim sözleşmesine aykırı olduğunu ispatlaması gerekir. Eğer sözleşme bu konuda bir seçenekten yoksun ise bu durumda tahkim kurulu kuruluşunun ve tahkim işlemlerinin, tahkim yapıldığı ülke hukukuna aykırı olduğunun ispat edilmesini gerektirir. Bu, New York Antlaşmasının gerçekleştirdiği devrimin direk taşıdır. Ayrıca, New York Antlaşmasının gereği olarak tarafların irade hükümlerince tahkim ülkesinin hukuku üstün tutulur. Bu ancak tahkim sözleşmesinde belirli bir hukukun öngörülmediği durumda uygulanır. Nitekim New York Antlaşması, uluslararası tahkim ile tahkimin yapıldığı ülke hukuku arasındaki ilişkiyi kopararak tarafların seçeceği hukukta

öngörülen seçme yetkisini tarafların iradesine bırakmıştır!. Böylece uluslararası tahkimin hareketliliği ve gelişmesi için irade yetkisinin iç hukuklara göre üstün olması gerekir. İrade yetkisinca başka türlü öngörmedikçe veya sözleşme bir seçenektan yoksun tutulmuşsa iç hukuk, uluslararası tahkime tercih edilmez!.

e- Aleyhine uygulanan tarafın, uluslararası tahkim kararının etkisini durdurmak ve karara sahip olan tarafın bunun uygulamasını engellemek için, tahkim kararının artık bağlayıcı olmadığını veya bu kararın alındığı süreçte ilgili hukuka göre menşe ülkenin yetkili makamınca bu kararın kesin olarak durdurulduğunu ispat etmesi gerekir. Böylece uluslararası tahkim, tahkim kararının iptal alanını yer bakımdan kısıtlamıştır: tahkim kararının esas aldığı hukukun bağlı olduğu ülke ile kararın uygulanması istenilen ülke. Bu anlamda New York Antlaşması, kararın uygulanmasını kararın alındığı ülkenin veya uyuşmazlığın çözümü için kendi hukukunu uygulayan ülkedeki geçerliliğine bağlamıştır. Tahkim kararı üzerindeki yargısal denetim, yargılamanın iki türü ve ilkeleri ile tamamlanır. Bunlar:

1- Ya zarar gören tarafın girişimi ile hakem kararına karşı doğrudan doğruya başvurarak tahkimin temel geçerli kurallarının bazılarına aykırı olduğunu ve buna göre kararın geçersizliğini ileri sürecek;

2- Ya kazanan tarafın girişimi ile hakem kararına uygulama etkisinin tanınmasını isteyip tahkimin temel geçerli kuralları ile uygulanmasına ilişkin hükmün sınırlandırılmasını talep edecektir.

Uluslararası alanda denetimin ilk şekli menşe ülkede ve ikinci şekli ise, hakem kararının uygulaması isteminde bulunan ülkelerde yapılır. Bu çerçevede, örtülü olarak New York antlaşmasında ve açık biçiminde UNİCTRAL'ın oluşturduğu Uluslararası Ticari Tahkim Örnek Kanununda yer almaktadır. Böylece, tahkim kararı üzerindeki denetim, özellikle menşe ülkede veya buna itiraz edilen ülkedeki denetim, iç denetimdir. Bu açıdan bütün ülkelerde yargı tutumları arasında bir tür uzaklaşma tehlikesi söz konusu olmaktadır. Bunun sonucu tahkim kararı, bir ülkede geçerli ve uygulanabilir ve diğer bir ülkede geçersiz ve sonuçsuz hale gelir!. Bu çelişkiler, uluslararası tahkimin güvenliği için uygun değildir. Bu çelişkiler, uluslararası uyumlaştırma ve ayrıca aşağıda anılan çok sayıda çok taraflı antlaşmalar ile daraltılabilir:

1) 1927 tarihli Cenevre Antlaşması: Bunun temel koşulu, hakem kararının diğer ülkelerde uygulamaya konulmak üzere menşe ülkedeki hakem kararının kesin hale gelmiş olmasıdır. Bu durum kararın uygulama koşul kaydını gerektirir. Nitekim bu tahkim kararının durumu konusundaki çelişki tehlikesini ortadan

kaldırılmaz. Böylece tahkim kararı üzerindeki denetim yetkisi, uygulama yeri olan ülkenin hakimine ait olacaktır. Ayrıca hakim, menşe ülkeden uygulama kaydı olsa dahi bu kararı reddedebilir.

2) 1958 tarihli yabancı tahkim hükümlerinin uygulamasına ilişkin New York Antlaşması: Bu antlaşma, tahkim kararının uygulama sınırlarını kaldırmıştır. Ancak bu kararın ülke dışında uygulanmasını reddetmek için menşe ülkede bu kararın iptaline ilişkin yeterli bir nedene dayanabilecek kuralın saklı tutulması gerekir. New York Antlaşması, uluslararası tahkim hukukuna çok yakındır. Ancak günümüzde güvencesiz ve karmaşık bir durum ile karşı karşıya geldiği için bu antlaşma değişik şekillerde gözden geçirilmiştir.

3) Medeni, ticari, idari ve ahvali el-şahsiye konularda verilen hükümlerin tanınmasına ilişkin Arap yargı işbirliği hakkındaki Riyad Antlaşması: Arap ülkeleri bakımından bu antlaşmanın 37.maddesi, tahkim kararlarının tanınmasına ilişkindir. Ancak bu maddeye göre bu kararı uygulayacak olan ülkeye uygulama yetkisinin verilmesi için menşe ülkenin uygulama yetkisine sahip olması gerekmektedir. Böylece bu antlaşma ile tahkim kararının uygulaması, menşe ülkenin yetkisine bağlanmıştır.

B. Yaygın Hukuki Durum²

New York Antlaşması düzeni, tahkim kararlarının yargı denetimi konusunda bir tür uluslararası işbirliğin sağlanmasını amaçlamaktadır. Tahkim kararını bir ülkede geçerli ve diğer ülkede geçersiz kılmaktan kaçınmalıdır. Değişik milli mahkemelerin tutumları arasında uyum sağlamanın dayandığı yöntem, tahkim kararının iptali için uluslararası bir girişime girilmesidir. Eğer tahkim kararı, menşe ülkede iptal edilirse, uygulanması gereken ülkedeki etki gücünü de yitirir. Ancak günümüzde, iptal edilmeye yönelik bu uluslararası girişim tamamen ortadan kalkmadıkça bu durumun geri planda kalacağı görünmektedir.

1-Tahkim Kararı İptalinin Uluslararası Etkisinin Vurgulanması

New York antlaşması menşe ülke hakimine iki kez tercih etme yetkisini sağlamaktadır. Birincisi, tahkim kararının iptaline ilişkin hüküm, kendisinden hakem kararının uygulamasını isteyen yabancı hakimleri bağlar. ikincisi, bu tercihten zarar gören tarafa iptal kararını veren ülke hakimine başvurma fırsatını sağlar. Bu başvuru, yabancı hakim önünde herhangi geçici uygulama talebinde bulunmasına ilişkindir. Bununla, menşe ülkede bu karar iptal edilmişse New York

² Philippe FOUCHARD: La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine-(Revue de l'arbitrage 1997- n° 3).

antlaşmasına katılan 111 ülke, uygulamayı reddetmekle yükümlü olur. Bunun aksine bazen bu iptalin uluslararası etkisi, uyuşmazlığın çözümünde hukuku esas alınan ülkenin hakim yetkisine kadar uzanır. Eğer tahkim bir ülkede yapılıyor ancak uyuşmazlığın çözümünde esas alınan hukuk başka bir ülkenin hukuku ise, bu geçerlidir. Bu durumda iki iptale yetkili özgü iki hakim var demektir. Aralarında tercih veya öncelik basamağı olmaksızın iki mahkemeden çelişkili kararlar çıkabilir.

2- Tahkim Kararı İptalinin Uluslararası Etkisi Azalıyor Mu?

1958 tarihli New York antlaşmasının yapılmasından üç yıl sonra, 1961 yılında Uluslararası Ticari Tahkime ilişkin Avrupa Cenevre antlaşması yapılmıştır. Bununla tahkim karar iptalinin uluslararası etkisinde gerileme kayıt etmiştir. Bundan sonra ve 1980 yılından itibaren bazı yerel hakimler giderek menşe ülkedeki tahkim kararının iptal tutumunu ve buna ilişkin uygulama sonucunu da reddetmeye başlamışlardır.

2.1. 1961 Tarihli Avrupa Cenevre Antlaşması

Bu antlaşmada temel amaç, tahkim ilişkilerinin iyileştirilmesi için uyuşmazlıkların çözümündeki kolaylaştırıcı düşünceden hareketle iktisadi düzeni itibariyle birbirinden değişik olan Doğu Avrupa devletleri ile Batı Avrupa devletleri arasında ticari ilişkileri kolaylaştırmaktır. Bu nedenle New York antlaşmasının bazı kurallarının iyileştirilmesine gidilmiştir. Böylece Avrupa Cenevre anlaşması gereğince, New York anlaşmasında belirtilen ilk dört sebeplerden birisine dayalı bir durum olmadıkça, tahkim karar iptalinin uluslararası bir etkisi söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak eğer menşe ülke hukukuna göre uyuşmazlığın tahkime uygunsuzluğu veya bu ülkenin kamu düzenine aykırılığı nedeniyle iptal edilirse (m.2/5) bu iptalin Cenevre antlaşmasına katılan ülkelerde kararı uygulayacak hakimi bağlayıcı bir etkisi yoktur. Bu antlaşmanın açık amacı, kararı uygulayacak hakimin menşe ülkede sırf yerel sebeplerden dolayı iptal hükmüne bağlı olmayacağıdır. Böylece menşe ülke hakimi, uygulayıcı ülke hakimi üzerindeki üstünlük ilkesi artık etkisini kaybetmiştir. Nitekim, menşe ülkede iptal edilen hakem kararının uygulama olasılığı ile sözleşmenin diğer taraf ülkesinde uygulama olasılığı ortaya çıkar. Tahkim karar iptalinin uluslararası etkisinde gerileme kaydetmesi, Cenevre anlaşmasının ileriye bir uygulama adımı olup, New York antlaşmasını aşan bir adım sayılır.

2.2. Uygulayıcı Ülke Hakimlerinin Tutumu³

Son yıllarda birçok ülkenin özellikle Fransa'nın yargı kararları nedeniyle tahkim karar iptalinin uluslararası etkisindeki gerilme artmıştır. 29/12/1985 tarihli Cezayir'de verilen tahkim kararı, Cezayir yargısınca iptal edilmesine rağmen 6/12/1988'de Belçika'daki ihtisas mahkemece bu karara uygulama konumu tanımıştır. Cezayir'in itirazına konu olan Belçika'daki bu hüküm, New York antlaşmasının uygulanmasından uzaklaşmıştır. Ancak Cezayir, 1988 tarihinden önce henüz New York antlaşmasına katılmış değildir. Bu konuda Belçika mahkemesi, Belçika yargılama hukukunu uygulamıştır. Bununla birlikte, hakkında bu kararın uygulanmasıyla ilgili kişinin, uygulaması öngörülen hükmü reddetme sebeplerden herhangi birisini ileri sürmediği belirtilmiştir. Belçika mahkemesi, uluslararası ticaret odası tahkim düzenini dayanak göstererek hüküm verdiğini ileri sürmüştür. Bu düzene göre verilen hüküm, kesin sayılır ve tarafların feragat edebilecekleri bütün başvuru yollarından vazgeçtikleri varsayılır. Nitekim Belçika'da New York antlaşmasının uygulanması yönünde 1994 tarihinde yatırımların güvencesi olarak bir Arap müessesesinin tazminat ödemesine ilişkin talebine ilişkin Ürdün'de verilen bir tahkim kararına uygulama etkinliği verilmiştir. Bu uygulamaya, tahkim kararında New York antlaşmasının 4.maddesinin gerekçesinden yoksun olduğu ve dolayısıyla antlaşmanın 1/5/h maddesine göre ilgili karara ilişkin Ürdün mahkemelerinin onayı olmadan bağlayıcı olmayacağı belirtilmiştir ki bu gerekçenin ilgili kararda bulunmaması nedeniyle itiraza konu olmuştur. Belçika mahkemesi sonuçta ilgili tahkim kararının New York antlaşmasının gerektiği sebeplere haiz olduğunu ve verilen karar ile tarafların imzaları konusunda uyuşmazlık olmadığı gerekçesini ileri sürerek yapılan itirazı reddetmiştir. Belçika yargısı, itiraz edilen tahkim kararının bağlayıcı olmadığı nedeniyle Ürdün hukukuna göre bu kararın kesinlik kazanmadığını ileri sürmüş ve uygulama etkinliğine ilişkin hükmün böylece uluslararası bağlayıcılık niteliğini kazanacağını belirtmiştir. Ayrıca uygulama etkinliği yönünde hakem kararının onaylanması, Ürdün'de de bu kararın uygulanması gerektiğinden başka bir anlam taşımaması gerekir. Çünkü bunun için tarafların kararlaştırdığı anlaşmaya dönmesi yeterli olacaktır: "Tahkim kararının alınmasıyla kesinleşir, taraflar için bağlayıcı olup hemen uygulanması gerekir... bu karar için temyize veya yenilemeye gidilmez". Belçika mahkemesi bu konuya ilişkin şunu eklemiştir: "Tahkim antlaşmaları, tahkim kararının uygulanmasını istenen ülkede, tahkim

³ Sebastien BESSON et Lue PITTET:La reconnaissance á l'étranger d'une sentence annulée dans son Etat d'origine. Philippe FOUCHARD: La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine-(Revue de l'arbitrage 1997- n° 3).

kararının uygulama kurallarına tabi olması gerekliliğine ilişkin ifadeleri içermiştir. Böylece menşe ülke hukukunun bir önemi kalmamıştır.”

Polonya’da 10/3/1993 tarihinde verilen bir tahkim kararına Fransız yargısınca uygulama etkinliği verilmiştir. Ancak Polonya yargısı, bu uygulama etkinliğine yönelik yapılan itiraz üzerine uygulamanın askıya alınmasına ilişkin karar almıştır. Nitekim, New York antlaşmasının 7.maddesine dayanarak askıya alma hükmü bu kararın iptaline başvurmak mahiyeti itibariyle, tahkim kararının Fransa’da uygulamasını reddetmeye yönelik bir sebep oluşturmamaktadır.

Son olarak “Hilmarton”⁴ olayında, Hilmarton şirketi, O.T.V şirketine karşı dava açarak danışmanlık sözleşmesi ile Cezayir’de müteahhitlik işlere ilişkin sözleşmenin kurulması için yapılan aracılık işlemlerden doğan ek masrafların ödenmesini istemektedir. Davaya bakan mahkeme, aracılık sözleşmesinin iptaline dayanarak Hilmarton şirketinin talebini reddetmekle bu sözleşmeyi konu eden tahkim kararının, rüşvet ve nüfuz türlerini yasaklayan Cezayir hukukuna aykırı saymıştır. Böylece bu karar uluslararası kamu düzenine aykırıdır. Hilmarton şirketi, iptal talebi ile Cenevre Konton mahkemesine başvurur. Mahkeme, ilgili kararın iptaline hüküm verir ve Federal Mahkeme, İsviçre hukukuna göre Cezayir hukukuna aykırılığının kamu adabın ihlali sayılmayacağı gerekçesiyle iptal kararını onaylar. Bu sırada O.T.V şirketi Fransa’da tahkim kararını uygulama konumuna getirilmesi için talepte bulunmuştur ve 27/2/1990 tarihinde bu konum tanınmıştır. Hilmarton şirketi verilen bu uygulama konumuna itiraz eder. Ancak Paris ilk derece mahkemesi, New York antlaşmasının 7.maddesine dayalı 19/12/1991 tarihindeki Paris ilk derece mahkeme başkanının verdiği kararı onaylar. Mahkeme, bu durumda menşe ülkede tahkim karar iptalinin Fransa Medeni Usul Kanunu’nun 1502.maddesi gereğince uygulama konumunun reddine ilişkin bir neden oluşmayacağını ileri sürmüştür.

Ayrıca Hilmarton şirketinin girişimiyle İsviçre’de fiilen tahkim kararının iptali ile tahkim oluşumu yenilendikten sonra tahkim işlemleri de yenilenir. Tahkimin sonucunda 10/4/1992 tarihinde diğer bir hakem tarafından yeni tahkim kararı verilir. Bu defa, O.T.V şirketi komisyon ücretinin ödenmesiyle yükümlü olur. Hilmarton şirketi ise, 25/2/1993 tarihinde Winterthur ilk derece mahkemesinden ikinci tahkim kararının uygulama konumunu talep eder. Birinci tahkim kararını iptal eden İsviçre Federal mahkemesinin hükmüne 22/9/1993 tarihinde

⁴ Jean-François Poudret:Quelle solution pour en finir avec l’affaire HILMARTON? (Revue de l’arbitrage 1998- n° 1). Charles JARROSSON: Cour d’appel de Paris (19 décembre 1991) Société Hilmarton c/ Société OTV (Revue de l’arbitrage 1993- n° 2). Charles JARROSSON: Cour de cassation (23 mars 1994) (Revue de l’arbitrage 1994- n° 2).

uygulama konumu tanınmıştır. Aynı zamanda Hilmarton şirketi birinci tahkim kararına ilişkin verilen uygulama konumunun bozulmasına başvuruda bulunur. Temyiz mahkemesi, Hilmarton şirketinin bu yönde yaptığı başvuru reddedilir ve New York antlaşmasının 7.maddesinin, Fransa dışında O.T.V şirketine verilen uluslararası tahkim kararlarının uygulama konumu çerçevesinde Fransa hukukunun kurallarına dayanmasına izin verdiğini göz önünde tutar. Ancak daha sonra menşe ülkede tahkim kararının iptal hükmüne uygulama konumu verilmesini engelleyen Fransa Medeni Usul Kanunu'nun 1502.maddesinde bir ifade bulunmadığı fark edilir. Fransa temyiz mahkemesi bu konuya ilişkin ek bir ifadede bulunmuştur "İsviçre'de verilen tahkim kararı, bu ülkenin hukuk düzeni ile bütünleşmiş olmayıp uluslararası tahkim kararıdır ve bunun sonucu olarak iptaline rağmen varlığı ayakta kalır. Bunu tanımak, uluslararası kamu düzenine aykırı değildir". Varsay istinaf mahkemesinin verdiği iki hüküm çerçevesinde işler daha karışık hale gelmiştir. Birincisi, birinci hakem kararının iptali üzerine İsviçre Federal Mahkemenin bu karara uygulama konumu verilmesidir. İkincisi, O.T.V şirketini komisyon ücretinin ödenmesiyle yükümlü kılan hakem kararına uygulama konumunun tanınmasıdır. Versay istinaf mahkemesi, birinci hakem kararı için tanınan uygulama konumunun Fransa hukuk düzenine aykırı olan uyumsuzluğu ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Ayrıca uluslararası kamu düzeni, Fransanın birinci hakem kararını izleyen ikinci hakem kararını tanımamasını engellemektedir. Birinci hakem kararının uygulama konumuna bağlı etkili gücü, ikinci hakem kararının uygulanmasını engellemez. Fransız bozucu mahkemesi, Versay istinaf mahkemesinin verdiği iki hükmünü bozma talebi olmadan bozmakla anılan kendi ek gerekçe ifadesini ihlal etmiştir. Böylece İsviçre mahkemesinin iptal ettiği birinci hakem kararı, sonuçta tek başına tanınmış olduğu bir karardır.

Açıklandığı üzere tahkim kararının iptali veya uygulama durumu uluslararası alanda daha karmaşık hale gelmiştir. Şöyle ki, iptali sürdürülen hakem kararına Fransız O.T.V şirketinin Fransa ülkesinde elde ettiği yargı hükmünce uygulama konumu tanınmıştır. Oysa sonunda tahkim davasını kazanan ve lehine hakem kararı verilen Hilmarton şirketinin ise bu hakem kararını Fransa'da uygulatacak olasılığı kalmamıştır. Çünkü, birinci tahkim kararı, kesinleşmiş bir uygulama gücünü kazanmıştır.

Mısır'da Kahire istinaf mahkemesince iptal edilen Chromalloy⁵ olayına ilişkin hakem kararına, 14/1/1997 tarihinde Fransa'da Paris istinaf mahkemesi

⁵ Eric. A. SCHWARTZ: A comment on Chromalloy Hilmarton, á l'américaine (Journal of International Arbitration- Vol.14n 2 June 1997).

tarafından uygulama konumu tanınır. Uyuşmazlığın temeli, 1988'de Mısır ile Amerika Chromalloy şirketi arasında kurulan askeri finans sözleşmesidir. Bu sözleşme 1991'de Chromalloy şirketi tarafından fesih edilir. Kahire'de tahkim kurulunun Mısır devletinin lehine 24/8/1994 tarihli kararı gereğince, Amerikan şirketi tazminat ödemekle yükümlü tutulur. Amerikan şirketi, tahkim kararının Amerika'da uygulanmasını ve uyuşmazlığın diğer tarafı da Mısır'da bu kararın iptalini talep eder. Kahire istinaf mahkemesi, talebi uygun bulup iptale olanak veren tahkime ilişkin Mısır Kanunu'nun 53.maddesinin "eğer hakem kararı, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kararlaştırılan hukukun uygulanmasını hariç tutarsa.." hükmüne dayalı olarak 5/12/1995 tarihinde kararı iptal eder. Mahkeme, iptal hükmünde hakemlerin Mısır Medeni Kanunu değil, Mısır İdare Kanununu uygulamaları gerektiğine dayanmıştır. Ancak Amerika'da Kolombiya bölge mahkemesi 31/7/1996 tarihinde aldığı kararda, iptal edilen hakem kararını onaylamış ve ona uygulama konumu tanımıştır. Bu bağlamda New York antlaşmasının 7.maddesine dayanmıştır. Daha sonra mahkeme, Amerikan hukukunun kararın uygulamakonumunu tanıyan hakime hukukta en kötü olasılıkta hata yapsa dahi tahkim kararının uygulamasını reddetme izni vermediğini fark eder. Ayrıca Amerikan mahkemesi, tahkim kararına karşı herhangi bir başvuruyu ortadan kaldıran taraf antlaşmasının tahkim sözleşmelerine özellikle uluslararası tahkime saygı gösterilmesini öngören Amerikan kamu düzenine aykırı olacağını ve ayrıca kesinlik kazanan ve tarafların antlaşmasıyla başvuru olasılığını öngörmeyen tahkim kararına ilişkin yabancı yargı kararının etkisini tanımayan durumu da göz önünde tutulmasına dayanmıştır.

C. Hukuki Değerlendirilme

Anılan tutum ve yargı kararlarındaki bu uyuşmazlıklar öğretilerde derin etkiler bırakmıştır.

1. Fransız-Amerikan Öğretisinin Eleştirisi

Fransız - Amerikan akımındaki öğretisi, anılan durumun hukukta mantıklı bir tutum sergilemediğini ve gerçeğe uygun olmadığını ileri sürmektedir. Hukuk kurallarına gelince: bir tahkim kararı, menşe ülkede iptal olmuşsa artık onun varlığından söz edilmez. Aynı menşe ülke hukukunda olduğu gibi bu iptalin etkisi yurtdışında da tanınması gerekir. Çünkü, tahkim yeri olan ülke, uluslararası tahkimdeki ilişkinin temel unsurudur ve bütün yeni içtihat akımları, bu ilişkinin koparmasında ve yasal durumu ile bu ilişkinin yararını ortadan kaldırılmasında başarılı olmamıştır. Tahkim yerinin bağlı olduğu hukuk ve hakim, bu konumda gerçekten temel ve belirleyici role sahiptir. Uyuşmazlık tarafları, tahkim yerini

seçmişlerdir. Çünkü onun seçiminde hak sahibidirler. Bu taraflar tahkim kararını, tahkim yeri hakiminin denetimine tabi tutmak için böyle bir seçime gitmiş olabilirler. Böylece, taraflar alınan kararın iptal olasılığına tabi olurlar! Eğer iptal hükmü verilirse, bu iptali uluslararası alanda tanımamak, tarafların iradelerine “hıyanet” sayılır ve ayrıca bu iradeye bir aykırılıktır. Bu, durum, uluslararası tahkimde kargaşaya yol açacaktır. Bir yandan, eğer yabancı iptal hükmü etkisini kaybederse, bu hükmü karşılayacak devlet, uluslararası konumuna gerekliliklere uygun olmayan iç tutumlarda bulunacaktır. Böylece New York antlaşması, gevşek olan bağları birbirinden uzaklaştıracaktır. Bu antlaşmanın 5. Maddesi ayrıca sağlanan tahkim kararı üzerindeki uluslararası denetim uyumlaştırma olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Nitekim, tahkim kararı, bir ülkede iptal ediliyor, diğer ülkede uygulamaya konuluyor ve 3.ülkede ise reddedilmektedir. Bununla çok maliyetli olan kargaşalı durumla karşı karşıya gelmeye teşvik etmiş oluruz. Bu durumda tahkim, lehine karar verilen taraf, aleyhine karar verilen tarafın malları, banka hesapları veya taşınmaz mülkü bulunmayan yerde dahi, çok kolaylaştırıcı ve musamahalı bir hakim arayışında olacaktır. Kararın uygulamasına yönelik bu yarışta uluslararası ticari uyumsuzlukların hızla çözümlenmesine ilişkin bir güvence unsuru olan uluslararası tahkim şekline zarar vererek uluslararası tahkimin itibarını, kurumsallığını ve gelişmesini sarsacak ve istikrarsızlık ortamı doğuracaktır. Ancak diğer bir ülkede iptal edilen kararın tanınması, yeni bir durum değildir. Nitekim, evlenme, vasiyet ve diğer birçok sözleşmeler, bir ülkede geçersiz veya batıl sayılmakla birlikte diğer ülkelerde ise bu sözleşmeler tanınmaktadır. Bu, egemenlik niteliği olan hukuki ve yargısal düzenlerin çokluğunun ve yargı uyumsuzlukları ile kanunlar uyumsuzluklarının bir sonucundan başka bir şey değildir.

2- Franko - Amerikan Öğretisinin Desteklenmesi⁶

Bu öğreti görüşün hukuki bir sorunu bulunmamaktadır. Bu görüş, New York antlaşmasının 7.maddesini uygulamasından yana olup bu maddenin ruhuna saygı gösterilmesini savunmaktadır. Bu madde metni, yabancı tahkim kararının uygulanmasında “en çok yararlı” kuralına ilişkin değildir ve New York antlaşmasının tahkim kararlarına ilişkin en çok uluslararası etki için en çok uygunluk kuralı karşısında geri çekilmektedir.

Bu öğreti görüşü daha ileri giderek menşe ülke hakiminin hükmünün New York antlaşması düzeninde dahi mutlak nitelikte olduğunu ileri sürmektedir. Menşe ülkede, hakem kararına karşı başvurunun reddedilmesini gerektiren durum dahi bu yöndeki hakim hükmünü korumaz ve menşe ülkede her defasında hukuk

⁶ Charles JARROSSON: Cour de cassation (23 mars 1994) (Revue de l'arbitrage 1994- n° 2)

düzeni içinde bu kararın kabul edilmesine ilişkin bir talep bulursa dahi bu karara karşı başvurusu reddedilen tahkim kararı üzerine diğer yabancı hakim denetim yapmasını önleyemez. Buna göre, karara uygulama konumu tanıyan hakimin, menşe ülke hakimince geçerli ve bütün koşullara uygun saydığı hakem kararına uygulama konumu tanıyan hükmü reddedebilme olasılığı olacaktır. Belki de bir devlet hakimine bütün ülkelerde ona yakışmayacak biçimde hakem kararının sonuçlarını yok etme yetkisinin verilmesi doğal ve kabul edilebilir değildir. Bu iptal hükmü, diğer ülkelerde gerekçesiz ve sırf yerel hukuk gerekçelerine dayalı olarak veriliyorsa, büyük tehlikeleri beraberinde getirecektir. Oysa bir ülkede iptal edilen tahkim kararı, belki diğer ülkelerde izlenen bir usul olabilir. Anlaşılabacağı gibi, tahkim kararının denetiminde bir uyum sağlamak üzere tahkimin yer hakimine verilen tercih, büyük tehlikeleri içermektedir. Bu olumsuzlukları önleyecek bir durum olmadığından acaba bu tercih yetkisi, uluslararası tahkimin tahkim yerine bağlı olmadığından dolayı mı bulunan tutuma ters düşmektedir?

Günümüzde fiili sebeplerden veya yerel hakimince yardımlaşmak üzere müdahale gerekliliği dolayısıyla uluslararası tahkim ile tahkimin yer ülkesi arasında her hangi hukuki bir bağın ortadan kaldırılması gerçekçi görülebilir mi? Eğer tahkimi, tahkimin yer ülke bağlarından çıkarma düşüncesi uygun görülüyorsa, bu ilişkinin kopması gerçekten gelecekte bir beklenti alanı olarak kalacaktır, ki bununla tahkim kararını uygulayan ülkelerde birçok yerel rekabetler önlenmeyecek hale gelecektir.

D. Öneri ve Görüş

Birleşmiş Milletler uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), New York antlaşmasının bu karmaşık durumunu çözümlenmek için çaba göstermiştir. Antlaşmanın 5.maddesinin 1/h bendinin ilga edilmesiyle menşe ülke hakimince tahkim kararı üzerindeki yetkileri geri alınıp karar askıda bırakılacak mı, yoksa menşe ülkesinden veya uygulama yerinin ülke hukukundan bağımsız kalacak mı? Bunun sonucu, tahkim kurumunun işleyiş biçiminde karmaşa doğması mı yoksa menşe ülkedeki hakim rolünün güçlenmesi beklenir miydi? Anlaşılabacağı gibi, tahkim kararını kabul edecek ülke hakimince yetkisinden az sayıda ülkeler vazgeçmeyi kabul edecektir ve çoğu ülkeler tahkim yeri hakimince yetkilerinden vazgeçmeyi kabul etmeyecektir.

Birleşmiş Milletler uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), New York antlaşmasının değiştirilmesi yönündeki girişiminden vazgeçmiştir ve New York antlaşmasının çerçevesinden çıkmadan uluslararası tahkim ve tahkim kuralları hakkında örnek kanunun hazırlanmasına odaklanmıştır.

Acaba çözüm, menşe ülkede başvuru yollarını ortadan kaldıracak biçimde uygulama yeri olan ülke hakiminin tek başına denetimi midir? Bu, 1985 yılında Belçika kanun koyucusunun dayandığı çözüm idi. Ancak sonradan 1988 yılında değiştirilerek uyuşmazlık taraflarına bu hak tanındı ve artık bu bir kural olmaktan çıkmıştır. Acaba bu mantıklı bir çözüm müdür? Bu konuda bir görüşe göre: “Neden tahkim kararını uygulamayan bir ülkede tahkim kararı iptal edilmektedir? madem bu iptalin uygulama yer ülkesinde etkisi yoksa, neden iptal edilir? Bir ülke hakiminin özel hukuk gereği dışında bir niteliği olmayan hakem kararına ilişkin tutum ve görüşü, diğer dünya ülkelerinin hakimlerine dayatması, mantıklı mıdır?”. Tahkim kararını bu ilişkilerden kurtarmaya yönelik görüş, Fransız temyiz mahkemesinin ileri sürdüğü görüşe dayanmaktadır. Mahkemenin görüşüne göre tahkim kararı, tahkimin yapıldığı devletin hukuk düzeni içinde bütünleşmez. Aynı, kurulduğu yerdeki sözleşmenin durumu gibi. Böylece hakem kararının ve sözleşmenin vatandaşlık niteliği yoktur ve her ülke ona uygulama konumu vermede veya vermeme özgürdür.

Açıkça söylemek gerekirse, öğreti görüşüyle yargı içtihatları ve uluslararası tahkim yasalarının üstü çok sisli görünmektedir. Bugün, karşılaşma iki akım arasında sürmektedir: Daha önceden vurguladığımız gibi birisi, “içtihat” denilen yargı görüşüdür. Her hangi ülke ve herhangi hukuk düzeni, herhangi yargıdan ilişkisi kopmuş ve uygulanacak yer ülkesinin hakim hükmü üzerine menşe ülkede bu kararın iptal etkisi olmayan nitelikteki uluslararası tahkim kararının ölçü alınmasıdır. Fransız düşüncesinin oluşturduğu içtihat, bu görüşün direk taşıyıcı oluşturmaktadır. Bu görüş, hukukun haklı göstermeyecek biçimde tahkimi milli ve iradi hukuk bağlarından ve ilişkilerinden koparma çabasında çok aşırıya kaçmıştır. Örneğin eğer taraflar evlenme veya vasiyete ilişkin hukuki işlemlerini Cezayir’de kurmuşlarsa ve kuruluş ilkelerinde Cezayir hukukuna aykırı gelmişlerse, evlenme veya vasiyet sözleşmesi Cezayir’de iptal edilirse dahi, Mısır’da ve İsviçre’de etkisi devam eder. Japon ve Amerikan iki iş adamı, Hint havaalanının otelinde görüşürler ve aralarındaki projenin Avrupa ülkesinde veya Arap ülkesinde yapımı için bir sözleşme imzalarlar. Bu sözleşme, Hint hukukunun gerektiği biçimde ilke ve şekillere uymadığı için Hint hakimi tarafından iptal edilse dahi, hukuki etkilerini doğuracaktır. Böylece bu sözleşmenin uygulamasını kabul eden ülke hakimi, sözleşmenin iptal kararının alındığı ülkenin hükümlerine bağlı değildir. Dolayısıyla hakkında hüküm verilen konu, onun yetki kapsamına dahil değildir. Bu akım görüşü⁷ kararın uygulama yeri olan ülke hakimine tam

⁷ Jean PAULSSON: L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un éritère local (ACL) (Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI vol. 9/n 1-Mai 1998).

özgürlüğün tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Hakim böylece henüz ilgili hüküm menşe ülkede iptal edilmemiş olsa dahi, iptalini gerektiren bir aybın tespiti dışında anılan hakem kararının uygulamasından kaçınamaz. Ancak bunun dışında onun yetkisi bununla bağlı değildir.

Diğer bir görüş akımı ise, New York antlaşmasının çeşitli çevrilerine dayanmıştır. Bu çerçevede Arap ülkelerinde yapılan tahkim kurallarına ilişkin ilgili maddenin Arapça metni göz önünde tutulmuştur. Bu metne göre “Karşı taraf aşağıda belirtilen delillerden birini ileri sürmedikçe hakem kararının tanınması ve uygulanması reddedilemez: 1) Ehliyet yoksunluğunu 2) Davanın karşı tarafının doğru bildirimde bulunmadığını 3) Şartlı tahkime girmeyen uyuşmazlıkta karar ayırımını 4) Kararın karşı taraf veya taraflar için bağlayıcı olmadığını veya bulunduğu ülkede veya hukukuna göre karar verilen ülkede bu kararın yetkili merci tarafından ilga veya durulduğunu...”. Bu maddenin Arapça metni, Fransız metnin çevirisidir. Ancak İngilizce, Rusça ve İspanyolca metinlerinde ifade şöyledir: “may be refused .. only if”. Bununla eğer Arapça metin, İngilizceden çevrilmiş olsaydı metin şu şekilde olurdu “..ancak karşı taraf belirtilen delillerden birine dayalı olarak başvurduğunda kararın tanınması ve uygulanması hakemce reddedilebilir”. Böylece New York antlaşması, uygulama yeri olan ülke hakimin, menşe ülke hakiminin verdiği hükümleriyle bağlı olmadığını ve hakimin bu yönde tanıma ve uygulamada yetki olasılığının olduğunu belirtmektedir. Nitekim, eğer tahkim kararının karşı taraflar için bağlayıcı olmadığı, tarafın bulunduğu ülkede veya hukukuna göre kararın verildiği ülkede bu karar, yetkili merci tarafından ilga edildiği veya askıya alındığı ispat edilirse, hakim artık tahkim kararının tanınmasını veya uygulamasını reddetmek zorunda değildir. Bununla, uygulama yeri olan ülke hakimi uygulamayı reddetme olasılığına sahip ise de gereken tercihlerde bulunabilir. Bu bir çıkış yoludur. Ancak dikkat çeken konu şudur ki, İsviçre, İngiliz ve Alman modern hukuku (UNCITRAL’i örnek alan ülkeler olarak) ve UNCITRAL örnek kanunu, menşe ülkenin hakim hükümleri ile tahkim kararlarının uygulanması arasındaki bağların koparılmasına ilişkin Fransız hukukunun izlediği yöntemi izlememektedir.

Bağımsızlığında çok aşırı giden bu görüş akımı yanında diğer bir görüş akımı da vardır. Bu görüş akımına göre, menşe ülke hakimin hükümlerine saygı gösterilmesidir. Böylece, uygulama yeri olan ülke hakimi, “menşe ülke hakim kararının yandaşlık veya kötüye kullanmak üzere alındığı...”⁸ sonucununa varmadıkça, hakimin kararı uygulamakla bağlı kalacağını ileri sürmektedir.

⁸ Jean-François Poudret:Quelle solution pour en finir avec l’affaire HILMARTON? (Revue de l’arbitrage 1994- n° 2).

Bununla birlikte menşe ülke hukukuna göre verilen iptal hükme ilişkin çok aşırı eksiklik açıkça söz konusu ise uygulama yeri olan ülke hakimi, buna göre menşe ülkede alınan tahkim kararının iptaline ilişkin verilen hükme bağlı kalmaktan kurtulur. Bu bağlamda menşe ülke hakimi, hükmün uygulama yeri olan ülke hakiminin hükmüne saygı göstermesi söz konusu değildir. Ancak bu durumda tahkimin, kararın alındığı menşe ülke hukukuna daha fazla saygı göstermesi gerektiği söz konusu olacaktır. Bunun için New York antlaşmasının aşılması gereklidir. Bu aşılma, New York antlaşmasının kendi yapılandırılması ile mümkündür. New York antlaşmasının 7. maddesinin tahkim kararının daha kolay yolla uygulamasını sağlayacak biçimde konuya ilişkin gereken antlaşmalardan ve yasalardan hareketle tahkim kararını uygulayacak hakime menşe ülke hakiminin hükmüne bağlı olup olmama özgürlüğünü veren New York antlaşmasının 5. maddesinin İngilizce çevirisinden yararlanma olanağını göz önünde tutulması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bunun için, tahkim kararlarının etkili güce ve kapsayıcı sonuçlara sahip olmasını ve ayrıca bu konudaki tercihlerin menşe ülkedeki hakim keyfilğine bırakılmaması için gereken önlemlerin alınmasını gerektirmektedir.

Tahkim kararının alındığı menşe ülkedeki hakim hükümlerinin temel güvence kaynağı, iradeye tanınan yetkinin kendisidir. Nitekim, tahkimin yapılacağı yer ülkesinin seçimi, tabi olacağı buyurucu kurallar ve kesin denetime ilişkin hukuki şekli ve uygulama etkileri, irade egemenliğinin bir sonucu olarak gelişmişse, menşe ülkesinin hakim hükümlerini görmemezlikten gelmek çok güçtür. Böylece taraflar bu temel unsurları, irade egemenliği altında seçmişlerse, bu özgürce, sorumluca ve bilinçle yapılan bir seçimdir. Tahkim yerinin seçimi, bir gezi eğlencesinin seçimi değildir. Oysa, bu aynı zamanda hukukun ve uzman hakimin seçimidir. İrade egemenliği doğrultusunda taraflar tahkim yerini belirlerken tahkimin dayanacağı en uygun tahkim hukuku ile en üstün yargı içtihatlarını araştırırlar. Tahkimin tabi olacağı irade egemenliğine saygı göstermeyen menşe ülkenin hakim hükümlerine de uyulmaması gerekir.

Anılan konuda menşe ülke ile ilişkisini koparmış olan bir tahkim kararı konusunda Fransız düşüncesini yürütmek çok zordur. Devletlerin buna yetki bırakmaları, tahkimi kendi topraklarında gerçekleştirmesini kabul etmeleri ve uygulama yeri olan ülke hakimine tamamen denetim yetkisini tanımaları halinde, ilgili ülke hakiminin denetim rolünü ortadan kaldıracak şekilde bu ödümleri kabul etmeleri (tölemeleri) beklenemez. Bunun en büyük kanıtı, yargı ve tahkim kararlarının karşılıklı biçimde tanınmasını ve uygulanmasını sağlamak üzere üye ülkeleri müzakere yapmayı zorlayan 1957 tarihinde kurulmuş olan

Avrupa pazarının kuruluş antlaşmasıdır. Gerçekten müzakereler yapılmıştır ve sonucunda tahkim şekli, yetkisi ve esası üzerine denetim olmadan Avrupa yargı hükümlerinin uygulama serbestisinin geçişini sağlayan ifadeler, Brüksel antlaşmasının 26-29. maddelerinin kapsamını oluşturmuştur. Ancak bu antlaşma, tahkim kararlarını da içerecek biçimde ileri gitmemiştir.

Arap ülkelerin konuya ilişkin antlaşmalarında olduğu gibi aynı durumu Riyad antlaşmasının beşinci bölümünde görmek mümkündür. Anılan bölüm metninde “medeni, ticari, idari ve kişilik durumlara ilişkin olaylarda ve uygulamalarda verilen hükümlerin tanınması”na ilişkin ifadeler yer almaktadır. Bu antlaşmaya göre, tahkim kararının bir ülkede uygulanması için bu uygulama konumunu menşe ülke yargısının yetki gücünden alması gerekir. Bu durum, tahkim kararlarının uygulanmasında Riyad antlaşmasını, New York antlaşmasının seviyesinden daha düşük bir seviyede göstermektedir.

Bizim görüşümüze göre çözüm, denetim yetkisinin menşe ülke hakiminde kalması gerektiği ve uygulayıcı konumunda olan hakimin de buna saygı göstermesiyle gerçekleşir. Bu bağlamda ayrıca tahkim kararının iptaline ilişkin verilen hükmün uluslararası itibari, göz önünde tutulmalıdır. Bir uluslararası tahkim kararının başvuru yollarının sırf yerel hukuk hükümlerine tabi olduğu gerekçesiyle uluslararası tahkim kararları ile yerel hukuk hükümlerine tabi olarak anılan kararın iptal edilmesi, hukuk ilkelerinin ruhuna aykırıdır. Ancak bu durum açıklamak için New York antlaşmasının 5. maddesini esas almak mümkündür. Nitekim bu antlaşma, uluslararası tahkim kararlarının uygulanıp uygulanmaması gerektiği konusunda dört uluslararası ilke ve ölçütleri esas almaktadır. Bunlar:

- Hakemin seçimi ve hakemlik işlemlere uygun bildirim yükümünün karşı tarafınca ihlal edilmesi,
- Verilen tahkim kararı, tahkim işlevini aşmışsa,
- Tahkim, hakem kuruluşu veya tahkim işlemleri, tarafların antlaşmasına veya hukuka aykırı ise,
- Kamu düzenine aykırı ise,

Anılan bu dört esaslar, uluslararası ölçütler gibi değerlendirilir ve menşe ülkesinin hakimi, bu ülkede verilen uluslararası tahkim kararını denetleyebilir. Ancak denetimde her hangi yetkinin kötüye kullanılmaması veya yetkinin aşılması gerekir. Çünkü, bu yetkinin sınırı aşılması halinde bunun etkisi kendi aleyhine dönecektir. Bu çözüm çerçevesinde New York antlaşması aşılabılır ve bu gereklidir. Çünkü tahkim, özellikle uluslararası tahkim, New York antlaşmasının onaylanmasıyla, 1958 yılından beri uluslararası düzeyde ticaret ve istihdam

alanında büyük, önemli rolü ile birlikte riskli uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin barışçıl yolları arayalayan işlevini de görmektedir. Ayrıca bu işlevler, New York antlaşmasının kendi hükümleri içinde de anlaşılmaktadır. Tahkim, hakem kararının uygulama yollarını kolaylaştırmadıkça, bu kurum uluslararası istihdamın ve yatırımların bir güvencesi olarak işlev göremez ve ayrıca uluslararası yatırımlar ve istihdamlar sağlıklı biçimde işlevlerini sonuçlandıramaz. Bunun için uluslararası ekonominin etkin gelişmesi için tahkime gereken güvencelerin sağlanması gereklidir. Kaldı ki, öğreti görüşlerinden beklenen özellikle uluslararası alanda, çok etkin düşünce ve çözümlerin üretilmesidir. Ayrıca tahkim kurallarının belirlenmesinde en belirleyici içtihat akımları, Avrupa ve Amerikan mahkemeleridir. Bu mahkemeler, tahkim durumunu belirlediği bu kuralarla bugünkü konuma getirmiştir. Bununla dünya ülkelerin mahkemelerini, anılan bu mahkemelerin izlediği aynı akıma tabi olmamalarını gerektiren ne vardır?

Bu çağın başında bütün Avrupalı kanun koyucuları tahkime çok açıkça karşı tutum içinde idiler. Giderek içtihatlar sonucunda çözümler ve çıkışlar ortaya çıkmıştır. Öğreti görüşleri ile yargı içtihadın katkısıyla bir seri hukuk kurallarını sağlam esaslara göre derinleştirerek bütün bunların yapılandırılması, uluslararası kural koyucular ile antlaşmalara bırakılmıştır. Bu anlamda küreselleşme ve ayrıcalığın engelleri önünde henüz yol uzak görünmektedir. Ancak ilkesel düşünceler ile yargı içtihatları alanında New York antlaşmasının aşılması uzak bir durum değildir. Bu antlaşmanın aşılmasıyla tahkim kararlarının uygulanması için güvenli ve deneyimli bir çözüm yolu ortaya çıkacaktır.