

Tüzel Kişilerin Yolsuzluk Suçlarına İlişkin Sorumluluğu



Funded
by the European Union
and the Council of Europe



EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

Tüzel Kişilerin Yolsuzluk Suçlarına İlişkin Sorumluluğu

Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazar(lar)ın sorumluluğundadır ve Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliğinin resmi politikasını yansıttığı şeklinde yorumlanmamalıdır.

Bu belgenin tamamının veya bir kısmının çoğaltılması veya tercüme edilmesi ile ilgili tüm talepler İletişim Müdürlüğüne (F-67075 Strasbourg Cedex veya publishing@coe.int) gönderilmelidir. Bu belgeyle ilgili diğer tüm yazışmalar İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğüne gönderilmelidir.

Bu belge, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından ortaklaşa finanse edilen bir proje kapsamında hazırlanmıştır. Burada ifade edilen görüşler hiçbir şekilde her iki tarafın da resmi görüşünü yansıttığı şeklinde yorumlanamaz.

Kapak ve sayfa düzeni: Belge ve Yayın Hazırlama Departmanı (SPDP) / Avrupa Konseyi

Fotoğraf: Shutterstock

Bu yayın, yazım ve dil bilgisi hatalarını düzeltmek için SPDP Editörlüğü tarafından kontrol edilmemiştir.

© Avrupa Konseyi - Mayıs 2020'de Avrupa Konseyinde basılmıştır

Yayının konusu hakkında daha fazla bilgi için lütfen irtibata geçin:
Ekonomik Suçlar ve İşbirliği Bölümü - Suçlarla Mücadele Departmanı
İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü / Avrupa Konseyi
E-posta: contact.econcrime@coe.int

Katkıda bulunanlar:
Tilman Hoppe, Martin Polaine, Georgi Rupchev, Mark Livschitz, Dr. Constantino Grasso, Bright Line Law ve Hughes Hubbard & Reed LLP

www.coe.int/econcrime

İçindekiler

1. ÖN SÖZ	5
2. KURUMSAL SORUMLULUĞUN ÖNEMİ	7
2.1. Örnek vaka incelemesi 1: Yunan Devletiyle uzlaşma	7
2.2. Artılar ve eksiler	8
2.3. Başarı hikayeleri	9
3. SORUMLULUK KAVRAMLARI	11
3.1. İsnat	11
3.2. Objektif İsnadiyet	12
3.3. Uluslararası sözleşmeler	12
3.4. Uluslararası belgelerin sistematik olarak karşılaştırılması	13
3.5. Örnek vaka incelemesi 2: Siemens'in rüşvet davaları	16
4. SORUMLULUĞA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR	19
4.1. Cezai sorumluluk	19
4.2. İdari sorumluluk	28
4.3. Yaklaşımların analizi (cezai ve idari)	29
5. SORUMLULUĞUN UNSURLARI	33
5.1. Tüzel kişi	33
5.2. Tüzel kişiyle bağlantılı gerçek kişilerin işlediği suçlar	34
5.3. Gerçek kişilerce işlenen yolsuzluk suçları	35
5.4. Suç ile tüzel kişi arasındaki bağlantı	37
5.5. Kusurun tüzel kişiye isnat edilmesi	38
5.6. Ek bölüm: Bağlı şirketler	44
5.7. Örnek vaka incelemesi 3: Energetica	47
5.8. Örnek vaka incelemesi 4: Umbrella Company	49
6. YAPTIRIMLAR	51
6.1. Mali	52
6.2. Mali olmayan yasal çözüm yolları	54
6.3. Örnek vaka incelemesi 4: Moskova'da trafik kontrolü	59
6.4. Örnek vaka incelemesi 5: Ödülü hak eden soruşturma?	59
7. USUL KONULARI	63
7.1. Yargı yetkisi	63
7.2. Uluslararası adli işbirliği	65
7.3. Çifte yargılama (" <i>Ne bis in idem</i> ")	66
7.4. Usule ilişkin koruma önlemleri	68
7.5. Yargılama taktikleri: Gerçek ve tüzel kişiler	68
7.6. Örnek vaka incelemesi 6: Offshore Limited	69
7.7. Örnek vaka incelemesi 7: Yurt dışında yapılan işlemler	70
7.8. İç ve dış soruşturmalar	70
7.9. Kurumsal çözüm anlaşmaları	76
8. MEVZUAT BELGELERİ	85
8.1. Bölüm I: Sorumluluk	85
8.2. Bölüm II: Usule ilişkin konular	101
9. EK	109
9.1. Uluslararası sözleşmeler	109
9.2. Sözleşme dışı standartlar	112

1. Ön Söz

Bu yayın, dünyada son 15 yılda tüzel kişilerin ekonomik suçlardan dolayı cezai veya idari olarak sorumlu tutulmasına ilişkin artan bir eğilimi yansıtmaktadır. Siemens, BAE Systems ve Daimler AG davaları gibi ekonomik suçlara ilişkin ilk büyük kurumsal davalardan, daha yakın bir geçmişte gerçekleşen Ericsson, MTS, Skansen, Deutsche Bank ve Societe Generale gibi yolsuzluk ve kara para aklama suçlarına karıştığından şüphelenilen kurumların yargı alanları arası soruşturma ve kovuşturma örneklerine kadar tüzel kişilerin sorumluluğu, artık dünyada bireysel sorumlulukla eşit muamele görmektedir. Çoğu çok uluslu şirketin yabancı görevlilere rüşvet veya suç gelirlerinin aklanması olaylarında oynadığı roller göz önünde bulundurulduğunda, bu hiç de şaşırtıcı değildir.

Bu yayın, iki amaca hizmet edecek şekilde hazırlanmıştır. Birincisi, politika yapıcılara ve uygulayıcılara, farklı yargı alanları tarafından benimsenen kurumsal sorumluluk kavramı ve uygulama yaklaşımlarına genel bir bakış sunmaktır. Bu amaçla, yayında devletleri kendi sistemlerinde benzer mekanizmaları uygulamaya davet eden ilgili uluslararası standartlara da atıfta bulunmaktadır. Bu açıdan, bu yayın aynı zamanda bir eğitim kılavuzu olarak ve ayrıca alandaki standartlar ve karşılaştırmalı uygulamalar hakkında bir kaynak olarak da kullanılabilir. İkinci olarak, örnek yasal hükümlerle birlikte açıklayıcı notlar sunularak üye ve üye olmayan devletlerdeki tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin kuralların yasalaştırılması ve güncellenmesi konusundaki gelecekteki çalışmalara bilgi sağlanması amaçlanmaktadır. Önerilen örnek yasal hükümler, bu alanda söz konusu kuralları henüz uygulamaya koymamış yargı alanları tarafından bir temel olarak kullanılabilir.

Burada yer alan bilgiler, farklı ekonomik suç faaliyetlerinde tüzel kişilerin oynadığı rolleri ele almak için Doğu Ortaklığı ve Batı Balkan ülkelerinin desteklenmesinde 2013'ten 2018'e kadar Avrupa Konseyi tarafından gerçekleştirilen çok disiplinli çalışmaların sonucunda elde edilmiştir. Söz konusu bilgiler, Tilman Hoppe, Mark Livschitz, Georgi Rupchev, Martin Polaine ve Dr. Constantino Grasso dahil olmak üzere farklı yargı alanlarından konu uzmanları ve uygulayıcıların yanı sıra uluslararası üne sahip hukuk firmaları Bright Line Law ve Hughes Hubbard & Reed LLP'nin avukatları ve müvekkillerinin katkılarıyla derlenmiştir.

İlerleyen sayfalarda sunulan bilgilerin, tüzel kişilerin ekonomik suçlara ilişkin sorumluluğu konusıyla ilgilenenler, politikalar ve uygunluk çözümleri oluşturanlar ve belirli suç faaliyetlerine karışan tüzel kişilerin nasıl en iyi şekilde soruşturulacağını ve kovuşturulacağını düşünenler için değerli bir araç olacağını umuyoruz.

2. Urumsal sorumluluğun önemi

Gerçek kişilerin sorumluluğu binlerce yıldır var olan bir olgudur. Buna karşılık, tüzel kişiler kavramı, ancak 19. yüzyıldan beri belirli yargı alanlarında tanınmaktadır. Tüzel kişilerin ortaya çıkmasıyla, gerçek kişilerin sorumluluğunun tek başına yeterli olmadığı ve tüzel kişilerin sorumluluğu için de düzenlemelerin yapılması gerektiği anlaşılmıştır.

Dolayısıyla, rüşvetçiliğin şirketler için **karlı** bir iş olabileceği durumlarda, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu, yolsuzluk alanında özellikle değerlidir. Tahminler, rüşvetin getirisinin ortalama olarak rüşvet miktarının on katı olduğunu gösterirken¹, raporlarda dünya genelinde şirketlerin yaklaşık %15'inin belirli koşullarda rüşvet vermenin **makul** olduğunu düşündüğü belirtilmektedir.²

2.1. Örnek vaka incelemesi 1: Yunan Devletiyle uzlaşma

Arka plan

Yunanistan'daki Siemens rüşvet skandalı, 2000'lerin başında Siemens AG ile Yunan hükümet yetkilileri arasında yapılan bazı ihale sözleşmeleriyle ilgiliydi.

Siemens'in hükümet yetkililerine önemli meblağlar ödeyerek, 2004 Yaz Olimpiyat Oyunları kapsamında güvenlik sözleşmeleri, Atina metrosuyla ilgili bir sözleşme ve OTE'nin 1990'larda yaptığı diğer satın almalarla ilgili sözleşmeler de dahil olmak üzere birtakım prestijli ihaleleri almayı başardığı iddia edildi. Basında çıkan haberlere göre, Siemens şirket yetkilileri 1998 ile 2005 yılları arasında Yunanistan'ın ana siyasi partilerine 12 milyon EUR'den fazla para verdi.³ Yunanistan, 1990'ların sonlarından 2007'ye kadar Siemens'in çeşitli Yunan hükümetlerine ödediği rüşvetlerin faturasının vergi mükellefleri için 2 milyar EUR civarında olduğunu iddia etti.

2008 yılına kadar süren iki yıllık soruşturma sırasında, aralarında Siemens AG'nin Yunan birimi ve OTE'nin eski yöneticilerinin de bulunduğu yaklaşık 100 kişi, Atina savcılığına ifade verdi. Ödemelere aracılık ettiğinden şüphelenilen iş adamları ve brokerler de mahkemede ifade verdi.

2008 yılında savcı, ancak "tüm sorumlulara" karşı bireysel olmayan suçlamalarda bulunabildi. Bu tür suçlamalar, yetkililer tarafından, şüpheli olduğu düşünülen herhangi birinin otomatik olarak suçlandığı geniş kapsamlı bir soruşturma açılmasına olanak tanır.

1998'de PASOK yönetimi sırasında görev yapan eski Ulaştırma ve Haberleşme Bakanı, 1998'de idaresi sırasında seçim kampanyasını finanse etmek için Siemens tarafından İsviçre'deki bir banka hesabına 200.000 Alman markının yatırıldığını Mayıs 2010'da bir parlamento soruşturma komitesine itiraf etti.

Ancak, 2012 yılına kadar Siemens, Yunan hükümet yetkilileri veya başka herhangi bir kişi tarafından herhangi bir rüşvet suçu kanıtlanmadı.

Ağustos 2012'de, Yunanistan maliye bakanlığı ve Siemens 330 milyon avro değerinde bir anlaşma imzaladı.⁴ O sırada, Yunanistan başbakanı Berlin'de, Şansölye'den Yunanistan'ın borç krizinde kurtarma paketiyle ilgili olarak "nefes almak için zaman" istiyordu.

Anlaşma şartları uyarınca, Alman grubu, Yunan devletinin borçlu olduğu 80 milyon avroyu silmeyi ve ülkede 250 milyon avroluk ek yatırımlar yapmayı kabul etti. Siemens, tıbbi ekipmanlardan üniversite araştırma programlarına kadar Yunanistan devleti altyapısını finanse etmek için beş yıl içinde 90 milyon avro ödeyecek. Ayrıca, "şu anda 600'den fazla çalışanı olan şirket, varlığını ve faaliyetlerini sürdürmesini sağlamak için" 2012'de

1. The Economist (2 Haziran 2012), *You get who you pay for*, www.economist.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

2. Aynı kaynak.

3. Deutsche Welle (2 Temmuz 2008), *Siemens Hit by Corruption Charges in Greece, Norway*, www.dw.de, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

4. Siemens AG (5 Nisan 2012), *Siemens and the Hellenic Republic reach a settlement agreement and mark a new beginning*, www.siemens.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Yunanistan'a 100 milyon avro yatırım yapmayı taahhüt etti. Buna ek olarak, şirket, Yunanistan'da 60 milyon avronun üzerinde bir bütçeyle 700'den fazla kişinin istihdam edileceği yeni bir tesis inşa etmeyi kabul etti".⁵

Sorular

- Bu vakada tüzel kişilerin cezai olmayan (idari ve hukuki) ve cezai sorumluluğunun avantaj ve dezavantajları nelerdir?
- Bu vakada tüzel kişilerin cezai olmayan ve cezai sorumluluğu neler için çözüm sağlayamaz?
- Siz bir uzlaşma yapılmasını savunur muydunuz yoksa buna karşı mı çıkardınız?

2.2. Artılar ve eksiler

Şirketlerin haksız fiillerde olduğu gibi **hukuki sorumluluğu** dünyada tüm yargı alanlarında mevcuttur. Özellikle Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde, işletmelerin Devlete ve belediyelere karşı yükümlülüklerini yerine getirememeleriyle ilgili idari sorumluluğu da nispeten iyi bilinmektedir.⁶ Buna karşılık, tüzel kişilerin **cezai sorumluluğu**, Avrupa Konseyi üye devletlerinin bazılarında henüz tanınmayan nispeten daha yeni bir kavramdır. Gerçek kişilerin sorumluluğunu tüzel kişilerin sorumluluğu ile tamamlamanın gerekliliğine ilişkin temel argümanlar şunlardır:

- Şirketler genellikle kasıtlı olarak veya bir yolsuzluk kültürünü tolere ederek rüşvet suçuna karışma eğiliminde olduğundan, sorumlu olmalıdırlar, çünkü **adalet** bunu gerektirir.
- Karmaşık ve dağıtık bir karar alma yapısının söz konusu olduğu durumlarda, suçu tek bir kişiye yüklemek **haksızlık** olabilir.
- Sosyal bir olgu olarak yolsuzluk, kaynaklarından birinde ele alınmazsa **önlenemez**: Devleti yozlaştıran şirket karı.
- Şirket düzeyinde önleme daha **etkili** olabilir: Şirketler, bir suçun ekonomik riskleri hakkında bireylerden daha rasyonel düşünme eğilimindedirler. Bu riskler önemli olabilir: Hakkında rüşvet davası açılan Amerikan firmaları, piyasa değerlerinin ortalama %9'unu kaybederler.⁷
- Kurumsal sorumluluk, tüzel kişilere yolsuzlukla mücadele tedbirleri almaları için bir **teşvik** sağlar.
- Şirketler "rüşvet ödemesi için sık kullanılan **vasıtalar** ve bu amaca kolayca adapte edilebilirler. İşlemlerin niteliğini gizlemek için ayrıntılı mali yapıların ve muhasebe tekniklerinin kullanılması olağandır".⁸
- Yolsuzluktan elde edilen gelirlere **el koyulması**, kurumsal sorumluluk söz konusu olduğunda daha kolay olur.⁹
- Tüzel kişilerin sorumluluğu rejiminde uygulanan yaptırımlar, kamu **bütçesi** için önemli bir finansman kaynağı oluşturabilir. Nihayetinde yolsuzluğun mağduru olan halk, böylelikle işlenen suç için bir miktar tazminat almış olur.
- Rüşvet vergiden düşülemeyeceğinden, bir tüzel kişinin rüşvet suçuna ilişkin sorumluluğu, bir rüşvet soruşturması yürüten devlet için düzenli olarak ek **vergi** geliri demektir.
- Bu davalarda genellikle **davacı bulunmadığından**, rüşvet fiillerinden kaynaklanan genel ekonomik zararlar ilgili olarak bir hak talebinde bulunmak için hiçbir neden veya yeterli kanıt yoktur. Dolayısıyla, zararlara ilişkin **hukuki sorumluluk** yeterli olmayacaktır. Rüşvet veren şirketin bir rakibi, rüşvet verilmemeseydi ihaleyi kazanacağını ve rüşvet veren şirkete ihaleyi veren devletin de, rüşvet verilmemeseydi ihaleyi başka bir katılımcıya vereceğini kanıtlaması gerekir. Rakiplerin, rüşvet veren şirket ile yapılacak alt sözleşmelerden yararlanmak için onunla gizli işbirliği yapması halinde durum daha da karmaşık hale gelir.
- Tüzel kişilerin sorumluluğu için araştırılan **kanıtlar** genellikle gerçek kişilerin sorumluluğunu tespit etmek için yararlıdır. Tüzel kişi aleyhine açılmış bir dava yoksa, bu kanıtlar genellikle mevcut olmaz.

5. The Telegraph (27 Ağustos 2012), *Debt crisis: Greek government signs €330m settlement with Siemens*, www.telegraph.co.uk, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

6. Örneğin bkz. Bulgaristan'ın 1969 tarihli *İdari Suçlar ve Yaptırımlar Yasası*, Madde 83

7. The Economist (2 Haziran 2012), *You get who you pay for*, www.economist.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

8. OECD (6 Haziran 2003), *Bulgaria: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 2 Raporu*, s. 27, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

9. Aynı kaynak. s.27: "Baş müfettişlere göre, yabancı kurumların rüşvet olaylarında el koyma tedbirinin yararlılığı, tüzel kişilerin sorumluluğunun olmamasından ciddi şekilde etkilenir." Ayrıca, 2013 yılında Bulgaristan hakkında hazırlanmış bir takip raporunda ülkenin, kanunlarına yabancı kurumların rüşvet olaylarında tüzel kişilerin sorumluluğunun dahil edilme sürecinde olduğu belirtilmiştir: OECD (May 2013), *Bulgaria: Faz 3 Raporu Takip Çalışması ve Tavsiyeler*, ss. 3-4, 10-13.

Diğer yandan, tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna karşı en yaygın olarak kullanılan argümanlar şunlardır:

- ▶ Bir suç ile soyut bir yasal kurgu arasındaki bağlantı suçluluk açısından var olamayacağından ("*nulla poena sine culpa*"), sadece bir **gerçek** kişi cezai sorumluluğa sahip olabilir. Bu kavram, son zamanlarda piyasa ekonomisine yönelen ülkelerde özellikle güçlüdür.
- ▶ **Ceza adaleti** sistemi, bir insanın etrafında tasarlanmıştır (yargılama öncesi tutuklulukla ilgili koruma önlemleri, DNA testleri, vb.).
- ▶ Ceza hukukunun önde gelen yaptırımı olan **hapis**, tüzel kişilere uygulanamaz.
- ▶ Tüzel kişi ve onun dürüst sahipleri ve hissedarları da sıklıkla yolsuzluğun **kurbanı** olurlar. Şirket içinde birkaç kişinin eylemleri ile işlenen bir suç, şirketin itibarına ve hisse değerlerine zarar verebilir.
- ▶ Tüzel kişilere ilişkin kovuşturma gerçek kişilere göre daha kolay olabilir ve bu da gerçek kişilerin kovuşturulmasına ilişkin tedbirlerin **ihmal** edilmesine yol açabilir.

Artıları ve eksilerini değerlendirmeden, tüzel kişilerin sorumluluğunun, suçlara ilişkin bireysel sorumluluk esasını reddetmeden, yolsuzlukla ve diğer ekonomik suçlar ya da başka suç türleriyle mücadele etmek için yargı alanlarının kullanabileceği araçlara yararlı bir ekleme olabileceği söylenebilir.

2.3. Başarı hikayeleri

Amerika Birleşik Devletleri, 2008'den 2016'ya kadar en büyük 10 yabancı rüşvet vakasına karışan şirketlerden 4,7 milyar ABD doları tahsil etti.¹⁰ Bu eğilim 2017 ve 2018'de de devam ederek nihayetinde bazı büyük davalar sonuçlandı. Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanunu (FCPA) kapsamında Eylül 2018'e kadar sonuçlandırılmış en büyük davalar, büyüklük sırasına (toplam ceza ve geri ödeme dahil) göre aşağıda listelenmiştir:

1. Petroleo Brasileiro SA - Petrobras / Brezilya: 2018'de 1,78 milyar dolar.
2. Telia Company AB / İsveç: 2017'de 965 milyon dolar.
3. Siemens AG / Almanya: 2008'de 800 milyon dolar.
4. VimpelCom / Hollanda: 2016'da 795 milyon dolar.
5. Alstom / Fransa: 2014'te 772 milyon dolar.
6. Societe Generale SA / Fransa: 2018'de 585 milyon dolar.
7. KBR / Halliburton / Amerika Birleşik Devletleri: 2009'da 579 milyon dolar.
8. Teva Pharmaceutical / İsrail: 2016'da 519 milyon dolar.
9. Keppel Offshore & Marine Ltd / Singapur: 2017'de 422 milyon dolar.
10. Och-Ziff / Amerika Birleşik Devletleri: 2016'da 412 milyon dolar.

Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı (DOJ) tarafından 2008 yılında Avrupalı mühendislik devi Siemens AG'ye yönelik olarak yapılan suçlama, rüşvete karışmakla suçlanan kuruluşlar için yüksek para cezaları uygulama eğiliminin başlamasına neden oldu. 800 milyon dolarlık para cezası, Kazakistan'daki hükümet yetkililerine rüşvet verildiği iddiasıyla ilgili olarak Baker Hughes, Inc.'ye kesilen 44 milyon dolarlık en büyük FCPA cezasından yirmi kat fazlaydı. Mahkeme belgelerine göre, Almanya'da kurulmuş olan Siemens AG, 1990'lardan itibaren şirket defterlerinde tahrifat yapmış ve yurt dışında rüşvet verilmesini yasaklamayan ve dahası bunları vergi indirimleri için esas alan Alman düzenleyici sisteminden faydalanmıştır. Siemens, sonraki on yıl boyunca yabancı yetkililere rüşvet verme uygulamasına devam etti. FCPA'yı ihlal suçunu kabul eden şirket, ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonuna (SEC) elde ettiği karın geri ödemesi olarak 350 milyon dolarlık para cezasına ek olarak DOJ'ye 450 milyon dolar para cezası ödemeyi kabul etti. Bugüne kadar, Siemens tarafından ödenen 800 milyon dolarlık toplam para cezası, FCPA kapsamında tek bir şirkete uygulanan en büyük para cezasıdır. Ayrıca, 2008'de Siemens, ek olarak Almanya'da 395 milyon avro (540 milyon dolar) ceza ödemeyi kabul etti. Diğer eklemelerle birlikte, Siemens tarafından Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya'da ödenen toplam para cezası 1,6 milyar dolar olarak gerçekleşti.¹¹ Buna ek olarak, Siemens avukatlar ve muhasebeciler için 850 milyon avro ücret ödemek zorunda kaldı.¹²

10. Cassin R. (2016), *The FCPA's Top Ten*, www.fcpablog.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; Cassin R. (2018), *Petrobras smashes the top ten list (and we explain why)*, www.fcpablog.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

11. New York Times (15 Aralık 2008), *Siemens to Pay \$1.34 Billion in Fines*, www.nytimes.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

12. The Guardian (16 Aralık 2008), *Record US fine ends Siemens bribery scandal*, www.guardian.co.uk, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Siemens ile yapılan anlaşma, dünyada yeni rüşvet soruşturmalarını harekete geçirerek, holdinglere Siemens davasından önce görülmemiş miktarlarda cezaların kesilmesinin önünü açtı. 2014'te Fransız demir yolu şirketi Alstom, Endonezya, Suudi Arabistan ve Tayvan dahil olmak üzere çeşitli ülkelerde devlete ait kurumlardan toplam 4 milyar dolarlık projeler almak için on milyonlarca dolar rüşvet vermekten suçlu bulundu. Alstom'un bu faaliyetlerden yaklaşık 300 milyon dolar kar elde ettikten sonra, ödemeleri gizlemek için defterlerini ve kayıtlarını tahrif ederek yasa dışı eylemlerine devam ettiği tespit edildi. Şirket daha sonra, uygunluk sisteminde reform yapmayı ve soruşturmayı sona erdirmek için 772 milyon dolar ödemeyi kabul etti.

Benzer şekilde, rüşvet suçları nedeniyle ABD firması KBR'ye 579 milyon dolar ve İngiliz firması BAE Systems'e de 400 milyon dolar gibi ağır cezalar kesildi. KBR'ye, Nijerya'da 6 milyar dolardan fazla bedele sahip mühendislik, tedarik ve inşaat ihalelerini kazanmak için hükümet yetkililerine ödeme yaptıktan sonra dava açılırken, BAE Systems de silah satışlarıyla bağlantılı olarak FCPA'ya uygunluk hakkında yanlış beyanlarda bulunmaktan suçlu bulundu. Söz konusu eğilim, hemen hemen hiç hız kesmeden devam ediyor. Yalnızca 2012 yılında Amerika Birleşik Devletleri, yalnızca yurt dışındaki rüşvet vakalarıyla ilgili olarak çeşitli şirketlerden 138 milyon dolar tahsil etti.¹³

Aynı şekilde, diğer ülkeler de büyük para cezaları verdi. 2011'de bir Fransız mahkemesi, Fransız elektronik savunma ürünleri grubu Thales'in, Fransız hükümeti ile birlikte, 1991'de altı fırkateynin Tayvan'a 2,8 milyar dolara satılmasıyla ilgili olarak verdiği rüşvet için 630 milyon avro (920 milyon dolar) tutarında rekor bir para cezası ödemesine karar verdi.¹⁴ Bu ceza, ABD'de şimdikiye kadar ödenen en yüksek para cezaları arasındadır.

Tüzel kişilerin sorumluluğu kavramı olmasaydı, yukarıdaki cezalardan çok azı mümkün olabilirdi. Ayrıca, bu davalarda çok sayıda gerçek kişi çeşitli cezai suçlardan yargılandı. Örneğin, Siemens'in CEO'larından biri yargılanarak dava sonucunda 175.000 avro ödemesine karar verildi. Siemens, kendisinden ve çalışma arkadaşlarından milyonlarca avro tazminat talep etti.

13. ABD SEC, *SEC Enforcement Actions: FCPA Cases*, www.sec.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

14. Defense Industry Daily (17 Nisan 2014), *Taiwan's Frigate Corruption Investigation: Can they Collect?*, www.defenseindustrydaily.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

3. Sorumluluk kavramları

Şirketlerin suç işleyemeyeceği ilkesi (“*societas delinquere non potest*”) evrensel olarak kabul ediliyordu. Bu, bazı Anglo-Sakson Hukuku sistemlerinde değişmeye başladı. Günümüzde bu asırlık tartışma, tüzel kişilerin cezai sorumluluk üstlenip üstlenemeyeceği ya da üstlenmesi gerekip gerekmediğine dair sorulardan uzaklaşarak bu sorumluluğun nasıl tanımlanıp düzenleneceğine dair sorular üzerinde yoğunlaşmış bulunmaktadır.¹⁵

Genel olarak, şirketin sorumluluğunu tesis etmenin iki yolu vardır: Personelinin kişisel sorumluluğuna dayalı olarak tüzel kişiye sorumluluk isnat ederek ya da tüzel kişinin kendisinin hatalı bir yönünden yararlanarak.

3.1. İsnat

İsnat modelinde tüzel kişinin sorumluluğu, şirket için çalışan bir gerçek kişinin kişisel sorumluluğundan gelir. Yolsuzluk yapan gerçek kişi ile tüzel kişi arasında bir sınır çizmek için iki farklı yaklaşım vardır: Ya gerçek kişi şirketin “alter egosu” (ikinci kişiliği) olarak görülür ya da şirket, hizmetkarın (gerçek kişi) eylemlerinden sorumlu olan efendi olarak görülür.

3.1.1. Şirketin “alter egosu” olarak yönetim

Genel bakış	
İlke	Şirketin başındaki kişinin eylemleri, şirketin kendisinin eylemleri sayılır.
Avantaj	Şirketin başındaki kişi hatalı olduğunda şirket de hatalı olur.
Dezavantajlar	Şirketin başındaki kişinin eylemleriyle sınırlıdır. Bireysel hatanın ispatlanması gerekir, aksi takdirde şirket sorumlu olmaz.

Örneğin, Gürcistan Ceza Kanunu Madde 107.1’in 2 ve 3. fıkralarında bu kavram kullanılmaktadır:

“Bir tüzel kişi, sorumlu bir kişi tarafından tüzel kişi adına veya aracılığıyla veya (onu kullanarak) ve/veya yararına işlenen bu Kanun kapsamındaki bir suç için cezai sorumluluk alır.

Bu maddenin 2. fıkrası kapsamında sorumlu kişi, tüzel kişi adına yönetme, temsil etme ve/veya kararlar almaya yetkili bir kişi ve/veya tüzel kişinin yönetim, kontrol veya denetim organının bir üyesidir.”

Yönetimin kişisel sorumluluğu, yolsuzluk suçuna kasıtlı olarak karışmakla sınırlı olmayıp aynı zamanda denetim eksikliğinden de kaynaklanabilir. Slovenya’nın “Tüzel Kişilerin Cezai Suçlara İlişkin Sorumluluğu Yasası” Madde 4.4’te, kurumsal sorumluluk yönetimin denetim eksikliğine dayandırılır: “Bir tüzel kişi, 4. [...] yönetim veya denetim organlarının kendilerine bağlı çalışanların eylemlerinin yasalara uygunluğunu denetleme yükümlülüğünü ihmal etmişse, tüzel kişi adına veya lehine işlenen bir suçtan sorumlu olur.”¹⁶

3.1.2. Efendi-hizmetkar sorumluluğu

Genel bakış	
İlke	Hizmetkarlarından (personel) sorumlu efendi (tüzel kişi)
Avantaj	Çalışan hatalı olduğunda şirket de hatalı olur.
Dezavantajlar	Bireysel hatanın ispatlanması gerekir, aksi takdirde şirket sorumlu olmaz.

15. UNCAC (2012), *Legislative Guide*, No. 316, s.108, www.unodc.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

16. Slovenya’nın *Tüzel Kişilerin Cezai Suçlara İlişkin Sorumluluğu Yasası* 1999 (2004’te değişiklik yapılmıştır), www.unodc.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Efendi-hizmetkar sorumluluğunun en belirgin örneği, ABD'nin 1977 tarihli FCPA yasasıdır.¹⁷Bu yasada şöyle bir ifade yer alır: "bu ihraççı kuruluşun [menkul kıymetler] herhangi bir yetkilisi, yöneticisi, çalışanı veya temsilcisi ya da bu ihraççı kuruluş adına hareket eden herhangi bir hissedar."

3.2. Objektif Isnadiyet

Genel bakış	
İlke	Önleyememe, rüşvet için sorumluluk oluşturur.
Avantaj	Bireysel hatanın ispatlanması gerekmez.
Dezavantajlar	Bireysel hatanın göz ardı edilmesinin hoş görülmesine neden olabilir. Anonim cezai sorumluluk. Şirket tarafından önleme yapılmadığının ispatlanması gerekmez.

Finlandiya Ceza Kanunu Bölüm 9, Madde 2'nin 1. fıkrasında objektif isnadiyete dair bir örnek yer alır: "Şirketin faaliyetlerinde suçun önlenmesi için gerekli özen ve ihtimamın gösterilmemesi halinde [...] şirket, kurumsal para cezasına çarptırılabilir."¹⁸

Yönetimin denetim eksikliğinden kaynaklanan isnat ile objektif sorumluluk arasındaki çizgi (bkz. yukarıda 3.1.1) çok ince olabilir; esasen, önleme tedbirlerinin eksikliğini şirketteki herhangi bir kişiye atfetmeyen bir mevzuat, objektif modelin kapsamına girerken diğer mevzuatlarda isnat modeli izlenir.

3.3. Uluslararası sözleşmeler

Avrupa veya dünya genelinde geçerli olan tüm Sözleşmelerde, tüzel kişilerin yolsuzluk suçlarına ilişkin sorumluluğu kavramı açık bir standart olarak yer alır.

Tüzel kişilerin sorumluluğu çeşitli uluslararası sözleşmelerde ele alınmaktadır. Bu kılavuzda, aşağıdaki dört belge ayrıntılı şekilde vurgulanmaktadır:

- ▶ (1) AB'nin Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek İkinci Protokolü (1997);
- ▶ (2) OECD'nin Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi (1997) ve onu tamamlayıcı nitelikte olan Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvetle Daha Fazla Mücadele için OECD Rüşvet Çalışma Grubunun Tavsiyesi (2009);
- ▶ (3) Avrupa Konseyinin Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi (1999) ve
- ▶ (4) BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (2005).

Aşağıdaki tabloda sistematik bir karşılaştırma verilmiştir. İlgili alıntılar Ek 9'da bulunmaktadır. Bu kılavuzun odak noktası tüzel kişilerin sorumluluğu olmasına rağmen, Sözleşmeler arasındaki diğer benzerlikler ve/veya farklılıklar da belirtilmelidir (örneğin hem yerel hem de yabancı kurumlarca gerçekleştirilen rüşvet eylemini yasaklayıp yasaklamadıkları, özel sektör ve kamu sektörünü hedef alıp almadıkları, aktif ve pasif rüşveti hedef alıp almadıkları ve/veya yalnızca belirli amaçlarla yapılan ödemeleri yasaklayıp yasaklamadıkları).

17. ABD 1977 tarihli *Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanunu*, www.justice.gov (İngilizce, Azerice, Romanyaca, Rusça ve diğer dillerde), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

18. Finlandiya'nın 1889 tarihli *Ceza Kanunu* (927/2012 sayılı Kanunla değişik), www.finlex.fi, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

3.4. Uluslararası belgelerin sistematik olarak karşılaştırılması

Sözleşme	AB İkinci Protokolü (Temmuz 1997)	OECD Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi (Aralık 1997)	Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi (1999)	BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (2005)
İlgili Madde	Madde 3. Tüzel kişilerin sorumluluğu	Madde 2. Tüzel Kişilerin Sorumluluğu	Madde 18. Kurumsal sorumluluk	Madde 26. Tüzel kişilerin sorumluluğu
Yolsuzluk suçları	Dolandırıcılık, aktif yolsuzluk ve kara para aklama.	Yabancı bir kamu görevlisine rüşvet. [Madde 8 kapsamındaki muhasebe suçları dolaylı olarak yer almaktadır]	Bu Sözleşmeye göre tesis edilen aktif rüşvetçilik, nüfuz ticareti ve kara para aklama suçları.	Bu Sözleşmeye göre tesis edilen suçlara katılım [rüşvet, kamu kaynaklarının zimmete geçirilmesi, nüfuz ticareti, görevin kötüye kullanımı, haksız zenginleşme ve adaleti engelleme suçları kısmen isteğe bağlıdır].
Sorumluluk isnadı için dayanaklar	Tüzel kişi içinde yönetici pozisyonuna sahip herhangi bir kişi tarafından söz konusu tüzel kişinin yararına, aşağıdakilere dayalı olarak ve tüzel kişi bünyesindeki bir organın bir parçası olarak ya da bireysel olarak hareket ederek işlenen: ► tüzel kişiyi temsil yetkisi veya ► tüzel kişi adına karar alma yetkisi veya ► tüzel kişi içinde kontrol uygulama yetkisi, ve ayrıca bu dolandırıcılık, aktif yolsuzluk veya kara para aklama suçlarına suç ortağı veya azmettirici olarak katılım veya bu dolandırıcılık suçunu işleme teşebbüsü için.		Tüzel kişi içinde yönetici pozisyonuna sahip herhangi bir gerçek kişi tarafından söz konusu tüzel kişinin yararına, aşağıdakilere dayalı olarak ve tüzel kişi bünyesindeki bir organın bir parçası olarak ya da bireysel olarak hareket ederek işlenen: ► tüzel kişiyi temsil yetkisi veya ► tüzel kişi adına karar alma yetkisi veya ► tüzel kişi içinde kontrol uygulama yetkisi; ve ayrıca bu gerçek kişinin yukarıda belirtilen suçlara suç ortağı veya azmettirici olarak katılımı için.	

Objektif sorumluluk kavramı	2. Paragraf 1'de öngörülen durumlara ek olarak, Üye Devletlerden her biri, paragraf 1'de belirtilen bir kişinin denetim veya kontrol eksikliğinin, tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişi tarafından o tüzel kişinin yararına bir dolandırıcılık suçunun işlenmesini veya bir aktif yolsuzluk ya da kara para aklama eylemini gerçekleştirilmesini mümkün kıldığı durumlarda tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır.		2. Paragraf 1'de öngörülen durumlara ek olarak, Taraflardan her biri, paragraf 1'de belirtilen gerçek bir kişinin denetim veya kontrol eksikliğinin, tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişi tarafından o tüzel kişinin yararına paragraf 1'de belirtilen cezai suçların işlenmesini mümkün kıldığı durumlarda tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır.	
Belirsiz sorumluluk kavramı		Tüzel kişilerin sorumluluğunu tesis etmek.		1. [...] tüzel kişilerin sorumluluğunu tesis etmek [...] 2. Taraf Devletin hukuki ilkelerine tabi olarak, tüzel kişilerin sorumluluğu cezai, hukuki veya idari olabilir.
Gerçek kişilerin sorumluluğu	3. Paragraf 1 ve 2 kapsamında bir tüzel kişinin sorumluluğu, dolandırıcılık, aktif yolsuzluk veya kara para aklama suçlarına fail, azmettirici veya suç ortağı olarak karışan gerçek kişiler aleyhinde cezai kovuşturma yapılmasına engel olmaz.		3. Paragraf 1 ve 2 kapsamında bir tüzel kişinin sorumluluğu, paragraf 1'de belirtilen cezai suçlara fail, azmettirici veya suç ortağı olarak karışan gerçek kişilere karşı cezai kovuşturma yapılmasına engel olmaz.	3. Bu sorumluluk, söz konusu suçları işleyen gerçek kişilerin cezai sorumluluğuna halel getirmez.
"Tüzel kişinin" tanımı	Madde 1. [...] (d) "tüzel kişi", Devlet yetkisini kullanan Devletler veya diğer kamu kurumları ve uluslararası kamu kuruluşları haricinde, yürürlükteki ulusal kanunlar kapsamında böyle bir statüye sahip herhangi bir kurum anlamına gelir; [...]		Madde 1. [...] (d) "tüzel kişi", Devlet yetkisini kullanan Devletler veya diğer kamu kurumları ve uluslararası kamu kuruluşları haricinde, yürürlükteki ulusal kanunlar kapsamında böyle bir statüye sahip herhangi bir kurum anlamına gelir.	

Yaptırımlar	<p>Madde 4. Tüzel kişilere yönelik yaptırımlar</p> <p>1. Her Üye Devlet, Madde 3 (1) uyarınca sorumlu tutulan bir tüzel kişinin, cezai veya cezai olmayan parasal yaptırımları içerecek ve şunlar gibi diğer yaptırımları da içerebilecek etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılmasını sağlamak için gerekli önlemleri alır:</p> <p>(a) kamu yardımı verilmemesi;</p> <p>(b) ticari faaliyetlerden geçici veya kalıcı olarak men edilme;</p> <p>(c) adli denetim altına alınma;</p> <p>(d) tasfiye edilmesine yönelik bir mahkeme kararı.</p> <p>2. Her Üye Devlet, Madde 3 (2) uyarınca sorumlu tutulan bir tüzel kişinin etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar veya önlemlerle cezalandırılmasını sağlamak için gerekli önlemleri alır.</p>	<p>Madde 3. Yaptırımlar</p> <p>2. Bir Tarafın hukuk sisteminde tüzel kişilerin cezai sorumluluğa sahip olmaması durumunda, söz konusu Taraf, tüzel kişilerin, yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçu için parasal yaptırımlar da dahil olmak üzere cezai olmayan etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlara tabi olmasını sağlar.</p>	<p>Madde 19. Yaptırımlar ve önlemler</p> <p>1. Bu Sözleşme uyarınca ihdas edilen cezai suçların ciddi mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, her bir Taraf, 2. ve 14. Maddeler arasındaki maddeler uyarınca ihdas edilen suçlarla ilgili olarak, gerçek kişilerce işlenmesi halinde suçluların iadesine yol açabilecek özgürlükten mahrumiyet de dahil olmak üzere etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar ve önlemler sağlar.</p> <p>2. Taraflardan her biri, Madde 18 paragraf 1 ve 2 uyarınca sorumlu tutulan tüzel kişilerin, parasal yaptırımlar da dahil olmak üzere, cezai veya cezai olmayan etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlara tabi olmasını sağlar.</p>	<p>4. Her Taraf Devlet, özellikle, bu madde uyarınca sorumlu tutulan tüzel kişilerin, parasal yaptırımlar da dahil olmak üzere, cezai veya cezai olmayan etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlara tabi olmalarını sağlar.</p>
-------------	---	---	---	---

Bu belgelerin dışında, yalnızca Afrika Birliği ve Amerikan Devletleri Örgütünün sözleşmelerinde tüzel kişilerin sorumluluğuna değinilmez, ancak Afrika Birliğinin pozisyonu, Ekte ele alınan Malabo Protokolünün (henüz yürürlükte değildir) kabul edilmesi sonrasında değişebilir. Ancak, tüzel kişilerin sorumluluğuna değinmeyen bölgesel sözleşmelere taraf olan devletlerin, bu sorumluluğa ilişkin hükümler içeren küresel sözleşmelere (UNCAC gibi) de taraf olabileceği unutulmamalıdır.

1999 tarihli Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi Madde 18’de tüzel kişilerin sorumluluğu tesis edilmekte ve paragraf 1’de “alter ego” ilkesi izlenmektedir:

“1) Taraflardan her biri, bir kurumda yönetici pozisyonuna sahip herhangi bir gerçek kişi tarafından söz konusu tüzel kişinin yararına, aşağıdakilere dayalı olarak ve tüzel kişi bünyesindeki bir organın bir parçası olarak ya da bireysel olarak hareket ederek işlenen [...] cezai suçlara ve ayrıca bu gerçek kişinin yukarıda belirtilen suçlara suç ortağı veya azmettirici olarak katılımına ilişkin olarak tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli olabilecek yasal ve diğer önlemleri alır:

- tüzel kişiyi temsil yetkisi veya
- tüzel kişi adına karar alma yetkisi veya
- tüzel kişi içinde kontrol uygulama yetkisi;

Ancak paragraf 2’de Sözleşme, denetim veya kontrol eksikliğini sorumluluk için bir gerekçe olarak tesis eden daha objektif (veya “önleyememe”) bir standart uygular:

“2) Paragraf 1’de öngörülen durumlara ek olarak, Taraflardan her biri, paragraf 1’de belirtilen gerçek bir kişinin denetim veya kontrol eksikliğini, tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişi tarafından o tüzel kişinin yararına paragraf 1’de belirtilen cezai suçların işlenmesini mümkün kıldığı durumlarda tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır.”

Efendi-hizmetkar sorumluluğu, tüm çalışanların eylemlerini suç saydığı için Avrupa Konseyi Sözleşmesinin (ve diğer tüm uluslararası standartların) şartlarının ötesine geçen bir kavramdır.

Avrupa Birliğinin yolsuzlukla ilgili iki Sözleşmesinde¹⁹ tüzel kişilerin sorumluluğuna açıkça atıfta bulunulmamaktadır. Ancak, Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarının korunmasına ilişkin 1995 tarihli Sözleşme, Madde 3'te "Tüzel kişilerin sorumluluğunu" tesis eden bir (ikinci) Protokol ile tamamlanmaktadır.²⁰ Kullanılan ifadeler, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesindekiler ile hemen hemen aynıdır ve böylelikle isnat sorumluluğunu objektif (veya "önleyememe") sorumlulukla birleştirir.²¹ Benzer hükümler, 22 Temmuz 2003 tarihli ve 2003/568/JHA sayılı "Özel sektörde yolsuzlukla mücadeleyle ilişkin Konsey Çerçeve Kararında"²² da yer almaktadır ancak bu yürürlüğe konabilir nitelikte değildir.²³

Yukarıdaki karşılaştırmalı incelemede görüldüğü gibi, tüzel kişiler için sorumluluk tesis eden diğer Sözleşmelerde (OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesiyle Mücadele Sözleşmesi ve Yolsuzluğa Karşı BM Sözleşmesi) belirli bir sorumluluk kavramı zikredilmez, ancak taraflardan "tüzel kişilerin sorumluluğunu tesis etmeleri" talep edilir.

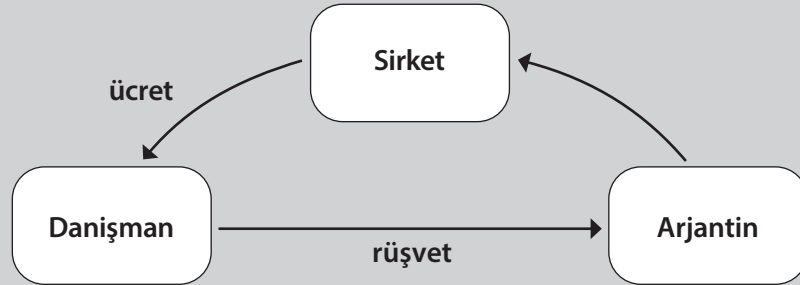
3.5. Örnek vaka incelemesi 2: Siemens'in rüşvet davaları

3.5.1. Arjantinlilerin kimlik kartları

Arka plan

Siemens AG'nin kontrol ettiği bir yan kuruluşu olan Buenos Aires merkezli Siemens Arjantin, bölgede ana şirketi tarafından alınan projeler için taahhüt ve yönetim işleriyle ilgileniyordu. Siemens Arjantin, 1 milyar dolar değerinde bir ulusal kimlik kartı projesi de dahil olmak üzere, Arjantin'in ulusal makamlarıyla çeşitli hükümet projelerine katıldı. Söz konusu proje için teklif vermeye davet edildikten sonra, Siemens'in Eylül 1998'den itibaren yetkililere ödeme yapmaya başladığı iddia edildi. Daha sonra Mart 2001'den Ocak 2007'ye kadar süren dönemde, Siemens Arjantin projeyi kendisi almak için Arjantinli yetkililere yaklaşık 31 milyon dolar tutarında yolsuzluk ödemesi yaptı.²⁴

Bu ödemeler, Siemens mali raporlarında belirtildiği gibi, ağırlıklı olarak "danışmanlık ücretleri" veya "hukuki ücretler" şeklinde danışmanların yardımı ile yapıldı.



19. *Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarının korunmasına ilişkin sözleşme* (1995), <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; *Avrupa Topluluklarının veya Avrupa Birliği Üye Devletlerinin görevlilerinin yolsuzluk eylemleriyle mücadele sözleşmesi* (1997), <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

20. *Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarının korunmasına ilişkin Sözleşme için Avrupa Birliği Antlaşması Madde K.3'e dayanılarak hazırlanmış İkinci Protokol – Madde 13 (2)'ye dair Ortak Bildiri – Madde 7'ye ilişkin Komisyon Bildirisi*, <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

21. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

22. *Konsey Çerçeve Kararı 2003/568/JHA*, <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

23. Bkz. Avrupa Birliği Antlaşması (Lizbon Antlaşmasıyla yürürlükten kaldırılmıştır) Madde 34: "2. Konsey, bu başlık altında belirtilen uygun biçim ve usulleri kullanarak, Birliğin hedeflerinin gerçekleştirilmesine katkıda bulunacak şekilde önlemler alır ve işbirliğini teşvik eder. Bu amaçla, herhangi bir Üye Devletin veya Komisyonun inisiyatifine dair oybirliğiyle Konsey: [...] (b) Üye Devletlerin kanun ve yönetmeliklerinin yakınlaştırılması amacıyla çerçeve kararları kabul edebilir. Çerçeve kararları, elde edilecek sonuç bakımından Üye Devletler için bağlayıcı olacak, ancak biçim ve yöntem seçimini ulusal makamlara bırakacaktır. Doğrudan bir etkiye sebep olmayacaklardır [...]"

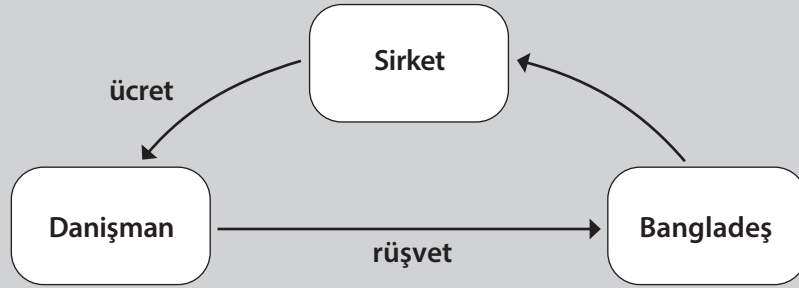
24. Cadwalder, Wickersham ve Taft (2008), Siemens—Potential Interplay of FCPA Charges and Mandatory Debarment under the Public Procurement (Erişim tarihi: 11 Mayıs 2016).

3.5.2. Bangladeş'in telefon şebekeleri

Arka plan

Yukarıda açıklanan yan kuruluşlara benzer şekilde, Siemens Bangladeş, merkezi Dakka'da bulunan ve ana şirketi Siemens AG adına yürütülen projelerde taahhüt ve yönetim işleri yapan bölgesel bir şirkettir. Mayıs 2001 ile Ağustos 2006 arasında Siemens Bangladeş, ülke çapında dijital bir cep telefonu şebekesinin inşası ile ilgili olarak teklif vermeye başladıkları bir projede ticari avantajlar elde etmek için hükümet yetkililerine çeşitli ödemeler yaptı. Siemens, 40 milyon dolarlık bir sözleşme yapmaya çalışıyordu ve şansını artırmak amacıyla rakiplerinden daha yüksek teklif vermek için Başbakanın oğluya bağlantıları olan Bangladeşli bir danışman tuttu. Ödemeler yine danışmanlar aracılığıyla yapıldı ve şirketin defter ve kayıtlarında "komisyonlar" ve "ticari danışmanlık ücretleri" olarak sınıflandırıldı.

Siemens Bangladeş daha sonra FCPA'nın defter ve kayıt tutmakla ilgili hükümlerini ihlal etme suçunu kabul etti. Ayrıca daha sonra FCPA'da yer alan rüşvetle mücadele hükümlerini ihlal etme suçunu da kabul etti ve yolsuzluk vakası sırasında 5,3 milyon dolara yakın ödeme yaptığını itiraf etti. Eski Başbakan Khaleda Zia'nın oğlu Arafat Rahman da Siemens'ten alınan toplam 180.000 dolar da dahil olmak üzere yaklaşık 2 milyon dolarlık yolsuzluk ödemelerini aklamakla suçlandı.²⁵



3.5.3. Venezuela metrosu

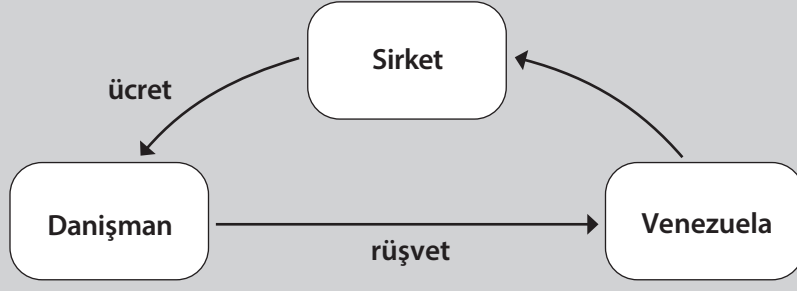
Arka plan²⁶

2001 ve 2007 yılları arasında Siemens Transportation Systems ve Venezuela'da bölgesel bir şirket olan Siemens S.A., Venezuela'nın Valencia ve Maracaibo şehirlerinde metro sistemlerinin inşası ile ilgili olarak Venezuela hükümet yetkililerine tahmini 16,7 milyon dolar rüşvet verdi. Siemens, Valencia Metrosu ve Maracaibo Metrosu projelerinden yaklaşık 642 milyon dolar gelir elde etti.

Rüşvetlerin kaynaklardan biri şudur: 2002 ve 2003 yıllarında, Siemens Transportation Systems departmanının başkanı, Maracaibo Metrosu Projesine yaklaşık 2,6 milyon dolarlık atölye ekipmanı tedarik edilmesi için Dubai merkezli bir ticari danışmanlık şirketiyle sahte bir anlaşma imzaladı. Ekipmanlar aslında başka bir tedarikçi tarafından tedarik edildi ve ticari danışmanlık şirketi sözleşme kapsamında herhangi bir mal tedarik etmedi (gizlice amaçlandığı gibi). Ticari danışmanın İtalya'daki ayrı bir soruşturmada adının geçmesinin ardından, Siemens Transportation Systems departmanının mali işler müdürüne (o zamana kadar bu gizli planın farkında olmayan) sözleşmeyi feshetmesi talimatı verildi. Ancak, departman başkanı, sözleşmenin Dubai merkezli başka bir ticari danışmana verilmesini ayarladı ve bu danışman da atölye ekipmanlarının sahte bir şekilde ayarlanmasına devam etti.

25. Aynı kaynak.

26. Not: Bu alıştırmada yer alan olgular, Siemens davasına ilişkin orijinal şikayet ve kovuşturma belgelerinden neredeyse olduğu şekilde alınmıştır, ancak didaktik amaçlar doğrultusunda biraz değiştirilmiştir. Olguların davayı savcılarının belirttiği gibi yansıttığının ve ne Siemens tarafından resmi olarak teyit edildiğinin ne de tüm yönleri ve ayrıntılarıyla bir mahkeme kararı olduğunun unutulmaması gerekir.



Sorular

- Yukarıda ana hatlarıyla açıklanan farklı kavramlar kapsamındaki vakalarda hangi gerçek ve tüzel kişiler neden sorumludur?
- Bir savcı/davacı, tüzel kişinin sorumluluğunu tesis etmek için farklı modeller kapsamında delil olarak neyi sunmalıdır?

4. Sorumluluğa ilişkin yaklaşımlar

Tüzel kişinin sorumluluğu konusu çok önemli ve karmaşık bir konudur. Tüm yargı alanlarında ceza hukuku, bireylerin eylemlerine toplumun ve devletin tepkisi olarak gelişmiştir. Ancak, modern dünyada yolsuzluk vakalarına bakıldığında, yolsuzluk faaliyetlerini yönlendiren ve bundan fayda sağlayan çoğu zaman tüzel kişidir (şirket). Yasal düzenlemelerde tüzel kişilerin sorumluluğuna dair hükümler yer almadığı sürece hiçbir yolsuzlukla mücadele stratejisi başarılı olamaz. Aynı şey, söz konusu stratejinin sadece kamu sektöründeki yolsuzluğu veya hem kamu sektörü hem de özel sektördeki yolsuzluğu hedef alması durumunda da geçerlidir.

Bu bakımdan uluslararası bir belgeden bekleneceği gibi, UNCAC Madde 26'da, Taraf Devletlerden kendi iç hukuklarının tüm temelini değiştirmeleri istenmemekte, bunun yerine ilgili iç hukukta benimsenen yaklaşımla işlevsel bir eş değerlik temelinde yolsuzluğa ilişkin sorumluluk tesis etmeleri öngörülmektedir (hem kamuda hem de özel sektörde). Dolayısıyla UNCAC'de, Taraf Devletin hukuki ilkelerine tabi olarak tüzel kişilerin cezai, hukuki veya idari sorumluluğuna atıfta bulunmaktadır. Ancak, bu işlevsel eş değerlik ilkesi, yalnızca bir devletin tüzel kişiler için halihazırda cezai, hukuki veya idari sorumluluğu tanıdığı durumlarda geçerlidir. İlginç bir şekilde bazı devletler (örneğin Japonya ve Kore Cumhuriyeti) tüzel kişilerin yabancı görevlilere rüşvet verilmesiyle ilgili sorumluluğunu tanır, ancak ülke içindeki rüşvet vakalarında tüzel kişilerin sorumluluğunu tanımaz.

Tüzel kişinin herhangi bir sorumluluğunu tanımayan devletler için veya kanunlarda hukuki sorumluluğun öngörüldüğü ancak isnat testinin belirsiz olduğu devletler için UNCAC'de üç tür sorumluluktan birinin uygulamaya koyulması öngörülmektedir:

- i. Bir şirket tarafından rüşvet vadedilmesi, teklif edilmesi veya verilmesi.
- ii. Yerel bir bağlı şirket tarafından verilecek bir rüşvetin ana şirket tarafından yönlendirilmesi veya yetkilendirilmesi.
- iii. Yabancı bir bağlı şirket tarafından verilecek bir rüşvetin bir şirket tarafından yönlendirilmesi veya yetkilendirilmesi (bu, bir bağlı şirketin faaliyetleri ve uygulanacak test için varsa bir ana şirketin sorumluluğunun değerlendirilmesini gerektirecektir).

4.1. Cezai Sorumluluk

Suç sayma yaklaşımı esasen iki ana faktöre bağlı olacaktır:

- i. İlgili hukuk sisteminin türü (Anglo-Sakson hukukunu benimsemiş yargı alanları, Roma hukuku veya Napolyon hukukunu benimsemiş ülkelerden farklı bir yaklaşıma sahip olacaktır);
- ii. Yolsuzluk suçlarıyla ilgili olarak iddia edilen yargısal dayanak.

Yolsuzluk ve rüşvet vakaları her zaman karşılıklı adli yardım taleplerini (genel nitelikli ve/veya varlıkların geri kazanılmasıyla ilgili), suçluların iadesini ve örtüşen yargı yetkisi konularını içereceğinden, uygulayıcıların devletler tarafından cezai sorumluluğun nasıl ele alındığı konusunda temel bir anlayışa sahip olmaları önemlidir.

4.1.1. Anglo-Sakson hukuku yaklaşımlar

Birleşik Krallık

Birleşik Krallık'ın 2010 tarihli Rüşvet Yasasında (Birleşik Krallık'taki yolsuzluk suçlarını OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi de dahil olmak üzere uluslararası standartlara uygun hale getirmek için kabul edilmiştir) tüzel kişiler için sorumluluktan açıkça bahsedilmemektedir. Rüşvet suçları, bir kişinin yabancı kamu görevlilerine rüşvet verdiği veya başka bir kişinin olağan görevlerinin (hem kamuda hem de özel sektörde) uygunsuz şekilde yerine getirilmesini teşvik etme veya ödüllendirme niyetinde olduğu durumları içerir.

Mevzuattaki "kişi" kelimesi, aksi yönde bir niyet tespit edilemedikçe, sadece gerçek kişileri değil aynı zamanda "tüzel kişiliği olan veya olmayan kişilerden oluşan bir organı" da içerecek şekilde yorumlanmalıdır (1978 tarihli Yorumlama Yasasına göre). Tröstler gibi tüzel kişiliği olmayan organlar Birleşik Krallık'ta cezai suç işleme kapasitesine sahip olsalar da, bu tür kuruluşlar hakkında kovuşturma açılması özellikle zordur. Esas itibarıyla,

tüzel kişiliğe sahip olmayan kuruluşa taraf veya üye olan her kişinin söz konusu cezai suçtan sorumlu olduğu kanıtlanmalıdır.

Yasa aynı zamanda gelişmiş bir bireysel sorumluluk öngörmektedir (bölüm 14'te) ve bir kurumun üst düzey görevlileri olan ve tüzel kişi (yani kurumun kendisi) tarafından işlenen önemli bir rüşvet suçuna rıza gösteren veya göz yuman kişilere yöneliktir. Bu, örneğin, olağan sorumluluk ilkeleri kapsamında katılımı kendisini sorumlu kılmak için yeterli olmayan, ancak eylem veya eylemsizlik yoluyla söz konusu önemli suçun işlenmesini kolaylaştıran şirket yöneticisini ilgilendirecektir.

Mevcut tartışma için daha önemli olan bir husus da şirketlerle olan konumdur. Birleşik Krallık'ın ve Anglo-Sakson hukukunun karşılaştığı zorluk, suç teşkil eden fiilleri bir tüzel kişiye atfetmenin zorluğudur. Bir kurum için cezai sorumluluk kavramı, 19. yüzyılda, aslında bir şirketi kimin yönettiğini belirlemenin nispeten basit olduğu bir zamanda ortaya çıkmıştır. Birleşik Krallık'ta, bir suçun niyet gibi zihinsel bir unsuru içerdiği durumlarda, bir tüzel kişiyle ilgili olarak bir sorumluluk bulunması, bir kurumda, kurumun zihinsel durumuna sahip olduğu söylenebilecek uygun bir yetki düzeyine sahip bir kişinin (başka bir deyişle, "yönlendiren" veya "kontrol eden" akıl) belirlenmesine bağlıdır.

Kontrol eden aklın kim olduğuna dair geleneksel test, "belirleme teorisi" idi. Bu, bir kurum içindeki belirli görevlilerin, kurumun işleri sırasında hareket ederken kurumun somutlaşmış hali olduğu temeline dayanıyordu. Bu nedenle, şirket görevlilerinin eylemleri ve zihinsel durumları şirketin eylemleri ve zihinsel durumu olarak kabul edilir. Bu konuda önemli ceza davalarından biri, sorumluluğun "yönetim kurulu, genel müdür ve belki de şirketin yönetim işlevlerini yerine getiren ve şirket adına konuşan ve hareket eden diğer üst düzey yöneticilerinin" eylemleriyle sınırlandırıldığı *Natgrass'a karşı Tesco Supermarkets Limited* [1972] AC 153 davasıdır. Bu, sorumluluğun atfedilmesi için kısıtlayıcı bir dayanaktır ve bu teste dayanarak, diğer hususların yanı sıra, şirketin anayasası, kuruluş veya ana sözleşmesi, genel kurul toplantılarında yöneticilerin eylemleri vb. ve varsa yetkilendirmenin kapsamı dikkate alınmalıdır.

Ancak, daha yakın tarihli ve belki de kurumsal hayatın çağdaş gerçeklerine daha çok benzeyen bir isnat testi, Yeni Zelanda'da Danışma Meclisinin *Menkul Kıymetler Komisyonuna karşı Meridian Global Funds Management Asia Limited* [1995] 2 AC 500 davasında yapılmıştır. Bu davada, testin, sadece yönlendirici bir aklın arayışından ziyade, ilgili suçu yaratan yasal hükümlerin amacına bağlı olması gerektiğine karar verilmiştir. Suçun amacını belirlemeye çalışan daha geniş kapsamlı bir test öngörülmüştür. *Meridian* davasındaki soru, şirketin başka bir şirketteki hisselerini ifşa etmeyerek menkul kıymetler yasalarını ihlal edip etmediğiydi. İlgili mevzuat uyarınca, düzenleyici kurum, şirketin başka bir şirkette "önemli menkul kıymetlere sahip" olduğunu "bildiğini" kanıtlamak zorundaydı. Söz konusu hisse alımları, yönetim kurulu üyesi olmayan ancak açıkça şirket adına hareket eden yatırım yöneticileri tarafından yapılmıştı. Soru, bu kişilerin bilgilerinin şirkete atfedilmesi gerekip gerekmediğiydi. Danışma Konseyi Yargı Komitesi (JCPC), yatırım yöneticilerinin bilgilerinin, ifşa yükümlülükleri kapsamında şirkete atfedilmesi gerektiğine karar verdi. Lord Hoffmann, yasanın amacının ifşanın yapılmasını teşvik etmek olduğunu ve bu nedenle şirketin piyasa işlemlerinden sorumlu olanların bilgilerinin bu amaç için yeterli olarak değerlendirilmenin uygun olduğunu tespit etti. Ancak şu da belirtilmelidir ki *Meridian* davası geleneksel anlamda suçla ilgili değil, menkul kıymetler yasası kapsamındaki ifşa yükümlülükleriyle (düzenleyici mevzuat kapsamındaki suçlar) ilgilidir.

Meridian'dan beri gerçekleşen İngiliz davalarında, *Meridian*'a benzer bir şekilde olgusal bağlamın ışığında tam olarak yasayı yorumlamaya odaklanmak yerine, daha önceki *Tesco Supermarkets* davasındaki testi kullanma eğilimi söz konusu olmuştur. Örneğin, *St Regis Paper Co Ltd'a karşı R* davasında Temyiz Mahkemesi, çevre mevzuatı gereğince şirketin tutması gereken kayıtlara sahte kayıtlar ekleyen bir "teknik yöneticinin" dürüst olmayan niyetlerini şirkete atfetmeyi reddetti.²⁷ Davada yargıç, teknik yöneticiye atık bertarafını yönetme görevi verildiği için, sahtekarlığının şirketin sahtekarlığı ile özdeşleştirilmesi gerektiğine karar vermiş ve ardından şirketin kendisi jüri tarafından mahkum edilmişti. Bu mahkumiyet, *Tesco Supermarkets* davasındaki test setini destekleyen ve duruşma yargıcının teknik müdürün niyetlerinin şirkete atfedilmesine izin vererek hata yaptığına karar veren Temyiz Mahkemesi tarafından oybirliğiyle bozuldu. Temyiz Mahkemesi, yasa hükümlerine ve olgusal bağlama atıfta bulunmasına rağmen, "yönlendirici akıl ve irade" testini yapmamanın bir dayanağı olmadığı sonucuna vardı. *Meridian*'da yatırım yöneticilerinin ilgili sorumluluğa sahip olması gibi *St Regis Paper*'daki teknik yöneticinin, şirkette ilgili sorumluluğa sahip olan bir kişi olduğu düşünüldüğünde, *St Regis Paper* ve *Meridian*'daki farklı sonuçları bağdaştırmak zordur.

27. *Regis Paper Co Ltd'ye karşı R* [2011] EWCA Crim 2527, [2012] 1 Cr App Rep 177 ve ayrıca bkz. [2012] EWCA Crim 1847 (Yüksek Mahkemeye başvurma izninin reddi).

İngiliz hukukunun uygulamada kurumsal cezai sorumluluğa yönelik kısıtlayıcı yaklaşımının bir başka örneği için, Anglo-Sakson hukukunda ağır ihmalden adam öldürme suçuna bakılabilir: Ölümlü bir kaza sonrasında bir demir yolu şirketinin ceza davası olan *Başsavcılığın Referansı (1999 tarihli ve 2 sayılı)*,²⁸ Temyiz Mahkemesi Lord Hoffmann'ın *Meridian* davasındaki tespitini dikkate aldı, ancak kanun kapsamındaki suçların Anglo-Sakson hukukunu yönlendirmediğine ve "kimliği bilinen bir kişinin ceza gerektiren ağır ihmal olarak nitelendirilebilecek bir fiilin şirkete atfedilebilir olmadığı sürece, Anglo-Sakson hukukunun mevcut halinde şirketin adam öldürmekten sorumlu olmayacağına" karar verdi. Mahkemenin kararının bir diğer önemli yönü, kurumsal sorumluluğun farklı kişilerin hatalarının toplamından kaynaklanabileceğine dair bir iddianın reddedilmesiydi.

Hangi test tercih edilirse edilsin, geleneksel İngiliz hukukunun duruşu, yalnızca şirket içinde birden fazla kişinin zihinsel durumunu bir araya getirerek kurumsal niyetin oluşturulmasına veya varsayılmasına olanak tanımaz. *Meridian için yapılan* testte bile, zihinsel unsur kapsamında bir kişinin şirket olarak kabul edilmesi gerekir. Esasen, herhangi bir kişinin hüküm giymesi ön koşul olmasa da, bir tüzel kişinin cezai sorumluluğu, şirket içindeki bireylerin hem kusurlu eyleminin/ihmalinin hem de gerekli zihinsel unsurun ispatlanmasına bağlıdır.

Sorumluluğa yönelik olarak geleneksel Anglo-Sakson hukukunun yaklaşımı, yolsuzlukla mücadeleyle ilişkin başka bir zorluk yaratmaktadır: Birleşik Krallık'taki bir ana şirketin tamamen sahip olduğu bir yabancı bağlı şirketinin rüşvet vermesi durumunda ana şirketin rüşveti yönlendirdiği veya yetkilendirdiği gösterilirse elbette ana şirket sorumlu olacaktır. Ayrıca, az önce tartışılan atf ilkesine göre, bu tür herhangi bir yönlendirme veya yetkilendirmenin, kontrol eden veya yönlendiren akıl tarafından gerçekleştirildiğinin gösterilmesi gerekecektir.

2010 tarihli Rüşvet Yasası kapsamında tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ek olarak, Birleşik Krallık, rüşveti önlemekte başarısız olan ticari kuruluşların sorumlu tutulması gibi yenilikçi bir adım atmıştır. Yolsuzlukla mücadele etmek ve şirketleri sorumlu tutmak için yeni bir tedbir olarak önemi düşünüldüğünde, diğer devletlerin de benimsemeyi düşünebileceği bir tedbir olabilir.

"Rüşveti önleyememe" suçu Yasanın 7. bölümünde belirtilmiştir ve bozuk bir niyet olmasa bile "rüşveti önleyememe" şeklinde katı bir sorumluluk suçu oluşturur. Bu, ister büyük ister küçük olsun şirketleri, yöneticileri, üst düzey yöneticileri veya bir avantaj karşılığında rüşvet verme veya alma konumunda olan herhangi biri tarafından kendi adlarına işlenen rüşvet suçundan sorumlu kılmak için tasarlanmıştır. Tek savunma, bir şirketin rüşvet ve yolsuzluğu önlemek için "yeterli prosedürlere" sahip olduğunu göstermesi olacaktır.

Suç, bir Birleşik Krallık ticari kuruluşunu (BK'de veya başka bir yerde ticari faaliyette bulunan bir tüzel kişi veya BK'deki bir ortaklık), ve BK'nin herhangi bir yerinde ticari bir faaliyet veya böyle bir faaliyetin bir kısmını yürüten başka herhangi bir kurum/ortaklığı içerdiğinden geniş bir yargı yetkisi söz konusudur. Yasaklanmış bir fiilin BK'de gerçekleştirilmesi veya hatta BK ile yakın bir bağlantısının olması şartı aranmaz.²⁹ Kuruluşla bağlantılı birinin, iş alma veya elde tutma veya işin yürütülmesinde bir avantaj elde etme niyetiyle başka bir kişiye rüşvet verdiğinin tespit edilmesi durumunda şirket sorumlu tutulacaktır. Kuruluşla 'ilişkili' bu kişiler, çalışanları, temsilcileri, alt yüklenicileri ve ortak girişim düzenlemelerini (diğerlerinin yanı sıra) içerebilir. Rüşvet dünyanın herhangi bir yerinde gerçekleşebilir. Rüşvet Yasasına uymamanın cezası, sınırsız para cezalarını içerir.

"Önleyememe" suçu, kurumsal yapıyı değiştirmiş ve 1 Temmuz 2011'de yürürlüğe girmeden önce Birleşik Krallık'ta yoğun bir şekilde tartışılan bir konu olmuştur. Ticari sektör, Transparency International (TI UK) gibi sivil toplum kuruluşları ve diğer ilgili paydaşlar ile istişarelerin ardından Hükümet, neyin 'yeterli prosedür' olarak kabul edileceği konusundaki en iyi uygulamalara ilişkin bir kılavuz yayımladı. Bu Kılavuz, 6 ana ilkeye dayanmaktadır:

1. Orantılı prosedürler (faaliyetlerin niteliği, boyutu ve karmaşıklığı ile ilgili);
2. Üst düzey kararlılık (rüşveti önlemek ve kurum içinde rüşvete tolerans göstermeme kültürü geliştirmek için);
3. Risk değerlendirmesi (şirket ülke, sektör, işlem, iş fırsatı ve iş ortaklığı riskleri gibi potansiyel dış ve iç risklerin niteliği ve kapsamını değerlendirmelidir; örneğin, savunma ve havacılık, madencilik ve inşaat gibi yüksek riskli sektörlerde faaliyet gösteren şirketler için veya yolsuzluk riskinin yüksek olduğu ülkelerde faaliyet gösteren şirketler için sorumluluk daha fazladır);
4. Gereken özen (kurum adına hizmetleri kim verecek);
5. Eğitim de dahil olmak üzere iletişim (rüşvet önleme politikaları ve prosedürlerinin tüm kuruma yerleştirilmesinin ve anlaşılmasının sağlanması);
6. İzleme ve gözden geçirme (şirketlerin, rüşvet önleme prosedürlerinin etkinliğini izlemeye ve değerlendirmeye ve gerektiğinde uyarılama yapmaya yönelik sistemleri uygulamaya koyması gerekecektir).

28. Başsavcılığın Referansı (1999 tarihli ve 2 sayılı) [2000] QB 796; [2000] 3 All ER 182, per Rose LJ.

29. Adalet Bakanlığı, 2010 tarihli Rüşvet Yasası, 2011/05 tarihli Genelge (Adalet Bakanlığı, 2011), paragraf 22.

Kılavuzun ilkelerine uyulması yine de şirketlere tam bir koruma sağlamaz. Fiillerin düzenlemeye tabi tutulmasını sağlamak ve görevin kötüye kullanımı ortaya çıktığında Ciddi Dolandırıcılık Bürosuna (SFO) kendiliğinden bildirimde bulunmak tüzel kişinin sorumluluğundadır. Kendiliğinden bildirimde bulunma uygulaması 2010 Rüşvet Yasasından önce geliştirilmiş ve SFO, rüşveti ortaya çıkaran işletmelerin kendiliğinden bildirimde bulunmasına ilişkin kılavuz ilkeler yayımlamıştır.

“Önleyememe” modeli o zamandan beri başka suçları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 2017 tarihli Maliye Suçları Yasasıyla, hem yurt içi hem de yurt dışında vergi kaçakçılığını önleyememe suç sayılmıştır. Birleşik Krallık hükümeti ayrıca, önleyememe modelini kara para aklama, hesaplarda sahtecilik ve dolandırıcılık gibi diğer ekonomik suçları da kapsayacak şekilde genişletip genişletmeme konusunda istişarede bulunmaktadır.

Diğer ülkeler de, yolsuzluk suçları için kurumsal sorumlulukla ilgili olarak bir “önleyememe” modeli benimseyebilir. İrlanda’nın 2018’de çıkardığı Ceza Yargılaması (Yolsuzluk Suçları) Yasasına göre, bir tüzel kişi, “suçun işlenmesi önlemek için gereken tüm makul adımları attığını ve tüm özeni gösterdiğini” ispatlayamadığı sürece, bir iş almak veya bir işi elde tutmak veya başka bir avantaj elde etmek amacıyla bir yolsuzluk suçu işleyen bir yönetici, müdür, sekreter, çalışan, temsilci veya yan kuruluşun eylemlerinden sorumlu olacaktır. Avustralya hükümeti de, yabancı görevlilere rüşveti önleyememe suçunu yürürlüğe koymak için yasal düzenleme yapmaktadır.

BK’den kendiliğinden bildirimle ilişkin bir vaka örneği

2010 tarihli Rüşvet Yasası yürürlüğe girmeden önce, 2009 yılında bir İngiliz inşaat ve köprü yapım şirketi olan Mabey & Johnson (o zamanki adıyla), yurt dışındaki ihalelerde yolsuzluk uygulamaları ve aynı zamanda Irak ile ticareti kısıtlayan Birleşmiş Milletler ambargosunu ihlal etmesi nedeniyle İngiltere’de yargılanan ilk şirket oldu.³⁰ 2008 yılında, Ciddi Dolandırıcılık Bürosuna kendiliğinden bildirimde bulunmasının ardından şirket, Angola, Bangladeş, Gana, Jamaika, Madagaskar ve Mozambik gibi çeşitli yargı alanlarında yolsuzluğa karıştığını itiraf etti. SFO ile yapılan müzakerelerde şirket, Jamaika ve Gana’da işlediği suçları ve BM yaptırımlarını ihlal ettiğini kabul etti ve para cezalarına çarptırılmaya ve SFO’ya raporlama yapacağı bağımsız bir izleme rejimine tabi olmaya razı oldu. Mahkeme şirketi para cezalarına çarptırdı, el koyma emri çıkardı ve şirketi bazı masrafları karşılamaya mahkum etti. Ayrıca şirket tarafından BM’ye ve Jamaika ve Gana hükümetlerine tazminat ödenmesine karar verdi.³¹ Verilen toplam para cezası yaklaşık 6,6 milyon sterlin oldu.

Mabey & Johnson’ın eski yöneticileri daha sonra köprülerin tedariki için sözleşme bedellerini şişirerek ve Ürdün bankaları aracılığıyla yasa dışı ödemeleri gizleyerek Irak hükümetine komisyon vermekten hapis cezasına çarptırıldı.³² Ardından 2012’de holding şirketi Mabey Engineering (Holdings) Limited, yolsuzluğun sonucunda bir hissedar olarak aldığı temettüleri geri ödemeyi kabul etti ve yaklaşık 130.000 sterlin tutarında bir ceza daha ödedi. Bundan sonra SFO, “yasa dışı faaliyetlerden yararlanan yatırımcıları takip etmeye yönelik sivil kurtarma sürecini kullanma niyetinde olduğunu” belirten bir basın bülteni yayımladı ve bültende şu ifadeye yer verdi: Sorunlar ortaya çıktığında, gereken özeni gösterme bakımından açıkça gevşek davranan kurumsal yatırımcılara çok daha az sempati duyacağız.”

Kanada

Birleşik Krallık’ın aksine Kanada, geleneksel ‘belirleme teorisinden’ uzaklaşmak için halihazırda yasal düzenlemeler yapmıştır. Daha önce yukarıdaki bölümde açıklanan kısıtlamalara tabi tutulmuştu. Kanada Yüksek Mahkemesinde görülen Kraliçeye karşı *Canadian Dreg and Dock Co* [1985] 1 SCR 662 davasında, şirketin “yönlendiren akıl” veya “egosu” temelinde şirkete sorumluluk atfedilmiştir. Bu davada mahkeme, “yönlendirici aklın” yönetim kurulunda, genel müdürde, müfettişte, müdürde veya yönetim kurulunun şirketin idari icra yetkisini devretmiş olduğu herhangi bir kişide olabileceği belirtmiştir.

Ancak 2002’de Kanada Hükümeti, Daimi Komitenin bulgularını kabul etti ve yasal sorumlulukla ilgili bir mevzuat çıkarmaya karar verdi. Bu girişim, federal Ceza Kanununu (Kurumların Cezai Sorumluluğu) değiştirmek için 31 Mart 2004’te yürürlüğe giren C 45 Yasasında yer almaktadır. Yasada, şirketler de dahil olmak üzere kuruluşlara,

30. O tarihlerde, “gıda karşılığı petrol” programı kapsamında BM tarafından kontrol edilen gelirlerle Irak tarafından satın alınan köprülere ilişkin tedarik sözleşmeleri için 2001/2002 yılında Irak hükümetine ödeme yaptığından şirket hakkında soruşturma başlatılmıştı. İki yönetici Charles Forsyth ve David Mabey, BM yaptırımlarını ihlal ederek Irak’a yasa dışı ödemeler yapmaktan 10 Şubat 2011’de Southwark Kraliyet Mahkemesinde mahkum edildi. 23 Şubat 2011’de her iki yönetici de sırasıyla 21 ay hapis ve 8 ay hapis cezasına çarptırıldı ve sırasıyla 10 Şubat ve 23 Şubat 2011 SFO Basın Bültenleri olmak üzere 5 yıl ve 2 yıl boyunca şirket müdürlüğü yapmaktan men edildi (10 Şubat ve 23 Şubat 2011 tarihli SFO Basın Açıklamaları).

31. Para cezaları: Gana: 750.000 £, Jamaika: 750.000 £, Irak: 2 milyon £; El koyma emri 1,1 milyon £; Tazminatlar - Gana: 658.000 £, Jamaika: 139.000 £, Irak 618.000 £ (toplam tazminat: 1.413.611 £); SFO’ya ödenen masraflar: 350.000 £ ve ilk yıl izleme maliyeti: 250.000 £ a kadar (SFO Basın Açıklaması, 25 Eylül 2009 ve Yargıç Rivlin tarafından verilen ceza açıklamaları).

32. Erişim adresi: www.worldbank.org, Erişim tarihi: 29 Kasım 2018.

cezai sorumluluk atfetmek için yeni kurallar belirlendi. Yasa, esasında şu esasa göre kurumlara sorumluluk atfeder: Politika veya operasyon yetkisine sahip kıdemli bir kişinin bireysel olarak bir suç işlediği veya bu yönde gerekli niyete sahip olduğu ve alt düzey çalışanların yasa dışı eylemi gerçekleştirmesi için şirketin işlerini yönlendirdiği veya haberdar olduğu ya da isteyerek göz yumduğu suç filini durdurmak için hiçbir şey yapmadığı durumlarda cezai sorumluluk kuruma atfedilecektir. Bu yeni hüküm uyarınca, kıdemli bir görevli “[suça karışmak üzere olduğunu bildiği bir kurum temsilcisi tarafından] suça karışılmasını engellemek için tüm makul önlemleri alma” gibi pozitif bir yükümlülüğü vardır.

Yeni Zelanda ve Avustralya

Kanada, atıf testinde uygulanabilir bir formül arayışında olan tek OECD ülkesi değildir. Yeni Zelanda da genel olarak anlaşıldığı şekliyle katı belirleme teorisinden uzaklaşmıştır. Yeni Zelanda’da, bir kurumun cezai sorumluluğu hala kusurlu bir eylem ve kurumun temsilcisinin gerekli zihinsel durumu temelinde sorumluluk tayin edilmesine bağlı olsa da, bu temsilcinin pozisyonu “yönlendirici akıl” olmak zorunda değildir. Onun yerine, kurum yöneticisinin veya çalışanın iddia edilen filin alanıyla ilgili olarak kurum içinde gerçekten yetkiye sahip olup olmadığı test edilir. Yani şu soru sorulur: Esasında, söz konusu gerçek kişi, iddia edilen suçla ilgili faaliyetler üzerinde tüzel kişi adına fiili bir kontrole sahip midir? (Yeni Zelanda, tüzel kişinin yargılanması için bir ön koşul olarak gerçek kişinin mahkumiyetinin gerekli olmadığı şeklindeki Anglo-Sakson hukuku görüşünü korumuştur.)

Avustralya’nın Ceza Kanunu, tüzel kişi tarafından hangi fiillere izin veya yetki verildiğini belirleyen nispeten açık kriterler içerir. Bu belgenin hazırlanması esnasında, kurumsal sorumluluk için ek dayanak olarak “önleyememe” kavramını içeren mevzuat şu anda Parlamentoda görüşülmektedir.³³

Tüzel kişiye atıf testi oluşturmaya çalışmakla boğuşanlar, alternatif yaklaşımları düşünebilirler. Örneğin, iç hukukun, cezai suçlara ilişkin olarak dolaylı sorumluluğun yaratılmasına (yani şirketteki en kıdemli kişilerin bilgisine bağlı olmayan çok daha doğrudan bir tüzel kişiye atıf modeli) olanak tanıyıp tanımadığı sorulabilir. Böyle bir yaklaşım, ABD ve Kore Cumhuriyeti’ndeki tüzel kişilerin sorumluluğunu en iyi şekilde tanımlar.

4.1.2. “Katı” Sorumluluk yaklaşımı

Amerika Birleşik Devletleri (ABD)

ABD yasalarına göre, şirketler suç işleyebilecek tüzel kişiler olarak kabul edilir. İşverenin sorumluluğu (*respondeat superior*) ilkesi, şirketleri kontrolleri altındaki çalışanlarının ve temsilcilerinin eylemlerinden genel olarak sorumlu kılar.³⁴ Bu ilkeye göre, bir şirket, yöneticileri, görevlileri, çalışanları veya en azından kısmen de olsa istihdamları kapsamında şirkete fayda sağlama niyetiyle hareket eden vekillerinin kusurlu davranışlarından sorumlu tutulabilir.³⁵ ABD mahkemeleri arasında, bir kurumun yöneticilerinin ve görevlilerinin bilgi ve eylemlerinin şirkete isnat edildiği konusunda genel bir mutabakat vardır.³⁶ Aksi takdirde, mahkemeler bir şirkete sorumluluk isnat edilip edilemeyeceğine karar verirken şirketin çalışanları ve vekilleri üzerinde sahip olduğu kontrolün derecesini göz önünde bulundurma eğilimine sahiptir.³⁷ Şirketin “aklı” tarafından isnat edilen herhangi bir “zihinsel unsur” için bir gereklilik yoktur ve dolayısıyla, bir fiile yönetim tarafından belirli bir düzeyde izin verilip verilmediği, göz yumulup yumulmadığı veya fiilin kınanıp kınanmadığı önemli değildir.

Federal Kanun 18 U.S.C. §201’de, ABD federal kamu görevlilerinin yolsuzluğu açıkça suç sayılmaktadır.³⁸ Bu kanun, resmi bir işlemi etkilemek amacıyla “herhangi bir kamu görevlisine veya kamu görevlisi olarak seçilen bir kişiye değerli herhangi bir şey” vermek, teklif etmek veya vadetmek dahil olmak üzere rüşvet verilmesini yasaklar. bir resmi eylemi etkilemek için.³⁹ Bir kamu görevlisi, “herhangi bir resmi işlemin ifasında istenen şeyin yapılması karşılığında kişisel olarak veya başka herhangi bir kişi veya kuruluş için değeri olan herhangi bir şeyi talep eder, ister, alır veya kabul ederse” rüşvet alma suçunu işlemiş olur.⁴⁰ Kanunda, bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen veya gerçekleştirilecek resmi bir işlem nedeniyle kamu görevlisine değerli herhangi bir şey verilmesini veya teklif edilmesi de, değerli şeyin resmi işlemi etkilemeye yönelik olması şartı aranmadan suç sayılmaktadır.⁴¹

33. Suç Mevzuatı Değişiklik (Kurumsal Suçlarla Mücadele) Tasarısı 2017.

34. Birleşik Devletler’e karşı Wilson, 989 F.2d 953, 958 (8th Cir. 1993).

35. 7326 Highway 45 N.’ye karşı Birleşik Devletler, 965 F.2d 311, 316 (7th Cir. 1992).

36. In re Hellenic, Inc., 252 F.3d 391, 395-6 (5th Cir. 2001).

37. In re Hellenic, Inc., 252 F.3d 391, 395-6 (5th Cir. 2001).

38. 18 U.S.C. § 201.

39. 18 U.S.C. § 201 (b)(1).

40. 18 U.S.C. § 201 (b) (2).

41. 18 U.S.C. § 201 (c).

Amerika Birleşik Devletleri'nde yolsuzlukla mücadeleyle ilgili diğer önemli kanun, yabancı görevlilere rüşvet verilmesini sona erdirmek amacıyla 1977'de yürürlüğe giren ABD Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanunudur ("FCPA"). FCPA, iki ana hüküm kategorisi içerir: Rüşvetle mücadele hükümleri ve muhasebe hükümleri.

FCPA'nın rüşvetle mücadele hükümleri, şahıs ve şirketlerin iş almak veya işleri elinde tutmak için yabancı kamu görevlilerine rüşvet vermesini yasaklar. Bu hükümler şunlar için geçerlidir: (i) "İhraççılar", yani ABD'deki ulusal bir menkul kıymetler borsasında menkul kıymetleri işlem gören şirketler;⁴² (ii) "yerel işletmeler", yani ABD vatandaşı olan veya ABD'de yaşayan bir kişi veya ABD yasalarına göre örgütlenmiş veya ana iş merkezi ABD'de bulunan herhangi bir ticari kuruluş;⁴³ ve (iii) ABD'deyken bir yolsuzluk ödemesi yapmak için herhangi bir eylemde bulunan yabancı uyruklular veya şirketler.⁴⁴

FCPA'nın muhasebe hükümlerinde, "İhraççıların" defter ve kayıtları yeterli bir şekilde tutması ve yeterli iç muhasebe kontrollerini tertipleyip uygulamaları öngörülmektedir. Defter ve kayıtların yeterli bir şekilde tutulması, ihraççıların, varlıklarının işlemlerini ve tasarruflarını makul bir ayrıntı düzeyinde, doğru ve adil bir şekilde yansıtan defterler, kayıtlar ve hesaplar tutmaları gerektiği anlamına gelir.⁴⁵ İhraççılar ayrıca, işlemlerin yönetimin yetkilendirmesine uygun olarak yürütüldüğüne ve gerektiği şekilde kaydedildiğine dair makul güvenceler sağlayan yeterli bir iç muhasebe kontrol sistemi tertiplemeli ve uygulamalıdır.⁴⁶

Kabaca son on yılda ABD, şunlar gibi çeşitli tedbirlerle şirketlerin, FCPA'nın "rüşvetle mücadele" ve "defter ve kayıt" hükümleri⁴⁷ kapsamında hem ABD Adalet Bakanlığı hem de ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonuna (SEC) hesap vermelerini sağlama konusunda belirli bir başarı elde etmiştir: Suç filine ilişkin savunma (her zaman 'defterler ve kayıtlar' hükümleri kapsamında sayılır), hem ABD Adalet Bakanlığı hem de SEC tarafından kovuşturmanın ertelenmesi anlaşması (DPA) (bu, FCPA kapsamındaki şirketlerle ilgili olarak SEC için yenilikçi bir adımdı), bağımsız izleme, mali cezalar ve haksız olarak elde edilen karın geri verilmesi.

Bu uygulama modeli, OECD Rüşvet Çalışma Grubu⁴⁸ tarafından ABD'de geliştirilen iyi uygulamalardan biri olarak vurgulanmıştır ve ayrıca, rüşvet riskini ortadan kaldırmak amacıyla şirketleri etkili uygunluk programları uygulamaya ikna etme avantajı da sağlar.

Şirketlere karşı birden çok yargı alanını kapsayan gelecekteki davaların önünü açan iki önemli dava şunlardır:

(i) **Siemens AG:** Aralık 2008'de Siemens, ABD Adalet Bakanlığı (DOJ), ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (SEC)⁴⁹ ve Münih Savcılığı ile itiraz anlaşmaları yaptı.

2006 yılında Almanya'daki kolluk kuvvetleri Siemens'in ofislerinde ve üst düzey yöneticilerinin evlerinde arama yaptığında meseleler gün ışığına çıkmıştı. Alman kolluk kuvvetleri tarafından yapılan aramaların ardından Siemens, faaliyetlerini gönüllü olarak ABD Adalet Bakanlığı'na (DOJ) ve SEC'ye açıkladı ve hem Almanya hem de ABD'deki kolluk kuvvetleriyle tam işbirliği yaptı.

ABD DOJ, Siemens AG, Siemens SA (Arjantin), Siemens Bangladesh Ltd (Bangladeş) ve Siemens SA (Venezuela) ile ilgili dört ayrı iddianame hazırlamayı tercih etti.⁵⁰ SEC, Siemens AG aleyhinde hukuku davası açarak⁵¹, Siemens SA Arjantin, Siemens Bangladesh ve Siemens SA Venezuela ile olan projelerle bağlantılı olarak yabancı görevlilere rüşvet verilmesiyle ilgili iddialar yöneltti.

Siemens AG, 1977 tarihli Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununun (FCPA) defter ve kayıtlarla ilgili hükümlerini ve iç kontrol hükümlerini iki kez ihlal ettiğini, Siemens Arjantin FCPA'yı ihlal etmek için bir

42. 15 U.S.C. § 78dd-1.

43. 15 U.S.C. § 78dd-2.

44. 15 U.S.C. § 78dd-3.

45. 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu Bölüm 13(b), 15 U.S.C. §78m(b)(2)(A).

46. 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu Bölüm 13(b), 15 U.S.C. §78m(b)(2)(B).

47. ABD'nin FCPA kanununda önemli bir hüküm olup hem OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi hem de Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinde "kayıt dışı" ödemeleri veya gizli komisyonları kapsayacak şekilde ele alınmaktadır.

48. OECD [Internet sitesi](#).

49. Dava: 1 :08-cv-02167, Birleşik Devletler Columbia Bölge Mahkemesi.

50. Dava no. 08cr367 – Siemens AG'ye karşı ABD (FCPA'nın iç kontrollerle ilgili hükümlerini ihlal etmekten ve (ii) FCPA'nın defter ve kayıtlarla ilgili hükümlerini ihlal etmekten 2 kez suç işlediğini kabul etti); 448.500.000 dolar para cezasına çarptırıldı ve 800 dolar özel değerlendirme ücreti ödemesine karar verildi; (2) Dava no. 08cr 368 – Siemens S.A'ya (Arjantin) karşı ABD – FCPA'nın defter ve kayıt hükümlerini ihlal etmek için bir kez komplo kurma suçunu kabul etti; 500.000 dolar para cezası ve 400 dolarlık özel bir değerlendirme ücreti ödemesine karar verildi; (3) Dava no. 08cr 369 – Siemens Bangladesh Ltd'ye karşı ABD – rüşvetle mücadele hükümlerini ve defter ve kayıt hükümlerini ihlal etmek için bir kez komplo kurma suçunu kabul etti; 500.000 dolar para cezası ödemesine ve ayrıca 400 dolar tutarında özel bir değerlendirme ücreti ödemesine karar verildi; (4) Dava no. 08cr 370 – Siemens S.A'ya (Venezuela) karşı ABD – rüşvetle mücadele hükümlerini ve defter ve kayıt hükümlerini ihlal etmek için bir kez komplo kurma suçunu kabul etti; 500.000 dolar para cezası ve ayrıca 400 dolar tutarında özel bir değerlendirme ücreti ödemesine karar verildi.

51. Rasti nr. 08cv2167 – SHBA SEC k. Siemens AG (veprim civil).

kez komplo kurduğunu, Siemens Bangladeş ve Siemens SA (Venezuela) da FCPA'nın rüşvetle mücadele ve defter ve kayıt hükümlerini bir kez ihlal ettiğini kabul etti.

Siemens'e 448,5 milyon dolar para cezası verilirken, Siemens Arjantin, Venezuela ve Bangladeş'e 500.000 dolar para cezasının (toplam 450 milyon dolarlık para cezası ile sonuçlandı) yanı sıra SEC'nin suçlamaları karşılığında haksız olarak elde ettikleri karlardan 350 milyon doları geri ödemelerine karar verildi.⁵²

Şirket, Almanya'da ofislerini ve çalışanlarını denetleme yükümlülüğünün ihlaliyle ilgili suçlamalarla bağlantılı olarak 395 milyon avro para cezası ve ayrıca Siemens'in eski İletişim Grubu ile ilgili benzer bir soruşturmayla bağlantılı olarak da 201 milyon avro para cezası ödemeyi kabul etti. Bu davalarla bağlantılı olarak Almanya'daki yetkili kurumlara ödenen toplam tutar 596 milyon avro olarak gerçekleşti.⁵³

ABD ve Almanya'daki davalarda verilen toplam para cezası yaklaşık olarak 1,6 milyar dolar oldu.⁵⁴ Para cezalarına ek olarak, Siemens'in 4 yıl boyunca bağımsız bir uygunluk izlemesine tabi tutulması şart koşuldu.⁵⁵

(ii) **Statoil:** 34 ülkede faaliyet gösteren Norveçli enerji şirketi, medyada yolsuzluğun ifşa edilmesinin ardından hem Norveç'te hem de ABD'de sorumlu tutuldu.

Ekonomik ve Çevresel Suçları Soruşturma ve Kovuşturma Ulusal Otoritesi ("Økokrim") tarafından şirket hakkında soruşturma açıldı. 29 Haziran 2004'te Økokrim, Statoil'e yaklaşık 3 milyon dolar tutarında ve Norveç'in nüfus ticareti yasasını ihlal etmekle suçlanan üst düzey yöneticiye de yaklaşık 30.000 dolar tutarında ceza bildiriminde bulundu.⁵⁶ Statoil ve üst düzey yönetici ihlalleri kabul etmeden veya reddetmeden cezaları ödemeyi kabul etti.

ABD'de Statoil, Ekim 2006'da (13 Ekim 2006'da düzenlendi) ABD Adalet Bakanlığı Ceza Dairesi Dolandırıcılık Bölümü ve Amerika Birleşik Devletleri New York Güney Bölgesi Savcılığı ile bir Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşması (DPA) imzaladı. ABD Bölge Mahkemesine sunulan iddianame⁵⁷ Statoil ASA aleyhinde iki suçlama içeriyordu. İddianamedeki birinci suçlama, FCPA'nın (rüşvetle mücadele hükümleri)⁵⁸ ihlal edilmesi, ikinci suçlama da defter ve kayıtların tahrif edilmesiyle ilgiliyd.⁵⁹

Uzlaşma anlaşması kapsamında Statoil'in aşağıdaki fiilleri kabul etmesi gerekiyordu:

1. Statoil, İran'daki Güney Pars petrol ve gaz sahasının 6., 7. ve 8. etaplarının geliştirilmesine ilişkin ihaleleri kazanmak için Haziran 2002 ve Ocak 2003'te İranlı bir kamu görevlisine rüşvet verdiklerini kabul etti.
2. Statoil, ülkede başka ihaleleri almak ve gizli bilgileri ele geçirmek için rüşvet verildiğini kabul etti.
3. Statoil, rüşvetleri kayıtlarında gizlemek için muhasebe prosedürlerini kullandıklarını kabul etti.
4. Anlaşmada ayrıca, hiçbir Statoil çalışanının veya şirket temsilcisinin gelecek üç yıl boyunca medyaya karar hakkında herhangi bir olumsuz açıklama yapmaması öngörülmüştür.

ABD uzlaşma anlaşmaları, 10,5 milyon dolarlık bir para cezası⁶⁰ ve FCPA'nın ihlal edilmesiyle elde edilen kazançlardan 10,5 milyon dolara el koyulmasını içeriyordu. Statoil ayrıca, Norveç makamları (Økokrim) tarafından verilen ceza bildirimini ("forelegg") kapsamında yaklaşık 3 milyon dolarlık⁶¹ bir para cezası ödemediğinden, Norveç'in uyguladığı para cezası ABD'deki para cezasından düşülerek toplam 7,5 milyon dolar ceza verilmiş oldu.⁶² SEC davası ile ilgili olarak Statoil 10,5 milyon dolarlık bir kazanç iadesini kabul etti.⁶³ 18 Kasım 2009 tarihinde Statoil'in DPA şartlarında belirtilen tüm yükümlülükleri yerine getirmesinden sonra DPA feshedildi.⁶⁴

52. Savunma Duruşması ve Ceza Kaydı, ABD Columbia Bölge Mahkemesi, 15 Aralık 2008.

53. 3 Aralık 2009 tarihinde yayımlanan Siemens Faaliyet Raporu (Konsolide Finansal Tabloların 30. bölümü, sayfa 179 - 181).

54. 15 Aralık 2008 tarihli ABD Adalet Bakanlığı Basın Açıklaması.

55. Siemens ayrıca, kararlaştırılan yolsuzlukla mücadele kuruluşlarına en fazla 15 yıllık bir süre içinde 100 milyon dolar ödemeyi kabul etti.

56. Norveç Ceza Kanunu Madde 276(c).

57. Dava: 06 Crim 960.

58. Başlık 15, Birleşik Devletler Kanunnamesi, Bölüm 78dd-1(a).

59. Başlık 15, Birleşik Devletler Kanunnamesi, Bölüm 78m(b) (2) (A), 78m (b) (5) ve 78ff.

60. Statoil ASA ve ABD Adalet Bakanlığı Dolandırıcılık Bölümü ve ABD New York Güney Bölgesi Eyalet Başsavcılığı arasındaki Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmasının 19. paragrafı.

61. 20.000.000 NOK (bkz. Paragraf 19, aynı kaynak).

62. Paragraf 19, aynı kaynak.

63. İdari Yargılama Paragraf VII (iii), Dosya No. 3-12453.

64. 19 Kasım 2009 tarihli ABD Adalet Bakanlığı Basın Açıklaması: "Adalet Bakanlığı, uygunluk danışmanının nihai raporunu almış ve Statoil'in uygunluk danışmanının uygunlukla ilgili tavsiyelerini uygulama yükümlülüğü de dahil olmak üzere kovuşturmanın ertelenmesi anlaşması kapsamındaki tüm yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdiğini tespit etmiştir. Buna göre, 18 Kasım 2009 tarihinde Bakanlık, Statoil aleyhindeki iddianamenin iptali için mahkemeye talepte bulunmuştur. Dün, Manhattan'daki federal mahkemede, ABD Bölge Yargıci Richard J. Holwell bu talebi kabul etmiş ve suçlamaları düşürmüştür."

4.1.3. Kıta Avrupası Hukuku yaklaşımları

4.1.3.1. Dolaylı sorumluluk yaklaşımı

Kore Cumhuriyeti

Kore Cumhuriyeti'nin yaklaşımı esas olarak dolaylı sorumluluktur. Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Görevlilere Rüşveti Önleme Yasasının (FBPA) 4. Maddesi şu şekildedir: "Bir tüzel kişi için çalışan bir temsilci, vekil, çalışan veya başka bir bireyin, tüzel kişinin işleriyle ilgili olarak Madde 3.1'de belirtilen suçlu işlemesi halinde tüzel kişi, faile yönelik yaptırımlara ek olarak 1 milyar won'a kadar para cezasına çarptırılır... tüzel kişi söz konusu suçlu önlemek için gereken özeni göstermiş ve uygun denetimleri yapmışsa yukarıda sözü edilen yaptırımlara tabi tutulmaz."

Ancak bu hüküm, "gereken özen" veya "uygun denetimlerin" ne anlama geldiği sorusunu gündeme getirmektedir. OECD Faz 3 takip aşamasında Kore Cumhuriyeti, gerekli özen veya uygun denetimin uygulanıp uygulanmadığını belirleme konusunda önemli faktörlerden birinin, tüzel kişilerin yabancı görevlilere rüşvet vermesini önlemek için almış olduğu önlemler gibi özel önlemler olduğunu açıkladı: Rüşvet yasağının belirtildiği çalışanlara yönelik kurumsal düzenlemelerin veya davranış kurallarının şirketin İnternet sitesinde yer alıp almadığı, bir istihdam sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinin rüşveti yasaklayan bir hüküm içerip içermediği, çalışanların rüşveti yasaklayan bir taahhüt mektubu imzalamış olup olmadığı vb.

Yukarıdaki hükümle ilgili başka bir husus, tüzel kişinin sorumlu olabilmesi için gerçek kişinin yargılanması ve/veya mahkum edilmesi gerekip gerekmediğinin belirsiz olmasıdır. OECD Faz 2 incelemesinde, fail olan gerçek kişinin tespit edilmesi gerektiği, ancak bu kişi hakkında işlem başlatılmazsa mahkemenin söz konusu kişi tarafından yabancı bir kamu görevlisine rüşvet verildiğine dair bir tespitte bulunabileceği konusunda baş denetçilere bilgi verildi. Gerçek kişi hakkında Kanun kapsamında işlem başlatılması halinde, ancak gerçek kişi suçlu bulunup cezalandırılırsa tüzel kişi suçlu bulunabilir.

4.1.3.2. "Katı" Sorumluluk yaklaşımı ve Denetim Eksikliği

Portekiz ve İspanya gibi ülkelerdeki yaklaşım, eylemlerin yöneticiler ve diğer önde gelen personel tarafından mı yoksa onlara rapor veren yönetici olmayan personel tarafından mı gerçekleştirildiğine göre değişiklik gösterir.

Portekiz

Portekiz kanunlarına göre, kurumsal cezai sorumluluk bireysel sorumluluktan bağımsızdır.⁶⁵ Portekiz Ceza Kanununun 11. Maddesinde, şirketlerin hangi koşullar altında ve hangi suçlardan cezai olarak sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir.

Madde 11(2)(a)'ya göre, şirket adına ve şirketin çıkarları için şirketin yöneticileri tarafından suç teşkil eden fiiller gerçekleştirildiğinde şirkete katı sorumluluk yüklenebilir.

Bir şirket ayrıca Ceza Kanunu Madde 11(2)(b) uyarınca denetim eksikliğinden sorumlu tutulabilir. Bu hüküm uyarınca şirketler, "yönetici pozisyonlarındaki" (resmen veya fiilen)⁶⁶ çalışanların denetim veya kontrol yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinin sonucunda, bu çalışanların yetkisi altında hareket eden personelin işlediği suçlardan sorumludur.

Portekiz Medeni Kanununda, çalışan veya temsilcilerin şirketin talimatlarına aykırı hareket edip etmediğine bakılmaksızın, çalışan veya temsilcilerinin işleri kapsamında gerçekleştirilen yasa dışı bir eylemle zarara yol açması durumunda şirketlere katı sorumluluk yüklendiği de belirtilmelidir.⁶⁷

İspanya

İspanya'da şirketler yalnızca İspanyol Ceza Kanununda açıkça belirtilen suçlardan cezai olarak sorumlu tutulabilir. 2010 yılında, kurumsal cezai sorumluluk ilk kez 22 Haziran 2010 tarihli ve 5/2010 sayılı Teşkilat Kanunuyla İspanyol Ceza Kanununa eklenmiş olup şu anda Kanunda Madde 31 bis'de düzenlenmektedir.

65. Ceza Kanunu Madde 11(7).

66. Patricia Bernardes, Grupos Societários: Critérios Atributivos de Responsabilidade Penal à Sociedade-Dominante e/ou à Sociedade-Dominada (Şubat 2017).

67. Portekiz Medeni Kanunu, Madde 500(1), (2).

Özellikle Madde 31bis'de, filin şirket adına ve dolaylı ve doğrudan görevi dahilinde gerçekleştirilmesi halinde şirketin yasal vekilleri, müdürleri veya yöneticileri tarafından işlenen suçlardan şirketlerin katı bir şekilde sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir.

Ayrıca, suçların şirket yönetiminin yetkisine tabi kişiler tarafından işlenmesi durumunda, suçlar şirketin faaliyetleri kapsamında şirket adına ve şirketin doğrudan veya dolaylı çıkarları için işlenmişse ve şirket denetim, izleme ve kontrol görevlerini yerine getirmemişse şirket sorumlu tutulabilir.

4.1.3.3. "İsnat Edilen veya Varsayılan" Sorumluluk

Bazı yargı alanlarında, suçu tüzel kişinin kendisinin işlediği esasına dayanarak değil, isnat edilen veya varsayılan sorumluluk temelinde suçlama yapılması tercih edilmektedir.

Finlandiya

Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu 1995 yılında uygulamaya koyulmuş olup tüzel kişilerin sorumlu tutulması için yönetime mensup bir kişinin suç ortağı olması veya suça izin vermiş, yetki vermiş veya suçu yönlendirmiş olması gerekmektedir. Ancak, 2001 yılında Ceza Kanununda yapılan bir değişikliğin ardından, sorumluluğun kapsamı, resmi olarak yönetimin bir parçası olup olmadığına bakılmaksızın, *fili olarak* yönetim işlevini yerine getiren bir gerçek kişiyi de içerecek şekilde genişletilmiştir.

Fransa

1994 yılından beri, Fransız Ceza Kanunu, bir hakimin, aktif rüşvet ve diğer öngörülen suçlarla ilgili olarak, tüzel kişilere cezai sorumluluk yüklemesine izin vermektedir. Fransız Ceza Kanununda ayrıca, gerçek kişi veya kişilerin yargılanmasına da izin verilir.

Fransa'nın OECD Faz 2 değerlendirmesinden, Fransa'nın yaklaşımına ilişkin temel ilkeler şu şekilde ifade edilebilir:

- i. Bir çalışan veya astın ceza hukuku açısından tüzel kişinin temsilcisi olarak muamele görmesi için bu çalışan veya asta bir yetki verilmiş olması yeterlidir.
- ii. "Tüzel Kişi" yalnızca ticari şirketleri değil, aynı zamanda kar amacı gütmeyen kuruluşları (ticaret birlikleri gibi) ve ayrıca yerel makamlar, yarı kamu şirketleri ve kamu kurumları gibi amme hukukuna göre kurulmuş tüzel kişileri de kapsar.
- iii. Fransa, bugüne kadar, bir "halef sorumluluğu" kavramını kabul etmiş gibi görünmemektedir. Yani, bir tüzel kişiliğin ortadan kalkması, hukuki sorumluluk için bir dayanağın olmamasına yol açabilir.
- iv. Rüşvet, tüzel kişi adına verilmiş olmalıdır.
- v. Bir çalışan veya asta verilmiş bir yetkinin olmaması durumunda, sorumluluk için hala bir dayanak olup olmadığı belirsiz görünmektedir. Örneğin, bir çalışanın bir şirket temsilcisinin emirlerine göre mi yoksa verdiği yetkiye göre mi hareket etmiş olması gerekir? Alternatif olarak, söz konusu alanda yetki verilmiş birinin rüşvetten haberdar olması yeterli olur mu?
- vi. Kusurlu temsilci veya organ belirlendiği sürece bir gerçek kişinin belirlenmesi bir zorunluluk değildir.

Fransa'nın 9 Aralık 2016'da çıkardığı 2016-1691 sayılı "Şeffaflık, Yolsuzlukla Mücadele ve Ekonominin Modernizasyonu" Kanununda ("Sapin 2" olarak bilinir), diğer hususların yanı sıra, (i) belirli büyüklükteki şirketlerin⁶⁸ yolsuzlukla mücadele programlarını kabul etmesi ve uygulaması öngörülmüş ve (ii) Kanuna uyulmasını sağlamaktan sorumlu *Agence Française Anticorruption* (Fransız Yolsuzlukla Mücadele Kurumu - "AFA") kurulmuştur. Kanun, tüzel kişiler için cezai sorumluluk standardını değiştirmemekle birlikte, yeterli bir yolsuzlukla mücadele uygunluk programına sahip olmayan belirli şirketler için idari bir sorumluluk öngörülmektedir. Fransız rejimine göre, belirli büyüklükteki şirketler, Fransız Yolsuzlukla Mücadele Kurumu tarafından değerlendirilebilecek yeterli bir yolsuzlukla mücadele programı oluşturmalı ve uygulamalıdır. AFA uygun bir uygunluk programının

68. Bu, (i) Fransız yasalarına göre kurulmuş, en az 500 çalışanı olan ve 100 milyon avronun üzerinde gelire sahip şirketler ve (ii) Fransız yasalarına göre kurulmuş, toplamda en az 500 çalışanı olan bir grubun parçası olan, ana şirketinin merkezi Fransa'da olan ve grubun konsolide cirosu 100 milyon avronun üzerinde olan şirketler için geçerlidir. Bu yükümlülükler, devlete ait şirketler ve Sapin II gerekliliklerine tabi kuruluşların bağlı ortaklıkları için de geçerlidir.

olmadığını tespit ederse, herhangi bir yolsuzluk olmamış olsa bile hem tüzel kişiye hem de temsilcilerine idari bir yaptırım uygulanabilir.⁶⁹

Sapin 2, ABD'nin ve hatta Birleşik Krallık'ın rejimine (kurumsal uygunluk programlarını şirketin savunmasında dikkate alınacak unsurlar olarak kullanan) kıyasla rüşveti önlemeye yönelik yeni bir yaklaşım oluşturur ve diğer devletlerin de benzer bir yaklaşımı benimsemelerine yol açabilir.

4.2. İdari sorumluluk

Brezilya, Almanya ve İtalya gibi bazı devletler, idari sorumluluk kavramını uygulamaya koymuştur/kullanmaktadır.

Brezilya

Genel olarak, Brezilya yasalarına göre, şirketler cezaya tabi değildir. Ancak, Federal Anayasa ve federal yasalarda, ekonomik ve mali düzene karşı suçlar⁷⁰, çevre suçları⁷¹ ve vergi, ekonomi ve tüketiciyle ilgili suçlar bağlamında bu genel kurala istisnalar öngörülmektedir.⁷²

Yolsuzlukla ilgili olarak, Ağustos 2013'te 12,846/13 sayılı Temiz Şirketler Kanunuyla (CCA), Brezilya'da ilk kez tüzel kişilere yolsuzluk veya dolandırıcılık eylemleri için idari ve hukuki sorumluluk yüklenmiştir. Bu kanun, Ocak 2014'ten beri yürürlüktedir. CCA uyarınca, yasa dışı eylemlerde bulunan şirketler, hukuki ve idari mevzuat kapsamında katı sorumluluğa tabidir. Kanunda, kurumsal sorumluluğun, şirket yetkililerinin veya diğer kişilerin aynı olgulardan dolayı yargılanıp yargılanmamasından bağımsız olduğu açıkça belirtilmektedir.⁷³

CCA dışında, rüşvete karışan tüzel kişiler daha genel hükümler kapsamında idari yaptırımlara maruz kalabilir. Örneğin, 8,666/93 sayılı Kanunda (federal ihale usulleri hakkında), bir kamu ihalesinin amaçlarına zarar veren veya başka bir şekilde tüzel kişinin devletle sözleşme yapmaya uygun olmamasına neden olan yasa dışı eylemler gerçekleştiren şirketlerin cezalandırılmasına dair hususlar düzenlenmektedir.⁷⁴

Almanya

Almanya'da, İdari Suçlar Kanunu uyarınca, gerçek kişi aleyhindeki ceza davası sırasında tüzel kişiye para cezası verilebilir.

Ancak, gerçek kişi kimliği tespit edilemediği için veya hayatını kaybettiği için yargılanmazsa, tüzel kişiye ayrı bir davada yaptırım uygulanması mümkündür. Tüzel kişinin sorumluluğu, gerçek kişi tarafından işlenen bir suçun "ikincil bir sonucu" olarak kabul edilir ve aslında, gerçek kişi aleyhinde kovuşturma başlatılmamışsa tüzel kişi aleyhine dava açmanın çok olağan dışı olduğu görülmektedir.

Çeşitli Alman şirketleri aleyhine yolsuzluk suçlamaları nedeniyle aşağıdakiler de dahil olmak üzere oldukça büyük davalar açılmıştır: Siemens AG, 2007'de 201 milyon € ceza aldı; MAN AG, 2009 yılında 151 milyon € ceza aldı; Credit Suisse, 2011'de 150 milyon € ceza aldı; Ferrostaal AG, 2012 yılında 140 milyon €'dan fazla ceza aldı ve UBS AG, 2014 yılında 300 milyon € ceza aldı.

Almanya, hem Federal hem de bölgesel düzeyde cezai bir kurumsal sorumluluk rejimini uygulamaya koymayı değerlendirmektedir. Federal düzeyde, eski Koalisyon Anlaşmasında, çok uluslu şirketler için cezai kurumsal sorumluluk getirilmesinin dikkate alınması gerektiğini belirtilmiş, ancak bu resmi bir teklif haline gelmemiştir. Bölgesel düzeyde, Kuzey Ren-Vestfalya'nın eski hükümeti bir yasa tasarısı sunmuş, ancak bu tasarı daha sonra

69. Fransız Yolsuzlukla Mücadele Kurumu Yaptırımlar Komitesi, şahıslara 200.000 €'ya kadar ve tüzel kişilere 1 milyon €'ya kadar para cezası verebilir. Bu yaptırım kamuya açıklanabilir.

70. Madde 173§5: "Kanunda, yöneticilerin bireysel sorumluluğuna hanel getirmeksizin, ekonomik ve mali düzen ve refaha ilişkin suçlar için uygun yaptırımlar uygulanarak tüzel kişilerin sorumluluğu öngörülür."

71. Anayasada Madde 225§3'te, "çevreye zararlı sayılan eylem ve faaliyetlerin, tazminat ödeme yükümlülüklerine bakılmaksızın suçlu, şahıs veya kuruluşların adli ve idari yaptırımlara tabi olmasına neden olacağı" belirtilmektedir. Bu hüküm, çevrenin idari ve cezai olarak korunmasını düzenleyen ve para cezaları, hak kısıtlamaları (faaliyetlerin kesintiye uğraması ve vergi ve kredi avantajlarından mahrum bırakılma veya bunların sınırlandırılması gibi) ve kamu hizmetinin tüzel kişilere uygulanabilecek yaptırımlar olarak belirlendiği 9,605/98 sayılı Kanunla uygulanmıştır. Bazı araştırmacılar, kanunun tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu öngörmesi nedeniyle anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ancak, kanun hala yürürlüktedir.

72. Vergi, ekonomi ve tüketici ile ilgili suçları tanımlayan 8,137/90 sayılı Kanunda, tüzel kişilere, ekonomik gücün kötüye kullanılması ve haksız rekabet ile ilgili eylemler gibi yasa dışı eylemleri için cezai sorumluluk yükleyen çeşitli hükümler yer almaktadır.

73. 12,846/13 Sayılı Kanun, Madde 2-3.

74. 8,666/93 sayılı Kanun, Madde 88 (II-III); OECD, Finans ve İşletme İşleri Müdürlüğü, Uluslararası Ticari İşlemlerde Rüşvet Çalışma Grubu, Brezilya: Faz 1 – Sözleşmenin Uygulanmasına Dair İnceleme ve 1997 tarihli Tavsiye Kararı 11 (31 Ağustos 2004).

geri çekilmiştir.⁷⁵ OECD Çalışma grubu, Almanya'da tüzel kişilere karşı yeterli yaptırım olmadığı yönündeki endişelerini dile getirmiştir.

İtalya

8 Haziran 2001 tarihli ve 231 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede ("*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settem- bre 2000, n. 300*" ("231/2001 sayılı Kanun"), bir şirketin çıkarına veya yararına, yöneticiler (resmi veya fiili) veya veya çalışanlar da dahil olmak üzere şirketin yasal temsilcisi olarak hareket eden gerçek kişiler tarafından belirli suçların işlendiği durumlarda, şirket de suçtan sorumlu tutulabilir. Kurumsal sorumluluk sadece, kamu idarelerine karşı suçlar (yolsuzluk ve zimmete para geçirme dahil),⁷⁶ suç örgütleri tarafından işlenen suçlar⁷⁷ ve sahte şirket bilgilerinin verilmesi⁷⁸ dahil ve bunlarla sınırlı olmamak üzere kanunda açıkça sayılan suçların işlenmesi durumunda ortaya çıkabilir.

Suçların sadece gerçek kişi veya üçüncü şahısların çıkarı veya yararına işlenmesi halinde hiçbir kurumsal sorumluluk doğmaz.⁷⁹ 231/2001 sayılı Kanun kapsamındaki bir suçu işleme teşebbüsleri de, suçu işleyen kişinin suç teşebbüsünden hüküm giymesi şartıyla kurumsal sorumluluğun doğmasına neden olabilir. Ancak, böyle bir durumda, teşebbüs eyleme dönüşmediyse, şirket şahsın suçu işlemesini engellemek için kasıtlı olarak hareket etmiş olması nedeniyle hiçbir sorumluluk doğmayacaktır.⁸⁰ Şirketler de belirli koşullar altında sorumluluktan kaçınabilir (bkz. aşağıda 5.5.3).

231/2001 sayılı Kanun kapsamında kurumsal sorumluluk temelinde verilen cezalar arasında para cezaları, kamu ihalelerinden men edilme, suç gelirlerine el koyulması ve kararın yayımlanması bulunmaktadır.⁸¹ Ceza mahkemeleri, potansiyel kurumsal cezai sorumluluk davalarını görme yetkisine sahiptir.⁸²

4.3. Yaklaşımların analizi (cezai ve idari)

Yukarıdaki ülke örneklerinin benimsediği farklı yaklaşımlarda, tüzel kişiye sorumluluk isnadı modellerindeki bazı temel zorlukların altını çizilmektedir: Kişinin gerçekte sahip olduğu göreve bakılıyor mu? *Fili* bir yönetim işlevi yeterli midir? Sahip olunan *resmi* veya *fili* yönetim görevine bakılmaksızın, gerçek kişi tarafından icra edilen işlevin niteliği (verilmiş herhangi bir yetki ile birlikte) belirleyici faktör müdür?

Uluslararası Ticari İşlemlerde Rüşvete İlişkin OECD Çalışma Grubu, kurumsal sorumluluğa ilişkin olarak aşağıdaki rehberliği sağlamıştır:

- Eylemi tüzel kişi için sorumluluğun doğmasına neden olan kişinin yetki düzeyi esnek olmalı ve tüzel kişilerdeki çok çeşitli karar alma sistemlerini yansıtmalıdır. Başka bir deyişle, belirli durumlarda en yüksek yönetim yetkisine sahip olmayan birinin eylemleri nedeniyle sorumluluk doğabilir.
- Alternatif olarak, en üst düzey yönetim yetkisine sahip bir kişi (i) bir görevliye rüşvet teklif ettiğinde, vadettiğinde veya verdiği; (ii) daha düşük seviyeli bir kişiyi bir görevliye rüşvet teklif etmesi, vadetmesi veya vermesi için yönlendirdiğinde veya yetkilendirdiğinde veya (iii) daha düşük seviyedeki bir kişiyi denetlememesi veya yeterli iç kontroller, etik ve uygunluk programları veya önlemlerini uygulamaması nedeniyle bu kişinin bir görevliye rüşvet vermesini engelleyemediğinde sorumluluk doğar.⁸³

Ancak, ne OECD rehberinde ne de UNCAC'de belirli bir sorumluluk şekli öngörülmez. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu, şirketlerin suç işleyemeyeceği ilkesinin (*societas delinquere non potest*) baskın bakış açısı olduğu birkaç ülke de dahil olmak üzere, Avrupa Konseyi Üye Devletlerinin büyük çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir. Aralık 2016'da yayımlanan bir OECD Durum Değerlendirmesi Raporunda, OECD Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesine Taraf 41 Devletten 27'sinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun olduğu tespit edilmiştir.⁸⁴

75. OECD Almanya Faz 4 İncelemesi (Haziran 2018), paragraf 212-213.

76. 231/2001 sayılı Kanun, Madde 25.

77. 231/2001 sayılı Kanun, Madde 24-ter.

78. 231/2001 sayılı Kanun, Madde 55-ter.

79. 231/2001 sayılı Kanun, Madde 5.

80. 231/2001 sayılı Kanun, Madde 26.

81. 231/2001 sayılı Kanun, Madde 9-19.

82. 231/2001 sayılı Kanun, Madde 36.

83. Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Belirli Maddelerinin Uygulanmasına Dair *İyi Uygulama Rehberi* (2009).

84. OECD, *Tüzel Kişilerin Yabancı Görevlilere Rüşvete İlişkin Sorumluluğu: Durum Değerlendirmesi Raporu* (2016), s. 21.

UNODC'nin 2017 tarihli UNCAC değerlendirmesinde "Taraf Devletlerin üçte ikisinden fazlasının, tüzel kişilerin yolsuzluk suçları için bir tür cezai sorumluluk ihdas ettiği" tespit edilmiştir.⁸⁵ Bununla birlikte, inceleme uzmanları, sorumluluğun kesin biçiminin bir ulusal tercih meselesi olduğunu kabul etmiş ve etkili idari yaptırımlara sahip sistemlerin, UNCAC Madde 26'da belirtilen şartlara tam olarak uygun olduğu tespit edilmiştir.⁸⁶

İdari bir yaklaşımın uygulanabilirliğine rağmen, kurumsal cezai sorumluluk için genel tercih, bazı uluslararası belgelere de yansıtılmıştır. Bu nedenle, OECD Rüşvet Sözleşmesinin taraflarının, hukuk sistemleri bu olanağı sağladığında, yabancı bir kamu görevlisine aktif olarak rüşvet verme suçundan tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu tesis etmeleri gerekmektedir. Kara para aklamayla ilgili uluslararası girişimler arasında FATF Tavsiye Kararı 3 ve onun Yorum Notu yer almaktadır. Yorum Notunun 7. paragrafının (c) bendinde şöyle denmektedir: "Tüzel kişiler için cezai sorumluluk ve bunun mümkün olmadığı durumlarda hukuki veya idari sorumluluk geçerli olmalıdır..."⁸⁷

Ayrıca, cezai sorumluluk, idari sorumluluktan daha caydırıcı bir etkiye sahip olabilir ve bir kişinin suç faaliyetine karıştığını kanıtlamak için ceza davası daha etkili olabilir. Özellikle, bir tüzel kişinin cezai suçlardan sorumlu tutulması gereken durumlarda cezai sorumluluk ve ceza usulü araçlarının kullanılmasının avantajları aşağıdakilerle bağlantılıdır: (1) Ceza davasında mahkumiyetten daha güçlü caydırıcı bir etki; (2) daha geniş kapsamlı soruşturma araçları ve zorunlu önlemler; (3) yetkili mahkemeler; (d) daha uzun zaman aşımı süreleri ve (e) karşılıklı adli yardım da dahil olmak üzere uluslararası adli işbirliği için daha iyi fırsatlar. Sonraki bölümde bunlar sırayla ele alınacaktır.

i. Cezai mahkumiyetlerin caydırıcı etkisi

Cezai mahkumiyetler, içerdikleri cezai etkinin yanı sıra ilgili kişinin statüsüne, itibarına ve ilişkilerine ciddi şekilde zarar verebilecek bir damgalamadır. İdari sorumluluk her zaman böyle bir etkiye sahip değildir ve dolayısıyla cezai sorumluluktan daha az caydırıcı olabilir. Kurumsal sorumluluk davalarında şirketler, verilecek ceza veya yaptırıma kıyasla cezai mahkumiyetin damgalayıcı etkisinden daha fazla korkabilirler (genellikle itibarlarıyla ilgili olarak uzun vadeli sonuçlar doğurduğundan).

ii. Özel soruşturma tekniklerinin kullanımı

İdari kurumsal sorumluluğun tanındığı yargı alanlarında, tüzel kişiye yönelik yaptırımlar genellikle ancak cezai suç tespit edildikten ve gerçek kişi olan fail(ler) aleyhine açılan ceza davaları sırasında yeterli delil sunulup kanıtlandıktan sonra uygulanır. Diğer bir deyişle, tüzel kişinin sorumluluğu, yalnızca bir gerçek kişi aleyhinde halihazırda görülen ceza davaları sırasında toplanan delillere göre doğar. Böyle bir durumda, iletişimin izlenmesi/ dinlenmesi, gizli ajanlar, aramalar, el koymalar, vb. gibi özel soruşturma teknikleri ve yalnızca ceza davalarında izin verilen delil elde etme yöntemleri dolaylı olarak kullanılarak, tüzel kişinin sorumluluğunu ispatlayabilecek delil niteliğindeki materyaller elde edilebilir.

Ancak, özellikle gerçek kişi aleyhine soruşturma veya kovuşturma açılmadığı veya açılmadığı durumlarda, kurumsal sorumluluğun doğması için cezai (ancak idari değil) yargılamaları kullanmanın bir avantajı olabilir. Örneğin, gerçek kişi olan fail(ler) aleyhine bir soruşturmanın açılmadığı veya tamamlanamadığı durumlarda, bir tüzel kişiye karşı özel soruşturma tekniklerinin kullanılması, idari sorumluluğu tanıyan ülkelerde ve yarı-cezai sorumluluk sistemlerine sahip ülkelere neden olacaktır. Bu nedenle, örneğin Bulgaristan'da tüzel kişi için ayrı olarak soruşturma açıldığında, bunun idari dava çerçevesinde yürütülmesi gerekir. Yani, cezai soruşturma teknikleri kullanılamaz. Benzer şekilde, kurumsal yarı-cezai sorumluluğun tanındığı bir yargı alanı olan Letonya'da, bir tüzel kişiler aleyhine bir dava, bir gerçek kişi aleyhindeki bir soruşturmadan ayrı olarak açılırsa, cezai soruşturma araçlarının kullanılması mümkün değildir.

iii. Ceza hukuku konularının ceza mahkemesi hakimleri tarafından değerlendirilmesi

Tüzel kişilerin suçlara ilişkin sorumluluğunu tesis etmek için ceza davası açmanın başka bir avantajı da, davaları görececek hakimlerin yetkinlikleri, becerileri ve özel bilgileriyle ilişkilidir. Ceza hukuku konularındaki yetkinlikleri nedeniyle ceza mahkemeleri, ilgili cezai suçun bir gerçek kişi tarafından işlendiğinin tespit edilmesi gereken davaları görmek için genellikle daha iyi bir konuma sahiptir (örneğin gerçek kişi olan failden önce tüzel kişi aleyhine davanın açıldığı ve dolayısıyla suçun gerçek kişi tarafından işlendiğinin henüz tespit edilmediği durumlarda). Bu nedenle Almanya ve İtalya'da suç faaliyetlerinde bulunan tüzel kişilere karşı idari dava açma yetkisine sahip ceza mahkemeleri bulunmaktadır. Bulgaristan ayrıca İdari Suçlar ve Yaptırımlar Kanunu

85. UNODC, *BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin Uygulanma Durumu* (2017), s. 87.

86. UNODC, *BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin Uygulanma Durumu* (2017), s. 90.

87. *FATF Tavsiyeleri 2012*, s. 32

kapsamında cezai suçlarla itham edilen tüzel kişileri içeren davaların ceza mahkemelerine verilmesi olasılığını da değerlendirdiyordu.⁸⁸

iv. Ceza hukuku kapsamında daha uzun zaman aşımı süreleri

Cezai suçlar için uygulanan daha uzun zaman aşımı süreleri, tüzel kişiler için ceza yargılamasının kullanılması lehine bir argüman olarak da değerlendirilebilir. İdari usullerde öngörülen geleneksel olarak kısa zaman aşımı sürelerinde, bir tüzel kişi hakkındaki soruşturmaları başarıyla tamamlamak oldukça sorunlu olabilir ve dolayısıyla tüzel kişiye yaptırım uygulanması olasılığı büyük ölçüde gerçek kişi olan failin kovuşturulmasına bağlı olacaktır. Örneğin, Rus İdari Suçlar Kanunu uyarınca idari soruşturmalar başlatmak ve yürütmek için nispeten kısa zaman aşımı süreleri (bir ay daha uzatma olasılığı ile birlikte) OECD Rüşvet Çalışma Grubu tarafından bir endişe konusu olarak belirtilmiştir.⁸⁹

v. Karşılıklı adli yardım dahil, uluslararası adli işbirliği için daha fazla fırsat

Genel olarak, uluslararası hukuk, idare hukuku konularında yeterli işbirliği araçları sağlamaz. Buna karşılık, cezai konularda karşılıklı adli yardıma ilişkin çok sayıda uluslararası çok taraflı sözleşme ve ikili anlaşma vardır. Bu nedenle, idare hukuku alanıyla ilgili uluslararası belgeler, tüzel kişileri içeren yolsuzluk davalarında devletler arasında etkili işbirliğini kolaylaştırma eğiliminde değildir. Özellikle, bir tüzel kişinin gerçek kişi olan failden bağımsız olarak soruşturulduğu ve kovuşturulduğu durumlarda, uluslararası işbirliği için yeterli araçların bulunmamasına ilişkin sorunlar ortaya çıkabilir.

Almanya ve İtalya gibi bazı ülkeler, tüzel kişiler tarafından işlenen suçlarla ilgili davalarda normalde cezai konularda karşılıklı adli yardım için kullanılan araçları kullanma imkanını kendi iç mevzuatlarında sağlayarak kurumsal idari sorumluluk sisteminin bu sorunlu yönünü ele almaya çalışmışlardır. Ancak, diğer yargı alanlarında bu eksiklik devam etmektedir. Örneğin, Rusya Federasyonu ve Bulgaristan'da, cezai konularda karşılıklı adli yardım araçları, tüzel kişilere karşı yürütülen idari davalarda kullanılamamaktadır.

Yukarıdakiler göz önünde bulundurulduğunda, çeşitli ülkelerin ceza yargılaması sistemlerinde geliştirilen ve kullanılan usul mekanizmalarının, tüzel kişilerin idari sorumluluklarını tesis etmeye yönelik benzer sistemlere göre kurumsal sorumluluğun tesis edilmesinde önemli ölçüde daha etkili olabileceği görüşü lehine güçlü argümanlar bulunmaktadır. Ancak, örneğin özel soruşturma tekniklerinin kullanılabilir olmasını, zaman aşımı sürelerinin ve kurallarının uygun ve kapsamlı soruşturmaları engellememesini ve normalde cezai konularda karşılıklı adli yardım için kullanılan araçların (veya onların yerine uygun araçların) tüzel kişilere karşı yürütülen davalarda kullanılabilmesini sağlayarak idari usulün bazı zayıf yönlerini telafi etmek mümkün olabilir.

88. OECD, *Doğu Avrupa ve Orta Asya'da Tüzel Kişilerin Yolsuzluğa İlişkin Sorumluluğu*, 201

89. OECD, *Rusya Federasyonu'nda OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin Uygulanmasına Dair Faz 2 Raporu*, Ekim 2013

5. Sorumluluk unsurları

BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesine ilişkin son incelemesinde UNODC'nin gözlemlediği gibi, "[t]üzel kişilere sorumluluk atfedilmesine ilişkin olarak Taraf Devletler arasında açıkça bir araya getirilmiş ilkeler yoktur."⁹⁰ Ancak genel olarak, herhangi bir hukuk sisteminde tüzel kişilerin yolsuzluk suçlarına ilişkin sorumluluğu kabaca aşağıdaki unsurlardan oluşur:

1. Bir tüzel kişi,
2. Tüzel kişiyle bağlantılı bir gerçek kişi,
3. Bağlantılı gerçek kişi tarafından işlenen bir yolsuzluk suçu,
4. Suç ile tüzel kişi arasında bir bağlantı,
5. Tüzel kişinin kusuru.

Bu beş unsur hukuki, cezai veya idari sorumluluk için mevcuttur, ancak her birinin parametreleri farklı olabilir. Örneğin, hukuki, idari ve cezai sorumluluk arasında en çok yürürlükteki yaptırımlar farklılık gösterme eğilimindedir (bkz. aşağıdaki 6. bölüm). Aşağıdaki bölümlerde sırayla bu beş unsur incelenmektedir.

5.1. Tüzel kişi

Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi (1999) ve Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşmenin İkinci Protokolü (1997), "tüzel kişilerin" tanımlandığı tek uluslararası standartlardır (bağlayıcı olmayan Avrupa Birliği Çerçeve Kararı dışında). Avrupa Konseyi (d) Sözleşmesinde Madde 1 aşağıdaki gibidir:

"tüzel kişi"; Devlet yetkisini kullanan Devletler veya diğer kamu kurumları ve uluslararası kamu kuruluşları haricinde, yürürlükteki ulusal kanunlar kapsamında böyle bir statüye sahip herhangi bir kurum anlamına gelir."

Sözleşmeye İlişkin Açıklayıcı Raporunda, Yorum 31'de bazı açıklamalar yapılmıştır:

"Tüzel kişi" terimi 18. Maddede yer almaktadır (Kurumsal sorumluluk). Yine, Sözleşmede bağımsız bir tanım verilmemekte, ancak ulusal yasalara atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle, Madde 1(d), Devletlerin şirketler hukukunda veya ceza hukukunda yer alan kendi "tüzel kişi" tanımını kullanmasına izin verir. Ancak, aktif yolsuzluk suçları kapsamında, Devleti ve Bakanlıklar veya yerel yönetim organları gibi Devlet yetkisini kullanan diğer kamu kurumlarını ve ayrıca Avrupa Konseyi gibi uluslararası kamu kuruluşlarını açıkça tanımın kapsamı dışında tutmaktadır. Bu istisna, farklı yönetim düzeylerini ifade eder: Kamu yetkilerini kullanan Devlet kurumları veya Bölgesel veya Yerel kuruluşlar. Bunun nedeni, kamu kuruluşlarının sorumluluklarının belirli yasal düzenlemelere veya anlaşmalara/antlaşmalara tabi olmasıdır ve uluslararası kamu kuruluşları bakımından bu sorumluluklar, genellikle idare hukukunda yer alır. Kamu işletmelerinin sorumluluğunun kapsam dışı bırakılması amaçlanmamaktadır. Ancak bir taraf Devlet, ceza hukuku veya idare hukuku yaptırımlarının kamu kurumlarına da uygulanmasına izin verecek kadar ileri gidebilir. Bu hükmün, bu Sözleşmenin 3. ila 6. ve 9. ila 12. maddeleri kapsamında pasif yolsuzluk suçları için farklı Devlet organları tarafından istihdam edilen kişilerin sorumluluğunu hiçbir şekilde kısıtlamadığını söylemeye gerek yoktur."

Esas olarak, Sözleşme kapsamında bu, bir devletin bir tüzel kişiyi neyin teşkil ettiğine dair kendi standardının altına inemeyeceği anlamına gelir. Aşağıdaki kurumlar ulusal hukuka göre tüzel kişi olarak kabul ediliyorsa dahil edilmelidirler:

- ▶ Tek kişilik şirketler,
- ▶ Dernekler,
- ▶ Vakıf fonları,
- ▶ Ortaklıklar,
- ▶ Devlete ait veya devletin kontrol ettiği şirketler ve
- ▶ Kamu hukukuna göre kurulmuş işletmeler.

⁹⁰ UNODC, *BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin Uygulanma Durumu (2017)*, s. 88.

Tabii ki Devletler, zorunluluğun ötesine geçip örneğin, genellikle ulusal hukukta tüzel kişi olarak kabul edilmeseler bile tek kişilik şirketleri tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna dahil edebilirler. Örneğin, İsviçre Ceza Kanunu, sorumluluğu tüzel kişi teriminden değil, bir “işletme” teriminden aldığından “tüzel kişiliği olmayan şirketler” ve “şahıs şirketleri” kavramlarını içerir (Madde 102). Birleşik Krallık’ın 2010 tarihli Rüşvet Yasasındaki “önleyememe” suçu, kurum ve ortaklıkları içeren her türlü “ilgili ticari kuruluşu” hedef alırken, rüşvet suçları herhangi bir “kişi” için geçerlidir.⁹¹

Nadir bir istisna olarak, Estonya Ceza Kanunu Bölüm 37’de “pasif hukuki ehliyete sahip tüzel kişilerin suç işleyebileceği” açıklanmaktadır (pasif hukuki ehliyet, normalde sözleşme yapma ve mahkemede dava açma hakkı olarak anlaşılan aktif hukuki ehliyetin aksine tüzel kişinin hukuki varlığı anlamına gelir).

Gürcistan Ceza Kanununda (Madde 107.1 paragraf 1) aşağıdaki tanım kullanılmıştır: “Bu Kanun kapsamında, tüzel kişi, ticari veya ticari olmayan bir tüzel kişi (veya onun devralanı) anlamına gelir.”

Moldova Ceza Kanunu, “kamu kurumları dışında” tüm “tüzel kişileri” cezai sorumluluğa tabi tutmaktadır (Madde 21 paragraf 3).

Avrupa Birliğinde 27 Üye Devletten yalnızca 4’ü tüzel kişilerin sorumluluğunu katı bir şekilde özel kuruluşlarla sınırlandırmaktadır (yani tüm kamu kuruluşlarını muaf tutmaktadır).⁹² Bu nedenle, henüz durum böyle olmasa da, Avrupa standardı, kamu kurumlarının da özel tüzel kişilere benzer şekilde sorumlu tutulabileceğini kabul etmeye yönelebilir. Üye Devletlerde tüzel kişilerin sorumluluğuna dair olarak AB tarafından finanse edilen karşılaştırmalı bir çalışmada aşağıdaki tavsiye sunulmuştur:

“Tüzel kişilerin suçlara ilişkin sorumluluklarıyla ilgili mevcut AB politikasında, kamu tüzel kişileri kapsam dahilinde değildir. Pek çok Üye Devletin ulusal sorumluluk yaklaşımları kapsamında bir veya daha fazla tür kamu tüzel kişisini içerdiği göz önünde bulundurulduğunda, AB, kapsamını buna göre genişletmeyi düşünebilir.”⁹³

OECD Rüşvet Çalışma Grubu, sözleşmeler yapabilen kamu kuruluşlarının sorumluluk kapsamına girdiği konusunda ısrar etmektedir.⁹⁴ OECD’nin Durum Değerlendirme Raporunda, OECD Yabancı Görevlilere Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesine taraf olan Devletlerin büyük çoğunluğunun (%83) yabancı görevlilere rüşvetle ilgili kanunlarını en azından belirli koşullar altında, kamu işletmelerine uyguladıkları tespit edilmiştir.⁹⁵ Ancak, örneğin, kamu politikası hedeflerini gerçekleştirmeye çalışan devlete ait şirketlerin cezai olarak sorumlu tutulmadığı İspanya’da olduğu gibi, genellikle belirli koşullar geçerlidir.⁹⁶

5.2. Tüzel kişiyle bağlantılı gerçek kişilerin işlediği suçlar

Bir bilgisayar kendi iradesi olmadığı için rüşvet veremez. Sorumluluğun “önleyememe” modelleri dışında, rüşvet ve diğer yolsuzluk suçları gerçek kişilerin eylemleridir. Sorulması gereken soru, tüzel kişinin sorumlu olabilmesi için gerçek kişinin tüzel kişi ile nasıl bir ilişkisi olması gerektiğidir. Dört personel segmenti (veya seviyesi) arasında ayırım yapılabilir:

- ▶ **Yönlendiren akıl:** Yalnızca yönetime mensup kişilerin eylemleri kurumsal sorumluluğa yol açabilir. Bu en dışlayıcı modeldir.
- ▶ **Üst yönetim:** Bu kavram kapsamında, önemli düzeyde karar alma veya kontrol yetkisine sahip çalışanların eylemleri kurumsal sorumluluk doğurabilir.
- ▶ **Çalışan:** Bu yaklaşım, şirketin tüm çalışanlarının eylemlerini içerir.
- ▶ **Temsilciler ve üçüncü şahıslar:** En geniş yaklaşım, şirket adına hareket eden temsilcileri ve hatta bağımsız danışmanlar gibi üçüncü şahısları dahil etmek olacaktır. 1977 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununda (“FCPA”), “her türlü görevli, yönetici, çalışan veya temsilci” dahil ederek bu yaklaşımı izlenmektedir.⁹⁷

Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinde, birleşik bir yaklaşım izlenmektedir. Başlangıçta, aşağıdakilerle tanımlanan üst yönetimin eylemlerinden yararlanır:

91. İsviçre’nin 1 Ocak 2013 tarihli ve SR 311.0 sayılı Ceza Kanunu, www.admin.ch, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

92. Vermeulen G. ve diğerleri (2012), Liability of Legal Persons for Offences in the EU, s. 44/bölüm 2.2.2.2 “Private versus public”.

93. Aynı kaynak, s. 139, tavsiye 4.

94. Pieth M./Low L./Cullen P. (2007), OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi: Bir Yorum, Madde 4 No. 3.4.

95. OECD, *Tüzel Kişilerin Yabancı Görevlilere Rüşvete İlişkin Sorumluluğu: Durum Değerlendirme Raporu*, 9 Aralık 2016, s. 34.

96. Aynı kaynak.

97. § 78dd-1 (a).

- tüzel kişiyi temsil yetkisi veya
- tüzel kişi adına karar alma yetkisi veya
- tüzel kişi içinde kontrol uygulama yetkisi;”

Ancak, Sözleşmede üst yönetimin yeterince denetim yapmaması halinde çalışanların eylemleri de sorumluluk kapsamına dahil edilmektedir: “[üst yönetim] tarafından [...] denetim veya kontrol eksikliğinin, tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişi tarafından o tüzel kişinin yararına paragraf 1’de belirtilen cezai suçların işlenmesini mümkün kıldığı durumlarda [...]”.

BM ve OECD sözleşmelerinde, tüzel kişi sorumluluğunun doğması için gereken personel kademine ilişkin hiçbir ayrıntı verilmemektedir. Ancak, Tüzel Kişi Sorumluluğuna İlişkin OECD Durum Değerlendirmesi Raporunda, OECD Yabancı Görevlilere Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesine taraf olan Devletlerin en az %71’inin, bir görevli veya başka bir yöneticinin suçu “yeterli denetim ... veya ... yeterli kontrolleri gerçekleştirilerek” suç önleyemediği durumlarda şirketleri sorumlu tutabileceği ortaya konulmuştur.⁹⁸ Ancak, bazı ülkelerde ulusal mevzuat, çalışanların kendilerine tahsis edilen alanda veya görevleri kapsamında hareket etmiş olmalarını gerektirmektedir.

Alt yükleniciler (temsilciler) tarafından işlenen suçlara dayalı olarak tüzel kişi sorumluluğunun doğması konusu tartışmalı olabilir ve birçok yargı alanında bunun tesis edilmesi zor olabilir. Üye Devletlerde tüzel kişilerin sorumluluğu hakkında AB tarafından finanse edilen karşılaştırmalı bir çalışmada, bir tüzel kişinin, belirli suç fiillerinden sorumlu gerçek kişilerin doğrudan tüzel kişi tarafından değil, onun alt yüklenicilerinden biri tarafından istihdam edilmesi nedeniyle sorumlu tutulamayacağını ileri sürdüğü bir vaka örneği verilmiştir. Çalışmada, “[d]olayısıyla, örneğin, alt yüklenicilikle bağlantılı durumları suç saymanın istenip istenmeyeceğine bakılması gerekip gerekmediği” sorgulanmıştır.⁹⁹

5.3. Gerçek kişilerce işlenen yolsuzluk suçları

Yolsuzluk suçu, kurumsal sorumluluğun başlangıç noktasıdır. Bir yolsuzluk suçu yalnızca bir gerçek kişi (veya kişiler) tarafından işlenebileceğinden, yolsuzluk suçunu tüzel kişiye atfetmek için kurumsal sorumluluğun diğer unsurları (tüzel kişiyle bağlantı, personelin kıdemliliği ve kurumsal kusur) tesis edilmelidir.

5.3.1. Yolsuzluk suçlarının türleri

Çeşitli uluslararası sözleşmelerde, tüm yolsuzluk suçları için tüzel kişilerin sorumlu tutulması öngörülmektedir. Örneğin, BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin 20. Maddesi kapsamındaki haksız zenginleşme veya Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinin 12. Maddesi kapsamındaki nüfuz ticareti gibi belirli suçlar isteğe bağlı olursa, bir ülke belirli bir suçu seçtiğinde tüzel kişilere sorumluluk yüklemeye mecbur olur. Devletler, sorumluluğun şeklini (cezai, hukuki veya idari) belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Örneğin, Polonya yasası ile ilgili olarak GRECO, “aktif nüfuz ticareti ile ilgili hükmün (Ceza Kanunu Madde 230a) Toplu Kuruluşların Sorumluluğu Kanununun 16. Maddesi kapsamındaki suçlar listesine dahil edilmediğini” tespit etmiştir. “Dolayısıyla, [GRECO Değerlendirme Ekibi], kurumsal sorumluluğun tesis edilmesine yol açabilecek şekilde tüm ilgili yolsuzluk suçlarını dahil etmek için, Ceza Kanunu Kapsamında Yasaklanan Eylemlerden Toplu Kuruluşların Sorumlulukları Hakkında Kanunun değiştirilmesini tavsiye etmektedir.”¹⁰⁰

Benzer şekilde, İtalya’da GRECO, “kurumsal sorumluluğun kapsamının özel sektördeki aktif rüşvet suçlarını kapsayacak şekilde genişletilmesini” tavsiye etmiştir.¹⁰¹

Ancak, BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinde yer alan haksız zenginleşme gibi belirli yolsuzluk suçlarının, tüzel kişiler için sınırlı uygulanabilirliğinin olduğu, görevin kötüye kullanılması gibi diğerlerinin ise yalnızca sınırlı sembolik değere sahip olduğu ileri sürülebilir. Ana konular kamuda ve özel sektörde rüşvetle ve özellikle yabancı kamu görevlilerine aktif rüşvetle ilgilidir.

98. OECD, Tüzel Kişilerin Yabancı Görevlilere Rüşvete İlişkin Sorumluluğu: Durum Değerlendirmesi Raporu (2016), s. 47.

99. Vermeulen G. ve diğerleri, (yukarıda adı geçen kaynak), s. 102 ve s. 140, tavsiye 9.

100. GRECO (2004), *İkinci Değerlendirme Turu. Polonya Değerlendirme Raporu*, paragraf 55, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019. Ayrıca bkz. GRECO (2006), *Polonya Uygunluk Raporu*, paragraf 39-40 (Polonya kanununda değişiklik yapılmıştır)

101. GRECO (2009), *Ortak Birinci ve İkinci Değerlendirme Turu. İtalya Değerlendirme Raporu*, paragraf 183, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019. Ayrıca bkz. GRECO (2013), *İtalya Uygunluk Raporu Eki*, paragraf 58-62 (İtalyan kanununda değişiklik yapılmıştır)

5.3.2. Actus reus ve mens rea

Ceza hukukunun genel ilkelerine göre, rüşvet gibi bir yolsuzluk suçu için, hem bir eylemin hem de buna karşılık gelen bir zihinsel unsurun ("actus reus" ve "mens rea") ispatlanması gerekir. Actus reus, örneğin, paranın bir tüzel kişi tarafından kontrol edilen bir hesaptan bir kamu görevlisinin hesabına, bu görevli tarafından tüzel kişiye devlet ihalesi verilmesinden önce transfer edildiği bir senaryodan oluşabilir. İkna edici alternatif bir açıklaması yoksa, bu dolaylı delillerden, söz konusu gerçek kişinin kamu görevlisine rüşvet vermek için gerekli niyete (mens rea) sahip olduğu ve sadece ihmalkarlığın söz konusu olmadığı sonucuna varmak mümkün olacaktır.

5.3.3. Tek bir gerçek kişinin eylemi

Genel olarak, tüzel kişi için çalışan gerçek kişiler, rüşveti alan kişinin ifadesi, rüşvet verenin itirafı veya sadece rüşvet ödemesinde kullanılan paranın takip edilerek rüşvet talimatını veren gerçek kişiye ulaşılması nedeniyle açılan yolsuzluk soruşturması sonucunda belirlenirler.

Ancak, gerçek kişi doğru bir şekilde belirlenemediğinde, ancak yine de tüzel kişinin içinden (veya tüzel kişiyle bağlantılı) birisinin suçu işlediği açık olduğunda tüzel kişinin sorumlu olabileceği durumlarda sorunlar ortaya çıkar. Ulusal mevzuatlar bu konuda farklılık gösterir ve dört genel model mevcuttur:

- ▶ **Kesin belirleme:** Örneğin Slovenya'da, "suçlunun belirlenmesi, bir suçun tüm olgusal bileşenlerini tespit etmek ve örneğin zararın kaza sonucu meydana gelmediğini tespit etmek için ön koşuldur. [...] [Dolayısıyla, bir] tüzel kişi, failin kimliği belirlenmediğinde sorumlu tutulamaz".¹⁰²
- ▶ **Koşullu belirleme:** İsviçre'de "bir suçun faili belirlenemezse bile", eğer bu, "şirketin organizasyonel eksikliklerinden kaynaklanıyorsa" tüzel kişiler sorumlu olabilir (Ceza Kanunu Madde 102)¹⁰³. Diğer tüm durumlarda, failin kimliğinin belirlenmesi gerekli olacaktır.
- ▶ **Kesin isim olmadan yakınlaşma:** Örneğin Almanya'da, failin kimliği net olmasa bile, mahkeme suçun ilgili şirketten biri tarafından işlendiğini kesin olarak tespit edebiliyorsa yeterlidir.¹⁰⁴ Bazı İsviçreli akademisyenler de "genel ihmâl" etiketi altında bu yaklaşımı desteklemektedir.¹⁰⁵ Gürcistan Ceza Kanununda, kurumsal sorumluluk belirli gerçek kişiden açıkça ayrılmaktadır: "Tüzel kişi, onun adına veya aracılığıyla ve/veya onun yararına bir suç işlendiğinde, suçu işleyen kişinin tespit edilip edilmediğine bakılmaksızın cezai sorumluluğa tabi olur."¹⁰⁶
- ▶ **Toplu eylem veya niyet:** Bu kavram kapsamında, suçun tek bir kişi tarafından tek bir eylemde işlenmesi gerekmez. Şirket içerisindeki birkaç kişinin, hiçbiri suçun tüm unsurlarını kendi başına karşılamasa bile suçun tüm unsurlarından birlikte sorumlu olması yeterlidir. Örneğin, bir çalışan, bir iş müzakerecinin ücretinin bir kısmını düzenli olarak bir bakanlıktaki görevlilere rüşvet vermek için kullandığını bilmeden, onunla bir danışmanlık sözleşmesi imzalar. Başka bir çalışan, müzakerecinin bu uygulamalarını biliyordu, ancak şirketinin şu anda bu danışmanla çalıştığını bilmiyordu. Bu durumda iki farklı gerçek kişi *actus reus* unsurunu karşılamış olur. Bu teori, görüldüğü kadarıyla, sadece akademisyenler tarafından önerilmiş ve henüz mevzuatta kullanılmamıştır.

Kesin belirleme, sorumluluğun tesis edilmesi için en büyük yükü savcılara yükler. Ancak, Avrupa Konseyi Sözleşmeleri veya OECD Sözleşmesi izleme gruplarının hiçbiri gerçek kişilerin belirlenmesine yönelik ulusal standartlardan herhangi birine itiraz etmediğinden, kesin belirleme kavramı da dahil olmak üzere yukarıdaki kavramların hepsi **uluslararası standartlara** uygun görünmektedir.

5.3.4. Mahkumiyet

Ne Avrupa Konseyi Sözleşmelerinde ne de çoğu devletin mevzuatında, kurumsal sorumluluk için bir ön koşul olarak bir bireyin yolsuzluk suçundan mahkum edilmesi öngörülmez.

OECD'nin 2009 tarihli Tavsiyesinde, Taraf Devletlerin tüzel kişilerin sorumluluğunu gerçek kişilerin yargılanması veya mahkum edilmesi durumlarıyla sınırlamaması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁷ Bu, devletlerin bir kuruma karşı kovuşturma açmadan önce mahkumiyet şartı ararken buna uyup uymayacağına dair şüphelerin ifade edildiği OECD Sözleşmesine uygunluğa ilişkin izleme raporlarının ardından gelmiştir.

102. GRECO (2003), *İkinci Değerlendirme Turu. Slovenya Değerlendirme Raporu*, paragraf 56, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

103. GRECO (2008), *Ortak Birinci ve İkinci Değerlendirme Turu, İsviçre Değerlendirme Raporu*, paragraf 165, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

104. GRECO (2005), *İkinci Değerlendirme Turu. Almanya Değerlendirme Raporu*, paragraf 55, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; ayrıca bkz. GRECO (2004), *İkinci Değerlendirme Turu. Birleşik Krallık Değerlendirme Raporu*, paragraf 105, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

105. Örneğin bkz. Macaluso A. (2004), La responsabilité pénale de l'entreprise, Zurich, N 729 f.

106. Gürcistan Ceza Kanunu Madde 107-1 No. 4

107. OECD (2009), *Rekomandim i Këshillit për luftën e mëtëjshëm kundër mitmarjes së zyrtarëve të huaj publikë në transaksionet ndërkombëtare të biznesit*, Shtojca I, Praktikat e mira, neni 2 i Konventës së OECD-së: Përgjegjësia e personave juridikë.

Meksika ile ilgili olarak, raporda “rüşvet suçunu işleyen gerçek kişinin mahkum edilememesi durumunda tüzel kişiye cezai yaptırım uygulanamayacağı ve bunun, etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar standardının karşılanıp karşılanmadığına dair şüpheler uyandırdığı” belirtilmiştir.¹⁰⁸

Polonya’da, Çalışma Grubu “çoğu durumda, gerçek kişinin önceden mahkum edilmesi şartı [...]” konusundaki endişelerini dile getirmiştir.¹⁰⁹ Ancak, GRECO aynı Polonya yönetmeliğinin “Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi Madde 18’in hükümlerine aykırı olmadığını” düşünmektedir.¹¹⁰ Şunun da belirtilmesi gerekir ki İşletmelerin Sorumluluğuna ilişkin Bakanlar Komitesinin R (88) 18 Sayılı Tavsiye Kararında, “suç teşkil eden fiil veya ihmalleri gerçekleştiren gerçek kişinin belirlenip belirlenememesinden bağımsız olarak tüzel kişilerin sorumlu olduğu” bir standart belirlenmiştir. Bu nedenle GRECO, Polonya’nın kanununun tüzel kişi sorumluluğunu bu şekilde kısıtlayarak, İşletmelerin Sorumluluğuna ilişkin Bakanlar Komitesinin R (88) 18 Sayılı Tavsiye Kararının ilgili standardına uygun olmadığını tespit etmiştir.¹¹¹ (Tavsiye Kararında I.2 sayılı standart).

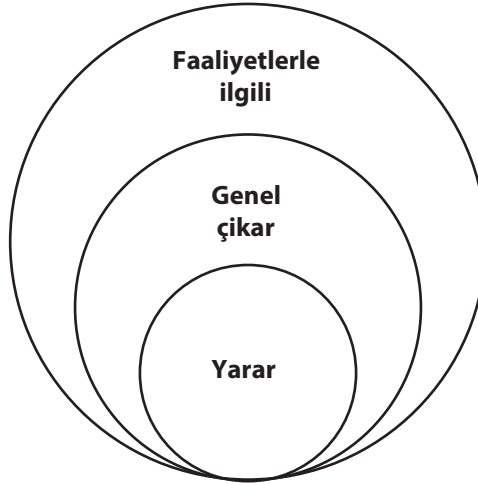
5.4. Suç ile tüzel kişi arasındaki bağlantı

Bir otomobil şirketinin çalışanı, çocuğunun okulda daha iyi bir not alması için bir öğretmene rüşvet verebilir. Otomobil şirketi, açıkça hiçbir ilgisi olmayan bu tür suçlardan sorumlu tutulamaz. Dolayısıyla, ancak suç ile tüzel kişi arasında yeterli bir bağlantı varsa sorumluluk doğar.

Yalnızca Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi ve AB İkinci Protokolünde, yolsuzluk eylemi ile tüzel kişi arasındaki ilişki açıkça tanımlanmaktadır. Genel olarak, çalışan ile tüzel kişi arasında üç dereceli ilişki belirlenebilir:

- ▶ Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinde, sorumluluk, “[tüzel kişilerin] çıkarı için işlenen” suçlarla sınırlandırılmaktadır.
- ▶ Bazı ulusal yasalar, çitayı biraz daha düşük belirler ve sorumluluğun doğması için bir eylemin yalnızca tüzel kişinin “adına”, “yararına” veya “çıkarına” olmasını şart koşar.
- ▶ Bazı ülkeler, “faaliyetler sırasında” veya yalnızca “işle ilgili olarak” işlenen herhangi bir eylemi kapsama dahil eder.

“İlgi” kavramı, kurumsal sorumluluğun en geniş şekilde uygulanmasına yol açarken, “yarar” kavramı en dışlayıcı olanıdır:



Şekil 1: Suç filini tüzel kişiye bağlayan kavramların kapsamının karşılaştırılması

Bu kavramların her biri sırayla ele alınacaktır.

108. OECD (2000), *Meksika, Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 1 Raporu*, s. 24, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019. Ayrıca bkz. OECD (2018), *Meksika, Faz 4 Raporu*, paragraf 110 (Meksika mevzuatını değiştirmiş olup şu anda bir tüzel kişi, bir gerçek kişinin aynı suçtan kovuşturulmasından bağımsız olarak kovuşturulabilir).

109. OECD (2001), *Polonya, Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 1 Raporu*, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019. Ayrıca bkz. OECD (2015), *Polonya, Faz 3 Raporu Takip Çalışması ve Tavsiyeler*, s. 8, bu konuda somut ilerleme olmadığı tespiti.

110. GRECO (2003), *İkinci Değerlendirme Turu. Polonya Değerlendirme Raporu*, paragraf 56, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

111. Not: Tavsiye, GRECO’nun değerlendirme kapsamında değildir; bu yüzden GRECO, Tavsiyenin standartlarına göre değerlendirme yapma pozisyonunda değildir; bkz. aşağıda Ek 9.2.

5.4.1. Yarar

Bu kavram kapsamında, eylemin şirketin yararına olması gerekir, ancak söz konusu şirketin eylemden fiilen yararlanmasına gerek yoktur.

Örnekler:

- ▶ Bir çalışan, devlet yetkilileriyle bir sözleşme müzakere eder ve müzakereler sırasında şirketin ihaleyi kazanması için onlara rüşvet teklif eder. Şirket, ihaleyi kazanmasında rüşvetin belirleyici olup olmadığını bilmemektedir. Yine de, şirket nihayetinde sözleşmeyi kazanmamış olsa bile rüşvet, şirketin yararına olacak şekilde verilmiştir.
- ▶ Bir ilaç firmasının bir çalışanı, rakiplerinin pazara girmesini önlemek için sağlık bakanlığı görevlisine rüşvet verir. Azalan rekabetten yine de dolaylı olarak fayda sağlayacağı için, şirketin bu eylemden doğrudan yararlanmasına gerek yoktur.

Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinde, şirketin “yararına” gerçekleştirilen eylemler için sorumluluk tesis edilerek bu yaklaşımı izlenmiştir. Ancak, Açıklayıcı Raporda, “suçun tüzel kişi adına veya yararına işlenmiş olması gerektiği” belirtilerek “genel çıkar” kavramına da atıfta bulunmaktadır.¹¹²

5.4.2. Genel çıkar (Tüzel kişi adına eylemler)

Bu şarta göre, eylemin şirketin çıkarına veya adına olması gerekir, ancak tüzel kişinin bundan yararlanmasına gerek yoktur.

Örnek:

- ▶ Bir şirket çalışanı, yeni şirket ofisine telefon hatlarının hızlı bir şekilde bağlanması için devlet telefon şirketine küçük bir hızlandırma ödemesi yapar.
- ▶ Bir şirket çalışanı, şirketin yıllık bir devlet etkinliğine resmi sponsor olarak kabul edilmesi için rüşvet öder (bu örnekte de, elde edilen reklam değeri nedeniyle şirkete yarar sağlandığı düşünülebilir).

İlk örnekte muhtemelen şirketin doğrudan elde ettiği bir ekonomik yarar yoktur. Ancak, yine de telefon hatlarının hızlı bir şekilde bağlanmasıyla şirketin çıkarına hizmet edilmiş olur.

5.4.3. Faaliyetlerle ilgili

Bu yaklaşıma göre, eylemin şirketin çıkarına veya yararına değil olması gerekmez; onun yerine şirketin faaliyetleriyle ilgili olması gerekir.

Örnekler:

- ▶ Devlet yetkilileriyle bir sözleşme müzakeresi sırasında, bir şirket çalışanı, devlet kanallarından ünlü Bolşoy Tiyatrosuna VIP bilet alabilmeleri için yetkililere rüşvet teklif eder.
- ▶ Bir şirket çalışanı, 10 uçağın siparişi için devlet yetkilileriyle bir sözleşme müzakere eder. Devletin gelecekte 5 uçak daha sipariş etmesi için bağlayıcı olmayan bir seçenek dahil etmeleri amacıyla yetkililere rüşvet verir. Rüşvetin gerekçesi şudur: Şirket çalışanının kişisel yıllık ikramiyesi, sözleşmelerin bu tür bağlayıcı olmayan seçenekleri içermesi durumunda daha yüksek olacak şekilde hesaplanır. Yetkililerin veya devletin bu seçeneğe başvurma niyetinde olmadığı varsayılır ve şirketin böyle bir “ölü” seçeneğe ilişkin fiili çıkarı, yalnızca çalışana yapılan ikramiye ödemelerinden para kaybettiği için muhtemelen düşük olacaktır. Bu nedenle, şirketin hükmün sözleşmeye dahil edilmesinden yarar sağlaması muhtemel olmasa da, çalışan ve devlet yetkililerinin yolsuzluk faaliyetini gerçekleştirme fırsatı ancak şirket ile devlet arasındaki ilişkinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

5.5. Kusurun tüzel kişiye isnat edilmesi

Genel bir ilke olarak, tüzel kişi, ancak tüzel kişiye isnat edilebilecek kusur ispatlanabilirse, gerçek kişi tarafından işlenen suçlardan sorumlu tutulabilir. Daha önce açıklandığı gibi, bir tüzel kişi, suni bir kişilik olarak niyetlere sahip olamaz ve dolayısıyla zihinsel unsura (mens rea) sahip değildir. Ancak, tüzel kişiyi yönlendiren veya kontrol eden kişilerin tüzel kişi adına verdikleri kararlara kusur isnat edilebilir. Bu nedenle, yürürlükteki mevzuata bağlı olarak, bir tüzel kişinin yöneticileri ve çalışanları tarafından işlenen yolsuzluk suçları da dahil olmak üzere görevin kötüye kullanılması, belirli koşullar altında tüzel kişiye isnat edilebilir.

112. Yorum 86, *Açıklayıcı Rapor*, www.conventions.coe.int, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019..

5.5.1. Türler

Sorumluluk kavramlarını yansıtan üç temel kusur modeli vardır (bkz. yukarıdaki Bölüm 3):

- ▶ **Nesnel kusur:** Tüzel kişi, kurumsal düzenlemelerden, etik bir şirket kültüründen ve güvenilir uygunluk çabalarından yoksun olduğu kanıtlanırsa sorumlu olur. “Nesnel kusur” doktrini kişisel kusura dayanmaz; bir tüzel kişi kurumsal yapısı nedeniyle sorumlu olabilir. Bu, tüm kurumun ihmalkar (veya kasıtlı) tutumunun bir yansımasıdır ve “şirketin yeterli rüşvetle mücadele prosedürlerini sağlamadaki toplu başarısızlığından ziyade, ‘sorumlu bir kişinin’ ihmalkar olup olmadığıyla ilgilidir.”¹¹³
- ▶ **Denetim eksikliği:** Tüzel kişi, ilgili yetkiye sahip çalışanlarından birinin astlarını düzgün bir şekilde denetleyememesi durumunda sorumlu olur. “Nesnel kusur” doktrini kişisel kusur gerektirmediği için “kişisel değilken”, “denetim eksikliği” doktrini ise bunu gerektirir. Aslında, denetim eksikliği doktrini, şirket içinde en azından iki kişinin kusurlu olmasını gerektirir: Ast suçlunun kusuru ve denetçinin kusuru.
- ▶ **Katı sorumluluk:** Gerçek kişinin kusuru otomatik olarak tüzel kişiye atfedileceği için tüzel kişi sorumlu olur. Bu doktrine göre, yolsuzluk yapan çalışanın kendisinden kaynaklanan kusur dışında ek bir kurumsal kusur yoktur. Başka bir deyişle, tüzel kişinin tek “kusuru”, suçluyu istihdam etmesi olabilir. Örneğin Kosova Ceza Kanunu* uyarınca, “bir tüzel kişi, bir çıkar sağlamak amacıyla yetkileri dahilinde tüzel kişi adına hareket ederek cezai bir suç işleyen ve tüzel kişi için bir zarara yol açan sorumlu kişinin cezai suçundan sorumludur. Tüzel kişinin eylemleri iş politikalarına veya tüzel kişinin emirlerine aykırı olsa bile tüzel kişinin sorumluluğu vardır.”¹¹⁴
- ▶ Ancak, diğer yargı alanları gerçek kişilerin yetkisiz davranışları için sorumluluk isnat etmez. Örneğin, Portekiz Ceza Kanununda, “aktör, sorumlu kişinin emirlerine veya açık talimatlarına aykırı davrandığında tüzel kişilerin ve eş değer kuruluşların sorumluluğunun hariç tutulduğu” belirtilmektedir.¹¹⁵

Her üç model de, farklı kusur türleri öneren Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi ile uyumludur. Sözleşmede Madde 18 paragraf 1’de üst yönetim tarafından işlenen suçlar için katı sorumluluk ve Madde 18 paragraf 2’de denetim sorumluluğu öngörülmektedir. Sözleşmede açıkça nesnel kusura atıfta bulunulmamaktadır, ancak bu kusur standardı denetim eksikliği şartlarının ötesine geçtiği için, Sözleşmeye uygun kabul edilmelidir.

Farklı kusur modellerini yeterince kapsamayan belirli mevzuatlarda dikkate değer bir yasal boşluk ortaya çıkabilir. Örneğin, genellikle katı sorumluluk modelini uygulayan Portekiz’de yetkisiz davranışların kapsam dışında tutulması, GRECO’nun kusur tanımına aykırı olarak denetim eksikliği nedeniyle sorumluluğun olmamasına neden olabilir. Portekiz hakkındaki incelemesinde GRECO, “yönetimin denetim eksikliğinden dolayı yolsuzluğun ortaya çıkabileceği durumları kapsayacak özel bir mevzuat” olmadığını kaydetmiştir.¹¹⁶

Üç modelin de avantaj ve dezavantajları vardır.

- ▶ Nesnel kusur:
 - **Avantajları:** Tüzel kişiler, etkili rüşvet önleme mekanizmalarını uygulamamaktan sorumlu tutulabileceğinden, bu tür mekanizmaları kurmaya ve bunların etkili olmasını sağlamaya motive edilirler.
 - **Dezavantajları:** Yeterli önleme mekanizmalarını göstermek için yeterli delil toplamak ve bu bilgileri büyük bir uluslararası şirket yargılanırken mahkemede sunmak külfetli olabilir. Bunun üstesinden gelmenin bir yolu, ispat yükümlülüğünde bir değişiklik yapılması olabilir.
- ▶ Denetim eksikliği:
 - **Avantajları:** Tüzel kişiler, yolsuzluk suçlarını önlemek veya azaltmak için uygun gözetimi yapmamaktan sorumlu tutulabileceğinden, bu tür gözetim mekanizmalarını uygulamaya koymaya motive edilirler.

113. Birleşik Krallık (2009), *Rüşvet Yasası Tasarısı Hakkında Ortak Komite Raporunun sonuçlarına ve tavsiyelerine Hükümetin Yanıtı*, s.7, www.official-documents.gov.uk, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

114. UNSCR 1244/99 Madde 40(1), Kosova Cumhuriyeti Ceza Kanunu.

115. Portekiz Ceza Kanunu Madde 11 paragraf 5; bkz. OECD (2009), *Portekiz: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 2 Takip Raporu*, s. 29, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019. Ayrıca bkz. OECD (2013), *Portekiz’de OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, paragraf 51 (Portekiz’de açık emir ve talimatlarla aykırı hareket etme savunması muğlak bir şekilde tanımlanmıştır.)

116. GRECO (2005), *İkinci Değerlendirme Turu. Portekiz Değerlendirme Raporu, Strasbourg*, paragraf 73, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019. Ayrıca bkz. GRECO (2008), *İkinci Değerlendirme Turu, Portekiz Uygunluk Raporu*, s. 14 (denetlenmesi gereken bir kişi tarafından bir suçun işlendiği durumları kapsayacak mevzuatın çıkarılmış olduğu tespiti).

- **Dezavantajları:** Rüşvet risklerinin önlenmesi ve azaltılması için denetim tek başına yeterli olmayabilir ve bu nedenle bir tüzel kişinin başka önleme mekanizmalarını uygulaması gerekecektir. Denetim eksikliğinin mahkemede kanıtlanması da zor olabilir.

► Katı sorumluluk:

- **Avantajları:** Katı sorumluluk, tüzel kişileri etkili önleyici tedbirler almaya teşvik edebilir, çünkü tüzel kişi, onun için çalışan gerçek kişiler tarafından işlenen rüşvet suçlarından otomatik olarak sorumlu tutulacaktır. İspat yükümlülüğü, yalnızca şirketin bir çalışanı veya temsilcisi olarak gerçek kişinin suçu işleyip işlemediği ile ilgili olduğundan dava kolaylıkla kazanılabilir. Birkaç AB Üye Devletinde görülenlere benzer bir katı sorumluluk sisteminin uygulamaya koyulması, delil gerekliliklerini önemli ölçüde azaltabilir ve böylece kovuşturma sırasında ispat yükümlülüğünü de azaltır.¹¹⁷
- **Dezavantajları:** Bu doktrin oldukça geniş kapsamlıdır ve en gelişmiş önleme programlarına sahip şirketlerin bile cezalandırılmasına yol açabilir. Katı sorumluluk ayrıca genellikle, bir çalışanın rüşvete karışmaması için verilen doğrudan veya somut emre uymaması durumunda tüzel kişi için de geçerlidir (ancak, şirkete uygulanacak herhangi bir yaptırımın ağırlığını azaltmak için ek koşullar dikkate alınabilir).

5.5.2. Savunma Olarak Etkili Bir Uygunluk Programı

Tüzel kişinin tabi olduğu kusurun türüne veya cezai veya idari düzenlemelere tabi olup olmadığına bakılmaksızın, yetkililer, bir tüzel kişinin ne tür bir şirket kültürü ve ne tür bir denetim uygulaması gerektiğini inceleyeceklerdir.

Bir şirketin olası nesnel kusuru ve denetim kusuruyla ilgili olarak, tüzel kişilerin denetim eksikliğinden sorumlu tutulabileceği durumlarda, şirket, yolsuzluğa karşı uygun önleyici tedbirleri uyguladığını kanıtlayabilirse sorumluluktan kaçınabilir.

Bazı Devletler, tüzel kişilerin yolsuzluk ve rüşvetle mücadele için yeterli önleme mekanizmaları kurduklarını kanıtlamalarına izin verirken, tüzel kişilerin katı bir sorumluluğa tabi olabileceği hukuk sistemlerinde, en iyi yolsuzlukla mücadele mekanizmaları bile sorumluluğu kesin olarak engellemez. Bununla birlikte, etkili bir uygunluk programının uygulanması, hüküm giyen bir tüzel kişinin olası cezalarını hafifletebilir.

Kurumsal yolsuzlukla mücadele uygunluk programları başlangıçta Amerika Birleşik Devletleri tarafından geliştirilmiş ve diğer ülkeler tarafından da benimsenmiştir. Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığına göre, bir uygunluk programının temel taşları aşağıdakileri içerir:¹¹⁸

1. **Üst Yönetimin kararlılığı** ve açıkça ifade edilmiş bir yolsuzlukla mücadele politikası: Uygunluk ve etik kurallar en tepeden başlamalıdır. Savcılar bu yüzden, üst yönetimin şirket standartlarını açıkça ifade edip etmediğini, bunları açık bir şekilde bildirip bildirmediklerini, bunlara titizlikle bağlı kalıp kalmadığını ve tüm kuruma yayıp yaymadığını değerlendirirler.
2. **Davranış Kuralları, Uygunluk Politikaları ve Prosedürleri:** Savcılar ayrıca bir şirketin, şirket içinde uygunluğa ilişkin sorumlulukların açıklandığı, uygun iç kontrollerin, denetim uygulamalarının ve belgeleme politikalarının detaylandırıldığı ve disiplin prosedürlerinin ortaya koyulduğu politika ve prosedürlere sahip olup olmadığını da değerlendirirler. Etkili politikalar ve prosedürler, şirketin ürünleri ve hizmetleri, üçüncü taraf araçları, müşterileri, devletle etkileşimleri ve sektörel ve coğrafi riskleri de dahil olmak üzere şirketin iş modelinin derinlemesine anlaşılmasını gerektirir.
3. **Gözetim, Özerklik ve Kaynaklar:** Bir tüzel kişi, bir şirketin uygunluk programının gözetimi ve uygulanması için sorumluluğu bir veya daha fazla üst düzey yöneticiye vermelidir. Bu kişiler, kurum içinde uygun yetkiye, yönetimden yeterli özerkliğe ve şirketin uygunluk programının etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için yeterli kaynaklara sahip olmalıdır. Yeterli özerklik genellikle, kurumun yönetim kurulu ve yönetim kurulu komiteleri (örneğin, denetim komitesi) gibi yönetim makamlarına doğrudan erişimi içerir.
4. **Risk Değerlendirmesi:** Standart uygunluk programları genellikle kötü tasarlanmış ve etkisizdir, çünkü kaynaklar kaçınılmaz olarak çok fazla dağılır ve düşük riskli pazarlara ve işlemlere gereğinden fazla odaklanılarak yüksek riskli alanlarda olumsuz sonuçlar elde edilir. Örneğin göz önünde bulundurulması gereken faktörler arasında şunların arz ettiği riskler yer alır: Ülke ve sektör, iş fırsatı, potansiyel iş ortakları, hükümetlerle ilişki düzeyi, devlet düzenlemeleri ve gözetimi ve ticari işlerin yürütülmesinde gümrük ve göçmenlik prosedürlerine maruz kalma. Bir şirketin karşılaştığı belirli riskleri analiz edip etmediği ve ne dereceye kadar ele aldığı belirleyici olacaktır.

117. Vermeulen G. ve diğerleri (2012), Liability of Legal Persons for Offences in the EU, s.139, tavsiye 5.

118. ABD Adalet Bakanlığı/ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (2012), *ABD'nin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununa İlişkin Bir Kaynak Kılavuzu*, ss. 57 f., www.justice.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

- 5. Eğitim ve Sürekli Danışmanlık:** Bu tür önlemler, uygunluk programının şirketin tüm seviyelerinde anlaşılmasını ve uygun şekilde takip edilmesini sağlamaya yardımcı olacaktır.
- 6. Teşvikler ve Disiplin Tedbirleri:** Pek çok şirket, uygun olduğu hallerde, yerel yasalar uyarınca kurum içinde disiplin işlemlerini duyurmanın, etik olmayan ve yasa dışı eylemlerin hızlı ve kesin sonuçları olduğunu göstererek önemli bir caydırıcı etkiye sahip olabileceğini keşfetmiştir. Teşvikler, personel değerlendirmeleri ve terfiler, bir şirketin uygunluk programını iyileştirme ve geliştirme karşılığında ödüller ve etik ve uygunluk liderliği için ödüller gibi pek çok biçimde olabilir.
- 7. Üçüncü Tarafa İlişkin Gereken Özen ve Ödemeler:** Temsilciler, danışmanlar ve distribütörler de dahil olmak üzere üçüncü taraflar, kamu görevlilerine rüşvet ödemelerini gizlemek için yaygın olarak kullanılır. Riske dayalı gereken özenin bir parçası olarak şirketler, ticari itibarı ve varsa yabancı görevlilerle ilişkileri de dahil olmak üzere üçüncü taraf ortaklarının niteliklerini ve ilişkilerini anlamalıdır. Şirketler ayrıca üçüncü tarafların rolü ve gerekliliğini iyi bir şekilde anlamalı ve sözleşme şartlarında, gerçekleştirilecek hizmetlerin özel olarak tanımlanmasını sağlamalıdır. Dikkate alınacak diğer hususlar arasında ödeme koşulları ve bu ödeme koşullarının o sektördeki ve ülkedeki tipik koşullara ne kadar benzediği yer alır. Ayrıca, şirketler üçüncü şahıs ilişkilerinin bir şekilde sürekli olarak izlenmesini sağlamalıdır.
- 8. Gizli Raporlama ve İç Soruşturma:** Etkili bir uygunluk programı, bir kurumdaki çalışanların ve diğer kişilerin görevi kötüye kullanma veya şirket politikalarının ihlallerini gizli bir şekilde ve misilleme korkusu olmaksızın raporlamalarına yönelik bir mekanizma içermelidir. Şirketler, örneğin isim vermeden aranabilen yardım hatları veya ombudsmanlar kullanabilir. Raporlamanın etkili soruşturmalara takip edilmesi gerekir.
- 9. Sürekli İyileştirme (Periyodik Test ve Gözden Geçirme):** Bir şirketin faaliyet gösterdiği ortamlar, müşterilerinin niteliği, eylemlerinin tabi olduğu yasalar ve sektörünün standartları zaman içinde nasıl değişiyorsa işleri de aynı şekilde değişir. Ayrıca, yalnızca kağıt üzerinde olmayan, uygulamada da takip edilen uygunluk programları, uygunlukla ilgili zayıflıkları kaçınılmaz olarak ortaya çıkaracak ve iyileştirmeler yapılmasını gerektirecektir.
- 10. Birleşmeler ve Satın Almalar (Satın Alma Öncesi Teknik Değerlendirme ve Satın Alma Sonrası Entegrasyon):** Örneğin, bir şirketi satın alacak bir şirket, teknik değerlendirme kapsamında, satın alınacak şirketteki olası yolsuzlukları ortaya çıkarmalı, yolsuzluğun gönüllü olarak devlete açıklanmasını sağlamalı, soruşturmada işbirliği yapmalı ve satın alınan şirketi derhal uygunluk programına ve iç kontrollere dahil etmelidir.

Büyük çok uluslu şirketler gibi daha küçük ölçekli işletmelerin de yurt dışında iş yaptığı unutulmamalıdır. Yukarıda ayrıntıları verilen uygunluk programları, büyük bir şirketin "kolaylıkla" karşılayabileceği kaynakları ve uzmanlığı gerektirse de, bu kaynakların temini küçük şirketler için oldukça zor olabilir.¹¹⁹

5.5.3. Seçilen Yargı Alanlarındaki Özel Gereklilikler

Katı (veya neredeyse katı) bir sorumluluk yaklaşımının izlendiği durumlarda, belirli ülkeler yaptırımın hafifletilip hafifletilemeyeceğini belirlemek için yönergeler oluşturmuştur.

Amerika Birleşik Devletleri

Bir şirket aleyhindeki FCPA ihlal davasını çözüme kavuştururken, ABD Adalet Bakanlığı ("DOJ") ve ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu ("SEC"), iddia edilen rüşvetin verildiği sırada şirketin bir uygunluk programı olup olmadığını ve eğer varsa, bu programın iyi tasarlanmış, uygulanmış ve etkili olup olmadığını dikkate alır.¹²⁰ DOJ ve SEC, ABD makamlarının nazarında etkili bir uygunluk programının temel özelliklerinin açıklandığı *FCPA Kaynak Kılavuzunu* ortaklaşa çıkarmıştır¹²¹ (bkz. yukarıdaki Bölüm 5.5.2).

Brezilya

Brezilya yasalarına göre, icra makamları, görevi kötüye kullanmakla suçlanan şirketlerin etik kurallarını, denetimleri, ihbar prosedürlerini ve iç kontrol sistemlerini sürdürüp etkili bir şekilde uygulayıp uygulamadıklarını dikkate almalıdır.¹²² İç kontrol sistemleri ile ilgili olarak, Brezilya'nın 8.420/15 sayılı Kararnamesinde etkili bir uygunluk

119. Bkz. Nickerson K. (2011), *What the U.S. Government can do to assist U.S. companies with respect to transnational corruption*, www.commerce.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

120. FCPA Kaynak Kılavuzu (Kasım 2012), s. 56.

121. FCPA Kaynak Kılavuzu (Kasım 2012), ss. 56-62.

122. 12,846/13 Sayılı Kanun, Madde 7(VIII).

programının gerekli özellikleri ortaya koyulmaktadır.¹²³ Bu özellikler, yukarıda belirtilen temel taşlarına benzerdir. Yetkililerin, bir şirketin uygunluk programını değerlendirirken şirketin büyüklüğü ve yapısı ile faaliyetlerinin arz ettiği riskleri gibi belirli faktörleri dikkate alması gerekir.¹²⁴ Değerlendirmelerine bağlı olarak, yetkililer para cezasına %4'e kadar indirim uygulayabilir.

İspanya

İspanyol Ceza Kanunu Madde 31bis'de, hem bir şirkete atfedilebilecek cezai sorumluluk hem de şirketlerin sorumluluktan korunabileceği bir kurumsal ve yönetsel modele ilişkin gereklilikler ortaya koyulmaktadır. Bir şirketin adına veya yararına işlenen suçlardan kaynaklanan sorumluluktan korunmak için, İspanyol makamlar, suçun işlenmesinden önce potansiyel olarak hatalı davranıştan sorumlu olan şirketlerin, bu suçları önlemek veya bu suçları işleme riskini azaltmak için uygun gözetim ve kontrol önlemleri de dahil olmak üzere bu tür bir modeli benimseyip etkili bir şekilde uygulayıp uygulamadıklarına bakarlar. Şirket yönetimi, bir suçun işlenmesinden önce izleme ve kontrol mekanizmalarını içeren etkili bir uygunluk modelini uygulamaya koymuşsa veya uygunluk programının izlenmesi görevi bağımsız bir kuruma verilmişse, şirket de benzer şekilde, şirketteki istihdamları sırasında çalışanlar tarafından işlenen suçlara ilişkin sorumluluktan muaf tutulur.

Özellikle, İspanyol hukuku kapsamında,¹²⁵ kurumsal ve yönetsel modeller:

- ▶ Cezai suçların işlenebileceği faaliyetleri belirlemeli;
- ▶ Ortak bir fikir birliğine varma sürecinin ve kararların nasıl alındığı ve uygulandığının açıklandığı protokoller veya prosedürler oluşturmali;
- ▶ Önlenmesi gereken cezai suçların işlenmesini önlemek için mali kaynak yönetimi modelleri uygulamalı;
- ▶ Uygunluk ve önleme modelinin gözetiminden sorumlu kuruma her türlü risk ve ihlali bildirme yükümlülüğü yüklemeli;
- ▶ Model tarafından belirlenen tedbirlerin ihlalini uygun şekilde cezalandıran bir disiplin sistemi oluşturmali;
- ▶ Modelin periyodik olarak doğrulamalarını yapmalı ve hükümlerin önemli ihlalleri gerçekleşirse veya şirkette, denetim yapısında veya gerçekleştirilen faaliyette herhangi bir değişiklik olması durumunda böyle bir gereklilik ortaya çıkarsa olası değişikliklerin doğrulamalarını yapmalıdır.

Madde 31bis'nin ikinci fıkrasına göre, uygunluk modeli, yönetimden bağımsız ve üst yönetimden yeterli mali özerkliğe sahip bir organ tarafından izlenmelidir. Ancak, İspanyol Ceza Kanununda, küçük şirketlerin bu sorumluluğu üst yönetime devredebileceği belirtilmektedir. İspanyol Ceza Kanunu izleme organının yönetimini veya yapısını belirlemese de bazı gereklilikleri ortaya koymaktadır. Bunlardan en önemlisi, izleme organının kendisine tahsis edilen yeterli mali kaynaklar ve insan kaynakları ile gösterilen bağımsızlığı ve şirketin kurumsal yapısı içindeki hiyerarşik konumudur.

İzleme organı ayrıca aşağıdaki sorumluluklara sahiptir:

- ▶ Uygunluk modelinin ihlali ile ilgili bildirimlerin alınması;
- ▶ İzleme protokollerinin ve periyodik kontrollerin oluşturulması;
- ▶ Uygunluğa ilişkin olarak periyodik olarak bilgilendirme ve
- ▶ Şirketin yapısı veya faaliyetlerinde meydana gelen değişiklikler veya yeni yasal düzenlemelere göre tüm model ve protokollerin güncellenmesi.¹²⁶

İspanya'da borsada işlem gören şirketler için, İspanyol Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu tarafından hazırlanan *Borsada İşlem Gören Şirketlerin Yönetişim Yasası*, şirketlere kontrol ve risk yönetiminden sorumlu bir departmana sahip olma yükümlülüğü içerir. Bu departman, bir Denetim Komitesi gibi özel bir Yönetim Kurulu komisyonu tarafından denetlenmelidir ve aşağıdaki görevlere sahip olmalıdır:

- ▶ Kontrol ve risk yönetimi sistemlerinin iyi işlenmesini ve şirketin önemli riskleri belirlemesini, yönetmesini ve analiz etmesini sağlamak;
- ▶ Risk stratejilerinin hazırlanmasına ve bu stratejilerin yönetimine katılmak ve

123. 8.420/15 sayılı Kararname, Madde 42.

124. 8.420/15 sayılı Kararname, Madde 42§1. Bu faktörler şunları içerir: (1) Çalışan sayısı; (2) iç yapının karmaşıklığı ve departmanların, müdürlüklerin ve bölümlerin sayısı; (3) üçüncü şahısların danışman veya ticari temsilci olarak kullanımı; (4) sektör veya iş alanı; (5) şirketin doğrudan veya dolaylı olarak faaliyet gösterdiği ülkeler; (6) kamu sektörü ile etkileşim düzeyi ve şirketin faaliyetlerinde izinlerin, ruhsatların ve diğer devlet izinlerinin önemi; (7) bağlı şirketlerin sayısı ve yeri ve (8) şirketin "mikro" veya "küçük" işletme olarak nitelendirilip nitelendirilmediği.

125. İspanyol Ceza Kanunu, Madde 31bis §5.

126. İspanyol Ceza Kanunu, Madde 31bis §2.

- Şirketin karşı karşıya olduğu riskleri uygun şekilde azaltması gereken kontrol risk yönetimi sistemlerini denetlemek.

Portekiz

Portekiz’de, yöneticilerin eylemleri için katı sorumluluk uygulanırken, diğer personelin görevi kötüye kullanılmasına ilişkin hususlarda denetim veya kontrol eksikliğinin kanıtlanması gerekir. Ancak, bir şirket, suçun açık emirlerine veya talimatlarına karşı işlendiği tüm durumlarda kurumsal sorumluluktan tamamen korunacaktır.¹²⁷ Bazı araştırmacılar, bu korumanın, ilgili çalışanların eğitimini aldığı özel uygunluk kuralları ve prosedürlerinin şirket tarafından oluşturulması halinde geçerli olacağını ileri sürmektedir.¹²⁸

Uygunluk programlarının uygunluğuna ilişkin özel hükümlerin olmadığı durumlarda, diğer araştırmacılar ve uygulayıcılar, Ceza Kanunu Madde 72(1)’in mahkemelere uygunluk kuralları ve prosedürlerinin varlığını değerlendirmesine izin verdiğini ileri sürmektedir. Bu hükme göre, koşullar filin hukuka aykırılığını, suçlunun kusurunu veya asıl cezanın gerekliliğini hafiflettiğinde cezalar azaltılabilir.¹²⁹

İtalya

Tüzel kişilerin idari sorumluluğa tabi olduğu İtalya’da şirketler, aşağıdaki kümülatif koşullar yerine getirilirse, duruma göre 231/2001 sayılı Kanun kapsamındaki sorumluluktan kaçınabilir:

- a. Suçun işlenmesinden önce şirketin, işlenen suçlarla aynı nitelikteki suçların önlenmesi için bir kurumsal uygunluk programını (genellikle “kurumsal model” olarak anılır) benimsemiş, uygulamaya koymuş ve düzenli olarak güncellemiş olması;¹³⁰
- b. Suçun işlenmesinden önce şirketin, hükümlere uygunluğu sağlamak amacıyla kurumsal modelin uygulanmasını denetlemek için kurum içinde faaliyet gösteren bir organa (*Organismo di Vigilanza*) bağımsız yetkiler vermiş olması;
- c. *Organismo di Vigilanza*’nın, denetleme yetkilerini yerine getirmiş olması ve
- d. Suç, şirketin üst düzey yöneticileri (müdürler ve üst düzey yöneticiler gibi) tarafından işlendiyse, kurumsal modelin hileli bir şekilde atlatılmasıyla işlenmiş olması.¹³¹

231/2001 sayılı Kanunda, şirketleri sorumluluktan korumak için kurumsal modellerin yerine getirmesi gereken özel gereklilikler belirtilmektedir. Özellikle, bir kurumsal model:

- Suçlara yol açabilecek (veya suçların işlenmesini kolaylaştırabilecek) faaliyetleri belirlemeli ve bunları yönetmeye yönelik kurumsal prosedürler oluşturmalı;
- Kurumsal mali kaynakları yönetmek için prosedürler oluşturmalı;
- *Organismo di Vigilanza*’ya raporlama görevleri belirlemeli;
- Çalışanların yasa dışı uygulamaları kimliklerini ifşa etmeden raporlamalarına olanak tanıyan en az iki ihbar mekanizmasının yanı sıra ihbarcılara karşı misilleme önlemleri alma yasağını uygulamaya koymalı ve
- Kurumsal modele aykırı hareketlerin cezalandırılmasına yönelik disiplin tedbirlerini belirlemelidir.

231/2001 sayılı Kanunda, kurumsal modellerin içeriğine ilişkin ayrıntılı bir rehberlik sağlanmadığından, şirketler, Adalet Bakanlığına sunup onaylatacakları sendikalar veya sektörel birlikler tarafından yayımlanmış kılavuzlara göre kurumsal modellerini yapılandırabilirler. Tüm büyük İtalyan sendikaları ve sektörel birlikleri, kurumsal modellerin gerekliliklerine ilişkin kılavuzlar yayımlamış ve bunları Adalet Bakanlığına sunmuştur. Bunların her birinde, şirketleri idari sorumluluktan korumak için şirketlerin yerine getirmesi gereken gereklilikler ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır. Bunlar esasen 2, 3, 5, 6 (disiplin önlemleriyle ilgili), 7 ve 8 numaralı kilit taşlarına tekabül etmektedir. İhbarcılık açısından, İtalyan rejiminde bir raporlama görevi de öngörülmektedir.

Şirketlerin böyle bir kurumsal modeli uygulama konusunda olumlu bir yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, bir şirket idari sorumluluğa maruz kalırsa, şirket yöneticilerinin bir kurumsal modeli benimsememiş olması, şirketin hissedarlarının yöneticiler aleyhine dava açması için zemin oluşturabilir. Ayrıca, giderek artan sayıda kamu kurumu, kamu ihalelerine katılmanın bir koşulu olarak şirketlerden 231/2001 sayılı Kanun kapsamındaki modelleri benimsemelerini zorunlu tutmaya başlamıştır.

127. Ceza Kanunu Madde 11(6).

128. Teresa Quintela de Brito, “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes” in Anatomia do crime (Coimbra : Almedina 2014), s. 80.

129. Aynı kaynak.

130. Bkz. aşağıdaki paragraf C.

131. 231/2001 sayılı Kanun, Madde 6.

Birleşik Krallık

Birleşik Krallık Rüşvet Yasası Bölüm 7(2) uyarınca, şirketin tek savunması, görevi kötüye kullanma eyleminin meydana geldiği anda yeterli prosedürlere sahip olduğunu kanıtlamaktır. Bu, rüşvete karışan bir çalışan veya temsilci olsa bile, şirketin kendisiyle ilişkili kişilerin rüşvet vermesini veya teklif etmesini önlemek için yeterli prosedürlere sahip olduğunu kanıtlaması, Bölüm 7 uyarınca yöneltilecek suçlamalara karşı tam bir savunmadır. Davalı şirket için ispat standardı, olasılıklar dengesidir.

Yukarıda Bölüm 4'te açıklanan 2010 tarihli Birleşik Krallık Rüşvet Yasasında, altı kapsayıcı ilkeyle etkili bir uyum programının nasıl uygulanacağına dair rehberlik sunulmaktadır. Bu ilkeler, kuralcı veya standart bir program değildir. Aslında sunulan rehberlikte, büyük bir çok uluslu şirket ile küçük veya orta ölçekli bir şirket için kaynaklardaki farklılığa atıfta bulunulmakta ve bazı prosedürlerin, küçük şirketlere uygulanamayabileceği belirtilmektedir.¹³²

Bununla birlikte, Birleşik Krallık mahkemeleri belirli bir kovuşturmanın tüm olgu ve koşullarını dikkate alır ve bir şirketin etkili bir uygunluk programı oluşturmak için aldığı önlemler, rüşveti önlemek ve dolayısıyla kendini sorumluluktan korumak için yeterli prosedürler uyguladığını kanıtlamasına olanak tanıyabilir.

Birleşik Devletler'e benzer şekilde, Birleşik Krallık Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen altı yol gösterici ilke, yukarıda açıklanan kilit taşlarına karşılık gelir.

Fransa

Fransa'da Sapin 2 yasasında, belirli tüzel kişilerin, esasen yukarıda belirtilen on kilit taşına karşılık gelen sekiz temel ayağı içeren bir program oluşturması öngörülmektedir. Fransız Yolsuzlukla Mücadele Kurumu, bu kilit taşlarının her birinin nasıl belirleneceği ve uygulanacağı konusunda çok ayrıntılı bir rehber yayımlamış ve 2017 sonundan itibaren başlatılan düzenli denetimlerle şirketler üzerinde kontroller gerçekleştirmeye başlamıştır.¹³³

Yeterli bir yolsuzlukla mücadele programının oluşturulması ve uygulanması, Kurum tarafından yapılan bir denetimde idari sorumlulukla birlikte Sapin 2 uygunluk yükümlülüklerine tabi olan tüzel kişileri korur. Ancak, yolsuzluk durumunda cezai açıdan sorumlu olmaya devam ederler. Fransız savcılar, en iyi ihtimalle, tüzel kişiyle bir anlaşmaya varmaya yönelik müzakereler sırasında programı hafifletici bir faktör olarak dikkate alabilirler.

5.6. Ek bölüm: Bağlı şirketler

Genellikle tüzel kişiler bağlı şirketlerin bir parçasıdır. Çoğu yapıda, bir işletme başka bir işletmeyi şu veya bu şekilde kontrol eder. En bariz örnek, ana şirket-bağlı ortaklık ilişkisidir. Diğer biçimler arasında, bir şirketin diğerini, kontrol veya zarar ve kar aktarımına ilişkin resmi anlaşmalarla kontrol etmesi yer alır. Her iki şirket de aynı kişiler tarafından yönetiliyorsa veya bir şirket ekonomik olarak tamamen diğerine bağımlıysa, kontrol *fili* bir kontrol olarak da gerçekleşebilir. Bu durumda hangi tüzel kişinin sorumlu tutulabileceği sorusu ortaya çıkar: Kontrol edilen şirket mi, kontrol eden şirket mi yoksa her ikisi de mi? Bu soru hala oldukça yenidir ve bu konuda bazen hiç içtihat yokken birkaç yargı alanında yalnızca sınırlı sayıda içtihat mevcuttur.

Ancak, OECD'nin 2009 tarihli Tavsiyesinde, Taraf Devletlerin, tüzel kişilerin, ilişkili tüzel kişiler de dahil olmak üzere "aracıları kullanarak işlenen rüşvet suçları için sorumluluktan kaçınmamasını sağlamaları gerektiği" belirtilmektedir.¹³⁴ OECD'nin 2016 Durum Değerlendirmesi Raporunda, Taraf Devletlerin %78'inin, en azından bazı koşullar altında, şirketleri ilgili araçların hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu tutulabileceği tespit edilmiştir.¹³⁵ Benzer hususlar, üçüncü taraf temsilciler, danışmanlar veya yükleniciler gibi ilişkili olmayan araçlar için de belirtilebilir.

132. Birleşik Krallık Adalet Bakanlığı, 2010 tarihli Rüşvet Yasası – İlgili ticari kuruluşların kendileriyle ilişkili kişilerin rüşvet vermesini önlemek için uygulamaya koyabilecekleri prosedürler hakkında rehberlik (bkz. 2010 tarihli Rüşvet Yasası Bölüm 9), Mart 2011.

133. Agence Française Anticorruption (2017), *Özel sektör ve kamu sektörü kuruluşlarının yolsuzluk, nüfuz ticareti, kamu görevlileri tarafından para sızdırma, yasa dışı çıkar elde etme, kamu fonlarının zimmete geçirilmesi ve kayırmacılığı tespit etme ve önlemesine yardımcı olmaya yönelik Fransız Yolsuzlukla Mücadele Kurumu kılavuzu*, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

134. OECD (2009), *Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesine İlişkin Konsey Tavsiyesi* Ek I, Kısım C, Erişim tarihi: 26 Kasım 2018.

135. OECD, *Tüzel Kişilerin Yabancı Görevlilere Rüşvete İlişkin Sorumluluğu: Durum Değerlendirmesi Raporu* (2016), s. 79..

Kontrol edilen şirkette rüşvet verilmesi durumunda, kontrol eden şirketin (eş zamanlı olarak) sorumlu olma ihtimaline her zaman bakılması gerekir. Bu sorumluluğu tesis etmenin çeşitli yolları vardır:

- ▶ **Doğrudan sorumluluk:** Kontrol eden şirket, kontrol edilen şirketin rüşvet eylemine doğrudan katılmıştır. Örneğin, kontrol edilen şirket, ya kusurlu davranışı teşvik ederek ya da üçüncü bir tarafa rüşvet olarak verilen ödemeleri onaylayarak katılım göstermiştir. Bu gibi durumlarda, kontrol eden şirket ya üst yönetiminin ve çalışanlarının eylemlerinden ya da denetim eksikliğinden doğrudan sorumlu olacaktır (bkz. Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi Madde 18).
- ▶ Örneğin, Düzenleyici Mevzuat Kapsamındaki Suçlar Hakkında Alman Yasasında, kontrol eden şirketler hukuki sorumluluğun kapsamına açıkça dahil edilmektedir:
"Bölüm 30 - Tüzel Kişilere ve Derneklere Verilen Düzenleyici Para Cezası
(1) Bir tüzel kişinin bir parçasını oluşturan operasyon veya teşebbüsün yönetimi adına sorumlu başka bir kişi olarak hareket eden ve (5.) [...] görevleri arasında bir yönetim pozisyonunda işlerin denetlenmesi ve diğer kontrol yetkilerinin kullanılması olan bir kişinin, bir cezai suç veya düzenleyici mevzuat kapsamında bir suç işlemesi halinde, bu [tüzel] kişi veya derneğe düzenleyici para cezası verilebilir."¹³⁶
- ▶ Bu bölümde, genel olarak, "başka bir kişinin", kontrol edilen şirkette (örneğin bir bağlı şirkette) bir rüşvet olayına karışan kontrol eden şirketin (örneğin bir ana şirketin) üst yönetimi olabileceği kabul edilir.¹³⁷
- ▶ **Temsilci sorumluluğu:** Bu kavram, efendi-hizmetkar sorumluluğunun mantığını izler. Kontrol eden şirket, temsilcisi olarak kontrol edilen şirketin eylemlerinden sorumludur. Bir temsilcilik ilişkisi, genel kontrol ve belirli bir işlem bağlamında kontrol şeklindeki resmi ve fiili unsurlar ile kurulabilir.
- ▶ Örneğin, Birleşik Devletler'deki yetkili makamlar, dolaylı, tamamina sahip olduğu bağlı şirketinin başkanı tarafından ödenen rüşvetler için ana şirket aleyhine idari dava açmıştır. Bağlı şirketin başkanı doğrudan ana şirketin CEO'suna raporlama yapıyordu ve şirket, yıllık raporlarında rutin olarak başkanı üst yönetimin bir üyesi olarak tanımlıyordu. Ayrıca, ana şirketin hukuk departmanı, gereken özenin gösterildiğinin belgelenmiş olmamasına ve şirket politikasını ihlal eden bir temsilcilik sözleşmesine rağmen rüşvetlerin ayarlayan üçüncü taraf temsilcisinden hizmet alındığını onaylamış ve ayrıca, ana şirketin bir görevlisi de üçüncü taraf temsilcisine yapılan ödemelerden birini onaylamıştır.¹³⁸
- ▶ **Tek teşebbüs sorumluluğu:** Bu doktrine göre, birkaç tüzel kişinin sahibi, tüm tüzel kişileri kapsayan ve onlardan yararlanan tek bir teşebbüs olarak kabul edilir. Böylelikle, bu tek teşebbüs içindeki herhangi bir rüşvet olayı, onu, sanki rüşvet ayrı bir tüzel kişide değil, tek bir işletme içinde gerçekleşmiş gibi, ya isnat yoluyla ya da denetim eksikliği nedeniyle sorumlu kılar. Ancak, bu sorumluluk için ulusal hukukta sorumluluk kavramının "tüzel kişiler" yerine "teşebbüs" terimiyle birlikte kullanılması gerekir."
- ▶ Örneğin İsviçre Ceza Kanununda, suç "teşebbüse isnat edilir" ("teşebbüs" ve "girişim" eş anlamlıdır).¹³⁹ Birden fazla şirket bir holding şirketi altında birleştirilirse, bu holding şirketi, tüm şirketleri içeren tek bir teşebbüs olarak görülebilir. Bu tür durumlarda, şirketlerden birinde meydana gelen bir suç, tek bir teşebbüste, yani holding şirketinde gerçekleşmiş olarak görülebilir.¹⁴⁰

Her üç model de birbirine çok benzer: Bir şirketi kontrol eden bir şirket var, kontrol eksikliği var ve/veya kontrol eden şirketi sorumlu kılan bir rüşvet olayına karışma durumu var. Sorumluluğun daha da esnetilmesi mümkündür. Örneğin, Birleşik Krallık'ın 2010 tarihli Rüşvet Yasasında, tüzel kişi için "hizmet veren" herhangi bir "ilişkili kişinin" eylemleri için sorumluluk öngörülür ve "ilişkili kişinin" [tüzel kişi] için veya adına hangi sıfatla hizmet verdiği önemli değildir.

Başka bir tüzel kişinin işlediği bir suçtan bağlı veya hatta bağlı olmayan bir şirket sorumlu olmasa bile yolsuzluktan yarar sağlamış olabilir. Bu gibi durumlarda, sorumlu olmayan şirketin elde ettiği yararı ceza olarak kaybetmesi mümkündür (bkz. aşağıda 5.1.3).

136. Almanya'nın *Düzenleyici Mevzuat Kapsamındaki Suçlar Yasası* [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG] (2009'da değişik), www.gesetze-im-internet.de, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

137. Rogall K. (2006), *Düzenleyici Mevzuat Kapsamındaki Suçlar Yasasına İlişkin Yorum* [Karlsruher Kommentar zum OWiG] (3. baskı), § 30, paragraf 70a ("tüm bu sorunlar pek net değildir ve daha fazla incelenmeleri gerekir")

138. ABD Adalet Bakanlığı/ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (2012), *ABD'nin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununa İlişkin Bir Kaynak Kılavuzu*, ss. 27 f., www.justice.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

139. İsviçre'nin *1 Ocak 2013 tarihli ve SR 311.0 sayılı Ceza Kanunu*, www.admin.ch, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

140. See Livschitz M. (2007), *Liability of Legal Persons for Corruption – A Swiss Perspective*, Proceedings of the OECD/ACN-Seminar "Criminalisation Of Corruption", s.7, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

5.6.1. Seçilen Yargı Alanlarında Uygulama

5.6.1.1. Anglo-Sakson hukuku yaklaşımları

Birleşik Krallık

2006 tarihli Şirketler Yasasına göre, bir ana şirket, ayrı tüzel kişiliklere sahip oldukları için bağlı kuruluşunun veya iştirakinin eylemlerinden genellikle sorumlu tutulmaz.¹⁴¹ İngiliz mahkemeleri, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine göre bir ana şirketin ve onun bağlı kuruluşunun ayrı tüzel kişiliklerini dikkate almayabilir. Bununla birlikte, İngiliz Yüksek Mahkemesi yalnızca, eş değer bir sonuca ulaşmak için başka bir hukuki yöntemin olmadığı ve davacının bir yasal çözüm yolu sağlamak için şirketi belirlemenin alternatif bir yolunu bulamadığı dolandırıcılık vakalarında tüzel kişilik perdesini kaldıracığını değerlendirmiştir.¹⁴²

Rüşvet suçlarıyla ilgili olarak, ana şirketler bağlı şirketlerin suçlarından sorumlu tutulabilir. Yukarıda açıklandığı gibi, bir şirket, ilişkili bir kişinin iş almak veya işi elinde tutmak için başka bir kişiye rüşvet vermesi durumunda, Birleşik Krallık Rüşvet Yasası'nın 7. Bölümü uyarınca sorumlu tutulabilir. Birleşik Krallık Rüşvet Yasasının 8. Bölümünde, bir şirketin "ilişkili kişisi" tanımına bağlı şirketler de dahil edilmiştir.¹⁴³ Bu nedenle, bir bağlı şirket, ana şirket için hizmetlerin yerine getirilmesi bağlamında bir rüşvet eylemi gerçekleştirdiğinde, ana şirket sorumlu tutulabilir.

Amerika Birleşik Devletleri

Genel olarak ABD'nin şirketler hukuku kapsamında, bir ana şirket, bağlı şirketlerinin eylemlerine ilişkin sorumluluktan müstesnadır.¹⁴⁴ Şirketler, aynı şirketler grubundaki diğer kuruluşlarla ilgili olarak da dahil olmak üzere, kurumsal sınırlı sorumluluğa sahiptir. Ancak, ana şirket adına başta dolandırıcılık olmak üzere meşru olmayan belirli amaçları gerçekleştirmek için tüzel kişiliğin kötüye kullanılması durumunda, "tüzel kişilik perdesini kaldırmak" ve ana şirketi bağlı şirketinin eylemlerinden sorumlu tutmak mümkündür.¹⁴⁵ Ana şirket ile bağlı şirket arasındaki ilişkiye göre bağlı şirketin ana şirketin temsilcisi olduğu ve bağlı şirketin çalışanlarının ana şirketin temsilcileri olduğu kanıtlanabilirse, tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir.¹⁴⁶

FCPA'nın uygulanması bağlamında, DOJ ve SEC, şirketleri bağlı şirketlerinin FCPA ihlallerinden sorumlu tutmak için ana şirket-bağlı şirket sorumluluğunun ilkelerini kullanır. Bir ana şirket, bağlı şirketi tarafından ödenen rüşvetlerden iki ana sebeple sorumlu tutulabilir. Birincisi, bir ana şirket, bağlı şirketini görevi kötüye kullanmaya yönlendirerek veya rüşvet olayına katılarak faaliyete yeterince katılmışsa doğrudan sorumlu tutulabilir.¹⁴⁷ İkincisi, bağlı şirketin ana şirketin temsilcisi olduğu tespit edilirse ana şirket sorumlu tutulabilir. Temsilciliğin temel özelliği kontrol olduğundan, DOJ ve SEC, bağlı şirketin ana şirketin temsilcisi olup olmadığını belirlemek için ana şirketin bağlı şirket üzerindeki kontrol düzeyini değerlendirir.¹⁴⁸

5.6.1.2. Kıta Avrupası hukuku yaklaşımları

Brezilya

Temiz Şirketler Yasası ("CCA"), ortak projeler kapsamında ana şirkete, bağlı şirketler ve iştiraklere ve konsorsiyum ve ortak girişim ortaklarına sorumluluk yükler. Ancak, bu sorumluluk para cezaları ve tazminat ödenmesi ile sınırlıdır ve diğer yaptırımları kapsamaz.¹⁴⁹

İtalya

İtalyan hukukunda, bağlı şirketlerin cezai sorumluluğu konusu açıkça ele alınmasa da, bu konu İtalyan mahkemeleri tarafından defalarca ele alınmıştır. Özellikle, İtalyan Yüksek Mahkemesi, grubun başka bir şirketinin 231/2001 sayılı Kanun kapsamında sorumlulukla karşı karşıya kalması durumunda holding şirketlerinin (veya bağlı şirketin) otomatik olarak sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Nitekim, yalnızca suç holdingin (veya

141. Bkz. Kraliyet Savcılığı, *Şirketler Aleyhine Kovuşturmalar*, Erişim adresi:www.cps.gov.uk.

142. Bkz. Petrodel Resources Ltd'ye karşı Prest [2013] UKSC 34.

143. 2010 tarihli Rüşvet Yasası, Bölüm 8(3).

144. Best Foods'a karşı Amerika Birleşik Devletleri, 524 U.S. 51, 61 (1998).

145. Best Foods'a karşı Amerika Birleşik Devletleri, 524 U.S. 51, 63 (1998).

146. Johns-Manville Corporation'a karşı Amerika Birleşik Devletleri, 231 F. Supp. 69, 6980 (E.D. Pa. 1964).

147. FCPA Kaynak Kılavuzu (Kasım 2012), s. 27.

148. FCPA Kaynak Kılavuzu (Kasım 2012), s. 27.

149. 12.846/13 sayılı Kanun, Madde 4§2.

bağlı şirketin)“doğrudan ve özel” çıkarları doğrultusunda işlenmişse veya suçu işleyen yöneticiler veya çalışanlar her iki kuruluşu da temsil ediyorsa sorumluluk doğabilir.¹⁵⁰

Portekiz

Portekiz Ceza Kanununda, yalnızca halef sorumluluğu konusu açık bir şekilde ele alınmakta olup şirketlerin bağlı şirketleri tarafından işlenen suçlardan sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusuna değinilmemektedir. Ancak, bazı araştırmacılar, kanunun, filin şekli, ifası ve sonucu üzerinde kontrolü olan ve bunu engelleme yetkisini kullanmayan şirketlerin yargılanmasına izin verdiğini ileri sürmektedir.¹⁵¹

İspanya

İspanyol Ceza Kanunu, bir bağlı şirketin veya iştirakin cezai sorumluluğunu bir ana veya bağlı şirketi içerecek şekilde genişleten hükümler içermez. Bu nedenle, İspanyol şirketler hukuku kapsamında genel bir kural olarak, bir ana şirket, bağlı şirketi tarafından işlenen suçlardan sorumlu tutulamaz. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır.

Birincisi, ana şirket suçun işlendiği bağlı şirketin temsilcisi veya yöneticisi olup bu suçtan yarar sağladığında ana şirkete kurumsal cezai sorumluluk atfedilebilir.¹⁵²

İkincisi, İspanyol Ceza Kanunu Madde 31bis uyarınca, ana şirketin bir suçun işlenmesini önlemek için akdi veya hukuki bir yükümlülüğü ihlal etmesi durumunda, ana şirket, bağlı şirketinin müdürleri, yöneticileri veya temsilcileri tarafından işlenen suçların yaratıcısı olarak da cezai bakımdan sorumlu tutulabilir.¹⁵³

Ayrıca, İspanyol Ceza Kanununda halef sorumluluğu konusu ele alınmaktadır. İspanyol Ceza Kanunu Madde 130.2’de, tüzel kişilerin dönüştürülmesi, birleşmesi, başka kurum bünyesine katılması veya bölünmesinin cezai sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla, cezai sorumluluk, asıl tüzel kişinin dönüştürülerek, birleştirilerek, başka kurum bünyesine katılarak veya bölünerek yeni oluşturulan tüzel kişi veya işlere aktarılacaktır. Ayrıca, şirketin gizlice veya sadece görünürde tasfiye edilmesi de cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.¹⁵⁴

Fransa

Fransız yasalarına göre ana şirket, suçu kendisi işlediği veya buna teşebbüs ettiği veya suçun ortak yaratıcısı olarak hareket ettiği için kusurlu eyleme katılımından dolayı sorumlu tutulabilir. İkinci durumda, ana şirket birkaç durumda sorumlu olabilir: (i) Suçun tüm unsurları hem ana hem de bağlı şirket için tespit edilebiliyorsa kendi başına ortak yaratıcı olarak, (ii) ana şirket bağlı şirketine yardım veya yataklık etmişse veya kusurlu eylemi gerçekleştirmeye teşvik etmişse suç ortağı olarak veya (iii) suçtan elde edilen gelirleri elinde tutan kişi olarak.

5.7. Örnek vaka incelemesi 3: Energetica

Arka plan

Şirket profili

Energetica, Avrupa Konseyi üye Devletlerinden birinde (üye Devlet A) bir şirkettir. Kökeni 1847’ye kadar uzanır ve 160 yılı aşkın süredir Avrupa’nın en başarılı holding şirketlerinden biri olmuştur. Şu anda Energetica, dünyanın en büyük enerji ve enerji kaynakları (elektrik, gaz, petrol) sağlayıcılarından biridir. Şirket ayrıca enerji kontrol sistemleri, enerji ekipmanları ve enerji şebekeleri de üretmektedir. 2008’de Energetica, yaklaşık 428.200 kişiyi istihdam ediyordu ve dünya genelinde yaklaşık 190 ülkede faaliyet gösteriyordu. Energetica, 30 Eylül 2008’de sona eren mali yıl için 16,5 milyar dolar net hasılat ve 8,9 milyar dolar net gelir bildirmiştir.

Yerel yasalara uygun olarak, Energetica’nın bir Denetleme Kurulu ve bir Yönetim Kurulu vardır. Denetleme Kurulu, yönetimi denetlemesi bakımından genellikle Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bir şirketin yönetim kuruluna benzer, ancak yerel yasalara göre daha az denetim yetkisine sahiptir. Yönetim Kurulu genellikle

150. İtalyan Yüksek Mahkemesi, 27 Eylül 2016 tarihli ve 52316 sayılı Karar.

151. Particia Bernades, Grupos Societários: Critérios Atributivos de Responsabilidade penal à la Sociedade- Dominante e/ou à Sociedade-Dominada (Şubat 2017).

152. Başsavcının Talimatı, 1 Haziran 2011.

153. İspanyol Ceza Kanunu, Madde 31bis.

154. İspanyol Ceza Kanunu, Madde 130,2

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bir şirketin üst yönetiminin görev ve sorumluluklarını yerine getirir ve Şirketin İcra Kurulu Başkanı ("CEO") ve Finans Direktörünü ("CFO") içerir.

Yakın zamanda yeniden yapılanmadan önce Energetica, karmaşık işletme grupları ve bölgesel şirketler aracılığıyla faaliyet gösteriyordu. İşletme grupları, Energetica içindeki bölümlerdir ve ayrı tüzel kişiler değildir. Bölgesel şirketler, Energetica'nın tamamen veya kısmen sahip olduğu bağlı şirketlerdir. Energetica, tamamen Avrupa Konseyi Üye Devleti A'ya aittir ve kamu kontrolü özel bir yasaya tabidir. Örneğin, ülkedeki hanehalkları ve sanayi kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu enerjinin %95'inden fazlasını sağladığından, kamusal olarak hayati önemi açısından şirketi kontrol etmek için özel yasa uyarınca, Yönetim Kurulunda çoğunlukla devlet yetkililerinin bulunması zorunludur.

Üye Devlet B'deki gaz boru hattı

2002'de Energetica, Avrupa Konseyi Üye Devletleri A ve B'deki çeşitli hükümet bakanlarına 15 milyon avro rüşvet verdi. Rüşvet, Üye Devlet B ve diğer Avrupa ülkelerine nispeten ucuz gaz kaynakları sağlayacak ve enerji kaynaklarının çeşitlendirilmesinde Avrupa ülkelerine yardımcı olacak Üye Devlet A'dan Üye Devlet B'ye bir gaz boru hattının inşasını kolaylaştırmak amacıyla verildi.

Aynı yıl Energetica, boru hattı için Energetica'ya boru teslimatı konusunda Energetica ile bir çelik şirketi arasında yürütülen resmi bir tahkim prosedüründe görev yapan Üye Ülke C'den bir hakeme de rüşvet verdi. Hakem, uluslararası tahkim davalarında arada sırada hakem olarak çalışan özel bir danışmandı.

Savcılık yalnızca rüşvet parasının Energetica'nın bağlı şirketlerinden kaynaklandığını tespit edebildi, ancak rüşvet suçunu işleyen herhangi bir gerçek kişiyi tam olarak belirleyemedi. Rüşveti kabul eden bakanlar sessiz kalma haklarını kullandılar ancak rüşvet almaktan hüküm giydiler. Hakem sessiz kalma hakkını kısmen kullandı ve yalnızca Energetica'nın davayı zaten kazanacağını ve olguların ve kanunların analizinden bunun Energetica açısından bariz olduğunu belirtti. Ancak, hakem rüşvet kabul etmekten mahkûm edildi.

Kurumsal kültür

Üye Devlet A'nın, OECD rüşvetle mücadele sözleşmesini onayladığı 15 Nisan 1999'da, Energetica'nın o zamanki CEO'su, "Şirket üyelerine yönelik cezai ve diğer soruşturmaların sayısı konusundaki endişesini dile getirdi" ve ayrıca "Yönetim Kurulu çeşitli suçlardan sorumlu tutulabileceği için koruyucu önlemler almak önemliydi" ifadelerini kullandı.

2000 yılının ortalarında, Energetica'nın hukuk departmanı, Denetim Kurulu Başkanına ve CFO'ya belirli kayıt dışı hesaplarla ilgili bir bildirim iletti. Bildirimde, Energetica'nın hesaplarının "düzenli muhasebe ilkeleri ile uyum içinde tutulması gerektiği, aksi takdirde, ceza hukuku kapsamında yaptırımların uygulanmasının olası olduğu" açıkça ifade edilmişti. Ancak, kayıt dışı hesaplar yıllarca var olmaya devam etti.

Nisan 2000'de, Yönetim Kurulu, Şirketin Baş Hukuk Müşavirinin şirket genelinde bir iş danışmanları listesinin ve bu ilişkileri gözden geçirecek bir komitenin oluşturulması teklifini reddetti. Energetica, iş danışmanlarıyla ilgili çeşitli ilkeler ve tavsiyeler yayımlamış olsa da, iş danışmanlarından hizmet alımını düzenleyen şirket çapında zorunlu ve kapsamlı kuralları Haziran 2005'e kadar yoktu.

2003 sonbaharında, Energetica'nın dış denetçisi KPMG, bir Energetica bölümünün (COM) çalışanları tarafından üye olmayan Y Ülkesine getirilen 4,12 milyon avro nakit para tespit etti ve ödemeleri gözden geçirilmek üzere işaretledi. Şirketteki bir uygunluk avukatı, ödemelerle ilgili olarak bir günlük bir araştırma yürüttü ve COM çalışanlarının bunun münferit bir vaka olmadığını kabul ettiğinin belirtildiği bir rapor yazarak çok sayıda olası yasa ihlali konusunda uyarıda bulundu. Uygunluk raporu Kasım 2003'te Energetica'nın o zamanki CFO'su tarafından incelenmiş olsa da, hiçbir disiplin işlemi yapılmadı, başka bir araştırma gerçekleştirilmedi ve rapor bir bütün olarak Yönetim Kuruluna veya Şirketin denetim komitesine sunulmadı veya onlarla tartışılmadı.

Bu süre zarfında Energetica, uygunluk programında belirli iyileştirmeler gerçekleştirdi. Bunlar arasında, o zamanki CFO tarafından üst düzey işletme yöneticilerine 2004 yazında yapılan bir rüşvetle mücadele konuşması ve Ekim 2004'te bir Kurumsal Uygunluk Bürosunun kurulması yer alıyordu.

Ayrıca Şirket, hesaplarının açılması ve kullanılması ve nakit ile ilgili yetkilendirmeler hakkındaki detayları içeren banka hesaplarıyla ilgili politikalar yayımladı. Ancak, Şirket, örneğin başarı primlerini yasaklayan ve uygunluk görevlilerinin iş danışmanlığı sözleşmelerini onaylamalarını zorunlu kılan iş danışmanlarından hizmet alımıyla ilgili zorunlu kuralları ancak bir yıl sonra Haziran 2005'te yayımladı. Bu tedbirler kısmen etkili olmuş görünse de, uygunsuz ödemeler en azından Kasım 2006'ya kadar devam etti.

Kurumsal Uygunluk Bürosunun görevi, hem Şirketin çıkarlarını savunmayı hem de uygunluk ihlallerini önlemeyi içeriyordu. Kurumsal Uygunluk Bürosu, 2007 yılına kadar bir Baş Uygunluk Görevlisi ve en fazla altı tane tam zamanlı avukattan oluşuyordu. 2007 yılına kadar, uluslararası rüşvet düzenlemelerine uygunluk konusunda zorunlu bir eğitim verilmedi.

Sorular

Üye Devlet A'da Energetica aleyhine açılan bir ceza davasında savunma avukatı tarafından yapılan aşağıdaki savunmalara cevaben neye itiraz ederdiniz? Yolsuzluk ve tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin ulusal mevzuatın, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi ve Protokolü ile uyumlu olduğunu varsayalım.

- Energetica, yalnızca A ülkesi için değil, diğer Avrupa ülkeleri için de hayati bir kamu işlevi olan bir kamu kuruluşudur. Bu nedenle cezai sorumluluğa tabi değildir.
- Mahkumiyet bir yana, gerçek bir kişi tarafından işlenen bir suçun delili yoktur ve bu gerçek kişinin bireyselleştirilmesi söz konusu değildir. Bir Energetica çalışanı rüşvet suçu işlemiş olsa bile, bu sadece düşük seviyeli bir çalışan olabilirdi.
- Bir (özel) yabancı hakeme rüşvet verilmesi, Sözleşme kapsamında tüzel kişilerin sorumluluğuna yol açan bir suç değildir.
- Hakeme rüşvet verilmesi, davayı her halükarda kazanacağı açık olduğundan, tüzel kişinin yararına değildir. Bu, hatalı bir çalışanın eylemidir (eğer Energetica'nın bir çalışanıysa).
- Paranın geriye doğru takip edilip Energetica'ya ulaşılması kendi başına bir kusur oluşturmaz.
- Energetica, bağlı şirketleri tarafından gerçekleştirilen eylemlerden sorumlu değildir.

5.8. Örnek vaka incelemesi 4: Umbrella Company

Arka plan

Umbrella Company, Birleşik Krallık'ta kayıtlı bir eczacılık ürünleri üreticisidir. ABD'deki menkul kıymetleri, 1988'den 2010'a kadar Nasdaq Ulusal Borsasında işlem görmüştür ve şu anda New York Borsasında işlem görmektedir. Umbrella Company, Umbrella USA ve Umbrella Spain dahil olmak üzere dünyayı çeşitli yerlerinde bağlı şirketlere sahiptir.

2005 yılında Umbrella Company, genel merkezinin pazarda yaygın olarak dağıtımını yapmak istediği pahalı ve yeni bir ilacı üretmeye başladı. ABD'de bu yeni ilacın satışını teşvik etmek için Umbrella USA'dan iki yönetici, Washington D.C.'de ABD hükümetinin ulusal sağlık sistemi için eczacılık ürünlerin seçiminde görev alan bir ABD hükümet yetkilisi ("Hükümet Yetkilisi") ile görüştüler. Hükümet Yetkilisi, ABD'de eczacılık ürünleri üreten, dağıtan ve yeniden paketleyen Repackage USA adlı bir şirkete sahiptir. Bu görüşmenin ardından, Umbrella USA yönetimi, Umbrella Company'nin ilaçlarının ABD'de satışını artırmak amacıyla Hükümet Yetkilisini yetkisini kullanması için etkilemek niyetiyle yetkiliye rüşvet verdi. Rüşvetler, Repackage USA'nın Umbrella Company'nin ürünlerini ABD'de yeniden paketleyip dağıtarak kazandığı şişirilmiş kar marjları içine gizlenerek ödendi.

Bu arada Umbrella Spain, Umbrella Company'nin yeni ilacının İspanya'daki satışlarını da artırmaya çalıştı. Bunun için Umbrella Spain çalışanları İspanyol hükümeti tarafından yönetilen hastanelerde çalışan doktorlara rüşvet verdi. Almanya'daki Umbrella Company yöneticileri, 2010 yılında İspanyol doktorlara verilen rüşvetleri öğrendiler ve ardından İspanyol bağlı şirket bünyesinde yeni yolsuzlukla mücadele politikaları ve prosedürlerini uygulamaya koydular. Ancak Umbrella Company yöneticileri, bu politika ve prosedürlerin İspanya'da devlet hastanelerinde çalışan doktorlara verilmeye devam eden rüşveti tespit etmek için yetersiz olduğunu biliyordu.

Sorular

Bu ülkelerin yolsuzluk ve tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin mevzuatının, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi ve Protokolü ile uyumlu olduğunu varsayalım.

- a. Umbrella Company ve bağlı şirketlerinin sorumlu tutulabileceği suçlar nelerdir?
- b. Umbrella Company'nin İngiliz ana şirketini ABD ve İspanya'daki bağlı şirketlerinin faaliyetlerinden sorumlu tutmanın gerekçeleri nelerdir?
- c. Bu olgular ışığında, Umbrella Company mi sorumlu tutulur, yoksa sadece rüşvet olayına karışan çalışanlar mı?
- d. Umbrella Company gelecekte sorumluluktan kaçınmak için hangi adımları atabilir?

6. Yaptırımlar

Cezai, idari ve hukuki sorumluluk, aşağı yukarı benzer unsurlardan oluşur: Bir suç, bir tüzel kişi, suç ile tüzel kişi arasında bir bağlantı ve kusur. Ancak, sorumluluğun sonuçları farklı ulusal yargı alanlarında değişiklik gösterir. Bazı ülkelerde cezai, idari ve hukuki olmak üzere üç yaptırım biçimi varken, bazılarında sadece idari veya hukuki yaptırımlar uygulanır.

Uluslararası **sözleşmelerde** her durumda cezai yaptırım öngörülmez, ancak ülkelerin “parasal yaptırımlar dahil olmak üzere **cezai** veya **cezai olmayan** yaptırımlar”¹⁵⁵ veya “cezai veya cezai olmayan para cezaları ve [...] diğer cezalar” arasında seçim yapmasına izin verilir.¹⁵⁶ Fakat, GRECO tavsiyeleri uyarınca, sorumluluğun sadece, mağdurların tazminat için tüzel kişilere dava açmasına imkan tanıyan **hukuki** haksız fiil sorumluluğundan oluşması yeterli değildir.¹⁵⁷

AB İkinci Protokolü, AB Çerçeve Kararı ve Avrupa Konseyinin R (88) 18 sayılı Tavsiye Kararı Ekinde, “(a) kamu yardımlarından mahrum bırakma; (b) ticari faaliyetlerden geçici veya kalıcı olarak men etme; (c) adli denetim altına alma; veya (d) adli tasfiye kararı.” gibi **mali olmayan** yaptırımların örnekleri sayılmaktadır.¹⁵⁸

Üye Devletlerde tüzel kişilerin sorumluluğuna dair olarak AB tarafından finanse edilen karşılaştırmalı bir çalışmada “[...] tüzel kişiler için önerilen açık, şeffaf ve standart yaptırımlar geliştirme” ihtiyacına değinilmiştir.¹⁵⁹

Ceza Hukuku Yoluyla Kara Para Aklamayı Mücadele hakkındaki 2018/1673 sayılı AB Direktifi Madde 8’de, bir tüzel kişinin “cezai veya cezai olmayan para cezalarını içeren etkili, orantılı ve caydırıcı bir yaptırımla cezalandırılmasını” sağlamak için olası yaptırımlar listesi verilmiştir. Bu listede örnek olarak şu yaptırımlar yer almaktadır: (a) Kamu yardımlarından mahrum bırakma; (b) ihale prosedürleri, hibeler ve imtiyazlar dahil olmak üzere kamu finansmanına erişimden geçici veya kalıcı olarak men etme; (c) ticari faaliyetlerden geçici veya kalıcı olarak men etme; (d) adli denetim altına alma; (e) adli tasfiye kararı veya (f) suçu işlemek için kullanılmış olan iş yerlerinin geçici veya kalıcı olarak kapatılması.

Özellikle yüksek profilli ve/veya büyük ölçekli vakalarda, uygun yaptırımla ilgili olanlar da dahil olmak üzere, yabancı ve potansiyel olarak ilgisiz faktörlerin izlenen yaklaşım üzerinde yersiz bir etkiye sahip olabileceğine dair endişelerin ortaya çıkma riski vardır. Alınan kararların bağımsız ve adil olması ve böyle görülmesi önemlidir. Bazen ortaya çıkan ikilemler iki örnekte gösterilmektedir.

Birincisi, 2006’da Birleşik Krallık Ciddi Dolandırıcılık Bürosu (SFO), BAE Systems Plc ve Suudi Arabistan Krallığı’nın karıştığı iddia edilen bir rüşvet olayına ilişkin soruşturmayı durdurmaya karar verdi. Bu karar, Birleşik Krallık’ın Suudi Arabistan Büyükelçisi tarafından, soruşturmanın “İngiliz sokaklarındaki İngilizlerin yaşamlarının risk altında olduğu” anlamına geldiğine dair demecinin ardından alındı. Lordlar Kamarası, SFO’nun soruşturmayı buna dayanarak durdurma kararını onayladı.¹⁶⁰

İkincisi, HSBC’nin kara para aklama olaylarına karışmasının ve ABD Adalet Bakanlığının HSBC’yi kovuşturmayı onun yerine 1,9 milyar dolar para cezası uygulama kararının incelendiği resmi olmayan bir ABD Kongre raporu, İngiliz yetkililerin, bankanın cezai kovuşturmasının “mali ve ekonomik istikrar için çok ciddi sonuçlara” ve hatta “küresel düzeyde finansal bir felakete” yol açabileceğine dair yorumlarda bulunmalarına neden oldu. ABD Kongre Komitesinin Cumhuriyetçi üyeleri, İngilizlerin müdahalesinin “ABD hükümetinin soruşturmalarını engellediği ve Adalet Bakanlığının HSBC’yi kovuşturamama kararını etkilediği” sonucuna vardılar.¹⁶¹

155. Avrupa Konseyi, OECD ve UNCAC Sözleşmeleri, bkz. Ek 9.1.

156. Bkz. Ek 9.1.

157. GRECO (2007), *Ortak Birinci ve İkinci Değerlendirme Turu. Ukrayna Değerlendirme Raporu*, paragraf 223-225, 235, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019. Ayrıca bkz. GRECO (2014), *Ukrayna Uygunluk Raporu Dördüncü Eki*, paragraf 14-16 (Ukrayna rüşvet suçunun kategorisini idari suç yerine cezai suç olarak değiştirmiştir)

158. Bkz. aşağıda Ek 9.2.

159. Vermeulen G. ve diğerleri (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, s.139, tavsiye 7.

160. Ciddi Suçlar Ofisi Direktörüne karşı R (Corner House Research ve diğerlerinin başvurusu üzerine) [2008] UKHL 60.

161. ABD Kongresi (2016), *Too Big to Jail: Inside the Obama Justice Department’s Decision Not to Hold Wall Street Accountable*, Erişim adresi: www.financialservices.house.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Uygulanan yaptırımların kapsamı ne olursa olsun, uluslararası sözleşmelerin standart ifadelerine göre bütünüyle “etkili, orantılı ve caydırıcı” olmaları gerekir. İlgili şirketin büyüklüğü de dahil olmak üzere koşullar dikkate alınarak uygun yaptırımın uyarlanmasıyla etkili, orantılı ve caydırıcı bir yaptırım uygulanabilir. Örneğin, Rüşvet Yasası uyarınca İngiltere’deki XYZ (anonimleştirilmiştir) kovuşturmasında, nihai olarak uygulanan yaptırım, mahkemelerin normalde vereceğinden önemli ölçüde daha yumuşaktı, çünkü şirket, mütevazı kaynaklara sahip bir KOBİ idi ve gerekli olmasına rağmen daha yüksek bir para cezası kamu çıkarlarına aykırı olarak şirketi iflasa sürükleyecekti.¹⁶²

Aşağıda, dünyada kullanılan başlıca yaptırım biçimleri özetlenmektedir. Listelenen yaptırımların muhtemelen tamamını kullanan Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkeler vardır.¹⁶³

6.1. Mali

Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi Madde 19 paragraf 2’de tüzel kişiler için mali yaptırımların zorunlu olduğu belirtilmektedir: “Taraflardan her biri, tüzel kişilerin [...] parasal yaptırımlar da dahil olmak üzere etkili, orantılı ve caydırıcı cezai veya cezai olmayan yaptırımlara tabi olmasını sağlar.”

Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda bu yorum ayrıca vurgulanmaktadır: “Paragraf 2, Taraf Devletleri bir yolsuzluk suçundan sorumlu tutulan tüzel kişilere belirli bir düzeyde parasal yaptırımlar uygulanmasını öngörmeye zorlamaktadır.”¹⁶⁴

6.1.1. Para cezaları

Para cezaları, cezai, idari ve hatta hukuki nitelikli olabilir, çünkü bazı yargı alanlarında hukuki para cezaları uygulanabilmektedir.¹⁶⁵ Para cezaları, etkili, orantılı ve caydırıcı olmak için uygun bir seviyede belirlenmeli ve dolayısıyla belirli bir durumda uygulanacak seviyenin belirlenmesinde çeşitli faktörler dikkate alınmalıdır. Ayrıca, uluslararası standartlara uymak amacıyla, tüzel kişiler için maksimum para cezasının örneğin 1 milyon avro olarak belirlenmesi, GRECO veya OECD izlemesine göre yeterli olmayacaktır.

Almanya’da, tüzel kişilere verilen maksimum standart idari para cezası, yolsuzluk suçunun ekonomik avantajı dikkate alınarak artırılabilir: “Düzenleyici para cezası, failin düzenleyici mevzuat kapsamındaki suçun işlenmesinden elde ettiği mali faydayı aşmalıdır. Belirlenen yasal maksimum değer bu amaç için yeterli değilse, bu değer artırılabilir.”¹⁶⁶

Almanya maksimum ceza tutarını 10 milyon avroya çıkarmış olsa da, bunun büyük işletmeler için yeterince caydırıcı olamayacak kadar düşük bir düzey olduğuna dair endişeler sürmektedir. 2018 tarihli Koalisyon Anlaşmasında, Alman hükümetinin maksimum ceza tutarını bir şirketin cirosunun %10’una çıkarmayı düşündüğünü göstermektedir.¹⁶⁷ Ancak, para cezasının yolsuzluğun sağladığı ekonomik avantajlara el koymaya yönelik etkili bir rejimle birleştirilmesi koşuluyla, daha düşük para cezaları yeterli olabilir.

Yukarıda ele alınan 2007’deki Siemens yolsuzluk davasında, Almanya 201 milyon avro tutarında rekor bir idari para cezası vermiştir.¹⁶⁸ OECD izleme grubu, Almanya’ya “tüzel kişilerin sorumluluğunun etkinliğini sağlamak için [...] maksimum parasal yaptırım seviyelerinin daha da artırılmasını [...] içerebilecek tedbirler almasını tavsiye etmiştir.”¹⁶⁹

162. OECD (2018), *BK Faz 4 Raporu*, paragraf 162.

163. Ek bilgi için bkz. *ABD Adalet Bakanlığı/ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (2012), ABD’nin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununa İlişkin Bir Kaynak Kılavuzu*, ss. 86 f., www.justice.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; ancak sicil kaydı meselesi için bkz. GRECO (2008), *İkinci Değerlendirme Turu. ABD Uygunluk Raporu*, paragraf 27, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

164. Yorum 91, *Açıklayıcı Rapor*, www.conventions.coe.int, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

165. ABD Adalet Bakanlığı/ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (2012), *ABD’nin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununa İlişkin Bir Kaynak Kılavuzu*, s. 57 f., www.justice.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

166. § 17 Almanya’nın *Düzenleyici Mevzuat Kapsamındaki Suçlar Yasası* [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG] (2009’da değişik), www.gesetze-im-internet. Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

167. OECD, Almanya (2018): *Faz 4 Raporu*, s. 69

168. The Guardian (16 Aralık 2008), *Record US fine ends Siemens bribery scandal*, www.guardian.co.uk, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

169. OECD, Almanya (2011): *Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu ve Uluslararası Ticari İşlemlerde Rüşvetle Mücadeleye İlişkin 2009 tarihli Revize Tavsiye*, Tavsiye 7: “Tüzel kişilerin sorumluluğunun etkinliğini sağlamak için [...] maksimum parasal yaptırım seviyelerinin daha da artırılmasını [...] içerebilecek tedbirlerin alınması”, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019. Ayrıca bkz. OECD, Almanya (2013) *Faz 3 Raporu Takip Çalışması ve Tavsiyeler*, ss. 11-12 (Almanya’nın maksimum ceza tutarını 1 milyon avrodan 10 milyon avroya çıkarması)

Polonya'da, Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna Dair Kanununun 10. Maddesinde, herhangi bir para cezasının düzeyini değerlendirmek için çeşitli mali ve sosyal faktörlerin dikkate alınması öngörülmektedir: "Para cezasına hükmederken, men kararları verirken veya kararı kamuya açıklarken mahkeme, Madde 5'te bahsedilen seçim veya denetimdeki usulsüzlüklerin ağırlığını hesaba katarak, şirket tarafından elde edilen veya elde edilmesi mümkün olan avantajların boyutu, şirketin mali durumu, cezanın sosyal sonuçları ve cezanın şirketin gelecekteki işleyişi üzerindeki etkisini dikkate alır".¹⁷⁰

Aynı zamanda, Madde 7'de, şirketin gelirleriyle ilgili olarak ceza tutarı sınırlandırılmıştır:

"1. Bir şirket, sorumluluğunun doğmasına neden olan bir suç işlendiğinde, vergi yılında elde ettiği gelirin %10'unu geçmemesi şartıyla 1000 ile 20.000.000 PLN arasında para cezasına çarptırılır.

2. 1. paragrafta belirtilen gelir, şirket tarafından hazırlanan mali rapora veya mali defterlerdeki girişlerin toplamına [...] dayalı olarak değerlendirilir."¹⁷¹

İsviçre Ceza Kanununda, para cezasının nasıl belirleneceği şu şekilde özetlenmektedir:

"Mahkeme, özellikle suçun ciddiyeti, kurumun yetersizliklerinin ciddiyeti, neden olunan kayıp veya zararın ciddiyeti ve teşebbüsün para cezasını ödeme konusundaki ekonomik gücüne göre ceza tutarını belirler."¹⁷²

6.1.2. Tüzel kişilerde müsadere

"Varlık müsadere" genellikle yasaya uyulmaması nedeniyle kalıcı mülkiyet kaybı anlamına gelir.¹⁷³ Bazı ülkelerde iki tür müsadere uygulanır: hukuki ve cezai müsadere. Hukuki müsadere, kanuna aykırı olarak kullanılan veya edinilen mülklere el koymak için uygulanırken, cezai müsadere mahkumiyet kararının ardından failin cezasının bir parçası olarak uygulanır. Bu iki tür müsadereye ilişkin prosedürler çok farklıdır, ancak sonuçları aynıdır: Varlıkların hakları, mülkiyeti ve payı devlete devredilir.

Pek çok yargı alanında, cezaya hükmedilen suçla ilgili varlıkların mahkemenin yargı yetkisi dahilinde olmadığı veya başka bir şekilde bulunmadığı durumlarda, "ikame varlıkların" müsadere edilmesine izin verilir.

Yolsuzluk bağlamında, müsadereyle tüzel kişinin yolsuzluk eyleminden elde ettiği ekonomik avantajın alınması amaçlanır. Bu ekonomik avantaj, rüşvetle alınan bir devlet ihalesinden veya özel kurumlar arasında rüşvet durumunda, diğer şirketin bir çalışanına rüşvet veren şirketlerden birinin lehine koşullara sahip bir sözleşmeden elde edilmiş olabilir. OECD Sözleşmesinde Taraf Devletlerin, "yabancı bir kamu görevlisine verilen rüşvet ve bu rüşvetle elde edilen gelirlere veya değeri bu gelirlerin değerine karşılık gelen mülklere el koyulmasını veya benzer etkiye sahip parasal yaptırımların uygulanmasını sağlamaları" öngörülmektedir.

Bazı ülkeler tüzel kişileri genel cezai, idari veya hukuki müsadereye tabi tutar.¹⁷⁴ Polonya gibi diğer ülkelerde tüzel kişiler için özel kurallar vardır. Polonya'nın Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna Dair Kanununun 8. Maddesi:¹⁷⁵

"Madde 8. 1. Şirketin aşağıdaki varlıklarının müsadere edilmesine karar verilir:

1) Dolaylı olarak da olsa yasaklanmış eylemden edinilen varlıklar veya yasak eylemi gerçekleştirme araçları olarak kullanılan veya kullanılması tasarlanan varlıklar;

2) dolaylı da olsa yasaklanmış eylemden kaynaklanan mali kazançlar;

3) dolaylı olarak da olsa yasaklanan eylemden edinilen varlıklara veya mali faydaya eş değer para tutarı.

2. Varlık, mali fayda veya bunlara eş değer para tutarı başka bir hak sahibi teşekküle iade edilmek üzere alınmayacaksa yukarıda 1. paragrafta belirtilen müsadere kararı verilmez."

170. *Tüzel Kişilerin Yasaklı Eylemlere İlişkin Sorumluluğuna Dair 28 Ekim 2002 tarihli Yasa*, www.oecd.org (İngilizce), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

171. Aynı kaynak.

172. İsviçre'nin *1 Ocak 2013 tarihli ve SR 311.0 sayılı Ceza Kanunu*, www.admin.ch, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

173. Tanım ve sonrasındaki açıklamalar şuradan alınmıştır: Basel Yönetişim Enstitüsü (2007), *Varlık Müsadere*, http://pustakahpi.kemlu.go.id, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

174. OwiG Madde § 29a'daki genel el koyma kuralının tüzel kişiler için de geçerli olduğu Almanya'da olduğu gibi (§ 30 paragraf 5 OwiG); Almanya'nın *Düzenleyici Mevzuat Kapsamındaki Suçlar Yasası* [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG] (2009'da değişik), www.gesetze-im-internet.de, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

175. *Tüzel Kişilerin Yasaklı Eylemlere İlişkin Sorumluluğuna Dair 28 Ekim 2002 tarihli Yasa*, www.oecd.org (İngilizce), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Bazen, failin, tüzel kişinin sorumluluğunun doğması için gerekli olduğu şekilde üst düzey yönetim grubuna mensup olmadığı durumlarda bile müsadere uygulanabilir.¹⁷⁶

Kazanılan varlığın tahmini değeri normalde brüt değeri cinsinden hesaplanır. Bu, verilen rüşvetin (ve ilgili masrafların) kazanılan varlığın değerinden düşülmediği anlamına gelir. Almanya'da bir emlak müteahhidinin bir kamu görevlisine rüşvet vererek yapı ruhsatı aldığı bir vaka, bunun için örnek olarak gösterilebilir. Emlak müteahhidi arsa üzerine birkaç bina inşa edip ardından binaları satmıştır. Alman mahkemeleri, arsanın satış fiyatını (yapı ruhsatını aldıktan sonra) belirleyerek ve arsayı satın almak ve üzerine inşaat yapmak için edinim harcamalarını bu fiyattan çıkararak elde edilen varlıkları hesaplamış ve toplamda yaklaşık 3 milyon avroluk bir değer belirlemiştir. 0,1 milyon avroluk rüşvet, edinim maliyetlerine dahil edilmemiştir.¹⁷⁷

Bir ihalenin yeni verildiği, ancak henüz ifa edilmediği durumlarda, tahmini kar, müsadere edilecek olan kazanılmış varlıktır. Almanya'dan başka bir vakada, bir inşaat şirketi, bir atık yakma tesisi inşasına ilişkin bir ihalede kamuya ait bir şirkete rüşvet vermiştir. Bir Alman mahkemesi, kazanılan varlığı ihaleden elde edilen kar olarak hesaplamıştır. Bu hesaplama, inşaat şirketinin gelecekte tesisin bakımı için üstlendiği her türlü müteakip görev gibi kazanılacak varlıkları veya böylesine prestijli bir ihalenin kazanılması nedeniyle şirketin itibarının artması gibi maddi olmayan varlıkları da içerebilir.¹⁷⁸

6.1.3. Bir üçüncü tarafa yönelik müsadere

Pek çok yargı alanında, asıl failin üçüncü tarafın kontrolü dışında olduğu ve yalnızca olgusal temelde veya yasal dayanak olmaksızın kendi çıkarına hareket ettiği durumlarda bile, üçüncü taraflara ait veya üçüncü tarafların elinde olan varlıkların müsadere edilmesine izin verilir. Bazı yargı alanlarında, üçüncü tarafın suçtan yarar sağladığı kanıtlanabiliyorsa, üçüncü tarafın suçlunun eyleminden haberdar olması gerekli olmayabilir. Örneğin, bir şirket için çalışan bir danışman, şirketin bilgisi olmadan bir satın alma prosedürü sırasında bir kamu görevlisine rüşvet veren başka bir danışmandan alt sözleşmeyle hizmet alıyor. Rüşvet sonucunda ihale şirkete veriliyor. Şirket tüm denetim ve uygunluk yükümlülüklerini yerine getirmiş olsa bile, yine de Alman müsadere düzenlemelerine göre sorumlu olacaktır ve ihalenin kazanılmasından elde edilen varlıklar müsadere edilebilir.¹⁷⁹

6.1.4. Tazminat

Rüşvetle ilgili haksız fiil nedeniyle rüşvet veren şirketten tazminat talep edebilecek başlıca taraflar rakipler, hissedarlar ve devlettir. Ancak, tüm yargı alanları, bir yandan cezai ve idari yaptırımlar için eş zamanlı sorumluluğu, diğer yandan da zararlara ilişkin hukuki sorumluluğu tanımaktadır.

Polonya'nın Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Kanununun 6. Maddesi gibi bazı yargı alanlarında özellikle bu eş zamanlı yükümlülüğe işaret eden kanunlar vardır: "Bu Kanunda belirtilen ilkeler uyarınca şirketin sorumluluğunun varlığı veya yokluğu, verilen zarara ilişkin hukuki sorumluluğu, idari sorumluluğu veya yasaklanmış eylemin failinin kişisel yasal sorumluluğunu ortadan kaldırmaz."¹⁸⁰

6.2. Mali olmayan yasal çözüm yolları

Bir davada uygulanan yaptırım, tüzel kişiyi (veya ilgili üçüncü bir tarafı) devlete para cezası veya varlıkların müsadere edilmesi şeklinde mali bir ödeme yapmaya zorunlu kılmadığı durumlarda, mali olmayan bir yaptırım olarak kabul edilir. Ancak, yaptırımın doğrudan bir maliyeti olmasa da mali olmayan tüm yaptırımların nihayetinde şirket üzerinde mali veya ekonomik bir etkisi olacaktır. Bu, en çok, bir tüzel kişinin kamu finansmanı almasının engellenmesi (yasaklanması) veya kamu ihale prosedürlerine katılmasının engellenmesi durumunda ortaya çıkar. Ancak çoğu durumda, yalnızca şirket sicilinde bir mahkumiyet kaydının eklenmesi, muhtemelen şirketin ekonomik durumuna zarar verecek ve ekonomik faaliyet yürütme imkanlarını engelleyecektir.

176. Almanya: OWiG Madde § 29a kapsamında müsadere, "başka bir [gerçek veya tüzel] kişi için hareket eden herhangi bir "fail" için geçerlidir, Almanya'nın *Düzenleyici Mevzuat Kapsamındaki Suçlar Yasası* [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG] (2009'da değişik), www.gesetze-im-internet.de, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

177. Alman Yüksek Mahkemesi, *21 Mart 2002 tarihli ve 5 StR 138/01 sayılı karar*, www.hrr-straftrecht.de (Almanca), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

178. Alman Yüksek Mahkemesi, *2 Aralık 2005 tarihli ve 5 StR 119/05 sayılı karar*, www.hrr-straftrecht.de (Almanca), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

179. § 29a paragraf 2, Almanya'nın *Düzenleyici Mevzuat Kapsamındaki Suçlar Yasası* [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG] (2009'da değişik), www.gesetze-im-internet.de Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; Alman Yüksek Mahkemesinden dava örneği, *2 Aralık 2005 tarihli ve 5 StR 119/05 sayılı karar*, www.hrr-straftrecht.de (Almanca), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

180. *Tüzel Kişilerin Yasaklı Eylemlere İlişkin Sorumluluğuna Dair 28 Ekim 2002 tarihli Yasa*, www.oecd.org (İngilizce), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

6.2.1. Devlet sübvansiyonları ve hibelerinden mahrum bırakmat

Kamu finansmanından mahrumiyet, tüzel kişileri devlet kurumlarının verdiği her türlü fona erişimden yoksun bırakan etkili ve caydırıcı bir yaptırım biçimi olabilir. Örneğin Portekiz Ceza Kanununda kullanılır:

“Madde 90.I Hibeler, sübvansiyonlar veya teşviklere ilişkin hak mahrumiyeti

Devlet ve diğer kamu kurumları tarafından verilen sübvansiyon, hibe veya teşviklere ilişkin hak mahrumiyeti, tüzel kişiler veya benzeri teşekküller için bir ila beş yıl süreyle geçerli olacaktır.”

Çek Cumhuriyeti’nde benzer, ancak daha ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır: “Bölüm 22 -

Bağış (Hibe) ve Sübvansiyon Alma Yasağı

(1) Mahkeme, tüzel kişinin bağış, sübvansiyon, geri ödemeli mali sübvansiyon veya katkı için ya da bunların sağlanması veya kullanımı ile bağlantılı olarak ve/veya başka herhangi bir devlet yardımının sağlanması veya kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir başvuruda bulunmak veya başvurularla ilgilenmekle bağlantılı olarak suç işlemiş olması halinde, bu tüzel kişiye bir yıldan 20 yıla kadar bağış (hibe) ve sübvansiyon alma yasağı koyabilir.

(2) Ayrı bir ceza olarak bağış (hibe) ve sübvansiyonları alma yasağı, ancak işlenen suçun niteliği ve ciddiyeti nedeniyle mahkemenin başka tür cezalar vermeyi gerekli görmemesi halinde verilebilir.

(3) Cezanın infaz süresi boyunca ve mahkemece belirlenen ölçüde, bağış (hibe) ve sübvansiyon alma yasağı, tüzel kişinin her türlü bağış, sübvansiyon, geri ödemeli mali sübvansiyon, katkı veya diğer yasal düzenlemelere göre diğer devlet yardımları için başvurma yasağının yanı sıra bu bağış, sübvansiyon, geri ödemeli mali sübvansiyon, katkı veya diğer devlet yardımlarını alma yasağından ibarettir.”

6.2.2. Kamu ihalelerinden men

Ayrıca, yolsuzluktan mahkum edilen bir tüzel kişinin kamu ihalelerinden men edilmesinin birkaç yolu vardır:

- ▶ En doğrudan yol, “kamu ihalelerine başvuruda bulunma yasağıdır” (örneğin, Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna Dair Polonya Kanununun 9. Maddesinin 1. fıkrası no. 4).¹⁸¹
- ▶ Almanya’da, ihalelerle ilgili olarak çeşitli bölgesel yolsuzluk sicilleri bulunmaktadır. Devlet kurumları, yolsuzluğa karışan işletmeler hakkında rapor vermek zorundadır ve bunlar merkezi sicile eklenir. Alım yapan tüm kamu kuruluşları, belirli bir bedelin üzerindeki ihaleleri vermeden önce bu sicile danışmak zorundadır.¹⁸²
- ▶ Litvanya’da Kamu Alımları Yasasında, alım yapan bir kamu kuruluş tarafından satıcının güvenilirliğinin değerlendirilmesi öngörülmektedir. Bir tüzel kişi, kendisi veya çalışanlarından biri yolsuzluk suçlarından mahkum edilmişse güvenilir olarak addedilebilir. Yolsuzluk mahkumiyetlerine ilişkin bilgiler şirket sicilinden alınır. Yolsuzluğu Önleme Kanununun 11. Maddesi uyarınca, bir tüzel kişinin yolsuzluk suçlarından mahkumiyeti şirket siciline sunulur. Aynısı, bir tüzel kişinin çalışanı veya yetkili temsilcisi, tüzel kişi lehine veya adına hareket ederken yolsuzluğa karışmaktan mahkum edildiğinde de geçerlidir.¹⁸³

GRECO ka rekomanduar që përjashtimi nga procedurat publike të tenderimit për periudha të specifikuara të mund të jenë pjesë e një penalteti të rëndësishëm shtesë.¹⁸⁴ Përveç kësaj, një studim krahasues i financuar nga BE-ja mbi përgjegjësinë e personave juridikë në shtetet anëtare ka theksuar nevojën për “riformulimin e përjashtimit të sugjeruar nga e drejta për përfitime ose ndihmë publike” në mënyrë të tillë që të përfshijë qartësisht përjashtimin nga pjesëmarrja në procedura të tenderëve publikë me këtë objekt.¹⁸⁵

6.2.3. Alım kararlarının iptali

Dürüst rakipler tarafından açılan hukuk davalarının bir parçası olarak, yolsuzluk yapılarak manipüle edilen satın alma kararlarına mahkemede itiraz edilebilir. Bu olumlu sonuç verirse, yolsuzluk yapan rakibin lehine olan alım kararı iptal edilebilir. Önemli örneklerden biri, Üye Devletlerin kamu alımları yasalarının aşağıdaki yetkilere dair hükümler içermesini sağlamasını gerektiren Avrupa Birliği Yasal Çözüm Yolları Direktifidir:

181. Aynı kaynak.

182. İmar Bakarlığı, Berlin, Yolsuzluk Sicili (*Korruptionsregister*), www.stadtentwicklung.berlin.de (Almanca), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

183. Rimkus V. (2007), *Litvanya’da Tüzel Kişilerin Yolsuzluklara İlişkin Sorumluluğu*, “Criminalisation Of Corruption” adlı OECD/ACN Seminerinin tutanakları, s. 36, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

184. GRECO (2008), *Ortak Birinci ve İkinci Değerlendirme Turu. İsviçre Değerlendirme Raporu*, paragraf 179, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

185. Vermeulen G. ve diğerleri (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, s.139, tavsiye 6.

“(a) iddia edilen ihlali düzeltmek veya ilgili çıkarlara daha fazla zarar gelmesini önlemek amacıyla ilk fırsatta ve geçici usullerle geçici tedbirler alma yetkisi [...]”;

(b) kanuna aykırı olarak alınan kararları iptal etme veya iptal edilmesini sağlama yetkisi [...]”¹⁸⁶

6.2.4. Kalkınma bankalarının men

Kalkınma bankaları, milyarlarca dolar tutarında fonla dünyanın her yerindeki projeleri finanse etmektedir. Pek çok ulusal ve çok uluslu şirket için bu bankalar önemli iş kaynaklarıdır. Dünya Bankası gibi büyük çok taraflı kalkınma bankalarının hepsi, yolsuzluk yapan şirketleri Banka tarafından finanse edilen sözleşmeleri yapmaktan men ederek, Bankanın dolandırıcılıkla mücadele ve yolsuzlukla mücadele politikaları kapsamında tüzel kişiye uygulanan bir yaptırım sonucunda belirtilen süre boyunca Dünya Bankası tarafından finanse edilen ihalelere katılımları engellenir.¹⁸⁷

Ayrıca, Afrika Kalkınma Bankası Grubu, Asya Kalkınma Bankası, Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası, Amerika Ülkeleri Kalkınma Bankası Grubu ve Dünya Bankası Grubu, 2010 yılında, bir kalkınma bankası tarafından men edilen kuruluşlara diğer imzacı kalkınma bankaları tarafından da aynı kusurlu davranıştan dolayı yaptırım uygulanmasının öngörüldüğü bir anlaşma imzaladı. Bu çapraz men anlaşması, bir şirketin bir banka tarafından men edilmesi durumunda herkes tarafından men edilmesi anlamına gelir.¹⁸⁸ Çok uluslu şirketler için bu uluslararası sınırlama, ekonomik çıkarları için önemli bir tehdit oluşturabilir ve dolayısıyla bazı yolsuzluk uygulamaları üzerinde muhtemelen güçlü bir önleyici ve caydırıcı etkiye sahip olacaktır.

Nisan 2018’de, Uluslararası Para Fonunun İcra Kurulu, “üye ülkelerle, yolsuzluk dahil olmak üzere, makroekonomik açıdan kritik olduğu değerlendirilen yönetim zafiyetlerine ilişkin olarak daha sistematik, etkili, samimi ve eşit katılımı teşvik etmek üzere tasarlanmış” Yönetişime İlişkin Gelişmiş Katılım için yeni bir çerçeveyi onaylamıştır. IMF’nin AML/CFT Gerekliliklerine ilişkin değerlendirmesinde, “tüzel kişilerin ve düzenlemelerin suç işlemek amacıyla kullanılmasını önlemek, tüzel kişileri yeterince şeffaf hale getirmek ve temel mülkiyet ve yararlanma hakkına dair doğru ve güncel bilgilerin zamanında sunulmasını sağlamak için gerekli tedbirlerin uygulanması gerektiği” belirtilmektedir.¹⁸⁹

Bazen, uluslararası yardımlardan men ulusal yasalarda da öngörülmektedir. Örneğin Polonya’da “bir şirket [...] Polonya Cumhuriyeti’nin üye olduğu uluslararası kuruluşlar tarafından sağlanan yardımları kullanma yasağıyla cezalandırılabilir”¹⁹⁰

6.2.5. İhracat ayrıcalıklarının kaybedilmesi

Belirli yargı alanları, bir şirketin rüşvet veya yolsuzluk suçlarından sorumlu hale gelmesi durumunda, ihracat ayrıcalıklarının askıya alınmasını veya iptalini öngören hükümlere sahiptir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri’nde Silah İhracatı Kontrol Yasası (AECA) 22 U.S.C. § 2751 ve Uluslararası Silah Ticareti Yönetmeliği (ITAR) 22 C.F.R. § 120’de, bir başvuru sahibinin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Faaliyetleri Yasasını (FCPA) ihlal etmekle suçlanması veya mahkum edilmesi durumunda silah ihracatı ruhsatının askıya alınması, iptali, değiştirilmesi veya reddedilmesi öngörülmektedir.¹⁹¹

6.2.6. Faaliyetlerin yasaklanması

Ayrıca, bazı ülkelerde, belirli bir süre için bazı şirketlerin düzenli ticari faaliyetlerinin yasaklanması öngörülmektedir. Yolsuzluk suçları için böyle bir yaptırım, bir tüzel kişinin defalarca ve ısrarla kamu görevlilerine rüşvet vermesi ve bu şirketin bu sektörde daha fazla iş yapmasının sistematik bir tehlikeye yol açması durumunda mümkündür.

186 *Kamu alım ve yapım ihalelerinde inceleme prosedürlerinin uygulanmasına ilişkin kanun, düzenleme ve idari hükümlerin koordine edilmesine dair 21 Aralık 1989 tarihli Konsey Direktifi* (89/665/EEC), <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

187. *Dünya Bankası, Kamu İhaleleri*, www.worldbankgroup.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

188. Bkz. www.crossdebarment.org/, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

189. IMF Politika Raporu (Nisan 2018), Yönetişime Dair 1997 tarihli Rehberlik Notunun İncelemesi (Gelişmiş Fon Katılımına İlişkin Olarak Önerilen Çerçeve), s. 29

190. Madde 9. 1. *Tüzel Kişilerin Yasaklı Eylemlere İlişkin Sorumluluğuna Dair 28 Ekim 2002 tarihli Yasa*, www.oecd.org (İngilizce), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

191. ABD Adalet Bakanlığı/ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (2012), *ABD’nin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununa İlişkin Bir Kaynak Kılavuzu*, s. 71, www.justice.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Örneğin Polonya'da, belirli ticari faaliyetlerin askıya alınması öngörülmekle birlikte, böyle bir yasağın iflas veya işten çıkarmalar gibi orantısız ve/veya ikincil sonuçlara yol açacağına belirlenmesi durumunda bazı sınırlamalar getirilmektedir. Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Kanununun 9. maddesinde şöyle denmektedir:

“Şirket şu şekilde cezalandırılabilir:

1) Yürüttüğü ticari faaliyetlerin, ürettiği veya sattığı ürünlerin, sunduğu hizmetlerin veya sağladığı faydaların tanıtımı veya reklamını yapma yasağı;

[...]

5) belirtilen birincil veya yan iş faaliyetlerini sürdürme yasağı; [...]

2. Paragraf 1.1-5'te sıralanan yasaklar, 1 ila 5 yıl arasındaki herhangi bir süreliğine uygulanır.

3. Paragraf 1.5'te belirtilen yasak, şirketin iflasına veya tasfiyesine veya işten çıkarmalara [...] yol açacaksa uygulanmaz.”¹⁹²

6.2.7. Denetim

AB İkinci Protokolü ve Avrupa Birliği Çerçeve Kararında, “adli denetimdir” ve tüzel kişinin, yaptırım uygulanan kişinin ilgili yasa ve standartlara tamamen uygun hareket etmesini sağlamak için tüzel kişinin faaliyetleri hakkında mahkeme tarafından atanan bir temsilciye periyodik güncellemeler sağlamasını gerektiren “adli denetim” isteğe bağlı bir yaptırım olarak belirtilmektedir.¹⁹³

Portekiz Ceza Kanununda Madde 90(E) bu seçeneğe izin verilmiştir: Para cezasının 600 güne eş değer bir cezadan az olduğu durumlarda mahkeme cezayı adli denetimle değiştirebilir ve tüzel kişinin faaliyetlerinin mahkeme tarafından atanan ve altı ayda bir veya gerekli gördüğü her zaman o kurumun faaliyetleri hakkında rapor veren adli temsilci tarafından denetlenmesine karar verebilir. Temsilcinin tüzel kişi üzerinde yargı veya yönetim yetkileri yoktur. Tüzel kişi, mahkemenin koyduğu standarda uymazsa, denetim kaldırılır ve ceza uygulanır.

Ayrıca, Amerika Birleşik Devletleri gibi belirli yargı alanlarında, “kurumsal izleme” savcılar ile yapılan bir itiraf pazarlığının bir parçası olabilir ve adli bir atama yerine bağımsız bir üçüncü şahıs kurumsal gözlemcinin atanmasına yol açabilir. Bu gözlemci, şirketin kusurlu eyleminin tekrarlanma riskini azaltmak için tasarlanmış bir anlaşmanın uygunluk gerekliliklerine ne derecede uyulduğunu değerlendirir ve izler.¹⁹⁴ Şirketin tipik olarak gönüllü bir ifşada bulunduğu, tamamen işbirliği yaptığı ve reforma yönelik gerçek bir kararlılık sergilediği durumlarda şirketin kendi kendini izleme faaliyetini gerçekleştirmesi izin vermek de mümkündür.¹⁹⁵ Birleşik Krallık, örneğin aşağıda bölüm 6.3'te daha ayrıntılı olarak ele alınan 2017'de Rolls-Royce ile yapılan Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmasında olduğu gibi izleme ve uygunluğa ilişkin düzenlemeler yapmaktadır.

6.2.8. Denetimli serbestlik ve kefalet

Denetimli serbestlik ve kefalet genellikle gerçek kişilerle ilişkili cezai yaptırım mekanizmalarıdır. Ancak, örneğin Portekiz Ceza Kanunu Madde 90.D'de bu tedbirler tüzel kişilere de uygulanmaktadır:

“İyi hal kefaleti

1 Tüzel kişinin 600 günü geçmeyen para cezası ödemesine karar verilmesi durumunda, mahkeme para cezasını bir ila beş yıllık bir süre için 1.000 ila 1.000.000 avro arasında bir iyi hal kefaleti ile değiştirebilir.

2 Tüzel kişinin iyi hal süresi içinde benzer bir suç işlemesi halinde, söz konusu tutar kaybedilerek Devlete aktarılır.

3 Kefalet, depozito, rehin, ipotek, banka garantisi veya teminat şeklinde ödenebilir. [...]”

192. *Tüzel Kişilerin Yasaklı Eylemlere İlişkin Sorumluluğuna Dair 28 Ekim 2002 tarihli Yasa*, www.oecd.org (İngilizce), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019

193. Bkz. Ek 9.1.

194. ABD Adalet Bakanlığı/ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (2012), *ABD'nin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununa İlişkin Bir Kaynak Kılavuzu*, ss. 71 f., www.justice.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

195. Aynı kaynak.

6.2.9. Tasfiye

Bir gerçek kişi için ölüm cezası neyse bir tüzel kişi için tasfiye odur. AB İkinci Protokolü ve AB Çerçeve Kararında, bir yaptırım seçeneği olarak tasfiye ("adli tasfiye kararı") listelenmektedir.¹⁹⁶ Ancak, Almanya gibi birçok yargı alanında, sosyal, iş gücüne ilişkin ve ekonomik nitelikteki geniş kapsamlı sonuçları nedeniyle bu bir yaptırım olarak öngörülmemektedir. OECD Rüşvet Çalışma Grubu, tasfiye yaptırımının "en korkunç durumlar dışında orantısız ve gerçekçi olmayan bir yaptırım" olduğu görüşünü ifade etmiştir.¹⁹⁷

Ancak birçok yargı alanında hala bu yaptırım uygulanmaktadır. Örneğin Litvanya Ceza Kanunu Madde 53'te ("Bir Tüzel Kişinin Tasfiyesi") şöyle denmektedir:

"Bir mahkeme, bir tüzel kişiye tasfiye cezasını verirken, kendisinin belirlediği süre içinde tüzel kişinin tüm ekonomik, ticari, mali veya mesleki faaliyetin sona erdirilmesi ve tüm bölümlerinin kapatılmasına karar verir."

Ancak, bugüne kadar böyle bir yaptırım uygulanmamış olup mahkemelerin bu yaptırımı yalnızca bir tüzel kişinin sistematik olarak suç işlemesi veya işlenmesine yardım etmesi durumlarında uygulaması beklenir.¹⁹⁸ Portekizli yasama erki bu açık gereklilikleri Ceza Kanunu Madde 90.F'ye koymuştur: "Tüzel kişi sadece veya ağırlıklı olarak suç işlemek amacıyla oluşturulmuşsa [...] veya bu suçların tekrar tekrar işlenmesi tüzel kişinin sadece veya ağırlıklı olarak bu tür amaçlar için yönetici konumunda bulunan biri tarafından kullanıldığını gösteriyorsa, mahkeme tarafından tasfiye cezasına hükmedilir."

Bu "ölüm cezasına" ek olarak, Portekiz mevzuatında, kısmen veya geçici bir tasfiyenin uygulanmasına ilişkin gerekçeler sunulmaktadır. Madde 90.L'de, "suçun ilgili faaliyet kapsamında işlendiği durumlarda üç aydan beş yıla kadar bir süre boyunca" tüzel kişinin belirli bir işletmesinin ("estabelecimento") geçici olarak kapatılması öngörülmektedir. Ancak para cezası 600 günlük para cezasını aşarsa, "mahkeme kesin kapatmaya karar verebilir". Belirtilen sürenin sonunda, "tüzel kişinin yeni suçlar işlemeyeceğini varsaymak makul hale gelirse" işletme yeniden açılabilir. Ceza Kanununda, geçici kapatmanın sosyal etkileri hafifletilmeye çalışılmaktadır: "İşletmenin kapatılması, ne işçilerin işten çıkarılmaları için ne de maaşlarının ödenmesinin durdurulması veya azaltılması için bir sebeptir."

6.2.10. Kamu sicili

Hangi şirketlerin yolsuzluk suçlarından mahkum olduğuna ilişkin bilgilerin genel erişime açık olması, yaptırım sisteminin önemli bir özelliğidir. Sabıka sicili, şirket sicili, mahkeme karar sicili ve özel veri tabanları dahil olmak üzere mahkumiyetlerin kaydedilebileceği çeşitli kaynaklar olduğundan, GRECO "yolsuzluk suçlarından hüküm giymiş tüzel kişiler hakkındaki bilgileri izleme araçlarının dikkate alınmasını tavsiye etmektedir"¹⁹⁹

Bu bilgilere erişim, kamu ihale prosedürleri, faaliyetlerin kamu tarafından finanse edilmesi ve tüzel kişilerin olası iş ortakları için önemlidir ve parçalı veri tabanları bilgi erişimini yavaşlatabilir. GRECO, örneğin İtalya'da olduğu gibi yolsuzluktan suçlu bulunan şirketlerin bu tür bir merkezi sicilini genel olarak tavsiye etmekte²⁰⁰ ve bu tür sicillerin gerçek kişiler için adli sicil kayıtlarına benzer yararlı bir amaca hizmet edebileceğini belirtmektedir.²⁰¹

Yargı alanlarının yalnızca kaynakların bir kombinasyonunu sağladığı ve bu bilgilerin bir kısmına yalnızca kolluk kuvvetleri tarafından veya bir ücret karşılığında erişilebildiği durumlarda, GRECO bunu yeterli olarak kabul etmek istememiştir: "ABD'de, tüzel kişilerin mahkumiyet kayıtları mahkumiyetin gerçekleştiği yargı alanı aracılığıyla genel erişime açıktır. Ayrıca, aynı zamanda kamu şirketi olan tüzel kişilerin, Menkul Kıymetler Borsası Komisyonuna verdikleri raporlarda mahkumiyetlerini belirtmeleri gerekmektedir. Bu raporlar, EDGAR sistemi aracılığıyla İnternet üzerinden ücretsiz olarak temin edilebilir. Ayrıca, federal düzeyde, eyalet düzeyinde ve yerel mahkumiyetlere dair bilgilerin yanı sıra mahkumiyet öncesi kayıtları içeren ticari veri tabanları da vardır. Böyle bir iş modeli, genellikle birçok araştırma projesi için kullanılan bir abonelik kapsamında veri tabanına erişim sağlamak için tasarlanmıştır. Başka bir iş modeli, bireysel talep sahiplerine bir ücret karşılığında raporlar sağlamak üzere tasarlanmıştır. Ayrıca, ABD'deki kolluk kuvvetleri mahkumiyet bilgilerini içeren halka açık olmayan bir veri kaynağına sahiptir."²⁰²

196. Bkz. Ek 9.1.

197. OECD, *Tüzel Kişilerin Yabancı Görevlilere Rüşvete İlişkin Sorumluluğu: Durum Değerlendirmesi Raporu* (2016), s. 132.

198. Rimkus V. (2007), *Litvanya'da Tüzel Kişilerin Yolsuzluklara İlişkin Sorumluluğu*, "Criminalisation Of Corruption" adlı OECD/ACN Seminerinin tutanakları, s. 32, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

199. GRECO, *İkinci Değerlendirme Turu. ABD Değerlendirme Raporu*, paragraf 191, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

200. *Ortak Birinci ve İkinci Değerlendirme Turu. İtalya Değerlendirme Raporu*, paragraf 184, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

201. GRECO (2005), *İkinci Değerlendirme Turu. İsveç Değerlendirme Raporu*, paragraf 88, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

202. Aynı kaynak. Ancak GET, "bu tavsiyede dile getirilen konunun daha fazla takip edilmesini gerekli görmemiştir".

6.2.11. Kararın yayımlanması

Bazı yargı alanlarında kararın halka duyurulması için yayımlanması zorunludur. Bu düzenlemenin amacı, gerçek bir kişinin cezai mahkumiyetini alenen kaydetme uygulamasına benzer. Örneğin Litvanya’da, Ceza Kanunu Madde 43, paragraf 2’de “Bir tüzel kişiye ceza vermiş olan mahkeme, bu kararın medyada duyurulmasına da karar verebilir” denmektedir.

Sırbistan’ın değerlendirmesi sırasında GRECO, “mahkumiyet kararının yayımlanması” da dahil olmak üzere çeşitli yaptırımların öngörüldüğü mevzuatın kabulünün Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinin 19. Maddesi ile uyumlu olduğu sonucuna varmıştır.²⁰³

6.3. Örnek vaka incelemesi 4: Moskova’da trafik kontrolü

Arka plan

Rusya’da bölgesel bir şirket olan 000 Siemens ve Siemens I&S, Moskova’da “Moskova Üçüncü Halka Projesi” (sistem, 17 milyon dolarlık dahili malzeme ve hizmet maliyetiyle kuruldu) adlı 27 milyon dolarlık bir trafik kontrol sisteminin tasarımı ve kurulumu için Dünya Bankası tarafından finanse edilen bir proje ile bağlantılı olarak 2004’ten 2006’ya kadar hükümet yetkililerine yaklaşık 741.419 dolar rüşvet verdi. İlk olarak, Siemens, Moskova Üçüncü Halka projesini yürüten yarı devlet birimi olan Moskova Proje Uygulama Birimi (“MPUB”) için aynı anda teknik danışman olarak çalışan iş danışmanına para ödedi. MPUB, Siemens’in tavsiyesi üzerine teknik danışmanı işe aldı. 2004’ten 2006’ya kadar Siemens, en az 141.419 doları ihale sürecinde kayırılma karşılığında ödenen yaklaşık 313.000 doları teknik danışmanla ilişkili üç kuruluşa ödedi. Teknik danışman, Siemens için uygun ihale şartnamelerini oluşturmak, ihale belgelerini resmi olarak yayımlanmadan önce Siemens’e vermek, Siemens’in ihaleyi kazanmasını sağlayacak şekilde proje tekliflerini değerlendirmek ve projenin uygulama aşamasında yardımcı olmak için MPUB’deki konumunu kullandı.

İkincisi, Siemens, proje ihalesini kazanmasını sağlamak için proje teklifini şişirmeyi kabul eden bir rakiple işbirliği yaptı. Bunun karşılığında Siemens, rakibini yaklaşık 800.000 dolarlık şişirilmiş bir ücretle işe aldı. Siemens ayrıca, rakibin eski konsorsiyum üyelerinden ikisini, projede Siemens’in alt yüklenicisi olmaları için işe aldı (Alt Yüklenici A ve Alt Yüklenici B). Siemens, sahte bir trafik çalışması için Alt Yüklenici A’ya yaklaşık 1,3 milyon dolar ve diğer iddia edilen hizmetler için Alt Yüklenici B’ye yaklaşık 1,4 milyon dolar ödedi. Aslında, her iki alt yüklenici de yukarıda açıklanan 741.419 dolardan en az 600.000 doları MPN’nin üst düzey yetkililerine aktarmak için kullanıldı.

Sorular

- Elde edilen ekonomik avantajın müsaderesi için yukarıdaki suçlara ilişkin asgari para cezasını lütfen değerlendirin. Bu cezayı ödemek zorunda olsaydı Siemens’in ekonomik dezavantajı ne olurdu?
- Genel olarak (yukarıdaki davayı göz ardı ederek), bir yasa koyucu olarak hangi yaptırımları seçerdiniz?
- Bu el kitabında listelenen tüm yaptırımlar mevcut olsaydı, Moskova davasında yargıç olarak kime hangi yaptırımları uygulardınız?

6.4. Örnek vaka incelemesi 5: Ödülü hak eden soruşturma?

Siemens’te Rüşvet Sadece Bir Muhasebe Kalemiydi

The New York Times (20 Aralık 2008)

Reinhard S. 2006’da bir sabah erken saatlerde kapı zili çaldığında yatakta yarı uyur pozisyonda yatıyordu.²⁰⁴ Pijamalarıyla yatak odasının penceresinden dışarı baktı, aceleyle aşağı indi ve ön kapıyı açtı. Serin ve karanlık havada önünde altı Alman polis memuru ve bir savcı duruyordu. Ellerinde tutuklama emri vardı. O anda, Alman mühendislik devi Siemens A.G.’nin şişman, ağarmış saçlı eski muhasebecisi Bay S., gizli hayatının sona erdiğini biliyordu. Bay S. kapısının etrafında kalabalık olan memurlara “Ne olduğunu biliyorum” dedi. “Sizi bekliyordum.” Siemens’te eski bir orta düzey yönetici olan Bay S., sonunda Vietnam’dan Venezuela’ya,

203. GRECO (2010), *Ortak Birinci ve İkinci Değerlendirme Turu, Sırbistan Uygunluk Raporu Eki*, paragraf 61-62, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

204. The New York Times (20 Aralık 2008), *At Siemens, Bribery Was Just a Line Item*, www.nytimes.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

İtalya'dan İsrail'e kadar dünyanın dört bir yanındaki üst düzey yetkililere aktarılan ödemeleri ayarlayan birkaç kişiden biriydi.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Siemens, birçok Batı ülkesinde iş için rekabet etmekte güçlük çektiğinden, yolsuzluk uygulamalarının yaygın olduğu bazı daha az gelişmiş ülkelerde iş fırsatları aramaya başladı.

1999 öncesi dönemde, Siemens'te rüşvet büyük ölçüde düzenlemeye tabi değildi. Alman yasalarına göre yabancı ülkelerde rüşvet vermek yasak değildi ve yabancı ülkelerde ödenen rüşvetlerin vergiden düşülmesine izin veriliyordu. Siemens, henüz NYSE'de işlem görmüyordu ve dolayısıyla ABD düzenlemelerine tabi değildi. Rüşveti yasaklayan yabancı kanunlara aldırmayan Siemens, iş almak için gereken ödemeleri yapmak üzere nakit ve kayıt dışı hesapların kullanımı da dahil olmak üzere çeşitli ödeme mekanizmalarını devreye soktu.

"Nützliche Aufwendungen" ("NA") veya "faydalı harcamalar" terimi, yaygın olarak kullanılan bir vergi kanunu terimiydi ve yabancı yetkililere yapılan yasa dışı ödemeler de dahil olmak üzere üçüncü şahıslara yapılan ödemeleri belirtmek için Siemens'in maliyet hesaplama belgelerinde yer alıyordu. Kural olarak Siemens, "dört göz" ilkesi olarak bilinen bir iç kontrol uygulamasına göre tüm önemli belgeler için iki imza atılmasını şart koşmasına rağmen, yasa dışı ödemeler yapmak amacıyla nakde hızlı erişim sağlamak için bu kurala birçok istisna getirildi.

Zaman içinde Siemens, fonların amacını ve nihai alıcısını gizleyecek şekilde üçüncü şahıslar aracılığıyla para akıtmak için tasarlanmış bir ödeme mekanizmaları ağı geliştirdi. En az bir projede, yüksek rütbeli devlet memurlarına verilen rüşvetler, bir Vorstand (Yönetim Kurulu) üyesi tarafından kişisel olarak ayarlandı. Siemens'in rüşvet sisteminin başarısı, yolsuzlukla ilgili faaliyetler üzerindeki gevşek iç kontroller ve bu tür faaliyetlerin üst yönetim üyeleri ve uygunluk, iç denetim, hukuk ve finans departmanları tarafından kabul edilmesi sayesinde sürdürüldü.

12 Mart 2001 ile 30 Eylül 2007 arasında Siemens, üçüncü şahıslara, paranın amacını ve nihai alıcılarını gizleyecek şekilde binlerce ayrı ödeme yaptı. Bu ödemelerden, toplamı yaklaşık 1,4 milyar dolar olan en az 4.283 tanesi, dünya genelinde Siemens'e iş karşılığında hükümet yetkililerine rüşvet vermek için kullanıldı. Siemens'in rüşvet verdiği projeler arasında şunlar vardı:

- ▶ Venezuela'daki metro hatları;
- ▶ Çin'deki metro trenleri ve sinyal cihazları;
- ▶ İsrail'deki enerji santralleri;
- ▶ Çin'deki yüksek gerilim iletim hatları;
- ▶ Bangladeş'teki cep telefonu şebekeleri;
- ▶ Nijerya'daki telekomünikasyon projeleri;
- ▶ Arjantin'deki ulusal kimlik kartları;
- ▶ Çin'deki tıbbi cihazlar;
- ▶ Vietnam'daki tıbbi cihazlar;
- ▶ Rusya'daki tıbbi cihazlar;
- ▶ Rusya'daki trafik kontrol sistemleri;
- ▶ Meksika'daki rafineriler;
- ▶ Vietnam'daki cep telefonu şebekeleri ve
- ▶ Birleşmiş Milletler Gıda Karşılığı Petrol Programı kapsamında Irak'a elektrik santralleri ve ekipman satışı.

Siemens, 332 ayrı proje veya satıştan oluşan bu 14 işlem kategorisinde 1,1 milyar doların üzerinde kar elde etti.

Rüşvet skandalının kurum içinde araştırılması ve takip edilmesi için Siemens, hukuki ücretler ve denetim maliyetleri olarak yaklaşık 550 milyon avro ödedi.²⁰⁵

205. Not: Bu alıştırmada yer alan olgular, Siemens davasına ilişkin orijinal şikayet ve kovuşturma belgelerinden neredeyse olduğu şekilde alınmıştır, ancak didaktik amaçlar doğrultusunda biraz değiştirilmiştir. Olguların davayı savcılarının belirttiği gibi yansıttığını ve ne Siemens tarafından resmi olarak teyit edildiğinin ne de tüm yönleri ve ayrıntılarıyla bir mahkeme kararı olduğunun unutulmaması gerekir.

Ödül

Ekim 2009'da, ABD Adalet Bakanlığı'nın (DOJ) birkaç çalışanına Siemens AG'nin soruşturma ve kovuşturmasında gösterdikleri üstün performans nedeniyle Başsavcı Seçkin Hizmet Ödülü verildi.²⁰⁶ "FCPA Professor" adlı İnternet sayfasında bu ödül aşağıdaki başlık ve makale ile sorgulandı:

"DOJ'nin [Adalet Bakanlığı] Siemens Aleyhindeki FCPA Uygulama Davası Ödüle Layık mıydı? [...]"

Toplam ceza cezası 450 milyon dolardı (Siemens'e 448,5 milyon dolar para cezası ve üç bağlı şirketin her birine 500.000 dolar para cezası).

DOJ [...], tavsiye niteliğindeki ABD Ceza Yönergeleri kapsamında maksimum 2,7 milyar doların altındaki para cezalarını kararlaştırırken, diğer hususların yanı sıra, şirketin DOJ soruşturması (ve yabancı kolluk kuvvetlerinin soruşturmaları) ile bağlantılı olarak gösterdiği "olağanüstü" işbirliğine, şirketin dünya çapındaki faaliyetlerinin neredeyse tüm yönlerini içeren kurum içi soruşturmasının "benzeri görülmemiş" kapsamına ve şirketin aldığı önemli iyileştirici önlemlere özellikle dikkat çekti.

Bu arka planı bir kenara bırakarak nihai soruya dönmeden önce, DOJ'nin "onlarca yıl boyunca Siemens'in neredeyse tüm işletme grupları ve bölgelerinde düzinelerce ülkede yüz milyonlarca dolarlık yolsuzluk ödemelerinin delillerini ortaya çıkardığını" söylemesi gerçekten doğru olur mu?

DOJ'nin kendisinin "Siemens AG ve bağlı şirketlerinin ABD'deki cezai soruşturmasının çözüme kavuşturulmasının, Siemens AG'nin ve denetim komitesinin olası FCPA ihlallerini Münih Savcılığının birçok Siemens AG ofisinde ve Siemens AG çalışanlarının evlerinde aramalar başlatmasının ardından Bakanlığa ifşa etmek için gerçekleştirdiği eylemleri büyük ölçüde yansıttığını" belirttiği göz önünde bulundurulduğunda, kendi kendini kutlayacak şekilde "ortaya çıkarma" teriminin kullanımı biraz çarpık görünmektedir.

DOJ'nin Siemens'in fiillerini "ortaya çıkarmış" olup olmaması konunun dışındadır. Asıl soru şudur: DOJ'nin Siemens aleyhindeki FCPA uygulama eylemi ödüle layık mıydı?

İlk tepki büyük olasılıkla "Tabii ki, FCPA kapsamında bugüne kadarki en büyük cezayı vermek gerçekten ödüle layıktır ve FCPA'nın uygulanması açısından iyi bir şey" şeklinde olurdu.

Ancak, tavsiye niteliğindeki ABD Ceza Yönergelerinde, iddia edilen suç fiilleri için 1,35 - 2,7 milyar dolar arasında bir ceza aralığı öngörülmekteyken 450 milyon dolarlık bir ceza verilmesi ödüle layık mıdır? [...] Yönergeler uyarınca öngörülen miktarın (alt sınırının) yaklaşık %33'ü ve uygulanabilir miktarın (üst sınır) yaklaşık %16'sını ceza olarak vermek, "Amerikan halkı adına adaletin tecellisi" olarak görülebilir mi? Cevabınız evet ise, yönergelerde yer alan para cezalarını hesaplama formülü hakkında ne söylenebilir?

Ancak, yönergelerden bağımsız olarak, DOJ'ye göre Siemens'in yolsuz veya şüpheli ödemelerinin toplamı 1,36 milyar dolar iken 450 milyon dolarlık bir ceza verilmesi ödüle layık olabilir mi? Uygun veya sorgulanabilir ödemelerin yaklaşık %33'ü kadar bir para cezası vermek, "Amerikan halkı adına adaletin tecellisi" olarak görülebilir mi?

Arjantin'de 1 milyar dolarlık bir projeye bağlantılı olarak kayırılma karşılığında 31 milyon dolardan fazla yolsuzluk ödemesi yapıldığı iddialarına dayanarak 500.000 dolarlık bir para cezasına karar vermek ödüle layık olarak görülebilir mi? Fiili yolsuzluk ödemelerinin miktarının yaklaşık %2'si kadar bir para cezası vermek, "Amerikan halkı adına adaletin tecellisi" olarak görülebilir mi?

Venezuela'daki iki büyükşehir toplu taşıma projesiyle bağlantılı olarak kayırılma karşılığında 18 milyon dolardan fazla yolsuzluk ödemesi yapıldığı iddialarına dayanarak 500.000 dolarlık bir para cezasına karar vermek ödüle layık olarak görülebilir mi? Fiili yolsuzluk ödemelerinin miktarının yaklaşık %3'ü kadar bir para cezası vermek, "Amerikan halkı adına adaletin tecellisi" olarak görülebilir mi?

Bangladeş'teki bir cep telefonu projesine ilişkin ihale sürecinde kayırılma karşılığında 5 milyon dolardan fazla yolsuzluk ödemesi yapıldığı iddialarına dayanarak 500.000 dolarlık bir para cezasına karar vermek ödüle layık olarak görülebilir mi? Fiili yolsuzluk ödemelerinin miktarının yaklaşık %10'u kadar bir para cezası vermek, "Amerikan halkı adına adaletin tecellisi" olarak görülebilir mi?

Siz ne düşünüyorsunuz?

206. ABD Adalet Bakanlığı (21 Ekim 2009), *Başsavcı Yıllık Ödül Töreninde Bakanlık Çalışanlarını ve Diğerlerini Hizmetlerinden Dolayı Ödüllendirdi*, <http://www.justice.gov>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

7. Usule İlişkin Konular

7.1. Yargı yetkisi

7.1.1. Ceza davaları ve idari davalar

Sınır ötesi işlemlerde aşağıdaki sorular ortaya çıkar:

- ▶ Rüşvetin gerçekleştiği ülkede bir tüzel kişi cezai olarak sorumlu tutulabilir mi?
- ▶ Bir tüzel kişi, yurt dışında gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı ikamet ettiği ülkede cezai olarak sorumlu tutulabilir mi?

Yukarıda özetlenen tartışma göz önüne alındığında, ilk soru büyük ölçüde olumlu olarak yanıtlanabilirken, ikinci sorunun cevabı biraz daha karmaşıktır.

Ülkesellik

Evrensel bir yargı yetkisi ilkesi olarak, devletler, kendi topraklarında işlenen suçlara ilişkin cezai ve idari yargı yetkisine sahiptir. A ülkesinden bir tüzel kişinin temsilcisi, B ülkesindeki bir yetkiliye rüşvet verirse, B ülkesinin cezai ve idari suçlara ilişkin yasal hükümleri uygulanır. BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (Madde 42 paragraf 1a), OECD Sözleşmesi (Madde 4 paragraf 1) ve Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinde (Madde 17 paragraf 1a) de ülkesellik ilkesi uygulanmaktadır.

Tüzel kişilerin sorumluluk durumlarında yargı yetkisine ilişkin özel düzenlemeler yaygın değildir, ancak örneğin Çek Cumhuriyeti'nde olduğu gibi bazı yasalar bu soruyu açıklığa kavuşturmaya çalışır:

“Bölüm 2

(1) Çek Cumhuriyeti'nde tescilli bir ofisi olan veya merkez ofisi veya şubesi Çek Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan veya en azından işlerini bu ülkede yürüten veya burada mülk sahibi olan bir tüzel kişi tarafından Çek Cumhuriyeti topraklarında gerçekleştirilen bir eylemin cezalandırılmasına ilişkin yükümlülük her zaman Çek Cumhuriyeti yasalarına göre değerlendirilir.

(2) Aşağıdaki durumlarda, bir suç eylemi Çek Cumhuriyeti topraklarında gerçekleştirilmiş sayılır:

a) Ceza Kanunu kapsamında korunan bir çıkarın ihlali veya tehdit edilmesi tamamen veya kısmen yurt dışında gerçekleşmiş olsa bile tüzel kişinin söz konusu eylemi tamamen veya kısmen Çek Cumhuriyeti topraklarında gerçekleştirmiş olması veya

b) Ceza Kanunu kapsamında korunan bir çıkarın ihlali veya tehdit edilmesi, kısmen de olsa Çek Cumhuriyeti topraklarında meydana gelmişse veya meydana gelmiş olması gerekiyorsa, tüzel kişinin söz konusu eylemi yurt dışında gerçekleştirmiş olması.

(3) Suç ortaklığı/katılım konusunda, Ceza Kanunu Bölüm 4 Paragraf 3 ve 4 de benzer şekilde geçerli olur.

Bölüm 3

Çek Cumhuriyeti'nde kayıtlı ofisi olan bir tüzel kişi tarafından yurt dışında gerçekleştirilen bir eylemin cezalandırılmasına ilişkin yükümlülük de Çek Cumhuriyeti yasalarına göre değerlendirilir.²⁰⁷

Tabiiyet

BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, OECD Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinde, örneğin vatandaşın bir suç işlediği “aktif tabiiyet” durumlarında yargı yetkisi öngörülmektedir (Madde 42 paragraf 2b, Madde 4 paragraf 2, Madde 17 paragraf 1b). Bu bağlamda belirleyici olan soru, yargı yetkisinin tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişinin uyruğuna mı yoksa tüzel kişinin kendisinin uyruğuna mı bağlı olduğudur.

207. Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu ve Aleyhine Yürütülen Davalara İlişkin 418/2011 sayılı Yasa Madde § 31 paragraf 1 [ZÁKON ze dne 27. října 2011 o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim].

GRECO Değerlendirme Raporlarında, bu soruya ilişkin analiz veya öneriler sunulmamaktadır. Çoğu devlette, bu konuda içtihat bir yana, uygulama deneyimi bile genellikle çok azdır.²⁰⁸ Ancak, Sözleşmelerde tüzel kişilerin sorumluluğu öngörüldüğünden, yargı yetkisi konularında tüzel kişilere gerçek kişilere benzer şekilde muamele gösterilmesi mantıklı görünmektedir. Bu yüzden, bir temsilci tarafından işlenen herhangi bir suç tüzel kişi tarafından işlenmiş bir suç olarak kabul edilir. Dolayısıyla, Almanya’da kayıtlı bir şirketin bir çalışanı tarafından işlenen bir suç, çalışanın uyuğu ne olursa olsun, bir Alman vatandaşı tarafından işlenen bir suçtur. Hollanda gibi birkaç ülkenin ulusal kanunlarında bu yaklaşım izlenmektedir: “Tabiiyet nedeniyle yargı yetkisinin tüzel kişiler üzerinde tesis edilip edilemeyeceğini gösteren hiçbir içtihat yoktur. Ancak, Hollanda makamlarının görüşü, bir tüzel kişinin vatandaşlığa sahip olabileceği ve Hollanda yasalarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin Hollanda vatandaşlığına sahip olacağı yönündedir. Ayrıca akademik literatürde, Ceza Kanunu Madde 5 uyarınca bir tüzel kişinin tabiiyet nedeniyle yargı yetkisine tabi olabileceği belirtilmektedir.”²⁰⁹

ABD, 1998 yılında FCPA’da yapılan bir değişiklikle, tabiiyet ilkesinin ABD şirketleri için geçerli olduğunu açıkça ortaya koymuştur: “OECD Sözleşmesi, tarafları, ulusal yasal ve anayasal ilkelerle uyumlu olduğu durumlarda tabiiyete bağlı yargı yetkisi iddia etmeye çağırılmaktadır. Buna göre Kanun, FCPA’da, tamamen Amerika Birleşik Devletleri dışında gerçekleşen yasa dışı ödemelerin yapılmasını sağlayan ABD’deki işletmelerin ve vatandaşlarının eylemleri üzerinde yargı yetkisi sağlayacak şekilde değişiklik yapmaktadır. Yurt dışındaki yasa dışı eylemler nedeniyle ABD işletmeleri ve vatandaşları üzerinde bu yargı yetkisinin kullanımı, ABD’nin yasal ve anayasal ilkeleriyle uyumludur ve ABD’nin yurt dışındaki çıkarlarını korumak için gereklidir.”²¹⁰

İkamet

Bazı ülkeler “tabiiyet” kavramını ikameti de kapsayacak şekilde genişletir.²¹¹ Örneğin:

Hollanda’da kayıtlı bir şirketin Alman bir çalışanı (vergi amaçlı olarak) Macaristan’da bir yetkiliye rüşvet veriyor. Aslında şirketin ofisleri ve yöneticileri her zaman Prag’da bulunuyor. Tabiiyet ilkesi (ikameti de kapsayan) uyarınca, Çek mahkemeleri, Alman mahkemelerine ek olarak (basit tabiiyet ilkesi uyarınca) şirketin cezai sorumluluğu üzerinde yargı yetkisine sahip olacaktır. Şirketin sadece Prag’da mülkü olsaydı da aynı şey geçerli olurdu.²¹²

Koruyucu yargı yetkisi

BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinde de, eylemin nerede ve kim tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın egemen devleti etkileyen eylemler üzerinde koruyucu yargı yetkisi öngörülmektedir.²¹³ Sözleşmeye göre, ülkeler, ülkesellik ve tabiiyet ilkelerinin uygulanmasından kaynaklanan yasal boşluklarla karşı karşıya kaldıklarında bu yargı yetkisi ilkesine göre hareket etmek isteyebilirler. Bu anlamda:

“Devletin kendisi, yani kurumları, kamu tüzel kişileri ve kamu şirketleri etkilendiğinde Taraf Devlete karşı bir suç işlendiği yönünde değerlendirme yapabilirler. Bu nedenle, Taraf Devletler, vatandaşlarını etkileyen suçların bu hüküm kapsamında olmadığını, onun yerine madde 42 (2) (a) maddesi kapsamında olduğunu kabul edebilirler.

Öte yandan, bir Taraf Devlet, kamu görevlilerinden biri etkilendiğinde kendisine karşı bir suç işlendiği yönünde değerlendirme yapabilir. Ancak bunun için, kamu görevlisinin Devleti temsil eden özel rolü veya görevinde etkilenmiş olması gerekir.”²¹⁴

Diğer biçimler

Bazı ülkeler, bir şirketi kendi yargı alanında sorumlu kılmanın başka biçimlerini uygulamaya koymuştur. Örneğin, ABD FCPA’da yalnızca ABD’de kayıtlı şirketler için değil, aynı zamanda ABD’deki ulusal bir menkul kıymetler borsasında işlem gören (yabancı) şirketler için de sorumluluk öngörülmektedir.²¹⁵

208. Pieth ve diğerleri (2007), OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi: Bir Yorum, Madde 4 No. 3.4.

209. OECD (2001), *Hollanda, Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 1 Raporu*, s. 19, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

210. ABD Senatosu (30 Temmuz 2008), *Senato Raporu* No. 105-277 s. 2, www.justice.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

211. Pieth ve diğerleri, yukarıda belirtilen kaynak, Madde 4 No. 3.4.

212. Bkz. yukarıdaki dip not 149.

213. Murphy S. (2006), *Principles of International Law*, s. 245.

214. UNODC, *BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi Teknik Kılavuzu*, New York, 2009

215. Ek bilgi için bkz. ABD Adalet Bakanlığı/ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (2012), *ABD’nin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununa İlişkin Bir Kaynak Kılavuzu*, ss. 57 f., www.justice.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Sözleşmeler

Uluslararası sözleşmelerde, tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili olarak tesis edilecek yargı yetkisi konusu özel olarak ele alınmamakta, genel olarak yolsuzluk suçlarıyla ilgili olarak tesis edilecek yargı yetkisinden bahsedilmektedir.

Dış faktörler

Yargı yetkisini belirlerken, ulusal makamlar daha çok siyasi faktörleri göz önünde bulundurabilir. Bu konu ile ilgili olarak OECD Sözleşmesi Madde 5'te şöyle denmektedir: "Yabancı bir kamu görevlisine verilen rüşvetin soruşturulması ve kovuşturulması, her bir Tarafın yürürlükteki kural ve ilkelerine tabi olacaktır. Ulusal ekonomik çıkarlar, başka bir Devletle ilişkiler üzerindeki olası etkiler veya ilgili gerçek veya tüzel kişilerin kimliği gibi hususlardan etkilenmeyeceklerdir."

7.1.2. Özel dava

Rakipler, ihale prosedürlerinde gayrimeşru hareket eden şirketlerden zarar görebilir. Bu tür durumlarda yargı yetkisi şu ilkeleri izler:

- ▶ Genel olarak, dava yalnızca sanığın mahkemelerinde açılabilir (*actor sequitur forum rei*). Tüzel kişiler için bunlar, tüzel kişinin kayıtlı olduğu ülkedeki mahkemelerdir.
- ▶ Yolsuzluk suçları normalde bir haksız fiil teşkil ettiğinden, *forum delicti* ilkesi geçerlidir; yani rüşvetin gerçekleştiği ülkenin mahkemeleri yetkilidir.

7.2. Uluslararası adli işbirliği

Uluslararası adli işbirliği, tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili konularla ilgilenmenin önemli bir yoludur. Pek çok durumda, tüzel kişinin sorumluluğunun belirlenmesinden önce veya sonra, uluslararası adli işbirliğine ilişkin bazı temel soruların ortaya çıkması muhtemeldir:

- ▶ Bir ülkedeki bir tüzel kişi başka bir ülkede yolsuzluk suçu işlediğinde, devletler birbirlerine haber vermek zorunda mıdır?
- ▶ Tüzel kişiler için cezai sorumluluk öngörmeyen bir devlet, yerli bir tüzel kişiyle ilgili olarak yabancı bir devlete karşılıklı adli yardım sağlar mı (sağlamak zorunda mı)?
- ▶ Tüzel kişiler için cezai sorumluluk öngörmeyen bir devlet, yerli bir tüzel kişiye aleyhine yabancı bir mahkumiyet cezasını infaz eder mi (etmek zorunda mı)?

UNCAC'nin 2017 tarihli incelemesinde, prensipte, tüzel kişilerin sorumlu tutulabileceği suçlarla ilgili olarak Taraf Devletlerin çoğunluğunun yardım sağlayabileceği doğrulanmış, ancak devletlerin sadece küçük bir kısmının yolsuzlukla ilgili bir bağlamda bu tür vaka örnekleri yaşadığı belirtilmiştir.²¹⁶

Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi tarafları için, Madde 25 paragraf 1'de de genel olarak yukarıdaki sorulara olumlu cevaplar desteklenmektedir:

"Taraflar, cezai konularda uluslararası işbirliğine ilişkin uluslararası belgelerin hükümlerine veya tek tip veya karşılıklı mevzuata dayalı olarak kararlaştırılan düzenlemelere ve ulusal hukuklarına uygun olarak, bu Sözleşme uyarınca ihdas edilen cezai suçlara ilişkin soruşturma ve yargılamalar için mümkün olan en geniş kapsamda birbirleriyle işbirliği yaparlar."

Ayrıca, Sözleşmede 26-31. Maddeler arasındaki maddeler, bilgi alışverişini ve karşılıklı adli yardımı kolaylaştırmaktadır. Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda bu noktaya değinilirse de, bu maddeler tüzel kişileri zımnî olarak kapsayabilir, çünkü maddelerde aksi yönde herhangi bir hüküm yoktur.

Ancak, mahkumiyetlerin infazına ilişkin olarak, Avrupa Konseyinin uluslararası işbirliğine ilişkin sözleşmeleri, Hükümlülerin Nakline İlişkin Sözleşmede olduğu gibi daha çok gerçek kişilere odaklanmaktadır.²¹⁷ Öte yandan, Avrupa Birliğinin uluslararası adli işbirliğiyle ilgili belgelerinde, tüzel kişilerle ilgili konular daha ayrıntılı olarak ele alınmakta ve tüzel kişilerin mahkumiyetiyle ilgili hususlar açık bir şekilde yer almaktadır:

- ▶ Karşılıklı tanıma ilkesinin mali cezalara uygulanmasına ilişkin 24 Şubat 2005 tarihli ve 2005/214/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı.²¹⁸

²¹⁶ UNODC, *BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin Uygulanma Durumu* (2017), s. 225.

²¹⁷ *Hükümlülerin Nakline İlişkin Sözleşme* (Mart 1983), <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/112.htm>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

²¹⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32005F0214>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

- ▶ El koyma kararlarına karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanmasına ilişkin 6 Ekim 2006 tarihli ve 2006/783/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı.²¹⁹
- ▶ Mal varlığını dondurma kararlarının ve müsadere kararlarının karşılıklı tanınmasına ilişkin 2018/1805 sayılı AB Yönetmeliğinde, bir tüzel kişi aleyhine verilen bir dondurma kararının, kararı uygulayacak olan Devlet tarafından tüzel kişilerin cezai sorumluluğu ilkesinin tanınmadığı durumlarda dahi uygulanması öngörülmektedir.²²⁰

Üye Devletlerde tüzel kişilerin sorumluluğuna dair olarak AB tarafından finanse edilen karşılaştırmalı bir çalışmada, karşılıklı tanımanın kapsamının genişletilmesine ilişkin olarak aşağıdaki tavsiye sunulmuştur:

“Cezaların karşılıklı olarak tanınmasını ve bunların sınır ötesi infazını düzenleyen mevcut belgede, büyük ölçüde, genel olarak gerçek kişilere uygulanan yaptırımlara odaklanılmıştır. Tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin kapsamlı ve tutarlı bir politikanın, genel olarak tüzel kişilere uygulanan yaptırımların karşılıklı tanınmasını düzenleyen belgeler içermesi gerekecektir.”²²¹

Bu tavsiye, Avrupa Birliğinin ötesinde ve ayrıca tüm Avrupa Konseyi üye Devletleri için kesinlikle doğrudur.

Uluslararası işbirliğinin bir ön koşulu olarak, aşağıdaki iki ek tavsiyeye de dikkat çekilmelidir:

“Tavsiye 13 - Kayıt tutma yükümlülüğünün uygulamaya koyulması

Analizler, tüm üye Devletlerin tüzel kişilerin suçlara ilişkin sorumluluğunun kayıtlarını (tam ve kapsamlı) tutmadığını ortaya koymuştur. AB’de tüzel kişilerin suçlara ilişkin sorumlulukları ile ilgili bilgi alışverişinin kapsamını genişletmek amacıyla atılacak ilk adım, talep üzerine bilgi verebilmek için kayıt tutma yükümlülüğünün uygulamaya koyulmasıdır.

Tavsiye 14 - Paylaşım ve saklama yükümlülüklerinin uygulamaya koyulması

Gerçek kişilerin adli sicil kayıtları ile ilgili olarak uygulamaya koyulan paylaşım ve saklama yükümlülüklerine benzer şekilde, tüzel kişilerin suçlara ilişkin sorumluluğu (cezai veya diğer) açısından benzer paylaşım ve saklama yükümlülükleri uygulamaya koyulmalıdır. Bu, cezai veya cezai olmayan prosedürlerde önceki mahkumiyetlerin dikkate alınmasını önemli ölçüde kolaylaştıracaktır.”²²²

7.3. Çifte yargılama (“*Ne bis in idem*”)

Latince “*ne bis in idem*” ifadesi “aynı [konuda] iki kez değil” olarak çevrilir. Bu hukuki doktrin, aynı fil için iki kez yargılama yapılmasını yasaklar. Hem hukuk hem de ceza davalarında geçerlidir, ancak insan hakları açısından ceza yargılamalarında uygulanması çok daha önemlidir.

Anglo-Sakson hukuku sistemlerinde, *ne bis in idem* ilkesi “çifte yargılama” etiketi altında işlemektedir. Bu ilkenin ifade edildiği yerlerden biri, 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 7. Protokolünün 4. Maddesidir (“İki kez yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı”).²²³

Tüzel kişiler alanında, çifte yargılama konuları aşağıdaki üç grupta tartışılabilir:

- ▶ Hem gerçek hem de tüzel kişi aynı rüşvetten cezalandırılır;
- ▶ Tüzel kişi idari ve cezai yaptırımlarla cezalandırılır;
- ▶ Bir ticari kuruluş (örneğin Siemens grubu) içinde, farklı tüzel kişiler (örneğin holding ve yerel bağlı şirket) aynı rüşvetten cezalandırılır.

7.3.1. Gerçek ve tüzel kişik

Yukarıda (4.3.4) belirtildiği gibi, aynı yolsuzluk suçuna karışan gerçek kişi ile tüzel kişinin sorumluluğu birbirinden bağımsızdır. Bu *ne bis in idem* ilkesine aykırı değildir. Her ikisi de farklı kişilerdir ve bir suça farklı kusurlarla katkıda bulunmuşlardır: Gerçek kişi bireysel bir kusur işlerken, tüzel kişi de örneğin, gerçek kişinin suçu işlemesini engelleyememiştir.

Dolayısıyla, sadece Avrupa’da,²²⁴ değil, genel bir ilke olarak, tüzel kişilerin sorumluluğu gerçek kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz ve bunun tersi de geçerlidir. Pek çok ülke, bu ilkeyi, mevzuatına açıkça dahil

219. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006F0783>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

220. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-38-2018-INIT/en/pdf>, Madde 23(2), Erişim tarihi: 28 Kasım 2018.

221. Vermeulen G. ve diğerleri (2012), Liability of Legal Persons for Offences in the EU, s.141.

222. Aynı kaynak.

223. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/117.htm>

224. Bkz. Avrupa Konseyi Sözleşmesi Madde 18 paragraf 3 ve UNCAC Madde 26 paragraf 3.

etmiştir. Örneğin Litvanya Ceza Kanunu Madde 20 paragraf 4'te şöyle denmektedir. "Bir tüzel kişiliğin cezai sorumluluğu, suç eylemini işleyen, organize eden, azmettiren veya işlenmesine yardım eden bir gerçek kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmaz."²²⁵

Ancak, mahkemeler bazen gerçek ve tüzel kişilerin bir suçtaki ilişkilerini değerlendirmenin uygulamada o kadar kolay olmadığını fark ederek onları aynı suçun faillerinden biri veya suç ortağı olarak görmektedir. Örneğin Estonya'da, "bazı ilk derece mahkemeleri, tüzel kişi zaten mahkum edilmişse, *ne bis in idem* ilkesinin gerçek kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı görüşündedir. Bazı mahkemeler, gerçek kişinin eyleminin ve tüzel kişinin eyleminin suç ortaklığı olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda ısrar etmektedir. Yüksek Mahkeme, bir tüzel kişinin sorumluluğunun ikincil bir sorumluluk olması nedeniyle, iki ayrı kişinin aynı fiil için iki ayrı yükümlülüğü olduğuna ve *ne bis in idem* ilkesi ile suç ortaklığı kurallarının geçerli olmadığına karar vermiştir. Tek hissedarın şirketin tek yetkilisi ve tek üyesi olduğu tek kişilik bir şirket durumunda bile mahkeme, hem gerçek kişinin (hissedar) hem de tüzel kişinin sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir."²²⁶

Alman mahkemeleri, Estonya Yüksek Mahkemesi ile benzer iddialarda bulunmuştur. Temyiz Mahkemesi kararlarına göre, bir tüzel kişi ve onun temsilcilerine aleyhine yürütülen yargılamalar *ne bis in idem* ilkesine aykırı değildir.²²⁷ Tüzel kişi aleyhindeki yargılamayı takiben gerçek kişi aleyhinde yargılama yapılabilir. Ancak, gerçek kişiye yönelik yaptırımın belirlenmesinde, gerçek kişinin (örneğin hissedar olarak) tüzel kişiye yaptırım uygulanmasıyla halihazırda ekonomik bir kayba uğrayıp uğramadığı dikkate alınmalıdır.²²⁸

Gerçek kişinin sorumluluğunun tüzel kişinin sorumluluğundan bağımsız olması, gerçek kişinin herhangi bir nedenle (örneğin etkili pişmanlık gibi) herhangi bir cezadan muaf olması durumunda tüzel kişinin yine de sorumlu olacağı anlamına da gelir. Böyle bir durumda tüzel kişi aleyhindeki yargılamanın otomatik olarak engellenmesi, kurumsal sorumluluğun etkinliğini zayıflatır ve uluslararası standartlara uygun olmaz.²²⁹ Nitekim AB'nin 2018 tarihli Ceza Hukuku ile Kara Para Aklamayla Mücadele Direktifinde, tüzel kişilerin sorumluluğunun, ilgili suçların "failleri, azmettiricileri veya yardımcıları olan gerçek kişilere aleyhine ceza davası açılmasını engellemeyeceği" belirtilmektedir.²³⁰

7.3.2. İdari ve cezai yaptırımlar

İdari ve cezai yaptırımlar bazen eş zamanlı olarak uygulanır. Her iki yaptırım da farklı kusurlara ilişkin olarak uygulanırsa, *ne bis in idem* ilkesi ihlal edilmemiş olur. Her iki yaptırımın da farklı kusurlara yönelik olarak uygulandığı Almanya'da durum böyledir: Cezai sorumluluk gerçek kişilerle ilgiliyken, idari sorumluluk tüzel kişilerle ilgilidir. İspanya'da ise, cezai ve idari yaptırımlar, aynı haksız fiil için uygulanan farklı düzeyler olarak işlev görür. Bu nedenle, cezai yaptırım, idari yaptırıma göre önceliklidir.²³¹

7.3.3. Tek işletme, farklı tüzel kişiler

Ulusal ve uluslararası kurumsal yapılar genellikle tek bir işletme bünyesinde farklı tüzel kişilikleri bir araya getirir. Genellikle, tüm tüzel kişiler bir holding şirketinin çatısı altında birkaç katman halinde yapılandırılır. Bu bütün ticari kuruluşta işlenen bir rüşvet suçundan birkaç tüzel kişilik sorumlu tutulabilir mi? Yoksa bu çifte ceza anlamına mı gelir? Bu soruyu yanıtlamak için çok az da olsa içtihat mevcuttur. Dogmatik rehberliğin böylesine kıt olmasının nedenlerinden biri, büyük holding yapılarına yönelik prosedürlerin çoğunlukla bir mahkeme kararıyla değil, bir uzlaşmayla sonuçlanmasıdır.

İçtihat eksikliğine rağmen, iki ana bakış açısı vardır:

- ▶ Ticari işletme: Bu işletmenin birden fazla tüzel kişiliğinin sorumlu tutulursa işletme iki kez cezalandırılmış olur.
- ▶ Ayrı kuruluşlar: Her kuruluşun kendi sorumluluğu vardır ve bu nedenle, suç ortakları gibi, her biri aynı suça karışırsa her biri sorumlu olabilir.

225. Litvanya, *Ceza Kanunu*, <https://ec.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

226. Ginter J., Estonya'da Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, *Juridical International XVI/2009*, 151 (155), <http://www.juridicainternational.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019, Yüksek Mahkemenin Hukuk Davaları Dairesinin Kararından (CLCSCd) alıntı 3-1-1-7-04.

227. Hamm Temyiz Mahkemesi, 27 Nisan 1973 tarihli ve Ss OWI 19/73 sayılı karar (İnternette mevcut değildir).

228. Frankfurt am Main Temyiz Mahkemesi, *25 Ocak 2012 tarihli ve 1 Ss 63/11 sayılı karar*, <http://openjur.de>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

229. OECD (2011), *Bulgaristan, Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s. 14, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

230. *Ceza Kanunu ile Kara Para Aklamayla Mücadeleye İlişkin 2018/1673 sayılı AB Direktifi*, Madde 7(3).

231. Vermeulen G. ve diğerleri (2012), *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, s.37.

Bu bakış açıları arasında bir orta yol, tüzel kişilerin ayrı ayrı kovuşturulması için her birinin ayrı bir kusur işlemiş olmasının gerekmesidir. Dolayısıyla, aynı kurumsal kusur tüm ticari işletmeye yayılırsa, *ne bis in idem* ilkesi işletme içinde birden fazla tüzel kişinin yargılanmasını engeller.

7.4. Usule ilişkin koruma önlemleri

Bir cezai veya yarı cezai idari yargılama sırasında tüzel kişiler için en önemli koruma önlemi, gerçek kişilerde olduğu gibi sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık yapmama hakkı olacaktır.

Rekabet hukuku (cezai olmayan) bağlamında, Avrupa Adalet Divanı şu hükme varmıştır: “Genel olarak, Üye Devletlerin kanunları, kişinin kendisi aleyhine ifade vermeme hakkını yalnızca ceza davalarında bir suçla itham edilen gerçek kişilere vermektedir.” Ancak Mahkeme, “Topluluk hukuk düzeninin temel bir ilkesi olarak [...] savunma haklarını koruma ihtiyacına” hükmetmiştir. Bu nedenle, devlet “bir teşebbüsü, Komisyonun ispatla yükümlü olduğu bir ihlalin varlığının kendi payına kabul edilmesini içerebilecek cevaplar vermeye zorlamamalıdır.”²³²

Karar sadece Avrupa Birliği hukukunun uygulanması için geçerlidir ve masumiyet karinesinden doğan hakların gerçek kişiler için olduğu gibi tüzel kişiler için de geçerli olmadığı kabul edilmiştir. Kararda, AB Üye Devletlerinin sessiz kalma hakkını verip vermeyi belirleme konusundaki takdir yetkisi ve daha somut olarak, bu hakkın, tüzel kişi adına soruları yanıtlayan gerçek kişi(ler) den farklı olarak, tüzel kişi için nasıl geçerli olacağı kabul edilmektedir. Örneğin Alman Anayasa Mahkemesi, anayasal çerçevede kapsamında böyle bir hakkı reddetmiştir: “Kendi aleyhine tanıklık etmeye ilişkin koruma insan onurunun yararınıdır. Kendi aleyhine tanıklık etme yükümlülüğü, bir kişiyi dayanılmaz bir kişisel ikileme sürükler. Tüzel kişiler böyle bir ikilemi yaşayamazlar.”²³³

Masumiyet karinesinin belirli yönlerini güçlendirmeye ilişkin 2016 tarihli AB Direktifinde, bu konuda Birlik düzeyinde yasal düzenleme yapmanın “erken” olacağı belirtilerek, özellikle tüzel kişilerin kapsam dışında tutulması da dikkate değerdir.²³⁴

Avusturya²³⁵ ve Polonya’nın kanunlarında ise sessiz kalma hakkı tanınmaktadır:

“Mahkeme, şirket temsilcisini tanık sıfatıyla sorgulayabilir. Bu kişi açıklama yapmayı reddedebilir.”²³⁶

Kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının tüzel kişiye uygulanması durumunda tüzel kişiye belgelerin soruşturma makamlarına ifşa edilmesi emrine direnme hakkı verip vermeyeceği konusunda hangi ulusal sistemlerin farklılık gösterebileceğine dair başka bir soru daha vardır.

7.5. Yargılama taktikleri: Gerçek ve tüzel kişiler

Gerçek ve tüzel kişiler peş peşe yargılanmalı mıdır, öyleyse hangisine öncelik verilmelidir? Yoksa bunun yerine aynı davada mı yargılanmaları gerekir?

Ulusal kanunların çoğu, bu soruyu savcıların takdirine ve genel usul kurallarına bırakmaktadır. Birkaç uluslararası kuruluş tarafından geliştirilen Örnek Ceza Kanununa göre, bir tüzel kişi ve bir gerçek kişi “tek bir iddianamede müştereken suçlanabilir.”²³⁷ Örneğin, Çek yasası müşterek yargılamayı kural haline getirmiş olsa da istisnalara izin verir: “Sanık tüzel kişi ile sanık gerçek kişi, suçları bağlantılı ise önemli sebepler olmadıkça birlikte yargılanırlar.”²³⁸

232. Avrupa Adalet Divanı, *Avrupa Toplulukları Komisyonuna karşı Orkem, Dava no. 374/87, 18 Ekim 1989 tarihli Karar*, <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

233. Alman Anayasa Mahkemesi, *26 Şubat 1997 tarihli ve 1 BvR 2172/96 sayılı karar*, www.servat.unibe.ch (Almanca), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

234. *Ceza davalarında duruşmaya katılma hakkı ve masumiyet karinesinin belirli hususlarının güçlendirilmesine ilişkin 2016/343 sayılı AB Direktifi* (9 Mart 2016), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

235. 2005 tarihli Cezai Suçlara İlişkin Olarak Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna Dair Federal Yasa [*Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG)*] madde 17, www.internet4jurists.at, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

236. Madde 21a paragraf 1 *Tüzel Kişilerin Yasaklı Eylemlere İlişkin Sorumluluğuna Dair 28 Ekim 2002 tarihli Yasa*, www.oecd.org (İngilizce), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

237. ICHR/OHCHR/UNODC (2007), *Örnek Ceza Kanunu*, www.usip.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

238. Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu ve Aleyhine Yürütülen Davalara İlişkin 418/2011 sayılı Yasa Madde § 31 paragraf 1 [*ZÁKON ze dne 27. října 2011 o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim*], <http://portal.gov.cz> (Czech), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Bazen ayrı yargılamaların yapılması ve bu durumda ilk önce tüzel kişinin yargılanması uygun olabilir. Tüzel kişiler, hafif bir ceza almak için davada işbirliği yapma eğiliminde olacaktır. Bu, kapsamlı delillerin toplanmasına imkan tanıyabilir ve tabii ki kendi aleyhine tanıklık etmemeye ilişkin bağımsız haklarına tabi olarak gerçek kişiler aleyhine dava açılmasını kolaylaştırır. Ancak, böyle bir yaklaşım, gerçek kişilerin hakkı olan olağan koruma önlemlerinin kötüye kullanılmasına neden olmamalıdır. Aşamalı bir yaklaşımı benimsemenin, gerçek kişi(ler) hakkındaki müteakip kovuşturmayı, mahkeme sürecinin kötüye kullanılması iddiasıyla itirazlara açık hale getirme riski vardır. Dolayısıyla, tercih edilen yaklaşımın, tüzel ve gerçek kişilerin ortak yargılanması olduğu görüşü benimsenebilir.

7.6. Örnek vaka incelemesi 6: Offshore Limited

“Offshore Limited” Romanya’nın Bükreş ticaret sicilinde kayıtlı bir şirkettir. Ofisleri Amsterdam’dadır. Burası aynı zamanda tüm yönetim kararlarının alındığı yerdir. Offshore Limited, Hollanda’da kayıtlı bir şirket olan Venture B.V.’nin %100 sahibidir ve Amsterdam’da Offshore Limited ile Venture B.V. aynı ofisleri paylaşmaktadır. Venture B.V., bir yöneticiden oluşan tek kişilik bir şirkettir ve Offshore Limited tarafından onaylanmak üzere tüm iş kararlarını koordine eder. Venture B.V.’nin yöneticisi Bayan Smith, Avusturya sınırına inşa edilecek yeni bir otoyol projesinin ihalesini Venture B.V.’nin kazanması için Macaristan’da bir bakana rüşvet verirken yakalanır.

Bayan Smith (İngiliz vatandaşı) Londra’da yabancı görevlilere rüşvetten yargılanır ve 50.000 € para cezasına çarptırılır. Venture B.V., rüşvet suçlamasıyla bir Macar ceza mahkemesinde tüzel kişi olarak yargılanır ve 10 yıl süreyle ihalelere katılma yasağına çarptırılıp hakkında 2 yıl denetimli serbestlik kararı verilir.

Rumen savcılar, rüşvet faaliyetleriyle tanınan Offshore Limited aleyhine adaleti sağlama şansını uzun zamandır bekliyorlardır. Bir Bükreş mahkemesinde Offshore Limited aleyhine ceza davası açılır ve Offshore Limited’in ihalelerden (dolaylı olarak) elde edeceği ekonomik avantajın boyutunu yansıtan bir para cezası talep ederler. Savcılar, Venture B.V.’nin verdiği rüşvet hakkında önceden bildikleri şeylere dair bilgi vermeleri için, duruşmaya tanık olarak Offshore Limited’in tüm yöneticilerini çağırırlar.

Offshore Limited’in savunma avukatı, mahkemeye aşağıdaki itirazların dile getirildiği bir dilekçe sunar:

- Bükreş mahkemesinin bu davada uluslararası yargı yetkisi yoktur, çünkü rüşvet verme eylemi Romanya dışında bir Birleşik Krallık vatandaşı tarafından gerçekleştirildiğinden Ceza Kanunu Madde 309 uygulanamaz.
- Offshore Limited’e para cezası verilmesi çifte ceza anlamına gelecektir, çünkü söz konusu suça ilişkin yargılama İngiltere ve Macaristan’da yapılmıştır.
- Avrupa Adalet Divanının içtihadına göre, yöneticiler sessiz kalma hakkına sahiptir ve tanık olarak çağrılmazlar.

Savcı olarak yukarıdaki itirazlara cevabınız ne olurdu? Romanya Ceza Kanunundan alıntılar:

Madde 10

(1) Romanya topraklarında işlenen suçlar için Ceza Hukuku geçerlidir.

Madde 11

Fiilin, gerçekleştirildiği ülkenin ceza hukukunda da bir suç olarak öngörülmesi halinde, bir Romanya vatandaşı tarafından veya Romanya’da ikamet eden ama Romanya vatandaşı olmayan bir kişi tarafından işlenen suçlar için ceza hukuku geçerlidir.

Madde 12

(1) Romanya yasalarında ömür boyu hapis veya ağır hapis cezası öngörülüyorsa, Romanya toprakları dışında yabancı bir vatandaş veya Romanya’da ikamet eden ama Romanya vatandaşı olmayan bir kişi tarafından, milli güvenliğe veya Romanya Devletinin güvenliğine karşı ya da bir Romanya vatandaşı veya Romanyalı bir tüzel kişiye karşı işlenen suçlar için ceza hukuku geçerlidir. [...]

Madde 45

(1) Devlet, kamu makamları ve kamu kurumları dışındaki bir tüzel kişi, kanunda öngörülen hallerde, tüzel kişi adına veya çıkarına tüzel kişinin organları veya temsilcileri tarafından işlenen suçlardan cezai olarak sorumludur.

(2) Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu, aynı fiilin gerçekleştirilmesine katılan gerçek kişilerin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Madde 154

(1) Suçun işlendiği tarihte Romanya vatandaşlığı almış bir kişi Romanya vatandaşdır.

(2) Yabancı vatandaş, suçun işlendiği tarihte Romanya vatandaşlığı almamış veya Romanya'da veya yurt dışında ikamet etmesine bakılmaksızın vatandaşlığı olmayan kişidir.

Madde 309

(1) Bir kamu görevlisine veya bir çalışana, görevleriyle ilgili bir eylemi gerçekleştirmesi, gerçekleştirmemesi veya gerçekleştirilmesini geciktirmesi amacıyla ya da bu görevlere aykırı bir eylemi gerçekleştirmesi amacıyla, kişinin kendisi veya başkası için doğrudan veya dolaylı olarak para veya başka bir çıkar vadetme, teklif etme veya verme eylemi, bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. [...]

Madde 313

Tüzel kişiler, Madde 309 ve Madde 312'de belirtilen suçlardan dolayı yaptırıma tabi tutulur.

7.7. Örnek vaka incelemesi 7: Yurt dışında yapılan işlemler

1) Romanya'da bulunan bir ticari mal yöneticisi, Polonya'dan potansiyel bir iş ortağı tarafından ortak bir girişim başlatmak amacıyla Varşova'daki bir üretim birimini ziyaret etmeye davet edilir. Bu yönetici, Polonya'da iken cömert etkinlikler düzenlenir ve beş yıldızlı bir otelde ağırlanır. Ayrıca, potansiyel iş ortağı tarafından bölge çevresinde işle ilgili olmayan çeşitli gezilere çıkarılır. Teklif edilen ortak girişimi şirketine tavsiye ederse, düzenli olarak böyle ağırlanacağı ona açıkça belirtilir.

Rumen yönetici teklifi kabul ederse yasayı çiğnemiş olur mu? Olursa, hangi yargı alanında?

2) Birleşik Krallık'ta bulunan bir otomobil üretim şirketinin yöneticisi, Slovakya Cumhuriyeti'ndeki bir belediye memuruna, başka türlü verilmeyecek yeni bir üretim fabrikasının inşasına ilişkin planlama iznini almak için bir ödeme yapar. Bu hareketle yönetici, daha ucuz iş gücünü kullanarak ve Slovak halkına fırsatlar sunarak şirketinin ekonomik faydalarını artırmayı ummaktadır. Rüşveti gizlemek için ödeme, Slovak yetkilinin Amerika'daki banka hesabına aktarılır.

Hangi yargı alanlarında ve hangi suçlardan dolayı yönetici ve şirket bu eylemlerden sorumlu olacaktır?

3) Bir Amerikan ilaç şirketinin Çek Cumhuriyeti'nde, ürünlerinin Bulgaristan'da yaygın olarak dağıtımının yapılması için geçmişte izinler ve hükümet onayları almakta güçlük çeken bir bağlı şirketi vardır.

Çeşitli devlet kurumlarında sözü geçen ve tanıdıkları olan ve Bulgaristan'da ilaç satışlarından %15 komisyon karşılığında rüşvet verme hizmetlerini teklif eden bir Bulgar danışmanlık firması bu bağlı şirkete yanaşır.

İddia edilen kusurlu davranıştan hangi taraflar sorumlu tutulur ve neden?

7.8. Hetimet e brendshme dhe të jashtme

Kurum içinde bir yolsuzluk iddiası veya şüphesi ortaya çıktığında, tüzel kişi aşağıdaki seçeneklere sahiptir:

- ▶ Hiç tepki vermemek ve şüphenin içeride daha fazla dikkat çekmemesini ve nihayetinde kolluk kuvvetlerine sızdırılmamasını ummak;
- ▶ Ne olduğunu öğrenmek ve bilinçli bir şekilde kararlar almak için kurum içinde bir soruşturma yürütmek. Soruşturmanın herhangi bir şüpheyi doğrulaması durumunda, daha düşük bir ceza için savunmak isteyen bir şirket için tek seçenek kolluk kuvvetlerine gönüllü olarak ifşa ve işbirliğidir.

Savcılar bir yolsuzluk şüphesini öğrenirlerse, esasen şu iki seçeneğe sahip olurlar:

- ▶ Tüzel kişinin kurum içi soruşturmasını desteklemeksizin kendi soruşturmalarını yürütmek;
- ▶ İç soruşturma yürüten tüzel kişi ile işbirliği yapmak.

Aşağıdaki Siemens örnek vaka incelemesi, işletme küçük olmadığı ve karmaşık bir yapıya sahip olmadığı sürece, savcıların aslında tüzel kişiyle işbirliğine ihtiyaç duyduğunu göstermektedir.

7.8.1. İç soruşturma

7.8.1.1. İç soruşturmanın gerekçeleri

İç soruşturmalar, tüzel kişinin işbirliği yapmaya ve yolsuzluk suçunu yetkililere ifşa etmeye istekli olduğunu gösterebilir. Hukuk sistemine bağlı olarak, bu, şirketi sorumluluktan muaf tutabilir veya cezayı hafifleterek daha yumuşak bir yaptırım uygulanmasına katkıda bulunabilir.

Hukuk sisteminde işbirliği için herhangi bir teşvik öngörülüyor olmasa bile, savcılar tarafından açılacak veya yürütülen bir soruşturma, bir iç soruşturmanın yürütülmesine engel teşkil etmez: Yönetim, iddia edilen kusurlu davranışla ilgili kendi "soruşturmasını" yürütmeyi düşünebilir. Bunu yaparak, yalnızca uygulama eylemlerine tepki vermek yerine süreci stratejik olarak yönlendirebilir.

Şirketin bir iç soruşturma yürütmesinin doğasında var olan faydaya ek olarak, bunu mevzuat veya diğer düzenlemeler uyarınca da yapmak zorunda kalabilir. Örneğin, şirketler hukuku, bir şirketin karar alma organlarını, şirketin varlıklarını zararlardan korumak için şüpheleri araştırmaya mecbur kılabilir. Şirketler bir finansal piyasaları düzenleme kurumu tarafından denetleniyorsa, düzenleyici kurallar, uygunluk eksikliklerine dair işaretlerin olması durumunda şirketin bir soruşturma yürütmesini gerektirebilir. Bazı yargı alanlarında, içtihat, şirketin karar alma organlarına şüpheli faaliyeti askıya alma ve soruşturma görevi yükleyebilir; aksi takdirde şirket, ihmal yoluyla ilgili suç işlemekten sorumlu tutulma riskini almış olur (örneğin, respondeat superior (işverenin sorumluluğu) doktrini uyarınca). Örneğin Fransa'da Sapin 2 yasası, 50'den fazla çalışanı olan şirketlerin bir ihbar sistemi kurmasını ve alınan uyarıları araştırmasını zorunlu kılmaktadır.

İç soruşturma, kusurlu davranışı "temizleme" isteğini göstererek itibar kaybını da hafifletebilir. Ayrıca, herhangi bir cezai prosedür için olası savunma stratejileri hakkında yönetimi bilgilendirebilir. Ayrıca, yönetimi, cezai yaptırımların ve hukuki hak taleplerinin olası boyutu hakkında bilgilendirebilir ve böylelikle yönetimin tedbir alıp ilgili fonları kenara ayırmasına olanak tanır.

Şirketler ayrıca iş verimliliğini artırma açısından iç araştırmalar yürütmeyi düşünebilirler. Çok sayıda araştırma, şirketlerin bir dürüstlük kültürü oluşturmaları halinde daha iyi iş çıkardıklarını göstermektedir. Basit bir düşünce, bu etkiyi göstermektedir: Verilen bir rüşvet, kaybedilen para demektir. Rüşvet üretim maliyetlerine eklenirse ürünün cazibesi azalır. Rüşvet yoluyla iş almak, çalışanların en iyi ürünü (en dürüst olmayan ürün yerine) sunmak için sürekli yenilik yapmasına yönelik teşvikleri de azaltır. Rüşvet için kaybedilen para, şirketin kalite ve araştırma için harcayamayacağı paradır. Aslında deneyimler, çalışanların çoğunluğunun iç soruşturmaları memnuniyetle karşıladığını göstermektedir, çünkü dürüstlük kültürü şirket içinde herkes için daha adil bir başarı şansı yaratır. Yolsuzluk yapan bir işletmede, en az yenilikçi ve en az üretken insanlar şirkete en fazla parayı kazandırdıkları için (en azından kısa vadeli bir bakış açısıyla) genellikle en büyük ikramiyeleri alırlar. Dolayısıyla, rüşvet, bir komisyon planı yoluyla kamu bütçesi tarafından "finanse edilse" bile, uzun vadede şirketin kalitesine ve yenilikçiliğine zarar verecektir.

İç soruşturmanın başka bir amacı da, yönetimin mahkemede kullanabileceği delillerin elde edilmesidir. Bu sadece ceza yargılamalarını değil, aynı zamanda rakiplerin zararları veya tüzel kişinin bir suçluyu işten çıkardıktan sonraki iş uyumsuzlukları gibi hukuk davalarını da ilgilendirir.

Deliller, ancak yönetim tarafından yasal yollardan elde edilmişlerse mahkemede kullanılabilir. Örneğin: İç soruşturmacılar bir iş bilgisayarında özel e-postalara bakabilirler mi? Soruşturmacılar tarafından bir çalışanın özel hayatındaki hareketlerin takip edilmesi yasal olur mu? Dolayısıyla, yönetimin yasal sınırlar içinde kaldığını ve orantısız bir yöntem kullanmadığını mahkemede iddia edebilmesi için resmileştirilmiş bir sürece ihtiyacı vardır. Aşağıdaki bölümde, sonuçları delil olarak kabul eden bir mahkeme için yönetimin şansını önemli ölçüde artıracak bu tür resmileştirilmiş bir süreç özetlenmektedir.

7.8.1.2. İç soruşturmanın aşamaları

a. Hukuki gizlilik

Pek çok yargı alanında, bir avukat ile müvekkili arasındaki iletişim gizlidir ("avukat-müvekkil gizliliği"). Dolayısıyla kolluk kuvvetlerinin, örneğin keşif yoluyla bu iletişimin delillerini toplamaları yasaktır ve müvekkil bu gizlilikten feragat etmedikçe mahkemede iletişimleri kullanamazlar. Bu gizliliğin amacı, müvekkili avukatları ile açık bir şekilde bilgi paylaşmaya teşvik etmek ve avukatların etkin temsil sağlamasına olanak tanımadır.

İlgili yargı alanında avukat-müvekkil gizliliği geçerliyse, iç soruşturmayı dışarıdan bir avukatın denetlemesi önerilir (gizliliğin geçerli olması için dışarıdan bir avukatın dahil olması iç hukukta öngörülüyorsa). Şirket, soruşturmanın sonuçlarını gizli tutmak isteyip istemediğine veya bunları kolluk kuvvetlerine ifşa etmek isteyip istemediğine daha sonra karar verebilir.

Birleşik Krallık'ta avukat-müvekkil gizliliği, bir süre önce iç soruşturmalar bağlamında İngiliz mahkemeleri tarafından incelenmiştir. Son on beş yıldır İngiliz mahkemelerindeki eğilim, özellikle beklenen dava nedeniyle gizliliği korumasına başvurulduğunda, avukat-müvekkil gizliliğini sınırlama yönünde olmuştur. Ancak, 5 Eylül 2018'de İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi tarafından kararın bozulduğu bir dava, İngiliz mahkemelerinin, gizliliği, Ciddi Dolandırıcılık Bürosunun (SFO) cezai kovuşturmalarını kapsayacak şekilde genişletebildiğini göstermektedir. 2017'de Londra Yüksek Mahkemesi, bir Eurasian Natural Resources Corp Ltd'nin ("ENRC") dışarıdan hizmet aldığı hukuk firması tarafından yolsuzluk iddialarına yönelik bir iç soruşturmanın parçası olarak tutulan görüşme notlarının avukat-müvekkil gizliliği ile korunmadığına hükmetti.²³⁹ Şirket, belgelerin İngiliz dava gizliliği doktrini kapsamında korunduğunu veya bir anlaşmazlık devam ederken veya tasarlanırken hazırlandığını iddia ederken, Mahkeme aynı fikirde değildi. Görüşme notları oluşturulurken şirket SFO tarafından soruşturulmadığından, herhangi bir gizlilik yoktu. Ancak İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi, SFO'nun cezai soruşturmaları beklentisiyle hazırlanan belgelerle ilgili kararında bir ayırım yaparak Yüksek Mahkemenin kararını bozdu. Mahkeme, ENRC'nin SFO'dan tasarlanan cezai kovuşturma hakkında bir yazı aldıktan sonra oluşturulan herhangi bir çalışma ürününün avukat-müvekkil gizliliği kapsamına girdiği yönünde değerlendirme yaptı. Ayrıca Mahkeme, ENRC'nin adli muhasebecileri tarafından hazırlanan belgelerin de yargılamalara direnmek veya yargılamalardan kaçınmak için oluşturulan çalışma ürününün bir parçasını oluşturduğundan bu gizliliğin kapsamına girdiğine karar verdi.

b. Soruşturma hipotezi

Soruşturmada bir soruşturma hipotezine ihtiyaç duyulur: İddialar doğruysa, bu hangi olası suçları teşkil ederdi? Ancak olası suçlar biliniyorsa, hangi eylemlerin orantılı olduğu belirlenebilir.

c. Kapsam belirleme

Kapsam belirleme, bir delil toplama süreci değil, soruşturmanın haritasını çıkarma sürecidir. İhtiyaç duyulan "delillerin koruyucusunun" gerçekte kim olduğunu belirler. Özellikle aşağıdaki kaynaklara dayanır:

- ▶ Kurumsal belgeler
 - Organizasyon şemaları, iş tanımları;
 - İç kontrol sistemleri: Tüzel kişi böyle bir sisteme sahipse, tüzel kişi içindeki iş süreçleri hakkında bilgi verebilir;
 - İş süreçlerine ilişkin diğer belgeler.
- ▶ Kapsam belirleme görüşmeleri: Bu görüşmeler yolsuzluk iddiaları ile ilgili değil, tüzel kişinin işlerini yürütme şekli ile ilgilidir: E-postalar nerede saklanır? Belgeler nerede dosyanılır? Yedeklemeleri kim yapar ve bunlar nerede saklanır? Satış müdürüyle birlikte işlemleri kim onaylar? Belgeleri kim saklar? Nihayetinde, görüşmeler "denetim izini takip eder"; yani şirket içinde kim neyi denetliyor ve nasıl?

Kapsam belirleme, soruşturmacıların önemli delilleri nihayetinde nerede bulacağını belirlemenin en etkili yoludur. Aynı zamanda, tüm verilere ve tüm belgelere el koymak yerine, orantılı bir yaklaşımdır.

d. Soruşturma planı

Planda, kapsam belirleme sürecinin sonucu ana hatlarıyla belirtilir. Hedeflenen tüm deliller ve bunların koruyucuları planda listelenir. Ayrıca soruşturmanın yasal sınırlarının ve alınan önlemlerin orantılılığının dikkate alındığı planda yazılı olarak belgelenir. Böylelikle yönetim, delilleri yasal yollardan elde ettiğine dair iddiasını ortaya koyabilir. Dikkate alınması gereken diğer konular şunlardır:

- ▶ **Görüşmeler:** Görüşmeler genellikle soruşturmanın ayrılmaz bir parçasıdır, çünkü görüşülen kişiler olayları ilk elden anlatabilirler, olguların anlaşılması için gerekli belgeleri sunabilirler ve aynı kişiyle veya diğerleriyle daha fazla görüşme yapılmasının gerekli olup olmadığını da belirtebilirler. İç soruşturmayı yürüten ekibin, görüşmeleri yapmadan önce mevcut tüm belgeleri okuması tavsiye edilir, çünkü bu, sorulan soruların türünü belirleyecektir. Herhangi bir görüşmenin amacı, görüşülen kişinin mümkün olduğunca açık sözlü olmasını ve koşulların ilk elden kişisel bir açıklamasını yapmasını sağlamaktır. Bunun başarıma olasılığını artırmak için, görüşmeler gizli bir şekilde planlanarak görüşülen kişilerin koşulları yansıtmayan bir hikaye üzerinde "anlaşmaya varmaları" önlenmelidir.
 - **Herhangi bir görüşmeden önce:** Görüşmenin hazırlanması için, görüşme sırasında hangi bilgi veya belgelerin talep edileceğinin net bir şekilde anlaşılması gerekir. Herhangi bir görüşmeden önce, kapsamlı bir inceleme yapılmasını sağlamak için bir görüşme taslağı hazırlanmalıdır. Görüşme sorularının listesi

²³⁹ [2017] EWHC 1017 (QB); bkz. Corruption Watch, A long time coming: SFO's tough stance on privilege vindicated by UK court (18 Mayıs 2017).

de önceden hazırlanmalıdır. Bu sorular görüşmeyi yapan kişiye yol göstermeli ve bir senaryo olarak görülmemelidir.

- **Görüşme sırasında:** Görüşmenin başlangıcı, görüşmenin geri kalanının gidişatını belirler. Dolayısıyla, görüşülen kişinin daha rahat olması ve ne ile karşılaşacağına farkında olması için görüşmenin nedeninin ve her türlü gizliliğin belirtilmesini içeren bir giriş yapılması tavsiye edilir. Görüşmeyi yapan kişi, soru listesinden sorular sormalı, ancak görüşmenin daha fazla sorgulama gerektiren herhangi bir yeni bilgi veya sorunu gün yüzüne çıkarması durumunda sorulardan sapmaya hazır olmalıdır. Görüşme sırasında, biri soruları sormak, diğeri söylenenleri not almak üzere iki görüşmecinin hazır bulunması tavsiye edilir. Bu notlar daha sonra tartışılan hususların detaylı olarak açıklandığı yazılı bir rapora dönüştürülmelidir. Görüşülen kişilerin hepsinin açık sözlü olmadığı ve bazılarının saldırgan olabileceği unutulmamalıdır. Görüşmeci, her tür sonucu önceden tahmin etmeli ve görüşme sırasında daima profesyonelliğini ve nezaketini korumalıdır.
- **Görüşmenin sonlandırılması:** Görüşülen kişi ile daha sonra kurulabilecek etkileşimi korumak için görüşmenin sonlandırılmasına özel dikkat gösterilmelidir. Görüşmeciler, görüşülen kişinin ulaşılabilir olmasını ve soruşturmaya yardımcı olabilecek her türlü yorum veya bilgiye açık olmasını sağlamalıdır. Görüşme sona erdiğinde, görüşmeci, görüşülen kişiden soruşturmanın olabildiğince kapsamlı ve başarılı olmasına yardım etmesini istemelidir. Bunun için, görüşmeci, görüşme sırasında ele almadıkları herhangi bir bilgi olup olmadığını ve iddiaların anlaşılması için yararlı olabilecek görüşme yapılacak başka kişiler veya incelenecek başka belgeler olup olmadığını sormalıdır. Görüşmeci daha sonra minnettarlığını ifade etmeli ve daha fazla bilgi elde edildiğinde temasa geçmesi için görüşülen kişiye iletişim bilgilerini vermelidir.
- **Görüşmenin ardından:** Görüşmenin ardından, görüşmeciler görüşmede söylenenlerin anlatıldığı bir rapor oluşturmalıdır. Bu, tüm önemli bilgilerin alındığından emin olmak için görüşme gerçekleşikten sonra mümkün olan en kısa sürede yapılmalıdır.
- ▶ **Adli bilişim:** Mahkemeler adli delillere genellikle daha fazla ağırlık verir. Bu, karma (hash) algoritmaları kullanan özel araçlar tarafından yapılır. Büyük muhasebe firmaları bu hizmeti sunabilmektedir. Çalışanlar genellikle veriler silindikten sonra bile karma algoritmaların kurtarılabileceğini bilmezler. Aşağıda anlatılan Siemens vakasında, bazı çalışanlar, delillerin toplanacağını öğrendikten hemen sonra e-postaları ve dosyaları silmiştir. Ancak, iç soruşturmayı yürüten muhasebe firması, silinen verileri kurtarabilmiş ve ayrıca önemli olduğu düşünülen e-postalardan (silinenler) dolaylı olarak haberdar edilmiştir.
- ▶ **Kişisel veriler:** Yürürlükteki yasalara ve şirket politikasına bağlı olarak, işverenler bir çalışanın verilerine sınırlı erişime sahip olacaktır. Örneğin, Alman yasalarına göre, şirketler e-postaların kişisel kullanımına izin verebilir. Bu durumda işveren, yasal olarak çalışan için telekomünikasyon hizmetleri sağlayıcısı haline gelir. İşveren e-postalara erişirse, istisnalar haricinde telekomünikasyon gizliliğini ihlal etmekten ceza olarak sorumlu olabilir.
- ▶ **Özel soruşturma teknikleri:** E-postaları izleme, casus yazılımlar, gizli kameralarla izleme, yaşam tarzı izleme, arabalarda arama vb. gibi önlemlerin yasal olup olmadığı, yürürlükteki mevzuata ve vakanın koşullarına (suçun ciddiyeti) bağlı olacaktır. Ancak, casus yazılım veya tüm e-posta yazışmalarının canlı olarak izlenmesi (böylelikle kapsamlı bir kişilik profili oluşturulması) gibi yöntemlerle şüphelinin eylemlerinin kapsamlı bir şekilde izlenmesine, Avrupa'da herhangi bir yargı alanında nadiren izin verilebilir.
- ▶ **Sınır ötesi** soruşturmalarda, çeşitli hukuk sistemlerinin muhtemelen farklı iş gücü veya veri koruma haklarından yararlanan çalışanlarla muhatap olduğu unutulmamalıdır.

Soruşturma planı canlı bir belge olmalıdır. Özellikler: (i) soruşturmaya yol açan iddia edilen olgular ve davranışlar; (ii) ihlal edilen yasalar veya ilgili şirket politikaları ve prosedürleri; (iii) hangi çalışanların görevi kötüye kullandığından şüphelenildiği ve (iv) hırsızlık, uygunsuz davranış veya dolandırıcılık gibi soruşturmanın sonunda değinebileceği daha geniş kapsamlı konular veya sorular gibi soruşturmanın sorunsuz bir şekilde yürütülmesini sağlayacak belirli unsurları içermelidir. İddia edilen olgular ve davranışları anlatırken olayların bir kronolojisini oluşturmak çoğu zaman en kolay yöntemdir. Bu kronoloji tarihleri, görüşmeleri, yerleri ve arama veya konuşmaları içermelidir. Soruşturmacılar, soruşturma devam ettikçe ve yeni olası suçlar veya deliller ortaya çıktıkça bunu güncelleyecektir.

e. "Paniğin" önlenmesi

Delil toplama, çalışanlar arasında kolayca söylentilere, yanlış bilgilerin yayılmasına veya hatta paniğe yol açabilir. Genellikle dürüst hareket eden çalışanlar bile, yanlış bir şey yapıp yapmadıklarını veya delillerin (haksız olarak) kendilerini suçlayıp suçlamayacağını bilemeyeceklerdir. Bu bağlamda, potansiyel kusurlu davranışın ciddiyetine ve kapsamına bağlı olarak kısmi af da düşünülmelidir (yukarıdaki örnek vaka incelemesine bakın).

f. Delillerin toplanması

Soruşturmacıların delilleri güvence altına almaları ve toplamaları gerekecektir. Bunun için, tüm çalışanlara, normal iş prosedürleri kapsamında yapıyor olsalar veya gerekli olsa bile, herhangi bir bilgiyi imha etmekten kaçınmaları talimatını vermek gibi önlemlerin alınması gerekir.

g. Kapanış toplantısı

Bu, soruşturmacıların soruşturmanın sonuçlarını (genellikle yazılı bir rapor şeklinde) yönetime sunmaları için bir fırsattır. Normalde sonuçlara nasıl yanıt verileceği ve ortaya çıkarılan eksikliklerin nasıl giderileceği konusunda öneride bulunurlar. Ayrıca, soruşturmanın yürütüldüğü genel yönetime bağlı olarak, rapor, özellikle soruşturulan kişilerin potansiyel olarak ciddi disiplin yaptırımlarıyla karşı karşıya olduğu ve/veya görevden alınmasının muhtemel olduğu durumlarda bu kişilere ilişkin düzeltici önlemler de dahil olmak üzere çeşitli konuları tartışmak için de kullanılabilir.

h. Disiplin İşlemi Yapılması

Soruşturmacılar soruşturmanın bulgularını sunduktan sonra, yönetim, (varsa) disiplin işleminin uygun olup olmadığını ve ne tür bir disiplin işleminin uygun olduğunu belirlemelidir. Yönetim, kusurlu eylemi ele almak için çalışanlara uygulanan yaptırımları ele almak için yapılan işlemleri hatırlamalıdır. Soruşturmacının nihai raporunda, yönetim tarafından gerçekleştirilen bu disiplin işlemleri tanınmalı ve dikkate alınmalıdır.

7.8.2. Örnek vaka incelemesi: İç Soruşturmalar

Siemens'in İç Soruşturması

Siemens'in 25 Aralık 2008 tarihli basın açıklaması, şirketin yolsuzluk iddialarına yanıt olarak Amerikan hukuk firması Debevoise & Plimpton LLP tarafından yürütülen geniş çaplı bir iç soruşturmaya nasıl başladığını göstermektedir:

"İki yıldan biraz daha uzun bir süre önce, Kasım 2006'da Siemens Aktiengesellschaft'ın ofisleri, Şirketin yolsuzluğa karıştığına dair iddiaların ardından Münih savcısı tarafından basıldı. Münih savcısının baskınından kısa bir süre sonra 29 Kasım 2006'da, o zamanki Siemens AG Denetim Komitesi Başkanı hemen şirketin Mali İşler Direktörü, Uygunluk Yetkilisi, Kurumsal Finans Raporlama ve Vergi Müdürü ve Şirketin KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft'tan dış denetçilerinden ikisiyle Düsseldorf'ta bir toplantı düzenledi. Siemens'in yolsuzluk iddiaları hakkındaki gerçeği bulması gerekiyordu. O toplantıda, tüm katılımcılar bir iç soruşturmanın gerekeceğini anladılar.

Başlangıçta, Siemens'in iç soruşturmasının, Liechtenstein, Avusturya ve İsviçre gibi diğer yargı alanlarında Şirket aleyhine devam eden yargılamalar dışında, Münih savcısının bir soruşturma yürüttüğü ve Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı ("DOJ") ve Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonunun ("SEC") muhtemelen kendi soruşturmalarına başlayacağı zaman diliminde gerçekleştiği açıktı. Şirket, soruşturma makamlarıyla tam işbirliği yapmaya karar verdi. [...]

Bir iç soruşturma, tipik olarak, soruşturmacıların belgeleri taramasını, mali ve muhasebe kayıtlarını incelemesini, tanıklarla görüşmesini ve bir bulmaca gibi parçalar yerine oturana ve resim makul ölçüde netleşene kadar parçalı bilgileri bir araya getirmeye çalışmasını içerir.

Bu açılardan, Siemens soruşturması diğer şirket araştırmalarının çoğundan farklı değildi. Ancak, Siemens'in şirket olarak boyutu ve karmaşıklığı benzersiz zorluklar içeriyordu. 2006 mali yılında, Siemens'in geliri 87 milyar avronun üzerindeydi. Şirket, yaklaşık 475.000 kişiyi istihdam ediyor ve 190 ülkede faaliyet gösteriyordu. Şirketin ürün ve hizmetleri, dünyanın en gelişmiş enerji santrallerinin ve trenlerinin tasarım ve yapımından ampul üretimi ve satışına kadar çeşitlilik gösteriyordu. [...]

Soruşturma şunları içeriyordu:

- ▶ Siemens çalışanları ve diğer kişilerle 1.750 görüşme;
- ▶ Arka plan bilgisi almak için çalışanlarla 800 bilgilendirici brifing;
- ▶ İlgili olabilecek materyalleri belirlemek için elektronik olarak arama yapılan 82 milyon belge;

- ▶ 14 milyon belgenin incelenmesi;
- ▶ 38 milyon finansal işlemin analizi ve
- ▶ 10 milyon banka kaydının incelenmesi.”

Ceza yargılamalarından farklı olarak, rüşvete karışan çalışanların sessiz kalma hakları yoktu, ancak aslında Alman iş hukukuna göre, işbirliğinin kendi aleyhine tanıklık etmelerine, disiplin işlemlerine veya hatta bir suç soruşturmasına yol açmasından bağımsız olarak bu (özel) soruşturmada tam olarak işbirliği yapmakla yükümlülerdi.

İç soruşturmalar sırasında farklı tarafların farklı çıkarları ve ikilemleri olabilir:

İşveren (tüzel kişi) aşağıdakileri yapmak isteyecektir:

- ▶ zararlardan, ekonomik kayıplardan ve şirketin varlığına yönelik herhangi bir tehditten kaçınmak;
- ▶ kolluk kuvvetleri ile tam işbirliği yapmak ve onlara destek vermek ve
- ▶ uygunluğu sağlamak ve olaya karışan çalışanları uzaklaştırmak için neler olduğunu öğrenmek.

Çalışan şunlarla karşı karşıya olacaktır:

- ▶ bilgi vermediği takdirde işten çıkarılmaya kadar disiplin cezası riski;
- ▶ bilgi verirse işten çıkarılmaya kadar disiplin cezası riski;
- ▶ bilgi vermesi ve vermemesi halinde firmaya zarar verme riski.

Savcı şunları yapabilir:

- ▶ çalışanlar sessiz kalma hakkına sahip olduğundan iç soruşturma yürütülüyorsa daha az bilgi almak;
- ▶ aksi takdirde suç soruşturmasının taktiği zarar görebileceğinden, iç soruşturmaların savcılık ile tam olarak koordine edilmesini istemek.

Bir **hakimin**, aşağıdaki nedenlerle iç soruşturmalarda alınan ifadelerin ve elde edilen diğer delillerin kabul edilebilirliğine karar vermesi gerekebilir:

- ▶ bu deliller çalışanın kendi aleyhine tanıklık etme yasağını veya mahremiyet haklarını ihlal edebilir;
- ▶ çalışanın iç soruşturma sırasında karşılaştığı ikilem, zorlama anlamına gelir;
- ▶ avukatların şirket adına yaptığı görüşmeler, avukat-müvekkil gizliliğini ihlal edebilir.

Alman yasalarına göre, ifadelerin ceza davalarında kabul edilebilir olacağı konusunda akademisyenler arasında fikir birliği var gibi görünüyordu. Ancak, yasama erki tarafından düzenlenebilecek birkaç soru tartışma konusu olmaya devam etti: Görüşülen kişilerin bir protokol imzalama hakları olmalı mı? Örneğin, yabancı hukuk kapsamındaki yaptırımların yerel yaptırımlardan çok daha sert olduğu durumlarda yabancı kolluk kuvvetlerine ifşa konusu düzenlenmeli mi?

Bu ikilemle karşı karşıya kalan Siemens, çalışanlarına af çıkardı ve iç soruşturmalar için tutmak istedikleri avukatların masraflarını karşıladı:

“Siemens’in iç soruşturmanın başarılı olmasını sağlamak için attığı belki de en önemli adım, Ekim 2007’de mevcut ve eski çalışanlar için bir af programı oluşturmasıydı. Böyle bir program, modern Alman iş tarihinde benzersiz görünmektedir ve yalnızca Komitenin ve mevcut üst yönetimin güçlü desteği sayesinde uygulanmıştır.

Genel olarak program, soruşturmada tamamen işbirliği yapan çalışanları veya eski çalışanları korumak için tasarlanmıştır. Program, mevcut ve eski çalışanların hukuki tazminat talepleriyle veya mevcut çalışanların istem dışı iş akdi feshiyle karşı karşıya kalmamasını sağladı. Şirket daha yumuşak disiplin cezaları uygulama hakkını saklı tuttu. Af programında, Siemens AG Vorstand’ın üyeleri, grubun idari yönetiminin üyeleri ve bölgesel şirket CEO’ları ve CFO’ları da dahil olmak üzere bazı üst düzey yöneticiler programdan muaf tutuldu.

Programın, adaletin sağlanması için, belirli karar vericilerin aksine, potansiyel olarak uygunsuz faaliyetlere katılmaları için baskı görmüş olabilecek kişilere yarar sağlaması amaçlanıyordu. Nisan 2008’de, Şirket daha da ileri giderek, asıl af programının kapsamına girmeyen üst yönetim de dahil olmak üzere Debevoise soruşturması bakımından önemli olan çalışanlar için kişiselleştirilmiş disiplin tespitlerinin sağlandığı bir “hoşgörü” programı oluşturdu.

Af ve hoşgörü programları başarılı oldu. Daha önce görüşülmemiş çok sayıda kişi bilgi verdi. Diğerleri af öncesi görüşmelerde yalan söyledikten sonra af istedi ve doğru bilgiler verdi. Yine diğerleri, soruşturmada tamamen yeni alanlar açan bilgiler sağladı.

Genel olarak, 171'den fazla Siemens çalışanı, bu girişimler kapsamında af veya hoşgörü programı için başvuruda bulundu. Şirket, bu çalışanlarına bazen zor konuları tartışma cesareti gösterdikleri ve gelecekte benzer sorunların yaşanmaması adına Şirketin geçmişten ders almasına yardımcı oldukları için içten teşekkürlerini sunar. [...]

Şirket, soruşturmanın Siemens çalışanları için adil olmasını sağlamak amacıyla da adımlar attı. Görüşülen tüm kişilere ana dillerinde görüşme yapma fırsatı verildi. Siemens, talep edildiğinde profesyonel tercümanlar temin etti. Mevcut ve eski çalışanlara görüşme sürecinde yardımcı olmak ve görüşmelerde onlara eşlik etmek için Siemens tarafından tutulan ve ödeme yapılan bağımsız danışmanlarca hizmet sağlandı. Ayrıca, görüşmecilere kendi avukatlarına para ödeyip onların kendilerine eşlik etmesini sağlama imkanı da verildi. Mümkün olduğu durumlarda, görüşmeler ve bilgilendirme brifingleri, çalışanların zamana ilişkin diğer talepleri dikkate alınarak günler veya haftalar önceden planlandı.

Debevoise, görüşmeler yapma, belge ve verileri toplama, inceleme ve güvence altına alma süreçleri de dahil olmak üzere soruşturmanın yetkisi ve yürütülmesi ile ilgili olarak Siemens Çalışma Konseyine düzenli olarak danışmış ve gerekli onayları almıştır. Debevoise ile işbirliği içinde Siemens, işçi temsilcileriyle üzerinde anlaşılan süreçleri yansıtan iş gücü anlaşmaları (Betriebsvereinbarungen) imzaladı.²⁴⁰

7.8.3. Dış soruşturmam

İç soruşturmaların belirli sınırları vardır. Kolluk kuvvetleri ile sınırlı olan belirli yetkileri kullanamazlar. Örneğin, iç soruşturmalarda genellikle yalnızca paranın bir "tabela şirketi" (yeni kurulmuş ve ofisi bile olmayan bir şirket) tarafından yabancı bir bankada tutulan rüşvet fonu gibi üçüncü bir tarafa gittiğini tespit edilebilir. Ancak, kolluk kuvvetleri, rüşvet fonunun çalışanlar tarafından özel amaçlarla mı (zimmete geçirme) kullanıldığını veya tabela şirketinin bir kamu görevlisine ulaşmak için aracı (rüşvet) olarak mı hizmet verdiğini belirleyebilir. Bunun için, kolluk kuvvetlerinin soruşturmacıları, finansal istihbarat birimleri (FİB'ler), gayri resmi ve resmi uluslararası işbirliği mekanizmaları gibi özel yetki ve uzmanlıklara erişme ve uygun yasal gerekçelerle arama ve el koyma imkanlarına sahiptir.

Bir tüzel kişinin savcılarla işbirliği yapması durumunda, iç soruşturmada elde edilen delillerin ne ölçüde kullanılabileceğini göz önünde bulundurmaları gerekecektir. Birçok (çoğunluğu olmasa da) yargı alanında, hakimlerin herhangi bir delili kendi takdirine bağlı olarak değerlendirmesine izin verilir. Bu yargı alanlarında savcılar, prensipte, iç soruşturmalar sırasında yasal olarak toplanan (ve bir dereceye kadar yasa dışı yollarla toplanmış olsa bile) delilleri mahkemede sunabilirler. Bazı yargı alanlarında, genel bir kural olarak yalnızca savcılar ve kolluk kuvvetleri tarafından toplanan deliller kabul edilebilir. Bu yargı alanlarında savcılar, kanıtları "resmileştirmek" için hangi ek adımları atmaları gerektiğini gözden geçirmek zorunda kalırlar (resmi olarak belgelere ve verilere el koymak, önemli görüşmeleri resmi tanık sorgulamaları şeklinde tekrarlamak vb.). İdeal olarak, savcılar ve iç soruşturmacılar çalışmalarını başından itibaren koordine ederler; böylelikle savcıların iç soruşturmada elde edilen delilleri "resmileştirmek" için fazla çaba sarf etmesi gerekmez. Ancak, prensipte, benzer yasal sınırlar hem iç hem de dış soruşturmalar için geçerlidir (şüphelilerin mahremiyet hakları, tedbirlerin orantılılığı vb.). Aynı durum, savcılarının tüm soruşturmayı şirket içinde kendi başlarına yürütmesi durumunda da geçerlidir. Bu durumda, iç soruşturmalar için geçerli olan (a)'dan (f)'ye kadar olan aşamalar, gerekli değişiklikler yapılarak bir dış soruşturma için de uygulanır.

7.9. Kurumsal uzlaşma anlaşmaları

Son on yıldır, kurumsal suç sorunlarının üstesinden gelmek için "kurumsal uzlaşma anlaşmalarını" kullanma uygulaması giderek yaygınlaşmaktadır. Antitröst, dolandırıcılık, yurt içi rüşvet, vergi kaçakçılığı, çevre ihlalleri ve yabancı yolsuzluk vakaları dahil olmak üzere kurumsal suçların neredeyse tüm alanlarında uzlaştırma prosedürleri kullanılmaktadır.²⁴¹ Bu bağlamda, "uzlaşma" terimi, "mahkeme dışı çözümler" olarak da bilinen ve bir şirket ile bir kovuşturma makamı arasında, kurumsal suç meselelerini tam bir mahkeme süreci olmaksızın çözmeye yönelik bir anlaşmaya dayanan çeşitli hukuki araçları ifade eder.

OECD'nin yakın tarihli bir çalışmasında, Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesiyle Mücadeleye İlişkin OECD Sözleşmesinin tarafları arasında mahkeme dışı çözümlerin artan kullanımına odaklanılmıştır.²⁴² Araştırmada, OECD veri tabanında yer alan bilgilere göre, 1999'dan 2019'a kadar Sözleşmeye

240. Siemens, basın açıklaması, 25 Aralık 2008 (İnternette mevcut değildir).

241. Alexander C. ve Cohen M., (2015), "The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements," 52 American Criminal Law Review, s. 537.

242. OECD (2019), *Yabancı Rüşvet Vakalarının Mahkeme Dışı Çözümlerle Sonuçlandırılması: Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin Taraflarınca Uzlaşmalar ve Mahkeme Dışı Anlaşmalar*, www.oecd.org, Erişim tarihi: 17 Aralık 2019.

taraf olan 44 ülkenin başarılı olarak sonuçlandırdığı 890 tane yabancı rüşvet olayından 695'inin mahkeme dışı çözümlerle sonuçlandırıldığı (yani sonuçlanan vakaların %78'i) vurgulanmıştır.²⁴³

Farklı yargı alanlarında benimsenen mahkeme dışı çözüm sistemleri belirli özellikleri paylaşırsa da, bu hukuki araçların hukuki ve usule ilişkin yaklaşımları genellikle farklılık gösterir. OECD tarafından yürütülen çalışmada, bu hukuki araçların aşağıdaki altı kategoriye bölünerek sistematik hale getirilmesi önerilmiştir.

Kategori 1 kapsamındaki mahkeme dışı çözüm sistemleri, soruşturmanın yaptırım ve/veya müsadereye tabi olarak kovuşturulmadan sonlandırılmasına yol açar. Bunlar örneğin, Amerika Birleşik Devletleri tarafından uygulanan "Haksız Elde Edilen Kazançların İadesiyle Kovuşturmanın Reddi" ve "Takipsizlik Anlaşması (TA)" ya da Avusturya'da kullanılan "Erken Sonlandırma" ve "İşbirliği nedeniyle kovuşturmanın geri çekilmesine" karşılık gelirler.²⁴⁴

Kategori 2'ye giren hukuki araçlar, belirli koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak kovuşturmanın askıya alınması, ertelenmesi veya geri çekilmesinden oluşur. "Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşması (KEA)", bu kategoride yer alan en önemli mahkeme dışı çözüm sistemidir. Birinci kategoriyle ilgili anlaşmalardan farklı olarak, bu program kapsamında normalde dava açılır. Bu tür anlaşmaların en önemli örnekleri arasında, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ta uygulanan KEA'ların yanı sıra, kısa süre önce Fransa'da uygulamaya koyulan "Convention Judiciaire d'Interêt Public (CJIP)" yer alır.²⁴⁵

Kategori 3, cezai mahkumiyet içermeyen, esasen hukuki veya idari nitelikte olan nihai bir karara yol açan çözümleri içerir. Böyle bir çözüme örnek olarak, yasal kısıtlamalar nedeniyle kurumsal cezai sorumluluğun uygulanamadığı Almanya'da kullanılan "İdari Çözüm" gösterilebilir.²⁴⁶

Kategori 4, mahkumiyetle sonuçlanan ancak suçun kabulüne veya tespitine bağlı olmayan mahkeme dışı çözüm sistemlerini kapsar. Örneğin, ceza yargılamalarında kullanılan ve mahkumiyete benzeyen, ancak olguların resmi olarak kabul edildiğini veya suçun kabul edildiğini ima etmeyen İtalyan "Patteggiamento" uygulamasına karşılık gelirler.²⁴⁷

Sanık tarafından suçun kabul edilmesini ve bir mahkumiyet kararının verilmesini gerektiren itiraf anlaşmaları Kategori 5'e dahil edilmiştir. İtiraf anlaşmaları ceza davalarını çözmeyen klasik bir yolu olsa da, bunların her bir yargı alanında işleyiş şekilleri önemli farklılıklar göstermektedir.²⁴⁸

Son kategori ise, aynı zamanda yukarıda belirtilen kategorilerin birden fazlasının kapsamına giren tüm "Karma Sistemleri" kapsar. Brezilya'da uygulanan "Hoşgörü Anlaşmaları", bu tür mahkeme dışı çözümlere örnek olarak gösterilebilir.²⁴⁹

Çalışmanın bu bölümünde çeşitli mahkeme dışı çözüm türleri arasından "Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmalarına (KEA'lar)" özel olarak odaklanılacaktır. Bu seçim çeşitli faktörlere dayanmaktadır. Birincisi ve en önemlisi, diğer çözüm prosedürleriyle karşılaştırıldığında, KEA'lar yalnızca daha güncel bir yeniliği temsil etmekle kalmaz, aynı zamanda ceza usul hukuku bağlamında şekillendirilmesi tasarlanmış bir akdi niteliğe sahip olmaları ile nitelendirilirler ve bu da onları son derece uyarlanabilir bir hukuki çözüm haline getirir. Ayrıca, mevcut trendden, KEA tipi mahkeme dışı çözümlerin, dünya genelinde benimsenen model olduğu, oysa NPA modeli²⁵⁰ de dahil olmak üzere diğer çözümlerin genellikle ulusal sınırlar içinde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim, birkaç ülke (yani Brezilya, Fransa, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri) KEA benzeri çözümleri halihazırda uygulamaktadır ve diğer ülkeler (örneğin Avustralya, Kanada ve İsviçre) özellikle yabancı rüşvetle ilgili durumlarda cezai kurumsal sorumluluk davalarını çözüme kavuşturmak için şu anda bir KEA programını benimsemeyi düşünmektedir.²⁵¹

243. Aynı kaynak. s.19.

244. Aynı kaynak. s.46.

245. Aynı kaynak. s.49.

246. Aynı kaynak. s.53.

247. Aynı kaynak. s.54.

248. Aynı kaynak. s.56.

249. Aynı kaynak. s.59.

250. Tipik olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde, KEA'lar mahkeme dışı çözümlerin yaklaşık %45'ini oluştururken, TA'lar yaklaşık %55'ini oluşturmaktadır. Örneğin, 2018'de ABD Adalet Bakanlığı, 13'ü TA ve 11'i KEA olmak üzere en az 24 anlaşma imzaladı. Bkz. Gibson Dunn (2019), *2018 Year-End Update on Corporate Non-Prosecution Agreements and Deferred Prosecution Agreements*, www.gibsondunn.com, Erişim tarihi: 19 Aralık 2019.

251. OECD (2019), *Yabancı Rüşvet Vakalarının Mahkeme Dışı Çözümlerle Sonuçlandırılması: Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin Taraflarınca Uzlaşmalar ve Mahkeme Dışı Anlaşmalar*, www.oecd.org, Erişim tarihi: 20 Aralık 2019, s.34.

7.9.1. Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları: Genel bakışe

“Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları (KEA)”, bir şirkete denetimli serbestlik şartlarını dayatmanın bir yolunu temsil eden bir mahkeme öncesi uzlaşma anlaşması biçimi olarak tanımlanabilir. Bu hukuki araçlar sayesinde, adaletin olağan işleyişinden sapmak ve geleneksel ceza davalarına başvurmadan kurumsal suçlarla ilgilenmek mümkündür. Diğer bir deyişle, bir KEA’da savcı, maddi yaptırımlar gibi çeşitli şartların yanı sıra bir kurumsal uygunluk programının benimsenmesi gibi firmanın gelecekteki davranışını yönetmeyi amaçlayan tedbirler uygulayarak firmaya ceza yargılaması yapılmamasını kabul eder.²⁵²

Bir KEA uyarınca, savcılar kurumsal suçları soruşturmaya başlar ve suçlamalarda bulunur, ancak daha sonra şirketin anlaşmaya dahil edilen belirli hükümleri belirli bir süre boyunca (genellikle üç yıl) başarıyla yerine getirmesine kadar suçlamaları askıya almayı kabul ederler. Tipik bir KEA programında, kovuşturma makamı ve suçlu olduğu iddia edilen şirket bir anlaşma yaparlar ve bu anlaşmaya göre şirket, iddia edilen olguların gerçekleştiğini kabul eder ve verilen zararı gidermek ve daha fazla suç işlenmesini önlemek için anlaşma şartlarında belirtildiği gibi uyumlu eylemlerde bulunmaya razı olur. Sonuç olarak, tüzel kişi sözleşmenin şartlarına uyuyorsa, aleyhine yöneltilen cezai suçlamalar düşürülür. Buna karşılık, tüzel kişinin anlaşma şartlarını ihlal etmesi durumunda savcı, suçlunun tüzel kişi aleyhindeki itiraflarını kullanarak iddianameyi işleme koyabilir.²⁵³

KEA’ların uygulanmasının ardındaki mantık, normal bir ceza yargılaması sürecinin esnemezliğinin aksine, KEA’ların yapısal kurumsal sorunların giderilmesine ilişkin yeterli ve yaratıcı çözümler üretmek ve şirketleri iyi kurumsal yurttaşlık yoluna sokmak için kovuşturma makamlarının ve şirketlerin işbirliği yapmasına olanak tanımasıdır. Özellikle, kurumsal cezai sorumluluğun caydırıcı ve cezalandırıcı amaçlarından farklı olarak, bu erteleme çözümleri, kuruma cezai sorumluluk yüklenmesine ilişkin negatif dışsallıkların en aza indirilmesine ve aynı zamanda kurumsal uygunluk programlarının uygulamasıyla ilgili firmanın iş modelinin ve kültürünün geliştirilmesine olanak tanır.

Yapısına bakıldığında, bir KEA geleneksel olarak iki ana belgeden oluşur: Olgular beyanı ve anlaşmanın şartları.

“Olgular Beyanı”, tarafların iddia edilen olguları ayrıntılı olarak açıkladıkları ve bunların gerçekleştiğini kabul ettikleri bir belgedir. Olgular Beyanı da müzakere edilmiş bir belge olsa da ve bu nedenle adli bir makam tarafından tespit edilen olguların bir versiyonunu içermese de, iddia edilen suçun oluşumunun belirlenmesinde ve anlaşmanın kapsamının sınırlandırılmasında temel bir rol oynar. Tipik olarak, şirketin sorumluluğu kabul etmesi gerekmez. Ancak, belirli olgularla (düzgün bir uygunluk programının olmaması veya bazı kilit çalışanların kusurlu eyleme katılmış olması gibi) ilgili olarak verilen onayın kolaylıkla dolaylı bir sorumluluk kabulü anlamına gelebileceği varsayılabilir.²⁵⁴

İkinci belge, anlaşmanın şartlarını içerir ve KEA’nın sona erme tarihini belirtir. Sona erme tarihi, suçlanan tüzel kişinin anlaşmanın şartlarına uymak için sahip olduğu süreyi gösterir. Anlaşmalara tipik olarak dahil edilen şartlar şunlardır:

- a. Mali bir cezanın ödenmesi;
- b. İddia edilen suçun mağdurlarının tazminatı;
- c. Şirketin iddia edilen suçtan elde ettiği kazançların iadesi;
- d. Başka benzer suç eylemlerinin meydana gelmesini önlemek için uygunluk çözümlerinin uygulanması;
- e. İddia edilen suçla ilgili başka bir soruşturmada anlaşmanın tüm süresi boyunca işbirliği;
- f. Kovuşturmaların makul masraflarının ödenmesi.

Ancak, akdi niteliği gereğince, geleneksel olarak bir KEA yapmak için kabul edilmesi gereken şartların belirli bir listesi yoktur. Sonuç olarak, bir KEA imzalanarak, suç eylemiyle topluma verilen belirli zararları telafi etmek veya başka suçların işlenmesini önlemek için şirketin herhangi bir telafi edici eylem biçimini benimsemesini talep etmek mümkündür. Bu özellik, KEA’ları geleneksel ceza hukuku davalarında yaygın olarak kullanılan araçların aksine inanılmaz derecede esnek ve uyarlanabilir bir hukuki araç haline getirir.

252. Arlen J. ve Kahan M. (2017), Corporate Governance Regulation through Nonprosecution, 84 The University of Chicago Law Review, 323, s.325.

253. Greenblum B. M. (2005), “What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements,” 105[6] *Columbia Law Review*, 1863, s.1864.

254. Grasso C. (2016), “Peaks and troughs of the English deferred prosecution agreement: the lesson learned from the DPA between the SFO and ICBC SB Plc,” 5 *Journal of Business Law*, 388, s.396.

7.9.2. Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları – Olası Avantajlar

Bir hukuk sisteminde KEA'ların uygulanması, yalnızca ilgili şirketler ve savcılar için değil, aynı zamanda hükümet ve genel olarak toplum için de avantajlı olabilir.

Kovuşturma, mahkemeye sevk ve mahkumiyet, ilgili şirketlerin ticari faaliyetleri için çok ciddi sonuçlar doğurabilir ve en kötü senaryoda iflas ve şirketin tasfiyesine yol açabilir. Takata Corporation'ın çöküşü, böyle bir potansiyel sonucun önemli örneklerinden biridir. 2017'de, araç güvenlik ekipmanları üreticisi Takata'nın, patlayarak en az 22 masum insanın hayatına mal olan kusurlu hava yastıkları ürettiği ortaya çıktı. Sonuç olarak, ABD Adalet Bakanlığı şirketin üç yöneticisini elektronik dolandırıcılık ve komplo kurmakla suçladı. Şirket, dolandırıcılık suçunu itiraf edip 975 milyon dolar tazminat ve 25 milyon dolar para cezası dahil olmak üzere 1 milyar dolar ceza ödemeyi kabul etti. Takata ayrıca milyonlarca hava yastığını da geri çağırarak zorunda kaldı. Yargılamadan büyük ölçüde etkilenen ve itibarı dibe vuran şirket, Haziran 2017'de iflas koruması için başvuruda bulundu ve mevcut faaliyetleri, Çinlilere ait bir Amerikan şirketi olan rakip firma Key Safety Systems'a (KSS) satıldı.²⁵⁵

Buna karşılık, kamuya açık bir yargılama durumunda genellikle basın tarafından rezil edilen şirketler, bir KEA imzalayarak itibarlarını koruyabilir ve ceza davalarının potansiyel olarak ölümcül sonuçlarından kaçınabilir. Aynı zamanda, bir KEA kapsamında tüzel kişiler, genellikle ağır bir ceza içeren çeşitli koşullara uymak zorunda olsa da, bir ceza yargılamasının sonuçlarının doğal belirsizliğini, müzakere edilmekte olan KEA'nın kararlaştırılan kesinliği ile "takas etmeye" dayanan önemli avantajın şirket için dolaylı olarak katlanılabilir olduğu varsayılabilir.

Şirketler için bir diğer büyük avantaj, yolsuzluk gibi ciddi suçlardan farklı olarak, KEA'ların kamu ihalelerine katılmaktan men edilmeye neden olmamasıdır. Kara listeye alma önlemleri, kurumsal suçla mücadelede en etkili silahlardan biridir. Bu, 26 Şubat 2014 tarihli ve 2014/25/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin kabul edilmesiyle teyit edilmiştir.²⁵⁶ Direktifte, bir suç örgütüne katılmış veya yolsuzluk, Birliğin mali çıkarlarına zarar verecek şekilde dolandırıcılık, terör suçları, kara para aklama veya terörün finansmanından suçlu bulunmuş işletmelere kamu ihalelerinin verilmemesi öngörülmektedir. Ayrıca, vergilerin veya sosyal güvenlik primlerinin ödenmemesinin Birlik düzeyinde zorunlu olarak dışlanmaya yol açması gerektiği belirtilmektedir. Hizmetlerini veya ürünlerini kamu idarelerine sunarak ayakta kalan firmalar için bu kolaylıkla bir ölüm kalım meselesi haline gelebilir. Birleşik Krallık'ta Rolls Royce²⁵⁷ ve İtalya'da AgustaWestland²⁵⁸ vakaları böyle bir avantaja örnek olarak gösterilebilir.

KEA'lar savcılara da önemli avantajlar sağlar. Onların bakış açısına göre, KEA'ların avantajları bir "başarının" kesinliğini içerirken, bir yargılamanın sonucu, özellikle yargılama sırasında önemli bir beraat riskinin olabileceği karmaşık ulus ötesi kurumsal suç davalarında belirsiz olabilir.²⁵⁹ Benzer şekilde, savcıların bir tüzel kişiyle bir anlaşma yaptığı durumlarda, "tam" bir soruşturma yürütmek zorunda bile kalmazlar. Soruşturmacıların genellikle aynı soruşturulan şirketten delil niteliğinde materyaller almaları şaşırtıcı olmamalıdır. Normal bir ceza yargılaması yerine bir uzlaşma çözümü teklif etmenin savcılığın takdirine bağlı olduğu, yani iddia edilen fiil hakkında tam soruşturma yürütmek yerine bir KEA teklif etmenin uygun olup olmadığına yalnızca savcılık makamlarının karar verebileceği göz önünde bulundurulduğunda, kendi aleyhine tanıklık etmek ve iç soruşturmalarının sonuçlarını savcılara sunmak soruşturulan şirketin çıkarına olabilir. Aynı zamanda, iç soruşturmalar, bilgilerin zamanında verilmesini sağlamaları bakımından kolluk kuvvetleri tarafından genellikle olumlu görülürken, yetkili makamlar bu bilgileri kendi çabalarıyla toplarken ciddi zorluklarla karşılaşabilirler. Nitekim, kurumsal cezai soruşturmalar son derece karmaşıktır ve çok büyük miktarda kamu kaynağı gerektirir. Ulus ötesi şirketlerin dünyanın dört bir yanına dağılmış bağlı şirketlere sahip olabileceği ve böylece farklı yargı alanlarında tüm delil niteliğindeki belgelerin toplanması, ulusal kolluk kuvvetleri için imkansız bir görev oluşturabileceği dikkate alındığında mesele daha da karmaşık hale gelebilir. Ayrıca, kamu soruşturmacıları karmaşık ticari faaliyetleri değerlendirmek için yeterli uzmanlığa sahip olmayabilir; oysa firmalar kendi işlerini anlar ve sorunlar ortaya çıktığında ne olduğunu incelemek açısından en iyi konuma sahiplerdir. Birleşik Krallık KEA Uygulama Kurallarında, savcının bir KEA yapıp yapmamaya karar verirken dikkate alabileceği faktörler arasında açıkça "[şirketin] savcıya verdiği bilgilerin toplamının" yer alması önemlidir.²⁶⁰

255. Mokhtari C. (2019), *Death from the inside: An analysis of the murderous business strategy of Takata corporation*, <https://corporatesocialresponsibilityblog.com>, Erişim tarihi: 17 Aralık 2019.

256. *AEAda geçerli 2004/17/EC Direktifini ilga eden su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetlerinde faaliyet gösteren kurumların alımlarına dair 26 Şubat 2014 tarihli ve 2014/25/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi*, Erişim adresi: <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 18 Aralık 2019.

257. SFO (2014), *Rolls-Royce PLC*, www.sfo.gov.uk, Erişim tarihi: 18 Aralık 2019.

258. CIPFA (2016), *When good laws aren't implemented*, www.cipfa.org, Erişim tarihi: 18 Aralık 2019.

259. King C. ve Lord N. (2018), *Negotiated Justice and Corporate Crime: The Legitimacy of Civil Recovery Orders and Deferred Prosecution Agreements*, Palgrave, s.12.

260. CPS (2013), *Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları Uygulama Kuralları*, www.cps.gov.uk, Erişim tarihi: 18 Aralık 2019.

KEA'lar, devletler ve hatta genel olarak toplum için de avantajlı görünmektedir. Soruşturma maliyetlerinin düşürülmesinin vergi mükelleflerinin önemli miktarda parasından tasarruf edilmesini sağlayacağı gerçeğinin yanı sıra, masum tarafların yargılama sonucunda önemli zararlara uğrama ihtimali düşünüldüğünde tüzel kişileri cezai sorumluluk yoluyla sorumlu tutmanın toplum için önemli ek maliyetlere yol açabileceğinin altı çizilmelidir. Örneğin, masum paydaşlar hisse fiyatındaki keskin düşüşten olumsuz etkilenebilir, suç fiiliyle hiçbir ilgisi olmayan çalışanlar küçülme nedeniyle işten çıkarılabilir ve tedarikçilerin ve alacaklıların iş faaliyetleri de olumsuz sonuçlarla karşılaşabilir. Ayrıca, ceza yargılaması, özellikle yüksek yoğunluklu pazarlarda rekabeti etkileyebilir ve kovuşturulan şirketin stratejik bir hizmet veya ürünün sağlayıcısı olduğu durumlarda ilgili müşteriler veya kamu idaresi için zararlı sonuçlar doğurabilir. Akdi nitelikleri sayesinde KEA'lar, genellikle olağan kovuşturma ile ilgili olumsuz ikincil sonuçlardan kaçınmak veya bunları hafifletmek açısından faydalı olabilir.

Son olarak, akdi nitelikleri nedeniyle KEA'lar, çok esnek ve uyarlanabilir bir hukuki araçtır ve normal bir ceza yargılaması sürecinin esnemeziğinin aksine, yapısal kurumsal sorunların giderilmesine ilişkin yeterli ve yaratıcı çözümler üretmek ve şirketleri iyi kurumsal yurttaşlık yoluna sokmak için kovuşturma makamlarının ve şirketlerin işbirliği yapmasına olanak tanır. Özellikle, anlaşma şartlarına daha önce belirtilmemiş ek bir telafi edici eylem biçimini dahil etme imkanı, bir KEA aracılığıyla uygulanabilecek yaratıcı önlemlere yol açabilir (örneğin bir şirketin belirli sayıda yeni ürün yaratmaya yükümlü kılınması, bir sağlık kurumunun belirli bir süre boyunca istihdam pozisyonları; bir tıbbi kurumun belirlenen bir miktara kadar ücretsiz sağlık hizmeti sunmasının zorunlu kılınması, ticari bir kuruluşun bir araştırma projesi veya akademik bir makamı (örneğin yolsuzlukla mücadele konusunda) finanse etmesinin zorunlu kılınması gibi).

Örneğin, Birleşik Devletler New Jersey Bölgesi Başsavcılığı ile Fortune'un en büyük 100 ilaç şirketi listesinde yer alan ve New Jersey'de büyük bir işveren olan Bristol-Myers Squibb Şirketi arasında Haziran 2005'te imzalanan KEA'dan söz etmek mümkündür. Eczacılık ürünleri üreten ve bunları toptancılardan oluşan bir dağıtım kanalı aracılığıyla dağıtan şirket, "kanal doldurma" olarak bilinen uygulamayı da içeren hileli bir kazanç yönetimi planını yürütmekle suçlandı. Bu uygulama, kasıtlı olarak toptancılara halka satılabileceklerinden daha fazla eczacılık ürünü göndererek şirketin satış ve kazanç rakamlarını şişirmek için finansal teşviklerin kullanılmasını ifade eder. Nitekim, bu KEA aracılığıyla, 2000 ve 2001 yıllarında gerçekleştirilen hileli uygulamaların tekrarlanması riskini en aza indirmek için Bristol-Myers'in kurumsal yönetim sisteminde reform yapıldı. Söz konusu davada, bu hedef, Bristol-Myers'in iş kararlarına maksimum düzeyde yönetim kurulu katılımı ve hesap verebilirlik sağlayacak bir çözüm olarak icrai görevi olmayan bir Başkan pozisyonunun oluşturulması yoluyla gerçekleştirilmeye çalışıldı.²⁶¹

7.9.3. Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları – Olası Dezavantajlar

Herhangi bir yargı alanında KEA'ların kullanılması, avantajların yanı sıra bazı olası dezavantajlar da yaratabilir. İlk dezavantaj, kurumsal suç davalarını bu hukuk aracını kullanarak çözüme eğiliminin artmasıyla ilgili olabilir. KEA'ların hem kovuşturma makamlarına hem de tüzel kişilere sunduğu önemli avantajlar, KEA'nın benimsenmesinin adalet ve eşitlik açısından sorgulanabilir olduğu durumlarda (örneğin tekrar suç işleme olaylarının olduğu durumlarda) bile doğal olarak anlaşma yapmaya yönelik bir eğilim doğurur.²⁶²

Diğer bir önemli risk, bireysel sorumluluğa yönelik gizli odak kaybıyla ilgilidir. Karmaşık kurumsal suç davalarını çözüme kavuşturmanın kolay bir yolunu temsil eden KEA'ların uygulamaya koyulması, savcılık makamlarının (ve medyanın) dikkatini ilgili gerçek kişilerin soruşturmalarından uzaklaştırabilir. Ayrıca, başarılı bir şekilde KEA yapmak için kovuşturma makamlarının "tam" bir soruşturma yürütmek zorunda olmadıkları gerçeği, bu durumu daha da kötüleştirmektedir. "Tam" bir soruşturma yapılmadığında, şirket yöneticilerinin suç fiiline kasıtlı olarak dahil olduklarının herhangi bir makul şüphenin ötesinde kanıtlanması için savcıların yeterli delil toplaması pek olası değildir. Rolls-Royce gibi yaygın ve uzun süreli kurumsal rüşvet olaylarında, İngiliz savcılarının yolsuzluk ödemelerinden hangi yöneticilerin sorumlu olduğuna ilişkin soruşturmayı kapatmış olması önemlidir.²⁶³ Bu kritik bir konudur, çünkü ABD Adalet Bakanlığının Yates Bilgi Notunda vurgulandığı gibi, kurumsal suçla mücadele etmenin en etkili yollarından biri, suçu işleyen kişilerin hesap vermesini istemektir.²⁶⁴

261. Christie C. J. ve Robert H. M. (2006), "Push down the Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement between the US Attorney for the District of New Jersey and the Bristol-Myers Squibb Co.," 43 American Criminal Law Review, 1043, s.1051.

262. Ayrıca bkz. Garrett B. L. (2014), Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations, Harvard University Press.

263. The Guardian (2019), *Campaigners condemn closure of Rolls-Royce bribery inquiry*, www.theguardian.com, Erişim tarihi: 19 Aralık 2019.

264. DOJ (2015), *Kurumsal Suçlara İlişkin Bireysel Sorumluluk*, www.justice.gov, Erişim tarihi: 19 Aralık 2019.

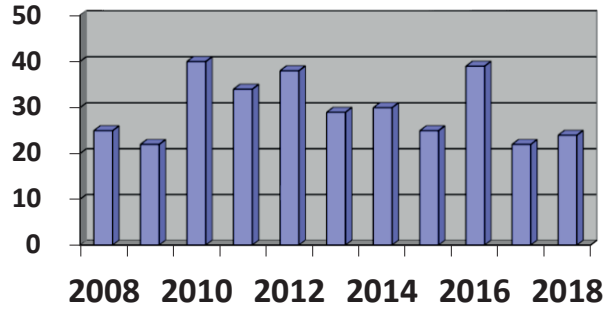
Son olarak, kovuşturma makamları, ceza yargılaması idaresinin gerektirdiği bağımsızlık ve adalet derecesi ile potansiyel olarak bağdaşmayan bir çıkar çatışması yaratacak şekilde para toplamak için KEA'ları dayatma eğiliminde olabilirler. Google'ın ABD'deki tüketicilere yasa dışı yollarla ilaç satan Kanada eczanelerinden gelen reklamları kabul etmesiyle ilgili olan 2012 tarihli "Google ile Uzlaşma" vakası, böyle bir duruma örnek teşkil etmektedir. Bu olayda, yaklaşık 230 milyon dolar olmak üzere uzlaşma tutarının önemli bir kısmı Rhode Island'ın polis departmanlarına, başsavcılığın ofisine ve Ulusal Muhafızlara dağıtıldı. Bu paralar, bir binanın yanı sıra yeni ekip arabaları, şok tabancaları, tüfekler ve bir polis karakolu satın almak ve polis emeklilik fonlarını yenilemek için kullanıldı.²⁶⁵

7.9.4. Uluslararası Örnekler – Amerika Birleşik Devletleri

PMahkeme öncesi uzlaşma anlaşmalarının kullanımı, KEA'ların doğrudan savcılık uygulamalarından ortaya çıktığı Birleşik Devletler'de 1990'ların başlarına dayanmaktadır. Aşağıdaki tabloda gösterildiği gibi, ABD hukuk sisteminde yirmi yıldan fazla kullanımın ardından, uzlaşma prosedürleri yaygın olarak kullanılan bir hukuki araç haline gelmiştir. Özellikle, son 10 yılda Amerikan makamları şirketlerle 300'den fazla uzlaşma anlaşması²⁶⁶ imzaladı.²⁶⁷

Birleşik Devletler'de savcıların ceza davalarını mahkumiyetten başka yollarla çözmek için üç seçeneği olduğu

Birleşik Devletler'de KEA'lar/TA'lar 2008/2018



vurgulanmalıdır: Haksız Elde Edilen Kazançların İadesiyle Kovuşturmanın Reddi, Takipsizlik Anlaşmaları (TA'lar) ve Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları (KEA'lar).

Haksız Elde Edilen Kazançların İadesiyle Kovuşturmanın Reddi, en son Mart 2019'da güncellenmiş olan FCPA Kurumsal Uygulama Politikasında belirtildiği gibi, "uluslararası niteliği ve diğer faktörler dahil olmak üzere [yabancı yolsuzluk] konularında arz ettikleri benzersiz sorunlar nedeniyle" kurumsal yabancı rüşvet vakalarında özellikle geçerli olan hukuki bir çözümdür.²⁶⁸ Bu program kapsamında, ABD Adalet Bakanlığı, şirketin yabancı bir rüşvet olayına karıştığı, ancak kendi isteğiyle kusurlu eylemi ifşa ettiği, yetkililerle tam işbirliği yaptığı ve telafi edici eylemleri zamanında ve uygun şekilde gerçekleştirdiği durumlarda şirketin haksız olarak elde ettiği kazançları iade etmesi şartıyla davayı reddedebilir. Bu, suçun ciddiyetini veya suçlunun niteliğini içeren ağırlaştırıcı koşulların olmadığı durumlarda uygulanabilir.

Bir Takipsizlik Anlaşması (TA) kapsamında, ABD Adalet Bakanlığı, dava açma hakkını saklı tutar, ancak şirketin anlaşma süresince iyi halini sergilemesine izin vermek için bunu yapmaz. Sonuç olarak, KEA'nın aksine, bir TA mahkemeye sunulmaz; bunun yerine taraflarca saklanır.

265. ABC6 (2012), *RI Gets 230 Million of Google Settlement*, www.abc6.com, Erişim tarihi: 19 Aralık 2019.

266. Bu sayı, hem takipsizlik anlaşmalarını (TA'lar) hem de kovuşturmanın ertelenmesi anlaşmalarını (KEA'lar) içerir ve DOJ'nin Vergiyle İlgili İsviçre Bankaları Programı kapsamındaki 2015 tarihli uzlaşma anlaşmalarını içermez.

267. Bkz. Gibson Dunn (2019), *2018 Year-End Update on Corporate Non-Prosecution Agreements and Deferred Prosecution Agreements*, www.gibsondunn.com, Erişim tarihi: 19 Aralık 2019.

268. DOJ (2019), 9-47.120 – *FCPA Kurumsal Uygulama Politikası*, www.justice.gov, Erişim tarihi: 20 Aralık 2019.

Bir TA'nın şartları, bir KEA'nın şartlarına benzer ve genellikle bir para cezasının ödenmesine ek olarak, zaman aşımı hakkından feragat edilmesini, sürekli işbirliği yapılmasını, maddi unsurların kabul edilmesini ve uygunluk ve telafi etme taahhütlerini içerir. Anlaşmanın süresi boyunca şirketin anlaşmaya uyması halinde, ABD Adalet Bakanlığı suç duyurusunda bulunmaz.²⁶⁹

Uzlaşma anlaşmalarının kullanılması, kurumsal suç alanındaki ABD uygulamalarını kökten değiştirdi. Uzlaşma anlaşmaları, şirketlerin soruşturmalarını kolluk kuvvetlerine sunarak soruşturma ve işbirliği yapma istekliliğindeki belirgin artıştan da kısmen sorumlu gibi görünmektedir.²⁷⁰ Böyle bir başarı öyküsü, bu tür mahkeme öncesi müzakerelerin diğer ülkelere de ihraç edilmesinde rol oynamıştır.

7.9.5. Uluslararası Örnekler – İngiltere ve Galler

2013 tarihli Suç ve Mahkemeler Yasasının 17. Ekinde, Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları (KEA'lar) İngiliz hukuk sistemine dahil edilmiştir.²⁷¹ KEA'ların İngiliz hukuk sisteminde uygulanması, birbiriyle yakından ilgili iki ana nedene bağlanabilir: Birincisi, suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan şirketlere karşı başarılı soruşturmalar yürütmeleri için yetkili makamların üzerinde artan baskı ve ikincisi, herhangi bir resmi hukuki çerçevenin yokluğunda, yargının tarafların anlaşmalarına göre hareket etmek konusunda büyük bir isteksizlik göstermesi.²⁷²

2013 tarihli Suç ve Mahkemeler Yasasının 17. Eki uyarınca, tüzel kişilerin bir KEA'yı müzakere etmeye davet edilme hakları yoktur, çünkü bir KEA'nın kabulü savcının takdirine bağlıdır. Uygulama Kurallarında belirtildiği gibi: "Bir KEA, iddia edilen suç fiiline yanıt vermenin bir yolunu sağlamak için Yasa tarafından oluşturulan isteğe bağlı bir araçtır. Savcı, kovuşturmaya alternatif olarak bir KEA üzerinde anlaşmaya varmak için [bir şirketi] müzakerelerde bulunmaya davet edebilir."²⁷³

Bir İngilizce KEA'nın içeriği, herhangi bir KEA'nın içermesi gereken iki zorunlu unsurun verildiği Ekin 5. bölümünde belirtilmiştir: İddia edilen suçlarla ilgili olguların beyanı ve KEA'nın sona erme tarihinin belirtilmesi. Ekte Bölüm 5(3)'te, bir KEA'da yer alabilecek şartların bir listesi verilmektedir. Bölümde özellikle şunlar belirtilmektedir: "Bir KEA'da [şirkete] uygulanabilecek şartlar arasında şunlar yer alır:

- (a) savcıya para cezası ödemek;
- (b) iddia edilen suçun mağdurlarını tazmin etmek;
- (c) bir hayır kurumuna veya başka bir üçüncü şahsa bağışta bulunmak;
- (d) P'nin iddia edilen suçtan elde ettiği tüm kazançları iade etmek;
- (e) P'nin politikaları veya P'nin çalışanlarının eğitimi veya her ikisi ile ilgili olarak bir uygunluk programını uygulamaya koymak veya mevcut bir uygunluk programında değişiklikler yapmak;
- (f) iddia edilen suçla ilgili herhangi bir soruşturmada işbirliği yapmak;
- (g) iddia edilen suç veya KEA ile ilgili olarak savcının makul masraflarını ödemek."²⁷⁴

"Uygulanabilecek" ifadesinin kullanılması, listenin örnek olarak verildiğini açıkça gösterir. Zorunlu bir içerik listesinin bulunmaması, bu hukuki aracın akdi niteliği bakımından daha uygun olsa da ve esnek yapısının korunmasını sağlasa da bu aynı zamanda bir endişe kaynağı olarak görünmektedir. En azından, elde edilen kazançların iadesi her KEA için zorunlu bir içerik olarak listelenmiş olmalıydı. Nitekim, herhangi bir adalet sisteminde kanunlar, suçun ilgili masrafları çıkarmayacağı ve suçluların suç eylemlerinden fayda sağlamayacağı şekilde uygulanmalıdır.²⁷⁵

ABD'den farklı olarak, İngiliz mevzuatında, KEA usulü üzerinde resmi bir adli kontrolün uygulanması öngörülmektedir.²⁷⁶ Yargının katılımı iki farklı aşamaya ayrılmıştır: Bir savcı ile bir şirket arasında müzakerelerin başlamasından sonra, ancak KEA'nın şartları kararlaştırılmadan önce ve bir savcı ve bir şirket KEA'nın şartlarını

269. OECD (2019), *Yabancı Rüşvet Vakalarının Mahkeme Dışı Çözümlerle Sonuçlandırılması: Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin Taraflarınca Uzlaşmalar ve Mahkeme Dışı Anlaşmalar*, www.oecd.org, Erişim tarihi: 20 Aralık 2019, s.47.

270. Arlen J. (2018), *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Corporate Criminals Into Corporate Cops*, https://papers.ssrn.com/, Erişim tarihi: 20 Aralık 2019, s.5.

271. 2013 tarihli Suç ve Mahkemeler Yasası (c.22), Ek 17 (CCA 2013 Sch.17).

272. Grasso C. (2016), "Peaks and troughs of the English deferred prosecution agreement: the lesson learned from the DPA between the SFO and ICBC SB Plc," 5 Journal of Business Law, 388, s.389.

273. CPS (2013), *Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları Uygulama Kuralları*, www.cps.gov.uk, Erişim tarihi: 18 Aralık 2019.

274. 2013 tarihli Suç ve Mahkemeler Yasası (c.22), Ek 17, bölüm 5(3).

275. Grasso C. (2016), "Peaks and troughs of the English deferred prosecution agreement: the lesson learned from the DPA between the SFO and ICBC SB Plc," 5 Journal of Business Law, 388, s.397.

276. 2013 tarihli Suç ve Mahkemeler Yasası (c.22), Ek 17, bölüm 7 ve 8.

kararlaştırdığında. Mahkemenin müdahalesi anlaşmanın adil, makul ve orantılı şartlar içerdiğinin ve söz konusu davada normal yargılamadan sapılmasının adaletin çıkarına olduğunun tespit edilmesine yöneliktir.

İlk amaç belirli teorik ve pratik konuları gündeme getirmese de, "adaletin çıkarı" kavramı Suç ve Mahkemeler Yasasında açıklığa kavuşturulmamıştır ve hala bir dereceye kadar muğlak görünmektedir.

Yürürlüğe girmesinden bu yana, 2013 tarihli Suç ve Mahkemeler Yasasının 17. Eki, karmaşık kurumsal dolandırıcılık ve rüşvet vakalarını soruşturmada uzmanlaşmış bir kovuşturma makamı olan İngiliz Ciddi Dolandırıcılık Bürosu tarafından başarılı bir şekilde beş KEA yapmak için kullanılmıştır.²⁷⁷ Birleşik Krallık'ın özellikle yabancı görevlilere rüşvetle ilgili kurumsal suç davalarının kovuşturulmasındaki eksiklikleri gidermede devam eden başarısızlığı²⁷⁸ göz önünde bulundurulduğunda, bu önemli bir tersine dönüş gibi görünmektedir. Ancak, böyle bir sonucun yalnızca KEA'nın benimsenmesinin değil, aynı zamanda savcıların kurumsal yolsuzluk vakalarını soruşturma görevini önemli ölçüde kolaylaştıran "ticari kuruluşların rüşveti önleyememesi"²⁷⁹ suçunun da uygulamaya koyulmasının bir sonucu olduğu vurgulanmalıdır. Bu suç, bilgi, niyet veya dikkatsizlik gerektirmeyen ve ticari kuruluş aktif veya pasif rüşvet teşkil eden eylemleri engelleyemediğinde ortaya çıkan, ihmale ilişkin yeni bir kurumsal sorumluluk biçimi getirmiştir.²⁸⁰

7.9.6. Uluslararası Örnekler – Fransa

Kelimenin tam anlamıyla "Adli Kamu Yararı Anlaşması" anlamına gelen Convention Judiciaire d'Interet Public (CJIP), 9 Aralık 2016 tarihinde Sapin II kanunu (2016 tarihli ve 1691 sayılı kanun) aracılığıyla Fransız hukuk sistemine dahil edilmiştir.²⁸¹ Fransız Ceza Kanunu madde 41-1-2 uyarınca savcı, yolsuzluk veya diğer suçlarla ilgili olarak sorgulanan tüzel kişiye bir CJIP imzalayarak ceza davasını sonlandırma seçeneği sunabilir.

Şeffaflığı artırmayı, yolsuzlukla mücadeleyi ve ekonomiyi modernleştirmeyi amaçlayan yeni mevzuat, uluslararası çalışmalarla paralel olarak Fransız yolsuzlukla mücadele ve şeffaflık kanunlarına önemli değişiklikler getirmiştir.²⁸² Kanunda, diğer hususların yanı sıra, Kanuna tabi Fransız şirketlerinin yolsuzlukla mücadele politika ve prosedürlerini, eğitim programlarını, ihbar süreçlerini, risk haritalama çalışmalarını, izleme prosedürlerini ve yolsuzluğu tespit etmeye ve önlemeye yönelik muhasebe kontrollerini uygulaması öngörülmektedir.²⁸³

Fransız bakış açısına göre, kurumsal uzlaşma prosedürlerinin uygulamaya koyulması yalnızca, uluslar ötesi yolsuzluk vakalarının çoğunda, artık şirketlere yaptırımların mahkeme dışı çözüm mekanizmalarıyla uygulandığı için değil, aynı zamanda bu etkileşimsel adalet, kamu yetkililerinin iki hedefi bağdaştırmasına olanak tanıdığı için gereklidir: Bu suçları işleyen şirketlere ciddi ve gecikmeden yaptırım uygulanması ve aynı zamanda işlerinin devam etmesine izin verilmesi.²⁸⁴

Uzlaşma prosedüründen yararlanabilmek için şirketin aşağıdaki şartları yerine getirmesi gerekmektedir:

- ▶ Suçlardan elde edilen kazançların iade edilmesi;
- ▶ Suçtan kazanılan miktarla orantılı ve önceki üç mali yıl için hesaplanan ortalama yıllık cironun maksimum %30'u ile sınırlandırılmış bir para cezasının ödenmesi;
- ▶ Fransız Yolsuzlukla Mücadele Kurumunun kontrolü altında, maksimum üç yıllık bir süre için bir uygunluk programının oluşturulması;
- ▶ Suçun mağdurlarına verilen zarar tespit edilebilirse mağdurların bir yıl içinde tazmin edilmesi;
- ▶ Hukuk ve mali müşavirinin yardımı için verilecek ücretler de dahil olmak üzere prosedürün masraflarının üstlenilmesi.

277. SFO (2019), *Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları*, www.sfo.gov.uk, Erişim tarihi: 20 Aralık 2019.

278. Birleşik Krallık'ın 1906'da rüşvet yasasını kabul etmesinden 2000'lerin başına kadar sadece bir şirket rüşvet suçlamasıyla yargılandı ve mahkumiyet temyiz üzerine bozuldu. OECD (2008), *Birleşik Krallık: Faz 2bis – Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Rapor*, www.oecd.org, Erişim tarihi: 20 Aralık 2019.

279. 2010 tarihli Rüşvet Yasası, (c.23) b.7.

280. Alldridge P. (2012), "The U.K. Bribery Act: 'The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA'", 73 Ohio State Law Journal, 1181, 1202.

281. Legifrance (2016), *LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, www.legifrance.gouv.fr, Erişim tarihi: 20 Aralık 2019.

282. d'Ambrosio L. (2019), "L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption: un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, s.205

283. Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Yasası Merkezi Kurumu, *Yeni Fransız Yolsuzlukla Mücadele Kanunu*, http://fcpa.stanford.edu/, Erişim tarihi: 20 Aralık 2019.

284. AFA (2019), *Guidelines on the Implementation of the Convention Judiciaire d'Interet Public*, www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr, Erişim tarihi: 20 Aralık 2019.

KEA'lara benzer şekilde, CJIP bir suç beyanı gerektirmediği gibi tüzel kişinin ulusal kamu ihalelerinden men edilmesini de gerektirmez.²⁸⁵

CJIP'nin usule ilişkin hususlarıyla ilgili olarak, bir uzlaşma anlaşması seçeneği, kovuşturma başlamadan önce savcı tarafından teklif edilebilir. Daha sonra, şirket ile savcı arasında bir anlaşmaya varılırsa, uzlaşma anlaşması Fransız Hukuk Mahkemesi ("Tribunal de Grande Instance") Başkanı tarafından onaylanmalıdır.

Yeni yasaya göre, CJIP'yi onaylayan hakim, bunun gerekçelerini, prosedürlerin normalliğinin yanı sıra para cezasının ve ihlallerin büyüklüğü ile ilgili olarak önerilen tedbirlerin orantılılığını teyit eden bir kamu kararında belirtmelidir. Anlaşma onaylanmazsa, şirket geri çekilirse veya anlaşmada belirtilen yükümlülükler ihlal edilirse kovuşturma devam eder.

Uzlaşma kararı, Fransız Yolsuzlukla Mücadele Kurumunun (*Agence Française Anticorruption veya AFA*) İnternet sitesinde uzlaşma anlaşması ve para cezası miktarı ile birlikte yayımlanır.

285. Aynı kaynak. s.4.

8. Hukuki Araç Seti

Bu hukuki araç seti, tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin hazırlanması için bir başlangıç noktası sunar. Aşağıda yer alan hükümlerin dili, esasen açıklayıcı niteliktedir ve seçilebilecek seçenekleri sunar. İlgili ülkenin ihtiyaçlarını, terminolojisini ve hukuki çerçevesini göz önünde bulundurarak, her yargı alanı için dikkatli bir şekilde bir yasal düzenleme hazırlama sürecinin yerini almaz. Tüm ülkelerden uygulayıcıların sunulan terminolojiyi ve usule ilişkin düşünce biçimini kendi sistemlerine uyarlamaları da önemlidir.

Bu araç setinde aşağıdaki yaklaşım izlenmektedir:

- ▶ **Düzenleyici yönergeler**, araç setinin kullanıcılarına kendi yasa taslakları için bir başlangıç noktası sağlar. Uygun durumlarda birkaç seçenek sunarlar. Doğal olarak, bu kuralcı bir öneri değil, daha çok tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin bir yasanın nasıl hazırlanacağını gösterme girişimidir.
- ▶ Her hüküm için **yorumlar** mantığı açıklığa kavuşturur, düzenlemenin gerekliliğini vaka örnekleri ile gösterir ve neye dikkat etmeniz gerektiğini vurgular. Yorumlarda, mevcut karşılaştırmalı literatürün çalışmalarını ikiye katlamadan uluslararası standartlara ve ulusal düzenlemelerden örneklerle de atıfta bulunmaktadır.

Söz konusu yasaların kesin sınırlarından bağımsız olarak, mevzuatın (en iyi mevzuatın bile) etkili olabilmesi için uygulanması gerekir. Bunun için, yeterli kaynaklar, finansal istihbarat, farklı kurumlar arasında (yerel ve uluslararası) işbirliği ve deneyimli ve kendini işine adanmış personel gerekir.

8.1. Bölüm I: Sorumluluk

8.1.1. Ön not: İdari mi cezai mi?

Tüzel kişilerin üç tür sorumluluğu vardır: Hukuki, idari ve cezai. Genellikle ülkeler hukuki sorumluluğu idari veya cezai sorumlulukla birleştirir.

Bu hukuki araç seti, hem idari hem de bir cezai sorumluluk kavramı olarak birleştirilebilecek şekilde hazırlanmıştır. Benzer şekilde, örneğin Avusturya'da olduğu gibi hem bağımsız bir yasa olarak hazırlanabilir hem de İsviçre'de olduğu gibi ceza ve ceza muhakemesi kanununun çeşitli hükümlerine entegre edilebilir.

8.1.2. Madde 1 – Kapsam: Tüzel kişiler, suçlar

(1) [Tüzel kişiler] "Tüzel kişi" şu anlama gelir:

- ▶ (a) [Ulusal kanunlar] Devlet yetkisini kullanan Devletler veya diğer kamu kurumları ve uluslararası kamu kuruluşları haricinde, kanun (tanımlanmalı: şirketler hukuku vb.) kapsamında böyle bir statüye sahip herhangi bir kurum;
- ▶ (b) [Devlete ait şirketler] paragraf a kapsamında, tamamen veya kısmen Devlete ait olan ve kar amacıyla faaliyet gösteren herhangi bir kuruluş;
- ▶ (c) [Kişiliği olmayan işletmeler] tüzel kişiliği kısmen olan veya hiç olmayan herhangi bir ticari kuruluş;
- ▶ (d) [Yabancı kuruluşlar] kurulduğu yargı alanında bu tür bir statüye sahip olan ve paragraf 1a, b ve c'de tanımlanan bir tüzel kişiye benzer olan herhangi bir yabancı tüzel kişi.

(2) [Suçlar] Bu yasama yönergeleri kapsamında sorumluluk, yardımcı veya azmettirici olarak katılım da dahil olmak üzere şu suçlar için geçerlidir (yurt içinde mevcut olduğu ölçüde): Görevin kötüye kullanılması, hesaplarda sahtecilik, aktif rüşvet, kamu fonlarının zimmete geçirilmesi, dolandırıcılık, haksız zenginleşme, kara para aklama, adaleti engelleme ve nüfuz ticareti.

(3) [Özel kanunlar] Bu yasama yönergeleri kapsamında sorumluluk, Ceza Kanunu dışındaki ek ceza hükümlerinin ihlalleri için de geçerlidir.

Paragraf 1

Uluslararası standartlar, tüzel kişinin ne olduğu konusunda kesin bir rehberlik sağlamaz. UNCAC ve OECD Sözleşmesi bu konuda tamamen sessiz kalmaktadır. Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi ve AB İkinci Protokolünde bu, 1. Maddenin 1a paragrafında olduğu gibi tanımlanmaktadır (bkz. Ek 2). Sözleşmeye İlişkin Açıklayıcı Raporda, Yorum 31'de bazı açıklamalar yapılmıştır: "[...] Bu nedenle, Madde 1(d), Devletlerin şirketler hukukunda veya ceza hukukunda yer alan kendi "tüzel kişi" tanımını kullanmasına izin verir. Ancak, aktif yolsuzluk suçları kapsamında, Devleti ve Bakanlıklar veya yerel yönetim organları gibi Devlet yetkisini kullanan diğer kamu kurumlarını ve ayrıca Avrupa Konseyi gibi uluslararası kamu kuruluşlarını açıkça tanımın kapsamı dışında tutmaktadır. [...] Ancak bir taraf Devlet, ceza hukuku veya idare hukuku yaptırımlarının kamu kurumlarına da uygulanmasına izin verecek kadar ileri gidebilir. [...]"²⁸⁶

Ancak, şirketler veya ceza hukuku, çoğu durumda, belirli kuruluşların tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı konusunda tam olarak net değildir. Bu, tam tüzel kişiliği olmayan özel ticari işletmeleri, bağlı tüzel kişilerden oluşan holdingleri, tek sahipli işletmeleri, vakıf fonlarını veya ortaklıkları ilgilendirir. Benzer şekilde, devlete ait veya devlet tarafından kontrol edilen şirketlerin veya kamu hukukuna göre kurulmuş işletmelerin "kamu kurumu" olup olmadıkları ve bu nedenle sorumluluktan muaf olup olmadıkları ilk bakışta genellikle net değildir.

Uluslararası eğilim açıkça, olabildiğince çok kuruluşu dahil etmeye ve yalnızca Devlet, belediyeler veya kamu vakıfları gibi kar amacı gütmeyen kamu kuruluşlarını kapsam dışında bırakmaya yönelik bir yaklaşıma işaret eder. OECD Rüşvet Çalışma Grubu, sözleşmeler yapabilen kamu kuruluşlarının sorumluluk kapsamına girdiği konusunda ısrar etmektedir.²⁸⁷ Örneğin, Çalışma Grubu bir vakada "Devletin sahip olduğu ve kontrol ettiği işletmelerin de rüşvetten sorumlu tutulabilmesini sağlamak için Ceza Kanununda değişiklik yapılmasını tavsiye etti.²⁸⁸ Örneğin, kamu politikası hedeflerini gerçekleştirmeye çalışan devlete ait şirketlerin cezai olarak sorumlu tutulmadığı İspanya'da olduğu gibi sınırlı istisnalar geçerli olabilir.²⁸⁹

Avrupa Birliğinde 28 Üye Devletten yalnızca 4'ü tüzel kişilerin sorumluluğunu katı bir şekilde özel kuruluşlarla sınırlandırmaktadır (yani tüm kamu kuruluşlarını muaf tutmaktadır).²⁹⁰ Dolayısıyla, Avrupa'daki uygulama, kamu kurumlarının tüzel kişilerin sorumluluk kapsamına dahil edilmesine yöneliktir. Üye Devletlerde tüzel kişilerin sorumluluğuna dair olarak AB tarafından finanse edilen karşılaştırmalı bir çalışmada şu tavsiye sunulmuştur: "Tüzel kişilerin suçlara ilişkin sorumluluklarıyla ilgili mevcut AB politikasında, kamu tüzel kişileri kapsam dahilinde değildir. Pek çok Üye Devletin ulusal sorumluluk yaklaşımları kapsamında bir veya daha fazla tür kamu tüzel kişisini içerdiği göz önünde bulundurulduğunda, AB, kapsamını buna göre genişletmeyi düşünebilir."²⁹¹

Özel hukuka tabi kurumlara ilişkin olarak OECD Çalışma Grubu, yasada "kurumsal statüye sahip olmayan tüzel kişilerin sorumluluğunun açıkça öngörülmesi"²⁹² veya "tabela şirketlerinin tüzel kişi olarak kabul edilmesini sağlamak için olası tüm önlemlerin alınması [...]" ve tabela şirketlerinin karıştığı yabancı rüşvet vakalarının etkili bir şekilde soruşturulabilmesi, kovuşturulabilmesi ve cezalandırılabilmesi" konusunda ısrar etmektedir.²⁹³

Her şey eğilimini yansıtan ülke örnekleri Estonya, Karadağ veya İsviçre'dir. İsviçre Ceza Kanunu, sorumluluğu tüzel kişi teriminden değil, bir "işletme" teriminden aldığından "tüzel kişiliği olmayan şirketler" ve "şahıs şirketleri" kavramlarını içerir (Madde 102).²⁹⁴ Bu bağlamda yolsuzluk riskleriyle ilgili olarak da şahıs şirketlerinin ekonomik önemi akılda tutulmalıdır. Örneğin, Almanya'da 2011 yılında 557 milyar avro değerinde hizmet ve teslimat yapan tüm işletmelerin %68,8'ini şahıs şirketleri oluşturuyordu.²⁹⁵ Estonya Ceza Kanunu Bölüm 37'de "pasif hukuki ehliyete sahip tüzel kişilerin suç işleyebileceği" açıklanmaktadır (pasif hukuki ehliyet, normalde sözleşme yapma ve mahkemede dava açma hakkı olarak anlaşılan aktif hukuki ehliyetin aksine tüzel kişinin hukuki varlığı anlamına gelir). Karadağ'da, "tüzel kişi, bir şirket, yabancı bir şirket ve şubesi, bir kamu işletmesi, bir kamu kurumu veya yerli ve yabancı bir sivil toplum kuruluşu, bir yatırım fonu, diğer herhangi bir fon (yalnızca

286. *Açıklayıcı Rapor*, www.coe.int, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

287. Pieth M./Low L./Cullen P. (2007), OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi: Bir Yorum, Madde 4 No. 3.4.

288. OECD (Aralık 2012), *İspanya: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 3a, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; ayrıca bkz. OECD (Mart 2015), *İspanya: Faz 3 Raporu Takip Çalışması ve Tavsiyeler*, (İspanya bu sorumluluk biçimini mevzuatına eklemiştir).

289. Pieth M., aynı kaynak.

290. Vermeulen G. ve diğerleri (2012), Liability of Legal Persons for Offences in the EU, s. 44/bölüm 2.2.2.2 "Private versus public".

291. Aynı kaynak, s. 139, tavsiye 4.

292. OECD (Aralık 2013), *İrlanda: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 2b, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

293. OECD (Aralık 2012), *Hollanda: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 13a, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

294. İsviçre'nin *1 Ocak 2015 tarihli ve SR 311.0 sayılı Ceza Kanunu*, www.admin.ch, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

295. Federal İstatistik Kurumu, KDV istatistikleri 2011, seri 14, bölüm 8.1.

kamu yetkilerini kullanan bir fon hariç), bir spor kurumu, bir siyasi parti ve ayrıca faaliyetleri kapsamında sürekli olarak veya arada sırada varlıklar edinen ve kazanan ve bunları elinden çıkaran diğer dernek veya kuruluşlar anlamına gelir”²⁹⁶

Sivil toplum kuruluşları, medya şirketleri veya siyasi partiler gibi belirli sektörlerdeki kuruluşların özel statüleri nedeniyle tüzel kişi tanımının dışında bırakılması mümkündür. Ancak, bunların sorumluluk kapsamına dahil edilmesi ve tasfiye gibi belirli yaptırımlar söz konusu olduğunda daha yüksek eşikler veya muafiyetlerin dikkate alınması daha çok tercih edilir. Savcılığın en yüksek derecede esnekliği korumasına imkan tanımak için (örneğin bir ortak girişimi, üyelerini veya hepsini kovuşturmak için), sorumluluğun kapsamının tüzel kişiliği olmayan kuruluşları da içerecek şekilde genişletilmesi tavsiye edilir.

Birçok ceza kanununda tüzel kişi terimi yalnızca yerli tüzel kişilerle ilişkili olarak tanımlanmaktadır. Bu, şirket avukatlarını, savcılar ve mahkemeleri, yabancı tüzel kişilerin bu terim kapsamına girip girmediği ve hangi koşullar altında girdiği sorusuyla karşı karşıya bırakmaktadır. Paragraf 1 (d)’de bu konuda herhangi bir belirsizlikten kaçınılmalıdır. Bu, yabancı kuruluşlar için “tüzel kişi” terimini kullanırken Alman üst mahkemelerinin oluşturduğu içtihadı uygundur.²⁹⁷ Savcılar, örneğin yabancı şirket sicilinden beyanlar alarak bu unsur hakkında delil sunabilirler. Ancak, bu bağlamda, birçok hukuk sisteminin tüzel kişileri tescil edilmeden önce veya herhangi bir tescil öngörülmeden bile tanıdığı unutulmamalıdır. Bu nedenle, yabancı şirket sicilinden gelen beyanlar bu bağlamla ilgili tek delil değildir.

Paragraf 2

Paragraf 2’de, Avrupa Konseyi, AB, OECD ve BM tarafından oluşturulan dört ana standarttaki tanımlar birleştirilmektedir. AB İkinci Protokolü, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinde sayılan suçlara dolandırıcılığı da eklemiştir. Tüzel kişilerin OECD Sözleşmesi kapsamındaki sorumluluğu açıkça yalnızca yabancı rüşvetle ilgilidir. Ancak, Sözleşmenin 8. maddesi daha da ileri giderek **muhasebe** suçlarının cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu nedenle OECD Çalışma Grubu, ülkelerin “hem gerçek hem de tüzel kişilerin hesaplarda sahtecilikten sorumlu tutulabilmesini sağlamalarını” şart koşturmaktadır.²⁹⁸

UNCAC, suç olarak zimmete para geçirme ve adaletin engellenmesini ve (zorunlu olmayan suçlar olarak) görevin kötüye kullanılması ve haksız zenginleşmeyi eklemektedir. Yine de, bir tüzel kişinin haksız zenginleşmeden (bir kamu görevlisinin) nasıl sorumlu olabileceğini hayal etmek zordur. Olası bir örnek, bir kamu görevlisinin devlete ait bir şirketin yönetim kurulunda görev yaptığı ve yalnızca şirketten gelebilecek açıklanamaz bir servet biriktirdiği durum olabilir. Bununla birlikte, haksız zenginleşmenin bazı ülkelerde yalnızca gerçek kişiler (genellikle kamu görevlileri) için değil, aynı zamanda tüzel kişiler için de bir suç olduğunun belirtilmesi gerekir. Örneğin Litvanya,²⁹⁹ 2010 yılında ceza kanununa tüzel kişilerin gerçekten işleyebileceği bir suç olarak haksız zenginleşmeyi eklemiştir:

“1. Değeri 500 AGD’yi [500 asgari geçim düzeyi ≈ 18.000 €] aşan mülklerin mülkiyet hakkına sahip ve bu mülklerin meşru bir gelire elde edilemeyeceğinin farkında olan veya olması gereken ve muhtemelen farkında olan bir kişi, para cezası, tutuklama veya dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. [...]

3. Bir tüzel kişi de bu Maddede öngörülen fiillerden sorumlu tutulur.”

Doğal olarak, tüzel kişilerin sorumluluğu genellikle yolsuzluk suçlarıyla sınırlı olmayıp diğer konuların yanı sıra finansal düzenlemelere, çevre standartlarına uygunluk gibi konuları içeren çok daha geniş bir uygulama alanına sahiptir ve “şirket cinayetini” içerebilir.³⁰⁰ Yolsuzluk suçlarıyla ilgili olarak belirtildiği gibi temelde devletler tarafından benimsenen iki yaklaşım vardır. Bazı cezai veya idari yasalarda, tüzel kişilerin, doğası gereği bir tüzel kişi tarafından işlenebilecek herhangi bir suç için genel bir madde kapsamında sorumluluk uygulanırken, diğer yasalarda, her bir cezai suç için tüzel kişilerin sorumluluğunun geçerli olup olmadığı özel olarak listelenmektedir. Örneğin Litvanya’da, cinayet suçu yalnızca gerçek kişiler tarafından işlenebilirken, tüzel kişiler ihmal sonucu ölüme sebebiyet vermekten açıkça sorumlu olabilir.³⁰¹

296. Karadağ, *Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu Yasası*, Madde 4.1, www.gov.me, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

297. Celle Temyiz Mahkemesi, 30 Kasım 2001 tarihli karar, 322 Ss 217/01.

298. OECD (Ekim 2014), *Brezilya: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 11a, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

299. Litvanya, Madde 189-1, Kanun no. VIII-1968 (*Ceza Kanunu*), www3.lrs.lt, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

300. Örneğin bkz. Birleşik Krallık *“2007 tarihli Kurumsal Taksirle Adam Öldürme ve Kurumsal Cinayet Yasası”*, www.legislation.gov.uk, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

301. Litvanya, aynı kaynak, bölüm 129-132.

Paragraf 3

Paragraf 3, tüzel kişilerin sorumluluklarının olabileceği yolsuzluk suçlarının var olduğuna dair bir hatırlatmadır. Bu, özellikle, kamu ihale kurallarının veya siyasi finans kısıtlamalarının ihlallerini içerir.³⁰² Genellikle, tüzel kişilerin bu alanlardaki sorumlulukları bu özel kanunlarda tanımlanır ve kendi kuralları uygulanabilir. Örneğin, siyasi partiler, bir gerçek kişinin her türlü sorumluluğunu göz ardı ederek, siyasi finans kurallarının ihlalden genellikle katı bir şekilde sorumludur. Diğer bir seçenek, özel kanunlarda ceza kanununda yer alan sorumluluk kurallarına atıfta bulunulması olabilir.

8.1.3. Madde 2 – Kişisel kusurlara ilişkin sorumluluk

(1) Bir tüzel kişi, Madde 1’de tanımlanan suçlardan sorumludur:

- ▶ (a) [*Yönetimin işlediği suçlar*] tüzel kişi içinde yönetici pozisyonuna sahip herhangi bir gerçek kişi tarafından söz konusu tüzel kişinin yararına, aşağıdakilere dayalı olarak ve tüzel kişi bünyesindeki bir organın bir parçası olarak ya da bireysel olarak hareket ederek işlenen suçlar:
 - i. tüzel kişiyi temsil yetkisi veya
 - ii. tüzel kişi adına karar alma yetkisi veya
 - iii. tüzel kişi içinde kontrol uygulama yetkisi;
- ▶ (b) [*Denetim eksikliği*] veya tüzel kişinin yetkisi altında veya onun yararına paragraf 1a’da tanımlandığı şekilde bir gerçek kişi tarafından denetim veya kontrol eksikliği nedeniyle mümkün hale gelmiş suçlar veya;
- ▶ (c) [*Temsilciler tarafından işlenen suçlar*] görevlisi, çalışanı veya temsilcisi olarak hareket eden herhangi bir gerçek kişi tarafından tüzel kişi yararına işlenen suçlar.

(2) Paragraf 1 kapsamında sorumluluk

- ▶ (a) [*İntifa hakkı*] tüzel kişi üzerinde nihai yasal veya etkili kontrole sahip gerçek kişiler tarafından da tetiklenebilir;
- ▶ (b) [*Özerk kurumsal sorumluluk*] somut bir gerçek kişinin belirlenmesine veya sorumluluğuna bağlı değildir;
- ▶ (c) [*Özerk kişisel sorumluluk*] bir gerçek kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Paragraf 1

Uluslararası düzeyde karşılaştırıldığında tüzel kişilerin sorumluluklarına ilişkin dört kavram bulunabilir:

1. Yönetici gibi sorumlu bir kişinin eylemlerine ilişkin sorumluluk (alter ego sorumluluğu olarak da bilinir)
2. Denetleme eksikliğinden sorumluluk
3. İlişkili bir kişinin eyleminden sorumluluk (katı sorumluluk olarak da adlandırılır)
4. Kurumsal kusurdan sorumluluk (nesnel kusur olarak da adlandırılır)

İlk üç kavram, bir gerçek kişinin kusurunu gerektirir ve bu kusuru gerçek kişinin konumu nedeniyle (1. kavram), denetim görevi nedeniyle (2. kavram) ya da tüzel kişiyle ilişkisi nedeniyle (3. kavram) tüzel kişiye isnat eder. Dolayısıyla bu, başkasının fiilinden sorumluluğun bir biçimidir. Dördüncü kavram, bir gerçek kişi tarafından işlenen herhangi bir suçtan bağımsızdır ve sadece yolsuzluk suçunun engellenmemesine ilişkin nesnel kusurdan dolayı tüzel kişiyi cezalandırır. Uluslararası standartlarda ve ulusal yasalarda, başta ilk iki kavram olmak üzere yukarıdaki kavramların kombinasyonları bulunabilir, ancak üçüncü ve dördüncü kavramların her biri genellikle birinci ve ikinci kavramların ayrı alternatifleridir.

Bu hukuki araç setinde bu dört kavram birleştirilmektedir. İlk üç kavram Madde 2’de yer alırken kurumsal kusura ilişkin dördüncü kavram Madde 3’te yer almaktadır. Dört kavramın hepsinin birleştirilmesi, etkili kovuşturmalar yürütülmesine olanak tanır. Her bir kavram kapsamında, savcılık farklı deliller sunmalıdır: İlk üç kavram için, bir gerçek kişinin belirli bir kusur işlediğinin ispatlanması gerekir. Dördüncü kavram kapsamında, savcılık makamı “yalnızca” şirketin yeterli önleme mekanizmalarına sahip olmadığını göstermelidir. Bu nedenle, dört kavramın da birleştirilmesiyle savcılık, mevcut delillerle en iyi şekilde desteklenen kavramı seçebilir veya hatta dava boyunca bir veya birkaç delilin kabul edilmemesi durumunda, dört kavramı da temel alarak davanın görülmesini sağlayabilir. Ayrıca, her sorumluluk kavramının tüzel kişiler üzerinde kendi önleyici etkisi vardır. Bu nedenle, dört kavramın da bir araya getirilmesi, tüzel kişilerin kendi yetki alanlarındaki yolsuzluk suçlarını önlemeleri için en kapsamlı teşviki sağlar.

302. Örneğin bkz. Hırvatistan’daki Fimi Media Davası, OECD/ACN, aynı kaynak, s.21.

Kavramlar belirli durumlarda örtüşebilir. Örneğin, bir yöneticinin kendi başına bir yolsuzluk suçu işlediği durumlarda birinci ve üçüncü kavramlar uygulanır. Benzer şekilde, yönetimin yolsuzluğu önleyen kontrol mekanizmalarını kuramadığı durumlarda ikinci ve dördüncü kavramlar uygulanabilir.

Paragraf 1a ve 1b, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi, AB İkinci Protokolü ve Dördüncü AB Kara Para Aklamanın Önlenmesi Direktifindeki ifadelerin bire bir kopyalarıdır. Paragraf 1c, çoğunlukla Anglo-Sakson hukuku ülkelerinde bulunan bir kavramdır. Lafız ABD'nin yasasından alınmıştır.³⁰³ "Tüzel kişi yararına" ifadesi biraz belirsizdir: Yolsuzluk suçları şirkete gerçekten zarar verebilir. Tespit edilen gelirler müsadere edilebilir ve ayrıca itibar zedelenmesine ek olarak para cezaları ve diğer yaptırımlar da uygulanabilir. Ancak, bu bağlamda "yarar" yalnızca amaçlanan bir yarar varsayımı altında, yani tüzel kişinin yakalanmayacağı varsayımı altında kullanılmaktadır. Bu belirsizliği önlemek için alternatif bir ifade, "faaliyetleri dahilinden işlenen" olabilir.³⁰⁴

Paragraf 1a için, yönetimin suçu yalnızca aktif katılım yoluyla değil, ihmal yoluyla da işleyebileceği unutulmamalıdır. Çoğu ceza kanunu, gerçek kişilere, gerçek kişinin başka bir kişiye karşı sadakat yükümlülüğüne sahip olduğu belirli risk durumlarında harekete geçme görevi yükler. Yolsuzluğa eğilimli bir ortamda iş yapan bir tüzel kişi bu tür bir riskle karşı karşıyayken, aynı zamanda yönetim de tüzel kişinin zarar görmesini önleme görevine sahiptir. Dolayısıyla, yönetimin tüzel kişide bir önleme sistemi kurmaması, harekete geçmeme sebebiyle başlı başına bir yolsuzluk suçu olabilir. Bir yöneticinin herhangi bir yolsuzluğun meydana gelmesini beklemediğini ve bunu kabul etmeyeceğini söylemesi, yolsuzluk riskinin olduğu bir ortamda kesinlikle inandırıcı değildir. Bu nedenle, paragraf 1b kapsamındaki sorumluluk (denetim gerçekleştirilmeme), paragraf 1a kapsamındaki yükümlülükle (görevli olmaya rağmen harekete geçmeme) büyük ölçüde örtüşebilir.

Paragraf 2

Paragraf 2a, intifa hakkı sahiplerinin bir tüzel kişi için oynayabilecekleri önemli rolü yansıtmaktadır. Genellikle, bir tüzel kişi üzerinde kontrol uygulayan resmi yönetim değil, dışarıdan bir gerçek veya tüzel kişidir. Bu intifa hakkı sahibi, ne tüzel kişinin bir "organının" parçası ne de 1. paragraf kapsamında bir "denetçi" veya "temsilci" değildir. Dolayısıyla Paragraf 2a, intifa hakkı sahiplerini tüzel kişinin sorumluluğunun doğmasına neden olan kişiler arasına dahil etmektedir. Bu tamamen mantıklıdır, çünkü tüzel kişi üzerinde kontrole sahip ve ondan genellikle *filen* ekonomik yarar sağlayan kişi intifa hakkı sahibidir. Bazı ulusal hükümler, intifa hakkı sahibi nedeniyle doğan bu sorumluluğa halihazırda olanak tanımaktadır.

Romanya'dan bir örnek şu şekildedir: "Suçun işlendiği tarihte Bay M.R.'nin MM ve CW şirketleriyle resmi bir bağı yoktu. Her iki şirketin de kurucusu olmasına rağmen, devlet memuru olarak atandıktan sonra bu şirketleri güvendiği kişilere resmi olarak sattı. Ancak, yeni sahipler ve yöneticiler yalnızca, Bay M.R.'nin verdiği kararları uygulayan 'paravan kişileri'. Mahkeme, bu yeni yöneticilerin, bir maddi hata kapsamında çalıştıkları için cezai olarak sorumlu tutulamayacaklarına karar verdi. Ne paranın kaynağını ne de sözleşmelerin neden yapıldığını biliyorlardı."³⁰⁵

Dolayısıyla, şirketlerin sorumluluğu, şirketlerin yasal yöneticilerine dayanarak tesis edilememiştir. Ancak mahkeme, sorumluluğu *filen* müdür olan Bay M.R.'nin kusuruna dayandırdı³⁰⁶ OECD Çalışma Grubu da, "yabancı bir kamu görevlisine bir işletmenin *resmi* veya *filen* yöneticisi tarafından rüşvet verilmesi durumunda" sorumluluğun gerekliliğine işaret etmiştir.³⁰⁷

Paragraf 2b ve 2c'de, ilgili gerçek ve tüzel kişilerin sorumlulukları birbirinden bağımsız olarak tanımlanmaktadır. Bu genel olarak kabul edilen uluslararası standarttır. 1988'de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Tüzel kişiliğe sahip işletmelerin sorumluluğuna ilişkin Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararında", suçu teşkil eylemleri veya ihmalleri gerçekleştiren gerçek bir kişinin belirlenip belirlenemeyeceğine bakılmaksızın, işletmelerin sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir.³⁰⁸ Bu aynı zamanda paragraf 1b uyarınca denetimden sorumlu kişinin belirlenmesini de ifade eder. Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi (Madde 18

303. 1977 tarihli Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Yasası, ABD Kanunnamesi Başlık 15, Ticaretle İlgili Bölüm 2B – Menkul Kıymetler Borsaları, § 78dd-1: "bu ihraççı kuruluşun herhangi bir yetkilisi, yöneticisi, çalışanı veya temsilcisi ya da bu ihraççı kuruluş adına hareket eden herhangi bir hissedar" için sorumluluk.

304. Bkz. Vermeulen G. ve diğerleri (2012), yukarıda adı geçen kaynak, s.56.

305. OECD/ACN, aynı kaynak., s.23.

306. Vaslui Bölge Mahkemesi, 3 Temmuz 2013 tarihli ve 149 sayılı karar; Iasi Temyiz Mahkemesi, 8 Nisan 2014 tarihli ve 171/2014 sayılı karar, <http://juri.ro>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

307. OECD (Haziran 2011), *Lüksemburg: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 2b (yazar tarafından koyu vurgulama yapılmıştır), www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

308. Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi, *Tüzel Kişiliğe Sahip Kurumların Faaliyetleri Sırasında İşlenen Suçlara İlişkin Sorumluluğuyla İlgili Tavsiye Kararı no. R(88)18* (kabul tarihi: 20 Ekim 1988), www.coe.int, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

paragraf 3), OECD İyi Uygulama Rehberi³⁰⁹ ve UNCAC Madde 26 paragraf 3 de paragraf 2b veya paragraf 2c'yi desteklemektedir.

8.1.4. Madde 3 – Kurumsal kusurlara ilişkin sorumluluk

(1) [Nesnel kusur] Bir tüzel kişi, kurumun faaliyetlerinde suçun önlenmesi için gerekli özen ve ihtimam gösterilmediği takdirde, kendi yararı için işlenen Madde 1'da tanımlanmış suçlardan sorumludur. Madde 2 paragraf 2 (b) ve (c) gerekli değişiklikler yapılarak uygulanır.

(2) [Uygunluk rehberi] Adalet Bakanlığı, paragraf 1 uyarınca özen ve ihtimamla ilgili bir rehber yayımlar.

Paragraf 1

Paragraf 1 kapsamında nesnel sorumluluk, bir gerçek kişi tarafından herhangi bir kusur işlenmiş olmasını gerektirmez. Sadece bir şirketin nesnel operasyonlarının, yolsuzluk suçlarının meydana gelmesini yeterli şekilde önlemek için uygun olup olmadıklarına bakar. Bu nedenle, uygulamada, denetleme yapmama ile özdeş olmasa da ona çok yakındır: Önleme mekanizmalarının kurulmaması, genellikle bir gerçek kişinin denetleme görevini yerine getirmemiş olması demektir. Ancak, Madde 2 paragraf 2b'de yansıtılan uluslararası standartlara göre, astlarını denetlemeyen kişinin belirlenmesi gerekli değildir. Sonuç olarak, denetim sorumluluğu, herhangi bir gerçek kişinin kusurdan sorumlu olduğu tespit edilmeden, önleme mekanizmasının nesnel eksikliğinden kaynaklanabilir.

Ancak, nesnel sorumluluk denetim eksikliği kusurunun ötesine geçer: Bir davranış kuralları belgesinin veya bir imza planının olmaması açıkça bir "denetim veya kontrol eksikliği" iken, bir şirketin kurum içi bir ihbar mekanizmasından yoksun olması durumunda bu her zaman doğru değildir. Paragraf 1'deki hüküm, Finlandiya Ceza Kanununa göre oluşturulmuştur.³¹⁰

Paragraf 2

Şirket avukatlarının, işverenlerinin sorumluluğundan nasıl kaçınabilecekleri konusunda rehberliğe ihtiyaçları vardır. Savcılar ve mahkemeler de, 1. paragrafta göre kusuru tespit etmek için bir referans noktasına ihtiyaç duyarlar. Bu amaçla, örneğin, 2010 tarihli Birleşik Krallık Rüşvet Yasası, Dışişleri Bakanına önleme prosedürleri hakkında rehber yayımlama görevi verir.³¹¹ Paragraf 2, bu hükme göre oluşturulmuştur. Bu bağlamda, ABD Adalet Bakanlığı ve ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu tarafından "ABD'nin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Yasasına İlişkin Kaynak Kılavuzu" 2012'de yayımlanmıştır.³¹² Amerika Birleşik Devletleri Kaynak Kılavuzunda listelendiği şekliyle ana önleme araçları şunlardır:

- ▶ üst yönetimin kararlılığı ve açıkça ifade edilmiş bir yolsuzlukla mücadele politikası;
- ▶ davranış kuralları ve uygunluk politikaları ve prosedürleri;
- ▶ bir iç gözetim mekanizması;
- ▶ risk değerlendirmeleri;
- ▶ eğitimler ve sürekli danışmanlık;
- ▶ teşviklerin ve disiplin tedbirlerinin varlığı;
- ▶ üçüncü tarafa ilişkin gereken özen;
- ▶ gizli raporlama ve iç soruşturma mekanizmalarının varlığı;
- ▶ periyodik test ve inceleme;
- ▶ satın alma öncesi gereken özen ve satın alma sonrası entegrasyon.

Ancak, yönetim yolsuzlukla mücadele için "yüksek düzeyde kararlılığa" ve yukarıdaki maddelerin birçoğuna sahipmiş gibi davranabildiğinden, bu teknik hususlara ek olarak, tüzel kişilerin bir dürüstlük kültürü oluşturması ve göstermesi gerekir. Böyle bir yapı, tabiri caizse, meşru yolsuzlukla mücadele çabalarının yapı taşlarını bir

309. OECD, *Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Belirli Maddelerinin Uygulanmasına Dair İyi Uygulama Rehberi*, Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvetle Daha Fazla Mücadele için Konseyin Tavsiyesi Ek I (26 Kasım 2009), www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

310. Finlandiya'nın *1889 tarihli Ceza Kanunu* (927/2012 sayılı Kanunla değişik), Bölüm 9, Kısım 2, paragraf 1, www.finlex.fi, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019: "Şirketin faaliyetlerinde suçun önlenmesi için gerekli özen ve ihtimamın gösterilmemesi halinde [...] şirket, kurumsal para cezasına çarptırılabilir."

311. Birleşik Krallık, *2010 tarihli Rüşvet Yasası, Bölüm 9*, www.legislation.gov.uk, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

312. ABD Adalet Bakanlığı/ABD Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (2012), *ABD'nin Yabancı Ülkelerde Yolsuzluk Uygulamaları Kanununa İlişkin Bir Kaynak Kılavuzu*, ss. 57 f., www.justice.gov, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

arada tutan çimentodur. Bir dürüstlük kültürü, birçok kişinin (büyük bir tüzel kişide) ortak değerler etrafında bir fikir birliği oluşturmaya çalışmasının ve şirketin günlük faaliyetlerinde bu değerleri desteklemek için gerçekçi politikalar uygulamasının sonucudur. Önleme prosedürlerine ilişkin devlet rehberinde bu dürüstlük kültüründen nadiren bahsedilir, ancak bu olmadan hiçbir uygunluk yönetim sistemi düzgün bir şekilde çalışamaz.

8.1.5. Madde 4 – Genişletilmiş sorumluluk

Bir tüzel kişi Madde 2 ve 3 kapsamında şunlardan sorumludur:

- ▶ (a) [Bağlı tüzel kişiler] doğrudan veya dolaylı kontrolü altındaki bağlı tüzel kişinin suçun işlenmesinden sonra varlığının sona ermiş olmasına bakılmaksızın, bağlı tüzel kişinin yararına işlenen suçlar için eş zamanlı olarak veya
- ▶ (b) [Alt yükleniciler] tüzel kişinin yararına suçu alt yüklenicilerin çalışanları veya temsilcilerinin işlediği ve Madde 3 uyarınca üçüncü şahıslara yönelik özen ve ihtimamı göstermedikleri durumlarda eş zamanlı olarak veya
- ▶ (c) [Toplu suç] Bir suçun farklı unsurlarının farklı gerçek kişiler tarafından karşılandığı durumlarda.

Paragraf a

Paragrafa, “bir tüzel kişinin ilişkili tüzel kişiler dahil olmak üzere araçlar kullanarak sorumluluktan kaçınmayacağı” belirtildiği 2009 tarihli OECD “Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Yönelik Rüşvetle Daha Fazla Mücadeleye İlişkin Konsey Tavsiyesine” geri dönmektedir.³¹³ OECD Çalışma Grubu, aşağıdaki durumlarda “ilişkili tüzel kişiler” terimini kullanmıştır:

- ▶ “Yurt dışındaki bağlı şirketler gibi ilişkili tüzel kişiler dahil olmak üzere araçların rüşvet eylemlerinden dolayı ana şirketlerin sorumluluğu”,³¹⁴
- ▶ “Ana şirketlerin, bağlı şirketleri tarafından gerçekleştirilen rüşvet eylemlerinden cezai sorumluluk üstlenmesine olanak tanımak”,³¹⁵
- ▶ “Bir asli fail bir bağlı şirketin yararına rüşvet verdiğinde (veya tam tersi)”,³¹⁶
- ▶ “Rüşvetin, rüşvetin meydana geldiği tüzel kişi ile ilişkili bir şirketin yararına olması durumunda”.³¹⁷

Bu paragraf, örneğin bir holding şirketinin, yolsuzluk suçunun meydana geldiği bir **bağlı şirketi** kontrol ettiği grup şirketlerinde geçerlidir. Holding şirketi, aşağıdaki durumlarda paragraf a uyarınca sorumlu olabilir:

- ▶ holding şirketinin bir yöneticisi, bağlı şirketteki yolsuzluk suçuna doğrudan karışmışsa (Madde 2, paragraf 1a);
- ▶ holding şirketinin bir yöneticisi bağlı şirketi denetlememişse (Madde 2 paragraf 1b);
- ▶ bağlı şirket, holding şirketinin bir temsilcisi olarak hareket etmişse (Madde 2 paragraf 1c);
- ▶ holding şirketi, bağlı şirkette bir uygunluk programı oluşturmamış ve uygulamamışsa (Madde 3).

Bağlı şirketler hakkındaki kavramın, sadece ana şirket-bağlı şirket ilişkilerinden daha geniş kapsamlı olduğu unutulmamalıdır. Şirketler aynı zamanda yatay bir şekilde ilişkili olabilir veya bir şirket bağlı şirket olmayan başka bir şirketi kontrol ediyor olabilir. Ulusal şirketler hukuku ve vergi veya muhasebe yasalarında genellikle bunun gibi hükümler kapsamında bağlı şirketlerin tanımı verilmektedir. Yasa metinlerini hazırlayanlar, bu hukuki tanımın yeterince kapsamlı olup olmadığını ve tüzel kişilerin sorumluluğu bağlamında kullanılıp kullanılmayacağını gözden geçirmelidir. Ek olarak veya bir alternatif olarak, bir tehlike kaynağının (bir işletme) fiilen kontrolüne dayalı olarak ihmale ilişkin cezai sorumluluk ilkesinin kullanılması düşünülebilir.

313. OECD 2009 tarihli Tavsiye, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

314. OECD (Mart 2014), *Güney Afrika: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 14c, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

315. OECD (Ekim 2012), *Fransa: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s. 24, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; OECD (2014), *Fransa: Faz 3 Yazılı Takip Raporu*, s. 15 (Fransa'nın o zamandan beri konumunu açıklığa kavuşturduğu ve ana şirketlerin, bir alt şirketin yöneticisi gibi yetkilendirilmiş bir kişinin eylemlerinden sorumlu olabileceği tespiti).

316. OECD (Aralık 2011), *İtalya: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 13b, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

317. OECD (Aralık 2011), *Japonya: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 15b, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Paragraf b

Paragraf b, aşağıdaki durumlar için gereklidir: Tüzel kişi, ürününü dağıtması için bir gerçek kişiyle alt sözleşme imzalar. Alt yüklenicinin, alt yüklenici yararına ve nihayetinde tüzel kişinin yararına yolsuzluk yapmayı seçen bir çalışanı vardır. Madde 2 paragraf 1c uyarınca, tüzel kişi kesinlikle sorumlu olmayacaktır: Tüzel kişinin temsilcisi olarak alt yüklenici yolsuzluk suçunu işlememiştir. Bu davada mahkemenin yorumuna bağlı olarak, alt yüklenicinin çalışanı tüzel kişinin temsilcisi değildir. Alt yüklenici, ticari bir işletme olarak sorumlu olabilir, ancak ticari işletme, Madde 2 paragraf 1c uyarınca sorumluluğun doğmasına neden olan bir "gerçek kişi" değildir. Paragraf b ile, bu olası boşluğun kapatılması amaçlanmaktadır. Ancak bu durumda sorumluluk sınırsız olamaz. Tüzel kişi, bir alt yükleniciyi, bir bağlı şirketi kontrol ettiği şekilde kontrol edemez. Dolayısıyla, yalnızca alt yükleniciyi seçme ve izleme konusunda gerekli özeni göstermemesi durumunda sorumlu olur.

Madde 3 kapsamındaki sorumluluk için, tüzel kişinin, alt yükleniciler de dahil olmak üzere "üçüncü şahıslar" tarafından işlenen yolsuzluk suçlarından sorumlu olduğu zaten oldukça açıktır. Ancak, Madde 4 paragraf b, bu konuya ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmaktadır. Tüzel kişiler, kendi çalışanları tarafından gerçekleştirilmesi durumunda sorumlu tutulacakları alt yükleniciler tarafından gerçekleştirilen eylemler için herhangi bir sorumluluk biçiminden kaçınmaya çalışabileceklerinden, bu belirsizliği net bir yasayla ortadan kaldırmak, bu tür durumlarda sorumluluk açığını kapatacaktır.³¹⁸

Paragraf c

Paragraf c, bir gerçek kişi tarafından işlenen bir yolsuzluk suçu ile tüzel kişinin sorumluluğu arasındaki bağlantıyla değil, yolsuzluk suçunun yalnızca tüzel kişiye atfedilmesi ile ilgilidir. İlgili paydaşların hiçbirisi suçun tüm unsurlarını bireysel olarak karşılamadığı için hiçbir gerçek kişinin yolsuzluk suçundan cezalandırılmayacağı durumlar vardır. Örneğin, bir şirketin finans görevlisi, bir kamu görevlisinin şirketten yarar sağladığını biliyor olabilir, ancak bu yararın kamu görevlisi için verilen bir danışmanlık ücreti olduğunu sanıyordur. Aynı zamanda, şirketin bir proje yöneticisi, aynı kamu görevlisinin şirket için hukuki açıdan meşruiyeti tam olarak bilinmeyen bir alanda olumlu bir karar verdiğini biliyor olabilir. Her ikisi de bir kamu görevlisine rüşvet açısından zihinsel unsurdan (*mens rea*) yoksun olduğu için, ne finans görevlisi ne de proje yöneticisi bir yolsuzluk suçu işlememiştir. Ancak, "birlikte ele alındığında, yani kişisel bilgileri birleştirildiğinde, bu toplu bilginin yabancı görevlilere rüşvete ilişkin zihinsel unsur açısından yeterli olacağı durumlar olabilir."³¹⁹ Başka bir deyişle, hiçbir gerçek kişi bir yolsuzluk suçu işlemediğinden, sadece tüzel kişinin kendisi yolsuzluk eyleminden sorumludur. Paragraf c olmadan, tüzel kişinin sorumluluğu ne Madde 2 ne de Madde 3 kapsamında doğar, çünkü temelde bir yolsuzluk suçu yoktur.

Ancak, "bazı çalışanlardan kişisel olarak bu bilgilerin toplanmasına" izin verilip verilmeyeceği konusunda uluslararası bir fikir birliği yoktur.³²⁰ Örneğin, İsviçre'de akademisyenler bu konuda hala bölünmüş durumdadır.³²¹ Solothurn Kantonu Bölge Mahkemesi, 2011 yılında "toplu kusur" doktrinini uygulayarak Postfinance bankasını kara para aklamaktan mahkum etmiştir. Bankanın bir şubesi, kurum içi kara para aklamayı önleme biriminin onayına dayanarak 4.600.000 CHF nakit ödemişti. Çalışanların hiçbirisi cezai bir suçtan sorumlu değildi. Mahkeme, tüzel kişinin mahkumiyetini yeterli iç kontrollerin olmamasına dayandırmıştır.³²² Temyiz üzerine banka beraat etmiştir.³²³ Temyiz Mahkemesi, tüzel kişinin ancak bir çalışanın suç işlemesi durumunda sorumlu olabileceğini belirtmiştir. Dava şu anda Federal Yüksek Mahkeme tarafından incelenmeyi bekliyor.³²⁴

Fransa'daki mahkemeler de görünüşe göre toplu kusur doktrinini uygulamaktadır. "Safran" davasında ilk derece mahkemesi bir şirketi para cezasına çarptırdı, ancak iki kişiyi beraat ettirdi. Davadaki bir kişi, suçun işlendiği tarihte şirketi bu işe karıştırma yetkisine sahip olmayan ve şirketin tanımlanmış ticari politikası bağlamında sadece şirket adına hareket eden bir mühendis olduğu için beraat etti. Diğerleri ise kendi isteğiyle değil, sadece şirketin menfaati için hareket ettiğinden ve kişisel sorumluluğa neden olacak kadar yeterli özerk karar verme yetkisine sahip olmadığından beraat etti. Bununla birlikte mahkeme, "araçlara komisyon ödemeye yönelik genel, organize ve tutarlı bir çerçevenin parçası olarak şirket adına hareket ederek yolsuzluk suçunu inkar edilemez

318. Vermeulen G. ve diğerleri, (yukarıda adı geçen kaynak), s. 102 ve s. 140, tavsiye 9.

319. Livschitz M. (2007), *Liability of Legal Persons for Corruption – A Swiss Perspective*, Proceedings of the OECD/ACN-Seminar "Criminalisation of Corruption", s. 11, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

320. Wells C., *Anglo-Sakson Hukuku Ülkelerinde Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu*, OECD Yolsuzlukla Mücadele Birimi Uluslararası Ticari İşlemlerde Rüşvet Çalışma Grubu için hazırlanmış makale, Paris, 4 Ekim 2000, no. 8.3.1 www.coe.int, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

321. Livschitz M., aynı kaynak.

322. Reuters (21 Nisan 2011), *PostFinance fined for money laundering, to appeal*, www.reuters.com.

323. Tagesanzeiger (23 Aralık 2015), *Post von Geldwäscherei-Vorwurf freigesprochen* [Post kara para aklama suçlarından beraat etti], www.tagesanzeiger.ch.

324. Neue Zürcher Zeitung (1 Şubat 2016), *Solothurn zieht Freispruch der Post weiter* [Solothurn Post'un beraatini temyize götürdü], www.nzz.ch.

şekilde kolaylaştırdıklarına" karar verdi.³²⁵ Temyiz Mahkemesi, alt mahkeme tarafından toplu kusur doktrininin uygulanması nedeniyle değil, daha çok söz konusu yolsuzluk suçlarının gerekli yasa dışı karşılıktan (*quid pro quo*) yoksun olduğunu tespit etmesi nedeniyle tüzel kişinin mahkumiyetini bozdu.³²⁶

Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemeler, kurumsal sorumlulukta toplu zihinsel unsur (*mens rea*) kavramını kabul etmektedir. Önde gelen davalardan birinde, bir temyiz mahkemesi, "eğer, kurumun davranışı bir bütün olarak incelendiğinde, kurum çalışanları bir ceza hukuku şartını öğrenmekten bilinçli olarak kaçındıktan sonra bu şarta uymamışlarsa" kurumun sorumlu olabileceğine karar vermiştir.³²⁷

Her halükarda, bu paragraf kapsamındaki ek sorumluluk kavramının kavramsal zorlukları olduğu bilinmelidir: Tüzel kişi bünyesindeki hiç kimse suçu bilmiyor veya organize etmemiş olsa bile, kuruma cezai sorumluluk yükler. Bir gerçek kişi açısından bu, birinin aklının köşesinde suçun bir unsurunun bulunduğu, ancak suçu işlerken bunun farkında olmadığı bir durumla karşılaştırılabilir. Ülkenin ceza hukukuna ve davanın kesin koşullarına bağlı olarak, kişinin yalnızca ihmal suçundan yargılanması muhtemeldir. Çoğu durumda, toplu sorumluluk, ceza hukukunun temelini oluşturan temel suçluluk kavramlarını tartışmalı bir şekilde genişletebilir. Alternatif olarak, hiçbir gerçek kişinin bir yolsuzluk suçundan bireysel olarak sorumlu tutulamayacağı durumlarda, tüzel kişinin sorumluluğu, iç kontrol eksikliği veya benzeri daha düşük seviyeli bir suçla ilişkili olarak doğabilir.

Ancak pratikte, bu kavram için çok fazla uygulama alanı olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekir. Bir soruşturmacı, "denetim (eksikliği) izini" iyice takip ederse, muhtemelen her zaman, hiyerarşide daha yüksek bir kişinin tüzel kişi içinde yolsuzluğu organize ettiğini veya en azından görmezden geldiğini (şartlı niyete (*dolus eventualis*) dayalı olarak) tespit eder. İki ayrı departmanın her biri tarafından suçun bir unsurunun diğer departman veya yönetimin bilgisi olmadan yerine getirilmesi, kendi başına, kusurlu bir önleme sisteminin göstergesidir. Bu nedenle, toplu kusur kavramı genellikle yalnızca bir "destek" veya şu ya da bu nedenle denetim eksikliğini tespit edemeyen savcılar için son çare olabilir.

8.1.6. Madde 5 – Yaptırımlar

(1) Tüzel kişiler, gerçek kişilere uygulanan aşağıdaki yaptırımlardan sorumludur:

- ▶ (a) [*Tüzel kişide ve üçüncü şahıslarda müsadere*] gerçek kişilere yönelik olarak uygulandığı gibi normal ve genişletilmiş el koyma
- ▶ (b) [*Kararın yayımlanması*] Kararın veya ilgili kısmının yayımlanması;
- ▶ (c) [*Denetimli serbestlik ve kefalet*] denetimli serbestlik ve kefalet.

(2) Gerçek kişilere uygulanan aşağıdaki yaptırımlar aşağıdaki değişikliklerle uygulanır:

- ▶ (a) [*Para cezaları*] Belirli bir azami tutar olmaksızın hesaplanan para cezaları,
 - i. suçla amaçlanan veya elde edilen ekonomik faydanın belirli bir katı veya asgari bir tutar (hangisi daha yüksekse) şeklinde hesaplanan veya
 - ii. hiçbir faydanın ölçülebilir olmadığı durumlarda para cezalarının hesaplanmasına ilişkin genel kurallara göre hesaplanan.
- ▶ (b) [*Denetim*] Yetkili makam, uygulanan yaptırıma ek olarak veya ondan bağımsız olarak adli denetim emri verebilir:
 - i. bu emir kapsamında, tüzel kişinin dürüstlük kültüründeki eksikliklerin giderilmesini sağlayan ve tüzel kişinin Madde 3 paragraf 2 kapsamındaki rehberde öngörülen önlemlere uygunluğu ve kaydettiği ilerleme hakkında düzenli olarak rapor veren, görevlendirilmiş bağımsız bir temsilci tarafından tüzel kişinin faaliyetlerinin denetlenmesini emreder;
 - ii. tüzel kişi, mahkemede temsilci olarak hareket edecek adaylar önerebilir;
 - iii. temsilcinin tüzel kişide yargı veya yönetim yetkisi olmayacaktır;
 - iv. tüzel kişi yetkili makamın koyduğu standarda uymazsa, denetim iptal edilebilir ve başka bir yaptırım uygulanabilir.

325. OECD (Ekim 2012), *Fransa: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, paragraf 61, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

326. Le Monde (26 March 2015), *L'incantatoire lutte contre la corruption de Christiane Taubira* (Christiane Taubira'nın yolsuzluğuna karşı büyümlü mücadele), www.lemonde.fr, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

327. Gruner R.S. (2015), *Corporate Criminal Liability and Prevention*, 3-29, dipnot 16, Bank of New England'a karşı ABD davasından (821 F.2d 844 (1st Cir.)) alıntı, Yüksek Mahkemenin incelemesi reddedildi, 484 U.S. 842.

(3) Dënimet e posaçme të mëposhtme zbatohen për personat juridikë:

- ▶ (a) [Yasaklar ve emirler] Suçun ciddiyetine bağlı olarak, yetkili makam aşağıdakileri uygulayabilir:
 - i. tüzel kişinin yürüttüğü ticari faaliyetlerin, ürettiği veya sattığı ürünlerin, sunduğu hizmetlerin veya sağladığı faydaların tanıtımı veya reklamını yapma yasağı;
 - ii. belirtilen birincil veya yan iş faaliyetlerini sürdürme yasağı veya
 - iii. tüzel kişiden suçu kolaylaştıran davranışları durdurmasının ve bu davranışı tekrarlamaktan vazgeçmesinin istenmesi veya
 - iv. tüzel kişide yönetim sorumluluklarını yerine getiren bir kişiye, tüzel kişide veya bağlı şirketlerinde yönetim görevlerini yerine getirme konusunda geçici bir yasak veya
 - v. bir tüzel kişinin bir izne tabi olduğu durumlarda, iznin geri çekilmesi veya askıya alınması.
- ▶ (b) [Tasfiye] Suçların mükerrer veya ağır işlenmesi halinde, yetkili makam tüzel kişinin tasfiye edilmesine karar verebilir.

(4) Özel kanunlarda aşağıdaki yaptırımları düzenlenir:

- ▶ (a) Hükümlü tüzel kişilerin resmi kaydı;
- ▶ (b) Kamu finansmanından men;
- ▶ (c) Kamu ihalelerinden men;
- ▶ (d) Satın alma kararlarının iptali;
- ▶ (e) İhracat ayrıcalıklarının kaybı;
- ▶ (f) Uluslararası kalkınma bankaları tarafından men edilme.

(5) [Hukuki sorumluluk] Bu Madde kapsamındaki sorumluluk, tazminat dahil olmak üzere hukuki sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

Paragraf 1

Bu paragraf, gerçek ve tüzel kişiler için geçerli olan ve her ikisine de eşit olarak uygulanan yaptırımları içermektedir.³²⁸

El koyma, tüzel kişilerin cezai ve idari sorumluluğunun tanındığı çoğu ülkenin bildiği bir yaptırımdır. Bu yaptırımın uygulanmadığı ülkelerde, OECD Çalışma Grubu "tüzel kişilerin gerçek kişilerle aynı temelde el koyma yaptırımına tabi tutulabileceğine açıklık getirilmesini" tavsiye etti.³²⁹ AB, bir süre önce, 17 Ekim 2018'de yeni Varlık Dondurma Emirleri ve El Koyma Emirleri Yönetmeliğiyle bu alanda yasal düzenleme yaptı.

Kararın **yayımlanması**, bazı ülkelerde yalnızca tüzel kişiler için uygulanan bir yaptırımdır, ancak bazı ülkelerde gerçek ve tüzel kişiler için verilen mahkeme kararları aynı şekilde yayımlanır. Dördüncü Kara Para Aklamayla Mücadele Direktifinde, mevcut yaptırımlardan biri olarak "gerçek veya tüzel kişinin ve ihlalin niteliğinin belirtildiği kamuya açık bir beyanın yayımlanmasının" öngörüldüğü de belirtilmelidir.³³⁰

Kefalet ve denetimli serbestlik, gerçek ve tüzel kişiler için hiçbir hususun geçerli olmadığı seçeneklerdir. Örneğin, Hollanda'da, "deneme süreleri", şirket tarafından gerçekleştirilmesi gereken telafi edici eylemlerin dayatılmasını içerir. Şirket, denetimli serbestlik şartlarını ihlal ederse veya tekrar bir suç işlerse, bu suç için ve ayrıca şartlı olarak düşürülen suçlamalar için kovuşturulacaktır.³³¹ Farklı hukuk sistemleri, denetimli serbestlik, kefalet ve diğer koşullu ceza biçimlerinin öngörülmesi bakımından farklılık gösterir. Dolayısıyla yasama erkinin paragraf 1'i kendi ceza kanununun özelliklerine göre şekillendirmesi gerekir.

Paragraf 2

Paragraf 2'de, gerçek ve tüzel kişiler için uygulanan ancak bazı hususların tüzel kişiler için geçerli olduğu yaptırımlar yer almaktadır. Para cezalarının hesaplanması genellikle gerçek kişiler için olduğu gibi gerçekleştirilir. Sonuç olarak genelde, tüzel kişilerin ekonomik potansiyeli için çok düşük olan sınır değerler uygulanır. Benzer şekilde, yıllık ciro veya amaçlanan ekonomik fayda gibi tüzel kişiler için uygun olan değişkenler eksiktir. Dolayısıyla,

328. Olası yaptırımlara dair bir genel bakış için bkz. OECD/ACN, aynı kaynak, bölüm 5.

329. OECD (Aralık 2012), *İspanya: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 4c, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

330. Madde 59, alt bölüm 2a.

331. OECD (Aralık 2012), *Hollanda: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 4c, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

tüzel kişilere verilen para cezaları için, “etkili, orantılı ve caydırıcı” miktarların hesaplanmasına yönelik modeller mevcuttur (Avrupa Konseyi Ceza Hukuku Sözleşmesi Madde 19 paragraf 1). Farklı modellerin sunulduğu yeterli karşılaştırmalı literatür mevcuttur.³³² Dördüncü Kara Para Aklamayı Önleme Direktifinde, Direktif hükümlerini ihlal eden tüzel kişiler için ekonomik faydanın en az iki katı veya en az 1.000.000 € tutarında azami para cezası öngörülmektedir.³³³ Paragraf 2a (i) Direktif örnek alınarak oluşturulmuştur. Paragraf 2a (ii), OECD Çalışma Grubunun “yabancı rüşvet nedeniyle tüzel kişiye tahakkuk eden avantajın ‘mülkiyet’ olmadığı veya avantajın değerinin tespit edilemediği durumlarda tüzel kişilere uygulanabilecek azami cezayı artırma” tavsiyesine geri dönmektedir.³³⁴

GRECO ve OECD Çalışma Grubu, para cezalarının hesaplanmasına ilişkin hükümlerin çok hafif olduğu yönünde eleştirileri sıklıkla dile getirmiş ve “gerçek kişilere verilen cezalardan önemli ölçüde daha düşük oldukları için birçok [...] şirketin büyüklüğü ve önemi, uluslararası ticari faaliyetlerinin yeri ve faaliyet gösterdikleri iş sektörleri dikkate alınarak tüzel kişilere verilen cezaların artırılmasını [...] tavsiye etmiştir.”³³⁵ Çalışma Grubu ayrıca “suçun işlendiği vergi yılında elde edilen gelirlerin %3’ü oranındaki ceza üst sınırını” da eleştirmiştir [...]. Bu hüküm kapsamında şirketler, paravan kuruluşlar aracılığıyla faaliyet göstererek veya gelirlerini diğer vergi yıllarına kaydırarak önemli cezalardan kaçınabilir.”³³⁶

Yine de, uygulamada, büyüklükleri ne olursa olsun tek başına para cezalarının genellikle caydırıcı olmadığı unutulmamalıdır. Çoğu şirketin yöneticileri, yolsuzluk suçlarından tespit edilmesinden çok fazla endişe duymazlar, çünkü cezayı onlar değil şirket öder (eğer suç üst yönetime kadar takip edilemiyorsa). Dolayısıyla, para cezalarının diğer yaptırımlarla birleştirilmesi önemlidir (özellikle kamu ihalelerinden men, aşağıya bakınız).

Bazı hukuk sistemlerinde, hakimin başta para cezaları olmak üzere bir yaptırımın ekonomik³³⁷ veya sosyal³³⁸ sonuçlarını göz önünde bulundurmak zorunda kalacağı hükümler yer almaktadır. Uluslararası izleme kuruluşları bu tür maddeleri sıklıkla eleştirmektedir. Sosyal kaygılarla, işten çıkarmaların veya tüzel kişinin iflasının önlenmesi için bir yaptırımın hafifletilmesi istenebilir. Ancak, yaptırım hafifletildiğinde tüzel kişinin ekonomik avantajını yansıtmayabileceğinden, artık etkili olmayabilir. Başka bir deyişle, yolsuzluğunun bedelini ödemediği yalnızca finansal olarak ayakta tutulan bir tüzel kişi korunmaya değer. OECD Çalışma Grubu, bu nedenle, “ulusal ekonomi için stratejik veya neredeyse değiştirilemez öneme sahip faaliyetler yürüten tüzel kişiler için de dahil olmak üzere, yaptırımların etkili, orantılı ve caydırıcı olmalarının sağlanmasını” tavsiye etmiştir.³³⁹ Bu bağlamda, Grup, OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi’nin 5. Maddesinde yabancı rüşvetin “soruşturulması ve kovuşturulmasının ulusal ekonomik çıkar mülhazalarından etkilenmemesinin” öngörüldüğünü hatırlatmıştır. Eşit derecede etkili birkaç yaptırım seçeneğinin olduğu durumlarda, mahkemeler sosyal veya ekonomik olarak daha az zararlı yaptırımları seçebilirler.

Belirli bir süre için denetim, gerçek kişiler için de uygulanan bir yaptırımdır. Genellikle bir deneme süresi belirlenir. Gerçek kişilerde, denetçinin denetlenen kişi için vekaletname sahibi olmayacağını söylemeye gerek yoktur. Ancak tüzel kişilerin denetiminde, denetçinin tüzel kişinin herhangi bir organında hiçbir işlevi olmadığını, sadece gözlem yetkisine sahip olduğunun açıklığa kavuşturulması önemlidir. Ayrıca denetçinin hem tüzel kişi hem de mahkeme açısından bağımsızlığa sahip olması önemlidir. Tüzel kişinin önerilerde bulunmasına izin verilmesi, denetçinin şirket içinde kabul görmesine yardımcı olacaktır. Uygunluk prosedürünün işlenmesi için bu ilk güven önemlidir. Denetim, bir şirketin mevcut yapılarına ve prosedürlerine oldukça derinlemesine

332. OECD/ACN, aynı kaynak, bölüm 5.

333. Madde 59, alt bölüm 2e.

334. OECD (Mart 2011), *Bulgaristan: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s.34, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

335. OECD (Aralık 2012), *Avusturya: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s. 18, www.oecd.org, Erişim tarihi 28 Ekim 2019.

336. OECD (Haziran 2013), *Polonya: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s. 23, www.oecd.org, Erişim tarihi 28 Ekim 2019; OECD (Ekim 2015), *Polonya: Faz 3 Raporu Takip Çalışması ve Tavsiyeler*, s. 8 (ilerleme kaydedilmediği tespiti)

337. Örneğin bkz. mahkemelerin yaptırımlara karar verirken “tüzel kişinin kamu yararına olan ve ulusal ekonomi için stratejik öneme sahip veya değiştirilmesi zor faaliyetler yürütüp yürütmediğini dikkate almasının” öngörüldüğü Çek Cumhuriyeti 418/2011 sayılı Kanun, bölüm 14, OECD (Mart 2013), *Çek Cumhuriyeti: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s.19, www.oecd.org, Erişim tarihi: 31 Ocak 2016; *Zakon 418/2011* (418/2011 sayılı Kanun), http://portal.gov.cz (Çekçe); OECD (Mart 2011), *Kanada: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s. 38, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019: “CFPOA kapsamındaki suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında ulusal ekonomik çıkarlar, başka bir Devletle ilişkiler üzerindeki olası etkiler veya ilgili gerçek veya tüzel kişilerin kimliği gibi hususların dikkate alınmasının uygun olmadığına açıklığa kavuşturulması.”

338. Polonya, *Tüzel Kişilerin Yasaklı Eylemlere İlişkin Sorumluluğuna Dair 28 Ekim 2002 tarihli Yasa*, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

339. OECD (Mart 2013), *Çek Cumhuriyeti: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s. 49, www.oecd.org, Erişim tarihi 28 Ekim 2019.

nüfuz edecektir. Bu nedenle yaptırım listesinde işaretlenecek “başka bir kutucuk” değil, oldukça caydırıcı ve müdahaleci bir yaptırımdır. Dolayısıyla, rastgele bir şekilde uygulanmamalı, yalnızca dürüstlük kültüründeki sistemsel arızaların bir denetçi gerektirdiği durumlarda uygulanmalıdır.

Paragraf 3

Paragraf 3a’daki yasaklar ve emirler, genellikle gerçek kişiler için uygulanan bir yaptırıma (mesleki yeterliliği askıya alma emri) biraz benzemektedir. Ancak, paragraf 3a yalnızca ticari işletmelerin ve özellikle şirketlerin faaliyetlerine yöneliktir. Paragraf i ve ii, Polonya’nın yasası örnek alınarak hazırlanmıştır. Paragraf iii, iv ve v, 2015 tarihli Dördüncü Kara Para Aklamayla Mücadele Direktifinden alınmıştır.³⁴⁰ Paragraf iii, iv ve v, 2015 tarihli Dördüncü Kara Para Aklamayla Mücadele Direktifinden alınmıştır.³⁴¹ Paragraf iii’teki yasak, ilgili gerçek kişinin özgürlüklerini de sınırlar ve bu nedenle yalnızca gerçek kişi de bir ceza yargılamasına konu olmuş ve suçlu bulunmuşsa uygulanır.

Tasfiye, tüzel kişiler için ölüm cezasıdır. Tüm Avrupa Konseyi üye Devletlerinde gerçek kişiler için ölüm cezası yasaklanmışken, tüzel kişilere yönelik en ağır yaptırım olan tasfiye çoğunlukla uygulanmaktadır. Bazı ülkelerde, STK’ler veya ticari olmayan faaliyetler için istisnalar geçerlidir.³⁴² Tasfiye yaptırımının baskıcı eğilimlere sahip yönetim sistemlerinde kendilerine karşı kötüye kullanılabileceği genellikle STK’lerin bir endişesidir. Öte yandan, STK’lerin kötüye kullanılmaması için herhangi bir istisnanın önlenmesi önemlidir. Örneğin, kamu görevlilerine rüşvet vermekten defalarca mahkum edilen kar amacı gütmeyen bir kuruluşun varlığı, rüşvet ticari değil, sadece idealist amaçlar doğrultusunda verilmiş olsa bile sona erdirilmelidir. Bu, STK’nin sadece arkasındaki kişinin ekonomik çıkarları için paravan olduğu durumlarda daha da doğrudur.

Paragraf 4

Paragraf 4’te yer alan tedbirler, GRECO ve OECD’nin “[kamu alımlarından] men yaptırımının kapsamını tüzel kişileri içerecek şekilde genişletme,³⁴³ “tüzel kişiler için kamu alımlarından men edilme yaptırımlarının pratikte uygulanmasına olanak tanıyacak bir adli sicil kaydının mümkün olan en kısa sürede uygulamaya koyulması”,³⁴⁴ “kamu alımları, resmi kalkınma yardımı, ihracat kredisi ve diğer tüm devlet sübvansiyonlarından sorumlu kuruluşların bu sicile erişiminin sağlanması”,³⁴⁵ ve “tamamlayıcı bir ceza olarak kamu yardımlarından menin öngörülmesi”³⁴⁶ tavsiyelerine dayanmaktadır.

Paragraf 5

Bu paragraf, cezai sorumluluğun, mağdur tarafların ve meşru menfaati olan diğer kişilerin zararlar için hukuki sorumluluk talep etme imkanının açıkça engellememesini sağlamak (ve ayrıca mahkeme salonlarında cezaı veya hukuki sorumlulukla ilgili daha fazla gereksiz tartışma yapılmasını önlemek) için eklenmiştir.

8.1.7. Madde 6 – Ceza verme ve hafifletici koşullar

(1) [Ceza verme] Yetkili makamlar, yaptırımların veya önlemlerin türünü ve seviyesini belirlerken, uygun olduğu hallerde aşağıdakiler de dahil olmak üzere tüm ilgili koşulları dikkate alırlar:

- ▶ (a) ihlalin ağırlığı ve süresi;
- ▶ (b) sorumlu tutulan tüzel kişinin sorumluluk derecesi;

340. Tüzel Kişilerin Yasaklı Eylemlere İlişkin Sorumluluğuna Dair 28 Ekim 2002 tarihli Yasa, Bölüm 9.1, aynı kaynak.

341. *Finansal sistemin kara para aklama veya terörün finansmanı için kullanılmasının önlenmesine dair 20 Mayıs 2015 tarihli ve 2015/849 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi*, <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

342. OECD/ACN, aynı kaynak, bölüm 5.1.3; örneğin bkz. Romanya Ceza Kanunu Madde 141, Tasfiye veya faaliyetin durdurulması cezasının uygulanmaması:“(1) Madde 136 paragraf (3) (a) ve (b)’de [tasfiye] öngörülen yan cezalar, kanuna göre kurulmuş kamu kurumları, siyasi partiler, sendikalar, işveren dernekleri ve dini kuruluşlar veya ulusal azınlıkların örgütlerine uygulanamaz. (2) Paragraf (1) kapsamındaki yaptırımlar, medyada faaliyet gösteren tüzel kişilere uygulanır.”

343. OECD (Aralık 2014), *Arjantin: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 4e, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

344. OECD (Ekim 2013), *Belçika: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s.21, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; OECD (Aralık 2017), Belçika: Faz 3 Değerlendirmesi, Ek Yazılı Rapor, s. 5 (Belçika, cezai sorumluluğa sahip olduğu tespit edilen tüm tüzel kişilerin Merkezi Ceza Siciline girilmesini sağlamak için yasal düzenleme yapmıştır)

345. OECD Belçika, aynı kaynak, s. 24; OECD Bulgaristan, aynı kaynak, s. 34: “Kamu alımları ile ilgili olarak Çalışma Grubu, Bulgaristan’ın tüzel kişilerin kamu ihalelerinden men edilmesine izin veren bir yasal hükümü yürürlüğe koymasını, ihale makamlarına gerekli özeni göstermeleri konusunda rehberlik etmesini ve rüşvetten hüküm giymiş gerçek ve tüzel kişilerin idareler tarafından danışılabilirlik kayıtlarının tutulmasını tavsiye etmektedir.”

346. OECD (Haziran 2011), *Lüksemburg: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, s. 105, erişim adresi: www.oecd.org, Erişim tarihi: 31 Ocak 2016; OECD (2013), *Lüksemburg: Faz 3 Raporu Takip Çalışması ve Tavsiyeler*, s. 8 (tüzel kişiler için bir sabıka sicilinin kullanılması)

- ▶ (c) sorumlu tutulan tüzel kişinin örneğin toplam cirosuna bakılarak değerlendirilen mali gücü;
- ▶ (d) tespit edilebilirse, sorumlu tutulan tüzel kişinin ihlalden elde ettiği fayda;
- ▶ (e) tespit edilebilirse, ihlalin üçüncü şahıslara neden olduğu zararlar;
- ▶ (f) sorumlu tutulan gerçek veya tüzel kişinin önceki ihlalleri.

(2) [Hafifletici koşullar] Yetkili makamlar, aşağıdaki hafifletici koşulları dikkate alabilir:

- ▶ (a) sorumlu tutulan tüzel kişinin yetkili makamla işbirliği düzeyi;
- ▶ (b) tüzel kişinin suçun tespit edildiğini öğrenmeden önce suçu bildiren bildirmedeği;
- ▶ (c) tüzel kişinin Madde 3 paragraf 2 kapsamındaki rehberlik doğrultusunda bir uygunluk programını ne ölçüde sürdürdüğü.

Paragraf 1

Prensip olarak, tüzel kişilere verilen para cezalarına ilişkin cezalandırma yönergeleri, gerçek kişilere yönelik olanlardan farklı değildir. Paragraf 1, gerçek ve tüzel kişiler için eşit şekilde geçerli olan Dördüncü Kara Para Aklamayı Mücadele Direktifinden kelimesi kelimesine alınmıştır.³⁴⁷ Ülkeler paragraf 1’de yer alan kriterleri içeren veya hatta başka kriterlerin de yer aldığı cezalandırma yönergelerine sahip olabilir. Tüzel kişiler bağlamında en önemlisi, yaptırımın gelir yerine ciroya göre hesaplanmasının öngörüldüğü paragraf 1 c’dir. Büyük ekonomik güce sahip şirketler, mali durumları genel olarak iyi olsa bile, arka arkaya birkaç yıl boyunca hiç gelir elde etmezler veya çok az gelir elde ederler. Dolayısıyla, temel bir kural olarak, geliri belirleyici kriter haline getirmek etkisiz olacaktır. Paragraf 1c, tüzel kişilerin servetlerini cirodan değil, gayrimenkul yatırım ortaklıkları gibi uzun süre varlıklarını ellerinde tutmaktan elde ettikleri durumlar için hala başka kriterlere açıktır.

Paragraf 2

Paragraf 2a, Dördüncü Kara Para Aklamayı Önleme Direktifinden kelimesi kelimesine alınmıştır. Hafifletilmiş bir ceza teşviki özellikle büyük şirketler için önemlidir: Deliller, muhtemelen binlerce çalışanı ve milyarlarca veri kümesi olan bir kurumun karmaşıklığında gizlidir. Savcılar, bir arama izni almak için yeterli başlangıç bilgisine sahip olsalar bile, zaman aşımı kapsamındaki delilleri detaylı olarak inceleyemeyebilirler. Örneğin, Siemens davası soruşturulurken, şirket yaklaşık 475.000 kişiyi istihdam ediyor ve 190 ülkede iş yapıyordu. Şirketin büyüklüğü ve karmaşıklığı göz önüne alındığında, Siemens çalışanları ve diğer kişilerle yüzlerce görüşmenin yanı sıra milyonlarca belge, mali işlem ve banka kaydının aranması ve incelenmesi gerekiyordu.³⁴⁸ Siemens savcılarla işbirliği yapmamış olsaydı, ayıklanacak bilgi dağının kapsam açısından önemli ölçüde daha geniş olacağını söylemek muhtemelen doğru olurdu, ancak kaynak kısıtlamaları, soruşturmanın muhtemelen durumun daha küçük veya daha dar bir resmini ortaya çıkaracağı anlamına gelir.

Paragraf 2b, “etkili pişmanlık” kavramıyla ilgilidir. Ancak, GRECO’nun etkili pişmanlığın davalıyı otomatik ve zorunlu olarak temize çıkardığı düzenlemelere karşı çıktığı belirtilmelidir. Ayrıca, “bu aracın rüşvet veren tarafından kötüye kullanılabilmesi, örneğin daha fazla avantaj elde etmek için rüşvet alan üzerinde baskı yapma aracı olarak veya bir rüşvet suçunun işlendikten uzun süre sonra bildirildiği durumlarda yasal süre sınırı olmadığı için kullanılabilmesine” dair endişelerini dile getirmiştir.³⁴⁹ OECD Çalışma Grubu benzer gözlemlerde bulunmuştur: “Sözleşme, etkili pişmanlığa dayalı bir savunmaya izin vermemektedir. Yabancı rüşvet vakalarında, etkili pişmanlığa dayalı savunma, Sözleşmenin amacına tamamen zarar verir.”³⁵⁰ Bu sorunlardan kaçınmak için, paragraf 2b uyarınca etkili pişmanlık, sanığı temize çıkarmakla değil bir yaptırımın hafifletilmesiyle sınırlıdır. Savunma sadece mahkemenin takdirine bağlı olarak uygulanabildiğinden, Paragraf 2b, GRECO’nun hakkında bir tavsiyede bulunmadığı Karadağ hükmü örnek alınarak hazırlanmıştır.³⁵¹

Paragraf 2c, yolsuzluğu önleme şartlarına tam uygunluk savunmasını içerir. Bu, özellikle katı sorumluluğun tanıdığı sistemlerde yaygındır (Madde 2 paragraf 1c). Katı sorumluluk, şirketi, en dikkatli seçilmiş ve denetlenmiş olanları da dahil olmak üzere tüm temsilcilerinden sorumlu kılar. Başka bir deyişle, katı sorumluluk, sınırların dışına çıkılmasında temsilcinin herhangi bir kusuru olmasa bile, “haydut temsilciler” yükünü şirkete yükler.

347. *Finansal sistemin kara para aklama veya terörün finansmanı için kullanılmasının önlenmesine dair 20 Mayıs 2015 tarihli ve 2015/849 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi*, <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 31 Ocak 2016.

348. Siemens, basın açıklaması, 25 Aralık 2008 (İnternette mevcut değildir).

349. GRECO (6 Nisan 2011), *Üçüncü Değerlendirme Turu: Moldova Cumhuriyeti Değerlendirme Raporu*, paragraf 64, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; GRECO (9 Aralık 2015), *Üçüncü Değerlendirme Turu, Moldova Cumhuriyeti İkinci Uygunluk Raporu Eki*, paragraf 9 (GRECO’nun “bu savunmanın kötüye kullanılmasını önlemek için yeterli önlemlerin alındığına hala ikna olmadığını” vurguladığı).

350. OECD Çek Cumhuriyeti, aynı kaynak, s. 15.

351. GRECO (3 Aralık 2010), *Üçüncü Değerlendirme Turu, Karadağ Değerlendirme Raporu*, paragraf 76, www.coe.int/greco, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Bu nedenle, şirketin, temsilcinin yolsuzluk suçunu işlemlerini önlemek için elinden gelen her şeyi yaptığını göstermesine ve dolayısıyla daha hafif bir ceza almasına olanak tanımak adil görünmektedir.

8.1.8. Madde 7 – Halef ve ortakların sorumluluğu

(1) [*Halefiyet*] Bir tüzel kişinin suç işlendikten sonra resmi olarak veya hukuki bir işlemle birleşmesi, dönüşmesi veya bölünmesi durumunda, Madde 5 kapsamındaki yaptırımlara [yaptırımlar] ilişkin sorumluluk, yeniden yapılanma sonucu meydana gelen tüzel kişiye/kişilere ait olacaktır; aynı şirket sahiplerinin aynı işi başka bir tüzel kişi ile devam ettirdiği durumlar için de aynısı geçerlidir.

(2) [*Kişisel sorumluluk*] Ortaklar veya hissedarlar, tüzel kişinin mali yükümlülüklerinden sorumlu oldukları ölçüde mali yaptırımlardan (Madde 5 paragraf 1a [*el koyma*] ve paragraf 2a [*para cezaları*]) da sorumlu olurlar.

(3) [*Rücu hakkından men*] Paragraf 2'ye bakılmaksızın, tüzel kişi, mali yaptırımlar için yöneticilerine veya çalışanlarına karşı rücu edemez [*Madde 2 paragraf 1*] rücu edemez, ancak sadece tazminat ve diğer benzer sonuçlar için bu hakkını kullanabilir.

(4) [*Tasfiye ve iflas*]

- ▶ (a) Tüzel kişiyi mali yaptırımlardan korumak için bilerek tasfiye eden veya
- ▶ (b) bir iflas suçundan cezai olarak sorumlu olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, tüzel kişinin mali yaptırımları ödeyememesi durumunda sorumlu olur.

Paragraf 1

Gerçek kişiler yüzünü, adını veya cinsiyetini değiştirebilirler. Ancak, medeni hukuk veya ceza hukuku kapsamında, bir gerçek kişi böyle bir değişiklik yaparsa, yine de aynı tüzel kişiliğe sahip olur ve aynı sözleşmelerden veya cezai suçlardan sorumlu tutulabilir. Buna karşılık, tüzel kişiler, birleşme (iki şirketin yeni tek bir şirket oluşturması), dönüşüm (bir sınırlı ortaklığın bir şirkete dönüşmesi) veya bölünme (bir şirketin ikiye bölünmesi) yoluyla sahiplerinin istediği şekilde tüzel kişiliklerini kaybedebilirler. Sonuç olarak, ilk tüzel kişiden ortaya çıkan, devam eden veya türetilen bir, iki veya daha fazla yeni tüzel kişilik olabilir. Bu nedenle, yasada, önceki tüzel kişinin sorumluluğunun yeni tüzel kişilere geçeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi ve 2009 tarihli Tavsiyesi, halef sorumluluğunu açıkça kapsamasına da, 16 Çalışma Grubu izleme raporunda bu konu ele alınmıştır.³⁵² Bazı ulusal yasalar, bu yasal halefiyeti açıklayan maddeler içerirse de³⁵³ geçiş halindeki ülkelerin birçok yeni yasasında bu maddeler yer almamaktadır. Almanya'da, haleflerin sorumluluğu 2013 yılında uygulamaya koyuldu. Daha önce, şirketler bazen diğer şirketlerle birleşerek sorumluluktan kaçmaya çalışıyorlardı.³⁵⁴ 2016'da Almanya Üst Meclisine sunulan bir yasa taslağında, yasal halefiyet "halefin yaptırım uygulanmadan önce yerine geçmenin gerçekleştiği tarihte selefin sorumluluğu hakkında bilgi sahibi olduğu veya olması gerektiği" durumlarla sınırlandırılmıştır. Ancak, halihazırda uygulanan yaptırımlar her zaman halef için geçerli olacaktır.³⁵⁵

Madde 7 paragraf 1'in ikinci yarısı, Cezai Suçlar için Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Avusturya Yasasının 10. Maddesinin 2. paragrafı örnek alınarak oluşturulmuştur.³⁵⁶ Bu, bir şirketin değerinin yerine külli halefiyet yoluyla değil, cüzi halefiyet yoluyla geçtiği durumları hedef alır. Bir şirketin temel işi, iki farklı tüzel kişi arasında genel bir hukuki dönüşüm olmaksızın başka bir şirkete devredilir. Bu tür aktarımlar, fikri mülkiyet, müşteriler, personel ve/veya mülkiyet gibi temel varlıkların diğer şirkete aktarılması yoluyla yapılır; her bir varlığın aktarılması

352. OECD, *Tüzel Kişilerin Yabancı Görevlilere Rüşvete İlişkin Sorumluluğu: Durum Değerlendirmesi Raporu* (2016), ss. 102-103.

353. Örneğin bkz. Avusturya, aynı kaynak, § 10; Çek Cumhuriyeti, aynı kaynak, bölüm 10 ("tüzel kişilerin cezai sorumluluğu tüm yasal haleflerine geçer"); Almanya, § 30 alt madde 2a *Düzenleyici Mevzuat Kapsamındaki Suçlar Yasası* [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG] (2009'da değiştirilmiştir), www.gesetze-im-internet.de, Erişim tarihi: 31 Ocak 2016; Romanya, Madde 151, 17 Temmuz 2009 tarihli ve 286 sayılı Kanun (Ceza Kanunu).

354. Örneğin uluslararası bir kahve üreticisinin durumu, bkz. Alman Antitröst Kurumu, 11 Şubat 2014 tarihli basın açıklaması, "*Düsseldorf Yüksek Mahkemesi Melitta'ya verilen para cezalarını onayladı*", www.bundeskartellamt.de, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019: "Bundeskartellamt [Federal Antitröst Kurumu], bu yeniden yapılanmanın (birleşme) para cezalarının ödenmesine ilişkin sorumluluktan kaçmak için gerçekleştirildiğini varsaymaktadır."

355. Kuzey Ren Vestfalya, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden* (Kuzey Ren Vestfalya Yasa Taslağı, İşletmelerin ve Diğer Derneklerin Cezai Sorumluluğu Yasası), Bölüm 4 "Halefiyetin gerçekleştiği anda suçu tamamen veya kısmen bilen veya bilmesi gereken yasal halef aleyhine kurumsal yaptırım uygulanacaktır." Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

356. 2005 tarihli Cezai Suçlara İlişkin Olarak Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna Dair Federal Yasa [*Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG)*] www.internet4jurists.at, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

gerektiğinden, “cüzi halefiyet” ifadesi kullanılmaktadır. OECD Çalışma Grubu, o zamandan beri Almanya’ya, halef sorumluluğu hükümlerini kurumsal yasal çerçevesine eklediği için övgüde bulundu ve yeni kanunun birleşme ve devralma, bölünme ve tasfiye dahil olmak üzere kurumsal yeniden yapılanmayı kapsadığına dikkat çekti.³⁵⁷

Dönüşümler, örneğin farklı şirketlerin hissedarları arasında yapılan bir anlaşma ile gerçekleşebilir. Dönüşümler ayrıca yasal hükümlerin sonucu da olabilir. Örneğin, birçok yargı alanında, sınırlı sorumlu bir şirket (“Limited”) kurma amacıyla adi bir ortaklık, uygun şekilde tescil edildikten sonra resmen “Limited” şirket haline gelecektir.

Paragraf 2

Şirketler hukuku açısından bakıldığında, paragraf 2’de vurgulanan şeyden bahsetmeye bile gerek yoktur: Ortaklıklar gibi kişisel sorumluluğu olan tüzel kişilerde, ortaklar tüzel kişinin mali yükümlülüklerinden sorumludur. Ancak bu noktada net bir hukuki açıklama yapılması önemlidir. Aksi takdirde, yargılamalar sırasında şirketler hukuku kapsamındaki kişisel sorumluluğun sadece hukuki sorumlulukları mı yoksa para cezalarını da mı içerdiğine dair önlenebilir tartışmalar ortaya çıkacaktır. Örneğin, tüzel kişilerin sorumluluğu Almanya’da yıllardır var olan bir kavram olmasına rağmen, bu konuyla³⁵⁸ ilgili herhangi bir hukuki doktrin bulmak zordur.

Yolsuzluk suçuna karışan ortaklar için belirli bir husus geçerlidir. Aynı suç için iki kat ödeme yapmaları gerekebilir: Kişisel mahkumiyetleri nedeniyle para cezası ve ortaklıklarının borçlu olduğu para cezasından ilgili payları. Bu, çifte ceza sorununu gündeme getirir (bkz. Madde 12).

Uygulamada, bir ortak, bir ortaklığın belirli bir varlığına el koyulmasından sorumlu olamaz: Varlık ya ortaklıktadır ya da değildir. Varlık ortakta ise, üçüncü şahıslara yönelik el koyma kapsamında el koyulacaktır. Ancak, paragraf 2, değer olarak el koyma davaları için önemlidir. Bu, bir suçtan elde edilen gelire el koyulmadığı, ancak bu gelirlere karşılık gelen değerın müsadere edilebildiği davalarla ilgilidir.³⁵⁹

Paragraf 3

Bu paragraf, Avusturya’nın Cezai Suçlar için Tüzel Kişilerin Sorumluluğu Hakkında Kanunundan aşağı yukarı olduğu gibi alınmıştır.³⁶⁰ Bu paragrafın amacı, mali yaptırımların etkisini tüzel kişiye bırakmaktır. Aksi takdirde para cezası ihtimali tüzel kişi üzerinde yeterli caydırıcı etkiye sahip olmayabilir. Ancak, tüzel kişinin, meydana gelen diğer her türlü maddi zarar için yöneticilerine ve çalışanlarına rücu edebilmesi önemlidir. Bu, iş kaybı, itibar kaybı, prosedür maliyetleri, vb. gibi zararları içerir.³⁶¹ Uygulamada, yöneticiler genellikle yönetici ve görevli sigortası kapsamındadır (“YG sigortası”).³⁶² Ancak, YG sigortası cezai suçlarla ilişkili para cezalarını ve diğer tazminatları kapsamaz.

Paragraf 4

Çoğu durumda, şirket sahipleri tüzel kişiyi tasfiye etmek isteyebilirler. Sonuç olarak, şirket yasal kişiliğini kaybedecektir. Bu, eski tüzel kişi için sorumluluğu kimin taşıması gerekeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Tüzel kişinin iflası bağlamında da benzer sorular ortaya çıkmaktadır. İflas suçları, bir tüzel kişinin varlıklarını kötü niyetle, örneğin varlıkları elden çıkararak veya saklayarak, hayali yükümlülükleri kabul ederek veya kayıtları imha ederek azaltmanın çeşitli biçimlerini içerir.³⁶³ Tüzel kişiyi mali yaptırımlardan korumak için tüzel kişinin kasıtlı olarak tasfiyesi veya iflas suçlarının işlenmesi, genel hukuk ilkelerine göre haksız fiil olarak kabul edilir.³⁶⁴ Tasfiye öncesinde ve durumunda hukuki kesinliği sağlamak için, paragraf 3’te bu konuya açıklık getirilmektedir.

357. OECD, *Almanya, OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin Uygulanmasına Dair Faz 4 Raporu*, paragraf 215, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.
358. Aşağıda verilen ticaret hukukuna (ortaklıklar dahil) ilişkin 15 ciltlik hukuk ansiklopedisi (satış fiyatı: 2.300 €) bu sorunun yanıtını içermektedir, ancak birçok daha kısa eserde bu yanıt yer almaz: Staub, *Handelsgesetzbuch: HGB, Großkommentar in 15 Bänden*, 5. baskı, § 128 no. 10.
359. Madde 4, *Avrupa Birliğinde suç gelirleri ve vasıtalarının dondurulması ve müsadere edilmesine dair 3 Nisan 2014 tarihli ve 2014/42/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi*, <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.
360. § 11 Tüzel kişilerin suçlara ilişkin sorumluluğu hakkında 2005 tarihli Federal Kanun, aynı kaynak.
361. Bu bağlamda bkz. Siemens’in CEO’larından birine karşı kazandığı 15 milyon € tazminat: Reuters, (6 Şubat 2015), *Ex-Siemens CFO Neubuerger commits suicide*, www.reuters.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.
362. *Businessdictionary*: “Bir firmanın yöneticilerine ve üst düzey yöneticilerine genel koruma sağlayan kişisel sorumluluk sigortası. Genellikle firma tarafından ödenen bu sigorta, kötü yönetim kararlarından, çalışanların işten çıkarılmalarından, hissedarların şikayetlerinden ve iyi niyetle gerçekleştirilen diğer eylemlerden kaynaklanan dava ve mahkeme kararları sonucunda ortaya çıkan maliyetleri (kısmen veya tamamen) karşılar. Cezai suçlar bu sigorta kapsamında değildir.”, www.businessdictionary.com.
363. Örneğin bkz. Alman *Ceza Kanunu*, bölüm 283’teki iflas suçları, www.gesetze-im-internet.de, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.
364. Örneğin Alman hukukunda olduğu gibi.

8.1.9. Madde 8 – İç hukukun uygulanabilirliği

Tüzel kişinin Madde 2, 3 ve 4 kapsamındaki sorumluluğu ile ilgili olarak, tüzel kişinin sicil kaydının bulunduğu veya gerçek kişinin bir suç işlediği topraklarda geçerli olan yasa (Madde 1 paragraf 2) uygulanır.

Bu Madde, yargı yetkisine ilişkin ilgili konuları belirlemek için yeterli araçları sağlamayı ve böylece iç hukukun uygulanabilirliğine ilişkin net bir çerçeve sağlamayı amaçlamaktadır. Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi (Madde 18) ve UNCAC (Madde 42), tüzel kişilerin sorumluluğu durumlarında uygulanacak hukuka ilişkin özel bir hüküm içermemektedir. Benzer şekilde, ceza kanunlarının genel hükümleri genellikle yalnızca gerçek kişiler için tasarlanmıştır. Bu durum birçok soruyu gündeme getirebilir: Birincisi, tüzel kişilerin sorumluluğu bakımından “suç” nedir? Gerçek kişi tarafından işlenen bir yolsuzluk suçu mu veya sorumluluk bağlantısı mı? Yani denetim eksikliği veya önleme mekanizmalarının olmaması mı? Örneğin, yalnızca gerçek kişinin eylemi olan rüşvete bakılırsa, bu yabancı bir çalışan tarafından yurt dışında gerçekleştirilebilir. Denetim eksikliği, yalnızca bir şirketin merkezinin bulunduğu A Ülkesinde olmuş olabilir. Bu, A Ülkesi topraklarında işlenmiş bir suç olarak mı nitelendirilir? İkinci olarak, bir tüzel kişi, terim açıkça tüzel kişileri içerecek şekilde tanımlanmadıkça muhtemelen “vatandaş” olarak nitelendirilmez. Ancak, bir tüzel kişinin genel olarak “vatandaş” teriminin kapsamına girmesi uygun görülse bile, ne zaman bu şekilde nitelendirilir? A Ülkesinde kayıtlıyken, yabancı hukuka göre kurulmuş olduğunda mı yoksa yalnızca Romanya yasalarına göre kurulduğunda mı? Ayrıca bir tüzel kişi A Ülkesinde nasıl “ikamet eder”? Bir şube veya bağlı şirket yeterli midir yoksa A Ülkesinde kayıtlı ofis gerekli midir?

Madde 8, yukarıdaki tüm sorulara net bir yanıt sağlamayı amaçlamaktadır. Örneğin Avusturya, Çek, Romanya (güncellenmiş versiyon) ve Birleşik Krallık hukukunda³⁶⁵ bulunan ilgili hükümleri birleştirir ve OECD Çalışma Grubunun tavsiyelerine uygundur:

- ▶ “Yabancı rüşvet suçunun yurtdışında İsveç vatandaşı olmayan bir aracı aracılığıyla işlenmesi halinde”³⁶⁶ veya “Meksika’da kurulmuş veya merkezi bulunan şirketler” üzerinde yargı yetkisini kullanmak”;³⁶⁷
- ▶ “Ülkesel ve milli yargı yetkisini açıkça sağlamak”;³⁶⁸
- ▶ “İster doğrudan ister aracılar aracılığıyla (yabancı bağlı şirketler gibi ilgili tüzel kişiler dahil) işlenmiş olsun tamamen veya kısmen yurt dışında işlenen suçlara ilişkin ülkesel ve milli yargı yetkisini uygulamak [...]”;³⁶⁹
- ▶ “Tüzel kişiler üzerindeki yargı yetkisinin uygun bir şekilde açıklığa kavuşturulması [...] geniş bir şekilde yorumlanmalı ve özellikle (i) ana merkezleri Brezilya’da olan ama Brezilya’da kurulmamış şirketleri ve (ii) bir kısmı Brezilya dışında olsa bile ana yönetim ve kontrolü Brezilya’da bulunan şirketler”;³⁷⁰

Birincisi ve en önemlisi, Madde 8, tabiiyet ilkesini iç hukuk kapsamında kurulmuş (kayıtlı merkezleri genellikle kendi ülkelerinde olan) veya *filen* ülkede ikamet eden şirketlere uygular. Ayrıca, gerçek kişi tarafından işlenen suça ülkesellik ilkesini uygular.

Madde 8’in (yalnızca) işlenen suça en yakın tüzel kişiye değil, aynı zamanda suçun menfaatine işlendiği tüzel kişiye de atıfta bulunduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, örneğin, eğer A şirketi yurt dışında ikamet ediyorsa ve yurt dışında işlenen rüşvet suçundan sorumluyorsa, söz konusu suç, yurt içinde ticaret siciline kayıtlı ana şirket B’nin menfaatine işlenmişse, yine yerel ceza hukuku geçerlidir. Madde 8’de belirtildiği gibi, “tüzel kişi” her zaman Madde 2, 3 ve 4’te belirtilen tüzel kişidir.³⁷¹

365. § 12 Tüzel Kişilerin Cezai Suçlara İlişkin Sorumluluğuna dair 2005 tarihli Federal Yasa, aynı kaynak; Birleşik Krallık, *2010 tarihli Rüşvet Yasası*, Bölüm 7 alt bölüm 5, www.legislation.gov.uk (sorumlular: “Birleşik Krallık’ın herhangi bir yerinde bir işi veya bir kısmını yürüten diğer herhangi bir kurum (nerede kurulmuş olursa olsun), Birleşik Krallık’ın herhangi bir yerinde bir işi veya bir kısmını yürüten başka herhangi bir ortaklık (nerede oluşturulmuş olursa olsun)”; Çek Cumhuriyeti, 418/2011 sayılı Kanun, aynı kaynak, bölüm 2-5; Romanya, Ceza Kanunu, aynı kaynak, Madde 9.

366. OECD (Haziran 2012), *İsveç: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 3b, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

367. OECD (Ekim 2011), *Meksika: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 3c, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

368. OECD (Mart 2014), *Şili: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 5, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

369. OECD (Mart 2014), *Güney Afrika: Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 3 Raporu*, tavsiye 14k, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

370. OECD Brezilya, aynı kaynak, s.29.

371. Çek hukuku (418/2011 sayılı Kanun, aynı kaynak) bu konuda açık bir hüküm içermektedir (bölüm 4 alt bölüm 2): “Çek Cumhuriyeti’nde kayıtlı ofisi bulunmayan bir tüzel kişi tarafından yurt dışında gerçekleştirilen bir suç eyleminin cezalandırılmasına ilişkin sorumluluğu belirlerken,” bu suç, Çek Cumhuriyeti’nde kayıtlı ofisi olan bir tüzel kişi yararına işlenmişse Çek Cumhuriyeti kanunları geçerli olacaktır.”

Bazı ülkelerin Madde 8'in ötesine geçtiği ve hatta evrensel yargı yetkisi uyguladığı unutulmamalıdır. Örneğin, belirli kalpazanlık ve terörizm eylemlerinin "cezalandırılmasına ilişkin sorumluluğu belirlerken", "bu suç, Çek Cumhuriyeti'nde kayıtlı ofisi olmayan bir tüzel kişi tarafından yurt dışında işlenmiş olsa bile Çek Cumhuriyeti kanunları geçerli olacaktır."³⁷²

8.1.10. Madde 9 – Genel idari hukukun/ceza hukukunun uygulanması

Diğer tüm açılardan, genel maddi hükümler, yalnızca gerçek kişilere uygulanmadıkları sürece tüzel kişilere de uygulanır.

Gerçek ve tüzel kişilere eşit olarak uygulanan birçok hüküm bulunmaktadır. Ceza hukukunun geriye dönük uygulanmasına ilişkin yasak bunun bir örneğidir. Tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili bir kanunda bu ortak hükümlerin tekrarlanmasına gerek yoktur. Madde 9 bu amaca hizmet etmektedir. Yalnızca gerçek kişilere uygulanan çok sınırlı sayıda hüküm vardır. Hapis cezası gibi bunun hangi hükümlerle ilgili olduğu nispeten açık olmalıdır. Pek çok ulusal kanunda (örneğin Cezai Suçları için Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Avusturya Yasası), ifade ve içerik bakımından Madde 9'a benzer bir hüküm vardır.³⁷³

Madde 9 bağlamında, tüzel kişilere yönelik özel düzenlemeler düşünülürken dikkatli olunması gerektiği unutulmamalıdır. Önemli konulardan biri, OECD Çalışma Grubu tarafından düzenli olarak eleştirilen, tüzel kişiler için öngörülen sürelerin gerçek kişiler için öngörülenden daha kısa olduğu zaman aşımı kurallarıdır.³⁷⁴

8.2. Bölüm II: Usule ilişkin konular

8.2.1. Ön not: Ayrı hükümler gerekli mi?

Kabaca iki usule ilişkin düzenleme modeli arasında ayırım yapılabilir: Çoğu ülke usule ilişkin konularda oldukça sessiz kalıp gerçek kişiler için tasarlanan usul hukukunun benzer bir şekilde tüzel kişilere uygulanmasını mahkemelere bırakır. Diğer ülkeler ise, tüzel kişilerin mahkemeye nasıl çağrılacağı, tüzel kişinin sessiz kalma hakkına sahip olup olmadığı vb. gibi tüzel kişilere ilişkin tüm usul hususlarını kapsamlı bir şekilde düzenlemeye çalışır. Bu nedenle, bu hukuki araç seti, tüzel kişilerin sorumluluğu kavramının nispeten yeni olduğu ülkeler dikkate alınarak oldukça kapsamlı bir düzenleme yapılmasını tercih eder, çünkü karmaşık davalar nedeniyle mahkemeler birçok şeyle fazlasıyla mücadele edecektir. Yasal boşlukları doldurma yükünü daha sonraki bir tarihte mahkemelere devretmek yerine, kanunda önceden verilmiş net cevapların olması tercih edilir.

8.2.2. Madde 10 – Yerel yargı yetkisi

(1) [Yerli tüzel kişiler] Mahkeme yeri, tüzel kişinin kayıtlı veya *fiili* merkezinin bulunduğu yer sayılır.

(2) [Yabancı tüzel kişiler] Yurt dışında kayıtlı ve fiili merkezi bulunan tüzel kişiler için mahkemede mahkeme yeri:

- ▶ (a) [Yerel suç] Suçun ülke içinde işlenmiş olması durumunda, suçun işlendiği yer veya
- ▶ (b) [Yabancı suç] Suçun ülke dışında işlenmiş olması durumunda yabancı veya vatansız gerçek kişileri yargılama yetkisine sahip mahkeme olacaktır.

(3) [Bağlantılı davalar] Bağlantılı davaların yeri ile ilgili hükümler etkilenmeden kalacaktır.

Madde 8, maddi ceza hukukunun uluslararası düzeyde uygulanabilirliğini belirler. Bu soru olumlu bir şekilde yanıtlanırsa, Madde 10, hangi yerel mahkemenin davayı görme yetkisine sahip olduğuna dair rehberlik sağlar. Mahkeme yeri için temelde iki seçenek vardır: Yolsuzluk suçunun işlendiği yer veya tüzel kişinin kayıtlı merkezinin bulunduğu yer.

372. Bölüm 4 alt bölüm 1, 418/2011 sayılı Kanun, aynı kaynak.

373. Aynı kaynak, § 14 alt bölüm 1.

374. OECD İsviçre, aynı kaynak, tavsiye 17: "Yabancı rüşvet suçunun soruşturulması ve kovuşturulması için yeterli süre sağlanması amacıyla tüzel kişilerin kovuşturulması için mahkemeler tarafından 15 yıllık zaman aşımı süresinin uygulanmaya devam etmesi"; OECD (2018) *İsviçre, Faz 4 Raporu*, s. 37, Çalışma Grubu, İsviçre'de zaman aşımı süresinin, beraat veya mahkumiyet kararı çıkmasından bağımsız olarak ilk derece mahkemesinde karar verilmesinden sonra artık geçerli olmadığına dair içtihat hukuku gelişmesini olumlu karşılamaktadır; OECD Brezilya, aynı kaynak, tavsiye 8: Zaman aşımına ilişkin olarak Çalışma Grubu, Brezilya'nın [...] tüzel kişiler aleyhine yürütülen idari davalar için süreyi genişletme imkanını açıklığa kavuşturmasını tavsiye etmektedir; OECD İtalya, tavsiye 4(f): "tüzel kişiler için geçerli daha kısa bir zaman aşımı süresinin etkisinin yeniden değerlendirilmesi ve bu sürenin gerçek kişiler için geçerli olan süre ile uyumlu hale getirilmesi."

Her iki seçenek için de argümanlar mevcuttur. Suçun işlendiği yer seçeneği, aynı mahkemenin gerçek ve tüzel kişiye ilişkin yargılamayı yürütmesi avantajına sahiptir (çünkü gerçek kişi genellikle suçun işlendiği yerde yargılanır).

Tüzel kişinin bulunduğu yer seçeneğinin avantajı, aynı mahkemenin aynı tüzel kişinin suçları için her zaman yetkili olmasıdır. Ayrıca, tüzel kişinin yolsuzluk suçlarının çeşitli yerlerde işlenmiş olması durumunda belirlenmesi kolay bir yer olacaktır. Buna ek olarak, mahkemedeki savcılık, tüzel kişiden delil toplamak için tüzel kişiye daha yakın olacaktır.

Ayrıca, tüzel kişilerin suça karıştığı durumlarda suçun yeri de dahil olmak üzere kesin koşulları genellikle net değildir: Rüşvet şirketin tesislerinde mi, bir kamu dairesinde mi yoksa başka bir yerde mi verildi? Son olarak, tüzel kişilerin merkezleri genellikle büyük şehirlerde bulunur. Büyük şehirlerdeki mahkemelerin yargıçlarının, tüzel kişilerin sorumluluğu kavramıyla içli dışlı olması daha olasıken, daha küçük mahkemelerdeki meslektaşları bu kavrama fazla aşına olmayabilir.

Bu nedenlerle, paragraf 1'de, tüzel kişinin merkezinin olduğu yer mahkeme yeri olarak tanımlanır. Ancak, mahkeme davayı gerçek kişi aleyhine yapılan yargılamayla ilişkilendirmek isterse, bunu Madde 10 paragraf 3 uyarınca yapmaya karar verebilir. Yurt dışında merkezi olan şirketler için, paragraf 2'de, mahkeme yeri genellikle gerçek kişiler için olduğu gibi tanımlanmaktadır. Yerel mahkemelerin yerinin belirlenmesinde olası birçok farklılık vardır. Nihayetinde yasama erkinin sağlaması gereken iki şey, yukarıda belirtilen politika argümanlarının dikkate alınması ve yetkili makamların tüm olası durumlarda hangi mahkeme yerinin kullanılması gerektiğini belirlemesine olanak tanıyan koşulların açıkça belirtilmesidir. Tüzel kişiler aynı zamanda yurt dışında yolsuzluk yapmaktan kendi ülkelerinde de sorumlu olabileceğinden, sadece suçun işlendiği yere göre mahkeme yeri tanımlayan bir hüküm muhtemelen yeterli olmayacaktır.

8.2.3. Madde 11 – Özerk usul

Tüzel kişiye aleyhine yürütülen usul, suçu işleyen gerçek kişi aleyhine yürütülen bir usulden ayrı olarak veya o usul olmadan devam edebilir.

Madde 11, usul açısından Madde 2 paragraf 2c hükmünün aynısıdır. Madde 2 paragraf 2c tüzel kişinin sorumluluğunu gerçek kişinin sorumluluğundan ayırır. Madde 11 de aynı şeyi usul düzeyinde yapmaktadır. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunlarında genel olarak bulunan bir hükümdür.³⁷⁵ OECD'nin 2009 tarihli Yabancı Rüşvetle Daha Fazla Mücadele Tavsiyesinde, "tüzel kişilerin sorumluluğuna yönelik sistemlerin [...], sorumluluğu, suçu işleyen gerçek kişi veya kişilerin kovuşturulduğu veya mahkum edildiği davalarla sınırlandırmaması gerektiği" belirtilmiştir. OECD tarafından hazırlanan izleme raporlarında da, gerçek ve tüzel kişiler aleyhine yürütülen usulün zorunlu olarak birbirine bağlı olmaması gerektiği öne sürülmektedir.³⁷⁶ Bu tür hükümler, yargılama taktikleri açısından yararlı olabilir. Tüzel kişiler, hafif bir ceza alabilmek için genellikle baştan itibaren savcılarla işbirliği yapmaya daha isteklidir. Tüzel kişi, yolsuzluk planlarına ilişkin kapsamlı deliller sunacaktır. Bu, sonraki bir yargılamada ilgili gerçek kişilere karşı dava açılmasını kolaylaştırabilir.

Usul ayrımı, bir veya birkaç gerçek kişinin duruşmayı hiç bitmeyecekmiş gibi görünen talep dilekçeleriyle uzattığı durumlarda da önemlidir. Mahkeme, tüzel kişinin sorumluluğuna şimdiden halihazırda ikna olmuş olabilir. Tüzel kişi aleyhindeki yargılama, gerçek kişiler aleyhindeki yargılamadan ayrı olarak yürütülmemişse, makul bir süreyi aşacağından başarısız olma riski taşıyabilir: "Soruşturmacıların ve savcılarının tüzel kişiye odaklanmasına ve bireysel sanıkları (veya bazılarını) başka bir davaya bırakmasına izin verilmesi zaman tasarrufu sağlayabilir ve böylece sistemin önemli davalarda adaleti sağlama kabiliyetini artırabilir."³⁷⁷

375. Örneğin bkz. Avusturya, Tüzel kişilerin cezai suçlara ilişkin sorumluluğu hakkında kanun, aynı kaynak, § 15.

376. OECD (2000), *Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 1 Raporu*, s.24, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019. "Bu yüzden, rüşvet suçunu işleyen gerçek kişinin mahkum edilememesi durumunda tüzel kişiye cezai yaptırım uygulanamaz. Bu, etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar standardının karşılanıp karşılanmadığına dair şüpheler uyandırır."; OECD (2018), Meksika, OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 4 Raporu, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Kasım 2018, s.41 (tüzel kişilerin özerk cezai sorumluluğuna ilişkin olarak önceki tavsiyenin "tamamen uygulandığı görülmektedir" tespiti); OECD (2001), *Polonya, Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Faz 1 Raporu*, www.oecd.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019: "Çalışma Grubu, başta çoğu durumda tüzel kişinin önceden mahkum edilmesi şartı olmak üzere inceleme raporunda açıklandığı gibi bu yaklaşımın belirli özellikleri hakkında endişelidir [...]"

377. OECD/ACN, aynı kaynak, s.28.

8.2.4. Madde 12 – Çifte ceza

(1) [Gerçek ve tüzel kişi] Çifte ceza (*ne bis in idem*) yasağı, hem tüzel kişinin hem de gerçek kişinin aynı suçtan hüküm giymesi durumunda geçerli değildir.

(2) [Para cezaları] Para cezalarını değerlendirirken ve müsadere tedbirlerini uygularken mahkemeler, çifte cezadan kaçınmak için herhangi bir gerçek kişi suçunun ortak veya hissedar olmasının genel ekonomik etkisini dikkate alır.

(3) [Birden fazla tüzel kişi] Paragraf 1 ve 2, bağlantılı tüzel kişilerin aynı suçtan sorumlu olduğu durumlarda benzer şekilde uygulanır.

Paragraf 1

Paragraf 1, uluslararası standartların bir yansımasıdır. Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinin 18. Maddesinin 3. paragrafında şöyle denmektedir: “Bir tüzel kişinin sorumluluğu [...] cezai suçlara fail, azmettirici veya suç ortağı olarak karışan gerçek kişilere karşı cezai kovuşturma yapılmasına **engel olmaz**”³⁷⁸ Birçok ülke, bu ilkeyi mevzuatlarına dahil etmiştir. Örneğin Litvanya Ceza Kanunu Madde 20 paragraf 4’te şöyle denmektedir: “Bir tüzel kişiliğin cezai sorumluluğu, suç eylemini işleyen, organize eden, azmettiren veya işlenmesine yardım eden bir gerçek kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmaz.”³⁷⁹ Durum böyle değilse, üst mahkemeler bu ilkeyi onaylamıştır.³⁸⁰

Paragraf 2

Bazı durumlarda, tüzel kişi ile gerçek kişiye yönelik yaptırımların bir dereceye kadar koordine edilmesi gerekir. Bu, gerçek kişinin tüzel kişiye tamamen veya kısmen sahip olduğu durumlarda gereklidir. Bu durumda, tüzel kişiye verilen para cezasıyla tüzel kişinin sahipleri zaten cezalandırılmış olur: Ya cezayı ödemek için tüzel kişiye gerekli likiditeyi sağlamak zorundadırlar ya da cezanın neden olduğu zararlara bağlı olarak hisselerinin değeri azalmaktadır. Dolayısıyla, örneğin, Alman temyiz mahkemeleri, bir tüzel kişi ve onun temsilcileri aleyhindeki iki farklı yargılamanın *ne bis in idem* ilkesini ihlal etmediğine hükmetmiştir.³⁸¹ Gerçek kişi aleyhindeki yargılama, tüzel kişi aleyhindeki yargılama sonrasında yapılabilir. Ancak, gerçek kişiye yönelik yaptırımın belirlenmesinde, gerçek kişinin (örneğin hissedar olarak) tüzel kişiye yaptırım uygulanmasıyla halihazırda ekonomik bir kayba uğrayıp uğramadığı dikkate alınmalıdır.³⁸² Paragraf 2’de, bu yaptırım koordinasyonu ortaya koyulmaktadır.

Paragraf 3

Bu paragrafta, uygulamada sıkça rastlanan, ancak nadiren yasayla düzenlenen bir sorun ele alınmaktadır: Birbiriyle bağlantılı birkaç tüzel kişinin bir yolsuzluk suçuna karışması. Yine, bu, bir tüzel kişiye yönelik bir yaptırımın, holding bünyesindeki diğer tüzel kişiler aleyhinde yargılamayı engelleyip engellemediği sorunu gündeme getirmektedir. Prensipten, ayrı tüzel kişilerin tümü, bir yolsuzluğa herhangi bir şekilde karışmaktan ayrı olarak sorumludur. Örneğin, bir vakıf fonu ile yatay olarak bağlantılı iki tüzel kişinin bir rüşvet olayına karışması durumunda, her iki tüzel kişiye de yaptırım uygulanmasının önünde hiçbir engel yoktur. Bir holding şirketi ve bağlı şirketlerinin bir rüşvet olayına karışması halinde durum farklı görünebilir. Bağlı şirkete verilecek herhangi bir para cezası, bağlı ortaklıktan eşit ölçüde daha az gelir elde edeceği için halihazırda holding şirketine ekonomik olarak zarar verecektir. Avrupa Adalet Divanı, bu nedenle 2015 yılında, “bir ana şirketin sorumluluğunun tamamen bağlı şirketinin sorumluluğundan kaynaklandığı ve başka hiçbir faktörün ana şirketin sorumlu tutulduğu eylemi tek başına yansıtmadığı bir durumda, bu ana şirketin sorumluluğu, bağlı şirketinin sorumluluğunu aşamayacağına” karar vermiştir.³⁸³

Paragraf 3’te yalnızca mali yaptırımlara odaklanılmaktadır. Kararın yayımlanması ve kamu ihalelerinden men gibi diğer yaptırımlar ilgili tüm tüzel kişiler için uygulanabilir.

Paragraf 3’ün uluslararası bir boyutu da olabilir. Örneğin, Birleşik Krallık Ciddi Dolandırıcılık Bürosu Direktörü, bir röportajda Birleşik Krallık’ın zaten Amerika Birleşik Devletleri’nde yargılanmış olan bir tüzel kişiye karşı suçlamada bulunmayacağını söylemiştir: “Kanunlarımız, çeşitli olgularla ilgili olarak başka bir yargı alanında mahkumiyet

378. Vurgu yazar tarafından eklenmiştir; benzer Madde 26 paragraf 3 UNCAC.

379. Litvanya, Kanun no. VIII-1968 (Ceza Kanunu), www3.lrs.lt, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

380. Örneğin bkz. Ginter J., *Estonya’da Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu*, Juridical International XVI/2009, 151 (155), <http://www.juridicainternational.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019, Yüksek Mahkemenin Hukuk Davaları Dairesinin Kararından (CLCSCd) alıntı 3-1-1-7-04.

381. Hamm Temyiz Mahkemesi, 27 Nisan 1973 tarihli ve Ss OWi 19/73 sayılı karar (İnternette mevcut değildir).

382. Frankfurt am Main Temyiz Mahkemesi, *25 Ocak 2012 tarihli ve 1 Ss 63/11 sayılı karar*, <http://openjur.de>, Erişim tarihi: 31 Ocak 2016.

383. Avrupa Adalet Divanı, 17 Eylül 2015 tarihli karar, *C 597/13 P*, <http://curia.europa.eu>, Erişim tarihi: 31 Ocak 2016.

tehlilesi içinde olan bir kişinin burada aynı olgularla ilişkili olarak kovuşturulmasına izin vermemektedir.”³⁸⁴ Ancak, uluslararası çifte ceza yasağının açık ve standart bir uygulamadan başka bir şey olmadığı ve çifte ceza kavramının, OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesini imzalayan tüm taraflar arasında aynı anlama sahip olmayabileceği belirtilmelidir.³⁸⁵ Örneğin, Siemens davasında, Almanya, İtalya, Nijerya ve Amerika Birleşik Devletleri arasında kısmen örtüşen davalarda birkaç yargı alanı şirkete karşı kovuşturma yürütmüştür.³⁸⁶

8.2.5. Madde 13 – Kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı

[Gerçek kişi] Sanık olarak tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişiler, ifadeleri kendilerini suçluyorsa sessiz kalma hakkına sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sessiz kalma hakkına dair açık bir hüküm içermez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “polis sorgusu sırasında sessiz kalma hakkının ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının, adil usul kavramının merkezinde bulunan, genel olarak tanınan uluslararası standartlar olduğuna hiç şüphe yoktur” demiştir.³⁸⁷ Madde 13 bu hakkın bir yansımasıdır.

Ancak, gerçek kişiler aleyhindeki soruşturmalarda sessiz kalma hakkı, soruşturmacılar için oldukça büyük bir engel teşkil edebilir, çünkü birçok durumda olduğu gibi belirli davalarda sanıkların itirafı olmadan olguları ve nedenleri tam olarak bilemezler. Ancak tüzel kişilerde bu engeller daha da büyük olabilir. Soruşturmacılar genellikle sadece, tüzel kişinin içinden birisinin bir kamu görevlisine rüşvet verdiğini bilirler, ancak özellikle tüzel kişinin çok sayıda bağlı şirketi ve binlerce çalışanı varsa kimin olaya karıştığını ve rüşvetin nasıl gerçekleştirildiğini bilemeyebilirler. Tüzel kişinin sessiz kalma hakkı varsa, soruşturmacı, milyonlarca şirket belgesinin hangisinde suçun izlerini arayacağını ve binlerce çalışandan hangisiyle sorgulamaya başlayacağını bilemeyecektir (çalışanların çoğunun adını ve adresini bilmeyeceği gerçeği bir yana).

Bu konuda uluslararası bir standart yoktur. Çoğu yayın gibi yolsuzlukla mücadele sözleşmeleri de bu konuda sessizdir. Gerçek kişilerin sessiz kalma hakkına sahip olması, bunun tüzel kişiler için de otomatik olarak geçerli olduğu anlamına gelmez: Sözleşmenin tüm Maddeleri tüzel kişilere haklar vermez. Mahkeme, bu konuda pratik bir işleme bağlı kalır ve şirketlere herhangi bir hak verip veremeyeceğini hükme göre değerlendirir.³⁸⁸ Görüldüğü kadarıyla, AIHM sessiz kalma hakkının tüzel kişiler için geçerli olup olmadığı konusunda henüz ilgilenmek zorunda kalmamıştır.³⁸⁹ Bazı araştırmacılar, Mahkemenin diğer tüm adil yargılanma haklarını bireylere ve tüzel kişilere uyguladığını belirtmektedir. Dolayısıyla, Mahkemenin büyük olasılıkla kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkını da mümkün olduğu ölçüde gerçek ve tüzel kişilere eşit olarak uygulayacağını ileri sürerler.³⁹⁰

Alman Anayasa Mahkemesinin vurguladığı gibi, bazı yargı alanlarında sessiz kalma hakkının son derece kişisel bir unsuru olduğu düşünülmektedir: “Kendi aleyhine tanıklık etmeye ilişkin koruma insan onurunun yararınıdır. Kendi aleyhine tanıklık etme yükümlülüğü, bir kişiyi dayanılmaz bir kişisel ikileme sürükler. Tüzel kişiler böyle bir ikilemi yaşayamazlar.”³⁹¹ Bu nedenle, Alman Anayasa Mahkemesi tüzel kişileri sessiz kalma hakkından müstesna tutmaktadır. Avrupa dışındaki içtihatlarla bakıldığında, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin daha 1906’da hakkın kişisel olması nedeniyle bir şirketin Beşinci Ek Madde kapsamında kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkına sahip olmadığına karar verdiği de belirtilmelidir.³⁹²

Ancak birçok ülke ve mahkeme farklı bir tutum sergilemektedir. Yalnızca bu göz önüne alındığında, bu araç setinin 13. Maddesine uygun ulusal bir hükmün AIHS’nin 6. Maddesini ihlal ettiği tespit edilebilir. Örneğin, Avrupa

384. Dunn C. (12 Mart 2012), *Double Jeopardy and the New World of Antibribery Laws, Kurum Avukatı*, s.7, www.immagic.com, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

385. Aynı kaynak.

386. Anyango Oduor J. ve diğerleri (2013), Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery, s.61.

387. AIHM, *Birleşik Krallık’a karşı John Murray*, Başvuru no. 18731/91, 8 Şubat 1996 tarihli karar, paragraf 45, http://hudoc.echr.coe.int, Erişim adresi: 28 Ekim 2019.

388. Van den Muijsenbergh W./Rezaï S. (2012), *Corporations and the European Convention on Human Rights*, Global Business & Development Law Journal, Vol. 25, s. 48, http://digitalcommons.mcgeorge.edu, Erişim tarihi: 31 Ocak 2016.

389. Van Kempen P. (2010), *Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR*, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 14.3 (Aralık 2010), s. 16, www.ejcl.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

390. Van Kempen, idem; Van den Muijsenbergh, aynı kaynak, 49.

391. Alman Anayasa Mahkemesi, *26 Şubat 1997 tarihli ve 1 BvR 2172/96 sayılı karar*, www.servat.unibe.ch (Almanca), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

392. *Henkela karşı Hale*, 201 U.S. 43, 75-76 (1906), http://caselaw.findlaw.com, Erişim tarihi: 31 Ocak 2016: “Değişiklik, herhangi bir ceza davasında kendisi aleyhine tanıklık etmeye zorlanacak bir kişi ile sınırlıdır ve eğer üçüncü şahıs hakkını iddia edemezse, kesinlikle bir şirketin hakkını da iddia edemez. [...] Aslında, hakkın kişisel bir hak olduğu kuralı o kadar katıdır ki, bazı durumlarda avukatın itirazda bulunmasına izin verilmeyecektir”; ayrıca konu hakkında bkz. Brodowski D. ve diğerleri (2014), *Regulating Corporate Criminal Liability*, s. 200.

Adalet Divanı, “genel olarak, Üye Devletlerin yasalarının yalnızca, ceza yargılamasında bir suçla itham edilen bir gerçek kişiye kendisi aleyhine ifade vermeme hakkı verdiği” hükmetmiştir. Ancak Mahkeme, “savunma haklarının korunması gerekliliğinin [...] Topluluğun hukuk düzeninin temel bir ilkesi” olduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle, devlet “bir teşebbüsü, Komisyonun ispatla yükümlü olduğu bir ihlalin varlığının kendi payına kabul edilmesini içerebilecek cevaplar vermeye zorlamamalıdır.”³⁹³ Karar, Avrupa Birliği hukukunun uygulanması üzerinde yalnızca hukuki bir etkiye sahiptir ve bu nedenle AB Üye Devletlerinin iç hukuku üzerinde genel bir etkiye sahip değildir. Ülke örneklerine bakıldığında, Avusturya³⁹⁴ ve Polonya yasalarında sessiz kalma hakkı yer almaktadır: “Mahkeme, şirket temsilcisini tanık sıfatıyla sorgulayabilir. Bu kişi açıklama yapmayı reddedebilir.”³⁹⁵

Tüzel kişilerin sessiz kalma hakkına ilişkin açık bir uluslararası kılavuzun bulunmadığı göz önüne alındığında, bu hukuki araç seti bu konuda belirli bir duruş sergilememektedir. Ülkelerin yasama organları hangi duruşu benimseyeceklerine kendileri karar vermek zorunda kalacaklardır.

Bu konunun uygulamadaki değeri oldukça sınırlıdır. Uygulamada, bir tüzel kişinin sessiz kalmaktan hemen hemen hiçbir çıkarı yoktur. Normalde meşru olan bir işletmeyi içeren çoğu durumda, tüzel kişi para cezalarından ve itibarının zedelenmesinden kaçınmak isteyecek ve işbirliğine yatkın ve dürüstlüğü destekleyici olarak görülmek isteyecektir. Aynı zamanda savcılar, tüzel kişiyi işbirliği yapmaya teşvik edeceklerdir, çünkü çoğu zaman büyük şirketleri soruşturmak ve sayısız delili araştırmak için kaynaklara sahip değillerdir.

8.2.6. Madde 14 – Ön tedbirler

(1) [Mahkeme emri] Tüzel kişinin Madde 2, 3 ve 4 uyarınca sorumlu olduğunu ve tedbir alınmazsa soruşturmanın ve yaptırımların uygulanmasının güvenli olmayacağını varsaymak için gerekçeler varsa, yetkili mahkeme, yetkili makamların önerisi üzerine, belirli bir azami süre için aşağıdaki tedbirlerden birinin alınmasını emredebilir:

- ▶ (a) [Tasfiye yasağı] Tüzel kişiyi feshetme veya tasfiye etme prosedürünün başlatılmasının yasaklanması veya duruma göre askıya alınması;
- ▶ (b) [Dönüştürme yasağı] Soruşturmadan önce veya soruşturma sırasında başlayan tüzel kişinin birleşmesinin, dönüştürülmesinin, bölünmesinin veya kayıtlı sermayesinin azaltılmasının askıya alınması;
- ▶ (c) [Varlıkları elden çıkarma yasağı] Tüzel kişinin varlıklarını azaltması veya iflasına neden olması muhtemel varlık elden çıkarma işlemlerinin yasaklanması.

(2) [Ön kefalet] Kefaletin ödenmesi, gerçek kişiler için kefaletle ilgili hükümlere benzer şekilde aşağıdaki gibi öngörülmüştür:

- ▶ (a) Kefalet, soruşturma altındaki tüzel kişinin veya soruşturma makamının talebi üzerine mahkeme tarafından emredilir;
- ▶ (b) Kefalet, beklenen para cezası ve usul masrafları ile hesaplanır;
- ▶ (c) Kefalet yatırıldıktan sonra, paragraf 1 kapsamındaki tedbirler uygulanamaz.

Paragraf 1

Bir tüzel kişi bir yolsuzluk soruşturmasına maruz kaldığında, “akıllı” bir mal sahibi, tüm finansal varlıkları tüzel kişiden uzaklaştırmaya çalışabilir. Sonuç olarak, tüzel kişi para cezasını ödeyemeyecek ve sahibi de yaptırımın ekonomik etkisinden kaçmış veya bu etkiyi azaltmış olacaktır. Büyük uluslararası şirketler bile geçmişte bu tür taktikleri denemişlerdir.³⁹⁶ Dolayısıyla, gelişmiş ve ayrıntılı ulusal kanunlar genellikle, savcılarının, bir tüzel kişinin mali kaynaklarının ulaşılabilir hale gelmesini önlemesini sağlayan hükümler içermektedir.

Paragraf 1a, 1b ve 1c finansal varlıkların farklı saklanma biçimleriyle ilgilidir. İlk bakışta, paragraf 1b, Madde 7 paragraf 1’in (yeniden yapılanma durumunda yasal halefiyet) gereksiz bir kopyası olarak görünebilir. Madde 7 paragraf 1, sorumluluğun yeni tüzel kişide devam etmesini sağlar. Ancak bu kanuni devir, para cezasının tahsil edilmesini sağlamak için her zaman yeterli olmayacaktır. Örneğin, bir yerli tüzel kişi, yaptırımların uygulanması için ulaşmanın zor olduğu yabancı bir yargı alanında yabancı bir tüzel kişiye dönüşebilir. Paragraf 1, para

393. Avrupa Adalet Divanı, *Avrupa Toplulukları Komisyonuna karşı Orkem, Dava no. 374/87, 18 Ekim 1989 tarihli Karar*, <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

394. § 17 Tüzel kişilerin suçlara ilişkin sorumluluğu hakkında 2005 tarihli Federal Kanun, aynı kaynak.

395. Madde 21a paragraf 1 *Tüzel Kişilerin Yasaklı Eylemlere İlişkin Sorumluluğuna Dair 28 Ekim 2002 tarihli Yasa*, www.oecd.org (İngilizce), Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

396. Alman Federal Antitröst Kurumu, 11 Şubat 2014 tarihli basın açıklaması, aynı kaynak.

cezalarının tahsilini güvence altına almak için ön tedbirler öngören Avusturya³⁹⁷ ve Romanya³⁹⁸, kanunları örnek alınarak hazırlanmıştır.

Paragraf 2

Paragraf 1 kapsamındaki tedbirler, soruşturma sürerken tüzel kişilerin ve sahiplerinin özgürlüklerini sınırlamaktadır. Ön tedbirler orantısız olmamalıdır. Ayrıca, tüzel kişinin suçlu olduğu kanıtlanana kadar masum olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, tüzel kişiye, paragraf 1 kapsamındaki önlemlerden kaçınma veya bu önlemleri kaldırma karşılığında devlete mali yaptırım için bir teminat sunma imkanı verilmesi adil olacaktır.

Paragraf 2 büyük ölçüde Romanya Ceza Kanunu örnek alınarak oluşturulmuştur, ancak Romanya Ceza Kanununda kefaletin tüzel kişinin talebi üzerine değil, yalnızca mahkeme emriyle ödenmesi öngörülmektedir.³⁹⁹ Ayrıca, kefaletin ödenmesi, tüzel kişi üzerinde orantısız bir yük oluşturabilecek ön tedbirlerin askıya alınmasını veya kaldırılmasını sağlamaz. Delillerin elde edilmesi bağlamında ön tedbirler de düşünülebilir. Örneğin, tüzel kişinin herhangi bir tasfiyesi veya dönüşümü, yazılı delillere erişimin engellenmesiyle ilgili olabilir, çünkü yeniden yapılanma sürecinde belgeler ortadan kaybolabilir.

Ancak, deliller genellikle şirket belgelerinin arşivlenmesi için asgari süreler belirleyen düzenlemeler ve adaletin engellenmesine karşı cezai yaptırımlar kapsamında korunmaktadır.⁴⁰⁰

8.2.7. Madde 15 – Yasal halefiyet

Yargılama sırasında bir tüzel kişinin birleşmesi, dönüşmesi veya bölünmesi durumunda, önceki tüzel kişiyi ilgilendiren usul işlemlerinin, yeniden yapılanma sonucunda ortaya çıkan tüzel kişi(ler) üzerinde hukuki etkisi olmaya devam edecektir.

Tüzel kişiler tüzel kişiliğini gerçek kişilerin yapamadığı bir şekilde değiştirme kabiliyetine sahip olmaları nedeniyle, bu tür durumlarda sürekliliği sağlamak için Madde 15 gereklidir. Tüzel kişilerin sahipleri, yukarıda Madde 7'de tartışıldığı gibi birleşme (iki şirketin yeni tek bir şirket oluşturması), dönüşüm (bir sınırlı ortaklığın bir şirkete dönüşmesi) veya bölünme (bir şirketin ikiye bölünmesi) yoluyla değişebilirler. Prensipten, bir selef aleyhine yürütülen usul işlemlerinin yasal halefe karşı etkili olmaya devam ettiği açık olmalıdır. Ancak, herhangi bir belirsizlikten kaçınmak için Madde 15, mahkeme belgelerinin tebliği veya sorgulama gibi usul işlemlerinin yasal halefler için de geçerli olması öngörülmektedir. Bu tür bir hükmün olmaması halinde, bir tüzel kişinin yasal olarak yeniden yapılanması, tüm dava sürecinin yeniden başlatılmasını gerektirecektir.

Madde 15, Tüzel Kişilerin Cezai Suçlara İlişkin Sorumluluğuna dair Avusturya Yasasının 10. bölümü örnek alınarak hazırlanmıştır. Sözü edilen tüm yasal halefiyet durumları, kişilik değişikliğinin uluslar ötesi bir şekilde gerçekleşmesi durumunda belirli bir risk oluşturmaktadır. Savcılar, iç ceza hukukunun uygulanmaya devam etmemesi ve (yeni) tüzel kişinin mesela ikametgahını yabancı bir ülkeye alması durumunda infaz için erişilemez olması riskiyle karşı karşıya kalırlar.

8.2.8. Madde 16 – Uluslararası işbirliği

Gerçek kişilere karşı açılan davalarda geçerli olan karşılıklı adli yardıma ilişkin kurallar, diğer taraf devletin tüzel kişilerin sorumluluğunu öngörüp öngörmediğine bakılmaksızın, tüzel kişiler aleyhindeki davalara gerekli değişiklikler yapılarak uygulanacaktır.

Madde 16, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi (Madde 25) ve UNCAC (Bölüm IV) kapsamında tanımlandığı üzere, mümkün olan en geniş kapsamda uluslararası işbirliği yükümlülüğünün bir ifadesidir. Bununla birlikte, Madde 16 iki nedenden dolayı gereklidir: Birincisi, uluslararası işbirliğinin hem suçu hem de suçluyu, yani bu çalışma özelinde tüzel kişiyi ilgilendirdiğini açıklığa kavuşturmaktadır. İkinci olarak, özellikle karşılıklı adli yardım tedbirleri, idari usuller için cezai suçlar için olduğu kadar mevcut olmayabileceğinden, ülkelerin idari yaptırımları tercih etmesi önemlidir. Bu durumda Madde 16, tüzel kişinin (cezai) suç için idari sorumluluğunun, ceza hukuku çerçevesi kapsamındaki uluslararası işbirliğinin bir parçası olmasını sağlayacaktır. Örneğin, Almanya'da, Cezai Konularda Uluslararası İşbirliği Yasası, tüzel kişilerin idari sorumlulukları için de geçerlidir.⁴⁰¹ Ancak, karşılıklı adli yardım, idari suçlara ilişkin Alman hukukunda mevcut

397. Madde 20, Tüzel kişilerin suçlara ilişkin sorumluluğu hakkında 2005 tarihli Federal Kanun, aynı kaynak.

398. Madde 493 alt bölüm 1, Ceza Kanunu, aynı kaynak.

399. Neni 493 nenseksioni 2 i Kodit Penal, po aty.

400. UNCAC Madde 25.

401. Bölüm 1 paragraf 2: "Bu Kanun kapsamındaki cezai konular, ceza yargılaması yetkisine sahip bir mahkemenin cezayı belirlemesi şartıyla, Alman hukukuna göre para cezası ile cezalandırılabilir düzenleyici mevzuat kapsamındaki bir suç teşkil eden veya yabancı

olan delil araçlarıyla sınırlı olacak ve örneğin, yalnızca belirli suçlar için mevcut olan özel soruşturma araçlarını kapsayacak şekilde genişletilmeyecektir.

OECD Çalışma Grubu, ülkelerin "arama ve el koyma ve suç gelirlerinin izlenmesi, bunlara el koyulması ve müsadere uygulanması da dahil olmak üzere çeşitli karşılıklı adli yardım araçlarının bir tüzel kişi aleyhinde yabancı rüşvetle ilgili hukuki veya idari davalarda tüzel kişilerin **cezai** sorumluluğuna izin vermeyen yabancı bir devlete sunulabilmesini sağlamalarını" birçok kez tavsiye etmiştir.⁴⁰²

8.2.9. Madde 17 – Usul hukukunun uygulanması

Diğer tüm açılardan, idari/cezai usul hükümleri, yalnızca gerçek kişilere uygulanmadıkları sürece tüzel kişilere de uygulanır.

Madde 17, usul açısından Madde 9 (genel maddi hukukun uygulanması) hükmünün aynısıdır. Usul hukukunda gerçek kişiler için olduğu kadar tüzel kişiler için geçerli olan çok sayıda hüküm bulunmaktadır.

Örneğin, çoğu ceza muhakemesi kanunu, davalıya duruşmadaki son sözü verir. Bu hüküm doğal olarak tüzel kişiler için de geçerlidir ve mahkeme heyeti görüşme için salondan ayrılmadan önce tüzel kişinin temsilcisi mahkemeye hitaben konuşma fırsatına sahip olmalıdır. Bazı hükümler, tutuklama, kan testi veya DNA analizi gibi fiziksel unsurları içermesi nedeniyle yalnızca **gerçek kişiler** için geçerlidir.

Çoğu ülkede, tüzel kişilerin sorumluluğunu soruşturmak için özel soruşturma araçları da mevcuttur.⁴⁰³ Özel soruşturma araçlarının mevcut olmadığı durumlarda, OECD Çalışma Grubu, tüzel kişiler için de bunların uygulamaya koyulmasına ilişkin tavsiyelerde bulunmuştur.⁴⁰⁴ Bu gereklidir, çünkü çoğu zaman özel soruşturma yöntemlerinin yönlendirilebileceği bir şüpheli olarak belirlenen hiçbir somut gerçek kişi yoktur veya gerçek kişi yerel özel soruşturma araçlarının erişiminde değildir.

Madde 9'a benzer şekilde, tüzel kişiler için herhangi bir usul ayrıcalığının dikkatle kullanılması gerekir. Örneğin, bazı ülkeler tüzel kişilerin yargılanması için muafiyetler uygulamaktadır. OECD Çalışma Grubu, bu tür muafiyetleri sürekli olarak eleştirmektedir. Örneğin, Slovenya örneğinde, Çalışma Grubu "bir tüzel kişinin cezai suçun işlenmesine 'önemsiz' düzeyde katılımı nedeniyle kovuşturmadan muaf tutulmamasını" tavsiye etmiştir.⁴⁰⁵

Bir tüzel kişinin mahkemeye nasıl çağrıldığı veya bir gerçek ve tüzel kişinin ortak yargılamasında iki sanık arasındaki usul sıralaması gibi tüzel kişileri ilgilendiren başka usul sorunları da vardır. Genellikle, takipsizlik ve itiraf anlaşmaları gibi konular, önceden beri var olan usul hukukuna uygun olmalıdır. Her halükarda, bunlar herhangi bir ülkenin usule ilişkin detaylarına büyük ölçüde bağlı olduklarından, bu araç setinde ele alınmamaktadır.

hukuka göre benzer bir yaptırıma tabi olan bir suçtan kaynaklanan yargılamaları içerir." *Cezai Konularda Uluslararası İşbirliğine İlişkin 1982 tarihli Yasa*, www.gesetze-im-internet.de, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

402 OECD Avustralya, aynı kaynak, s.13; OECD Belçika, aynı kaynak, s.24: "Belçika'nın, hukuk sisteminde tüzel kişiler için cezai sorumluluk öngörülmemeyen Devletlere acil ve etkili karşılıklı adli yardım sunabilmesi" tavsiye edilmektedir.

403 OECD/can, aynı kaynak, s. 29.

404 OECD Bulgaristan, aynı kaynak, s. 34: "Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan soruşturma araçlarının hepsinin tüzel kişilerin soruşturmalarında da kullanılabilmesi" tavsiye edilmektedir. Ayrıca bkz. OECD, Bulgaristan (Mayıs 2013), Faz 3 Raporu Takip Çalışması ve Tavsiyeler, ss. 10-12, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019, (ceza muhakemesi kanunundaki soruşturma araçlarının hepsinin tüzel kişiler için de kullanılabilir olduğu tespiti).

405 OECD Bulgaristan, aynı kaynak, s. 34: "Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan soruşturma araçlarının hepsinin tüzel kişilerin soruşturmalarında da kullanılabilmesi" tavsiye edilmektedir. Ayrıca bkz. OECD, Bulgaristan (Mayıs 2013), Faz 3 Raporu Takip Çalışması ve Tavsiyeler, ss. 10-12, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019, (ceza muhakemesi kanunundaki soruşturma araçlarının hepsinin tüzel kişiler için de kullanılabilir olduğu tespiti).

9. Ek

9.1. Uluslararası sözleşmeler

Avrupa veya dünya genelinde geçerli olan tüm Sözleşmelerde, tüzel kişilerin sorumluluğu kavramı zorunlu bir standart olarak yer alır. Sadece Afrika Birliği ve Amerikan Devletleri Örgütünün sözleşmelerinde bu konuya değinilmemektedir. Yolsuzluk alanı dışındaki Sözleşmelerde de tüzel kişilerin sorumluluğunun tesis edildiğinden de belirtilmesi gerekir. Örneğin:

- ▶ Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, El Koyulması ve Müsaderesi ile Terörizmin Finansmanı Hakkında 2005 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁴⁰⁶;
- ▶ Tıbbi Ürünlerin Sahteciliğine ve Halk Sağlığını Tehdit Eden Benzer Suçlara İlişkin 2011 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁴⁰⁷;
- ▶ Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı 2000 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁴⁰⁸.

Birkaç uluslararası kuruluş tarafından hazırlanan Örnek Ceza Kanununun tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin bir hüküm içerdiğinden de bahsedilmesi gerekir (Madde 19).⁴⁰⁹ Bu hüküm, daha önce bahsedilen “Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, El Koyulması ve Müsaderesi ile Terörizmin Finansmanı Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesinin” 10. maddesine dayanmaktadır.⁴¹⁰

9.1.1. AB İkinci Protokolü

Avrupa Birliğinin yolsuzlukla ilgili iki Sözleşmesinde⁴¹¹ tüzel kişilerin sorumluluğuna açıkça atıfta bulunulmamaktadır. Ancak, Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşme bir Protokol ile tamamlanmıştır.⁴¹²

Madde 1. Tanımlar

Bu Protokol kapsamında: [...]

(d) “tüzel kişi”, Devlet yetkisini kullanan Devletler veya diğer kamu kurumları ve uluslararası kamu kuruluşları haricinde, yürürlükteki ulusal kanunlar kapsamında böyle bir statüye sahip herhangi bir kurum anlamına gelir; [...]

Madde 3. Tüzel kişilerin sorumluluğu

1. Her Üye Devlet, tüzel kişi içinde yönetici pozisyonuna sahip herhangi bir kişi tarafından söz konusu tüzel kişinin yararına, aşağıdakilere dayalı olarak ve tüzel kişi bünyesindeki bir organın bir parçası olarak ya da bireysel olarak hareket ederek işlenen dolandırıcılık, aktif yolsuzluk ve kara para aklama suçlarından tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır:

- tüzel kişiyi temsil yetkisi veya
- tüzel kişi adına karar alma yetkisi veya
- tüzel kişi içinde kontrol uygulama yetkisi,

ve ayrıca bu dolandırıcılık, aktif yolsuzluk veya kara para aklama suçlarına suç ortağı veya azmettirici olarak katılım veya bu dolandırıcılık suçunu işleme teşebbüsü için.

406. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

407. www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/211.htm, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

408. www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/index.html#Fulltext, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

409. ICHR/OHCHR/UNODC (2007), *Kodi Penal Model*, www.usip.org, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

410. Bölüm 8, *Örnek Ceza Kanunu*, aynı kaynak.

411. *Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarının korunmasına ilişkin sözleşme* (1995), <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019; *Avrupa Topluluklarının veya Avrupa Birliği Üye Devletlerinin görevlilerinin yolsuzluk eylemleriyle mücadele sözleşmesi* (1997), <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

412. *Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarının korunmasına ilişkin Sözleşme için Avrupa Birliği Antlaşması Madde K.3'e dayanılarak hazırlanmış İkinci Protokol – Madde 13 (2)'ye dair Ortak Bildiri – Madde 7'ye ilişkin Komisyon Bildirisi*, <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

2. Paragraf 1’de öngörülen durumlara ek olarak, Üye Devletlerden her biri, paragraf 1’de belirtilen bir kişinin denetim veya kontrol eksikliğinin, tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişi tarafından o tüzel kişinin yararına bir dolandırıcılık suçunun işlenmesini veya bir aktif yolsuzluk ya da kara para aklama eylemini gerçekleştirilmesini mümkün kıldığı durumlarda tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır.

3. Paragraf 1 ve 2 kapsamında bir tüzel kişinin sorumluluğu, dolandırıcılık, aktif yolsuzluk veya kara para aklama suçlarına fail, azmettirici veya suç ortağı olarak karışan gerçek kişiler aleyhinde cezai kovuşturma yapılmasına engel olmaz.

Madde 4. Tüzel kişilere yönelik yaptırımlar

1. Her Üye Devlet, Madde 3 (1) uyarınca sorumlu tutulan bir tüzel kişinin, cezai veya cezai olmayan parasal yaptırımları içerecek ve şunlar gibi diğer yaptırımları da içerebilecek etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılmasını sağlamak için gerekli önlemleri alır:

- (a) kamu yardımı verilmemesi;
- (b) ticari faaliyetlerden geçici veya kalıcı olarak men;
- (c) adli denetim altına alma;
- (d) tasfiye edilmesine yönelik bir mahkeme kararı.

2. Her Üye Devlet, Madde 3 (2) uyarınca sorumlu tutulan bir tüzel kişinin etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar veya önlemlerle cezalandırılmasını sağlamak için gerekli önlemleri alır.

9.1.2. Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesine İlişkin OECD Sözleşmesi

17 Aralık 1997’de imzalanan OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi (“Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesine İlişkin OECD Sözleşmesi”) 15 Şubat 1999’da yürürlüğe girmiştir.⁴¹³

Madde 2. Tüzel Kişilerin Sorumluluğu

Taraflardan her biri, yabancı bir kamu görevlisine rüşvet verilmesi suçuyla ilgili olarak tüzel kişilerin sorumluluğunu tesis etmek için kendi hukuki ilkelerine uygun olarak gerekli olabilecek tedbirleri alır.

9.1.3. Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi

1999 tarihli Avrupa Konseyi Yolsuzluğa İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi:⁴¹⁴

Madde 18. Kurumsal sorumluluk

1. Taraflardan her biri, bir kurumda yönetici pozisyonuna sahip herhangi bir gerçek kişi tarafından söz konusu tüzel kişinin yararına, aşağıdakilere dayalı olarak ve tüzel kişi bünyesindeki bir organın bir parçası olarak ya da bireysel olarak hareket ederek işlenen ve bu Sözleşmeye uygun olarak tesis edilen aktif yolsuzluk, nüfuz ticareti ve kara para aklama suçlarına ve ayrıca bu gerçek kişinin yukarıda belirtilen suçlara suç ortağı veya azmettirici olarak katılımına ilişkin olarak tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli olabilecek yasal ve diğer önlemleri alır:

- tüzel kişiyi temsil yetkisi veya;
- tüzel kişi adına karar alma yetkisi veya;
- tüzel kişi içinde kontrol uygulama yetkisi.

2. Paragraf 1’de öngörülen durumlara ek olarak, Taraflardan her biri, paragraf 1’de belirtilen gerçek bir kişinin denetim veya kontrol eksikliğinin, tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişi tarafından o tüzel kişinin yararına paragraf 1’de belirtilen cezai suçların işlenmesini mümkün kıldığı durumlarda tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır.

3. Paragraf 1 ve 2 kapsamında bir tüzel kişinin sorumluluğu, paragraf 1’de belirtilen cezai suçlara fail, azmettirici veya suç ortağı olarak karışan gerçek kişilere karşı cezai kovuşturma yapılmasına engel olmaz.

413. <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

414. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Madde 1

d) "tüzel kişi", Devlet yetkisini kullanan Devletler veya diğer kamu kurumları ve uluslararası kamu kuruluşları haricinde, yürürlükteki ulusal kanunlar kapsamında böyle bir statüye sahip herhangi bir kurum anlamına gelir.

Madde 19. Yaptırımlar ve önlemler

1. Bu Sözleşme uyarınca ihdas edilen cezai suçların ciddi mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, her bir Taraf, 2. ve 14. Maddeler arasındaki maddeler uyarınca ihdas edilen suçlarla ilgili olarak, gerçek kişilerce işlenmesi halinde suçluların iadesine yol açabilecek özgürlükten mahrumiyet de dahil olmak üzere etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar ve önlemler sağlar.

2. Taraflardan her biri, Madde 18 paragraf 1 ve 2 uyarınca sorumlu tutulan tüzel kişilerin, parasal yaptırımlar da dahil olmak üzere, cezai veya cezai olmayan etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlara tabi olmasını sağlar.

[Not: Avrupa Konseyi Medeni Hukuk Sözleşmesi ETS 174, tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili bir hüküm içermez, çünkü hukuki sorumluluk halihazırda bir standarttır ve Ceza Hukuku Sözleşmesinde ele alınmaktadır.]

9.1.4. BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi

BM Genel Kurulunun 31 Ekim 2003 tarihli ve 58/4 sayılı kararı ile kabul edilen BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi 14 Aralık 2005'te yürürlüğe girmiştir.⁴¹⁵

Madde 26. Tüzel kişilerin sorumluluğu

1. Her Taraf Devlet, bu Sözleşmeye uygun olarak tesis edilen suçlara katılımla ilişkili olarak tüzel kişilerin sorumluluğunu tesis etmek için kendi hukuki ilkelerine uygun olarak gerekli olabilecek tedbirleri alır.

2. Taraf Devletin hukuki ilkelerine tabi olarak, tüzel kişilerin sorumluluğu cezai, hukuki veya idari olabilir.

3. Bu sorumluluk, söz konusu suçları işleyen gerçek kişilerin cezai sorumluluğuna haneler getirmez.

4. Her Taraf Devlet, özellikle, bu madde uyarınca sorumlu tutulan tüzel kişilerin, parasal yaptırımlar da dahil olmak üzere, cezai veya cezai olmayan etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlara tabi olmalarını sağlar.

9.1.5. Diğer bölgesel hükümler

Ne 1996 tarihli "Amerikan Devletleri Örgütünün Amerikan Ülkelerinde Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi"⁴¹⁶ ne de 2003 tarihli "Afrika Birliği Yolsuzluğun Önlenmesi ve Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinde"⁴¹⁷ tüzel kişilerin sorumluluğuna açıkça atıfta bulunulmaktadır. Haziran 2014'te, Afrika Birliği Devlet Başkanları Meclisi, "Afrika Adalet ve İnsan Hakları Mahkemesi Yasasına İlişkin Protokolde Değişiklik Yapılmasına Dair Malabo Protokolünü" kabul etti. Bu, diğer hususların yanı sıra yolsuzluk ve kara para aklama suçları üzerinde yargı yetkisine sahip olacak, henüz kurulmamış olan Afrika Adalet ve İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini genişletmiştir. Malabo Protokolü, kurumsal cezai sorumluluk hakkında bir hüküm içermektedir.

Madde 46C. Kurumsal Cezai Sorumluluk

1. Bu Yasa kapsamında Mahkeme, Devletler hariç olmak üzere tüzel kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip olacaktır.

2. Bir suç işlemeye yönelik kurumsal niyet, suçu oluşturan eylemi gerçekleştirmenin şirketin politikası olduğuna dair kanıtla tespit edilebilir.

3. Bir politika, bir şirketin filinin en makul açıklamasını sağladığı durumlarda o şirkete atfedilebilir.

4. Kurumun bir suçun işlenmesine dair bilgi sahibi olduğu, kurumun ilgili bilgiye fiili veya zimni olarak sahip olduğuna dair kanıtla tespit edilebilir.

415. <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

416. <http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

417. <https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

- İlgili bilgiler kurum personeli arasında bölünmüş olsa bile kurum bu bilgiye sahip olabilir.
- Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu, aynı suçların faili veya suç ortağı olan gerçek kişilerin cezai sorumluluğuna ortadan kaldırmaz.

"Yolsuzlukla Mücadele Arap Sözleşmesi"⁴¹⁸, 21 Aralık 2010 tarihinde imzalanmıştır ve tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin bir hüküm içermektedir.

Madde 5. Tüzel kişilerin sorumluluğu

Her bir Taraf Devlet, gerçek kişilerin cezai sorumluluğuna halel getirmeksizin, herhangi bir tüzel kişinin bu Sözleşmede öngörülen suçlara ilişkin cezai, hukuki veya idari sorumluluğunu tespit etmek için kendi iç mevzuatına uygun olarak gerekli önlemleri alır.

9.2. Sözleşme dışı standartlar

9.2.1. Avrupa Konseyi Kararı (97) 24

Bakanlar Komitesi tarafından 6 Kasım 1997 tarihinde Bakanlar Komitesinin 101. oturumunda kabul edilen Yolsuzlukla Mücadele için Yirmi Rehber İlke Hakkında Kararda (97) 24 aşağıdaki eyleme atıfta bulunmaktadır: [...]. 5. yolsuzluk suçlarından korunmak için tüzel kişilerin kullanılmasını önlemek amacıyla uygun önlemleri sağlamak; [...]

9.2.2. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı R (88) 18

20 Ekim 1988'de 420. Bakan Yardımcıları Toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi, Tüzel Kişiliğe Sahip Kurumların Faaliyetleri Sırasında İşlenen Suçlara İlişkin Sorumluluğuyla ilgili Tavsiye Karar no. R (88) 18'de şöyle denmektedir:

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Yasasının 15.b Maddesi hükümlerine göre, [...]

Üye Devletlerin hükümetlerine, bu tavsiye kararının ekinde belirtilen ilkelerin hukuk ve uygulamalarında onlara rehberlik etmesini tavsiye eder.

1. Bu tavsiye karar kabul edildiğinde, Federal Almanya Cumhuriyeti ve Yunanistan Temsilcileri, Bakan Yardımcılarının toplantılarına ilişkin Usul Kuralları Madde 10.2.c'ye göre Hükümetlerinin karara uyup uymama hakkını saklı tutmuştur.

R (88) 18 sayılı Tavsiye Kararının Eki

Aşağıdaki tavsiyeler, işletmeleri faaliyetlerini yerine getirirken işlenen suçlardan sorumlu kılmak için, bu tavsiyelerin geçerli olmadığı işletmelerin mevcut hukuki sorumluluk rejimlerinin ötesindeki önlemleri teşvik etmek için tasarlanmıştır.

Tüzel kişiliğe sahip olmaları ve ekonomik faaliyetlerde bulunmaları şartıyla özel veya kamuya ait işletmeler için geçerlidirler.

I. Sorumluluk

- İşletmeler, amaçlarıyla tamamen alakasız olsa bile, faaliyetlerini icra ederken işledikleri suçlardan sorumlu tutulabilmelidir.
- Suçu oluşturan fail veya ihmallerden sorumlu bir gerçek kişinin tespit edilip edilemeyeceğine bakılmaksızın işletme bu şekilde sorumlu olmalıdır.
- İşletmeleri sorumlu kılmak için özellikle aşağıdaki hususlara dikkat edilmelidir:
 - suçun niteliği, işletmenin kusur derecesi, toplum için sonuçlar ve başka suçların önlenmesi gerekliliği nedeniyle gerekli olduğu durumlarda işletmelere cezai sorumluluk ve yaptırımlar uygulanması;

418. <http://star.worldbank.org/star/sites/star/files/Arab-Convention-Against-Corruption.pdf>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

- b. diğer sorumluluk ve yaptırım sistemlerinin, örneğin idari makamlarca uygulanan ve adli kontrole tabi olan sorumluluk ve yaptırım sistemlerinin, özellikle de suçluya suçlu muamelesi yapılmasını gerektirmeyen yasa dışı davranışlar ile ilgili olarak uygulanması.

4. İşletme, yönetiminin suça karışmadığı ve suçun işlenmesini önlemek için gerekli tüm adımları attığı durumlarda sorumluluktan muaf tutulmalıdır.

5. İşletmeye sorumluluk yüklenmesi, suçla ilgili bir gerçek kişiyi sorumluluktan muaf tutmamalıdır. Özellikle, yönetim görevlerini yerine getiren kişiler, bir suçun işlenmesine vesile olan görev ihlallerinden sorumlu tutulmalıdır.

II. Yaptırımlar

6. İşletmelere uygulanabilecek uygun yaptırımların belirlenmesinde, daha fazla suç işlenmesinin önlenmesi ve suçun mağdurlarının uğradığı zararın telafi edilmesi gibi ceza dışı amaçlara özel dikkat gösterilmelidir.

7. Özellikle işletmeler için uygun yaptırımların ve önlemlerin uygulamaya koyulmasına önem verilmelidir. Yaptırımlar aşağıdakileri içerebilir:

- uyarı, kınama, taahhüt;
- yaptırımsız sorumluluk beyanı;
- para cezası veya diğer maddi yaptırımlar;
- suçun işlenmesinde kullanılan veya yasa dışı faaliyetten elde edilen kazançları temsil eden varlıklara el koyulması;
- belirli faaliyetlerin yasaklanması, özellikle kamu makamlarıyla iş yapmaktan men etme;
- mali avantaj ve sübvansiyonları alma yasağı;
- mal veya hizmetlerin reklamını yapma yasağı;
- lisansların iptali;
- yöneticilerin görevden alınması;
- adli makam tarafından geçici olarak bir kayyum yönetimin atanması;
- işletmenin kapatılması;
- işletmenin tasfiyesi;
- mağdurlara tazminat;
- eski haline geri döndürme;
- yaptırım veya tedbir kararının yayımlanması.

Bu yaptırımlar ve tedbirler tek başına veya birlikte, askıya alma etkisi olsun veya olmasın, asıl veya tali emirler olarak uygulanabilir.

8. Belirli bir durumda başta maddi nitelikte olanlar olmak üzere hangi yaptırımların veya önlemlerin uygulanacağına karar verirken işletmenin yasa dışı faaliyetlerinden elde ettiği ve tahmin edilerek değerlendirilecek ekonomik fayda dikkate alınmalıdır.

9. Bir suçun devam etmesini veya başka suçların işlenmesini önlemek veya bir yaptırım veya tedbirin uygulanmasını sağlamak için gerekli olduğu durumlarda, yetkili makam geçici tedbirlerin uygulanmasını değerlendirmelidir.

10. Yetkili makamın, daha önce işletme aleyhine uygulanan herhangi bir yaptırım veya tedbir hakkında tam bilgi sahibi olarak karar vermesini sağlamak için, bunların adli sicil kayıtlarına dahil edilmesi veya bu tür tüm yaptırımların veya tedbirlerin yer aldığı bir sicilin oluşturulması hususları değerlendirilmelidir.

9.2.3. AB Çerçeve Kararı 2003/568/JHA

Özel sektörde yolsuzlukla mücadeleyle ilişkin 22 Temmuz 2003 tarihli Konsey Çerçeve Kararı 2003/568/JHA⁴¹⁹, AB Sözleşmesi İkinci Protokolü ile neredeyse aynı ifadelerle sahiptir (bkz. yukarıda 9.1.3). Tek fark, İkinci Protokolde paragraf 1'in sonunda "suç ortakları veya azmettiriciler" ifadesi geçmektedir:

419. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003F0568>, Erişim tarihi: 28 Ekim 2019.

Madde 1. Tanımlar

Bu Çerçeve Karar kapsamında:

- ‘tüzel kişi’, Devlet yetkisini kullanan Devletler veya diğer kamu kurumları ve uluslararası kamu kuruluşları haricinde, yürürlükteki ulusal kanunlar kapsamında böyle bir statüye sahip herhangi bir kurum anlamına gelir, [...]

Madde 5. Tüzel kişilerin sorumluluğu

1. Her Üye Devlet, tüzel kişi içinde yönetici pozisyonuna sahip herhangi bir kişi tarafından söz konusu tüzel kişinin yararına, aşağıdakilere dayalı olarak ve tüzel kişi bünyesindeki bir organın bir parçası olarak ya da bireysel olarak hareket ederek işlenen ve Madde 2 ve 3'te belirtilen suçlardan tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır:

- (a) tüzel kişiyi temsil yetkisi;
- (b) tüzel kişi adına karar alma yetkisi veya
- (c) tüzel kişi içinde kontrol uygulama yetkisi.

2. Paragraf 1'de öngörülen durumlara ek olarak, Üye Devletlerden her biri, paragraf 1'de belirtilen bir kişinin denetim veya kontrol eksikliğinin, tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişi tarafından o tüzel kişinin yararına Madde 2 ve 3'te belirtilen türden bir suçun işlenmesini mümkün kıldığı durumlarda tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır.

3. Paragraf 1 ve 2 kapsamında bir tüzel kişinin sorumluluğu, Madde 2 ve 3'te belirtilen türden bir suçta fail, azmettirici veya suç ortağı olarak karışan gerçek kişiler aleyhinde cezai kovuşturma yapılmasına engel olmaz.

Madde 6. Tüzel kişilere yönelik cezalar

1. Her Üye Devlet, Madde 5(1) uyarınca sorumlu tutulan bir tüzel kişinin, cezai veya cezai olmayan parasal yaptırımları içerecek ve şunlar gibi diğer cezaları da içerebilecek etkili, orantılı ve caydırıcı cezalarla cezalandırılmasını sağlamak için gerekli önlemleri alır:

- (a) kamu yardımı verilmemesi;
- (b) ticari faaliyetlerden geçici veya kalıcı olarak men;
- (c) adli denetim altına alma veya
- (d) tasfiye edilmesine yönelik bir mahkeme kararı.

2. Her Üye Devlet, Madde 5(2) uyarınca sorumlu tutulan bir tüzel kişinin etkili, orantılı ve caydırıcı cezalar veya önlemlerle cezalandırılmasını sağlamak için gerekli önlemleri alır.

9.2.4. Ceza kanunu ile kara para aklamayla mücadeleyle ilişkin 2018/1673 sayılı AB Direktifi

Ceza kanunu ile kara para aklamayla mücadeleyle ilişkin 23 Ekim 2018 tarihli AB Direktifinde, yolsuzluğun para aklama için öncül bir suç olduğu belirtilmekte ve tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin özel hükümler yer almaktadır. AB Üye Devletleri, Aralık 2020'ye kadar ulusal kanunlarının bu hükümlere uygun hale getirilmesini sağlamalıdır.

Madde 7. Tüzel kişilerin sorumluluğu

1. Üye Devletler, tüzel kişi içinde yönetici pozisyonuna sahip herhangi bir kişi tarafından söz konusu tüzel kişinin yararına, aşağıdakilere dayalı olarak ve tüzel kişi bünyesindeki bir organın bir parçası olarak ya da bireysel olarak hareket ederek işlenen ve Madde 3(1) ve (5) ile Madde 4'te belirtilen suçlardan tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır:

- (a) tüzel kişiyi temsil yetkisi;
- (b) tüzel kişi adına karar alma yetkisi veya
- (c) tüzel kişi içinde kontrol uygulama yetkisi.

2. Üye Devletler, paragraf 1'de belirtilen bir kişinin denetim veya kontrol eksikliğinin, tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişi tarafından o tüzel kişinin yararına Madde 3(1) ve (5) ile Madde 4'te belirtilen bir suçun işlenmesini mümkün kıldığı durumlarda tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır.

3. Bu Maddede paragraf 1 ve 2 kapsamında tüzel kişilerin sorumluluğu, Madde 3(1) ve (5) ile Madde 4'te belirtilen suçlardan herhangi birine fail, azmettirici veya suç ortağı olarak karışan gerçek kişiler aleyhinde cezai kovuşturma yapılmasına engel olmaz.

Madde 8. Tüzel kişilere yönelik yaptırımlar

Üye Devletler, Madde 7 uyarınca sorumlu tutulan bir tüzel kişinin, cezai veya cezai olmayan parasal yaptırımları içerecek ve şunlar gibi diğer yaptırımları da içerebilecek etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılmasını sağlamak için gerekli önlemleri alır:

- (a) kamu yardımı verilmemesi;
- (b) ihale prosedürleri, hibeler ve imtiyazlar da dahil olmak üzere kamu finansmanına erişimden geçici veya kalıcı olarak men;
- (c) ticari faaliyetlerden geçici veya kalıcı olarak men;
- (d) adli denetim altına alma;
- (e) tasfiye edilmesine yönelik bir mahkeme kararı;
- (f) suçu işlemek için kullanılan işletmelerin geçici veya kalıcı olarak kapatılması.

Bu yayında, yolsuzluk suçlarına ilişkin olarak tüzel kişilerin sorumluluğunun tesis edilmesi ve uygulanmasında uluslararası standartlara ve karşılaştırmalı uygulamalara genel bir bakış sunulmaktadır. Yayının amacı, bu alandaki en son eğilimler doğrultusunda kurumsal sorumluluk rejimlerini uygulamaya koymayı veya revize etmeyi düşünen yargı alanlarına yardımcı olmaktır.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü bünyesindeki **Ekonomik Suç ve İşbirliği Bölümü (ECCD)**, Avrupa Konseyi üye devletlerinde ve bazı üye olmayan devletlerde, yolsuzlukla mücadele, iyi yönetim ve kara para aklama reformlarını kolaylaştırmayı ve desteklemeyi amaçlayan teknik destek ve işbirliği programlarının tasarlanması ve uygulanmasından sorumludur.

Avrupa Konseyi, kıtanın önde gelen insan hakları kuruluşudur. Tüm Avrupa Birliği üyeleri dahil olmak üzere 47 üye devletten oluşur. Avrupa Konseyinin tüm üye devletleri, insan haklarını, demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü korumak için tasarlanmış bir antlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin üye devletlerde uygulanmasını denetler.

www.coe.int

Avrupa Birliği Üye Devletleri, bilgi birikimlerini, kaynaklarını ve kaderlerini birbirine başlamak üzere karar vermiştir. Kültürel çeşitliliği, hoşgörü ve bireysel özgürlükleri korurken birlikte bir istikrar, demokrasi ve sürdürülebilir kalkınma bölgesi inşa etmişlerdir. Avrupa Birliği, başarılarını ve değerlerini sınırlarının ötesindeki ülkeler ve halklarla paylaşmaya kararlıdır.

www.europa.eu



EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE