

# ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN TUTUKLAMA MÜZEKKERESİ DAVASI HAKKINDAKİ KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME\*

*An Evaluation on the Judgment of International Court of Justice in the  
Arrest Warrant Case*

Uğur BAYILLIOĞLU\*

**GİRİŞ**, I.SORUNUN ORTAYA ÇIKIŞI, II.DİVAN'IN YARGI YETKİSİ, III.DİVAN'IN DOKUNULMAZLIK KONUSUNA BAKIŞI ve İLGİLİ KARARI, A.Genel Olarak, B.Kararda Ele Alınan Görüşler, 1.Dışişleri Bakanının Dokunulmazlığı ve Uluslararası Örf ve Adet Hukuku Kuralları İlişkisi, 2.Uluslararası Suçlar ve Dokunulmazlık İlişkisi, a.Genel Olarak, b.*Pinochet* ve *Kaddafi* Davaları, c.Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Statü ve Uygulamaları, 3.Divan'ın Tespitleri ve Değerlendirme, a.Andlaşmalar Hukuku Bağlamında, b.Dokunulmazlık ve Sorumsuzluk Arasındaki İlişki Bağlamında, C.Divan'a Göre Dokunulmazlığın Kalkacağı Haller, 1.Genel Olarak, 2.Özel Eylem Meselesi, D.Divan'ın Tutuklama Müzekkeresinin Akıbeti Hakkındaki Tespitleri, E.Divan'ın Esas Hakkındaki Nihai Kararı ve Yapılan Eleştiriler, F.Divan Kararından Sonraki Gelişmeler, **SONUÇ**

\* Değerli hocam, Sayın **Prof. Dr. M. Aydoğan ÖZMAN**'ın aziz hatrasına...

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Doktora Öğrencisi.

## ÖZET

11 Nisan 2000 tarihinde, bir Belçika soruşturma yargıcı tarafından, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin görevdeki Dışişleri Bakanı Abdulaye Yerodia Ndombasi hakkında, çok sayıda Tutsi sivilin katledilmesine neden olan ırki nefreti tahrik fiilleri nedeniyle, uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri ve insanlığa karşı suç işlediği iddiası ile, gıyapta, bir uluslararası tutuklama müzakeresi düzenlenmiştir. Demokratik Kongo Cumhuriyeti hükümeti, Yerodia'ya karşı hazırlanan tutuklama müzakeresinin uluslararası dolaşımının, görevdeki dışişleri bakanının kişi dokunulmazlığı ve bağımsızlıkları konusundaki uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını ihlal ettiğini açıklamış ve Divan'dan, Belçika'nın tutuklama müzakeresini hükümsüz kılmasına karar vermesini talep etmiştir. Belçika, dışişleri bakanının her durumda dokunulmazlıklardan yararlanmasının, uluslararası insancıl hukuk ihlalleri halinde bireysel cezai sorumluluğa engel olacağını ileri sürmüş ve bu iddiasını desteklemek için bazı ulusal ve uluslararası yargı organlarının kararlarına dayanmaya çalışmıştır. Uluslararası Adalet Divanı, Abdulaye Yerodia Ndombasi'ye karşı hazırlanan 11 Nisan 2000 tarihli tutuklama müzakeresinin ve uluslararası dolaşımının, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin dışişleri bakanının uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlık ve bağımsızlığına saygı çerçevesinde, Belçika'nın Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı bulunan hukuki yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiş ve Belçika'ya, kendi seçeceği bir yolla, 11 Nisan 2000 tarihli tutuklama müzakeresini hükümsüz kılmasını emretmiştir. Bu çalışmada, Divan'ın kararı, evrensel yargı yetkisi ve uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlıklar bağlamında incelenecektir. Ayrıca, kişi dokunulmazlığı ve bağımsızlıkların, uluslararası insancıl hukukun ihlalleri karşısındaki hukuki durumu incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Adalet Divanı, evrensel yargı yetkisi, dokunulmazlık ve bağımsızlıklar, uluslararası insancıl hukuk, Uluslararası Ceza Mahkemesi.

## ABSTRACT

An international arrest warrant in absentia was issued by a Belgian investigating magistrate on 11 April 2000 against the incumbent Minister for Foreign Affairs, Abdulaye Yerodia Ndombasi, of Democratic Republic of the Congo, alleging serious violations of international humanitarian law and crimes against humanity in particular the incitement of racial hatred causing the massacre of numerous Tutsi civilians. Democratic Republic of the Congo government claimed that the international circulation of the arrest warrant against Yerodia violated the rules of customary international law on absolute inviolability and immunity from criminal process for incumbent Ministers for Foreign Affairs and requested from the Court to declare that Belgium shall annul the arrest warrant. Belgium argued if a Minister for Foreign Affairs was afforded immunity absolutely, it would constitute a bar against individual responsibility for violation of international humanitarian law and try to support for this proposition it based on decisions of some national and international

judicial organs. Finally International Court of Justice claimed that the arrest warrant issued against Abdulaye Yerodia Ndobasi and its international circulation, constituted violations of a legal obligation of Belgium towards the Democratic Republic of the Congo, in that they failed to respect the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability which the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo enjoyed under international law and ordered Belgium to cancel the arrest warrant of 11 April 2000 by means of its own choosing. In this paper the decision of the Court will be examined in the context of universal jurisdiction and immunities enjoyed under international law and immunities and inviolabilities legal positions towards violations of international humanitarian law.

**Keywords:** International Court of Justice, universal jurisdiction, immunity and inviolability, international humanitarian law, International Criminal Court.

## GİRİŞ

Yaşayan uluslararası hukukun güncel konularından en önemlilerinden birini, uluslararası insancıl hukukun ihlalleri ve bu ihlalleri işleyen kişilerin cezalandırması oluşturmaktadır. Gerçekten de, uluslararası toplum, bir hukuk toplumu olma yolunda en önemli adımların atıldığı yirminci yüzyılda, benzeri ancak tarih öncesi çağlarda görülen dehşet verici katliam ve vahşetlerle yüzleşmek durumunda kalmıştır. Bunun en büyük nedenini, gerek yüzyıla damgasını vuran Birinci ve İkinci Dünya Savaşları ve bu savaşlarda yaşananlar gerekse de, İkinci Dünya Savaşı sonrasında temel algısını oluşturan kapitalist–sosyalist bloklar arasındaki soğuk savaş ve bu savaşın aktörlerinin, yerkürenin çeşitli bölgelerinde çıkan çatışmaları birbirlerine üstünlük sağlama alanı görenek, çatışma taraflarına verdikleri destek oluşturmaktadır. Yüzyılın sonuna doğru sosyalist bloğun çökmesi ile yeni çatışma dinamikleri ortaya çıkmış ve bunların, etnik temelde yürütüldüğü görülmüştür. Söz konusu çatışmalarda, uluslararası insancıl hukuku ihlal eden bir çok eylem gerçekleştirilmiş ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerden sorumlu olan kişileri yargılayıp cezalandırmak amacıyla, gerek uluslararası gerekse de ulusal düzeyde, çeşitli türde mahkemeler aracılığıyla yargılamalar yapılmıştır. Ancak bu soruşturma ve yargılamalar sırasında, uluslararası hukukun iç dinamikleri ve örgütlenme şekli gibi nedenlerden kaynaklı olarak, bu hukuk dalının diğer ilke ve kuralları ile uyumsuzluklar ortaya çıkmış ve bu uyumsuzluklar hukuki zeminde bir çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Söz konusu tartışmalar, özellikle, diplomatik dokunulmazlık ve uluslararası insancıl hukukun ihlalleri arasındaki ilişki bağlamında gündeme gelmiştir. Bunun en bariz örneklerinden birini de, inceleme konumuz olan ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti ile Belçika arasında ortaya çıkıp, Uluslararası Adalet

Divanı'nın önüne gelen ve Divan tarafından karara bağlanan "Tutuklama Müzekkeresi Davası" oluşturmaktadır.

### I. SORUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Dava konusu olaya ilişkin anlaşmazlık<sup>1</sup>, 11 Nisan 2000 tarihinde Belçikalı bir hakimin, görevi başında olan Demokratik Kongo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı *Abdulaye Yerodia Ndombasi* hakkında bir tutuklama kararı verip, Interpol aracılığı ile bu kararı uygulamaya çalışmasıyla başlamıştır<sup>2</sup>. İlgili kişi hakkındaki isnat, ırki nefreti tahrik ve teşvik ederek, Tutsiler'in katledilmesine neden olması ve bu bağlamda uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri ve insanlığa karşı suçlardan sorumluluğuna ilişkindir<sup>3</sup>. Belçikalı hakimin dayandığı hukuk metnini, 16 Haziran 1993 tarihli, "12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile bunlara ek 1977 tarihli I ve II Numaralı Protokollerin Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Kanunu" oluşturmaktadır. Bu düzenlemenin kapsamına, 10 Şubat 1999' da soykırım ve insanlığa karşı suçlar kategorileri de eklenmiş ve kanunun adı, "Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerini Önlemeye İlişkin Kanun" olarak değiştirilmiştir<sup>4</sup>. Belirtilen düzenleme ile, resmi sıfatın sağladığı dokunulmazlıklar kaldırarak, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları işlemiş olan failin, suçun işlendiği yere ve fail veya mağdurun vatandaşlıklarına bakılmaksızın ve sanığın hazır bulunup bulunmaması hususu dikkate alınmaksızın, Belçika mahkemelerine yargı yetkisi verilmiştir<sup>5</sup>. Söz konusu düzenlemede dikkat çeken önemli noktalar,

<sup>1</sup> Taraflar arasındaki anlaşmazlığı çözen Divan kararının bir çok yerinde, "immunity" ve "inviolability" terimlerinin ayrı ayrı kullanıldığı görülmektedir. Sözlükte, "inviolability" terimi, masuniyeti şahsiye, kişi dokunulmazlığı olarak ifade edilmiş (Türk Hukuk Lügati, 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 513), "immunity" terimi ise, masuniyet, dokunulmazlık olarak ifade edilmiştir (Türk Hukuk Lügati, s. 510). "Immunity" kelimesini karşılayan dokunulmazlık teriminin, "inviolability" kelimesini karşılayan kişi dokunulmazlığından daha geniş bir anlam içermesi ve bunun doğal sonucu olarak, kişi dokunulmazlığının, dokunulmazlık terimi içinde kalması ve esasen terimlere takılıp esastan uzaklaşmak endişesi nedeniyle, çalışmada yerine göre, her iki terimi de karşılayan "dokunulmazlık" terimi veya dokunulmazlık ile eş anlamlı şekilde "bağımsızlık" terimi kullanılacaktır. Ama her halde, bu terimler ile, devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanları ile diplomasi temsilcilerinin, cebri icra işlemlerine tabi tutulmama, yakalanmama, tutuklanmama, sorguya çekilmeme, takibata maruz kalmama ve yargılanmama hakları kastedilmektedir.

<sup>2</sup> Yusuf **AKSAR**: "Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku", AÜHFD, Cilt: 52, Sayı:4, 2003, s. 131.

<sup>3</sup> Chanaka **WICKREMASINGHE**: "Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium), Preliminary Objections and Merits, Judgment of 14 February 2002", (Ed. Malcom D. Evans) ICLQ, Vol: 52, July 2003, s. 776.

<sup>4</sup> Hans **KÖCHLER**: Küresel Adalet mi, Küresel İntikam mı?, Dönüm Noktasındaki Uluslararası Cezaî Yargı, (Çev: Funda **KESKİN**, Erdem **DENK**), Alkım Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 138.

<sup>5</sup> Özden N. **SAV**: "Uluslararası Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi: Belçika Örneği", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Cilt: 2, s. 150.

soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları isnadı altında bulunan resmi sıfat sahibi kişilerin, uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlıklarının kaldırılması ve sanığın *giyabında (in absentia)* yargılama yapılabilmesinin de mümkün sayılmasıdır<sup>6</sup>. Bu noktalara aşağıda değinilecektir.

Demokratik Kongo Cumhuriyeti, belirtilen kanuna dayanarak, Belçika hakimi tarafından verilen ve tutuklama emri içeren müzekkereye karşı Divan'a başvurmuştur. Demokratik Kongo Cumhuriyeti, 17 Eylül 2000 tarihli başvurusunda, Divan'dan, Belçika soruşturma yargıçısı *Vandermeersch* tarafından, Demokratik Kongo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı *Abdulaye Yerodia Ndombasi* aleyhine uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri isnadı altında Kongo'da dahil olmak üzere tüm devletlerin yargıçlarına Belçika'ya iade edilinceye kadar tutuklanmasını talep eden ve dolaşımda bulunan 11 Nisan 2000 tarihli uluslararası tutuklama müzekkeresinin Belçika tarafından yürürlükten kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir<sup>7</sup>. Demokratik Kongo Cumhuriyeti, haklılığını gösterdiğini düşündüğü iki hukuki dayanak ortaya atmıştır. Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne göre, işbu tutuklama müzekkeresi ile, ilk olarak Belçika, BM Andlaşması'nın 2/1. maddesinde yer alan egemen eşitlik ilkesini, ikinci olarak ise, bağımsız bir devletin dışişleri bakanının diplomatik dokunulmazlığını ihlal etmiştir<sup>8</sup>.

## II. DİVAN'IN YARGI YETKİSİ

Gerek Belçika gerek Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Divan Statüsü'nün 36/2. maddesi uyarınca Divan'ın zorunlu yargı yetkisini önceden kabul etmiştir. Belçika'nın Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabulü, 17 Haziran 1958 tarihli deklarasyon ile, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin zorunlu yargı yetkisini kabulü ise, 8 Şubat 1958 tarihli deklarasyon ile gerçekleşmiştir; her iki deklarasyonda da somut davaya ilişkin bir çekince bulunmamaktadır<sup>9</sup>. Bu nedenle Belçika'nın Divan'ın yargı yetkisine ilişkin itirazları sınırlı kalmıştır. Belçika'nın ilk itiraz noktası, *Abdulaye Yerodia Ndombasi*'nin o anda dışişleri bakanı konumunda bulunmaması gerçeği karşısında, taraflar arasında artık "hukuki bir uyumsuzluğun" bulunmaması ve

<sup>6</sup> Belçika mahkemelerinin bu kanuna dayanarak yaptığı yargılamalardan örnekler için bkz: SAV, s. 152–153.

<sup>7</sup> Application Instituting Proceedings filed in te Registry of the Court on 17 October 2000, Arrest Warrant of 11 April 2000 Democratic Republic of the Congo v. Belgium, s. 3.

<sup>8</sup> Application Instituting Proceedings filed in te Registry of the Court on 17 October 2000, Arrest Warrant of 11 April 2000 Democratic Republic of the Congo v. Belgium, s. 3.

<sup>9</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 27. Genel olarak Divan'ın yargı yetkisi konusunda bkz: Ömer İlhan AKİPEK: Milletlerarası Adalet Divanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 59 vd; Yüksel İNAN: Uluslararası Adalet Divanının Yargı Yetkisi, Gazetecilik ve Halkla İlişkiler Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1982, s. 35 vd.

bu nedenle de Divan'ın söz konusu davada yargı yetkisi olmayacağına ilişkindir<sup>10</sup>. Divan ise, yerleşmiş içtihadına atıf yaparak, davanın açıldığı tarihte yargı yetkisine sahip olması durumunda, sonradan ortaya çıkan olayların yargı yetkisini ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir<sup>11</sup>.

Belçika ikinci itiraz noktasını, *Abdulaye Yerodia Ndombasi*'nin o anda dışişleri bakanı konumunda bulunmaması karşısında, davanın konusuz kaldığı argümanına dayandırmıştır<sup>12</sup>. Divan bu iddiaya karşılık, *Yerodia*'ın konumunun değişmesinin, uyuşmazlığı ortadan kaldırmadığı, Belçika yargı organlarınınca *Yerodia*'ya karşı hazırlanan tutuklama müzekkeresinin, manevi zarar vermesi nedeniyle, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin talebinin baştan beri, işbu tutuklama müzekkeresinin hukuka aykırı olduğunun tespitini içerdiğini belirtmiştir<sup>13</sup>. Görüldüğü gibi, Divan burada, tutuklama müzekkeresinin Demokratik Kongo Cumhuriyeti dışişleri bakanına karşı hazırlanmasından itibaren, bir başka ifade ile, geçmişe şamil olarak hukuka uygunluğunun inceleneceğini göstermiştir. Bunun gibi Divan, tutuklama müzekkeresinin yol açtığı manevi zarara (Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin talebi doğrultusunda), davanın konusuz kaldığı iddiasını bertaraf etmek için atıf yapmıştır.

Belçika'nın üçüncü itiraz noktası, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin başvurusunda ileri sürülen hususların, maddi olarak farklılaştığı ve bu nedenle, Divan'ın yargı yetkisi bulunmadığı ve başvurunun kabul edilemez olduğu merkezine toplanmıştır<sup>14</sup>. Belçika, başvuran devletin başvurusunun dayandığı hususların esaslı bir şekilde değişmesinin, cevap veren devleti bir belirsizlik içinde bırakacağını ve bunun da hukuki güvenliğe ve adalete aykırılık teşkil edeceğini ileri sürmüştür<sup>15</sup>. Divan ise, somut uyuşmazlıkta, başvurunun altında yatan vakaların, Belçika'nın ileri sürdüğü şekilde bir dönüşüm oluşturmadığını ifade etmiştir<sup>16</sup>.

Belçika, dördüncü itiraz noktasını, diğer itirazları gibi, *Abdulaye Yerodia Ndombasi*'nin o anda dışişleri bakanı konumunda bulunmaması nedeni ile artık hükümet üyesi olmamasının, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin başvurusundaki olaylarda radikal bir dönüşüme neden olduğu ve bu nedenle de Divan'ın yargı yetkisi bulunmadığı ve başvurunun kabul edilemez olduğu gerekçesine dayandırmıştır<sup>17</sup>. Divan ise, uyuşmazlık

<sup>10</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 23.

<sup>11</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 26.

<sup>12</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 29.

<sup>13</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 32.

<sup>14</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 34.

<sup>15</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 34.

<sup>16</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 36.

<sup>17</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 37–38.

konusunun değişmediğini ve hala, tutuklama müzekkeresinin hukukiliğine ilişkin olduğunu belirtmiştir<sup>18</sup>.

Sonuç olarak Divan, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin başvurusu konusunda yargı yetkisinin bulunduğunu belirterek davanın esasına girmiştir<sup>19</sup>.

Kanımızca Divan'ın Belçika itirazlarına karşı dayandığı gerekçeler isabetlidir. Yukarıda aktarıldığı gibi, Belçika her itiraz noktasında, *Abdulaye Yerodia Ndombasi*'nin artık hükümet üyesi olmadığına dayanarak, davanın konusuz kaldığı ve Divan'ın yargı yetkisini kullanmasına imkan verecek bir hukuki uyumsuzluk bulunmadığını ileri sürmektedir. Oysa ortada hukuk aleminde hüküm ve sonuç doğuran bir tutuklama müzekkeresi vardır. Esasen Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin talebi, işbu müzekkerenin hukuka aykırı olduğunun tespitidir. Söz konusu talep yönünde yapılacak tespit, manevi açıdan bir tamirat oluşturacağı gibi, müzekkerenin hukuk aleminden kaldırılması sonucunu doğurarak, maddi olarak da eski dışişleri bakanının soruşturma geçirmesini önleyecektir.

Demokratik Kongo Cumhuriyeti, orijinal talebinde ileri sürdüğü ve BM Andlaşması'nın 2/1. maddesinin ihlaline ilişkin iddiasını, sözlü aşamada ve son sunuşlarda belirtmemiştir<sup>20</sup>. Bu nedenle Divan, söz konusu noktaya kararın etkin (uygulama) bölümünde değinmemekle beraber, evrensel yargı yetkisi sorununun bazı yönleri ile ilgili olarak, kararın gerekçesinde gözönünde tutmuştur<sup>21</sup>. Divan söz konusu hususa ilişkin olarak kararın ilerleyen bölümlerinde, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin, tutuklama müzekkeresinin meşruluğunu sorgulayan ve ilk olarak Belçika'nın evrensel yargı yetkisine, ikinci olarak ise dışişleri bakanının dokunulmazlığına göndermede bulunan iki ayrı gerekçe ileri sürdüğünü, ancak sözlü aşamada ve son sunuşlarda sadece ikinci gerekçeyi gündemde tuttuğunu belirtmiştir<sup>22</sup>. Divan'a göre, mantıklı olan, dokunulmazlık meselesinden ziyade, öncelikle yargı yetkisinin bulunup bulunmadığının tespitinin yapılmasıdır; ancak, Divan, somut uyumsuzlukta yargı yetkisinin varlığını *farzederek*, dokunulmazlık konusunun incelenmesine geçmiştir<sup>23</sup>. Bu şekilde Divan'ın, kararın odak noktasını daralttığı belirtilmiştir<sup>24</sup>. Ancak, Divan'ın evrensel yargı yetkisi konusunu inceleme noktasındaki çekingenliğinin, konunun karmaşıklığı ve esasen sağlam argümanlara ilişkin iddiaların bulunmaması

<sup>18</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 40.

<sup>19</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 44.

<sup>20</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 21.

<sup>21</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 43.

<sup>22</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 45.

<sup>23</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 46.

<sup>24</sup> Kevin R. GRAY: "Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)", <http://www.ejil.org/journal/Vol13/No3/sr1.pdf>, s. 8.

karşısında mazur görülebilir olduğunu da kabul etmek gerekeceği ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Bununla beraber, Divan, dokunulmazlıklar ve evrensel yargı yetkisini, -ki kanımızca her iki müessese de birbiriyle bütünsel bir paralellik arz etmektedir- beraber değerlendirmiş olsa idi, bu değerlendirmeden çıkacak sonuç gelecekteki uygulamaların hukukiliği konusunda uluslararası topluma yol gösterici nitelikte olabilirdi.

Görüldüğü gibi, Divan, evrensel yargı yetkisi konusundan ziyade, dokunulmazlık konusu üzerinde durmayı uygun görmüştür<sup>26</sup>. Divan, bu tutumunu kararının ilerleyen bölümlerinde de kararlı biçimde sürdürmüştür. Bu aşamada metodolojik bütünlük ve esasen evrensel yargı yetkisinin önemi açısından, Divan'ın tespitleri ışığında dokunulmazlık meselesini incelerken, yeri geldikçe evrensel yargı yetkisinin bazı boyutlarını değerlendirmeye tabi tutmanın uygun olacağını sanıyoruz.

### III. DİVAN'IN DOKUNULMAZLIK KONUSUNA BAKIŞI ve İLGİLİ KARARI

#### A. Genel Olarak

Uluslararası hukukta, başta devlet ve hükümet başkanları olmak üzere, dışişleri bakanlarının ve diplomatik temsilcilerin, yargı bağımsızlığına ve dokunulmazlığa sahip oldukları kabul edilmektedir. Bunun nedeni, resmi sığata sahip kişilerin, devlet adına hareket etmeleri ve uluslararası hukukta yerleşmiş bir kural olan devletlerin egemen eşitliği kuralı gereği, bir devletin başka bir devlet tarafından yargılanamayacağı mülâhazasıdır<sup>27</sup>. Resmi sıfatı haiz kişiler, devlet adına hareket ettiklerinden, eylem ve işlemleri “devlet tasarrufu” olarak belirlemektedir. Devlet tasarrufu doktrini, bireysel cezai sorumluluğu değil de, kolektif sorumluluğu gerektirmesinden dolayı, devlet tasarrufu olarak yapılan işlerden dolayı, bireysel sorumluluk söz konusu olmayacaktır<sup>28</sup>. Diplomatik temsilcilerin sahip olduğu dokunulmazlık konusundaki temel hukuk kaynağını, andlaşmalar hukuku bağlamında, 18.04.1961 tarihli, Viyana Diploması İlişkileri Sözleşmesi oluşturmaktadır. Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanlarının sahip olduğu bağımsızlık ve dokunulmazlıkların ise, birazdan aktarılacak Divan kararında

<sup>25</sup> WICKREMASINGHE, s. 780.

<sup>26</sup> Divan Başkanı Guillaume Gilbert ayrıık görüşünde, önce Belçika Mahkemesi'nin yargı yetkisinin, ardından bağımsızlık konusunun değerlendirilmesinin daha mantıklı olacağını, zira, yargı yetkisi olmadan bağımsızlık konusunun gündeme gelemeyeceğini belirtmiştir. Seperate Opinion of President Guillaume Gilbert, para. 1.

<sup>27</sup> Bkz: M. Cherif BASSIOUNI: Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, s. 465.

<sup>28</sup> İlhan LÜTEM: Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1951, s. 116.

da vurgulandığı gibi, uluslararası örf ve adet hukuku kaynaklı olduğu kabul edilmektedir.

Bununla beraber günümüz uluslararası hukukunda, uluslararası insancıl hukukun ihlali halinde, bağımsızlığın ve dokunulmazlığın ortadan kaldırıldığı ve bu gibi resmi görevlilerin, iştirak ettikleri suçlardan yargılandıkları görülmektedir. Genellikle, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra başladığı kabul edilen bu akım, Nüremberg Statüsü ve Mahkeme'nin kararlarıyla ivme kazanmış ve 1998 Roma Statüsü ile de zirve noktaya ulaşmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, bunlar dışında da resmi sıfat sahibi kişilerin yargı bağımsızlığını ve dokunulmazlığını kabul etmeyen, 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü gibi uluslararası metinler de bulunmaktadır. Aşağıda söz konusu metinler ve mahkeme kararlarına kısaca değinilecektir.

## **B. Kararda Ele Alınan Görüşler**

### **1. Dışişleri Bakanının Dokunulmazlığı ve Uluslararası Örf ve Adet Hukuku Kuralları İlişkisi**

Divan, uluslararası hukukun bu konudaki temel ilkesine uygun şekilde, uluslararası hukukun, diplomatik ve konsolosluk görevlilerine ve devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı gibi bir devlette yüksek makamlarda bulunan kişilerin, bir başka devletin hem medeni ve hem de cezai yargı yetkilerinden bağımsız olduğunu belirtmiş; somut uyuşmazlığa ilişkin olarak, dışişleri bakanlarının ceza yargısından bağımsızlığını ve görevdeki bakanın kişi dokunulmazlığını incelemeye geçmiştir<sup>29</sup>. Divan öncelikle, taraflarca bahse konu edilen, 18 Nisan 1961 tarihli Viyana Diploması İlişkileri Sözleşmesi'ne değinmiş, Sözleşme'nin "Dibace" Bölümü'nde, "diplomatik ayrıcalık ve dokunulmazlıkların, temsil edilen devletin diplomatik misyonuna etkin bir performans ile faaliyette bulunmayı sağlama" yönündeki amacına ve Sözleşme'nin 32. maddesinde yer alan ve gönderen devletin bağımsızlıktan feragat edebileceğine ilişkin hükmüne atıf yapmış; ve bu noktalardan, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Belçika'nın taraf bulunduğu Sözleşme'nin uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığı sonucuna varmıştır<sup>30</sup>. Bunun gibi Divan, aynı durumun, 24 Nisan 1963 tarihli Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi açısından da geçerli olduğunu belirtmiştir<sup>31</sup>. Ancak Divan'a göre, bu andlaşmalar, dışişleri bakanlarının sahip olduğu dokunulmazlıkları özel olarak tanımlayan

<sup>29</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 51.

<sup>30</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 52.

<sup>31</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 52. Divan, Kongo ve Belçika'nın tarafı bulunmadığı 8 Aralık 1969 tarihli New York Özel Misyonlar Sözleşmesi'ne de atıf yapmıştır. Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 52.

herhangi bir düzenleme içermemektedirler; bu nedenle de Divan, uluslararası örf ve adet hukuku bağlamında, dışişleri bakanlarının dokunulmazlığı meselesinin ortaya konulmasının gerekli olduğuna karar vermiştir<sup>32</sup>.

Uluslararası örf ve adet hukukunda, dışişleri bakanlarına verilen bağışıklıklar, bunların kişisel yararları için değil, kendi devletleri adına yaptıkları faaliyetlerde, etkin performans sağlanması amacıyla matuftur<sup>33</sup>. Divan, bu bağışıklıkların genişliğini tespitte önce dışişleri bakanları tarafından gerçekleştirilen faaliyetleri incelemiştir. Buna göre, dışişleri bakanı, bağlı olduğu devletin diplomatik işlevlerini yürütmekle görevlidir ve devletin temsilcisi olarak uluslararası müzakere ve toplantılara katılmaktadır. Divan, dışişleri bakanının bu işlevlerin yerine getirilebilmesi için, sık sık uluslararası geziler yapması gerektiğini ve bu nedenle de özgür bir konumda olması gerektiğini ifade etmiş ve dışişleri bakanını, devleti temsil bakımından devlet ve hükümet başkanı ile eş tutmuştur<sup>34</sup>. Divan sonuç olarak, dışişleri bakanının ülke dışında tam bağışıklık ve kişi dokunulmazlığına sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>35</sup>.

Görüldüğü gibi Divan, dışişleri bakanlarının sahip olduğu dokunulmazlığı, örf ve adet hukukuna dayandırmış ve temel ilkeyi örf ve adet hukuku bağlamında ortaya koymuştur. Divan bu temel veriden hareketle, davanın en can alıcı noktası olan uluslararası suçların bu dokunulmazlığı ortadan kaldırıp kaldırmadığı sorunu üzerine eğilmeye başlamıştır. Artık kararın, çokça tartışılan ilgili bölümlerinin incelenmesinin zamanı gelmiştir.

## **2. Uluslararası Suçlar ve Dokunulmazlık İlişkisi**

### **a. Genel Olarak**

Belçika, savunmasında müteaddit defalar, savaş suçları ve insanlığa karşı suç şüphesi altında bulunmanın, dışişleri bakanına sağlanan bağışıklığı ortadan kaldırdığını ileri sürmüştü; bu iddialarını da, uluslararası ceza mahkemesi kuran düzenlemelere, ulusal düzenlemelere ve ulusal ile uluslararası mahkemelerin yargı yetkilerine dayandırmıştır<sup>36</sup>. Belçika, özellikle, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin resmi sıfatı ceza yargısından istisna etmeyen düzenlemelerini ve *Pinochet* ile *Kaddafi* kararlarını savunmasının temel dayanakları olarak ileri sürmüştür<sup>37</sup>. Belçika'nın savunmasının bel kemiği olan bu argümanlara, Divan'ın verdiği karşılığı

<sup>32</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 52.

<sup>33</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 53.

<sup>34</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 53.

<sup>35</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 54.

<sup>36</sup> Bkz: Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 56.

<sup>37</sup> Bkz: Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 56.

aktarmadan önce, Nüremberg'ten başlayarak, resmi sıfat ve bağışıklık konusunda çeşitli *ad hoc* mahkemelerin kurucu statü ve uygulamaları ile yine Belçika'nın ileri sürdüğü *Pinochet* ve *Kaddafi* davaları hakkında çözümlenmelerin yapılmasının, çalışmanın selameti açısından yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

### b. *Pinochet* ve *Kaddafi* Davaları

Fransız Temyiz Mahkemesi, Libya lideri *Muammer Kaddafi*'ye karşı, Fransız yolcu uçağı *Attentats*'ın, bombalanıp düşürülmesi ile ilgili olay nedeniyle, kurbanlar adına açılan hukuk davasında, daha önce Paris İstinaf Mahkemesi'nin Libya liderinin egemen bağışıklığa sahip olmadığını onayan kararını bozmuştur<sup>38</sup>. Böylece Fransız Temyiz Mahkemesi, *Kaddafi*'nin, söz konusu davada dokunulmazlığın ortadan kalkmadığına hükmetmiştir.

*Augusto Pinochet Duarte*, Şili'de, sosyalist Başkan *Allende*'yi deviren, 11 Eylül 1973 tarihli askeri darbe ile iktidara gelmiştir. İktidar dönemi boyunca, özellikle işkence ve gözaltında kayıp vakaları nedeniyle bir çok suçlamaya maruz kalmıştır. İktidardan ayrıldıktan sonra, bel fitiği ameliyatı için gittiği Londra'da, İspanyol yargıcı *Baltazar* tarafından, Şili'de İspanyol vatandaşlarına karşı işlenen suçlardan dolayı yapılan takibat çerçevesinde iadesi istenmiştir. İngiltere'de iade ile ilgili hukuki süreçte ciddi tartışmalardan sonra, İngiltere'nin en yüksek mahkemesi olarak karar veren Lordlar Kamarası, egemen bağışıklık doktrinini reddederek, sınırdışı etme duruşmalarının sürdürülmesine izin vermiştir<sup>39</sup>. Ancak, İngiliz Dışişleri Bakanı, sağlık sorunları nedeniyle sınırdışı duruşmalarını durdurmuştur<sup>40</sup>. Böylece, yargılama tamamlanamamıştır. Ancak özellikle, Lordlar Kamarasındaki tartışmalar, gerek uluslararası hukuk ve gerekse de siyaset açısından fazlaca gündem yaratmıştır. Söz konusu tartışmalar hukuki zeminde, inceleme konusu somut uyuşmazlık bağlamında da tarafların iddia ve savunmalarında yer almıştır. Nitekim Belçika, iddiasına dayanak olarak, Lordlar Kamarası'nda yapılan tartışmalarda, *Lord Millett* ve *Lord Philips* tarafından beyan edilen ve "uluslararası suçlarda dokunulmazlığın kabul edilemeyeceği" şeklinde özetlenebilecek görüşlere atıf yapmıştır<sup>41</sup>. Demokratik Kongo Cumhuriyeti ise, karşı gerekçesinde, *Lord Browne-Wilkinson* tarafından belirtilen ve dokunulmazlıkların bunlardan yararlanan kişileri tüm soruşturmalardan bağışık tuttuğu yolundaki görüşe atıf yapmıştır<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> KÖCHLER, s. 142.

<sup>39</sup> KÖCHLER, s. 159. *Pinochet* olayı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Turgut TARHANLI: Ne Hukuk Ne de Ahlak: Yeryüzü Cehennemi, Dost Kitabevi, Ankara, 2003, s. 117 vd.

<sup>40</sup> KÖCHLER, s. 159.

<sup>41</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 56.

<sup>42</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 57.

Ancak hemen belirtelim ki, evrensel yargı yetkisi bağlamında, *Pinochet* olayı ile inceleme konumuz olan somut uyuşmazlığın verileri birbiriyle örtüşmemekte, farklı maddi olaylara dayanmakta ve bu şekilde, farklı hukuki müesseseleri gündeme getirmektedir. Gerçekten de, İspanyol yargı organları, *Pinochet* hakkında, iktidarda bulunduğu sırada, İspanyol vatandaşlarına karşı işlenen fiiller çerçevesindeki iddiaları konu etmiştir. Görüldüğü gibi, burada İspanyol yargı organı, Türk hukukunda mağdura göre şahsılık adı verilen ve devletin ülkesi dışında da vatandaşlarına karşı işlendiği iddia edilen suçları soruşturma konusu yapma yetkisi veren yargı yetkisine dayanmaktadır. Nitekim, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, *Lotus Davası* 'nda, "bir devletin ülkesi dışında işlenmiş suçlar bakımından da yasa koyma ve yargı yetkisini kullanmasının uluslararası hukukta yasaklanmadığını belirtmektedir"<sup>43</sup>. Bu yöndeki uygulamaya ise, "tek yanlı evrensel yargı yetkisi" denmektedir<sup>44</sup>. Belçika yargı organı ise, vatandaşlık bağından sıyrılmış olarak, bir yargı yetkisi iddiasında bulunmaktadır. Bu farklı yaklaşımlar nedeniyle, İspanya vatandaşları zarar gördüğü için İspanyol yargı organlarınca yürütülen soruşturmaya ilişkin süreç, evrensel yargı yetkisi bağlamında, Belçika'nın tutumunun hukukiliği konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmamıza imkan verecek nitelikleri bünyesinde barındırmamaktadır.

Dokunulmazlık meselesiyle ilgili olarak ise, yargılamanın İngiliz iç hukukuna göre neticelendirilmemiş olması ve dolayısıyla ortada devletin resmi organı tasarrufu neticesi tekemmül etmiş bir karar bulunmaması da, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının kurucu unsurları olan istikrarlı uygulama ve *opinio jurise* ilişkin bir veriye vücut vermemektedir. Esasen aşağıda da belirtileceği gibi, Divan, gerek *Kaddafi* ve gerekse de *Pinochet* davalarının, savaş suçu veya insanlığa karşı suç isnadı altında bulunan dışişleri bakanının bağışıklık ve kişi dokunulmazlığının ortadan kalkmasına yönelik bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının varlığını yansıtmadığı hususunu, temel gerekçe yapacaktır.

### c. Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Statü ve Uygulamaları

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, uluslararası hukuka yön veren gelişmelerden en önemlilerinden birini, kanımızca, uluslararası ceza mahkemeleri ve bunların uygulamaları oluşturmaktadır. Bu aşamada, Belçika'nın da savunmasında dayanak olarak ileri sürdüğü bu mahkemeleri ve bunların statü ve uygulamalarında, dokunulmazlık ve bağışıklık meseleleri ele alınacak, ardından da, Divan'ın bu konudaki görüşlerine yer verilecektir.

<sup>43</sup> SAV, s. 146'dan naklen.

<sup>44</sup> SAV, s. 146.

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Almanya ve Osmanlı İmparatorluğu ile yapılan barış andlaşmalarına, resmi sıfat taşıyan bazı kimselerin, işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı yargılanmalarına dair hükümler konulmuştur. Gerçekten de, savaş sonu galip gelen İtilaf Devletleri, Almanya ile imzaladıkları Versay Andlaşması'na, savaşın başlamasından sorumlu tuttukları Alman İmparatoru İkinci Wilhelm'in ve diğer şahısların yargılanmasını öngören hükümler koymuşlar; fakat bu şahsın Hollanda'ya sığınması ve bu devletin İmparatoru sınırdışı etmeyi reddetmesi üzerine, yapılması öngörülen yargılama planı suya düşmüştür<sup>45</sup>. İtilaf Devletleri, Almanya İmparatoru'na karşı yapamadıklarını, savaş suçu işlediklerini iddia ettikleri Türk yetkililer aleyhine yapmak istemişler ve Sevr Andlaşması'nın 230. maddesine koydurdukları bir hüküm ile bunu hukuki bir temele oturtmaya çalışmışlardır. Hemen belirtmek gerekir ki, Türk yetkililere isnada edilen suç, savaş sırasında Ermeni halkının tehciri ve tehcir sırasında yaşananlara ilişkindir<sup>46</sup>. Türk yetkililerden, İttihat ve Terakki'nin önemli üyeleri savaşın sonuna doğru yurtdışına kaçmaları nedeniyle yargılanamamışlardır. Türk yetkililerden, diğer bir kısmı, yargılanmak üzere Malta'ya sürülmüş ve fakat ne İngiliz Askeri Savcılığı ve ne de başka bir kurum tarafından aleyhlerine bir delil bulunmasından dolayı herhangi bir yargılama yapılamamış ve yargılama işi Türk makamlarına bırakılmıştır. Alt düzey bürokratlara yönelik olarak Osmanlı Divan-ı Harbi'nde yapılan yargılamalarda ise, özellikle Padişah'ın İtilaf Devletlerine verdiği sözler ve esasen sonradan sadrazam olan Damat Ferit Paşa'nın İttihatçılara olan şahsi kını gibi, hukuk dışı unsurlar devreye girmiş ve bir takım mahkumiyet kararları çıkmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, Osmanlı Divan-ı Harbi'nde yargılanan bu kişiler, yargı bağışıklığına sahip kişiler değillerdi.

Görüldüğü gibi, Birinci Dünya Savaşı sonrası dönem, dokunulmazlık sahibi kişilerin yargılanmasına ilişkin örnekler açısından verimsiz bir dönem olmakla beraber, söz konusu andlaşmalarda yer alan hükümler ile, gelecekteki düzenlemelerin normatif temellerinin atıldığı görülmektedir.

Bilindiği gibi, İkinci Dünya Savaşı, hem neden olduğu can ve mal kayıpları hem de savaş sırasında işlenen ve tarifi çok da mümkün olmayan vahşetlerin yaşandığı bir dönem olarak tarihin tozlu raflarında yerini almıştır. Bu savaş, aslında tüm modern çağların çok anlamlı bir özeti olarak, teknolojik gelişmenin sağladığı silahları kullanan insanın, bir başka insanı ne

<sup>45</sup> Versay Andlaşmasının ilgili maddeleri için bkz: LÜTEM, s. 23–26.

<sup>46</sup> Malum olduğu üzere, burada isnad edilen fiiller, özellikle 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin kabulünden sonra, uluslararası bir çok platformda, gerek Ermenilerce ve gerekse de bazı başka siyasi gruplarca, sözde "Ermeni Soykırımı" adı altında, ülkemize karşı yürütülen sistemli bir karalama kampanyasının temelini oluşturan olaylara ilişkindir. Söz konusu iddialara cevap vermek konumuzun sınırlarını aştığı için burada sadece, Türkiye'nin, o dönemde gerçekleşen olayları veri alarak, bu temelsiz iddialara karşı bir duruş sergileme bağlamında çok sağlam ve tutarlı hukuki dayanakları bulunduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

hale getirebileceğinin en vahşi örneklerinin sergilendiği bir dönemi tasvir eder. Savaştan sonra, savaşta işlenen suçların faillerinin yargılanması için bir çok ulusal ve uluslararası mahkeme kurulmuştur. Bunlar arasında en önemlileri, Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleridir. Nüremberg Mahkemesi, Müttefiklerce imzalanan 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Andlaşması'na ek Statü ile kurulmuştur<sup>47</sup>. Tokyo Uluslararası Uzak-Doğu Askeri Mahkemesi<sup>48</sup> ise, General Mac Arthur tarafından, bir emirname ile kurulmuştur. Her iki mahkeme de, *ad hoc* bir nitelik gösterir ve bu niteliğin doğal sonucu olarak, İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan vahşetin ve işlenen suçların sorumlularını yargılamak amacının ürünüdür. Aralarından en meşhuru, önemli Nazi liderlerini yargılayan ve savaş sonunda, kendi açılarından müttefiklerin zaferini taçlandırın Nüremberg Mahkemesi'dir. Tokyo Mahkemesi ise, Nüremberg Mahkemesi kadar öne çıkmasa da, Japon ileri gelenlerinin savaştan önce ve savaş sırasında işledikleri iddia edilen suçları yargılayan bir uluslararası mahkeme olarak karşımıza çıkmaktadır. Nüremberg Statüsü'nün 7. maddesine göre, "Sanığın, ister devlet başkanı veya isterse de hükümet dairelerinde resmi sorumlu olarak resmi pozisyonu, sorumluluktan kurtarıcı veya cezayı azaltıcı bir neden olarak değerlendirilmeyecektir." Görüldüğü gibi, devlet başkanlığını ve hükümet üyeliğini de içeren resmi sıfat, hiçbir şekilde bağışıklık veya cezayı azaltıcı bir neden olarak kabul edilmemiştir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Avrupa'daki iki Mihver devletinin devlet başkanları, *Adolf Hitler* ve *Benito Mussolini*, birincisi intihar ettiği, ikincisi ise öldürüldüğü için yargılanamamışlardır<sup>49</sup>. Söz konusu nedenle savaş sonrası devlet başkanlarının yargılanmasına ilişkin bir örnek bulunmamaktadır. Ancak özellikle Nazi Almanyasının ileri gelenlerinin yargılandığı Nüremberg Mahkemesi'nde, dokunulmazlığa ve resmi sığına sahip kişiler yargılanmış ve ölüm cezası da dahil olmak üzere bir çok cezaya mahkum edilmişlerdir<sup>50</sup>.

Nüremberg Mahkemesi'ne göre, "Uluslararası hukuk, bazı şartlarda devlet temsilcilerini korur ve cezai müeyyideler bu kişilere uygulanmaz. Ancak, bu durum, bu bireylerin resmi sıfatlarının arkasına sığınıp suç

<sup>47</sup> Nüremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü için bkz: Christine Van Den **WYNGAERT**-Guy **STESSENS**: *International Criminal Law: A Collection of International and European Instruments*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, s. 419-425.

<sup>48</sup> Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü için bkz: Yoram **DINSTEIN**-Mala **TABORY** (Eds): *War Crimes In International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1996, s. 399-406.

<sup>49</sup> **BASSIOUNI**, s. 466.

<sup>50</sup> Nüremberg sanıklarının hangi suçlardan hüküm giydiği ve aldıkları cezalar için bkz: Nazım **POROY**: *Nüremberg Davası*, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1948, s. 56-57.

işlemeleri halinde, uygun prosedüre göre cezalandırılmayacakları anlamına gelmez<sup>51</sup>.”

Bununla beraber, resmi sıfatı, amirin emri ile ortak bir maddede düzenlemiş olan Tokyo Statüsü'nün 6. maddesinde, sanığın resmi pozisyonunun cezai sorumluluğu ortadan kaldırmadığı, buna karşın, adaletin gerektirmesi halinde Mahkeme'nin bu durumu cezada indirim nedeni olarak değerlendirebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi Tokyo Statüsü, resmi sıfatı hiçbir şekilde cezai sorumluluktan istisna etmeyi kabul etmeyen Nüremberg Statüsü'ne nazaran, adaletin gerektirmesi halinde resmi sıfatı cezada indirim nedeni olarak kabul ederek, resmi sıfatı haiz failin lehine bir durum yaratmıştır. Ancak gözden kaçmaması gereken, burada, resmi sığata bağışıklık sağlanmamış olmasıdır. Şu halde, Tokyo Statüsü de resmi sıfat sahibi kişinin yargılanmamasını sağlamamakta, sadece, resmi sıfatın, gerektiği hallerde cezada indirim nedeni olabileceğini öngörmektedir.

Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, BM Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1948'de kabul edilmiş ve 12 Ocak 1951'de yürürlüğe girmiştir<sup>52</sup>. Sözleşme ile, soykırım suçu, uluslararası hukuka göre bir suç olarak kabul edilmiş ve taraf devletlere soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması konusunda yetki ve yükümlülük verilmiştir.

Soykırım Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre, “Soykırım suçunu veyahut üçüncü maddede yazılı fiillerden herhangi birini işlemiş olan şahıslar, Hükümet ricali, memur veya hususi şahıslar olsun, cezalandırılacaklardır.” Görüldüğü gibi, Sözleşme, resmi sığata hiçbir şekilde bağışıklık ve dokunulmazlık imkanı vermemiş ve tıpkı diğer soykırım suçu failleri gibi, resmi sıfat sahibi faillerin de yargılanıp cezalandırılacaklarını açıkça ifade etmiştir. Soykırım suçunun mahiyeti düşünülecek olursa, resmi sıfat sahibi kişinin, işlediği soykırım suçundan dolayı yargılanmasının ve cezalandırılmasının doğal olduğu anlaşılacaktır.

Soğuk Savaş'ın sona ermesini müteakip, özellikle Yugoslavya ve Ruanda'da başlayan etnik çatışmalar, yüzbinlerce insanın ölümüne neden olmuş ve uluslararası insancıl hukuk bağlamında, uluslararası ceza mahkemelerini de yeniden gündeme getirmiştir. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1993 yılında Eski Yugoslavya toprakları üzerinde işlenen insancıl hukuk ihlallerini takip ve yargılamakla görevli

<sup>51</sup> Ezeli **AZARKAN**: Nüremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta, Kırklareli, 2003, s. 173'den naklen.

<sup>52</sup> Türkiye'nin de taraf olduğu Sözleşme metni için bkz: RG: 29 Mart 1950, 7469. Bundan sonra kısaca, Soykırım Sözleşmesi olarak kullanılacaktır.

olarak, BM Güvenlik Konseyi'nin 827 sayılı kararı ile kurulmuştur<sup>53</sup>. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ise, Nisan–Temmuz 1994'te Ruanda'da yaşanan iç savaş sırasında, Hutuların Tutsi azınlığa karşı giriştiği soykırım eylemi sonucu meydana gelen vahşi olaylar sonucu, BM Güvenlik Konseyi'nin 955 sayılı kararı ile kurulmuştur<sup>54</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, her iki *ad hoc* mahkeme de, Güvenlik Konseyi tarafından, BM Andlaşması'nın VII. Bölümünde 39–51. maddeler arasında yer alan; barışın tehdidi, bozulması ve saldırı fiili halinde alınacak önlemler konusundaki yetkilerine dayandırılmıştır.

Soğuk Savaş dönemi sonrasının *ad hoc* mahkemelerin statülerinde de, resmi sıfatla ilgili olarak, Nürnberg Statüsü'nde yer alan düzenlemeye çok benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, “Herhangi bir sanığın ister devlet veya hükümet başkanı olarak, isterse de hükümette sorumlu bir makam olarak resmi pozisyonu, cezai sorumluluğu ne kaldırır ne de azaltır<sup>55</sup>.” Görüldüğü gibi, söz konusu düzenlemelerde, resmi sığata ne bağışıklık ne de cezada indirim imkanı sağlanmaktadır.

Her iki *ad hoc* mahkemenin uygulamalarında da, resmi sıfat ve dokunulmazlık sahibi kişilerin yargılanmasına yönelik örnekler bulunmaktadır. Gerçekten de, Ruanda'nın Başbakanı konumundaki *Jean Kambanda*, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanmış ve Tutsilere karşı işlenen suçlardan dolayı mahkum olmuştur<sup>56</sup>. Aynı şekilde, Ruanda Geçici Hükümeti'nde bakan olan *Eliezer Niyitegeka* da, Mahkeme tarafından yargılanmış ve benzer fiillerinden dolayı mahkum olmuştur<sup>57</sup>. Bunun gibi, Sırbistan Devlet Başkanı konumundaki *Slobodan Milosevic*'in de, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi önündeki yargılamasına devam edilirken adı geçeninin yakın bir zaman önce, kalp krizi nedeniyle ölümü (11 Mart 2006), yargılamanın sona ermesine yol açmıştır<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Güvenlik Konseyi'nin 827 numaralı kararı için bkz: [www.un.org/Docs/scres/1993/scres93.htm](http://www.un.org/Docs/scres/1993/scres93.htm) (15.04.2006). Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü için bkz: [www.un.org/icty/legaldoc/index.htm](http://www.un.org/icty/legaldoc/index.htm) (15.04.2006); ayrıca bkz: WYNGAERT–STESSENS, s. 427–436; Türkçe metin için bkz: Faruk TURHAN: “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi”, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s. 357–365.

<sup>54</sup> Güvenlik Konseyinin 955 sayılı kararı için bkz: [www.un.org/Docs/scres/1994/scres94.htm](http://www.un.org/Docs/scres/1994/scres94.htm) (15.04.2006) Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü için bkz: [www.icty.org/ENGLISH/basicdocs/statute.html](http://www.icty.org/ENGLISH/basicdocs/statute.html) (15.04.2006); ayrıca bkz: WYNGAERT–STESSENS, s. 467–476.

<sup>55</sup> Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, m. 7/2; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, m. 6/2.

<sup>56</sup> Bkz: Prosecutor V Jean Kambanda, Judgement and Sentence, para, 40, (1, 2, 3, 4, 5, 6).

<sup>57</sup> Bkz: Prosecutor V Eliezer Niyitegeka, Judgement and Sentence, para, 5 ve 480.

<sup>58</sup> Bu davanın iddianameleri ve dava ile ilgili son gelişmeler için bkz: <http://www.un.org/icty/cases/indictindex-e.htm>, (16.04.2006) Milosevic, IT–02–54 “Kosovo, Croatia, Bosnia”.

Roma'da, BM bünyesinde yapılan diplomatik konferans neticesi, 17 Temmuz 1998 tarihinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü kabul edilmiştir<sup>59</sup>. Mahkeme, kurucu Statüsü'nün "Dibace" bölümünde de belirttiği gibi, uluslararası toplumu etkileyen çok ciddi suçların cezaysız kalmaması ve uluslararası adaletin tecellisi amacına hizmet edecektir. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlar, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur ve Mahkeme, bu suç tiplerinin faili olduğu iddia edilen 18 yaşından büyük gerçek kişileri yargılamakla görevlidir.

Roma Statüsü'nün 27. maddesinde, resmi sıfat ve dokunulmazlık meselesi düzenlenmiştir. Buna göre: "Bu Statü, resmi sifata dayalı herhangi bir ayırım yapılmadan, tüm kişilere eşitçe uygulanacaktır. Özellikle, Devlet veya Hükümet Başkanı, hükümet veya meclis üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir devlet memuru hiçbir şekilde bu Statü altında cezai sorumluluktan bağışık tutulamaz veya resmi unvan cezanın indirilmesi için bir neden teşkil edemez.

Bir kişinin resmi sıfatıyla ilişkili bağışıklık veya özel usule ilişkin kurallar, ister ulusal isterse de uluslararası hukuk altında olsun, böyle bir kişi üzerindeki, Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmasını engellemez."

Görüldüğü gibi, Nürnberg Statüsü'nden beri gelen ve devlet başkanını bile içine alan, resmi sıfatın yargılama ve cezalandırma için engel teşkil etmemesi ve özellikle uluslararası insancıl hukukun ihlalleri halinde dokunulmazlık ve bağışıkların ortadan kalkacağı anlayışı, Roma Statüsü tarafından da açıkça kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin, geleneksel uluslararası hukuktan ciddi bir kopuşa işaret ettiği belirtilmiştir<sup>60</sup>.

Bununla beraber, Roma Statüsü'nün, "Uluslararası İşbirliği ve Adli Yardımlaşma" başlıklı 9. bölümünde yer alan 98/1. maddesinin hükmü, 27. madde ile konulan temel ilkeyi aşındırıcı bir nitelik arz eder görünümündedir. Buna göre, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin talebi, üçüncü bir devlet vatandaşının diplomatik dokunulmazlığı hususunda uluslararası hukuk tarafından öngörülen yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerektiriyorsa ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, üçüncü devletten dokunulmazlığın kaldırılması konusunda işbirliği elde edememiş ise, teslim veya adli yardımlaşma ile ilgili işlemler sürdürülemeyecektir. Görüldüğü gibi, söz

<sup>59</sup> Roma Statüsü'nün metni için bkz: <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm> (16.04.2006). Türkçe metin için bkz: Enver **BOZKURT**: Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2003, 609-679 ve M. Fatih **ÇINAR**: Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, Kazancı Hukuk Yayınevi, Çanakkale, 2004, s. 119-202.

<sup>60</sup> Ülkü **HALATÇI**: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanabilmesinin Önkoşulları", Uluslararası Hukuk&Politika (Uluslararası Ceza Mahkemesi Özel Sayısı), Yıl:1, Sayı:3, 2005, s. 70.

konusu düzenleme ile, adli yardımlaşma konusuna münhasır olmak üzere, dokunulmazlıklara saygı gösterilmesi yönünde bir düzenleme getirilmiştir. Ancak söz konusu düzenleme, sadece, diplomatik dokunulmazlık sahibi kişinin, başka bir devletin ülkesinde bulunduğu hallere ilişkindir. Fakat, diplomatik dokunulmazlığın tanınmadığı konusundaki genel ilkeyi, uygulamada bertaraf edebilecek cinstendir<sup>61</sup>.

### 3. Divan'ın Tespitleri ve Değerlendirme

Divan ise, çok dikkatli bir şekilde, ulusal düzenlemeleri ve *Pinochet* ve *Kaddafi*'ye ilişkin bazı yüksek mahkemelerin kararlarını içeren devlet uygulamalarını incelediğini belirtip, bu uygulamalardan, savaş suçu veya insanlığa karşı suç isnadı altında bulunan dışişleri bakanının bağışıklık ve kişi dokunulmazlığının ortadan kalkmasına yönelik bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının varlığına ilişkin bir çıkarım yapılamayacağını belirtmiştir<sup>62</sup>.

Divan, yukarıda kurucu statü ve uygulamalarını aktardığımız *ad hoc* mahkemelerin düzenlemelerini değerlendirmiş ve bu düzenlemelerin de benzer şekilde, ulusal mahkemeler bağlamında, bağışıklıktan istisna edecek bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının varlığına işaret etmediği kanısına varmıştır<sup>63</sup>.

Yukarıda aktarılan kararın bölümlerinden, ilk bakışta, Divan'ın çok açık bir şekilde, dışişleri bakanlarının savaş suçları veya insanlığa karşı suç isnadı altında bulunmasının, bağışıklık ve kişi dokunulmazlıklara halel getirmeyeceği ve bunun evveliyetle ulusal mahkemeler açısından da geçerli olduğu görüşünde olduğu izlenimi doğmaktadır. Ancak burada hemen bir tespit yapmak icap etmektedir. Divan her ne kadar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların, bağışıklığı ortadan kaldırmadığını ifade etse de, aslında bunu, ulusal mahkemeler aracılığıyla yapılan yargılamalar için kabul etmektedir. Bir başka ifade ile, Divan'ın savaş suçları ve insanlığa karşı suçların dışişleri bakanının bağışıklığını ortadan kaldırmayacağına yönelik tespitinin, bir devletin ulusal mahkemesinin evrensel yargı yetkisine dayanarak bir başka devletin dışişleri bakanını yargılaması durumuna hasredilecek şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yoruma, Nüremberg Statüsü'nden itibaren kurulan *ad hoc* mahkemelerin Statülerinde yer alan resmi sıfatın bağışıklık sağlamayacağı yolundaki düzenlemelerden ve esasen Roma Statüsü'nün düzenlemesinden ulaşılabileceği gibi, Divan kararının gramatik yorumundan da ulaşılabilecektir. Gerçekten de Divan, Nüremberg ve bunu

<sup>61</sup> Bu konuda, ayrıntılı bilgi için bkz: Dapo AKANDE: "International Law Immunities and the International Criminal Court", AJIL, Vol: 98, July 2004, No: 3, s. 419 vd.

<sup>62</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 58.

<sup>63</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 58.

izleyen süreçteki düzenlemelerden bahsettikten sonra, ulusal mahkemeler açısından, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların bağışıklıktan istisna etmesine yönelik örf ve adet hukuku kuralı bulunmadığını ifade etmiştir. Aynı durum, Divan'ın, uluslararası örf ve adet hukukunda, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların diplomatik dokunulmazlığı kaldırdığına yönelik bir örf ve adet hukuku bulunmadığına ilişkin olarak ulaştığı ilk sonucu için de geçerlidir. Divan'ın, cümleye, “çok dikkatli bir şekilde, ulusal düzenlemeleri ve *Pinochet* ve *Kaddafi*'ye ilişkin bazı yüksek mahkemelerin kararlarını içeren devlet uygulamalarını incelediği”ni belirterek başlaması, temel inceleme noktasını, ulusal düzenleme ve uygulamalara hasretmesi, ulusal mahkemeler aracılığı ile evrensel yargı yetkisine dayanılarak yapılan yargılamalar açısından söz konusu dokunulmazlığın ortadan kalkmayacağını kabul ettiğini göstermektedir.

Söz konusu yorumun haklılığını ortaya koyan en önemli belirti ise, Divan'ın şu tespitinden daha açık bir şekilde görülmektedir. Divan, görev başındaki veya görevden ayrılmış dışişleri bakanına uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlıkların, bazı şartlar altında cezai soruşturmaya engel teşkil etmeyeceğini ve bu durumlardan birisinin de, yargı yetkisine sahip olması durumunda, bir *uluslararası ceza mahkemesi* tarafından yapılacak yargılamalar olduğunu ifade etmiştir<sup>64</sup>. Görüldüğü gibi Divan, açık bir şekilde, uluslararası ceza mahkemeleri tarafından yapılan yargılamalarda, dışişleri bakanlarının dokunulmazlık sahibi olmayacaklarını ortaya koymuştur. Şu halde, Divan, savaş suçları ve insanlığa karşı suç isnadı altında bulunan dışişleri bakanının, uluslararası hukuk tarafından sağlanan bağışıklıklarının ortadan kalkmayacağı şeklinde kategorik bir ret yönünde tutum sergilememektedir.

Sonuç olarak, Divan, devletlerin uygulama ve *opinio juris*lerini araştırarak, uluslararası örf ve adet hukuku bağlamında, ulusal mahkemeler aracılığı ile yapılacak yargılamalarda, dokunulmazlığın kalkmadığını, buna karşın, uluslararası mahkemeler aracılığı ile yapılacak yargılamalarda ise, dışişleri bakanlarının dokunulmazlıklarının kalkabileceğine karar vermiştir.

#### **a. Andlaşmalar Hukuku Bağlamında**

Divan, bir önceki bölümlerde, ulusal mahkemeler aracılığı ile diplomatik dokunulmazlık sahibi kişilerin yargılanması meselesini, uluslararası örf ve adet hukuku bağlamında incelemiş ve yukarıda belirtildiği

<sup>64</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para, 61. Divan'ın bu yargısı çerçevesinde uluslararası ceza mahkemeleri tarafından yapılacak yargılamalarda, söz konusu uluslararası ceza mahkemelerini yaratan düzenlemelerin açıkça veya tamamen bağışıklığı kaldırmış olmasının ve resmi ilgililerin de, bu düzenlemeler ile bağılı ve sınırlı olmaları gerektiği belirtilmiştir. Bkz: **AKANDE**, s. 418.

gibi, bu yönde bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının bulunmadığına hükmetmiştir. Ardından Divan, aynı meseleyi andlaşmalar hukuku bağlamında incelemeye başlamıştır. Bu bağlamda 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli ek Protokolleri<sup>65</sup> ile Soykırım Sözleşmesi gündeme gelmektedir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri taraf devletlere, tabiiyet bağlantısından bağımsız olarak yargı yetkisi vermekte ve bu da evrensel yargı yetkisinin varlığı sonucunu doğurmaktadır<sup>66</sup>. Soykırım Sözleşmesi'nde ise (m. 6), Sözleşme'de tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde, *suçun işlendiği ülke* devletinin mahkemesine yargı yetkisi verilerek, *mülklik ilkesi* doğrultusunda, evrensel yargı yetkisinin önüne geçilmiştir<sup>67</sup>. Divan ise bazı ciddi suçların önlenmesi ve cezalandırılmasını öngören uluslararası andlaşmaların da, dışişleri bakanlarının dokunulmazlıklarını, uluslararası örf ve adet hukuku gereğince ortadan kaldırmadığına hükmetmiştir<sup>68</sup>. Görüldüğü gibi Divan, devlet görevlilerinin bağımsızlığı kuralını, Cenevre Sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerin üzerine koymuştur<sup>69</sup>. Esasen, Cenevre Sözleşmeleri'nde, dokunulmazlıkların kalkacağına dair bir düzenleme bulunmadığından, Divan'ın buradaki saptaması son derece isabetli olmuştur. Soykırım Sözleşmesi'nde ise (m.4), her ne kadar Sözleşme'de tanımlanan fiilleri işlemiş olan şahısların, hükümet ricali, memur veya hususi şahıs olsun cezalandırılacakları (dolayısıyla yargılanabilecekleri) hüküm altına alınarak, diplomatik dokunulmazlıklar ortadan kaldırılmış ise de, bu durum, esasen Sözleşme'de mülklik ilkesinin benimsenmesi nedeniyle, somut uyumsuzluk açısından bir önem taşımamaktadır. Bununla beraber, diplomatik dokunulmazlık sahibi bir kimsenin, mesela bir dışişleri bakanının, Soykırım Sözleşmesi'ne taraf bir devletin ülkesinde, soykırım suçunu oluşturan fiilleri işlemesi durumunda, Sözleşme'nin açık hükmü gereğince, bu kişi her türlü bağımsızlıktan arınmış olarak, suçun işlendiği yer devletinin ulusal mahkemelerinde yargılanabilecektir. Ancak, bu zatın temsilcisi olduğu devletin Soykırım Sözleşmesi'ne taraf bulunmaması halinde, suçun ülkesinde işlenen devletin ulusal mahkemeleri aracılığı ile yapılacak bir yargılama faaliyeti ciddi hukuki tartışmaları beraberinde getirebilecek bir mahiyet arz edebilir. Ancak

<sup>65</sup> 12.08.1949 tarihinde akdedilen Cenevre Sözleşmeleri dört tanedir. Bunlar: I sayılı Harb Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi; II sayılı Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi; III sayılı Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme ve IV sayılı Harb Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme'dir. 08.06.1977 tarihli 1949 Cenevre Sözleşmelerine ek Protokoller ise iki tanedir. Bunlar: I sayılı Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü ile II sayılı Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü'dür. Bkz: Hüseyin PAZARCI: Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 130-131.

<sup>66</sup> Bkz: KÖCHLER, s. 131-132.

<sup>67</sup> KÖCHLER, s. 132-133.

<sup>68</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 59.

<sup>69</sup> KÖCHLER, s. 143.

kanımızca bu durumda da uluslararası örf ve adet hukuku devreye sokularak, ulusal bir mahkeme aracılığı ile yapılacak böyle bir yargılamanın hukuka uygun olduğu sonucuna varılmaya çalışılırdı. Ancak aynı durum, soykırım suçu dışındaki insancıl hukuk ihlalleri halinde mümkün olamamaktadır. Bunun nedeni Divan'ın da açıkça belirttiği gibi, hem bu yönde bir uluslararası örf ve adet kuralı bulunmaması ve hem de bu konudaki uluslararası anlaşmaların (Cenevre Sözleşmeleri gibi evrensel yargı yetkisi sağlayan), uluslararası örf ve adet hukukunun sağladığı diplomatik dokunulmazlıkları etkilememesidir.

Bu noktada, somut uyuşmazlığın ortaya çıkmasında çok önemli bir yeri olan, 1999 tarihli, *Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerini Önlemeye İlişkin Kanun*'un dayanağını oluşturan, 1949 Sözleşmelerinden ciddi biçimde farklılaştığı bir hususa da dikkat çekmek gerekmektedir. Gerçekten de, yukarıda da belirtildiği gibi, Cenevre Sözleşmeleri, insancıl hukukun ağır ihlalleri halinde, her devlete, tabiiyet bağından bağımsız olarak, *ülkesinde bulunan* her faili yargılama ve cezalandırma yetkisi vermiştir<sup>70</sup>. Görüldüğü gibi, bu düzenlemeler, *gıyapta* yargılamaya ilişkin bir hüküm bünyesinde barındırmamaktadır. Belçika ise, söz konusu kanun ile yeni bir anlayış benimseyerek, fail ister Belçika'da bulunsun ister bulunmasın soruşturma yapılmasını öngören bir düzenleme getirmiştir<sup>71</sup>. Divan ise kararında, esas itibarıyla evrensel yargı yetkisi üzerinde odaklanmadığı için, bu nokta üzerinde durmamıştır. Bu bağlamda somut uyuşmazlığa bakılınca, Belçika'nın bu açıdan da hukuka aykırı bir durum yarattığı görülecektir. Belçika makamlarının söz konusu kanuna dayanarak dokunulmazlık sahibi olmayan bir kimseye karşı, *gıyabında* soruşturma başlatarak tutuklama müzekkeresi düzenlemiş olması ihtimali de, kanunun dayandığı uluslararası anlaşmalarda *gıyapta* yargılamayı öngören düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olacaktır. Nitekim, Divan Başkanı Guillaume Gilbert

<sup>70</sup> BM Genel Kurulu'nun aldığı 3 Aralık 1973 tarih ve 3074 sayılı, "Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suç İşleyen Kişilerin Tespiti, Yakalanması, Tutuklanması, İadesi ve Cezalandırılması Hakkında İşbirliğine İlişkin İlkeler Kararının (Metin için bkz: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/281/46/IMG/NR028146.pdf?OpenElement>) (17.04.2006) 1. maddesinde, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar *nerede* ve *kimin tarafından işlenirse işlensin*, soruşturma, yakalama, tutuklama ve suçun sabit olması halinde cezalandırmaya konu olabileceği belirtilmiştir. Kararın 3. maddesinde ise, devletlerin bu suçların önlenmesi için, iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalarla, *ulusal* veya uluslararası önlemleri almaları gereği ifade edilmiştir. Buraya kadar ki düzenlemelerin, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar karşısında, zımni bir şekilde, suçun failinin resmi sıfat ve pozisyonunu gözetmeyerek, devletlere, evrensel ceza yargı yetkisi verdiği izlenimi uyanmaktadır. Bununla beraber, Karar'ın 5. maddesinde, savaş suçları ve insanlığa karşı suç işleyenlerin, *suçun işlendiği ülkede*, soruşturma ve cezalandırılmaya konu olabileceği öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, evrensel yargı yetkisi, bu hüküm ile bertaraf edilmiş ve mülk ilkesine çok net ve keskin bir dönüş yapılmıştır.

<sup>71</sup> Durmuş TEZCAN: "Uluslararası Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi: Belçika Örneği", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Cilt: 2, s. 131.

ayrık görüşünde, evrensel yargı yetkisi üzerine odaklanmış<sup>72</sup> ve evrensel yargı yetkisi veren bir takım uluslararası düzenlemelere gönderme yaparak<sup>73</sup>, sonuçta, uluslararası hukukunun hiçbir metninde, ülke dışında, yabancılar tarafından yabancıya karşı işlenen suçlar için, failin *hazır bulunmaması* halinde yargı yetkisi kullanma imkanı veren bir düzenleme bulunmadığını ve böylece, *gyapta* evrensel yargı yetkisinin uluslararası hukuka yabancı olduğunu belirtmiştir<sup>74</sup>. Ancak Cenevre Sözleşmelerinin açık hükümleri gereğince<sup>75</sup>, uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu olan bir kimse, Belçika ülkesinde bulunuyor olsa idi, Belçika makamları bu kimseler üzerinde yargı yetkisine sahip olacağından, yapılacak yargılamanın uluslararası hukuka aykırı bir yönü bulunmayacak, aksine Belçika'nın üstlendiği yükümlülüklerin ifası bakımından giriştiği hukuka uygun bir yetki kullanımı ortaya çıkmış olacaktı. Nitekim, Belçika mahkemeleri, *Butare Dörtlüsü* davasında, Ruanda'da 1994 yılında gerçekleşen büyük soykırım fiillerine iştirak eden ve Belçika'da bulunan faileri, yargılayıp çeşitli cezalara çarptırmıştır<sup>76</sup>. Fakat, hemen hararetle vurgulamak gerekir ki, diplomatik dokunulmazlık sahibi kimsenin, uluslararası hukuk tarafından sağlanan bağışıklıklardan yararlanması nedeni ile, yargılama girişiminde bulunan devletin ülkesinde hazır bulunup bulunmaması önem taşımayacaktır.

Burada son olarak şu hususu belirtmekte gerekmektedir ki, Divan'ın kararı doğrultusunda andlaşmalar hukuku bağlamında da, diplomatik dokunulmazlık sahibi kişinin uluslararası bir ceza mahkemesi aracılığıyla yargılanması önünde bir engel yoktur; esasen burada da ulusal bir mahkeme tarafından diplomatik dokunulmazlık sahibi kişinin yargılanması meselesi tartışılmaktadır. Nitekim, yukarıda da belirtildiği gibi, diplomatik dokunulmazlık sahibi kişilerin uluslararası ceza mahkemeleri önünde yargılanmalarına ilişkin bir çok örnek bulunmaktadır.

<sup>72</sup> Seperate Opinion of President Guillaume Gilbert, para. 1.

<sup>73</sup> Bkz: Seperate Opinion of President Guillaume Gilbert, para. 5–8.

<sup>74</sup> Seperate Opinion of President Guillaume Gilbert, para. 9. Bu görüşün mefhumu muhalifinden, Divan Başkanı'nın, diplomatik dokunulmazlık sahibi failin, *hazır bulunması* halinde evrensel yargı yetkisi çerçevesinde, yargılanmasının mümkün olduğunu kabul ettiği sonucu çıkarılamaz. Çünkü, Divan Başkanı ayrık görüşünde, esas itibariyle, dokunulmazlık konusuna girmeden, sadece evrensel yargı yetkisi ile ilgili tespitlerde bulunmaktadır.

<sup>75</sup> Bu düzenlemeler, I no'lu Sözleşme'nin 49. maddesi, II no'lu Sözleşme'nin 50. maddesi, III no'lu Sözleşme'nin 129. maddesi, IV no'lu Sözleşme'nin 146. maddesi ve 1977 tarihli ek I no'lu Protokolün 85/1. maddesinde yer almaktadır ve bu düzenlemeler ile taraf devletlere insancıl hukuk ihlallerini önleme ve suç işleyen faileri yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü verilmiştir. Bkz: **AKSAR**, s. 138, 24 no'lu dipnot; **TEZCAN**, s. 130–131.

<sup>76</sup> **SAV**, s. 152.

### **b. Dokunulmazlık ve Sorumsuzluk Arasındaki İlişki Bağlamında**

Divan, dokunulmazlık ile sorumsuzluk arasında bir ayırımı giderek, dışişleri bakanlarının sahip oldukları dokunulmazlığın, sorumsuzluk anlamına gelmediğini belirtmiş ve dokunulmazlığın doğası gereği usule ilişkin olduğunu, sorumsuzluğun ise, maddi hukuk konusu oluşturduğunu ifade etmiştir<sup>77</sup>. Divan'a göre, dokunulmazlık, belirli bir süre için belirli fiillere karşı, takibatı engelleyebilir; ancak, dokunulmazlık sahibi kişinin tüm cezai sorumluluklardan aklanmasını sağlamaz<sup>78</sup>. Görüldüğü gibi, Divan burada, dokunulmazlığın içeriğine ilişkin tespitte bulunarak, sorumsuzluktan farkını açıklamaya çalışmıştır. Bu tespit somut uyuşmazlığın çözümünde bir parametre olamaz. Gerçekten de, Demokratik Kongo Cumhuriyeti dışişleri bakanı, isnat edilen suçları işlemiş olabilir; ancak burada tartışması yapılan, genel olarak bu kişinin yargılanıp yargılanamayacağı, daha özeldir ise Belçika mahkemesi tarafından yargılanıp yargılanamayacağı meselesidir. Bu bakımdan Divan'ın bu tespiti, somut uyuşmazlığın çözümü açısından bir sonuca ilişkin bir hususiyet göstermekten ziyade, diplomatik dokunulmazlık müessesesinin muhtevasını açıklama çabasının bir ürünüdür. Aslında, söz konusu tespit, Divan'ın bir sonraki paragrafta yer vereceği görüşlerinin hazırlayıcısı konumundadır.

### **C. Divan'a Göre Dokunulmazlığın Kalkacağı Haller**

#### **1. Genel Olarak**

Divan, yukarıda da belirtildiği gibi, dokunulmazlık ve sorumsuzluk arasındaki ayırımı vurguladıktan sonra, hangi hallerde dışişleri bakanının dokunulmazlığının kalkacağı meselesine ilişkin tespitler yapmıştır. Divan'a göre aşağıdaki durumlarda, halen görevde olan veya görevden ayrılmış bulunan dışişleri bakanına, uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlık ve bağışlıklar, cezai takibat için bir engel teşkil etmeyecektir<sup>79</sup>:

- Dışişleri Bakanının, kendi devletinde ve kendi devletinin mahkemeleri önünde, ulusal hukuka göre yargılanması halinde,
- Dışişleri Bakanının bağlı olduğu devletin, dokunulmazlıktan vazgeçmesi halinde,
- Dışişleri Bakanının, görevden ayrılmasından sonra, göreve başlamadan önce veya görev sona erdikten sonra işlenmiş suçlar ile, görev sırasında işlenmiş özel eylemlerden doğan suçlar,

<sup>77</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 60.

<sup>78</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 60.

<sup>79</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 61.

- Dışişleri Bakanının, yargı yetkisine sahip bir uluslararası ceza mahkemesi önünde yargılanması halinde.

Görüldüğü gibi Divan, dışişleri bakanlarının yargılanabilecekleri konusunda saydığı hallerden sonuncusu, kararının başından beri tutarlı şekilde sürdürdüğü uluslararası ceza mahkemeleri önünde yapılacak yargılamalarda, dışişleri bakanının dokunulmazlığının kalkacağı yönündeki görüşüne tekabül etmekte ve bu husus tekrar vurgulanarak, bir bakıma kuvvetlendirilmek istenmektedir. Esasen, ilk halde, zaten, dokunulmazlık sahibi görevlinin, uluslararası hukuk tarafından sağlanan bu dokunulmazlığının tanınma nedenleri, kendi devletinin ülkesinde bulunması nedeni ile ortadan kalktığı için, yargılanmasının kabulü mantık gereğidir. Gerek birinci halde ve gerekse de dördüncü halde, dışişleri bakanının, yabancı bir devletin mahkemesinde yargılanması hali söz konusu değildir.

Divan'ın konuya ilişkin iki ve üç numaralı tespitlerinde ise, ilke olarak uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanan dışişleri bakanlarının yabancı bir devlet mahkemesi önünde de yargılanabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Burada önem taşıyan nokta, dışişleri bakanının görevden ayrılmasından sonra veya göreve başlamadan önce veya görev sona erdikten sonra işlenmiş suçlar ile, görev sırasında işlenmiş özel eylemlerden doğan suçlar halinde dokunulmazlıktan yararlanamayacağı ve yabancı bir devletin mahkemesinde yargılanmasının mümkün olduğu hususundaki tespitine ilişkindir. Bu tespitten üç önemli sonuç çıkmaktadır. İlk olarak, Divan bu kararı ile, görev başındaki dışişleri bakanı ile, görevden ayrılmış dışişleri bakanının aynı dokunulmazlıklardan yararlanabileceklerini kabul etmekte ve dışişleri bakanının görevi dahilinde işlediği suçlardan dolayı sınırsız bir dokunulmazlık sağlamaktadır<sup>80</sup>. İkinci olarak, dışişleri bakanının resmi görevi kapsamına girmeyen özel eylemlerinden dolayı dokunulmazlığı kabul edilmemektedir. Üçüncü olarak ise, dışişleri bakanının resmi görevine girmeyen özel eylemlerinden dolayı, yabancı bir devletin mahkemesi önünde yargılanabileceğinin kabul edilmesidir.

## ***2. Özel Eylem Meselesi***

Divan kararında geçen özel eylem ifadesi, ciddi şüpheleri beraberinde getirmektedir. Divan'ın özel eylemi tanımlamaması da bu şüpheleri boyutlandırmaktadır. Divan, dışişleri bakanlarının görevleri gereği bağımsız ve özgür bir konumda olmaları gerektiğini vurgularken, resmi eylem ve özel eylem arasında bir ayrım yapılamayacağını ve her iki halde de yabancı bir devlet tarafından tutuklanmalarının görev yapmaya engel olduğunu ifade

---

<sup>80</sup> AKSAR, s. 136.

etmiştir<sup>81</sup>. Ancak kararın ilerleyen bölümlerinde, biraz önce de belirtildiği gibi, açıkça, dışişleri bakanlarının görevleri sırasındaki özel eylemlerinden dolayı da yargılanabilecekleri ve dokunulmazlıklarının ortadan kaldırıldığı kabul edildiği görülmektedir. Kararın bu bölümünde, Divan, hem önceki tespitleri ile çelişmekte ve hem de uluslararası hukukun genel verileri ile bağdaşmazlık yaratmaktadır. Gerçekten de, sürekli diplomasi temsilcilerinin yargı dokunulmazlığı ve bağışıklığı konusunda 1961 Viyana Diplomasi İlişkileri Sözleşmesi'ne bakılınca, diplomatik personelin tam bir yargı dokunulmazlığına sahip olduğu ve kabul eden devletin, diplomatik personelin suç işlemesi halinde, gönderen devletten bu kişiyi çekmesini veya bu kişiyi *persona non grata* ilan etmesinin isteyebileceğinin kabul edildiği görülmektedir<sup>82</sup>. Ancak Divan'ın özel eylemlerinden dolayı dışişleri bakanlarının yargılanabileceğine ilişkin tespiti, dışişleri bakanlarının, sürekli diplomasi temsilcilerinin amiri konumunda olmaları göz ardı edilerek, sürekli diplomasi temsilcilerine tanınan dokunulmazlıklardan daha azının, dışişleri bakanlarına tanınması gibi bir anlam ortaya koyduğundan, hem 1961 Sözleşmesi ile bağdaştırılamamakta ve hem de hukuk mantığı açısından çok da yerinde olmayan bir sonuca işaret etmektedir. Divan bu noktadaki tespiti ile, dışişleri bakanlarının dokunulmazlıklarını, konsolosların dokunulmazlıklarına benzetmiştir. Gerçekten de, uygulanan uluslararası hukukta gerek meslekten ve gerekse de fahri konsolosluk görevlilerinin yalnızca resmi görevlerinin yerine getirilmesi sırasındaki fiilleri nedeniyle dokunulmazlıktan yararlandığı kabul edilmektedir<sup>83</sup>. Ancak, Divan'ın, dışişleri bakanı ile konsolosluk görevlilerinin dokunulmazlıklarını aynı paralelde ve fakat sürekli diplomasi temsilcilerinden farklı değerlendiren tespitinin, uluslararası hukukun verileri ile bağdaştırılmasının çok mümkün olduğu kanaatini taşıyamaktayız.

İkinci olarak, Divan'ın söz konusu tespiti, kendi kararının sonuca ilişkin temel gerekçeleri ile de son derece ciddi bir çelişki içindedir. Divan özel eylemin muhtevasını açıklamadığı için ortaya iki farklı varsayım çıkmaktadır. İlk olarak, Divan, özel eylem kategorisine, *Pinochet* davasında olduğu gibi, insancıl hukuk ihlallerini koymuş olabilir. Bir başka ifade ile, dışişleri bakanının iştirak ettiği insancıl hukukun ihlali fiillerinin, resmi görevi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle, bu türden eylemler, özel eylem kategorisine dahil olarak değerlendirilmiş olabilir. Ancak bu kabul, ilk olarak Divan'ın, dışişleri bakanının tutuklanması için, resmi eylem-özel eylem ayrımının yapılamayacağını ve bu ayrımın önemsiz olduğu yönündeki tespiti ile çelişecektir. İkinci çelişki ise, doğrudan Divan'ın temel

<sup>81</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 55.

<sup>82</sup> Bkz: Hüseyin PAZARCI: Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 96.

<sup>83</sup> PAZARCI, 'III. Kitap', s. 142.

gerekçesine ilişkin olacaktır. Buna göre, eğer Divan, özel eylem kategorisine insancıl hukuk ihlallerini dahil sayıyor ve aynı zamanda özel eylemler halinde dokunulmazlıkların kalkacağını kabul ediyorsa, bu durumda, insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu dokunulmazlık sahibi kişilerin, yabancı devletlerin ulusal mahkemeleri önünde yargılanabileceğini de kabul ediyor demektir ki, bu durum Divan tarafından çeşitli ve sağlam gerekçelerle reddedilmiştir. Yok eğer Divan, özel eylem kategorisine, adam öldürme, ırza geçme gibi adi suçları dahil sayıyorsa, bu defa da insancıl hukuk ihlalleri gibi çok ağır fiillerden dolayı dokunulmazlık sağlanırken, adi suçlarda dokunulmazlığın kabul edilmediği gibi bir durum ortaya çıkacaktır ki, herhalde bu yönde bir kabul de çok da mantıklı olmasa gerektir.

Sonuç olarak, Divan'ın söz konusu ayırımı yapması hem kararın bütünlüğünü bozmuş hem de özel eylem kategorisi konusunda kuşular doğmasına neden olmuştur. Şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki, az önce tartışmasını yaptığımız gibi, her ne kadar açıkça belirtilmese de, Divan'ın, insancıl hukuk ihlallerinin özel eylem kategorisine girdiği yönünde bir kabulü bulunmamaktadır. Konumuz açısından önemli olan husus da bu noktadadır. Kanımızca, söz konusu ayırım yerinde değildir ve birazdan belirtileceği gibi, özel eylem kategorisinin, dışişleri bakanlarının dokunulmazlığı meselesinde esasen yeri olmaması gerekir.

Divan'ın bu tespitleri arasında, özellikle, özel eylem–resmi eylem arasındaki ayırımı üzerinde durularak ve özel eylemin kapsamı tartışma konusu yapılmıştır. Gerçekten de, Divan'ın üst düzey görevlilerin devlet adına hareket edilerek, resmi görev kapsamında işledikleri insancıl hukuk ihlallerinden dolayı yabancı devlet mahkemelerinde yargılanamayacaklarına ilişkin kararının, özellikle amirin emrini ifa ve üstün sorumluluğu doktrini çerçevesinde, uluslararası ceza hukukunun uygulanmasını pratik olarak imkansız kılacağı iddia edilmiştir<sup>84</sup>. Gerçekten de, ast konumundaki fail, amirin emriyle işlenen suçlara iştirak etmiş olabilir ve burada astı cezalandırmak ve fakat emri veren üstü yargılamamak bir adaletsizlik oluşturabilir; ancak bu, adalet idesini öngören ve doğal hukuk öğretisine vurgu yapan bir yaklaşımdır ki, pozitif hukuktan her zaman adil sonuçlar doğurması beklenemez. Esasen söz konusu sonuca, uluslararası hukukun asli şekli kaynaklarını belirten, Divan Statüsü'nün 38/2. maddesinde yer alan ve tarafların mutabık olması halinde, Divan'ın hak ve nısfete göre karar verebilmesine imkan tanıyan düzenlemeden de ulaşılabilir. Aynı durum iç hukuklarda geçerli olan dokunulmazlık ve sorumsuzluklara ilişkin düzenlemeler için de geçerlidir.

---

<sup>84</sup> AKSAR, s. 143.

Bunun gibi insancıl hukuk ihlallerinin esas itibariyle, devlet görevlilerinin bilgisi dahilinde ve belirli bir siyasetin sonucu olarak işlendiği ve bu nedenle de özel eylem kategorisine dahil olamayacağı itirazları ileri sürülmüştür<sup>85</sup>. Bu görüşte elbette ciddi bir haklılık payı bulunmaktadır. Gerçekten de, geride bıraktığımız yüzyılda gerçekleşen soykırım ve insancıl hukuk ihlallerine bakılınca, bu eylemlerin hepsinin de kapsamlı ve belirli bir siyasetin ürünü oldukları görülecektir. Mesela, İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sırasında yaşanan *Yahudi Soykırımı*, o dönemde Almanya'da iktidarda bulunan *Adolf Hitler*'in lideri bulunduğu *Nasyonel Sosyalist Partisi* tarafından planlanmış ve "*nihai çözüm*" adı altında yürürlüğe konulmuştur. Keza Ruanda vahşetinde de, çoğunluğu oluşturan Hutular'ın hükümette yer aldığı ve hükümet üyelerinin, Hutu milislerine çok ciddi destek vermiş olduğu bilinmektedir. Nitekim, devletin resmi ordusu olan FAR (Force Armee Rwandese<sup>86</sup>), kendi unsurları da katılmak suretiyle yerel askeri ve yarı askeri örgütlenmelere her türlü desteği sağlamıştır<sup>87</sup>. Aynı şekilde, Yugoslavya çatışmasında da, özellikle Belgrad'a bağlı JNA kuvvetleri ile yine aynı başkentten yönlendirilen Bosnalı Sırpların işlediği fiillerde de bir devlet olarak Sırbistan'ın ve Sırp yöneticilerin desteği tamdı. Görüldüğü gibi, bu itiraz noktası sabit olmakla beraber, soykırıma veya insancıl hukuk ihlallerine ilişkin siyaseti sevk ve idare edenlerin, bu neviden fiilleri, yine de özel eylem kategorisine dahil sayılamayacaktır. Çünkü, sonuç itibariyle bu gibi eylemler, devletin resmi temsilcisi sıfatıyla ve devlet adına sonuç doğurmak üzere icra edilmektedir. Nitekim, az önce belirtildiği gibi, Divan kararında da, insancıl hukuk ihlallerinin, özel eylem kategorisine girdiği noktasında bir tespit bulunmadığı gibi, kararın bütününden çıkan anlam da bu yöndedir. Bu kabul, söz konusu planlama ve icra faaliyetinin oluşturduğu suçlar nedeniyle resmi görevlilere bir sorumsuzluk (impunity) sağlamamaktadır. Bu neviden fiillere iştirak eden mesela dışişleri bakanı, sorumsuz değil, dokunulmazdır ve bu dokunulmazlık, Divan'ın görüşü çerçevesinde, münhasıran, ulusal mahkemeler önündedir. Şu halde Divan'ın kararında da belirtildiği gibi, bu kişilere karşı, özellikle uluslararası ceza mahkemeleri önünde yargılama faaliyetinde bulunulabilir. Divan bu noktalardaki yorumu ile, uluslararası adaletin tecellisine engel olmak şöyle dursun, adaletin sağlanması çabasına yönelik olarak açıkça yol göstermektedir. Burada, özellikle, evrensel düzeyde yargılama yapma yetkisi ile donatılmış olan Uluslararası Ceza Mahkemesi' ne dolaylı da olsa bir gönderme olduğu görülmektedir.

<sup>85</sup> AKSAR, s. 143–144.

<sup>86</sup> İngilizce olarak, Rwandan People's Army.

<sup>87</sup> Bkz: Howard BALL: Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth-Century Experience, University Press of Kansas, Kansas, 1999, s. 160–161.

#### **D. Divan'ın Tutuklama Müzekkeresinin Akıbeti Hakkındaki Tespitleri**

Divan, yukarıda belirtilen son derece önemli olan söz konusu tespitleri yaptıktan sonra, tutuklama müzekkeresinin durumu üzerine eğilerek, çözümlenmeler yapmaya başlamıştır. Divan, Belçika yargı organının, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar isnadı ile görevdeki Demokratik Kongo Cumhuriyeti dışişleri bakanının, Belçika ülkesinde yakalanması yetkisini tüm kamu makamlarına veren tutuklama müzekkeresinin, Kongolu bakanın uluslararası hukuk tarafından sağlanan bağışıklığına halel getirdiği hükmüne varmıştır<sup>88</sup>. Bunun yanında Divan, dolaşımda olan müzekkerenin, bakanın diplomatik faaliyetlerine ciddi bir müdahalesi olmasa da, Belçika'nın Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı olan yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>89</sup>.

#### **E. Divan'ın Esas Hakkındaki Nihai Kararı ve Yapılan Eleştiriler**

Divan, yukarıda aktardığımız tespitleri sonucunda, *Abdulaye Yerodia Ndombasi*'ye karşı hazırlanan 11 Nisan 2000 tarihli tutuklama müzekkeresinin ve uluslararası dolaşımının, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin dışişleri bakanının uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlık ve bağışıklığına saygı çerçevesinde, Belçika Krallığı'nın Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı bulunan hukuki yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir<sup>90</sup>. Divan ayrıca, Belçika Krallığı'nın, kendi seçeceği bir yolla, 11 Nisan 2000 tarihli tutuklama müzekkeresini hükümsüz kılmasını ve keyfiyeti tüm otoritelere haber vermesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>91</sup>.

Divan'ın Nüremberg Statüsü ve uygulamalarından bugüne kadar gelen süreçte yapılan yargılamaları ulusal uygulama ile bağlantısız kabul eden ve göz ardı eden yaklaşımı, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının sadece uluslararası mahkemeleri değil, ulusal mahkemeleri de bağlayıcı olduğunun göz ardı edildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>92</sup>. Gerçekten de, Nüremberg Statüsü ve Mahkeme uygulamalarından günümüze kadar geçen sürece bakılınca, işlenen belirli suç tiplerinin, uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlık ve bağışıklıkları ortadan kaldıracağı konusunda evrensel nitelikli örf ve adet hukuku kuralları oluşturduğu, uluslararası toplumun uygulama ve *opinio juris*lerinden çıkarılabilir. Ancak burada

<sup>88</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 70.

<sup>89</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 71.

<sup>90</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 78(2).

<sup>91</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para. 78(3).

<sup>92</sup> AKSAR, s. 140.

gözardı edilen, ortada farklı bağlamlar bulunmasıdır ki, esas itibarıyla bu bağlam farkı, yukarıda da belirtildiği gibi, Divan kararında belirleyici olarak karşımıza çıkmakta ve bir bakıma somut uyuşmazlığı karakterize etmektedir. Şöyle ki, gerek Belçika ve gerek Demokratik Kongo Cumhuriyeti, söz konusu örf ve adet hukuku kuralı ile bağlıdır. Ancak, buradaki mesele, yabancı bir devletin ulusal mahkemesi önünde, başka bir devletin diplomatik dokunulmazlığa sahip resmi görevlisinin (olayda Demokratik Kongo Cumhuriyeti dışişleri bakanının) yargılanmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir ki, bu durumun, uluslararası mahkemeler önünde yapılacak bir yargılamadan son derece farklı bir bağlam oluşturduğu aşikardır ve ulusal mahkemeler bağlamında bir istikrarlı uygulama ve *opinio juris* araştırması yapılmasını gerektirecektir. Divan yukarıda da belirtildiği gibi, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının unsurlarını oluşturan, istikrarlı bir uygulama ve *opinion juris*leri araştırma faaliyetine girişmiş ve özellikle *Kaddafi* ve *Pinochet* davaları ekseninde, haklı olarak, iddia edildiği gibi bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının bulunmadığına hükmetmiştir. Görüldüğü gibi, sözkonusu eleştiri, meseleler arasındaki bağlam farkı nedeniyle isabetli değildir.

İkinci olarak, yargıç *Al-Khasawneh*'in muhalefet şerhinde, uluslararası ilgiye mazhar çok ağır suç faillerinin yargılanması bir *jus cogens* kural niteliğinde olduğu ve kurallar arasındaki hiyerarşi nedeniyle böyle bir durumda, bağışıklıklar ortadan kalkacağı ifade edilmiştir<sup>93</sup>. Bu iddiaya göre devlet başkanlarının yargılanmasına ve cezalandırılmasına ilişkin kurallar *jus cogens*tir ve dolayısıyla, dokunulmazlıklara ilişkin hükümlerden önce uygulanır. *Jus cogens* kurallar, hukuk kişilerinin tersini kararlaştıramayacağı ve kesin olarak uygulamak zorunda oldukları hukuk kurallarını içermektedir ve bu nitelikteki kurallara aykırı kurallar, geçersiz ve yok sayılacaktır<sup>94</sup>. Söz konusu kurallar, uluslararası hukukun tüm şekli kaynakları tarafından oluşturulabilir ve fakat öğretinin genel olarak *jus cogens* nitelikteki kuralların, genellikle örf ve adet hukuku kaynaklı kurallar olacağı kanısında oldukları belirtilmektedir<sup>95</sup>. Bu durumda, andlaşmalar hukuk bağlamında, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Nüremberg'ten bugüne kadarki süreçte görev yapan uluslararası ceza mahkemeleri gündeme gelmektedir. Ancak, ne 1949 Cenevre Sözleşmelerinde ve ne de Nüremberg Mahkemesini izleyen süreçteki düzenlemeler de, ulusal mahkemeler aracılığı ile yapılacak yargılamalarda uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlık ve bağışıklıkların kalkacağına ilişkin hükümler yer almaktadır. Şu halde,

<sup>93</sup> Dissenting Opinion of Al-Khasawneh, para. 7. Ayrıca bkz: AKSAR, s. 139.

<sup>94</sup> Hüseyin PAZARCI: "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı", Bülent N. Esen'e Armağan, İstanbul, 1977, s. 365.

<sup>95</sup> PAZARCI, 'Uluslararası Hukukta Jus Cogens...', s. 374.

andlaşmalar hukuku ulusal mahkemeler bağlamında bir *jus cogens* kural yaratmamıştır. Hal böyle olunca, örf ve adet hukuku kurallarına yönelmek icabedecektir. Yukarıda da ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, bu noktada bir uluslararası örf ve adet kuralı bulunmadığından, bu konuda bir *jus cogens* kural da yoktur. Görüldüğü gibi, gerek andlaşmalar hukuku ve gerek uluslararası örf ve adet hukuku temelli olarak, *jus cogens* kaynaklık edebilecek bir kural yoktur. *Jus cogens* kurala kaynaklık edecek bir kural bulunmaması, düz mantık kurallarının gereği olarak, bu alanda bir *jus cogens* kuralın varlığından bahsedilemeyeceğini kendiliğinden ortaya koymaktadır.

Davanın, Uluslararası Adalet Divanı'na, ilk defa uluslararası ceza hukukundaki son gelişmelere destek sağlayacak bir fırsat sağladığı, ancak çoğunluğun bu fırsatı, uluslararası denge doğrultusunda kullanarak harcadığı belirtilmiştir<sup>96</sup>. Bu görüş kanımızca, Divan'a yapılan bir haksızlıktır. Divan, gerçekten de, hukuki parametreleri gözeterek, meseleyi çözmeye çalışmıştır. Uluslararası denge ile, uluslararası siyaset anlatılmak isteniyorsa, bu neviden meselelerin siyasetten münezzehe şekilde değerlendirilmesi asla beklenemez. Önemli siyasi kişiliklerin cezai kovuşturulması konusundaki polemiklerin siyaseten bomba etkisi yaratabileceği ve yakın geçmişteki uygulamaların da bu tür bir cezai yargının uygulanmasını güç siyasetinden tamamen ayırlamayacağını ve siyasi çıkar ile diplomatik uygunlukla ilgili kaygıların etkisinde kalacağını gösterdiği vurgulanmıştır<sup>97</sup>. Nihayetinde, yargılanmak istenen bir devletin dışişleri bakanıdır ve bunun elbetteki siyasi etkileri olacaktır. Nasıl ki, *Ariel Sharon*, *Pinochet* ve *Kaddafi* gibi resmi görevlilerin, yabancı devlet mahkemeleri önünde yargılanma teşebbüsleri uluslararası siyasette bomba etkisi yaratmışsa, Kongolu dışişleri bakanının yargılanması da bu etkiden nasibini alacaktır. Üstelik Demokratik Kongo Cumhuriyeti gelişmemiş ve uluslararası siyasetin satranç tahtasında hiçbir yeri ve iddiası olmayan bir devlet olması itibarıyla, Belçika'nın girişiminin çok ciddi etkiler doğurduğu dahi söylenemeyebilecektir. Gerçekten de, özellikle Belçika'nın, *Ariel Sharon*'u ve ABD'li General *Tommy Franks*'ı yargılama girişimleri, keza Almanya'nın Alman kökenli ABD Savunma Bakanı *Donald Rumsfeld*'i yargılama girişimleri, gerek İsrail ve gerekse de ABD tarafından gelen çok

<sup>96</sup> Neil **BOISTER**: "The ICJ in the Belgian Arrest Warrant Case: Arresting the Development of International Criminal Law", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol: 7, No: 2, 2002, s. 293.

<sup>97</sup> **KÖCHLER**, s. 132.

ciddi siyasi tepkilerle karşılaşmıştır<sup>98</sup>. Şu halde, bu türden davaların siyasi ortamda gerginlik ve kriz yaratması eşyanın tabiyatı icabıdır. Somut uyuşmazlıkta ufak çaplı bir siyasi kriz çıkarmışsa da, Divan, kararında tamamen hukuki verilerden hareket etmiştir.

#### F. Divan Kararından Sonraki Gelişmeler

Belçika'nın 1993 tarihli kanunu, 2003 yılında değiştirilmiştir<sup>99</sup>. Kanununda yapılan değişiklikler hem dokunulmazlığa ve hem de evrensel yargı yetkisine ilişkin olarak yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler ile, vatandaşlık bağından bağımsız olarak kullanılacak yargı yetkisi korunmakla beraber, çok sıkı şartlara tabi kılınmış ve esasen Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne iade mekanizmasının işletilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, Belçika makamlarının, uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlıklardan yararlanan görevlilere karşı, görev süresi içinde, soruşturma açılmayacağı hükmü getirilmiştir.

İnceleme konumuz olan uyuşmazlığa çok benzeyen bir başka uyuşmazlıkta, bu defa Kongo Cumhuriyeti ile Fransa arasında yaşanmış ve Kongo Cumhuriyeti'nin, meseleyi Divan'a taşımasına neden olmuştur. Uyuşmazlık konusu olaylar şu şekilde gerçekleşmiştir<sup>100</sup>: 5 Aralık 2001 tarihinde, bazı insan hakları örgütleri, Paris Mahkemesi'ne, Kongo Cumhuriyeti'nde işlendiği iddia edilen insanlığa karşı suçlar ve işkence suçları için, Kongo Cumhuriyeti Devlet Başkanı, *Denis Sassou Nguesso* ve İçişleri Bakanı General, *Pierre Oba*'nın bulunduğu kişilere karşı şikayette bulunmuşlardır. Fransız Ceza Usul Kanunu'na atıf yapılarak, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları gereği, insanlığa karşı suçlarda, Fransız mahkemelerinin evrensel yargı yetkisi bulunduğu karar verilmiş ve şikayet, soruşturma konusu yapılmıştır. Soruşturma yargı, Kongo Cumhuriyeti Devlet Başkanı'nın Fransa'yı ziyareti esnasında, sadece

<sup>98</sup> Hatta, ABD'li general Tommy Franks'a karşı Belçika'da açılmış olan davaya karşı, Savunma Bakanı Donald Rumsfeld'in, 1967'den beri Belçika'da bulunan NATO Merkezi'nin başka bir ülkeye taşınabileceği yönünde açıklamalarının basında yer aldığı aktarılmıştır. Bkz: SAV, s. 146.

Her ne kadar, konunun henüz güncel olması ve siyasi motifler içermesi nedeniyle ayrıntıya girmekten kaçınırsak da, Belçika'nın, evrensel yargı yetkisi konusunda, hem inceleme konumuz uyuşmazlığa neden olan hem de yukarıda belirtilen tutum ve uygulamaları ile çok zayıf hukuki gerekçelere dayanarak, ülkesinde bulunan Fehriye Erdal adlı terör zanlısını Türkiye'ye iade etmemesi ve yargılamaması karşılaştırınca, bu olaydaki tutumunun, evrensel yargının ve adaletin tecellisi iddiasında bulunan bir devlet bakımından samimiyetsiz bir davranışlar bütünü oluşturduğunu söylemeyi vicdani görev sayarız.

<sup>99</sup> Belçika'nın söz konusu Kanunu'nda yapılan 2003 değişiklikleri için bkz: TEZCAN, s. 133 vd; SAV, s. 154 vd; KÖCHLER, s. 153 vd.

<sup>100</sup> Bkz: <http://www.ici-cij.org/icijwww/idocket/icof/icofsummaries/icofsummary20030617.html> (20.04.2006). Bu davanın orijinal adı, "Fransa'daki Bazı Cezai İşlemler" şeklinde Türkçeye çevirilebilecek, *Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v France)*'dir.

tanıklığına başvurulması amacıyla, mevcutlu olarak getirtilmesini öngören bir müzekkere tanzim etmiştir. Fakat, ne bu müzekkere uygulanmış ve ne de haklarında soruşturma başlatılan diğer görevlilere karşı, Fransız makamlarınca herhangi bir cezai işlem yapılmıştır. Fakat Kongo Cumhuriyeti, söz konusu müzekkerenin halihazırda geçerli bulunması nedeniyle, Fransa Cumhuriyeti'nin mahkemeleri ve soruşturma yargıçları tarafından yürütülen soruşturmanın ve soruşturma önlemlerinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi talebi ile, 9 Aralık 2002 tarihinde Divan'a başvurmuştur. Kongo Cumhuriyeti talebinde, Fransa tarafından başlatılan cezai işlemler ile, BM Andlaşması'nın 2/1. maddesinde yer alan egemen eşitlik ilkesinin ve Divan'ın içtihadı bağlamında uluslararası örf ve adet hukuku tarafından devlet başkanlarına tanınan dokunulmazlık ve bağışıklıkların ihlal edildiğini vurgulamıştır. Söz konusu dava halen derdesttir.

### SONUÇ

Divan'ın kararı esas alınarak yapılan incelemeden şu sonuçlar çıkmaktadır.

Devlet başkanı, hükümet başkanı ve hükümet üyelerinin uluslararası hukuk tarafından sağlanan dokunulmazlık ve bağışıklıkları, uluslararası örf ve adet hukuku kaynaklıdır.

Bu türden resmi yetkililer, sahip oldukları dokunulmazlıklar ve bağışıklıklar çerçevesinde, başka bir devletin ulusal mahkemeleri önünde yargılamaz. Diplomatik dokunulmazlık ve bağışıklık sahibi kimselerin, uluslararası insancıl hukukun ihlalleri halinde, başka bir devletin ulusal mahkemeleri önünde yargılanmalarına ilişkin bir örf ve adet hukuku kuralı bulunmamaktadır. Bunun nedeni, bu konuda istikrarlı bir uygulama olmaması ve bu nedenle de devletlerin *opinio juris*lerinin bulunmamasıdır.

Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nden günümüze kadar gelen süreçte, uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu statü ve uygulamalarında tesadüf edilen, insancıl hukuk ihlallerini konu alan yargılamalarda, bu türden resmi devlet görevlilerinin dokunulmazlık ve bağışıklıklarının ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Bu veriden hareketle, insancıl hukuk ihlallerini konu alan yargılamalarda dokunulmazlık ve bağışıklıkların ortadan kalktığı yönündeki kuralların, andlaşmalar hukukunda sıyrılarak örf ve adet hukuku kuralı oluşturduğu gözlenmektedir. Ancak, bu bağlamda oluşan örf ve adet hukuku kuralı, ulusal mahkemeler önünde yapılacak bu türden bir yargılama için, bu yargılama faaliyetinin

farklı bir bağlama işaret etmesi nedeniyle, bu açıdan hukuk kaynağı teşkil etmemektedir.

Andlaşmalar hukuku açısından konuya bakılınca, özellikle 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli ek Protokoller gündeme gelmektedir. Bu düzenlemelerde, taraf devletlere, insancıl hukuk ihlalleri halinde, vatandaşlık bağından bağımsız olarak, ülkelerinde bulunan suç faillerini yargılama ve cezalandırma yetkisi verilerek, evrensel yargı yetkisine yeşil ışık yakılmıştır. Bununla beraber, söz konusu sözleşmelerde, ulusal mahkemelerde yapılacak yargılamalarda, dokunulmazlık ve bağışıklıkların durumuna ilişkin bir hüküm bulunmamakta ve esasen, *gyapta* yargılama kabul edilmemektedir. Bu nedenle, Belçika'nın somut uyuşmazlığın doğumuna temel teşkil eden, 1999 tarihli kanunla değişik 1993 tarihli Kanunu, somut olay bakımından Demokratik Kongo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı şahsında, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı uluslararası hukuktan (örf ve adet hukukundan) doğan yükümlülüklerine aykırıdır. Keza, *gyapta* yargılamanın mümkün olmaması nedeniyle, uluslararası hukuka bu açıdan da aykırılık bulunduğu gözlenmektedir. Ancak Divan kararında, evrensel yargı yetkisi konusuna yukarıda belirttiğimiz nedenlerle değinmediği için, bu konuya girmemiş ve gerek öğretiyi ve gerekse de uygulamacıları, bu konudaki görüşlerinden mahrum bırakmak suretiyle, ileride bu konuda takınılacak tutumlarda belirleyici olabilecek tespitlerde bulunmama kusurunu işlemiştir.

Görüldüğü gibi, ne uluslararası örf ve adet hukuku kurallarından ve ne de andlaşmalar hukukunun uluslararası hukuk açısından ortaya koyduğu verilerden, insancıl hukuk ihlalleri halinde, dokunulmazlık ve bağışıklık sahibi kimselerin, yabancı devletlerin ulusal mahkemeleri önünde yargılanabileceklerine ilişkin kuralların varlığı sonucu çıkarılabilmektedir. Hal böyle olunca, yani, ortada kural bulunmayınca, *jus cogens* kurala kaynaklık edecek bir kural da bulunmamaktadır. Bunun doğal sonucu da, demek ki ortada *jus cogens* kural bulunmamaktadır. Divan kararına bu açıdan yapılan eleştiri de, uluslararası hukuk ilke ve kuralları tarafından bertaraf edilmektedir.

Divan kararına göre, dört halde dışişleri bakanı yargılanabilir. Bu haller; ilk olarak bağlı bulunduğu devletin mahkemeleri tarafından, ikinci olarak, uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından, üçüncü olarak, bağlı olduğu devletin dokunulmazlık ve bağışıklıktan vazgeçmesi halinde başka bir devletin ulusal mahkemesinde ve son olarak göreve başlamadan önce ve görev sonrası işlediği fiiller ile, görev sırasında işlenen özel eylemlere ilişkin suçlarda, başka devletin ulusal mahkemesinde yargılanabileceği hallerdir. Görüldüğü gibi resmi görevlinin resmi görevinin sonucu olarak işlediği fiiller kapsam dışında bırakılmıştır. Özellikle bu son hal, tartışma konusu

yapılmış ve insancıl hukuk ihlallerinin, özel eylem kapsamına girmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak, insancıl hukuk ihlallerinin ve soykırım gibi eylemlerin de, devlet organları tarafından planlanıp icra edilmesi ihtimalinde –ki tecrübe bunun hep böyle olduğunu göstermiştir- yapılacak faaliyet devlet adına, resmi görevin bir gereği olarak belirdiğinden, özel eylem kategorisine girmeyecektir. Burada, bu gibi eylemlerden dolayı bir sorumsuzluk değil, dokunulmazlık söz konusudur ve dokunulmazlık ise, Divan'a göre ulusal mahkemeler önünde yapılacak yargılamalarla sınırlıdır.

Sonuç olarak, Divan'ın kararı, uluslararası hukukun mevcut kural ve zorunluluklarına uygun ve özel eylem meselesi göz önüne alınmazsa kendi içinde son derece tutarlı bir karardır. Divan'ın tek eksiği, kanımızca, evrensel yargı yetkisine değinmemiş olmasıdır. Bu karar ile, evrensel yargı şövalyeliğinin önüne geçilerek, hem uluslararası hukuk keyfilikten kurtarılmış ve hem de uluslararası ilişkilerin zarar görmesi engellenmiştir.

Divan kararının, siyasi argümanların, hukuka etkisi konusunda da önemli sonuçları olmuştur. Tecrübe göstermiştir ki, evrensel yargı yetkisinin uygulandığı davalar, siyasi oyunlara elverişli olmakta ve bu nedenle de evrensel yargı fikrinin tamamen ulusal bir çerçevede yapılması sağlıklı sonuçlar doğurmamaktadır<sup>101</sup>. Gerçekten de, bir devletin başka bir devletin ülkesinde işlendiği iddia edilen fiillere yönelik yapacağı yargılamalar, suçun işlendiği devletin siyasi rejimine muhalif oluşumlar tarafından, kolayca suiistimal edilebilecek ve siyasi propaganda malzemesi haline getirilebilecektir. Özellikle, resmi sıfat sahibi kişilerin, ilgili devlet içinde cereyan eden olaylarda, politika belirleyici konumda olmaları, bu politikaların da yargılanması veya üçüncü bir devlet tarafından bu politikalara ilişkin tespitler yapılmasını zorunlu olarak sonuçlayacağından, BM sisteminin temel ilkelerinden birisini teşkil eden ulusal yetkiye müdahale anlamına gelecek bir durum ortaya çıkacaktır. Bunun gibi, bu neviden bir yargılama, muhalif siyasi grubun görüş ve eylemlerine de destek anlamına geleceğinden, yargının siyasi alana ciddi bir müdahalesi sonucunu doğuracaktır.

Bu sakıncalar, uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yapılacak yargılamalarda önemli ölçüde giderilecektir. Gerçekten de özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşu, her ne kadar bünyesinde bir takım eksiklik ve sorunlar bulunduruyor olsa da, evrensel yargı yetkisinin, asıl sahibine, yani, uluslararası toplumun bizatihi kendisine verilmesi bakımından son derece yerinde bir tarihi aşamadır. Bu sayede, resmi sıfat sahibi kişilere karşı yapılacak yargılama faaliyeti, uluslararası bir andlaşma ile kurulmuş, tüzel kişiliği olan bağımsız bir yargı organınca yerine

---

<sup>101</sup> Bkz: **KÖCHLER**, s. 162.

getirilmesi sağlanmıştır. Bu durum, hem Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kendinden önceki ceza yargılaması yapan *ad hoc* nitelikteki ceza mahkemelerine karşı ileri sürülen iddiaları bertaraf etmiş hem de göreceli olarak evrensel adaleti sağlama yönünde bir adım teşkil etmiştir. Resmi sıfat sahibi kişilerin Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılaması da siyasi polemik ve endişeleri kışkırtacağından şüphe duymamak gerekir. Lakin, en azından, andlaşma temelli ve bağımsız bir yargı organının yapacağı yargılama, meşruiyet sorgulamalarını göreceli olarak bertaraf edecek ve siyasi güdülerin yargılama dışında olduğu yönünde yine göreceli bir rahatlama sağlayacaktır. Tabidir ki bunu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin uygulaması tayin edecektir.

Temmuz 2002 tarihinde Statüsü yürürlüğe giren ve faaliyete başlayan Mahkeme'nin önünde, halihazırda, Orta Afrika Cumhuriyeti, Uganda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Darfur bölgesinde yaşananlar olaylar ile ilgili olarak, Sudan ile ilgili soruşturmalar bulunmaktadır<sup>102</sup>. Görüldüğü gibi, halihazırda uluslararası siyasetin egemen güçleri rolünü oynayan ABD ve İngiltere ile ilgili bir soruşturma bulunmamaktadır. Esasen bir istisna dışında Mahkeme'nin yargı yetkisini doğuracak bir gelişmede yoktur. Ancak, Uluslararası Ceza Mahkemesi savcılığının Irak'ın hukuka aykırı işgali ve işgal sonrasında yaşananlarla ilgili olarak, ABD'nin Roma Statüsü'ne taraf olmaması nedeniyle, ABD askerleri hakkında soruşturma açıp yargılama yapılabilme ihtimali düşük olmakla beraber, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu belgesi olan Roma Statüsü'ne taraf İngiltere'nin çeşitli yetkililerinin, üstün sorumluluğu doktrini bağlamında, Irak işgalinde ve sonrasında işlenen savaş suçlarından dolayı, bir çok örgütün yanında İstanbul Barosu'nun suç duyurusuna<sup>103</sup> karşı takınacağı tutum, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin gelecekteki varlığı ve etkinliği bakımından belirleyici olacaktır.

<sup>102</sup> Söz konusu soruşturmalar hakkında bkz: <http://www.icc-cpi.int/cases.html>; ayrıca bkz: Yusuf AKSAR: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış", Uluslararası Hukuk&Politika (Uluslararası Ceza Mahkemesi Özel Sayısı), Yıl:1, Sayı:3, 2005, s. 10–13.

<sup>103</sup> İstanbul Barosu'nun Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılığına yaptığı suç duyurusu ve Savcılık Bürosu'nun cevapları için bkz: Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) ve İstanbul Barosu'nun Suç Duyurusu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005.

**KAYNAKÇA**

- AKANDE, Dapo: “International Law Immunities and the International Criminal Court”, **AJIL**, Vol: 98, July 2004, No: 3.
- AKİPEK, Ömer İlhan: **Milletlerarası Adalet Divanı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- AKSAR, Yusuf: “Uluslararası Adalet Divanı’nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku”, **AÜHFD**, Cilt: 52, Sayı:4, 2003.
- AKSAR, Yusuf: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış”, **Uluslararası Hukuk&Politika** (Uluslararası Ceza Mahkemesi Özel Sayısı), Yıl:1, Sayı:3, 2005.
- AZARKAN, Ezeli: **Nüremberg’ten La Haye’ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, Beta, Kırklareli, 2003..
- BALL, Howard: **Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth-Century Experience**, University Press of Kansas, Kansas, 1999, s. 160–161.
- BASSİOUNİ, M. Cherif: **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/ London, 1992.
- BOISTER, Neil: “The ICJ in the Belgian Arrest Warrant Case: Arresting the Development of International Criminal Law”, **Journal of Conflict and Security Law**, Vol: 7, No: 2, 2002.
- BOZKURT, Enver: **Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2003.
- ÇINAR, M. Fatih: **Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı**, Kazancı Hukuk Yayımevi, Çanakkale, 2004.
- DINSTEIN, Yoram/TABORY, Mala (Eds): **War Crimes In International Law**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1996.
- GRAY, Kevin R.: “Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)”, <http://www.ejil.org/journal/Vol13/No3/sr1.pdf>.
- HALATÇI, Ülkü: “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisini Kullanabilmesinin Önkoşulları”, **Uluslararası Hukuk&Politika** (Uluslararası Ceza Mahkemesi Özel Sayısı), Yıl:1, Sayı:3, 2005.
- İNAN, Yüksel: **Uluslararası Adalet Divanının Yargı Yetkisi**, Gazetecilik ve Halkla İlişkiler Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1982.
- KÖCHLER, Hans: **Küresel Adalet mi, Küresel İntikam mı?, Dönüm Noktasındaki Uluslararası Cezai Yargı**, (Çev: Funda KESKİN, Erdem DENK), Alkım Yayınevi, İstanbul, 2005.
- LÜTEM, İlhan: **Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1951, s. 116.

- PAZARCI, Hüseyin: “Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı”, **Bülent N. Esen’e Armağan**, İstanbul, 1977.
- PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, IV. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.
- POROY, Nazım: **Nüremberg Davası**, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1948.
- SAV, Özden N.: “Uluslararası Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi: Belçika Örneği”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004**, Cilt: 2.
- TARHANLI, Turgut: **Ne Hukuk Ne de Ahlak: Yeryüzü Cehennem**, Dost Kitabevi, Ankara, 2003.
- TEZCAN, Durmuş: “Uluslararası Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi: Belçika Örneği”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004**, Cilt: 2.
- TURHAN, Faruk: “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi”, **Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, 2000.
- WICKREMASINGHE, Chanaka: “Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium), Preliminary Objections and Merits, Judgment of 14 February 2002”, (Ed. Malcom D. Evans) **ICLQ**, Vol: 52, July 2003.
- WYNGAERT, Christine Van Den/ STESENS, Guy: **International Criminal Law: A Collection of International and European Instruments**, Kluwer Law International, The Hague, 1996.
- Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) ve İstanbul Barosu’nun Suç Duyurusu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005.