

# ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN *BELÇİKA TUTUKLAMA KARARI DAVASI (BELGIAN ARREST WARRANT CASE) (14 ŞUBAT 2002) VE ULUSLARARASI CEZA HUKUKU*

*Yrd. Doç. Dr. Yusuf AKSAR\**

## 1. Giriş

14 Şubat 2002'de Uluslararası Adalet Divanı, tarihinde ilk kez, Kongo Demokratik Cumhuriyeti (bundan sonra Kongo) ile Belçika arasındaki bir davada uluslararası suçlar dolayısıyla üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlıklarının olup olmadığı konusunda detaylı bir karar vermiştir.<sup>1</sup> Her iki devlet arasındaki anlaşmazlık 11 Nisan 2000 tarihinde Belçikalı bir hakimin, görevi başında olan Kongo Dışişleri Bakanı, *Abdulaye Yerodia Ndombasi*, hakkında bir tutuklama kararı verip Interpol aracılığıyla bu kararı uygulamaya çalışmasıyla başlamıştır. Belçika, *Yerodia*'nın daha Dışişleri

---

\* Karadeniz Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı Uluslararası Hukuk Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, (14 Şubat 2002) (Bundan sonra *Arrest Warrant Case*). Mahkemenin kararı ve hakimlerin karşı görüşleri için bkz. [www.icj-cij/ijciwww/idocket/iCOBE/iCOBEframe.htm](http://www.icj-cij/ijciwww/idocket/iCOBE/iCOBEframe.htm). Davanın 14 Şubat 2002'den önceki aşamaları hakkında, bkz. Wickremasinghe, C., "Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000", (2001) 50 *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* s. 670.

Bakanlığı görevine gelmeden önce 1998 yılında, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri<sup>2</sup> ve buna Ek Protokollerin<sup>3</sup> ağır ihlali ve insanlığa karşı işlenen suçlardan dolayı sorumlu olduğu gerekçesiyle yargılama girişiminde bulunmuştur. Belçika Mahkemesi'ne göre, *Yerodia* 1998 yılında Kinshasa'daki Tutsi kökenli bireylerin öldürülmesini açıkça özendirmek, diğer bir ifadeyle teşvik etmek, dolayısıyla da yukarıda adı geçen suçlardan sorumludur. Kongo, Uluslararası Adalet Divanı'na yaptığı başvurusunda, *Yerodia*'nın yabancı bir devletin Dışişleri Bakanı olduğunu, dolayısıyla Belçika Mahkemelerinde yargı dokunulmazlığının bulunduğunu ve tutuklama kararının uluslararası hukukun bu ilkesini ihlal ettiğini, ayrıca Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin egemenliklerinin eşit olduğu prensibinden hareketle bir devletin başka bir devlet üzerinde yargı yetkisinin olamayacağını iddia etmiştir. Buna karşılık Belçika, uluslararası hukuk kurallarının ihlal edildiğini, söz konusu suçlardan dolayı Belçika yasalarının Belçika Mahkemelerine yetki verdiğini<sup>4</sup> ve yargı dokunulmazlığı ilkesinin bu suçları kapsamayacağını iddia etmiştir.

<sup>2</sup> Cenevre Sözleşmeleri dört tane olup 12 Ağustos 1949 tarihinde imzalanmıştır. Bunlardan birincisi, Harb Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi'dir (75 UNTS 31). İkincisi, Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi'dir (75 UNTS 85). Üçüncüsü, Savaş Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme'dir (75 UNTS 135). Dördüncüsü ise, Savaş Zamanında Sivil Halkın Korunmasına Dair Sözleşme'dir (75 UNTS 287).

<sup>3</sup> Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I, Uluslararası Nitelikli Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunmasına İlişkindir ve 8 Haziran 1977'de imzalanmıştır (1977) 16 *International Legal Materials (ILM)* s. 1391. Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol II, Uluslararası Nitelikli Olmayan Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunmasına Dairdir ve 8 Haziran 1977'de imzalanmıştır (1977) 16 *ILM* s. 1442.

<sup>4</sup> Söz konusu Belçika yasaları, "16 Haziran 1993 Tarihli Uluslararası Ceza (İnsancıl) Hukukunun Ağır İhlallerinin Cezalandırılmasına Dair Kanun" olarak Türkçe'ye çevrilebilir. (*Acts Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law of 16 June 1993*). Adı geçen kanun 10 Şubat 1999'da bazı değişikliklere uğramıştır. Metnin İngilizce çevirisi için bkz. (1999) 38 *ILM* s. 918. Belçika'nın bu tür hukuki düzenlemelere yer vermesinin temel dayanağını "evrensel yargı yetkisi" (*universal jurisdiction*) anlayışı oluşturmaktadır. Evrensel yargı yetkisinin özünü, ulusal mahkemelerin suçlunun ya da mağdurun uyruğu veya suçun işlendiği yere bakılmaksızın, dünyanın herhangi bir yerinde işlenen suçtan dolayı zanlı olan kişiler hakkında soruşturma ve yargılama yapma hakkının olması oluşturmaktadır. (Amnesty International, *Universal Jurisdiction: Questions and Answers*, AI Index: IOR 53/020/2001, s. 1. Etkili bir evrensel yargı ilkesinin uygulanması için gerekli olan temel ilkeler hakkında, bkz. Amnesty International, *Universal Jurisdiction: 14 Fundamental Principles on the Effective Exercise of Universal Jurisdiction*, Mayıs 1999 AI Index: IOR 53/01/99). Bu anlamda ilgili Belçika hukuki düzenlemeleri şu şekilde belirtilebilir: Madde 7: "Yürürlükte olan kanunda gösterilen suçlar hakkında, nerede işlenmiş olursa olsun, Belçika mahkemeleri yargı yetkisine sahiptir." Madde 5 (3): "Bir şahsın resmi görevinden kaynaklanan dokunulmazlık, yürürlükte olan hukukun uygulanmasını engellemez."

Uluslararası Adalet Divanı yapmış olduğu inceleme sonucunda, Belçika'nın uygulamasının uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğunu ve dolayısıyla Devlet Başkanları ve üst düzey devlet görevlilerinin yabancı mahkemeler önünde yargı dokunulmazlığının bulunduğunu ve Belçika'nın tutuklama kararını kaldırmasını hükme bağlamıştır. Belçika, Mahkemenin kararına uygun hareket ederek tutuklama kararını kaldırmıştır. Uluslararası Adalet Divanı, kararında sadece görevi başında olan Dışişleri Bakanlarının değil, aynı zamanda önceki Bakanların da resmi eylemlerinden dolayı yargı dokunulmazlıklarının bulunduğunu ve önceki Dışişleri Bakanlarının sadece ve sadece özel eylemlerinden dolayı cezai sorumluluklarının olabileceğini hükme bağlamıştır.<sup>5</sup>

Uluslararası Adalet Divanı'nın söz konusu kararı, uluslararası ceza hukuku ve özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu alanda oluşan uluslararası örf-adet hukukundaki gelişmeleri göz ardı etmesi nedenleriyle eleştiriye açıktır. Mahkeme, kararında, evrensel yargı yetkisi anlayışının uygulanması olasılığını tamamen dışlamış ve uluslararası suçlardan dolayı Devlet Başkanları ve üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlığının kaldırılması yönünde oluşmuş olan en temel uluslararası ceza hukuku örf-adet kuralını da dikkate almamıştır. Bu makalenin amacı, Uluslararası Adalet Divanı'nın almış olduğu bu kararın, uluslararası ceza hukuku bakımından hukuka aykırılık teşkil edip etmediğini ve bu anlamda 1 Temmuz 2002 tarihi itibarıyla faaliyete geçmiş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi uygulamalarına etkisini incelemektir. Bu konulara geçmeden önce, Uluslararası Adalet Divanı'nın karar ve gerekçelerine biraz daha detaylı değinilmesi yerinde olacaktır.

## **2. Belçika Tutuklama Kararı Davası ve Uluslararası Adalet Divanı'na Göre Devlet Başkanları ve Üst Düzey Devlet Görevlilerinin (Dışişleri Bakanları Dahil) Yargı Dokunulmazlığı**

Uluslararası Adalet Divanı üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlığı konusunda; "uluslararası hukukta, diplomatik ve konsolosluk görevlilerinde olduğu gibi, Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanı gibi bir devlette üst düzeyde bulunan belli kişilerin, diğer devletlerde yargı dokunulmazlıklarının bulunduğu yerleşmiş bir ilkedir"<sup>6</sup> hükmüne varmıştır. Mahkeme, kararında, Dışişleri Bakanlarının görevlerini özgürce yapabilmeleri bakımından, Devlet Başkanları ile aynı derecede yargı dokunulmazlığından yararlanma haklarının bulunduğu karar vermiştir.<sup>7</sup> Bu temel ilkeleri belirttikten sonra, Uluslararası Adalet Divanı, savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar veya soykırım suçları dolayısıyla sorumlu tutulabilecek bir üst düzey görevlinin yargı dokunulmazlığından yararlanıp

<sup>5</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, para. 61.

<sup>6</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, para. 51.

<sup>7</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, paras. 53-55.

yararlanamayacağı konusuna değinmiş olup, oldukça kısa bir gerekçeden sonra “insanlığa karşı suçlar veya savaş suçları işlediğinden şüphe duyulması durumunda, görevi başında bulunan Dışişleri Bakanlarının kişi dokunulmazlığı ve cezai yargı dokunulmazlığı kuralına herhangi bir şekilde istisna teşkil edecek uluslararası örf-adet kuralının varlığına *devlet uygulamalarından* ulaşılabileceği”<sup>8</sup> sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken İngiltere’deki *Pinochet Davası*’nda<sup>9</sup> Lord Browne-Wilkinson’ın görevli Devlet Başkanları ve elçilerin görevleri dahilindeki her türlü eylemlerinden dolayı yargılamalardan tamamen muaf oldukları yönündeki açıklamaları ve Fransa’daki *Qaddafi Davası*’nda<sup>10</sup> Fransız Mahkemenin uluslararası hukukta aksine özel bir düzenleme olmadıkça Devlet Başkanlarının yargı dokunulmazlıkları nedeniyle yargılanamayacakları yönündeki açıklamalarına da atıfta bulunmuştur.<sup>11</sup> Bunlara ilaveten Mahkemece, ulusal uygulamalarla hiçbir ilgisinin olmadığı gerekçesiyle Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler’in Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurduğu Savaş Suçluları Mahkemeleri düzenlemeleri ve uygulamaları, daha da önemlisi Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü düzenlemeleri<sup>12</sup> reddedilmiş ve bunların hiçbiri yukarıdaki genel sonuca ulaşmak için göz önünde tutulmamıştır.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, para. 58.

<sup>9</sup> *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and Others Intervening)*, (1998) 4 *All England Law Reports (All E R)* s. 897; *Regina v. Bow Street Metropolitan Magistrate and Others, Ex parte Pinochet Ugarte*, (1999) 2 *Weekly Law Reports (WLR)* s. 827. Aşağıda da Uluslararası Adalet Divanı Kararının uluslararası ceza hukuku bakımından değerlendirilmesi sırasında değinileceği üzere, Divan, *Pinochet Davası*’nda kararın devamında belirtilen, buradaki her türlü eylem kapsamında işkence suçunun işlenilmesinin veya insanlığa karşı suç işlenilmesinin dahil olamayacağı, bir anlamda resmi görev kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündeki karara esas teşkil eden görüşe hiç değinmemiştir.

<sup>10</sup> *Cour de Cassation*, Arret No. 1414 (13 Mart 2001). Metin için bkz. (2001) 105 *Revue Générale de Droit International Public* s. 474.

<sup>11</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, para. 57.

<sup>12</sup> Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi’nin kuruluşu hakkında, bkz. Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, 8 Ağustos 1945, 59 Stat. 1544, 82 UNTS s. 279. Londra Andlaşması olarak bilinen bu uluslararası hukuk belgesi, Nuremberg Mahkemesi’nin Statüsünü, diğer bir deyişle görev ve yetkilerini, ve aynı zamanda duruşmaların nasıl yürütüleceğine dair temel prensipleri de içerir.: Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından 25 Mayıs 1993 tarihinde kurulmuştur. Güvenlik Konseyi Kararı için, bkz. SC. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Year, 1993 SC Res. & Dec. At. 29, U.N. Doc. S/INF 49 (1993).; Ruanda Savaş Suçluları Mahkemesi, yine Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından 8 Kasım 1994’te kurulmuştur. Güvenlik Konseyi Kararı için, bkz. SC. Res. 955, UN SCOR, 49th Year 3453 meeting at 1, U.N. Doc. S/Res/955 (1994).; Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü olarak da bilinen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 17 Temmuz 1998 tarihinde, 120 devletin lehte, 7 devletin aleyhte ve 21 devletin çekimser oyları sonucunda kabul edilmiştir.

Uluslararası Adalet Divanı, Belçika'nın yasal düzenlemeleri çerçevesinde iddialarını dayandırdığı uluslararası suçlara ilişkin evrensel yargı yetkisi ilkesini ana kararında tamamen göz ardı etmiştir. Ancak, bir çok hakim ayrı veya karşı görüşlerinde, bu ilkenin geçerliliğinin öncelikle Mahkemece değerlendirilmesinin doğru bir yaklaşım olacağını, belirtmiştir.<sup>14</sup> Kısaca bu görüşlere değinmek gerekirse:

Uluslararası nitelikli suçlar dolayısıyla ulusal mahkemelerin evrensel yargı yetkilerinin olup olmadığı konusunda, Mahkeme Başkanı, *Guillaume*, ayrı görüşünde, uluslararası hukukta, örf-adet kuralı düzeyinde sadece korsanlık suçu dolayısıyla bir evrensel yargı yetkisinin olduğunu savunmuş olmakla birlikte, devletlerin evrensel yargı yetkisini içeren bir andlaşmaya taraf olmaları durumunda, andlaşma hükümlerinden kaynaklanan bir yetkilerinin de olabileceğini belirtmiştir.<sup>15</sup> Hakim *Rezek* de benzer bir anlayışı savunmuştur.<sup>16</sup> Diğer yandan, Hakimler *Higgins*, *Kooijmans* ve *Buergenthal* uluslararası örf-adet hukukunun, korsanlık suçu hakkında evrensel yargı yetkisini tanımış olmasına ilaveten, dikkatlice belirlenen koşullara uygun olmak durumunda bazı diğer suçlar hakkında da evrensel yargı yetkisini yasaklamadığını belirtmişlerdir.<sup>17</sup> Mahkeme kararına katılmadığını ve şiddetle karşı çıktığını, karşı görüşünde açıkça belirten ve uluslararası ceza hukuku alanında Mahkemedeki tek uzman olan geçici hakim (*ad hoc*) *Van den Wyngaert*, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlardan dolayı evrensel yargı yetkisinin varlığının uluslararası hukukça yasaklanmadığını, aksine uluslararası hukukça kabul edildiğini belirtmiştir.<sup>18</sup>

---

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Statüsünün 126. maddesinde belirtilen koşullara uygun olarak 60 devletin onayıyla 1 Temmuz 2002 tarihi itibarıyla faaliyetine başlamıştır. 7 Temmuz 2003 itibarıyla de Statüyü kabul edip ulusal hukuklarının bir parçası haline getirmiş olan devlet sayısı 90'a ulaşmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü için, bkz. U.N. Doc. A/CONF. 183/9.

<sup>13</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, para. 58.

<sup>14</sup> Mahkeme hakimlerinin gerek ayrı gerekse karşı görüşlerinde evrensel yargı yetkisi ile ilgili tutumlarının detaylı bir analizi için, bkz. Turns, D., "The International Court of Justice's Failure to Take a Stand on Universal Jurisdiction", (2002) 3 *Melbourne Journal of International Law (MJIL)* s. 388-396.

<sup>15</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, *President's Guillaume's Separate Opinion*, paras. 5-9, 12-13.

<sup>16</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, *Judge Rezek's Opinion*, para. 6. Hakim *Ranjeva* da sadece ve sadece korsanlık suçundan dolayı evrensel yargı yetkisinin olabileceğini savunmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, *Declaration of Judge Ranjeva*, para. 6.

<sup>17</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, *Judges Higgins, Kooijmans, Buergenthal's Joint Separate Opinions*, paras. 59-60, 79-85.

<sup>18</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, *Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert*, para. 54.

Uluslararası Adalet Divanı özellikle üst düzey devlet görevlilerinin görevleri başında iken yargı dokunulmazlıklarının olduğu konusuna yoğunlaşmış olmakla birlikte, görevli olmayan veya görevinden ayrılmış bulunan üst düzey devlet görevlilerinin de yabancı mahkemelerde yargı dokunulmazlıklarının olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme kararının ilgili kısmı şu şekildedir: “Dışişleri Bakanı, görevinden ayrıldıktan sonra, uluslararası hukukun kendilerine tanıdığı dokunulmazlıkların tümünden diğer devletlerde artık yararlanamaz. Uluslararası hukukun yargı yetkisi vermesi koşuluyla, herhangi bir devlet mahkemesi (ulusal mahkeme), herhangi bir Dışişleri Bakanını yalnızca görevli olduğu sürece yapmış olduğu kişisel (özel) eylemlerinden (*acts committed in a private capacity*) değil, aynı zamanda göreve başlamadan veya görevinden sonraki dönemlerdeki eylemlerinden dolayı da yargılayabilir.”<sup>19</sup> Divan bu yönde karar vermekle, bir anlamda görevi başında olan üst düzey devlet görevlileri ile, bu görevden ayrılmış kişiler için aynı dokunulmazlıkları kabul etmiş olmaktadır. Başka bir ifadeyle, Divan, önceki Dışişleri Bakanları (ve tabi ki diğer üst düzey devlet görevlileri)’nin görevleri dahilinde gerçekleştirdikleri eylemlerinden (*acts committed in a official capacity*) dolayı sınırsız bir dokunulmazlıklarının olduğunu kabul eder görünmektedir.<sup>20</sup>

Uluslararası Adalet Divanı’nın, hala görevde olan veya eski üst düzey devlet yetkililerinin, *görevleri dolayısıyla yapmış oldukları eylemlerden* yabancı mahkemeler önünde yargı dokunulmazlığı çerçevesinde sorumlu tutulamamaları yönündeki kararı, pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir: Örneğin, görev dolayısıyla yapılan eylemler kapsamında, savaş suçları, soykırım suçları veya insanlığa karşı işlenen suçlar varsa ne olacaktır? Resmî görev ya da yetkinin (*official capacity*) veya özel yetki ya da eylemin (*private capacity*) kapsamı ne olacaktır? Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar veya soykırım suçu bireysel eylem olarak işlenilebilir mi? Bu ve bunun gibi bir çok sorunun yanıtının bulunabilmesi için Uluslararası Adalet Divanı kararının uluslararası ceza hukuku ilke ve uygulamaları açısından değerlendirilmesi gerekecektir.

### 3. Uluslararası Adalet Divanı Kararının Uluslararası Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Uluslararası Adalet Divanı’nın *Belçika Tutuklama Kararı Davası*’nda ulaşılmış olduğu sonuç, savaş suçları, soykırım suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlar gibi tüm insanlığı derinden etkileyen suçlardan dolayı sorumlu konumda olabilecek Devlet Başkanları, Hükümet Başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin (Dışişleri Bakanları dahil) yargı dokunulmazlıklarını kaldıran uluslararası örf-adet kuralını göz ardı etmiştir.

<sup>19</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case*, para. 61.

<sup>20</sup> Wirth, S., “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in the Congo v. Belgium Case”, (2002) 13/4 *European Journal of International Law (EJIL)* s. 881.

Başka bir deyişle, Uluslararası Adalet Divanı, uluslararası suçlardan dolayı resmi görevli veya niteliği ne olursa olsun herkesin bireysel cezai sorumluluğunun olduğu yönündeki modern uluslararası ceza hukuku ilkesini dikkate almamıştır.<sup>21</sup> Uluslararası ceza hukuku bakımından adı geçen kararın uluslararası hukuka aykırılık teşkil edeceği ve bu alandaki gelişmeleri olumsuz etkileyeceği aşağıdaki gerekçeler ışığında çok net bir şekilde ifade edilebilir:

İlk olarak, devletlerin eşit egemenliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan Devlet Başkanları, Hükümet Başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin yabancı devlet mahkemeleri önünde tam bir yargı dokunulmazlıklarının olduğu yönündeki kural, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra büyük bir değişim göstermiş ve bu kurala önemli bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki, savaş suçu, soykırım suçu veya insanlığa karşı suçları işleyen üst düzey devlet görevlilerinin cezai sorumluluklarının olduğu ve sahip oldukları yargı dokunulmazlığının kendilerini cezai sorumluluktan kurtarmayacağı bir çok uluslararası anlaşma ve metinlerde açıkça belirtilmiştir.<sup>22</sup> Örneğin, Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'nün 7. maddesi şu hükme yer vermektedir: "Bir sanığın Devlet Başkanı ... oluşu ... ne sorumluluktan kurtulmasına ne de cezasından indirim yapılmasına neden olur". Yine aynı doğrultuda, Nuremberg Mahkemesi uygulamaları ışığı altında, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı ve Genel Kurulun kabul ettiği Nuremberg Mahkemesi Statüsü ve Bu Mahkemenin Yargısında Kabul Edilmiş Uluslararası Hukuk İlkeleri belgesinde, 3. ilke olarak Devlet Başkanı veya Hükümet Başkanı olma sıfatının bireyleri sorumlu olmaktan kurtarmayacağı da net bir şekilde belirtilmiştir.

Yirminci yüzyılın sonlarına doğru, Eski Yugoslavya ve Ruanda' da işlenen savaş suçları, soykırım suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlar dolayısıyla, bu suçları işleyen kişilerin soruşturmalarının yapılması ve cezalandırılmasını sağlamak amacıyla, tüm uluslararası toplum adına Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından kurulan ve uluslararası düzeyde faaliyet gösteren Eski Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçluları Mahkemeleri Statülerinde, sırasıyla madde 7 (2) ve 6 (2) hükmünde şu düzenlemeye yer vermiştir:

"Suçlanan herhangi bir şahsın resmi pozisyonu (görevi), gerek Devlet veya Hükümet Başkanı ya da yetkili bir Hükümet görevlisi olarak, ne söz

<sup>21</sup> Cassese, A., "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", (2002) 13/4 *EJIL* s. 853; Boister, N., "The ICJ in the Belgian Arrest Warrant Case: Arresting the Development of International Criminal Law", (2002) 7/2 *Journal of Conflict and Security Law (JCSL)* s. 293; Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert*, para. 27.

<sup>22</sup> Pazarıcı, H., *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Cilt 3, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), s. 63.

konusu şahsın cezai sorumluluğunu ortadan kaldıracak ne de cezada indirim nedeni olacaktır.”

Nuremberg, Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkeme düzenlemeleri ve uygulamaları yanı sıra, belki de uluslararası toplumun son yıllarda kaydettiği en büyük gelişmelerden birisi olarak 17 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilip, 1 Temmuz 2002 tarihi itibarıyla de yürürlüğe giren Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 27. maddesindeki sivil veya askeri nitelikli Devlet ya da Hükümet Başkanı ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin, savaş suçları, insanlığa karşı suç, soykırım suçu veya saldırı suçu işlemeleri durumunda resmi sıfatlarının kendilerini cezai sorumluluktan kurtaramayacağı şeklindeki düzenlemeyi de burada belirtmek gerekir.<sup>23</sup>

İkinci olarak, İkinci Dünya Savaşından sonra uluslararası toplumun savaş hukuku, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçları hakkında kodifiye ettiği bir çok yazılı uluslararası hukuk kuralının aynı zamanda bir örf-adet hukuku kuralı, hatta bir *jus cogens* norm ve bunun doğal sonucu olarak da söz konusu suçlardan dolayı sorumlu bulunan bireylerin cezalandırılmasının veya ilgili devletlere iade edilmesinin sağlanmasının (*aut dedere aut judicare*) devletler için bir *erga omnes* yükümlülük olduğunun da unutulmaması gerekir. Bu anlamda özellikle 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve buna ek 1977 tarihli Protokollerin uluslararası hukukta “Cenevre Sözleşmelerinin Ağır İhlali Sistemi” (*Grave Breaches System of the Geneva Conventions*) olarak Türkçe’ye çevirebileceğimiz düzenlemeleri, Sözleşmelere taraf olan devletlere bu yükümlülüğü açıkça getirmiş bulunmaktadır.<sup>24</sup> Savaş hukukunun bir parçası olarak değerlendirilebilecek bu sistem içerisinde, öldürme, işkence veya kötü muamele, biyolojik deneyler, vücut veya sağlığa yönelik kasten büyük acı veya ciddi yaralama, askeri gereklilik olmaksızın mülke el koyma veya yok edilme, savaş esirlerinin veya sivillerin zorla düşman güçlerinde çalıştırılması, sivillerin özgürlüklerinin kısıtlanması veya ülkelerinden sınır dışı edilmesi ve sivillerin rehin alınması gibi eylemler girmektedir.<sup>25</sup> Cenevre Sözleşmelerinin Ağır İhlali Sistemini, diğer Cenevre Sözleşmeleri hükümlerinin ihlallerinden veya diğer savaş hukuku ihlallerinden ayıran en

<sup>23</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, madde 5-8. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 5. maddesinde saldırı suçları hakkında da Mahkemenin yargı yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Ancak bu suçun kapsamı ve tanımının Statüde yapılmadığı görülmektedir. Söz konusu 5. maddenin 2. fıkrası çerçevesinde tanım ve kapsamın sonradan Statüde yapılacak değişiklikten sonra ancak Mahkemenin bu suçlardan dolayı bireyleri yargılayabilmesi söz konusu olabilecektir.

<sup>24</sup> Cenevre Sözleşmelerinin bu sistemi öngören ortak maddeleri şu şekildedir: I. Cenevre Sözleşmesi, madde 49; II. Cenevre Sözleşmesi, madde 50; III. Cenevre Sözleşmesi, madde 129 ve IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 146.

<sup>25</sup> I. Cenevre Sözleşmesi, madde 50; II. Cenevre Sözleşmesi, madde 51; III. Cenevre Sözleşmesi, madde 130 ve IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 147.



önemli özellik, sorumlu olan bireylerin uyuşuna ve suçun işlendiği yere bakılmaksızın tüm taraf ülkelerin sorumlu olan şahısları yargılama veya ilgili devlete iade etme haklarının olması, başka bir ifadeyle bu suçlar hakkında *evrensel yargı yetkisinin* kabul edilmiş olmasıdır. Bu sistem için geçerli olan düzenlemeler hiç şüphesiz, soykırım suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlar bakımından da geçerlidir ve bu suçlara ilişkin hukuk kuralları bir örf-adet kuralı olmak yanında, artık günümüzde bir *jus cogens* kural ve *erga omnes* yükümlülük getiren düzenlemeler olarak kabul edilmektedir.<sup>26</sup> Bu açıklamalardan da açıkça anlaşılacağı üzere, yukarıda belirtilen Uluslararası Adalet Divanı Kararının sadece korsanlık suçu bakımından evrensel yargı yetkisinin olduğu yönündeki uluslararası ceza hukuku anlayışı, günümüz modern ceza hukuku ve insan hakları hukukundaki gelişmeler ışığında değerlendirildiğinde, bu durumun uluslararası hukukun 19. yüzyıldaki anlamıyla algılanması ve yorumlanmasından başka bir şey olmadığı ortay çıkar.<sup>27</sup>

Uluslararası hukukta yerleşmiş olan kural ve uygulamalara göre, uluslararası hukuktaki herhangi bir düzenleme veya uygulama hiyerarşik olarak en üstte bulunan *jus cogens* normlara aykırı olamaz. Herhangi bir çelişki olması durumunda *jus cogens* normların uygulanması gerekir. Savaş suçları, soykırım suçu veya insanlığa karşı suç dolayısıyla herhangi bir devletin üst düzey yetkilisinin sorumluluğu gündeme geldiğinde, yargı dokunulmazlığına ilişkin düzenlemelerin hiyerarşik olarak ikinci sıraya düşeceği de açıktır. Bu gerçekliği *Belçika Tutuklama Kararı Davası*'ndaki karşı görüşünde Hakim *Al-Khasawneh* şu şekilde dile getirmiştir: "Ağır suçlarla etkili bir mücadelenin yapılması, tartışılmakla birlikte, *jus cogens* niteliklidir. Bu anlayış, uluslararası toplumun tanıdığı hayati ortak çıkarlar ve değerlerin korunması ve güçlendirilmesi düşüncesini yansıtır. Bu nedenle, hiyerarşik olarak daha üstte bulunan bu normla dokunulmazlığa ilişkin kurallar çeliştiğinde, hiyerarşik olarak üstte bulunan normun öncelikle uygulanması gerekir."<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Bassiouni, M., C.. "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", (1996) 59 *Law and Contemporary Problems (LCP)* s. 68, 72; Sunga, L., S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), s. 52-53, 73; Uluslararası hukukta *erga omnes* yükümlülükler hakkında daha detaylı bilgi için, bkz. Ragazzi, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, (Oxford: Clarendon Press, 1997). Özellikle, *jus cogens* norm ve *erga omnes* yükümlülük arasındaki ilişki için, bkz. 189-210; Morris, M., H., "International Guidelines Against Impunity: Facilitating Accountability". (1996) 59 *LCP* s. 29; Scharf, M., "The Letter of Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes", (1996) 59 *LCP* s.43, 44-45.

<sup>27</sup> Melachlan, C., "Pinchet Revisited". (2002) 51 *ICLQ* s. 964.

<sup>28</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant Case, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh*, para. 7.

Üçüncü olarak, uluslararası suçlardan dolayı suçlanan üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlıklarının kaldırıldığına dair bir örf-adet hukuku kuralı oluştuğunu, gerek uluslararası düzeydeki gerekse ulusal düzeydeki mahkemelerin, başka bir ifadeyle devletlerin uygulamalarının doğruladığı gözlemlenmektedir. Bu konudaki en çarpıcı örnekler, Eski Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçluları Mahkemeleri uygulamalarında bulunabilir. *Prosecutor v. Jean Kambanda Davası*'nda, suçlanan *Jean Kambanda*, Ruanda'da soykırım suçu işlendiği dönemde Ruanda Başbakanı olarak görev yapmaktaydı ve soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlar dolayısıyla Ruanda Savaş Suçluları Mahkemesince yargılandı ve suçlu bulundu.<sup>29</sup> Bu davanın önemi, uluslararası suçlardan dolayı devlet yönetiminde sahip olunan pozisyonun, bireyler için bir savunma aracı ve hatta bir cezadan indirim nedeni olamayacağına, tam aksine, barış ve güvenliğin sağlanmasından sorumlu olan kişilerin resmi görev veya pozisyonu dolayısıyla sahip olunan yetkilerin ve güvenin kötüye kullanılmasının bir ağırlatıcı neden olacağına hükmedilmesidir.<sup>30</sup> Diğer yandan benzer şekilde, uluslararası toplum, Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesinin üst düzey devlet görevlilerinin (gerek askeri gerekse sivil) yargılanmalarına ve de cezalandırılmalarına tanık olmaktadır. Hiç şüphesiz bu konudaki en önemli örneği eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan ve Karadağ) Devlet Başkanı *Slobodan Milosevic*'in yargılanması oluşturmaktadır.<sup>31</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere, Uluslararası Adalet Divanı, bu mahkemelerin uygulamalarını, *ulusal hukuk uygulamaları* ile bir ilgisi olmadığı gerekçesiyle, kararında dikkate almamıştır. Fakat, Uluslararası Adalet Divanı'nın göz ardı ettiği husus, bu mahkemelerin uluslararası örf-adet kurallarını uyguladığı ve bu kuralların gerek uluslararası gerekse ulusal mahkemeleri bağlayıcı nitelikte olduğudur. Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin Statüleri kabul edilmeden önce, özellikle suçların ve cezaların kanunla düzenlenmesi ilkesinin ihlal edilmemesi ilkesine büyük özen gösterildiği ve bu nedenle, söz konusu mahkemelerin uluslararası hukukun örf-adet kurallarını uygulayacağı, bu anlamda Statülerinin de uluslararası örf-adet kurallarını içerdiği açıklıkla belirtilmiştir.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Trial Chamber, *The Prosecutor v. Jean Kambanda, Judgement and Sentence*, Case No. ICTR 97-23-S, (4 Eylül 1998), paras. 39-40.

<sup>30</sup> Trial Chamber, *Kambanda Case, Judgement*, 44, 61.

<sup>31</sup> *Slobodan Milosevic Davası* henüz devam etmektedir. Milosevic ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin hangi suçlardan dolayı yargılandığı konusunda, bkz. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Milan Milutinovic, Nikola Sainovic, Dragoljub and Vlatko Stojilkovic, Indictment* (İddianame Mayıs 1999). İddianame metni için, bkz. [www.un.org/ictv/indictment/english/mil-ii990524c.htm](http://www.un.org/ictv/indictment/english/mil-ii990524c.htm).

<sup>32</sup> Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesinin kuruluşuna temel teşkil eden ve Statü hükümlerini de içeren Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği Raporu. Mahkemenin "uluslararası ceza hukukunun bütün şüphelerden uzak örf adet hukuku kurallarını" uygulayacağını açıkça belirtmiştir. (*Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2*

Ulusal mahkeme uygulamaları da, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Belçika Tutuklama Kararı Davası*'nda takınmış olduğu tavrın uluslararası ceza hukukuna aykırı olduğunu doğrular niteliktedir. Bu konudaki önemli ulusal mahkeme kararlarına örnek olarak, İsrail'de *Eichmann*,<sup>33</sup> İtalya'da *Priebke*,<sup>34</sup> İngiltere'de *Pinochet*,<sup>35</sup> Meksika'da *Miguel Cavallo*,<sup>36</sup> Almanya'da *Djajic* ve *Jorgic*<sup>37</sup> Davaları gösterilebilir.<sup>38</sup> Özellikle, uluslararası ceza hukukundaki gelişmeleri ve evrensel yargı yetkisinin ulusal mahkemelerce uygulanmasını göstermesi bakımından, *Pinochet Davası*, bu davalara son yıllardaki en iyi örnek olmuştur. Bilindiği üzere, Eski Şili Devlet Başkanı görevde bulunduğu 1976-1983 yılları arasında bir çok Şilili ve yabancı kişinin öldürülmesi, işkenceye uğraması veya ortadan kaybolması dolayısıyla bir İspanyol mahkemesinin verdiği uluslararası tutuklama kararı uyarınca 16 Ekim 1998 tarihinde İngiltere'de tutuklanmıştır. *Pinochet* ve avukatları, Devlet Başkanı yargı dokunulmazlığı olduğu gerekçesiyle, tutuklama ve İspanya'ya iade edilmesi konusuna karşı çıkmışlardır. Bunun üzerine, 1999 Mart ayında İngiliz Lordlar Kamarası, *Pinochet*'nin dokunulmazlığının sadece resmi görevler dolayısıyla gerçekleştirdiği

---

*of Security Council Resolution 808 (1993) para. 34, bundan sonra Report of the Secretary-General).*

<sup>33</sup> *Israel v. Eichmann*, (1961) 36 *International Law Reports (ILR)* s. 5, (1962) 36 *ILR* s. 277.

<sup>34</sup> *Priebke Davası* hakkında detaylı bilgi için, bkz. Martines, F., "The Defences of Reprisals, Superior Orders and Duress in the Priebke Case Before the Italian Military Tribunal", (1998) 1 *Yearbook of International Humanitarian Law (YIHL)* s. 354; Marchisio, S., "The Priebke Case Before the Italian Military Tribunals: A Reaffirmation of the Principle of Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity", (1998) 1 *YIHL* s. 344.

<sup>35</sup> *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and Others Intervening)*, (1998) 4 *All E R* s. 897; *Regina v. Bow Street Metropolitan Magistrate and Others, Ex parte Pinochet Ugarte*, (1999) 2 *WLR* s. 827.

<sup>36</sup> 12 Ocak 2001 tarihinde Meksika makamları *Ricardo Miguel Cavallo'nun* İspanya'ya iadesine karar vermişler ancak bu kararın uygulanması 2003 yılı Haziran ayını bulmuştur. Bu karar ve uygulama aynı zamanda evrensel yargı yetkisi ilkesinin uygulanmasına en yeni ulusal mahkeme uygulaması olarak gösterilmektedir. Bu konudaki yorumlar için, bkz. [news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2980514.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2980514.stm).

<sup>37</sup> Özellikle Eski Yugoslavya'nın dağılması esnasında çıkan savaşlar nedeniyle soykırım suçunun işlendiğine dair Alman Mahkemelerinin uygulamaları kayda değerdir. Bkz. *Public Prosecutor v. Djajic*, No. 20/96, Supreme Court of Bavaria, 3d Strafsenat, (23 Mayıs 1997). Bu davaya ilişkin yorumlar için, bkz. "Case Note with Commentary by Safferling, C., J., M., (1998) 92 *American Journal of International Law (AJIL)* s. 528; *Public Prosecutor v. Nikola Jorgic*, The District Court of Dusseldorf, (26 Eylül 1997), Bu davada *Jorgic* soykırım suçu işlemekten mahkum olmuştur. Davanın uluslararası hukuk bakımından önemi, Eski Yugoslavya'da işlenen soykırım suçlarından dolayı *ulusal bir mahkemenin soykırım suçuna yönelik vermiş olduğu* bir karar olmasıdır. Alman Mahkemelerinin uygulamaları hakkında daha detaylı bilgi için, bkz. Fischer, H., "Some Aspects of German State Practice Concerning IHL", (1998) 1 *YIHL* s. 380, özellikle s. 384-385.

<sup>38</sup> Diğer ulusal mahkeme uygulamalarına örnek için, bkz. Cassese, s. 870-871.

eylemleri kapsayabileceğini ve işkence gibi uluslararası hukukta düzenlenmiş bir suçun Devlet Başkanının resmi görevi dolayısıyla gerçekleştirilmiş olmasının kabul edilemeyeceğini, kısacası uluslararası suçlardan dolayı Devlet Başkanlarının dokunulmazlıklarının olamayacağını karara bağlamıştır.<sup>39</sup>

Kaldı ki, Uluslararası Adalet Divanı'nın, üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlığı yönünde *Belçika Tutuklama Kararı Davası*'nda almış olduğu karar, kendi kararlarıyla da çelişmektedir. Şöyle ki, Divan, Tavsiye Kararı niteliğindeki *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler Davası*'nda<sup>40</sup> en ağır uluslararası suçlardan bir tanesi olan soykırım suçu hakkında bireylerin resmi statü veya görevlerinin kendilerini cezai sorumluluktan kurtaramayacağını bir örf-adet hukuku kuralını oluşturduğunu hükme bağlamıştır. Bu anlamda Divan, "Sözleşmenin temelini oluşturan ilkeler, medeni uluslar tarafından kabul edilen, hatta herhangi bir andlaşma yükümlülüğü olmaksızın devletleri bağlayan ilkelere"<sup>41</sup> sonucuna vararak, bu durumu net bir şekilde ortaya koymuştur. Yine aynı doğrultuda, Uluslararası Adalet Divanı Bosna-Hersek'in, Yugoslavya'nın dağılma sürecinde soykırım suçu işlendiği ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin sorumlu tutulması gerektiği gerekçesiyle açmış olduğu ve halen devam eden davada, bir ara kararında, soykırım suçunun önlenmesi ve sorumlularının cezalandırılması bakımından, söz konusu kuralların *jus cogens* norm ve devletlerin bu anlamdaki yükümlülüklerinin *erga omnes* nitelikli olduğuna hükmetmiştir.<sup>42</sup> Soykırım Sözleşmesi'nin bu niteliği Birleşmiş Milletler

<sup>39</sup> *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and Others Intervening)*, (1998) 4 *All E R s.* 897. İlk karara itiraz edilmesi sonucu Lordlar Kamarası yeni bir mahkeme heyeti teşkil etmiş olup yeni heyet 6'ya karşı 1 oyla Pinochet'nin yargı dokunulmazlığından yararlanamayacağına karar vermiştir. *Regina v. Bow Street Metropolitan Magistrate and Others, Ex parte Pinochet Ugarte*, (1999) 2 *WLR s.* 827. Özellikle, mahkeme kararına temel teşkil eden ve işkence suçunun önlenmesi ve bu konudaki bireysel cezai sorumluluk tesis eden normların *jus cogens* niteliği, evrensel yargı yetkisi ve Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçları Mahkemeleri uygulamalarının ulusal hukuk uygulamalarına etkilerini göstermesi bakımından Lord Browne-Wilkinson'ın görüşleri kayda değerdir (bkz.s. 832-848). Dava hakkında daha detaylı bilgi için, bkz. Bianchi, A., "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", (1999) 10 *EJIL s.* 237-277.

<sup>40</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Advisory Opinion)*, (1951) *Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice (ICJ Rep.) s.* 15. Bu anlamda Soykırım Sözleşmesi'nin 6. maddesini be belirtmekte yarar vardır: "İster anayasal olarak sorumlu yönetici veya kamu görevlileri isterse özel şahıslar olsun, soykırım suçunu işleyenler ... cezalandırılacaktır".

<sup>41</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Reservations Case*, s. 24.

<sup>42</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Preliminary Objections), Judgement*, (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), (11 Temmuz 1996), (1996) *ICJ Rep.* s. 595, para. 13.

Genel Sekreterliği,<sup>43</sup> Eski Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçluları Mahkemelerince de<sup>44</sup> onaylanmış bulunmaktadır.

Dördüncü olarak, Uluslararası Adalet Divanı'nın, üst düzey devlet görevlilerinin devlet adına hareket edip resmi görevleri çerçevesinde hareket ettikleri (*official capacity*) ve bu kapsamda görevleri başında iken, veya görevlerinden ayrıldıktan sonra bile savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçlarından dolayı yabancı mahkemelerde yargılanamayacakları yönündeki kararı, uluslararası ceza hukuku bakımından kabul edilmesi güç sonuçlar doğurmaktadır. Hatta bir anlamda uluslararası ceza hukukunun uygulanmasını pratik olarak olanak dışı bırakmaktadır. Şöyle ki, uluslararası ceza hukukunda erler ve diğer askeri personelin işlemiş oldukları savaş suçları veya insanlığa karşı suçlardan dolayı yargılanmaları ve cezalandırılmaları söz konusu olur iken, onlardan daha üst düzeyde ve daha yetkili olan bireylerin, hatta asker ve diğer şahıslara bu eylemlerin işlenmesini emreden kişilerin devlet veya yargı dokunulmazlığından yararlanarak mahkeme önüne çıkarılamaması gündeme gelmektedir. Oysa, düz bir mantık işletmek gerekirse, er ve diğer askeri personelin de üstlerinden aldıkları emirleri uyguladıkları savunmasına (*superior order defence*) sığınmaları gereklidir. Bunun da anlamı savaş hukuku ve uluslararası ceza hukukunun hükümsüz hale gelmesidir. Oysa, yukarıda da belirtildiği üzere, Devlet Başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlileri barışın ve güvenliğin korunmasından birinci derecede sorumlu olan kişilerdir. *Pinochet Davası*'nda da işaret edildiği üzere, uluslararası suçlar işleyen veya bu anlamda sorumlu tutulabilecek olan kişinin bu tür eylemlerinin resmi görevleri dahilinde kabul edilmesi olanaklı değildir.

Diğer yandan Uluslararası Adalet Divanı'nın, gerek görevleri başında gerekse önceden, Devlet Başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin, resmi görevleri kapsamında olmayan, özel nitelikli eylemlerinden (*private capacity*) dolayı sorumlu olabilecekleri yönündeki kararının da yorumlanması oldukça güçtür. Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu gibi uluslararası toplumu ve insanlığı derinden etkileyen suçlar, Eski Yugoslavya ve Ruanda örneğinde görüldüğü üzere, genellikle bir devlet politikası şeklinde, üst düzeyli devlet görevlilerinin bilgisi ve planı çerçevesinde işlenilmektedir. Bireysel düzeyde bu suçların işlenmesi söz konusu olsa da, uluslararası toplumu derinden etkileyen asıl durum, bu suçların geniş çaplı ve yaygın bir şekilde işlenmesidir. Bir anlamda, bu suçların Devlet Başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin bilgisi olmadan işlenmesi olanaklı değildir. Kaldı ki, söz konusu suçlar genellikle

<sup>43</sup> *Report of the Secretary-General*, para. 45.

<sup>44</sup> Trial Chamber, *Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgement*, Case No. ICTY-98-33 (2 Ağustos 2001), para. 541; Trial Chamber, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement*, Case No. ICTR-96-4-T, (2 Eylül 1998), para. 495.

üst düzey görevlilerin önderliğinde işlenilmektedir.<sup>45</sup> Bu nedenle, asıl önemli sorun, devlet görevlileri statüsünde olan kişilerin işlediği uluslararası suçların, özel nitelikli eylemler mi yoksa resmi görevleri dolayısıyla gerçekleştirdikleri eylemler mi olduğunun tartışmaya açık olmasıdır. Hiç şüphesiz ki, *Pinochet Davası*'nda, savaş suçları, soykırım veya insanlığa karşı işlenen suçların resmi görev kapsamında olamayacağı yönünde alınan karar, uluslararası toplumu ve mahkemeleri yönlendirmelidir. Aksi durumun kabulü, bizi, hem bireylerin, hem de devletin uluslararası düzeyde sorumlu olmayacağı<sup>46</sup> sonucuna götürür ki, bu da insanlığın ulaştığı bu günkü medeniyet ve ceza hukuku anlayışı bakımından kabul edilemez.

Uluslararası Adalet Divanı'nın *Belçika Tutuklama Kararı Davası*'ndaki varmış olduğu sonucun uluslararası hukuk açısından değerlendirilmesi yapılırken, son olarak söz konusu kararın 1 Temmuz 2002 tarihi itibarıyla faaliyete geçmiş olan Uluslararası Ceza Mahkemesine ne gibi etkisi olur? konusuna da değinmekte yarar vardır. Yukarıda da belirtildiği üzere, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 27. (1) maddesinde, Statü hükümlerinin resmi pozisyon veya görevlerine bakılmaksızın herkese eşit uygulanacağını, özellikle Devlet veya Hükümet Başkanı, Hükümetin veya parlamentonun bir üyesi, seçilmiş bir temsilci veya hükümet görevlisi olmanın şahısları, cezai sorumluluktan kurtarmayacağı, hatta verilecek olan cezadan bir indirim nedeni dahi olamayacağı açıkça belirtilmiştir. Yine Statünün aynı maddesinin 2. paragrafında, gerek ulusal gerekse uluslararası hukuktan kaynaklanan ve bireylerin resmi görevlerinden dolayı sahip olabilecekleri dokunulmazlıkların söz konusu şahıslar üzerinde Mahkemenin yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil etmeyeceği hukuken güvence altına alınmıştır. Yukarıda da belirtilen gerekçeler ışığında, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün bu düzenlemelerinin örf-adet hukuku ve hatta bir *jus cogens* normu olduğu açıktır. Ancak, bir an için Uluslararası Adalet Divanı'nın *Tutuklama Kararı Davası*'ndaki tutumunun doğru olduğu kabul edilse, bunun Uluslararası Ceza Mahkemesi uygulamalarına nasıl bir yansımaları olabilir? Uluslararası Adalet Divanı'nın yukarıda da belirtilen kararına göre, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bir uluslararası andlaşma çerçevesinde kurulduğu, dolayısıyla sadece bu andlaşmaya taraf olan devletler açısından madde 27 düzenlemelerinin geçerli olacağı sonucuna varılabilir. Başka bir ifadeyle, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü düzenlemelerinin bir örf- adet kuralı, hatta bazı düzenlemelerinin bir *jus cogens* norm olduğu göz ardı edilerek, Statüye taraf olmayan devletlere

<sup>45</sup> Aksar, Y. *The Ad Hoc Tribunals and International Humanitarian Law*, (Bristol: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2000), s. 107.

<sup>46</sup> Spinedi, M., "State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?", (2002) 13/4 *EJIL* s. 895.

uygulanması söz konusu olamayacaktır.<sup>47</sup> Oysa gerçeklikte, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nü kabul eden ve kendi iç hukuklarının birer parçası haline getiren devletlerin sayısı Temmuz 2003 itibariyle 90'a ulaşmış bulunmaktadır. Kısacası Uluslararası Ceza Mahkemesi, günümüz için uluslararası hukuki kişiliği, bağımsız ve tarafsız olarak hareket etme yeteneği olan bir uluslararası yargı kurumudur. Bu nedenle, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yapısı ve işleyişi de dikkate alındığında, üst düzey devlet görevlilerinin sadece ve sadece politik düşüncelerle yargı önüne çıkarılması yönündeki yersiz ve dayanaksız iddialar da önlenebilecektir.<sup>48</sup> Bu noktada, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nü kabul eden ve iç hukuklarının bir parçası haline getiren devlet sayısı dikkate alındığında, Uluslararası Adalet Divanı'nın uluslararası suçlardan dolayı üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlıklarının kalktığına dair örf-adet hukuku kuralının varlığını gösterir bir *devlet uygulaması olmadığı* şeklindeki gerekçesinin de, anlaşılması pek kolay değildir.

#### 4. Sonuç

Uluslararası Adalet Divanı'nın *Belçika Tutuklama Kararı Davası*'nda izlemiş olduğu yöntem ve ulaşılmış olduğu sonuç, klasik uluslararası hukuk anlayışını yansıtmaktadır. Bu anlayışın temelinde, Devlet Başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlıklarının olduğu ve yine klasik uluslararası anlayışının bir sonucu olarak devletlerin cezai yargılama yetkilerinin, devletlerin egemenlik haklarından olduğu ve başka bir devlete veya uluslararası bir yargı kurumuna devletlerin rızası olmadan bu yetkinin devrinin olanaklı olamayacağı bulunmaktadır. Bu nedenle, Devlet Başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar veya soykırım suçları bile işlemiş olsalar, yabancı bir devlet mahkemesi tarafından evrensel yargı yetkisi ilkesine dayanılarak yargılanması ve cezalandırılması söz konusu olamamaktadır. Bir an için uluslararası ilişkilerin bozulmaması amacıyla görevi başında olan Devlet Başkanları veya üst düzey devlet görevlilerinin yargılanamaması kabul edilse bile, aynı hakkın önceki Devlet Başkanları veya diğer üst düzey devlet görevlileri için de tanınmış olması oldukça düşündürücüdür.

Uluslararası Adalet Divanı, kararında uluslararası ceza hukuku alanında özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra kaydedilen gelişmeleri tamamen göz ardı etmiş, bir anlamda, klasik uluslararası hukuk anlayışı olarak

<sup>47</sup> Gaeta, P., "Ratione Materiac Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The Hisséné Habre Case", (2003) 1 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* s. 193.

<sup>48</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması aşamasında, Mahkemenin bağımsız, tarafsız, etkili ve her türlü siyasi etkilerden uzak olması, uluslararası toplumun üzerinde hassasiyetle durduğu konulardan olmuştur. Bu konu hakkında daha detaylı bilgi için, bkz. Aksar, Y., *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2003), s. 30-32.

değerlendirilebilecek devletlerin egemenliği ilkesi ile modern uluslararası ceza hukuku ve insan hakları hukukundaki gelişmeleri, özellikle savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu dolayısıyla, bireylerin görevleri, unvan veya rütbeleri ne olursa olsun evrensel yargı yetkisi ilkesi gereği, dünyanın herhangi bir yerindeki herhangi bir mahkeme tarafından yargılanıp cezalandırılabilmesini öngören anlayış arasında dengeli bir çözüme ulaşamamıştır. Uluslararası Adalet Divanı'nın kararı, mevcut diktatörlere ve baskıcı rejimlere prim verir nitelikte olup, uluslararası toplumu derinden etkileyen ağır uluslararası insan hakları hukuku ve ceza hukuku ihlallerini teşvik edici niteliktedir. Ancak, bağımsız ve tarafsız, uluslararası hukuk kişiliği olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin faaliyete geçmiş olması ve Uluslararası Adalet Divanı kararının bu Mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmaması, uluslararası toplumu oluşturan devletlerin hızla Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü hükümlerini kendi iç hukuklarının bir parçası haline getirmeleri, bir anlamda, Uluslararası Adalet Divanı kararının uygulamada pek de bir anlam ifade etmeyeceğini göstermektedir.