Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği

Nürnberg'ten Lahey'e

Ed. PHILIPPE SANDS



ALFA | İNCELEME

Ed. PHILIPPE SANDS

Nürnberg'ten Lahey'e

ALFA

NÜRNBERG'TEN LAHEY'E

PHILIPPE SANDS

2002 yılından bu yana Londra Üniversitesi hukuk profesörü olarak görev yapan Philippe Sands QC, aynı zamanda Boston Üniversitesi, Cambridge Üniversitesi ve New York Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ders vermiştir. Uluslararası hukuka ilişkin birçok kitabın yazarı ve editörü olan Sands, 1992 İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve 1998 Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü müzakerelerinde de yer almıştır. Ayrıca Matrix Hukuk Bürosunda avukatlık görevini sürdürmekte olan Sands, Senatör Augusto Pinochet davası ile Guantanamo ve Belmarsh tutsakları davası da dahil olmak üzere, hem İngiltere mahkemelerinde hem de uluslararası mahkemelerde emsal davalarda yer almıştır. Eşi ve üç çocuğuyla birlikte Londra'da yaşamaktadır.

HAZAL UNGAN ÇALIŞKAN

Saint Benoît Fransız Lisesi ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuş; University College Dublin'de yüksek lisans yapmıştır. Bir süre özel sektörde çalıştıktan sonra Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak görev yapmaya başlamıştır. Halihazırda aynı üniversitede doktora programına devam etmektedir. Evli ve bir çocuk sahibidir.

Nürnberg'den Lahey'e
© 2014, ALFA Basım Yayım Dağıtım San. ve Tic. Ltd. Şti.

From Nuremberg to The Hague
© 2003, Wiener Library

Kitabın Türkçe yayın hakları Cambridge University Press aracılığıyla Alfa Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti.'ne aittir. Tanıtım amacıyla, kaynak göstermek şartıyla yapılacak kısa alıntılar dışında, yayıncının yazılı izni olmaksızın hiçbir elektronik veya mekanik araçla çoğaltılamaz. Eser sahiplerinin manevi ve mali hakları saklıdır.

Yayıncı ve Genel Yayın Yönetmeni M. Faruk Bayrak
Genel Müdür Vedat Bayrak
Yayın Yönetmeni Mustafa Küpüşoğlu
Kapak Tasarımı Füsun Turcan Elmasoğlu
Sayfa Tasarımı Mürüvet Durna

ISBN 978-605-171-284-0
1. Basım: Nisan 2016

Baskı ve Cilt
Melisa Matbaacılık
Çiftehavuzlar Yolu Acar Sanayi Sitesi No: 8 Bayrampaşa-İstanbul
Tel: 0(212) 674 97 23 Faks: 0(212) 674 97 29
Sertifika no: 12088

Alfa Basım Yayım Dağıtım San. ve Tic. Ltd. Şti.
Alemdar Mahallesi Ticarethane Sokak No: 15 34110 Fatih-İstanbul
Tel: 0(212) 511 53 03 (pbx) Faks: 0(212) 519 33 00
www.alfakitap.com - info@alfakitap.com
Sertifika no: 10905

Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği

Nürnberg'ten Lahey'e

Ed. PHILIPPE SANDS

Çeviri
Hazal Ungan Çalışkan

ALFA İNCELEME

İÇİNDEKİLER

Katkıda Bulunanlar, 7
Önsöz, 9

1 Nürnberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası 13
RICHARD OVERY

2 Karmaşıklık, suç ortaklığı ve tamamlayıcılık: Nürnberg duruşmalarından yeni Uluslararası Ceza Divanı'nın şafağına doğru 35
ANDREW CLAPHAM

3 Pinochet'den Sonra: Ulusal Mahkemelerin Rolü 63
PHILIPPE SANDS

4 Roma Statüsü'nün Kaleme Almışı 93
JAMES CRAWFORD

5 Uluslararası Ceza Divam'ndan Beklenenler ve Muhtemel Sorunlar: Yugoslavya ve Ruanda'dan Çıkarılan Dersler 127
CHERIE BOOTH

Katkıda Bulunanlar

CHERIE BOOTH London School of Economics mezunu olup, 1976 yılında baroya kaydolmuştur. 1995 yılından beri Kraliyet Danışmanı olarak hizmet vermektedir. Londra, Matrix Chambers üyesi olan Booth İnsan Hakları Yasası, iş hukuku ve ayrımcılık hukuku konularında danışmanlık yapmaktadır. Avrupa Adalet Divanı ve İngiliz Milletler Topluluğunda hâkimlik; uluslararası tahkim komitelerinde de hakemlik yapmıştır. Booth aynı zamanda County Court ve Crown Court hâkimidir. Genellikle insan hakları hukuku üzerine konferanslar veren Booth, Lincoln's Inn ve Kings's Inn yönetiminde görev almıştır. Booth, Liverpool John Moores Üniversitesi rektörüdür.

ANDREW CLAPHAM Cenevre Graduate Institute of International Studies'de Uluslararası Kamu Hukuku Profesörü olarak görev yapmaktadır. 1997'den beri Enstitü'de uluslararası insan hakları ve uluslararası kamu hukuku dersleri vermektedir. 1998 yılında gerçekleşen Uluslararası Ceza Divanı üzerine Devletlerarası Roma Konferansı'nda Solomon Adaları'nı temsil etmiştir. 2000 yılından beri BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri Mary Robinson'ın Kurumsal Sorumluluk Özel Danışmanlığını yapmaktadır. Cenevre Enstitüsü'nden önce Uluslararası Af Örgütü'nün New York BM temsilcisi olarak görev almıştır. Matrix Chambers'ın akademisyen üyelerinden biridir.

JAMES CRAWFORD SC, FBA Cambridge Üniversitesi'nde Hukuk Profesörü, Lauterpacht Uluslararası Hukuk Araştırma Merkezi Müdürü olarak görev yapmaktadır. Aynı zamanda Matrix Chambers üyesidir. 1992-2001 yılları arasında BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda çalışmıştır. ILC'nin

Uluslararası Ceza Divanı için hazırladığı, daha sonra Hazırlık Komisyonu'ndaki temel müzakere metni olarak kullanılacak Taslak Statü'nün (1994) yaratıcılarmdandır. İlerleyen yıllarda (1997-2001) Devlet Sorumluluğu Özel Raportörlüğü yapmıştır. ICC ve uluslararası ceza hukuku alanında çalışmalarda bulunmuştur. Matrix Chambers ve Gray's Inn üyesi olması nedeniyle uluslararası divan ve mahkemelerde danışmanlık ve hakemlik deneyimi vardır.

RICHARD OVERY King's College London'da Modern Tarih profesörüdür. Özellikle III. Reich ve II. Dünya Savaşı üzerine çok kapsamlı çalışmaları vardır. Dikkati çeken eserleri *Russia's War* [*Rusya'nın Savaşı*], *Why the Allies Won* [*Müttefikler Neden Kazandı*], *Goering* ve daha yakın tarihli *Interrogations: The Nazi Elite in Allied Hands* [*Sorgulamalar: Nazi Eliti Müttefik Ellerinde*] olarak sıralanabilir. Bugünlerde Hitler ve Stalin diktatörlükleri arasındaki farkı konu alan bir kitap yazmaktadır.

PHILIPPE SANDS University College London'da Hukuk profesörü, Uluslararası Divan ve Mahkemeler Merkezi Başkanı (PICT's Centre for International Courts and Tribunals) ve Müdür olarak görev yapmaktadır. Bir Matrix Chambers üyesi olarak ulusal ve uluslararası mahkemeler önünde görülen önemli uluslararası ceza davalarında görev almıştır. Lordlar Kamarası'nda görülen *Pinochet* davası ve Uluslararası Adalet Divanı'nda açılan *Hırvatistan, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne Karşı* davası bunlar arasında sayılabilir. Uluslararası Ceza Divanı'nı kuran Statü'nün müzakereleri esnasında Solomon Adaları'na hukuki danışmanlık vermiştir.

Önsöz

17 Temmuz 1998 tarihinde Birleşmiş Milletler Diplomasi Konferansı, Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'nü kabul etmişti. Bu II. Dünya Savaşı'nın hemen sonrasında Nürnberg'de başlayan ve ağır uluslararası suçların yargılanabileceği kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesinin yaratılmasına dek süren bir dönemin birikiminin sonucuydu.

Bundan üç ay sonra, 16 Ekim 1998'de Eski Şili Devlet Başkanı Senatör Augusto Ugarte Pinochet'ye devlet başkanlığı yaptığı esnada Şili'de işlenen insanlığa karşı suçlar kendisine isnat edilmiş, bunun karşısında İspanya'ya iadesini talep etse de Londra'da tutuklanmıştır. Böylece ilk defa eski bir devlet başkanı İngiltere'de tutuklanmış, akabinde de isnat edilen suçların uluslararası sözleşmelerle düzenlenen suçlar olması nedeniyle İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisine karşı bağışıklık talep edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bundan yedi ay sonra, 27 Mayıs 1999'da Yugoslavya Federal Cumhuriyeti Başkanı Slobodan Milosevic'e Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı tarafından Kosova'da yaptığı katliamlara istinaden suç duyurusunda bulunulmuştur. Bu kez de görevdeki bir devlet başkanına karşı ilk defa uluslararası bir mahkemede suç duyurusunda bulunulmuş olmuştu.

Bir yıldan daha kısa bir sürede vuku bulan (birbirleriyle bağlantıları olsun olmasın) bu üç gelişme uluslararası hukuk düzeninin geçirdiği dönüşümün büyüklüğünü ve yeni "uluslararası ceza hukuku" sisteminin ortaya nasıl çıktığını gözler önüne sermiştir. Bunlar tesadüfen vuku bulmuş hadiseler değildir. Daha ziyade uluslararası hukukun geçtiğimiz elli yılda gösterdiği gelişim üzerine –özellikle de insan hakları ve insancıl hukuk– inşa edilmiş, en ağır uluslararası suçların bile cezasız kaldığı sistemi değiştirecek uluslararası hukuk kurallarını yerleştirmeyi –ve yürürlüğe sokmayı– hedeflemiştir.

2001 yazında Viyana Kütüphanesi'nde gerçekleştirdiğimiz gayriresmî konuşmalar genellikle Uluslararası Ceza Divanı'nı 1946 çığır açıcı (en azından Nazi rejiminin liderleri dört konuda yargılanmıştı: Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı'nm 6. Maddesinde tanımlandığı şekliyle gizli plan ve komplo, barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar) Nürnberg davalarına bağlayan bu gelişmeler ve sonuçları konusunda halkın farkındalığını nasıl artırabileceğimizdi. Viyana Kütüphanesi Nürnberg davalarıyla ciddi biçimde bağlantılıydı: BM Komiserinin 1946 Kasım ayında yazdığı gibi, "Nazi liderlerinin yönetmelikleri, kararnameleri, emir ve tebliğlerinin Viyana Kütüphanesi sayesinde bilinir hale geldiği söylenebilir (...) Nazi Almanya'sı liderlerine karşı getirilen suçlamaların hazırlanmasında bulunduğu katkı tarifsizdir." Davalardan sonra Alfred Wiener'e İngiliz savcılarının belgeleri de verilmişti. 1995 yılında Nürnberg sanıklarından biri hariç hepsinin yeminli ve imzalı beyanları da kütüphaneye teslim edilmişti.

Viyana Kütüphanesi daha sonra Matrix Chambers ve University College London'ın PICT Uluslararası Divan ve Mahkemeler Merkezi'ni de işin içine katacak şekilde inisiyatif almanın daha uygun olacağına karar vermiştir. Neticede 2002 yılının Nisan-Haziran ayları arasında Londra'da "Nürnberg'den Lahey'e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği" temasıyla yapılan halka açık konferansa beş farklı konuşmacı davet edilmiştir.

Burada yayımladığımız beş farklı konuşma geçtiğimiz yüzyılda işlenen soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarla ilgili uluslararası ceza adaletinin tarihi ve hukuki gelişiminin izlerini takip etme amacını taşır. Uluslararası ceza adaletinin tecellisinde büyük önem ve kamu yararına sahip –politik, hukuki, kültürel– birçok soru sorar. Bu beş konuşmacı da konuya halkın anlayabileceği bir dilden yaklaşarak Nürnberg davalarından Uluslararası Ceza Divanı'nın kuruluşuna kadar geçen dönemde vuku bulan –Yugoslavya

ve Ruanda uluslararası ceza mahkemesi ve ulusal mahkemelerin oynadığı rol dahil– gelişmeleri aktarmaya çalışmıştır.

Uluslararası Ceza Divanı Statüsü son konuşmanın üzerinden üç hafta geçtikten sonra, 2 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yargıçları 2003 yılının ilk aylarında seçilecek, kısa süre sonra mahkeme faaliyete geçecektir.

Buradan PICT Merkezi'nden Noemi Byrd, Matrix Chambers'dan Nick Martin ve Anna Edmundson, *Guardian* gazetesinden Alan Rusbridger, Ed Pilkington ve Marc Sands başta olmak üzere bu konferansların düzenlenmesinde emeği geçen herkese teşekkür etmek isteriz. Ayrıca Max du Plessis ve Profesör Christine Chinkin'e de entelektüel katkılarından; David Bean QC, yüksek mahkeme istinaf dairesi hâkimi Stephen Sedley ve Sör Shridath Ramphal QC'ye de tüm yoğunluklarına rağmen vakit ayırıp bireysel konuşmalar yaptıkları için teşekkür ediyoruz. Her bir konuşmanın gördüğü büyük ilgi ve yöneltilen sorular mükâfatımız olmuştur.

Philippe Sands
University College London, Hukuk Profesörü
Matrix Chambers, Avukat

Ben Barkow
Viyana Kütüphanesi Müdürü

Katharine Klinger
Viyana Kütüphanesi

20 Aralık 2002, Londra

1

Nürnberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası

RICHARD OVERY

1945 yılının Ekim ayında azılı bir savaş suçlusu olarak yargılanan Robert Ley galip Müttefik Devletlerin, Alman liderlerini savaş suçlarından yargılama hakkını uzun ve ikna edici bir yazıyla reddetmişti. Ley ve diğerlerine isnat edilen suç 19 Ekim 1945 tarihi itibarıyla şöyle idi: "[T]üm sanıklar açıkça tanımlandığı haliyle İnsanlığa karşı Suç işlemek adına bir gizli plan ve komplo hazırlayıp uygulamaya koymuşlardır." Ley sözlerini şöyle sürdürür: "Söz konusu gizli plan nerededir? Tarafıma gösterilmesini talep ederim. Sadece suçu isnat edenlerin gördüğü ve bu isnadın bu denli korkunç olarak neye atfedildiğinden yalnızca tek bir kelimeyle bahsettikleri bu protokol veya vaka nerededir? Bütün bunların hiçbiri doğru değildir."[1] Birkaç gün sonra Ley, halka açık bir mahkemede yargılanmanın utancını yaşamaktansa hücresinde intihar ederek hayatına son verir.

Mahkemenin hukuki temelleri hususunda rahatsızlık duyanlar sadece bizzat yargı önüne çıkanlar değildi. Galiplerin, Alman liderlerini savaş suçu işledikleri gerekçesiyle yargılayabilmeleri hususunda İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerimde de bir görüş birliği yoktu. Nürnberg Askeri

[1] National Archives II (Milli Arşivler II), College Park, Maryland, Jackson ana dosyası, RG 238, Klasör 3, Robert Levy'den Dr Pflücker'e mektup, 24 Ekim 1945, s. 9.

Ceza Mahkemesi, Ley'in de tespit ettiği gibi bir deneme, hatta neredeyse doğaçlama bir tiyatroydu. İlk defa büyük bir devletin liderleri, uluslararası toplum tarafından, barış ve insanlığa karşı suç teşkil eden eylemleri gerçekleştirebilmek için komplo kurmak veya bu suçların işlenmesine sebep olmaktan yargı önünde suçlanmaktaydı. Tüm aleni sakıncalarına rağmen mahkeme, bugün modern uluslararası adaletin kalıcı bir unsuru haline gelmiş bir müessesenin esasını teşkil etmektedir.

Düşman liderlerin savaş suçlarından yargılanacağı uluslararası bir mahkeme fikri epey sonra mevzubahis olmuştur. Savaş esnasında Müttefikler, batan gemilerden kurtulan askerlerin makineli tüfekle öldürülüşünden savaş esirlerine işkence edilmesine kadar uzanan geleneksel savaş suçlarını kovuşturmayı tasarlamışlardır. Bunu gerçekleştirebilmek için ise halihazırda birtakım hukuk kuralları ve kabul edilmiş sözleşmeler mevcuttu. Yine de tüm bunlar askeri ve sivil liderlerin, her şeyden önce savaşa sebebiyet vermek ve zulmü cesaretlendirmekten yargılanmalarını kapsam altına almamaktaydı. Mihver Devletlerin önde gelen şahsiyetlerine Müttefikler tarafından, Churchill'in ifadesiyle "insafsız saldırıları herhangi bir özel coğrafya dahi gözetmeyen"[2] baş zanlılar gözüyle bakılmaktaydı. En büyük zorluk ise sivillerin göreceği muamele hususunda çıkmaktaydı. Düşman general ve amiraller, suçun işlenmesi emrini verdikleri kanıtlanabilirse olağan savaş suçluları olarak yargılanabilecekti. Oysaki sivil liderlerin durumu farklıydı. Kendilerine karşı açılan davaya emsal teşkil edebilecek herhangi bir yargılama faaliyeti daha önce hiç vuku bulmamıştı (1919 yılındaki "Kaiser'i asalım" kampanyası boşa çıkmış, zaten bu hareket her halükârda sivil bir devlet başkanı değil, üst düzey bir askeri kumandan tarafından yönetilmişti).

---

[2] Public Record Office (Devlet Kayıt Dairesi), Kew, Londra, PREM 4/100/10, Başbakan'ın notu, 1 Kasım 1943, s. 2.

İngiliz hükumeti 1942 senesinde mesele üzerine düşünmeye başladığında en gerçekçi çözüm yargılamadan tamamen vazgeçmek ve düşman liderleri alelacele idam mangasının önüne sevk etmek olarak görülmüştü. 1942 yılında Dışişleri Bakanı Anthony Eden bu durumu şöyle ifade ediyordu: "Bu şahısların suçları öylesine karanlıktır ki hiçbir hukuki prosedürün kapsamına sığmamaktadır."[1] Çözüm, İngiltere'nin savaş dönemi başbakanı olan Winston Churchill tarafından ortaya atılmıştı. Churchill, demode "kanun kaçağı" fikrini yeniden ortaya atarak düşman liderlerin yakalandıkları an doğrudan infaz edilmeleri gerektiğini öne sürmüştü. Yargısız infaz fikri, (mahkûmun kimliğinin kıdemli bir askeri görevli tarafından tespitini müteakip altı saat içinde ilan edilmek suretiyle) 1943 yılından savaşın sonuna dek İngiliz hükümeti tarafından politik olarak kabul gördü.[2] Kanun kaçaklığı beş yıl önce, 1938'de Adalet Yasası'nın [Justice Act] yürürlüğe konmasıyla birlikte İngiliz hukukundan tamamen çıkarılmıştı.

İngilizlerin yargısız infaz tercihi kısmen, tüm samimiyetine rağmen büyük ölçüde yanlış olan, kamuoyunun daha azına kanaat etmeyeceği kanısı ve Hitlerin yargılanması halinde mahkemeyi Alman milliyetçiliğini yeniden hareketlendirmek için kullanabileceği korkusuna dayanmaktaydı. Amerikalı hukukçular muhtemel bir Hitler duruşmasını prova etmiş ve rahatsız edici şekilde, Hitler'in hukuku kötüye kullanacağı ve daha kötüsü, hüküm giymemeyi dahi tartışmaya açabileceği sonucuna varmışlardı. Bu durumda ise mahkeme alay konusu olacak ve kamuoyunda kuşkuya yol açan bir düşmanlıkla karşılanacaktı.[3] Churchill Amerika'da

---

1 PRO, PREM 4/100/10, Dışişleri Bakanı'nın tutanakları, 'Treatment of War Criminals,' 22 Haziran 1942, s. 2-3.

2 PRO, PREM 4/100/10, Başbakan'm notu, 1 Kasım 1943, s. 1-4.

3 NA II, RG 107, McCloy belgeleri, Klasör 1, Chanler bilgi notu, 'Can Hitler and the Nazi Leadership be Punsihed for Their Acts of Lawless Aggression?' tarih yok (ancak Kasım 1944 olabilir).

Başkan Franklin Roosevelt ve sert mizaçlı Hazine Bakanı Henry Morgenthau'nun desteğini kazanmıştı. Ne var ki Washington'da bu konuda bir görüş birliği yoktu. Eski Dışişleri Bakanı Henry Stimson yargısız infaza karşıydı. Stimson, Batılı adalet normlarını yansıtan bir mahkeme kurulmasından yanaydı: "Sanık kendisine isnat edilen suçtan haberdar edilmeli, dinlenmeli ve tanık gösterebilmeliydi."[4] Savaş Bakanlığı, demokratik adalet normlarının Hitler gibi biri için dahi uygulanacağının gösterilmesinin Müttefiklerin savaş amacına hizmet edeceğine inanmaktaydı.

Gidişat beklenmedik şekilde yön değiştirdi. Sovyet hukukçular, Alman liderlerin mahkeme önüne çıkmadan yargılanmasına itiraz ediyorlardı. 1930'larda kurulan göstermelik mahkeme deneyimleri neticesinde, adaletin halka hitap edecek şekilde ve görünür olması gerektiği kanısına varmışlardı. Sovyet temsilcileri, Alman savaş suçlularının külliyen suçlu bulunup, suçları infaz edildikten sonra tüm "Büyük Temizlik" kurbanlarından beklendiği şekilde suçları ikrar ettirilip vurularak öldürülmelerini istiyorlardı. Churchill'le fikir ayrılığına düşen Amerikan yetkilileri ise mahkeme hususunda ısrar eden Sovyet düşüncesine tutunmuş; birliktelikleri imkânsız görülen Komünist hukukçular ve Amerikan liberalleri yargısız infazı uyum içinde protesto etmiş, hukuki bir yargılama yapılmasını istemişlerdi. Sorun ancak Roosevelt'in ölümüyle çözüme kavuşmuştu. Küçük bir kasaba yargıçlığından gelen halef başkan Harry Truman, bir mahkeme tesis edilmesini makul ve gerekli bulmaktaydı. Büyük güçler, 1945 yılının Mayıs ayında Birleşmiş Milletleri kurmak için San Francisco'da toplandığında mahkeme acilen müzakere edilmesi gereken bir madde teşkil ediyordu. İngilizler Sovyet-Amerikan ortaklığıyla saf dışı bırakılmış, Mihver devlet liderlerinin askeri bir mahkemede yargılanması üzerinde

[4] NA II, RG 107, Stimson belgeleri, Klasör 15, Stimson'dan Başkan'a, 9 Eylül 1944, s. 2.

hemfikir olunmuş ancak henüz hangi suçların kovuşturma kapsamına alınacağı belirlenmemişti. Davanın askeri bir mahkemede görülmesi fikri, savaş suçlarının askeri bir konu olduğu teamülünün bir yansıması gibi gözükse de davanın önemli bir kısmı aslında sivil yargıç ve hukukçular tarafından organize edilip görülmüştü.

Truman önce Roosevelt'in 1930'lar antitröst yasaları ışığında Amerika'nın güçlü sanayi şirketlerine karşı yürüttüğü hukuki mücadelelerle tanınmış Yeni Düzen avukatı Robert H. Jackson önderliğinde bir savcılık makamı oluşturma girişiminde bulunmuştu.[5] Jackson mahkemenin baş mimarı olup aynı zamanda sadece diğer Birleşmiş Milletler uluslarının mahkemede yargılanabileceğini savunan hoşnutsuz Sovyet, İngiliz, Fransız hukukçuları bir arada tutma görevi görmüştü.

Sovyet savcılar her ne kadar bir yargılama yapılmasından yana taraf olmuş olsalar da davanın neticesi çok önceden belli göstermelik bir dava olduğunu düşünmekteydiler. Fransız hukukçular ise mahkemenin Roma hukuku yerine Fransız hukukuna yabancı prosedürler içeren Anglo-Sakson hukukunu temel almasından dem vurmaktaydı. Öte yandan mevcut uluslararası hukukun uygun bir hukuki müessese temin edebileceğinden ve Müttefik savcılarının Mihver liderlerin savaş suçu işlediklerini tespit etmeye yarayacak somut kanıtlar sağlayabileceğinden şüphe eden İngilizler, bir mahkeme fikrine en başından karşıydı. Buna ilaveten İngiliz liderler, saldırganlıkları ve insan hakları ihlalleriyle meşhur Sovyetler Birliği temsilcileriyle dirsek temasında bulunmaktan Amerikalılara nazaran görece daha fazla rahatsızdı. Yani mahkemenin itici gücü Jackson önderliğindeki Amerikan ekibiydi. Onlar olmasaydı belki de uluslararası bir savaş suçları mahkemesi hiç kurulamayacaktı.

---

[5] NA II, RG 107, McCloy belgeleri, Başkan Truman, 9547 sayılı İcrai Emir, 2 Mayıs 1945.

Mahkeme hazırlıkları yargılamanın esasen bir hukuk uygulamasından ziyade "siyasi" bir hareket olduğunu gösterdi. Amerikan savcıları 1945 yılının Mayıs ayında göreve getirildiklerinde ne hangi suçların temel savaş suçu sayılacağı ne de verilecek cezalar hakkında fikir sahibiydiler. Bir sanık ve ağır suçlar listesi, aylar süren tartışmalar sonucu, tüm büyük Müttefik devletlerin geleneksel hukuk normlarını ihlal ederek ancak ortaya çıkabilmişti. Sanıklar beklenilenin aksine kendini kolayca ifşa etmemiş, kimlik tespiti politik mücadeleler sonunda mümkün olabilmişti. Tüm bu çabanın sonunda ise Hitler'in sabık Ekonomi Bakanı Hjalmar Schacht da dahil olmak üzere bir kısım sanıklara neden kendilerini altı ay içinde Nürnberg'in sanık sandalyesinde bulduklarına dair hiçbir açıklamada bulunulmamıştı. Schacht bizzat Müttefikler tarafından bir toplama kampında yakalanıp gözaltına alınmıştı.[6]

Sanık seçimindeki keyfilik İngiliz başsavcısının Haziran 1945 tarihinde, yeni bir sanık listesi hazırlamak amacıyla gerçekleştirilen toplantıda sarf ettiği sözlerden de anlaşılmaktadır: "Kendimize şu soruyu sormalıyız: Mahkememizin başarılı addedilmesi için bu şahsa ihtiyacımız var mı? Cevabımız evet ise, bu ismi yargılamalıyız."[7] Sorumluluğun sanıklar arasında bölüştürülmesi ise anahtar kişilerin ölüm veya intiharlarıyla daha da zorlaşmıştı. Hitler 30 Nisan 1945'te intihar etmiş; SS komutanı ve soykırımcı Heinrich Himmler İngiliz nezareti altındayken kendini öldürmüş; Joseph Goebbels sığınakta Hitler'le birlikte ölmüş; Benito Mussolini ise savaşın sona ermesinden kısa süre önce partizanlar tarafından öldürülmüştü. Bilhassa bu son ölüm Mihver liderlerini yargılama fikrinden vazgeçilmesini epey hızlandırmıştı. Ön-

---

6 Imperial War Museum, Londra, FO 645, Klasör 154, Dışişleri Bakanlığı Araştırma Dairesi, Schacht şahsi dosya; PRO, WO 208/3155, Schacht şahsi dosyası.

7 PRO, LCO 2/2980, British War Crimes Executive'in ikinci oturumunun tutanakları, 21 Haziran 1945, s. 2.

celeri İtalyan isimleri de sanık listesinde yer alırken Haziran itibariyle bu isimler listeden çıkarılmıştı. İtalyan savaş suçluları yargılanmak üzere İtalyan hükümetine teslim edilmişti. İtalya o gün itibariyle artık Batı tarafından potansiyel bir yeni müttefik olarak görülüyordu. Müttefiklerin Macaristan'ın Amiral Horthy'si gibi ittifak kurabilecekleri diğer kişiler de sessizce listeden çıkarılıyordu. Yaz ortasına doğru tüm savcılar sadece Alman siyasi ve askeri liderlerinin yargılanması fikrini kabul etmek durumunda kalmışlardı.

Bu karar bugün dahi sorgulanmaktadır. 1945 yılında uluslararası toplum ilk defa hainlik yapan bir üyesinin yargılanması olgusuyla karşı karşıya kalmıştı. Teoride tüm hükümet ve askeriye tevkif edilebilmekteydi: Robert Ley'in mahkemenin hukuki temelini reddettiği tiradında söylediği gibi, eğer sanıklardan biri suçluysa hepsi suçlu sayılıyordu. Amerikalıların hazırladığı ilk listelerde yüzden fazla sanığın adı geçmekteydi. Sör David Maxwell Fyfe önderliğinde toplanan İngiliz savcılık ekibi daha küçük ve kontrol edilebilir bir grup oluşturulmasını savunmuş; yazın büyük bir kısmında sadece aralarında şahsına münhasır ikinci adam Hermann Göring'in de bulunduğu yarım düzine azılı Nazi'nin yargılanması talep edilmiştir. İngiliz ekibi bir noktada heybetli Göring'in diktatörlüğün sembolü olarak bir defaya mahsus olmak üzere hızlıca yargılanabileceğini tartışmaya açmıştı.[8] Herkesin üzerinde mutabık kaldığı bir sanık listesi oluşturmaktaki temel zorluk ise III. Reich'ın iktidar yapılanmasının taraflarca farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktaydı. 1945 yılında kabul gören görüş habis Hitlerizm'in eski Prusya militarizminin ve ekonomik gücünün yayılmasından ibaret olduğuydu. Esas kötüler iddia edildiği üzere Nazizmin finansörlüğünü yapan Junker aristokrasisi ve sanayi patronlarıydı. Churchill'in başbakan yardımcılığını yapan, daha

[8] PRO, LCO 2/2980, British War Crimes Executive'in üçüncü oturumunun tutanakları, 25 Haziran 1945, s. 1-4.

sonra 1945 Temmuzunda İşçi Partisi'nin zaferiyle başbakan olan Clement Attlee, general ve iş adamlarının da sahneye çıkarılması gerektiğini şiddetle savunmaktaydı. Attlee emsalsiz bir hışımla "haydut gibi davranan görevlilerin" vurulması gerektiğini yazmış ve "diğerlerine ibret teşkil etmesi için" bir grup Alman işadamını mahkemeye çağırmıştı.[9]

Elbette ki bu görüşler herkesçe kabul görmemiştir. Önemli miktarda üst düzey devlet görevlisinin suçlanıyor olmasının mağlup düşmanın Müttefik devletlerin askeri liderlerinin de hatalı olduğunu iddia edebileceği şeklinde yorumlanmasından çekinilmiştir. Alman bombardımanının suçlamalar arasından hızlıca çıkarılmasının sebebi budur. Ekonomik suçluların durumu da keza aynıdır. Sovyet hukukçular, İngiliz sosyalistler ve Jackson'ın Yeni Düzenci ekibi sanayici sermayedarları Nürnberg'e dahil etmenin hiçbir sakıncası olmadığı görüşünde olup, finansal faaliyetleri politika ve savaştan ari tutanlar tarafından bu fikre karşı çıkılmıştı. Hitler'in silahlanmadan sorumlu bakanı ve savaş ekonomisi lordu Alpert Speer'in durumu dahi tartışmaya açılmıştı. İngiliz bir yetkili Speer'in aslında bir savaş suçlusu değil, "idareci" olduğunu öne sürmüştü.[10] Finansal önderlerin fail değil memur olduğunu kabul eden bu görüş sayesinde Speer davanın sonuçlandığı 1946 yılında asılmaktan kurtulmuştu.

Kimlerin suçlanacağı hususundaki tartışmalar Müttefiklerin denemeye koydukları sistemin doğası hakkında şüpheye düşülmesine neden oldu. Toplanan istihbarat ve sorgulama neticesinde görüntü ancak yaz sonuna doğru yavaş yavaş netleşmiş, kayda değer boşluklar ise mevcudiyetini korumuştu. Holocaust'un kapsamı ve yapısı hakkında edinilen bilgi Yahudi derneklerinin sağladıklarıyla sınırlıydı. Soykırımın esas amirleri Gestapo şefi Heinrich Müller ve

---

[9] PRO, PREM, 4/100/10, Başbakan Vekili, 'Treatment of Major Enemy War Criminals,' 26 Haziran 1944.

[10] PRO, LCO 2/2980, British War Crimes Executive, 15 Haziran 1945, s. 2.

yardımcısı Adolf Eichmann'ın adları muhtemel sanıkların arasında yer almıyordu. Savcılık makamı sadece diğer parti fanatiklerinden daha fazla sesi çıktığı için antisemitik *Der Strümer* dergisinin editörü Julius Streicher'yı Nazi ırkçılığının temsilcisi olarak addetti. Streicher'nın ne ırkçı SS yapılanması içinde bir yeri vardı ne de Holocaust'un ayrıntılarına vakıftı; üstelik 1940'ta Hitler tarafından *Frankonya Gauleiterlığı* [*Nazi Partisi Bölgesel Lideri*] görevinden de azledildikten sonra itibarını da kaybetmişti. Holocaust ve failleri hakkında kapsamlı bir sorgu tutanağı hazırlanması ancak 1945 yılının Kasım ayında, yargılamanın başlamasını takip eden günlerde, Müttefik devletlerin esas peşine düşmesi gereken kişilerin hâlâ dışarıda olduğunun açığa çıkmasıyla mümkün olmuştu.

Verilen tavizler sonucu yirmi iki kişinin ismi üzerinde mutabık kalınmıştır. İngilizlerin belirlediği ilk altı isim kapsam dışı bırakılmıştır. Bunlar Göring, Dışişleri Bakanı Joachim von Ribbentrop, İçişleri Bakanı Wilhelm Frick, işçi cephesi lideri Robert Ley, güvenlik donanımı sorumlusu Ernst Kaltenbrunner ve partinin baş ideoloğu Alfred Rosenberg'dir. Diktatörlüğün diğer önemli kısımlarını temsilen başka isimler sanık listesinde yer almıştır. Temsil meselesi hukuken şüphe uyandırmış olsa da mevcut yargılamanın genişliği konusunda Müttefikler arasında çıkan anlaşmazlıklar bu vesileyle büyük ölçüde çözülmüştür. Streicher antisemitizmi; Hitler'in askeri kabine başkanı Wilhelm Keitel ve operasyonlardan sorumlu yardımcısı Alfred Jodl Alman milliyetçiliğini; bahtsız ekonomi bakanı Schacht ve halefi Walther Funk ise Alman kapitalizmini temsil etmişlerdir. Jackson, ismi Almanya hudutlarını aşan sanayici Gustav Krupp'un da yaşına ve fiziki zayıflığına rağmen davaya dahil edilmesi gerektiğini savunmuştur. Ancak Krupp mahkeme önüne çıkamayacak kadar hastadır. Nihayet Jackson'ın temsil ilkesini genişleterek Krupp yerine oğlu Alfried'i hâkim önüne çıkarma çabası diğer iddia makamlarınca aşırı bulun-

muş ve yargılamaya Prusyalı "demir baronunun" yokluğunda devam edilmiştir.[11]

Başka isimler de muhtelif gerekçelerle davaya eklenmiştir. Alman donanmasının başı ve kısa dönem için Hitler'in halef şansölyesi Karl Dönitz'in ismi Sovyet Dışişleri Bakanı'nın önerisiyle Postdam konferansında sanık listesine dahil edilmiştir. İngilizler davaya sadece birkaç gün kala Dönitz'in dosyasındaki delillerin zayıflığı nedeniyle suçsuz bulunabileceğini, bunun da davanın tüm amacıyla ciddi biçimde ters düşerek yargılamanın selametini tehlikeye atabileceğini öne sürmüştür.[12] Sovyetler Birliği ise Nürnberg'deki Nazi mahkûmlarının mahkemeye çıkarılmıyor olmasından hiç hoşnut değildi. Bu nedenle Sovyetler, Amiral Erich Raeder ve Goebbels'in propaganda bakanlarından Hans Fritsche'nin de Ağustos ayı itibariyle sanık sandalyesine oturtulmasında ısrar etti. SS içişleri bakanı ve Nazi Halk Mahkemesi başkanı Otto Thierack ve SS komutanı, Düzen Polisi [Ordnungspolizei] amiri ile saldırılar ve soykırımda kullanılan teçhizatın sorumlusu Kurt Daluege gibilerinin isimleri nihai listede yer almazken, geri kalan Nazi bakan ve yetkililerinin yargılanmayı hak edecek fiillerde bulunduğu kabul edildi. Hem Otto Thierack hem de Kurt Daluege Müttefikler tarafından gözaltında tutuluyordu. Müttefikler Jackson'ın teşvikiyle ilerleyen günlerde kurulacak mahkemelerde yargılanmalarını temin edebilmek için belli başlı bazı organizasyon ve kişileri mahkemeye çağırmaya karar vermişti. Amaç bu yapıları suçlu ilan ederek daha sonra kurulacak mahkemelerin sanıkları gerçek kişileri *prima facie* [*karine olarak*] suçlu ilan ederek

---

[11] Krupp hakkında bkz. Imperial War Museum, FO 645, Klasör 152, Başsavcılar toplantısı tutanakları, 12 Kasım 1945, s. 1. Jackson'ın Krupp hakkındaki görüşleri için, NA II, RG 238, Klasör 26, basın açıklaması metni.

[12] PRO, WO 311/576, British War Crimes Executive'den War Office'e, 20 Haziran 1945, War Office'den Supreme Headquarters, Allied Expeditonary Force (Paris)'e, 27 Haziran 1945.

prosedürü hızlandırmaktı. Böyle bir mantık gütmenin hukuka ne kadar uygun olduğu tartışılmış, adaletin geriye dönük olarak işlemesi eleştirilmişse de, yirmi iki sanık mecazen de olsa SS, SA, Gestapo, Alman hükümetini ve yüksek askeri komutasını temsil etmeye devam etmiştir.[13]

Suçlamaların kapsamı belirlenirken ise nispeten daha az keyfi davranılmıştı. Bu aşamada mahkemenin elinde hiçbir emsal karar bulunmamaktaydı. I. Dünya Savaşı'nın sonunda savaş suçlarını tanımlayan ortak mutabakat Nazi sistemi tarafından delik deşik edilmişti: "sistematik terörizm," "sivillere işkence edilmesi," "hâkimiyetin ve egemenliğin gaspı" ve diğerleri.[14] Burada zor olan, hâkim önüne çıkan sanıklardan sadece birkaçı mahkemenin amacına hizmet eden suçları işlemiş veya işlenmesi için emir vermiş olduğu için bu sanıklara isnat edilebilecek nitelikte suç tanımları yapabilmekti. Esas suç saldırı savaşı olarak belirlenmişti. Böyle bir suç tanımı daha önce uluslararası hukuk lügatinde yer almamış olup, sadece kovuşturulması dahi suç teşkil eden bazı eylemlere yol açacak nitelikteydi. Savaş safi saldırı da içerse, iki tarafın da aynı haklara sahip olduğu, hukuken doğal bir vaka olarak nitelendirilmekteydi. Nazi hükümetinin savaşla ilintili eylemlerini suç olarak tanımlayabilmek için uluslararası hukukun geriye dönük olarak yeniden yazılması gerekmekteydi. Tüm umutlar Alman halkına karşı dikta yönetimi tarafından işlenen suçların ve insanların farklı ırktan oldukları gerekçesiyle zulüm görüp öldürülmesinin iddianamede nihai olarak yer almasındaydı. Bu durum ise uluslararası hukukta kabul gören, haksız da olsa egemen bir devletin içişlerine karışılmayacağı ilkesiyle de çelişmekteydi. Dolayısıyla hukuki bir reform yapılması davanın ön şartı haline gelmişti.

Jackson ve Amerikan ekibi tarafından önerilen radikal çözüm, saldırı ve suç odaklı bir savaş gütme planı doğrultusunda ika edilmiş tüm fiillerin suç sayılmasıydı. Bu totolojik

[13] NA II, RG 238, Klasör 34, Iddianame ilk taslak, s. 1.

[14] NA II, RG 107, McGloy belgeleri, Klasör 1, Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu bilgi notu, 6 Ekim 1944, Ek A.

çıkış noktası ilk olarak 1944 yılının Kasım ayında Amerikalı askeri avukat Murray Bernays tarafından ortaya atılmıştı. Bu yaklaşımın tüm yalınlığına rağmen getireceği fayda ortadaydı. Bernays saldırı savaşı planlarının rejimin iktidara geldiği 30 Ocak 1933'ten itibaren gerçekleştirdiği tüm eylemleri de haliyle kapsayacağı kanısındaydı. Alman halkının gördüğü keyfi baskı, yeniden silahlanma planları, din ve ırk azınlıklarına zulmedilmesi de dahil 1939 yılında başlatılan saldırı savaşı neticesinde işlenen tüm suçların bu kapsam altına sokulabilmesi böylece mümkün olacaktı. Ayrıca suçun savaş planları ve gizli anlaşmaları kapsaması, sanıkların üstlerinden gelen emirlere itaat ettikleri savunmaları ve o tarihlerde henüz hayatta olan Hitler'in egemen bir devletin başı sıfatıyla bağışıklık talep etmesi ihtimallerini de bertaraf ediliyordu. Planlama aşamasının suç haline getirilmesi, takip edilmesi hedeflenen fiillerin ikasında gerçekten sorumlu olup olmadıklarına bakılmaksızın herkesin sanık olmasını sağlıyordu.[15]

Bu plan ve gizli anlaşma fikri, tüm yargılama boyunca Amerikan iddialarının temelinde yer aldı. 1945 yılının Mayıs ayında Amerikan Savaş Bakanlığı tarafından Jackson'a esas savaş suçlularının "Önce Avrupa, sonra da Dünya üzerinde tam hâkimiyet kurmaya yönelik gizli plan ve anlaşmalar" yaptığını iddia eden bir memorandum hazırlandı.[16] Haziran ayında ise Jackson Başkan Truman'a, Alman liderlerinin Alman gençliğinin beyninin yıkanmasından, ticaret odalarının susturulmasına kadar tüm eylemlerini suç odaklı bir dünya savaşına sebep olan grotesk hırsın temelleri üzerinde yükselen bir master plan dahilinde gerçekleştirdiklerini rapor etmişti.[17] Jackson'a göre planlama aşamasının da suç olarak

---

[15] NA II, RG 107, Stimson belgeleri, savaş suçları bilgi notu, 9 Ekim 1944; Stimson'dan Stettinius'a mektup, 27 Ekim 1944, 'Trial of European War Criminals: The General Problem,' s. 1-5.

[16] NA II, RG 107, McCloy belgeleri, Klasör 3, taslak Plan Notu, 13 Mayıs 1945, s. 2.

[17] NA II, RG 107, Stimson belgeleri, Klasör 5, Stimson'dan Bernays'e, Başkan'a rapor, 7 Haziran 1945.

nitelendirilmesiyle bu master plan çatısında rejimin tüm suç politikalarını da kapsayacak ve böylece yeni suç kategorileri oluşturma zorunluluğu ortadan kalkacaktı.

Bu gizli plan ve anlaşmalar tezi diğer savcılık takımları nezdinde rahatsızlık ve şüpheye yol açmıştı. İlk sorun en basitinden kanıt sorunuydu. Amerikalıların açtığı davada temel alınan belge Hitler Almanya'sının gelecek dışişleri politikasının ana hatlarını çizen Hitler'in *Kavgam* adlı eseriydi. 1945 Haziranında kitabın içeriğine ilişkin yapılmış bir İngiliz Dış İşleri analizine göre kitap, "Nazilerin fetih ve hâkimiyet hedeflerini tamamen ve açıkça ortaya koymamakta" idi.[18] İngilizler Nazilerin muazzam fırsatçılar olduklarını, kovuşturmanın gizli anlaşma ve plan teorisinin sadece hukuken değil kanıt bakımından fiilen de yetersiz kalacağını savunmuşlardı. İkinci sorun ise saldırı savaşı için gizli anlaşma ve planlar yapılması suçunun herhangi bir hukuki temelinin bulunmamasıydı. Jackson 1928 yılında Paris'te altmış beş ülke tarafından imzalanan Kellogg-Briand Paktı'nın [1928 tarihli Paris Paktı] bu minvalde bir temel oluşturduğunu iddia eder. Ancak Pakt, uluslararası bağlayıcılığı olan bir sözleşmeden ziyade yalnızca bir irade beyanından ibaret olup, bu irade açıkça şuydu: Meşru müdafaa durumları hariç anlaşmazlıkların giderilerek savaş açmaktan vazgeçilmesi. Bu pakta imzalanmasını takip eden on yılın bir noktasında illa ki saldırganlaşmış olan Almanya, Japonya, İtalya ve Sovyet Birliği de katılmıştı. Paktın arkasındaki Amerikan sponsorları Paktın "savaşın hukuksuzluğunu" müjdelediği kanısındaydı. Bu görüş Jackson'ın daha sonra ortaya atacağı "saldırı savaşı hukuksuz ve suçtur" savına dayanak teşkil etmiştir.[19]

Fransız ve Sovyetlerin yargılamaya yaklaşımı da ayrı bir sorundu. İki ülkenin hukuki geleneği de gizli plan ve anlaş-

---

[18] PRO, LCO 2/2900, Foreign Office notu, 'Nazism as a Conspiracy for the Domination of Europe,' 22 Haziran 1945, s. 1-2.

[19] NA II, RG 107, Başkan'a rapor, 7 Haziran 1945, s. 6-7. Ayrıca bkz. J.P. Kenny, *Moral Aspects of Nuremberg* (Washington DC, 1949), s. 6.

ma teorisinin desteklenmesine elverişli değildi. Öte yandan Anglo-Sakson hukuku çatısı altında tüm suç ortaklarını gizli plan ve anlaşmaya katılmaktan dolayı eşit derecede suçlu bulmak mümkündü. Fransız, Sovyet (ve Alman) sanık hukuku ise, sanığın sadece doğrudan müdahil olduğu belirli eylemlerle suçlanması gerektiğini ilke edinmişti. Fransızlar yargılamanın önceden belirlenmiş vahşet ve terörizm eylemleri temelinde inşa edilmesi gerektiğini savunmuş fakat bu durumun sanıklardan birçoğunun Nürnberg'de yargılanmasına engel teşkil edeceği kanısına varılmıştı. İddianame'de daha sonra kullanılacağı haliyle "barışa karşı suç" kavramını ilk kez ortaya atan Sovyet hukukçuların "gizli plan ve anlaşmalarla saldırı savaşı gütme" teorisinin 1936'da Polonya, 1941'de Sovyetler Birliği'nde vuku bulan ihlal vakalarına benzer eylemlerle sınırlı kalmak üzere Mihver Devletlere uygulanmasını sakıncalı buluyordu. Bu endişe işin hukukiliğine de gölge düşürüyordu. Eğer Jackson saldırı savaşı suçu kavramını uluslararası hukuk lügatine dahil ederse, Sovyetler Birliği de 1939 yılında Polonya ve üç ay sonra Finlandiya'ya yaptığı saldırılardan dolayı eşit derece suçlu bulunacaktı. Jackson bu durumun fazlasıyla farkındaydı. Kendi kişisel "Saldırı" dosyasında 1936 tarihinde Almanya ve Sovyetler Birliği arasında imzalanmış, Polonya'nın bu iki ülke arasında nasıl paylaşılacağını tespit eden anlaşmanın hükümleri hazır bulunuyordu. Jackson bu anlaşmayı dosyasında tuttu ve Nürnberg'de hiç ortaya çıkarmadı. Sovyet yetkilileri Polonya'ya saldırı tartışmasının Sovyet savcısının açılış konuşmasından çıkarılmasını emretmiş, Sovyet mahkeme ekibi de sanıklar tarafından herhangi bir şekilde Sovyet-Alman ittifakının gündeme getirilmesini kati suretle engellemekle görevlendirilmişti.[20]

---

[20] NA II, RG 238, Klasör 32, agresyon dosyası. Ayrıca bkz. S. Mironenko 'La collection des documents sur le procès de Nuremberg dans les archives d'état de la fédération russe,' *Les procès de Nuremberg et de Tokyo,* ed. A.Wieworka (Paris, 1996), s. 65-6.

Tüm bu itirazlar bazı noktalarda taviz verilmesiyle neticelendi. Jackson gizli plan ve anlaşma suçunun sadece bazı belirli Mihver faaliyetlerine atfedilmesini ve diğer tüm suçlamaların şemsiye suç olarak genel bir gizli plan ve anlaşma suçu altında değil, ayrı ayrı gündeme getirilmesini kabul etti. Yine de hâlâ terör ve ırkçılık rejiminin nasıl iddia konusu yapılacağı hususunda zorluklar vardı. Savcıların hiçbiri sadece savaşa veya savaş suçlarına odaklanmak istemiyordu. Bilhassa Amerikan ve İngiliz savcılar Nazi antisemitizminin de suç sayılması gerektiğini savunmaktaydılar. Bunu sağlayabilmenin ne kadar zor olacağı ise Nazilerin ırk ve millet temelli zulümlerini tanımlamak için akademik bir karar alınması noktasında anlaşıldı. Rafael Lemkin "bütün bir milletin gelişimini sekteye uğratmak veya bu milleti yok etmek" saikinin tanımına bir de "soykırım" ibaresini eklemiş ancak Yahudilerin bir millet oluşturmamaları nedeniyle bu tanım kapsamında korunmayacaklarını belirterek antisemitizmi kendi dava listesindeki "soykırım" vakalarından ari tutmuştur.[21] Sovyet ve Fransız savcılar kendi vatandaşlarının zulme uğramasının da yargılamaya konu edilmesinden endişe duymaktalardı. Böylece "insanlığa karşı suç" adı altında yeni bir kategori oluşturuldu. Yahudilerin, çingenelerin ve Lehlerin gördüğü zulüm artık bu suç kapsamı altına sokulabilecekti.

En kuvvetli hukuki itirazla ise hiçbir zaman hakkıyla yüzleşilmemiştir. Uluslararası anlaşmalarla tanımlanan savaş suçları haricinde sanıkların ika ettiği ve bugün suç olarak değerlendirilen eylemlerin hiçbiri işlendikleri zamanda suç sayılmıyordu. Robert Ley mahkemenin hukuki temelini reddederken yargılanması istenen suçların, önce iddianamede yer aldığını daha sonra Mahkeme'yi tesis eden 8 Ağustos 1945 tarihli kuruluş beyanıyla yasalaştığını iddia eder.[22] Bir-

[21] NA II, RG 238, Hâkim'in belgeleri, General John Weir'den Rafael Lemkin'e bilgi notu, 14 Temmuz 1945, s. 3-14.

[22] NA II, RG 238, Jackson ana dosyaları, Klasör 3, Ley'den Pflücker'e, s. 1.

çok hukuki gelenek geriye dönük adalet kavramına yabancıydı. Mahkemenin kovuşturabileceği suçları bizzat kendisinin yaratması hem yasama hem de yargı görevi gördüğü anlamına geliyor, bu durum ise Batı hukuk geleneğince reddediliyordu. Harvard Üniversitesi'nin Dekan Vekilinden gizli plan ve anlaşma suçlaması hakkında hukuki görüş vermesi istendiğinde Dekan, geriye dönük adaletin "Anglo-Amerikan hukuk düşüncesi"yle örtüşmediğini, "akılsız ve gayrimeşru" olması nedeniyle reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.[23] Londra Üniversitesi'nde uluslararası hukuk profesörü olan H. A. Smith ise 1945 yılının Aralık ayında mahkemenin "özel bir vaka" olarak değerlendirilmesinin icap ettiğini, "hiç kimsenin işlendiği zaman suç olmayan bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı" ilkesinden bilerek ve istenerek vazgeçildiğini yazar. Profesöre göre sadece zaman bu "çok ciddi" kararın "doğru veya yanlış" olduğunu gösterecektir.[24]

Jackson tüm bu itirazların elbette farkındaydı. 1945 Haziranında Truman'a yargılama planına ilişkin ilk raporunda Mihver Devletlerin işlediği suçların, tayin edilen suçlar olmasa dahi "Kabil zamanından beri suç olarak" görüldüklerini savunur.[25] Geriye dönük adaletin lehine görüş ise, iddianamede belirtilen eylemlerin birçoğunun sanıklarca ika edildiği anda aslında cezai nitelikte olduğunun ve dikta rejimi tarafından korunmadıkça cezai kovuşturmaya tabi tutulduğunun bilindiği savı üzerinde temellendirilir. Tüm bu savlar dayanıksız olmakla birlikte Mahkeme'nin esas amacı mevcut uluslararası hukuk normlarına uymak değil, insan hakları ihlallerinin nasıl tazmin edileceği ve sınırları üzerinde yeni kurallar yaratmaktı. 19 Ekim 1945 tarihinde ya-

---

[23] NA II, RG 107, McCloy belgeleri, Klasör 3, 'Morgan's Opinionon Conspiracy Theory,' 12 Ocak 1945, s. 2-4.

[24] H.A.Smith, 'The Great Experiment at Nuremberg,' *The Listener*, 34. sayı, 13 Aralık 1945, s. 694.

[25] NA II, RG 107, Stimson belgeleri, Klasör 5, Bernays'den Stimson'a, 7 Haziran 1945, s. 4-5.

yımlanan iddianame dört ana suçu temel almaktaydı: saldırı savaşı için gizli plan ve anlaşmalar yapmak; barışa karşı suç; savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar. Davacı dört devletten en az biri, örneğin Sovyetler Birliği, geride bırakılan on yıl içinde sayılan dört suçtan üçünü kasten işlemişti.

Kanıt teşkil eden belgelerin ve diğer materyallerin Fransızca ve Rusçaya tercümesine harcanan vakit iddia makamının ihtiyaç duyduğu evraklara zamanında erişememesi veya bunları ancak son anda inceleyebilmesi anlamına gelmekteydi. Özellikle savunma avukatları savunma için gerekli belgelere erişmekte sorun yaşamaktaydı. Savcıların etrafında yetenekli tercümanlar ve çevirmenlerin olmaması sorunun temel nedeniydi. Birikmiş ve bekleyen evrakın çokluğu yargılamanın tahmin edilenden daha uzun süreceği anlamına geliyordu. 1945 yazında ilk duruşmanın Eylül ayında yapılacağı, davanın da Noel civarı sonuçlanacağı öngörülüyordu. Adaletin her zamanki hızında tecelli edeceğini düşünen Müttefik kamuoyunu tatmin edebilmek için hızlı bir yargılama yapılması gerekmekteydi.[26] Gerçekte ise yargılama yaklaşık bir yıl kadar sürdü ve neticesinde halkın ilgisini sürdürebilmenin ne kadar zor olduğu açığa çıkmıştı.

Yargılamanın ne kadarının hukuki ne kadarının politik gerekçelerle yapıldığını saklamak da ayrı bir zorluk teşkil etmiştir. Örneğin Sovyet yetkilileri tüm sanıkları *a priori* [önceden] suçlu bulduklarını saklamamışlardır. Dava, Nazi liderlerinin idam edilmeden önce halk tarafından kınanmak için ifşa edileceği göstermelik bir davadan ibarettir. Stalin, mahkemede Sovyetler Birliği çıkarlarıyla ters düşecek herhangi bir gelişme olmasını önlemek adına Nürnberg odaklı gözlemci bir hükümet komisyonu kurdurmuştur. NKVD [Sovyet İçişleri Halk Komiseri] Albay Likhachev'i diğer üç savcılık ekibinin desteğini kazanması ve Sovyet dışişleri politikası hakkında rahatsız edici bir soruyla karşılaşma ih-

[26] PRO, FO 1019/82, Maxwell Fyfe'dan Jackson'a, 21 Eylül 1945, s. 2.

timalini bertaraf etmesi için 1945 yılının Kasımında Nürnberg'e gönderir.[27] Her ne kadar İngiliz yetkililer Katyn katliamında Leh askerlerin Naziler değil Sovyetler tarafından öldürüldüklerinden emin olsalar da diğer güçler bu durumu tolere eder. Mahkeme yargıçları için verilen yemeğin onur konuğu olan Sovyet Başsavcısı Andrei Vyshinsky, kadehini dehşetengiz bir biçimde sanıklar için kaldırır: "Mahkemeden mezara giden yolları açık olsun!"[28]Bu tavır aslında hukuken eşit muamele görmesi gereken insanların eli kulağında idamlarına zar zor razı gelen Amerikan ve İngiliz hukukçularını oldukça zor durumda bırakır.

Nihayet diğer üç Batılı güç, Sovyetler Birliği'nin durumunun Mahkeme tarafından tanımlanan yeni suç kategorileri altında değerlendirilmekten muaf tutulmasında karar kılar. Tüm yargılama boyunca sadece bir defaya mahsus olarak Sovyet-Fin savaşından kısaca bahsedilmiş ve konu hızlıca kapatılmıştır. Bombalama iki tarafta da ciddi sayıda masum insanın hayatını kaybetmesine neden olmuş olsa da savaş suçu olarak nitelendirilmemiştir. Nazi kamplarındaki dehşetin Mahkeme'de yeni yeni ifşa edildiği dönemlerde Sovyetler bir yandan kendi işgal sahasında, yüz yirmi bin kişinin yargılanmadan gönderildiği, içlerinden kırk üç bininin idam edildiği veya bir şekilde hayatını kaybettiği Elbe ve Mühlberg toplama kamplarını kuruyordu.[29]

Soğuk Savaş kapıdayken işbirliği muhtelif nedenlerden dolayı askıya alındı. Batılı kuvvetler için mahkemenin Müttefikler arasında bir münakaşaya sebebiyet vermemesinin yanı sıra Sovyetler Birliği'nin uluslararası camiada suçlu olarak görülmemesi de oldukça önem arz ediyordu. Bu iki-

---

[27] A. Vaksberg, *The Prosecutor and the Prey: Vyshinsky and the 1930s Moscow Show Trials* (Londra, 1990), s. 258-9.

[28] T. Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir* (Londra, 1993), s. 211

[29] A. Kilian, *Einzuweisen zur völligen Isoleirung, NKWD-Speziallager Mühlberg/Elbe 1945-1948* (Leipzig, 1993), s. 7.

yüzlülük hali *Realpolitik* dayanak gösterilerek askıya alındı. Aksi halde mahkemenin uluslararası ahlak ve insan hakları konusunda bir söylemde bulunmaktan ibaret tüm amacı yerle bir edilmiş, Nazilerin suçları da istenilenin aksine ahlaki bir görelilik içinde değerlendirilmiş olacaktı. Davanın siyasi amacı duruşmaları Almanya'nın yeniden eğitilmesini hedef alan genel bir programın parçası haline getirmek ve dolaylı olarak Avrupa'nın geri kalanına yaymaktı. Duruşma öncesi yapılan sorgulardan birinde Amerikan sorgu yargıcı Howard Brundage sorguladığı diplomat Fritz Wiedermann'a mahkemenin neyi temsil ettiğini şöyle açıklar:

> Burada Alman çocuklarının hayrına yazılı bir belge oluşturmaya çalışıyoruz. Böylece eğer bir gün yine bir çete kontrolü ele geçirirse, bu çocukların elinde geçmişe bakıp önceden uyarılacakları bir şey olacak (...) [A]merika Birleşik Devletleri'nin bundan hiçbir çıkarı yoktur. Biz sadece Alman halkına ders niteliğinde bir yazılı belge bırakmak için çabalıyoruz.[30]

İddianame'de yer alan liberal değerler içerisine yedirilmiş haliyle Batı dünyasının daha yüksek ahlaki değerlere sahip olduğu varsayımı, inşa edilen yeni ahlaki ve siyasi düzenin temellendirilmesi bakımından gerekli görülmekteydi.

Mahkeme'nin bizzat kendisinden kaynaklanan başka hukuki sorunlar da mevcuttu. Kanıt hususundaki hükümler ideal olmaktan çok uzaktı. Yahudi soykırımına ilişkin hayati önem taşıyan kanıtlar 1946 yılının Mart ayında Auschwitz komutanı Rudolf Höss'ün yakalanmasıyla ancak ortaya çıktı. Böylece Höss'ün ifadesi tutanaklara tamamen dahil edilemeyecek kadar geç alınmış oldu. Sovyetler Birliği, doğudaki Alman zulmüne ilişkin yeminsiz yazılı ifade beyanları sunmuş olsa da Sovyet vatandaşlarının tanık olarak Nürnberg'e

---

[30] Imperial War Museum, FO 645, Klasör 162, Fritz Wiedemann'ın Nürnberg'de alınan sorgu tutanakları, 9 Ekim 1945, s. 22-3.

getirilmelerine karşı çıkmıştı. 1945 yazının ilk aylarında Jackson'ın ekibi tüm dava materyalinin toplanmasını beklemenin davanın amacına ters düşeceğine dair gizli bir memorandum yayımlamış, davanın halihazırda mevcut bulunan kanıtlar üzerinden yürütülmesi gerektiğini savunmuştu.[31] Gizli anlaşma ve plan teorisinin ifşasının zor olacağı anlaşılmış, en nihayetinde sanıklardan üçü; von Papen, Schacht ve Fritzsche dört suçlamanın dördünden de beraat etmişti. Daha sonra yapılan tarihi araştırmalarda mahkemenin ve hukuki temellerinin yol açtığı çekincelere rağmen rejimin zulmüne ilişkin çok sayıda ek kanıt elde edilmiş; bu suçlara yaygın şekilde iştirak etmiş birçok memur, asker ve hâkim tarafından doğrulanmış olsa da, iddia edildiği gibi bir gizli toplu plan veya anlaşmanın mevcut olmadığı ortaya konmuş ve tüm bunların suç unsuru taşıyan bir sistemin parçası olduğu kanaati her halükârda yanlış şekilde temellendirilmiş sayılmıştı.

Nürnberg yargısı bir deneydi. Galip güçler şiddetin ve faillerinin uluslararası camia tarafından bu sefer farklı muamele görmeleri hususunda mutabıktı. Böylesi bir deneyi ortaya koyabilmek için uluslararası ilişkilerde ve insan haklarına dair temel konularda belirli davranış kuralları belirlemek gerekiyordu. Savaşla ilişkilendirilen suçların fıtratı açıkça tanımlanmalı ve bu suçlara hukuki bir statü kazandırılmalıydı. 1945 Yazında olup bitenler arasında en çarpıcı olan davanın keyfiliği ve hukuki teamüllere aykırılığı değil, Avrupa'nın savaş sonrası kaos esnasında çağdaş uluslararası savaş suçları hukukunun ve insan hakları sözleşmelerinin temellerini atabilmesidir. 2002 yılında kurulan Uluslararası Ceza Divanı da 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bundan iki yıl sonra imzalanan soykırım sözleşmesi gibi doğrudan Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi'nin soyun-

[31] NA II, RG 107, McCloy belgeleri, Klasör 3, taslak Plan Notu, 13 Mayıs 1945, s. 3-5.

dandır. Mahkemenin diplomatik düzeyde mutabık kalınmış, politik menfaatlerle desteklenen siyasi bir eylem olduğuna şüphe yoktur. Sanıkların seçimi ve suç tanımları son derece keyfi şekilde yapılmış olup savcılar ve dört Müttefik ülkenin hükumetleri arasında bitmek bilmeyen tartışmalar yaşanmıştır. Yine de nihai sonucun itirazlarda iddia edildiğinin aksine daha az ön yargılı ve daha çok kendiliğinden olduğu söylenebilir. Mahkeme ne *III. Reich* gerçeğini, ne devlet zulmüyle öldürülen veya ölümlerine göz yumulan yedi milyon erkek, kadın ve çocuğun kaybını ne de Avrupa'daki savaş sırasında aralarında Almanların da bulunduğu daha nicelerinin ölümünü kendisi icat etmiştir. Bu iğrenç tarihi deneyimden sonra uluslararası toplumun tarihin tekerrür etmesi ihtimaline karşı yeni hukuki vasıtalara ihtiyaç duyduğu hususunda kimsenin ne şimdi ne de o dönemde herhangi bir tereddüdü olmuştur. 1945 yılından bu yana bugün hâlâ şiddetin engellenememesi ne Nürnberg deneyinin ne de yarattığı hukuki mekanizmanın başarısızlığa uğramasıyla bağdaştırılabilir. Bunun nedeni gücün her zaman adalet karşısında zafer kazanma eğiliminde olacağı gerçeğinde yatar.

2

Karmaşıklık, suç ortaklığı ve tamamlayıcılık: Nürnberg duruşmalarından yeni Uluslararası Ceza Divanı'nın şafağına doğru

ANDREW CLAPHAM

Giriş

Uluslararası Ceza Divanı 1 Temmuz 2002 tarihinde kuruldu. Bu yeni mahkemenin soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları üzerinde yargı yetkisi olmakla beraber, Divan ancak 1 Temmuz 2002 tarihinden sonra işlenmiş uluslararası suçları yargılayabilecektir. Divan'ın kuruluşunu belirleyen Statü'yü onaylayan seksenden fazla ülkenin vatandaşlarının her biri gerektiğinde bu yeni mahkeme önünde sanık olarak yargılanabilecektir. Ayrıca suçun Statü'ye taraf ülkelerden birinin sınırları içinde işlenmesi halinde fail taraf olmayan bir devletin vatandaşı olsa da Divan'ın dava yetkisi vardır. Yargı yetkisi burada bahsetmeyeceğimiz başka şekillerde de temellendirilecektir. Bu yapıta katkıda bulunurken Nürnberg davalarını Uluslararası Ceza Divanı'nın işleyişini anlamamıza yardımcı olacak üç konsepti incelerken bir sıçrama tahtası olarak kullanacağım. İncelemek istediğim bu üç konsept şunlardır: karmaşıklık, suç ortaklığı ve tamamlayıcılık.

Karmaşıklık

Bağlam dahilinde karmaşıklıkla neyi kastettiğimizi anlamak için Nürnberg hükmünü veren Nürnberg Askeri Ceza Mah-

kemesi'nin yarattığı bazı yeniliklerin üzerinde duralım. Öncelikle ilk defa Nürnberg'de ulusal hukuk sistemlerine ters düşecek şekilde bireylere uluslararası hukuk çatısı altında somut görevler yüklenmesi açıkça telaffuz edilmiş ve bu yaklaşım sonraları uluslararası camiada da kabul görmüştür. Nürnberg davalarından önce savaş suçları ulusal askeri hukuk kapsamında sadece ulusal düzeyde yargılanmaktaydı. 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi gibi uluslararası savaş hukuku kaynaklarla savaşın nasıl yapılması gerektiğine dair bazı yasaklar zaten belirlemişti. Ancak kararda bu durum şöyle ifade bulur:

> Lahey Sözleşmesi ne bu filleri suç olarak tanımlamakta, ne işlenmeleri halinde herhangi bir ceza tespit etmekte ne de saldırganları yargılayıp cezalandırmak için bir mahkemeyi adres göstermektedir.[1]

Yargıçlar kayda değer bir yargılama aktivizmine girişip, şu karara varırlar:

> Savaş hukuku sadece sözleşmelerde değil, evrensel olarak adım adım tanınırlık kazanan devletin teamülleri ve fiili uygulamalarında, hukukçular ve askeri mahkemeler tarafından uygulanan genel adalet ilkelerinde de aranmalıdır. Savaş hukuku statik olmayıp değişen dünyanın ihtiyaçlarına sürekli olarak uyum sağlar. Esasen birçok durumda sözleşmeler mevcut hukuk ilkelerine yapılan somut ve açık atıflardan ibarettir. [2]

Mahkeme böylece ceza hukukundan ve uluslararası savaş hukukundan hiç bahsetmeyen uluslararası sözleşmeleri uygularken uluslararası suç kavramını yaratmış olur.

---

[1] *Trial of German Major War Criminals (Goering vd.)*, Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (Nürnberg), Karar ve Hüküm, 30 Eylül ve 1 Ekim 1946 (Cmd 6964, HMSO, Londra), s. 40; karar ayrıca (1947) 41 *American Journal of International Law* 172-333'de yer almaktadır.

[2] *Goering vd.*, bkz. 1. dipnot, s. 40.

Savunma makamı ise uluslararası hukukun bireylere değil yalnızca devletlere uygulandığını savunur. Ancak Mahkeme meşhur bildirimiyle bu savı reddetmiştir. Mahkemenin ifadesi şöyledir:

> Her ne kadar birçok başka merci işaret edilebilir olsa da bireylerin uluslararası hukuk ihlallerinden dolayı cezalandırılabileceği yeterince açıktır. Uluslararası hukuk suçları soyut teşekküller tarafından değil bizzat bireylerce işlenmiş olup uluslararası hukuk, yalnızca bu suçları işleyen bireyler cezalandırıldığında icra edilmiş olacaktır.[3]

Geriye dönüp bakıldığında bu anın insan hakları tarihi ve insancıl hukuk açısından ne kadar radikal bir an olduğu görülmektedir. Yıllarca süregelmiş yaklaşım tarzında büyük bir değişiklik olmuştur. Devletlerin sorumluluklarının ötesine gidilip, bireylere cezai sorumluluğu kapsayan ödevler yüklenmiş, böylece uluslararası hukuk artık farklı şekilde algılanmaya başlanmıştır. İnsan hakları hukuku ise bireylere Nürnberg'de yargılamaya konu olan suçların ötesinde yeni ödevler yüklemek üzere daha sonra devreye girecektir. İnsan hakları hukuku özellikle soykırım, işkence, zorla kaybetme ve yargısız infaz kavramları etrafında gelişecek, silahsız bir çatışma esnasında ortaya çıkmaları halinde dahi bireysel sorumluluğun doğmasına sebep oldukları kabul edilecektir.

Tüm bu gelişmeler açıkça makul hatta sıradan görünse de durum bir hukukçu için aynı fiil ve uluslararası hukuk kuralının birden çok alanda sorumluluğa yol açması nedeniyle daha *karmaşıktır*. İlk olarak devletin savaş hukuku, sözleşme veya teamülden kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde uluslararası hukuk alanında sorumluluğunun doğduğundan bahsedilir. Bununla beraber

---

[3] *A.g.e.*, s. 41.

aynı hukuk kurallarının çiğnenmesinden dolayı bireysel sorumluluk da doğmaktadır. Ancak karmaşa burada bitmez.

Nürnberg'de sadece bireyleri yargılamak için değil; aynı mahkemede bazı örgütlenmeleri de suç örgütü ilan etmek için bir kararlılık vardı. Böylece bireyler söz konusu suç örgütlerine geçmişte üye olmaları nedeniyle daha sonra da yasal takibe alınıp yargılanabilecekti. Mahkeme bu nedenle Nazi Partisi, Gestapo, SD ve SS liderlik makamlarını da suçlu ilan etmiştir.[4]

Aslında Profesör Overy'nin bu konferansın ilk konuşmasında açıkladığı üzere Savcı sanık listesini oluştururken mahkemenin hedef aldığı örgütlerle bağlantısı olan kişileri hedef almıştı. Bu örgütlerin Mahkeme'de temsil edilebilmeleri için yine Mahkeme tarafından kendilerine atanan danışmanları dahi vardı. Daha önce Profesör Overy'nin de belirttiği gibi, savcı ve yargıçların üzerinde durduğu tek konu siyasi örgütlenmeler değildi: Alman sanayicileri arasında Almanya'nın savaş hedefini destekleyen kim varsa kimliği afişe edilip cezalandırılmalıydı. Bu durum ise hukuki prosedürü iyiden iyiye karmaşık hale getiriyordu. Uluslararası hukuk artık sadece devletlere, hükümet üyelerine, askeri yetkililere, belirli siyasi partiler ve resmi kurumlara değil ayrıca özel sektöre ulaşmak ve bireysel olarak sanayicileri ve bir anlamda şirketleri de cezalandırmak gayesini taşıyordu.

Nürnberg sanıklarından biri de Krupp şirketinin sahibi Gustav Krupp von Bohlen und Halbach'dı. Duruşmalar başladığı sırada artık yaşı epey ilerlemiş olan bu şahsın mahkemeye çıkarılmasının uygun olmayacağı savunulmuştu. Mahkeme ise "başınızı sağdan sola çevirin" gibi basit komutlara bile cevap veremeyen Krupp von Bohlen'in isminin iddianameden çıkarılmasını reddedip, tıbbi inceleme yapılmasını emretmişti. İngiliz Savcı "adaletin menfaati gereği" herhangi

[4] SD'nin açılımı *Sicherheitsdeinst des Reichsführer SS* [*Nazi İstihbarat Servisi*], SS'in açılımı ise *Schutzstaffen*'dir [*Nazi Savunma Tugayı*].

bir değişiklik veya gecikmeye katiyen mahal vermek istemiyordu. Amerikan Savcısı ise Krupp von Bohlen'i oğlu Alfried ile ikame etmek için İddianame'ye oğlunun ismini eklemeye hazırlanıyordu. Mahkeme'nin sadece bireyleri yargılama yetkisine sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda Krupp şirketini kovuşturması kulağa ilk anda tuhaf gelse de bu durumun adaletin tecelli etmesinde büyük fayda sağlayacağı belgelenmişti. Amerika'nın Robert Jackson tarafından kaleme alınan cevabı şöyle olmuştu:

> Diğer tüm unsurların ötesine geçen kamu yararı uyarınca Krupp van Bohlen'in Krupp cephane ve mühimmat sanayisini temsilen bir başkası sanık olarak yargılanmadıkça sanık olarak kalması gerekmektedir. Söz konusu kamu yararı şu şekilde vücut bulur:
>
> Muazzam büyüklükte cephane ve mühimmat tesislerine sahip Krupp ailesi dört nesilden beri Almanya'nın savaş zamanlarındaki baş tedarikçisidir. Aile yüz otuz yılı aşkın süredir Avrupa barışını tehdit eden en şeytani güçlerin odağı, sembolü ve lehtarı olmuştur. İki Dünya Savaşı arasındaki dönemde şirket esas olarak sanık Krupp von Bohlen tarafından yönetilmiştir.
>
> Yine de şirketin Krupp ailesine ait bir aile şirketi olduğu unutulmamalıdır. Şirket hisselerinin çoğunluğu sadece ismen hissedar olarak gözüken Von Bohlen'in eşi Bertha Krupp'ta bulunmaktadır. Oğul Alfried Krupp 1937 yılında tesis müdürü olarak göreve getirilmiş ve sonrasında şirket politikalarının oluşturulması ve şirketin idari yönetiminde aktif rol oynamıştır (...)
>
> Krupp von Bohlen'in isminin Alfried tarafından ikame edilmeksizin sanıklar arasından çıkarılması tüm Krupp ailesinin de dava dışı bırakılacağı anlamına gelip, Alman cephane üreticileri aleyhine etkin bir hüküm verilmesi ihtimalini ortadan kaldıracaktır.[1]

[1] Sanık Gustav Krupp von Bohlen'in iddiasına Amerika Birleşik Dev-

İngiliz Savcısı ise her tür ikame ve gecikmeye karşı çıkmıştı. Başsavcı bunun nedenini şöyle açıklar:

> Olağan bir davada sanığın kendisine isnat edilen suçları anlayamayacak veya kendisini savunamayacak durumda olması halinde yargılanmaması tercih edilirken bu davada dikkate alınması gereken özel durumlar söz konusudur.[2]

İngiliz Başsavcısına göre Mahkeme'nin Şartı'nda da sanığın yokluğunda[3] yargılanması hususunda belirtildiği gibi cephane tedarik eden ve toplama kamplarına götürülen sivillerden zorla iş gücü sağlayan sanığın yargılanmasında adaletin menfaati ve kamu yararı vardır.

Mahkeme'nin nihai kararı Gustav Krupp'un sağlık durumu nedeniyle yargılanamayacağı yönünde olsa da ileriki bir tarihte fiziksel ve zihinsel durumunun düzelmesi halinde, kendisine isnat edilen suçlardan yargılanabilmesini sağlayabilmek için bu verilerin İddianame kapsamından çıkarılmaması gerektiği belirtilir.[4] Böylece oğul Alfried Krupp şirketinin diğer on bir yetkilisiyle birlikte Nürnberg'deki Amerikan Askeri Mahkemesi tarafından yargılanır ve yağmacılık, savaş esirleri ve yabancı sivillerin savaş esnasında gayriinsani koşullarda çalıştırılması suçlarından on iki yıl hapis cezasına mahkûm edilir.

---

letleri Savcılığı'nın cevabı, Robert Jackson, 12 Kasım 1945, www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/v1-11.htm adresinden ulaşılabilir.

2 Sanık Gustav Krupp von Bohlen'in iddiasına Britanya Savcılığı'nın bilgi notu, 12 Kasım 1945, Sir Hartley Shawcross, www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/v.1-12.htm adresinden ulaşılabilir.

3 Madde 12: "Mahkeme Şartı'nın 6. Madde altında belirlenen suçlarla suçlanan şahsı yokluğunda da yargılayabilecek, bu şahsın herhangi bir sebepten dolayı Mahkeme'de mevcut bulunmaması halinde ise gerekli gördüğü takdirde ve adaletin çıkarları uyarınca duruşmaya şahsın yokluğunda da devam edebilecektir."

4 *Goering vd.*, bkz. 1. dipnot, s. 2.

Alfried Krupp davası esnasında savunma avukatları uluslararası hukukun devlet adına hareket etmeyen özel sektör sanayicilerine kadar uzanmaması gerektiğini savunur. Avukatlar Mahkeme'nin *Goering ve diğerleri* kararında bireylerin sorumluluğuna hükmetmesinin bu bireylerin devlet memuru olmasından kaynaklandığını belirtip bu durumun Alfried Krupp davasıyla ayrıştırılması gerektiğini şöyle savunurlar:

> Uluslararası Askeri Mahkeme'nin [Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi] verdiği kararda sanıkların bu davada olduğu gibi özel sektörde faaliyet gösteren kişiler değil kamu görevlisi memurlar olduğu ve bu şahısların memuriyetleri sebebiyle Devlet adına hareket ettikleri unutulmamalıdır. Her halükârda uluslararası hukukun açık lafzına başvurmak yerine hukuk kurallarının ruhunu izlemek ve anonim bir kişiliğe sahip Devletin zarardan bizzat sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle devlet adına hareket eden şahısların cezai sorumluklarının doğacağını kabul etmek daha sağlıklıdır. Buna karşılık Devlet adına hareket etmemiş, Devletin bir memuru veya organı olmayan ve Devletle birlikte uluslararası hukuk kurallarına uyma zorunluluğu bulunduğu hakkında en ufak ve hatta hiçbir fikri olmayan bir sanayicinin şimdiye kadar kabul gördüğü ve yukarıda açıklandığı haliyle hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca cezai sorumluluğu doğduğu asla kabul edilemez.[5]

Savcılık makamı bu iddiaya şöyle karşılık verir:

> Uluslararası Hukukun muğlak ve karmaşık bir alan olduğu ve sanayici bireylere hukuku bilmememe mazereti tanınması gerektiği de önerilmiştir. Böylesi bir savunmanın başka koşullar altında bir anlamı olabile-

[5] 58 sayılı dava, *Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach ve diğer on bir kişinin yargılanması*, ABD Askeri Mahkemesi, Nürnberg, 17 Kasım 1947'den 30 Haziran 1948'e kadar, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Cilt X, s. 69 ve s. 170.

cekse de bu dava çerçevesinde mantık dışı kalmaktadır. Burada karşı karşıya olduğumuz şahıslar herhangi bir hukuki danışmanlık almaktan aciz veya dünyanın gidişatı hakkında bir fikri olmayan küçük işadamları değillerdir. Krupp birçok ülkeyle bağlantısı ve her daim uluslararası ticari temasları bulunan, dünyanın en büyük uluslararası sanayi kuruluşlarından biridir.[6]

Yukarıda belirtildiği üzere Alfried Krupp on iki yıl hapis cezasına mahkûm edilmişti.

Her ne kadar uluslararası hukukun "muğlak ve karmaşık bir şey" olduğu savunması başarıya ulaşamasa da tartışageldiğimiz karmaşıklığın katmanlarını tekrar bir hatırlamakta fayda vardır. Öncelikle Nürnberg'de kovuşturulan suçların bir ceza davasında olması gerektiği açıklık ve anlaşılabilirlikte olmadığını kabul etmeliyiz. Bilindiği üzere Mahkeme'nin ilham kaynağı sözleşmeler, devletlerin "teamül ve uygulamaları" ile "hukukçular tarafından uygulanan ve askeri mahkemelerce kabul gören genel adalet ilkeleri" olmuştur.[7] İkincil olarak uluslararası hukukun karmaşık yapısı sadece devletleri değil bireyleri de hem özel hayatlarında hem kamu alanında örgütlenme faaliyetlerinden sorumlu tutabilmektedir.

Nürnberg'in üzerinden geçen şu elli yılda bu karmaşıklık sorunu nasıl ele alınmıştır? Mahkeme Şartı altında suçların tespiti için çok daha kısa ve öz bir yapı kurulsa da 1946 tarihli Tokyo davasında sanıklar yine hemen hemen aynı suç-

---

[6] *A.g.e.*

[7] Londra Şartıyla şu tanım eklenmiştir: "6(b) Maddesi SAVAŞ SUÇLARI: Savaş hukuku ve teamüllerinin ihlali. Bu ihlaller sivillerin veya kölelerin öldürülmesi, kötü muamele görmesi veya herhangi bir sebeple sınır dışı edilmesi veya işgal edilmiş topraklardaki savaş esirlerinin veya denizlerdeki kişilerin öldürülmesi veya kötü muamele görmesi, esirlerin öldürülmesi, özel veya kamu mallarının yağmalanması, şehirlerin, kasabaların veya köylerin amaçsızca tahrip edilmesi veya askeri bir gerekçe gösterilmeksizin yok edilmesi."

lardan yargılanmışlardır. Tokyo Mahkemesi'nin görev alanına giren suçlar 5. Maddede sıralanmıştır. 5(b). Maddesinin başlığı "Geleneksel Savaş Suçları" olup bu suçlar "savaş hukuku ve teamüllerinin ihlali" olarak tanımlanmıştır. Tanımdaki bu basitlik savaş hukuku ve teamüllerinin ihlalinin esas kapsamındaki karmaşıklığı maskeler. Tokyo Mahkemesi Şartı gerçek suçların ne olduğunu belirlemekte başarısız kalmış, karmaşıklığın ilk katmanıyla mücadele konusunda pek yardımcı olamamıştır. İkinci boyut ise hiçbir ilerlemenin vuku bulmamış olmasıdır. Tokyo Mahkemesi suç örgütleri veya *zaibatsu* denen mafyöz Japon sanayicilere hiç değinmemiştir.[8]

Nürnberg ve Tokyo emsallerinden sonra bir diğer uluslararası ceza davası görebilmek için elli sene beklememiz gerekir. 1990'larda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi iki yeni uluslararası ceza mahkemesi yaratır: 1993 yılında eski Yugoslavya; 1994 yılında Ruanda için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemeleri. Bu mahkemeler uluslararası ceza hukukunun kapsamını daha da genişletir. O gün itibariyle artık elimizde daha ayrıntılı 1948 Soykırım Sözleşmesi [Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme] ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile bu sözleşmenin 1977 tarihli ek protokolleri vardı. Bu kaynaklar kapsamını geliştirerek soykırım suçunu insanlığa karşı suç kategorisine sokmuş, uluslararası sorumluluğu da silahlı iç çatışmaya dek genişletmiştir. İnsanlığa karşı savaş suçu kategorisi, Almanların yine Almanlar tarafından toplama kamplarına gönderilmeleri ve orada gördükleri kötü muamelenin ve öldürülmelerinin kovuşturulmasını sağlayabilmek için ilk defa Nürnberg Şartı'nda yer almıştır. O zamanki uluslarara-

[8] Japon sanayicilerin neden dahil edilmediklerine ilişkin karşıt görüşler için bkz. A.C. Brakman, *The Other Nuremberg: The Untold Story of the Tokyo War Crimes Trials* (Collins, Londra, 1989), s. 208; ve B.V.A. Röling ve A. Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger* (Polity Press, Cambridge, 1993), s. 39.

sı savaş hukuku kuralları bir devletin kendi vatandaşlarına gösterdiği muamelenin uluslararası bir meseleden ziyade milli yargı yetkisi çerçevesinde çözülen bir ulusal hukuk mevzuu olarak görülürdü. Dolayısıyla bu uluslararası suç kavramıyla ilk kez karşılaşmak oldukça önemliydi. Bununla beraber bu kavram sınırlı bir şekilde varlık bulmuştu: Nürnberg ve Tokyo mahkemeleri ancak sanığın silahlı çatışmayla bağlantılı bir insanlığa karşı suç işlemiş olması halinde yargı yetkisi kazanmaktaydı.[9] Tokyo Mahkemesi yargıçlarından biri insanlığa karşı suçlar ve silahlı çatışma arasında bağlantı kurulması gerekliliğinin Amerikalıların arzusundan kaynaklandığını söyler. Tokyo Mahkemesi Yargıcı Röling, "Yeni tanımlanan bu suçun, siyahilerin Amerika'da gördükleri kötü muameleyi de kapsayabileceğinden korkulmaktadır," der.[10]

Yugoslavya ve Ruanda mahkemeleri insanlığa karşı suçların tek başına var olabilir özellikte olduğunu elli yıl sonra açıkça ortaya koymuştur. Bu uluslararası nitelikteki suçlar silahlı çatışmanın yokluğunda dahi kovuşturulabileceklerdir. İnsanlığa karşı suçlara bu yeni yaklaşım, sistematik insan hakları ihlallerini uluslararası suç mertebesine yükseltmiştir. Gerçekten de Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1991

---

9 İki Mahkeme için de insanlığa karşı suçları ilgilendiren maddeler suçların "Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlarla veya bunlarla ilişkili" olarak işlenmesi gerektiğini belirtir. Nürnberg Şartı ayrıca "herhangi bir sivil nüfusa" karşı işlenmesi koşulunu getirmiştir. Tokyo Şartı ise bu koşulu metinden çıkarmak üzere tadil edilmiştir. Her ne kadar Uluslararası Ceza Divanı Statüsü insanlığa karşı işlenen suçların silahlı bir çatışma sırasında işlenmiş olması zorunluluğunu getirmese de Statü bu suçların sivil nüfusa karşı işlenmesini bir koşul olarak tutmaktadır. Askeri personele karşı işlenen savaş suçlarının da uluslararası hukuk çatısı altında suç olarak addedilmesi mümkün gözükse de bu suçların silahlı bir çatışma kapsamında işlenmiş savaş suçları olarak değerlendirilme ihtimali daha yüksektir.

10 B.V.A. Röling ve A. Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger* (Polity Press, Cambridge, 1993), s. 55.

tarihli İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı Suçlar [Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind] adlı kanun taslağında daha sonra 1996 yılında Komisyon tarafından kabul edilen Taslak Kanun'un 18. Maddesine ("İnsanlığa Karşı Suçlar") aynen girecek şekilde "insan haklarının sistematik veya kitlesel ihlali" ibaresi kullanılmıştır.

Ruanda davalarıyla, uluslararası hukukun silahlı bir kuvvetin parçası olmayan bireylere de uygulanacağı kesinleşmiştir. Bir köy muhtarının kendi bölgesindeki tecavüzlere göz yumması, bir çay tarlasının idarecisinin ekim alanındaki sivillerin yakalanıp katledilmesine sessiz kalması bu noktada yeterli sayılmıştır. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargı Dairesi 2000 yılının Ocak ayında Musema'yı* bu ikinci halden suçlu bulmuştur. 1995 yılında İsviçre'de tutuklanıp Tanzanya'daki Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne sevk edilen Musema, soykırım ve insanlığa karşı suçlardan suçlu bulunmuştur. Bu suçların işlenmiş addedilmesi için artık silahlı bir çatışma bağlantısı aranmamaktaydı. Musema ömür boyu hapse mahkûm edilmiştir. Musema'nın çay fabrikasında çalışan işçilerin olaylara karışmasını veya saldırılarda kullanılan araçları almasını engelleyecek hiçbir çaba göstermemesi hüküm aşamasında ağırlaştırıcı sebepler olarak değerlendirilmiştir.

> 898. Savcı'nın Musema'nın Statü'nün 6(3). Maddesi uyarınca sorumlu tutulabileceği iddiası uyarınca Daire, Rwirambo saldırılarını gerçekleştirenler arasında Gisovu Çay Fabrikası işçilerinin de bulunduğunu tespit etmiştir. Daire işçilerin saldırılara iştirakinin Statü'nün 2 ve 4. Maddelerinde belirtilen, özellikle Tutsi gruplarına ciddi bedensel ve zihinsel zarar verme fiillerinin kaçınılmaz olarak gerçekleşmesiyle sonuçlandığı görüşündedir.

---

* Alfred Musema, soykırım döneminde Ruanda'nın Kibuye bölgesindeki Gisovu Çay Fabrikası'nda müdür olarak görev yapmıştır –çn.

899. Daire yukarıda belirtildiği gibi Musema'nın söz konusu işçilerin amiri olması nedeniyle bu işçiler üzerinde sadece *de jure* [*hukuki*] değil *de facto* [*fiili*] hâkimiyete de sahip olduğunu varsaymaktadır. Musema'nın saldırı alanında bizzat mevcut bulunduğu göz önünde tutulduğunda Daire, Musema'nın astlarının bu eylemleri gerçekleştirmek üzere olduğunu veya bu eylemlerin gerçekleştirildiklerini bildiği veya bilmesi gerektiği kanısına varmaktadır. Daire Musema'nın astlarının fillerine karşı gerekli ve makul önlemleri her halükârda almak yerine fiziksel mevcudiyeti ve bireysel katılımıyla suç ortaklığı yaptığı görüşündedir.

900. Neticede Daire, Gisovu Çay Fabrikası işçilerinin Rwirambo Tepesi saldırılarında gerçekleştirdiği fiillerden dolayı Musema'nın Statü'nün 6(3). Maddesi uyarınca amir olarak bireysel cezai sorumluluğu bulunduğu kararına varmıştır.[11]

Böylece uluslararası ceza hukukunun kapsamı münferiden devletleri, siyasi partileri ve devlet yetkililerini aşmış, bireysel olarak sanayicilere, astları üzerinde *de facto* hâkimiyeti bulunan iş adamlarına ve nihayetinde şirketlere sirayet etmiştir.

Yukarıda görüldüğü üzere Nürnberg Mahkemesi'nin Krupp şirketinin şirket sıfatıyla yargılanması yönünde bir girişimi vardı. 1946 yılında Farben şirketinin de müdürlerinin savaş suçları işlemesinde bir vasıta görevi gördüğü kabul edilmiş, söz konusu müdürler Nürnberg Amerikan Askeri Ceza Mahkemesi'nce mahkûm edilmiştir. Çok daha yakın bir tarihte köle iş gücü olarak kullanılan mağdurlar aynı Farben şirketinden tazminat talebinde bulunmuşlardır. Devlet ve özel şirketlerce tesis edilen Alman köle iş gücü fonu bugün 5,2 milyon Amerikan doları değerindedir. Tüm bu talepler aynı Holocaust [Yahudi soykırımı] mağdurlarının İsviçre

[11] *Alfred Musema Davası*, ICTR-96-13-T, 27 Ocak 2000.

bankalarına karşı açtığı malvarlığı davaları gibi (bu davalar sonunda 1,25 milyar Amerikan doları değerinde bir fon oluşturulmuştur) Nürnberg'de sanayicilerin yargılanmaları esnasında doğan ve sonra Amerikan mahkemelerince uygulanan hukuku temel almaktadır. 1999 yılında Amerikan, Alman ve İsviçre şirketlerine karşı Nürnberg'de yargılanan sanayiciler emsal alınarak Nazi döneminde işlenen suçlara iştirak ettikleri gerekçesiyle otuzdan fazla dava açılmıştır. Son dönemde öne sürülen talepler ise İsviçre ve Amerikan bankalarının 1948-1993 yılları arasında Güney Afrika'daki faaliyetlerinden elde ettikleri kârı hedef almaktadır. Açıklanan toplam talep meblağı 50 milyar Amerikan dolarıdır.[12]

Peki Uluslararası Ceza Divanı (ICC) bu karmaşıklığa nasıl bir çözüm getirir? Yeni Divan öncelikle Nürnberg ve Tokyo'ya konu suçların daha ziyade muğlak yapılarından kaynaklanan kafa karışıklığını büyük ölçüde gidermiş, insanlığa karşı suçların oluşumu için silahlı çatışmayı şart olmaktan çıkararak çok daha geniş bir yargı yetkisi tesis etmiştir. Yeni Divan'a göre insanlığa karşı suçlar örgütsel politikalar doğrultusunda yaygın ve sistematik bir şekilde işlenen ve sivil nüfusu hedef alan cinayet, köleleştirme, tehcir veya nüfusun zorla yer değiştirmesi, uluslararası hukukun ihlaline yol açacak biçimde hapsetme, işkence, kötü muamele, zorla kaybetme ve *apartheid* [*ırk ayrımcılığı*] suçlarıdır. Tüm ICC suçları (henüz tanımlanmamış saldırganlık suçu hariç) tüm unsurlarıyla birlikte bireysel suçlar olarak ayrı bir belgede tanımlanmaktadır. "Savaş hukuk ve teamülü" ihlalini kapsayan kısa ve öz bir yargı yetkisi belirleyip işin içinden çıkmak yerine bugün elimizde her birini birbirinden farklı kılacak şekilde listelenmiş sayfalarca savaş suçu bulunmaktadır. Bazı öğrenciler ve sanıklar uluslararası hukukun hâlâ muğlak ve karmaşık bir mevzu olduğundan dem vururlar, ancak

[12] 'Banks Sued for Financing S. Africa's Apartheid Regime,' Financial Times, 18 Haziran 2002, s. 8.

en azından hukuk bugün herkesçe ulaşılabilen bir sözleşmede yazılı halde bulunmaktadır.

Karmaşıklığın ikinci boyutu olan hukukun muhatap aldığı aktörlerin çeşitliliği konusunda ise yeni Divan sadece resmin belirli bir parçasıyla ilgilenmektedir. Sadece bireyler yeni Divan'da yargılanabilecektir. Yani devletler, siyasi örgütler ve şirketler aleyhine dava açma imkânı bulunmamaktadır. Roma Konferansı'nda yeni Divan'ın bireyler kadar örgütler üzerinde de yargı yetkisi sahibi olmasının gerekliliği üzerine tartışılmıştır. Neticede ise devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilebilecek bir hüküm hazırlamaya yeterli vakit kalmamıştır.[13] Her halükârda ne kadar çok devlet yeni Divanla işbirliğine elverir mevzuatı iktibas ederse, bu mevzuatın şirket ve örgütleri kovuşturup cezalandırmaya müsaade eder hale getirilmesi de o kadar ihtimal dahilinde olacaktır. Geçtiğimiz yüzyılda Almanya ve Alman şirketlerini hedef alan taleplerin kökeninin Nürnberg yargılamasına; bir başka davanın ise Farben şirketinin sanayicilerine karşı açılan davanın fiziki bulgularına kadar dayandığını tekrar etmek isterim. Şu halde gelecekte yeni Uluslararası Ceza Divanı'nda bireylere karşı başarılı kovuşturmaların yapılıp devletler, örgütler ve hatta şirketlerle benzer şekilde mahsuplaşılması bile mümkün olabilecektir.

Yeni Uluslararası Ceza Divanı'nın tazminata ve eski hale iadeye hükmetme yetkisi yoktur. Ancak zaten kimse sanıkların Lahey'deki mahkeme önüne sağlıklı, takip edilebilir banka hesapları veya kendilerine ait malvarlıklarını ortaya atarak çıkacağını düşünmez. Yine de Divan'ın bireyler aleyhine hükmettiği tazminatın mağdurların milli ve uluslararası hu-

[13] Müzakerelerin bu kısmına ilişkin detayları açıkladığım A. Clapham, 'The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court,' M. Kamminga ve S. Zia-Zarifi (editörler), *Liability of Multinational Corporations under International Law* (Kluwer Law International, Lahey, 2000), s. 139-95.

kuk kapsamında tanınmış haklarına halel getirdiği şeklinde yorumlanamayacağı Roma Statüsü 75(6). Maddesinde aynı hassasiyetle ifade bulur. Mağdurların farklı yargı mercileri önüne taşıyabilecekleri bu tazminat ve eski hale iadeye ilişkin paralel talepler belki de ileride karmaşıklığa üçüncü bir boyut kazandıracaktır.

Karmaşıklığın bu üçüncü düzeyi bizlere uluslararası ceza hukukunun sadece en ciddi vakaları yargılayan uluslararası mahkemelerde değil ulusal hukuk düzeyinde de icra edilebilir olduğunu hatırlatır: bu failin veya mağdurun mahkemesi olabileceği gibi, fiilin vuku bulduğu ve hatta failin tutuklandığı yer mahkemesi de olabilecektir.

Karmaşıklığın üç farklı boyutuna kısaca işaret ettik: bunlardan ilki suçların belirsiz ve gelişmeye açık yapısı; ikincisi ceza hukukunun bu türüyle muhatap alınan çeşitli aktör ve kurumlar; üçüncüsü talep ve mahkemelerin hem ulusal hem de uluslararası hukuk düzeyinde, muhtelif yerlerde vuku bulabilecek olmasıdır.

Suç Ortaklığı (İştirak)

İkinci kavramımız olan suç ortaklığına dönelim.[14] Suça iştirak hem ulusal hem de uluslararası ceza hukukunun oldukça aşina olduğu bir konsepttir. Birden çok hukuk sistemini karşılaştırmaktan ziyade böyle bir kavrama niçin bel bağladığımızı ve bu kavramın bugün insan hukuku ve insancıl hukuk ihlalleriyle ilgilenenler tarafından nasıl kullanıldığını tartışmak istiyorum. İştirak, çağdaş ceza hukukunun basitçe uygulanmasının ötesine geçen suçlamaları şekillendirmek için kullanılır. Birbirinden farklı aktörler belirli bir faaliyeti "iştirak" olarak yaftaladıklarında söz konusu faaliyet, doğrusunu söylemek gerekirse bir mahkeme önünde cezai sorumluluğu

[14] Daha etraflıca bir tartışma için bkz. W. Schabas, 'Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices' (2001) 83 *Review of the International Committee of the Red Cross* 439-59.

doğurmayacak nitelikte olsa da suçluluk ve suçlanabilirlik kavramları bilerek ortaya atılmış olur. Peki iştirak kavramı uğrunda bu kadar sıkıntı çekmeye değer mi?

Faillere belirli bir davranış biçimi atfeden kuralların burada irdelemeye çalıştığımız fenomenin *karmaşıklığını* kapsamakta yetersiz kaldığı, bu durumun da uluslararası düzeyde aynen bu şekilde algılandığı kanısındayım.

Herhangi bir hukuka aykırı fiil söz konusu olduğunda her ne kadar önce esas fail hakkında düşünülmeye başlansa da kimlerin faili finanse ettiği, desteklediği, teşvik ettiği, fiilin işlenişini kolaylaştırdığı ve teşebbüste yardım ettiğinin de göz önünde tutulması gerekir. 11 Eylül 2000 olaylarında esas faillerin eylem sırasında ölmüş oldukları barizdi. Ancak o dönemki siyasi konuşmalardan birine kulak vermek "iştirak" olgusuna yapılan vurguyu ve saldırıyı gerçekleştirenlerin "suç ortaklarının" nasıl arandığını görmeye yetecektir. O dönemden sonra teröre karşı yürütülen sözde "savaşın" kapsamının teröristlere yardım ve yataklık edenlere ve teröristleri barındıranlara uzanacak şekilde genişlediğine tanık olduk. Ayrıca yukarıda İsviçre bankaları ve Alman sanayicilerine karşı öne sürülen talepler bağlamında uluslararası cezai sorumluluğunun bu uluslararası suçların faillerini aşıp bu fiillerin işlenmesini finanse ederek kolaylaştıranları kapsayacak şekilde genişletilmesi için ciddi bir hukuki çaba harcandığını da gördük.

Suç ortakları üzerine düşünmek ulusal hukukta yeni sayılmaz. Fakat bazı ilkelerin uluslararası düzeye neden aktarıldığı pek de açık değildir. Öncelikle ulusal hukuk düzlemindeki ceza hukuku kapsamınca faillerin çoğu aşağı yukarı aynı sorumluluklara tabidir. Oysaki uluslararası hukukta farklı faillerin farklı sorumlulukları olduğu, bu sorumlulukların savaş hukuku mevzubahis olsa da devletten devlete değiştiğini görmekteyiz. İkinci olarak bir kimsenin bir fiilin işlenmesine o fiilin işlenmesinin suç sayılmadığı bir ülkede yardım etmesi, fakat o fiilin hazırlık hareketlerinin yapıldığı

ülkede bunun suç sayılması halinde çetrefilli ve ulusaşırı bir bölgeye giriyoruz.[15]

Bir adım geri giderek diğer ülkelerde yapılan insan hakları ihlalleri karşısındaki sorumluluğumuz üzerine temel sorular sormalıyız. Hareketsizliğimizin suç ortaklığına dönüşmesinin uluslararası ilişkilerde gittikçe daha önemli bir mevzu haline geldiği göz önünde bulundurulduğunda bu duruma kayıtsız kalamayız. Pierre Hazan *La Justice face* à la guerre: de Nuremberg à la Haye [Savaşa *Karşı Adalet: Nürnberg'den Lahey'e*] adlı kitabında kamuoyunun Saraybosna bombardımanı ve akabindeki keskin nişancı saldırıları karşısında tepki beklediği dönemde eski Fransız Dışişleri Bakanı Roland Dumas'nın yaptığı açıklamayı alıntılar:

> Kendimi tekrar II. Dünya Savaşı sonrası, dünyanın ölüm kamplarını gün yüzüne çıkardığı ve kimsenin suçluları cezalandırmayı düşünmediği bir ortamda bulmak istemiyorum. Bosna'ya askeri müdahalede bulunmak istemediğimiz için en azından faillerin şu veya bu şekilde adalete hesap vermelerini arzuluyorum. Hâlâ işlenmekte olan suçların şeriki olarak algılanmamızı hiç istemiyorum.[16]

Suç ortaklığı kavramının gücü bize bu bağlamda halklar arasındaki dayanışma ve ihmalden doğan sorumluluğa çağdaş yaklaşım hakkında ceza hukukunun vereceğinden daha fazla fikir verir. Açıkça görülmektedir ki Güvenlik Konseyi Kalıcı Üyesi sıfatını taşıyan eski bir dışişleri bakanını eski Yugoslavya'daki soykırıma iştirak etmekten cezai yargılamaya tabi tutmanın gerçekçi bir yanı yoktur. Ancak yine de sessizliğimiz veya hareketsizliğimizden dolayı suç ortaklığıyla suçlanmanın önemli bir modern kavram olduğunu söyleye-

---

[15] C. Forcese, 'Deterring "Militarized Commerce": The Prospect of Liability for "Privatized" Human Rights Abuses' (1999) 31 Ottawa Law Review 171-221.

[16] P. Hazan, *La Justice face à la guerre* (Stock, Paris, 2000), s. 38.

biliriz. Suç ortaklığının kamp komutanı düzeyindeki faillere sirayet etme ve bunları cezalandırma arzusu taşıyan başka bir boyutu daha vardır. Suç ortaklığı üzerine düşünmenin yanı sıra suç ağına dair araştırmamızın etki alanını insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinin yapılmasını planlayanları, kolaylaştıranları ve bu filleri gerçekleştirenleri kapsayacak şekilde genişletmek de bize burada kendi rolümüzün ne olduğunu hatırlatır.

Suç ortaklığı kavramı, çağdaş ahlak ve etik sorularının tam kalbindedir. Siyasi ve ekonomik hayat farklı etki alanlarına sahip kararlarla giderek daha dağınık hale geldikçe işlenen suçlara hareketimiz veya hareketsizliğimizle ne derece iştirak ettiğimizi sorgulamalıyız. Christopher Kutz *Complicity* [*Suç Ortaklığı*] adlı kitabında konuyu şöyle ele alır:[17]

> İyi yaşamak için çabalasak da bireysel, kasti suç paradigmasının dışında kalan ilişkiler vasıtasıyla zarar ve yanlışlarla bir şekilde bağlantılı olduğumuzu görüyoruz. Birkaç örnek vermek gerekirse: kuruyup dökülen yağmur ormanlarındaki tropik bir ağaçtan yapılmış bir masa almak; siyasi muhalifleri barındıran bir ülkeye iş yapan bir şirkete yatırım yapmak; başka bir ülkenin fabrikalarını umarsız terör saldırılarıyla bombalayan bir ülkenin vatandaşı olmak; ilk sahiplerinin elinden zorla alınmış topraklarda oturmak; üreticinin tehlikeli ve zararlı bir yakıt sistemi kullanacağını bildiği halde otomobil tasarlamak; HIV bulaşmış kanın nakline müsaade eden bir ulusal sağlık bürokrasisi tesis etmek.

Kutz, tüm bu örneklerin ahlaki olarak gri bölgede kaldıklarını düşünmektedir: "Her ne kadar tüm bu örneklerde kötülüğün gölgesinin dışında kalıyor olsak da iyiliğin aydınlığını da tam olarak bulmuş sayılmayız."[18] Kutz'un suç ortaklığının hukuki

---

[17] C. Kutz, *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age* (Cambridge University Press, Cambridge, 2000), s. 1.

[18] *A.g.e.*

ve ahlaki boyutlarına getirdiği çağdaş yaklaşım, hareketlerimizin sadece hemen yakımmızdakiler değil ötelerdeki birçok insan için de sonuç doğurduğunu, bu nedenle giderek artan bir sorumluluk anlayışıyla karşı karşıya kaldığımızı, toplum kavramının kapsamının da böylece genişlediğini düşündürür. Elbette ki savaş suçlarında suç ortaklığı Nürnberg yargılaması bağlamında özel bir hukuki anlam taşımaktadır. Uluslararası bir mahkemede uygulanacak suç ortağı sorumluluk testi Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) Yargı Dairesi tarafından *Tadic* davasında hukuken şöyle özetlenir:

> Böyle bir çıkarım yapabilmek için başvuracağımız en yakın kaynaklar suç ortaklığının bazı durumlarda mahkûmiyetle sonuçlandığı Nürnberg savaş suçları davalarıdır. Kararlarda genellikle suçluluk kriterinin ayrıntıları tartışılmamışsa da ilgili davaların incelenmesi belirli bir yol izlendiğini ortaya çıkarır. Öncelikle fiile iştirakin farkında olunması ve bu iştirakin plan, teşvik, emir, hile veya başka şekilde yardım veya yataklık yoluyla gerçekleşmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise sanığın hukuka aykırı fiile iştirakinin fiilin tamamlanmasına katkıda bulunduğunun savcılık tarafından kanıtlanması beklenmektedir.[19]

Yeni Uluslararası Ceza Divanı Statüsü suç ortaklığından kaynaklanan sorumluluğun sadece yardım ve yataklık yapanlar üzerinde değil, "bir şekilde destekte bulunanlar" üzerinde de doğacağını öngörür. Statü'deki suç ortaklığı kavramıyla suçun işlenmesini "kolaylaştırmak amacıyla" hareket eden şahısların kapsanması hedeflenir. Yine de Statü'de suç ortağının suçun işlenmesine doğrudan veya önemli bir katkısının bulunması aranmamıştır.[20]

---

[19] *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Dava No. IT-94-1-T, Yargılama Dairesinin Görüşü ve Kararı, 7 Mayıs 1997, para. 674.

[20] Statü'nün kabul edilmesiyle birlikte Temyiz Dairesi 15 Temmuz 1999 tarihli *Tadic* kararı, para. 229: "Şerik ve azmettiricinin özel-

Neticede Statü'nün en azından hali hazırda ICC Statüsü'nde yer alan suçlar için (soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçları) suç ortaklığının sınırlarını esas failleri aşacak şekilde, oldukça geniş bir biçimde tanımladığını söyleyebiliriz.

Profesör Bill Schabas, uluslararası hukukta suç ortaklığından kaynaklanan bireysel sorumluluğu ayrıntılı bir şekilde gözden geçirdikten sonra yakın tarihte Sierra Leone'de işlenen uluslararası nitelikteki suçlardan dolayı kimlerin cezai sorumluluğu doğabileceği hakkında şöyle tahminlerde bulunur:

> Uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden haberdar olmanın nihai mertebesinin tespiti yardımın kapsamı ve doğası göz önünde bulundurulduğunda çok da zor olmayacaktır. Sierra Leone'de işlenen savaş suçları ve zulüm üzerine sadece Birleşmiş Milletler veya uluslararası sivil toplum kuruluşlarının yayımladığı özel nitelikli belgeler değil aynı zamanda popüler medya tarafından yoğun şekilde yapılan yayınlar sayesinde mahkemelerin, elmas tacirleri, havayolu pilot ve yöneticileri, küçük silah tedarikçileri ve benzerlerinin çatışmalara ve işlenmekte olan suçlara katkılarını öğrenmekte pek güçlük çekmemesi beklenir.
>
> Peki ağ ne kadar uzağa atılabilir? Angora veya Sierra Leone'deki muhariplerle ticaret yapan bir elmas taciri; Antwerp veya Tel Aviv'den menşei belli olmayan elmas satın alarak isyancı grupları finanse etmiş

---

likle belirli bir suçun (cinayet, yok etme, tecavüz, işkence, sivil malların hunharca yok edilmesi vb.) işlenmesini kolaylaştıran, cesaretlendiren veya bu konuda moral destek sağlayan eylemlerde bulunması ve bu desteğin suçun işlenmesinde önemli bir katkısı olması halinde (...) İştirak ve azmettirme halinde suçun manevi unsuru belirli bir suçun esas fail tarafından işlendiğinin azmettirici ve şerik tarafından bilinmesidir." Önemli katkı şartının yeni Uluslararası Ceza Divanı tarafından nasıl yorumlanacağı merak konusudur.

> olanlar da oradaki vahşetten sorumlu tutulabilecek mi? Neden olmasın? İşi bir adım daha ileri götürürsek, Sierra Leone'deki milislerle ticaret yapan tacirin birlikte çalıştığı bankanın müdürünün durumu ne olacak? Eğer banka müdürü sermayenin menşeinden haberdar ise şerik sıfatıyla suçlu sayılacaktır. Suç ortaklığındaki suçtan haberdar olma şartı bir davanın kovuşturma aşamasındaki en zor kısım olarak yeniden gündeme gelmiştir. Peki satıcının elde edeceği gelirin küçük çocukların uzuvlarını kesen terörist ordusuna aktarılacağını bilerek nişanlısına düşük maliyetli bir elmas alan kişinin içinde bulunduğu vaziyet nedir? Suç ortaklığı kavramının basamaklarını tırmandıkça suça yardım için "elle tutulur" bir nitelik belirlemek, bu niteliğin varlığının suç ortağının sorumluluğunun doğması için gerekli olduğu da göz önünde bulundurulduğunda elbette ki oldukça zordur.[21]

Suç ortaklığından doğan bireysel cezai sorumluluğun esas faillerin yardım ağına sirayet edecek kadar genişletilebileceği anlaşıldığında baskı ve zulüm, hukuki sınırlamalardan ziyade bir siyasi irade sorunu haline gelmektedir.

Ancak suç ortaklığı üzerine kafa yormak hepimizi, özellikle de siyasi karar alanları hareketlerimizin başka ülkelerde yaşayan insanların hayatını nasıl etkileyeceğine dikkat etmeye sevk eder. Nürnberg'de geliştirilen ilkeler ışığında, uluslararası bir suçun işlenmesini kolaylaştırmaktan doğan sorumluluğun Uluslararası Ceza Divanı nezdinde kovuşturmaya tabi tutulabilecek olması ihtimaldir ki birilerinin harekete geçmeden önce biraz durup düşünmelerine yol açacaktır.

Suç ortaklığı kavramı insan hakları aktivistleri tarafından bir adım ileri taşınmıştır. Sessizliğin de suç ortaklığı kav-

---

[21] W. Schabas, 'Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices' (2001) 83 *Review of the International Committee of the Red Cross* 439-59 ve 451.

ramı bağlamında suçluluğa neden olabileceği fikri ortaya atılmıştır. Böyle bir suçlama hükümetler, devlet yetkilileri ve iş dünyası üzerine odaklanan geleneksel bakışı da genişletmektedir. *Corporate Citizenship: Successful Strategies for Responsible Companies* [*Kurumsal Vatandaşlık: Sorumluluk Sahibi Şirketler için Başarılı Stratejiler*] adlı el kitabında şöyle söylenir:[22]

> Temel özgürlükleri sağlamakta başarısız olanın sadece hükümetler olduğu söylenemez. Birey veya tüzel kişi olsun, tüm vatandaşlar da eğer malum bir ihlali görmezden gelir veya bu ihlal karşısında harekete geçmekten kaçınırlarsa suç ortağı sayılabileceklerdir (...)
>
> Kurumsal vatandaşlık kavramını kurumların da vatandaş olduğu kabulü üzerinden temellendirdiğimize göre, aynı vatandaş bireyler gibi onların da belirli durumlara tanıklık edebilme yetisi olduğu kabul edilmelidir. Eğer bir gerçek kişi için adalete yüz çevirmek yanlışsa bunun bir tüzel kişi için de yanlış olduğu kabul edilmelidir. Komşunuzun diğer bir komşunuzu dövdüğünü görseniz ne yaparsınız? Eğer bir şirket sistematik olarak insan hakları ihlalleri yapılan bir ülkede faaliyet gösteriyorsa o şirket bu duruma karşı sessiz mi kalacaktır?

Sessiz kalarak suç ortaklığı etme kavramı aslında yetkililerin insan hakları sorunlarını yine yetkililerle çözmesi noktasındaki beklentiyi yansıtmakta; hatta bireyler ve şirketlerin bu gibi durumlarda kusurlu da olsa işlevsel davranamadıklarının kabul edildiğini göstermektedir. Nürnberg yargılaması devletleri tarafından kötü muamele gören vatandaşlara ilişkin insan hakları sorunlarının uluslararası hukuk çatısı altında ele alınabileceğini göstermiştir. Bu durum ise

---

[22] M. McIntosh, D. Leipziger, K. Jones ve G. Coleman, *Corporate Citizenship: Successful Strategies for Responsible Companies* (Financial Times Pitman Publishing, Londra, 1998), s. 114.

başlı başına çığır açıcı niteliktedir. Ancak modern insan hakları hareketi ve suç ortaklığı kavramını kullanış tarzı, devletlerin protesto ve kovuşturmayı tercih etmelerinin meşru olduğunu, aynı zamanda zaten harekete geçmekle yükümlülükleri bulunduğunu söyler. Devletlerin uluslararası hukuk çatısı altında sadece kendi vatandaşlarına karşı değil diğer ülkelerin halklarına karşı da bir sorumluluğu bulunmaktadır. International Commission on Intervention and State Sovereignty'nin [Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu] kısa süre önce yayımlanan bir raporunda, devletlerin bireyleri insan hakkı ihlallerine karşı "koruma sorumluluğu" olduğu belirtilmiştir.[23] Komisyon konuyla ilgili temel ilkeleri şöyle açıklar:

> İç savaş, ayaklanma, baskı veya devletin yetersiz kalması neticesinde nüfusun ciddi şekilde zarar görmesi ve devletin de harekete geçmekte isteksiz kalması veya harekete geçmesinin mümkün olmaması veya bunları engelleyememesi halinde müdahale etmeme ilkesi uluslararası koruma sorumluluğuna dönüşür.

Suç ortaklığından dem vurmak aslında kamuya verilen sözlerin etik bir şekilde tutulduğu anlamına da gelmektedir. Bu metinde suç ortaklığı kavramının üç farklı boyutunu izah etmeye çalıştım. İlk olarak cezalandırılmayan insan hakları ihlallerine karşı gittikçe gelişen bir uluslararası sorumluluk fikrinden bahsettik. Bu fikir özellikle Fransa ve İngiltere gibi güçlü ülkelerin masum sivilleri tecavüz, kıyım ve aşağılamaya karşı korumak için hiçbir harekete geçmemesi gibi durumlarda sahneye çıkar. Bizlerin de kişisel ahlak ve sorumluluk anlayışımıza sirayet ederek tüketici, turist, hissedar ve yatırımcı olarak hareketlerimiz üzerinden düşünmemizi sağlar. İkincil olarak Nürnberg yargıla-

[23] International Commission on Intervention and State Sovereignty, 'The Responsibility to Protect' (2001) http://www.ciise.iciss.gc.ca/Report-English.asp adresinden ulaşılabilir.

masından bugüne uzanan dönemde sanık ağını genişletme hususunda bir kararlık görülmektedir. Uluslararası hukuk artık sadece "önemli Alman savaş suçluları"[24] ve Japonya'nın saldırganca savaşmasını tasarlayan "liderler, örgüt liderleri, azmettiricileri veya şeriklerin" yargılanmasıyla meşgul değildir.[25] Uluslararası ceza mahkemeleri bugün artık liderlerin, generallerin ve bakanlarının ötesine geçerek doğrudan kamp komutanlarına ulaşmanın yanı sıra ticari dünyaya erişerek söz konusu suçların işlenmesini teşvik eden ve kolaylaştıranları tespit etmeyi hedefler. Ağın bu şekilde genişletilmesi, en azından iddianame ve sivil toplum örgütlerinin beklentileri düzeyinde suç ortaklığı kavramına üçüncü bir boyut kazandırmıştır. Bugün artık kamuda veya özel sektörde güç sahibi olanların kendi "etki alanına" giren insan hakları ihlallerine karşı tepki göstermeleri beklenmektedir.[26] Bu bağlamda hiçbir şey yapmamak da suç ortaklığı sayılacaktır. İnsan haklarıyla ilgili suçlamalarda suç ortaklığının giderek artan önemiyle merkezi bir konumda yer alması kanımca diğer ülkelerdeki insan hakları ihlallerinin mağdurlarıyla dayanışma içine girme anlayışının gelişmekte olduğuna işaret etmektedir. Müşteki artık giderek artan bir sınır ötesi sorumluluğun mevcudiyetinin ve bu sorumluluk sahiplerinin sadece seyreltilmiş bir grup

---

[24] Bkz. *Goering vd*, 1. dipnot.

[25] Bkz. iddianamenin ilk savını özetleyen Tokyo Mahkemesi Kararı, s. 48, orjinal tutanakların no. 421, *The Tokyo War Crimes Trial: The Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East in Twenty-Two Volumes* (R. J. Pritchard ve S. M. Zaide tarafından hazırlanmış ve gözden geçirilmiş, New York ve Londra, 1981) kaynağında bulunabilir, cilt 20, Kararlar ve Ekler.

[26] Bu cümle BM Küresel İlkeler Sözleşmesi'nin [UN's Global Compact] Genel Sekreter'in iş dünyasından "kendi etki alanlarındaki uluslararası insan haklarını desteklemeleri ve buna saygı göstermelerini" talep ettiği ilk ilkesinde yer bulur. Bkz. Genel olarak A. Clapham, "On Complicity," *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation* ed. M. Henzelin and R. Roth (Georg ve LGDI, Cenevre ve Paris, 2002), s. 241-75 s. 243-6 kaynağında bulunabilir.

liderden ibaret olmadığının farkındadır. Bu sorumluluk hepimize uzanmaktadır.

Tamamlayıcılık

Sözlerimi üçüncü ilişkili kavram olan tamamlayıcılık kavramından bahsederek sonlandırmak isterim. Tamamlayıcılık kavramı, yeni Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'nün hazırlandığı 1998 Roma Konferansı'nda organizasyonel bir ilke olarak ortaya çıkmıştır. Özetle uluslararası suçların yeni Divan yerine öncelikle ulusal mahkemelerde görülmesi gerektiği fikrini yansıtır. Yeni Divan ancak bir devletin dava yetkisini kullanamayacak durumda veya kullanmak istemiyor olması halinde devreye girebilecektir. Böylece yeni Divan'ın yargı yetkisi tamamlayıcı nitelikte olup öncelik yargı yetkisini kullanmak isteyen devlete bırakılmıştır. Yargı yetkisini kullanabilecek durumdaki her devlet yargılanan her sanık için yargı yetkisinin kendisine bırakılmasını ve Divan'ın yetki kullanımını ertelemesini talep edebilecektir. Böyle bir tecil, Yargılama Dairesi soruşturmaya izin vermek için ön dava açılmasına karar vermiş olmadıkça mümkün olabilecektir.

Dolayısıyla yeni Divan bahsedegeldiğimiz diğer uluslararası mahkemeler gibi faaliyet göstermeyecektir. Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinde Almanya ve Japonya'nın taleplerine karşı bazı tavizlerde bulunuldu. Yugoslavya ve Ruanda mahkemeleri ise uluslararası yargıya öncelik tanıdı. Yeni sistemde tüm ulus devletler kendi mahkemelerine inhisari yargı yetkisi tanınmasını talep edebileceklerdir. Ancak Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinin aksine, sanığın vatandaşı olduğu devlet yeni Divan'a nazaran öncelik sahibi olacaktır. Bu ilke (belki de kafa karıştırıcı bir biçimde) tamamlayıcılık olarak bilinmektedir.

İlk bakışta bu durum Statü'deki büyük bir gedik gibi görülebilir. Ancak tamamlayıcılık ilkesi yeni bir uluslararası hukuk düzeni yaratacaktır. Uluslararası Ceza Divanı Statü-

sü'nün yürürlüğe girmesi için yapılan hazırlıklar esnasında dünyanın dört bir yanından düzinelerce devlet ulusal mevzuatın sadece şüphelilerin yeni Divan'a teslimini değil aynı zamanda soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarıyla suçlanan bireyler üzerinde yargı yetkisi tesis etmeye de elvermesi gerektiğini düşünmektedir. Bu durum kısmen devletlerin kendi çıkarlarıyla ilgilidir. Böyle bir mevzuatın yokluğunda bir hükumetin bir davanın ulusal düzeyde görülmesini talep etmesi mümkün olmayacaktır. Ancak hukuki düzenlemenin bu kısmı savaş suçları ve insanlığa karşı suçların ulusal mahkemelerde görülebileceğine dair kısa süreli bir heyecan dalgası yaratmıştı. Bu konu Profesör Sands'in bu seri kapsamındaki konuşmasında hedef alınmıştır.[27] Şunu söyleyebiliriz ki ben konuşurken bile birçok politikacı tamamlayıcı mevzuatlarını Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'ne uyumlu hale getirmiş bir ülkede bulunmamak için seyahat planlarını ikinci kez gözden geçiriyordur. Statü'nün odağında yer alan bu tamamlayıcılık özelliği, uluslararası suçların kovuşturulabilmesini sağlamak adına tamamlayıcı bir ulusaşırı hukuk düzeni yaratmıştır.

Sonuç

Tamamlayıcılık, karmaşıklık ve suç ortaklığı kavramlarının hepsi yirminci yüzyılın yenilikçi fizikçilerinin düşüncelerinin de odağında bulunuyordu. Bu fizikçiler fizik ve atom-altı dünyası üzerine yeni düşünce tarzlarının açıklanmasına yardımcı olurken, Newtoncu geleneksel fizik anlayışı atomik dünyanın eksiksiz şekilde anlaşılmasını sağlayacak bu akıma yol vermekteydi. Bu kavramlara mevcut olanların yeni düşünce tarzı ve anlayışı kapsamakta yetersiz kalması nedeniyle ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu kavramların odağında "klasik fizik kendimize hiçbir atıfta bulunmadan dünyanın parçaları hakkında konuşabilmemizin idealize edilmiş hali-

[27] Bkz. bu kitabın 3. bölümü

dir" anlayışı vardı.[28] Uluslararası suç, insan hakları ihlalleri ve insancıl hukukla muhatap olmak artık başkalarına bıraktığımız bir uğraş değildir. Tamamlayıcılık kavramı kısmen Niels Bohr gibi fizikçiler tarafından bir partikül hakkında bildiklerimizin gözlemle ne kadar değişebileceğinin önemini vurgulamak için kullanılmıştır. Kendimizi kendimize bilgi ve kavrama arayışında temel unsurlar olarak takdim eder. "Böylece Bohr'un da belirttiği gibi kuantum teorisi bize hayattaki harmoniyi ararken bu varoluş dramasmda hem izleyici hem oyuncu olduğumuza dair eski inanışı unutmamamız gerektiğini hatırlatır."[29]

Sözlerimi sonlandırırken uluslararası suçların kovuşturulmasına dair yeni anlayışlar için hazırlıklı olmamız gerektiğini belirtmek isterim. Galip güçlerin kaybedenler üzerinde yargı yetkisine sahip oldukları varsayımına dayanan Nürnberg modeli, Güvenlik Konseyi vasıtasıyla tüm uluslararası toplum adına hareket eden çok yönlü adaletin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Yugoslavya ve Ruanda'da tesis edilen mahkemelerde de olan budur. 1 Temmuz 2002 tarihinde soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarının seksenden fazla devletin taraf olmasıyla kurulan yeni Uluslararası Ceza Divanı'nın yargı yetkisi altında toplandığı tamamıyla yeni bir çağa girmiş bulunuyoruz. Devletin başından general, asker, vali ve hatta bir çay fabrikasındaki amire değin herkesin suç ortağı sayılabileceği gerçeğiyle karşı karşıyayız. Bu oldukça geniş hesap verilebilirlik ağının sadece yetki sahibi pozisyonda bulunanların değil en basit haliyle faillere yardım ve yataklık yapanları da kapsayarak insanların sorumlu bulunmamak için bu gibi durumlardaki hareket tarzlarını değiştirmelerine yol açmasını umuyoruz. Yeni Divan'ın gerçek meşgalesi henüz hiç işlenmemiş suçlar da olabilir. Nasıl ki Nürnberg bir nesli

[28] W. Heisenberg, *Physics and Philosophy* (Penguin Classics, Londra, 2000), s. 22-3 (ilk yayın 1962).

[29] *A.g.e.*, s. 25.

savaş suçları ve saldırgan savaşın üzerine gitme kararlığı hakkında eğitmeye yaradıysa Lahey'deki yeni Divan'ın da hepimizin sadece etrafımızda gördüklerimize karşı değil hareketlerimiz, hareketsizliğimiz ve sessizliğimizden dolayı çekilen acılardan da sorumlu olduğuna dikkati çekeceğine inanıyoruz.

3
Pinochet'den Sonra: Ulusal Mahkemelerin Rolü

PHILIPPE SANDS

Giriş

27 Kasım 1998'de İngiliz *Guardian* gazetesinde kısa bir mektup yayımlanmıştı. Mektupta şöyle yazıyordu:

> Bizim sokakta oturan Kamboçyalı çift, Henry Kissinger'ın bir sonraki ziyareti için sabırsızlanıyor.[1]

Mektup, Lordlar Kamarası Yargı Komitesi'nin [Judicial Committee of the House of Lords] bir dönüm noktası teşkil eden Pinochet'nin Şili devlet başkanıyken işlediği öne sürülen işkence suçu ve insanlığa karşı suçlardan yargılanmak üzere iadesini talep eden İspanya karşısında İngiliz mahkemelerinden bağışıklık talep edemeyeceği yönündeki ilk kararından hemen iki gün sonra yayımlanmıştı.[2] *Guardian*'da yayımlanan mektup da, *Pinochet* kararı da teoride oldukça basit gibi gözüken –ancak politik olarak patlamaya hazır– aynı önermeyi temel almaktaydı: Bir Amerikan veya Şili vatandaşının İngiltere dışında işlenmiş ve aslında İngiliz vatandaşları veya İngiliz toprağıyla doğrudan ilişkisi bulun-

---

1 *Guardian*, 27 Kasım 1998, s. 25.

2 *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* [2000] 1 AC 61 (Lordlar Kamarası, Karar, Kasım 1998); aynı zamanda *R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis, ex-parte Pinochet* olarak da bulunabilir (1998), 37 ILM 1302.

mayan fillerinden dolayı Londra'da (İngiliz mahkemelerinde yargılanmak veya üçüncü bir devlete iade edilmek amacıyla olsun) tevkif edilmesini engelleyecek bir uluslararası hukuk kuralı yoktu.

Pinochet kararı en ciddi ulusal suçların yargılanmasında ulusal mahkemelerin –İngiliz ve İspanyol– öneminin altını çizdiği için bir dönüm noktası niteliğindeydi. Karar üç ilke üzerine inşa edilmişti:

> 1. Öyle ciddi suçlar vardır ki uluslararası toplum bunları üzerlerinde herhangi bir devletin teoride yargı yetkisi iddia edebileceği uluslararası suçlar olarak niteler; ve
>
> 2. bu ulusal mahkemeler bazı durumlarda söz konusu uluslararası suçlar üzerinde fillerle doğrudan bağlantısı olup olmadığına bakılmaksızın uluslararası mahkemeler yerine –bazı durumlarda mecburen– yargı yetkisine sahip olabilir; ve
>
> 3. eski devlet başkanı veya yüksek devlet görevlilerine bu suçlar nispetinde bağışıklık tanınacağı varsayılamaz.

Bu ilkelerin ortaya çıkışı Profesör Clapham ve Profesör Overy'nin konuşmalarında bahsettiği Nürnberg ve Tokyo ceza mahkemelerindeki yargılamalarla oldukça bağlantılıdır. Nürnberg yargısının uluslararası hukukun ilerleyen dönemdeki gelişmesine ne kadar katkıda bulunduğunu Profesör Clapham konuşmasında belirtti.[3] Clapham, Nürnberg'de ortaya çıkan ve hâkimlerinin geliştirip uyguladığı ilkelerin uluslararası hukukun maddi kuralları üzerinde –hem uluslararası insan hakları hem de uluslararası insancıl hukuk anlamında– ne kadar etkili olduğunu tasvir etmiştir. Clapham hukuki karmaşıklığı tarif etmiş, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırıma iştirakle ortaya çıkan sorumluluğun ge-

[3] Bkz. bu kitabın 2. bölümü.

tireceklerini ve zorluklarını ortaya koymuş, ulusal ve uluslararası mahkemelerin ciddi suçlar üzerinde yargı yetkilerini nasıl kullandığını "tamamlayıcılık" ilkesine temas ederek açıklamıştır.

Ben burada genel soruyu sorduğumuzda çıkabilecek sorunları konu edinmekteyim: İnsanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırımla suçlanan bir bireyin –ulusal veya uluslararası– hangi mahkeme tarafından yargılanması en uygunu olacaktır? Bu soruyu sorarken en vahim uluslararası suçlar konu olduğunda (ulusal veya uluslararası) mahkemelerce dağıtılan ceza adaletinin –tek yol olmamakla beraber– en uygun yol olabileceği ön kabulüyle ilerlemekteyim. Genel olarak ceza hukuku –özel olarak da uluslararası hukuk– hiçbir zaman dünyanın tüm dertlerine deva olamayacaktır. En ağır suçlarla mücadelenin daha farklı yöntemleri vardır: bu suçlar göz ardı edilebilir, affedilebilir, "hakikat ve uzlaşma" yöntemiyle ele alınabilir, yargısız infaz gibi yargı dışı uygulamalara veya diplomatik anlaşmalara konu edilebilir.

Ne olursa olsun, teorik veya politik hangi şekilde meşrulaştırılırsa meşrulaştırılsın (caydırma veya cezalandırma veya "gerçeği arama"), uluslararası toplum en ağır suçların ceza adaleti sistemi içinde yer almayı hak ettikleri kanısındadır. Uluslararası Ceza Divanı'nın tesis edilmesinin somut sonucu en azından şu olmuştur:[4] Uluslararası toplum daha kurulma aşamasındayken ceza mahkemelerinin (hukuk, idare veya insan hakları mahkemelerinin aksine) uluslararası hukukun icrasında önem arz ettiğine; ulusal mahkemelerin (suçun işlendiği ülke veya üçüncü bir ülke) ve uluslararası mahkemelerin ise ayrı bir rolü olduğuna kanaat getirilmiştir.

Geçtiğimiz yıllarda ulusal mahkemeler bu konularda öne çıkmış, birçok farklı durumla karşı karşıya gelmiştir. Ulusal mahkemeler çoğunlukla coğrafi bölgelerinde vuku bulan ol-

[4] Uluslararası Ceza Divanı Statüsü, Roma, 17 Temmuz 1998, 2 Temmuz 2002'den itibaren yürürlükte (1999), 37 ILM 999.

gulara ilişkin davalara bakacaklardır. Ancak savaş suçları ve hatta insanlığa karşı suçlar veya soykırım mevzubahis olduğunda ulusal mahkemeler kendi vatandaşlarını çok nadiren yargılayabileceklerdir. Bazı durumlarda ulusal yargı devletin sınırları dışında meydana gelmiş, kendisiyle tek bağlantı noktası ise sanığın o devletin yargı bölgesinde bulunması olan fiillerle meşgul olur. *Pinochet*[1] ve Senegal'deki Hissene Habré[2] davaları bu duruma örnek teşkil etmektedir. Başka bazı davalarda ise sanıkların yokluğunda kendileri aleyhinde suç isnadında bulunulmuştur: Başbakan Sharon[3] ve Kongolu bir dışişleri bakanı[4] ve daha sonra ele alacağımız Başkan Kaddafi aleyhinde Fransa'da[5] bu şekilde suç duyurusunda bulunulmuştur. Devletler başka yollar bulmakta da oldukça yaratıcı davranmışlardır: İskoç ceza mahkemesinde (ve daha sonra temyiz mahkemesinde) görülen Lockerbie davası daha sonra Hollanda'ya taşınmıştır.[6] Ayrıca Bosna,

---

1 *R. V. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [2000] 1 AC 147.

2 *Cour de Cassation* (Senegal Yargıtay'ı), 20 Mart 2001 tarihli kararı, ilk derece itiraz mahkemesinin kararını onamış ve suçlamaları düşürmüştür.

3 *The Complaint Against Ariel Sharon*, Brüksel Temyiz Mahkemesi, Savcılık Dairesi, Pen. 162/01, 26 Haziran 2002 tarihli karar.

4 *Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, ICJ, Genel Liste No. 121, 14 Şubat 2002 tarihli karar, www.icj-cji.org/icjwww/idocket/iCOBE/icobe-judgment/icobe_judgment_20020214.pdf.

5 *Karar, Temyiz Mahkemesi*, 13 Mart 2001, No. 414. Ayrıca bkz. *Karar, Paris Temyiz Mahkemesi* – İddia Dairesi, 20 Ekim 2000, www.sos-attentats.org. Bu dosyanın bir tartışması bkz. Salvatore Zappala, 'Do the Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation' (2001) 12 *European Journal of International Law* 595-612.

6 Her Majesty's Advocate v. Megrahi, No. 1475/99, Zeist kampında (Kamp Van Zeist) yer alan High Court of Justiciary, 31 Ocak 2001, www.scotcourts.gov.uk.uk/index1.asp. Ayrıca bkz. Omer Y. Elagab, 'The Hagues as the Seat of the Lockerbie Trial: Some Constraints' (2000) 34 International Lawyer 289-306; Sean D. Murphy, 'Contem-

Doğu Timor, Sierra Leone ve Kamboçya'da işlenen uluslararası suçlara ilişkin uluslararası nitelik verilmiş ulusal mahkemeler kurulmuş ve hâlâ kurulmaktadır.[7]

Bu arka plan minvalinde ulusal ceza mahkemeleri ve uluslararası ceza mahkemeleri arasındaki münasebeti açıklamaya çalışacağım. Uluslararası toplum her ikisinin de cezasızlığa karşı mücadelede rol oynaması gerektiği kanısındadır.

Uluslararası Ceza Divanı

Konumuza Uluslararası Ceza Divam'yla başlamak yerinde olacaktır. Uluslararası Ceza Divanı'nı tesis eden Statü'ye göre "Divan ulusal ceza yargısına *tamamlayıcı* bir rol oynayacaktır."[8] Statü böylece bugün "tamamlayıcılık ilkesi" olarak anılan ilkeyi yürürlüğe sokmaktadır. Bu şu anlama gelmektedir. Uluslararası Ceza Divanı yargı yetkisine sahip bir ülke tarafından soruşturulan veya kovuşturulan veya yargı yetkisine sahip ülke tarafından hakiki sebeplerden ötürü kovuşturulmasına gerek olmadığına kanaat getirilen veya fiilin "başka bir mahkeme" tarafından şikâyet konusu yapılıp sanığın daha önce yargılanmış olduğu hallerde yargı yetkisine sahip olmayacaktır.[9] "Tamamlayıcılık ilkesi" uluslararası ceza adaletinin gelişmekte olan kurumsal mimarisine göre

---

porary Practice of the United States Relating to International Law: Verdict in the Trial of the Lockerbie Bombing Suspects' (2001) 95 *American Journal of International Law* 405-7.

7 Bu teklifler hakkındaki görüşler için örneğin bkz. Robert Cryer, 'A "Special Court" for Sierra Leone?' (2001) 50 *International and Comparative Law Quarterly* 435-46; ve Boris Kondoch, 'the United Nations Administration of East Timor' (2001) 6 *Journal of Conflict and Security Law* 245-65. Genel olarak uluslararası mahkemeler hakkında görüşler için bkz. Cesare P. R. Romano 'The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle' (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 709.

8 Bkz. 4 numaralı dipnot, (özellikle) Giriş kısmı.

9 *A.g.e.*, 17(1)(a), (b) ve (c) ve 20(3) maddeler.

Uluslararası Ceza Divanı'nın ulusal mahkemelerin hiyerarşik olarak üstünde bir yargı yetkisine sahip olmayacağı anlamına gelmektedir. Bu durum geleneksel egemenlik kavramına gösterilen saygıyı belirli bir düzeyde tutma çabasına işaret eder. Uluslararası Ceza Divanı adaletin ulusal düzeyde uygun şekilde tecelli etmemesi ihtimaline karşı geride bekleyip kendisine kalan adaleti yerine getirme görevini üstlenmiştir.

Buradaki hareket tarzı kazara belirlenmemiş, aksine yıllar süren müzakere ve tartışmalar sonucu ortaya çıkmıştır. Uluslararası toplum ulusal mahkemelerin yargı yetkisinin esas olması gerektiğini düşünmektedir. Bu yaklaşımın arkasındaki gerekçeler şunlardır: (1) ulusal mahkemelerin tanık, kanıt ve masraf faktörleri göz önünde bulundurulduğunda uluslararası suçlarla mücadele etmeye daha elverişli merciler olmaları; (2) ceza adaletinin insana dayanan ve mali külfetlerin Lahey'de merkezileştirilmek yerine dağıtılması gerektiği; (3) devletlere ulusal ceza adaleti sistemlerini geliştirerek Uluslararası Ceza Divanı'nın yargı yetkisinden kaçınmak suretiyle uygulamaları hususunda inisiyatif tanıması; (4) Uluslararası Ceza Divanı'nın yargı yetkisini kullanıp kullanamayacağının kararını öncelikle taraf devletlerin kendilerine bırakılmış olmasının diğer devletleri de Statü'ye taraf olmaya teşvik eder niteliği.

Diğer âkit devletlerin aksine aralarında Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'nin de bulunduğu bir grup ülkenin Uluslararası Ceza Divanı'nın önüne siyasi veya art niyetli kovuşturmaların gelmeyeceği hususunda çekinceleri vardır.[10] Uluslararası Ceza Divanı her ne kadar sadece en ağır uluslararası suçları, o da ulusal mahkemelerin harekete geçemeyecek durumda olması halinde yargılayabiliyor olsa ve tüm bu suçlar da Amerika Birleşik Devletleri'nin kendi

[10] Bazı ABD savları için bkz. Philippe Sands, 'The Future of International Adjudication' (1999) 14 *Connecticut Journal of International Law* 1-13.

Askeri Adalet Kanunu'na[11] uygun şekilde tanımlanmışsa da Amerika kendi arabulucularının Uluslararası Ceza Divanı yargısından kalıcı olarak muaf olmalarını temin etmek istemiştir. Bu öneri Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından reddedilmiş ve yerine birer yıllık yenilenebilir yargı bağışıklığı tanınmıştır.

Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'yle belirlenen ulusal mahkemelere öncelik tanıma ilkesi diğer uluslararası ceza mahkemelerince benimsenmemiştir. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR)[12] ve eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY)[13] Statüleri bu mahkemelerin üzerinde yargı yetkisi sahibi olduğu suçlar hakkındaki davaların Ruanda ve eski Yugoslavya'nın ulusal mahkemelerinde eş zamanlı olarak görülebileceğini belirtir. Ancak her iki durumda da karar vermeleri halinde iki mahkeme de yargılama önceliğine sahip olacaktır.[14] İki mahkemenin statüsün-

---

[11] Uniform Code of Military Justice, 10 USC 801-941; ayrıca Manual for Courts-Martial, Amerika Birleşik Devletleri, Ek 2, A2-1'den A2-35'e kadar (2000).

[12] BM Güvenlik Konseyi Kararı 955, (1994) 33 ILM 1598.

[13] BM Genel Sekreteri'nin 'Eski Yugoslavya'da Uluslararası İnsancıl Hukuk'un Ciddi Şekilde İhlal Edilmesinden Sorumlu Kişilerin Yargılanabilmesi için Kurulacak Uluslararası Mahkeme'nin Etkileri' raporunda yer almaktadır (1993) 32 ILM 1159; BM Güvenlik Konseyi 827 sayılı kararıyla kabul edilmiştir (1993), (1993) 32 ILM 1203.

[14] ICTY Statüsü Madde 9:
Uluslararası Mahkeme ve ulusal mahkemeler eski Yugoslavya topraklarında 1 Ocak 1991 tarihinden önce işlenen uluslararası insancıl hukuk ihlallerinde bulunan şahısları yargılamak için eş zamanlı yargı yetkisine sahip olacaktır.
Uluslararası Ceza Mahkemesi ulusal mahkemeler üzerinde yargı önceliğine sahip olacaktır. Yargılamanın tüm aşamalarında Uluslararası Mahkeme ulusal mahkemelerden yargı yetkilerini kullanmayı Uluslararası Mahkeme lehine ertelemelerini Statü, Usul ve Kanıt Kuralları uyarınca talep edebilecektir.
ICTR Statüsü Madde 8:
1. Uluslararası Mahkeme ve ulusal mahkemeler Ruanda topraklarında ve komşu topraklarda Ruanda vatandaşları tarafından 1 Ocak

de de şu düzenleme yer almıştır: "Uluslararası Mahkeme hukuki işlemlerin her aşamasında ulusal mahkemelerden Statüsü, Usul ve Kanıt Kuralları [Rules of Procedure and Evidence] uyarınca kendi yetkisine saygı göstermelerini talep edebilir."[15] Bu öncelik ilkesine karşı çıkılmıştır. Örneğin *Tadic* davasında sanık ICTY'nin önceliğinin devletlerin yerel yargısını ve egemenliğini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Temyiz Dairesi bu talebi reddederek şöyle bir açıklama yapar:

> Bu gibi uluslararası mahkemeler kurulduklarında ulusal mahkemeler üzerinde bir öncelik sahibi olmaları gerekir. Aksi takdirde insan doğası gereği uluslararası suçların bir noktadan sonra kalıcı biçimde "sıradan suçlar," usulî işlemlerin de "sanığı korumaya odaklı" olarak değerlendirilme veya davaların titizlikle görülmemesi tehlikesi doğacaktır. "Öncelik ilkesi" tarafından verimli bir şekilde kapsam altına alınmadıkça bu stratejilerden herhangi biri uluslararası ceza yargısının bizzat yaratılış amacını kovuşturması gereken kişilerin lehine mağlup edecektir.[16]

1994-31 Aralık 1994 tarihleri arasında işlenen uluslararası insancıl hukuk suçlarını işleyen şahısları yargılamak için eş zamanlı yargı yetkisine sahip olacaktır.
Uluslararası Ruanda Ceza Mahkemesi ulusal mahkemeler üzerinde yargı önceliğine sahip olacaktır. Yargılamanın tüm aşamalarında Uluslararası Mahkeme ulusal mahkemelerden yargı yetkilerini kullanmayı Uluslararası Ruanda Ceza Mahkemesi lehine ertelemelerini Statü, Usul ve Kanıt Kuralları uyarınca talep edebilecektir.
Bkz. Bartram Brown, "Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals" (1998) 23 *Yale Journal of International Law* 383-386.

[15] *A.g.e.*

[16] *Prosecutor v. Tadic*, Dava No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Ekim 1995, paragraf 58-9, www.un.org/icty/ind.e.htm; Tadic: Appeals: Chamber Decisions.

Nürnberg Mahkemesi Temel Kuruluş Hükümleri [Constitution of the Nuremberg Tribunal] ulusal mahkemelerle ilişkilere değinmemiştir. Ancak yine de Temel Kuruluş Hükümleri'nde taraf devletlerden her birinin yetkili makamlarına bireyleri suç örgütlerine üyelik sebebiyle ulusal, askeri veya işgal mahkemelerinde yargılama hakkı tanınmıştır.[17] Bu gibi durumlar için şu düstur benimsenmiştir: "Grup veya örgütün suçla bağlantısı kanıtlanmış sayılacak ve sorgulanmayacaktır."[18] Ulusal mahkemelerin tek işlevi suç örgütüne üyeliğin mevzubahis olması halinde ortaya çıkmaktaydı. Ayrıca Mahkeme tarafından mahkûm edilen herkesin ulusal, askeri ve işgal mahkemelerinde suç örgütüne üyelik dışında bir suçla yargılanması da mümkündü.[19] Nürnberg Mahkemesi Temel Kuruluş Hükümleri bir kişinin yokluğunda da yargılanabilmesine cevaz veriyordu.[20] Ulusal mahkemelerin öncelik bir yana eş zamanlı yargı yetkisine sahip olduğu konusunda hiç şüphe yoktu.

Özetle, çeşitli uluslararası mahkeme ve divanların kurucu öğeleri ulusal mahkemelere verilen giderek artan önemi işaret etmekteydi: Nürnberg ve Tokyo'da uluslararası yargı inhisari olup ulusal mahkemelerin yargı yetkisinin sınırları dahi çizilmişken Ruanda ve Yugoslavya örneklerinde uluslararası ve ulusal yargı yetkileri eş zamanlı olarak birlikte varlık göstermekteydi. Buna karşın yeni Uluslararası Ceza Divanı sadece artık bir yargı yetkisine sahip olup düzgün şekilde uygulandığı varsayıldığında ulusal cezai yargı yetkisini gölgede bırakmayacaktır. Ancak Uluslararası Ceza Divam'nın ulusal yargılamanın düzgün şekilde tecelli edip etmediğini takdir etmekte üstünlüğü olacaktır.

---

[17] Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı, Bölüm I, 'Constitution of the International Military Tribunal,' 10. Madde, Avrupa'da Büyük Savaş Suçlularının Yargılanması ve Cezalandırılması için Londra Sözleşmesi, Londra, 8 Ağustos 1945.

[18] *A.g.e.*

[19] *A.g.e.*, Madde 11.

[20] *A.g.e.*, Madde 12

Ulusal mahkemeleri uluslararası mahkemelere tercih etmekte bilhassa suç teşkil eden fiiller o devlet sınırları içerisinde işlendiyse oldukça geçerli sebepler vardır. Kanıta –ve tanığa– erişim en azından coğrafi anlamda muhtemelen daha kolay olup ceza adaletinin tecelli etmesinin maliyetini düşürecektir. Ancak ulusal mahkeme denince ifade edilmek istenen yalnızca suç teşkil eden fiillerin gerçekleştiği ülkenin mahkemeleri değildir. "Ulusal mahkemeler" ayrıca suçla –belki failin veya mağdurun başka bir ülkenin vatandaşı olması veya sanığın başka bir ülkede bulunması sebebiyle– sınırlı bir bağlantısı olan diğer ulusal mahkemeleri de ifade etmektedir. Bu gibi durumlarda yargı yetkisinin tesis edilmesinin altında yatan sebep maliyet veya kanıta erişim değil, bir ülke ve vatandaşları arasındaki bağlanın önemidir. Bir devletin kendi vatandaşları üzerinde yargı yetkisi tesis edeceği ilkesi herkesçe kabul edilmiştir. Burada yeni olan, bazı çok ağır suçların cezasız kalmaması için her devletin bu suçlar üzerinde yargı yetkisi tesis edebileceği fikridir.

Uluslararası hukuk ulusal mahkemelerin rolünü belirliyor

Genel ilke devletlerin yalnızca kendi coğrafi sınırları içerisinde işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olmalarıdır. Ancak İngiliz Lordlar Kamarası'nın *Pinochet No. 3* kararıyla bu ilke değişikliğe uğramıştır:

> Nazi zulmü ve Nürnberg mahkemelerinden bu yana uluslararası hukuk birçok saldırı fiilini uluslararası suç olarak kabul etmiştir. Devletler kendi coğrafi sınırları dışarısında işlenmiş dahi olsa bazı uluslararası suçları bireysel olarak yargılamayı denemişlerdir.[21]

[21] *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [2000] 1 AC 147 ve 189, Lord Browne-Wilkinson aracılığıyla.

1945 yılına dek uluslararası kamu hukuku kuralları oldukça sınırlı olarak belirlenmişti. Bu kurallar savaş yöntem ve usullerini tespit ederken sivilleri koruma altına alırdı. Ayrıca yabancıların (vatandaş olmayanların) göreceği muameleyi düzenleyen kurallar da mevcuttu. Ancak devletin kendi halkına yapabilecekleri veya yapılmasına müsaade edebileceklerini sınırlar nitelikte asgari düzeyde benimsenmesi gereken insan hakları standartlarını konu alan hiçbir uluslararası sözleşme veya antlaşma henüz akdedilmemişti. En ağır suçlardan olan soykırım, işkence ve zorla kaybetmeyi yasaklayan bir uluslararası hukuk kuralı alenen telaffuz edilmemişti. Nürnberg Mahkemesi Temel Kuruluş Hükümleri'nin 6. Maddesi Mahkeme'nin yargılamaya yetkili olduğu suçları sayarak aslında bir yasa oluşturmasıyla özel bir öneme sahipti.[22] Mahkeme barışa ve insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları üzerinde yargı yetkisine sahipti. Lord Browne-Wilkinson bu durumu şöyle açıklar:

> Her ne kadar Nürnberg Şartı'nın hukukiliğine dair meşru şüpheler varsa da (...) kanaatimce bu şüpheler Nürnberg Mahkemesi Şartı'nca tanınan Uluslararası Hukuk İlkeleri'nin Tasdiki [Affirmation of the Principles of International Law] 11 Aralık 1946 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca onaylanmasıyla yatışmıştır.[23] Bu tasdikle, Nürnberg Mahkemesi Şartı'nca tanınan uluslararası hukuk ilkeleri ve mahkemenin kararı onaylanmış olup uluslararası hukukun kanunlaştırılması üzerine çalışan komiteyi Nürnberg Mahkemesi Şartı ilkelerinin formüle edilmesi için çok büyük önem arz eden planlamalar yapmaya sevk etti. O tarihten itibaren uluslararası bir suçtan doğan kişisel sorumluluk kavramı uluslararası hukukun parçası olarak değerlendirilmeye başlandı.[24]

---

[22] Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı, bkz. yukarıda 21 numaralı dipnot, 6. Madde.

[23] Genel Kurul Kararı 95, 1. Oturum, 1144, BM Belgeleri A/236 (1946).

[24] *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinoc-*

Birleşmiş Milletler Şartı Nürnberg'den sonraki dönemde başka birçok fiilin de suç teşkil etmesini sağlayacak, daha ayrıntılı kurallar içeren yeni uluslararası sözleşmelerin kabul edilmesine de olanak sağlamıştır. Ancak bu kurallar henüz uluslararası bir ceza mahkemesinin mevcut olmadığı bir hukuki konjonktürde geliştirilmiştir. Dolayısıyla kuralların icrasını sağlamak ulusal mahkemelere düşüyordu.

1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Lahey'deki Uluslararası Adalet Divanı'nın [International Court of Justice] yakın zamanda "yargı yetkisinin genişletilmesi"[25] olarak karakterize ettiği ilk belgeleri, yani 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına dair Sözleşme'yi yayımlar.[26] 1948 Sözleşmesi'nin 1. Maddesi soykırımın tarafların engellemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettiği bir "uluslararası hukuk suçu" olduğunu tespit eder.[27] 1949 tarihli dördüncü Cenevre Sözleşmesi ise savaş zamanında sivillerin korunmasıyla ilgili hükümler neşreder.[28] Öte yandan 1973 Sözleşmesi [Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme] *apartheid* suçunu insanlığa karşı suç olarak nitelendirir.[29] 1979 Sözleşmesi rehin almayı suç sayar. 1984 Sözleşmesi ise tarafları kendi yargı bölgelerinde işlenen işkence fiillerini engellemek için gerekli önlemleri almaya çağırır.[30] Tüm bu dokümanlar sadece hedef

---

het Ugarte (No. 3) [2000] 1 AC 147 ve 197, Lord Browne-Wilkinson aracılığıyla.

25 *Congo v. Belgium*, yukarıda 8. dipnot, 59. paragraf.

26 78 UNTS 277; 9 Aralık 1948 tarihli 260-A (III) sayılı Genel Kurul Kararı'nın eki.

27 *A.g.e.*, 1. Madde.

28 Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Konvansiyonu (Cenevre IV), (1950) 75 UNTS 287-417.

29 Apartheid Suçunun Cezalandırılması ve Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi, 30 Kasım 1973'de kabul edilmiştir, 1015 UNTS 243; 3068 sayılı (XXVIII) Genel Kurul Kararı'na ek.

30 İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilmiştir, 39/46 Genel Kurul Kararı, 39 UN GAOR Supp.

aldıkları filleri suç olarak nitelendirmekle kalmaz, tarafları bu suçların işlenmesini önlemek ve işlenmeleri halinde cezalandırmak için gerekli adli önlemleri almaya sevk eder. Bunu da birbirine kabaca benzeyen yollardan yapar. 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde şu ifade yer alır:

> Soykırım fiilini veya Sözleşme'de belirtilen fiillerden birini işlediğine dair hakkında suç isnadı bulunan kimseler, suçun işlendiği ülkedeki Devletin yetkili bir mahkemesi veya Âkit Devletler tarafından yargılama yetkisi kabul edilmiş ve bu yetkiye sahip olan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanır.[31]

İlk kez bu hükümle suçsuzluğun önlenmesi ilkesinin, devletlerin daha geniş bir yargı yetkisi kullanma hakkı açıkça kısıtlanmasa dahi ulusal mahkemelerce (yalnızca o devlet topraklarında vuku bulan fiiller için) yargılanma zorunluluğu olarak yansıma bulduğunu görüyoruz. Sivillerin korunmasına ilişkin 1949 Cenevre Sözleşmesi işi bir adım ileriye götürür. Sözleşme ayrıca tarafların "[S]özleşmenin (...) ağır ihlaline sebebiyet veren (...) suçların işlenmesi veya işlenmesinin emredilmesinin etkin şekilde cezalandırılması için gerekli mevzuatı" yasalaştırabileceğini de öngörür.[32] Sözleşme daha da ileri giderek taraflara pozitif edimler yükler:

> [A]ğır ihlal içeren söz konusu fiilleri işlemek veya işlenmelerini emretmekle suçlanan şahıslar aranmalı ve bu şahıslar hangi devletin vatandaşı olduğuna bakılmaksızın kendi ülke mahkemeleri önünde yargılanmalıdır. Taraflar ayrıca tercihen bu şahısları başka bir tarafa, bu tarafın davayı görmekte *prima facie* [*ilk bakışta*] haklı görünmesi halinde kendi mevzuatlarına uygun şekilde teslim edebilirler.[33]

(No. 51) 197ide, BM Belgeleri A/39/51 (1985); (1984) 23 ILM 1027; (1985) 24 ILM 535'te önemli değişiklikler gerçekleşmiştir.

31 Bkz. 30. dipnot, Madde VI.

32 Bkz. 32. dipnot, Madde 146.

33 *A.g.e.*

1948 Soykırım Sözleşmesi ve 1949 Cenevre Sözleşmesi arasındaki fark, Cenevre Sözleşmesi'nde herhangi bir coğrafi sınırlama olmamasıdır: Kovuşturma zorunluluğunun doğması için fiilin o devlet topraklarında işlenmiş olması gerekmemektedir. Dolayısıyla eğer bir kimse 1949 Sözleşmesi'nin ağır biçimde ihlaline sebep olan bir hareketi –örneğin bir sivilin kasten öldürülmesi veya işkenceye tabi tutulması– Fransa'da yapar ve yetkililer tarafından Birleşik Krallık'ta bulunduğu anlaşılırsa, bu kişi İngiliz mahkemelerinde yargılanmak veya ilgili bir diğer ülkeye, örneğin Fransa'ya teslim edilmek üzere aranmalıdır. Suçsuzluğun kökünü kazımak için gösterilen kararlılık bugün "evrensel ceza yargısı" olarak tanınacak şekilde genişlemiştir: Devletlerin nerede işlendiğine bakılmaksızın suç fiilini yargılama hakkı. Bu her ne kadar yeni bir gelişme olmasa da –keza uluslararası hukuk örneğin korsanlık ve kölelik üzerinde epey önceden evrensel yargı yetkisi tespit etmiştir– ilkenin şekil değiştirerek yeni bir alana doğru genişlediği görülür.

Aynı kararlılık takip eden dönemlerde imzalanan başka uluslararası sözleşmelerde de görülebilir. Örneğin 1973 tarihli Apartheid Sözleşmesi'nde kendisine *apartheid* suçu isnat edilen kişinin "Sözleşme'ye taraf ülkelerden herhangi birinin yetkili mahkemesince yargılanabileceği" hükmü vardır.[34]

Bu geniş ve evrensel yaklaşımın Senatör Pinochet davasında özel bir önem arz eden 1984 tarihli İşkence Sözleşmesi'yle daha da geliştirildiği görülmektedir. Sözleşme, taraflar devletlerin kendi toprakları dahilinde, kendi vatandaşlarından biri tarafından veya birine karşı işkence suçu işlenmesi halinde uygun görürse yargı yetkisi tesis etmesi gerektiğini öngörür.[35] Ayrıca tarafların "sanığın ülke toprakları üzerinde

---

[34] Bkz. 33. dipnot, Article V. Cümle içinde 'yapılabilir' yerine 'yapılması gerekir' kullanıldığına dikkat çekelim. Uluslararası ceza mahkemeleri de yargı yetkisini kullanabilir.

[35] Bkz. 34. dipnot, Madde 5(1).

bulunması ve iade edilmemesi halinde" Sözleşme'de belirlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olması beklenir.[36] Tüm bu hallerde tarafların ya suçu kovuşturmaları ya da iade etmeleri gerekmektedir.[37] Bu ilkenin ardında yatan sebep oldukça açıktır: Suçluların her nerede bulunurlarsa bulunsunlar cezasız kalmaları önlenmelidir. Burger ve Danelius (Burger, Birleşmiş Milletler İşkence Sözleşmesi Çalışma Grubu eski başkanı olup her ikisi de sözleşmenin ilk taslağını hazırlayanlar arasındadır) *Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [İşkence Sözleşmesi ve Diğer Canice, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muamele ve Cezalandırmalar Üzerine El Kitabı] adlı yetkin eserlerinde Sözleşme'nin temel amacının işkencecinin başka bir ülkeye giderek hareketlerinin sonuçlarına katlanmaktan kaçınmasının engellenmesi olduğunu belirtirler.[38]

Tüm bu belgeler bir uluslararası ceza mahkemesinin yokluğunda kabul edilmiş olup uluslararası toplumun bazı fiillere suç saymaktaki ve suç teşkil eden bu fiilleri ika eden kişileri ulusal mahkemelerde yargılama zorunluluğu tesis etmekteki kararlığını gösterir niteliktedir. Ulusal mahkemelere verilen önemin artırılması Uluslararası Ceza Divanı'nı daha önce açıkladığımız gibi son merci olarak gören eğilimle tutarlıdır.

Pinochet

Senatör Pinochet, 16 Ekim 1998 günü tutuklandı. Derhal eski bir devlet başkanı olarak İngiliz yargısına karşı bağışıklığı bulunduğu gerekçesiyle bir *habeas corpus* [*haksız*

[36] *A.g.e.*, Madde 5(2).

[37] *A.g.e.*, Madde 7(1).

[38] Herman Burgers ve Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1988), s. 131.

yakalama] itirazında bulundu. Bu savın temelleri klasik uluslararası hukuk ilkelerine dayanmakta olup örneğin New York Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 1876 tarihli *Hatch v. Baez* kararında somut olarak görülebilmekteydi.[39] Mahkeme, davacı Davis Hatch'in Dominik Cumhuriyeti Başkanı resmi sıfatıyla hareket eden sanık Buenaventura Baez tarafından Dominik Cumhuriyeti'nde maruz kaldığı yaralama fiiline istinaden sunduğu taleple karşı karşıyaydı. Hatch, Başkan Baez'in New York'ta bulunduğunu öğrenir öğrenmez kendisine karşı dava açmıştı. Mahkeme sanığın New York'ta bulunması sebebiyle dava üzerinde yargı yetkisi bulunduğuna kanaat getirmişti. Ancak sanığın bağışıklık talebini "ulusların barış ve uyumlarını korumak için gerekli" görerek, şikâyet konusu fiillerin yabancı ve dost bir ülkenin hükümetine sirayet ettiği gerekçesiyle sanık lehine karar vermişti.[40] Karar yabancı devletin egemenliğine hukuken saygı göstermeyi gerektiren geleneksel görüşe uygun, olağan bir karardı.

1876 yılındaki karara yansıyan görüş *Pinochet* davasındaki ilk mahkeme kararında da genel hatlarıyla takip edilmiş, Senatör Pinochet'nin bağışıklık talebi kabul görmüştü.[41] Lordlar Kamarası'na 1998 yılında yapılan itiraz ise geleneksel uluslararası hukukun bağışıklık talebini kabul etmeye yol açacak bir temeli bulunmadığı gerekçesiyle üçe karşı iki oyla kabul edilmişti.[42] Kararın ne kadar önemli olduğu dünya basını tarafından manşetlere taşınmasından, hakkında yapılan haberlerin çoğunun olumlu olmasından anlaşılmaktaydı.[43]

---

[39] Hatch v. Baez, 7 Hun 596 (NY 1876).

[40] *A.g.e.*, s. 600.

[41] *Re Augusto Pinochet Ugarte*, UK High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court), 28 Ekim 1998, (1999) 38 ILM 68.

[42] *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* [2000] 1 AC 61.

[43] Basında yer alan bazı görüşlere örnek olarak bkz. Warren Hoge, 'British Court Rules Against Pinochet: Now Cabinet Must Weigh Extradition,' *New York Times*, 26 Kasım 1998, s. A1; Kenneth Roth,

Lordlar Kamarası'nın bu kararı daha sonra çeşitli gerekçelerle iptal edilmiş olsa da daha sonraki bir karar daha kısıtlı şekilde de olsa benzer tespitleri yapmış, bağışıklığın kaybedilmesinin geleneksel uluslararası hukuk ilkelerinden değil, 1988 yılında yürürlüğe giren ve hem Şili hem İspanya hem de İngiltere'nin taraf olduğu 1984 tarihli İşkence Sözleşme-

---

'Justice for Tyrants,' *Washington Post*, 26 Kasım 1998, s. A31; 'Pinochet: le Jour où la Peur a Changé du Camp,' *Le Monde* (Paris), 27 Kasım 1998, s. 1; Guy Duplat, 'Un début de Justice,' *Le Soir* (Brüksel), 26 Kasım 1998, s. 1; Nick Hopkins ve Jamie Wilson, 'Judgment Day Beckons,' *Guardian* (Londra), 26 Kasım 1998, s. 1; Paola Sais, 'Pinochet sin immunidad,' *La Tercera* (Santiago, Şili), 26 Kasım 1998; ve 'Un hito en la defensa de los derechos humans,' *El Mundo* (Madrid), 26 Kasım 1998. Ayrıca konuyla ilgili hukuk makalelerine örnek olarak bkz. Michael Byers, 'The Law and Politics of the Pinochet Case' (2000) 10 *Duke Journal of Comparative and International Law* 415, www.law.duke.edu/journals/djcil/articles/djcil10p415.htm adresinde; Roland Bank, 'Der Fall Pinochet: Aufbruch zu neuen Ufern bei der Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen?' (1999) 59 *Zeitschrift fum ur auslum andisches um offentliches Recht und Vum olkerrecht* 677; Andrea Bianchi, 'Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case' (1999) 10 *European Journal of International Law* 237; Neil Boister and Richard Burchill, 'The Implications of the Pinochet Decisions for the Extradition or Prosecution of Former South African Heads of State for Crimes Committed Under Apartheid' (1999) 11 *African Journal of International and Comparative Law* 69; Michel Cosnard, 'Quelques Observations Sur les Décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'Affaire Pinochet' (1999) 103 *Revue Générale de Droit International Public* 309; Hazel Fox, 'The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State' (1999) 48 *International and Comparartive Law Quarterly* 207; ve Jill M. Sears, 'Confronting the "Culture of Impunity": Immunity of Heads of State from Nuremberg to Ex parte Pinochet' (1999) 42 *German Yearbook of International Law* 125.

si'nden[44] kaynaklandığını belirtir.[45] Lordlar Kamarası'mn çoğunluğunun 1984 Sözleşmesi'ni dayanak alması, Sözleşme'yle bağlı kalmaya rıza gösteren devlet egemenliğine saygı duyulmasına işaret etmekte olup bu anlayışın benimsenmesindeki zorluk Lord Goff'un da muhalefet şerhinde belirttiği gibi, 1984 Sözleşmesi'nin bağışıklık konusunda sessiz kalıyor olması nedeniyle bağışıklığın kaybedildiğinin varsayılmasının mümkün olamayacağında yatıyordu.[46] Ancak Lord Goff, çalışma arkadaşlarını geleneksel görüşü benimsemeye ikna edememiş, böylece yedi Hukuk Lordundan [Law Lord] altısı bağışıklık talebini reddetmişti.

Lordlar Kamarası'nm kararı bir dönüm noktası olmuş ve bu şekilde kabul görmüştü. Öncelikle kararların çoğunda İşkence Sözleşmesi ve konuşmamızın ilk kısımlarında belirttiğimiz diğer belgelerle suç olarak tanımlanan uluslararası suçların kovuşturulmasında ulusal mahkemelere meşru bir rol biçilmiştir. Ayrıca karar, söz konusu sözleşmelerin altında yatan bu suçlar üzerinde evrensel yargı ilkesini benimsemiş ve yürürlüğe koymuştur. Öte yandan bu kararla, eski bir devlet başkanına bağışıklık tanımanın İşkence Sözleşmesi'nin ama-

---

[44] Bkz. 34. dipnot. Sözleşme hakkında daha fazla bilgi için bkz. Herman Burgers ve Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment* (1988); Roland Bank, *Die internationale Bekum ampfung von Folter und unmenschlicher Behandlung auf den Ebenen der Vereinten Nationen und des Europates: eine vergleichende Analyse von Implementation und Effektivitum at der neueren Kontrollmechanismen* (1996); ve Roland Bank, 'International Effortsto Combat Torture and Inhuman Treatment: Have the New Mechanisms Improved Protection?' (1997) 8 *European Journal of International Law* 613.

[45] Şili 30 Eylül 1988'de taraf olmuştur; İspanya 21 Ekim 1989'da taraf olmuştur, Birleşik Krallık 8 Aralık 1988'de taraf olmuştur. Bkz. Birleşmiş Milletler, 'Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secreteray-General,' http://untreaty.un.org/englishinternetbible/partI/chapterIV/treaty12.asp.

[46] *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* [2000] 1 AC 147 ve 215, Lord Goff aracılığıyla.

cıyla çatışacağını, Sözleşme'nin gerçek yorumunun bağışıklık talebinin reddini gerektirdiği kabul edilmiştir. Son olarak resmi görevin uluslararası bir suçun işlenmesine hiçbir şekilde sebebiyet vermeyeceği kabulünün de üstünde durulmuştur. Lord Browne-Wilkinson bu durumu şöyle özetler:

> İnsanlığa karşı suç ve *jus cogens* [*üstün, emredici hukuk*] sayılan bir uluslararası suçun devlet adına resmi görevli olarak hareket ederken işlenmesi mümkün müdür? İşkence Sözleşmesi'nde tanımlandığı haliyle işkencenin devlet fonksiyonu sayılamayacağını söylemekte güçlü nedenlerimiz olduğuna inanıyorum.[47]

Öte yandan Lord Phillips, Senatör Pinochet'nin dayanak gösterebileceği bir bağışıklık kuralı bulmakta zorlanmaktaydı:

> Uluslararası bir suçun kovuşturulması noktasında *ratione materiae* [*konu bakımından*] devlet bağışıklığı öngören bir uluslararası hukuk kuralı olmadığı sonucuna kolayca ulaşıyorum. Uluslararası ve yurtdışında işlenmiş suçlar üzerinde yargı yetkisi kavramlarının her ikisi de uluslararası kamu hukuku alanında oldukça yenidir. Bu noktada *ratione materiae* devlet bağışıklığının bu kavramlarla birlikte varlık gösterebileceğine inanmıyorum. Yurtdışında işlenmiş suçlar üzerinde yargı yetkisi kavramı bir devletin bir başka devletin iç işlerine karışmayacağı kuralını bertaraf etmektedir. Bertaraf etmektedir, çünkü uluslararası bir suç söz konusu olduğunda bu ilkeye üstünlük tanınmaz. Uluslararası suç devlet fonksiyonu çatısı altında işlendiğinde de pekâlâ uluslararası topluma karşı işlenmiş bir saldırı suçudur. Yurtdışında işlenmiş bir suç üzerinde yargı yetkisi tesis ediliyorsa, resmi sıfatla işlenmiş suçları bu yargı yetkisinin kapsamı altından çıkarmanın hiçbir anlamı olmayacaktır.[48]

---

[47] *A.g.e.*, s. 203, Lord Browne Wilkinson aracılığıyla.

[48] *A.g.e.*, s. 289, Lord Philips aracılığıyla.

Lordlar Kamarası kararı ulusal mahkemelerin bir bireyin –hatta eski bir devlet başkanının– başka bir ülkede işlediği suçlardan yargılanmasının önünü açmıştır. Karar Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'ndeki "tamamlayıcılık" ilkesinde de öngörüldüğü gibi ulusal mahkemelerin oynayacağı potansiyel rolü artırmıştır. Ancak Lordlar Kamarası'nın kararı ayrıca ulusal bir mahkemenin yetkisinin ne zaman talep edilip kullanılacağı hususunda alevli tartışmalara da sebebiyet vermiştir. Özellikle yabancı devlet başkanlarının bağışıklığına yapılan bu hücumların devlet başkanları veya diğer devlet görevlilerinin geleneksel bağışıklığına meydan okuduğu göz önünde bulundurulduğunda bunun, devletlerin birbirleriyle etkileşim kurmalarını engelleyeceğine dair endişeler ortaya çıkmaktadır.

Dünya Mahkemesi Devreye Giriyor

Hikâyemizin yönünü ulusal mahkemelerden Lahey'deki bir diğer uluslararası mahkeme olan (ICJ veya Dünya Mahkemesi olarak da atıfta bulunulan), Birleşmiş Milletler'in temel adli organı Uluslararası Adalet Divanı'na çeviriyoruz. Ulusal mahkemeler nezdinde devlet bağışıklığı sorunu ICJ'nin yakın tarihli *Kongo v. Belçika* kararında da ele alınmıştır.[49]

11 Nisan 2000 tarihinde Belçikalı bir tetkik hâkimi Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin görevdeki Dışişleri Bakanı Abdualye Yerodia Ndombasi hakkında uluslararası yakalama emri çıkartır. Yakalama emri sanığın *yokluğunda* [*in absentia*] verilmiş bir karardır. Yerodia emirde, 1998 Ağustos ayında ırkçı öfkeyi körükleyen konuşmalar yapmakla suçlanmaktaydı. Ayrıca yakalama emri Yerodia'nın halkı, Kinshasa'da ikamet eden Tutsilere karşı yüzlerce kişinin ölümüne, linç edilmesine, hapsedilmesine, yargısız infaz, keyfi ve haksız tutuklamalara maruz kalmasıyla sonuçlanan saldırıları yapmaya sevk ettiği iddiasını temel almaktaydı. Yerodia,

[49] *Congo v. Belgium*, bkz. 8. dipnot.

1949 Cenevre Sözleşmesi ve 1977 tarihli 1 ve 2. protokollerini ve insancıl hukuk kurallarını ağır derecede ihlal nedeniyle Belçika hukuku altında suçlanmaktaydı. Belçika hukuku ulusal mahkemelerine dünyanın herhangi bir yerinde işlenmiş suçlar için yargı yetkisi (mutlak evrensel yargı yetkisi) tanımaktaydı. Belçika hukuku ayrıca kimseye Belçika mahkemeleri nezdinde bağışıklık tanınmayacağını düzenlemekteydi.[50] Özetle Belçika, kendi vatandaşı olmayanlara karşı, Belçika sınırları dışında işlenmiş fiiller üzerinde, üstelik Yerodia'nın Belçika'da bulunmasına dahi gerek duymadan yargı yetkisi tesis etmekteydi.

Hem Belçika hem de Kongo tetkik hâkimlerinin gerekçeleri oldukça anlaşılabilir durumdadır. 2000 yılının Ekim ayında Kongo, Lahey'de ICJ'ye başvurarak Divan'dan Belçika'nın yakalama emrini iptal ettirmesini talep eder. Kongo başvurusunda evrensel yargı yetkisini kullanma iddiasının Kongo devletinin egemenlik hakkını, yabancı bir dışişleri bakanının bağışıklığının tanınmamasınm ise diplomatik bağışıklık öngören uluslararası hukuk kurallarını ihlal ettiğini ifade eder. Divan, devletlerin evrensel yargı yetkisi kullanabileceği şartlar göz önünde tutulduğunda ilk soruyu yanıtlamak zorunda olmadığını belirtir.[51] Bağışıklık sorununa ilişkin olarak ise Divan, ilgili sözleşmelerde "dışişleri bakanlarına tanınan bağışıklığın" özellikle tanımlanmadığı

---

[50] 16 Haziran 1993 tarihli, 12 Ağustos 1949 tarihli Uluslararası Cenevre Konvansiyonlarının ve 8 Haziran 1977 tarihli I ve II sayılı Protokollerin Ciddi İhlallerinin Cezalandırılmasına İlişkin Kanun, 19 Şubat 1999 tarihli Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi Şekilde İhlal Edilmesinin Cezalandırılmasına İlişkin Kanun, *Moniteur belge*, 5 Ağustos 1993, *Moniteur belge*, 23 Mart 1999, 7. ve 5(3) maddeler.

[51] Evrensel yargı yetkisine karşı en şiddetli eleştiri Mahkeme Başkanı Yargıç Guillaume'un Ayrık Karar'ında bulunabilir. Bu görüş yargıçların çoğu tarafından kabul görmemiştir. Congo v. Belgium, bkz. 8. dipnot, Guillaume'un karşı görüşü, paragraf 4-12 ve 16, www.icj-cij.org/icjwww/idcoket/iCOBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214_guillaume.pdf.

gerekçesiyle geleneksel uluslararası hukuk kurallarının uygulama alanı bulacağı kanaatindedir.[52] Divan ilke olarak "bir dışişleri bakanının işlevi gereği, görevde bulunduğu sürece yurtdışında cezai yargı bağışıklığı ve dokunulmazlığı" bulunması gerektiğini savunur ancak bu savını destekleyecek hukuki veya akademik bir kaynak veya bir diğer otorite göstermez.[53] Divan daha sonra bakanın savaş suçu veya insanlığa karşı suç (bunlara soykırım da eklenebilir) işlediğinden şüphelenilmesi halinde söz konusu bağışıklığın talep edilip edilemeyeceğini değerlendirmiştir. Şu halde –devletlerin eylemlerinin çok dikkatle incelenmesi sonucu– geleneksel uluslararası hukuk altında dışişleri bakanlarına atfedilen cezai yargı bağışıklığı ve dokunulmazlığının savaş suçu veya insanlığa karşı suç şüphesinin varlığında dahi bir istisnası bulunmamaktadır.[54] ICC de dahil olmak üzere birçok muhtelif uluslararası ceza mahkemesinde bağışıklığı genişleten hükümlerin bulunması da bu sonucu değiştirmemiştir.[55] Yargı yetkisi tesis eden uluslararası sözleşmeler de bağışıklık hususunda sessiz kalmıştır. Ancak ICJ'nin gerekçelendirmesinin zayıf olduğu söylenebilir.

Divan, kararıyla vereceği mesajla fazla meşgul olmuşa benzemektedir. Divan yargı bağışıklığının en ciddi suçlara karşı cezasız kalmak olmadığını belirtmiş, uluslararası suçluların yargılanması için dört farklı seçenek sunmuştur.

ICJ ilk olarak uluslararası suçluların uluslararası hukukun bu noktada herhangi bir yargı bağışıklığı tespit etmemesi nedeniyle kendi ülkelerinin ulusal mahkemelerinde yargılanabileceklerini belirtir. Deneyimlerimiz bize bu görü-

---

[52] *Congo v. Belgium*, bkz. 8. dipnot, paragraf 52.

[53] *A.g.e.*, paragraf 54.

[54] *A.g.e.*, paragraf 58

[55] Bkz. Uluslararası Nürnberg Ceza Mahkemeleri Şartı, 7. Madde; Uluslararası Uzak Doğu Ceza Mahkemeleri Şartı, 6. Madde, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 7(2) Maddesi; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Madde 6(2) ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 27. Madde.

şün neredeyse tamamen teorik kaldığını göstermiştir. Lord Browne-Wilkinson'ın bu konudaki fikirlerine katılmamak mümkün değildir:

> [Y]erel mahkemelerin uluslararası işkence suçu üzerinde yargı yetkisinin bulunması totaliter rejimde ayakta kaldığı müddetçe hiçbir anlam ifade etmemektedir: Totaliter rejimin kendi mahkemelerinin bizzat kendi yetersizliği hakkında bir karara varmasına müsaade etmesi beklenemez. Dolayısıyla devlet işkencesini engellemek için uluslararası bir mekanizma kurulması, işkence suçu bir kere işlendikten sonra yerel mahkemelerden beklenemez.[56]

İkinci olarak ICJ devletin de kendisini temsil eden yetkililerin bağışıklığını kaldırabileceğini savunmuştur. Ancak elbette devletin görevdeki bir dışişleri bakanının bağışıklığını hangi durumlarda kaldıracağını tahmin etmek oldukça zordur. Filipinler Cumhuriyeti Başkanı Ferdinand Marcos aleyhine 1980'lerin sonlarında birden çok dava açılmış, neticede Marcos'un bağışıklığı *In Re Grand Jury Proceedings*'de[57] [*Büyük Jüri Duruşmaları Hakkında*] istisnai olarak Filipinler hükümeti tarafından kaldırılmıştır.[58]

Üçüncü olarak ICJ bir dışişleri bakanının görevi sona erdiğinde diğer devlet mahkemeleri nezdinde bağışıklığının da sona erdiğini belirtmiştir. Böylece bir ülke mahkemesinin

---

[56] *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [2000] 1 AC 147 ve 199, Lord Browne-Wilkinson aracılığıyla.

[57] *In Re Grand Jury Proceedings, John Doe, No. 700*, 817 F 2d 1108 (United States Court of Appeals of the 4th Circuit, 1987).

[58] Ayrıca bkz. In Re Estate of Marcos Huma Rights Litigation: Trajano v. Marcos, 978 F 2d 493 (United States Court of Appeals for the 9th Circuit, 1992); Hilao v. Estate of Marcos, 103 F 3d 767 ve 767-8 (United States Court of Appeals of the 9th Circuit, 1996); ve Estate of Domingo v. Republic of Philippines, 808 F 2d 1349 (United States Court of Appeals of the 9th Circuit, 1987).

diğer bir ülkenin dışişleri bakanını görev süresi dışındaki veya görevi esnasında olmakla beraber "kişisel" addedilen eylemlerinden dolayı yargılayabileceği kabul edilmiştir.[59] Ancak Divan'ın nelerin kişisel eylem sayılabileceğinin açıklığa kavuşturulması hususunda bir katkısı olmadığı gibi Lord Browne-Wilkinson'm *Pinochet No. 3* kararında belirttiği işkence, zorla kaybetme veya soykırım suçlarının asla resmi sıfatla işlenemeyeceği gerekçesiyle kişisel eylem sayılması gerektiği görüşüne katılıp katılmadığı da belli değildir. Yukarıda bahsedilen *Pinochet No. 3* kararında Lord Browne-Wilkinson şöyle der:

> İnsanlığa karşı işlenmiş uluslararası suç ve *jus cogens* sayılan bir suçun devlet adına resmi sıfatla işlenmesi mümkün müdür? Kanımca İşkence Sözleşmesi'nde tanımlanan işkence suçunun devlet görevi niteliği kapsamı dışında bırakılması kuvvetle muhtemeldir.[60]

Buna ilaveten Yerodia, 2000 yılının Kasım ayında Dışişleri Bakanı sıfatını terk ederken Eğitim Bakanı olmuş, 2001 yılının Nisan ayında ise bu bakanlık makamından da ayrılmıştır. Divan'ın müdahil olup kararını verdiği esnada Yerodia artık eski bir dışişleri bakanıydı.

Nihayet ve mevcut durum için en önemlisi, ICC Statüsü'nde dışişleri bakanları, başbakan veya devlet başkanları dahil kimsenin bağışıklık talebinin kabul edilmeyeceğinin peşinen belirtiliyor olması nedeniyle ICJ'nin kararının ICC'nin yargı yetkisine halel getirmeyeceğidir. Bu nedenle konu dışişleri bakanları olduğunda tamamlayıcılık ilkesinin bir kenarda kaldığını ve ICC'nin (veya yetki sahibi başka bir uluslararası ceza mahkemesinin) yargı yetkisi kullanabileceğini görüyoruz.

---

[59] *Congo v. Belgium*, bkz. 8. dipnot, paragraf 61.

[60] *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [2000] 1 AC 147 ve 203.

ICJ'nin kararı bazı önemli soruları yanıtsız bırakmıştır. Soykırım veya işkence bir dışişleri bakanının izniyle ortaya konan resmi eylemler olarak görülebilir mi? Başkaları da – örneğin dışişleri bakan yardımcısı, eğitim bakanı veya başkanın özel elçisi– uluslararası hukuk teamülleri altında bağışıklık talep edebilecek midir? Uluslararası bir sözleşmeyle yargı yetkisi tanınması *Pinochet* kararında Lordlar Kamarası'nın çoğunluğunun ifade ettiği gibi eski devlet başkanlarının yargı bağışıklığının olmadığına bir gösterge midir? Bu noktada ICJ'nin *Congo v. Belgium* kararında uluslararası sözleşmelerin taraflara kovuşturma ve suçluların iadesi gibi borçlar yüklemesinin bu sözleşmeler kapsamında herhangi bir yargı bağışıklığı tanınmayacağı şeklinde yorumlanamayacağı şeklindeki ifadesi hatırlanmalıdır. Divan bu durumu şöyle açıklar: "Yargı yetkisi bağışıklığın olmadığı anlamına gelmez."[61]

Sonuç

Pinochet ve *Yerodia* kararları –hali hazırda görevde bulunan ve eski bir devlet başkanı veya başbakan arasındaki ayrımın önemi sebebiyle– birbirinden farklıdır. Lordlar Kamarası'nın (doğal bir mahkeme) *Pinochet,* ICJ'nin *Yerodia* kararlarında kanaatimce uluslararası hukukun birbirine rakip iki farklı görüşü yansıtılmıştır. Lordlar Kamarası'nm çoğunluğu uluslararası hukuku esas amacı en ağır uluslararası suçların cezasız kalmamasını da hedefleyen, geniş anlamda birtakım ortak değerleri hayata geçiren bir dizi hukuk kuralı olarak görmüştür. ICJ ise uluslararası hukuk kurallarını öncelikle uluslararası arenanın başrol oyuncuları olan devletler arasındaki ilişkileri geliştirme amacını güttüğü görüşündedir. Lordlar Kamarası'nın çoğunluğunca paylaşılan görüşe göre ise denge, bağışıklıkların sınırlandırılması ve bağışıklığa karşı bir karine getirilip, bunun yürürlüğe konmasıyla sağlanacaktır.

---

[61] *Congo v. Belgium*, bkz. 8. dipnot, paragraf 59.

Buna karşın ICJ, aksi somut bir eylemle kanıtlanmadıkça –ulusal mahkemeler nezdinde dahi– bağışıklık lehine bir karine olduğunu kabul eder. ICJ'nin Kongo'nun talebine ve dolaylı olarak *Pinochet* kararına verdiği cevap, ulusal mahkemelerin bilhassa henüz görevdeyken ve mümkünse görevleri sona erdikten sonra da "kişisel eylemlerin" nasıl yorumlanıp uygulandığına bağlı olarak üst düzey yetkililer (devlet başkanları, dışişleri bakanları vb.) nezdinde daha sınırlı bir yargı yetkisine sahip olması yönündedir. Esasen ICJ, küçük balıkların ulusal mahkemelerde yutulabilirken üst düzey yetkililerin –veya karar mekanizmalarının– sadece uluslararası mahkemelerin meşgalesi olabileceğini söylemek istemektedir.

Hangi görüşün kazandığı bizim için önemli midir? Bunun gelişmekte olan uluslararası ceza adaleti sisteminin geleceğine nasıl bir etkisi olacaktır? Bu soruları sorarken aklıma 2000 sonbaharında Vukovar ve civar köylerine yaptığım ziyaret geliyor. Vukovar'ı, ana hastanesi Sırp güçleri tarafından 1991 Kasımında basılan, hastanedekiler arasından Sırp olmayan iki yüzden fazla kişinin kilometrelerce ötedeki Ovcara'ya götürülüp öldürüldüğü katliam bölgesi olarak hatırlıyoruz. Söz konusu bölge Londra'ya yalnızca iki saatlik uçak yolculuğu mesafesinde. Ölüm emrini verdiği iddia edilen Komutan Mile Mrksic, 1948 Cenevre Sözleşmeleri ve savaş hukuku kurallarını ağır şekilde ihlal ettiği ve insanlığa karşı suç işlediği gerekçesiyle 1995 yılından beri ICTY tarafından yargılanmaktadır.[62] Aynı soykırım fiilleri Hırvatistan tarafından Yugoslavya (Sırbistan ve Karadağ) aleyhine ICJ önünde açılan davanın da konusunu oluşturmaktadır.[63]

---

[62] *Prosecutor v. Mrksic, Radic, Sljivaucanin and Dokmanovic*, ICTY, Dava No. IT-95-13a (İlk iddianame, 7 Kasım 1995), www.un.org/icty/indictment/english/mrk-ii951107e.htm adresinde.

[63] *Republic of Crotia v. Federal Republic of Yugoslavia, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ, Genel Liste Dava No. 118.

Vukovar ziyaretimiz esnasında bizi evinin kalıntılarını göstermeye götüren oldukça yaşlı bir kadınla tanıştırıldık. Yaşlı teyze bizi evinin mahzenine götürdü ve bir tercüman aracılığıyla evin bodrumunu darmadağın eden hava toplarının kocasını öldürüp kızını nasıl sakat bıraktığını anlattı. Dışarı çıkmaya korkmuş, iki gün boyunca mahzende kalmıştı. Kendisine tüm bu eylemleri gerçekleştirenin kim olduğunu bilip bilmediğini sorduk. Şaşırdı ve "Elbette biliyorum," dedi. "Kimlerdir peki?" diye üsteledik. Halk pazarına gittiğinde haftada bir rastlaştığı yan köyden komşuları olduklarını söyledi. Neden tutuklanmadıklarını ve yargılanmadıklarını sorduk. "Anlaşma" yüzünden olduğunu söyledi. Bu vesileyle BM/AB ve çekilen Sırp kuvvetleri arasında uluslararası suçlardan aranan kişilerden sadece bir kısmının (bize bu sayının yirmi beş olduğu söylendi) 1991-1995 yılları arasındaki katliamlardan ulusal mahkemeler önünde yargılanacağına dair bir anlaşma olduğunu öğrenmiş olduk. Sırp kuvvetlerinin kendi istekleriyle çekilmelerinin bedeli belli ki bu olmuştu.

Neticede Vukovar ve civarında işlenen suçların faillerinin büyük çoğunluğu Hırvat veya Sırp mahkemelerinde, hatta başka hiçbir devlet mahkemesinde ve ICTY önünde yargılanmayacak. Her ne kadar Hırvatistan ICC Statüsünü imzalamış olsa da Divan yalnızca 1 Temmuz 2002'den sonra işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olacaktır. O halde cezasızlığa bir bedel biçmek mümkün müdür?

Bu soru birçok düzeyde tartışılabilir. Hukukçular genellikle teknik sorunların *ufak ayrıntılarıyla* [*minutiae*] meşguldür. Evrensel bir yargı yetkisi var mıdır? Yargı bağışıklığı ne zaman talep edilebilir? Ve bunun gibi diğer sorular. Ancak insanların çoğunu ilgilendiren daha önemli soru şudur: Gelişmekte olan uluslararası ceza adaleti sistemi amacına ulaşabilmekte midir? Bu soru elbette ki bu amaçların ne olduğu üzerine odaklanmayı gerektirir. Yorumculardan biri, temel gerekçelendirmelerin ceza ve adalet (Nürnberg ve Tokyo

mahkemeleri), karşılık ve caydırma (İsrail mahkemelerinde görülen Eichmann davası), tarihsel eğitim (Demjanjuk davaları) ve uluslararası barış ve güvenliğin tesisi (eski Yugoslavya) olduğunu savunur.[64] *Erdemovic* davasının hüküm aşamasında ICTY Yargı Dairesi "[g]erçeği keşfetmek bir hukuk kuralının temel taşı ve uzlaşma yolunda atılan önemli bir adımdır (...) iyileşme aşamasının böyle başladığı bir gerçektir"[65] ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla esas sorun şuna indirgenmektedir: Ulusal mahkemelerin rolünü –1998 Vukovar Anlaşması gibi anlaşmalar veya bazı kişilere ulusal mahkemelerin yargı yetkisine karşı bağışıklık tanıyan kurallar vasıtasıyla– kısıtlar veya bu mahkemeleri yetkisiz kılarsak uluslararası adalet sistemini baltalamış olur muyuz? Adaletin tecelli etmesini, karşılık verilmesini, caydırmayı, eğitimi, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasını, uzlaşmayı ve iyileşmeyi bu şekilde daha mı zorlaştırıyoruz?

Bu sorunun kesin bir cevabı yoktur. Nürnberg'den bu yana geçen son elli yıldaki deneyimlerimiz uluslararası hukuk ve uluslararası adalet sisteminin kendi dengelerini bulmaya başladığını gösterdi.

Dış ilişkilerin gidişatına zarar verdikleri gerekçesiyle – son kitabında[66] konuyu ele alan Henry Kissinger gibi– ulusal yargılamaların sınırlandırılmasını savunanlar ICJ'nin yaklaşımını benimseyecektir. Terazinin bir kefesinde devlet egemenliğine saygı ve dış ilişkiler, diğer kefesinde ceza ada-

---

[64] G. Simpson, 'War Crimes: A Critical Introduction,' ed. T. L. H. McCormack ve G. J. Simpson, *The Law of War Crimes: National and International Approaches* (Kluwer Law International, Londra ve Lahey, 1997), s. 1 ve s. 28.

[65] Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Dava No. IT-96-22, Hüküm, 5 Mart 1998, Dava Dairesi II, paragraf 21; Kirsten Campbell, 'The Trauma of Justice' (2002), *Journal of Human Rights* (gelecek sayı) içerisinde, s. 46 vd.

[66] Henry Kissinger, *Does America Need a Foreign Policy?: Toward a Diplomacy for the 21st Century* (Simon & Schuster, New York ve Londra, 2001).

letinin yerini bulması oldukça dengeyi bulmak her daim zor olacaktır. Ancak –ICJ'nin yakın tarihli bir kararında da belirttiği gibi– bağışıklıklar üzerinde fazla kapsamlı varsayımlarda bulunmak sadece ulusal mahkemelerin rolünü azaltıp uluslararası ceza adaleti sistemini sulandıracak ve daha fazla cezasızlığa yol açacaktır.

4
Roma Statüsü'nün Kaleme Alınışı

JAMES CRAWFORD

Giriş

Uluslararası Ceza Divam'nın nihai olarak başarılı veya başarısız addedilmesi mümkündür. Ancak Divanı tesis eden 17 Temmuz 1998 tarihli Roma Statüsü hali hazırda iki bakımdan başarılıdır. Öncelikle Statü, Amerika Birleşik Devletleri'nin memnuniyetsizliği ve abartılı muhalefetine rağmen birçok ülkenin desteğiyle yürürlüğe girmeyi başarmıştır. İkincisi Statüyle 1990'lardan öncesine dayanan ve çok sayıda uluslararası ceza hukuku kavramının geliştirilmesine sebebiyet veren cezasızlık kültüründen bir adım daha uzaklaşılmaktadır. Böylesi bir başarının çok sayıda ebeveyni vardır ve elbette ki Uluslararası Ceza Divanı'nı tesis eden Roma Statüsü'nün ortaya çıkarılmasını, hazırlanmasını, şu veya bu hükmünü sahiplenecek daha birçokları da olacaktır.

Statü'nün 1995 yılından sonraki dönemde kaleme alınırken geçirdiği diplomatik aşamalarda şahsen benim hiçbir rolüm yoktur. Benim rolüm bunun biraz ötesindedir. Benim rolüm daha ziyade mecazen Roma Statüsü'nün büyükbabası sayılan Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (ILC) hazırladığı 1994 tarihli Taslak Statüyle ilgilidir. Taslak Statü'yü hazırlayan ILC çalışma grubuna o dönem başkanlık ettim.[1] Taslak Statü 1950'lerde Soğuk Sa-

[1] Roma Statüsü hakkında genel olarak bkz. W.A. Schabas, *Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge University

vaşın başlarında rafa kalkan diplomasi topunu yine sahalara çıkarmayı başarmıştı. Hazırlık Komisyonu'nun nazara aldığı esas metni teşkil etmişti. Bu haliyle Taslak Statü'nün bir çıkış noktasından başka bir şey olmadığı doğrudur. Hem kavramsal olarak hem de ayrıntılandırılarak bakıldığında daha başka birçok çıkış noktası da bulmak mümkündür. Ortaya çıkan metin ise büyükbabasından çok daha kuvvetli ve iddialıydı. Akrabalık ilişkisine rağmen nesiller arasındaki farklar bir analizi hak etmektedir.

Burası Statü'nün kaleme alınışının teknik açıdan ayrıntılandırılacağı bir yer değildir. Ben daha ziyade Statü'nün kaleme alınış aşamasında ortaya çıkan temel sorunları ele almak istiyorum. Süreç resmi olarak 1993-1998 yılları arasını kapsar. Ancak aslında Statü'nün –nispeten– erken tarihli kabulünden sonraki dönemde de devam etmiştir. İlerleyen tarihlerde Usul ve Kanıt Kuralları [Rules of Procedure and Evidence] ve özellikle yargıçların Divan'ın yargı yetkisine giren suçların yorumunda kullanacağı yetkin bir kılavuz niteliğin-

---

Press, Cambridge, 2001); A. Cassese, P. Gaeta and J. R. W. D. Jones (editörler), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, Oxford, 2002). Ayrıca bkz. M. C. Bassiouni, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History* (Transnational Publishers, Ardsley, NY, 1998); R. S. Lee (editör), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results* (Kluwer Law International, Lahey, 1999); M. Politi ve G. Nesi (editörler), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity* (Ashgate, Aldershot, 2001); L. N. Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millienium* (Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2002); D. Shelton (editör), *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the International Criminal Court* (Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2000); O. Triffterer (editör), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999); H. A. M. von Hebel, J. G. Lammers ve J. Schukking, *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos* (T. M. C. Asser Press, Lahey, 1999).

deki Suç Unsurları [Elements of Crimes] kaleme alınmıştır. Hatta bu sürecin henüz bittiği de söylenemez.[1] Önümüzdeki dönemde Statü'yle ilişkilendirilene kadar hükümsüz sayılan saldırı suçlarını da ayrıntılandıran başka bir belgenin ortaya konacağı öngörülebilir.

Daha derin haliyle hazırlıklar aslında Nürnberg Şartı'nı tasdik eden ve daha kalıcı bir ayarlamanın yapılacağını öngören 1946 tarihli Genel Kurul kararıyla başlamış; özellikle soykırım şüphelilerinin yargılanacağı bir uluslararası mahkemenin kurulmasını planlayan 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'yle devam etmişti. Bu konu daha sonra yer altına inmiş, Soğuk Savaşın sonunda ise çok daha farklı bir hukuki ve siyasi bir ortamda ancak aynı çözülmemiş temel sorunlarla birlikte tekrar hayata dönmüş, gündemdeki yerini almıştı.

Temel üç sorun

Bu sorunlar nelerdi? Ben aralarından üç tanesini şöyle tanımlıyorum: kurum sorunu (tüm hatlarıyla gerçek bir uluslararası ceza mahkemesi nasıl kurulur?), meşruiyet sorunu (söz konusu kurum ağır bir suçla suçlanan şüpheli için çeşitli haklar talep eden uluslararası hukuk karşısında nasıl meşrulaştırılır?) ve politik sorun (gerçek bir uluslararası ceza mahkemesi devletlerce nasıl genel kabul görür?). Çözüm yollarını tartışmadan önce bu üç sorunun her birinden kendi tarihi perspektifi içinde biraz bahsetmek istiyorum.

Kurum sorunu

İlk sorun ceza hukuku alanında ulusal ve uluslararası kurumlar ve süreçler arasında derin bir uçuruma dönüşen

---

[1] Uluslararası Ceza Divanı Hazırlık Komisyonu Raporu, 2 Kasım 2000, BM Belgeleri PCNICC/2000/1; Usül Kuralları ve Deliller, BM Belgeleri PCNICC/2000/1/Add.1; Suçların Unsurları, BM Belgeleri PCNICC/2000/1/Add.2. Genel olarak bkz. R. S. Lee (editör), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2000).

boşluğun nasıl kapatılacağıydı. ICC yeni bir kurum olarak, ağır suçlarda başarılı bir sorgu, kovuşturma, yargılama ve ceza sürecinin yönetilmesi için uygulamada ortaya çıkacak tüm sorunlarla muhtemelen de tek seferde baş edebilecek durumda olmalıydı. Ulusal ceza adaleti sistemleri yıllar boyunca evrim geçirmiş olup ayrıca bölgesellik, polis gücü, icra gücü olan kovuşturma, hapishane gibi ayrıcalıklardan da yararlanmıştır. Bunun aksine ICC, bağımsız infaz yetkileri bulunmayan, bölgesel anlamda ayrık bir ceza mahkemesi olacaktır. Deneyim bakımından mecazen bir çocuktan farksızdır. Ancak bu çocuk –suçların ve sonuçlarının ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda– en kısa zamanda bir yetişkin gibi hareket etmeye mecbur kalacaktır.

Bu durum Montesquieu'nün İran Mektupları [*Lettres Persannes*]adlı eserinin "Uluslararası Hukuk ve Çarpıklıkları" başlıklı doksan dördüncü mektubunun bir bölümünü hatırlatmaktadır. Mektup 1716 yılında yazılmış gibi gözükmektedir. Mektup koleksiyonu ise ilk defa 1721 yılında yayımlanmıştır. Montesquieu burada "krallara kendi çıkarlarına halel getirmeksizin adaleti ne derece ihlal edebileceklerini" göstermekten ibaret bir grup hukuk kuralına karşı evrensel değerlerden müteşekkil ideal bir uluslararası hukuk tesis etmektedir. Mektubu yazdığı iddia edilen İranlı, Hobbescu anlamda *raison d'état* [*devletin varoluş sebebi*] sayılan bu ilk grup kuralları eleştirmektedir. Mektubun kendisi de epey muhterem bir gelenekten gelen yazar arkadaşına şöyle yazmaktadır:

> Görsen iki farklı adalet türü olduğunu düşünürsün: biri bireyler arasındaki münferit ilişkileri düzenleyen medeni hukuk; diğeri sanki uluslararası hukukun kendisi de medeni hukukun parçası, belirli bir devletin hukuku değil de dünya hukukuymuş gibi milletler arasındaki farklılıkları düzenleyen, uluslararası hukuku tahakküm altına alan hukuk.[2]

[2] Montesquieu, *Persian Letters* (Penguin, gözden geçirilmiş baskı, 1993), s. 176.

Bu evrenselci anlayışa göre uluslararası hukuk bir "medeni hukuk türü," dünyanın medeni hukuku olarak görülür. Ancak mektuptan buna lafzen inanılmadığı anlaşılır: Tıpkı Grotius gibi o da uluslararası kurumları tasavvur etmemiştir. "Vatandaşlar arasında adaleti hâkimler tesis eder; milletler arasındaki adaleti ise her millet kendisi tesis etmelidir."[3] Ortada medeni hukuk olsa da bırakın bir cezayı herhangi bir medeni usuli işlemden de bahsetmek mümkün değildir. Bu geleneğe göre devletler arası hakem kurulları tesis etmek bir gün mümkün olabilecekti. Aslında bunlar devletin onay vermeyeceği veya veremeyeceği ikame karar mercilerden ibaret olacaktı. Ancak medeni ve cezai adalet devletlerin tekelinde kalacaktı.

Bugün sıkça söylendiği veya varsayıldığı gibi bu noktayı çoktan geçmiş bulunuyoruz; uluslararası hukuk artık devletler arası hukuktan ibaret değil. Bu tamamen olmasa da bir ölçüde doğrudur. Sorunu kurum veya süreç yönünden ele aldığımızda daha da zor bir durumla karşılaşıyoruz. Hatta o derin uçurumun hâlâ mevcut olduğunu söyleyenler de vardır: *Punch* karikatürlerinde yol soran şehirli motosikletliye köylünün verdiği cevaptaki gibi: "Oraya buradan gidemezsin."

Yine de daha iyimser olanlar bazı şeylerin değiştiğini söyleyecektir: Sadece ilgilendiren devletler arası hukuk kuralları değil, insanlara ve insanlar için uygulanan bir hukuk gerçek bir uluslararası süreç olarak tanımlanabilecek şekilde gelişmiştir. Nürnberg Mahkemesi'nin meşhur bildirisini hatırlayalım:

> Uluslararası hukuk suçları soyut teşekküller değil insan tarafından işlenmiştir ve uluslararası hukuk kuralları sadece bu suçları işleyen kişilerin cezalandırması yoluyla icra edilebilir olacaktır.[4]

---

[3] *A.g.e.* (Mektup 95)

[4] (Nürnberg) Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, Kararlar ve Hükümler, (1947) 41 *American Journal of International Law*, 172 ve 221.

Uluslararası hukukun her gün soyut teşekküllere uygulandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu "sadece" sözünde bir muğlaklık olduğu muhakkaktır. Ancak elbette ki uluslararası hukuk bu teşekküllere cezai yollarla uygulanmaz. Devletlerin ceza yargılamasına ve infaza tabi tutulabilecekleri fikri pek taraftar kazanamamış, Devletlerin Haksız Eylemleri Nedeniyle Uluslararası Sorumlulukları Hakkında Taslak Maddeler [Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts] (2001) kapsamında da bu görüş ILC tarafından reddedilmiştir. Nürnberg Mahkemesi'nin söylemek istediği, uluslararası ceza hukukunu icra etmenin tek yolunun faillerin cezalandırılmasından geçtiğidir. Ancak bu anlayış ortada gerçek anlamda bir uluslararası ceza hukuku kuralı olup olmadığı sorusunu getirmiş, bu soru da uluslararası ceza hukukunun sadece bireylere karşı uygulanabileceğinin söylenmesiyle yanıtlanmış sayılmamıştır.

Daha iyimser olanlar devletler arası ve insani boyutlar arasındaki derin uçurumu kapatabilecek gerçek bir uluslararası sürecin varlığını ispat etmeleri konusunda baskı gördüklerinde genellikle iki örnekle cevap vermişlerdir. İlki uluslararası ceza hukukunun Nürnberg sonrası geliştiğidir. İkincisi ise sadece insan hakları standartlarının değil bireylere uluslararası hukuk hükümleri uygulayabilecek uluslararası mahkeme ve komitelerin de gelişmiş olmasıdır.

Bu gelişmelerin ikisinin de ne kadar çarpıcı olduğu su götürmez bir gerçektir; ancak gerçek bir uluslararası süreç anlamında ne kadar ileri gidebilecekleri pek açık değildir. Bunu daha da zorlaştırdıkları bile iddia edilebilir. Birinci gelişme kurum sorununun çözülmesini paradoksal bir biçimde daha da zorlaştırmış; ikincisi ise yine paradoksal bir biçimde hukukun üstünlüğü sorunun çözülmesini zorlaştırmıştır.

Uluslararası ceza hukukuna gelecek olursak, Nürnberg Şartı 1945 yılında kabul edildiğinde uluslararası bir savaş suçları mahkemesinde uygulanabilecek nitelikte çok az uluslararası ceza hukuku kuralı vardı. Üstelik Nürnberg Şartı'n-

da yer alan –saldırgan savaş, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar– mağlup taraflar arasından yalnızca seçilmiş olanlara uygulanabilecekti. Galip adaleti ve geriye dönük hukuk itirazları o dönemde de yapılmış, epey huzursuzluğa sebep olmuştu. Nürnberg'in getirisini tesis etmek ve genelleştirmek için 1950 yılına kadar üç farklı girişimde bulunulmuştu. İlki Genel Kurul'un bağlayıcı olmayan bir kararla Nürnberg Şartı'nı benimsemesi ve Şart'ta yer alan ağır suçların uluslararası hukuk teamüllerini yansıttığını ifade etmesiydi.[5] İkinci girişim 1948 Soykırım Sözleşmesi altında insanlığa karşı suçların en önemlisi ve en kötüsünün ayrı bir suç olarak nitelendirilmesiydi.[6] Son olarak 1949 Cenevre Sözleşmeleri'yle uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanması gereken makul ve kapsamlı hukuk kuralları belirlenmiş, bunların ağır ihlalinin devlet mahkemeleri veya askeri mahkemeler önünde cezalandırılabilir olduğu tespit edilmişti. 1949 Sözleşmeleri ayrıca uygulama usul ve cezalarıyla beraber silahlı iç çatışmalarda uyulması gereken usul kurallarının da embriyo taslağını çizmişti.[7]

1950'lerin ilk yarısında uluslararası ceza yargısına kavuşmak için iki adım daha atmak gerekiyordu – ILC tarafından yapılacak uluslararası ceza mahkemesinin olabilirliği-

---

[5] Bkz. Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı, (1945) 39 American Journal of International Law, Resmi Belgelerin Eki, s. 258; 11 Aralık 1946 tarihinde 95(I) sayılı BM Genel Kurul Kararı'yla kabul edilmiştir.

[6] Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, 9 Aralık 1948, 260 (III) A sayılı Genel Kurul Kararı, 78 UNTS 277.

[7] Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Durumlarının Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949, 75 UNTS 31; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949, 75 UNTS 85; Cenevre Savaş Esirleri Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949, 75 UNTS 135; Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949, 75 UNTS 287.

ni inceleyen bir çalışma ve saldırının tanımı üzerine Genel Kurul çalışma grubu tarafından yapılacak inceleme. Soğuk Savaş perdesi kapandığında durum buydu ve hayal kırıklığı bu yeni adımları atmaya engel olacak kadar büyüktü. ILC uluslararası bir uluslararası ceza mahkemesi ihtimali üzerine gerçekten de bir rapor hazırlamış ancak bu rapor rafa kalkmıştır.[8] Genel Kurul alt komitesi ise yıllarca saldırının tanımı üzerine çalışmış ve nihayet 1974 yılında zor vakalarda uygulanması zor, son derece muğlak ve belirsiz bir metinle çıkagelmiştir.[9] Uluslararası ceza mahkemesi konusu o noktada kalmıştır.

Bunun yerine uluslararası ceza hukuku gelişmeleri ilerleyecek yeni kanallar bulmuştur. Uyuşturucu Maddelere dair 1961 Tek Sözleşmesi'yle[10] [Single Convention on Narcotic Drugs] başlayan süreçte sıra sıra sözleşmeler vasıtasıyla uluslararası toplumda endişe yaratan suçlar baskılanmaya çalışılmıştır. Bu sözleşmeler uyuşturucu trafiği, uçak kaçırma ve sivil havacılığa karşı diğer suçlar, gemi kaçırma, belirli terör suçları ve devlet eliyle işkence ve paralı asker çalıştırma gibi muhtelif konulara değinmiştir. Bu sözleşmelerin geniş kapsamlı olması istenmemiştir. Her biri birbiri ardına başka özel bir sorunla mücadele etmiştir. Ancak sayıca çok oldukları için bu sözleşmeler uluslararası endişe yaratan suçları zaman içinde daha da fazla kapsam altına almıştır. 1998 gemi kaçırma sözleşmesi ve takip eden *Achille Lauro* davasında olduğu gibi boşlukların kapandığına dair emare-

---

[8] Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından Uluslararası Ceza Yargı Yetkisi'ne ilişkin Soru'ya cevaben hazırlanan Rapor, BM Belgeleri A/CN.4/15 (1950), *Yearbook of the International Law Commission 1950*, cilt II, s. 1'de yeniden basılmıştır.

[9] 3314 (XXIX) sayılı Genel Kurul Kararı, Saldırının Tanımı, 14 Aralık 1974.

[10] Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşme, New York, 30 Mart 1961, 520 UNTS 151; Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşme'yi Değiştiren Protokol olarak tekrar basılmıştır, New York, 8 Ağustos 1975, 976 UNTS 105.

ler ortaya çıkmıştır.[11] Özellikle uyuşturucu trafiği ve yakın zamanda terörizm olmak üzere birçok alanda daha kapsamlı ve iddialı tamamlayıcı sözleşmeler yaratılmıştır. (Terörizmin kapsamlı bir tanımını yapmak henüz mümkün olmasa da birden çok sözleşme altında yapılan bölük pörçük tanımlar bir araya getirildiğinde aynı amaca hizmet etmiştir. Ancak gökdelenlere uçak saplamayı terör eylemi olarak tanımlayabilmenin tek yolu uçakları bomba olarak nitelendirmek olacaktır.)

Neticede tüm bu gelişmeler bizi uluslararası bir mahkemeye yakınlaştırmak şöyle dursun oradan iyice uzaklaştırmıştır. Aslında uluslararası ceza hukukunun 1950'lerden 1990'ların ilk yarısına dek gelişiminin uluslararası yargıdan ziyade ulusal yargıya doğru yöneldiğini söylemek abartılı olmaz. Nürnberg'i genelleştirme fikri çabuk unutulmuştu. 1998'den önce sözleşmelerin toplamında uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasına sadece iki yerde atıfta bulunuluyordu (1948 Soykırım Sözleşmesi 6. Maddesi ve daha az benimsenen Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 5. Maddesinde aynı hükmün tekrarı). Bu baskılayıcı sözleşmeler uluslararası bir yargı tesis etmek yerine ulusal mahkemelerin yargı yetkisini (evrensel olmayacak şekilde[12]) genişletmeye yönelmiş, bu mahkemelerin yerel düzeyde tanımlanmış suçlar üzerindeki eş zamanlı veya geniş yetkilerine halel getirmeyecek şekilde uygulanmıştır. Uluslararası süreçle ilgili olarak ise bu sözleşmeler devletler arası işbirliği ve geniş ulusal yargı üzerine yoğunlaşmıştır. Dolayısıyla uluslararası bu unsurlar ulusal süreç

---

[11] Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme, Roma, 10 Mart 1988, 1678 UNTS 221. Ayrıca bkz. A. Cassese, *Terrorism, Politics and Law: the Achille Lauro Affair* (Polity Press, Cambridge, 1989).

[12] Başkan Guillaume tarafından *Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* davasında not düşüldüğü üzere, 14 Şubat 2002 tarihli Karar, Ayrık Karar, özellikle 16. paragraf.

ve yargı yetkisinin geliştirilmesine hizmet etmiştir. Neticede uluslararası bir ceza süreci oluşmamıştır. O kadar ki uluslararası ceza mahkemesi fikri 1990'larda tekrar ortaya atıldığında ise son kırk yılın gelişim trendine karşı gelinmiş bile olmuştur.[13]

Üstelik uluslararası sözleşmeler ulusal mahkemeler üzerine yoğunlaşıp bu mahkemelere tamamlayıcı, inhisari olmayan yargı yetkisi tanırken kapsam altına alınan suçların ağırlığı ve sistematik karakterini göz ardı etmiş, yargı yetkisi tesis ederken kullanılmak üzere herhangi bir eşik belirlememiştir. Bu sözleşmelerin kapsamı altına alınan bireysel eylemler nispeten olağan ve önemsiz (örneğin perakende uyuşturucu trafiği türleri) veya en azından ciddi ulusal suçlara benzer nitelikte (örneğin yerel terörizm eylemleri) olabilir. Yargı yetkisinin etki alanı genişletilse de fiillere tek başlarına bakıldığında bunların oldukça sıradan eylemler olduğu görülür. Bunun aksine uluslararası bir ceza mahkemesinin ise alelade bir uyuşturucu ticareti suçuna bakması beklenemez, keza böyle bir durumda işin içinden çıkması mümkün olmayacaktır. Açıkça görülmektedir ki ICC yüksek bir yargı eşiği tesis etmekte –her ne kadar bu eşikten uluslararası ceza hukukunu tayin eden söz konusu sözleşmelerde bahsedilmiyor olsa da– haklıdır.

Soykırım Sözleşmesi ve 1949 tarihli dört adet Cenevre Sözleşmesi'nden sonra uluslararası çapta önem arz eden birkaç gelişme olduğu vakidir. Ancak bu gelişmeler de ilerlemeye sınırlı ölçüde katkıda bulunmuştur. Cenevre Sözleşmelerinin 1977 tarihli iki Protokolü uluslararası alandaki yasakları geliştirmekle kalmamış, kısıtlı da olsa silahlı iç çatışmaları da kapsam altına almış ancak kayda değer yeni bir kurumsal unsur getirmemiştir.[14] 1973 Her Türlü Irk Ayrımcılığının Or-

[13] Genel olarak bkz. D. McClean, International Co-operation in Civil and Criminal Matter (Oxford University Press, Oxford, 2002).

[14] 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Olarak Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Hakkında Pro-

tadan Kaldırılması Sözleşmesi *apartheid* suçunu ayrı ve özel bir fenomen olarak değerlendirmiş, bilhassa güney Afrika'ya atfetmiştir.[15] O dönem itibariyle bu yaklaşım politik temelli olmakla eleştirilse de aslında *apartheid* suçunu kendi kavramsal temeli olan insanlığa karşı suçlardan –insan grupları arasında geniş çaplı, şiddetli, zorlayıcı, *sistematik* suç–ayırma amacı gütmüştür.

Dahası ortada hâlâ ciddi boşluklar vardı. Saldırıyı tanımlama girişimleri yok olup gitmişti. Silahlı iç çatışmalarla ilgilenen uluslararası hukuk kuralları hâlâ iptidai, tartışmaya açık ve herhangi bir icrai etkiden yoksundu. Konuyu ele alan bir sözleşme olmadığı gibi insanlığa karşı suçlar üzerinde uluslararası düzeyde bir mutabakat da yoktu. Yine de uluslararası suçların en kapsamlı halinde bile (etraflı bir tanımdan kurtulan terörizm muhtemelen hariç tutulmak üzere) insanlığa karşı suçlar ve silahlı iç çatışmalarda savaş suçları en alışılageldik ve ciddi sorunlardır. Hatta bu suçları baskılamayı hedef alan söz konusu sözleşmeler her ne kadar sınır ötesi suçlarla mücadelenin bir parçası olarak kullanılmışsa da uluslararası hukukun soykırım ve uluslararası savaş suçlarına karşı uygulanmaları asgari düzeyde kalmıştır. Bu kurallar sadece bir elin parmağını geçmeyen vakalarda (Eichmann, Calley) uygulanmıştır. Kamboçya ve diğer yerlerdeki geniş kapsamlı suçlar (en azından insanlığa karşı suçlar, muhtemelen de soykırım) ise neredeyse tamamen göz ardı edilmiştir.

Özetle kurum sorunu 1990'ların başında devasa boyutlardaydı. 1940'lardan beri herhangi bir uluslararası ceza yargı-

---

tokol (I. Protokol), Cenevre, 8 Haziran 1977, 1125 UNTS 3; 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Olarak Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Hakkında Protokol (II. Protokol), Cenevre, 8 Haziran 1977, 1125 UNTS 609.

[15] Apartheid Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Konusunda Uluslararası Sözleşme, 30 Kasım 1973, 1015 UNTS 243.

laması deneyimi yaşanmamıştı. Çoğunlukla ütopik bulunan uluslararası ceza mahkemesi kurma girişimleri de yok olup gitmişti. Uluslararası ceza hukuku farklı bir yönden gelişmiş, niteliksel ve bağlamsal anlamda uluslararası özellik taşıyan suçların infazı (soykırım, savaş suçları) neredeyse tamamen etkisiz kalmıştı.

Hukukun üstünlüğü sorunu

Konuyla ilgili ikinci bir sorun daha vardır. Uluslararası ceza mahkemesinin meşru addedilmesi için ulusal ceza adaleti sistemlerinden beklendiği gibi hukukun üstünlüğü ilkesine saygı göstermesi gerekir. Ancak bu (muhtemelen) sadece arada sırada mümkün olabilecektir. Bu durum ise uluslararası insan hakları ve hukukun üstünlüğü hususlarında mesele yaratmıştır. En önemli uluslararası insan hakları sözleşmeleri –1966 Uluslararası Sözleşmesi [Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi], Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme vb.– ceza yargısına çektiği dikkatin on misli fazlasını medeni hukuk yargısına çekmiştir. Uluslararası bir ceza mahkemesinin genel ceza hukuku ilkelerine uyabilmesi için uluslararası hukukun kendi standartlarına uyması da mutlaka gerekli midir? Örneğin rastlantısal olarak ortaya çıkan bir kurumun aynı zamanda "hukuken tesis edilmiş olması" da gerekli midir?

Uluslararası ceza hukukuyla ilgilenen hukukçuların uluslararası insan hakları enstrümanlarından çıkardıkları ders bu değildir. Ortada bireylerin en azından bizzat hazır bulundukları uluslararası insan hakları mahkemeleri ve komiteleri –örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi– vardır. Burada ise hem bireylerin hem de devletlerin taraf olup kendi haklarını savundukları bin bir türlü sürecin varlığından bahsedilir. Ancak kıyaslama yapmak yanıltıcıdır. Uluslararası insan hakları prosedürleri bireyleri devletle karşı karşıya getirir (tersi değil). Ayrıca insan hakları ilkeleri –1998 tarihli

İngiliz İnsan Hakları Yasası [Human Rights Act] dahil her biri geniş bir alana etki ederek– ulusal hukuk kurallarındaki eksiklikleri gidermek ve bu kuralların bir değerlendirmesini yapmak için birer eleştiri standardı görevi de görür. Bunlar ceza yasaları gibi ilk sırada gelen davranış kuralları değildir.

Burada amaç modern zamanların değişimine çok önemli katkılarda bulunmuş insan hakları hukukunu yermek değildir. Ancak insan hakları mahkemeleri hâlâ bırakın ceza muhakemesini, daha Montesquieu'nün öngördüğü medeni hukuk yargılamasını dahi yapmamaktadır. Uygulamada devletlerin bireyleri hesap vermeye çağırabileceği herhangi bir uluslararası prosedür yoktur ve bu noksan bilinçli olarak bırakılmıştır.[16] Örneğin insan hakları mahkemeleri önünde veya iki taraflı yatırım sözleşmeleri uyarınca doğrudan tahkimde, gerçek kişi iddia sahipleri aleyhine uluslararası standartları ihlal ettikleri gerekçesiyle karşı iddiada bulunulamayacaktır.[17] Söz konusu yargı mercileri temel olarak tek taraflı olup kuruluşlarına bizzat iştirak eden devletlerin kendi rızalarıyla yargılandığı makamlardır. Bireylere davacı olma hakkının tanınmasıyla kanuni prosedür sorunu ikinci plana düşmüştür. Birey de sistemi harekete geçiren başvurusuyla bu sisteme bizzat rıza göstermektedir. Aslında hiç kimse suçlanmakta olan bir sanık konumuna kendi rızasıyla düşmek istemez.

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başta olmak üzere uluslararası insan hakları mahkemeleri uluslararası düzeyde karma mahkemeler kurabilme ihtimalini ortaya koymuştur. Ancak bu uluslararası bir ceza mahkemesinden bambaşka bir meseledir ve insan hakları içtihadını geliştiren bu eleştiri standardı ceza hukuku alanında uluslararası

---

[16] Devlet dışı kurumlarda insan hakları standartlarının uygulanması konusunda genel olarak bkz. A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere* (Clarendon Press, Oxford, 1993).

[17] Bu konuda bkz. J. Paulsson, "Arbitration Without Privity" (1995) 10 *ICSID Review-FILJ* 232.

bir mahkemenin kurulmasını zorlaştırmaktadır. Ceza mahkemeleri özellikle "kanunla kurulmalı" ve hukukun üstünlüğü ilkesine saygı göstermelidir. Uluslararası bir mahkeme ulusal ceza adaleti sistemlerinin unsurlarına sahip olmaksızın nasıl "kanunla kurulacaktır"? Böyle bir mahkemenin örneğin delil toplama gücü yetersiz olacaktır. Faaliyet tarzı itibariyle ancak arada sırada toplanabilecektir. Muhtemel davalardan sadece birkaçı mahkeme huzurunda görülecek, bunların belirleniş tarzı ise muğlak ve hatta keyfi olacaktır. En saygın ulusal kurumlar bile –örneğin Luxembourg ve diğer ülkelerin *conseil d'état'sı*– kuruluş kanunu olmamasıyla değil, ciddi bir reforma ihtiyaç duyması nedeniyle eleştirilmiştir.[18]

Böylece klasik yapısal soruna bir de hukukun üstünlüğü sorunu eklenmiştir: Uluslararası hukukun ceza yargılaması standartlarını hiçbir şekilde karşılamayan bir uluslararası ceza mahkemesi kurabilecek miydik? Bu ilginç olurdu. Yoksa uluslararası ceza sürecini yönetirken nihayetinde kendi standartlarımızın altına mı düşecektik? Buradan o noktaya ulaşmamız pek mümkün gözükmeyebilir. Churchill'in meşhur sözlerindeki gibi, bir boşluğun üzerinden iki sıçrayışta zıplamak emniyetsiz ve yetersiz olur. Yine de tek bir sıçrayış da mümkün gözükmemektedir.

Uluslararası bir yargı mekanizmasını adeta çağıran bazı durumlar olduğu doğrudur. Ancak uluslararası bir ceza mahkemesi kurduğumuzda aynı Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinde olduğu gibi hukukun üstünlüğü ilkesi peşimize düşer. Bu mahkemeler kanunla mı kurulmuştu? Yoksa galibin adaletinin bir sonucu muydu? Uluslararası hukuk hiçbir zaman uluslararası ceza yargısıyla birlikte yürümediği için davaların meşruiyetini ulusal mahkemelerden beklememiz ceza hukukunu geriye etkili mi kılar? Milosevic'in danış-

[18] Bkz. *Procola v. Luxembourg*, Karar, 28 Eylül 1995, AİHM, Başvuru No. 14570/89; ve *McGonnell v. United Kingdom*, Karar, 8 Şubat 2000, AİHM, Başvuru No. 28488/95.

manlarının bu husus hakkında düşünmek için hayal gücüne ihtiyaçları olmamıştır. Bu itirazlar mahkûmiyet kararına her şeye rağmen "evet" diyen Tokyo yargıçlarından Pal'in çekincesindedir ve diğer hukukçuların vicdanını da yaralamıştır.[19]

1989'dan sonra aynı mevzuların soğuk savaşın deposundan tekrar gün yüzüne çıktığını söyleyebiliriz: Yugoslavya ve Ruanda mahkemeleri günümüzün Nürnberg ve Tokyo mahkemeleri olup tamamen aynı çekincelerin doğmasına yol açmıştır. Ancak bu sefer bunu son kırk yılın belki de en önemli uluslararası başarısı olan insan hakları standartlarına zarar vererek yapmıştır.

Peki bu yeni *ad hoc* mahkemeler meşruiyetleri bu standartlar karşısında sorgulandığında nasıl hareket etmişlerdir? Temel olarak iki şekilde: askeri mahkemeye kıyasen ve uluslararası arenanın özel olduğu ve ulusal mahkemelere uygulanan uluslararası standartlara tabi olmadığı kabulüyle. İlk meydan okuma ICTY Temyiz Dairesi önündeki *Prosecutor v. Tadic* davasında olmuştur.[20] Bu meydan okumanın temelinde ICTY'nin 1966 Uluslararası Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü şekilde bir kanunla değil Güvenlik Konseyi'nin bir kararıyla kurulmuş olması yatmaktaydı. Temyiz Dairesi'nin yanıtı şöyleydi:

> [T]emyiz talebinde bulunan taraf Daire'yi (...) sözleşmelerinde öngörülen zorunlulukların sadece ulusal değil uluslararası mahkemelerde görülen davalara da uygulanması gerektiği hususunda ikna edememiştir. Daire mahkemelerin kanunla kurulması ilkesinin sadece ceza davasının yerel bir mahkemede görülmesi

---

[19] Bkz. R. N. Sanyal (editör), *International Military Tribunal for the Far East: Dissentient Judgment of Justice Pal* (Sanyal & Co., Kalküta, 1953), s. 697-701. Ayrıca bkz. B. V. A. Röling ve A. Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger* (Polity Press, Cambridge, 1993).

[20] *Prosecutor v. Tadic* (Yargı Yetkisi), Temyiz Dairesi, 2 Ekim 1995, 106 ILR 453.

> halinde uluslararası yükümlülük yükleyen genel bir hukuk ilkesi olduğu kanaatine varmıştır. Bu ilke uyarınca tüm Devletlerin kendi ceza muhakemesi sistemlerini tüm bireylerin kanunla kurulmuş bir mahkeme tarafından suçlu bulunma hakkını temin edecek şekilde düzenlemeleri gerekmektedir. Ancak bu aksine, uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasının bir grup hükümetin geçici hevesine bağlı olduğu anlamına gelmemektedir. Böylesi bir mahkeme hukukun üstünlüğünü temel almalı, ilgili uluslararası enstrümanların içerdiği tüm garantileri sunmalıdır. Böylece mahkeme "kanunla kurulmuş" sayılacaktır.[21]

Bu durum çeşitli sorunların doğmasına sebep olmuştur. Uluslararası ceza muhakemesinin ulusal bir ceza muhakemesinden daha düşük standartlara tabi olduğunu söylemek yanlıştır. Bu özellikle insan *hakları* üzerine kafa yorduğumuzda kesinlikle doğrudur. Benim kanunla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkım o mahkeme uluslararası düzeyde kurulduğu için nasıl elimden alınabilir? Devletler –tabiri caizse– sürü halinde avlanırken uluslararası insan haklarını ihlal etmekte özgür müdür? Bireysel hakları etkileyen davranış tarzı devletler tarafından değil devletlerin bir araya gelmesiyle oluşan uluslararası organizasyonlar tarafından gerçekleştirildiğinde ortaya kurumsal zorluklar çıktığı doğrudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa Birliği veya NATO üzerinde yargı yetkisi yoktur; dolayısıyla sorun çıkaran yaklaşım tek tek üye devletlere değil birliğe atfedilmelidir.[22] Ancak kurumsal bir boşluk olduğunu kabul etmekle temel standartların pratikte uygulanamaz olduğunu söylemek başka şeylerdir.[23] Her halükârda Temyiz Dairesi'ne

---

[21] *A.g.e.*, s. 472-3.

[22] Bankovic v. *Belgium* ve Diğer 16 Taraf Devlet, Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar, 12 Aralık 2001, AİHM, Başvuru No. 52207/99

[23] Genel olarak bkz. P. Klein, *La Responsabilité des Organisations Internationales dans les Ordres Juridiques Internes et en Droit des*

göre ortada bariz bir kurumsal boşluk yoktu. Daire uluslararası hukuku uygulamaya ehildi; ICTY uluslararası bir mahkeme olarak harekete geçmeyi uluslararası hukukun müsaade ettiği ölçüde reddedebilecekti.

Dahası Uluslararası Sözleşme'nin özel yargı süreci standartlarıyla ceza mahkemesinin kanuniliği zorunluluğunu aynı kefeye koymadığını da görmekteyiz. Söz konusu standartlar Sözleşme'de (ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde) birbirinden ayrı olarak belirtilmiştir. Uluslararası Sözleşme altında herkesin öncelikle –yargı süreci ve savunma hakkı konularının ötesinde– "kanunla kurulmuş, ehil, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme" tarafından yargılanmaya hakkı vardır. Varlığı belirsiz veya yargıçları keyfi olarak seçilmiş bir mahkemenin, sanığa hukuken tam bir temsil hakkı tanınmış ve suçunu itiraf etmeye zorlanmamış olsa bile yukarıda bahsettiğimiz standardı yakalamış olduğu söylenemeyecektir.

Açık konuşmak gerekirse Temyiz Dairesi Güvenlik Konseyi kararı kapsamında olsa dahi neden kanunen kurulmuş sayılması gerektiği hususunda başka örnekler –örneğin idari karar– vermeye devam etmiştir.[24] Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca Güvenlik Konseyi'nin bir mahkeme kurma yetkisi vardı. Mahkeme'nin yetkisi onaylanmış, Genel Kurul kendi çalışmalarıyla Mahkeme'ye faaliyetlerinde kullanması için önemli kaynaklar hazırlamıştır; Mahkeme evrensel boyutlarda olmasa da yaygın şekilde destek görmekteydi. Mahkeme geçici olarak kurulmamış, eski Yugoslavya'da işlenmiş suçlar için uzun vadede yetkili kılınmıştı. Dahası birçok ülkenin ulusal yargısı tarafından destek görmüş, Mahkeme'nin

Gens (Bruylant, Brüksel, 1998); A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (Cambridge University Press, Cambridge, 2000); P. Sands ve P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions* (Sweet & Maxwell, Londra, 2001); K. Wellens, *Remedies Against International Organisations* (Cambridge University Press, Cambridge, 2002).

[24] *Prosecutor v. Tadic*. (Yargı Yetkisi), Temyiz Dairesi, 2 Ekim 1995, 105 ILR 453 ve 465-71 ve 474.

prosedürüne yardımcı ek ulusal prosedürlerle de katkı ve işbirliği sağlanmıştı. Tüm bunlar Mahkeme'ye her ne kadar acilen alınmış idari bir kararla olsa da hukukun üstünlüğüyle ilişkilendirilen kombine bir meşruiyet sağlamıştı.

Bu nedenlerle Temyiz Dairesi'nin *Tadic* kararındaki çıkarımını tüm gerekçeleriyle olmasa da kabul edebiliriz. Ancak karar bize uluslararası standartlara tamamen uyarak uluslararası bir ceza mahkemesi kurulmasının ne kadar zor olduğunu göstermiştir.

Evrensel bir uluslararası ceza mahkemesinin kabul edilebilirliği sorunu

Belki de devletler için her şeyden önce uluslararası bir ceza mahkemesinin kabul edilebilirliği sorunu vardı. Bu mahkeme isnat edilen suçlar ve sanıklar üzerinde kendi yargı yetkisini kullanan ulusal mahkemelerle nasıl bağdaştırılacaktı? Kimse silahlı çatışmada sivillerin öldürülmesini veya soykırımı savunmaz. Ancak NATO sözcülerinin de ifade ettiği gibi silahlı çatışmanın her zaman "ikincil zayiatı" olur. Eğer –iç veya dış– savaşlarda meşru ve gayrimeşru eylemler arasındaki sınırı çizmek ceza mahkemelerinin düzenli olarak tetkik edebileceği, yargıya intikal eden bir husus olsaydı, ulusal ve uluslararası yargı arasındaki ilişki çok özel bir soru halini alırdı. Nazi veya Japon savaş suçlularıyla veya eski Yugoslavya milisleri veya komutanları veya Ruanda'daki *soykırımcılarla* uğraşan *ad hoc* ceza mahkemeleri ayrı bir konuydu. Bu *ad hoc* oluşumlar iyi kötü *a priori* kontrol altındaydı. En başından beri başkaları için uluslararası ceza adaleti dağıtmaktaydılar. Ancak ICC –en azından potansiyel olarak– sadece başkaları için değil kendimiz için de ceza adaleti anlamına gelmekteydi. Bu nasıl kontrol altına alınacaktı?

Bu özellikle uluslararası barış harekatları için önem teşkil etmekteydi. Bu operasyonlar esnasında bazı savaş suçları işlenmiş, soruşturmalar, hatta Kanada ve Belçika'da davalar

açılmıştır.[25] İddialara göre Batı'nın Yugoslavya ve akabinde Afganistan'ı hedef alan bombalı saldırılarında uluslararası insancıl hukuk ihlalleri gerçekleşmişti. Dolayısıyla bu sorular sadece teorik boyutta kalmıyordu.

İki çözüm ihtimali

Uluslararası bir ceza mahkemesi kurarken karşılaşılan bu üç farklı zorluk için iki geniş kapsamlı çözüm öngörülebilirdi. Bunlardan ilki temel olarak prosedüre ilişkin bir çözümdü. ICC esasen ulusal veya uluslararası ceza adaleti sistemlerinden meşruiyet ödünç alacak, bunları ikame ederek yargı yetkilerini kullanacak, sınırlı uluslararası ceza hukuku kurallarının sorunu çözmekte yetersiz kaldığı noktada bunların tamamlayıcı hukuk kurallarından yararlanacaktı. İkincisi ise en başından beri kendi kuralları ve kurumları olan, ulusal sistemlere sadece işbirliği ve infaz noktalarında bağımlı, ayrı, temel olarak özerk bir uluslararası ceza adaleti sistemi kurmaktı.

Yukarıda belirtilen sıkıntılara istinaden prosedür çözümü birinci ve özellikle üçüncü sorunları çözmekte güçlü, ikinci-

---

[25] Askeri personel tarafından Somali'de Birleşmiş Milletler'in barışı koruma operasyonu sırasında işlenen suçlar Kanada askeri yargısı tarafından yargılanmıştır: R. v. Brocklebank, Kanada Askeri Temyiz Mahkemesi (1996) 134 DLR (4.) 377. İtalya ve Belçika Somali'deki askeri personelin davranışları hakkında incelemeler başlatmıştır. Bkz. örn. Belçika Askeri Mahkemesi'nin 17 Aralık 1997 tarihli *Ministère public et Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme v. C ... et B ..., Journal des Tribunaux*, 4 Nisan 1998, s. 286. Ayrıca bkz. N. Lupi, "Report by the Enquiry Commission on the Behaviour of Italian Peacekeeping Troops in Somalia" (1998) 1 *Yearbook of International Humanitarian Law* 375; R. M. Young ve M. Molina, "IHL and Peace Operations: Sharing Canada's Lessons Learned from Somalia" (1998) 1 *Yearbook of International Humanitarian Law* 362; K. Boustany, "Brocklebank: A Questionable Decision of the Court Martial Appeal Court of Canada" (1998), 1 *Yearbook of International Humanitarian Law* 371; R. C. R. Siekmann, "The Fall of Srebrenica and the Attitude of Dutchbat from an International Legal Perspective" (1998) 1 *Yearbook of International Humanitarian Law* 301.

si hususunda ise zayıf kalmaktaydı. Uluslararası ceza adaleti sistemi modeli ise aksine birinci sorunu hedef alacak, bunu çözerken ikincisini de halletmiş olacaktı. Ancak kurulan sistem ne kadar bağımsız ve özerk olursa kabul edilebilirliği de bilhassa taraf olmayanlar nezdinde o kadar düşük olacaktı. Ya yeni sistem kendini ulusal ceza adaleti sistemlerinin yaptığı gibi (*Pinochet* davasında ileri sürülen bağışıklık talebi gibi talepler olmaksızın[26]) üçüncü kişilere empoze edecekti ya da ICC'yi sadece erdemli taraf devletlerin vatandaşlarına hizmet eden bir uluslararası ceza mahkemesi haline getirecekti.

ILC 1994 yılında prosedür modelini yansıtan bir metin önermiş, bu öneri de takip eden müzakereler için temel oluşturmuştu. Müzakereler esnasında ise model şekil değiştirmiş ve Roma Statüsü ve ilgili belgelerden çıkan ayrı bir uluslararası ceza adaleti sistemi oluşmuştu. Roma Statüsü'nün kaleme almışı birinci modelden ikinci modele geçişin tarihsel dönüşümünü yansıtır.

ILC'nin prosedür modeli

ILC'nin yaklaşımı devletlerin bizzat kendilerinin de yapabileceği şekilde, uluslararası hukuk kapsamında ağır bir suç işlediği iddia edilen sanık üzerinde yargı yetkisine sahip bir uluslararası ceza mahkemesi yaratmaktı. 1949 Cenevre Sözleşmesi'ne veya başka bir uluslararası ceza hukuku sözleşmesine taraf ülkelerden biri sanığı hem gözaltında tutuyor hem de konu üzerinde yargı yetkisine sahip bulunuyorsa gözaltı tedbiri uygulayan bu devlet sanığı ICC'ye transfer ederek aynı zamanda yargı yetkisini de devredecekti. Ancak

[26] *Re Augusto Pinochet Ugarte*, UK High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court), 28 Ekim 1998, (1999) 38 ILM 70; *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 1), İngiltere, Lordlar Kamarası, 25 Kasım 1998*, [2000] 1 AC 61; *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), İngiltere, Lordlar Kamarası, 24 Mart 1999*, [2000] 1 AC 147.

o zaman ICC, muhtemelen de devreden devletin yardımıyla bağımsız hareket edebilecekti. Kavramsal olarak dava uluslararası hukuk ve ilgili kuralları ve suçun işlendiği devletin ulusal hukuku çerçevesinde ilgili suç temelinde ilerleyecekti. Bu Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçların tüm ayrıntılarının Statü'de belirtilmesine gerek olmadığı anlamına geliyordu. Söz konusu suçları tespit etmek ve gerisini ilgili uluslararası hukuk kurallarına bırakmak, uluslararası hukukun bu konuda suskun olduğu yerlerde de ilgili ulusal hukuku devreye sokmak yeterliydi. ICC bu şekilde sadece prosedürel ve onarıcı bir makine haline geliyordu. Bu haliyle uluslararası bir ceza adaleti sisteminin oluşturulmasına da gerek kalmıyordu.[27]

ILC metninin temelinde ICC ve ulusal mahkemeler arasındaki ilişkiyi ifade eden tamamlayıcılık fikri yatıyordu. O dönemde 1992 Maastricht Sözleşmesi'nde kullanılan AB hukuku ve ulusal hukuklar arasındaki "talilik" ilişkisinin de sıkça lafı geçiyordu.[28] Uluslararası bir ceza mahkemesini ulusal mahkemelere göre "tali" olarak nitelendirmek uygun düşmese de kendisine düşen rolün ikincil önemde olması muhakkak ki istenmekteydi. Her halükârda "talilik" terimi hali hazırda kullanımda olduğu için "tamamlayıcı-

---

[27] ILC modelinin gelişimi Genel Kurul'un 1992-1994 yılları arasında yayımladığı Yıllık Raporlardan takip edilebilir: Report of the International Law Commission on a Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, UN GAOR, 47th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/47/10, s. 21-42; 49th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/49/10, s. 23-194.

[28] Avrupa Birliği Sözleşmesi, 7 Şubat 1992, Maastricht, 1757 UNTS 3, Giriş. Bkz. A.G. Toth, "The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty" (1992) 29 *Common Market Law Review* 1079. Tamamlayıcılık ilkesi ILC'nin Uluslararası Ceza Divanı için hazırladığı Taslak Statü'de de yer almıştır, UN GAOR 49th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/49/10, s. 43-160: "[Uluslararası ceza mahkemesi] ulusal yargı sistemlerine tamamlayıcı nitelikte olmalı ve bu sistemler dahilinde yargılama yapılması mümkün veya yapılan yargılama etkin olmadıkça devreye girmemelidir."

lık" kullanılmaya başlanmıştı. Devletlere ICC'nin rolünün sınırlı olduğunun anlatılmasında fayda vardı; keza böylece üçüncü sırada tanımladığımız politik sorun da aşılmış oluyordu. Ancak ICC'nin esas işlevi ilk sırada ele aldığımız altta yatan kurumsallık sorununa ilişkindi. ICC temel olarak devletlerin kendi topraklarında işlenen savaş suçlarıyla ilgili inandırıcı iddialarda bulunmalarını sağlayan bir garantör gibi çalışıyordu. *Aut dedere aut judicare* [*iade et veya yargıla*] ilkesi olarak da anılan yükümlülüğe göre devletler ilgili uluslararası suçla bağlantısı bulunan kişileri ya kendileri yargılar ya da bu kişileri yargılamak isteyen başka bir devlete iade eder. ICC bu gibi durumlar için alternatif bir yargı yeri teşkil etse de şüpheliyi elinde bulunduran devletin çoğunlukla yargı prosedürünü kendisi işleteceği varsayılmaktadır. ICC Statüsü'ne taraf devletlerden herhangi biri *aut dedere aut judicare* mekanizmasını yapacağı bir şikâyetle çalıştırabilecek, savcı da kovuşturmaya bu noktadan devam edebilecektir.

Bu yaklaşım, ILC'nin devlet onayının yargı yetkisi için temel oluşturduğunu kabul etmesini sağladı. Statü'nün amacı şüphelileri elinde tutan devletin uluslararası ceza hukuku sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerine uymasını sağlamak olduğu ve bu da şüpheliyi uluslararası düzeyde bir davaya sevk etmeksizin gerçekleştirilebileceği için devletleri bunu yapmaya zorlamanın bir anlamı yoktu. Devletlerin uluslararası davanın açılmasına onay vermesi (ayrıca suçun işlendiği yer devletinin de onayı) aranmaktaydı. Bu ise üçüncü sırada tartıştığımız sorunu hedef almaktaydı. Devletler Statü'ye herhangi bir uluslararası davaya onay vereceklerini kati olarak taahhüt etmeksizin de katılabilmekteydi. Kendi yargı yetkilerini bu yargıya tabi kişiler nezdinde koruyarak da uluslararası bir sisteme katkıda bulunabilmekteydiler. Uluslararası hukukta ilk defa görülmemekle birlikte metin zorunlu yargı yetkisi sisteminin kabulünden ziyade evrenselliği hedef almaktaydı.

Ancak bu onay ilkesinin iki istisnası vardı. Bunların ilki Şart'ın 4. Bölümü uyarınca Güvenlik Konseyi'nin aranan onayı hükümsüz kılabilmesi ve bir dava veya dava grubu için Statü kapsamında ICC'yi görevlendirebilmesiydi.[29] Böylesi bir karar elbette vetoya tabiydi. Bu mekanizma daha fazla uluslararası *ad hoc* ceza mahkemesinin kurulmasını engellemek için gerekliydi. Aslında 1994 tarihli Taslak Statü, Güvenlik Konseyi tarafından başka bir *ad hoc* ceza mahkemesi kuruluşunu kurumsallaştırmış (böylece bu ihtiyacı da ortadan kaldırmış), bunu yaparken de hukukun üstünlüğü sorununu ve 7. Bölümü ceza yargısı için kurucu dayanak olarak benimseyip formaliteleri atlamaya çabalamıştır. Teklif Statü'ye göre uluslararası ceza yargısı acil bir idari kararla kurulmamış, mevcut varlığına devletlerin uygulayacağı kanunlarla yürürlük kazandırılmıştır. Ancak yargının faaliyete geçmesine Güvenlik Konseyi –7. Bölümde ele alınan durumlara uygun bir şekilde– ön ayak olmuştur.

İkinci istisna ise soykırım suçuna ilişkindi. ILC'nin Taslak Statüsü, kurulması teklif edilen mahkemeye soykırım suçu üzerinde şüpheliyi elinde tutan devlet veya diğer başka devletlerin onayı aranmaksızın "otomatik" yargı yetkisi tanımıştır.[30] Bu durum soykırımın "suçların en kötüsü" olma özelliğinin de altını çizmektedir. Teknik olarak Soykırım Sözleşmesi'nin soykırım suçu üzerinde sınır ötesi hiçbir yargı yetkisi belirlemiyor olması soykırım suçu şüphelisini elinde bulunduran diğer devletin şüpheliyi suçun işlendiği yer devletine iade etme yükümlülüğünü (cezasızlığa doğru giden bir adıma benzemekle beraber) meşrulaştırmıştır. Bu seçim daha önce de belirtildiği gibi Soykırım Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde yer almıştır. Dolayısıyla söz konusu istisna .ancak yürürlükteki hukukla meşrulaştırılabilecektir. Ancak aslında bu durum ILC'nin tamamlayıcılık yaklaşımını fazla

[29] ILC Taslak Statü, 23(1) ve 25(4). Maddeler.
[30] *A.g.e.*, 20(a), 21(1)(a) ve 25(1). Maddeler.

nüfuzlu ve devlet egemenliği karşısında fazla tavizkâr bulmasından kaynaklanır.

Öte yandan tamamlayıcılık ilkesi ve mevcut uluslararası hukuk açıkça onay aradığı için ILC'nin Taslak Statüsü mevzubahis yargı yetkisinin daha geniş ölçekli olmasını kabul edebilmektedir. ICC'yi Nürnberg'deki –aralarından ikisi hiç tanımlanmamış– saldırı, savaş suçları ve (soykırım dahil) insanlığa karşı suçlar veya uluslararası belgelerle kısmen tanımlanmış suçlarla sınırlamanın bir anlamı yoktur. Deneyimlerimiz bize diğer suçların da –örneğin Noriega olayı ve Lockerbie saldırısı– bilinen uluslararası boyutları olabileceğini ve bunların uluslararası ceza mahkemesinde görülmeye değer sayılabileceğini göstermiştir. Dolayısıyla ILC metni mahkemenin yürürlükteki uluslararası sözleşmelerle tanımlanan suçlar üzerindeki yargı yetkisini genişletirken yeni sözleşmelerle tanımlanacak suçların da buna eklenebileceğini hüküm altına almıştır. ILC bu suçları bağımsız olarak değil uluslararası hukuk kurallarındaki mevcut tanımlarına atıfla tanımlayarak kapsamlı yeni bir taslak hazırlama prosedürünü atlamıştır. Yargısal bir bariyer yerine savcı tarafından uygulanıp Divan tarafından gözden geçirilecek, tamamlayıcılık ilkesine bağlı bir kabul edilebilirlik eşiği tesis etmiştir.[31] ICC sadece ulusal düzeyde çözülemeyecek, büyük önem arz eden vakaları görecektir.

ILC modeline getirilen en önemli eleştirilerden biri Savcılık makamına kovuşturma öncesinde ve ilgili devletlerin onayından ari olarak bağımsız bir soruşturma rolü tanımıyor

---

[31] *A.g.e.*, 35. Madde. Tamamlayıcılık ilkesi ayrıca Roma Statüsü'nün 17. Maddesi altında belirlenen kabul edilebilirlik koşullarına da temeldir. Bkz. J.T. Holmes, "The Principle of Complementarity," *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results* (Kluwer Law International, Lahey, 1999) ed. R.S. Lee s. 41; J.T. Holmes, "Complementarity: National Courts Versus the ICC," *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, ed. A.Cassese, P. Gaeta ve J.R.W.D. Jones, (Oxford University Press, Oxford, 2002), s. 667.

olmasıdır. Savcı sadece yargı yetkisinin tesisi için ön şartların sağlanması halinde tam olarak bağımsız hareket edebilecektir. Bu durum muhakkak ki bir zafiyet teşkil edecektir. Devletlerin bağımsız bir Savcı'nın başıboş bir soruşturma komisyonuyla birlikte uluslararası suçları soruşturmasının her ne kadar gerekli onaylar alınmaksızın uluslararası düzeyde bir dava açamayacak olsa da devlet egemenliğine büyük ölçüde halel getireceği hususundaki endişeleri karşısında böyle bir taviz verilmiştir. Ancak bu taviz tamamlayıcılık modelinin bir gereği olmayıp bağımsız olarak verilmiştir. *Aut dedere aut judicare* talebi bağımsız bir savcıdan gelebileceği gibi üçüncü bir ülke tarafından da öne sürülebilecektir.

Neticede ILC'nin Taslak Statüsü, çok tartışılan ICC konusunda desteği artırabilmek için devletlerin ulusal yargı yetkilerine ciddi tavizler vermiştir. Esasen temel amaç ICC Statüsü'nü diplomatik arenada aktif bir tartışma konusu haline getirebilmekti. ICC'ye Amerika Birleşik Devletleri tarafından ne gibi itirazlarda bulunulduğu tahmin edilebilir. Tahmin edilmesi zor olan, diğer devletlerin bu itirazlara nasıl tepki vereceğidir. Fazla iddialı bir ICC tasarımı (aynı 1930'larda olduğu gibi) birçok teklifin üst üste reddedilmesi riskini taşımaktadır. Şüpheye mahal vermemek için politik kabul edilebilirlik olarak nitelendirdiğimiz üçüncü sorun birinci ve ikinci sorunları gölgede bırakmıştır. Bu hususun herkes tarafından müzakereye açık olduğu varsayıldığında devletlerin artık atılacak diğer adımları değerlendirmesi gerekmektedir.

Roma Statüsü: Sadece birkaç suç için uluslararası ceza adaleti sistemi mi?

1994 yılı gündemine tarih, bıkkınlık ve profesyonel inançsızlığın bir kombinasyonu olan ILC'nin Taslak Statüsü'nden daha iddialı bir hususun girmiş olabileceğini sanmıyorum. Yine de durumun ne kadar hızlı şekil değiştirdiği dikkate alınmalıdır. Bu değişimi birden çok faktör hazırlamıştır. Bunların en belirginlerinden biri daha önce neredey-

se tamamen sessiz kalan sivil toplum kuruluşları tarafından ICC fikrine gösterilen artan destektir. Daha arka planda kalan bir diğer faktör ise Şart'ın 7. Bölümü uyarınca kurulan iki *ad hoc* mahkemedir. Bir yanda *ad hoc* ceza mahkemelerinin artışıyla ilgili ciddi endişeler, öte yanda 7. Bölüm altında tespit edilen durumları idare edebilmek için alınması gereken askeri tedbirler ve etkin politika manevralarının bir ceza mahkemesiyle ikame edilebileceği fikri vardı. Göz ardı edilen unsur ise müzakerelere katılan adalet bakanlarının varlığıydı. Bu temsilciler ICC'nin mevcut çalışma düzeni, ulusal yasal ve anayasal sistemlerle münasebetlerine ilişkin bir dizi profesyonel endişe ortaya koymuştur. Bir noktaya kadar bu endişeler egemenliğin kaybı ve devletler arası ilişkilerin üstünlüğü gibi geleneksel dış ilişki endişeleriyle kesişmiştir.

Roma Statüsü'nün ortaya koyduğu hükümlerin birçoğu ICC'nin yargı modelleri arasındaki seçimle ilgili olmayıp konumuz dışında kalmaktadır. Örneğin hem ICC Taslak Statüsü hem de Roma Statüsü, görev süresi dolan yargıçların tekrar seçilmesini engeller.[32] İki belge de ICC'nin, ceza yargısı deneyimi ve yeterliliği olan yargıçlar ve uluslararası ceza hukuku ve/veya insan hakları konularında uzman yargıçların karışımından teşekkül etmesi gerektiğini öngörür.[33] Roma Statüsü birçok açıdan bağımsız ilerleme katetmiştir. Bugün cinsiyet eşitliği[34] ve mağdurların zararlarının tazmin edilmesine[35] yapılan vurguyla Roma Statüsü, ILC Taslak Statüsü'nün açıkça önündedir.

Ancak tüm bu nedenlerle model seçimine ilişkin dört hususu ortaya koymak, ILC'nin önerdiği çözümler ve nihai olarak kabul edilenler arasında bir karşılaştırma yapmak isterim. **Onay, tamamlayıcılık ve suçlara "sahip olma"** Hazırlık Komisyonu müzakerelerinin ilk aşamalarında opsiyonel bir

---

[32] ILC Taslak Statü, 6(6). Madde: Roma Statüsü, 36(9). Madde.
[33] ILC Taslak Statü, 6(1). Madde: Roma Statüsü, 36(3). Madde.
[34] Roma Statüsü, 36(8). Madde.
[35] *A.g.e.*, 75 ve 79. Maddeler.

yargı fikri hemen hemen dışarıda tutulmuştu. Çoğunluk Statü'ye taraf devletlerin katılım yoluyla Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiği kanısındaydı. 12. Madde uyarınca Divan, sanığın vatandaşı olduğu veya suçun işlendiği yer devletinin Statü'ye taraf olması veya (taraf değilse) Divan'ın yargı yetkisini *ad hoc* kabul etmiş olması halinde yargı yetkisini kullanabilecektir. Şüpheliyi elinde bulunduran devletin ise bunun aksine yargı yetkisinin tesisine hiçbir etkisi bulunmamaktadır.

Bu sistem altında Statü'ye taraf devletler için ayrıca bir onay aranmamaktadır. Taraf olmayan devletlerden onay alınmaması şüphelinin vatandaşı olduğu devlet veya suçun işlendiği yer devleti Statü'ye taraf olduğu müddetçe yargı yetkisinin kurulmasını etkilememektedir. Bu çok önemli noktada ICC'nin yargı yetkisinin genel ve otomatik olduğunu belirtmeliyiz.

Doğal olarak tamamlayıcılık ilkesinin de yargı yetkisinin tesisinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Her ne kadar yargı yetkisinin *kullanılması* noktasında kendi gücünü muhafaza ediyor olsa da önemi azalmıştır. (ILC Taslak Statüsü ise tamamlayıcılığı her iki düzeyde de yürürlüğe koymuştur.)

Bir başka doğal sonuç ise Statü'ye taraf herhangi bir devletin suçla bir bağlantısı olmasa bile Savcı'ya suç duyurusunda bulunabilmesidir. [36]

Böylece hiçbir taraf devletin kovuşturma üzerinde veto hakkı bulunmaz; taraf olmayan devletlerin onayı ise kendi vatandaşları tarafından yurtdışında işlenmiş suçlar noktasında tamamen konuyla ilgisiz addedilir. Tamamlayıcılık ilkesine yargı yetkisi hususunda verilen önemin azalmasının telafisi ilkeye kabul edilebilirlik anlamında verilen önemin artırılmasıyla mümkün sağlanmıştır. Statü'nün Giriş kısmında "Statü uyarınca Uluslararası Ceza Divanı ulusal ceza yar-

[36] *A.g.e.*, 14. Madde.

gılamalarına tamamlayıcı nitelikte olacaktır" diye belirtilir; tamamlayıcılık ilkesi ayrıca 1. Maddesinde de yerini bulur. Tamamlayıcılık ilkesine bir soruşturmayı bir adım öteye götürme hususunda; kovuşturmaya izin verme noktasında ise Divan hayat verecektir. Dava ancak yargı yetkisi sahibi devletlerden hiçbirinin soruşturma yapma arzusu bulunmadığı veya soruşturma yapacak durumda olmadığı hallerde ICC önünde görülebilecektir (Madde 17). Öte yandan kabul edilebilirliğe Divan karar verecek; soruşturma yapan devlet bu doğrultuda talepte bulunabilecekse de sonucu önceden belirleyemeyecektir (Madde 18).

Böylece devletler taraf olup olmamalarına bakılmaksızın söz konusu suçları itinayla soruşturmaları halinde kabul edilebilirlik kararı üzerinde etki sahibi olabileceklerdir. Ancak bu devletlerin kendi vatandaşları tarafından yurtdışında işlenmiş suçların kovuşturulması üzerinde sonsuz bir kontrol gücü bulunmamaktadır. Öte yandan söz konusu vatandaşların bağışıklık sahibi olmaları halinde (örneğin diplomatlar veya ziyaretçi silahlı kuvvet mensupları) böylesi bir kontrol mekanizması üçüncü devletler nezdinde yok sayılacaktır. Ayrıca Statü, sanığın resmi sıfatının, hatta devlet başkanı olmasının yargı yetkisinin kullanılmasında bir engel teşkil etmediğini belirtirken (Madde 27) işbirliği veya teslimiyetin de talep eden Devlet'in Devlet veya diplomatik bağışıklığı bulunan şahıs veya üçüncü bir Devlet'in malvarlığı nezdinde uluslararası hukuk kurallarından doğan yükümlülüklerine aykırı davranıyor olması halinde mümkün olmayacağını da hükme alır (Madde 98). Dava *in absentia* [*sanığın yokluğunda*] görülemeyeceği için taraf olmayan devletlerin görev başındaki yetkililerinin Divan önüne çıkması pek ihtimal dahilinde gözükmemektedir. Evde istirahat eden yaşlı devlet yetkilileri bunun bir istisnasını teşkil etmektedir.

Bağımsız Savcı Hem ILC Taslak Statüsü hem de Roma Statüsü kovuşturma aşamasını yürütecek bağımsız bir savcı

görevlendirmektedir. Ancak Roma Statüsü savcıya ayrıca Divan'ın yargı yetkisine giren suçların işlendiğine ilişkin bir şüphenin varlığı halinde herhangi bir ön izin aranmaksızın soruşturma yapma yetkisi de tanımaktadır. "Savcı Divan'ın yargı yetkisine giren suçlar hakkında aldığı bilgiler temelinde *motu proprio* [*kendiliğinden*] soruşturma başlatabilecektir" (Madde 15(1)). Daha önce de belirtildiği gibi bu önemli bir adımdır. Ancak yargı yetkisinin tesis edilebilmesinin devletlerin iznine sıkı bir şekilde bağlı olmasından vazgeçilmesiyle birleştirildiğinde bu adım daha da büyük gözükecektir. Savcı Statü'ye taraf devletler ve bazı durumlarda üçüncü devletler nezdinde hangi suçların ön inceleme gerektirdiğine kendisi karar verir. Daha ayrıntılı ve ileriye dönük soruşturma ise Ön-Dava Dairesi'nin onayını gerektirecek, ancak devletler, taraf olsun veya olmasınlar bu aşamada herhangi bir veto yetkisine sahip olmayacaklardır.

Yargı yetkisinin kapsamı Bu iki husus göz önünde bulundurulduğunda –onay zorunluluğunun kaldırılması ve savcının bağımsız yetkileri– Roma Statüsü uluslararası bir ceza adaleti sisteminin tesis edilmesi yolunda çok önemli bir yere sahiptir. Öte yandan sistemin esas amacının, örneğin ILC'nin sunduğu taslak metinler ve Divan'm yargı yetkisine giren suçlar kıyaslandığında, ciddi şekilde göz ardı edildiği görülmektedir. Öncelikle iyi kötü varlığını sürdüren sınırlamalara değinilmelidir.

5(2). Madde uyarınca saldırı suçu üzerinde yargı yetkisi ancak taraf devletlerin bu suçun tanımı üzerinde mutabık kalmaları ve yargı yetkisinin kullanılış yöntemlerinin tespit edilmesi halinde kullanılabilecektir. ILC, Güvenlik Konseyi önceden Şart'ın 39. Maddesi kapsamında gerekli görmedikçe saldırı suçları üzerinde hiçbir kovuşturmanın başlamaması gerektiğini önermiştir. ILC'nin teklifi kalıcı olmakla beraber bu hususun (5(2). Madde altında bir yöntem olarak belirlenmemesi halinde) Roma Statüsü kapsamında taraf devletlerin başına bela olması çok muhtemeldir.

Buna ilaveten 124. Madde taraf devletlere kendi topraklarında işlenen savaş suçlarını Divan'ın yargı yetkisinden yedi yıllık bir süre için muaf tutma hakkı tanımaktaydı. Bu tuhaf bağışıklığın elbette ki ILC'nin Taslak Statüsü'yle herhangi bir paralelliği yoktu. Statü'deki yargı yetkisi koşullarını ilga eden bir garanti niteliği taşıyor gibi gözükmekteydi: 124. Madde uyarınca yapılan bir beyanı gerektirebilen bir davada, diğer bir ilgili taraf devletin (örneğin suçun işlendiği yer ülkesi) böyle bir beyanda bulunmamış olması konu dışındadır.[37]

Uzun vadede önem teşkil eden ve konumuzla doğrudan ilgisi bulunan bir diğer husus da Divan'm 5. Madde kapsamında ortaya çıkan yargı yetkisinin kısıtlanmasıdır. Yargı yetkisi sadece dört suç üzerinde tesis edilir: soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve (askıdaki hüküm nazara alınarak) saldırı suçu. ICC'nin yargı yetkisini konu alan suçların önceleri uzun bir liste oluştururken en sonunda hiçbir mevcut sözleşmeye atıf yapılmaksızın, uluslararası ceza hukukunun belli birkaç suçuna indirgenmesi oldukça dikkat çekicidir. Aslında Roma Statüsü yeni –fakat kısıtlı– bir uluslararası ceza yasasıdır. Birçok açıdan (özellikle soykırım ve uluslararası savaş suçları bakımından) daha önceki sözleşmelerin dilinin aşağı yukarı kelimesi kelimesine kullanıldığı doğrudur. Öte yandan Statü, silahlı iç çatışma alanındaki suçlar ve insanlığa karşı suçların kapsamını geliştirmekte ve bu suçlar ilk defa burada gerçek ve yetkin sözleşmesel tanımlarına kavuşmaktadır. Ayrıca tanımlar önceki sözleşmelerden herhangi bir değişikliğe uğramadan aktarılırken Roma Statüsü'ne taraf devletlerin aynı zamanda söz konusu diğer sözleşmelere de (örneğin Soykırım Sözleşmesi ve 1977 Protokolleri) taraf olup olmamaları ve bazı belirli devletler tarafından konulan çekinceler veya yapılan yorumlar dikkate alınmamıştır.

[37] Aynı analizin Statü'nün (Madde 11(2)) yürürlüğe girdiği tarihten sonra katılan taraflar için de geçerli olup olmayacağı tartışmaya açık bir sorudur.

Maddi ceza hukuku Söz konusu tanımlayıcı hükümlerin etkisi 2000 yılında yayımlanan Suç Unsurları metniyle artmıştır.[38] Çoğunlukla Statü'nün dili özenle takip edilmiş veya makul ve tahmin edilebilir şekilde iyileştirilmiştir. Ancak hukuki metinlerin anlamı değiştirilemeden herhangi bir iyileştirmeye tabi tutulması mümkün değildir. Bazı açılardan Suç Unsurları ICTY ve ICTR statülerinin paralel hükümlerinin *ad hoc* mahkemelerce yorumlanmış halinden daha kısıtlayıcı niteliktedir. Önemli olan derhal Statü'nün yargı yetkisine giren üç suçun Statü tarafından bağımsız olarak hangi derinlik ve ayrıntılarla tanımlanmasıdır.

Ayrıca deneyimlerimiz bu tanımların uluslararası arenada olduğu kadar ulusal düzlemde de kullanılacağına işaret etmektedir. Tamamlayıcılık ilkesinden tamamen yararlanabilmek için devletlerin Roma Statüsü'nü kabul ederek bu yeni tanımları kendi iç hukuklarına katmaları gerekmektedir. Esasen İngiltere ve Avustralya bu mevzuatı iç hukuklarına aktararak tam da bunu yapmışlardır.[39] Böylece Roma Statüsü'nün uluslararası ceza adaleti sistemi aynı suçları tanımlayan mevcut sözleşmeleri hem ulusal hem de uluslararası düzlemde aşacaktır.

Sonuç: Roma Statüsü çatısı altında ICC

Tüm bu taslak çalışmalar neticesinde Roma Statüsü altında kurulan Uluslararası Ceza Divanı az sayıdaki ağır uluslararası suçların soruşturulup kovuşturulduğu, ciddi bir noktaya kadar özerk ve müstakil bir ceza adaleti sistemi getirmiştir. Ceza adaleti sistemi fikriyle ilişkilendirilen değerler, dış ilişkilerin ICC'nin sadece özel durumlarda boşluk doldurucu bir ceza yargısı tesis ettiğine dair bakış açısına bu

[38] UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2.

[39] Birleşik Krallık, 2001 Uluslararası Ceza Divanı Yasası, 5. Bölüm, "Ulusal Hukuk Altında İşlenen Suçlar"; Avustralya, 2002 Uluslararası Ceza Divanı (Ek Tadiller) Yasası, Yasa No. 42/2002, Ek 1, "1995 Ceza Kanunu Tadil Metni."

suçlar özelinde üstün gelmiştir. Bu hem ICC'nin taslak hazırlama sürecine hem de özellikle üçüncü devletler nezdinde alınan risklere hürmeten bir ahit niteliğindedir.

ICC'nin bir destek sürecinden ibaret olduğu fikri elbette ki varlığını sürdürmektedir. Tamamlayıcılık ilkesi artık ICC'nin temelini oluşturan yargı yetkisinin bir parçası olmasa da hâlâ önemlidir. (Taraf olup olmamalarına bakılmaksızın) isnat edilen suçları kendileri soruşturmakta istekli ve soruşturabilecek durumda olan devletlere arzu edildiği gibi bir öncelik tanınacaktır. (Taraf veya değil) bir devletin kendi soruşturmasını olaya farklı yaklaştığı veya isnat edilen suç hakkında dar görüşlü olduğu veya başka bir nedenden dolayı sürdürmeyi reddetmesi halinde daha büyük problemler doğacaktır. Bunun zaten en başından beri ICC'nin varlık sebebi olduğu söylenebilir. Ancak soruşturulan suçun kapsamını belirlemek soruşturma makamının yetkisinde olduğu için ICC prosedürünün nispi özerkliği bir kez daha kendini göstermiş olacaktır. Savcı'nın muhtemel bir olaya ne kadar dinamik yaklaşacağı ve devletlerin buna tepkisinin de ne kadar dinamik olacağını hep birlikte göreceğiz.

Divan'ın sınırlı varoluş amacı (üç suç üzerinde otomatik yargı yetkisi işlevi tesis etmek) uluslararası arenada endişe uyandıran ciddi suçların kapsam dışında kalması riskini de beraberinde getirmektedir. Her ne kadar ILC duruma (gelecekte) Divan'ın göreceği tipik davalardan biri olarak bakmış olsa da uluslararası alanda endişe doğurup doğurmadığı bile meçhul Lockerbie davası Divan'ın yargı yetkisinin dışında kalacaktı. Daha yakın tarihli olaylara bakacak olursak, 11 Eylül 2001 Dünya Ticaret Merkezi saldırılarının ICC'nin yargı yetkisine –muhtemelen sadece insanlığa karşı suç kapsamı altında– girebileceği son derece aşikârdır. Soykırım suçu üzerinde yargı yetkisi tesis edebilmek için soykırımın tanımını genişletmeye yönelik yorumların yapıldığını başka vakalarda gördük. Aynı şeyin Divan'ın yargı yetkisine giren

diğer suçlar için de söz konusu olması pek mümkündür. Suç Unsurlarının suçlara arzu edildiği şekilde sabit tanımlar getirip getiremeyeceğini geniş ölçekli terör suçları ve silahlı iç çatışmalarda şiddet kullanımı içeren yeni durumlarla karşılaştığımızda göreceğiz.

5
Uluslararası Ceza Divanı'ndan Beklenenler ve Muhtemel Sorunlar: Yugoslavya ve Ruanda'dan Çıkarılan Dersler

CHERIE BOOTH

ICC'nin Roma Statüsü'nün bazı eksiklikleri olduğu muhakkaktır; –taslak sürecinin özellikleri ve ortaya çıkan politik sorunlar bunu gösterdi– ancak şu an ağır suçlardan doğan bireysel ceza sorumluluğunun tesis edilebildiğini ve bireylerin cezalandırılmasını sağlamak için bir kurumun kalıcı şekilde– ortaya çıktığını görmekteyiz. Şüphesiz ki Divan geçtiğimiz yüzyılda yapılan zulümleri ve insanlığın düşebileceği noktayı acı da olsa hatırlatma görevi üstlenmektedir. Tarihin tekerrür etmesi kaçınılmazdır dediğimde herhalde yeni bir şey söylemiş olmam. Lahey Mahkemeleri [The Hague Tribunals] Başsavcısı Richard Goldstone bu konuda yanlış bir görüşe sahiptir. Goldstone, "'Bir daha asla'ya dair umudumuz gün geçtikçe gerçek hale gelmektedir," der.[1] Ancak aynı zamanda Uluslararası Ceza Divanı'nın bağımsız savcılarının diktatörleri ve işkencecileri bağımsız yargıçlar önüne çıkarabiliyor olmasının savaş sonrası kurulan hayallerin gerçeğe dönüştüğüne delalet ettiğinde hemfikirim.

---

[1] "Were They Just Obeying Orders?" *Guardian*, 7 Mayıs 1996, s. 10, Simon Chesterman' "Never Again ... and Again: Law, Order, and the Gender of War Crimes in Bosnia and Beyond," (1997) 22 *Yale Journal of International Law* 299-316'da yer almaktadır.

Profesör James Crawford, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun ICC'nin Taslak Statüsü'nü hazırlarken yaptığı çalışmalardan ve taslağın 1998 yazının Roma'sında Statü'nün nihai haline nasıl dönüştüğünden bahsetti.[2] Profesör Crawford ve Komisyon'daki çalışma arkadaşları Taslak Statü üzerine kafa yordukları esnada gidişat eski Yugoslavya topraklarında yapılan katliamların hesabının sorulması yönünde gelişmiş, uluslararası bir *ad hoc* ceza mahkemesi kurulmuştur. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 1993 yılında Güvenlik Konseyi tarafından tesis edilmiş ve mahkeme 1991 yılından beri eski Yugoslavya'da vuku bulan ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin sanıklarını cezalandırmakla görevlendirilmiştir. Daha sonra Güvenlik Konseyi 1994 yılında Ruanda'dan gelen talep üzerine, 1994 yılında Ruanda ve komşu ülkelerde yapılan soykırım ve diğer ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerini kovuşturmak üzere ikinci bir *ad hoc* mahkeme kurulmasına karar vermiştir. Bu iki mahkeme de –Nürnberg'den beri kurulan ilk uluslararası ceza mahkemeleri– yakın akraba olup, esas itibariyle aynı Savcı ve Temyiz Dairesi'ne sahip eş mahkemeler statüsündedir. Daha çarpıcı olan ikisinin de aynı uluslararası ceza adaleti planının bir parçası olmasıdır: Bağımsız savcı ve yargıçlardan oluşan, bireyleri adil bir yargılamadan sonra insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarından dolayı sorumlu tutabilen uluslararası hukuk kurallarının uygulandığı uluslararası bir ceza forumu oluşturmak.

Ruanda ve Yugoslavya mahkemeleri kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesinin işe yarayacağı ve istendiği fikrini iyice pekiştirmiştir. ICTY ve ICTR statüleri Taslak Statü'yü kaleme alan Profesör Crawford önderliğindeki ILC'nin üzerinde bir hayli etkili olmuştur. Temsilciler 1998 yılında kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesi statüsünü oluşturmak için Roma'da bir araya geldiklerinde mahkemeler bunun muhtemel işleyi-

[2] Bkz. Bu kitabın 4. Bölümü.

şine bir model teşkil etmiştir. Buna ilaveten Lahey Mahkemeleri'nin yargı yetkisi –örneğin insanlığa karşı suçların barış zamanında da işlenebileceğine dair yenilikçi görüş ve savaş suçlarının silahlı iç çatışmalar esnasında da işlenebileceğinin kararlaştırılması– Roma'daki müzakerelere katkıda bulunmuş ve nihayetinde Roma Statüsü'ne yansıtılmıştır.

Uluslararası Ceza Divanı Statüsü 17 Temmuz 1998 yılında Roma Konferansı'na katılan devletlerin ezici çoğunluğuyla kabul edilmiştir. Bugün itibariyle Roma Statüsü 139 devlet tarafından imzalanmış, bunların altmış yedisi tarafından da onaylanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri onayını esirgese de korkulan başa gelmemiş, Başkan Clinton'ın 2000 yılının Aralık ayında görevinin son icraatı olarak imzaladığı Statü'den imzasını çekmemiştir. Beklenenin aksine dört yıl içinde altmış ülkenin Statü'yü onaylaması da şaşırtıcı olmuştur. Statü 1 Temmuz 2002 yılında yürürlüğe girecek, Divan'ın soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar üzerindeki yargı yetkisi de bu tarih itibariyle geçerli olacaktır. Taraf Devletler Kurulu ilk kez Eylül 2002'de toplanacaktır. Amerika'nın Divan'a gösterdiği muhalefet –özellikle Roma Statüsü'nün kabulüne itiraz ettiği karar ile– tüm bu gelişmelerin doğurduğu heyecan dalgasını söndürmüştür. Yine de söz konusu ülkenin katılımı olsun veya olmasın Divan önümüzdeki yıl faaliyet göstermeye başlayacaktır.

Divan neler getirecektir? Bu sorunun cevabı kısmen ICTY ve ICTR deneyiminde bulunur. Dolayısıyla ICTY ve ICTR deneyimine atfen ICC'yi bekleyen şu üç sorunu ele alalım: Divan'ın meşruiyeti ve güvenilirliği; Divan'ın işlevine ilişkin endişeler; ve son olarak Divan'ın gerçek bir "uluslararası" kurum olarak faaliyet göstermesi.

Güvenilirlik ve meşruiyet beklentisi: Uluslararası Ceza Divanı ve kadınlar

Uluslararası Ceza Divanı'nda görev yapacak yargıçların atanması yakındır. Adayların sunulması işlemi Eylül 2002'de

toplanan ilk Taraf Devletler Kurulu'nda başlamış, Aralık 2002'de süreç sona ermiştir. Yargıçların seçimi Divan'ın açılış tarihi olan Mart 2003'e yakın Ocak 2003 tarihindeki ikinci Taraf Devletler Kurulu'nda yapılacaktır.

Etkin, meşru ve güvenilir bir Divan'ın geleceği yargıçlarına bağlı olacaktır. Divan'ın Statü'nün de öngördüğü gibi en yetkin yargıçlardan teşekkül etmesi çok büyük önem arz etmektedir. Bu diğer hususlara ilaveten Divan'da temel hukuki sistemlerin temsil edileceği, uygun bir coğrafi temsil sağlanacağı ve yargıçlar arasında cinsiyet dağılımının uygun şekilde yapılacağının altı çizilir.

Roma Statüsü'nün yargıçların sahip olması gereken özellikleri belirleyen 36. Maddesi "erkek ve kadın yargıçların adil şekilde temsil edilmesi" gerektiğini belirtir.[1] Bu durum –bugün sayıları otuzu bulan– uluslararası mahkemelerin statüleri arasında bir ilk olmuştur. Önemli bir gelişmedir. "Adil temsilin" sağlanması için bu on sekiz yargıçtan kaç tanesinin kadın olması gerekecektir? Bu tartışmalı bir konudur. Ancak açık olan bir şey vardır ki bu Roma Statüsü'nün uluslararası *statüko*'yu değiştirme ihtiyacını tanımasıdır. Uluslararası yargı arenası erkek hâkimlerle dolu olup bu durum seçim prosedürünün kabul edilemez limitler dahilinde işlediğine işaret etmektedir. Geçtiğimiz yıl Jan Linehan tarafından Uluslararası Divan ve Mahkemeler Projesi [Project on International Courts and Tribunals (PICT)] için hazırlanan çalışmada dokuz temel mahkemenin toplam yüz elli üç hâkiminden sadece on sekizinin kadın olduğunu göstermiştir.[2] Bunun nedeni aynı uluslararası arenadaki gibi ulusal hukuk sistemlerinin çoğunda da kadın hâkim sayısının düşük olmasıdır. Ancak kadınların yetersiz temsilini yetkin aday sayısının azlığına bağlamak inandırıcı olmaz. Seçim sürecinin kendisi, devletlerin bu konuya pek önem

[1] Madde 36(8)(a)(iii).

[2] Bkz. Cherie Booth ve Philippe Sans, "Keep Politics out of the Global Courts," *Guardian*, 13 Temmuz 2001.

vermemesi ve uygun adayların nitelikleri hakkındaki sabit fikirler de diğer faktörler arasındadır. Örneğin devletlerin çoğu kadın adayların çoğunlukla tatmin edemediği özellikler taşıyan tek bir aday tipi –genellikle akademik ve diplomatik bir altyapısı olan, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda görev yapmış adaylar– üzerinde ısrar eder. Ancak kadınların Uluslararası Ceza Divanı'na atanmasının sağlanması Roma Statüsü'ne taraf tüm devletler tarafından dikkate alınması gereken bir husustur. Kadınların Divan'daki temsilinin düşük olması kurumun meşruiyeti ve otoritesine karşı ilk günden beri bir tehdit oluşturmakta; Divan büyüyüp üst düzey davalarla meşgul oldukça uluslararası ceza adalet sisteminin uluslararası toplumu bütünüyle, adil bir biçimde temsil etmesi daha da önem kazanmaktadır.

Divan'a kadın yargıçların atanmasına verilen önem ICC Statüsü'nün konuya özellikle ihtimam göstermesiyle geçmişe nazaran epey artmıştır.[3] Silahlı çatışma hususunda ise tarih savaş politikası olarak kadınlara yapılan cinsel saldırılarla doludur. Tecavüz ve diğer cinsel saldırı eylemleri yıllarca savaş sanatının birer unsuru olmuş, mağdur bireye sadece saldırmak amacını değil "aşağılamak, utandırmak, küçük düşürmek ve bütün bir grubu terörize etmek" gayesini de taşımıştır.[4] Bu kurbanlar, her ne kadar cinsel saldırılara açıkça göz yumulmasa da bu saldırıların genellikle savaşın ayrılmaz bir parçası olarak görülmesi nedeniyle saldırıların önlenmesi ve kovuşturulması noktasında yüz üstü bırakılmıştır. Bizans İmparatoru Alexis'in anlatılagelen hikâyesine göre İmparator, Birinci Haçlı Seferleri sırasında savaşı teş-

---

[3] Bkz. Rhonda Copelon, "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes Against Women into International Criminal Law" (2000) 46 *McGill Law Journal* 217-220-8.

[4] Bkz. Özel Raportör Tadeusz Mazowiecki'nin "Report on the Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia," UN Doc. A/48/92 ve S/25341, Ek, s. 20 ve 57 (1993) alıntılayan Theodore Meron, "Rape as a Crime Under International Humanitarian Law" (1993) 87 *American Journal of International Law* 424-425,

vik için Yunan kadınlarının güzelliğine övgüler yağdırmış; bu daha sonra savaş başarısıyla ilişkilendirilen "ganimet ve güzellik" fikri olarak benimsenmiştir. Daha yakın tarihte ise General Patton II. Dünya Savaşıyla ilgili *War As I Knew It* [*Benim Bildiğim Savaş*] adlı eserinde tecavüzün savaş zamanlarında "kaçınılmaz" olduğunu belirtmiştir. Patton o zamanları şöyle hatırlar:

> Ona tüm gayretime rağmen mutlaka bazı tecavüz vakalarının olacağını; dolayısıyla saldırganların bir an önce yakalanıp asılmaları için tüm ayrıntılara bir an önce vakıf olmak istediğimi söyledim.[5]

Cinsel şiddetin *kaçınılmazlığının* yanı sıra tecavüz de tarihsel olarak bir savaş taktiği işlevi görmüş, *coup de grâce* [*öldürücü son darbe*] olarak zaferin büyüklüğünü ifade etmekte kullanılmıştır. Ruanda ve eski Yugoslavya'da yaşananlar bize kadına cinsel şiddetin iğrenç bir ifşaat işlevi olduğu, "kadının vücuduna tecavüzün tüm topluluğa tecavüzü temsil ettiğini" acı da olsa hatırlatmıştır.[6]

Silahlı çatışmalar esnasında kadınların gördüğü şiddetin uluslararası düzeyde nispeten yakın bir zamanda tazmin edilmesi gereken önemli bir mevzu olarak görülmeye başladığı söylenebilir. Uluslararası ceza hukuku 1990 yılından bu yana kadınlarla ilgili olarak tarihte eşine benzerine rastlanmayan bir gelişme göstermiştir. Roma Statüsü hem bu gelişmeyi örnekler hem de Divan'ın kadınlar için adaletin sağlanmasına gelecekte nasıl katkıda bulanacağının ipuç-

---

[5] George S. Patton, *War As I Knew It* (1947), s. 23, Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women and Rape* (1975), s. 23 ve Simon Chesterman, "Never Again ... and Again: Law, Order and the Gender of War Crimes in Bosnia and Beyond" (1997) 22 *Yale Journal of International Law* 299 ve 324'te yer almaktadır.

[6] Simon Chesterman, "Never Again ... and Again: Law, Order and the Gender of War Crimes in Bosnia and Beyond" (1997) 22 *Yale Journal of International Law* 299 ve 328.

larını verir. Statü cinsiyet ve cinsel saldırı temelli suçların kovuşturulmasına olanak tanırken bu suçların mağdurları için himaye sağlar, ayrıca kadınların Divan'ın muhtelif organlarında yer alması için çalışır. Bu cinsiyet hükümlerinin Roma Statüsü'nde yer alması elbette bir anda olmamıştır. Statü'nün kadınlarla ilgili hususlardaki yenilikçi tavrı sivil toplum örgütlerinin ve kadın hakları hareketinin Roma müzakereleri esnasında verdikleri mücadelenin bir sonucudur. Ayrıca temsilciler Statü'yü kaleme almak için Roma'da bir araya geldiklerinde ICTY ve ICTR'nin cinsiyet suçu ve cinsel suçların maddi unsurları hakkında geliştirdikleri içtihattan ve mahkemelerin bu minvalde soruşturma, kovuşturma ve hüküm verme deneyiminden faydalanmışlardır.

ICC'nin yargıçlarını atamak üzere olduğumuz bugünlerde ICTY ve ICTR'den çıkarmamız gereken en önemli ders cinsiyet ve cinsellik temelli suçların kovuşturulmasında kadın yargıçların davayı görmesinin sağlayacağı önemli avantajlar olduğudur. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin ICTY Statüsü'ne eşlik eden raporunda işlenen suçların özellikleri ve tecavüz ve cinsel saldırı mağdurlarının hassasiyetleri göz önünde bulundurulduğunda Divan kadrosu oluşturulurken nitelikli kadın hâkimlerin istihdamına önem verilmesi gerektiğinin de altını çizer.[7] Kadın yargıçların cinsel saldırı içeren davalarda yapabileceği katkının anlaşılması için Ruanda Mahkemesi'nde görülen *Akayesu* davasının hatırlanması kâfidir.[8]

Akayesu, Ruanda Mahkemesi'nde görülen ilk dava olup bugün muhtemelen "kadın içtihat tarihinde verilen en önem-

---

[7] Bkz. Genel Sekreter'in Raporu, UN Doc. S/25704, 3 Mayıs 1993, Cate Steains, "Gender Issues," *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, ed. Roy Lee (Kluwer Law International, Lahey, 1999), s. 376'da yer almaktadır.

[8] Dava No. ICTR-96-4-T, Hüküm, ICTR Dava Dairesi, 2 Eylül 1998, www.ictr.org 'dan ulaşılabilir.

li karar" olarak nitelendirilmektedir.[9] *Akayesu* bir soykırım sanığının yargılanıp mahkûm edildiği ilk uluslararası savaş suçu davası olmasının yanı sıra aynı zamanda sanığın ilk defa alenen cinsel saldırı içeren soykırım suçundan yargılandığı, tecavüzün de ilk defa insanlığa karşı suç sayıldığı dava olmasıyla da tanınır. Ancak bu hükmün cinsiyet sorununa böyle bir katkıda bulunabilmesi Güney Afrikalı bir Hindu olan Ruanda Mahkemesi'nin o dönemki tek kadın yargıcı Pillay'in müdahalesiyle sonucu mümkün olabilmiştir.

Tarihler Şubat 1997'yi gösteriyordu ve yargılama daha yeni başlamıştı. Jean-Paul Akayesu hâkim önüne çıkarılmıştı. Taba Komünü'nde işlenen insanlığa karşı suçları azmettirmek ve bu suçlara iştirak etmekten yargılanıyordu. Bugün Ruanda'da olup bitenler hakkında sahip olduğumuz bilgi düzeyi göz önünde bulundurulduğunda şaşırtıcı sayılacak şekilde davada hiçbir tecavüz suçlaması veya kanıtı ortaya atılmamış, buna karşılık savcı da tecavüzün kadınların bu konuda konuşmayı reddetmesinden ötürü hiçbir zaman belgelenemediğini belirtmiştir.[10] Ancak Yargıç Pillay –Savcı tarafından diğer suçlara istinaden tanıklık yapmaya ça-

---

[9] Bkz. Kelly Askin, "Women's Issues in International Criminal Law: Recent Developments and the Potential Contribution of the ICC," *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, ed. Dinah Shelton (Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2000), s. 52.

[10] Bkz. Rhonda Copelon, "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes Against Women into International Criminal Law" (2000) 46 *McGill Law Journal* 217-224-5. Copelon her ne kadar ICTR Statüsü'nde insanlığa karşı suç ve küçük düşürücü ve aşağılayıcı muameleye dayalı savaş suçu olarak yer bulmuşsa da ICTR'nin ilk verdiği hükümler arasında yer almamıştır. Human Rights Watch/ Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme'un Jean Paul Akayesu'nun kontrolünde olan Taba Komünü'nde gerçekleştirilen tecavüz ve cinsel saldırılar üzerinde odaklanan raporuna rağmen sonuç bu olmuştur. Aynı rapor savcılık ekibinin tecavüz konusunu ciddiye almadığını, ekibin tecavüz vakalarını araştıracak yetkinlik ve deneyime sahip olmadığının da altını çizer.

ğırılmış– iki kadın üzerinden Komün'de tecavüz vakalarına rastlanıp rastlanmadığına dair hassas bir soruşturma yürütmüştür. İlk tanık katliam başlamadan önce köyünden kaçtığını, bir ağaca tırmanıp günlerce orada kaldığını anlatmıştı. Artık güvende olduğuna kanaat getirdiğinde aşağı inmiş ve altı yaşındaki kızının ailesinin geri kalanıyla birlikte katledildiğini öğrenmişti. Aile hep birlikte bölgeyi terk etmek istemiş, ancak Hutular tarafından yakalanmış ve kızı toplu tecavüze uğramıştı. Tanığın mahkeme önündeki yeminli beyanı ölümlere ışık tutmuş ancak sorguçlar tarafından kendisine bu hususta herhangi bir soru sorulmadığı için tecavüz vakasının ayrıntıları karanlıkta kalmıştı. Yargıç Pillay'ın ayrıntılı incelemesi neticesinde tanık, Akayesu'nun sorumluluğundaki Taba Komünü'nde başka genç kızlara da tecavüz edildiğini duyduğu yönünde tanıklık etmişti. İkinci tanık da bunu doğrulamıştı, ayrıca Akayesu'nun silahlı milisler tarafından arka arkaya tecavüze uğrayan kızları izlediği ofisinde alıkoyulduğunu anlatmıştı. Yargıç Pillay bu durumu şöyle yorumlamıştı:

> Akayesu'nun tecavüzden özellikle sorumlu olmadığı bu dava hakkında bir hüküm vermemiz gerekmektedir. Birtakım kanıtlardan haberdar oluyoruz, ancak savunma makamı cinsel saldırı tanıklığı yapan tanıkları bu suç iddianamede yer almadığı için çapraz sorguya çekmiyor. Kadın ve çocukların tecavüze ve cinsel şiddete maruz kaldıklarına dair kanıtlar buluyoruz ancak tanıklara bu konuda hiçbir soru sorulmadığı için bu suçlar iddianamede yer almıyor bile. Bu durum beni büyük bir hayal kırıklığına uğratıyor.[11]

Neticede 1997 Haziranında iddianame Savcılık tarafından tadil edilmiş, cinsel saldırı suçları da içerikte yerini al-

[11] Jan Goodwin, "Rwanda: Justice Denied," (1997) 6 *On the Issues* No. 4 ve 2, http://www.echonyc.com/~onissues/f97rwanda.html üzerinden ulaşılabilir.

mıştı. Ancak iğrenç cinsel saldırı ayrıntıları Yargıç Pillay'ın tanıkları sorgulamasıyla ortaya çıkmasaydı bu ek suçlamalar hiç ortaya çıkmamış olacaktı.[12] Dava ilerledikçe tecavüz ve diğer cinsel saldırılara ilişkin kapsamlı ifadeler –cinsel saldırının Ruanda soykırımının bir parçası olduğunu tesis edecek şekilde– delil olarak mahkemeye sunulmuştur.[13] *Akayesu* davası uluslararası ceza mahkemelerinin oluşumunda "kadın yargıçların adil şekilde temsil edilmesinden" esas faydalananların cinsel saldırı mağdurları olduğunu göstermiştir. Roma Statüsü'nde tanımlanan cinsiyet temelli ve cinsel saldırıların özel durumu dolayısıyla kadın yargıçların "adil şekilde temsil edilmesi" cinsiyet eşitliği kavramının ötesine geçmektedir. Ruanda ve Yugoslavya mahkemeleri kadın yargıçların varlığının ve Savcılık makamında kadınların üst düzey mevkilerde bulunmasının kadınlara karşı işlenen cinsel saldırı suçlarının etkin bir şekilde kovuşturulmasında ne kadar önemli olduğunu göstermiştir. Bugün Ruanda Mahkemesi Başkanı olarak görev yapan Yargıç Pillay'ın geçtiğimiz günlerde belirttiği gibi, uluslararası ceza adaletinin bu yeni

---

[12] Bkz. Cate Steains, "Gender Issues," *The International Criminal Court: The Making of Rome Statute: Issues, Negotiations, Results,* ed. Roy Lee (Kluwer Law International, Lahey, 1999), s. 378 ve bkz. Rhonda Copelon, "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes Against Women into International Criminal Law" (2000) 46 *McGill Law Journal* 217-224-6. Ayrıca bkz. Kelly Askin, "Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status" (1999) 93 *American Journal of International Law* 97 ve 98, n. 8. Kelly Askin: "Kadınlara karşı işlenen suçlar için farkındalık yaratan *Akayesu* kararının Güney Afrikalı Yargıç Navanethem Pillay'ın davaya ve hükme iştiraki olmasaydı cinsiyet hususunda böyle bir hassasiyet geliştirmeyecekti." Ayrıca bkz. Barbara Bedont ve Katherine Martines, "Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court" (1999) 6 *Brown Journal of World Affairs* 65-85, www.crlp.org/pub_art_icc.html adresinden ulaşılabilir.

[13] Bkz. Kelly Askin, "Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status" (1999) 93 *American Journal of International Law* 97 ve 105-6.

keşfedilen bölgesinde "[y]asaları yorumlayanın neredeyse yasayı yapan kadar önem taşıdığı" anlaşılmıştır.[14]

Roma Statüsü'nün kadınları özellikle ilgilendiren tek hükmü sadece "adil şekilde temsil edilmek" değildir. Statü, kadın yargıçların "adil şekilde temsil edilmelerinin" yanı sıra "kadın ve çocuklara karşı şiddet" gibi bazı belirli alanlarda uzmanlaşmış yargıçların görevlendirilmelerini de öngörmektedir.[15] Yargıçların yeterince tarafsız olmadığı suçlamalarına karşı uzmanlaşmayı temel alan bu hükmün getirilmesi takdire şayandır. Bu tartışmanın somutlaştığı yerlerden biri de ICTY'nin *Prosecutor v. Furundzija* kararıdır.[16]

ICTY'nin kuruluşundan önce oldukça yaygın olan cinsel saldırıların cezasız kalması kültürü, tecavüz ve diğer cinsel saldırı suçlarının tek bir mağdura karşı işlenmiş olmaları halinde bile ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri teşkil ettiklerinin özellikle ilan edilmesini gerektirmiştir.[17]

Furundzija davası, Yugoslavya'daki çatışmalar sırasında tek bir kadının tek bir saldırgan tarafından defalarca tecavüz edilmesini konu edinmiştir. Savcılar bu davayı Mahkeme'nin kısıtlı kaynaklarına ve kovuşturmanın Yugoslavya'da (birden çok mağdura karşı) işlenen diğer ağır suçlarla birlikte yürütülmesinin zorluklarına rağmen sanıkların tek bir mağdura

---

[14] BM, Division fort he Advancement of Women ve Kanada, York Üniversitesi, Centre for Refugee Studies, "Gender Based Prosecution: Report of the Expert Group Meeting," Barbara Bedont ve Katherine Martines, "Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court" (1999) 6, *Brown Journal of World Affairs* 65-85,' www.crlp.org/pub_art_icc.html adresinde yer almıştır.

[15] ICC Statüsü, Madde 38(8)(b).

[16] Bkz. *Prosecutor v. Furundzija*, Dava No. IT-95-17/1-T, Hüküm, ICTY Dava Dairesi II, 10 Aralık 1998, http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm adresinden ulaşılabilir.

[17] Bkz. Kelly Askin, "Women's Issues in International Criminal Law: Recent Developments and the Potential Contribution of the ICC," *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, ed. Dinah Shelton (Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2000), s. 55.

karşı işlenen cinsel saldırı suçundan ayrıca yargılanabilmesi için bir fırsat olarak görmekteydi. ICTY'nin en kısa süren duruşması olan on birinci duruşması, silahlı saldırı kapsamında işlenen tek bir cinsel saldırı suçunun da bir savaş suçu olarak kovuşturulabileceğini göstermiştir. "Savaşın sisli havasında" işlenen rastgele tecavüz suçunu lanetleyen normatif yapısının yanı sıra dava aynı zamanda savaş mahkemeleri ve diğer yerel mahkemelerin de bu tarz eylemleri savaş suçu olarak cezalandırabilmesine emsal teşkil etmiştir.[18]

Ancak Furundzija'nın sonuçtan hiç memnun olmayan avukatları, mahkeme başkanı Florence Mumba'nın daha önce BM Kadının Statüsü Komisyonu [UN Commission on the Status of Women] üyesi olarak görev yaptığını açıklamadığı gerekçesiyle kararı temyiz etmek istemişlerdir. Savunmaya göre, "kadınların mağdur olduğu insan hakları ihlallerini gidermek için çalışan kadın yargıçların arka planda feminist bir ajandaları vardır ve dolayısıyla kadınlara karşı işlenen suçların konu edildiği herhangi bir davada tarafsız kalamayacakları için davadan el çektirilmeleri gerekmektedir."[19] Florence Mumba'nın 1992-1995 yılları arasında Kadının Statüsü Komisyonu'nda görev yaptığı (ICTY Kamuyu Bilgilendirme Servisi ve Almanak bu kadarını doğrulayabilmiştir!) ve Komisyon'un da o süreçte Yugoslavya'da işlenen cinsel saldırı suçlarını kınayan, mağdurlar için bir an önce kovuşturulması gerektiğini belirten ve savaş tecavüzünün geniş bir şekilde tanımlanmasını talep eden bir karar yayımladığı da doğrudur. Ancak bu durum savunma tarafından Komisyon üyeliği yapan Yargıç Mumba'nın "hukuki ve siyasi bir ajandası" olduğu gerekçesiyle davadan el çektirilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmıştır.[20]

---

[18] *A.g.e.*, s. 56.

[19] *A.g.e.*

[20] Bkz. *Proseuctor v. Furundzija*, Dava No. IT-95-17/1-A, 21 Temmuz 2000, paragraf 25-169-70, http://www.un.org/icty/furundzija/appeal/judgement/index.htm adresinden ulaşılabilir.

Temyiz Dairesi savunmanın bu başvurusunu reddetmiştir. Daire'ye göre davanın şartları göz önünde bulundurulduğunda "halktan tarafsız ve konu hakkında bilgilendirilmiş birinin" Yargıç Mumba'ya karşı ön yargıyla yaklaşması mantık dışıdır.[21] Karar kanımca şöyle devam etmiştir: –hukukçular dahil olmak üzere– herkesin bir geçmişi, uzmanlık alanı, bir felsefesi vardır; ancak yargıç olarak atanan kişi aynı zamanda ahlaki ve entelektüel bütünlüğünü de mahkemeye taşır, geri plandaki unsurları bir kenara bırakır ve vaka ve yasayı bağımsız bir şekilde değerlendirmeye çalışır. Bu yargısal makamın altının, yargıçların hukukun belirli bir konusunda uzmanlaştığı veya belirli hukuki veya felsefi görüşleri savundukları gerekçesiyle oyulması doğru değildir. Roma Statüsü'ndeki cinsiyet ve cinsellik temelli suçların çokluğu nedeniyle kadına karşı şiddet konusunda uzmanlaşmış kadın (ve erkek) yargıçların Divan'da görevlendirilmesi çok önemlidir. Roma Statüsü kadına karşı şiddet gibi hukuki konularda deneyimi olan yargıçların atanması gerektiğini açıkça ifade ederken bazı alanlarda uzmanlaşmanın faydasının da altını çizmektedir. Ayrıca kadın veya erkek olsunlar yargıçların ön yargılı oldukları veya belirli bir şekilde hareket edeceklerine ilişkin bir ön kabul de yoktur.[22]

Dolayısıyla ben şahsen iki cinsin de ICC nezdinde eşit şekilde temsil edilmesini açıkça öngören Roma Statüsü'nün bu hükmünü kucaklıyor ve tüm taraf devletlerin aday gösterme ve seçim aşamasında bu hükmü ciddiye almalarını diliyorum.

---

[21] Bkz. ICTY Temyiz Dairesi, *Proseuctor v. Furundzija*, Yargıç Shahabuddeen'in ek hükmü, http://www.un.org/icty/furundzija/appeal/judgement/index.htm adresinden ulaşılabilir.

[22] Bkz. Kelly Askin, "Women's Issues in International Criminal Law: Recent Developments and the Potential Contribution of the ICC," *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, ed. Dinah Shelton (Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2000), s. 62.

Ceza adaletinden beklenenler: Uluslararası Ceza Divanı'nın rolü nedir?

Doğal olarak uluslararası ceza hukukunda kadınlar için adalet sorusu sadece daha büyük bir sorunun görünen küçük kısmıdır. Bu soru şöyle dile getirilebilir: "Uluslararası ceza adaleti" lafzından ne anlamaktayız? Sorunun ICC'yi ilgilendiren kısmı için Divan'ın yerine getirmesi beklenen bazı işlevlerini ve bu işlevlere ilişkin beklentilerimizi şöyle bir gözden geçirelim. Lahey, Aruşa ve Nürnberg mahkemeleri deneyimleri ICC'nin davaların ötesinde bir etkisi ve geleneksel adalet kavramının ötesinde bir önemi olacağını göstermiştir. Bazı yazarlar haklı olarak "savaş suçu davaları ve uluslararası ceza hukukunun potansiyeli konusunda alçakgönüllü olmak önemlidir"[23] diye hatırlatır; konu Uluslararası Ceza Divanı ise alçakgönüllülük ve gerçekçilikte kinizme yer yoktur.

Adaletin tecelli ettiğinin halka gösterileceği bir yer olarak Uluslararası Ceza Divanı

Uluslararası Ceza Divanı "uluslararası toplumu bir bütün olarak rahatsız eden en ağır suçlardan" sorumlu kişilerin yargılanabilmesi için sorumluluğa bir nevi davettir.[24] Bu noktada Nürnberg Başsavcısı Robert Jackson'ın dediği gibi azılı savaş suçlularını "hatıralarını" yazmak üzere rahat bırakmak, ölülerle dalga geçilmesi, canlı hayatın da ciddiye alınmaması anlamına gelmektedir.[25] Belki de Uluslararası Ceza Divanı'nda görülen bir davanın her şeyden önce ilk işlevi, bazı davranış biçimlerinin dünya toplumu tarafından kabul görmeyeceğinin bildirilmesidir. Bu çok bariz bir

---

[23] Bkz. Gerry Simpson, "War Crimes: A Critical ıntroduction," *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, ed. Timothy Gormack ve Gerry Simpson (Kluwer Law International, Londra ve Lahey, 1997), s. 1 ve s. 29.

[24] Bkz. Uluslararası Ceza Divanı Statüsü Giriş Kısmı.

[25] Robert H. Jackson, *The Nurnberg Case, as Presented by Robert H. Jackson* (1947), s. 8.

duyuru gibi gözükse de uluslararası hukukun her zaman sahip çıktığı bir durumu da yansıtmaz. Savaş suçları her gün işlenmeye devam ettikçe, insan ırkları uğradıkları soykırım veya insanlığa karşı suçlarla şekillenedursun, tüm bu eylemleri cezalandırmak için tasarlanmış uluslararası hukuk "uygun politik unsurları bir araya getiren alışılmadık derecede hayırlı bir durum" vuku bulmadıkça harekete geçmemektedir.[26] Yirminci yüzyılda bu unsurların bir araya gelişi II. Dünya Savaşı'nı müteakip Nürnberg ve Tokyo davalarını ortaya çıkarmış; 1990'lı yıllarda Lahey ve Aruşa mahkemelerinin kuruluşuyla ise öfke seçici bir biçimde bir nebze akıtılmış, dünyaya uluslararası düzeyde savaş suçları ve insanlığa karşı suçların büyük ölçüde cezasız kaldığı mesajı verilmiştir.

Uluslararası Ceza Divanı bu uluslararası hukuk sisteminin hatalarını telafi etme ve kamuya adaletin tecelli ettiğini gösterme mekanizmasına sahiptir. Kitlesel insan hakları ihlallerinde bireysel hesap verilebilirlik –lider, gözde bir komutan veya alelade bir asker olsun– bireylerin cezalandırılabilmesi yoluyla uluslararası toplumun kaçınılmaz bir parçası haline gelmektedir. Bu aynı zamanda uluslararası düzeyde kök salmış cezasızlık kültürüne bir son vermemiz anlamına da gelir. Eski Dışişleri Bakanı Warren Christopher, Balkan krizine istinaden şöyle söyler: "[c]esur diktatörler ve korku içindeki halklar etnik temizliğin dünyanın göz yumacağı bir politika olup olmadığını merakla beklemektedir." Christopher'a göre, "[ö]zgürlüğün yaygınlaşmasını veya barış dolu, çok uluslu demokrasilerin yeşermesini umuyorsak yeri göğü çınlatarak 'hayır' demeliyiz."[27] Lahey

---

[26] Bkz. Gerry Simpson, "War Crimes: A Critical Introduction," *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, ed. Timothy Gormack ve Gerry Simpson (Kluwer Law International, Londra ve Lahey, 1997), s. 1 ve s. 28.

[27] Provisional Verbatim Record of the Three Thousand One Hundred and Seventy-Fifth Meeting, UN SCOR, 3175th mtg, s. 12-13, UN

ve Aruşa mahkemelerinin çalışmaları üzerine kurulan ICC artık Roma Statüsü'nde yer bulan tüm suçlara karşı bu yeri göğü inleten "hayır"ın ağızlardan çıkacağı yerdir. Bu noktada –görevdeki devlet başkanları dahil– kimsenin Divan'dan bağışıklık talep edemeyecek olması büyük önem taşımaktadır.

Hukukun üstünlüğünün sağlanması: hukuk düzeninin kurulması

Söz konusu suçları uluslararası düzeyde ahlaken kınamanın yanı sıra ICC'nin hayati önem taşıyan ikinci bir amacı daha vardır ki bu hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Kitlesel katliamların kovuşturulması bir karşılığın dayatılması yoluyla hukuk düzenini tesis edecektir. Karşılıkla cevap verme anlayışının en açık görüldüğü nokta, daha savaş esnasında birbirlerine verdikleri "savaş suçlularını yarattıkları vahşetten dolayı yargılama" sözünü tutan Müttefikler tarafından Nazilerin Nürnberg'de yargılanmasıydı.[28] II. Dünya Savaşı'nın son günlerinde artık Müttefiklerin altına girdikleri bu yasal yükümlülüğü yerine getirecekleri barizdi; örneğin İngiliz Başbakanı, Nazi hiyerarşisinin üst sıralarındaki onlarca kişinin yargısız infaza tabi tutulacağını açıkça ifade etmişti. Ancak yine de günün sonunda Nürnberg'in mirası hukuken karşılık verme –ve intikamla el ele verme ve gücü akla tercih etme– olmuştur.[29] Uluslararası Ceza Divanı'nın elde etmeye çalıştığı klasik anlayış karşılık mıdır? Cevap Roma Statüsü'nün Giriş kısmında yer bu-

---

Doc. S/PV.3175, 22 Şubat 1992, alıntılayan Payam Akhavan, "Justice in the Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal" (1998) 20 *Human Rights Quarterly* 737 ve 750.

[28] Bkz. Simon Chesterman, "Never Again ... and Again: Law, Order and the Gender of War Crimes in Bosnia and Beyond" (1997) 22 *Yale Journal of International Law* 299 ve 312.

[29] Bkz. Robert H. Jackson, *The Nurnberg Case, as Presented by Robert H. Jackson* (1947), s. 94.

lan "uluslararası toplumun tamamında endişe yaratan en ağır suçların cezasız kalmaması ve etkin şekilde kovuşturulması temin edilmelidir" lafzından da anlaşıldığı şekliyle kısmen "evet"tir. Elbette ki bu çok motive edici karşılık isteği kendi sorunlarını da beraberinde getirir. Bunlardan biri savaş suçlarının yargılandığı davaların adaletin sadece bir kısmın oluşturduğu, savaş suçlarının çoğunluğunun cezasız kalacağıdır.[30] Bu birçoğunuzun hatırlayacağı gibi Yugoslavya Mahkemesi'nin Balkan krizi esnasında sıradan bir er olarak görev yapan ve sadece daha yüksek bir rütbeye veya öneme sahip olmadığı için mahkeme önüne çıkarılabilen Balkan Dusko Tadic'i yargılama kararına yönelik eleştirilerin de temelini oluşturuyordu. Tadic gibi yüzlercesi varken aralarından sadece bir tanesini yargılamak piyango çekmek gibiydi. Uluslararası Ceza Divanı'nın da kitlesel katliamların kovuşturulması halinde benzer sıkıntılarla karşılaşacağını bekleyebiliriz. Ancak Yugoslavya ve Ruanda'da yapılan kitlesel katliamların doğası göz önünde bulundurulduğunda Savcı'nın hakkında suç duyurusunda bulunacağı şahısları seçerken daha kapsamlı stratejik seçimler yapmaktan kaçınması neredeyse imkânsız olacaktır. Birçok insanın savaş suçlarına maruz kaldığı bir dünyada her bir saldırganın tek tek cezalandırılması hukukun üstünlüğüne saygı duyulmasını sağlamak veya gerçekleştirilen fiillerden iğrendiğimizi göstermek için gerekli değildir. Bu şekilde teselli bulabiliriz. Ayrıca Andrew Clapham ve Philippe Sands'in de kendi bölümlerinde ifade ettikleri gibi, Uluslararası Ceza Divanı'nın ulusal mahkemelere nazaran tamamlayıcı bir rol üstleneceğini, dolayısıyla da ulusal mahkemelerin de en az ICC kadar önemli bir role sahip olacaklarını bekleyebiliriz. Nürnberg deneyimine

[30] Gerry Simpson, "War Crimes: A Critical Introduction," *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, ed. Timothy Gormack ve Gerry Simpson (Kluwer Law International, Londra ve Lahey, 1997), s. 1 ve s. 8.

istinaden söylendiği gibi, "[a]maç cezai suçluluk bulunduran tüm vakaların cezalandırılması değildi. (...) örnek cezalar bütün bir toplumu yıllarca şahit olduğu suçlar için teskin etmek ve hukuk düzenini tesis etmek amacını taşıyordu."[31]

Unutmaya karşı hafıza:[32] *Doğrucu Davut ICC*

Bir ICC davasının üçüncü –ve hukukun üstünlüğünü sağlamayla çok yakından ilişkili– işlevi de doğruların söylenmesine imkân sağlamasıdır. Gerçek hukukun üstünlüğünün mihenk taşıdır. Kanımca iki önemli noktayı aklımızda tutmanın faydası vardır. İlki uluslararası ceza davalarının bir anma törenine dönüşme potansiyelidir; davalar olayların objektif ve tarafsız kaydını tutabilir.[33] Bu Nürnberg için olduğu kadar Lahey için de geçerlidir. Doğal olarak tarih yazıcılığı ve ceza davası yürütme arasındaki gerilimin de farkına varıyor olmamız gerekir. Ceza davasının kanıtların uygunluğu ve kabul edilebilirliğine dair gelişmiş kuralları ve sanığa odaklanan yapısı tarihin kesin ve kapsamlı bir kaydını tutmasına engel olur. ICC ise trajik olayların "yargısal gerçek" olarak nitelendirilebilecek şekilde tutarlı ve hukuken kullanışlı kayıtlarını tutar. Ancak tarihteki büyük resmi halkın katılımıyla oluşturulan hakikat komisyonları gibi yerel inisiyatifler vasıtasıyla yakalama işi söz konusu suçlardan bizzat etkilenenlere bırakılmalıdır.[34] Bu noktanın da altını çizdiğimize göre ICC'nin

---

[31] Bert Röling, "Aspects of Criminal Responsability for Violations of Laws of War" *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, ed. Antonio Cassese (Editoriale Scientifica, Napoli, 1979), s. 206.

[32] Ünlü Çek Yazar Milan Kundera "insanın iktidar savaşının hafızanın unutmaya karşı verdiği savaş" olduğunu söyler.

[33] Antonio Cassese, "On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law" (1998) 9 *European Journal of International Law* 2 ve 14, http://www.ejil.org/journal/Vol9/No1/art1.html adresinden ulaşılabilir.

[34] Bkz. Payam Akhavan, "Justice in the Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal" (1998) 20 *Human Rights Quarterly* 737 ve 784.

kanıtların kabul edilebilirliğine dair katı kriterlerini tatmin ederek topladığı materyallerin unutmaya karşı savaşta çok önemli bir rol oynayacak objektif kayıtlar oluşturacağından emin olabiliriz.

İkinci önemli nokta şudur: ICC önünde görülen davalarda bireyler tarafından gerçekleştirilen eylemlerde toplu sorumluluk öne sürülebilecektir. Richard Goldstone, Nürnberg sanıklarının idam tahtasında çekilmiş hisli resimlerini yorumlarken bu durumu açıkça ortaya koyar. Goldstone, insanın resimlere bakarken "bir grup suçlu" gördüğünü söyler. Ona göre bu resimlerdeki insanlar Goethe, Heine veya Beethoven'i yaratmış Alman milletinin temsilcileri değildirler. Goldstone sözlerini şöyle sürdürür: "Nürnberg davaları Nazilerin tüm Alman milletine mal edilmesinin önünü alan çok önemli birer vasıtaydı."[35] Bu aynı zamanda Ruanda ve Yugoslavya'da yaşanan etnik şiddet deneyiminden de görüleceği üzere ICC'nin üstleneceği önemli bir roldür. Lahey Mahkemelerinin doğruculuğu, nefret dolu liderlerin suçluluğunu bireyselleştirip insanları karşıt etnik grupların işlenen suçlardan eşit derecede sorumlu olduğu efsanesinden kurtararak uzlaşmayı sağlamıştır.

Uluslararası Uluslararası Ceza Divanı

Buraya kadar ICC'nin "uluslararası ceza adaleti" arayışındaki bazı işlevlerinden bahsettik. Konuşmamı ICC'nin ceza adaleti noktasındaki *uluslararası* arzularından bahsederek sonlandırmak istiyorum. Uluslararası hukukla ilgilenenler uluslararası suçluluğun algılanışıyla ilgili kavramsal sorunların bizzat uluslararası hukuk sisteminin kendisinden kay-

---

[35] Richard Goldstone, "Fifty Years After Nurember: A New International Criminal Tribunal for Human Rights Criminals," *Contemporary Genocides: Causes, Cases, Consequences*, ed. Albert Jongman (Leiden, 1996), s. 215, alıntılayan Payam Akhavan, "Justice in the Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal" (1998) 20 *Human Rights Quarterly* 737 ve 766.

naklandığını söyler.[36] Ortak sosyal değerlerle temellenen bir kamu hukuku boyutu da taşıyan uluslararası ceza hukuku fikri, uluslararası rejimin merkezi bir egemeni olmaması ve ahlaken çoğulcu yapısı nedeniyle oldukça uygunsuz görülmektedir.

Uluslararası suçlulukla ilişkilendirilen bu kavramsal sorun aşılmışsa da bu ancak uluslararası sosyal sistemin aralarında Uluslararası Ceza Divanı'nı da içeren çeşitli kavramlar vasıtasıyla gerçekleşmesiyle mümkün olmuştur. Yirminci yüzyılın ikinci yarısında insan haklarının ve insancıl savaş hukukunun gelişmesine tanık olunmuş, bireylerin uluslararası bir hukuk sistemi çatısı altında hayatlarını sürdürdükleri, bu nedenle de bu sistemin bizzat kendisinden doğan hak ve yükümlülüklere sahip oldukları fikri gelişerek büyümüştür. Roma'daki temsilcilerin bir araya gelerek ICC Statüsü'nü nihai haline getirebilmiş olmaları da insan haklarına evrensel saygı fikrini temeline oturtmuş –tolere edilmesinin tüm insanlığı tehdit ettiği en ağır savaş suçları ve insanlığa karşı suçların ilan edildiği– bir sosyal sistemin inşa edildiğine delalettir.

Bütün bir uluslararası toplumun ideallerinin koruyucusu konumundaki ICC'den neler beklendiğini hayal etmek oldukça zorlaşmış, bazı devletler kendilerini bu hayallerden soyutlamıştır. Bu özellikle aşırı derecede güçlü Amerika Birleşik Devletleri gibi ICC'nin desteklediği değerlerle geleneksel olarak bizzat bağlı olan devletler için kısmen doğrudur.

Amerika'nın kendi ulusal çıkarlarını algılama şekli uluslararası hukukun üstünlüğünün geliştirilmesi ve tesis edilmesi için en başından beri önem teşkil etmiştir. Framers'ın uluslararası hukuka hediyesi Kongre'ye "açık

---

[36] Bkz. Gerry Simpson, "War Crimes: A Critical Introduction," *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, ed. Timothy Gormack ve Gerry Simpson (Kluwer Law International, Londra ve Lahey, 1997), s. 1 ve s. 16-17.

denizlerde yağmacılık ve korsanlık yapanları ve Milletler Hukukunu[37] [Law of Nations] ihlal edenleri tespit edip cezalandırma" yetkisi veren Anayasa'nın bizzat kendisinde yerini bulmuştur. Geçtiğimiz yüzyılda Amerika Daimi Hakem Mahkemesi, IMF ve Ruanda ve eski Yugoslavya'daki mahkemelerin *ad hoc* sponsoru Dünya Bankası'nın baş mimarı olmuş; uluslararası bir ceza mahkemesi fikrini de sesli olarak desteklemiştir. Hatta Başkan Clinton, Roma Konferansı'ndan hemen önce Ruanda'daki soykırımdan sağ çıkanların önünde yaptığı bir konuşmada savaş suçlarının yargılanacağı kalıcı bir mahkeme kurulması çağrısında bulunmuştur.[38] Amerika'nın ICC'yi desteklemekten çekinmesinin –uluslararası ilişkilerde hukukun üstünlüğünü tesis edecek çok önemli bir girişimin reddedilmesi– sembolik bir önemi olabilir. Ancak insan hakları davasına uzun zaman önce kendini adamış bir devletin dünyanın ilk uluslararası ceza mahkemesinin işleyişini şekillendirmekten kaçınması kendisi için de bir fırsat kaybı olacaktır. Keza ICC esasen Amerikan adalet anlayışına temel kanuni yargı süreci, komutanın sorumluluğu ve amir emirler gibi ilkeleri bünyesinde barındırmaktadır.[39] ICC'ye katılmak Amerika için uluslararası hukuk sisteminin geleceğini şekillendirmede büyük bir role sahip olmak anlamına gelecektir.

1998 Roma Konferansı'nda Amerika, vatandaşlarımızın siyasi saikli kovuşturmalara tabi tutulmasını önleyecek

---

[37] Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, Madde I, Bölüm 8.

[38] Mart 1998, Kigali. Bkz. Lawrence Weschler, "Exceptional Cases in Rome: The United States and the Struggle for an ICC," *The United States and the International Criminal Court* ed. Sarah Sewall ve Carl Kaysen, (Rowman & Littlefield, Lanham, MD, ve Oxford, 2000), s. 91.

[39] Bkz. Theodore Meron'un notları "Exceptional Cases in Rome: The United States and the Struggle for an ICC" ed. Lawrence Weschler, *The United States and the International Criminal Court* ed. Sarah Sewall ve Carl Kaysen, (Rowman & Littlefield, Lanham, MD, ve Oxford, 2000), s. 109.

uygun emniyet tedbirlerinin ICC Statüsü'ne işlenmesi için uzun ve çetin müzakereler esnasında İngiltere'yle birlikte çalışmıştır. İngiltere'nin elde edilenden tatminkâr olduğu ve sonrasında da öyle kaldığı açıktır.

İngiltere o günlerde de, bugün de Amerika ve İngiltere'nin ulusal çıkarlarının Divan'ı bir adım öteye götürmekle örtüştüğü kanısında olup uluslararası toplumun savaş suçları ve insanlığa karşı suçların cezasız kalmasına son verme noktasındaki bitmek tükenmeyen endişesinin ICC'nin sahneye çıkması ve Amerika'nın da katılımıyla büyük ölçüde giderileceği kanısındadır. Ancak her durumda değil. Amerika, Roma Statüsü'nün kusurlarından dem vurmaktadır. Statü muhakkak ki mükemmel değildir. Geniş bir mutabakatı yansıtan Statü'nün bazı tavizler içerdiği aşikârdır. Ancak bu tavizlerin hiçbiri Divan'ın sadece ulusal mahkemeler harekete geçmediği veya geçemediği zaman yargı yetkisine sahip olacağı ilkesini değiştirecek nitelikte değildir.

Statü'deki en temel emniyet tedbiri taraf devletlerin yargı yetkilerinin kendi vatandaşlarını veya kendi topraklarını ilgilendiren bir suç karşısında yemeğin tadına ilk bakan olacaklarını öngören "tamamlayıcılık ilkesi"dir. İngiliz mahkemeleri Büyük Britanya'da işlenen veya İngiliz vatandaşlarının dünyanın herhangi bir yerinde işlediği ICC suçları üzerinde soruşturma yapma hakkı ve sorumluluğu bâkidir. Aynı durum taraf devletlerin ulusal mahkemeleri ve katılmaya karar verirse Amerikan yargısı için de geçerlidir. Dolayısıyla ICC yalnızca ulusal yargı sistemlerinin soruşturma yapmak istememesi veya yapacak durumda olmaması halinde devreye girecektir. İngiltere'ye ilişkin olarak İngiliz yargı sistemini etkileyen herhangi özel bir durum öngörülmemiştir. Her halükârda ICC Savcısı soruşturmaya başlamadan önce taraf devletleri durumdan haberdar edecek, üç yargıçtan oluşan dairenin onayını almadan da kendi inisiyatifiyle sorgulamaya başlayamayacaktır. Devletler bu noktada devreye girip kendi vatandaşlarını kendileri yargılayacağını söyleyebilir.

Bu durumda ICC soruşturmasını askıya alır. Divan sadece ulusal yargı sisteminin, örneğin adalet sistemindeki bir arızadan dolayı soruşturma yapamayacak durumda olması veya makul bir gerekçe sunmaksızın soruşturma yapmaktan kaçınması halinde devreye girecektir. Eğer devlet soruşturmayı yapar ancak kovuşturmaya yer olmadığına karar verirse, ICC ancak ve ancak söz konusu kararın şüpheliyi korumak için alındığı yargısına varırsa müdahil olabilecektir. Bu durum suçlamanın herhangi bir temele dayanması halinde İngiliz yargısı açısından pek ihtimal dahilinde olmayacaktır. Aynı şey kendi vatandaşlarına karşı yapılan suçlamaların gayet güzel temellendirilmesi halinde Amerika için de geçerli olacaktır.

İngiltere Statü'ye yerleştirilmiş emniyet tedbirlerinin kendi vatandaşlarını korumak için yeterli olacağı ve yurtdışında faaliyet gösteren İngilizlerin de art niyetli ve politik kovuşturmalara tabi tutulmayacağından emindir. İngiltere, Amerika'nın ortak değerlerimizi koruma, barış ve güvenliği sağlama, tüm dünyada demokrasi ve insan haklarını savunma hususunda lider konumda olduğunun farkındadır. İngiltere'nin kendisi de bu rolü benimsemiş, söz konusu değerlerin peşinden dünyanın dört bir yanına askeri birlikler göndermiştir. İngiltere 1998 yılında yaptığı dikkatli bir incelemeden sonra servis personeli, memur, politikacı veya sivil olsun hiçbir vatandaşının özgürlük ve refahının sırf Divan'a bağlılığı nedeniyle yabancı bir ülkede yapılacak art niyetli ve politik altyapılı tutuklama veya suçlamalarla tehdit edilemeyeceği kanısına varmıştır. Umarım Amerika da zamanla aynı şeyi kendi vatandaşları için söyler ve ortaya koyduğu çekincelerinin her ne kadar meşru gözükseler de aslında temelsiz olduğunun farkına varır.

Sonuç

Konuşmamı konferansın temel fikrine dönerek sonlandırmam uygun olacaktır. "Uluslararası ceza adaleti" başlığı altında ICC'nin kadınlar için adalet fikri için getirdiklerinden ve bunun ceza adaletine bulunacağı katkılardan bahsetme şansım oldu. ICC, Nürnberg'le açığa çıkan, o zamandan beri süreklilik arz eden bir sürecin parçasıdır. Uluslararası Ceza Divanı'nın önümüzdeki yıllarda uluslararası arenada daha geniş ve evrensel bir kabulle karşılaşacağını umut ediyorum. Güzel bir başlangıç oldu; umalım ki Divan zaman içinde adına yaraşır ve desteğimize layık şekilde hareket etsin.

Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği

Nürnberg'ten Lahey'e

Ed. PHILIPPE SANDS

Alanında uzman kişiler tarafından yazılan bu metinler, kökleri II. Dünya Savaşı sonrasına, Nürnberg'e uzanan, uluslararası düzeyde yargı yetkisine sahip ceza mahkemelerinin çoğalarak artmasıyla geçirdiği evrimi inceliyor. Uluslararası Ceza Divanı'nın kurumsal ve tarihi kökenleri, kurucu statüsü ve ulusal mahkemelerin rolü bağlamında uluslararası ceza adaletinin geleceği mercek altına alınıyorw. Metinler orijinal ve kışkırtıcı niteliğiyle uluslararası ceza hukuku alanına yeni ve ufuk açıcı bir bakış kazandırmıştır. Zekice kaleme alınmış bu kitap, uluslararası ceza hukukuyla ilgilenen herkesin, konunun uzmanı olsun olmasın herkesin zevkle okuyabileceği bir eserdir.

ALFA
www.alfakitap.com
/alfakitap
/alfakitap
/alfakitap

ISBN 978-605-171-284-0