

**T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET
BAŞKANLARININ YARGI BAĞIŞIKLIĞI VE
CEZAİ SORUMLULUĞU**

Doktora Tezi

Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR

Danışman

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan 2019

TEZ BİLDİRİMİ

“Uluslararası Hukukta Devlet Başkanlarının Yargı Bağışıklığı ve Cezai Sorumluluğu” isimli “**Doktora**” tezim tarafımda intihal programı ile incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim.

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim.



Nesrin Dabanlıoğlu Alanur

EK 3: TEZ KABUL TUTANAĞI

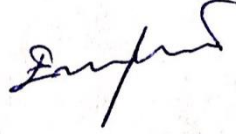
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu çalışma, Kamu Hukuku Anabilim Dalının Kamu Hukuku Bilim Dalında jürimiz tarafından **Doktora** Tezi olarak kabul edilmiştir.

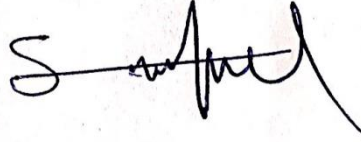
Danışman / Jüri : Prof. Dr. Ayhan DÖNER



Jüri : Prof. Dr. Enver BOZKURT



Jüri : Prof. Dr. Sururi AKTAŞ



Jüri : Dr. Öğr. Üyesi Yasin POYRAZ



Jüri : Dr. Öğr. Üyesi M. Akif ETGÜ



ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET BAŞKANLARININ YARGI BAĞIŞIKLIĞI VE CEZAİ SORUMLULUĞU

Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku
Anabilim Dalı Doktora Tezi, Mart 2019**

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ayhan DÖNER

ÖZET

Bir devletin egemenliğinin temsilcisi ve en üst düzey devlet görevlisi olan devlet başkanlarının uluslararası teamül hukukundan doğan bağışıklıkları mevcuttur. Bunlardan biri olan yargı bağışıklığı bağlamında ise uluslararası teamül hukuku üst düzey devlet görevlilerine kişisel (*ratione personae*) ve fonksiyonel (*ratione materiae*) bağışıklık olmak üzere iki tür bağışıklık tanımaktadır. Ancak, devlet başkanlarının devlet içinde sahip oldukları mevki, onların suç işlemesine engel değildir, aksine devlet başkanları bu makam dolayısıyla sahip olduğu nüfuzu uluslararası hukuka göre suç sayılan fiilleri işlemek için kullanabilir. Devlet başkanlarının uluslararası suçlar bakımından yabancı mahkemeler önünde bağışıklığı ve uluslararası ceza mahkemeleri önünde hesap verebilirliği konusu, son dönemlerde önemli ve araştırılmaya değer bir konu haline gelmiştir. Bu çalışmanın amacı, devlet başkanlarının uluslararası hukuktaki statüsünü ve devlet başkanının bağışıklığı ile devletin bağışıklığı arasındaki ilişkiyi ortaya koyduktan sonra, uluslararası hukuk düzeninin büyük başarılarından biri olarak insan hakları ve insancıl hukuk ile devlet başkanlarına uluslararası hukukça tanınan uluslararası bağışıklıklar arasında nasıl bir denge kurulması gerektiğini incelemektir. Bu amaç doğrultusunda tez çalışmamızda, uluslararası hukuktaki son gelişmeler ışığında bir devlet başkanının uluslararası suç

işlediği iddia edildiği durumlarda devlet başkanı bağışıklığının yabancı ulusal mahkemeler önünde uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulmuştur.

Ayrıca, uluslararası ve uluslararasılaştırılmış (hibrit/karma) mahkemeler önünde bu bağışıklık türlerinin geçersizliğinin hukuki dayanakları ele alınmıştır. Özellikle, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu andlaşması olan Roma Statüsüne taraf olan ve taraf olmayan devletler bakımından devlet başkanı bağışıklığının geçersizliği, devlet başkanlarının bu Mahkeme nezdinde cezai sorumluluğu konusu, BM Güvenlik Konseyi'nin bu konudaki rolü irdelenmiştir. Uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan devlet başkanı bağışıklığı konusunun detaylarının açık bir şekilde bir sözleşme ile düzenlenmemesi nedeniyle, Pinochet, El Beşir, Arrest Warrant davası gibi devlet başkanı bağışıklığı konusunda dönüm noktası sayılan veya bir sembol haline gelen ulusal ve uluslararası davalar üzerinden konu yorumlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmada uluslararası örgüt çalışmalarından, doktriner görüşlerden ve konuya genel olarak yer veren sözleşmelerden yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: devlet başkanı, yargı bağışıklığı, uluslararası hukuk, kişisel (ratione personae) bağışıklık, fonksiyonel (ratione materiae) bağışıklık, uluslararası mahkemeler, uluslararası cezai sorumluluk

IMMUNITY FROM JURISDICTION AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF HEADS OF STATE IN INTERNATIONAL LAW

Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR

**Erzincan Binali Yıldırım University, Institute of Social Sciences, Department of
Public Law**

PhD Thesis, March 2019

Thesis Supervisor: Prof. Dr. Ayhan DÖNER

ABSTRACT

Heads of states, as being highest-level state officials and representatives of the sovereignty of a state, have immunities from international customary law. In the context of immunity from jurisdiction, the customary international law accord two types of immunity to high-level government officials such as personal (*ratione personae*) immunity and functional (*ratione materiae*) immunity. However, the position of the heads of state in the state does not prevent them from committing crime, on the contrary, the heads of state may use their power and authority to commit crimes under international law. In recent times, the issue of immunity of the heads of state before foreign courts in regard to international crimes and their accountability before international criminal courts have become important and worth analysing. The objective of this research is to firstly reveal the status of heads of state in the international law and the relationship between sovereign (state) immunity and head of state immunity, and then to examine how to strike the right balance between the human rights or humanitarian law as one of the great achievements of the current international legal order and immunities granted to the heads of states by international law.

For this purpose, this thesis examines in the light of the recent developments in the international law whether the head of state immunity is applied before foreign domestic courts in cases in which it is alleged that a head of state has committed an international crime. In addition, this research considers the legal basis of the invalidity of these types of immunity before international and internationalized (hybrid/mixed) courts. In particular, it analyses the invalidity of head of state immunity in respect of non-States Parties and states that are parties to the Rome Statute, which is the treaty that established the International Criminal Court, the issue of criminal responsibility of heads of state before this Court, and the role of the UN Security Council. Since the details of the heads of states' immunity arising from customary international law are not made expressly clear by any treaty, the issue is construed through national and international cases, which is considered as milestones or symbols of the head of state immunity, such as the Pinochet, Al Bashir and Arrest Warrant cases. In addition, this research refers to the studies of international organizations and doctrinal views, international treaties that have addressed the issue in general.

Keywords: head of state, immunity from jurisdiction, international law, personal (*ratione personae*) immunity, functional (*ratione materiae*) immunity, international tribunals/courts, international criminal responsibility

İÇİNDEKİLER

TEZ BİLDİRİMİ-----	I
TEZ KABUL TUTANAĞI-----	II
ÖZET -----	III
ABSTRACT -----	V
İÇİNDEKİLER-----	VII
KISALTMALAR-----	XIV
GİRİŞ-----	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLET BAŞKANLARININ ULUSLARARASI STATÜSÜ VE ULUSLARARASI BAĞIŞIKLIK KAVRAMI

I. GENEL OLARAK -----	5
II. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET BAŞKANI -----	6
III. DEVLET BAŞKANI UNVANLARI -----	10
IV. DEVLET BAŞKANLARININ ULUSLARARASI YETKİLERİ -----	13
A. Genel Olarak -----	13
B. Temsil Yetkisi (<i>Jus repraesentationis omnimodae</i>) -----	15
C. Savaş ve Barış İlan Etme Yetkisi -----	20
D. Uluslararası Andlaşmalar Akdetme ve Onaylama Yetkisi-----	21
E. Yabancı Devletlere Temsilci Gönderme ve Yabancı Temsilcileri Kabul Etme Yetkisi-----	25
V. ULUSLARARASI HUKUKTA BAĞIŞIKLIK -----	28
A. Bağışıklık ve Benzer Kavramlar-----	28
B. Bağışıklığın Tarihi Geçmişi -----	35
C. Devletin Yargı Bağışıklığı-----	37
1. Devletin Yargı Bağışıklığının Dayanağı-----	38

2. Mutlak Bağışıklık Doktrini -----	39
3. Sınırlı Bağışıklık Doktrini-----	41
D. Diplomatik Bağışıklık-----	46
1. Genel Olarak -----	46
2. Diplomatik Bağışıklığın Dayanağı-----	47
3. Diplomatik Bağışıklık ve Devlet Başkanı Bağışıklığı İlişkisi -----	49
VI. DEVLET BAŞKANININ BAĞIŞIKLIĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI KAYNAKLAR VE ÇALIŞMALAR -----	52
A. Andlaşmalar Hukuku-----	52
B. Uluslararası Teamül Hukuku-----	56
C. Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışmaları-----	59
D. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Çalışmaları-----	61
VII. DEVLET BAŞKANINA TANINAN BAĞIŞIKLIK VE AYRICALIKLAR -----	64
A. Devlet Başkanına Uluslararası Hukukun Tanıdığı Diplomatik Bağışıklık ve Ayrıcalıklar-----	64
1. Kişi Dokunulmazlığı-----	64
2. Serbest Dolaşım Özgürlüğü-----	70
3. İletişim Özgürlüğü -----	72
4. İtibarın Korunması -----	74
5. Konut ve Mülkiyet Dokunulmazlığı-----	78
6. Vergi, Harç, Resimden Muafiyet ve Gümrük Ayrıcalığı -----	80
B. Bağışıklık ve Ayrıcalıklardan Yararlanma Bakımından Resmi ve Özel Ziyaret Ayrımı-----	82
VIII. TANIMA VE DEVLET BAŞKANININ BAĞIŞIKLIĞI İLİŞKİSİ-----	85
A. Devletin Tanınması-----	85
B. Devlet Başkanının Tanınması-----	88
C. Tanıma ve Devlet Başkanının Bağışıklığı-----	92

D. De Facto Liderin Durumu ve Bağışıklık İlişkisi -----	95
E. Sürgündeki Devlet Başkanı ve Bağışıklık İlişkisi -----	99

İKİNCİ BÖLÜM

DEVLET BAŞKANLARININ YABANCI DEVLET MAHKEMELERİ ÖNÜNDE YARGI BAĞIŞIKLIĞI

I. GENEL OLARAK -----	102
II. KİŞİSEL (<i>RATIONE PERSONAE</i>) BAĞIŞIKLIK -----	104
A. Kişisel Bağışıklıktan Yararlanan Devlet Görevlileri -----	104
B. Kişisel Bağışıklığın Amacı -----	110
C. Kişisel Bağışıklığın Niteliği -----	112
III. DEVLET BAŞKANININ KİŞİSEL BAĞIŞIKLIĞI -----	114
A. Devlet Başkanının Kişisel Bağışıklığının Dayanağı -----	114
1. Devlet Başkanının Devletin Benliğini Simgelemesi -----	114
2. Fonksiyonel Gereklik -----	115
3. Devletin En Üst Düzey Temsilcisi Olarak Sahip Olduğu Özel Konum -----	116
4. İç İşlerine Müdahale Etmeme İlkesi -----	118
B. Devlet Başkanının Kişisel Bağışıklığının Kapsamı -----	119
1. Ceza Yargısı Bakımından Yargı Bağışıklığı -----	120
2. Medeni ve İdari Yargı Bakımından Yargı Bağışıklığı -----	122
a) Genel Olarak -----	122
b) Egemenlik Tasarrufu Olan Fiil ya da İşlemler -----	125
c) Görevle İlgili Fakat Egemenlik Tasarrufu Olmayan Fiil ya da İşlemler -----	128
d) Görevle İlgili Olmayan (Özel) Fiiller -----	131
C. Yargı Bağışıklığından Feragat -----	137
D. Uluslararası Suçlar Bakımından Devlet Başkanının Kişisel Bağışıklığı -----	140
1. Arrest Warrant (Tutuklama Kararı) Davası -----	144

2. Kaddafi Davası -----	147
IV. FONKSİYONEL (<i>RATIONE MATERIAE</i>) BAĞIŞIKLIK -----	150
A. Fonksiyonel Bağışıklıktan Yararlanan Devlet Görevlileri -----	150
B. Fonksiyonel Bağışıklığın Amacı -----	151
C. Fonksiyonel Bağışıklığın Niteliği -----	154
D. Fonksiyonel Bağışıklık ve Devletin Yargı Bağışıklığı İlişkisi -----	156
E. Uluslararası Suçlar Bakımından Devlet Başkanının Fonksiyonel Bağışıklığı	160
1. Arrest Warrant Davası -----	166
2. Pinochet Davaları -----	169
a) Pinochet (1) Davası -----	171
b) Pinochet (3) Davası -----	173
3. Hissène Habré Davası -----	176
4. Diğer Davalar -----	180
V. ULUSLARARASI SUÇLAR BAKIMINDAN BAĞIŞIKLIK İLE İLGİLİ	
ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR HUKUKU KAYNAKLARI -----	181
A. 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948) -----	182
B. 1984 İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (<i>The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment Or Punishment Of 1984</i>) -----	187
C. 1949 Cenevre Sözleşmeleri (The Geneva Conventions of 1949) -----	191

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI VE ULUSLARARASILASTIRILMIŞ MAHKEMELER ÖNÜNDE DEVLET BAŞKANLARININ CEZAİ SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK -----	194
II. BİRİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI: 1919 VERSAY ANTLAŞMASI ---	197

A. II.Wilhelm’in Yargılanması Girişimi -----	197
B. Uluslararası İşbirliği ve Adli Yardım -----	205
1. Genel Olarak -----	205
2. Versay Antlaşması’na Göre İşbirliği ve Adli Yardım-----	206
III. İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI: ULUSLARARASI ASKERİ MAHKEMELER-----	207
A. Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi -----	207
1. Mahkemenin Kurulması-----	207
2. Mahkeme Önünde Cezai Sorumluluk -----	209
B. Tokyo (Uzak Doğu) Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi -----	213
1. Mahkemenin Kurulması-----	213
2. Mahkeme Önünde Cezai Sorumluluk -----	214
C. Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri İle İşbirliği ve Adli Yardım -----	219
IV. BM GÜVENLİK KONSEYİ TARAFINDAN KURULAN ULUSLARARASI MAHKEMELER-----	220
A. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin (EYUCM) Kurulması --	221
B. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin (RUCM) Kurulması -----	223
C. EYUCM ve RUCM Önünde Cezai Sorumluluk-----	224
D. EYUCM ve RUCM Tarafından Yapılan Bazı Yargılamalar -----	227
1. Slobodan Miloseviç Davası -----	227
2. Radovan Karadziç Davası-----	229
3. Jean Kambanda Davası -----	231
E. EYUCM VE RUCM İle İşbirliği ve Adli Yardım-----	233
VI. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ÖNÜNDE DEVLET BAŞKANLARININ CEZAİ SORUMLULUĞU -----	236
A. Genel Olarak -----	236
B. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Kurulması ve Yargı Yetkisi -----	238

C. Uluslararası Ceza Mahkemesi Önünde Devlet Başkanlarının Cezai Sorumluluğu-----	242
1. Statü Hükümlerinin Statü'ye Taraf Olmayan Devletlere Etkisi -----	245
2. BM Güvenlik Konseyi Başvurusunun Statü'ye Taraf Olmayan Devletlere Etkisi -----	247
a) BM Güvenlik Konseyi'nin 1593 ve 1970 Sayılı Kararları -----	249
(1) Sudan (Darfur)-----	249
(2) Libya -----	251
b) El Beşir ve Kaddafi Davasında Bağışıklığın Uygulanmamasının Hukuki Dayanağı-----	252
D. Uluslararası Ceza Mahkemesi İle İşbirliği ve Adli Yardım -----	258
1. Genel İşbirliği Yükümlülüğü -----	258
2. Statü'nün 98/1. Maddesi Bağlamında İşbirliği Yükümlülüğü -----	262
a) Genel Olarak -----	262
b) Statü'ye Taraf Devletler Arasında İşbirliği Yükümlülüğü -----	265
c) Statü'ye Taraf Olmayan Bir Devletten Statü'ye Taraf Bir Devletin Görevlisinin İstenmesi ve 98/1. Madde Uygulaması-----	267
d) Statü'ye Taraf Bir Devletten Statü'ye Taraf Olmayan Bir Devletin Görevlisinin İstenmesi ve 98/1. Madde Uygulaması-----	268
e) Güvenlik Konseyi Başvurusunun 98/1. Madde Uygulamasına Etkisi: El Beşir Davasında İşbirliği -----	269
3. Statü'nün 98/2. maddesi Bağlamında İşbirliği Yükümlülüğü -----	275
VII. ULUSLARARASILAŞTIRILMIŞ MAHKEMELER ÖNÜNDE DEVLET BAŞKANLARININ CEZAI SORUMLULUĞU -----	280
A. Genel Olarak -----	280
B. Sierra Leone Özel Mahkemesi -----	282
1. Mahkemenin Kurulması-----	282
2. SLÖM Önünde Cezai Sorumluluk ve Charles Taylor Davası -----	284

3. SLÖM ile İşbirliği ve Adli Yardım -----	290
C. Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Dava Daireleri-----	292
1. Dava Daireleri'nin Kurulması -----	292
2. Dava Daireleri Önünde Cezai Sorumluluk -----	295
3. Dava Daireleri İle İşbirliği ve Adli Yardım -----	297
SONUÇ-----	298
KAYNAKLAR-----	319



KISALTMALAR

A.C.	Appeal Cases (United Kingdom)
AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ALL ER	All England Law Reports (United Kingdom)
AU	African Union
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
Bkz./bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
bs.	Basım
C.	Cilt
cir.	Circuit
CONF	Conference
Çev.	Çeviren
DİHVS	Diplomatik İlişkiler Hakkında Vıyana Sözleşmesi
dn.	dipnot
Doc.	document
DRC	Democratic Republic of the Congo
E.D.N.Y	Eastern Disrict of New York
E.T	Erişim tarihi
ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
ECHR	European Court of Human Rights
Ed.	Edition (Bası)
edt.	editör

edts.	Editors (editörler)
et al.	ve diğerleri
EYUCM	Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
F. Supp., F. Supp. 2d	Federal Supplement (United States of America)
FSIA	Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (United States)
G.A	General Assembly
GAOR	General Assembly Official Records (United Nations)
HLC	House of Lords Cases (UK)
ICC	International Criminal Court
ICJ/I.C.J	International Court of Justice
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
IIL	Institute of International Law
ILC	International Law Commission
ILDC	Oxford Reports on International Law in Domestic Courts
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
IMT	International Military Tribunal
IMTFE	International Military Tribunal for the Far East
IsrSC	Israel Supreme Court
KİHVS	Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi
KMODD	Kamboçya Mahkemelerinde Olağanüstü Dava Daireleri
LRA	Lord's Resistance Army

md.	madde
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NL	Netherlands
No.	Number
OAC	Orta Afrika Cumhuriyeti
para.	paragraf
PCIJ	Permanent Court of International Justice
QB	Queen's Bench Division Law Reports
R.G.	resmi gazete
Res.	Resolution
RUCM	Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
s.	sayfa
S.	Sayı
S/Res	Security Council Resolution
S.D.N.Y.	Southern District of New York
SCSL	Special Court for Sierra Leone
Sess.	Session
SLÖM	Sierra Leone Özel Mahkemesi
SOFA	Status of Forces Agreement
SOMA	Status of Mission Agreement
TBB	Türkiye Barolar Birliği
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
U.S.	United States (of America)

UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UHK	Uluslararası Hukuk Komisyonu
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords
UN/U.N.	United Nations
UNGA	United Nations Genral Assembly
UNTS	United Nations Treaty Series
v.	versus (-e karşı)
VAHS	Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
WLR	Weekly Law Reports (UK)
yy.	yüzyıl

GİRİŞ

Bir devlet başkanı, egemen bir devletin ulusal birliğini ve meşruluğunu resmi olarak temsil eden en önemli devlet görevlisidir ve adından da anlaşıldığı gibi devletin başıdır. Devlet başkanı için kullanılan adlandırma ile sahip olunan unvanlar devletin kabul ettiği rejime ve siyasal sisteme göre değişmekle birlikte hepsinin devleti temsil etmede en başta gelen kişi olduğu kabul edilmektedir. 1958 yılında Fransa, mevcut anayasasını geliştirirken eski Fransa Devlet Başkanı Charles de Gaulle, devlet başkanının “ulusun ruhunu” somut bir şekilde temsil etmesi gerektiğini söylemiştir. Japon Anayasasında imparator, “devletin ve milli birliğin sembolü” olarak tanımlanmaktadır (md. 1). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini sıralamadan önce Cumhurbaşkanının devletin başı olduğunu ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil ettiğini belirtmektedir (md. 104).

Bazı ülkelerde devlet başkanı, devletin iç ve dış siyasetine müdahale etmeyen sembolik bir makama sahipken, bazı ülkelerde ise devlet başkanı hem devletin kişiliğini temsil eden hem de devletin yönetimini elinde bulunduran ve bu konuda devletin idari makamlarını yönlendiren en üst düzey siyasi lider konumundadır. Bu durum, onlara bazı bağışıklıklar tanınmasını da beraberinde getirmektedir. Bir başka ifadeyle, bu bağışıklıklar, devlet başkanlarının devletin tüzel kişiliğini temsil etmesi nedeniyle belli bir saygınlığa sahip konumunun veya devletin idaresinden sorumlu olması nedeniyle görevini gereği gibi yapabilmesini temin edebilmenin gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Devlet başkanlarının devlet içinde sahip olduğu bu özel durum, onların hiç bir şekilde hata yapmayacağı veya suç işlemeyeceği anlamına gelmez. Neticede devlet başkanının bir insan olması hasebiyle onun da suç işlemesi imkân ve ihtimal dâhilindedir. Ancak tez çalışmamızın konusu, devlet başkanının işlemesi muhtemel olan sıradan suçlar olmadığı gibi, bu tür suçlar karşısında devlet başkanının sahip olduğu ulusal bağışıklıklar da değildir. Çünkü bu husus, ulusal hukukun özellikle de anayasa hukukunun ve ulusal ceza hukukunun inceleme alanı kapsamına girdiğinden bir uluslararası hukuk çalışması olan tezimizin çalışma alanı dışında kalmaktadır.

Devletlerin ulusal hukuklarının kendi devlet başkanlarına tanıdığı bağımsızlık ve ayrıcalıklardan farklı olarak, uluslararası teamül hukuku da devlet başkanlarına uluslararası alanda bağımsızlıklar tanımaktadır. Bilindiği üzere, uluslararası teamül hukuku, bölgesel veya evrensel düzeyde genel bir devlet uygulamasının bir hukuk kuralı olarak kabul edilmesinden doğmaktadır. Bir başka ifadeyle, uluslararası teamül hukuku kuralları, menfaatleri etkilenen devletlerin uygulamaları da dâhil aynı olay ve durumlar karşısında geniş çaplı olarak ve istikrarlı yani hep aynı şekilde gerçekleşen devlet uygulamasının bir hukuk kuralı ya da bir yükümlülük olarak tanındığının genel olarak kabul edilmesiyle oluşan (*opinio juris sive necessitatis*) kurallardır. Bu doğrultuda her devlet uluslararası hukuka göre yabancı devlet başkanlarına bu bağımsızlık ve ayrıcalıkları tanımak zorundadır. Bunlar arasında önemli yer tutan yargı bağımsızlığıdır. Devlet başkanının yargı bağımsızlığının varlığı, devletin yargı bağımsızlığı ile yakından bağlantılıdır. Devletin yargı bağımsızlığı, bir devletin başka bir devletin ulusal makamları önünde yargı konusu yapılamamasını, diğer bir ifadeyle yargılanamamasını ifade eder. Bu kavram devletlerin egemen eşitliği prensibine dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak devletin birliğini temsil eden devlet başkanlarının da devletin yargı bağımsızlığından yararlandığı, devlet başkanlarının bağlı oldukları devlet dışında birçok bağımsızlık ve ayrıcalıktan yararlanmasının yanı sıra yabancı bir devletin ulusal makamları önünde bağımsızlığa sahip olduğu bu bağlamda devlet başkanlarının tutulamayacağı, tutuklanamayacağı, yargılanamayacağı kabul edilmektedir. Bu durum aynı zamanda uluslararası teamül hukuku uyarınca yargılama yetkisini kullanmamakla yükümlü olan bir devletin münhasır yetkisinin istisnalarından biridir.

Üç bölümden oluşan tez çalışmamızın birinci bölümünde devlet başkanlarının uluslararası yetkileri, bağımsızlık ve benzer kavramlar, bu bağlamda devletin yargı bağımsızlığı ve diplomatik bağımsızlık kavramları ve devlet başkanlarının uluslararası hukukta sahip olduğu bağımsızlık ve ayrıcalıklar üzerinde durulmakta, devletin ve devlet başkanının tanınmasının bu bağımsızlık ve ayrıcalıklar üzerinde etkisi ele alınmaktadır. Devlet başkanlarının sahip olduğu bağımsızlıklar içerisinde yer alan yargı bağımsızlığı konusu ise tez çalışmamız içerisinde sahip olduğu önemi dolayısıyla ikinci bölümde ele alınmaya çalışılmaktadır.

Devlet başkanlığı makamı devlet başkanlarına birçok bağımsızlık ve ayrıcalıklar tanımakla birlikte devletin idaresi konusunda çok önemli fırsatlar da verebilmektedir ki bu durum bazen kötüye kullanılabilmekte ve soykırım, insanlığa karşı suçlar, saldırı ve savaş suçu gibi uluslararası hukukun suç saydığı fiillerin işlenmesine kadar varabilecek ciddi uluslararası hukuk ihlallerinin gerçekleştirilmesine imkân vermektedir. Bir başka ifadeyle devlet içinde belli bir mevkide bulunmanın getirdiği imkânlar ve birçok konuda söz sahibi olabilmenin yarattığı fırsatlar bu tür suçların işlenmesinin de önünü açabilmektedir.

Uluslararası hukukun devlet başkanlarına özel bir statü tanınmasına karşılık son yüz yıl içinde yaşanan gelişmeler, sadece belli kişileri değil geniş kitleleri, toplumları ilgilendiren ve hatta uluslararası barışı ve sükûnu bozabilecek nitelikteki uluslararası suçların faillerinin yargı önünde hesap verebilmelerini sağlama, uluslararası suçların işlenmesinin önüne geçme amacının günden güne daha da canlı tutulduğunu göstermektedir. Bu nokta da konu uluslararası hukukun önemli hususlarından biri haline gelmektedir. Uluslararası teamül hukukunun devlet başkanlarına (başbakan ve dışişleri bakanlarına) geniş çaplı bağımsızlık ve ayrıcalıklar tanınması karşısında uluslararası suç işlediği iddia edilen devlet başkanlarının yargılanması mümkün olabilecek midir? Tez çalışmamızda bu sorunun cevabı uluslararası hukuk kaynakları doğrultusunda, ulusal, uluslararası ve uluslararasılaştırılmış mahkeme uygulamaları göz önünde bulundurularak cevaplandırılmaya çalışılmaktadır.

Tez çalışmamızın ikinci bölümünde devlet başkanlarının yabancı devlet mahkemeleri önünde yargı bağımsızlığı ele alınırken devlet başkanlarının görevi devam ettiği sürece yararlandığı ve devlet içinde bulunduğu belli bir makamdan ötürü kendisine bahşedilen kişisel (*ratione personae*) bağımsızlık ile görevi sona erdikten sonra yararlandığı ve devlet adına üstlendiği fiillerden ötürü kendisine bahşedilen fonksiyonel (*ratione materiae*) bağımsızlık şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Her iki durumda da devlet başkanına uygulanacak hukuki rejimin farklı olması sebebiyle uluslararası suçlar bakımından cezai yargı bağımsızlığı bu ayrım üzerinden incelenmeye çalışılmaktadır.

Bunun yanında bir devlet başkanının yabancı ulusal mahkemeler karşısındaki konumu ile uluslararası veya uluslararasılaştırılmış mahkemeler karşısındaki durumu da birbirinden farklı olduğundan bu konuda da bir ayrım yapmak zorunlu hale gelmektedir. Bu nedenle devlet başkanlarının uluslararası veya uluslararasılaştırılmış mahkemeler karşısında uluslararası suçlar sebebiyle yargı bağımsızlığına sahip olup olmadığı konusu ayrı bir bölüm olarak çalışmamızın üçüncü bölümünde açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bu bölümde önce devlet başkanlarının cezai sorumluluğunun kabulüne giden süreçte yaşanan tarihi gelişmeler I. Dünya Savaşı sonrasında başlamak üzere ortaya konulmakta ve daha sonra 1990'lı yılların başında Eski Yugoslavya ve Ruanda'da işlenen belli uluslararası suçların faillerini yargılamak üzere *ad hoc* mahkeme olarak Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi kararıyla kurulan Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri önünde yargı bağımsızlığı ve devlet başkanlarının cezai sorumluluğu konusu irdelenmeye çalışılmaktadır. Ayrıca bu bölümde çok taraflı uluslararası bir andlaşma olan Roma Statüsü ile daimi bir mahkeme olarak kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde devlet başkanları bakımından öngörülen hukuki rejim incelenmekte ve Mahkemenin işlevselliğini sağlamak açısından devletlerin Mahkeme ile adli işbirliği yükümlülüğü konusu üzerinde durulmakta, Mahkemenin kabul ettiği rejimin Statüye taraf olmayan devletlere etkisi ve BM Güvenlik Konseyi'nin bu bağlamda rolü irdelenmektedir. Bu bölümde son olarak ulusal ve uluslararası unsurları birlikte taşıyan uluslararasılaştırılmış mahkemeler önünde örnek davalarla birlikte devlet başkanlarının yargı bağımsızlığı ve cezai sorumluluk meselesi ele alınmaktadır. Sonuç bölümünde, konuyla ilgili hukuki değerlendirmeler yapılmakta ve uygulamaya yönelik eleştiri ve öneriler sunulmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLET BAŞKANLARININ ULUSLARARASI STATÜSÜ VE ULUSLARARASI BAĞIŞIKLIK KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

Devlet, belli bir toprak parçası üzerinde egemen olan belli bir insan topluluğunun oluşturduğu soyut bir varlıktır. Tüzel kişiliği bulunan devletin, onu ülkesinin sınırları içinde veya dışında ve uluslararası ilişkilerinin bütününde temsil edecek en üst düzeyde bir görevliye ihtiyacı vardır. Monarşik rejiminin kabul edildiği bir ülkede bu kişi monarktır, bir cumhuriyet içinde ise genellikle cumhurbaşkanıdır¹. Devletin liderinin unvanı ne olursa olsun, hepsi devlet başkanı kavramı kapsamına girmektedir.

Tarihin her döneminde, devletin olduğu her yerde devlet başkanlığı makamı ve devlet başkanları olmuştur. Dolayısıyla, devlet başkanlığı kurumu, devlet kadar eski bir kurumdur ve bu bakımdan devletin en eski organının devlet başkanı olduğunu söylemek mümkündür². Bir savaşla mağlup edilmiş bir devletin ya da siyasi yapısı çöken devletin durumu gibi olağanüstü koşullardan kaynaklı ve geçici durumlar hariç, tüm bağımsız devletlerin genelde bir devlet başkanı vardır³.

Devlet başkanlarının, egemen ve bağımsız bir devletin içte ve dışta (devletin uluslararası ilişkilerinde) kendisini temsil etmeye yetkili en üst düzey devlet görevlisi

¹ **İlhan Lütem**, *Devletler Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1958, s. 528; ABD, bir cumhuriyet olmasına rağmen, başkanlık sistemiyle yönetiliyor olmasından ötürü, devletin liderinin sıfatı için “devlet başkanı” veya “başkan” kavramı kullanılmaktadır.

² **Kemal Gözler**, *Devlet Başkanları-Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa 2001, s. 1.

³ **Arthur Watts**, Heads of State, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1418?prd=EPIL>, (E.T: 14.04.2016); **Oppenheim** ve **Roxburgh**’a göre, uluslararası hukuk bakımından bu organ gereklidir, çünkü bir devlet başkanı olmadan devletin varlığı değil anarşinin varlığı söz konusu olur. **Lassa Oppenheim/Ronald Roxburgh**, *International Law: A Treatise*, Vol. 1, The Lawbook Exchange, 1920, s. 527.

olmaları, onları diğer devlet görevlilerinden ayrı bir konuma yerleştirmektedir. Devlet başkanlarının sahip olduğu bu konum onlara hem temsil ettikleri devletlerin ulusal hukukları hem de uluslararası hukuk tarafından bir takım ayrıcalıklar tanınmasını da beraberinde getirmektedir. Bu ayrıcalıklardan biri ise tezimizin asli konusunu oluşturan uluslararası yargı bağışıklığıdır. Ancak bu konuya eğilmeden önce dokunulmazlık, bağışıklık, ayrıcalık gibi benzer kavramları birbirinden ayırt ederek kavramsal karmaşayı ortadan kaldırmak, daha sonra devlet başkanının uluslararası hukuktaki statüsünü belirleyen bağışıklık ve ayrıcalıklar üzerinde durmak gerekecektir.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET BAŞKANI

Uluslararası hukuk, devlet başkanı kavramını tanımlamamakta ve bir devletin anayasal yapısını belirlemeyi devletlerin kendisine bırakmaktadır. Bir başka ifadeyle, uluslararası hukuk, devlet başkanlığı makamının yapısını, niteliğini, devlet başkanının sahip olacağı unvanı, görev ve yetkilerini, devlet başkanının kendi ulusal mahkemeleri önünde sahip olacağı bağışıklığı tespit etmeyi de çoğunlukla yine her devletin kendi iç meselesi olarak kabul etmekte ve bu konuyu devletlerin iç hukukuna bırakmaktadır⁴. Devlet başkanı olarak nitelendirilecek kişinin nasıl belirleneceğini, devlet başkanının yürütmeye ilişkin asli yetkileri kullanıp kullanmayacağını ya da devlet yönetiminin başında bir başbakanın bulunarak devlet başkanının anayasayla belirlenen, sadece sembolik yetkilere sahip bir devlet başkanı

⁴ **Seha L. Meray**, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, Ankara 1962, s. 5 (Kısaca: *Devletler Hukukuna Giriş*); **Arthur Watts**, “The Legal Position in International Law of Heads Of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, (1994) 247 III Recueil Des Cours (Kısaca: *Legal Position*), s. 21; **Joanne Foakes**, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford University Press, 2014, s. 34, 36; UAD, Western Sahara Davasında bugün dünyada bulunan çeşitli yönetim şekillerinden de anlaşılacağı üzere uluslararası hukukun hiçbir kuralının, devletlere belli bir devlet modeline uymayı zorunlu kılmadığını belirtmiştir (“no rule of international law, in the view of the Court, requires the structure of a State to follow any particular”), *Western Sahara Case, Advisory Opinion*, 1975, I.C.J Reports, s. 12, 43-4; Bkz. **Eric Heinze/M. Fitzmaurice**, *Landmark Cases in Public International Law*, Kluwer Law International, 1998, s. 424; **Ademola Abass**, *Complete International Law*, Oxford University Press, 2014, 2. Ed., s. 122.

olup olmayacağını, her bir devlet kendi iç hukukuyla, genellikle de anayasayla belirlemektedir⁵.

Buna rağmen bazı istisnai durumlarda, bir devletin anayasal yapısı ve özellikle devlet başkanıyla ilgili anayasal hükümleri, uluslararası hukukun konusunu oluşturur. Örneğin, bazen belli bir anayasal yapıyı sürdürmek savaş sonrası imzalanan barış andlaşmalarında olduğu gibi uluslararası bir andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğün konusu olabilir⁶ ya da devlet başkanının görevinin niteliği de dâhil, bir devletin anayasal yapısı, bir veya birden fazla devlet tarafından sözleşmeyle güvence altına alınmış olabilir. 1863'te Birleşik Krallık, Fransa ve Rusya tarafından, Yunanistan'a monarşik, bağımsız ve anayasal bir devlet garantisi verilmiştir. Daha yakın tarihe bakılırsa, Türkiye, Yunanistan ve İngiltere, 1960 Garanti Antlaşması ile Kıbrıs Anayasası temel hükümlerinin düzenlediği devlet düzenini garanti etmiştir. Bunun yanı sıra, bir devlet kendini bir sözleşmeyle bir başka devletin korumasına bırakabilir. Korunan devletin uluslararası devlet kişiliğini tamamen kaybetmesine gerek yoktur, belli ölçüde devlet olma durumu devam eder. Bu yüzden bu devletin devlet başkanı da bazı sınırlamalara rağmen devlet başkanı olarak uluslararası statüsünü sürdürür⁷.

Bir başka durum, bir devletin yönetiminin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit oluşturduğu durumlarda, bu barış ve güvenliği yeniden tesis etmek için BM Güvenlik Konseyi tarafından askeri müdahale yapıldığı durumdur. Böyle bir

⁵ **Ramona Pedretti**, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, s. 9; **Ivor Roberts**, *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford University Press, 6. Ed., 2009, s. 178, Örneğin, Japon Anayasası'nın 1. maddesi, "İmparator, devletin ve halkın birliğinin sembolüdür..." şeklinde düzenlenmiş ve açıkça Japonya'nın anayasal monarşi sisteminde sembolik devlet başkanlığı kabul edilmiştir. <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html#s1> (E.T: 18.04.2018); Türkiye'de 2007 yılında yapılan halk oylamasıyla, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngören Anayasa Değişikliği Kanunu kabul edilmiştir. 2014 yılında bu Kanun uyarınca yapılan cumhurbaşkanlığı seçimine kadar, Türkiye'de de devlet başkanlığı makamının sembolik bir makam olduğu söylenebilir. Bkz. **Kemal Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2017, s. 303.

⁶ 1995 Dayton Barış Antlaşması ile Bosna Hersek'te oluşturulan yeni yönetim biçimi buna örnek gösterilebilir. Bkz. **Ömer Gedik/ İsmail Köküsarı**, "14 Aralık 1995 Dayton Anlaşması İle Oluşturulan Hükümet Biçiminin Bosna Pratiğindeki Sorunları ve Çözüm Önerileri", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 1-2, 2014.

⁷ **Watts**, *Legal Position*, s. 25.

müdahale görevden alınan devlet başkanının yeniden göreve getirilmesi veya bu göreve başka bir kişinin atanması isteğini içerebilir⁸. 1994 yılında ABD'nin BM Güvenlik Konseyi'nden Haiti'ye müdahale için karar çıkartarak, Amerikan askeri gücünün kullanılmasıyla yapılan müdahaleyle demokratik düzen kurma gerekçesiyle Haiti tarihinin halk tarafından seçilmiş ilk devlet başkanı olan Aristide'yi devirmesi buna örnektir⁹.

Tüm bu durumlar istisnai niteliktedir. Genel itibariyle, uluslararası hukuk, devletlerin belirlediği anayasal yapıyla ya da devlet başkanlarının seçim şekliyle ilgilenmez. Bir başka ifadeyle, uluslararası hukuk devlet başkanının sahip olacağı nitelik bakımından herhangi bir kural öngörmemektedir. Doğal olarak her devlet bu noktada bağımsızdır, devlet başkanlığı makamı ile ilgili kuralları benimseme ve takdir yetkisine göre değiştirme hakkına sahiptir¹⁰. Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) *Nikaragua* davasında da¹¹ teyit ettiği gibi, kendi siyasi, ekonomik, sosyal sistemini seçmek ve uygulamak her devletin temel hakkının bir parçasıdır¹². Bu durum devletin ulusal yetkisi ve bu yetkiyi uluslararası hukukta güvence altına alan devletlerin egemen eşitliği ve içişlerine karışma yasağı ile açıklanır.

Günümüzde artık diplomasi faaliyetlerinde *ad hoc* üst düzey toplantılar önemli bir rol oynamaktadır. Bunun yanında çeşitli uluslararası örgütlerin çatısı altında sürekli ve belli aralıklarla tekrarlanan çok sayıda toplantı ve zirveler yapılmaktadır. Bu durumlarda devlet başkanlarının, hükümet başkanlarının, dışişleri bakanlarının ve diğer üst düzey görevlilerin (diğer bakanlar gibi) katılımı gerekebilmektedir. Devlet başkanları, kendi devletlerinin uluslararası ilişkilerinin yürütülmesinde aktif rol oynayan üst düzey temsilcilerin başında gelir. Ulaşım ve

⁸ Watts, *Legal Position*, s. 26.

⁹ Bkz. Sean D. Murphy, *United States Practice in International Law: 2002-2004*, Cambridge University Press, 2002, s. 106.

¹⁰ Oppenheim/ Roxburgh, *International Law: A Treatise*, s. 527.

¹¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaraguan v. United States)*, Merits Judgment, I.C.J Reports, 1986, s. 14, para. 258.

¹² Watts, *Legal Position*, s. 26.

iletişimdeki gelişmeler, görevdeyken devlet başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin eskisine göre daha fazla yabancı devletlere ziyaretlerde bulunmaları imkânını beraberinde getirmiştir. Bu ziyaretler sırasında yabancı devletlerde devlet başkanlarına karşı hukuk ve ceza davalarının açıldığını gösteren örnekler vardır. Kendi devletinde iç hukuk kurallarına göre bir takım bağışıklık ve ayrıcalıklara sahip olan devlet başkanlarının uluslararası hukuk bakımından da özel bir hukuki rejime tabi olduğu kabul edilir. Bu nedenle uluslararası teamül hukuku gereğince iç hukuktan bağımsız ve farklı olarak çeşitli gerekçelerle devlet başkanlarına bazı olanaklar tanınmaktadır.

Uluslararası hukuk gün geçtikçe sadece devletlerin değil, bireyler ve hükümet dışı örgütler (NGO) de dâhil devlet dışı aktörlerin de ihtiyaç ve taleplerine uyum sağlayacak şekilde uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukuk, uluslararası ceza hukuku gibi yeni alanlara doğru gelişme ve değişme göstermiştir. Devlet başkanlarının ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin son yüzyıl içinde gerçekleştirdikleri insancıl hukuk ve insan hakları hukuku ihlalleri karşısında uluslararası toplumun çabalarıyla uluslararası bağışıklık kuralları sorgulanmaya başlanmış ve uluslararası hukukta en azından belli uluslararası suçlar bakımından devletler tarafından ülke dışı yargı yetkisinin kullanılmasına izin veren ilkeler gelişmiş, uluslararası ceza mahkemeleri ile uluslararası suç işleyen devlet başkanlarının sorumluluğuna gidilmeye çalışılmıştır. İşte bu noktada bağışıklık kuralları ile insan hakları kuralları karşı karşıya kalmakta, böylece devlet başkanının bu konudaki uluslararası statüsü, uluslararası hukukun önemli konularından biri haline gelmektedir. Çünkü devlet başkanının yabancı devletlerin ulusal mahkemeleri nezdinde yargılanması meselesi, yabancı devlet ile devlet başkanının uyrukluğa bağlı olduğu devlet arasında bir hukuki ilişki yaratmaktadır. Benzer şekilde, bir devlet başkanının uluslararası mahkemeler nezdinde yargılanması meselesi de devlet başkanının bağlı bulunduğu devlet ile uluslararası mahkeme arasında bir hukuki ilişki doğurmaktadır. Tüm bu nedenlerle, bu husus, uluslararası hukuk dalının ilgi alanına giren bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bunlar ışığında devlet başkanının uluslararası hukuktaki statüsü ile devlet başkanlarının yabancı bir devletin ülkesinde iken veya uluslararası bir mahkeme önündeysen nasıl muamele

göreceğinin ve nasıl bir hukuki rejime tabi olacağının kast edildiğini söylemek mümkündür. Ancak tez çalışmamızda üzerinde yoğunlaşılacak olan konu uluslararası suçlar bağlamında devlet başkanına uygulanacak bağışıklık hukuku ve bireysel cezai sorumluluk olacaktır.

III. DEVLET BAŞKANI UNVANLARI

Devlet başkanlığı makamının uzun bir geçmişe dayanması bu makam bakımından pek çok açıdan büyük çeşitliliğin varlığını da beraberinde getirmiştir. Günümüzdeki uygulamaya bakıldığında devlet başkanlığı bakımından devletler arasında hem esasa ilişkin farklılık hem de unvan farklılığı bakımından çok geniş bir yelpazenin var olduğunu söylemek mümkündür¹³.

Kral, kraliçeler ile cumhurbaşkanları arasında çok temel bir ayrım ortaya konulmaktadır. Söz konusu kişiler en genel iki anayasal devlet yapısı olan monarşi ve cumhuriyeti temsil etmektedir. Hâlbuki bu temel ayrım etrafında birçok çeşitlilik bulunmaktadır¹⁴.

Genel olarak cumhuriyetlerde devlet başkanına cumhurbaşkanı denilmekle birlikte, genel vali veya sadece başkan terimleri de kullanılmaktadır. Monarşilere bakıldığında, devletin başındaki monarkı (hükümdarı) ifade etmek üzere genellikle kral terimi kullanılmakla beraber kraliçe, imparator, prens, büyük duk, sultan, emir gibi daha fazla unvan çeşitliliğinin göze çarptığını söyleyebiliriz¹⁵.

Uygulamaya bakıldığında devlet başkanlığı pozisyonunun tek bir kişinin elinde olduğu görülür. Örneğin, monarşilerde veraset yoluyla hükümdar olan kişi ya da bir cumhuriyetin seçilmiş başkanında olduğu gibi¹⁶. Bunun yanında bazı anayasal yapılar, devlet başkanına ait yetkileri kullanacak olan yürütme erkinin İsviçre ve

¹³ **Watts**, *Legal Position*, s. 21; **Foakes**, s. 29.

¹⁴ **Watts**, *The Legal Position*, s. 21.

¹⁵ **Foakes**, s. 29; **Gözler**, *Devlet Başkanları*, s. 45; **Hans Kelsen**, *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange, 1952, s. 230; Bu bağlamda esasa ilişkin farklar ve hükümet sistemine göre değişen unvanlar hakkında bkz. **Gözler**, *Devlet Başkanları*, s. 3.

¹⁶ Bkz. **Gözler**, *Devlet Başkanları*, s. 1.

Bosna Hersek'teki gibi eşit oranda yetkiye sahip olan iki veya daha fazla kişiden oluşan bir kurula verilmesini öngörmektedir¹⁷. Bu kurul içinden kişiler dönüşümlü olarak devlet başkanlığı yapmaktadır.

Devlet başkanına ait yetkileri kullanacak olan yürütme erkinin birden fazla kişiden oluştuğu duruma bir başka örnek ise iki yüzbaşı tarafından yönetilen San Marino ile esasında hiçbirinin monarşik anlamda “prens” olmadığı Urgel piskoposu ve Fransa devlet başkanı tarafından ortaklaşa yönetilen “eş prensli” (*co-princes*) Andorra örnek gösterilebilir¹⁸. Bu durumların aksine tek bir kişi birden fazla devletin başkanı da olabilir. Bunun en iyi bilinen örneği, günümüzde Kraliçe II. Elizabeth'in hem Birleşik Krallığı hem de 15 ulus devleti (*commonwealth states*) aynı anda yönetmesidir. Ancak, kraliçe bu ulus devletlerin başında genellikle bir genel vali tarafından temsil edilmektedir¹⁹.

Vatikan'da Papa'nın devlet başkanı sıfatını taşıması durumu ise *sui generis* bir durum olarak nitelendirilir²⁰. Çünkü Papanın Vatikan Şehrinin devlet başkanı sıfatını taşıması durumu genel sınıflandırmaya uymamaktadır. Papa'nın konumunun *sui generis* niteliği nadiren de olsa onun tam olarak bir devlet başkanı sayılıp sayılmayacağı konusunda bazı soruları akla getirmektedir. Fakat Vatikan şehrinin çok küçük de olsa bir ülkesi ve insan topluluğu olduğuna ve bu ülkenin etkin

¹⁷ İsviçre'de, yürütme erki yedi üyeden oluşan kolektif bir kurula (federal hükümet veya federal konsey) aittir. İsviçre Federal Konseyi, bir devlet başkanı gibi çalışır. Özel temsil görevlerini yürütmek üzere Konseyi oluşturan yedi kişi içinden bir kişi bir yılına İsviçre Konfederasyon başkanı olarak görev yapar. **Lütem**, s. 528; **Leo Schelbert**, *Historical Dictionary of Switzerland*, Rowman & Littlefield, 2014, s. 1; Bosna-Hersek'te, bir başkan iki üyeden oluşan üç üyeli başkanlık söz konusudur (üçlü cumhurbaşkanlığı konseyi). Bkz. **Foakes**, s. 30; Her iki örnekte de başkanlık görevini üstlenen kişi *primus inter pares* (eşitlerin birincisi) çerçevesinde görev yapmaktadır. *Primus inter pares*, kelime anlamı itibarıyla, eşit düzeydeki kişiler arasında nezaketen kendisine öncelik tanınan kişi anlamına gelir. Bu kişi genellikle yaşça büyük olan kişi olmakla beraber, dönüşümlü olarak sırasıyla her bir kişiye de devlet başkanlığı görevi verilebilir. Bu durum dönem başkanlığı olarak ifade edilir. Bkz. **H. Z Riley**, *Dictionary of Latin Quotations Proverbs Maximus and Mottos, Classical and Medieval, Including Law Terms and Phrases*, Bell&Daldy, London, 1866, s. 343.

¹⁸ **Watts**, *Legal Position*, s. 21.

¹⁹ **Pedretti**, s. 9; **Foakes**, s. 30; Sahip olduğu bazı sınırlı yetkiler dışında günümüz İngiltere'sinde kraliyet ailesinin varlığının sembolik olduğunu belirtmek gerekir. Bu bakımdan ülkeyi yönetmeden ziyade, temsil etme fonksiyonu daha çok ön plana çıkmaktadır.

²⁰ **Watts**, *Legal Position*, s. 21.

kontrolünü elinde bulunduran bir hükümeti (Papalık) olduğuna şüphe yoktur. Bunun yanı sıra, Vatikan'ın bağımsızlığı vardır ve uluslararası platformda resmi ilişkilere girme yetkisi bulunmaktadır. Bu koşullarda devlet olmanın tüm kriterlerini taşıdığı görülmektedir²¹. Bu sebeple, bir devlet başkanının sahip olduğu bağımsızlık ve ayrıcalıklar, Katolik Kilisesi'nin lideri olmasından ziyade, Vatikan Şehir Devletinin lideri olmasından ötürü Papaya bahşedilir²². Böyle bir analiz, Vatikan'ın devlet olma durumunu, onun bağımsızlığını ve lideri olarak Papa'nın statüsünü istikrarlı şekilde tanıyan devletlerin uygulamaları ile de uyum içindedir²³.

Devlet başkanları genellikle bir devletin en üst düzeydeki görevlisi kabul edilir. Fakat bu genel uygulamanın dışında örnekler de mevcuttur. Örneğin, İran İslam Cumhuriyetinde, hükümet başkanı bulunmasına rağmen devlet başkanı, en üst düzeydeki görevli değildir. İran'da hem dini hem siyasi yetkileri kullanan, makamı anayasayla kutsal kabul edilen ve kendisine “dini lider” denilen kişi devlet başkanından daha üst düzeyde tutulmaktadır²⁴.

Geçmişte, devlet başkanlarının çoğu kendi devletleri içinde asli yetkiyi ellerinde tutmuşlardır, hatta bu sebeple nerdeyse devletlerarası ilişkilerle devlet başkanları arasındaki ilişkiler aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Fakat bugün pek çok devlette devlet başkanı genellikle sadece bir resmi anayasal rolü yani sembolik bir görevi yerine getirmektedir. Gerçek yetki devletin diğer organları

²¹ **Hazel Fox/ Philippa Webb**, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 3. Ed., 2013, s. 337 (Kısaca: *State Immunity*); Aksi yönde görüşler için bkz. **Cemil Bilsel**, *Devletler Hukuku*, 1. Kitap (Devletler), İstanbul 1941, s. 4.

²² **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 539.

²³ **Foakes**, s. 30; Papanın uluslararası pozisyonu hakkında ayrıca bkz. **Oppenheim/ Roxburgh**, *International Law: A Treatise*, s. 184; **Bilsel**, s. 5.

²⁴ **Foakes**, s. 29; 1979 İslam Devrimi'nden sonra İran'ın yönetim mekanizması değişmiştir. Humeyni tarafından geliştirilen doktrin ile din ve siyasetin ayrılamayacağı bu yüzden İran siyasi otoritesinin en tepesine dini liderin oturtulduğu bir sistem getirilmiştir. Böylelikle İran'daki dini lider ülkedeki iç ve dış politikaları da denetimi altında tutmaktadır. Bununla birlikte dini lider hem devletin siyasi lideri hem de dini lideri olmuştur. İran Anayasası'nda egemenliğin, yasama, yürütme, yargı organlarının dini liderin gözetimi altında kullanılacağı ifade edilmiştir. İran'da dini lider başkomutan olarak savaş açma hakkına ve barış yapma hakkına sahiptir. Cumhurbaşkanı alma yetkisini de elinde bulundurmaktadır. Yargı ve polis onun elindedir. Bkz. **Alireza Mokhtarpour**, *İran Devlet Modeli*, (Danışmanı: Prof. Dr. Anıl Çeçen), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.

tarafından kullanılmaktadır. Fakat bazı devletlerde ise, devlet başkanı asli otoriteyi elinde bulundurmaya devam eder. Sembolik devlet başkanı ile aktif (sembolik olmayan) devlet başkanı arasındaki ayrım her zaman keskin değildir²⁵.

Netice itibariyle, iç hukuktan kaynaklanan tüm bu anayasal farklılıklar uluslararası hukukta devlet başkanlarının pozisyonunu etkilememektedir. Örneğin, belli seramonik (törensel) konular dışında onlara karşı yapılan asıl muamele bakımından monarklar ve cumhuriyetle yönetilen devletlerin başkanları arasında bir ayrım söz konusu değildir²⁶. Bu nedenle ileride belirtilecek kurallar bunların hepsi için geçerlidir. Bir başka ifadeyle uluslararası hukuk, tüm bağımsız egemen devletlerin görev yapan devlet başkanlarının uluslararası bağımsızlık ve ayrıcalıklardan yararlandığını ve bu kişilerin unvanlarını, atanmalarını ve yetkilerini etkileyen anayasal hükümler dikkate alınmaksızın uluslararası hukuk bağlamında aynı şekilde muamele gördüklerini temin etmektedir. Çünkü devletlerin egemen eşitliği ilkesi, aynı zamanda devletlerin en yüksek organı olarak devlet başkanlarının da eşitliğine işaret eder²⁷.

IV. DEVLET BAŞKANLARININ ULUSLARARASI YETKİLERİ

A. Genel Olarak

Uluslararası hukukta devlet başkanlarının pozisyonunu belirleyen temel faktör, uluslararası ilişkilerde, bu kişinin devlet adına hareket edebileceğinin

²⁵ **Watts**, *Legal Position*, s. 24, 25.

²⁶ **Hüseyin Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, 4. bs., Ankara 2005, s. 62; **Robert Jennings/ Arthur Watts**, *Oppenheim's International Law*, 9. Ed., Part 2 to 4, Oxford University Press, 2008, s. 1035; **Roberts**, *Satow's Diplomatic Practice*, s. 178. Lütem bu durumu şöyle ifade etmiştir: "Gösterilecek hürmet ve tanınacak ayrıcalıklar bakımından devletler hukukunun, cumhurbaşkanları ile krallar arasında tefrikte bulunduğunu bazı müellifler iddia etmektedirler. Mamafih o müelliflerin kabul ettikleri üzere bu tefriğin pratik neticeleri her zaman açık ve esasa müstenit mahiyette değildir. Teamüli devletler hukukunun, kralları merasim ve sair hususlarda üstün tutan kaideleri büyük nispette kuvvetlerini kaybetmiş vaziyettedirler". **Lütem**, s. 529.

²⁷ **Watts**, *Legal Position*, s. 26; **Rosanne Van Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2007, s. 182 (Kısaca: *The Immunity of States and Their Officials*).

kabulüdür²⁸. Belirli özel yetkiler nerdeyse her zaman devlet başkanlarına verilir ki bunlar doğrudan uluslararası hukukun konusudur. Bu yetkiler, savaşa ve barışa karar verme, devletleri adına uluslararası andlaşmalar akdetme ve diplomatik temsilcileri atama veya kabul etme, devleti temsil etme (*jus repraesentationis omnimodae*²⁹) gibi yetkililerdir³⁰. Bunların yanında, bir dışişleri bakanını atama, ülke toprağı kazanma ya da verme, yabancı devlet ve hükümetleri tanıma gibi yetkiler de genellikle devlet başkanına verilmektedir³¹. Fakat bu yetkiler sahip oldukları uluslararası önemden ziyade devlet içinde yetkilerin dağıtılması ve devletin anayasal düzeninin gerekleri bağlamında devlet başkanına verilmektedir³². Bir başka ifadeyle bu yetkilerin devlet başkanına verilmesiyle ilgili konular her devletin kendi iç meselesidir. Bu durum söz konusu yetkilerin kapsamı ve kullanılmasıyla ilgili özel usullerin ülkeden ülkeye çeşitlilik göstermesini kaçınılmaz kılmaktadır. Örneğin, Birleşik Krallık yasaları, kraliçenin bu bağlamdaki yetkilerinin, her ne kadar sorumlu bakan ya da bakanların önerisi üzerine kullanılması gerektiğini ve sözleşme yapma, savaşa karar verme ve ülkenin devredilmesi veya ilhakı konularında yetkinin Parlamentoyla uyum içinde kullanılması gerektiğini öngörmüş olsa da uluslararası ilişkilerin yürütülmesiyle ilgili yetkilerin çoğu Kraliçeye verilmiştir³³. Geleneksel olarak bu yetkiler, çoğu hukuk sisteminde devletin kendi mahkemelerinin denetim yetkisi içinde sayılmayan işlemler kategorisi içinde yer alır³⁴. İngiltere’de monarkın devletin dışişleri ile ilgili

²⁸ Foakes, s. 36.

²⁹ Latince olan bu ifadenin anlamı, bir devlet başkanının kendi devletini her şekilde temsil etme hakkını ifade eder. Aynı zamanda, herhangi bir kısıtlama olmaksızın devlet başkanına devleti adına söz söyleme ve bu yetki çerçevesinde hareket etme hakkı bahşeden bir uluslararası hukuk ilkesidir. **Walter John Raymond**, *Dictionary of Politics: Selected American and Foreign Political and Legal Terms*, Brunswick Publishing Corp, 1992, s. 259, 260.

³⁰ **Watts**, *Legal Position*, s. 27; **Gözler**, *Devlet Başkanları*, s. 220; **Jennings/ Watts**, *Oppenheim’s International Law*, Part 2 to 4, s. 1034.

³¹ Foakes, s. 36.

³² **Watts**, *Legal Position*, s. 27.

³³ Foakes, s. 36; **Kelsen**, s. 230.

³⁴ İdarenin hükümet tasarrufu (yargı kısıntıları) olarak adlandırılan işlemlerinin siyasi nitelikte olması, yani devletin yüksek siyasetine ilişkin olması nedeniyle devletin yargı denetiminin dışında kaldıkları kabul edilmektedir. Fransız Danıştayının verdiği kararlarda iç hukuk alanında belli işlemlerin hükümet tasarrufu olduğu kabul edilmekle beraber Fransa’da hükümet tasarrufları en

bu tür işlemleri, devletin fiili olarak kabul edilir ve ulusal mahkemeler tarafından sorgulanamayan, denetlenemeyen, engellenemeyen bir egemenlik yetkisi işlemi olarak tanımlanır³⁵. Aşağıda bir devlet başkanının sahip olduğu geleneksel yetkiler açıklanmaya çalışılacaktır.

B. Temsil Yetkisi (*Jus Repraesentationis Omnimodae*)

Temsil yetkisi, bir kimsenin hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin adına (namına) ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisini ifade eder³⁶. Daha önce de belirtildiği gibi bir devlet, bir ülkede egemen iktidar altında yaşayan insanlar (bireyler) topluluğundan soyut olduğu için, bir başka ifadeyle, devlet kendisini oluşturan unsurlardan bağımsız hukuki bir kişiliğe (tüzel kişiliğe) sahip olduğu için, her devletin en yüksek organı olarak kendisini devletin sınırları içinde ve dışında bütünüyle temsil eden bir lideri olmalıdır³⁷. Bir başka ifadeyle devlet soyut bir varlık olduğundan onun işlemleri, fiilleri ancak belli bir kişi aracılığıyla yerine getirilebilir. Çünkü devletin tüzel kişiliği eliyle doğrudan bir işlem yapması mümkün değildir³⁸. İşte bu noktada devlet adına hareket edebileceği kabul edilen en üst düzey devlet görevlisi, devlet başkanıdır. Devlet başkanlarının herhangi bir özel yetki belgesine gerek olmaksızın dış ilişkilerinde bağlı oldukları devleti

yaygın olarak uluslararası ilişkiler alanında görülür. Bunlar uluslararası anlaşmalarla ilgili çeşitli işlemler, uluslararası ilişkilerin yürütülmesiyle ilgili işlemler, savaşla ilgili bazı eylem ve işlemler, uluslararası kuruluşlarla ilişkiler çerçevesinde yapılan çeşitli işlemlerdir. Gözler'e göre Türkiye'de de iç hukuk alanındaki bazı işlemler ve uluslararası ilişkiler çerçevesinde yapılan bazı işlemler hükümet tasarrufudur ve dolayısıyla da yargı denetimi dışında kalmaktadır. Örneğin, bir uluslararası anlaşmanın askıya alınması, feshedilmesi, diplomatik koruma işlemleri, bir uyuşmazlığı UAD'ye sunma veya sunmama kararı, bir yabancı ülke temsilcisinin "istenmeyen kişi" ilan edilmesi gibi işlemler, savaş halinde savaşın yürütülmesi ile ilgili işlemler gibi. Daha fazla bilgi için bkz. **Kemal Gözler**, *İdare Hukuku*, 1. Cilt, Bursa 2009, s. 645-655.

³⁵ **Foakes**, s. 36.

³⁶ **Fikret Eren**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. bs., Ankara 2017, s. 441; **Kemal Oğuzman**, **Turgut Öz**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Cilt, İstanbul 2017, s. 211.

³⁷ **Oppenheim/ Roxburgh**, *International Law: A Treatise*, s. 527.

³⁸ **Enver Bozkurt/ Selcen Erdal/ Yasin Poyraz**, *Devletler Hukuku*, 9. bs. Ankara 2017, s. 311.

temsil edebileceği uluslararası hukukta yerleşmiş bir kuraldır³⁹. Uluslararası teamül niteliğindeki bu ilke veya kural devlet başkanlarının uluslararası hukukta devletlerin uluslararası kişiliklerinin temsilcisi olarak kabul edilmesinden kaynaklanır⁴⁰.

Jus repraesentationis omnimodae olarak isimlendirilen genel temsil yetkisi esasında aşağıda açıklanmaya çalışılacak olan, diplomatik temsilcileri kabul etme, uluslararası sözleşme imzalama, savaş ilan etme, barışa karar verme gibi yetkilerden oluşmaktadır⁴¹. Dolayısıyla temsil yetkisi söz konusu diğer yetkileri de içine alan genel ve asli bir yetkidir. Bu yetki, devlet liderinin yerine getirmek zorunda olduğu bir görev ve aynı zamanda devlet başkanı için bir haktır⁴². Devlet başkanı uluslararası hukukun bir gereği olarak sahip olduğu bu hakkı kendi hakkı olarak ve kendi şahsı adına değil devlet adına, devleti temsilen kullanabilir⁴³. Bu kapsamda kullanılacak yetkiler, devletin anayasasının belirlediği sınır ve kapsam içerisinde olmak zorundadır⁴⁴. Bu yetkinin sonucu, devletin en üst organı olarak devletin her bakımdan uluslararası ilişkilerinde devlet adına hareket etmesi ve devlet başkanının fiillerinin devlet fiili sayılarak devlete atfedilebilmesidir⁴⁵.

Bu genel temsil yetkisi, devlet başkanının devletin kişiliğinin somutlaşmış hali olduğu yönündeki geleneksel devlet başkanı düşüncesi ile yakından ilgilidir. Devlet başkanının bu kimliği, egemen monarkların pozisyonuyla başlamış olmasına ve monarşilerin ortadan kalkmasıyla son bulmasına rağmen, günümüzde devlet

³⁹ Anlaşma yapılmasına ilişkin bütün işlemler bakımından devlet başkanlarının hiçbir yetki belgesine gerek olmadan yetkili olduklarını bildiren VAHS'nin 7/2. maddesi hükmü de bu teamüli kuralın yansımasıdır.

⁴⁰ **Gözler**, s. 220; **Edip F. Çelik**, *Milletlerarası Hukuk*, Cilt I, İstanbul 1980, s. 495; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 62.

⁴¹ **Oppenheim/ Roxburgh**, *International Law: A Treatise*, s. 529.

⁴² **Pedretti**, s. 9.

⁴³ **Oppenheim/ Roxburgh**, *International Law: A Treatise*, s. 529; **Watts**, *Legal Position*, s. 31.

⁴⁴ **Çelik**, s. 496; **Meray**, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 5.

⁴⁵ **Watts**, *Legal Position*, s. 32; **Meray**, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 5; **Foakes**, s. 41; *Armed activities on the territory of the Congo (DRC v. Rwanda)*, jurisdiction and admissibility, Judgment, 2006, I.C.J Reports, s. 27, para. 46.

başkanlarının statüsü de önemli derecede bu düşüncenin etkilerini taşımaktadır⁴⁶. Bir devlet başkanında vücut bulan bu mistik egemenlik düşüncesinin son yıllarda azaldığı ileri sürülebilmesine rağmen, şüphesiz, bu fikir, devlet başkanının pozisyonu ile ilgili uluslararası hukuk kuralları üzerinde iz bırakmıştır ve pek çok alanda hala güçlü bir etki ortaya koymaktadır⁴⁷.

Devletin başı olma sıfatıyla hem içte hem de dışta devleti temsil yetkisine sahip olan devlet başkanlarının bu yetkisine devletler anayasalarında, kralın uluslararası ilişkileri yönetmesi, uluslararası ilişkiler alanında krallık adına işlemler yapma yetkisi, cumhurbaşkanının uluslararası alanda devleti temsil görevi olduğu gibi farklı ifadelerle yer vermişlerdir⁴⁸. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 104. maddesi "*Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Cumhurbaşkanı, Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin eder.*" ifadesiyle devlet başkanının temsil yetkisini düzenlemiştir.

Bu temsil yetkisinin sonucu, devlet başkanının temsil yetkisinden kaynaklı resmi fiillerinin devletin fiili sayılmasıdır⁴⁹. Bir başka ifadeyle, devlet başkanının devletin bir organı olarak hareket ederken gerçekleştirdiği resmi filleri, ihmal veya kusurları, devletin kendisine atfedilir ve eğer bu fiiller devletin uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmeyi içeriyorsa, devlet bu fiillerden ötürü uluslararası sorumluluğa katlanır⁵⁰. UAD, Nükleer Denemeler Davasında, tartışmaya açık bir

⁴⁶ Eski Fransa Cumhurbaşkanı olan ve günümüzdeki Fransa anayasal düzeninin mimarı olan Charles De Gaulle'nin Fransa devlet başkanının rolünü tarif ederken, devlet başkanını, "ulusun ruhunun vücut bulmuş hali" (*the incarnation of the nation*) olarak ifade etmektedir. Bununla, devlet başkanının, devletin sembolü olduğu vurgusu yapılmaktadır. Bkz. J. L. S. Girling, *France: Political and Social Change*, Psychology Press, 1998, s. 27.

⁴⁷ Bkz. *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)* Provisional Measures, I.C.J Reports, 2003, s. 102: Bu davada muhalif görüş ortaya koyan yargıç Cara, görüşünde şu ifadeye yer vermiştir: "Afrika'da devlet başkanı, ulusun kendisini benliğinde toplar" (*Dissenting Opinion of Judge De Cara*, s. 116).

⁴⁸ Gözler, *Devlet Başkanları*, s. 219.

⁴⁹ Oppenheim/ Roxburgh, *International Law: A Treatise*, s. 529.

⁵⁰ Oppenheim/ Roxburgh, *International Law: A Treatise*, s. 529; Foakes, s. 41.

karar vermiş ve atmosferik denemeler hususunda Fransa Devlet Başkanının, devlet başkanlığı sıfatıyla bir basın konferansında yaptığı açıklamaların yazılı veya sözlü ne şekilde olursa olsun, niyeti ve açıklamanın yapıldığı koşullar göz önünde bulundurularak devletin bir işlemi veya fiilini teşkil ettiğinin, bir başka ifadeyle Fransa Devletini bağlayan bir tek yönlü bildirim teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵¹. Dava konusu olay, Fransa'nın Avustralya ve Yeni Zelanda açıklarında atmosferik nükleer denemeler gerçekleştirmesi ve Avustralya ve Yeni Zelanda'nın bu faaliyetlerin uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğunu iddia etmesiyle ilgilidir. Her iki devlet UAD'de Fransa aleyhine dava açmıştır. Dava devam ederken Fransa tek taraflı olarak bölgede artık nükleer denemeler yapmayacağını bildirmiştir. Bu bildirim üzerine UAD, davanın esasına girmeye gerek olmadığını şu şekilde belirtmiştir: “Hukuki veya fiili durumlara ilişkin tek taraflı yapılan beyanların hukuki yükümlülük doğurma etkisinin olabileceği iyi bilinen bir gerçekliktir. Bu beyanlar çok özel nitelikli olabilirler ki sıklıkla da böyledir. Beyanda bulunan devletin beyanı yaptığı andaki niyeti beyanla bağlı olmaktır ve bu niyet beyana hukuken yükümlülük altına girme niteliğini verir. Bu sebeple herhangi bir beyanda bulunan devletin, hukuken o beyana uygun hareket etmesi beklenir”⁵². Karardan anlaşılacağı üzere devlet başkanı tarafından yapılan tek yanlı bildirim devlet fiili sayılmış ve bildirimin devleti yükümlülük altına soktuğu kabul edilmiştir⁵³.

Aynı şekilde UAD, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki silahlı çatışmalardan dolayı Ruanda aleyhine açılan davada da, devlet başkanlarının uluslararası taahhüt gücüne sahip, tek taraflı işlemlerle devlet adına hareket etme de dâhil sadece görevleri gereği devleti temsil ettiğinin kabul edilmesinin, uluslararası

⁵¹ *Nuclear Test Case (Australia v. France, New Zealand v. France), Judgement, (1974) I.C.J. Reports, s. 253, para. 49.*

⁵² **Yusuf Aksar**, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*, Ankara 2012, s. 110 (Kısaca: *Uluslararası Hukuk-I*)

⁵³ Fakat, UAD, bir başka davada bir basın konferansında spontane yapılan açıklamaların normalde genellikle aynı bağlayıcı etkiyi doğurmayacağını belirtmiştir. Çünkü mevcut koşullar bağlayıcı etki doğurma niyetinin var olmadığını göstermektedir. *Frontier dispute, (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgement, I.C.J. Reports 1986, s. 554, para. 36, 39-40.*

hukukun yerleşmiş bir kuralı olduğunu teyit etmiş ve uluslararası andlaşmalar bakımından bu konuda referans olarak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 7/2(a). maddesini⁵⁴ göstermiştir⁵⁵.

Ancak en azından uluslararası andlaşmalar bakımından devlet başkanının her fiilinin kendi devletini bağlamayacağını VAHS'den anlamak mümkündür. Öncelikle, VAHS'nin andlaşmanın tanımını yapan uluslararası bir andlaşmadan söz edebilmek için anlaşmanın yazılı yapılması gereklidir. Ayrıca, VAHS'nin 46. maddesine⁵⁶ göre, bir devletin, devlet başkanının işlemiyle yükümlülük altına girebilmesi, işlemin devletin ulusal yasalarının temel nitelikli hükümlerini ihlal etmemesi gerekmektedir⁵⁷.

Jus repraesentationis omnimodae olarak ifade edilen genel yetki, devletin kendi anayasasından ziyade, devlet başkanına uluslararası hukukun bir gereği olarak tanınan bir yetkidir. Bu nedenle uygulamada bu temsil yetkisinin devletin kendi anayasal hükümleriyle sınırlanmış olması devlet başkanı rolünün birçok yönden temelini oluşturan uluslararası hukukta devlet başkanının kendi devletini temsil

⁵⁴ VAHS, 7/2. madde: "Görevleri gereği ve yetki belgesine başvurmaksızın aşağıdaki kişilerin Devletlerini temsil ettikleri kabul edilir:

a- Devlet Başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanları, bir andlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemin yapılması amacıyla"

⁵⁵ Armed Activities on the Territory of the Congo (Kongo Ülkesindeki Silahlı Faaliyetler Davası) (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, s. 25.

⁵⁶ VAHS, 46. madde: "İç hukukun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümleri: 1. Bir devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının, iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakıasına, rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, yeter ki ihlal aşikâr ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olmasın. 2. Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikârdır."

⁵⁷ Bkz. **Pazarıcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 62; Meray, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: "Bazı yazarlar devlet başkanının bütün tasarruflarının, onun tarafından açıklanmış iradenin doğrudan doğruya devlete izafe edilmesi gerektiğini savunmuşlardır (*jus repraesentationis omnimodae*). Buna karşılık, diğer yazarlar da devlet başkanının bu temsil yetkisinin, kendi devleti anayasasının sarıh olarak tanıdığı şekil ve ölçüde mevcut olduğunu, bunun dışındaki ve ötesindeki tasarruflarının devlete izafe edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Devlet başkanları kendi adlarına değil, temsilcisi oldukları devlet adına bu yetkileri kullanmaktadırlar. Bu yüzden ancak anayasa ile kendilerine tanınmış yetkilerin çerçevesinde devleti bağlayabilirler" demektedir. **Meray**, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 5-6.

etmeye yetkili olduğunun kabul edildiği gerçeğini etkilemez⁵⁸. Uluslararası hukuka göre, her devlet başkanının devletin uluslararası ilişkilerinde devleti adına hareket edebileceği varsayılır⁵⁹. Ayrıca, bu yetki kesinlikle, devlet başkanının meşru bir devlet başkanı mı yoksa bu makamı zor kullanarak ele geçirmiş bir devlet başkanı mı olduğu sorunundan tamamen bağımsızdır. Bir kişinin geçici olarak devlet başkanı olması dahi onu bu yönde hareket etme konusunda yetkili kılmaktadır. Fakat bir ihtilal sonrası sorunların çözümüne kadar geçen süre içerisinde belli bir kişinin bir devletin başkanı olup olmadığına karar vermek zor olabilir⁶⁰.

C. Savaş ve Barış İlan Etme Yetkisi

Devlet başkanının sahip olduğu geleneksel yetkilerden biri savaş ve barış ilan etme yetkisidir. Monarşilerde, savaş ve barış ilan etme yetkisinin krallara verilmiş olmasına karşın, cumhuriyetlerde bu yetki ya parlamentolara verilmiş ya da parlamento ile devlet başkanı arasında paylaştırılmıştır⁶¹. Dolayısıyla genel itibarıyla, bu yetkinin devlet başkanı elinde olduğu ifade edilse de, uygulamada bu yetkinin kim tarafından veya hangi usule göre kullanılacağı devletlerin anayasalarında farklı şekilde düzenlenmiştir⁶².

1928’de imzalanan Briand-Kellogg Paktı (Paris Paktı) ile savaş taraflar arasında bazı istisnalar haricinde yasaklanmış ve uluslararası bir suç kabul

⁵⁸ **Watts**, *Legal Position*, s. 32; **Foakes**, s. 41; Benzer yönde bir görüşe göre 1969 tarihli VAHS’nin 7. maddesinde yetki belgesine başvurmaksızın devlet başkanlarının devletlerini temsil ettikleri kabul edilmesi uluslararası alanda andlaşmaların akdinde devletin temsiline ilişkindir. Bu konunun iç hukuklarda kabul edilen düzenden bağımsız olarak düzenlendiği Konferanstaki tartışmalardan anlaşılmaktadır. **İşıl Özkan**, “Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, C. 8, s. 2137.

⁵⁹ **Watts**, *Legal Position*, s. 31.

⁶⁰ **Oppenheim/ Roxburgh**, *International Law: A Treatise*, s. 529.

⁶¹ **Gözler**, s. 229, 230; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, savaş hali ilânı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme yetkisini öncelikle Parlamenteoya vermekle beraber, ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde cumhurbaşkanının da, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebileceğini öngörmektedir. (T.C. Anayasası, 92. madde). Gözler’e göre, bu durum da savaş hali ilanı anlamına gelmektedir. **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 391.

⁶² **Foakes**, s. 38.

edilmiştir⁶³. Daha sonra ise BM Şartı'yla yine belli istisnalar dışında ancak ilk kez evrensel düzeyde savaş ve her türlü kuvvet kullanımı yasaklanmıştır. Tüm bunlara dayanarak modern uluslararası hukukta savaş ilan etmenin hala geçerli bir kavram olup olmadığı ile ilgili öncelikli bir sorun olsa da uluslararası hukukun kuvvet kullanmayı meşru gördüğü durumlar için bu yetkinin söz konusu olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁴.

D. Uluslararası Andlaşmalar Akdetme ve Onaylama Yetkisi

Devletler, egemenliklerinin doğal sonucu olarak uluslararası andlaşma⁶⁵ yapma yetkisine sahiptir. Bu yetki genellikle bir devletin devlet başkanına andlaşma yapma yetkisi veren anayasal hükümlerinde kendini gösterir⁶⁶.

Devlet başkanına uluslararası andlaşma akdetme yetkisi veren temel uluslararası belge olan VAHS'nin 7/2. maddesinde özel görevleri sebebiyle hiçbir yetki belgesine gerek olmaksızın devletlerini temsil ettikleri kabul edilen kişiler

⁶³ ABD ve Fransa arasında yapılan andlaşma öncelikle 15 devlet tarafından imzalanmış, daha sonra 64 devletin taraf olduğu ve günümüzde yürürlükte olan Pakt'a Türkiye de 1929 yılında katılmıştır. Ancak, Pakt II. Dünya Savaşı'nın çıkmasını engelleyememiştir. **Aslan Gündüz**, *Milletlerarası Hukuk*, Reşat Volkan Günel (edt.), 6. bs., İstanbul, 2013, s. 104; **Enver Bozkurt**, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı*, Ankara, 2007, s. 6; **Funda Keskin**, "BM ve Kuvvet Kullanma", *Avrasya Dosyası*, BM Özel, C. 8, S. 1, İlkbahar-2002, s. 149 vd.; **Mehmet Sait Dilek**, "Büyük Güçlerin Politikaları ve Briand-Kellogg Paktı", *Uluslararası İlişkiler*, C. 10, S. 37 (Bahar 2013), s. 153.

⁶⁴ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre, savaş ilanı ve silahlı kuvvet kullanılması yetkisi, milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerle sınırlı olarak ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında TBMM tarafından kullanılabilir (T.C. Anayasası, md. 92/1). Ancak TBMM tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Cumhurbaşkanı da, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir (T.C. Anayasası, md. 92/2).

⁶⁵ Burada söz konusu olan andlaşma, "ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve kendine özgü adı ne olursa olsun, devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası andlaşmayı ifade etmektedir" VAHS md.2/1(a). Aynı zamanda andlaşmaların devletler ve uluslararası örgütler arasında veya sadece uluslararası örgütler arasında akdedilmesi de kabul edilmiştir. Andlaşmaların çoğu yazılı yapılmasına karşılık, uluslararası hukukta ve uygulamada bunu gerektiren bir zorunluluk yoktur. **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 106, 107; **Hüseyin Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, 13.bs., Ankara 2016, s. 128; Ayrıca, bkz. *Legal Status of Eastern Greenland Case* (Denmark v. Norway), (1933) PCIJ Series A/B, No 53,71 ve *Nuclear Test Case* (Australia v. France, New Zealand v. France) (1974) I.C.J Reports, s. 267.

⁶⁶ **Foakes**, s. 38.

arasında öncelikle devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanları sayılmıştır⁶⁷. Söz konusu Sözleşme’de devlet başkanı ve sayılan diğer görevlilerin, bir andlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemi yapabileceği belirtilmiştir. Bu uluslararası düzenlemeye uygun olarak birçok devlet de anayasasında devlet başkanına uluslararası andlaşma akdetme yetkisi vermektedir⁶⁸. Soykırım Sözleşmesi’nin uygulanmasıyla ilgili davada⁶⁹, UAD, bu yetkinin ‘evrensel olarak tanınmış’ devlet adına hareket etme yetkisi olduğundan bahsetmiş ve bilhassa VAHS’nin 7/2. maddesi hükmüne atıf yapmıştır⁷⁰.

Bir devlet başkanının uluslararası andlaşma akdetme yetkisi, her andlaşmayı bizzat kendisinin imzalamak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Günümüzde, devlet başkanının andlaşmanın yapılmasına bizzat katılımı, genellikle özel öneme sahip andlaşmalara mahsustur⁷¹. Böyle bir durum, andlaşmanın devleti bağladığının ve devlet adına akdedildiğinin en açık şekli olarak nitelendirilir. 1957 Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Sözleşmesi ve akabinde bu Sözleşmeyle ilgili değişiklikler yapan tüm sözleşmeler, bizzat devlet başkanları tarafından imzalanmıştır. Günümüzde artık yaygın olan, uluslararası andlaşmaların bizzat devlet başkanları tarafından değil, temsilciler tarafından imzalanmasıdır. VAHS’nin 7. maddesinde sıralanan, yetki belgesine gerek kalmaksızın andlaşma görüşmeleri

⁶⁷ Aust, Sözleşme hükmünü “Devlet başkanı, hükümet başkanı, dışişleri bakanının yetkilerine delil göstermelerine gerek yoktur” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. **Anthony Aust**, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Ed., Cambridge University Press, 2013, s. 75-83.

⁶⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında (md.104/b) “Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak” yetki ve görevine yer verilmiştir. Her ne kadar akdetme yetkisi açıkça belirtilmese de uluslararası hukuktaki genel kurala paralel olarak ülkemizde de cumhurbaşkanının “Devletin başı” olması ve anayasamızda da belirtildiği gibi bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini temsil etmesi sebebiyle devlet adına andlaşma görüşmeleri yapma ve andlaşma imzalama yetkisine sahip olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. 1969 tarihli VAHS 7/2. maddesinde, herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç olmadan devleti temsil ettikleri ve dolayısıyla bir andlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemi yapabileceği kabul edilen kişiler arasında öncelikle devlet başkanı sayılmıştır.

⁶⁹ *Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of The Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, preliminary objections (1996) I.C.J Reports, s. 595, para. 44.

⁷⁰ Bkz. **James Crawford**, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 8. Ed., 2012, s. 372 (Kısaca: *Brownlie’s Principles*).

⁷¹ **Aust**, *Modern Treaty Law and Practice*, s. 75.

yapma ve metnin belirlenmesinde doğrudan devletlerini temsil etmeye yetkili kişiler dışındakilerin, andlaşmayı imzalama yetkisine sahip olmaları için devlet başkanı tarafından imzalanan ve adına yetki belgesi denilen resmi bir belgeyle yetkilendirilmesi gerekir⁷². İki taraflı anlaşmaların yapılması için devletleri adına hareket eden kişilerin yetki belgelerine sahip olmaları gerekmemektedir. Çünkü bu tür anlaşmalarda anlaşma metninin oluşturulması genellikle nota teatisi şeklinde gerçekleştirilmektedir⁷³. Ancak, daha basit yöntemlerle andlaşma yapmaya yönelik bir eğilim olmasına rağmen, yetki belgesi hala yaygın olarak kullanılmaktadır⁷⁴.

Savaş ilan etme yetkisinde olduğu gibi, devletler çoğunlukla anayasalarında, uluslararası andlaşma akdetme yetkisinin belli usullere göre kullanılmasını öngörmektedir. Örneğin, ABD’de başkan, bu konuda Senatonun önerisi ve izniyle hareket edebilir. Bu gereklilik, ayrıntılı bir uygulamanın gelişmesine yol açmıştır ki bu uygulamayla “uluslararası andlaşma” ifadesi, çok resmi bazı uluslararası andlaşma türlerine mahsus kabul edilmiş, bunun dışında kalanlar ise andlaşmaların yapılmasıyla ilgili anayasada öngörülen prosedürlerden ve sınırlamalardan kurtulmak için “*executive agreements*” (idari anlaşmalar) olarak nitelendirilmiş ve bunlar için daha basit usul öngörülmüştür⁷⁵.

Andlaşma yapma yetkisi konusundaki iç hukuk kuralları öncelikle devletin kendisini ilgilendirse de, diğer devletlerin de konuya uzak oldukları düşünülemez. Çünkü yetki ile ilgili kuralların ihlal edilmesi suretiyle yapılan bir andlaşma, diğer devletlerin de söz konusu andlaşma ile bağlılıklarını etkileyebilecektir. VAHS’nin 46. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

⁷² **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 123; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, s. 136; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 66; **Aust**, *Modern Treaty Law and Practice*, s. 55.

⁷³ **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 123; Mektup değişimi (*exchange of letters*) olarak da adlandırılan bu tür andlaşmalar, basit usulle yapılan uluslararası andlaşmaları belirtmektedir. **Pazarcı**, 1. Kitap, s. 133.

⁷⁴ **Foakes**, s. 39.

⁷⁵ **Watts**, *Legal Position*, s. 27.

“Eğer bir devletin bir andlaşmayla bağlanma rızası iç hukukun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklanmışsa, o devlet rızasını geçersiz kıldığı gerekçesiyle bu ihlale başvuramaz yeter ki, bu ihlal aşikâr ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olmasın”⁷⁶. Andlaşma yapma yetkisiyle ilgili anayasal hükümler, “temel öneme sahip” olarak kabul edilir⁷⁷.

Devlet başkanlarının kendi devletlerini andlaşmayla bağlı kılma yetkisinin otomatik olarak kabulü şu soruyu gündeme getirmektedir: Andlaşmanın kendisinin onay öngörmediği ve devlet başkanının da andlaşmayı imzalarken çekince koymadığı bir durumda eğer bir devletin anayasası andlaşmaların parlamento onayını almasını ya da diğer bazı anayasal işlemleri gerekli görüyorsa⁷⁸ buna rağmen devlet başkanı sahip olduğu devlet başkanı otoritesine dayanarak, geri dönülemez şekilde sadece andlaşmayı imzalayarak devleti andlaşmayla bağlı kılabilir mi ve dolayısıyla devleti yükümlülük altına koyabilir mi? Bu konu Kamerun ve Nijerya arasındaki Kara ve Deniz Sınır Davasında⁷⁹ UAD önüne gelmiştir. Anlaşmazlığın bir bölümü iki devletin devlet başkanları tarafından bizzat imzalanan Maroua Deklarasyonu’nun hukuki etkisi ile ilgilidir. Kamerun, anlaşmazlık konusu olan topraklarda egemenliğini destekleyen bir belge olarak bu Deklarasyona dayanmıştır. Fakat Nijerya, Deklarasyonun devlet başkanı tarafından imzalanmasına rağmen, Nijerya’nın o zamanki yetkili yasama organı olan Yüksek Askeri Konsey tarafından onaylanmadığını gerekçe göstererek belgenin hukuki temelden yoksun olduğunu ve geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. UAD ise Deklarasyonun uluslararası hukuka göre geçersiz olduğu yönündeki bu iddiayı reddetmiştir. Tam yetkinin bir örneği olan bu

⁷⁶ Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, söz konusu ihlal aşikârdır (VAHS, md.46/2).

⁷⁷ **Watts**, *Legal Position*, s. 28.

⁷⁸ Örneğin, T.C. Anayasasına göre, Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak yetkisi cumhurbaşkanına aittir. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır (md. 104 ve 90/1).

⁷⁹ *Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 2002, s. 303; Kararla ilgili detaylı inceleme için bkz. **Peter H. F. Bekker/ David D. Caron**, “International Decisions”, *The American Journal of International Law*, Vol. 97 (2), 2003, s. 387-398.

davada UAD, devlet başkanına bahsedilen tam yetkinin bir devletin hiyerarşik olarak en üstteki pozisyonundan kaynaklandığını teyit etmiştir⁸⁰. UAD bir devlet adına andlaşma imzalamaya yetkili kişi ile ilgili kuralların temel önemi haiz anayasal kurallar olduğunu tanınmasına rağmen, sınırlamanın tam anlamıyla diğer devletlere bildirilmedikçe, bir devlet başkanının devletini belirli bir andlaşma ile bağlama yetkisine getirilen bu sınırlamanın VAHS'nin 46/2. maddesi bağlamında “açık” olmadığına karar vermiş ve aynı zamanda bu durumun bilhassa devlet başkanlığına ait yetkilerin birden fazla kişiden oluşan bir organa ait olduğu ve bu kişilerin her birinin yetki belgesi olmadan görevinden dolayı devletlerinin temsilcisi sayıldığı durumlarda söz konusu olduğunu da eklemiştir⁸¹. Uluslararası andlaşmanın Nijerya Parlamentosu tarafından onaylanmasının öngörülmesi bir anayasal kural teşkil ediyorsa, UAD'nin bu kararı, VAHS'nin 46. maddesine göre bir uluslararası andlaşmanın temel önemi haiz anayasal kurala aykırı olarak yapılmasının açık bir ihlal sayılması ve bu nedenle de geçersizliğinin ileri sürülebileceği yönündeki kural bakımından tartışmalı görülmektedir.

E. Yabancı Devletlere Temsilci Gönderme ve Yabancı Temsilcileri Kabul Etme Yetkisi

Devletler egemenlik ilkesi uyarınca uluslararası ilişkilerde kendilerini kimlerin temsil edeceğine kendileri karar verirler. Geleneksel uluslararası hukuk kurallarına göre bir devletin uluslararası ilişkilerinde devleti temsil eden merkezi

⁸⁰ *Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria* (2002) I.C.J Reports, para. 264.

⁸¹ *Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria*, para. 265; Dışişleri bakanı bağlamında benzer bir karar için bkz. *Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J Reports (1994)*, s. 112. Bu davada, Bahreyn Anayasası, devletin ülkesi ile ilgili sözleşmelerin ancak yasalaşmasından sonra hukuken yürürlüğe girebileceğini şart koştuğu için Bahreyn, kendi dışişleri bakanı ve onun Katar'dan mevkidaşı tarafından imzalanan tutanağın uluslararası bir anlaşma sayılamayacağını ileri sürmüştür. Benzer bir dava için bkz. *Legal Status of Eastern Greenland Case (Denmark v. Norway)*, (1933) PCIJ Series A/B, No 53,71.

organların ilki ve en önemlisi devlet başkanlarıdır. Diğer merkezi organlar, dışişleri bakanları ve hükümet başkanlarıdır⁸².

Ancak iki devlet arasında diplomatik ilişkilerin sürekliliğini sağlamak açısından bu tür ilişkilerde devamlı hizmet gören temsilcilere ihtiyaç vardır. Bu nedenle bir devletin diğer devlette diplomasi temsilciliği kurması ve diplomasi temsilcisi göndermesi ve kendisine gönderilen diplomasi temsilcisini kabul etmesi gerekecektir. Bu ilişkinin kurulması ise devletlerin birbirini tanımasıyla kendiliğinden gerçekleşmemekte, belli usullerin yerine getirilmesi ile mümkün olmaktadır. Bu konuda öngörülen uluslararası yöntemler diplomasi temsilciliği şefi (misyon şefi) ve diğer diplomasi temsilcileri bakımından farklılık göstermektedir⁸³.

1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde (DİHVS) konuyla ilgili genel kural düzenlenmiştir. Buna göre, bir temsilci resmi olarak atanmadan önce temsilcinin gönderileceği devletin muvafakati alınır (md. 4/1). Diplomatik ilişkinin büyükelçi, elçi veya maslahatgüzar düzeyinde mi olacağı iki devlet arasında kararlaştırılır (md. 15). Muvafakat (*agrément*) alındıktan sonra diplomasi temsilcisinin atama işlemi yapılır. Atama işlemi ise ulusal düzeyde tamamlanmaktadır. Bir başka ifadeyle, muvafakatin alınmasından sonraki süreç devletlerin kendi ulusal düzenlemeleri doğrultusunda gerçekleşmektedir. Bu bakımdan uluslararası andlaşma akdetme, savaş ilan etme yetkisinde olduğu gibi bu yetkinin kullanılması da detaylara bakıldığında ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmektedir⁸⁴. Fakat diplomatik temsilcileri atama ve kabul etme yetkisi genellikle devlet başkanları tarafından kullanılmaktadır⁸⁵. Devletler çoğunlukla anayasalarında, devlet başkanının yabancı devletlere temsilci gönderme ve yabancı

⁸² **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 61; **Ömer İlhan Akipek**, *Devletler Hukuku*, 2. Kitap, 3. bs, Ankara 1966, s. 103; **Gözler**, s. 220.

⁸³ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 81.

⁸⁴ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 81; Ülkemizde, diplomatik temsilcileri (büyükelçiler, murahhaslar, elçiler) atama yetkisi cumhurbaşkanına ait bir yetkidir. Atama işlemi cumhurbaşkanı kararıyla yapılır. 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, md. 2, R. G. 10.7.2018, S. 30474.

⁸⁵ **Foakes**, s. 40.

devletlerin temsilcilerini kabul etme görevine açıkça yer vermektedir⁸⁶. T.C. Anayasası'nda cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin görev ve yetkilerinin sayıldığı 104. madde (b) fıkrasında “*yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek*” yetkisine açıkça yer verilmiştir.

Ataması yapılan diplomasi temsilcisinin nezdinde atandığı devletin devlet başkanına sunulmak üzere kendisini gönderen devletin devlet başkanı tarafından bir itimatname (güven mektubu)⁸⁷ yazılır. Bu belge devlet adına hareket eden temsilcisine itibar edilmesi isteğini içermektedir⁸⁸. Göreve atanan diplomasi temsilcisi genellikle büyükelçi ise, gönderen devletin devlet başkanı tarafından imzalanmış olan ve kendisinin atandığını gösteren güven mektubunu kendisini atayan devletin devlet başkanının temsilcisi sıfatıyla nezdinde atandığı devletin devlet başkanına sunmak zorundadır⁸⁹.

Genellikle diplomatik temsilcilerin atanması veya kabulü resmi nezaket kurallarına göre bir merasimle yapılır⁹⁰. Bu merasimde güven mektubu diplomasi temsilcisi tarafından, kabul eden devletin dışişleri bakanının da huzurunda devlet başkanına sunulur. Kural olarak itimatnamenin sunulması ve karşı tarafça kabul edilmesiyle diplomasi temsilcisi resmen göreve başlamış sayılır⁹¹.

Devlet başkanının bu bağlamdaki yetkisinin önemli bir yönü ise, mevcut koşulların bir devlet başkanının meşruluğuyla ilgili şüphelere neden olduğu durumlarda güven mektubu göndermenin veya gelen güven mektubunu kabul

⁸⁶ **Gözler**, s. 221.

⁸⁷ Güven mektubu, kural olarak devlet başkanından diğer devlet başkanına hitaben yazılan ve diplomatik temsilcinin ilgili devlet nezdinde temsile yetkili olduğunu bildiren resmi yazıdır. Bu itimatnamede temsilcinin resmi sıfatı ve sınıfı belirtilir ve temsilciye itimat edilmesi istenir. **Melda Sur**, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 3. bs., İstanbul 2008, s. 217; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 235.

⁸⁸ **Roberts**, *Satow's Diplomatic Practice*, s. 62.

⁸⁹ **Roberts**, s. 62; **Pazarıcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 81; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 235.

⁹⁰ **Watts**, *Legal Position*, s. 31.

⁹¹ **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 235; **Gözler**, s. 221; **Sur**, s. 216.

etmenin bir devlet başkanının tanındığının açık emaresi ve hukuki göstergesi olabilmektedir⁹².

V. ULUSLARARASI HUKUKTA BAĞIŞIKLIK

A. Bağışıklık ve Benzer Kavramlar

Çok uzun zaman öncesinden bu yana uluslararası teamül hukuku, diplomasi temsilcilerinin diğer bireylerden farklı bir hukuki rejime tabi tutulmasını ve bunun sonucu olarak çeşitli bağışıklıklardan yararlanmasını öngörmüştür. Ancak, diplomasi temsilcilerine bağışıklık tanınarak onları diğer kişilerden farklı bir statüye tabi tutmanın amacı, kişisel olarak onları ayrıcalıklı bir duruma getirmek değil, görevlerini etki ve baskı altında kalmadan yerine getirebilmelerini temin etmektir⁹³. Çünkü bağımsız ve egemen devletler arasındaki ilişkilerin temsilciler aracılığıyla gerçekleştiği göz önünde bulundurulursa, bu bağışıklıklar, uluslararası ilişkilerin istikrarı ve devamlılığı için bir araç olarak görülmektedir. Ayrıcalık ise, bu özel statünün amacı değil ancak sonucu olarak ortaya çıkabilir⁹⁴.

İngilizce “immunity”, Almanca “immunität”, Fransızca “immunité olarak ifade edilen terimin Türkçe karşılığı olarak farklı kullanımların tercih edildiği görülmektedir. Bazı yazarlar, “bağışıklık” terimini kullanmayı tercih ederken⁹⁵, bazı

⁹² İngiltere, Nambiya’yı devlet olarak tanıdığıyla ilgili resmi bir tanıma bildirimi ortaya koymamıştır. Fakat diplomatik ilişkilerin kurulması için Mart 1990’da ilişki içinde olmuştur. Bkz. **Ian Brownlie**, *Principles of Public International Law*, 7. Ed., Oxford University Press, 2008, s. 93.

⁹³ **Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt I, 13. bs., İstanbul 1997, s. 284.

⁹⁴ Gündüz’e göre, bağışıklığın veya dokunulmazlığın, bundan yararlanan kişi veya kişileri diğer kişilerden ayrı ve üstün tuttuğu, bu sebeple de bir ayrıcalığı ifade ettiği açıktır. Bir başka ifadeyle, Gündüz’e göre, dokunulmazlık veya bağışıklıktan yararlanan kişiler bundan yararlandıkları alanda bir ayrıcalığa sahiptir. **Aslan Gündüz**, *Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1984, s. 20, 23 (Kısaca: *Yargı Bağışıklığı*).

⁹⁵ **Gündüz**, *Yargı Bağışıklığı*; **Rona Aybay**, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı”, *TBB Dergisi*, S. 72, 2007; **Ayşenur Tütüncü**, *İnsancıl Hukuka Giriş*, 2. bs., İstanbul 2012, s. 168; **Berat Lale Akkutay**, “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı”, *TBB Dergisi*, S. 113, 2014.

yazarlar ise “dokunulmazlık” terimini kullanmayı tercih etmektedir⁹⁶. Bazı kaynaklarda ise bu terim “muafiyet” olarak çevrilmektedir⁹⁷. Ancak, konumuz bağlamında hangi terimin tercih edilmesi gerektiği ile ilgili sorun daha çok dokunulmazlık ve bağışıklık terimleri arasında ortaya çıkmaktadır. Çünkü muafiyet terimi, zaten bağışıklık kelimesinin eski Türkçedeki kullanımıdır ve günümüzde artık muafiyet yerine bağışıklık teriminin daha çok tercih edildiği görülmektedir⁹⁸.

Bağışıklık (muafiyet), kelime anlamı itibariyle bir yükümden ayırık tutulma, herhangi bir ödevin ya da yükümlülüğün dışında kalma, harç, resim, vergi, hizmet, görev, külfet veya yükten affolunmayı ifade eder. Bu bağlamda bağışıklık, hukukun genellikle başkalarını uygulamaya zorunlu kıldığı görev ve hizmetleri yerine getirmeme, yükümlülüklerle tabi olmama hakkı anlamında kullanılır⁹⁹.

Dokunulmazlık ise kelime anlamı olarak, ilişilmez, karışılmaz olma durumunu, masuniyeti ifade eder, hukuki olarak dokunulmazlık ise, bazı kişilere, mallara veya konulara yasalar tarafından bahşedilen müdahale edememe ayrıcalığını ifade eder¹⁰⁰. Aynı zamanda, dokunulmazlık, bundan yararlanan kişiyi bir ihlale karşı teminat altına alma, koruma anlamındadır ve başkalarına bu kişiye dokunmama, karışmama görevi yüklerken söz konusu kişiye de karışılmama hakkı vermektedir. Örneğin, kişi dokunulmazlığı, kişinin yerel makamlar tarafından tutulmaması,

⁹⁶ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 65; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 290; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 240; **Uğur Bayilloğlu**, “Uluslararası Adalet Divanının Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 27, 2006, s. 30.

⁹⁷ 27.11.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 49. maddesinde “immunity”nin karşılığı olarak “muafiyet” kelimesi kullanılmıştır. Bkz. 12 Aralık 2007 Tarihli ve 26728 Sayılı Resmi Gazete.

⁹⁸ “Muaf” sıfatından türemiş olan “muafiyet”, “yükümlülük dışında tutulmuş bulunmak, bağışlanmış olmak şeklinde tanımlanır. “Vergi hukukunda bir kısım gelirlerin vergi dışında bırakılmış olması gibi. Diploması personelinin bazı vergi ve resimlerden sorumlu olmamaları birer muafiyet sebebidir”. **Esat Şener**, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2001, s. 532.

⁹⁹ **Ejder Yılmaz**, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2011, 4. bs., s. 90; Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, TDK Yayınları, Sayı 549, 1988, s. 128; Bağışıklık (İngilizce karşılığı olarak “immunity”) aynı zamanda tıp, kimya, biyoloji, zooloji gibi pek çok alanda sıkça kullanılan bir terimdir. Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=31820 (E.T: 18.04.2018).

¹⁰⁰ Bkz. **Yılmaz**, s. 195, Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, s. 393.

gözüne alınamaması, tutuklanamamasını kapsamaktadır. Konut dokunulmazlığı ise, kişinin konutuna izinsiz girilememesini içermektedir. Görüldüğü gibi, bu durum, dokunulmazlığın kabul eden devlete karışmama, dokunmama gibi negatif yükümlülükler yüklediğini göstermektedir¹⁰¹.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda uluslararası hukukta bağışıklık, genellikle yabancı devletin idari ve yargı yapısına bağlı kalmadan yabancı devlet otoritesinin koyduğu bir kanun veya kuralın uygulanmasının dışında tutulmayı ifade etmektedir¹⁰². Bu durumda yargı bağışıklığının da, yabancı devlet yasalarının öngördüğü yargılama ve icra yollarının uygulanmasından bağışık tutulmayı kapsadığını söylemek mümkündür¹⁰³. Bu bağışıklık ise uluslararası hukukun kendisine bu bağışıklığı tanıdığı devlet temsilcilerini, yabancı devletin müdahalesinden ve yabancı devletin yargısal denetimine konu olmaktan korumaktadır¹⁰⁴.

Uluslararası hukuk açısından bağışıklığın ve dokunulmazlığın tanımını yapan uluslararası andlaşma bulunmamaktadır¹⁰⁵. Esasında yabancı literatürde bağışıklık (*immunity*) ve dokunulmazlık (*inviolability*) arasında bir terim sorunu ve dolayısıyla hukuki olarak hangisinin tercih edilmesi gerektiği konusunda tereddüt yoktur. Çünkü her ikisi de başka adlarla farklı kavramları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Yerel literatürde ise iki kavram birbirinin yerine kullanılabilmektedir¹⁰⁶.

¹⁰¹ **Gündüz**, *Yargı Bağışıklığı*, s. 22; Bkz. **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 94 vd.; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 244 vd.

¹⁰² **Peter Malanczuk**, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. Ed., Routledge, 1977, s. 118; **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 20; **Alina Kaczorowska**, *Public International Law*, Routledge, 2010.

¹⁰³ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 86; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 240; **Gündüz**, *Yargı Bağışıklığı*, s. 40; Bu nedenle, bir kimsenin bu tür bir bağışıklığa sahip olması, hakkında dava açılmasına engel değildir, sadece yargılama yetkisine engel teşkil eder. **Erson Asar**, s. 13.

¹⁰⁴ **Pedretti**, s. 7.

¹⁰⁵ Bazı uluslararası antlaşmalar dokunulmazlık ve bağışıklıktan bahsetse de bunların tanımına yer vermemektedir. Örneğin, 1961 DİHVS, 1963 KİHVS gibi.

¹⁰⁶ Dönmezer, Erman, diplomatik dokunulmazlıklar adı altında; tutuklanamama, aleyhlerine dava açılammama, vergilerden muaf olma, elçilik binasının dokunulmazlığını sıralarken esasında

Bağıışıklık ve dokunulmazlıkların yanında devletler ulusal kanunlarında ülkelerinde bulunan yabancı diplomasi temsilcileri için bir takım ayrıcalıklara da yer vermektedirler. Bu ayrıcalıkların, bağıışıklıkların dışında bir kavram olduğunu, uluslararası belgelerin orijinal metinlerinde de yer alan “bağıışıklıklar ve ayrıcalıklar” (*immunities and privileges*) şeklindeki kullanımdan anlamak mümkündür. Bu doğrultuda, uluslararası sözleşmelerde, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı gibi dokunulmazlıklar ve yargı bağıışıklığı, bağıışıklık olarak; vergi, resim muafiyeti gibi durumlar ise, bir ayrıcalık olarak telakki edilmektedir¹⁰⁷.

Esasında hem dokunulmazlık hem de ayrıcalık bir bağıışıklığı ifade etmektedir¹⁰⁸. Çünkü her ikisinde de ulusal kanunların uygulanmasına tabi olmama, bir başka ifadeyle kanunların uygulanmasından bağıışık olma durumu söz konusudur. Her iki bağıışıklık türünün aralarındaki fark, bu bağıışıklığın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, uluslararası andlaşmalar gereğince¹⁰⁹ ulusal kanunlarca diplomasi temsilcilerine tanınan vergi muafiyeti veya ayrıcalığı, esasa ilişkin olup

“dokunulmazlığı” bir üst kavram olarak kabul ettiğini ortaya koymaktadır. **Dönmezer/ Erman**, s. 285.

¹⁰⁷ 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi, 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi; 1949 Avrupa Konseyi’nin Bağıışıklıkları ve Ayrıcalıkları Konusunda Genel Sözleşme (General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe), <https://rm.coe.int/1680063729> (E.T: 12.12.2018); 1946 BM’nin Bağıışıklıkları ve Ayrıcalıkları Sözleşmesi (Convention On The Privileges And Immunities Of The United Nations), <http://www.un.org/en/ethics/pdf/convention.pdf> (E.T: 12.12.2018); 1947 BM Uzmanlık Kuruluşlarının Bağıışıklıkları ve Ayrıcalıkları Sözleşmesi (Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies), http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=48887&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (E.T: 12.12.2018).

¹⁰⁸ **Denza**, diplomatik temsilcilere tanınan bağıışıklığın kişisel dokunulmazlık, konut dokunulmazlığı, cezai yargılama yetkisinden bağıışıklık ile istisnalarla birlikte hukuki ve idari yargılama yetkisinden bağıışıklığı kapsadığını söylemektedir. Bu şekilde yazar bağıışıklığı dokunulmazlığı da içine alan bir kavram olarak kabul etmiştir. **Eileen DENZA**, *Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities*, R. Bernhardt (edt.) Encyclopedia of Public International Law Vol. 9 (1986), s. 96; Broomhall da dokunulmazlığın, bağıışıklığın bir şekli olduğunu ifade ederek bağıışıklığın daha geniş bir kavram olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Bruce Broomhall**, *International Justice and The International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003, s. 131; **Bilge Erson Asar**, *Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağıışıklığı*, İstanbul 2016, s. 12.

¹⁰⁹ DİHVS, md. 23 bu ayrıcalıklara yer vermektedir.

kanunun özünden kişiyi bağışık tutmaktadır¹¹⁰. Bu nedenle vergi, resim ayrıcalığı bakımından görevin sona ermesi halinde geriye dönük olarak kişiye vergi kanunlarının uygulanması söz konusu değildir. Dokunulmazlık ise yargı bağışıklığında olduğu gibi ayrıcalığın aksine usule ilişkin olup, ulusal kanunların usule ilişkin olarak görevi süresince kişiye uygulanmasından ve yerel otoritelerin bir takım uygulamalarından bağışık kılmaktadır¹¹¹. Nitelikleri itibariyle farklı olsalar da hepsinin bir bağışıklık türü olması sebebiyle, dokunulmazlık, bağışıklık ve ayrıcalıkların tümü diplomatik bağışıklıklar (*diplomatic immunities*) hukuku adı altında incelenmektedir¹¹². Bu çalışmamızda uluslararası literatüre uygun olarak konuyu bağışıklıklar ve ayrıcalıklar şeklinde ikiye ayırarak ele almanın daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Bu konuda bağışıklık terimi ile karıştırılmaması bakımından “sorumsuzluk” veya “cezasızlık (*impunity*)” terimlerine de değinmek gerekir¹¹³. Cezasızlık veya sorumsuzluk, kelime anlamı itibariyle cezadan muaf olma, cezasız kalma, sorumlu tutulmama durumunu ifade eder. “Cezasızlık”, “sorumsuzluk” uluslararası hukuktan ziyade bir ulusal hukuk terimidir. Çünkü cezasızlık veya sorumsuzluk, olması istenen ve bu nedenle de uluslararası hukukta olması öngörülen bir hukuki rejimi değil, cezasız kalma durumunu ifade etmek üzere sadece kelime anlamıyla

¹¹⁰ Pazarcıya göre, ayrıcalık yerel yasaların özünden bağışık tutulmayı ifade ederken, dokunulmazlık sadece yargılama ve icra yollarının uygulanmasından bağışık tutulmayı belirtmektedir. bu bakımdan Pazarcı’nın her ikisini de bir bağışıklık türü olarak kabul ettiği sonucu çıkarılabilir. Bkz. **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 86.

¹¹¹ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 86; Crawford, yargı bağışıklığının maddi hukuka ilişkin bir istisna olmadığını belirtmektedir. Çünkü bağışıklıktan feragat edilebilir ve ulusal hukuk daha sonra uygulanabilir. **James Crawford**, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8. Ed., s. 406; Ayrıca, DİVHS, 41/1. maddesi de, kabul eden devletin kanunlarına ve nizamlarına riayet etmenin, bağışıklıklarına ve ayrıcalıklarına hâle gelmeksizin, bu gibi bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanan her şahsın görevi olduğu belirtilmiştir.

¹¹² **Martin Dixon**, *Textbook On International Law*, 7. Ed., Oxford University Press, 2013, s. 208.

¹¹³ Esasında bu karışıklık, Türkçe kaynaklardan ziyade yabancı, özellikle İngilizce dilinde yazılmış kaynaklarda yapılmakta, “immunity” yerine hatalı olarak “impunity” terimi kullanılmaktadır. Örneğin, bkz. **Mark A. Summers**, “Immunity or Impunity?: The Potential Effect of Prosecutions of State Officials for Core International Crimes in States Like the United States That Are Not Parties To The Statute of The International Criminal Court”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 31, 2006, s. 491: Kanımızca bu kaynakta kullanılan “impunity from prosecution” ifadesi doğru bir kullanım değildir.

kullanılmaktadır¹¹⁴. Ulusal hukuklarda ise bu kelimelere verilen anlam farklı olabilmektedir¹¹⁵.

Bağıışıklık, bir kişi hakkında yargısal prosedürün işlemlerine engel olmaktadır. Bu bakımdan, yargı bağıışıklığı usule ilişkin bir terimdir. Bir kişinin gerçekleştirdiği fiilden ötürü sorumlu olması gerekmesine rağmen diplomatik dokunulmazlık ve bağıışıklığa sahip olması dolayısıyla, bulunduğu ülkenin yargı yetkisinin dışında kalmaktadır, bir başka ifadeyle yargılanmamaktadır¹¹⁶. Ancak, diplomatik bağıışıklığa sahip olan kişi bağıışıklılığın sona ermesi halinde (görevin sona ermesi veya yargı bağıışıklılığından feragat gibi hallerde) gerçekleştirdiği fiilden ötürü yargılanabilir ve cezaya mahkûm edilebilir¹¹⁷. Sorumsuzluk veya cezasızlık ise belli bir süreyle sınırlı olmaksızın kişinin hiçbir şekilde fiilinden ötürü sorumlu olmamasını veya cezalandırılmamasını ifade etmektedir¹¹⁸. Ulusal kanunlarda cezasızlık sebepleri yani, kişinin cezalandırılmayacağı durumlar belirtilir¹¹⁹.

¹¹⁴ Örneğin, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu belgesi olan Roma Statüsü'nün Giriş Bölümünde, uluslararası suçları işleyen kişiler için cezasızlığa son verme amacından bahsedilmektedir.

¹¹⁵ Bkz. **Ayhan Döner**, "Parlamentar Bağıışıklıklar", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VIII, S. 1-2, s. 54.

¹¹⁶ Ancak bu durum, kişinin kendi ülkesinde yargılanmasına engel değildir (DİHVS, md. 31/4).

¹¹⁷ Kişinin görevi sırasında gerçekleştirdiği resmi eylemler bu durumdan istisna tutulur. Uluslararası teamül hukukunda ikili bir ayırım yapılır. Bunlar, *ratione materiae* bağıışıklık ve *ratione personae* bağıışıklıktır. *Ratione materiae* bağıışıklık, kişinin resmi eylemlerinden ötürü sınırsız süreli, hem hukuk hem ceza davalarından bağıışıklık sağlayan mutlak bir bağıışıklık türüdür. Görevi sona erse dahi, kişi görev sırasında gerçekleştirdiği resmi eylemlerinden ötürü bağıışıklıktan yararlanmaya devam eder. *Ratione personae* bağıışıklık ise, sadece görev süresince kişiyi hukuk ve ceza davalarından korur. Daha detaylı bilgi için bkz. 2. Bölümde yapılan açıklamalara bakınız.

¹¹⁸ UAD da *Arrest Warrant* davasında görevdeki bir dışışleri bakanının yararlandığı bağıışıklılığın, suçun ağırlılığına bakılmaksızın işlemlerinde herhangi bir suçtan ötürü sorumsuzluktan da yararlanacağı anlamına gelmediğini vurgulamıştır. UAD'a göre ceza yargısından bağıışıklık ile bireysel cezai sorumluluk farklı kavramlardır. Yargısal bağıışıklık usule ilişkin iken, cezai sorumluluk esasa ilişkin bir meseledir. Yargısal bağıışıklık belli bir süre ya da belli bir suçtan ötürü yargılamayı engelleyebilir, fakat bu kişiyi tüm cezai sorumluluktan kurtarmaz. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, s. 3, para. 60 (Kısaca: *Arrest Warrant*).

¹¹⁹ Ceza hukukunda bu durumlar, "şahsi cezasızlık sebepleri" ve "cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler" adı altında incelenmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda, sadece belli suçlar bakımından "şahsi cezasızlık sebepleri" sıralanmış ve kişinin cezalandırılmayacağı durumlar belirtilmiştir (Bkz. TCK, md. 167, 273). Aynı zamanda, Anayasada yer alan yasama sorumsuzluğu da bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmektedir.

Sorumsuzluk kavramına ise ulusal hukukta yasama sorumsuzluğu kavramıyla yer verilmektedir. Bu kavram ise, sadece yasama faaliyetlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri için parlamento üyelerine tanınan bir ayrıcalığı ifade etmektedir¹²⁰. Ancak, yargı bağıışıklığına benzer yönleri olsa da, yasama sorumsuzluğu, ceza hukukunda hukuki nitelendirmesi farklı olan bir ulusal hukuk kavramıdır¹²¹.

Daha önce de kısaca bahsedildiği üzere dokunulmazlık ve bağıışıklık kavramı sadece diplomatik temsilcileri koruyan bir kavram değildir. Günümüzde uluslararası hukukta bağıışıklık genel bir biçimde yabancı devletlerin, onların diplomasi temsilcilerinin ve konsolosluk görevlilerinin, devlet gemilerinin ve uçaklarının ülkesinde bulundukları devletin ülkesel yetkilerinin dolayısıyla yargı yetkisinin büyük ölçüde dışında kalmaları durumunu belirtmektedir¹²². Bu genel tanıma göre, uluslararası hukukta dokunulmazlık ve bağıışıklık kavramını şu şekilde üç ana gruba ayırmak mümkündür: devletin ya da uluslararası örgütün kendisinin bağıışıklığı, devlet ya da uluslararası örgütlerin uluslararası ilişkilerdeki temsilcilerinin dokunulmazlığı ve bağıışıklığı, devlet ya da uluslararası örgütlerin gemilerinin ve uçaklarının dokunulmazlığı ve bağıışıklığı¹²³. Bu çalışmamızın kapsamına girmediğinden uluslararası örgütlerin kendisinin ve temsilcilerinin dokunulmazlığı ve bağıışıklığı ile devletlerin ve uluslararası örgütlerin gemilerinin, uçaklarının

¹²⁰ Mutlak yasama dokunulmazlığı olarak da ifade edilen yasama sorumsuzluğu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda düzenlenmiştir (AY, md. 83/1). Yasama sorumsuzluğu, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Meclis'te ileri sürdükleri düşüncelerden ötürü haklarında hukuk ve ceza davası açılmasını engellemektedir. Bkz. **Döner**, "Parlamentar Bağıışıklıklar", s. 49-72.

¹²¹ Türk hukuku ile kıyaslama yapılırsa ilerideki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, esasında hem ulusal hukukta hem uluslararası hukukta aynı mantık hâkimdir. Ulusal hukukumuzda yer alan mutlak yasama dokunulmazlığı (yasama sorumsuzluğu), *ratione materiae* bağıışıklığına benzemektedir. Her ikisi de, görevle ilgili filleri kapsamaktadır, süresizdir (görevden sonra da devam eder), şahsi cezasızlık sebebidir. Nisbi yasama dokunulmazlığı (yasama dokunulmazlığı) ise, *ratione personae* bağıışıklığına benzemektedir. Her ikisi de kişinin görev sırasında işlediği suçlarla ilgilidir, sürelidir (görev sona erdiğinde sona erer), sadece yargılama engelidir. Görev süresi sona erdiğinde kişi, görev sırasında gerçekleştirdiği tüm suçlardan ötürü yargılanabilir. Ayrıca bkz. dn. 117.

¹²² **Hüseyin Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, 8. bs., Ankara 2005, s. 38.

¹²³ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 38; **Philippa Webb**, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford University Press, 2013, s. 62.

dokunulmazlığı ve bağışıklığı konusuna yer verilmeyecektir¹²⁴. Çalışmamızın geri kalan kısmında bağışıklık terimi ile kastedilen “yargı bağışıklığı”dır.

B. Bağışıklığın Tarihi Geçmişi

Tarihsel olarak, bağışıklık kavramının izleri, monarşik yönetimlerin hüküm sürdüğü ve egemenliğin “*legibus solutus*”¹²⁵ olarak nitelendirilen monarka ait olduğu dönemde bulunmaktadır¹²⁶. Bağışıklık konusundaki ilk fikirler, bu statüyü, kişi egemenliğinin söz konusu olduğu ve her hususta vatandaşlardan ve diğer yetkililerden üstün olması ve hatta ilahi güç olduğu iddiasını taşıması sebebiyle mutlak hâkimiyeti meşru kabul edilen krala tanımıştır¹²⁷. Bu dönemde Hristiyanlığın etkisiyle monarkın hükümdarlık yetkisini en ulu güç olan Tanrıdan aldığına inanılmaktaydı. Kralların Tanrının geçici temsilcileri olduğunun ve yetkilerinin ilahi yetki olduğunun kabul edilmesi, monarkların hâkimiyetinin temeli olmuştur. Egemenliği kullanan kişinin varlığı ile devletin varlığı arasında bir ayrımın olmayışı (her ikisinin de tek bir varlık kabul edilmesi) kutsal kabul edilen egemenin (kralın) mutlaklığına neden olduğundan bu durum devletin varlığından ayrı düşünülmeyen devlet başkanları ve devletlerin mutlak bağışıklığı fikrinin ortaya çıkmasına neden olmuştur¹²⁸. Devletlerin uluslararası faaliyetleri ve uluslararası ilişkileri süresince

¹²⁴ Uluslararası örgütlerin yargı bağışıklığı hakkında bkz. **A. Sam Muller**, *International Organizations and Their Host States: Aspects of Their Legal Relationship*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 149-281; **August Reinisch**, *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford University Press, 2013.

¹²⁵ Kelime anlamı olarak, hiçbir yasayla bağlı olmayan, hukuk kurallarından muaf anlamına gelmektedir. Roma özel hukukunda imparator için kullanılan bir ifadedir. <http://thelawdictionary.org/legibus-solutus/> (E.T: 09.09.2016).

¹²⁶ **Hersch Lauterpacht**, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, *British Yearbook of International Law*, (1951), Vol. 28, s. 220, 232.

¹²⁷ **F.H. Hinsley**, *Sovereignty*, 2. Ed., Cambridge University Press, 1986, s. 16, 38.

¹²⁸ **Malanczuk**, s. 119; **Mark A. Summers**, “Immunity or Impunity?: The Potential Effect of Prosecutions of State Officials for Core International Crimes in States Like the United States That Are Not Parties To The Statute of The International Criminal Court”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 31, 2006, s. 463, 466; **Erin M. Callan**, “In Re Mr. And Mrs. Doe: Witnesses Before The Grand Jury And The Head Of State Immunity Doctrine”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 22, 1989, s. 126; Monarkın çoğunlukla dini nitelik taşıyan, ilahi kaynaklara dayanan otoritesinin, ilahi sayılan şahsının korunması devletin korunması sayılmıştır. Kral ve hanedan ile kral özdeşleşmiştir. Son yüzyılda devletlerin ulusal

egemen gücün bağımsızlığını, devletin hem diplomatik temsilcilerine yani elçilerine hem de savaş gemilerine tanımak zorunlu olmuştur. 18. yüzyılın ortaları itibariyle, diplomatların bağımsızlığını tanıyan açık bir uygulama kendini göstermiştir¹²⁹.

Bununla birlikte, 1648 Westfalya Andlaşması bir modern devlet olarak egemen ulus devlet döneminin başlangıcı olmuştur. Fransız Devrimi ile son bulan 18. yüzyılın sonlarına, 19. yüzyılın başlangıcına doğru devlet yönetiminde mutlak monarşiler yerini demokratik yapılara bırakmıştır. Bu zaman dilimi, modern devlet fikrini ve egemen kişinin bağımsızlığından ayrı olarak devletin bağımsızlığını beraberinde getiren, ayrı bir kişi olarak devletin varlığını kabul eden fikri tamamıyla kabul ettirmiştir¹³⁰. Bir başka ifadeyle, devletin bağımsızlığı kavramı kaynağını devlet başkanlarının bağımsızlığı ilkesinde bulur. İkincisinin varlık nedeni ise *par in parem non habet imperium* (eşitin eşit üzerinde egemenliği olamaz) ilkesidir. Başlangıçta devlet başkanlarının şahsı için kabul edilen bu ilke daha sonra devletin tüzel kişiliği bakımından da söz konusu olmaya başlamış ve 18. yüzyıl sonundan itibaren devletlerin eşitliği ve bağımsızlığı ilkelerine dayandırılarak açıklanmış ve uluslararası hukuktaki uygulamaya yerleşmiştir¹³¹.

Diplomatik bağımsızlık, devlet başkanı bağımsızlığı, devlet bağımsızlığı kavramları her ne kadar birbiriyle yakından ilgili olsa da birbirinden farklı

düzenlemelerinde kendi devlet başkanlarına karşı işlenen suçların devlet başkanının şahsı dışında devlete karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmesi ve hatta günümüzde devlet başkanına karşı işlenen suçların devletin varlığı aleyhine işlenen suçlar kapsamında değerlendirilmesi bu eski düşüncenin evrim geçirmiş bir uzantısıdır. Fakat herşeye rağmen cumhuriyetlerde devlet başkanının krallardan farklı olarak kişisel olarak korunmadığını, devleti temsil ettiği için fonksiyon ve sembol olarak korunmadan yararlandığını belirtmek gerekir. Bkz. Bkz. **Çetin Özek**, *Devlet Başkanına Karşı Suçlar*, İstanbul 1970, s. 10.

¹²⁹ **Emmerich De Vattel**, *The Law of Nations; or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Sovereigns*, Luke White, 1792; **Eileen Denza**, *Diplomatic Law: Commentary on The Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2. Ed., Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 1.

¹³⁰ Bkz. **Yitiha Simbeye**, *Immunity and International Criminal Law* (Aldershot: Ashgate Publishing, 2004), s. 93.

¹³¹ **Sevin Toluner**, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi*, 2. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1979, s. 335; **Meray**, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 7-8; **Pazarıcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 63; **Alexander Orakhelashvili**, *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 154.

kavramlardır¹³². Bu nedenle her birinin ayrı ayrı ele alınmasında çalışmamız bakımından fayda görüyoruz.

C. Devletin Yargı Bağımsızlığı

Devletin yargı bağımsızlığı, bir devletin başka bir devletin ulusal mahkemeleri önünde yargılanamamasını, cebri icradan muaf olmasını ifade etmektedir¹³³. Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri, devletin kendi ülkesi üzerinde münhasır egemenliği olmasıdır. Devletin kendi ülkesi üzerindeki münhasır yetkileri, her türlü yasama, yürütme ve yargı işlemini kapsamaktadır. İşte, devletin yargı bağımsızlığı, devletin bu münhasır yetkisine uluslararası hukukun getirdiği bir istisnadır¹³⁴. Çünkü devletin yargı bağımsızlığı, bir devletin başka bir devlet üzerinde uluslararası hukukun öngördüğü ölçüde yargı yetkisini kullanmaması anlamına gelmektedir¹³⁵. Bir başka ifadeyle, devletin yargı bağımsızlığı, bir devletin başka bir devletçe yargılanmasından ve ona karşı kararların uygulanmasından bağımsız tutulmayı ifade etmektedir¹³⁶. Latince bir atasözü olan “*par in parem non habet imperium*” ifadesiyle ortaya konulan bu durum, eşitin eşit üzerinde yargı yetkisi olamayacağı anlamına

¹³² **Jürgen Bröhmer**, “Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a Notorious Human Rights Violator”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 2, 1999, s. 361-371; **Jens M. Iverson**, “The Continuing Functions of Article 98 of the Rome Statute”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, 2012, s. 14.

¹³³ Devletin yargı bağımsızlığını ifade etmek üzere farklı kullanımların tercih edildiği de görülmektedir. Örneğin, Aksar, “devlet dokunulmazlığı” terimini kullanırken (Bkz. **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 290), Özkan, “devletin yargı dokunulmazlığı” kavramını tercih etmiştir (Bkz. **İşıl Özkan**, “Devletin Yargı Dokunulmazlığı”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı, 1975, s. 613); Gündüz’e göre yabancı devletin yargısal bağımsızlığını ifade etmek üzere dokunulmazlık teriminin kullanılması gerçeği yansıtmaz. Çünkü yabancı devletin yargı bağımsızlığı çok sınırlanmıştır, oysa dokunulmazlık terimi kesin bir yasağı hatırlatır. **Gündüz**, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 23.

¹³⁴ **Pazarıcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 30; **Toluner**, s. 334; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 290.

¹³⁵ Gündüz, burada yargı yetkisine değil, bu yetkinin kullanılmasına sınırlama getirildiğine, bu sebeple bir devlet başka bir devletin kanunlarını ihlal ederse bu ihlalden sorumlu olacağına, fakat devletin yargı bağımsızlığının, sorumluluğun mahkemeler kanalı ile bir yaptırıma bağlanmasını engellediğine, sorumluluğun doğmasına engel olmadığına işaret etmiştir. Bkz. **Aslan Gündüz**, *Milletlerarası Hukuk*, s. 565.

¹³⁶ **Pazarıcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 38; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 291.

gelmektedir¹³⁷. Bu tüm devletlerin eşit sayıldığı modern uluslararası hukukun temel kurallarından biridir¹³⁸.

1. Devletin Yargı Bağımsızlığının Dayanağı

Uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan devletlerin egemen eşitliği ilkesinin gereği, devletlerin ekonomik, askeri, siyasi, teknik gelişmelerine bakılmaksızın her devletin birbiriyle hukuken eşit kabul edilmesidir. Bu sebeple, haklara sahip olma ve yükümlülük altına girebilme bakımından devletler arasında ayırım yapılamaz¹³⁹. Söz konusu ilkenin bir diğer gereği ise, bir devletin başka bir devletin işlerine müdahale etmemesi yükümlülüğü altında olmasıdır (BM Şartı md. 2). Devletlerin egemen eşitliği, devletin yargı bağımsızlığının temeli olmuştur¹⁴⁰.

Devletin yargı bağımsızlığını uluslararası nezaket kurallarıyla açıklayan görüşler bulunmasına rağmen bu görüşün savunulması mümkün değildir. Bu görüşe göre, ülkesi üzerinde münhasır yetkiye sahip olan devlet uluslararası ilişkilerin bozulmaması, işbirliğinin geliştirilmesi gibi amaçlarla kendi mahkemeleri önünde diğer devleti yargılamaktan vazgeçmektedir¹⁴¹. Ancak, devletin yargı bağımsızlığı uluslararası hukuktan kaynaklanmaktadır ve bir uluslararası teamül hukuku

¹³⁷ Latince söz, “Bir egemen güç diğerinin yargıci olamaz, eşitin eşit üzerinde egemenliği olamaz, bir devlet kendi otoritesini bir başka devlet üzerinde kullanamaz, Bir egemen devlet bir başka egemen devletin yargı yetkisinin konusu olamaz.” gibi farklı şekillerde çevrilmiştir. Bkz. **Pazarıcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 63; **Jürgen Bröhmer**, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers (Kısaca “State Immunity”), 1997, s. 14; **Antonio Cassese**, *International Law*, Oxford University Press, 2005, s. 98; **Anthony Aust**, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, 2010, s. 145; **Xiaodong Yang**, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, s. 54.

¹³⁸ **Orakhelashvili**, s. 209.

¹³⁹ **Yusuf Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 291; **Christopher C. Joyner**, *International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance*, Rowman & Littlefield, 2005, s. 51.

¹⁴⁰ **Bröhmer**, *State Immunity*, s. 14; Kaynağının ne olduğu uzun yıllar tartışılmış olsa da baskın görüş, dokunulmazlık ve bağımsızlığın uluslararası toplumda devletlerin eşitliğinden, bağımsızlığından ve saygınlıklarından (onurundan) türediği yönündedir. **Cassese**, s. 98; **Yang**, s. 35; Dokunulmazlık ve bağımsızlığın hukuki dayanaklarını açıklayan farklı görüşler için bkz. **Gündüz**, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 45 vd.; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 293 vd.; **Bröhmer**, *State Immunity*, s. 10,11.

¹⁴¹ **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 294; **Gündüz**, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 66.

kuralıdır¹⁴². Devletler bu kuralın gereği olarak birbirlerine bağımsızlık tanımaktadır. Devletin yargı bağımsızlığının varlığı halinde ulusal mahkemelerin yargı yetkisini kullanmamaları uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülük olduğundan bu yükümlülüğe aykırı davranılması bir devletin yabancı devlete karşı hukuken sorumluluğunu doğurur¹⁴³.

2. Mutlak Bağımsızlık Doktrini

Geçmişte devletin yargı bağımsızlığı konusundaki uygulamaya bakıldığında, bu konuda iki görüşün ön plana çıktığı görülmüştür. Bunlar mutlak bağımsızlık doktrini, diğeri ise sınırlı bağımsızlık doktrini¹⁴⁴. Geleneksel uluslararası hukukta, devletin yargı bağımsızlığı mutlak bağımsızlık anlayışıyla kendini göstermiştir. Mutlak bağımsızlık doktrinine göre, uyuşmazlık konusu ne olursa olsun bir devlet tüzel kişiliği kendi rızası olmaksızın başka bir devletin mahkemeleri önünde davalı olarak yargılanamaz¹⁴⁵.

Mutlak bağımsızlık konusunda ilk büyük yargısal karar, Amerikan Yüksek Mahkemesinin, yabancı savaş gemilerinin ulusal mahkemenin yargı yetkisinden bağımsız olmasına ilişkin 1812 tarihli *The Schooner Exchange v. Mc. Faddon* davasında verdiği karardır¹⁴⁶. Uyuşmazlık konusu olayda, Amerikan vatandaşlarına ait olan Exchange adındaki gemi, 1810 yılında Fransız Devleti tarafından açık denizde yakalanıp müsadere edilmiş ve savaş gemisine çevrilmiştir. Bu gemi 1811 yılında ABD'nin Philadelphia limanına gelmiş ve eski sahipleri geminin kendilerine

¹⁴² **Gündüz**, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 92; Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin BM Sözleşmesi'nin başlangıç kısmının ilk paragrafında, devletin yargı bağımsızlığı, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak kabul edilmiştir. Sözleşme çevirisi için bkz. **Gündüz**, *Milletlerarası Hukuk*, s. 567-576; Ayrıca bkz. **Toluner**, s. 335.

¹⁴³ **Gündüz**, *Milletlerarası Hukuk*, s. 565; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 291.

¹⁴⁴ Bu konuda üç model olduğu yönündeki görüş için bkz. **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 5.

¹⁴⁵ **Toluner**, s. 335; **Aybay**, s. 109; **Joyner**, s. 51; **Yang**, s. 7; Mutlak bağımsızlık teorisinin gerekçesini açıklayan görüşler için bkz. **Toluner**, s. 338.

¹⁴⁶ **Hazel Fox**, *International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States*, Malcolm David Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2014, s. 339; **M. Ezgi Erten**, *Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslararası Hukukta Devletin Yargı Bağımsızlığı*, Ankara 2016, s. 16.

iadesi için dava açmıştır. Yerel mahkeme davacının talebini reddetmiş, istinaf mahkemesi ise bu kararı bozmuştur. Dava Yüksek Mahkemede temyiz edilmiştir. Yüksek mahkemenin kararı ise devletin mutlak bağımsızlığı yönünde olmuştur. Mahkeme başyargıcı Marshall kararında “*one sovereign being is in no respect amenable to another*” (bir egemen güç başka bir egemen güce karşı sorumlu değildir) ifadesini kullanmıştır¹⁴⁷. Mahkeme, devletlerin egemen eşitliğinin ve mutlak bağımsızlığının bir devletin ülkesi üzerinde tam münhasır yetkisini kullanmasına engel olduğuna, dolayısıyla Fransa’nın tam egemen bağımsız bir devlet olduğundan başka bir devlet ülkesinde (Amerikan Yüksek Mahkemesince) yargılanamayacağına, yabancı savaş gemilerinin de mutlak bağımsızlık kapsamında olması sebebiyle geminin mülkiyetinin kime ait olacağına ilişkin bu davada yargılama yetkisini kullanamayacağına hükmetmiştir¹⁴⁸. Bu dava geleneksel devlet bağımsızlığı teorisinin (klasik görüşün) timsali olarak anılmaktadır¹⁴⁹.

Mutlak yargı bağımsızlığı konusunda verilen bir başka örnek, İspanya aleyhine açılmış bir davada Fransız Yargıtay’ı tarafından verilen 1849 tarihli *Casaux* kararıdır¹⁵⁰. Dava konusu olayda Fransız Yargıtay’ı yabancı devlet konumunda olan İspanya’nın Fransız mahkemeleri önünde yargılanamayacağı kararına varmıştır. Karar gerekçesinde özetle şu hususlara yer verilmiştir: “*Devletlerin bağımsızlığı uluslararası hukukun en tanınmış ilkelerinden biridir, bir devletin başka bir devletin mahkemeleri önünde yargılanmasına bu ilke engeldir. Devletle ilişkiye giren kişi bunu bilmek durumundadır*”¹⁵¹.

¹⁴⁷ *The Schooner Exchange v. McFadden*, U.S. Supreme Court, 11 U.S. 116 (1812), 137, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/case.html> (E.T: 20.04.2016).

¹⁴⁸ **Bröhmer**, *State Immunity*, s. 14, 15; Kararın geniş analizi için bkz. **Ernest K. Banks**, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer Science & Business Media, 2005, s. 15.

¹⁴⁹ Dava hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Gündüz**, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 222.

¹⁵⁰ *Gouvernement Espagnol v. Casaux* (1849): Bu dava İspanya ordusunun askerlerinin kullanması için İspanya Hükümeti tarafından Fransa’dan çizme satın alması ve zamanında Fransız tüccarlarına ödememe yapılmaması nedeniyle tüccarların davacı olması ile ilgilidir.

¹⁵¹ **Aybay**, s. 109.

İngiltere Yüksek Mahkemesi, 1880 *The Parliament Belge* kararıyla mutlak bağıışıklık ilkesini teyit etmiş, hatta bu davada yabancı bir devletin tüm gemilerini kapsayacak şekilde, ilke daha da geniş biçimde yorumlanmıştır. Artan hoşnutsuzluğa rağmen 1970'lere kadar bu ilke İngiliz Mahkemeleri tarafından yabancı bir devletin tüm fiillerini kapsayacak şekilde yani mutlak olarak uygulanmıştır¹⁵².

3. Sınırlı Bağıışıklık Doktrini

19. yüzyılda verilen mahkeme kararlarına bakıldığında, mutlak bağıışıklık anlayışının benimsenmesinin dayanağının, devletin egemenlikten kaynaklanan yetkileri kullandığı ve devletin eylem ve işlemlerine karşı yargı yetkisinin kullanılmasının aslında yargı yetkisinin onun egemen sıfatına karşı kullanılması anlamına geldiği düşüncesi olduğu görülür¹⁵³. Bu sebeple, devletlerin özel kişiler gibi ekonomik ve ticari faaliyetlere katılmaya başlamasıyla bu bağıışıklıktan yararlanmalarının dayanağının kalmadığı görüşü, devletin yargı bağıışıklığı kapsamını daraltan sınırlı bağıışıklık (çağdaş bağıışıklık) görüşüne doğru eğilimi artırmıştır¹⁵⁴.

Devletin asli görevi ülkeyi yönetmektir. Bunu da kamu hukuku alanındaki işlemleriyle gerçekleştirir. Ancak devletin ihtiyaçlar doğrultusunda mal iktisap etmesi, sözleşme yapması, borçlanması veya alacaklı olması, sanayi ve ticaret alanında işlemler yapması da mümkündür. Fakat devletin özel hukuk alanında işlemler yaparken egemenliğini kullanması söz konusu değildir. Egemenliğini kullanmadığı için de bağıışıklığın tanınması gerekmez¹⁵⁵.

Çağdaş bağıışıklık doktrini, geleneksel (mutlak) bağıışıklık doktrinine göre daha sınırlıdır. Sınırlı bağıışıklık genel olarak, devletlerin sadece egemenlikten kaynaklanan işlemleri ile ilgili uyuşmazlıklarda bağıışıklıktan yararlanmasını, özel

¹⁵² Fox, *International Law*, s. 340; Tim Hillier, *Sourcebook on Public International Law*, Cavendish Publishing, 1998, s. 290.

¹⁵³ Fox/ Webb, *State Immunity*, s. 26.

¹⁵⁴ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 38.

¹⁵⁵ Gündüz, *Yargı Bağıışıklığı*, s. 171.

hukukla düzenlenen alanda özel bir kişi ile taraf olduğu ilişkiden ötürü devletin özel hukuk kişisi olarak gerçekleştirdiği işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise bağışıklıktan yararlanamamasını, yani yargı yetkisini haiz olan yabancı devlet mahkemesi önünde yargılanabileceğini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, bu görüş, devletlerin egemenlik işlemleri ile (*acta jure imperii*), özel işlemleri (*acta jure gestionis*) arasında bir ayırım yapılmasını öngörmektedir¹⁵⁶.

1917 Sovyet İhtilali'ne kadar, ticari faaliyetler özel kişilere bırakılmıştı ve devletin bu alandaki müdahalesi sadece koruma yetkisiyle sınırlıydı. İhtilal ve ardından gelen kamulaştırma politikaları, sömürgeci güçler ile onlara bağlı devletler arasındaki ilişkide, 19. yüzyılın ortalarında zaten başlamış olan değişimi daha da hızlandırmıştır. Devletin mülkiyetinde olup ticari amaçlarla kullanılan gemilerle ilgili davalardan da anlaşılacağı gibi, birçok devletin ekonomik hayatındaki değişiklikler devleti ticari hayatın büyük figürü haline getirmiştir. Devletin ticari hayattaki müdahalesi daha da artmış, sosyalist devletler üretim ve pazarlama araçlarının özel mülkiyetine izin vermeyerek ticari faaliyetleri kendileri yürütmeye başlamıştır¹⁵⁷. Bunun sonucu olarak, devletin sahip olduğu teşebbüsler ile özel teşebbüslerin ticari faaliyetlerle ilgili konulardaki uyuşmazlıklarda karşı karşıya gelmesi halinde devletin mutlak bağışıklıktan yararlanması, devleti özel kişilere karşı ayrıcalıklı bir konuma getirmiştir¹⁵⁸. Bir başka ifadeyle, ticari hayatta, birbiriyle ilişki kuran iki taraftan birinin (devletin) diğer tarafa göre ayrıcalıklı konumda bulunması, bu ticari ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda mutlak yargı bağışıklığına sahip olması, özel teşebbüslerin

¹⁵⁶ Joyner, s. 51; Gündüz, *Yargı Bağışıklığı*, s. 171; Toluner, s. 340; Aybay, s. 110; Devlet bağışıklığı söz konusu olduğunda, sadece devletler tarafından gerçekleştirilen dolayısıyla egemen yetkiler kullanılarak gerçekleştirilen fiiller (*acta jure imperii*) ile sadece özel kişiler tarafından gerçekleştirilen fiiller (*acta jure gestionis*) arasında bir ayırım yapılır. *Acta jure imperii* bakımından bağışıklık tanınırken, *acta jure gestionis* ise devlete karşı açılan davaları engelleyemez. Bkz. Crawford, *Brownlie's Principles*, s. 488; Robert Jennings/ Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9.Ed., Vol. 1, Peace, Longman, 1992, s. 357; Yang, *State Immunity*, s. 32; Fox/ Webb, *State Immunity*, s. 4-5; Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 6 Ed. 2008, s. 701; Malanczuk, s. 119; Bir başka ifadeyle *acta jure imperii* ve *acta jure gestionis* arasında ayırım yapmada belirleyici unsur, fiilin niteliğidir; Ayrıca bkz. Gündüz, *Yargı Bağışıklığı*, s. 179-183.

¹⁵⁷ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 39; Bröhmer, *State Immunity*, s. 17.

¹⁵⁸ Aksar, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 294.

devletle ticari ilişkiler kurmaması eğilimine neden olmuştur. Bu durum 18. yüzyıl sonlarında yerleşmeye başlayan geleneksel görüşün hala uygun olup olmadığı sorusunu akla getirmiş ve bu nedenle, yabancı devletler tarafından ticari gemilerin işletilmesiyle ilgili davalarda devletin yargı bağıışıklığının kapsamını daraltmaya yönelik girişimler sürpriz olmamıştır¹⁵⁹. Sınırlı bağıışıklığa doğru bu değişim, devletlerin eşitliği ve bağıımsızlığı hedefleriyle çatışmadan uluslararası hukukun devletlerin kapsamlı ticari faaliyetlerine uyum sağlamasına imkân vermiştir¹⁶⁰.

Bireylerin hak kaybı söz konusu olduğunda devlet aleyhine başvurabilecekleri bir kanun yolunun bulunmaması, bireylerin klasik kuralı (mutlak bağıışıklık doktrini) uygulayan devletler ile iş yapmaktan çekilmelerine de neden olmuştur. Bu durum söz konusu devletler aleyhine de bir sonuç yaratmıştır¹⁶¹. Ticari faaliyetlerle ilgili devletin bağıışıklığı sorununa gönderme yapan ilk önemli kararlardan biri 1950 Avusturya Yüksek Mahkemesinin *Dralle*¹⁶² kararıdır. Mahkeme konuyla ilgili medeni milletlerin mahkemelerinin uygulamalarını detaylı biçimde incelemiş ve şu sonuca varmıştır: Devletlerin yabancı ülkelerde tüm ticari faaliyetleri için klasik bağıışıklık doktrini söz konusu olmaktaydı. Yani, özel işlemler ile egemenlikten kaynaklı işlemler arasında bir ayrım yoktu. Ancak bugün durum tamamen farklıdır. Devletlerin ticari faaliyetlere girişmesi, hem kendi vatandaşlarıyla hem de yabancılarla rekabete girmesi karşısında, klasik bağıışıklık doktrini anlamını yitirmiştir ve artık bir uluslararası hukuk kuralı olarak tanınamaz¹⁶³.

1952’de Birleşik Devletler’de ünlü “*Tate letter*” adlı belge¹⁶⁴ mutlak bağıışıklık görüşünden sınırlı bağıışıklık görüşüne geçişe işaret etmiş ve bu belgeyle

¹⁵⁹ Bröhmer, *State Immunity*, s. 17.

¹⁶⁰ Malanczuk, s. 120; Mutlak veya sınırlı devlet bağıışıklığı doktrini hakkında daha detaylı bilgi için Gündüz, *Yargı Bağıışıklığı*, s. 163-170; Alebeek, *The Immunities of States and Their Officials*, s. 12 vd.; Bröhmer, *State Immunity*, s. 14-19; Fox/ Webb, *State Immunity*, s. 131 vd.

¹⁶¹ Gündüz, *Yargı Bağıışıklığı*, s. 170.

¹⁶² *Dralle v. Republic of Czechoslovakia Austria, Supreme Court*, 1950.

¹⁶³ Bröhmer, *State Immunity*, s. 18; Hillier, s. 289.

¹⁶⁴ 19 Mayıs 1952’de ABD Dışışleri Bakanlığında hukuk danışmanı olarak görev yapan Jack B. Tate, “*Tate letter*” (Tate Belgesi) olarak bilinen ve ABD Dışışleri bakanlığının uzun süredir tanıdığı,

bağışıklığın sadece devletin egemenlik işlemleri bakımından geçerli olduğu, özel ve ticari nitelikteki faaliyetler için yargı bağışıklığının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir¹⁶⁵. Yine Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 1963 İran Büyükelçilik kararında bağışıklık konusuna değinmiş ve sonuçta 13 yıl önceki Avusturya Yüksek Mahkemesi kararı ile aynı sonuca varmıştır¹⁶⁶. Alman Mahkemesi, bu kararında devletin egemenlikten kaynaklanan fiili ile özel fiili arasındaki ayrım kriterinin fiilin veya işlemin amacı değil niteliği olduğunu belirtmiştir. Kamu amacı her zaman bir devlet fiiline atfedilebildiği için, nitelik kriterine göre, bu fiile özel bir kişinin karışıp karışmadığının sorgulanması gerekir. Eğer cevap olumluysa, söz konusu fiil bir özel fiildir. Bir başka ifadeyle, işlemin hangi amaca hizmet ettiği ve devletin bunu hangi amaçla yaptığının önemi yoktur. Eğer işlem mahiyeti gereği sadece devlet tarafından yapılabilen bir işlemse, bu işlem egemenlik işlemidir. Aksine bu işlem özel kişiler tarafından da yapılabilen bir işlemse, özel hukuka tabi bir işlemidir. Bu da nitelik kriterinin sınırlı bağışıklık görüşünün kapsamını genişlettiğinin kanıtıdır¹⁶⁷. Günümüzde kabul edilen görüş de bu doğrultudadır. Nitekim yabancı devletin bu sınırlı bağışıklığın kapsamının ne olduğunun belirlenmesi açısından, yabancı devletin faaliyetlerinin niteliğine bakılarak bir ayrıma gidildiği görülmektedir¹⁶⁸.

devletin mutlak yargı bağışıklığı doktrinini terketmesini bildiren ve bu vesileyle davacıların yabancı hükümetlerin ticari ve diğer özel hukuk işlemlerinden ötürü onları dava edebilmelerini mümkün hale getirmekten söz eden belgeyi imzalamıştır. Bu belgenin uygulanmasını sağlamak için daha sonra bir ABD yasası olan 1976 Yabancı Devlet Bağışıklığı Yasası (FSIA- Foreign Sovereign Immunities Act) çıkarılmıştır. Böylece, Tate Letter, ABD’de mutlak devlet bağışıklığı doktrinin terkedilerek sınırlı devlet bağışıklığı doktrinin ABD hukukunda hâkim olmasında bir dönüm noktası olmuştur. Bkz. **Ruth Donner**, “The Tate Letter Revisited”, *Willamette J. Int’l L. Disp. Resol.*, Vol. 9 (1), 2001, s. 27; **Michael E. Jansen**, “FSIA Retroactivity Subsequent to the Issuance of the Tate Letter: A Proposed Solution to the Confusion”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 10 (2), 1989, s. 346; **Robert M. Jarvis**, “The Tate Letter: Some Words Regarding Its Authorship”, *American Journal Of Legal History*, vol. 55, 2015, s. 465; **Christopher D. Totten**, “Head-of-State and Foreign Official Immunity in the United States After Samantar: A Suggested Approach”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, Issue 2, 2011, Article 6, s. 339.

¹⁶⁵ **Bröhmer**, *State Immunity*, s. 18; **Hillier**, s. 289; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 295.

¹⁶⁶ **Bröhmer**, *State Immunity*, s. 18.

¹⁶⁷ **Bröhmer**, *State Immunity*, s. 18; **Toluner**, s. 341; **Gündüz**, *Yargı Bağışıklığı*, s. 181.

¹⁶⁸ Pazarıcı, egemenlik fiili ile devletin özel fiili ayrımının kim tarafından yapılacağı konusunu şu şekilde izah etmiştir: “Devletler ulusal yargı organlarının önüne gelen davalarda bu ayrımı kendi

20. yüzyılın ikinci yarısına kadar devletler mutlak bağışıklık doktrini uygulamışlardır. Günümüzde ise, batılı devletlerin çoğuna bakıldığında hâkim olan ve uygulama ile de desteklenen görüşün sınırlı bağışıklık görüşü olduğu görülür. Sınırlı bağışıklık anlayışıyla, devletin yargı bağışıklığı, devletin egemenlik işlemleri ile sınırlandırılmıştır¹⁶⁹. Şunu da belirtmek gerekir ki, bir devletin kendi rızasıyla bağışıklık ve bağışıklıklarından vazgeçmesi her zaman mümkündür¹⁷⁰.

Devletin bağışıklığı hakkındaki kuralların uygulanmasında devletler arasında yeknesaklığın sağlanması için uluslararası çalışmalar yapılmış ve bazı andlaşmalar kabul edilmiştir. 2004 yılında BM Genel Kurulu tarafından BM Devletlerin ve Mülkiyetlerinin Yargısal Bağışıklığı Hakkında Sözleşme¹⁷¹, daha eskiye

yasalarına göre yapmaktadırlar. Genellikle kabul edilen görüş bu yöndedir. Böylece devletlerin kamu gücünü kullandığı faaliyetlerinin yargı bağışıklığından yararlanması kabul edilirken, devletin özel kişilerin gerçekleştirebileceği türden işletme faaliyetleri yargı bağışıklığının dışında bırakılmaktadır”. Söz konusu ayırımın devletlerin kendi yasalarına göre yapılması, hangi devlet faaliyetlerinin kamu gücüne dayalı hangilerinin özel nitelikli işletme faaliyeti olarak değerlendirileceği konusunda devletler arasında farklılıklar bulunmasını da kaçınılmaz kılmaktadır. **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 40; Ancak mahkemenin ulusal hukuka göre nitelendirme yapması, hâkimin bu konuda tamamen serbest olduğu anlamına gelmez. Ulusal hâkimin nitelendirmesi uluslararası hukukun koyduğu sınırlar içinde olmak zorundadır. Böyle bir nitelendirme, bağışıklığı öngören uluslararası hukuk kuralının amaçlarına aykırı olmamalıdır. **Gündüz**, s. 175.

¹⁶⁹ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 39; ABD 1952, Almanya 1945, Fransa 1915 yılında sınırlı bağışıklık görüşünü benimsemeye başlamıştır, diğer devletler için bkz. **Gündüz**, *Yargı Bağışıklığı*, s. 202-329; Türkiye’de uzun yıllar mahkemeler kararlarında mutlak bağışıklık görüşünü kabul etmişlerdir. 1982 tarihli 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) 33. maddesinde “*Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz*” ifadesiyle yabancı devletlerin özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle açılacak davalarda Türk Mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilerek mutlak bağışıklık anlayışına son verilmiştir. Aynı hüküm 2675 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran ve Aralık 2007’de yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK’un 49. maddesinde de korunmuştur. **Gündüz**, *Milletlerarası Hukuk*, s. 565; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 41 vd.

¹⁷⁰ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 40; **Bröhmer**, *State Immunity*, s. 190.

¹⁷¹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004, BM Genel Kurulu tarafından 2 Aralık 2004’te kabul edilmiş henüz yürürlüğe girmemiştir (Sözleşmenin 30 devlet tarafından imzalanıp onay belgelerinin BM Genel Kuruluna tevdi edilmesinin ardından yürürlüğe gireceği öngörülmüştür). Bkz. UNGA Res 59/38, Annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49), Sözleşmenin analizi için Bkz. **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 284.

bakıldığında 1972 Avrupa Devletin Bağımsızlığı Sözleşmesi¹⁷² ve devletlerin ticari kullanımında bulunan gemiler bakımından bağımsızlığı ve sorumluluğunu düzenleyen kurallarla ilgili daha sınırlı bir kapsamı olan çok taraflı bir sözleşme olan 1926 Brüksel Devlet Gemilerinin Bağımsızlığıyla İlgili Belli Kuralların Birliği Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu çok taraflı andlaşmalara ek olarak devletlerin kendi uygulamalarının kanıtı niteliğinde de olabilen, taraf devletlerin kendi kurallarını içeren iki taraflı andlaşmalar yapmaları da bu konuda tercih edilen bir yol olmuştur¹⁷³.

Bazı devletler devletin bağımsızlığı konusunda yasal düzenlemeler yapmayı tercih etmişlerdir. Bunlardan en ön plana çıkanlar, 1976 ABD Yabancı Devlet Bağımsızlığı Kanunu (*The US Foreign Sovereigns Immunity Act*)¹⁷⁴, 1978 Birleşik Krallık Devlet Bağımsızlığı Kanunu'dur (*UK State Immunity Act 1978*)¹⁷⁵.

D. Diplomatik Bağımsızlık

1. Genel Olarak

Devlet başkanı devletin en üst düzey temsilcisi olması sıfatıyla, devletler arasındaki ilişkide devleti adına hareket etme yetkisine sahip kabul edilen ilk kişidir. Bu bakımdan uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde önemli bir aktördür. Ancak, bir devletin diplomatik ilişki içinde bulunduğu diğer devlette sürekli bir temsilcisinin bulunması, devletlerarası ilişkilerin artmasını ve devamlılığını sağlamak bakımından ayrıca gereklidir. Bu da diplomasi temsilcileri ve görevlileri vasıtasıyla olur. Bu tür sürekli diplomasi temsilcilerinin, görevlerini herhangi bir müdahale olmadan etkili

¹⁷² Devletin yargı bağımsızlığı konusunda uluslararası düzenlemelere bakıldığında 1972 Avrupa Devlet Bağımsızlığı Sözleşmesi (*European Convention on State Immunity*) ayrı öneme sahiptir. Sözleşmede yargı bağımsızlığının talep edilebileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Bkz. **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 295.

¹⁷³ Devletlerin bu yolu tercih etme sebebi konuyla ilgili genel uluslararası hukuk kurallarından ve uygulamasından sıyrılmak ve kendi aralarında farklı bir uygulamanın benimsenmesi yönünde anlaşmak olabilir. **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 99.

¹⁷⁴ Bkz. **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 238.

¹⁷⁵ Bkz. **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 165; Bunların yanında, Kanada, Avustralya, Pakistan, Güney Afrika ve Singapur dâhil çeşitli devletlerin bağımsızlık kanunları bulunmaktadır.

şekilde yerine getirebilmeleri için uluslararası teamül hukukunca bazı ayrıcalıklardan yararlanacakları kabul edilmiştir. Başlangıçta uluslararası teamül hukukunca tanınan ve “diplomatik bağışıklıklar ve ayrıcalıklar” olarak ifade edilen bu kurallar daha sonra BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından kabul edilen, çok taraflı 1961 DİHVS ile kodifiye edilmiştir¹⁷⁶.

2. Diplomatik Bağışıklığın Dayanağı

16. yüzyılın ortalarından itibaren diplomatik bağışıklığı açıklayan üç büyük teori vardır. Bunlar kişisel temsil, ülke dışılık ve fonksiyonel gereklilik teorileridir. İlk olarak, diplomatik bağışıklığın dayanağını açıklayan temsil görüşü, en eski olan görüştür ve bir diplomatın gönderen devletin egemenliğinin somut kişiliği olduğu düşüncesine dayanır. Bu görüşe göre, diplomasi temsilcisinin en önemli işlevi kendisini gönderen devleti, kabul eden devlet nezdinde temsil etmektir. Esasında bir devletin temsilcisinin bağışıklığının olması, devletin bağışıklığının ülke dışına yansımasıdır¹⁷⁷.

Grotius’un savunduğu ülke dışılık teorisi ise, yurt dışında bulunan diplomatların (fiziken kabul eden devletin ülkesinde bulunmasına rağmen) evlerine, misyon binalarına ve hatta kendilerine, bu kişiler kabul eden devletin ülkesinde değil de kendi ülkesinde bulunuyormuş gibi muamele edilmesi düşüncesine dayanır¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Uluslararası teamül hukukuna göre diplomatlar, fonksiyonel (*ratione materiae*) ve kişisel (*ratione personae*) bağışıklığa sahiptir, eski diplomatların da fonksiyonel bağışıklıktan yararlanacağı kabul edilmiştir. Yani eski diplomatlar da görevleri sırasında yerine getirdikleri resmi fiillerden ötürü bağışıklıktan yararlanmaya görevleri sona erdikten sonra da devam ederler. Fonksiyonel ve kişisel diplomatik bağışıklık arasındaki ayrım hakkında bkz. **Yoram Dinstein**, “Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae”, *International and Comparative Law Quarterly*, (1966), Vol. 15, s. 76, 80.

¹⁷⁷ **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 299; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 241.

¹⁷⁸ **Grant v. McClanahan**, *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems*, Hurst & Company, London, 1989, s. 30; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 241; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 299; Ülke-dışılık kavramı, terim itibarıyla 1700’lü yıllarda kullanılmış olsa da, kökeni Grotius’a kadar dayanır. **Ömer İlhan Akipek**, “Ülke Dışılık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV (1967) , S. 1-4, s. 28, 33; **Seha L. Meray**, “Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 3, s. 95.

Diplomatik bağışıklığın dayanağını açıklayan üçüncü teori ise fonksiyonel gereklilik görüşüdür. Bu görüşün kökeni yüzyıllar öncesine dayanır. Buna rağmen bu görüşün modern çağda da geniş çapta kabul görmesi, onun diğer iki görüşten daha dinamik ve yeni koşullara daha uyurlanabilir olmasından kaynaklanmaktadır¹⁷⁹. Diplomatik bağışıklıkları açıklamada baskın bir görüş olan fonksiyonel gereklilik (işlevsellik) görüşüne göre diplomasi temsilcilerinin resmi görevlerini yürütebilmeleri için her türlü müdahaleden uzak olmaları, serbestçe hareket edebilmeleri, hükümetlerini temsil ederken, herhangi bir gereksiz zorluk veya engelle karşılaşmamaları gerekmektedir. Onlara diplomatik bağışıklığın tanınmaması durumunda, söz konusu kişiler, ülkelerini etkili şekilde temsil edemeyecekler ve uluslararası ilişkiler bundan zarar görecektir¹⁸⁰. Görüldüğü gibi fonksiyonel gereklilik görüşü temsil görüşü ile iç içe geçmiş durumdadır¹⁸¹.

Bu konuda önde gelen andlaşma olan DİHVS, amacının uluslar arasında dostane ilişkileri geliştirmek olduğunu belirterek, diplomatik bağışıklığın amacının, diplomatik temsilcilerin görevlerini etkili şekilde yerine getirmeyi temin etmek olduğuna vurgu yapmıştır. Bu vesileyle DİHVS, diplomatik bağışıklığın dayanağının fonksiyonel gereklilik, yani görevi gereği gibi yerine getirebilme görüşü olduğunu kabul etmektedir¹⁸².

¹⁷⁹ **McClanahan**, s. 32.

¹⁸⁰ **Meray**, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 27; Fonksiyonel gerekliliğin, diplomatik bağışıklığın en popüler gerekçesi olduğu ile ilgili ayrıntılı analiz için bkz. **McClanahan**, s. 32; **Joshua D. Groff**, “A Proposal for Diplomatic Accountability Using the Jurisdiction of the International Criminal Court: The Decline of an Absolute Sovereign Right”, *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 14, 2000, s. 209-216.

¹⁸¹ McClanahan’a göre kişisel temsil anlayışı, işlevsel gereklilik anlayışı kapsamında devam etmektedir. Yani işlevsel gereklilik yaklaşımı kişisel temsil yaklaşımını içermektedir. **McClanahan**, s. 28.

¹⁸² **Malanczuk**, s. 124; Aynı şekilde diplomatik bağışıklığın teorik temeli hakkında bkz. **Veronica L. Maginnis**, Limiting Diplomatic Immunity: Lessons Learned from the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 28 (3), 2002; **Lori J. Shapiro**, “Foreign Relations Law: Modern Developments in Diplomatic Immunity”, 1989, *Annual Survey of American Law*, s. 281-283.

3. Diplomatik Bağışıklık ve Devlet Başkanı Bağışıklığı İlişkisi

Diplomatlar kendilerini gönderen devleti yabancı bir devlet ülkesinde temsil etmek üzere görevlendirilirler¹⁸³. Bu bağlamda diplomatik bağışıklığın dayanağını açıklayan görüşlerden birinin temsil görüşü olduğu düşünülürse, devlet başkanının da görevi gereği temsilci sıfatına sahip olması, diplomatik bağışıklık ile devlet başkanı bağışıklığı arasında bir analogi yapılmasını gerekli kılmaktadır. Yukarıda kısaca belirtilen temsil görüşü, esasında diplomasi hukukunun bir parçası olan devlet başkanlarının bağışıklığı ile diplomasi temsilcilerinin sahip olduğu bağışıklığın ortak gerekçesidir¹⁸⁴.

Devlet başkanları devletlerinin “*par excellence*” (mükemmel) temsilcileridir ve onların temsil görevleri diplomatlarınkinden daha kapsamlıdır¹⁸⁵. Bu yüzden mantıken diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıkların devlet başkanlarına da teşmil edileceği sonucuna varılabilir¹⁸⁶. Diplomasi hukukunun önemli bir aktörü olan devlet başkanının da diplomasi temsilcilerine tanınan bağışıklık ve ayrıcalıklardan daha azına sahip olması düşünülemez. Bir başka ifadeyle, diplomasi temsilcilerine tanınan uluslararası ayrıcalıklar diplomasi temsilcisinden daha üst mevkiye olan devlet

¹⁸³ 14 Latin Amerika devleti tarafından bölgesel düzeyde yürürlüğe konulan 1928 Diplomasi Memurlarına İlişkin Havana Sözleşmesi diplomasi personelinin hiçbir şekilde devlet başkanını temsil etmediğini ve sadece hükümetlerini temsil ettiğini vurgulamaktadır. Bu sebeple diplomasi personeli sadece resmi görevlerini yerine getirme bakımından gerekli olan bağışıklık ve ayrıcalıklara sahip kılınmıştır. **Sait Vakkas Gözlügöl**, “Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, 2013, s. 102.

¹⁸⁴ Bir görüşe göre, diplomasi temsilcisi devlet başkanını temsil ettiği için onun faydalanacağı ayrıcalıklardan faydalanması gerekir. Meray, Montesquieu’nün diplomasi temsilcilerinin kendilerini gönderen hükümdarın sözcülüğünü yaptıklarına ve bu sözcülüğü serbest bir şekilde yapılması gereğine değindiğine dikkat çekmiştir. Bkz. **Meray**, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 27; Bu görüş diplomatik bağışıklık ve devlet başkanı bağışıklığı arasındaki ilişkiyi yatay değil dikey bir ilişkiye dayandırmaktadır.

¹⁸⁵ **Watts**, *Legal Position*, s. 22.

¹⁸⁶ **Timur Demirbaş**, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 8. bs., Ankara 2012, s. 152; Geleneksel olarak diplomatik bağışıklık, devlet başkanları ve hükümet üyelerine de tanınmıştır ki bu kişiler ülkelerinde diplomatlardan çok daha fazla ciddi suçlar işleyebilmektedirler. Bkz. **René Värk**, ‘Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes’, *Juridica International*, Vol. VIII, 2003, s. 111.

başkanı için de *a fortiori*¹⁸⁷ (evleviyetle) geçerlidir. Bu durum birçok yazar tarafından ele alındığı gibi, pek çok ulusal ve uluslararası belgeden de bu sonuca varmak mümkündür¹⁸⁸.

Devlet başkanlarının ve diplomatik temsilcilerin uluslararası hukuka göre sahip olduğu bağışıklığın bir başka ortak gerekçesi de fonksiyonel gereklilik görüşüdür. Devlet başkanının bağışıklığı, hem devletin yargı bağışıklığının hem de diplomatik bağışıklığın hedeflerine ulaşmasını amaçlamaktadır. Bu da ilk olarak devletin egemen bağımsızlığının bir sembolü olarak yabancı liderlere gereken saygının gösterilmesiyle, ikinci olarak da diplomatik işlevlerini yerine getirebilmelerinin engellenmemesiyle mümkün olmaktadır. Yurt dışına seyahat eden devlet başkanları, önemli ve kendine özgü diplomatik görevleri yerine getirirler. Bu yüzden devlet başkanının bağışıklığının ilkesel amacı, devlet liderlerinin yabancı ülkelerde özgürce ve serbestçe diplomasiyi yürütmelerine izin vermektir¹⁸⁹.

Ayrıca, diplomasi temsilcilerinin aksine devlet başkanlarının bağışıklığı ile ilgili ilke ve kuralları düzenleyen uluslararası bir belgenin bulunmaması da, diplomatik bağışıklık kurallarının teamülen devlet başkanına uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan diplomatik bağışıklığın kapsamı 1961 Viyana Sözleşmesi'nde belirlenmesine rağmen, görev yapan devlet başkanlarının bağışıklığı,

¹⁸⁷ Çok olanın içinde az olanın da bulunacağı, bütün için geçerli ve doğru olanın o bütünün parçası için de geçerli ve doğru olacağı düşüncesinden hareket eden mantık kuralı olan evleviyet ilkesine göre konumuz bağlamında diplomatik temsilciler bakımından tanınan bağışıklık ve ayrıcalıkların devlet başkanları açısından 'haydi haydi' (evleviyetle) uygulanacağını kabul etmek gerekir. Evleviyet kuralı hakkında bkz. **Kemal Gözler**, *Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara 1998, s. 178.

¹⁸⁸ Oppenheim, yurt dışındaki devlet başkanının pozisyonuyla ilgili kuralların, diplomatik temsilcilere sağlanan özel muamele ile ilgili kurallarla ve (günümüzde birbirinden ayrı olsa da eskiden devlet ile egemenin kimliğinin aynı kökene, benliğe sahip olduğu kabul edilen) devletin yargı bağışıklığıyla ilgili kurallarla benzerlik gösterdiğini belirtmiştir. **Jennings/ Watts**, *Oppenheim's International Law*, Part 2 to 4, s. 1034.

¹⁸⁹ **Tunk Michael**, "Diplomats Or Defendants? Defining The Future Of Head-Of-State Immunity", *Duke Law Journal*, Vol. 52, 2002, s. 654; Jennings ve Watts, devlet başkanının bağışıklığı ile diplomatik bağışıklığın aslında birbirine çok benzemediğini belirtmiştir. Yazarlara göre, devlet başkanının yargı bağışıklığı, işlevsel nitelikte değildir, devlet başkanının bağışıklığının temeli *par in parem non habet imperium* ilkesine dayanır. Yazarların devlet başkanının devletin benliğini simgelediği yönündeki geleneksel görüşten yola çıktıkları görülmektedir. Bkz. **Jennings/ Watts**, *Oppenheim's International Law*, Part 2 to 4, s. 1043-1044.

bu konuda kapsamlı bir sözleşmenin olmaması sebebiyle çoğunlukla uluslararası teamül hukuku hükümlerine bırakılmıştır¹⁹⁰. Bu durumda diplomatik bağışıklık ile devlet başkanı bağışıklığının ortak gerekçeleri bulunmakla birlikte, diplomatik bağışıklıktan farklı olarak, devlet başkanının bağışıklığı, onun devlet içinde sahip olduğu özel konumundan da kaynaklanmaktadır.

Devletler kendi iç hukuk düzenlemeleriyle yabancı devlet başkanlarının bu tür bağışıklıktan yararlanacağını öngörebilmektedirler. Örneğin, 1978 Birleşik Krallık Devletin Bağışıklığı Kanunu'nun 2. maddesinde diplomatik bağışıklıkların devlet başkanlarına da uygulanmasını kabul etmektedir. Belirtmek gerekir ki uluslararası hukuk, bağışıklık ve ayrıcalıklar konusunda asgari, zorunlu kurallar ortaya koyarken, devletlerin yabancı diplomasi temsilcilerine, devlet başkanları ve diğer kamu görevlilerine daha geniş ayrıcalıklar tanımalarına bir engel görmemektedir. Bu durum devletler bakımından siyasi bir tercih konusudur. Örneğin, uluslararası bir andlaşma veya teamül hukuku kuralı diplomasi temsilcisinin veya devlet başkanının yargılanmasını gerektirmedikçe, her devlet zorunlu olandan daha geniş bağışıklık tanımak için kendi yargı yetkisini sınırlama konusunda serbesttir¹⁹¹. Bunun yanında devletler karşılıklı andlaşmalarla birbirlerinin temsilcilerine spesifik ayrıcalıklar da tanıyabilmektedirler¹⁹².

Diplomasi hukukunun devlet başkanının bağışıklığı anlayışına etkisi kayda değer nitelikte olmasına rağmen, devlet başkanının bağışıklığının temeli diplomatik bağışıklığa dayandırılmaz. Çünkü diplomatik bağışıklık, devlet başkanı bağışıklığı gibi, daha geniş kapsamda olan ve egemenlik ve egemen eşitlik kavramlarına dayalı olan devletin yargı bağışıklığı kavramının sadece bir boyutudur¹⁹³.

¹⁹⁰ **Jessica Needham**, “Protection Or Prosecution For Omar Al Bashir The Changing State Of Immunity In International Criminal Law, *Auckland University Law Review*, Vol. 17, 2011, s. 224.

¹⁹¹ **Antonio Cassese/ Guido Acquaviva/ Mary Fan/ Alex Whiting**, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, 2011, s. 76.

¹⁹² **McClanahan**, s. 46.

¹⁹³ Bkz. **Dapo Akande**, “Head of State Immunity is a Part of State Immunity: A Response to Jens Iverson”, <https://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-a-part-of-state-immunity-a-response-to-jens-iverson/> (E.T: 20.07.2017)

Ayrıca, tüm bunlarla birlikte diplomatik bağışıklık ve devlet başkanı bağışıklığı arasındaki temel farkı da belirtmek gerekir. Örneğin özel bir gezide olan devlet başkanı başkanlık kimliğini açıklarsa kendisine uluslararası hukukun tanıdığı özel statü uygulanır. Çelik'e göre, bu durum devlet başkanlığına tanınanlarla diplomasi temsilcilerine tanınan bağışıklık ve ayrıcalıkların hukuksal dayanağının bir ve aynı olmadığını gösterir. Gerçekten diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklar bugün en çok, görevi gereği gibi yapabilmek gerekçesiyle açıklanmaktadır. Oysa görevle ilgili olmayan özel bir gezide de devlet başkanı bu ayrıcalıklardan faydalanmaktadır. Çünkü devlet başkanının yabancı bir devletin egemenliğini sembolize ettiği kabul edilir¹⁹⁴.

Diplomatik bağışıklık, devletin bağışıklığı ve devlet başkanı bağışıklığı kavramlarının birbirinden ayrı tutulması gerektiği kabul edilir. Ancak, her üçü de birbiriyle yakından ilgilidir. Bu sebeptendir ki devlet başkanının bağışıklığı konusunda kurallar koyan temel bir uluslararası belgenin bulunmamasından ötürü, bu konuda var olan boşluklar devletin bağışıklığını ve diplomatik bağışıklığı düzenleyen belgelerle doldurulmaya çalışılmaktadır.

VI. DEVLET BAŞKANININ BAĞIŞIKLIĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI KAYNAKLAR VE ÇALIŞMALAR

A. Andlaşmalar Hukuku

Devlet başkanlarının bağışıklığını özel olarak düzenleyen belli bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır. Ancak, bazı andlaşma hükümlerinde devlet başkanının uluslararası hukukun öngördüğü bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanacağına yer verilmekte veya diplomatik bağışıklıklara yer veren bazı andlaşma hükümlerinin evleviyet ilkesi çerçevesinde devlet başkanları bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Evleviyet ilkesiyle, devlet başkanlarına uygulanabilecek olan andlaşmalara BM UHK'nın çalışmaları neticesinde kabul edilen ve çeşitli devlet

¹⁹⁴ Bkz. Çelik, s. 498.

görevlilerinin hukuki statüsünü düzenleyen 1961 DİHVS¹⁹⁵, 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi¹⁹⁶ (KİHVS) örnek gösterilebilir.

Ayrıca, içerisindeki belli hükümlerle devlet başkanının uluslararası ayrıcalıklardan yararlanacağına yer veren andlaşmalar da bulunmaktadır. 1969 Özel Misyonlar (Heyetler) Hakkında Sözleşme'de¹⁹⁷, özel olarak görevlendirilen bir misyonun (heyetin) başında devlet başkanının olması halinde onun, kabul eden devletin veya üçüncü bir devletin ülkesinde, uluslararası hukukun tanıdığı tüm bağıışıklık, ayrıcalık ve imkânlardan yararlanacağı öngörülmüştür (md. 21/1). Bunun yanında, devlet veya hükümet başkanları, dışişleri bakanları ve kendilerine refakat eden aile bireyleri; bir devleti resmi olarak temsil eden veya hükümetlerarası karakterdeki uluslararası örgütlerin personeli ve refakatlerindeki aile bireyleri, 1973 tarihli Diploması Ajanları da Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi¹⁹⁸ ile diplomatik bağıışıklık kapsamına alınmıştır (md. 1). Uluslararası korunan kişi kavramının kapsamına giren kişileri sıralarken devlet başkanını en başta belirtmiş (md. 1/1/a) ve Sözleşmeye taraf olan devletlere ülkelerinde bulunan yabancı devlet başkanlarını ve kendisiyle beraber seyahat eden aile üyelerini her çeşit saldırıya karşı koruma ve bunun için gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemiştir. Ayrıca, henüz yürürlüğe girmemiş olan 1975 Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi,¹⁹⁹ (md. 50) ve 2004

¹⁹⁵ Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961, UNTS Vol. 500, No.7310; Türkiye bu Sözleşmeye 6 Mart 1985 tarihinde katılma yoluyla taraf olmuştur. Sözleşme metni için bkz. RG.24.12.1984, S. 18615.

¹⁹⁶ Vienna Convention on Consular Relations, 1963, UNTS Vol. 596, No. 8638. Türkiye bu Sözleşmeye 19 Şubat 1976 tarihinde katılma yoluyla taraf olmuştur. Sözleşme metni için bkz. RG.27.09.1975, S. 15369.

¹⁹⁷ Convention on Special Missions 1969, UNTS Vol. 1400, No. 23431; Türkiye henüz bu Sözleşmenin tarafı değildir.

¹⁹⁸ Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents 1973, UNTS Vol. 1035 No. 15410; Türkiye bu Sözleşmeye 11 Haziran 1981 tarihinde katılma yoluyla taraf olmuştur. Sözleşme metni için bkz. RG. 23.01.1981, S. 17229.

¹⁹⁹ Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character 1975 (Bkz. Official Records of the United Nations

Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi²⁰⁰ (md. 3/2) örnek gösterilebilir. Görüldüğü gibi bu tür düzenlemeler devlet başkanı bakımından diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklara sadece atıf yapmakta, bir başka ifadeyle devlet başkanlarının da diplomatik ayrıcalıklardan yararlanacağını sadece öngörmekte, devlet başkanının yaralanacağı ayrıcalıkları spesifik olarak düzenlememektedir. Bu durum ise aşağıda diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıkların ele alınmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

Bu tür çok taraflı andlaşmalar yanında daha önce de belirtildiği gibi uluslararası hukuk devletlerin ikili andlaşmalar akdederek karşılıklı olarak birbirlerinin devlet başkanlarına uluslararası hukukun tanıdığı ayrıcalıklardan daha fazlasını sunmasına engel görmemektedir.

Devlet başkanlarının bağışıklığına yer veren bu andlaşmalar yanında belli durumlarda, bu ayrıcalığın uygulanmamasını öngören uluslararası andlaşmalar da bulunmaktadır. 19. yy'nin ilk çeyreğinden başlayarak I. Dünya Savaşı'ndan sonra "saldırı suçu" bağlamında devlet başkanının bağışıklığını kabul etmeyen 1919 Versay Andlaşması'nı, II. Dünya Savaşı'ndan sonra 1945 Londra Antlaşması ile Nürnberg'de kurulacak uluslararası askeri mahkeme önünde insanlığa karşı suçlar, barışa karşı suçlar ve savaş suçları bakımından devlet başkanlarının bağışıklığının uygulanmamasını öngören Nürnberg Statüsü, daha sonra benzer hükümlere yer veren 1993 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (md. 7/2), 1994 Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (md. 6/2), 2002 Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (md. 27/1), sanığın resmi sıfatının yargılamaya engel teşkil etmeyeceğini kabul eden uluslararası andlaşmalardır.

Conference on the Representation of States in their Relations with International Organizations, Vol. II UN Doc. A/CONF. 67/16).

²⁰⁰ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, G.A. Res. 59/38, GAOR, 59th Sess. Supp. No. 49, U.N.Doc. A/59/49, 2 Aralık 2004.

Ayrıca, 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin²⁰¹ 4. maddesinde, suçu işleyen kişinin resmi sıfatına bakılmaksızın cezalandırılacağı öngörülmüştür. Cezai sorumluluk bakımından suçlanan kişilerin resmi statülerini dikkate almamayı öngören bir başka sözleşme 1973 Apartheid Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Uluslararası Sözleşme'dir (md. III)²⁰². 1984 İşkence ve Diğer Zalimane Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi'nin²⁰³ 1. maddesinde işkence suçu tanımlanırken, suçun bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kimse veya bu kişilerin rızası, teşviki veya izni ile hareket eden bir kişi tarafından gerçekleştirilmesinden bahsedilmektedir. 3. maddede işkencenin önlenmesi için taraf devletlerin her türlü tedbiri alması gerektiği belirtilirken, hiçbir durumun işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemeyeceği öngörülmüştür. Aynı zamanda bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emrinin, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Sözleşme 1. maddesinde zikredilen kişiler tarafından gerçekleştirilen işkence veya benzeri davranışların sorumlularının yargılanmasını öngörmektedir. İşkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiilinin suç sayılacağı belirtilerek, her ne kadar resmi sıfatla hareket eden kişi tarafından gerçekleştirilse dahi işkence ve benzeri davranışların "resmi eylem" olduğu gerekçesi ileri sürülerek fiilleri gerçekleştirenler yargılanmaktan kurtulamayacaklardır²⁰⁴. Dolayısıyla devlet başkanlarının bu tür fiillerin işlenmesini emretmeleri durumunda da aynı kural geçerlidir.

²⁰¹ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948, UNTS Vol. 78, No. 1021.

²⁰² The Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973, UNTS Vol. 1015, No. 14861.

²⁰³ Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984, UNTS Vol. 1465, No. 24841.

²⁰⁴ **Erson Asar**, s. 80.

B. Uluslararası Teamül Hukuku

Geleneksel yaklaşıma göre devlet başkanlarının bağıışıklığının ve dolayısıyla yabancı devletlerin yargı yetkisi dışında tutulmasının dayanağı, devlet başkanlarının temsil ettikleri devlete yönelik diğer devletlerin karşılıklı çıkarları doğrultusunda gelişen uluslararası ilişkilerde benimsenen nezaket borcu olarak kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, diğer devletlerin liderlerini yargı yetkisine konu etmeyi reddetmek bağlayıcı bir hukuki yükümlölükten ziyade yabancı devlet bakımından saygı ve hoşgörünün bir ifadesi olarak görölmektedir²⁰⁵. 1812 yılında *The Schooner Exchange v. McFaddon* davasında Yargıç Marshall bağıışıklığın sadece nezaket icabı olduğunu belirtmiş, devletlerin bir nezaket meselesi olarak “egemen kişi” (yani yabancı bir devlet başkanı) söz konusu olduğunda kendi münhasır ülkesel yargı yetkilerinden feragat etmeyi zımnen kabul etmiş olduklarını vurgulamıştır²⁰⁶. *Tachiona v. Mugabe* davasında, bir ABD Yerel Mahkemesi bağıışıklık bahşedilmesinin tamamen yürütme organının takdirinde olan bir nezaket meselesi olduğuna dikkati çekmiştir²⁰⁷.

Fakat diğer pek çok davada yürütme organına ve mahkemelerin kararlarına yön veren düşünceler, kaynağını uluslararası teamül hukukunda bulmaktadır²⁰⁸.

²⁰⁵ Nezaket doktrini hakkında bkz. **E. Lauterpacht/ C. J. Greenwood** (eds.) *International Law Reports*, 103. Cilt, Cambridge University Press, 1996, s. 585.

²⁰⁶ *The Schooner Exchange v. McFadden*, U.S. Supreme Court, 11 U.S. 116 (1812) s. 137. **Pedretti**, s. 57; Bir görüşe göre bu davada Mahkeme tarafından “incelik ve nezaket”ten bahsedilmesinden, bir devlet tarafından diğer devlete bağıışıklık bahşedilmesinin mutlaka uluslararası hukukla ilgili olmadığı sonucu çıkarılması doğru değildir. Bu düşünce ABD Yüksek Mahkemesinin devletin yargı bağıışıklığı konusunda ilk ve en çok atfı yapılan davası olan bu davada kullandığı dilden kaynaklanmaktadır. Bkz. **Lori Fisler Damrosch**, “Changing Immunity Law Through National Decisions”, *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, 2011, Vol. 44, s. 1187; Nitekim başka bir görüşe göre bu davada bağıışıklığın hem uluslararası nezaket hem de uluslararası hukuktan doğmuş olarak görölen bir doktrin olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Curtis A. Bradley/ Laurence R. Helfer**, “International Law and The U.S. Common Law Of Foreign Official Immunity”, *The Supreme Court Review*, 2010, Vol. 6, s. 217.

²⁰⁷ *Tachiona v. Mugabe*, U.S. District Court for the Southern District of New York - 169 F. Supp. 2d 259 (S.D.N.Y. 2001).

²⁰⁸ ABD uygulamasına bakıldığında, devlet başkanının ve diğer devlet görevlilerinin bağıışıklılığıyla ilgili davalarda mahkemelerin yürütme organından bir öneri istemesi uygulaması mevcuttur. Devlet başkanları bakımından bu önerilerin mahkemeler için bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, mahkemeler tarafından hükümetin görüşü alınmadan devlet başkanı bağıışıklığının bir

Devlet başkanlarının bağışıklığını doğrudan düzenleyen özel bir andlaşmanın bulunmaması, bu konunun kurallarının uluslararası teamül hukukunda var olup olmadığına bakılarak belirlenmesini gerektirir. Bu da ancak farklı devletlerin uygulamalarına bakılarak yapılabilir. Örneğin, Filipinler Cumhuriyeti'nin eski devlet başkanı Ferdinand Marcos ve eşiyle ilgili bir kararda, ABD Temyiz Mahkemesi devlet başkanı bağışıklığının bir uluslararası teamül hukuku doktrini olduğunu doğrulamıştır²⁰⁹. Benzer şekilde *Kaddafi* davasında Fransız Temyiz Mahkemesi uluslararası teamül hukukunun, ilgili tarafları bağlayan aksine özel hükümler bulunmadığı sürece görevdeki devlet başkanlarının yabancı bir devletin ceza mahkemeleri önündeki yargılamaya konu olmasını engellediğine karar vermiştir²¹⁰. *Mobutu v. SA Coton*i davasında, bir Brüksel hukuk mahkemesi, devlet başkanının yargı bağışıklığının kaynağının uluslararası teamül hukuku olduğunu belirtmiştir²¹¹.

Daha birçok davada devlet başkanının bağışıklığa sahip olduğuna yönelik ulusal yargı kararlarından, bağışıklığın uluslararası teamül hukuku kuralları olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür²¹². Günümüzde artık bu bağışıklığın

davada uygulanabilir olup olmadığına karar verip vermemesi gerektiğinin tartışmalı bir durum olduğunu belirtmek gerekir. Bkz. Interpreting Silence: The Roles of The Courts and The Executive Branch In Head of State Immunity Cases, *Harvard Law Review*, Vol. 124, 2011, s. 2047. ABD'de yer alan böyle bir uygulamanın mahkemeler tarafından bağlayıcı olduğunun kabul edilmesinin siyasi kararlar alınmasına neden olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

²⁰⁹ *Republic of Philippines v. Marcos*, United States District Court, 665 F. Supp. 793 (N. D. Cal. 1987); Buna benzer diğer davalarda aynı yönde karar alınmasından ABD İçtihat hukukunda nezaket ile ilgili düşüncelerin yerini uluslararası teamül hukukuna dayalı görüşlere bıraktığı sonucu çıkarılabilir. Bu durum aynı zamanda devlet başkanı ve diğer devlet görevlilerinin bağışıklığına yönelik modern yaklaşımı da yansıtmaktadır. Bkz. *US v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506 (S.D. Fla. 1990), s. 1519; *Lafontant v. Aristide*, 844 F. Supp. 128 (E.D.N.Y. 1994), s. 132.

²¹⁰ *Gaddafi*, Court of Cassation of France, 13.03.2001, No. 1414, 125 ILR 508, 509 (2004).

²¹¹ *Mobutu v. SA Coton*i, Civil Court of Brussels, 29 Aralık 1988, 91 ILR 259, 260: Zaire devlet başkanının kendisi, eşi ve çocuklarına karşı açılan bu hukuk davası ile ilgili Mahkeme devlet başkanının kendisinin aksine aile üyelerinin hukuk davaları bakımından yargı bağışıklığı kuralını ileri süremeyeceğini belirtmiştir. Bkz. **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 184.

²¹² Kararların uluslararası teamül hukukuna dayandırıldığı dava örnekleri için bkz. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Court of Cassation of Italy, 11 Mar. 2004, N. 5044 (Bkz. **Andrea Bianchi**, *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, s. 242-248; *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia*, House of Lords, 14 June 2006, UKHL 26, (2007)1 AC 270, para. 33; *Al-Adsani v. United Kingdom*, App. No. 35763/97, 2001-XI ECHR para. 56; *Jurisdictional Immunities of the State (Federal Republic of Germany v. Italy: Greece*

uluslararası teamül hukuku kuralları olarak kabul edilmesi yerleşmiş, tartışmasız bir konudur²¹³. Dolayısıyla, yabancı devlet görevlilerinin bağımsızlığının uluslararası teamül hukukundan doğan, bağlayıcı bir kuralı yansıtmakta olduğu söylenebilir. Bu durum artık devlet başkanına karşı davanın açıldığı devletin, bağımsızlığı reddetme ya da bahsetme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu bir konu değildir.

Ulusal yargı kararları yanında uluslararası yargı kararları ve ulusal yasal düzenlemeler de konuyla ilgili uluslararası teamül hukuku kuralı oluşmasına katkı sağlamaktadır. Örneğin UAD, *Arrest Warrant* davasında²¹⁴ verdiği kararda uluslararası teamül hukukunu yansıtan DİHVS, KİHVS ve Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme'nin bağımsızlık konusunun belli yönlerine ilişkin faydalı bir rehber olduğu, fakat bunların dışişleri bakanlarının (ve devlet başkanları ve hükümet başkanlarının) yararlanacağı bağımsızlığı özel olarak tanımlayan bir hüküm içermediğini, sonuç olarak mahkemenin davada bu meseleyi uluslararası teamül hukukuna dayanarak karara bağlamak zorunda olduğunu belirtmiştir²¹⁵. Bunun yanında kararda uluslararası teamül hukukuna göre, bağımsızlığın dışişleri bakanlarına onların kişisel yararları için değil bağlı oldukları devlet adına görevlerini etkili şekilde yerine getirmelerini temin etmek için tanındığı belirtilmiştir²¹⁶.

intervening), *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, para. 53. Bu dava hakkında bkz. **Gündüz**, *Milletlerarası Hukuk*, s. 577.

²¹³ **Şeref Ünal**, *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara 2003, s. 121; **Watts**, *Legal Position*, s. 36-37; **Antonio Cassese**, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes Some Comments on the Congo v. Belgium Case", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2002, s. 864-866, 870; **Roosbeh (Rudy) B Baker**, "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates", *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010, s. 189; **Jennings/ Watts**, *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, s. 342-343; **John O'Brien**, *International Law*. London: Cavendish Publishing, 2001, s. 284.

²¹⁴ Dava hakkında kısa bilgi için bkz. dn. 242.

²¹⁵ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, s. 3, para. 54 (Kısaca: *Arrest Warrant*), para. 52. Mahkemenin kararı ve hâkimlerin karşı görüşleri için bkz <http://www.I.J.C.-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=121&p3=4>. (E.T: 04.07.2017)

²¹⁶ *Arrest Warrant*, para. 53; Bkz. **Yusuf Aksar**, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4, 2003, s. 133 (Kısaca: Belçika Kararı); **Mark A. Summers**, "Diplomatic Immunity *Ratione Personae*: Did the International Court of

C. Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışmaları

Devlet görevlilerinin ulusal mahkemeler önünde bağışıklığı konusunu giderek büyüyen bir problem olarak gören UHK, gün geçtikçe popülerleşen konunun kurallarının belirlenmesine katkı sağlamak üzere devlet görevlilerinin yabancı devletlerin cezai yargı yetkisinden bağışıklığı konusunda uluslararası bir andlaşmanın hazırlanması için çalışma başlatmıştır. BM Hukuk Komisyonu 2006 yılında, 58. Toplantısında, bir çalışma grubunun tavsiyesi üzerine uzun süreli çalışma programının konusunu “devlet görevlilerinin yabancı devletin cezai yargı yetkisinden bağışıklığı” olarak belirlemiştir²¹⁷. BM Genel Kurulu 12 Aralık 2006 tarihli 61/34 sayılı kararında Komisyonun konuyu çalışma programına dahil etme kararını kabul etmiştir. 2007’de yaptığı 59. Toplantısında bağışıklık sorunuyla ilgili Roman Kolodkin’i özel raportör olarak atamıştır. Kolodkin, Komisyona konuyla ilgili biri ön rapor olmak üzere toplam üç rapor sunmuştur. UHK’nın 2008 yılında yapılan 60. oturumunda sunduğu ön raporda devlet görevlilerinin yabancı devlet yargılamasından bağışıklığı konusunda UHK’nın ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün daha önce yaptığı çalışmalar değerlendirilmiş daha sonra devlet görevlilerinin yabancı devlet mahkemeleri önünde yargı bağışıklığı konusunda başvurulabilecek kaynaklara, konuyla ilgili bazı kavramların tanımlamalarına, konunun sınırlarına yer verilmiştir²¹⁸. UHK’nın 2010 yılında yapılan 62. oturumunda ikinci rapor Komisyon’a sunulmuştur. Bu rapor, devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığının kapsamına, bu bağlamda yargı bağışıklığının türlerine (*ratione personae* ve *ratione materiae* bağışıklık)²¹⁹, bir devletin yargılama yetkisini kullanmasına engel olan resmi eylemlere, yargı bağışıklığının ülkesel olarak kapsam

Justice Create a New Customary Law Rule in Congo v. Belgium”, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, 2007, s. 459-474.

²¹⁷ International Law Commission, Provisional agenda for the fifty-eight session A/CN.4/559; Official Records of The General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), para. 257.

²¹⁸ R. A. Kolodkin (Raportör), International Law Commission (ILC), Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. Doc. A/CN.4/601.

²¹⁹ Kişisel ve fonksiyonel bağışıklık hakkında 2. Bölümdeki açıklamalarımıza bakınız.

ve sınırına, bu bağışıklığın istisnalarına yer vermiştir. 2011 yılında yapılan 63. oturumda ise üçüncü rapor Komisyon'a sunulmuştur. Bu raporda, yargı bağışıklığının zamansal açıdan değerlendirilmesi, ne zaman başlayacağı, ondan feragat edilmesi, bağışıklık ve devletin sorumluluğu gibi konulara yer verilmiştir²²⁰.

UHK 2012 yılında yaptığı 64. oturumunda, konuyla ilgili çalışmak üzere Kolodkin'in yerine Escobar Hernandez'i özel raportör olarak atadı. Günümüz itibariyle özel raportör Hernandez tarafından Komisyona bir ön rapor olmak üzere toplam beş rapor sunulmuştur. Ön raporda, bir önceki özel raportörün çalışmalarına genel bir bakış yapılmıştır²²¹. 2013 yılındaki 65. oturumda sunulan ikinci raporda²²² çalışma konusunun kapsamı²²³, bağışıklık ve yargı yetkisi kavramlarının anlamı, bağışıklık türleri arasındaki ayrım gibi konulara yer verilmiştir. 2014 yılındaki 66. oturumda sunulan üçüncü raporda²²⁴ ve 2015 yılında yapılan 67. oturumda sunulan dördüncü raporda²²⁵ devlet görevlisinin tanımına ve daha çok *ratione materiae* bağışıklıktan kimlerin yararlanacağına ve kapsamına yer verilmiştir. 2016 yılında 68. oturumda sunulan beşinci raporda²²⁶ yabancı devletlerin cezai yargı yetkisinden bağışıklığın sınırları ve istisnalarına yer verilmiş ve konuyla ilgili ulusal ve uluslararası uygulamaya yer verilmiştir. 2017 yılında yapılan 69. oturumda Komsiyon beşinci raporu yeniden değerlendirmiş ve bazı taslak maddeleri geçici

²²⁰ R. A. Kolodkin (Raportör), ILC, Third report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. Doc. A/CN.4/646.

²²¹ Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Preliminary report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. Doc. A/CN.4/654; UHK'da özel raportörler 5 yıllık süre için görev yapmaktadır.

²²² Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, A/CN.4/661.

²²³ Kapsamın yabancı devletin cezai yargı yetkisinden bağışıklıkla sınırlandırıldığı, hukuki ve idari yargı yetkisinden bağışık olma durumunun ele alınmadığı belirtilmiştir. U.N. Doc. A/CN.4/661, s. 6.

²²⁴ Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N.A/CN.4/673.

²²⁵ Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. A/CN.4/686.

²²⁶ Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. A/CN.4/701.

olarak kabul etmiştir. Bunlar arasında *ratione materiae* bağışıklığın uygulanmayacağı uluslararası suçlar da yer almaktadır²²⁷. 2018 yılında yapılan 70. oturumda sunulan altıncı raporda²²⁸ devlet görevlilerinin yabancı devletin ceza yargısından bağışıklığı konusunun usule ilişkin yönleri değerlendirilmiştir.

UHK'nın devlet başkanlarının yargı bağışıklığı bakımından dikkate alınabilecek bir başka çalışması da cezai sorumluluk bakımından suçlanan kişilerin resmi statülerini dikkate almamayı öngören UHK'nın, İnsanlığın Barış ve Güvenliği Hakkındaki Tüzük Taslağıdır²²⁹. Bu Taslakta, insanlığın barış ve güvenliğine karşı bir suç işleyen kişinin resmi pozisyonunun, kişi ister devlet başkanı ister hükümet başkanı olarak hareket etmiş olsun, onu cezai sorumluluktan kurtarmayacağı ve cezasını hafifletmeyeceği öngörülmektedir (md. 7).

UHK'nın çalışmaları yol gösterici olmaktadır. Çalışmamızın sonlandırıldığı tarih itibariyle Komisyon konuyla ilgili çalışmalarına devam etmektedir.

D. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Çalışmaları

Dünyanın uluslararası hukuk alanında çalışan önde gelen avukatlarının üyesi olduğu Uluslararası Hukuk Enstitüsü²³⁰ tarafından devlet başkanlarının yabancı devlet mahkemeleri önündeki yargı bağışıklığı, ilk kez Enstitü'nün 1891 tarihindeki Hamburg Önergesinde²³¹ ele alınmıştır. Bu Önergede önce devletin mutlak bağışıklığının istisnalarına yer verilmiş, daha sonra kralların ve devlet başkanlarının

²²⁷ International Law Commission, Titles of Parts Two and Three, and texts and titles of draft article 7 and annex provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-ninth session, U.N. A/CN.4/L.893.

²²⁸ Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Sixth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. A/CN. 4/722.

²²⁹ Yearbook of The International Law Commission, Vol. II, (1996).

²³⁰ Uluslararası Hukuk Enstitüsü (Institut de Droit International) 8 Eylül 1873 tarihinde uluslararası hukukun gelişimine katkı sağlamak amacıyla Belçika'da kurulmuştur. Devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl bir çözüm yolu olan arabuluculuk faaliyetlerinden ötürü Kurum 1904 yılında Uluslararası Barış Ödülünü almıştır.

²³¹ Institute of International Law, Hamburg Session, Resolution on the Jurisdiction Of Courts In Proceedings Against Foreign States, Sovereigns and Heads of State, 1891.

devletin yararlandığı bağışıklığın aynısından yararlandığı belirtilmiştir²³². Bu bakımdan bu Önergede devlet başkanının yargı bağışıklığı devletin yargı bağışıklığı çerçevesinde düzenlenmiş ve yabancı ceza yargılamasından bağışık olma durumu değil genel bir bağışıklıktan söz edilmiştir.

Enstitü'nün 2001 yılında Joe Verhoeven'in raportörlüğünde "Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İcradan Bağışıklığı" konusunda Vancouver Önergesi hazırlanmıştır²³³. Önergede görev başındaki devlet başkanının kişi dokunulmazlığına sahip olduğuna (md. 1), ceza davaları bakımından yabancı devletin yargılama yetkisinden bağışık olduğuna (md. 2), hukuk davaları ve idari davalar bakımından ise, davanın devlet başkanının göreviyle ilgili gerçekleştirdiği fiillerle ilgili olmadığı sürece yargı bağışıklığından yararlanmadığına yer verilmiştir (md. 3). Ayrıca Önergede, devlet başkanının bağışıklığından feragat konusuna (md. 7), uluslararası hukuka uygun olmak kaydıyla, devletlerin bu belgede yer alan dokunulmazlık ve bağışıklıklardan daha fazlasını birbirlerine karşılıklı olarak tanıyabileceklerine değinilmiştir (md. 9). Görevi sona eren devlet başkanlarının ise yabancı bir devletin ülkesinde kişi dokunulmazlığından, hem ceza ve hukuk davaları hem de idari davalar bakımından yargı bağışıklığından yararlanmadığına yer verilmiş, görevi ile ilgili işlevleri yerine getirirken gerçekleştirdiği fiiller bundan istisna tutulmuştur. Buna karşılık uluslararası hukuka göre suç teşkil eden fiilleri işlemesi halinde, münhasıran kendi çıkarlarını tatmin etmek üzere hareket etmeleri ya da devletin maddi kaynaklarına yasa dışı biçimde el koymaları durumunda yargılanabileceği belirtilmiştir²³⁴. Ayrıca görevi sona eren devlet başkanlarının icra bağışıklığından yararlanmadığı da belirtilmiştir (md. 13).

²³² Bkz. **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 126.

²³³ Institute of International Law, Vancouver Session, Resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, 2001; Bu önergenin devlet başkanlarının yargı bağışıklıkları bakımından incelemesi için bkz. **Hazel Fox**, "The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, No. 1, 2002, s. 119-125.

²³⁴ Uluslararası suçlarla ilgili bağışıklığa getirilen bu sınırlama Pinochet davasında Lordlar Kamarasının yaklaşımından ileri gelmektedir. Bkz. **James Leslie Brierly**, *Brierly's Law of*

Enstitü ayrıca 2009 yılında Napoli’de yapılan toplantıda “uluslararası suçlar durumunda devletin ve devlet adına hareket eden kişilerin yargı bağışıklığı” konulu Önergeyi kabul etmiştir²³⁵. Bu Önergede üst düzey yabancı devlet temsilcilerinin yargı bağışıklığı ve uluslararası suçlar arasındaki ilişki ele alınmış ve cezai yargı bağışıklığı bakımından şu hususlar belirtilmiştir: Uluslararası hukuka göre uluslararası suçlar bakımından kişisel bağışıklık dışında yargı bağışıklığı uygulanmaz. Kişisel bağışıklıktan yararlanan bir kişinin ona bağışıklık tanınmasını sağlayan görevinin sona ermesi halinde kişisel (*ratione personae*) bağışıklığı da sona erer.

Aynı zamanda Önerge, kişisel bağışıklığın uluslararası suçlar bakımından dahi var olmasının, bir kişinin uluslararası hukuka göre sorumluluğunun engellemediğini belirtmektedir. Bağışıklığın varlığına rağmen sorumluluğun devam ettiğinin kabul edilmesi ise, fonksiyonel (*ratione materiae*) bağışıklığın uluslararası suçların işlendiğinin iddia edildiği durumda eski devlet başkanının ve diğer devlet görevlilerinin, görevlerinin sona ermesi halinde yabancı bir devlette yargılanabilecekleri anlamına gelmektedir. Ayrıca, Önergede kişisel bağışıklığın, bir devletin görevlisinin uluslararası suç teşkil eden bir fiiliinin devlete atfedilmesini de engellemediği, dolayısıyla devletin uluslararası sorumluluğunun da bu tür fiiller nedeniyle var olduğu kabul edilmektedir (md. 3 ve 4).

Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün önergeleri sadece akademik niteliktedir, uluslararası teamül hukukunun oluşumuna katkı sağlayacak boyutta değildir. Ancak buna rağmen Enstitü’nün uluslararası hukuk alanında çalışması çok önemlidir. Enstitü’nün uluslararası hukukun bu konularına yönelik çalışmaları doktrinde ve karar alma sürecinde dikkate alınmakta, bu yüzden de uluslararası hukuk ilkelerinin gelişimine etki etmektedir. Bu sebeplerle Enstitü’nün devlet başkanlarının bağışıklığı

Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations, Oxford University Press, 2012, s. 275.

²³⁵ Institute of International Law, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes, Resolution of Napoli Session, 2009, (Raportör: Hazel Fox).

ve diğ er devlet görevlilerinin cezai yargı bağışıklığı konusundaki  nergeleri günümüzde takdir edilmektedir²³⁶.

VII. DEVLET BAŞKANINA TANINAN BAĞIŞIKLIK VE AYRICALIKLAR

Yabancı bir devletin ülkesinde bulunan gönderen devletin diplomasi temsilcilerine uluslararası teamül hukuku gereğince bir takım bağışıklıklar ve ayrıcalıklar tanınmıştır. Bu bağışıklık ve ayrıcalıkların temel gerekçesi devleti temsil etmeleri veya görevlerini gereğı gibi ifa edebilmeleridir. Gerekçesi ne olursa olsun devlet başkanlarının da devletin en üst düzey temsilcileri olarak diplomasi temsilcilerinin yararlandığı bu bağışıklık ve ayrıcalıklardan daha az yararlanması düşünülemez. Bu ayrıcalıklar, dolaşım serbestliğı, itibarın korunması, fiziksel korunma, kişi, konut ve mülkiyet dokunulmazlığı, yabancı mahkemeler önünde yargı bağışıklığı, vergi, harç, resimden muafiyet ve gümrük ayrıcalığıdır. Bu ayrıcalıklara aşağıda değınmeye çalışılacak, ancak sahip olduğı önem sebebiyle devlet başkanının yabancı mahkemeler önünde yargı bağışıklığına ikinci bölümde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

A. Devlet Başkanına Uluslararası Hukukun Tanıdığı Diplomatik Bağışıklık ve Ayrıcalıklar

1. Kişi Dokunulmazlığı

Devlet başkanlarının faydalandığı dokunulmazlıkların başında kişi dokunulmazlığı gelmektedir. Bir devlet ülkesinde gezi ya da görevi nedeniyle bulunan yabancı devlet başkanlarının fiziki dokunulmazlığını ve güvenliğini sağılamak, devlet başkanının bulunduğı devlete uluslararası hukukun y klediğı bir yükümlülüktür. Söz konusu devlet yabancı devlet başkanını her çeşit saldırıdan korumak ve bu bakımdan gerekli bütün tedbirleri almak zorundadır. Bunlar yabancı devlet başkanlarına karşı yapılan saldırılar bakımından daha ağır cezaların

²³⁶ Pedretti, s. 229.

uygulanmasını sağlayan yasama tedbirleri olabileceği gibi özel ve olağanüstü koruma tedbirleri de olabilir²³⁷.

Uygulamada yabancı devlet başkanının kişi dokunulmazlığından yararlanması konusunda az sayıda dava vardır. Bu sebeple, kişi dokunulmazlığının sınırlarını kesin şekilde çizmek zordur. Fakat yine, diplomasi temsilcilerine tanınan dokunulmazlıkları düzenleyen DİHVS'den analoji yapılabilir. Sözleşmenin 29. maddesi, “Diplomatik ajanın şahsi dokunulmazlığı vardır. Hiçbir şekilde tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz. Kabul eden devlet diplomatik personele gereken saygıyı gösterecek ve şahsına, özgürlüğüne ve onuruna yönelik herhangi bir saldırıyı önlemek için uygun tüm tedbirleri alacaktır.” şeklindedir. DİHVS'nin diplomasi temsilcilerine yönelik bu madde devlet başkanının kişi dokunulmazlığıyla ilgili olarak da *mutadis mutandis*²³⁸ ilkesine uygun olarak uygulanabilecektir²³⁹. Kişi dokunulmazlığı kuralı, esasında diplomasi temsilcileri ve devlet başkanlarına yapılacak muameleyle ilgili en eski uluslararası hukuk kurallarından biridir.

Kişi dokunulmazlığı, 29. maddenin lafzından da anlaşıldığı gibi kabul eden devlete iki yönlü bir yükümlülük yüklemektedir. Bu dokunulmazlığın ilk yönü, devlet başkanının ülkesinde bulunduğu devletin yetkili organları aracılığıyla zorlayıcı tedbirlere (tutuklama, gözaltına alma gibi) maruz bırakılmaması gibi pasif kalma, dokunmama şeklindeki yükümlülüktür. Kişi dokunulmazlığının diğer yönü ise devlet başkanlarının özgürlüğünü sınırlayacak veya saygınlığına zarar verecek her türlü fiili önleme şeklinde pozitif bir yükümlülüğü öngören özel bir korunma rejimini

²³⁷ Çelik, s. 498.

²³⁸ *Mutadis mutandis* latince ifadesiyle belirtilen bu uygulama durumu, durumun icabına göre, duruma göre uyarlanacak şekilde veya gerekli değişikliklerin yapılması şartıyla şeklinde de ifade edilir. Bu durumda uygun olduğu ölçüde söz konusu madde ve diğer maddeler devlet başkanlarıyla ilgili durumlarda da uygulama imkânı bulacaktır; *Arrest Warrant* davasında UAD, bir başka devlet otoritesinin, üst düzey devlet görevlilerinin görevlerini yerine getirmesini engelleyecek herhangi bir fiilin, bu kişilerin kişi dokunulmazlığını ihlal edeceği yönünde karar vermiştir. *Arrest Warrant*, para. 54.

²³⁹ *Arrest Warrant* davasında UAD, bir başka devlet otoritesinin, üst düzey devlet görevlilerinin görevlerini yerine getirmesini engelleyecek herhangi bir fiilin, bu kişilerin kişi dokunulmazlığını ihlal edeceği yönünde karar vermiştir. *Arrest Warrant*, para. 54.

içerir²⁴⁰. Dolayısıyla geniş kapsamlı olan kişi dokunulmazlığının bu iki yönünü ayrı ayrı ele almak gerekir.

Kişi dokunulmazlığının ilk yönüne bakıldığında, kabul eden devlete egemenlikten kaynaklanan yetkilerini, bilhassa bu dokunulmazlığı ihlal edebilecek şekilde hukuk kurallarının uygulanmasıyla ilgili olan yetkilerini kullanmaktan kaçınması zorunluluğu yüklediğini söylemek mümkündür²⁴¹. Yargı bağıışıklığının aksine, kişi dokunulmazlığı, sadece prosedürel bir engel değil aynı zamanda bir mutlak fiziksel ayrıcalıktır. Bu bakımdan, kişi dokunulmazlığı, polis ya da bir devletin diğer yetkilileri tarafından yabancı bir devlet başkanının herhangi bir suç nedeniyle gözaltına alınamamasını, tutuklanamamasını; üstününün zorla aranması veya kanının zorla alınması gibi işlemlere tabi tutulmamasını kapsamaktadır²⁴².

UAD, *Arrest Warrant* (Tutuklama Kararı) davasında bir tutuklama kararının çıkartılmasının bile görevli dışışleri bakanının yararlandığı kişi dokunulmazlığını ihlal ettiğine hükmetmiştir²⁴³. Dışışleri bakanının dokunulmazlığı hakkında verilen kararlar devlet başkanı bakımından da evleviyetle geçerli olmalıdır²⁴⁴. Ancak, sadece tutuklama kararının çıkartılmasının dışışleri bakanının dokunulmazlığını ihlal etmiş olacağı ve yetkili mercilere bildirilmesinin (bilhassa bu devleti ziyaret etmeyen bir

²⁴⁰ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 65, 94.

²⁴¹ **Eileen Denza**, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, 2016, s. 258.

²⁴² **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 63; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 244.

²⁴³ *Arrest Warrant*, para. 70-71; Bu davada UAD ilk kez bir kamu görevlisini bağılı olduğu devletin dışında başka bir devletin mahkemeleri önünde cezai yargı yetkisinden koruyan bağıışıklıkların kapsamı ve niteliğini ele almıştır. Bu davanın konusu Belçikalı bir yargıcın 1998'de Kongo'daki sivil savaş sırasında gerçekleşen ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ve 1977 Protokollerinin ağır ihlali gerekçesiyle Kongo Dışışleri Bakanına yönelik gıyabında tutuklama kararı çıkartması ve kararın INTERPOL aracılığıyla uygulanmasını istemesiyle konu uluslararası boyuta taşınmıştır. UAD, yakalanma korkusuyla uluslararası seyahatlerde bulunamayacağı için görevinin gereklerini yerine getiremeyeceğinden tutuklama kararının çıkartılmasının dahi dışışleri bakanının bağıışıklığını ihlal ettiğine karar vermiştir. *Arrest Warrant*, para. 29-30.

²⁴⁴ Bkz. *Certain Questions of mutual assistance in criminal matters (Djibouti v. France)*, Judgment, 2008, I.C.J Reports, s. 177, para. 170, 174.

kişiyile ilgili) tek başına ihlal için yeterli olacağı yönündeki UAD'nin kararı eleştirilmiştir²⁴⁵.

Kişi dokunulmazlığının ikinci yönünü oluşturan koruma yükümlülüğüne gelince, öteden beri bir devletin, ülkesini ziyaret eden yabancı devlet başkanını fiziksel saldırıdan korumak ve korumayı güvence altına almak için gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, ülkesi yabancı devlet başkanı tarafından ziyaret edilen devlet, yabancı devlet başkanının yaralanmasına veya başka türlü zarar görmesine neden olan kişiyi veya buna teşebbüs edeni cezalandırma yükümlülüğü altındadır. Bir devletin ülkesini ziyaret eden bir yabancı devlet başkanını koruma yükümlülüğü konusunda DİHVS'nin 29. maddesine başvurmak mümkündür. Bu maddede daha önce de belirtildiği gibi diplomasi temsilcilerinin şahsına yönelik saldırılara karşı devletin her türlü tedbiri alma yükümlülüğünden bahsedilmektedir.

1960'lı yılların sonu 1970'li yılların başında bir dizi kaçırma ve üst düzey devlet temsilcisine yönelik saldırı fiillerinden sonra 1973'de BM Genel Kurulu konsensusla Diplomasi Ajanları da Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesini kabul etmiştir. Uluslararası anlamda korunan kişi tanımı bir devlet başkanını ve ilgili devletin anayasasına göre bir devlet başkanının görevlerini ifa eden bir organın herhangi bir üyesini kapsamaktadır (md. 1/1(a)). Bu Sözleşme devlet başkanlarına karşı işlenen suçların kesin ve ağır bir biçimde cezalandırılmasını öngören hükümler içermektedir.

²⁴⁵ Yargıç Oda'ya göre, tutuklama kararı uyarınca Yerodia hakkında hiçbir işlem yapılmamıştır. Oda, bu nedenle ortada bir ihlal bulunmadığını belirtmektedir. Muhalif görüş için bkz. *Arrest Warrant*, Opinion of judge Oda, para 15. Ayrıca Yargıç Oda'ya göre, Belçika, tutuklama kararı çıkartmış ve bu kararı INTERPOL aracılığıyla tüm devletlere iletmış olsa da diğer devletler tarafından yasal kabul edilmediği sürece bu kararın hukuki etkisi olmayacaktır. Burada önemli olan nokta tutuklama kararının yayınlanması ve uluslararası alanda tüm devletlere bildirilmesi değil diğer devletlerin bu karara verecekleri cevap ve takınacakları tutumdur. Çünkü tutuklama kararı yabancı devletler için doğrudan bağlayıcı bir belge değildir. INTERPOL sadece tutuklama kararını bir devletten diğerine ileten bir örgüttür, zorlayıcı ve icrai yetkisi bulunmamaktadır. *Arrest Warrant*, Opinion of judge Oda, para 13.

Sözleşmeyi kabul ederken Genel Kurul, uluslararası anlamda korunan kişilere bahsedilen özel korunma ve dokunulmazlıkla ilgili uluslararası hukuk kurallarının ve devletlerin, devlet başkanlarına özel korunma sağlamasını uluslararası hukukun zorunlu kıldığını kabul etmelerinin önemine vurgu yapmıştır. Sözleşmede devlet başkanlarının kabul eden devletin ülkesinde ne zaman ve nerede olursa olsun bu korunmadan yararlanması öngörülmektedir (md. 1/1(a)).

Kişi dokunulmazlığının ikinci yönü olan koruma yükümlülüğünün gereklerinden biri de devlet başkanı açısından bu dokunulmazlığı hukuken teminat altına almak için devletlerin bu konuda iç hukuk kuralları kabul etmesidir. Nitekim bahsi geçen Sözleşmede uluslararası anlamda korunan kişilere karşı kasıtlı olarak yapıldığı takdirde iç hukukta suç olarak sayılması gerektiği belirtilen fiiller tek tek sıralanmıştır (md. 2/1)²⁴⁶. Bunlar: cinayet, kaçırma veya diğer saldırılar (md. 2/1/a); uluslararası korunmaya sahip bir kişinin şahsını veya hürriyetini tehlikeye düşürebilecek şekilde resmi çalışma mahalline, ikametgâhına veya ulaşım araçlarına şiddetli bir saldırı (md. 2/1/b); böyle bir saldırıda bulunma tehdidi (md. 2/1/c); böyle bir saldırıda bulunmaya teşebbüs (md. 2/1/d); ve böyle bir saldırıya yardımcı olarak katılma fiilidir (md. 2/1/e). Ancak söz konusu Sözleşme’de mağdurun uluslararası korunan kişi olması cezanın daha fazla olmasını gerektiren bir durum olarak öngörülmemiştir. Fakat bazı devletler ulusal yasaları ile bu tür suçları daha ağır cezalandırmaya yönelik kuralları kabul etmektedirler²⁴⁷.

Sözleşmenin temel hükümleri, Sözleşme kapsamında sıralanan suçlardan birini işlediği iddia edilen kişilerin yargılanması ya da iade edilmesi gerektiğini öngörmektedir (md. 6). Siyasi suçluların iade edilmezliği kuralı uluslararası hukukta

²⁴⁶ Sözleşme, bu suçların tek tek açıkça sıralanmasının taraf devletlerin uluslararası hukuka göre bu kişilerin şahıslarına, hürriyetlerine ve haysiyetlerine karşı girişilecek diğer saldırıları önlemeye yönelik yükümlülüklerini hiç bir şekilde ortadan kaldırmadığını ifade eden özel bir hüküm içermektedir (Bkz. md. 2/3).

²⁴⁷ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 66; Örneğin Türk Ceza Kanunu’nun “yabancı devlet başkanına karşı suç” başlıklı 340. maddesinde yabancı devlet başkanlarından birine karşı suç işleyen kişiye verilecek cezanın sekizde biri oranında artırılacağı öngörülmüştür. Ayrıca, suçun müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir.

yerleşmiş bir kuraldır²⁴⁸. Buna karşılık, bu kuralın istisnası olarak devlet başkanlarına karşı işlenen suçların siyasi suç²⁴⁹ sayılmaması konusunda hem uluslararası düzeyde hem de ulusal düzeyde düzenlemeler bulunmaktadır²⁵⁰. Bahsi geçen Sözleşme de devlet başkanlarına karşı işlenen suçları adi suç saymaktadır²⁵¹. Bu tür suçları siyasi suç kabul etmeyen bir başka sözleşme, 1957 Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'dir. Sözleşmeye göre, devlet başkanının görevde olduğu sırada kendisine veya aile bireylerine yönelik kasten öldürme veya kasten yaralama suçları siyasi suç sayılmamakta (md. 3/3) ve dolayısıyla bu suçların faillerinin de Sözleşme'nin kabul ettiği kurallar çerçevesinde iade edilmesi gerekmektedir.

Meşru müdafaa ya da bir kişinin yaşamını korumak için tutma, tutuklama, gözaltına alma veya özgürlüğü kısıtlayan bu durumların diğer şekilleri konusundaki mutlak yasağın, dolayısıyla kişi dokunulmazlığının çok sınırlı bir istisna ile kabul eden devlet tarafından ihlal edilebileceği düşünülebilse de, esasında bu dokunulmazlık mutlaklıktır. Bu istisna, genellikle, yazarlar tarafından diplomasi temsilcileriyle ilgili kabul edilmektedir²⁵². Yabancı devletlerin ülkesinde sürekli

²⁴⁸ **Mahmut Koca/ İlhan Üzülmaz**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. bs., Ankara 2014, s. 753.

²⁴⁹ Siyasi suç, genel olarak devletin varlığına, birliğine egemenliğine, toprak bütünlüğüne, hukuksal düzenine karşı işlenen suçları ifade etmektedir. Devlet başkanlarına yönelik suikast eylemleri siyasi suç sayılmamaktadır. Bkz. **Koca/ Üzülmaz**, s. 754-55.

²⁵⁰ İki Fransız vatandaşının Fransa İmparatoru III. Napolyon'u öldürmek için suikast girişiminde bulunmasının ardından Belçika'ya kaçması ve Fransa'nın iki suçlunun iadesini istemesine karşılık Belçika Temyiz Mahkemesinin Fransa'nın iade talebini, suçun siyasi suç kabul edilmesine dayanarak reddetmesinin ardından, devlet başkanları aleyhine işlenen suçların siyasi suç sayılmaması kuralı ilk kez 1856'da Belçika tarafından kanun kuralı haline getirilmiştir. Bu nedenle bu kurala "Belçika Kuralı (Belgian Clause veya Attentat Clause)" denilmektedir. **Oppenheim/ Roxburgh**, s. 516; **Koca/ Üzülmaz**, s. 755; **Franciszek Przeczek**, *Protection of Officials of Foreign States According to International Law*, BRILL 1983, s. 108-109; **S. Prakash Sinha**, *Asylum and International Law*, Springer Science & Business Media, 2013, s. 178; **Boleslaw Adam Boczek**, *International Law: A Dictionary*, Scarecrow Press, 2005, s. 63.

²⁵¹ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 66.

²⁵² **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 94. Pazarcı, doktrinde kısmen meşru müdafaa sebebiyle ve suçüstü durumlarında suç oluşturan fiillerin sonuçlanmasını engellemek, suçun tekrara yer vermemek ve delilleri toplayabilmek amacıyla diplomasi temsilcilerine yönelik kişi dokunulmazlığının kısmen ihlal edilmesinin mümkün görüldüğünün kabul edildiğini belirtmiştir. Ayrıca bkz. **Eileen Denza**, *Visiting Professor of Law Eileen Denza, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, 2016, s. 223. Denza, dokunulmaz olan bir diplomatın özgürlüğünü söz konusu şekillerle kısıtlamanın meşru hale gelebilmesi için, tehlikenin aşırı derecede olması ve devam ediyor olması gerektiğini belirtmiştir.

olarak ikamet eden diplomasi temsilcilerinin aksine, bu ülkelerde kısa süreli ve geçici olarak bulunan devlet başkanları bakımından, bu tür istisnai tedbirleri (tutuklama, gözaltına alma gibi) meşru hale getirecek durumların ortaya çıkması ihtimali daha düşüktür.

2. Serbest Dolaşım Özgürlüğü

1961 DİHVS'nin 26. maddesine göre, kabul eden devlet, milli güvenlik nedenleriyle girişi yasaklanan veya kurallara bağlanan bölgeler hakkındaki hukuki düzenlemeler saklı kalmak şartıyla, ülkesinde misyonun bütün üyelerine hareket ve seyahat serbestliği (özgürlüğü) sağlama yükümlülüğü altındadır. Kabul eden devlet bakımından öngörülen bu yükümlülüğün devlet başkanları açısından da geçerli olduğunu söylemek hiç de zor değildir²⁵³. Dolayısıyla, bir devlet kendi ülkesine gelen yabancı devlet başkanlarının serbest dolaşım özgürlüğünü temin etmek ve bu özgürlüğü ihlal etmemek zorundadır.

Bunun yanında, devlet başkanlarının serbest dolaşım özgürlüğüne ve diğer pek çok kapsamlı bağışıklık ve ayrıcalıklara sahip olmalarına rağmen, yabancı bir devlet ülkesine söz konusu devletin izni olmadan girme haklarının olmadığını da belirtmek gerekir. Bu konuda resmi ziyaretler açısından bir problem doğmamaktadır. Çünkü resmi bir ziyaret her zaman kabul eden devletin daveti üzerine gerçekleşir. Fakat devlet başkanları sıkça özel ziyaretler de yapabilmektedirler. Özel ziyaretler bakımından durum biraz daha farklıdır. Bu durumlarda, her zaman bir devletin yabancı bir devlet başkanının ülkesine girişini kabul etmeme hakkı vardır. Söz konusu devlet yabancı bir devlet başkanının ülkesine girmesini istemediğini açıkça bildirebilir. Böylece devlet, siyasi olarak istenmeyen kişi sayılabilen bir lidere özel muamele göstermemekten doğan sorumluluktan kurtulmuş olur²⁵⁴.

²⁵³ Ancak, milli güvenlik nedenleri ile girişi yasaklanan veya kurallara bağlanan bölgeler ifadesi, içeriği tam olarak belli olmayan ve bu sebeple de misyon üyelerine hareket ve seyahat serbestliği sağlama konusunda geniş bir takdir hakkı sunan bir ifadedir. **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 250.

²⁵⁴ **Foakes**, s. 58; Ziyareti öncesi Türkiye Cumhuriyeti Aile ve Sosyal Politikalar Bakanının ülkeye girmesini istemediğini belirten Hollanda Hükümeti, 12 Mart 2017 tarihinde Hollanda'yı ziyaret eden bakanı, istenmeyen kişi ilan ederek sınır dışı etmiştir.

1987 yılında, ABD, II. Dünya Savaşı'ndaki fiillerinden ötürü Avusturya devlet başkanı Waldheim'in, bir sivil vatandaş olarak ABD'ye girişini engellemiştir.²⁵⁵ 1993'de Zaire devlet başkanı Mobutu'nun Fransa'ya girme izni Fransa tarafından reddedilmiştir²⁵⁶. 2012'de Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Slovakya'nın Macaristan devlet başkanının Slovakya'ya girişine izin vermeyi reddetme hakkı olduğuna hükmetmiştir²⁵⁷. Mart 2017 tarihinde Hollanda Hükümeti, Türkiye Dışişleri Bakanı Çavuşoğlu'nun uçağının ülkeye iniş iznini iptal ederek Hollanda'ya girişini engellemiştir.

Günümüzde, bir devletin bir başka devlet başkanının (veya diğer bir devlet görevlisinin) seyahat özgürlüğünü sınırlaması fiili, bir uluslararası örgütün kendisine üye olan devletlerden yerine getirmesini istediği bir toplu tedbirin gereği olabilir. Böyle bir durumda söz konusu uluslararası örgüt, üye devletlerden devlet başkanları ve bir hükümetin diğer üyeleri de dâhil belli kişilerin ülkelerine girmesini veya ülkesinden geçişini önlemesi için gerekli tüm adımların atılmasını isteyebilir²⁵⁸.

Bir devletin yabancı bir devlet başkanının ülkesine girişini reddetme konusunda serbest olduğu yönündeki genel kuralın tek istisnası, devletin bir uluslararası örgüt için ev sahipliği yaptığı durumlardır. Böyle durumlarda, ev sahibi devlet, ilgili örgütle yapmış olduğu anlaşma gereğince üye devletlerin devlet

²⁵⁵ **Watts**, *Legal Position*, s. 73; **David F. Good/ Ruth Wodak**, *From World War to Waldheim: Culture and Politics in Austria and the United States*, Berghahn Books 1999, s. 69.

²⁵⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, Vol. 2, s. 312-313.

²⁵⁷ Macaristan devlet başkanı, Slovakya tarihindeki önemli bir olayın kutlanacağı bir törene katılmayı istemiştir. ABAD, uluslararası hukuka göre bir devlet başkanının yararlandığı bağışıklık ve ayrıcalıkları içeren özel statü karşısında, Slovakya'nın ilgili devlet başkanının bu şekilde seyahat özgürlüğünün sınırlanmasına müsaade edilebileceğini belirtmiştir. *Judgement in Case C-364/10 Hungary v. Slovakia*, 16 October 2012, karar metni için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-364/10> (E.T: 10.04.2018).

²⁵⁸ Bkz. UN Doc. S/Res/1970(2011), para. 15: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970(2011)) (E.T: 10.04.2018). Ayrıca, Avrupa Birliği 2012 yılında Suriye'ye yönelik yaptırımlardan biri olarak, Devlet Başkanı Beşar Esat'ın eşinin, kız kardeşlerinin ve annesinin de dâhil olduğu 180 kişinin AB üyesi devletlere girişini yasaklayan bir karar almıştır (Karar, md. 24/1). Karar için bkz. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012D_0739&from=EN (E.T: 10.04.2018) Ancak, Esat'ın eşi, İngiliz vatandaşı olması sebebiyle sadece İngiltere'ye seyahat yasağından muaftır. (Karar, md. 24/2).

başkanları da dâhil diğer temsilcilerini kabul etme yükümlülüğü altına girmiş olabilir. Bunun bir örneği, BM'nin genel merkezinin New York'da bulunması sebebiyle ABD ile BM arasındaki 1947 tarihli Genel Merkez Andlaşması'dır²⁵⁹. Andlaşma'nın 11. maddesi, ABD Hükümeti'nin BM'ye resmen kabul edilmiş üye devletlerin temsilcilerinin, bu temsilcilerin ailelerinin ve BM tarafından resmi işlerle ilgili davet edilen diğer kişilerin BM Genel Merkezi Bölgesine girişine herhangi bir şekilde engel olmayacağını öngörmektedir. 12. madde, bu hükümlerin ABD yönetimi ile yukarıda sayılan kişilerin bağlı olduğu hükümet arasındaki mevcut ilişkiler dikkate alınmaksızın uygulanacağını öngörmektedir²⁶⁰. Fakat ABD ile BM arasındaki bu Andlaşma aynı zamanda ABD'ye, resmi görevi dışında kendisine tanınan ayrıcalıkları kötüye kullanması halinde, üye devlet temsilcisinin ülkesini terk etmesini isteme hakkı vermektedir.

3. İletişim Özgürlüğü

Bir devlet başkanının yabancı bir devlete ziyarette bulunduğu kendi devleti ile özgürce görüşmesine izin verilmelidir. Bu iletişim özgürlüğü diplomatik misyonun işlevlerini yerine getirmesinin esaslı garantisidir. Bu sebeple 1961 DİHVS'nin 27. maddesinde bu özgürlük geniş şekilde güvence altına alınmıştır. Sözleşmenin 27/1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Kabul eden devlet, misyonun her türlü resmi amaç için serbestçe haberleşmesine izin verecek ve bunu koruyacaktır. Gönderen devletin hükümeti ve nerede bulunursa bulunsun, diğer misyonları ve konsoloslukları ile haberleşme esnasında misyon, diplomatik kuryeler ve kodlu veya şifreli mesajlar dahil olmak üzere, uygun bütün haberleşme vasıtalarını kullanabilir. Bununla beraber, misyon, telsiz vericisini ancak kabul eden devletin rızası ile kurabilir ve kullanabilir”. Ayrıca Sözleşme'nin 30. maddesinde

²⁵⁹ United Nations Document, Resolution 99 (I), A/64/Add. 1, s. 195 (A/RES/99(I)). (Agreement Between The United Nations and The United States Of America Regarding The Headquarters Of The United Nations.) Andlaşma metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2011/volume-11-I-147-English.pdf>. Aynı zamanda bkz. *The American Journal of International Law*, Vol. 42, No. 2 (Nisan, 1948), s. 445-447.

²⁶⁰ Örneğin, 2012'de ABD, İran ile ilişkilerinin gergin olduğu bir dönemde İran lideri Ahmedinejad'ı beraberinde 140 İran devlet görevlisiyle birlikte bir heyetle kabul etmiştir.

diplomasi temsilcilerinin belgelerinin, yazışmalarının dokunulmazlığı olduğu kabul edilmiştir.

1969 Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme'nin 28. maddesi de özel bir görevle ilgili giden heyetin başında bulunan devlet başkanının iletişim özgürlüğünden yararlanacağını öngörmenin yanı sıra özel misyonun arşivlerinin, belgelerinin, resmi yazışmalarının, nerde bulunursa bulunsun her zaman dokunulmaz olduğunu öngörmüştür (md. 28/2).

Geçmişte bir devlet başkanının kabul eden devlete yapılan resmi ziyaretle doğrudan ilgili işler dışındaki, devlet faaliyetlerini yürütmesi genellikle zordu, bu tür meseleler genellikle devlet başkanının ülkesine dönmesini beklemek mecburiyetindeydi. Fakat modern ulaşım ve iletişim araçlarının gelişmesi bu durumu değiştirmiş ve yurt dışındayken de bu tür işlerin yürütülmesi artık yaygın hale gelmiştir. Bir başka ifadeyle, kabul eden devletler ülkelere gelen yabancı devlet başkanlarının ülkelerinde bulundukları sırada bağlı oldukları devletin işlerini yürütmelerine izin vermektedirler. Fakat uygulamada, bu tür işler genellikle kabul eden devletin ülkesi üzerinde etkisi olmayan ve devletin ülkesel egemenliğini ihlal etmeyi ve ona zarar vermeyi içermeyen türdendir. Devletler, gelen devlet başkanlarının ve diğer yabancı devlet görevlilerinin bağlı oldukları devletlerdeki meselelerle ilgili çeşitli işleri yürütmelerine izin vermeye razı görünürler²⁶¹. Fakat eğer söz konusu işler ziyaret edilen devletin ülkesinde etki doğuruyorsa veya bu devletin içişlerine ya da uluslararası ilişkilerine zarar veren sonuçlar doğuruyorsa, o zaman durum farklı olabilir. Kabul eden devletin bu türden fiillere izin vermesinin gerekmediği açıktır²⁶². Bir devlet başkanının uluslararası hukuka göre sahip olduğu bağışıklıklar ve ayrıcalıklar, bulundukları devletin iç hukukunu hiçe sayacak kadar sınırsız bir yetki sunmamaktadır. Bir devlet başkanı, bir diplomasi temsilcisi gibi, bulunduğu devletin iç hukuk kurallarına saygı gösterme ve ev sahibi devletin içişlerine karışmaktan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Aksi takdirde, ev sahibi

²⁶¹ Bu konuda sıkça verilen örnekler, kararnamelerin imzalanması ve görevlilerin atanmasıdır. Bkz. **Foakes**, s. 61.

²⁶² Bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 72.

devlet, bu bağlamda pozisyonunu kötüye kullanan yabancı devlet başkanlarının ülkelerinde bulunmalarına müsaade etme yükümlülüğü altında değildir²⁶³.

4. İtibarın Korunması

İtibar veya saygınlık, diğer devletlerin saygı gösterme yükümlülüğü altında oldukları, egemen devletlerin özünde var olan bir özelliktir. Devletin itibarı öncelikle, yabancı bir devlet başkanının diğer devletler tarafından onların ülkesinde ağırlanacağı zamanlarda gündeme gelmektedir. Yabancı devlet başkanlarının bir devletin ülkesini ziyaret ederken, söz konusu devletlerden, ülkelere gelen yabancı devlet başkanının aşağılanmaması, itibarsızlaştırılmaması ve uygun muamele ile korumanın temin edilmesi beklenmektedir. Bu durum bir resmi unvanın sıkı şekilde gözetilmesi ve hitap şeklini, diğer devlet başkanlarıyla karşı karşıya gelindiğinde aynı mevkide kabulünü, devlet başkanı üzerindeki devletin resmi sembollerine (devletin resmi arması ya da ulusal bayrağı gibi) yönelik bir saldırının önlenmesini, bunların uygunsuz şekilde kullanılmamasını ya da bunlara saygısızca muamele edilmemesini içerecektir²⁶⁴. Devletlerin yargı bağımsızlığı dahi kısmen onların itibarına dayandırılmaktadır. Şöyle ki, bir devletin diğer devletlerin yargı yetkisine konu edilmesinin o devletin itibarını zedeleyeceği düşünülmektedir²⁶⁵.

²⁶³ 1967’de Fransa Devlet Başkanı Charles de Gaulle, Kanada’ya yaptığı resmi ziyaret esnasında, Küba’daki bölücü hareketi destekleyen bir açıklama yapmıştır. Bu durum Kanada’nın içişlerine müdahale olarak sayılmış ve çok geçmeden ziyareti sonlandırılmıştır. Bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 53.

²⁶⁴ **Watts**, *Legal Position*, s. 40; Üst düzey devlet görevlilerinin, diğer devletteki mevkidaşlarını veya o devletin diğer üst düzey görevlilerini kendi ülkelerinde misafir ederken diplomatik nezaket kurallarına uymaları gerekmektedir. Ocak 2010’da bu kurallara aykırı davranan İsrail’in tutumu bir çok kesimce eleştirilmiştir. Türk büyükelçisi ile İsrail dışişleri bakanının, İsrail dışişleri bakanlığındaki buluşmasında, Türk büyükelçisinin İsrail dışişleri bakanından daha aşağıya oturtulması, gazetecilerin ısrarlarına rağmen Türk büyükelçisiyle el sıkışmayı reddetmesi, hiçbir ikramda bulunmayıp, alçak koltuk için de İbranice “Onun bizden daha aşağıda oturduğunun ve masada tek bir bayrak olduğunun görülmesini istedik” açıklamasını yapması, uluslararası protokol ve nezaket kurallarına aykırı bir tutumdur.

²⁶⁵ Bkz. *Schooner Exchange v. Mc. Faddon*, 11, U.S., 116, (1812), s. 137: Bu davada yargıç Marshall CJ bir devletin başka bir devletin yargı yetkisinden bağımsızlığını diğer devletin yargı yetkisine konu olmaya boyun eğerek kendi ulusunun onurunu zedelememe yükümlülüğüne dayandırmıştır. Marshall’a göre bu durum bir başka devletin ülkesini ziyaret eden bir hükümdarın, halkının onuru ve kendi onuruyla bağdaşmayan bir yargı yetkisine kendisini konu etmeye niyeti olmamasıyla izah edilir.

Bir devletin temsilcilerinin itibarını koruma yükümlülüğü diploması temsilcileri bağlamında 1961 DİHVS'nin 29. maddesinde açıkça bir hukuki yükümlülük olarak kabul edilmiştir²⁶⁶. Kişi dokunulmazlığını düzenleyen DİHVS'nin 29. maddesinde, kabul eden devletin diploması temsilcisine gereken saygıyı göstereceğinden ve şahsına, özgürlüğüne ve onuruna yönelik herhangi bir saldırıyı önlemek için uygun tüm önlemleri alacağından bahsedilmektedir. Bu hüküm, diploması temsilcisine gereken saygının gösterilmesi ve onuruna yönelik saldırıların önlenmesi için gerekli tüm tedbirlerin alınması yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülük 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşme'nin (KİHVS) 40. maddesine de yansımıştır²⁶⁷. Diploması temsilcileri ve konsoloslar bakımından öngörülen itibara saygı gösterme yükümlülüğü bir devlet başkanı bakımından da evleviyetle uygulanmalıdır. Bir devlet başkanının başında olduğu özel misyonu kapsayan 1969 Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme²⁶⁸ ile 1973 Diploması Ajanları da Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi²⁶⁹ de benzer bir yükümlülüğü kabul etmektedir²⁷⁰.

Uluslararası Adalet Divanı da, DİHVS'nin 29. maddesinde ifadesini bulan uluslararası teamül kuralının, diploması temsilcilerine yönelik olduğunun

²⁶⁶ İngiltere'de 1978 Devlet Bağımsızlığı Kanununa göre, bir diplomatik misyon şefine uygulanan ve hukuki güce sahip olan DİHVS'nin bu hükümleri, (gerekli değişikliklerle) bir devlet başkanına da uygulanır. Dolayısıyla, İngiltere yabancı bir devlet başkanına saygı çerçevesinde muamele etmek ve onun kişiliğine, özgürlüğüne, itibarına herhangi bir saldırıyı önlemek için tüm uygun adımları atmak zorundadır.

²⁶⁷ KİHVS, 40. madde: Kabul eden Devlet, Konsolosluk memurlarına onlara gösterilmesi gereken saygı ile muamele eder ve onların şahıslarına, hürriyetlerine ve onurlarına yapılabilecek her türlü tecavüzleri önlemek amacıyla gerekli bütün tedbirleri alacaktır.

²⁶⁸ Kişisel bağımsızlık başlıklı 29. madde ile Konsolosluk İlişkileri ve Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmelerinin ilgili hükümleriyle aynı hükümleri benimsemiştir.

²⁶⁹ 2/3. madde: "Bu maddenin 1. ve 2. paragrafları, Taraf Devletlerin uluslararası hukuka göre uluslararası korunmaya sahip kişilerin şahısları, hürriyetleri ve haysiyetlerine karşı girişilecek diğer saldırıları önlemeye yönelik yükümlülüklerini hiç bir şekilde ortadan kaldırmaz".

²⁷⁰ Referans niteliğindeki bu tür Sözleşme hükümleri, devletlerin yabancı bir devlet başkanının onurunu koruması gerektiği kuralının kabul edildiğinin açık göstergesi olmasına rağmen, uygulamada "itibarın korunmasının" ne anlama geldiğine tam olarak ışık tutmamaktadır. **Foakes**, s. 63.

belirtilmesine rağmen, ister istemez devlet başkanlarına da uygulanabileceğini hatırlatmıştır²⁷¹. UAD'ye göre bu madde, kabul eden devlete hem bireylerden gelecek muhtemel saldırıları önleme hem de devletin kendi yetkilileri, görevlileri tarafından gerçekleştirilecek saldırıları engelleme şeklinde pozitif yükümlülük yüklemektedir. Bu hüküm, bilhassa bu devlete devlet başkanlarının dokunulmazlığı bağlamında onların itibarını koruma yükümünü yüklemektedir²⁷².

Bir devlet başkanının onuruna karşı duyulması gereken saygı, esasında devlet başkanının kişisel onurundan ziyade, söz konusu kişinin görevini yerine getirdiği süre için geçerli olan ve görevinden dolayı duyulan saygıdır. Fakat bu durum uluslararası teamül hukukunun öngördüğü itibarın korunması yükümlülüğünün, bir devlet başkanının kişisel yetkisine dayanarak hareket ettiği durumlarda uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim uygulamada bir devletin yabancı bir devlet başkanına karşı olan bu yükümlülüğü, devlet başkanının hem kendi adına hem de devlet adına hareket ettiği durumlarda söz konusudur²⁷³.

Yabancı bir devlet başkanının onuruna yönelik ihlal, ihlal niteliğindeki fiillerin vuku bulduğu devletin ülkesinde devlet başkanının bulunmadığı sırada gerçekleşmiş olabilir. Yukarıdaki kural bu durumda da geçerlidir. Bu durum devlet başkanlığı pozisyonunun her zaman ve devlet başkanı nerede bulunursa bulunsun *erga omnes* (herkes bakımından geçerli) bir pozisyon kabul edilmesinden

²⁷¹ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, 2008, I.C.J Reports, para. 174; Belli bir davayla ilgili tanıklığı istenen Cibuti Devlet Başkanına tanıklık çağrısında bulunulmasının Fransız basınına bildirilmesinin, soruşturmanın gizliliğinin ihlali yanında devlet başkanının onurunu koruma yükümlülüğünün de ihlalini teşkil ettiği, Cibuti tarafından ileri sürmüştür. UAD önünde gelen meselede, eğer Fransız adli makamları Fransız basınına Cibuti Devlet Başkanıyla ilgili bu gizli bilgiyi vermiş olsaydı, bu durumun, Cibuti Devlet Başkanının Fransa'ya resmi bir ziyareti bağlamında, Fransa'nın uluslararası yükümlülüğünün ihlalini teşkil edeceğine, ancak, bilginin Fransız adli makamları tarafından basına verildiği konusunda yeterli kanıt olmadığına karar vermiştir. *Djibouti v. France*, para.175.

²⁷² **Chanaka Wickremasinghe**, *Immunities Enjoyed By Officials Of States And International Organizations*, Malcom D. Evans (edt.), International Law, Oxford University Press, 3. Ed., 2010, s. 407.

²⁷³ Bkz. **Wickremasinghe**, s. 394; Bazı devletler itibarın korunması konusunda özel olarak iç hukuk düzenlemeleri kabul etmektedirler. Örneğin, Alman Ceza Yasasının 103. maddesinde, her kim Almanya'da bulunan yabancı bir devlet başkanına ya da yabancı hükümetin bir üyesine hakaret ederse üç yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılacağını öngörmektedir.

kaynaklanır²⁷⁴. Bir başka ifadeyle bir devlet kendi ülkesinde fiilen bulunmayan devlet başkanlarına karşı da itibarı koruma yükümlülüğü altındadır²⁷⁵. DİHVS'nin 29. maddesinin lafzı, onura yönelik saldırı kavramının sadece fiziksel bir saldırıdan ibaret olmadığını, sözlü taciz veya aşağılayıcı bir yayının yapılmasını da içeren daha geniş bir anlam ifade edebileceğini göstermektedir²⁷⁶.

İtibarın korunması şeklindeki bir yükümlülüğün, devletler arasında dostane ilişkilerin var olduğu sürece söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir. Çünkü devletler arasında ilişkilerin gerginleşmesi halinde, özellikle de bu gerilimin savaş ya da çatışmaya kadar vardığı durumlarda, devletlerin diğer devletlerin liderlerine saldırgan bir tutum sergilemesi sıradan bir hal alır²⁷⁷. Devletler arasında yapıcı iletişimin tümünden kesildiği, özellikle açıkça çatışmanın var olduğu durumda, hala böyle bir yükümlülüğün temel amaçlarından birinin devletler arasındaki iyi ilişkileri korumak olduğunun ileri sürülmesi zordur. Fakat devletler arasındaki ilişkiler tamamen kopma noktasına gelmeden sadece gerginleşmiş olabilir. Örneğin, devletlerin birbirilerinin iç meseleleriyle ilgili fiillerini sıklıkla eleştirdikleri günümüzde, bir devletin diğer devletin politikalarını ve uygulamalarını kabaca eleştirmesi sıradan bir durumdur. Bu türden eleştiriler, bir devlet başkanına doğrudan yöneltilse dahi, bir devletin itibarın korunması yükümlülüğü bağlamında uluslararası yükümlülüklerini ihlal olarak görülmeyecektir. Fakat sebepsiz yere devlet başkanının şahsına yönelik küfür, hakaret içerikli saldırı, özellikle bir devletin kendi temsilcileri

²⁷⁴ Bu durum, bir diplomasi temsilcisinin durumundan farklılık gösterir. Çünkü bir diplomasi temsilcisi sadece kabul eden devlet ülkesinde ve kabul eden devletin ülkesine gitmek veya bu ülkeden gelmek üzere geçmek zorunda olduğu üçüncü devletlerin ülkesinde bu türden bir korumadan yararlanır. **Watts**, *Legal Position*, s. 42; **Pedretti**, s. 409.

²⁷⁵ Türk Ceza Kanunu, 340. maddede yabancı devlet başkanlarına karşı işlenen suçları cezayı artıran bir sebep olarak kabul ederken, devlet başkanının Türkiye’de bulunup bulunmaması konusunda bir ayırım yapmamıştır.

²⁷⁶ *Jams v. Public Prosecutor*, Netherlands Supreme Court, 21 Haziran 1969: Bu davada Hollanda Yüksek Mahkemesi, yerel basında yabancı bir devlet başkanına karşı yapılan küfür içerikli bir saldırının, devlet başkanının onuruna yönelik saldırıları önleme yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. YBİL, 1970, Vol. 73, s. 222, (1970) 73 ILR 387.

²⁷⁷ Bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 42; Lütem’e göre, bu itibar ve hürmetin gösterilmesi için, barış zamanı olması, ülkesine gelen hükümdar (devlet başkanı) hakkında ev sahibi devletin haberi bulunması ve rızasını bildirmiş olması lazımdır. **Lütem**, s. 529.

tarafından yapılırsa ya da iki devlet arasında resmi ziyaretler kapsamında yapılırsa, bu durum farklıdır ve bir devlet başkanının onurunu koruma yükümlüğüne aykırılık teşkil eder²⁷⁸.

Bir devlet başkanının onuruna saygı gösterme ve buna yönelik saldırıları önlemek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü iki kategoriye ayrılmaktadır: İlki devletin organları ya da görevlileri aracılığıyla kendisi tarafından gerçekleştirilen saldırı fiilleridir, diğeri ise sıradan kişiler gibi bağımsız üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen fiillerdir. İlk kategori bakımından, devletlerin kendilerinin uluslararası hukuka göre bir diğeri dostane devletin liderine karşı saldırgan davranıştan kaçınma yükümlülüğü olduğu açıktır. Burada tek sorun ilgili fiillerin devlet başkanının onuruna yönelik bir saldırı teşkil edip etmediğidir. Eğer teşkil ediyorsa, ilgili devletin şikâyetle bulunma ve uygun tazminatı isteme hakkı vardır. İkinci kategoride ise, bağımsız üçüncü kişiler tarafından devlet başkanına yönelik gerçekleştirilen fiillerin, sadece onura yönelik bir saldırı değerinde olup olmadığı değil, aynı zamanda bu türden saldırıları önlemek için muhatap devletin gerekli tüm tedbirleri alıp almadığının da tespit edilmesi gerekecektir²⁷⁹. Bu bakımdan, bazı devletler yabancı devlet başkanlarına yönelik tüm uluslararası yükümlülüklerle paralel olarak ceza kanunlarında yabancı devlet başkanlarına yönelik suçlar için farklı bir hukuki rejim benimsemektedir²⁸⁰.

5. Konut ve Mülkiyet Dokunulmazlığı

Devlet başkanının uluslararası hukuka göre yararlandığı bir başka dokunulmazlık türü de konut ve mülkiyet dokunulmazlığıdır. DİHVS'nin 30. maddesi, diplomasi temsilcisinin özel konutunun misyon binalarıyla aynı dokunulmazlık ve korunmadan yararlanacağını belirtmektedir. Sözleşme'nin misyon binalarının dokunulmazlığa sahip olduğunu belirten 22. maddesine göre, kabul eden

²⁷⁸ Foakes, s. 64.

²⁷⁹ Bu ayrım UAD tarafından *Djibouti v. France* davasında belirtilmiştir. Bkz. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, para. 177.

²⁸⁰ Bkz. dn. 247.

devlet yetkilileri misyon şefinin rızası olmadıkça bu binalara giremezler. 22/2. maddesi hükmü, kabul eden devlete, misyon binalarını herhangi bir tecavüz veya zarara karşı korumak ve misyonun huzurunun herhangi bir şekilde bozulması veya itibarının kırılmasını önlemek üzere her türlü tedbiri almak görevi yüklemektedir²⁸¹.

Devlet başkanının da yabancı devlet ülkesinde bulunduğu süre içinde ikamet ettiği özel konutlar, diplomasi temsilcilerinin ikametgâhının sahip olduğu dokunulmazlığa sahiptir. Buna göre, yabancı devlet yetkilileri izin almadan söz konusu konuta giremeyecekleri gibi, bu konutu her türlü saldırı ve tecavüze karşı koruma yükümlülüğü altındadırlar. Devlet başkanı için öngörülen bu dokunulmazlık, ilgili konutun devlet başkanına ait olup olmamasına göre değişiklik göstermemekte, her iki durumda da devlet başkanının konut dokunulmazlığı mutlak kabul edilmektedir. Bu durumun tek istisnası, devlet başkanı tarafından verilen izindir²⁸². O halde şunun belirtilmesi gerekir: Bir konut için dokunulmazlık, bir devlet başkanının içinde oturmasından ötürü verilir, yoksa onun sahip olduğu bir mülkiyet veya tapudan ötürü verilmez. Bu yüzden otel odası gibi geçici bir ikametgâh da olsa yine bu dokunulmazlık geçerli olacaktır. Bu bakımdan eğer bir devlet başkanı yabancı bir devlette bir ev veya apartman sahibi olmuşsa, içinde oturduğu zaman dışında, buranın konut dokunulmazlığı söz konusu olmayacaktır²⁸³.

Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme'nin 30. maddesinde de özel görevde bulunan gönderen devlet temsilcilerinin özel konutunun, misyon binalarının yararlanacağı dokunulmazlık ve korumadan faydalanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla özel misyona liderlik eden devlet başkanının konutunun da bu korumadan yararlanacağına şüphe yoktur. Diplomasi temsilcisinin özel konutunun, belgelerinin,

²⁸¹ Ayrıca 22/3. maddeye göre, “misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları, arama, el koyma, haciz veya icradan başıktırlar”.

²⁸² **Jennings/ Watts**, *Oppenheim's International Law*, Part 2 to 4, s. 1037.

²⁸³ **Watts**, *Legal Position*, s. 51; **Foakes**, s. 77.

yazışmalarının dokunulmazlığını öngören DİHVS'nin 30/2. maddesi, diplomasi temsilcisinin mallarının da dokunulmazlıktan yararlanacağını belirtmektedir²⁸⁴.

6. Vergi, Harç, Resimden Muafiyet ve Gümrük Ayrıcalığı

Genel olarak kabul edilen, devlet başkanlarının, en azından resmi ziyaret nedeniyle yabancı devletlerin ülkesinde bulunmalarıyla ilgili olarak, bu devletler tarafından toplanması öngörülen ulusal ve yerel vergilerden muaf tutulmasıdır. Bu muafiyet, DİHVS'nin 34. maddesi kapsamında diplomasi temsilcileri bakımından öngörülen muamele ile aynı yöndedir²⁸⁵. Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme'nin 33. maddesi de bu ayrıcalıkların, başında bir devlet başkanının bulunduğu bir özel misyona uygulanacağını öngörmektedir²⁸⁶. Söz konusu Sözleşmelerin hükümleri, belli istisnalar dışında her türlü vergi, resim ve harçtan muafiyeti öngörmektedir. Muafiyetin söz konusu olmadığı bu istisnalar ise şöyle sıralanmaktadır: Normal olarak mal ya da hizmetlerin fiyatlarına dahil edilen nev'iden dolayı vergiler; diplomatik ya da özel misyonun amaçları için (gönderen devlet adına sahip olunmamak şartıyla) kabul eden devlet ülkesinde bulunan özel taşınmazlar üzerindeki vergi ve resimler; belli istisnalar dışında kabul eden devletin emlak, veraset veya intikal vergileri; kaynağı kabul eden devlette bulunan özel gelirlerden alınan vergi ve resimler ile kabul eden devletteki ticari teşebbüslere yapılan

²⁸⁴ Bu hüküm, 31. maddenin 3. paragrafı hükmünü saklı tutmaktadır. Bu hüküm ise medeni ve idari yargıdan bağımsızlığın istisnalarının sayıldığı madde 31/1(a), (b), (c) bentlerinde öngörülen haller dışında bir diplomasi temsilcisinin hakkında hiçbir icra önlemi alınamayacağı, söz konusu durumlarda dahi temsilcinin şahsının veya konutunun dokunulmazlığının ihlal edilemeyeceği öngörülür. İcra İflas Kanunu'nun 88. maddesi, "Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancı devlet başkanı, parlamento başkanı, hükümet başkanı veya hükümet üyelerini taşıyan ulaşım araçları, bu kişiler Türkiye'de bulundukları sürece, muhafaza altına alınamaz ve yediemine bırakılamaz" hükmüne yer vermektedir. Nitekim Taner, bu dokunulmazlıkların, diplomasi memurlarının şahısları gibi görevlerini yapmak için kullandıkları vasıtaların, bulundukları yerlerin, eşyalarının da dokunulmazlığını gerektirdiğini belirtmiştir. **M. Tahir Taner**, *Ceza Hukuku, Umumi Kısım*, İstanbul, 1949, s. 213.

²⁸⁵ DİHVS, kabul edilmeden önce, devlet başkanlarına tanınan bu muafiyetin bir nezaket eseri olduğundan bahsedilmekteydi. **Louis Le Fur**, *Devletler Umumi Hukuku*, (Çev. Şinasi Z. Devrin), Ankara 1942, s. 211.

²⁸⁶ Sözleşmenin 21/1. maddesi, özel görevle giden heyetlerin başında devlet başkanının bulunması durumunda uluslararası hukukun devlet başkanlarına tanıdığı tüm bağımsızlık, ayrıcalık ve diğer imkânlardan kabul eden devlette ve diğer üçüncü devletlerde resmi ziyaretteki devlet başkanının yararlanacağı öngörülmektedir.

yatırımlardan alınan sermaye gelirleri; verilen belli hizmetler karşılığında tahakkuk ettirilen ücretler; kayıt, mahkeme ya da zabıt harçları ile ipotek harcı ve damga resmi (misyon binaları için söz konusu olanlar hariç)²⁸⁷.

Daha önce de belirtildiği gibi diplomasi temsilcileri yabancı devlet ülkesinde kendi ülkesini temsil etmek üzere devlet başkanlarına göre çok daha uzun süreli ve kalıcı olarak görev yapmaktadır. Bu nedenle devlet başkanları bakımından, bu tür ayrıcalıklardan yararlanılmasını gerektirecek durumlara rastlanması daha düşük bir ihtimaldir. Bununla birlikte aynı şeyi gümrük ayrıcalığı bakımından söylemek mümkün değildir. DİHVS'nin 36. ve Özel Heyetler Hakkındaki Sözleşmenin 35. maddesi diplomatik ve özel misyonlarla ilgili eşdeğer hükümlere yer vermiş ve diplomasi temsilcilerinin ve özel misyonların kişisel eşya ve bagajının da gümrük kontrolünden ve gümrük vergisi, gümrük resmi ve ilgili ücretlerden muaf olduğunu kabul etmiştir. Bu kişiler için öngörülen muafiyet ve ayrıcalıklardan yabancı devlet ülkesini ziyaret eden devlet başkanlarının daha az yararlanması mantıken düşünülemez. Bu sebeple söz konusu ayrıcalıklar devlet başkanı bakımından da geçerli olmaktadır. Fakat böyle bir muafiyet bahsi geçen Sözleşmelere göre devlet başkanının resmi ve kişisel kullanımına yönelik eşyalarla sınırlıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, gümrük denetiminden muafiyet, teoride, devlet başkanının bagajının kabul eden devlet tarafından ithali yasaklanmış eşya ya da yine bu devletin karantina düzenlemelerine göre denetlenen eşyalar içerdiğinden şüphe etmek için ciddi sebeplerin bulunduğu durumları kapsamamaktadır. Uygulamada, ziyaret edilen devletin gümrük görevlileri gerçekten ciddi bir ihlalden şüphe duymak için çok güçlü dayanakları olmadığı sürece böyle bir denetimi gerçekleştirmekte tereddüt etmekte ve buna pek yanaşmamaktadır²⁸⁸.

²⁸⁷ Bozkurt/ Erdal/ Poyraz, s. 253.

²⁸⁸ Foakes, s. 102.

B. Bağışıklık ve Ayrıcalıklardan Yararlanma Bakımından Resmi ve Özel Ziyaret Ayrımı

Devlet başkanlarının, dış ilişkilerin yürütülmesinde, diplomasi temsilcileri gibi, gönderildikleri devlet ülkesinde ikamet ederek görev yapmamaları sebebiyle, sahip oldukları bağışıklık ve ayrıcalıklar çoğunlukla yabancı devletlere gerçekleştirdikleri ziyaretler sırasında gündeme gelmektedir. Bu konuda resmi ve özel ziyaretler bakımından bir ayrım yapılmaktadır. Resmi ziyaret, devlet başkanlarının, önceden görüşülüp ayrıntıları belirlenen ve belirli bir programa göre gerçekleştirilen gezilerini ifade eder. Bu geziler, devlet başkanı sıfatıyla ve devlet tüzel kişiliğinin temsili sebebiyle gerçekleştirilir. Resmî ziyaretlerde uluslararası teamül hukukuna göre, devlet başkanına yukarıda açıklanmaya çalışılan bir takım bağışıklık ve ayrıcalıklar tanınır²⁸⁹.

Özel ziyaretler ise, seyahat, tedavi ve tatil gibi kişiye özel sebeplerle yabancı bir devlet ülkesine yapılan gezilerdir. Böyle durumlarda, devlet başkanı, bir devletin resmi temsilcisi sıfatıyla hareket etmemekte, devlet adına resmi görevi yerine getirmemektedir. Bir başka ifadeyle, bu durumlarda, devletin tüzel kişiliğinin temsili gündemde olmadığı için devlet başkanı sıfatı kullanılmamaktadır. Özel ziyaretler bakımından da ikili bir ayrım yapmak mümkündür. Bunlar, ziyaret edilen devletin bilgisi dâhilinde yapılan özel ziyaretler ve *incognito* ziyaretlerdir.

Görev dışı amaçlarla yabancı devlet ülkesinde bulunan devlet başkanlarının anılan bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanabileceğini belirten kesin bir kural yoktur²⁹⁰. Uluslararası hukuk, devlet başkanının görevle yurtdışında bulunduğu sıradaki hukuki statüsünü düzenler ve ona bazı ayrıcalıklar sağlar. Konu tartışmalı olmakla birlikte, görev dışı amaçlarla yabancı devletlerde bulundukları sırada devlet başkanlarına bağışıklık ve ayrıcalıklar tanındığına ilişkin bazı örneklerin bulunması bazı yazarların uluslararası teamül kuralı gereği böyle durumlarda da devlet

²⁸⁹ Zeki Mesud Alsan, *Devletler Hukuku Dersleri*, Ankara, 1950, s. 255; Çelik, s. 497-498.

²⁹⁰ Devlet başkanının resmi ziyaretleri dışındaki özel ziyaretleri sırasında uluslararası hukuktaki pozisyonu tam net değildir. Watts, s. 73-74.

başkanlarının söz konusu ayrıcalıklardan yararlanacağı sonucuna varmalarına neden olmuştur²⁹¹. *Incognito* gezi, devlet başkanının devlet başkanlığı sıfatını kullanmadan, kimliğini belirtmeden yaptığı özel gezidir²⁹². Bu tür gezilerde başkanlık kimliği saklı olduğu için kendisine bu statü uygulanmaz, ancak gezinin herhangi bir yerinde herhangi bir yabancı ülkede kişi, başkanlık kimliğini açıklarsa kendisine bu özel hukuki statünün uygulanması gerekir²⁹³. Bir başka ifadeyle, yabancı devletin haberi olmaksızın yapılan seyahatlerde devlet başkanı hadise gerçekleştiğinde kimliğini belli edene kadar sıradan bir fert gibidir. Ancak kimliğini açıkladığında uluslararası hukukun öngördüğü bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanır²⁹⁴.

Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant* davasında dışişleri bakanının (aynı zamanda devlet başkanı ve hükümet başkanının) yurt dışında özel ziyarette bulunduğu sırada dahi yabancı devletin cezai yargı yetkisinden muaf olacağını belirtmiştir²⁹⁵. Günümüzde görevdeki yabancı bir devlet başkanının yurt dışında özel ziyaretteyken dahi yabancı devletin cezai yargı yetkisinden bağışık olduğu husus tartışmalı bir konu olmaktan çıkmıştır²⁹⁶.

Arrest Warrant davasında, UAD görevdeki bir dışişleri bakanına geniş çapta bağışıklık tanınmasını, uluslararası ilişkilerin yürütülmesi için gerekli olduğuna dayanarak açıklamıştır. Ancak, bu görüş ikna edici değildir. Çünkü bu görüş dikkate alınırsa özel bir ziyaret sırasında bir dışişleri bakanının neden yabancı devletin yargı yetkisinden bağışık olması gerektiğini anlamak zordur. Çünkü bu tür ziyaretler

²⁹¹ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 63; **Kamuran Reçber**, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Bursa 2011, s. 15.

²⁹² Bkz. **Çelik**, s. 497.

²⁹³ **Çelik**, s. 498.

²⁹⁴ **Hamza Eroğlu**, *Devletler Umumi Hukuku*, 2.bs., Ankara 1984, s. 281; 1873'te Hollanda Kralı William İsviçre'de *incognito* seyahatindeyken, bir suçtan dolayı kendisine ceza verilmiş, kimliğini açıklayınca bu ceza kaldırılmıştır. **Lütem**, s. 530.

²⁹⁵ *Arrest Warrant*, para. 55.

²⁹⁶ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 63; **Taner**, “devlet reisleri de yabancı bir memlekete gittikleri zaman, ister resmen, ister hususi olarak gitmiş bulunsunlar, mahalli kazaya tabi olmamak imtiyazından istifade ettikleri gibi, mahsus bir vazife ile giden dışişleri bakanları...sözü geçen imtiyazdan müstefit olurlar” diyerek benzer bir görüşü benimsemiştir. **Taner**, s. 213.

bir devletin uluslararası ilişkileri için gerekli değildir²⁹⁷. Bu nedenle özel ziyaretler sırasındaki bağışıklığın gerekçesini başka yerlerde aramak gerekir²⁹⁸.

Bununla birlikte, bundan ayrık durumlara da rastlamak mümkündür. 1987 yılında ABD'nin, Avusturya devlet başkanının II. Dünya Savaşı'ndaki fiillerinden ötürü ABD'ye girişinin engellenmesi işlemi buna örnektir. Benzer şekilde, 1993'te Zaire devlet başkanı Mobutu'nun Fransa'ya giriş izninin reddedilmesi örnek gösterilebilir. Fakat uygulamada ziyaret edilen devletin, ziyaret eden devlet başkanına nezaket göstermesi ve özel korunma tedbirleri alması beklenmektedir. UHK, bu konudaki görüşünü şöyle ortaya koymuştur: “Bir devlet başkanının, yabancı ülkeye yapacağı ziyaret ister resmi olsun ister özel olsun, yani ziyaretin niteliği ne olursa olsun, devlet başkanı özel korunmayı hak etmektedir²⁹⁹.”

Yabancı bir devlet ülkesine özel ziyarette bulunan devlet başkanı bu sırada bağlı olduğu devletin resmi işi ile ilişkili olmadığından, ziyaret kapsamındaki fiilleri bakımından resmi fiiller bağlamında bağışıklıktan yararlanma sorunu gündeme gelmemektedir. Ancak buna rağmen devlet başkanının resmi yetkisi çerçevesinde ve kamusal yetkinin kullanılmasıyla gerçekleştirdiği bir fiilinden ötürü, özel ziyareti sırasında kendisine karşı bir hukuki süreç başlatma girişimleri söz konusu olabilir. Görevi sırasındayken gerçekleştirilen bu türden fiillerden ötürü devlet başkanı dava edilemez. Görevi sona erdikten sonra, yani sıradan bir kişi haline geldikten sonra dahi bu fiiller sebebiyle dava edilmesi mümkün olmayan devlet başkanına, özel

²⁹⁷ **Dapo Akande/ Sangeeta Shah**, “Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011, s. 823, 824; **Alebeek**, devlet başkanı bakımından da aynı noktaya değinmektedir. Bkz. **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 179-180.

²⁹⁸ **Akande/ Shah**, s. 824; Pazarcı'ya göre görev dışı gezilerde de devlet başkanlarının bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanması uluslararası nezaket kurallarının gereğidir. **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 63.

²⁹⁹ Bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 73; 1973 Diplomatik Ajanlar Dâhil Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi 1 (a) maddesine göre, bir devlet başkanı yabancı bir devletteyken ne zaman olursa olsun uluslararası korunan kişidir.

ziyaret sırasında dahi olsa devlet başkanlığı sıfatı devam ettiğinden bu tür fiiller için hayli hayli bağışıklık tanınması gerekmektedir³⁰⁰.

VIII. TANIMA VE DEVLET BAŞKANININ BAĞIŞIKLIĞI İLİŞKİSİ

Bir devlet olmadan devlet başkanı olamaz³⁰¹. Daha önce de belirtildiği gibi nerede bir devlet varsa orada bir devlet başkanı vardır³⁰². Devlet olmanın unsurlarını taşımayan bir birimin başkanı, diğer devletler tarafından uluslararası nezaket çerçevesinde bazı özel ve ayrıcalıklı muamelelere tabi tutulsa dahi, uluslararası hukuk açısından bağımsız bir devletin başkanı ile aynı statüde sayılamayacaktır. Dolayısıyla böyle bir devletin başındaki kişi veya diğer görevlisi, uluslararası hukuktan kaynaklanan bağışıklıktan faydalanamayacağından, yabancı bir devletin yerel mahkemelerinde ileri süreceği bağışıklık savunması da dikkate alınmayacaktır³⁰³. Bunun yanında devletin varlığına rağmen tanınıp tanınmaması uluslararası ilişkilerin yürütülmesi bakımından büyük önemi haizdir. Dolayısıyla devletin varlığı, tanınması ve bir devletin uluslararası ilişkilerinin yürütülmesinde temel aktör olan devlet başkanının bağışıklığı konularının birbiriyle yakından ilişkili olduğunu söylemek mümkündür. Bu sebeple önce devletin tanınmasına sonra devlet başkanının tanınmasına değindikten sonra, her ikisinin devlet başkanı bağışıklığına etkisi üzerinde durmak gerekecektir.

A. Devletin Tanınması

Uluslararası hukukta tanıma, bir uluslararası hukuk kişinin, kendi dışında oluşan belli bir olayı, bir durumu, bir belgeyi veya bir iddiayı kendisi bakımından yasal kabul ettiğini ve hukuksal ilişkilerini bu yönde belirleyeceğini bildiren tek

³⁰⁰ Watts, *Legal Position*, s. 74; İkinci bölümde, fonksiyonel bağışıklık başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

³⁰¹ Roberts, *Satow's Diplomatic Practice*, s. 178.

³⁰² Gözler, *Devlet Başkanları*, s. 1.

³⁰³ Erson Asar, s. 70.

tarafı bir hukuksal işlemdir³⁰⁴. Bu tanımlamaya paralel olarak devletin tanınması ise, yeni oluşan bir birimin uluslararası hukuk kişiliğinin diğer uluslararası hukuk kişileri tarafından kabul edilmesidir³⁰⁵. Burada asıl önemli olan husus, tanıma işleminin devletin varlığı üzerine etkisinin ne olacağıdır. Bu konuda iki teori vardır. Bunlar kurucu tanıma teorisi ve açıklayıcı tanıma teorisidir. Kurucu teoriye göre, devletin doğması için tanıma zorunlu bir işlemdir. Açıklayıcı teoriye göre, devletin hukuki varlık kazanması için tanıma işlemi zorunlu değildir³⁰⁶.

Bir devletin varlığından söz edilebilmesi için gerekli üç unsur, insan topluluğu (millet), bu insan topluluğunun üzerinde yaşadığı toprak parçası (ülke) ve bağımsız siyasi otoritedir (egemenlik). Bir birimin devlet sayılabilmesi için bu şartları sağlamasının genellikle yeterli olduğu kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, devletin varlığının kabul edilmesi için diğer devletler tarafından tanınması şartı aranmamaktadır³⁰⁷. Tanıma işlemi ile bir devlet başka bir devletin kendisi açısından siyasi belirsizliğine son vermekte, yeni devletin uluslararası hukuk kişiliğini kendisi açısından tescil etmektedir. Bu nedenle, tanıma uluslararası hukukun konusu

³⁰⁴ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, s. 288.

³⁰⁵ **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 101; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk I*, s. 239; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 2.

³⁰⁶ Bkz. **Cemil Bilsel**, *Devletler Hukuku*, 1. Kitap, (Devletler), İstanbul 1941, s. 60-73; **Muammer Raşit Seviğ**, *Devletler Umumi Hukuku*, İstanbul 1958, s. 81; **Yılmaz Altuğ**, *Devletler Umumi Hukuku*, İstanbul 1995; Genel olarak bkz. **Ezeli Azarkan**, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Slovenya, Hırvatistan ve Bosna-Hersek)*, Ankara 2008, s. 17.

³⁰⁷ Bilsel'e göre, "Yeni bir devletin devletliği diğer devletlerin ona bunu vermelerinden değil, kendisinin bunu fiilen elde etmesinden gelir. Bunun neticesi olarak yeni devlet diğer devletlerin onu tanımalarından evvel mevcuttur. Tanımamak bu mevcudiyeti hiç de ihlal etmez". **Bilsel**, s. 60; Gözler, aynı şekilde durumu şu şekilde ifade etmektedir: "İç hukuk bakımından tanınma, devletin kuruluşunu ve varlığını gösteren ayırıcı bir unsur değildir. Belirli bir grup insan, belirli bir toprak parçası üzerinde egemenliğini tartışmasız bir şekilde kurmayı başarmışlarsa ve bu durum süreklilik kazanmışsa, o devlet, başka devletler tarafından tanınmamış olsa bile artık ortada yeni bir devlet vardır. Bir devletin diğer devleti tanıyıp tanımamasının, o devletin, 'devlet olma statüsü' üzerinde bir etkisi yoktur". Bu konuda en çok gösterilen örnek ABD'nin, Çin Halk Cumhuriyetini 30 yıl boyunca tanımamış olmasına rağmen Çin Halk Cumhuriyeti'nin, bu süre içinde bir devlet olarak var olmaya devam etmesidir. Bkz. **Kemal Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1, Bursa 2011, s. 368; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 241; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 5; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 101.

olmasına rağmen hukuki olmaktan çok siyasi nitelikli bir işlemdir³⁰⁸. Bu üç kurucu öğeye sahip bir birimin uluslararası hukuk bakımından varlığından söz edilebilmesi için tanıma bildirimine gerek bulunmamaktadır³⁰⁹. Tanımanın en önemli hukuki sonucu, devletler arasındaki ilişkilerin kurulması imkânını doğurmasıdır³¹⁰. Tanımanın ancak bu açıdan gerekli olduğu söylenebilir. Aksi takdirde uluslararası ilişkilerin varlığından söz edilemez³¹¹. Bir başka ifadeyle, tanıma açıkça ya da zımni olarak yapılmadığı sürece iki devlet arasındaki resmi temaslar mümkün olmamaktadır³¹². Bu bakımdan devletin tanınması, bir uluslararası hukuk kişinin yeni doğan bir devleti uluslararası ilişkilere ehil sayması ve kendisiyle uluslararası ilişkilere girişmesi olarak tanımlanabilir³¹³.

³⁰⁸ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 3; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 239; **Sur**, s. 119; **Altuğ**, s. 32; Arsava, bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Bir devlet siyasi ve tarihi bir olgu olarak mevcut ise, onun tanınmaması onun devlet olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bir çocuk doğmuştur. Onun tanınmaması onun uluslararası hukuk süjesi olma ehliyetini ortadan kaldıran sonuç doğurmaz.” **A. Füsün Arsava**, “Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1996, S. 1-4, C. 51, s. 50.

³⁰⁹ 1933 Devletlerin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Montevideo Sözleşmesinde, bir uluslararası hukuk kişisi olarak devletin şu dört unsura sahip olması gerektiği belirtilmiştir. 1. Sürekli insan topluluğu; 2. Sınırları belirlenmiş ülke; 3. Hükümet/etkin siyasi yönetim 4. Diğer devletlerle ilişkilere girebilme yeteneği. Ancak, dördüncü unsur, daha ziyade diğer üç kurucu unsurun varlığı halinde, bir devletin var olduğunun kabulünün sonucu olarak ortaya çıkan ve devletin varlığıyla değil tanınmasıyla ilgili olan bir durumdur. Bu bakımdan, diğer devletlerle ilişkiye girebilme yeteneği bir devletin unsuru değildir. Günümüzde genel kabulde bu yöndedir. Bkz. **James R. Crawford**, *Creation of States in International Law*, Oxford University Press, 2006, s. Ixxxix; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 205; Gözler’e göre “Yeni kurulan bir devletin pek çok devlet tarafından tanınması onun, uluslararası hukuk bakımından bir devlet olarak oluştuğunun güzel bir göstergesidir.” Bkz. **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1, s. 368.

³¹⁰ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 11; Tanıma bildiriminin devletin varlığı için bir koşul oluşturmadığı, bir başka ifadeyle bu bildirimin kurucu değil, açıklayıcı bir işlem olduğu yönünde genel kabul vardır. Bu durum uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde, hak ve yetkilerin ülke dışında kullanılabilmesinde, devletin tanınmasının bir önkoşul olduğu gerçeğini değiştirmez. Tanımanın hukuksal etkileri için bkz. **Sur**, s. 118; **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 3; **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 241.

³¹¹ **Seviğ**, s. 81.

³¹² **Robert Jennings/ Arthur Watss**, *Oppenheim's International Law*, 9. Ed., Vol. 1, Peace, Introduction and Part 1, Oxford University Press, 2008, s. 146.

³¹³ **Bilsel**, s. 60; **Seviğ**, s. 81.

B. Devlet Başkanının Tanınması

Eğer bir devlet uluslararası hukuk kişisi olarak tanımış olduğu devletin yeni devlet başkanını tanımayı reddederse, devleti tanıma iradesi söz konusu durumdan etkilenmez³¹⁴. Bu durum ise devlet başkanının tanınması ile devletin tanınması arasında fark olduğunu göstermektedir. Devlet başkanının tanınması hükümetin tanınması ile ilgilidir. Çünkü hükümetin tanınması devlet başkanının tanınmasını içerir³¹⁵. Bu bakımdan öncelikle, kısaca hükümetin tanınmasının ne olduğunu ortaya koymak gerekir. Uluslararası hukukta devletin tanınması, hükümetin tanınmasından farklı bir durumdur. Normal koşullarda devletin tanınması o devletin hükümetinin de tanınmasını kapsar. Ancak bu her durumda böyle değildir. Olağandışı yollarla hükümetlerin değişmesi halinde, bu hükümetin ayrıca tanınması gündeme gelir. Bir başka ifadeyle, hükümetlerin tanınması yalnızca meşru olmayan yollarla hükümetlerin değişmesi durumunda söz konusu olmakta, anayasaya uygun olarak hükümetin değişmesi halinde hükümetin tanınması gerekmemektedir. Aksini kabul etmek devletin içişlerine karışmak anlamına gelir ki bu durum uluslararası hukuka aykırıdır³¹⁶.

Devlet başkanlarının uluslararası alanda çok özel bir statüye sahip olduğunu ve uluslararası hukuka göre diğer devletler tarafından özel muamele gördüğünü göz önünde bulundurarak, diğer devletlerin kimin devlet başkanı olduğunu bilmeleri ve bu kişiyi devlet başkanı olarak kabul etmelerinin önemli olduğunu söylemek

³¹⁴ Jennings/ Watss, *Oppenheim's International Law*, s. 146.

³¹⁵ Bkz. Stefan Talmon, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, Clarendon Press, 1998, s. 260.

³¹⁶ Bir devlet içinde olağan koşullarda yani devletin anayasasına uygun olarak gerçekleşen hükümet değişikliğinde bu hükümetin diğer devletler tarafından tanınması gerekmemektedir. Ancak, olağanüstü yollarla (örneğin, askeri darbe, silahlı kuvvet kullanılarak veya yabancı devlet desteğiyle) hükümetin değişmesi, devletlerarası ilişkilerin devleti temsil eden hükümetler aracılığıyla yürütülmesinden ötürü yeni kurulan hükümetin ilgili devleti temsil edip edemeyeceği konusunda diğer devletlerin iradelerini açıklamalarını ve yeni hükümeti tanımalarını gerekli kılabilir. Altuğ, s. 33; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 14, 15; Sur, s. 121; Aksar, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 240; Bozkurt/ Erdal/ Poyraz, s. 102, 103; Jennings/ Watss, *Oppenheim's International Law*, s. 148.

mümkündür³¹⁷. Devletler arasındaki ilişkinin istikrarını sağlamak açısından da bir devletin ilişki kuracağı devletin başkanı olarak kimi muhatap kabul edeceğini belirlemesi büyük öneme sahiptir. Bu da devlet başkanının tanınması ile olur. Bir başka ifadeyle, devletler kendilerini temsil eden organları vasıtasıyla uluslararası ilişkilerini sürdürdükleri için uluslararası ilişkilerin her bakımdan yürütülmesi bir kişinin devlet adına konuşma, hareket etme hakkının kabulüne bağlıdır. Bu bakımdan böyle bir tanıma kararı kaçınılmazdır³¹⁸.

Yeni bir devlet başkanı göreve geldiğinde bu durum diğer devletlere genellikle açık şekilde veya zımnen bildirilir. Kendisine açıkça bildirimde bulunulan devletler çoğunlukla tebrik mesajı gibi resmi bir işlemle yeni başkanı tanımış olur³¹⁹. Dünya çapında iletişimin anında gerçekleşebildiği günümüzde, bir devletin başkanı olduğunu ileri süren kişiyi öğrenmek pek de zor değildir. Buna rağmen, devletler genellikle yeni bir devlet başkanının atandığının, seçildiğinin, göreve geldiğinin diğer devletlere resmi olarak bildirilmesi şeklindeki eski zamanlardan beri süregelen uygulamayı takip ederler. Ancak, yeni devlet başkanının pozisyonuna ilişkin bir bildirim diplomatik kanallarla gönderilmek suretiyle olabileceği gibi, yeni devlet başkanının atanan temsilcileri kabul etmesi veya yeni temsilci göndermesi yahut resmi göreve başlama ve taç giyme törenlerine yapılan davete temsilci göndermek suretiyle, bir başka ifadeyle zımnen de gerçekleşebilir³²⁰. Yeni bir devlet başkanının söz konusu devleti temsil ettiğinin kabul edildiğine ilişkin karar da, mutlaka resmi veya açıkça bildirilmesi gereken bir karar değildir. Devletlerin tanınmasında olduğu gibi devlet başkanlarının tanınmasının da açıkça ya da zımnen gerçekleşmesi mümkündür. Son yıllarda karşılaşılan eğilim açıkça bir bildirim yerine, tanımının uluslararası ilişkilerin sürdürülmesi yoluyla üstü kapalı bir biçimde gerçekleşmesidir³²¹. Nitekim bazı devletler, açıkça tanıma bildirimi yapılmasından

³¹⁷ Watts, *Legal Position*, s. 32.

³¹⁸ Bkz. Le Fur, s. 210.

³¹⁹ Oppenheim, Roxburgh, *International Law: A Treatise*, s. 528.

³²⁰ Watts, *Legal Position*, s. 33; Foakes, s. 43.

³²¹ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 16.

uzak bir politika izlemektedir³²². Bu durumda tanımının var olup olmadığı sonucuna, devletler arasındaki ilişkilerin niteliğine bakılarak varılır³²³.

Çoğu durumda, devlet başkanının göreve gelmesi, yeni devlet başkanının belli anayasal işlemlere göre görevi devraldığı formaliteden fazlası değildir ve herhangi bir problem yaratmaz³²⁴. Bir devrim, darbe, ihtilal söz konusu olmaksızın anayasal şekilde gerçekleşen devlet rejimindeki değişiklikler (örneğin, monarşiden cumhuriyete geçiş) de olduğu gibi, yeni bir devlet başkanının olağan yollarla ve anayasaya uygun olarak göreve gelmesi durumunda da (egemen monarkın ölümünün ardından tahta çıkılması ya da bir başkanlık seçiminin ardından devlet başkanının göreve gelmesi gibi durumlarda) tanıma gayet tabiidir. Ancak yeni bir devlet başkanının anayasal şekilde değil de bir darbe ile (*coup d'etat*), bir ihtilal ile (illa kan dökülmesinin gerekmediği bir ihtilal ile) ya da hukuki istikrarı bozmayı içeren bir olay sonrası göreve gelmesi halinde, diğer devletler tarafından yeni devlet başkanına yönelik takınılacak tavrın belirlenmesi genellikle zor olmaktadır. Bu durumlarda diğer devletlerden, yeni otoritenin (devlet başkanının) söz konusu devletin temsilcisi olarak sayılıp sayılmayacağına karar vermeleri istenir³²⁵.

Şüphesiz bir kişi diğer devletlerin tanınmasıyla değil iç hukuk kuralları doğrultusunda devlet başkanı olur. Bu nedenle uluslararası hukuka göre ne bildirim ne tanıma bir kişinin devlet başkanı sayılması için kesinlikle gerekli değildir. Fakat böyle bir bildirim veya tanıma şu bakımdan hukuki bir öneme sahiptir. Tanıma bildirimini vasıtasıyla, bir devlet söz konusu kişinin o devletin en yüksek organı olduğunu ve iç hukuk vasıtasıyla devleti uluslararası ilişkilerinde bütünüyle temsil

³²² Örneğin, 1980'de İngiltere Hükümeti, politikasında değişiklik yaptığını açıklamıştır. Buna göre, İngiltere artık hükümetlere resmi tanıma vermeyecekti, bu konuda kendi durumunu belli bir rejimle kurmayı seçtiği ilişkilerin niteliğinden sonuç çıkarılmasına bırakacaktı. Fakat buna rağmen, 2011 yılında, İngiltere Dışişleri Bakanı William Hague, Libya Geçici Konseyini Libya'daki tek devlet otoritesi olarak tanıdığını belirtmiştir. Bkz. <http://www.bbc.com/news/uk-politics-14306544> (E.T.10.04.2018).

³²³ Jennings/ Watss, *Oppenheim's International Law*, s. 148.

³²⁴ Foakes, s. 43.

³²⁵ Jennings/ Watss, *Oppenheim's International Law*, s. 148.

etme yetkisine sahip olduğunu, devletin en yüksek organı olarak söz konusu kişiyle müzakere yapmaya hazır olduğunu açıklamış olur³²⁶.

Diğer devletler tarafından yeni bir liderin tanınması her bakımdan takdir hakkı meselesidir. Bir devlet yeni başkanının tanınmasını diğer devletlerden talep etme hakkına sahip değildir³²⁷. Rusya, Avusturya, Prusya, 1848'e kadar nerdeyse bebek olarak tahta getirilen İspanya Kraliçesi Isabella'yı tanımayı reddetmiştir. Yine 1914'de ABD, Meksika Devlet Başkanı Victoriano Huerta'yı tanımayı reddetmiştir. Böyle bir durumda bir devlet, seçtiği devlet liderinin tanınması diğer devletler tarafından reddedilirse, kendisi de misillemeye buna aynen karşılık verebilir. Nitekim 1861'de İtalya'nın birleşmesinden sonra Mecklenburg ve Bavyera, İtalya Kralı Victor Emmanuel'i tanımayı reddetmiştir. Buna karşılık Krallığın ilk başbakanı olan Cavour Kontu da bu devletlerin İtalya'daki konsoloslarının buyruklarını (*exequatur*) iptal etmiştir³²⁸.

Fakat günümüzde menfaatleri gereği devletlerin birbirleriyle sıkı ilişki içinde oldukları düşünülürse, uygulamada uzun vadede tanımaktan kaçınılması zor görünmektedir. Çünkü tanıma olmadan uluslararası ilişki mümkün değildir³²⁹. Diğer devletlerin yeni devlet başkanını tanıyıp tanımaması sorunu, eninde sonunda devletlerin pratikteki ilişkileri bağlamında, yine kendilerini etkileyecek bir sorundur. Örneğin, diplomatik temsilcilerin atanması, uluslararası anlaşmaların akdedilmesi, doğrudan veya dolaylı olarak yeni devlet başkanının yetkisi ve otoritesi

³²⁶ **Oppenheim, Roxburgh, International Law: A Treatise**, s. 528.

³²⁷ Bu durum devletlerin tanınması konusunda kabul edilen uygulamaya da paraleldir. Bkz. **Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri**, 3. Kitap, s. 5; Aynı yönde görüş için bkz. **Sur**, s. 119; Ancak uygulanan uluslararası hukuk, belli ilkelere aykırı olarak tanımada bulunulmasını uluslararası hukuka aykırı kabul etmektedir. Bu ilkeler, diğer devletlerin işlerine karışmama ilkesi, kuvvete başvurma yasaklanması ilkesi, halkların kendi kaderlerini belirleme ilkesidir. Örneğin, ülkesel bütünlük ilkesine aykırı olarak bir ülke içindeki ayrılıkçı hareketlerin devlet olarak tanınması devletlerin işlerine karışma teşkil edecek ve dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı olacaktır. Bu bakımdan uluslararası hukuk belli durumlarda tanımada bulunulmamasını gerekli görmektedir. **Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri**, 3. Kitap, s. 7.

³²⁸ **Oppenheim, Roxburgh, International Law: A Treatise**, s. 528.

³²⁹ **Oppenheim, Roxburgh, International Law: A Treatise**, s. 528.

kapsamındadır³³⁰. Bu bakımdan devlet başkanlarının çok sayıda uluslararası yetkiye sahip olması ve uluslararası hukuka göre diğer devlet tarafından kendilerine özel muamele edilmesi, bir başka ifadeyle kapsamlı bağışıklık ve ayrıcalıklara sahip olması, diğer devletlerin belli bir kişiyi, tanınmış bir devletin başkanı olarak kabul edip etmeyecekleri konusunda net olmalarını gerekli kılmaktadır³³¹.

C. Tanıma ve Devlet Başkanının Bağışıklığı

Bir devlet başkanı (ya da o devletin temsilcisi) resmi ziyaret için bir devletin ülkesinde bulunduğu, tanınmanın sonucu olarak devlet başkanı veya diğer temsilcinin resmi sıfatı ve temsil ettiği makamın ona bahsettiği uluslararası ayrıcalıklardan yararlanmasını, bulunulan devlet temin etmek zorundadır. O halde, bir devlet tanımadığı bir devletin veya hükümetin başkanına veya görevlisine karşı açılan bir davada, o kişilere yargı bağışıklığını tanımak zorunda değildir³³².

Genel itibariyle devletin tanınmasıyla ilgili herhangi bir sorunla karşılaşılmasına rağmen, konuyla ilgili problemler asıl bir devletin varlığıyla alakalı bir belirsizlik varsa ya da önceki devlet başkanı devlet başkanlığı konumunda hak iddia ederken bir liderin önceki devlet başkanını görevden zorla alması ve bu makamı zorla ele geçirmesi gibi durumlarda ortaya çıkar. O halde bir kişinin devlet başkanı olarak tanınması bakımından iki ayrı mesele karşımıza çıkmaktadır. İlki, devlet başkanı olan bir devlet var mı? İkincisi, varsa bu kişi bu devletin başkanı mı?³³³.

³³⁰ **Watts**, *Legal Position*, s. 33; **Foakes**, s. 43.

³³¹ **Foakes**, s. 42.

³³² **Erson Asar**, s. 73; Tanınmayan devletlerin geleneksel yargı bağışıklığından yararlanması güçleşmektedir. Bkz. **Sur**, s. 118; Uygulamada tanınmayan devletler *terra nullius* (sahipsiz ülke) olarak görülmez, her ne kadar tanınmamış olsa dahi bu devletlerin de uluslararası hak ve yükümlülükleri vardır. Örneğin, bu devletlerin hava sahasından izinsiz geçilmez ve karasuları açık deniz sayılmaz. Çok taraflı bir anlaşmaya taraf olan, birbirini tanımayan iki devlet anlaşmanın öngördüğü hak ve yükümlülüklerle eşit şekilde bağlıdır. Bkz. **Sur**, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 3. bs., s. 118; **Shaw**, s. 471.

³³³ **Watts**, *Legal Position*, s. 33.

Bir devlet başkanının bağıışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanabilmesi için öncelikle temsil ettiğı birimin devlet olarak kabul edilmesi gereklidir. Devlet başkanları uluslararası hukukun sujesi değildirlir. Bir devlet başkanının uluslararası hukuka göre sahip olduğı statü, bir birey olarak değil, devletin lideri olmasından kaynaklanır. Bir başka ifadeyle, bu makam, onun kendi uluslararası haklarından değil, devletine ait uluslararası haklardan ve görevlerden kaynaklanmaktadır³³⁴. Uluslararası hukukta tanınmanın genel tanımı göz önünde bulundurulursa, bir birimi devlet olarak tanımayan devlet, onunla ilişkilerini bu tanımama durumuna göre belirleyeceğinden, tanımadığı devletin yargı bağıışıklığını da kabul etmeyecektir. Buna bağılı olarak da tanımayan devletin, tanımadığı devletin başkanını (ve diğer temsilcilerini) uluslararası hukukun devlet başkanlarına bahşettiğı bağıışıklık ve ayrıcalıklardan yararlandırması söz konusu olmayacaktır.

İtalyan Temyiz Mahkemesi, 1988’de hakkında yakalama kararı çıkartılan Yaser Arafat’ın, Filistin Kurtuluş Örgütünün (FKÖ) lideri ve temsilcisi sıfatıyla devlet başkanının yargı bağıışıklığından yararlanma iddiasını reddetmiştir. Mahkeme, FKÖ’nün bir devlet olmadığına karar vermiş ve kararını şu şekilde açıklamıştır³³⁵:

³³⁴ Devlet başkanları uluslararası hukukun öznesi değil, objesidirler, bu bağlamda tıpkı diğer bireyler gibidirler. **Lassa Oppenheim/ Ronald Roxburgh**, *International Law: A Treatise*, Vol. 1, s. 530; Bu durum devlet başkanının statüsünün, devletin varlığının kabulüne bağılı olduğunu göstermektedir. Bağıışıklıktan yararlanabilmesi için ise başkanı olduğunu iddia ettiğı birimin devlet olarak tanınması gerekmektedir.

³³⁵ Bazı yazarlarca, bir yargılamada davanın tarafı olan kişinin bağıışıklıktan yararlanma iddiasını ileri sürmesi halinde, bu kişinin bağıışıklıktan yararlanıp yararlanmayacağına karar vermeden önce mahkemenin öncelikle o kişinin kendisini temsil ettiğini iddia ettiğı birimin bağıımsız, egemen bir devlet sayılıp sayılmayacağına ilişkin özel bir inceleme yapması gerektiğinden bahsedilmektedir. Bkz. **Hazel Fox**, *The Law Of State Immunity*, Oxford University Press, 2008, s. 682; **Ersen Asar**, s. 67; *Colonel HH Raja Sir Harinder Singh Brar bans bahadur v. commissioner of income tax, punjab* 64 ILR 523 (India, S Ct, 1971), 528: Bu davada Hindistan Prenslik Devletlerinin uluslararası kişiliğe sahip olmadığı, bu yüzden de liderlerinin devlet başkanı bağıışıklığına hakkı olmadığı belirtilmiştir. Bkz. **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 182; Ancak kanaatimizce, aslında bu değerlendirmeyi yapmak, bir başka ifadeyle, bir birimin devlet sayılıp sayılmayacağına karar vermek mahkemenin görevi değildir. Tanıma bildirimiyile bir birimin devlet olarak kabul edildiğı ortaya konulur. Bu bildirim, açık veya zımnen olabilir. Siyasi nitelikte olan tanıma, davanın görüleceğı devletin yürütme organınca gerçekleşir. Bir devlet diğer devleti tanırsa, yabancı devletin başkanının bağıışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanmasını temin etmek zorundadır, tanımazsa, o birimin veya oluşumun devleti oluşturan üç unsura sahip olmadığı düşüncesindedir ve onu bir devlet olarak kabul etme ve onunla uluslararası ilişkiye girme niyetini taşımamaktadır. O birimin devlet olarak kabul edilmediğı yönündeki mahkeme ifadeleri, aslında mahkemenin değil ancak mahkeme devletinin fikrinin sadece karar metnine yansması ve

“Mülteci kamplarının bölgesel kontrolü ev sahibi devlet olan İsrail Devleti’nin izniyle kullanılmaktadır. BM tarafından FKÖ’ye verilen gözlemci statüsü, sadece Filistin’in self-determinasyon hedefinden ötürü verilmiştir. FKÖ İtalya’da elçilik hakkından yararlanmamaktadır. İtalya Cumhuriyeti ile FKÖ arasında, Arafat’ın İtalya devlet başkanı ve dışişleri bakanı tarafından kabul edildiği ilişkiler ise devletler arasındaki ilişkilerden farklı bir münasebete dayanmaktadır”³³⁶. ABD mahkemeleri de konuyla ilgili benzer bir sonuca varmıştır. *Klinghoffer v. S.N.C Achille Lauro* davasında bir ABD Temyiz Mahkemesi, sınırları belirlenmiş ülke³³⁷, insan topluluğu ve etkin kontrol şartlarının bulunmayışının FKÖ’yü bir devletin statüsünden ayırt ettiğini teyit etmiştir³³⁸.

Yeni bir devlet başkanını tanımak hem bu devleti tanımaktır, hem de bu kişiyi o devletin lideri olarak tanımaktır. Eğer bir devlet belli bir ülkeyi veya bölgeyi bir devlet olarak tanımada isteksizse, o devlet aynı tavrını devlet başkanı bakımından da ortaya koymak zorundadır, yani belli bir kişiyi bu devletin lideri olarak tanımayı da reddetmelidir. Rauf Denктаş’ın Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin (KKTC) devlet başkanı olduğu iddiası karşısında çoğu devletin benimsediği durum buna örnek gösterilebilir³³⁹. Benzer şekilde Dalai Lama’nın devlet başkanlığı sıfatının devletler

mahkeme tarafından tekrarı olabilir ve ancak kararın gerekçesini oluşturabilir. Devlet başkanları bakımından benzer yönde görüş, *Lafontant v. Aristide* davasında ABD yerel mahkemesi tarafından ortaya konulmuştur. Mahkeme, söz konusu davada, kimin devlet başkanı olarak nitelendirileceğini yürütme organının belirleyeceğini, bunun mahkemeler tarafından belirlenecek somut bir konu olmadığını belirtmiştir. *Lafontant v. Aristide*, s. 130. Ayrıca bkz. **Totten**, s. 346.

³³⁶ **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 337; Mahkeme uluslararası teamül hukukuna gönderme yaparak cezai bakımdan bağımsızlığın ancak devletle eşdeğer sayılabilecek egemen bir birimin liderine tanınabileceğini ve böyle bir birimin bir ülkede yerleşmiş bir insan topluluğu üzerinde etkin kontrol şartını taşıyan tam bağımsız bir varlık olması gerektiğini ve FKÖ’nün bu tanıma karşılamadığını belirtmiştir. Çünkü mahkemeye göre ülkesel egemenlik unsuru bulunmamaktadır. **Erson Asar**, s. 67; **Kemal Gözler**, *Devletin Genel Teorisi*, Bursa 2014, 5. bs., s. 13.

³³⁷ Ülke sınırlarının kesin olarak belli olmasının devlet olma durumuna etkisi hakkında bakınız. **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 207.

³³⁸ **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 337; Gözler de FKÖ’nün egemen olduğu bir toprak parçası bulunmadığı, Gazze Şeridi ve Batı Şeria’da gerçekte egemen olan devletin İsrail olduğu, bu nedenle de Filistin’in bir devlet olmadığı görüşündedir. Bkz. **Gözler**, *Devletin Genel Teorisi*, s. 12.

³³⁹ **Watts**, *Legal Position*, s. 33; Çoğu devletin KKTC’nin seçilmiş liderlerini genellikle devlet başkanı veya cumhurbaşkanından ziyade Kıbrıslı Türk lider olarak isimlendirdikleri görülür;

tarafından çoğunluklu olarak tanınmadığı görülmektedir. Çünkü pek çok devlet tarafından büyük ölçüde özerkliğe sahip olarak görülmesine rağmen, Tibet Bölgesinin Çin'in egemenliği altında olduğu kabul edilmekte, durum bu şekilde algılanmaktadır³⁴⁰. *Kadiç v. Karadziç*³⁴¹ davasında, Radovan Karadziç, Sırp Cumhuriyeti'nin devlet başkanı olduğunu iddia ederek, ABD'de kendisine karşı açılan davada devlet başkanı bağışıklığını ileri sürmüştür. Fakat davaya bakan ABD mahkemesi, kendini Sırp Cumhuriyeti ilan eden ve davalının da devlet başkanı olduğunu iddia ettiği 'devleti' ABD Hükümeti'nin tanımadığı temeline dayanarak davalının devlet başkanlığı bağışıklığı talebini reddetmiştir³⁴².

D. De Facto Liderin Durumu ve Bağışıklık İlişkisi

Yeni bir devlet başkanının tanınmasının, hiçbir suretle bu liderin devletin meşru lideri olarak tanınması anlamına gelmediğinin vurgulanması gerekir. Tanıma, bir kişinin devletin meşru lideri olarak sayılıp sayılmadığı konusunda bir yargıda bulunmaksızın, diğer devletlerin belli bir devletin en yüksek organı olarak bu kişiyle ilişki kurmaya hazır olduğunu açıklamasından başka bir şey değildir³⁴³.

Bir kişinin meşru olmayan yollarla devlet başkanlığı konumuna gelmesi devletlerin böyle bir kişiyi her açıdan tanımayı mutlaka reddetmek zorunda olduğu veya bu kişiyle tüm ilişkileri reddetmek mecburiyetinde bulunduğu anlamına

KKTC hakkında BM Güvenlik Konseyi, 18.11.1983 tarih, 541 (1983) sayılı kararıyla, KKTC'nin tanınmaması çağrısında bulunmuştu. 11.05.1984 tarih, 550 (1984) sayılı kararda yine aynı yöndedir. Söz konusu kararda KKTC'nin kurulmasına yol açan olgusal gerçekler ve hukuki veriler göz ardı edilmiştir. **Melda Sur**, s. 119; KKTC, 1983 yılında bağımsızlığını ilan etmiştir, ancak buna rağmen günümüze kadar Türkiye Cumhuriyeti dışında bir başka devlet tarafından tanınmamıştır. Bkz. **Gözler**, *Devletin Genel Teorisi*, s. 12; KKTC'nin uluslararası hukuka aykırı kurulduğu yönündeki iddialara karşılık, devletin kurucu unsurları bakımından devlet olma statüsünün değerlendirilmesi için bkz. **Aksar**, *Uluslararası Hukuk-I*, s. 214 vd.

³⁴⁰ Bkz. **Talmon**, s. 301.

³⁴¹ *Kadic v. Karadzic* (1995) 34 ILM 1592.

³⁴² **Eric Engle**, *Private Law Remedies for Extraterritorial Human Rights Violations*, Eric Engle Press, 2006, s. 21; **Shobha Varughese George**, "Head-of-State Immunity in the United States Courts: Still Confused After All These Years", *Fordham Law Review*, 1995, Vol. 64, s. 1066.

³⁴³ **Oppenheim/ Roxburgh**, *International Law: A Treatise*, s. 529.

gelmemektedir. Kilit unsur, bu kişinin bu ilişkilerde ne şekilde addedileceğidir³⁴⁴. Bir kişinin yabancı bir devletin devlet başkanı olarak tanınması başka bir şeydir, yerel bir topluluğun ya da bir siyasi partinin lideri veya bir *de facto* otoritenin lideri olarak tanınması ve onunla ilişki kurulması daha başka bir şeydir³⁴⁵. Sözleşme yapma yetkisinin kullanılması ya da diplomatik temsilcilerin atanması gibi pek çok bağlamda tanıma sorunu pratik öneme sahiptir. Bilhassa ne zaman bağışıklıkla ilgili bir sorun ortaya çıksa, bu husus çok daha önemli hale gelmektedir³⁴⁶.

Tanıma ve devlet başkanının uluslararası statüsü arasındaki ilişki bakımından problemler daha çok bir devlet içinde siyasi ve anayasal devrimlerin ve çatışmaların var olduğu durumlarda ya da iki yarışan hükümetin var olduğu hallerde, yani meşru hükümet yerine *de facto* (fiili) bir hükümetin geçmiş olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır³⁴⁷. Aynı anda birden fazla hükümetin veya devlet başkanı olduğunu iddia eden birden fazla kişinin var olması durumunda devletlerin uluslararası ilişkilerini kiminle yürüteceklerine karar vermeleri gerekecektir. ABD'nin Panama'yı işgali sırasında Panama'nın *de facto* lideri General Manuel Noriega Amerikan güçleri tarafından tutuklanıp çeşitli suçlardan yargılanmak üzere ABD mahkemesi önüne çıkarılmıştır³⁴⁸. ABD mahkemesi önünde görülen Noriega davasında, davalı bir devlet başkanı olarak bağışıklık talebinde bulunmuş fakat bu talebi mahkeme

³⁴⁴ Satow, olağan sürece karşı gelerek örneğin ülkedeki seçim sonucunu tanımayarak yetkiyi ele geçiren bir kişinin (Panama lideri Noriega'nın durumunda olduğu gibi) sadece bir geçici "strong man" (güçlü adam) ya da *de facto* devlet başkanı olarak nitelendirilebilir. **Roberts**, *Satow's Diplomatic Practice*, s. 178.

³⁴⁵ **Watts**, *Legal Position*, s. 33; **Foakes**, s. 43.

³⁴⁶ **Watts**, *Legal Position*, s. 34.

³⁴⁷ **Roberts**, *Satow's Diplomatic Practice*, s. 178; **Le Fur**, s. 217.

³⁴⁸ *United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506 (s.D.Fla.1990), s. 1511. General Manuel Noriega 1983 yılından, ABD tarafından tutuklanıp yargılandığı 1989 yılına kadar Panama'nın *de facto* lideri olarak görev yapmıştır. Onun *de facto* yönetimi sırasında ülkede devlet başkanlığı seçimleri gerçekleşmiş, ancak başa gelen devlet başkanı, Noriega yönetimine sadık kaldığı sürece varlığını sürdürebilmiştir. Eric Arturo Delvalle'nin başkanlığı Noriega'nın *de facto* yönetimi altında gerçekleşmiştir. Noriega'nın 1988'de ABD tarafından suçlanmasından sonra Noriegayı görevden almaya çalışan Delvalle'nin, Noriega tarafından kontrol edilen yasama meclisi tarafından görevden alınmasına karar verilmiştir. Delvalle, görevinin sona erdiği 1989 yılına kadar kendisini hala başkan olarak tanıyan ABD Hükümetinin yardımıyla saklanmıştır. Delvalle, Noriega'nın liderliği sırasında suç işlediği iddia edilmiş, fakat 1994 yılında başkan Guillermo Endara tarafından affedilmiştir.

tarafından davalının ne Panama Anayasası'na göre ne de ABD tarafından hiç bir zaman Panama'nın devlet başkanı olarak tanınmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir³⁴⁹. Bu olay, tanınmış bir devletin *de facto* liderine devlet başkanı bağışıklığının verilmesinin reddedilmesi konusunda çok nadir rastlanan bir örnektir. Mahkeme, Noriega'nın iktidarda olmasına rağmen Panama'nın meşru devlet başkanı olarak Eric Arturo Delvalle'yi tanıma konusundaki istikrarlı ABD uygulamasına dayanmıştır³⁵⁰.

Devletlerin uygulamalarına bakıldığında, bir kişinin meşru devlet başkanı olarak tanınmasının ve dolayısıyla da bağışıklıktan yararlanmasının ön koşulu olarak bu kişinin iktidara hukuki yollarla gelmesinin aranmadığı görülebilir³⁵¹. Bağışıklık konusu devlet başkanının iktidara geldiği koşullardan bağımsız olarak ele alınır. Bir başka ifadeyle bağışıklık, kişinin demokratik yollarla veya anayasal kuralları ihlal ederek yönetime el koyması dikkate alınmaksızın kişiye tanınır veya tanınmaktan imtina edilir³⁵². Ulusal mahkemelerin yabancı hükümet görevlisine bağışıklık tanınması veya tanınmaması, mahkeme devletin yürütme organının yabancı hükümeti tanıma konusundaki iradesine göre değişecektir. Bu durumda tanıma, devlet başkanının bağışıklığının reddedilmesi veya kabul edilmesi şeklinde hukuki

³⁴⁹ *United States v. Noriega*, s. 1520.

³⁵⁰ **Foakes**, s. 44; ABD mahkemesi ülkenin *de facto* yönetilmesinin, yöneten kişiye bağışıklık verilmesini gerektirmediğini belirtmiştir ve aynı zamanda eğer mevcut durumda devlet başkanına bağışıklık bahşedilmiş olsaydı, bu durumun hukuk dışı diktatörlerin zalimce ve hiçbir kurala bağlı olmadan ülkeyi yönetmelerinin yararına olacağına da vurgu yapmıştır. Bu yüzden bir kişinin yönetime hukuki yollarla gelmesi bu kişinin yabancı bir devletin meşru devlet başkanı olarak ABD tarafından tanınmasının ön koşulu olarak görülmektedir. Bu bakımdan, Aristide'nin Haiti Cumhuriyeti'nin devlet başkanı olarak ABD tarafından tanınması, söz konusu kişinin bağışıklıktan yararlanması için gereklidir. Bu bağışıklıktan Haiti tarafından geçerli (etkili-effectively) şekilde feragat edilmedikçe, ABD tarafından Haiti Cumhuriyeti'nin meşru devlet başkanı olarak tanınması sebebiyle yetkili mahkeme Aristide'nin bağışıklıktan yararlandığına karar vermiştir. BM'nin askeri liderlerin Haiti'de yönetimi hukuk dışı yollarla ele geçirmelerini ağır şekilde eleştirmesinden ötürü, ABD *de facto* askeri yönetimin liderlerini tanımamıştır. **Pedretti**, s. 11; **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 182; **Talmon**, s. 164.

³⁵¹ Örneğin, ABD, 24.01.2018 tarihinde yaptığı açıklamayla, Venezuela'da 2018 yılında yapılan seçimle ülkenin devlet başkanı olan Nicolas Maduro hükümetinin meşruiyetini kaybettiğini belirterek, kendisini *de facto* devlet başkanı ilan eden Ulusal Meclis'in Başkanı Juan Guaid'o'yu ülkenin meşru lideri olarak tanıdığını açıklamıştır.

³⁵² UHK, 2013 tarihli bir raporunda, devlet başkanı sıfatının kazanıldığı koşulların, "Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığına İlişkin Taslak Maddelerin" amaçları bakımından bir öneminin olmadığı belirtmiştir. ILC, Report International Law Commission, Report on the work of the sixty-fifth session, U.N. Doc. A/68/10 (2013), s. 60.

sonuçları olan, devletin siyasi bir davranışı olarak ortaya çıkmaktadır. Muammer Kaddafi için, Libya Arap Cumhuriyeti'nin görevdeki devlet başkanı olarak, görevin nasıl elde edildiğine bakılmaksızın Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından bağışıklığı kabul edilmiştir³⁵³. Çünkü burada Fransız Hükümetinin Kaddafi yönetimini tanımasına ilişkin bir problem bulunmamaktadır. Fransız Mahkemesi, Hükümetin Kaddafi yönetimini tanıma konusundaki iradesine uygun olarak Kaddafi'ye bağışıklık tanımıştır.

Bir liderin yetkiyi elinde bulundururken, kasten resmi olarak devlet başkanlığı görevini üstlenmekten imtina ettiği ya da bu görevi bıraktığı (hatta görevi tamamıyla başkalarına verdiği) durumlar, tartışmaya açık olabilir. Eski Libya Lideri Muammer Kaddafi 1979 yılında kendisi için “Bir Eylül Büyük Devriminin Rehberi” unvanını kullanmış ve tüm devlet başkanlığı ve hükümet başkanlığı resmi yetkilerini Genel Halk Kongresi genel sekreterine ve bir başbakana bırakmıştır³⁵⁴. Fakat bu durum, Kaddafi'nin bir Fransız sivil hava aracının yok edilmesiyle sonuçlanan terör eylemine iştirak ettiği iddiasını taşıyan cezai kovuşturmalar bakımından Fransız Temyiz Mahkemesini, Kaddafi'nin devlet başkanı bağışıklığından faydalandığı yönünde karar vermekten alıkoymamıştır³⁵⁵. Buna dayanarak, bir bireyin tanınmış bir devletin etkin lideri olduğu durumda, önemli olan faktörün, söz konusu kişinin kullanmayı seçtiği ulusal unvanı değil, kişinin diğer devletler tarafından bu devletin

³⁵³ Pedretti, s. 12.

³⁵⁴ 2011'de Al Jazeera, UCM tarafından çıkartılan tutuklama kararına karşılık Libya Hükümeti'nden gelen açıklamaları haber etmiştir. Bu açıklamalarda Devrim Liderinin ve oğlunun Libya Hükümeti'nde herhangi bir resmi pozisyonu işgal etmemesi sebebiyle, UCM'nin bu kişiler aleyhine ortaya koyduğu iddialarla söz konusu kişilerin bir bağlantılarının olmadığı belirtilmiştir. <http://www.aljazeera.com/news/africa/2011/06/20116278148166670.html>. (E.T: 7.08.2016) Kaddafi davası ileriki bölümlerde daha ayrıntılı ele alınacaktır.

³⁵⁵ Gaddafi (2001), 125 ILR 490; Zappala, Kaddafi'nin resmi anlamda devlet başkanı olarak kabul edilmese de Libya'nın *de facto* lideri olarak kabul edilip kişisel bağışıklığa sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Salvatore Zappala, “Do Heads Of State In Office Enjoy Immunity From Jurisdiction For International Crimes? The Ghaddafi Case Before The French Cour De Cassation”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, s. 597.

başkanı olarak muamele görüp görmemesi veya kabul edilip edilmemesi olduğu söylenebilir³⁵⁶.

E. Sürgündeki Devlet Başkanı ve Bağışıklık İlişkisi

Devletin bir başka devlet tarafından işgale uğramasıyla karşı karşıya kalan bir devlet başkanı, işgal sona erene kadar başka bir devlete sürgüne gitmeyi tercih edebilir³⁵⁷. Böyle bir durumda devlet başkanının sürgünde olduğu süre içinde, hem sürgünde olduğu devlette hem de ziyaret ettiği diğer devletlerde hala meşru devlet başkanı olarak muamele görmesi gerekmektedir³⁵⁸. Devlet başkanlarının işgal haricinde başka durumlarda da sürgüne gitmeleri mümkündür. Ülke içindeki kargaşa, iç savaş, devrim gibi bir durumda devlet başkanı, kendi ülkesindeki durum onun dönmesine müsait hale gelinceye kadar başka bir devletin ülkesine giderek sürgünde yaşamayı tercih edebilir. Kural olarak, onun pozisyonu ve dolayısıyla onun sahip olduğu özel korunma, bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanma hakkı bu geçici sürgün durumundan etkilenmez. Bir başka ifadeyle, sürgünde olduğu devlet bu özel muameleyi devlet başkanına göstermek zorundadır³⁵⁹. Bununla birlikte, iktidardan tamamen ayrılmış, kesin sürgünde olan bir devlet başkanı zaten eski devlet başkanı

³⁵⁶ **Foakes**, s. 45; Kaddafi davasında Mahkemenin Kaddafi'nin devlet başkanı olarak kabul edilmesine dayanak gösterdiği konu, Kaddafi'nin bir devlet başkanına verilen yetkileri etkili ve devamlı surette kullanmakta olmasıdır. Bu sebepten etkili devlet başkanı olduğu kararda belirtilmiştir. Mahkemenin bu gerekçesine göre, devlet başkanı statüsünü etkin şekilde elinde bulunduran kişiye eğer forum devleti tarafından tanınmışsa, resmi devlet başkanı gibi muamele edilir. Devlet başkanının bağışıklığı, sonuç olarak iktidara hukuk dışı yollarla gelen ve bu yüzden liderlik ettikleri ülke üzerinde sadece *de facto* kontrolü kullanan liderleri de kapsar. **Pedretti**, s. 13.

³⁵⁷ **Watts**, *Legal Position*, s. 85.

³⁵⁸ **Watts**, *Legal Position*, s. 85; Gözler'e göre, "Bazen diğer devletler de, 'sürgün hükümetleri' ile birtakım ilişkiler içine girseler bile, bunları gerçek anlamda bir "hükümet" olarak veya bunları bir devletin temsilcisi olarak kabul etmek mümkün değildir. Çünkü bunların işgal edilen ülke üzerinde sahip oldukları bir egemenlikleri yoktur. Ülkesi ve egemenliği olmayan bir insan topluluğuna ne devlet, ne de hükümet denebilir". **Gözler**, *Devletin Genel Teorisi*, s. 13; Gözler'in bu çıkarımından varılan sonuca göre, bu durumda herhangi bir devleti temsil etmeyen bir kişinin uluslararası hukuk tarafından devlet başkanlarına tanınan bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanma imkânının temin edilme zorunluluğu da söz konusu olmayacaktır.

³⁵⁹ **Watts**, *Legal Position*, s. 85.

sıfatına sahip kabul edilir. Böyle bir devlet başkanı, siyasi öneme sahip olmasına rağmen hukuken diğer bireylerle aynı durumdadır³⁶⁰.

Eğer genellikle olduğu gibi, devrimler, devlet başkanının görevine son verme ve yerine bir başkasını göreve getirme girişimi içeriyorsa, devlet başkanının sürgüne gitmesi, onun devlet başkanı olarak yetkisinin devam edip etmeyeceği ve dolayısıyla devlet başkanı olarak muamele görüp görmeyeceği bakımından bazı soruların ortaya çıkmasına neden olur³⁶¹. Bu sorular söz konusu kişinin, özellikle de kendisini sürgüne kabul eden devlet tarafından devlet başkanı olarak tanınmaya devam edip edilmeyeceğiyle yakından ilişkilidir. Bu devlet, kişiyi devlet başkanı olarak tanımaya devam ettiği sürece, devlet başkanının ülkesindeki barış ortamı yeniden sağlanana kadar sürgün durumunun sadece geçici bir durum olduğunu kabul ediyor demektir. Böyle bir durumda her ne kadar spesifik anlamda ‘resmi ziyaret’ söz konusu olmasa da bu devlet başkanı resmi ziyaretteki devlet başkanı gibi muamele görmeye devam eder³⁶². Bu durumun en iyi örneklerinden biri *Lafontant v. Aristide* davasıdır³⁶³. Ocak 1991’de gözetiminde olduğu sırada, Aristide’nin emirleri doğrultusunda hareket eden askerler tarafından öldürülen kişinin eşi tarafından, eşinin ölümünden ötürü Haiti devlet başkanı Aristide’ye karşı ABD’de tazminat davası açılmıştır. Ölüm olayından iki gün sonra Haiti’nin seçimle başa gelmiş ilk devlet başkanı olan Jean Bertrand Aristide askeri darbe sonucu iktidardan düşürülmüştür ve Aristide ABD’ye sürgüne gitmiştir. Aristide’nin ABD’de sürgünde olduğu sırada kendisine karşı bazı davalar açılmıştır. Bunlardan biri olan *Lafontant v. Aristide* davasında Mahkeme Aristide’nin yaklaşık üç yıldır ABD’de sürgünde olmasına rağmen, ABD Hükümeti tarafından hala devlet başkanı olarak tanındığına, bu sebeple, Mahkemenin yargı yetkisinden bağışık olduğuna karar vermiştir³⁶⁴. Sonuç itibarıyla, hem *de facto* liderlerin hem de

³⁶⁰ **Watts**, *Legal Position*, s. 87.

³⁶¹ **Watts**, *Legal Position*, s. 85.

³⁶² **Watts**, *Legal Position*, s. 86; **Talmon**, s. 261.

³⁶³ *Lafontant v. Aristide*, US District Court, 844 F. Supp.128 (E.D.N.Y 1994); 103 ILR 581; Ayrıca bkz. **Keith Highet/ George Kahale III/ Joseph W. Dellapenna**, “Lafontant v. Aristide. 844 F.Supp. 128”, *The American Journal of International Law*, Vol. 88, No. 3 1994, s. 528-532.

³⁶⁴ **Totten**, s. 342; **Foakes**, s. 45.

sürgünde devlet başkanlarının diğer devletlerde bağışıklıktan yararlanmasının bu devletlerce devlet başkanı olarak tanınmasına bağlı olduğu açıktır. Tanıma konusunda verilecek karar siyasi bir karardır. Bir devlet başkanının ne şekilde göreve geldiğine bakmaksızın tanınıp tanınmayacağına, bir devletin hükümeti karar verecektir. Mahkemeler ise hükümetin vereceği karar doğrultusunda davalı kişinin bağışıklıktan yararlanıp yararlanmaması gerektiğine karar verecektir³⁶⁵.



³⁶⁵ Bkz. dn. 335.

İKİNCİ BÖLÜM

DEVLET BAŞKANLARININ YABANCI DEVLET MAHKEMELERİ ÖNÜNDE YARGI BAĞIŞIKLIĞI

I. GENEL OLARAK

Kişinin bireysel olarak sorumluluğunu gerektiren konularda genel kuralın istisnası olarak uluslararası hukuk belli kişilere yargı bağışıklığı³⁶⁶ tanımaktadır. Devlet başkanları bu kişiler arasında ilk sırada yer almaktadır. Uluslararası hukuktan doğan bağışıklıkların, ulusal sistemin devlet başkanları, parlamento üyeleri, hükümet görevlileri ve diğer belli sınıftaki kişiler için öngördüğü bağışıklıklardan ayrı tutulması gereklidir. Her ikisi de bazen birbiriyle örtüşebilmesine rağmen, gerekçeleri ve uygulamaları birbirinden farklıdır. En temel fark, uluslararası hukuka göre (örneğin andlaşma veya teamül hukukuna göre) tanınan dokunulmazlık ve bağışıklıkların, yabancı devlet mahkemeleri karşısında devlet görevlilerinin dayanabileceği bir araç olmasıdır. Hâlbuki ulusal dokunulmazlık ve bağışıklıklar, sadece bir devletin ulusal hukuk sisteminde uygulanır³⁶⁷.

Uluslararası bağışıklık rejimi bakımından görevdeki ile görevi sona eren devlet görevlileri arasında bir ayrım yapılır³⁶⁸. Bu doğrultuda uluslararası hukukta devlet başkanının yargı bağışıklığı konusunda da kavramsal olarak iki ayrı bağışıklık türü karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, kişisel bağışıklık³⁶⁹ şeklinde ifade

³⁶⁶ Bundan sonra “bağışıklık” ifadesi yargı bağışıklığını karşılamak üzere kullanılacaktır.

³⁶⁷ **Antonio Cassese/ Guido Acquaviva/ Mary Fan/ Alex Whiting**, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, 2011, s. 76.; Türkiye Cumhuriyeti Devletinde Meclis üyelerine tanınan bağışıklıklar bağlamında bkz. **Döner**, “Parlamentar Bağışıklıklar”.

³⁶⁸ **M. Cherif Bassiouni**, *Introduction to International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, s. 74.

³⁶⁹ İngilizce karşılığı olarak genellikle “*ratione personae immunity*” terimi kullanılmakla beraber bazı yazarlar “*personal immunity*” terimini kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. **Robert Cryer**, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2010; **Philippa Webb**, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford University Press, 2013; **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*; Bazı yazarlar ise, “*by reason of person*” veya “*by reason of personage*” ifadelerini tercih etmektedir. Ancak, ifadenin İngilizce diline ‘*by reason of person*’ (kişilikten ötürü) şeklinde değil, “*by reason of personage*” (önemli

edilen kişi bakımından (*ratione personae*) bağışıklık ile işlevsel veya fonksiyonel bağışıklık olarak da ifade edilen konu bakımından (*ratione materiae*) bağıřıklıktır³⁷⁰.

Devlet görevlilerine uygulanan bu iki bağışıklık türü bakımından, ulusal mahkemeler önünde tartışma konusu olan asıl hukuki meseleler, üç sorun etrafında dönmektedir. Bunlar, bu bağışıklıkların kime uygulanacağı, hangi fiilleri kapsadığı ve uluslararası suç iddiaları bakımından bir istisnanın var olup olmadığıdır.

Uluslararası hukuka göre kişisel bağışıklık, dava konusu olabilecek bir fiilin ne zaman gerçekleştirildiğine, bir başka ifadeyle, fiilin görev süresince veya göreve başlamadan önce gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın kişiyi görev süresi boyunca bulunduğu devletin yargı yetkisinden korumaktadır. Kişisel bağışıklık, devlet ve hükümet başkanlarına, dışışleri bakanlarına ve diplomatik görevlilere, resmi statülerinin zorunlu bir gereğı olarak bahşedilmiştir. Görüldüğü gibi, bu bağışıklık, sadece belli devlet görevlilerine, bu kişilerin makamlarına, statülerine bağılı olarak tanınan bir bağışıklık türüdür³⁷¹. Kişisel bağışıklıkla amaçlanan, bağılı oldukları devleti uluslararası alanda temsil eden bu kişilerin kişisel yararından ziyade uluslararası ilişkilerin etkili şekilde yürümesini teminat altına almaktır. Bunun sonucu olarak da söz konusu bağışıklık, bundan yararlanan kişilerin sadece görevde kaldıkları süreyle sınırlıdır.

Bir diğeri bağışıklık türü ise devlet görevlilerinin, görevlerinin sona ermesi halinde, sadece görev süresince resmi yetkileri çerçevesinde devlet adına

şahsiyetten ötürü) bağışıklık olarak çevrilmesi daha uygun görölmektedir. Çünkü bu bağışıklık türü, bir kişinin işgal ettiğı (devlet başkanlığı, hükümet başkanlığı, dışışleri bakanlığı, diplomatik temsilcilik gibi) belli bir makamdan ötürü yararlandığı bağışıklıktır. Bkz. **Roger O'Keefe**, Christian J. Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, 2013, s. 85.

³⁷⁰ Bu ayırım aslında diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklar için yapılmış ve uzun süredir kabul edilmiş bir ayırımdır. Bkz. **Gözlügöl**, s. 109, 110; **Marcus Benzing**, U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of The International Criminal Court: An Exercise in The Law of Treaties, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 8, 2004, s. 204; **J. Craig Barker**, *The Protection of Diplomatic Personnel*, Routledge, 2016, s. 26.

³⁷¹ **Gözlügöl**, s. 110, **Barker**, *The Protection of Diplomatic Personnel*, s. 26.

gerçekleştirdikleri fiilleri ile sınırlı olmak üzere yabancı devletin yargı yetkisinden muaf olmaya devam etmesini sağlayan fonksiyonel bağışıklıktır³⁷².

Yargı bağışıklığı bağlamında kişisel ve fonksiyonel bağışıklık şeklinde yapılan bu ayırım, uluslararası mahkemeler ve pek çok devletin ulusal mahkemeleri tarafından ve hukuk alanında pek çok yazar tarafından benimsenmiştir. Her iki bağışıklık türünün kaynağı da uluslararası teamül hukukudur. Uluslararası hukukta özel bir yeri işgal eden devlet başkanının bağışıklığı, her iki bağışıklık türü bakımından ele alınması gereken bir konudur. Bu çalışmanın amacı bakımından bu bölümde devlet başkanının görevi süresince işlediği uluslararası suçların onun yabancı devlet mahkemesi önünde yargı bağışıklığına istisna teşkil edip etmeyeceği sorgulanacaktır.

II. KİŞİSEL (*RATIONE PERSONAE*) BAĞIŞIKLIK

A. Kişisel Bağışıklıktan Yararlanan Devlet Görevlileri

Kişisel (*ratione personae*) bağışıklık, kişinin statüsüne atfedilen klasik yargı bağışıklığını oluşturur ve sadece sınırlı sayıda üst düzey devlet görevlisine tanınır³⁷³. Kişisel bağışıklık kuralına göre, belli devlet görevlileri, gerçekleştirdikleri fiillerden ötürü görev süreleri içinde yabancı devletin yargı yetkisinin konusu olamazlar³⁷⁴. Uluslararası teamül hukukuna göre devletin en üst düzey temsilcileri olarak görev başındaki devlet başkanlarının, hükümet başkanlarının ve dışişleri bakanlarının (*troika*)³⁷⁵ ve yabancı bir devlet nezdinde akredite edilen diplomatların yabancı

³⁷² Bu nedenle bazı yazarlarca “devam eden bağışıklık” olarak da ifade edilmektedir. **Franey**, s. 220; **Elihu Lauterpacht/ Christopher Greenwood/ Karen Lee**, *International Law Reports*, Cambridge University Press, 2011, s. 553.

³⁷³ **Akande/ Shah**, s. 818-819; **Zappala**, s. 599; **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 549, 550.

³⁷⁴ **Antonio Cassese**, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, *European Journal of International Law*, Vol. 13 No. 4, 2002, s. 864 (Kısaca: The Congo v. Belgium Case).

³⁷⁵ Kişisel bağışıklık bağlamında bu üç devlet görevlisi “üçlü” anlamına gelen “troika” kelimesi ile ifade edilmektedir. Bkz. International Law Commission, Second Report on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, U.N. Doc. A/CN.4/661 (Apr. 4, 2013) (prepared by special rapporteur Concepción Escobar Hernández).

devletin yargısından bağıışıklığa sahip oldukları kabul edilmektedir³⁷⁶. Ayrıca çeşitli uluslararası andlaşmalarda uluslararası örgütlerde temsil edilmek üzere gönderilen devlet temsilcilerine³⁷⁷ ve yabancı devletlerde özel misyondaki diğer görevlilere³⁷⁸ kapsamı daha kısıtlı olmakla birlikte benzer bağıışıklıklar tanınmakla bu bağıışıklıktan yararlananların kapsamı genişletilmiştir.

2013 yılında UHK, devlet görevlilerinin yabancı devletin ceza yargısından bağıışıklığıyla ilgili çalışması kapsamında dört taslak madde benimsemiştir. Bunlardan 4. maddede, devlet ve hükümet başkanları ile dışışleri bakanlarının sadece görevleri süresince kişisel bağıışıklıktan yararlanacağı belirtilir³⁷⁹.

Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışışleri bakanları bağılı oldukları devleti temsil etme ve uluslararası ilişkileri yürütme konusunda aktif rol oynayan kişiler arasında ilk sırada yer almakta ve söz konusu kişilerin temsil bakımından sahip olduğu hak ve yetkileri uluslararası hukuktan kaynaklanmaktadır. DİHVS'nin 7. maddesinde bu kişilerin herhangi bir yetki belgesine gerek olmaksızın devletlerini temsil etmeye yetkili olduklarının öngörölmesi de bunu kanıtlamaktadır³⁸⁰. Devlet başkanının devletin benliğini simgelediği yönündeki klasik görüşten yola çıkılarak, uluslararası teamül hukukuna göre, devlet başkanlarının kişisel bağıışıklığa çok uzun bir geçmişe dayalı olarak sahip olduğu konusunda herhangi bir tereddüt olmadığını söylemek mümkündür. Aksine görüşler bulunmakla birlikte³⁸¹ hükümet

³⁷⁶ **Watts**, *The Legal Position*, s. 13; **Wickremasinghe**, s. 380; **Zappala**, s. 599; **Fox, Webb**, *State Immunity*, s. 549-550.

³⁷⁷ DİHVS, 29 ve 31. maddeleri; 1946 Birleşmiş Milletlerin Bağıışıklığı ve Ayrıcalıkları Sözleşmesi (Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations), 4. madde.

³⁷⁸ Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme'nin, md. 31/1.

³⁷⁹ Immunity of State Officials From Foreign Criminal Jurisdiction, Second Report of ILC Drafting Committee A/CN.4/L.814, <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.814> (14.01.2017).

³⁸⁰ DİHVS'nin 7. maddesinde herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın devletlerini temsil etmeye yetkili kişiler arasında dışışleri bakanı da sayılmaktadır. Ancak buna rağmen dışışleri bakanının ve hatta hükümet başkanının, devlet başkanının sahip olduğu gibi dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 102-103; **Akande/ Shah**, s. 825.

³⁸¹ **Jennings/ Watts**, konuyu şu şekilde izah etmiştir: "Hükümet başkanları, devlet başkanlarının temsil ettiği gibi, devletin uluslararası kişiliğini temsil etmez". Bkz. **Jennings/ Watts** (eds), *Oppenheim's International Law*, Part 2 to 4, s. 1033, para. 445; Watts'a göre, "Hükümet

başkanlarının da kişisel bağışıklığa sahip olduğu kabul edilmektedir³⁸². Uluslararası hukukun bu kişilere tanıdığı *ratione personae* bağışıklık, söz konusu kişilerin görevde oldukları süre içinde her zaman ve nerede olurlarsa olsunlar (*erga omnes* nitelikte) uygulanacaktır³⁸³.

Dışişleri bakanının ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin yargı bağışıklığının uyuşmazlık konusu olduğu *Arrest Warrant* davasında³⁸⁴, UAD, dışişleri bakanlarının da görevlerini özgürce yapabilmeleri için, devlet başkanları ile aynı kapsamda yargı bağışıklığından yararlanma haklarının olduğuna karar vermiştir. Bu karar kişisel bağışıklığın, görevdeki bir dışişleri bakanına da uygulanacağı anlamına gelmektedir³⁸⁵.

Divan, 1961 DİHVS, 1963 KİHVS, 1969 Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme gibi belli uluslararası sözleşmelerin, bağışıklıklar konusunda bazı açılardan faydalı bir rehber olduklarını, ancak spesifik olarak dışişleri bakanının yararlandığı bağışıklıkları belirleyen bir hüküm içermediklerini belirtmiştir. Divana göre, uluslararası teamül kuralı, görevleri süresince dışişleri bakanlarına kişi dokunulmazlığı ile yabancı ceza yargısından tam bağışıklık bahsetmektedir. Bu kişi

başkanları ve dışişleri bakanları devletin üst düzey görevlileri ve önemli figürleri olmalarına rağmen, devlet başkanının temsil ettiği şekilde devletlerini sembolize etmezler. Dolayısıyla onlar, uluslararası hukukta, egemenlik vasıflarının ya da kişisel olarak kendilerine verilen üstün unvanın gereği olarak tanınan herhangi bir özel muameleden yararlanmazlar”. Bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 102-103.

³⁸² Institute of International Law, Joe Verhoeven (Raportör), Vancouver Resolution, International Immunities From Jurisdiction and Execution Of Heads Of State And Of Government in International Law, 2001: Bu Önergede, devlet ve hükümet başkanlarının yabancı devletin cezai yargı yetkisinden mutlak bağışıklıktan yararlandığı belirtilmiştir.

³⁸³ Watts, devlet başkanı bakımından durumu şu şekilde izah eder: “Bir devlet başkanının bağışıklığı, devletin en yüksek makamını işgal eden kişi olarak onun özel statüsünden ötürü kendisine tanınır. Devlet başkanı olarak sahip olduğu pozisyon her zaman ve her yerde *erga omnes* nitelikte bir pozisyonudur”. **Watts**, *Legal Position*, s. 53.

³⁸⁴ Dava hakkında kısa bilgi için bkz. 1. Bölüm, dn. 243. Bu dava ileride daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

³⁸⁵ *Arrest Warrant*, para. 58. Bu karara kadar genel görüş, dışişleri bakanlarının devlet başkanları gibi kişisel yargı bağışıklığı bakımından aynı bağışıklığa sahip olmadığı yönündeydi. Bkz. **Webb**, *International Judicial Integration and Fragmentation*, s. 73; Günümüzde hala aynı görüşü benimseyen yazar ve görüşleri için bkz. **Elihu Lauterpacht/ C. J. Greenwood** (eds.), *International Law Reports*, 128. Cilt, Cambridge University Press, 2006, s. 204.

dokunulmazlığı ve yargı bağısıklığı, dışişleri bakanlarının yerine getirdiği işlevlerin niteliğinden kaynaklanmaktadır³⁸⁶.

Akande ve Shah'a göre konuyla ilgili uygulama çok net olmamasına ve hükümet başkanlarının geçmişte devlet başkanları gibi devletin sembolü olarak sayılmamasına rağmen³⁸⁷ devlet başkanına bahsedilen ceza yargısından mutlak bağısıklığın hükümet başkanına da teşmil edilmesinin geçerli sebepleri bulunmaktadır³⁸⁸. Adı geçen yazarlara göre, "pek çok devlette ülkenin etkin lideri hükümet başkanıdır. Böyle olunca, bu kişinin tutuklanması, gözaltına alınması, devlet başkanlarında olduğu gibi devletin bağımsızlığına zarar verir. Fakat aynı şeyi dışişleri ve diğer bakanlar için düşünmek mümkün değildir. Onlar devleti temsil edebilirler ancak devletin yüksek otoritesini oluşturmazlar. Onların görevden alınması devletin hükümetinde bir değişiklik anlamına gelmez. Devlet ve hükümet başkanlarının bağısıklığının uygulanmaması, devletlerin egemen eşitliğine etki ederken, diğer üst düzey devlet görevlilerinin bağısıklığının özel ziyaretlerde uygulanmaması aynı etkiye sahip değildir. Bu düşünce üzerine, bu geniş kapsamlı bağısıklığın diğer bakanlara da teşmil edilmesi, UAD'nin *Arrest Warrant* davasında verdiği karar gibi, hatalı ve adil olmayan bir durumdur"³⁸⁹. Akande ve Shah'ın dışişleri bakanının da kişisel bağısıklık kapsamında tutulmaması gerektiğini ileri süren bu görüşüne rağmen, günümüzde çoğunlukla kabul edilen, devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanlarının yabancı devletin yargısından bağısık olduğudur³⁹⁰.

Arrest Warrant davasında kişisel bağısıklık kuralını açıklarken, UAD, bu bağısıklığın "diplomatik ve konsolosluk ajanlarına ve dışişleri bakanı, hükümet

³⁸⁶ *Arrest Warrant*, para. 54.

³⁸⁷ Bkz. dn. 381.

³⁸⁸ Joe Verhoeven (Raportör), Resolution of the Institute Droit Internaitonal on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, 2001, 1, 2, 15. madde, www.justitiaetpace.org/idiE/.../2001_van_02_en.PDF (E.T: 10.01.2017); **Akande/ Shah**, s. 825.

³⁸⁹ **Akande/ Shah**, s. 825; **Lauterpacht/ Greenwood**, s. 204.

³⁹⁰ **d'Argent**, s. 245.

başkanı ve devlet başkanı gibi bir devlet içinde en yüksek makamı işgal eden belli sayıda kişiye” uygulanacağını belirtmiştir³⁹¹. Divan tarafından kullanılan “gibi” ifadesi, ucu açık bir ifadedir ve kişisel bağışıklıktan yararlanan devlet görevlileri listesinin net şekilde ortaya konulmasını engellemektedir. Belirtilen üç görevli dışındaki “üst düzey diğer kişiler”in de uluslararası hukukun tanıdığı bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanacağı çeşitli sözleşmelerde de³⁹² kabul edilmektedir. UAD’nin ifadesinin belirsiz olduğu gibi Sözleşmelerdeki “üst düzey diğer kişiler” ifadesiyle kimlerin kastedildiği de tam net olmasa da belirtilen üç görevliden sonraki sırada gelecek olan ilk üst düzey görevlilerin bakanlar olacağı aşîkârdır³⁹³. Ayrıca, aynı davada, dışişleri bakanının devletin uluslararası ilişkilerinden sorumlu olması ve bu konudaki işlevlerini yerine getirirken sıkça uluslararası seyahatlerde bulunması gerektiği için, görevi gereği serbestçe hareket edecek bir durumda bulunması gerekliliğinden ötürü yargı yetkisinden bağışık olduğuna karar verilmiştir³⁹⁴. Görüldüğü gibi UAD, kişisel bağışıklıktan yararlananlar kategorisini genişletirken fonksiyonel bir gerekçe ortaya koymuştur. Fakat ilgili görevlinin uluslararası işlevlerini referans alarak bu bağışıklığın kabul edilmesi, söz konusu bağışıklığın belli bir grup devlet görevlisiyle sınırlandırılmasını zorlaştırmaktadır. Çünkü çok sayıda devlet görevlisi (üst düzey veya değil) uluslararası ilişkilerin yürütülmesiyle görevlendirilir ve fonksiyonlarını kullanması için seyahat etmesi gereklidir. Örneğin dış işlerinden sorumlu olarak kabul edilenlerin dışındaki bakanlar sıklıkla

³⁹¹ *Arrest Warrant*, para. 53.

³⁹² Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme, md. 21/2: “Hükümet başkanı, dışişleri bakanı ve diğer üst düzey kişiler, gönderen devletin özel bir misyonunda yer aldıklarında, kabul eden devlette ya da üçüncü bir devlette bu Sözleşmenin tanıdıklarına ek olarak, uluslararası hukukça tanınan dokunulmazlık, ayrıcalık ve imkânlardan yararlanacaktır”; Ayrıca, 1975 Evrensel Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline İlişkin Viyana Sözleşmesi’nin 50/2. maddesi de aynı içeriğe sahiptir.

³⁹³ **Pazarıcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 73; Bazı hukukçular, UAD’nin bu ifadeyi kullanmasına dayanarak kişisel bağışıklığın söz konusu üçlünün dışındaki devlet görevlilerine de uzanacağını savunmuşlardır. Bkz. **Webb**, *International Judicial Integration and Fragmentation*, s. 73-75; **Crawford**, *Brownlie’s Principles*, s. 500; **Wickremasinghe**, s. 380, 401; **Paolo Palchetti**, “Some Remarks On The Scope Of Immunity Of Foreign State Officials In The Light Of Recent Judgments Of Italian Courts”, *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 19, 2009, s. 83, 85.

³⁹⁴ *Arrest Warrant*, para. 53.

uluslararası örgütlerde ve uluslararası zirvelerde kendi devletlerini temsil edebilirler ya da diğer devletlerle karşılıklı müzakereler yürütmek zorunda olabilirler. Bakanlık içinde her pozisyonun belli seviyede uluslararası katılımı gerektirdiği bilinmektedir³⁹⁵. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, UAD'nin kararına göre, devletini bir başka devlette temsil eden tüm bakanların, bulundukları ülkede kişisel bağışıklıktan yararlanacağını kabul etmek gerekecektir.

Diplomatik temsilciler, kişisel bağışıklıktan yararlanan diğer devlet görevlileridir. Diplomatların, diplomat sıfatı ve dolayısıyla bu sığata bağılı bağışıklık ve ayrıcalıkları, nezdinde atandıkları devletin onların bu sıfatını kabul ettiğı sürece vardır. Örneğın, söz konusu kişinin *persona non grata* (istenmeyen kişi) ilan edilmesi halinde ülkeyi terk etmesine yetecek makul sürenin sonunda bu sıfat ortadan kalkar ve kişinin bu sıfatına dayalı bağışıklık ve ayrıcalıkları da son bulur. Bu durumda kişisel bağışıklığı sona eren diplomatik temsilci, bulunduğu devlet tarafından yargılanabilir³⁹⁶. Ayrıca, devlet ve hükümet başkanları ile dışışleri bakanlarının aksine, diplomatik temsilciler, uluslararası hukukun kendilerine tanıdığı bağışıklık ve ayrıcalıklardan sadece kabul edildikleri devletin ülkesinde yararlanırlar.

³⁹⁵ Bkz. *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz* (Decision of District Judge Pratt, Bow Street Magistrates' Court, ILDC 97 (UK 2004), para. 13; UAD, kişisel bağışıklığın gerekçesini, "devleti sembolize etme" gerekçesinden devlet adına işlevlerin etkili şekilde yerine getirilmesi yönünde değıştirerek, bu bağışıklıktan yararlananların kapsamını genişletmiştir. Bu sebeple, UAD'nin *Arrest Warrant* kararı referans gösterilerek bir İsviçre Mahkemesi, Atom Enerjisi Bakanının kişisel bağışıklıktan yararlanacağını belirtmiş ve benzer şekilde, iki İngiltere davasında, bu bağışıklık savunma bakanı ve uluslararası ticaret bakanına teşmil edilmiştir. *General Shaul Mofaz* (United Kingdom Bow Street Magistrates' Court, (12 Şubat 2004) karar için bkz. **Colin Warbrick**, "Immunity and International Crimes in English Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004, s. 771; *Bo Xilai* (United Kingdom Bow Street Magistrates' Court: Judgment, 8 Kasım 2005) 128 ILR 713; UAD önünde görülen *Djibouti v. France* davasında, Cibuti yazılı savunmasında ulusal güvenlik şefinin kişisel bağışıklıktan yararlandığını ileri sürmüştür. Ancak, UAD, bu bağışıklığın ulusal güvenlik görevlilerini kapsayacak şekilde genişletilemeyeceğini belirtmiştir. Cibuti, sözlü duruşma sırasında savunmasını yeniden düzenlemiş ve kişisel bağışıklık yerine söz konusu görevlilerin fonksiyonel bağışıklıktan yararlandığını ileri sürmüştür. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, 2008 I.C.J Reports, s.177, para. 194 (Bundan sonra *Djibouti v. France*).

³⁹⁶ Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışışleri bakanlarının kişisel bağışıklığı ise kabul eden devletin iradesine bağılı değildir. Bu kişiler özel ziyaretlerinde dahi kişisel bağışıklıktan yararlanırlar. Bkz. **Bilge Erson Asar**, *Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı*, İstanbul 2016, s. 102.

Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanının kişisel bağışıklığı *erga omnes* nitelikteyken, diplomatik temsilcilerin bağışıklığı *erga omnes* nitelikte olmayıp sadece kabul eden devlet ile gönderen devlet arasında uygulanmaktadır³⁹⁷. Bu durum, diplomatik temsilcilerin kişisel bağışıklıktan devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanlarıyla kıyaslandığında, daha sınırlı şartlarda yararlandığını göstermektedir.

B. Kişisel Bağışıklığın Amacı

Uluslararası ilişkiler ve uluslararası işbirliği devletler arasında etkili bir iletişim sürecini gerektirir. Bu ise ancak devletlerarası ilişkilerin herhangi bir engelle veya müdahaleyle karşılaşmadan rahat şekilde sürdürülmesiyle mümkündür. Bunun temin edilmesi için de, bir devleti uluslararası düzeyde temsil eden en üst düzey görevlilere kişisel bağışıklık verilmesi gerekmektedir³⁹⁸. Aksi takdirde, devlet temsilcisine karşı açılan davalar nedeniyle, temsilcinin temsil görevini fiilen etkili bir şekilde yerine getirmesi engellenecek, örneğin devletlerin birbirleriyle serbestçe müzakerelerde bulunabilmelerinin önüne geçilmiş olacaktır. Dolayısıyla, kişisel bağışıklığın temel amacının bu devlet görevlilerinin yabancı devletin müdahalesi olmadan görevlerini yerine getirebilmeleri ve buna bağlı olarak devletlerarası ilişkilerin ve işbirliğinin sekteye uğramadan huzurlu ve etkili bir şekilde

³⁹⁷ Transit geçiş, bu durumun dışında kalır. Konuyla ilgili düzenleme olan DİHVS, 40/1. maddesi şu şekildedir: “Bir diplomatik ajan, görevine başlamak veya görevi başına dönmek üzere veya kendi ülkesine dönerken, pasaport vizesi gereken hallerde kendisine vize vermiş bulunan bir üçüncü devletin ülkesinden geçtiği veya bu ülke dâhilinde bulunduğu takdirde, üçüncü devlet kendisine geçişini veya dönüşünü sağlamak için gerekli bağışıklıkları tanıyacaktır. Diplomatik ajana refakat eden veya kendisine katılmak veya memleketlerine dönmek için ayrı seyahat eden, ayrıcalık ve bağışıklardan yararlanan ailesi üyelerine de aynı uygulama yapılır”. Diplomasi temsilcileri, kabul eden devlet dışındaki diğer devletlerde transit geçiş dışında, özel amaçlı ziyaretler bakımından söz konusu bağışıklık ve ayrıcalıklara sahip değildirlir. Ayrıca, diplomatik temsilcilerin bu bağışıklık ve ayrıcalıklara sahip olması, nezdinde atandıkları devletin onları diplomatik temsilci olarak kabul etmesine bağlıyken, devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanlarının kişisel bağışıklığı kabul eden devletin iradesine bağlı olmayıp, bu bağışıklık bu kişilerin özel ziyaretlerinde dahi uygulanmaktadır. Bkz. **Erson Asar**, s. 102; **Cassese**, *The Congo v. Belgium Case*, s. 864.

³⁹⁸ **Wickremasinghe**, s. 406; **Jennings/ Watts**, *Oppenheim's International Law*, s. 1034; **Akande/ Shah**, s. 818; **Zappala**, s. 599; **Fox/ Webb**, *State Immunity*, 541; **Ernest K. Bankas**, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, 2005, s. 255.

sürdürülmesi olduğunu söylemek mümkündür. Gittikçe büyüyen küresel işbirliği bu bağışıklığı önemli kılmaktadır³⁹⁹. İşte bu nedenlerledir ki, görev süresinin sona ermesiyle kişisel bağışıklığın etkisi de son bulur. Görevi sona eren eski üst düzey devlet görevlisi, devleti adına gerçekleştirilen görevle ilgili fiillerle sınırlı olarak ancak fonksiyonel bağışıklıktan yararlanır⁴⁰⁰. Her ne kadar kişisel bağışıklığın amacı yukarıda sayılan kişilerin kişisel yararı olmasa da bu bağışıklığın otomatik sonucu, görevleri süresince onları hem özel hem de görevle ilgili fiillerinden ötürü yabancı devletin yargısından bağışık tutmasıdır⁴⁰¹.

Arrest Warrant davasında, görevdeki dışişleri bakanlarının kişisel bağışıklığı çerçevesinde, UAD bu bağışıklık türünün, temsilcilerin herhangi bir kısıtlama olmadan yani, yabancı devlet otoritelerinin müdahalesi olmadan görevlerini rahatlıkla ifa etmelerine hizmet ettiğini belirtmiştir⁴⁰². Bu karar aynı şekilde görevdeki devlet başkanları bakımından da referans alınacaktır.

Bu davada UAD, bir başka devlet otoritesinin, üst düzey devlet görevlilerinin görevlerini yerine getirmesini engelleyecek “herhangi bir fiiline” karşı söz konusu kişilere kişi dokunulmazlığı ve mutlak cezai yargı bağışıklığını tanımak gerektiğine yönelik bir karar vermiştir⁴⁰³. Yabancı devlet otoritesinin “herhangi bir fiili” ifadesinden, görevdeki bir dışişleri bakanı hakkında tutuklama kararı çıkartılmasının bile bağışıklığın niteliği ve amacı gereği yargı bağışıklığını ve kişi dokunulmazlığını ihlal edeceği sonucu çıkartılabilmektedir. Benzer şekilde tutuklama kararının

³⁹⁹ UAD, *Arrest Warrant* davasında bağışıklıkların, devletlerarası ilişkilerin karşılıklı olarak düzgün işlemlerini güvence altına almak için üst düzey devlet görevlilerine bahşedildiği, ki bunun da düzenli ve uyumlu bir uluslararası sistem için büyük öneme sahip olduğu belirtilmiştir. *Arrest Warrant*, Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para. 75; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case (United States of America v. Iran)* (1980), I.C.J Reports, para. 91: UAD bu davada durumu şu şekilde belirtmiştir: “devletlerarası ilişkilerin yürütmesi için diplomatik temsilcilerin kişisel bağışıklığından daha temel bir ön koşul yoktur”; **Akande/ Shah**, s. 818.

⁴⁰⁰ **Wickremasinghe**, s. 381; **Akande/ Shah**, s. 819; **Zappala**, s. 600.

⁴⁰¹ **Barker**, *The Protection of Diplomatic Personnel*, s. 26; **Cassese**, *The Congo v. Belgium Case*, s. 863.

⁴⁰² *Arrest Warrant*, para. 54.

⁴⁰³ *Arrest Warrant*, para. 54.

uluslararası alanda ilan edilmesi de UAD’na göre, uluslararası hukuk çerçevesinde sağlanan ayrıcalıkları ihlal edecektir⁴⁰⁴. UAD bir başka kararında ise, Cibuti Cumhuriyeti’nin devlet başkanına gönderilen tanıklığa çağrının, bunun kısıtlayıcı bir tedbirden kaynaklanmayan sadece tanıklık etmek için yapılan bir daveti içermesinden ötürü uluslararası hukuka göre devlet başkanının bağıışıklığını ihlal etmediğine hükmetmiştir⁴⁰⁵. Yabancı devletin cezai yargısından kişisel bağıışıklık, cezai yargılama süreci yanında, cezai süreç bağlamında yabancı bir devlet tarafından uygulanacak olan zorlayıcı tedbirlerden de kişiyi korumaya yetmektedir⁴⁰⁶.

C. Kişisel Bağıışıklığın Niteliği

Kişisel bağıışıklığın en başta gelen niteliği, bu bağıışıklığın ilgili kişinin sadece görevde kaldığı süre boyunca kendisine tanınması, bir başka ifadeyle görev süresiyle sınırlı olması nedeniyle geçici oluşudur. Bununla birlikte ileride daha ayrıntılı bahsedileceği üzere, ceza davaları bakımından bu bağıışıklığın mutlak nitelikte olduğu da belirtilmelidir. Ayrıca, ilgili devlet görevlisini yabancı devletin medeni ve ceza yargısından da bağıışık kılan bir bağıışıklık türü olarak kişisel bağıışıklık, usul

⁴⁰⁴ *Arrest Warrant*, para. 70, 71, 75; “Görevi sona ermeden uygulanması istenilmese dahi bir tutuklama kararı bile çıkartılmaması gerekir. Bağıışıklığın ileri sürülmesi halinde tutuklama kararının geri çekilmesi yerine, bu kararın hiç çıkartılmaması gereklidir. Ayrıca, bir devlet kişisel bağıışıklığı resen dikkate almalı, bunun ileri sürülmesini beklememelidir”. *Arrest Warrant*, para. 60: Bu kararda UAD, bir tutuklama kararının çıkartılmasının uluslararası bir yükümlülüğünün ihlali olduğunu belirtmiştir. Bir muhalif görüşe göre, “bir devlet tarafından tutuklama kararı çıkartılması ve İnterpol aracılığıyla bu kararın diğer devletlere dağıtılması, tutuklama talebi, kararı alan devlet tarafından hukuken teyit edilmediği sürece hukuki bir etkiye sahip değildir. Kongo’nun bir tutuklama kararının çıkartılması ve uluslararası ilanının küçük bir öneme sahip olduğunu kavrayamadığı görülmektedir. Hatta Divanın kendisinin de bu durumu (özellikle bir tutuklama kararının hukuki etkisi bakımından konuyu) iyi şekilde anlayıp anlamadığı şüphelidir. Bu bağlamda asıl önemli nokta, bir tutuklama kararının çıkartılması ve uluslararası alanda dağıtılması veya ilanı değil, kararı alan devletin buna karşı tutumu ve cevabıdır”. Bkz. *Arrest Warrant*, Dissenting opinion of Judge Oda, para. 13.

⁴⁰⁵ *Djibouti v. France*, para. 170, 171: Mahkeme, soruşturmayla ilgili gizli bilginin ifşa edilmesinin bir liderin şeref ve itibarını zedelemesine rağmen, kanıtlanabilir bir illiyet bağının olmamasından ötürü bu durumu Cibuti devlet başkanının kişi bağıışıklığının Fransa tarafından bir ihlali olarak görmemiştir.

⁴⁰⁶ Devlet uygulamalarının kişisel (yargı) bağıışıklığın, kişi dokunulmazlığını da içerdiğini teyit ettiğiyle ilgili bkz. **Zappala**, s. 599.

hukukuna ilişkindir. Bu nedenle açılan davaya karşılık kişisel bağışıklığın ileri sürülmesi usuli bir savunma teşkil eder⁴⁰⁷.

Devlet görevlileri tarafından resmi yetki çerçevesinde devlet adına gerçekleştirilen fiilleri (görevle ilgili fiilleri) koruyan fonksiyonel bağışıklığın aksine, kişisel bağışıklık, hâlihazırda devlet içinde en yüksek makamı işgal eden kişiye bağlıdır⁴⁰⁸. Görevdeki devlet başkanına yönelik davalar, kişisel bağışıklığın savunma olarak ileri sürülmesiyle engellenebilir. Çünkü bu bağışıklık, üst düzey devlet görevlisinin statüsünden ötürü kendisine bahşedilmiştir. Bu sebeple kişisel bağışıklığın, yargı yetkisinin kullanılmasına bir engel teşkil etmesi sebebiyle genellikle usule ilişkin nitelikte olduğu kabul edilir⁴⁰⁹. UAD'nin bir BM özel raportörünün bağışıklığıyla ilgili davada verdiği karara göre, yargı bağışıklığı konusu, yargılamanın ilk inceleme safhasıdır, bununla ilgili yargılamanın başında hızlı bir şekilde karar verilmesi gerekir⁴¹⁰. Bir başka ifadeyle, yargılanması söz konusu olan kişinin kişisel yargı bağışıklığı, yargılamanın ilk aşamasında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu durum, yargılamanın gündeme geldiği devlet mahkemesinin, dava konusu kişinin, statüsünden ötürü davaya konu olamayacağını tespit ettiği takdirde, yargı sürecine son vermek zorunda olduğu anlamına gelir⁴¹¹. Kişisel bağışıklık, ilgili mahkemenin, kişinin statüsünü belirlemesi ve yargılama yetkisine konu olmasının kabul edilmezliğine karar vermesini takiben hemen yargılamayı bırakmasını gerektirir⁴¹².

⁴⁰⁷ **Cassese**, *The Congo v. Belgium Case*, s. 863.

⁴⁰⁸ **Cassese**, *The Congo v. Belgium Case*, s. 863; **Akande/ Shah**, s. 818-819; **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 549-550; **Zappala**, s. 599; **Cryer**, *International Criminal Law*, s. 534; **Alebeek**, *Immunity*, s. 132-133; **Wickremasinghe**, s. 381.

⁴⁰⁹ *Arrest Warrant*, para. 60; **Antonio Cassese/ Paola Gaeta/ Laurel Baig**, *Cassese's International Criminal Law*, 2. Ed., Oxford University Press, 2013, s. 319; **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 19-20.

⁴¹⁰ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion*, 1999, I.C.J Reports, s. 62, para. 63.

⁴¹¹ Devletin yargı bağışıklığı bakımından bu bağışıklığın bir ön itiraz olarak ele alınması gerektiğiyle ilgili bkz. **Fox/ Webb**, *State Immunity*, s. 12-13.

⁴¹² *Arrest Warrant*, para. 54; *Djibouti v. France*, para. 170. Bkz. R. A. Kolodkin (Raportör), *International Law Commission (ILC), Third Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/646 (24 Mayıs 2011), para. 11; Ayrıca bkz. aynı rapor,

III. DEVLET BAŞKANININ KİŞİSEL BAĞIŞIKLIĞI

A. Devlet Başkanının Kişisel Bağışıklığının Dayanağı

1. Devlet Başkanının Devletin Benliğini Simgelemesi

Tarihsel olarak devlet başkanının bağışıklığının kökeni, devlet ile onun hükümdarı arasındaki ilişkiye dayanmaktaydı. Devlet başkanı, devletin kendisinin vücut bulmuş somut hali olarak kabul edilmekteydi. Kişisel olarak egemenliğe sahip olmasının getirdiği üstünlükten ötürü hükümdar veya kral dokunulmaz ve bağışık kabul edilmekteydi ve bu sebeple yabancı bir devletin yargı yetkisine konu olamazdı⁴¹³. Devletin, egemen kişinin (monarkın, hükümdarın) şahsında somutlaştığı düşüncesi ve devlet ile devletin başındaki hükümdarın tek bir varlık olarak kabul edilmesi, devlet başkanının bağışıklığı ile devletin yargı bağışıklığının aynı gerekçelere dayandırılması sonucunu doğurmuştur⁴¹⁴.

Bu bağışıklık kuralının kökeni, devletin egemen kişinin (monarkın, hükümdarın) şahsında somutlaştığı düşüncesinin sonucu olarak “*par in parem non habet imperium*” (bir egemen gücün bir başka egemen güç üzerinde yetkisi yoktur) kuralına dayanmaktadır.

Devlet başkanlarına ve diğer üst düzey devlet görevlilerine bağışıklığın bahşedilmesini açıklamak için ortaya atılan farklı teorilerden hâkim olan teori, devlet başkanı bağışıklığını onun devletin benliğini simgelemesine dayandıran teoridir. Bu

para. 61(c): “Yabancı bir devlet başkanı, hükümet başkanı ya da dışişleri bakanı söz konusu olduğunda, cezai yargı yetkisini kullanan devletin kendisinin, kişinin bağışıklığı meselesini resen dikkate alması ve uluslararası hukuk çerçevesinde açılan dava bağlamında kişinin pozisyonunu tespit etmesi gereklidir”. **Elizabeth Helen Franey**, *Immunity From The Criminal Jurisdiction Of National Courts*, A. Orakhelashvili (edt.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 215.

⁴¹³ **Shaw**, *International Law*, s. 697, 698; **Brigitte Stern**, *Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?*, B. Stern, M. Lattimer, P. Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Hart Publishing, 2003, s. 76; *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U. S. 116 (1812), para. 137; **Callan**, s. 126.

⁴¹⁴ Fransa Kralı 14. Louis’nin “Devlet benim” (*L’état, c’est moi*) sözüyle ifade ettiği teorik ve pratik gerçeklik, devlet ile monarkın özdeşliğine işaretir. Bu durumda devlet bağışiksız kral da bağışık olacaktır.

teori, hem kişisel hem de fonksiyonel bağışıklığın aslında devletlerin egemen eşitliği ilkesinden kaynaklandığı ve bir devletin diğer devlet üzerinde yargı yetkisi iddia etmemesi gerektiğinin kabulüne dayanır. Bu durum, “*par in parem non habet imperium*” ya da “*par in parem non habet jurisdictionem*” ilkesi ile dile getirilir⁴¹⁵. Modern diplomasi öncesinde yani monarşik dönemlerde temellerini bulan ve egemen olan kralların birbirini yargılayamayacağını belirten, eşitler arasında yargı yetkisi olmadığını ifade eden bu ilke, günümüzde devlet başkanları için geçerli olan yargı bağışıklığının dayanağını oluşturmuştur⁴¹⁶.

Parlement Belge davasında yargıç Brett Lj, her bir devletin diğer devletin itibarına ve bağımsızlığına saygı gösterme yükümlülüğünden bahsetmiştir⁴¹⁷. Çok yakın zamanda UAD, *Jurisdictional Immunities of the State* (Devletlerin Yargısal Bağışıklıkları) davasında⁴¹⁸ devletlerin egemen eşitliğini, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olarak tanımlamıştır.

2. Fonksiyonel Gereklilik

Genellikle, hem kişisel hem fonksiyonel bağışıklık, diğer devlet tarafından yargı yetkisinin kullanılmasından doğacak bir müdahale olmadan devlet temsilcilerinin kamu görevlerini etkili şekilde yerine getirmelerine imkân tanımak için geliştirilmiştir. *Re Honecker*⁴¹⁹ davasında Almanya Federal Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi, pragmatik olarak uluslararası hukuka göre bir devlet başkanının bağışıklığının, öncelikli olarak devletlerin ikili ilişkilerini rahat şekilde, herhangi bir

⁴¹⁵ Bkz. **Robert Jennings/ Arthur Watts**, *Oppenheims International Law*, 9. Ed., Longman, 1992, s. 441; Söz konusu ilke hakkında bkz. **Xiaodong Yang**, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, s. 54; **Ernest K. Banks**, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer Science & Business Media, 2005, s. 156; **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 50; **Jürgen Bröhmer**, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, s. 14.

⁴¹⁶ **Hüseyin Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 63.

⁴¹⁷ (1880) 5 PD 197, para. 214-15. Bkz. **Geoffrey Marston**, “Unincorporated Treaties and Colonial Law-Hong Kong’s ‘Parlement Belge’”, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 20, No 2, 1990.

⁴¹⁸ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, s. 99, para. 57.

⁴¹⁹ *Re Honecker*, Germany (Federal Supreme Court of Germany) 14 Aralık 1984, 80 ILR 365.

müdahale olmadan sürdürmeleri için ve karşılıklı menfaatleri bağlamında tanındığını belirtmiştir. Yıllar geçtikçe, bağışıklıkların görevlilerin görevlerini yerine getirmeleri için gerekli olduğunun teyit edilmesiyle de bu düşünce bir fonksiyonel gereklilik teorisine dönüşmüştür⁴²⁰.

2001’de Uluslararası Hukuk Enstitüsü, devlet başkanı ve hükümet başkanlarının bağışıklığı ile ilgili bir karar almıştır. Bu kararın giriş kısmında, “bir devlet ya da hükümet başkanına onun kişisel menfaatlerinden dolayı değil bu devletin bir temsilcisi olarak özel muamele gösterilecektir. Çünkü başkanı olduğu hükümetin ya da devletin planlanmış çıkarları bakımından ve bir bütün olarak uluslararası toplumun tamamı bakımından bağımsız ve etkili bir şekilde görev ve yetkilerini kullanması ve sorumluluklarını yerine getirmesi için bu bağışıklık gereklidir” ifadesi yer almaktadır⁴²¹.

Fonksiyonel gereklilik, aynı zamanda diplomatik temsilcilere tanınan ve diplomatik bağışıklık olarak ifade edilen ayrıcalığın da gerekçesini oluşturmaktadır. Ancak, Jennings ve Watts, devlet başkanının bağışıklığı ile diplomatik bağışıklığın aslında birbirine çok benzemediğini belirtmiştir. Yazarlara göre, devlet başkanının bağışıklığı işlevsel nitelikte değildir, devlet başkanının bağışıklığının temeli *par in parem non habet imperium* ilkesine dayanır. Yazarların bu düşünceyle devlet başkanının devletin benliğini simgelediği yönündeki geleneksel görüşten yola çıktıkları görülmektedir⁴²².

3. Devletin En Üst Düzey Temsilcisi Olarak Sahip Olduğu Özel Konum

Devlet ile liderinin bir bütün olduğu düşüncesi, zamanla aşınmaya uğrayarak devletin kendi statüsü ile liderinin pozisyonunun ayrı tutulmasını öngören, devletin

⁴²⁰ *Arrest Warrant* davasında UAD da, dışişleri bakanlarının temsil ettikleri devletleri adına görevlerini etkili şekilde yerine getirebilmelerini temin etmek için bağışıklıktan yararlandıklarını teyit etmiş ve bu bağışıklığın, diğer devletin yetkili makamlarının, ilgili bireyin görevlerini yerine getirmesine engel olan bir fiiline karşı onu koruduğunu belirtmiştir (para. 54).

⁴²¹ Institute of International Law, Immunities from jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, Session of Vancouver, (Raportör. *Mr Joe Verhoeven*), 2001, s. 1.

⁴²² Bkz. **Jennings/ Watts**, *Oppenheims International Law*, s. 1043-1044, para. 456, dn. 3.

soyut varlığı düşüncesine yönelik bir evrim yaşamıştır⁴²³. Buna rağmen, devlet başkanının hala devletin en üst düzey görevlisi olarak, eski egemen konumundan kalma birtakım ayrıcalıklardan yararlanacağı kabul edilmektedir⁴²⁴. Bir başka ifadeyle modern uluslararası hukukta devlet başkanlarının bağımsızlığının dayanağının söz konusu kişilerin devletin en üst düzey temsilcisi olmalarından kaynaklandığı görüşü de devlet başkanlarının bağımsızlığını açıklayan bir başka görüştür.

Devlet başkanlarının uluslararası alanda herhangi bir belgeye ihtiyaç duymaksızın devletleri adına hareket etmeye yani devletlerini temsil etmeye yetkili olduklarının kabulü de onlara özel bir statü tanındığının açık göstergesidir. Oppenheim ve Roxburgh, bir devlet başkanının uluslararası hukuka göre sahip olduğu statünün devletin lideri olmasından kaynaklandığını belirtmektedir. Dolayısıyla uluslararası hukukun devlet başkanına bahsettiği bağımsızlık, bu statüde bulunmanın sonucudur⁴²⁵.

Günümüzde devlet başkanlarının, bir devletin dış ilişkilerinde devleti temsil etmeleri, ancak çok önemli uluslararası temaslarda görülmektedir. Devletlerarası diplomatik ilişkileri yürütme görevini daha çok dışişleri bakanlarının üstlenmesiyle, devlet başkanlarının temsilcilik görevinin azaldığı görülmektedir⁴²⁶. Esasında uluslararası hukuk tarafından devlet başkanına tanınan bağımsızlık, hem devletin asli temsilcisi olarak devlet başkanının özel statüsüne hem de görevin gereklerini etkili şekilde yerine getirebilme düşüncesine dayanır⁴²⁷. Bir İsviçre mahkemesi, *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police*⁴²⁸ davasında her iki teoriyi de içine

⁴²³ **Shaw**, *International Law*, s. 698; **Summer**, “Immunity or Impunity? The Potential Effect of Prosecutions of State Officials for Core International Crimes in States Like the United States that Are Not Parties to the Statute of the International Criminal Court.” *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 31, No 2, 2006, s. 467.

⁴²⁴ **Watts**, *Legal Position*, s. 36.

⁴²⁵ **Oppenheim/ Roxburgh**, *International Law: A Treatise*, Vol. 1, s. 530.

⁴²⁶ **Erson Asar**, s. 65.

⁴²⁷ **Roberts**, *Satow's Diplomatic Practice*, s. 176.

⁴²⁸ *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police* (1989), Swiss Federal Tribunal, 102 ILR 198.

alan karma bir gerekçe ortaya koymuştur. Mahkeme, uluslararası teamül hukukunun, devlet başkanlarının devletlerarası ilişkilerdeki temsili niteliklerinden ötürü sembolik olarak devletin vücut bulmuş hali olduklarını ve devlet başkanlarının görev ve yetkilerini hesaba katarak bu ayrıcalıkları kişi bakımından (*ratione personae*) devlet başkanlarına bahsettiğini belirterek karma bir gerekçe kabul etmiştir⁴²⁹.

4. İç İşlerine Müdahale Etmeme İlkesi

Bir devletin iç işlerine müdahale etmeme ilkesi devlet başkanlarının cezai yargı yetkisinden mutlak bağımsızlığı konusundaki bir başka gerekçeyi teşkil eder. BM Şartı'nın 2/7. maddesi⁴³⁰ BM'ye “*bir devletin ulusal yetkisi dâhilinde bulunan işlere*” her türlü müdahaleyi yasaklamaktadır⁴³¹. Bu ilke, bir devletin diğer devletlerin yargı yetkisinden muaflığının (*par in parem non habet imperium*) temeli olan devletlerin egemen eşitliği ilkesinin sonucudur. Bir ülkenin liderini tutuklamak ve hapsedmek, bu devletin hükümetini değiştirmek anlamına gelir. Bu, yabancı bir devletin özerkliğine ve bağımsızlığına müdahalenin çok ekstrem bir şekli olacaktır. Bağımsızlık kavramı, bir devletin kendi hükümetini tayin etme konusunda münhasır yetkiye sahip olduğu ve diğer devletlerin bu konuda müdahale etme yetkisine sahip olmadığı anlamına gelir. Devlet başkanının bağımsızlığı kuralının ceza yargılamalarında tutuklamalara izin verecek şekilde törpülenerek, bir devletin siyasi idaresinin en tepesinde bulunan kişiye böyle bir müdahale etme hakkı tanınması, devletlerin egemen eşitliği ilkesini anlamsız bırakacaktır⁴³².

⁴²⁹ Bkz. *Zoernsch v. Waldock and other*, (England, Court of Appeal (1964) 1 WLR 675, 692, CA; **K. R. Simmonds**, “The Duration of International Jurisdictional Immunities (Based on *Zoernsch v. Waldock and Another*)”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 13, No. 4, 1964, s. 1433-1441.

⁴³⁰ BM Şartı, md. 2/7: “İşbu antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları iş bu antlaşma uyarınca bir çözüme bağlama yalnız zorlayamaz ancak bu ilki yedinci bölümde öngörülmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engellemez”.

⁴³¹ Genel olarak müdahale, askeri araçlarla gerçekleştirilebileceği gibi askeri olmayan yollarla da gerçekleştirilebilir. Bkz. **Ayhan Döner**, “Kuvvet Kullanma Yasası ve İnsani Müdahale Açısından II. Körfez Krizi”, *e-akademi*, Sayı 17, Temmuz 2003, para. 26. <http://www.e-akademi.org/> (E.T: 23.08.2017).

⁴³² **Akande/ Shah**, s. 824.

B. Devlet Başkanının Kişisel Bağışıklığının Kapsamı

Kişisel bağışıklık, görevle ilgili fiiller yanında özel fiilleri de içine alan fiiller bakımından *acta jure imperii* (egemenlikten kaynaklanan işlem veya fiiller) ya da *acta jure gestionis* (özel hukuka ilişkin işlem veya fiiller) ayrımı yapmadan, görev süresince kişiyi yabancı devletin yargısı dışında tutan mutlak bir bağışıklık türüdür. Bu bağışıklık kuralına göre kişinin görevi devam ettiği sürece hakkında dava açılmaz, açılmış olsa dahi yargılaması yapılamaz⁴³³.

Pinochet davasında Lord Browne Wilkonson durumu şu şekilde belirtmiştir: “Görevdeki devlet başkanının yararlandığı bu bağışıklık, devlet başkanının şahsına bağlı mutlak bağışıklıktır ve dava konusu fiilin veya işin devlet yararına yapıлып yapılmadığına bakılmaksızın onu tüm davalardan ve yargılamalardan muaf kılar”⁴³⁴. Ancak, bu davanın ceza davası olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu bağışıklığın mutlaklığının da ceza davaları bakımından şüphesiz olduğunu söylemek mümkündür. Hukuk davaları için ise durum daha karmaşıktır.

Devlet başkanlarının yabancı devlet mahkemeleri önündeki yargı bağışıklığının bir uluslararası hukuk kuralı olduğunu belirtmiştik. Ancak nasıl ki, bir devlet başkanının yabancı devlet mahkemelerinin yargı yetkisinden bağışıklığını ele alırken, görev başındaki devlet başkanının kişisel bağışıklığı ile devlet başkanının görev süresince gerçekleştirdiği görevle ilgili fiilleri bakımından görevinin sona ermesinden sonra yararlandığı fonksiyonel bağışıklığı arasında ayırım yapılıyorsa, bağışıklığın kapsamı bakımından devlet başkanlarının yabancı devletin cezai yargı

⁴³³ **Arthur Watts**, The Legal Position in International Law Of Heads Of States, Heads Of Governments and Foreign Ministers 4-III) 247 *Recueil Des Cours* 247; **Pierre d'Argent**, *Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute*, A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter, C. Tomuschat (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, s. 245; **O'Keefe, Tams**, s. 85; Jennings ve Watts, devlet başkanlarının yabancı bir devleti özel ziyaretleri sırasında yabancı devletin yargı yetkisinden bağışıklık meselesinin belirsiz kaldığını ileri sürmüştür. Bkz. **Jenning/ Watts**, *Oppenheim's International Law*, Part 2 to 4, s. 1041,1042; **Wickremasinghe**, s. 381; International Law Commission Second Report On Immunity Of State Official From Roreign Criminal Jurisdiction, U. N. Doc. A/CN.4/661 (4 Nisan 2013), para. 50, 72.

⁴³⁴ *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte* (No.3), (1999), UKHL 17, (2000), 1 A.C 147, s. 201-202 (Bundan sonra Pinochet (3)).

yetkisinden bağışıklığı ile medeni ve idari yargı yetkisinden bağışıklığı arasında da ayırım yapmak gereklidir. Ceza davaları bakımından devlet uygulanmalarına bakıldığında daha yeknesak bir uygulamanın varlığından söz edilebilse de aynı durum hukuk davaları için geçerli değildir. Hukuk davaları bakımından da fiil ya da işlemlerin niteliği bağlamında çeşitli ayrımlar yapılarak konunun incelenmesi gerekecektir. Hukuk davaları bakımından devlet başkanlarının yargı bağışıklığı bu çalışmanın tam olarak inceleme kapsamı içinde olmasa da, yine de konunun genel olarak ele alınmasını faydalı görüyoruz.

1. Ceza Yargısı Bakımından Yargı Bağışıklığı

Uluslararası teamül hukukuna göre uzun süredir diplomasi temsilcileri bakımından olduğu gibi görevdeki devlet başkanlarının da yabancı devlet mahkemelerinin cezai yargı yetkisinden mutlak olarak bağışık olduğu kabul edilmektedir⁴³⁵. Bunun yanında Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme (md. 31/1) ve DİHVS (md. 31/1) gibi çeşitli uluslararası düzenlemelerle görevdeki devlet başkanının da yabancı devlet mahkemelerinin cezai yargı yetkisinden mutlak bağışıklığı kabul edilmektedir⁴³⁶.

Ayrıca, UAD da, *Arrest Warrant* kararında bu mutlak bağışıklığı teyit ederek, ceza davaları bakımından devlet başkanının kişisel bağışıklığının görevle ilgili işleri sırasında veya özel bir gezi sırasında olduğuna bakılmaksızın devlet başkanının sadece görevle ilgili fiilleri ile ilgili değil aynı zamanda özel fiilleriyle ilgili de

⁴³⁵ **Watts**, *Legal Position*, s. 54; Bkz. *Re Honecker* (1984) 80 ILR 365; Burada bahsi geçen mutlaklık, görev süresince kişinin cezai yargılamaya tabi tutulmayacağına istisnasının olmadığı anlamındadır. Görevi sona erdikten sonra kişinin yargılanıp yargılanmayacağı, fonksiyonel bağışıklık kuralı çerçevesinde değerlendirilir.

⁴³⁶ Watts'a göre bu bağışıklık, diğer devletlerin ulusal ceza yasalarına göre kabul edilen sıradan suçlar bakımından söz konusu olup, savaş suçları gibi uluslararası suçlar bakımından bağışıklığın sınırlı olması gerekmektedir. Watts, bu düşüncesini belirtirken görev başındaki devlet başkanının yabancı devlet mahkemeleri önünde yargılanmasına açık kapı bırakma amacı gütmemekte, devlet başkanının bu tür suçlardan bağışıklığının uluslararası mahkemeler nezdinde yapılacak yargılamalar bakımından söz konusu olmamasına işaret etmektedir. Bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 54, 82.

uygulanacağını belirtmiştir⁴³⁷. Aynı zamanda yargılamaya konu fiil ister görevi devralmadan önce ister görev sırasında gerçekleşsin, bu fiiller için devlet başkanının görevi devam ettiği süre içinde yargı bağışıklığı söz konusu olacaktır⁴³⁸. Görev başındaki devlet başkanının kişisel yargı bağışıklığının, bu kapsamlı ve mutlak niteliği ulusal mahkemeler tarafından da kabul edilmektedir. 1989'da İsviçre Yüksek Mahkemesinin bir davada konuyla ilgili ortaya koyduğu görüşü şu şekildedir:

“Devlet başkanları dünyanın herhangi bir yerinde resmi işlevlerini kullanırken gerçekleştirdikleri fiiller bakımından yabancı bir devletin yargı yetkisini kullanmasından ve tüm kısıtlayıcı tedbirlerden kişi bakımından (*ratione personae*) mutlak şekilde muaftır. Medeni yargıdan bağışıklığın aksine ... devlet başkanlarının cezai yargıdan bağışıklığı mutlak ... Bu yargı bağışıklığı hiçbir sınırlama olmaksızın özel fiilleri de kapsar görünmektedir”⁴³⁹.

Bir diplomasi temsilcisinin cezai ya da medeni yargılamada tanıklık etme zorunluluğu olmadığı aşikârdır (DİHVS, md. 31/2). Aynı şekilde uluslararası teamül hukukuna göre kişisel bağışıklıktan yararlanan görevdeki bir devlet başkanının da bu asgari standarttan faydalanması gerektiğinden, tanıklık etmekle ilgili bir zorunluluğunun olmadığını evleviyetle söylemek mümkündür.

Mutlak cezai yargı bağışıklığı, bir devletin yabancı bir devlet görevlisi üzerinde yargılama yetkisini kullanmasını engellediğinden, bu durum aynı zamanda bir devletin münhasır egemenlik yetkisine uluslararası hukukun getirdiği en önemli istisnalardan biridir⁴⁴⁰. Devlet başkanlarının ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin bulundukları devlette yargı bağışıklığından yararlanması, aynı zamanda bu devletin

⁴³⁷ Bu durum özel misyon üyeleri için farklıdır. Özel misyondaki (heyetteki) bir kişi sadece özel görev süresince ve resmi işlerinin gerektirdiği fiiller bakımından kişisel bağışıklıktan yararlanır. Bkz. **Foakes**, s. 81; 1978 İngiltere Devlet Bağışıklığı Yasası'nın 20. maddesi de devlet başkanı ile diplomatik misyonun liderinin pozisyonunu bu bağlamda eş tutar. Böyle olunca, yabancı bir devlet başkanı, ister resmi ister özel ziyarette olsun kişi dokunulmazlığından ve ceza yargısı bakımından mutlak kişisel bağışıklıktan yararlanır. **Wickremasinghe**, s. 394.

⁴³⁸ Bkz. *Arrest Warrant*, para. 55.

⁴³⁹ *Marcos v. Federal Department of Police* (1989) 102 ILR 53, s. 57.

⁴⁴⁰ **Pazarcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, s. 30.

ceza kanunlarının uygulanması bakımından mülkilik ilkesinin de istisnasını oluşturmaktadır. Kendi ülkesinde suç işlemesi halinde suçlu üzerinde kendi ceza kanunlarına göre hareket etme yetkisine sahip olan devlet, yabancı devlet başkanı ve kişisel bağışıklıktan yararlanan diğer üst düzey devlet görevlileri söz konusu olduğunda, ceza kanunlarını uygulamaktan imtina etmek durumunda kalacaktır⁴⁴¹.

2. Medeni ve İdari Yargı Bakımından Yargı Bağışıklığı

a) Genel Olarak

Uluslararası teamül hukukuna göre, görev yapan devlet başkanlarının yabancı devlet mahkemelerinin medeni ve idari yargı yetkisinden kapsamlı bir bağışıklığa sahip olduğuna şüphe yoktur. Fakat zaman zaman bu bağışıklığın ceza davalarıyla aynı kapsamda olup olmayacağı ve özellikle de bir devlet başkanının özel fiilleriyle ilgili ya da resmi yetkisi çerçevesinde gerçekleştirilse bile, ticari ve tamamen özel hukuk niteliğindeki fiilleriyle ilgili dava edilip edilemeyeceği konusunda birtakım sorular bulunmaktadır. Devletin yargı bağışıklığı hukukundaki modern gelişmeler, yani devletin sınırlı yargı bağışıklığı doktrininin gelişimi, bir devletin yargı bağışıklığının istisnalarının olduğu durumlar bağlamında, bir devlet başkanının da dava edilmesinin mümkün olması gerektiğini akla getirmektedir. Bu görüş kabul edilirse devletin sınırlı yargı bağışıklığı doktrinine göre devlet, özel hukukun kapsamına giren fiiller için, özellikle ticari işlemler bakımından yabancı devlet mahkemeleri önünde dava edilebildiğine göre, bu eylem ya da işlemi gerçekleştiren devlet başkanları da dava edilecektir. Fakat buna karşılık, DİHVS'nin 31. maddesinde sıralanan üç istisna dışında diplomasi temsilcilerinin, tüm özel hukuk fiilleri ve ticari işlemler için medeni ve idari yargıdan bağışık olduğu öngörülmektedir. Bu durumda bir diplomasi temsilcisinin sahip olduğu yargı bağışıklığıyla kıyaslandığında, DİHVS'nin 31. maddesinde sıralanan ve diplomatik temsilciler için medeni ve idari yargı yetkisinin kapsamında bırakılan (yargı bağışıklığının istisnası sayılan) durumlar hariç tüm özel hukuk fiilleri ve ticari

⁴⁴¹ Bkz. **Demirbaş**, s. 150.

işlemler için bu medeni yargıdan bağımsızlığın devlet başkanına da bahşedilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu durumda yabancı devlette, 31. maddede sıralanan konularla ilgili (miras, gayrimenkul ve ticari faaliyetlerle ilgili) işlemler hariç devlet başkanının resmi yetkisi çerçevesinde gerçekleşmemiş olsa dahi, tüm özel hukuk fiilleri kişisel bağımsızlık kapsamında olacaktır⁴⁴². Devlet başkanının yabancı devlet mahkemelerinin yetkisini kabul etmesi, dolayısıyla kendi bağımsızlığından kendisinin vazgeçmesi hali elbette bunun dışındadır⁴⁴³.

Pazarcı'ya göre, devlet başkanlarının hukuk davaları bakımından yargı bağımsızlığı da mutlaktır. Ancak, Pazarıcı, bazı devlet mahkemelerinin bu konuda bir ayırım yaptığını ve yabancı devlet başkanının devletin kamusal eylemlerine ilişkin yargı bağımsızlığını tanıırken, kişisel hakları kapsamındaki eylemleri için yargılanabileceğini kabul ettiğini belirtmekte ve ayırım yapan devlet uygulamasına örnek olarak da Fransız içtihadını göstermektedir⁴⁴⁴. Bu bağlamda devlet uygulamalarının birbirinden farklı olduğunu söylemek mümkündür.

Eğer görevdeki devlet başkanının ceza yargısı bakımından yararlandığı gibi medeni ve idari yargı bakımından da kişisel mutlak yargı bağımsızlığına sahip olduğu görüşü kabul edilirse, elbette, yabancı mahkemeler önünde hukuk davaları bakımından bağımsızlıkla ilgili ortaya çıkabilecek bir belirsizliğin önüne geçilmiş olur. Modern zamanlarda, bazı yargılamalarda bu görüşün kabul edildiğine tanık olunmuştur. 1964 yılında Avusturya Yüksek Mahkemesi, yabancı devlet başkanlarıyla ilgili davalarda *acta jure imperii/acta jure gestionis* ayırımının uygun olmadığını belirtmiştir. Bir başka ifadeyle, devletin yargı bağımsızlığında yapılan kamu-özel fiil ayırımının aksine, devlet başkanının bu türden bir ayırma konu olamayacağının altını çizmiştir⁴⁴⁵. Daha yakın geçmişte aynı mahkeme görevdeki bir

⁴⁴² **Watts**, *Legal Position*, s. 55; **Seviğ**, s. 170.

⁴⁴³ Böyle bir durumda kendisine karşı hukuk davası açılmasına bir engel bulunmamaktadır. **Seviğ**, s. 170.

⁴⁴⁴ **Pazarıcı**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, s. 65.

⁴⁴⁵ *Prince of X Road Accident Case* (1964) 65 ILR 13 (Austria, Supreme Court): Avusturya'da bir trafik kazasından sorumlu olarak görülen Liechtenstein Prensine karşı bir Avusturya vatandaşının iddiasını reddetmiştir. Dava konusunun devlet başkanının özel ziyaretinden kaynaklanmış

devlet başkanının babalık davasından bağışık olduğuna hükmetmiştir⁴⁴⁶. *Lafontant v. Aristide* davasında, (Haiti’de işlenen bir cinayet için Haiti devlet başkanına karşı açılan bir tazminat davasında), bir ABD mahkemesi, ABD mahkemelerinde bu tür bir hukuk davasından devlet başkanının mutlak şekilde bağışık olduğuna hükmetmiştir. Bu durumda mahkeme, devlet başkanı olarak kişinin sahip olduğu bağışıklığın kişinin şahsı üzerinden yapılacak yargı yetkisinin kullanılmasını engellediği için iddia edilen fiilin görevle ilgili ya da özel olup olmadığının kendisinin inceleme konusu dışında olduğunu belirtmiştir.

Bu geniş çaplı yargı bağışıklığı yaklaşımı, hem yargısal kararlar bakımından hem de görevdeki devlet başkanının yargı bağışıklığıyla ilgili yürütme organının görüş sunma uygulaması bakımından mevcut ABD uygulamasına da yansımaya devam etmiştir. Uluslararası Kredi ve Ticaret Bankası’nın bir dolandırıcılık vakası sonucu kapatılmasının ardından, bankanın mülkiyeti bir ABD bankasına verilmiş, bu bankanın yöneticileri, kapatılan bankanın azımsanmayacak derecede büyük hissesinin sahibi olan, aralarında Birleşik Arap Emirlikleri Devlet Başkanının da (Sheikh Zayed Bin Sultan Al Nahyan) bulunduğu çok sayıda kişiye karşı ABD mahkemelerinde bir hukuk davası açmıştır. Fakat mahkemede, yabancı devlet başkanı olarak söz konusu lider tarafından devlet başkanı bağışıklığı ileri sürülmüş ve yürütme organından bağışıklık hakkında görüş istenmiştir. Hükümetin bağışıklık hakkındaki görüşünü dikkate alan Mahkeme, nihai olarak devlet başkanının yargı bağışıklığını kabul etmiştir⁴⁴⁷. Aynı şekilde 2001 yılında bazı Zimbabve vatandaşları tarafından İşkence Mağdurlarının Korunması Kanunu çerçevesinde tazminat istemiyle, Zimbabve Devlet Başkanı Robert Mugabe ve dışişleri bakanı Stan Mudenge aleyhine bir New York Federal Mahkemesinde hukuk davası açılmıştır. BM ziyareti sırasında devlet başkanı aleyhine açılan dava görülmeye başlanmış, bu

olmasına rağmen, mahkemenin konuya ilişkin yorumu, durumu diğer durumlarla (resmi ziyaretlerle) eşit tutma yönünde olmuştur. **Watts**, *Legal Position*, s. 55.

⁴⁴⁶ *AW v. J(H) F v. L (Head of State)*, Austria Supreme Court, 15 Şubat 2001.

⁴⁴⁷ *First American Corp and others v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al Nahyan and others*, United States District Court, 1107 (1996), s. 1119.

sırada ABD Hükümeti Mahkemeye, uluslararası teamül hukukuna göre söz konusu iki devlet görevlisinin devlet başkanı bağışıklığına sahip olduğu ve kişisel bağışıklığının olduğunu, bu sebeple davanın görülemeyeceğini belirten bir görüş sunmuştur. Görüş Mahkeme tarafından kabul edilmiş ve dava reddedilmiştir⁴⁴⁸.

Bu yaklaşım her zaman böyle keskin biçimde ayrılacak kadar açık olmamıştır. Bazı medeni yargılamalar birbiriyle tutarsızlık göstermiştir. Bu yüzden devlet başkanının medeni yargılamalarda kişisel yargı bağışıklığını farklı fiil kategorilerine ayrılmış üç başlık altında incelemek daha faydalı olacaktır. Elbette bu ayırım eski devlet başkanının fonksiyonel bağışıklığı söz konusu olduğunda daha da önemli hale gelmektedir. Fakat kişisel bağışıklık bağlamında bile bu ayrımlar farklı değerlendirmelere ve gerekçelere ışık tutmaya yardımcı olabilir⁴⁴⁹.

b) Egemenlik Tasarrufu Olan Fiil ya da İşlemler

Bir devlet ülkesinde bir diğer devlet adına yapılan hükümet tasarrufları (*acta jure imperii*), kabul eden devletin yargısına tabi değildir⁴⁵⁰. Hükümet tasarruflarını gerçekleştirecek olan devlet organlarının başında gelen kişi olarak bir devlet başkanının hükümetle, kamu otoritesiyle, egemenlikle ilgili konulardaki tasarrufları bağlamında yabancı devlet ülkesinde yargı bağışıklığına sahip olduğu uzun zamandır kabul edilmektedir. Gerçekten bu ilke, yabancı devlet başkanının kişisel yargı bağışıklığına ilişkin kesin ve açık bir kuralın ortaya çıkmasından çok uzun zaman önce yerleşmiştir⁴⁵¹. *Duke of Brunswick v. King of Hanover*⁴⁵² davasında bir İngiliz mahkemesi yabancı bir hükümdarın kendi ülkesinde onun egemen niteliği kapsamında gerçekleştirdiği fiilin, haklı veya haksız olmasına bakılmaksızın bu

⁴⁴⁸ Bkz. **Murphy**, *United States Practice in International Law*, s. 89-91.

⁴⁴⁹ Bağışıklığın uygulanıp uygulanmaması bakımından özel hukuk niteliğindeki fiiller ile görevle ilgili veya egemenlik fiilleri arasında nasıl ayırım yapılacağı konusu özel hukuk ve ceza davalarında aynıdır. Ancak sorunun en sık gündeme geldiği davalar ceza davalarından ziyade özel hukuk davalarıdır. **Foakes**, s. 144; **Akande/ Shah**, s. 826.

⁴⁵⁰ **Akipek**, *Ülke-dışılık*, s. 32.

⁴⁵¹ **Foakes**, s. 144.

⁴⁵² *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848) 2 HLC 1 (UKHL); **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 25; **Watts**, *Legal Position*, s. 58.

fiilinden sorumlu olamayacağına karar vermiştir. Bu düşünce mahkeme kararına şu şekilde yansımıştır:

“Yurt dışında bir egemenin onun egemen otoritesi gereğince yerine getirdiği bir egemen fiili (ki bu fiil sıradan bir İngiliz vatandaşı olarak değil egemen olarak ona verilen yetkinin kullanılması çerçevesinde gerçekleştirdiği varsayılan bir fiil) hakkında bu ülkenin mahkemeleri hüküm veremez”.

Benzer şekilde, *De Haber v. Queen of Portugal* davasında⁴⁵³ mahkeme bunu şu şekilde teyit etmiştir:

“Lideri olduğu ulusun temsilcisi olarak resmi yetkisi çerçevesinde gerçekleştirdiği bir fiilinden ötürü yabancı bir hükümdar aleyhine açılan bir davaya bir İngiliz mahkemesi bakamaz”⁴⁵⁴.

Söz konusu Mahkeme aynı zamanda, bu tür yargılamaların uluslararası hukuka aykırı olduğunu ve bir yabancı egemen gücün teessüf etmeye hakkı olacağı türden bir sonuç doğuracağını da belirtmiştir. 1870 yılında bir Fransız işadamı Rusya’da, Rusya polisi tarafından gerçekleştirilen yasa dışı tutuklama ve tedbirlerden ötürü uğradığı zararlar için Rusya Çarını Fransız Mahkemesi önünde dava etmiştir. Fransız Mahkemesi ise “bir devletin kendi ülkesinde adli sisteminin işleyişinin devletin egemenliğine bağlı olduğu çok açıktır, bu sebeple, yabancı bir devlet veya onun devlet başkanı Fransız mahkemeleri önünde dava edilemez” düşüncesiyle davacının iddia ve talebini reddetmiştir⁴⁵⁵. Fakat bu eski davalarda ortaya konulan düşünceler, bu kararların yabancı bir devlet başkanının kişisel bağımsızlığı

⁴⁵³ *De Haber v. Queen of Portugal* (1851) 17 QB 171 (UK Court of Queen’s Bench); **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 25; **Watts**, *Legal Position*, s. 58.

⁴⁵⁴ Pek çok ABD mahkemesi de aldığı kararın temelini ve gerekçesini açıkça ortaya koymasa da bu görüşü benimsemiştir. **Watts**, *Legal Position*, s. 58.

⁴⁵⁵ *Ministere public c. Dlle Masset* (1870) (France, Cour de Paris); **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 170; **Watts**, *Legal Position*, s. 58.

düşüncesinden ziyade fonksiyonel bağışıklık temeline dayanarak verildiğini göstermektedir⁴⁵⁶.

Devlet başkanları dâhil tüm devlet görevlilerine uygulanan fonksiyonel bağışıklık, egemenlik tasarruflarını içermektedir. Resmi yetkinin ve egemenliğin kullanılmasıyla gerçekleşen bir fiille ilgili açılan hukuk davaları bakımından, bu tür davaların bir devlet başkanına kişisel olarak (doğrudan şahsına karşı) değil de onun resmi yetkisi çerçevesinde, bu devletin bir organı olarak açıldığı söylenebilir. Buna bağlı olarak, bu tür davalar devletin kendisine karşı açılan davalar olarak da nitelendirilebilir ki bu davalar devletin yargı bağışıklığı temeline dayalı olarak reddedilecektir. Bu yüzden uygulama, genellikle devleti asıl davalı olarak ele alır ve günümüzde bu durum, Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi'ne de yansımıştır. Sözleşme'deki “devlet” tanımında, “hükümetin (devletin) çeşitli organları” ve “bu yetki çerçevesinde hareket eden devlet temsilcileri” ifadesine yer verilmiştir⁴⁵⁷. Bu şekilde Sözleşme, resmi yetki çerçevesinde hareket eden görevdeki devlet başkanına devletin yararlandığı bağışıklığın aynısını bahşetmektedir⁴⁵⁸.

Uygulamada pek çok devlet mahkemesi, devletin yargı bağışıklığı konusundaki kendi yasal düzenlemelerini uygularken benzer bir tanımları benimsemişlerdir⁴⁵⁹. Bu bağlamda her iki bağışıklık türünün birbiri içine geçmesi ve birbiriyle örtüşmesi, bazen ulusal mahkemelerin görevle ilgili ve egemenlik tasarrufları bakımından hangi temele dayanarak yabancı bir devlet başkanının bağışıklığını desteklediğini ve uygun bulduğunu açıklamayı zorlaştırmaktadır. Fakat

⁴⁵⁶ Hatta bu kararları “*act of state* veya *non-justiciability* (yargılanamazlık) doktrinlerine dayandıran yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **O'Brien**, s. 293; Farklı görüşler için bkz. **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 82.

⁴⁵⁷ 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi), 2/1/b(i) ve (iv). madde.

⁴⁵⁸ Bununla birlikte Sözleşme, uluslararası hukuk gereğince devlet başkanına tanınan bağışıklık ve ayrıcalıkları saklı tutmakta, Sözleşme'nin bu bağışıklık ve ayrıcalıkları etkilemeyeceğini de belirtmektedir (3/2. madde).

⁴⁵⁹ 1978 Devlet Bağışıklığı Yasası bakımından Birleşik Krallık Mahkemelerinin uygulamaları buna örnek gösterilebilir.

böyle durumlarda bağışıklık nerdeyse her zaman tanınmaktadır⁴⁶⁰. Bir başka ifadeyle bağışıklığın tanınmasının gerekçesi ister fonksiyonel (*ratione materiae*) bağışıklık, ister kişisel bağışıklık (*ratione personae*) olsun, devlet başkanlarının egemenlik tasarrufları bakımından yabancı devletin medeni (hukuk) yargısından bağışık olduğu net olarak kabul edilmektedir⁴⁶¹.

c) Görevle İlgili Fakat Egemenlik Tasarrufu Olmayan Fiil ya da İşlemler

Görevle ilgili olan fakat egemenlik tasarrufu olmayan fiiller (*acta jure gestionis*) ifadesi, esasında görevin gereği olarak devlet adına yapılan özel hukuka tabi tüm fiil ve işlemleri kapsamaktadır. Ancak bu tür fiil veya işlemler genellikle ticari niteliğe sahip işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuyla alakalı görüşler birbiriyle çelişkilidir⁴⁶². Egemenlik fiilleri gibi, ticari nitelikteki fiiller de devlet başkanının devletin bir organı olarak resmi yetkisi çerçevesinde gerçekleştirebileceği eylemlerdir. Eğer söz konusu fiiller bakımından dayanak sadece fonksiyonel bağışıklık olursa, bu fiillerin sadece devletin kendisinin yararlandığı kapsamda bağışıklıktan faydalanması gerektiği ileri sürülebilir. Sınırlı devlet bağışıklığı doktrini devletin ticari fiilleri bakımından devletin bağışıklığını kabul etmemektedir. Buna dayanılırsa, devlet başkanları da görevle ilgili fakat ticari işlemler için bağışıklıktan yararlanamayacaktır. Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi de bu yönde bir eğilim göstermekte ve konuya şu şekilde açıklık getirmeye çalışmaktadır. Sözleşmeye göre, devletin asli organı ve temsilcisi olarak resmi yetkisi çerçevesinde hareket eden bir devlet başkanı, Sözleşmenin amaçları bakımından “devlet” tanımı içinde yer alır. Sözleşme lafzi yorumlandığında devlet başkanının, devletin kendisiyle aynı kapsamda bağışıklıktan

⁴⁶⁰ Bkz. *O’Hair v. Wojtyla and Andrus*, *US Digest* 1979, 897 (Bu davada Vatikan Şehri’nin devlet başkanı olarak Papa John Paul II aleyhine onun tarafından yapılan bir halk kutlamasıyla ilgili ABD mahkemesinde bir hukuk davası açılmıştır. Mahkeme ise bir başka devlete yapılan resmi bir ziyaretin parçası olarak Papa tarafından gerçekleştirilen bir halk kutlamasının, onun devlet başkanı olarak resmi yetkisinin kullanılmasının bir parçası olarak görülebileceği gerekçesiyle Papa aleyhine açılan davayı reddetmiştir. Bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 59; **Pedretti**, s. 147.

⁴⁶¹ Bkz. **Foakes**, s. 86.

⁴⁶² **Watts**, *Legal Position*, s. 60.

yararlanacağı sonucu çıkarılabilmektedir. Çünkü Sözleşme devlet başkanı ile devleti bu bağlamda eş tutmaktadır⁴⁶³. Watts'a göre bu konuda genel devlet uygulaması olsa dahi, henüz bu görüş evrensel değildir ve bir uluslararası teamül kuralı olamaz. Mevcut hukuk bu fiiller bakımından devletlerin bağımsızlığını inkâr etse bile, bu kural resmi yetki çerçevesinde hareket eden devlet başkanlarına uygulanamaz⁴⁶⁴.

Uygulamada devlet başkanlarının resmi yetkisi çerçevesinde gerçekleştirdiği ticari ve özel hukuk niteliğindeki fiillerden ötürü kişisel olarak dava edildiği bazı davalara rastlanmaktadır. Fakat geçmişte bir devletin tüzel kişiliği ile onun liderinin eş tutulması, günümüzde asıl davalının devletin kendisinin mi yoksa liderinin mi olduğu konusunda hala belirsizlik yaratabilir⁴⁶⁵. *Village Holdings Sdn Bhd v. HM The Queen in Right of Canada*⁴⁶⁶ davasında bir Malezya Mahkemesi yabancı devlette diplomatik amaçlar için kullanılacak taşınmaz malın satışı ile ilgili bir monarkın yargı bağımsızlığını kabul etmiştir. Bu alışveriş ticari nitelikteydi fakat aynı zamanda devlet başkanının resmi yetkisi çerçevesinde gerçekleşmişti. Fakat mahkemenin, bu faktörün sonucu olarak mı yoksa sadece mutlak kişisel bağımsızlık kuralına bağlı olarak mı bu kararı verdiği belirsizdir. Bir başka ifadeyle kararın dayanağının fonksiyonel bağımsızlık mı yoksa kişisel bağımsızlık mı olduğunu anlamak mümkün değildir. Bu durumda söz konusu davadan devlet başkanının resmi yetki çerçevesinde hareket ederek gerçekleştirdiği ticari nitelikteki eylemlerinden ötürü dava edilemeyeceği sonucunu kesin olarak çıkarmak mümkün olamamıştır.

Ancak resmi yetki çerçevesinde gerçekleştirilen ticari ve diğer özel hukuk niteliğindeki fiiller için devlet başkanının bağımsızlığının kabul edilmemesi yönündeki bir görüş, DİHVS'ye göre resmi yetki içinde yapılan ticari işlemler için bağımsızlıktan

⁴⁶³ 1978 İngiltere Devlet Bağımsızlığı Yasası ve 1985 Avustralya Yabancı Devletlerin Bağımsızlığı Yasası da aynı görüşü benimsemiştir. **Watts**, *Legal Position*, s. 60, 61.

⁴⁶⁴ Bu görüş, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 1964'de aldığı kararda benimsediği görüşle de uyum içindedir. Bkz. *Prince of X Road Accident Case* (1964) 65 ILR 13 (Austria, Supreme Court), s. 13.

⁴⁶⁵ *Bank of Credit and Commerce International Ltd. v. Price Waterhouse* (No 4) (1997) 4 All ER 108 (Laddie J).

⁴⁶⁶ *Village Holdings Sdn Bhd v. HM The Queen in Right of Canada*, Malaysia, High Court (Malaya), 1987, ILR 87, s. 223.

yararlanan diplomasi temsilcilerinin durumuyla bağdaşmamaktadır. Söz konusu Sözleşme'nin 31. maddesi diplomasi temsilcisinin, belli hususlar dışında, kabul eden devletin medenî ve idarî yargısından da bağışık olduğunu öngörmektedir. Bu hususlardan biri ise kabul eden devlet dâhilinde resmî görevleri dışında yaptığı herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyet ile ilgili davalardır. Dolayısıyla resmi yetkisi çerçevesinde ticari fiil gerçekleştiren bir diplomasi temsilcisinin bu fiillerden ötürü açılacak davalarda yargı bağışıklığı kabul edilirken, görev başındaki bir devlet başkanının bu asgari standarttan yararlanmamasını düşünmek imkânsızdır.

Sınırlı devlet bağışıklığı doktrininin gelişmesinden önce *acta jure imperii/acta jure gestionis* arasındaki ayrım daha az önem arz etmekteydi. Çünkü o dönemde söz konusu ayrım yapılmadan tüm fiiller için mutlak yargı bağışıklığı düşüncesi hâkimdi. Bu yüzden yabancı devlet başkanının bağışıklığına karar vermede ulusal mahkemeler, devletin kendisinin bağışıklığıyla devlet başkanının yararlandığı kişisel bağışıklık arasında genellikle ayrım yapamamıştır.

Bir devlet başkanının kişisel bağışıklığı, devlet bağışıklığıyla yakından ilgili olmasına rağmen modern devletlerin kendi devlet başkanlarından ayrı bir kimlik kazanmalarından itibaren artık devlet başkanı bağışıklığı da ayrı bir bağışıklık türü olarak tanınmaktadır. Hal böyle olunca, devletin kendisine uygulanan kurallardaki değişikliklerden etkilenmesi için mantıken bir zorunluluk yoktur ve devlet uygulamasında da devlet bağışıklığının kendisine yönelik kabul edilen sınırlı yaklaşımdan etkilendiğini gösteren bir belirti bulunmamaktadır. Bu yüzden daha iyi bir görüş sunulmaktadır ki bu da bağışıklığın, resmi bir yetki çerçevesinde gerçekleştirilen ticari ve diğer özel hukuk niteliğindeki fiillere dayalı olarak açılan davalarda, görevdeki devlet başkanına kalkan olmaya devam etmesidir. Bu tür yargılamaların çoğunda elbette asıl davalının devletin kendisi olup olmadığı sorusu bir sorun olacaktır. Uygulamada devlet başkanının bağışıklığının, sınırlı devlet bağışıklığı doktrinine göre devleti dava edebilecek olan davacı açısından güçlük yaratmaması, onun haklarını ihlal etmemesi gereklidir. Bu bakımdan devlet başkanının resmi bir yetki çerçevesinde gerçekleştirdiği ticari ve diğer özel hukuk niteliğindeki fiillerden ötürü bağışıklığının kabul edilmesi halinde davacının

haklarının korunması adına asıl davalının devlet başkanının bağlı olduğu devlet olarak kabul edilmesi yerindedir. Esasında kişisel bağışıklıktan yararlanan devlet görevlilerinin bağlı oldukları devlet adına resmi yetki çerçevesinde gerçekleştirdikleri tüm fiil ya da işlemler fonksiyonel bağışıklık gerekçesiyle reddedilmelidir. İleri de de görüleceği üzere fonksiyonel bağışıklık tüm devlet görevlilerini söz konusu fiiller nedeniyle hem görev süresince hem görevden sonra yabancı devletin yargı yetkisinden bağışık kılmaktadır.

d) Görevle İlgili Olmayan (Özel) Fiiller

Devlet başkanının görevi süresince gerçekleştirdiği her fiil veya işlem resmi nitelikte olmayabilir. Devlet başkanı da tüm sıradan bireyler gibi kişisel ihtiyaçları ve inisiyatifi doğrultusunda bazı hukuki işlemlerde bulunabileceği gibi, hukuki sorumluluk doğuran fiiller gerçekleştirebilir. Devlet başkanının özel fiil veya işlemleri bakımından yargı bağışıklığı konusunda çok çeşitli devlet uygulamaları bulunmaktadır. Devletlerin konuyla ilgili özel hukuk yargılamalarındaki modern uygulamalarına bakıldığında istikrarsızlık olduğu görülmektedir⁴⁶⁷. Örneğin, 1994'te hizmet sağlamaya yönelik bir sözleşmeyle ilgili bir Fransız şirketi tarafından Zaire Devlet Başkanı Mobutu aleyhine açılan davada, Fransız Mahkemesi, davalının devlet başkanı bağışıklığı iddiasını reddetmiştir. Mahkeme bu kararı vermesindeki gerekçeyi söz konusu alışverişin özel niteliğine dayandırıldığını belirtmiştir⁴⁶⁸. Bu karar, çok daha eski davalarla karşılaştırıldığında devlet uygulamasında bir tutarsızlık olduğu görülmektedir. Çünkü başka bir Fransız mahkemesi, mobilya satışı

⁴⁶⁷ **Watts**, *Legal Position*, s. 73.

⁴⁶⁸ *Mobutu and Reupblic of Zaire v. Societe Logrine* (1994) 113 ILR 481 (France Court of Appeal of Paris). Davada devlet başkanın altmışıncı doğum günü kutlaması için çadır siparişi verdiği bir Fransız şirketi, verilen hizmet için ödeme yapmadığı gerekçesiyle başkana karşı dava açmıştır. Devlet başkanı, dava konusu siparişin bir halk kutlaması ile ilgili olduğunu ki bunun da egemenlik yetkilerinin kullanılmasını kapsayan bir ulusal egemenlik meselesi olduğunu, bu sebeple de yargı bağışıklığından yararlanması gerektiğini iddia etmiştir. Mahkeme ise, şahsi yetkisi çerçevesinde hizmet sözleşmesinin akdedildiğine ve söz konusu kutlamanın özel niteliğine vurgu yaparak, devlet başkanının bağışıklığı iddiasını tereddütsüz reddetmiştir.

sözleşmesinden ötürü dava edilen görevdeki Meksika imparatoru Maximilian'ın bağışıklığa sahip olduğuna karar vermiştir⁴⁶⁹.

Bazı devlet uygulamalarına bakıldığında ise yargılamanın gündeme geleceği devlet dışında bulunmakla söz konusu devlette (resmi veya özel ziyaret sebebiyle) bulunmak arasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir. İsviçre dışişlerinden sorumlu federal birim, devlet başkanlarına İsviçre'yi ziyaretleri esnasındaki özel fiillerinden ötürü dava edilmeleri durumunda yetkili otoritelerin bağışıklık tanıyacağını, fakat eğer artık ülkede değilse bu durumda bağışıklığın söz konusu olmayacağını belirtmiştir⁴⁷⁰.

2001'de UHK, aldığı bir kararda, bir davanın devlet başkanının resmi yetkisinin kullanılması çerçevesinde gerçekleşen fiillerle ilgili olmadığı sürece, medeni ve idari meselelerde yabancı devlet mahkemeleri önünde bağışıklıktan yararlanmayacağını, böyle bir davada bağışıklık talebinde bulunamayacağını belirtmiştir. Buna paralel şekilde, kararda aynı zamanda resmi yetkinin kullanılması çerçevesinde gerçekleşen fiillerden ötürü devlet başkanıyla ilgili hukuki yollara başvurulamayacağı belirtilmiştir⁴⁷¹.

Buna rağmen, pek çok ulusal mahkeme vermiş olduğu kararlarda, görevdeki devlet başkanına medeni yargılamalarda daha geniş bir yargı bağışıklığı sunmaktadır. Örneğin, 1964'de Avusturya Yüksek Mahkemesi yabancı bir devlet başkanına trafik kazasından ötürü açılan bir davayı, devlet başkanının yargı bağışıklığına dayalı olarak reddetmiştir⁴⁷². Daha sonraki tarihli bir davada, Avusturya mahkemesinde, görevdeki Liechtenstein Devlet Başkanı Prens II. Hans Adam'ın kız kardeşi olduğunu iddia eden bir kadın tarafından Prense karşı dava açılmıştır. Bu davada

⁴⁶⁹ *Heritiers de L'Empereur Maximilien de Mexique v. Lemaitre*, French Court of Appeal, Dalloz II (1873) 24, 15, 4, 1872; **Foakes**, s. 91.

⁴⁷⁰ Doktrinde de bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Alabeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 178.

⁴⁷¹ Article 3 of the Resolution of Institute of International Law on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, Thirteenth Commission, 26 Ağustos 2001.

⁴⁷² *Prince of X Road Accident Case* (1964) ILR 65, s.13; **Watts**, *Legal Position*, s. 74.

davacı tarafından önce Prens babasıyla nesep ilişkisinin varlığının tespiti için bir karar verilmesi istenmiş ve daha sonra diğer yasal mirasçılar olarak Prens ve kız kardeşleri de davanın tarafı olarak davaya dâhil edilmiştir. Mahkeme mutlak kişisel bağışıklık meselelerinin katı şekilde yorumlanması gerektiğini, soybağı ile ilgili meselelerin tamamen devlet başkanının özel yaşamına ilişkin olduğunu, (bilhassa devlet başkanının doğrudan kendisinden ziyade babasıyla ilgili nesep ilişkisi konusunun söz konusu olduğu böyle bir davada), bu durumun devlet başkanının kamusal ve anayasal pozisyonunu etkilemediğini belirtmiştir. Fakat buna rağmen, görevdeki yabancı devlet başkanı olarak Prens, özel işleri söz konusu olsa dahi bağışıklıktan yararlanacağına karar vermiştir⁴⁷³. Mahkemenin, görevi etkilemediği halde kişisel bir meselede yargı bağışıklığı tanınması, bu kararı verirken fonksiyonel bir gerekçeye dayanmadığını, devlet başkanının devletin en üst düzey temsilcisi olarak sahip olduğu özel konumunu göz önünde bulundurduğunu göstermektedir. Dava konusu göz önünde bulundurulduğunda, bu kararlar üç istisna dışında özel hukuk davaları bakımından yargı bağışıklığı tanıyan DİHVS'nin 31/1/c. maddesi ile de uyumludur.

Birleşik Krallık gibi Avustralya da medeni yargılamalarda devlet başkanı bağışıklığı bakımından sınırlı istisnaları kabul eden devletlerden biridir. 1985 Avustralya Yabancı Devletin Bağışıklığı Yasası'nın⁴⁷⁴ “yabancı devlet başkanları” başlıklı 36 (1). maddesi, 1967 Diplomatik Bağışıklık ve Ayrıcalıklar Yasasının ilgili hükümlerinin⁴⁷⁵, “gerektiğinde küçük değişikliklerle” (*mutatis mutandis*) yabancı devlet başkanlarına da uygulanacağını öngörmüştür. Bir Avustralya mahkemesi, devlet başkanının sahibi olduğu özel bir gemiyle ilgili açılan bir ayni hak davasında Katar Emirinin bağışıklığını teyit etmiştir⁴⁷⁶. Yargıç, 1967 Yasasındaki diplomatik

⁴⁷³ *W v. Prince of Liechtenstein and others*, Oxford Reports on International Law, ILDC 1 (AT 2001)

⁴⁷⁴ Foreign States Immunity Act (1985).

⁴⁷⁵ Bu kanun çoğunlukla 1961 DİHVS hükümlerini iç hukuka aktarmıştır.

⁴⁷⁶ *Thor Shipping A/S v. The Ship 'Al Duhail*, Application for release of ship, Australia, Federal Court (FCA) 5 Aralık 2008,1842; **Matthew Alderton**, “Immunity for Heads of State Acting in Their Private Capacity-*Thor Shipping A/S v. the Ship 'Al Duhail'*”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, No. 3 (Temmuz 2009), s. 702-711.

bağışıklığın istisnalarının uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirmiş ve sadece DİHVS'nin 31/1/c. maddesinin konuyla alakalı olduğu sonucuna varmıştır. DİHVS'nin 31/1. maddesi, üç istisna dışında özel fiiller bakımından bir diplomasi temsilcisine bağışıklık tanımaktadır. Bu üç istisna özel ve görevle ilgili olmayan nitelikte bir işlemle ilgilidir ve kabul eden devletin ülkesiyle doğrudan ilgilidir⁴⁷⁷. Bu hükümde, kabul eden devlette diplomatik temsilci tarafından resmi yetkisi dışında gerçekleştirilen ticari ve mesleki bir fiil ile ilgili bir davada bağışıklık kabul edilmemektedir⁴⁷⁸. Fakat dava konusu işlem üzerinden bir diplomatik bağışıklık değerlendirmesi yapılmamış çünkü söz konusu davada Emir'in Avustralya'nın yargı yetkisine giren mesleki ve ticari bir faaliyete girdiğine ilişkin bir kanıt olmaması ya da esasında Emir'in Avustralya'ya giriş yaptığına dair bir kanıt bulunmaması sebebine istinaden, yargıç, devlet başkanı olarak Emir'in icradan bağışıklık da dâhil cezai, idari, medeni yargıdan bağışıklıktan yararlandığını belirtmiştir⁴⁷⁹.

Birleşik Krallık da, 1978 Devletin Bağışıklığı Kanunu ile Avustralya uygulamasına benzer şekilde bir diplomasi temsilcisinin yararlandığı bağışıklığın aynısını yabancı bir devlet başkanına tanımaktadır. Ancak Kanunda “gerekli değişiklikler”le bu hükümlerin devlet başkanına uygulanmasından söz edilmektedir (20. madde)⁴⁸⁰. Fakat Kanun bu ifadenin ne anlama geldiğini açıklamamaktadır⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme de bir özel misyonun (heyetin), üyelerinin yararlanacağı bağışıklık bakımından benzer istisnaları içermektedir.

⁴⁷⁸ 31/1. madde: Diplomatik ajan, kabul eden Devletin cezai yargısından bağışıktır. Diplomatik ajan, aşağıdaki hususlar dışında, kabul eden Devletin medeni ve idari yargısından da bağışıktır.

- a) Kabul eden Devletin topraklarında bulunan özel bir taşınmazla ilgili bir ayni hak davası, yeter ki bu taşınmaz, gönderen Devlet adına ve misyon amaçları için kullanılmak üzere diplomatik ajanın tasarrufunda bulunmamış olsun,
- b) Diplomatik ajanın gönderen Devlet adına değil de bir özel kişi olarak vasiyeti tenfiz memuru, mirasın idarecisi, mirasçı veya vasiyet olunan kişi sıfatıyla ilgili bulunduğu mirasa ilişkin bir dava;
- c) Diplomatik ajanın kabul eden Devlet dâhilinde resmi görevleri dışında icra ettiği herhangi bir mesleki veya ticari faaliyet ile ilgili bir dava.

⁴⁷⁹ Alderton, s. 706.

⁴⁸⁰ Lordlar Kamarası, Pinochet davasında eski devlet başkanının fonksiyonel bağışıklığı bağlamında bu sorunu ele almıştır. Lord Nicholls, Pinochet (1) davasında durumu şu şekilde açıklamıştır: “Bir diplomatik misyonun eski liderine tanınan görevden sonra da devam eden korumanın bu şekilde eski bir devlet başkanına da temliki, tüm içeriğiyle tamamen aynı ve bütünüyle yapılan bir uygulama değildir. Çünkü her ikisinin işlevleri birbirinden farklıdır. Pozisyonları her bakımdan

Birleşik Krallık'ta da yabancı bir devlet başkanına uygulanan diplomatik istisnaların kapsamı net değildir.

DİHVS'de öngörülen Diplomatik bağışıklığın istisnalarının devlet başkanına da uygulanması gerektiği düşüncesinin varlığına rağmen, uluslararası teamül hukukunun bu yaklaşımı desteklediği açık değildir. Uygulama da bu görüşe varmak için yeterince yaygın değildir. Görüldüğü gibi, Avustralya ve İngiltere gibi bazı devletler yasal düzenlemelerinde, diplomatik bağışıklıkların devlet başkanlarına da uygulanmasını kabul etmektedir. Fakat ABD gibi bazı devletler ise devlet bağışıklığına ilişkin yasal düzenlemelerinde yabancı devlet başkanlarının statüsüne hiç yer vermemektedir⁴⁸².

Özel fiil ya da işlemler için açılacak özel hukuk davaları bakımından yargı bağışıklığının istisnalarını sıralayan DİHVS'nin 31. maddesi devlet başkanları bakımından ancak asgari bir standardı oluşturabilir. Uluslararası teamül hukuku kuralı niteliğindeki bu Sözleşmede belirtilen istisnalar dışındaki davalar bakımından yargılama yapılabilmesi için hak arama özgürlüğünü de tamamen ortadan kaldırmamak adına diplomatik temsilcilerin ve devlet başkanının görevinin sona ermesini beklemek gerekecektir. Yargı bağışıklığı bakımından yabancı temsilcilere ve dolayısıyla devlet başkanlarına bu asgari standarttan daha fazlasını tanımak, bir başka ifadeyle yargı bağışıklığının kapsamını genişletmek ise devletlerin kendi yetkisindedir.

birbiriyle aynı değildir". **Antonio Cassese/ Alex Whiting**, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, 2011, s. 81; **Robin C. A. White**, "The State Immunity Act 1978", *The Modern Law Review*, Vol. 42, 1979, s. 78.

⁴⁸¹ *R v. Bow Street Magistrates Court ex Parte Pinochet Ugarte* (Pinochet No 1) (2000) AC 61 (HL) 119 ILR 49; Bkz. **Alabeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 172.

⁴⁸² Çoğu ABD Mahkemesine göre, söz konusu kanunda yabancı devletlerin bağışıklığı konusunda öngörülen istisnalar, devlet başkanlarına uygulanmaz. ABD Mahkemeleri yabancı devlet başkanlarının bağışıklığı konusunda tamamen yürütme organının yapacağı tespit ve göstereceği yol üzerine karar verme yöntemini kullanmaktadır. Bir başka ifadeyle, yürütme organın yapacağı tespit Mahkeme kararına doğrudan etki etmektedir. *Lafontant v. Aristide*, US District Court, 844 F. Supp.128 (E.D.N.Y 1994); *United States v. Noriega* 117 F 3d 1206 (11th Cir. 1997); *Tachiona v. Mugabe*, U.S. District Court for the Southern District of New York - 169 F. Supp. 2d 259 (S.D.N.Y. 2001); ABD'nin yabancı devlet başkanlarının bağışıklığı konusundaki uygulaması hakkında bkz. **Totten**, s. 339.

UAD'nin *Arrest Warrant* davasında verdiği karar dışişleri bakanlarının medeni yargıdan bağışıklığı ile ilgili değil, görev başındaki dışişleri bakanının (ve devlet ile hükümet başkanlarının) ceza yargısından bağışıklığı ile ilgiliydi. Bir başka ifadeyle davanın asıl konusu ceza davaları bakımından kişisel bağışıklıktı. Ancak, kararın gerekçesinden yola çıkarak konuyu farklı bir boyuttan değerlendirebilmek mümkündür. Şöyle ki, kararın gerekçesinde, kişisel bağışıklığa sahip olan bu kişilerin özgürce seyahat edebilmelerinin ve diplomatik işlevlerini yerine getirebilmelerinin herhangi bir ceza yargısı veya tutuklanma tehdidi ile engellenmemesinin temin edilmesi gerekliliğine vurgu yapılmaktadır. Medeni yargılamalarda bu türden bir gereklilik düşüncesi pek inandırıcı değildir. Resmi yetkisi çerçevesinde gerçekleştirdiği eylemlerinden ötürü devlet başkanına karşı açılan hukuk davalarının görülmesinin devlet başkanının fonksiyonel bağışıklığını ihlal edeceği gerekçesine dayanılabilir. Aynı zamanda, bu tür yargılamaların yabancı devletin kamusal işlerinin yürütülmesiyle ilgili olduğu kadar, bu devletin içişlerine müdahale de teşkil edebileceği ileri sürülebilir. Ancak, bu argümanlar bir devlet başkanının özel fiilleri bakımından geçerli değildir. Çünkü kişisel eylemlerden ötürü açılan hukuk davalarında fonksiyonel gereklilikten söz edilemez⁴⁸³.

Bu düşünceye rağmen, çoğu devlet uygulaması medeni yargılamalarda görevdeki yabancı devlet başkanının özel fiilleri bağlamında, özellikle de devlet başkanı yabancı devletteyken, çok geniş bir yargı bağışıklığını destekler görünmektedir. Fakat bu bağışıklığın mutlak olup olmadığı sorusu tartışmaya açık kalmaktadır. Devlet başkanının kişisel (*ratione personae*) bağışıklığının (ki bu asıl devlet başkanı bağışıklığıdır), devletin yargı bağışıklığına ilişkin kurallardan etkilenmemesi bazı soruları cevapsız bırakmaktadır⁴⁸⁴. Devlet başkanının özel fiilleri

⁴⁸³ Aynı yönde görüş için bkz. **Dinstein**, s. 82; Watts'a göre, buna rağmen, hukuk davasının diplomatik fonksiyonların yerine getirilmesine bir engel teşkil edebileceğine ve bu durumun devletlerin onuruyla bağdaşmayacağına dayanarak bir devlet başkanının yabancı bir devlete resmi ziyarette bulunduğu durumlarda fonksiyonel gereklilik düşüncesinin uygulanabilmesi mümkündür. Özel ziyaretler sırasında gerçekleştirilen özel fiillerden ötürü açılacak hukuk davaları bakımından ise durum daha da belirsizdir. Bu hususta devlet uygulamaları çeşitlilik göstermektedir. Bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 74.

⁴⁸⁴ **Alabeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 177.

bakımından kendisine karşı açılacak hukuk davalarında yargı bağıışıklığını mutlak olarak kabul eden görüşe katılmamaktayız. Kanımızca, devlet başkanına da bu konuda DİHVS'nin diploması temsilcileri bakımından öngördüğü hukuki rejim uygulanarak, devlet başkanına karşı ulusal mahkemeler önünde hak arama yoluna gidecek bireylerin hukuki menfaatleri ile devlet başkanının yargı bağıışıklığı arasındaki dengesizliğin kısmen önüne geçilebilir.

C. Yargı Bağıışıklığından Feragat

Yargı bağıışıklığı, esasa ilişkin bir savunma veya yetkisizlik değil, yargılamaya usul hukuku açısından bir engel teşkil etmektedir. Böyle olunca yargı bağıışıklığından feragat edilebilir ve yargı yetkisinin kullanılmasına rıza gösterilebilir. Fakat bu durumda karşımıza çıkan sorunlardan biri, devlet başkanının yargı bağıışıklığından feragat edecek makamın hangisi olacağına ilişkindir. DİHVS'nin 32/1. maddesine göre diploması temsilcilerinin bağıışıklığından (misyon başkanları da dahil) ancak gönderen devlet feragat edebilir. Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme'nin 41. maddesi de sadece gönderen devletin feragat yetkisini kullanabileceğini öngörmektedir.

Devlet başkanının (veya diğer devlet görevlilerinin) bağıışıklığı, devlet başkanının kişisel menfaati için değil, devlet yararına tanınır⁴⁸⁵. Yargı bağıışıklığı devlete aittir, devletin hakkıdır⁴⁸⁶. İşte bu yüzden yargı bağıışıklığından ancak devlet başkanının bağılı olduğu devlet feragat edebilir. Elbette bu durum kamusal yetki

⁴⁸⁵ *Arrest Warrant*, para 53: "Uluslararası teamül hukukunda, dışışleri bakanlarına (ve dolayısıyla devlet başkanı ve hükümet başkanlarına) tanınan bağıışıklıklar, onların kişisel menfaatleri için değil, görevlerini devletleri adına etkili şekilde yerine getirmelerini temin etmek amacıyla tanınır."

⁴⁸⁶ İşte bu yüzden devletler uluslararası hukuk kurallarına uyulması konusunda ısrarcı olma hakkına sahiptir. Bir devlet, diplomatik bir talep olarak veya uluslararası bir mahkeme önündeki yargısal süreçte, kendi devlet başkanının (veya diğer devlet görevlisinin) bağıışıklığının diğer devlet tarafından ihlal edildiğini iddia ettiğinde, o devletin iç hukuk yollarını tüketmek zorunda değildir. Hiç kimse, Dışışleri Bakanının bağıışıklığına ilişkin Tutuklama Kararı Davası'nı başlatmadan önce, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin öncelikle Belçika'da dava açması gerektiğini, bir başka ifadeyle Belçika'nın iç hukuk yollarını tüketmesi gerektiğini ileri sürmemiştir. Bunun nedeni, devletin kendi haklarını kullanmaya çalışmasıdır. Çünkü yargı bağıışıklığı devlete aittir. **Dapo Akande**, Head of State Immunity is a Part of State Immunity: A Response to Jens Iverson, <https://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-a-part-of-state-immunity-a-response-to-jens-iverson/> (E.T: 28.06.2017).

çerçevesinde hareket eden bir devlet başkanına karşı açılan davalar için söz konusudur⁴⁸⁷. Devlet adına resmi yetki çerçevesinde hareket eden devlet başkanının bu tür görevle ilgili fiiller nedeniyle yargı bağıışıklığından kendisinin feragat etmesini kabul etmenin sonucu, devlet başkanı üzerinden devletin yargılanması anlamına gelir. Özellikle egemenlik tasarrufları bakımından bu durum devletlerin egemen eşitliği ve işlerine karışmama kuralları bağlamında uluslararası hukuka aykırılık teşkil eder.

Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağıışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi, bir devlete karşı açılan davalarda bağıışıklıktan feragatin mümkün olabileceğini kabul etmesine rağmen, bu konuyla ilgili özel bir yol göstermemekte ve hangi devlet organının devletin bağıışıklığından vazgeçme yetkisine sahip olduğunu belirtmemektedir⁴⁸⁸. Sözleşmede tanım yapılırken devletin, hükümetin bir organı olarak devlet başkanı ve hükümetin kendisinden oluştuğı belirtilir (2/1/b. madde). Bu duruma göre, her ikisinden birinin yapacağı feragatin geçerli sayılması muhtemel görünmektedir. Bir devlet başkanının kamusal yetkisini ve resmi işlevlerini kapsayan bir meseleyle ilgili dava edildiğı durumlarda, davalar esasında devlete karşı açılmıştır. Bir feragat yapılması da devletin normal hükümet organlarının meselesidir. Fakat devlet başkanının pozisyonunun devletin en üst düzey organı olarak kabul edilmesi, diğerleriyle eşit şekilde, devlet başkanının yapacağı feragatin de geçerli kabul edilmesi gerektiğini düşündürmektedir⁴⁸⁹.

Özel ve şahsi yetkisi çerçevesinde hareket eden bir devlet başkanına karşı bu bağlamda açılan davalarda durum daha nettir. Böyle durumlarda kendisi bağıışıklığından geçerli şekilde feragat edebilir. Fakat bu bağıışıklık kişisel olarak kendisine değil, devlet başkanı statüsünden ötürü verildiğı için, devletin kendisi de devlet başkanının yargı bağıışıklığından feragat edebilir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Foakes, s. 97.

⁴⁸⁸ Bkz. Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağıışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi, 7, 8, 9. maddeler.

⁴⁸⁹ Watts, *Legal Position*, s. 67.

⁴⁹⁰ Wickremasinghe, s. 394.

Konuyla ilgili bir başka sorun, feragatin açık olmak zorunda olup olmadığı ya da belli durumlarda zımni olup olamayacağıdır. *Mighell v. Sultan of Johore* davasında, ‘Albert Baker’ adıyla sahte kimlikle İngiltere’de yaşamış olan Johor Sultanı bir kadına karşı evlilik sözü vermiş; ancak bu sözünü tutmadığından kendisine karşı dava açılmıştır. Davacı tarafından, İngiltere’ye gelerek sahte kimlikle İngiltere’de yaşadığına göre Sultan’ın bağışıklığından feragat ettiği ileri sürülmüştür. İngiliz Temyiz Mahkemesi ise bu iddiayı reddetmiş ve bu bağlamda Mahkemeye çıkmadan Sultanın fiilinin soruşturulamayacağına karar vermiştir. Bir feragat açıklaması yapılmadığı ve bunun yargıya sunulmadığı durumlarda, kişinin bağışıklıktan yararlanacağı sonucuna varılmıştır⁴⁹¹.

Yabancı bir devlet başkanıyla ilgili davalarda, bir mahkemenin kolaylıkla, zımni olarak bağışıklıktan feragat edildiği sonucuna varması pek mümkün görünmemektedir. DİHVS’nin 32/2. maddesinde ve Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme’nin 41. maddesinde, yargı bağışıklığının kaldırılmasının daima açıkça yapılması öngörülmektedir. Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi’nin 7. maddesi kamusal yetki çerçevesinde bir devlet başkanına karşı açılan davayla ilgili olarak, yargı yetkisinin kullanılmasına verilecek iznin açık olmasını gerekli görmektedir. Bu üç belgedeki tek ortak istisna, yargılama sürecini bağışıklığa sahip olan kişinin kendisinin başlattığı durumlardır. Bu nedenle, devlet başkanının herhangi bir konuda yabancı devlet mahkemelerinde dava açması durumunda, bu dava konusuna ilişkin olarak açılacak karşı davalarda yargı bağışıklığını ileri sürme hakkı ortadan kalkmaktadır⁴⁹². Çünkü davayı devlet başkanının açmış olması, yabancı devlet mahkemesinin yetkisini kabul etmesi ve bağışıklığından vazgeçmesi anlamına gelmektedir⁴⁹³.

Bunun yanında, BM Sözleşmesi ek bir istisna içermektedir. Bu da, kamusal yetki çerçevesinde hareket eden bir devlet başkanının yargılamaya müdahil olması

⁴⁹¹ *Mighell v. Sultan of Johore* (UK, 1893), (1894) 1 QB 149; **Watts**, *Legal Position*, s. 75; **Alleebeck**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 172.

⁴⁹² **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 248.

⁴⁹³ **Le Fur**, s. 211.

ya da esasa ilişkin bir başka adımı atması halidir. Bu durumlarda devlet başkanının bağışıklıktan feragat ettiği sonucuna varılır (md. 7).

DİHVS, idari ve hukuki davalarla ilgili olarak yargı bağışıklığının kaldırılmış olmasının sadece yargılama süreci ile ilgili olduğunu kararın uygulanması ile ilgili bağışıklıktan vazgeçildiği anlamına gelmediğini öngörür. Buna göre kararın uygulanması bakımından ayrıca bağışıklığın kaldırıldığının belirtilmesi gerekmektedir.

D. Uluslararası Suçlar Bakımından Devlet Başkanının Kişisel Bağışıklığı

Devlet başkanının ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin yabancı ceza yargısından bağışıklığıyla ilgili uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşması bakımından ulusal mahkeme kararları çok önemli bir kaynaktır. Bu sebeple söz konusu kişilerin uluslararası suç işlemekle itham edildiklerinde yabancı devletin ceza yargısından bağışık olup olmayacağı sorununu incelemek için konuyu ulusal mahkeme kararları ile birlikte mercek altına almak gereklidir. Ulusal yargı organlarının kararları ya görevdeki devlet başkanının kişisel bağışıklığı ile ilgili kararlar olarak ya da alt düzeydeki devlet görevlilerinin ve eski devlet başkanlarının (ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin) fonksiyonel bağışıklığı ile ilgili kararlar olarak sınıflandırılır. Bu kararların çoğunda konuyla ilgili önde gelen davalar olan Lordlar Kamarasının yürüttüğü Pinochet davasına ve UAD tarafından karara bağlanan *Arrest Warrant* davasına atıf yapılmıştır. Bu bakımdan fonksiyonel ve kişisel bağışıklık bağlamında örnek olan *Arrest Warrant* davasında verilen karar ile Pinochet davalarında verilen kararları ele alarak konuyu tartışmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Daha önce belirtildiği gibi, kişisel bağışıklığın uluslararası teamül hukuku tarafından belli kişilere bahşedilmesinin en temel gerekçesi, devletlerarası ilişkilerin herhangi bir engelle veya müdahaleyle karşılaşmadan rahat şekilde sürdürülmesidir. Kendilerine kişisel bağışıklık bahşedilen üst düzey devlet görevlilerinin, yabancı bir devletteyken tutuklanmasının veya hapsedilmesinin, bu kişilerin uluslararası

işlevlerini (görevlerini) yerine getirmelerini engelleyeceği ise aşikârdır. Bu sebeple, bu bağışıklık türünün, genellikle, devletler tarafından yabancı devlet başkanları üzerinde cezai yargı yetkisinin kullanılmasını mutlak şekilde önlediği kabul edilir. Kişisel bağışıklığın mutlak niteliğinden ötürü, bu bağışıklık söz konusu kişilerin sadece resmi yetki çerçevesinde gerçekleştirdikleri fiilleriyle ilgili davalarda değil, aynı zamanda özel fiilleriyle ilgili davalarda da cezai yargı yetkisinin kullanılmasını engellemektedir⁴⁹⁴. Devletlerarası ilişkilerin karşılıklı olarak düzgün şekilde sürdürülmesini temin etmenin bağışıklığın gerekçesini oluşturması, aynı zamanda, dava konusu fiil ister görevlinin görevde olduğu sürede gerçekleşmiş olsun ister göreve başlamadan önce gerçekleşmiş olsun bu bağışıklığın uygulanacağı anlamına da gelir⁴⁹⁵. Önemli olan iddia edilen fiilin niteliği veya ne zaman işlendiği değil, önemli olan görevlinin bağışıklıktan yararlandığı süre içinde yabancı devlet tarafından başlatılan hukuki sürecin görevliyi, kısıtlayıcı bir devlet fiiline konu etmek isteyip istemediğidir. İşte devlet başkanının uluslararası suçlar bakımından kişisel yargı bağışıklığı da görev başındaki devlet başkanını ilgilendirdiğinden konunun bu gerekçeler göz önüne alınarak değerlendirilmesi gereklidir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasından önce *Arrest Warrant* davasında alınan kararda UAD, devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı gibi bir devlette üst düzeyde bulunan belli kişilerin, diğer devletlerde yargı bağışıklığına sahip olmalarının yerleşmiş bir ilke olduğunu belirtmenin yanında, görevi başında bulunan söz konusu kişilerin insanlığa karşı suç ve savaş suçlarından arandıkları durumlarda kişi dokunulmazlığı ve cezai yargı bağışıklığı kuralına istisna teşkil edecek bir uluslararası teamül kuralının bulunmadığı sonucuna varmıştır⁴⁹⁶. Bir başka ifadeyle UAD, dışişleri bakanlarının kişisel bağışıklıktan yararlanacağına ve daha da ötesi, görev yapan bir dışişleri bakanına bahşedilen cezai yargılamadan

⁴⁹⁴ *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para. 54; **Fox**, *State Immunity*, s. 694; Aynı zamanda bkz. Özel Misyonlar Hakkında Sözleşme, md. 21, 39 ve 31.

⁴⁹⁵ *Arrest Warrant*, para 54-55.

⁴⁹⁶ *Arrest Warrant*, para. 51-58.

bağışıklığın mutlak niteliğinin söz konusu kişinin bir uluslararası suç işlediği iddia edildiğinde dahi var olacağına ve dışişleri bakanı özel bir ziyaret için yurt dışında bulunduğu da uygulanacağına hükmetmiştir⁴⁹⁷. Uluslararası suç iddiasını taşıyan davaları dahi kapsayan kişisel bağışıklık kuralının, bu bağışıklık türüne sahip olan görevdeki tüm diplomatlara ve devlet görevlilerine (ve dolayısıyla devlet başkanlarına) uygulanacak şekilde ele alınması gereklidir⁴⁹⁸.

Divanın vardığı bu sonuç, bir başka devletin yetkililerinin, devlet başkanının görevlerini yerine getirmesini sınırlandıracak bir fiiline karşı onu korumak için bu türden bir tam bağışıklığın gerekli olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁴⁹⁹. Her ne kadar bu kararın verildiği dönemde henüz Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü kabul edilmemiş olsa dahi, o dönemde de uluslararası suçların yargı bağışıklığının kapsamı dışında tutulmasına yönelik gelişmelerin göz ardı edilmesi sebebiyle karar eleştirilmiştir⁵⁰⁰.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü, 2001 yılında aldığı bir kararla cezai konularda suçun önemine ve ağırlığına bakılmaksızın, işlediği suçlardan ötürü görev başındaki devlet başkanının yabancı bir devlet mahkemesinin yargı yetkisinden bağışık sayılacağını öngörmektedir⁵⁰¹.

Görevdeki devlet başkanının mutlak yargı bağışıklığı kuralı (yabancı devlet ceza yargısından kişisel bağışıklık), ulusal mahkemeler tarafından da yaygın şekilde

⁴⁹⁷ *Arrest Warrant*, para. 55.

⁴⁹⁸ Bkz. **Antonio Cassese**, *International Criminal Law*, 2.Ed., Oxford University Press, 2008, s. 309-310; **Paola Gaeta**, “Official Capacities and Immunities”, A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 1. Cilt, (2002), s. 975, 983-989; **Zappalà**, s. 595; **Fox**, “The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, s. 119.

⁴⁹⁹ *Arrest Warrant*, para. 53-55.

⁵⁰⁰ Bkz. **Aksar**, Belçika Kararı, s. 133.

⁵⁰¹ R. A. Kolodkin (Raportör), 2001 Vancouver Resolution on the Immunities from the Criminal Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Governments In International Law (Devlet ve Hükümet Başkanlarının Uluslararası Hukukta Cezai Yargı ve İnfazdan Bağışıklığıyla İlgili Vancouver Önergesi), 2. madde. http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF (E.T: 10.04.2018).

uygulanmaktadır⁵⁰². Örneğin, 1999'da bir İspanya Mahkemesi, görevde olduğu sürece Küba lideri Fidel Castro'nun uluslararası suçlardan İspanya Mahkemelerinde yargılanamayacağına hükmetmiştir⁵⁰³. 2001'de Fransız Temyiz Mahkemesi uluslararası teamül hukukuna göre işlenen suçun ağırlığına bakılmaksızın (ki bu dava sivil hava aracının düşürülmesi iddiasını taşımaktadır) görevdeki yabancı devlet başkanlarının Fransız mahkemeleri önünde cezai yargıdan tam bağışıklıktan yararlandığını teyit etmiştir⁵⁰⁴.

UAD'nin *Arrest Warrant* davasında verdiği karardan önce, ulusal cezai yargıdan bağışıklık ve bu mutlak bağışıklık kuralına uluslararası hukukun ciddi suç saydığı fiiller bakımından bir istisna getirilmesi gerektiği düşüncesi ileri sürülmüştür. Fakat mevcut devlet uygulamaları böyle bir görüşü desteklememiştir. İşkence suçuyla ilgili eski devlet başkanının fonksiyonel bağışıklığına bir istisnanın kabul edildiği Pinochet davasında bile, mahkeme, görev başındaki devlet başkanının sahip olduğu kişisel bağışıklığın bu türden bir fiilden etkilenmeyeceğini vurgulamıştır⁵⁰⁵.

⁵⁰² Bir devlet başkanının kişisel bağışıklığının inkâr edildiği şeklinde yorumlanıp algılanan tek dava *United States v. Noriega* davasıdır. Fakat bu davada bağışıklık tanınmamasının altında yatan sebep, ABD hükümetinin, Panama'nın *de facto* lideri olan General Noriega'yı devlet başkanı olarak tanımamasıdır. *United States v. Noriega* 117 F 3d 1206 (11th Cir. 1997) <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1089768.html> (E.T: 10.04.2018).

⁵⁰³ *Castro case* 1999/2723 (order) (Spain: Audiencia Nacional, 4 Mart 1999); Bkz. **Cassese/ Gaeta/ Baig**, *Cassese's International Criminal Law*, s. 320.

⁵⁰⁴ Ghadaffi (2001) 125 ILR 456 (France Court of Cassation). Mahkeme, aynı zamanda ilgili tarafları bağlayan aksine bir uluslararası hüküm bulunmadığı sürece uluslararası teamülün bu tür yargılamalara olanak vermemesi gerektiğini belirtmiştir. Bazı yazarlar, Mahkemenin bu kararını dolaylı olarak, uluslararası hukukun belli suçlardan görevdeki devlet başkanlarının kişisel bağışıklığına bazı istisnalar tanıyabileceği şeklinde yorumlamaktadırlar. Bkz. **Zappala**, s. 595.

⁵⁰⁵ Lordlar Kamarası üyesi Browne-Wilkinson, iktidardaki devlet başkanının ve görevdeki diplomasi temsilcisinin sahip olduğu bağışıklığın, bu kişilerin kişiliğine bağlı olan bir tam bağışıklık olduğunu belirtmiştir. İngiltere Adalet Bakanı, Saddam Hüseyin'in Irakta görevi başında olduğu sürede İngiltere'de ceza yargısından bağışık olduğunu belirtmiştir. Bkz. **K. Kaikobad / J. Hartmann/ S. Shah/ C. Warbrick/ S. Williams** (eds.), *United Kingdom Materials on International Law 2003, British Yearbook of International Law*, Vol. 74 (1), 2004, s. 640-643, 910-912; İngiltere'de bir hâkim, görev başındaki bir devlet başkanı olarak İngiltere mahkemelerinin cezai yargı yetkisinden bağışık olduğuna dayanarak işkence iddialarıyla ilgili Zimbabve Devlet Başkanı Robert Mugabe aleyhine bir tutuklama kararı çıkartılması talebini reddetmiştir. Bkz. **Warbrick**, s. 769.

Benzer şekilde, Hollanda⁵⁰⁶, ABD⁵⁰⁷, Birleşik Krallık⁵⁰⁸, Belçika⁵⁰⁹, ağır insan hakları ihlallerine yönelik iddialarla karşılaştıklarında dahi, nerdeyse her zaman kişisel bağışıklığın var olduğu yönünde karar vermişlerdir. Dolayısıyla, genel olarak ulusal mahkemeler ile UAD'nin kişisel bağışıklığın uluslararası suçlar söz konusu olduğunda dahi var olacağı konusunda birbiriyle uyumlu bir tutum içinde olduklarını söylemek mümkündür⁵¹⁰.

1. Arrest Warrant (Tutuklama Kararı) Davası

Devlet başkanının kişisel yargı bağışıklığı bağlamında ön plana çıkan dava UAD tarafından karara bağlanan *Arrest Warrant* davasıdır. Bu bakımdan devlet başkanının kişisel yargı bağışıklığını bu davayı ele almadan değerlendirmemek gerekir.

Belçika, 1993 yılında dünyanın başka hiçbir ülkesinde bulunmayan bir yasal düzenleme yapmıştır. Bu kanun yabancıların, Belçika'da yaşamasalar dahi, hem ulusal hem uluslararası silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçları üzerinde evrensel yargı yetkisinin kullanılmasına olanak tanımaktadır. 1999'da yapılan değişiklikle bu suçlara insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu da dâhil edilmiş ve Belçika Ceza

⁵⁰⁶ *The Hague City Party and ors v. Netherlands and ors, Interlocutory proceedings*, Netherlands District Court, KG 05/432; ILDC 849 (NL 2005).

⁵⁰⁷ *Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004): ABD Hükümeti işkence, soykırım ve diğer insan hakları ihlallerinden ötürü Çin devlet başkanı aleyhine açılan bu davada bir bağışıklık görüşü sunmuştur. Bkz. **Sean D. Murphy**, "Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin" in 'Contemporary Practice of the United States Relating to International Law', *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, s. 962; *Tachiona v. United States*, 386 F3d205 (2nd cir 2004); *Habyarimana v. Kagame* 696 F3d 1029 (10th Cir, 2012) : Bu kararlar da genellikle, dışişleri bakanlığından gelen bağışıklık görüşüne dayalı olarak verilmiştir. Bkz. **Webb**, *International Judicial Integration and Fragmentation*, s. 76.

⁵⁰⁸ *R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, Ex parte Pinochet (No.3)* (1999) 2 All ER 97, 126-127, 149, 179, 189 (HL, Lords Goff, Hope, Millett ve Phillips); Bu davada (Pinochet 3) bazı "Law Lords" üyeleri, eğer yargılama esnasında görev başındaysa, Pinochet'in kişisel bağışıklıktan yararlanacağını belirtmiştir.

⁵⁰⁹ *Re Sharon and Yaron*, 42 ILM (2003) 596 (Belgium: Cour de Cassation).

⁵¹⁰ Uluslararası ceza mahkemeleri ise kendi kurucu antlaşmalarına bağlı olarak farklı görüş benimsemişlerdir. Fakat ulusal mahkemeler ve UAD ile uluslararası ceza mahkemeleri arasındaki bu bölünme durumu gerçekte görüldüğünden daha açıktır. **Webb**, *International Judicial Integration and Fragmentation*, s. 76.

Yasası evrensel yargı yetkisine dayanarak, bu suçları işleyenler aleyhine mağdurların şikâyetinde bulunmalarına imkân tanımıştır. Ayrıca, bunun için mağdurların veya suç işleyenlerin Belçika'yla bağlantısı da aranmamıştır. Belçika hukuku, görev başındaki devlet başkanı da dâhil, kimsenin yargıdan bağışık olmadığını öngörmüştür. 2003'ün başlarına kadar 30'a yakın şikâyet sorgu yargıçlarının önüne gelmiştir⁵¹¹. Bu davalardan biri de Belçika'nın Kongo Demokratik Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı Abdulaye Yerodia Ndombasi için bir tutuklama kararı çıkartılmasını kapsayan davadır (*Yerodia davası*). Bu dava üzerine Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Belçika Hukukunun uluslararası teamül hukukunu ihlal edip etmediğinin tespiti için konuyu UAD'ye taşımıştır⁵¹².

Arrest Warrant davası, 2002 yılında UAD'nin ilk kez, uluslararası suçlar bakımından üst düzey devlet görevlilerinin yargı bağışıklıklarının olup olmadığı konusunda detaylı karar verdiği bir davadır. Dava konusu olan uyuşmazlık, davanın tarafları olan Kongo ile Belçika arasında, 11 Nisan 2000 tarihinde Belçikalı bir hâkimin, görevi başında olan Kongo Dışişleri Bakanı, Yerodia hakkında bir tutuklama kararı vermesi ve Interpol aracılığıyla bu kararı uygulamaya çalışmasıyla başlamıştır. Belçika Mahkemesi, bakanlık görevine gelmeden önce 1998 yılında, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve buna Ek Protokollerin ağır ihlali ve insanlığa karşı işlenen suçlardan dolayı sorumlu olduğu gerekçesiyle Yerodia'yı yargılama girişiminde bulunmuştur. Belçika Mahkemesi'ne göre, Yerodia 1998 yılında Kinshasa'daki Tutsi kökenli bireylerin öldürülmesini açıkça özendirmek, teşvik etmek sebebiyle söz konusu suçlardan sorumludur. Kongo, UAD'na yaptığı başvurusunda, Yerodia'nın yabancı bir devletin dışişleri bakanı olduğunu, dolayısıyla Belçika mahkemelerinde yargı bağışıklığının bulunduğunu ve tutuklama kararının uluslararası hukukun bu ilkesini ihlal ettiğini, ayrıca devletlerin egemen eşitliği ilkesinden ötürü bir devletin başka bir devlet üzerinde yargı yetkisinin

⁵¹¹ Bunlar arasında İsrail Dışişleri Bakanı Ariel Sharon, Küba Devlet Başkanı Fidel Castro, Filistin Kurtuluş Örgütü lideri Yaser Arafat ve eski Çad Devlet Başkanı Hissène Habré de vardı. Bkz. **Ellen L. Lutz**, *Prosecutions of Heads of State*, E. Lutz, C. Reiger (eds.), Prosecuting Heads of State, Cambridge University Press, 2009, s. 36.

⁵¹² **Lutz**, s. 36.

olamayacağını iddia etmiştir. Buna karşılık Belçika, uluslararası hukuk kurallarının ihlal edildiğini, söz konusu suçlardan dolayı Belçika yasalarının Belçika Mahkemelerine yetki verdiğini ve yargı bağısıklığı ilkesinin bu suçları kapsamayacağını iddia etmiştir⁵¹³.

Uluslararası Adalet Divanı yapmış olduğu inceleme sonucunda devlet başkanları ve üst düzey devlet görevlilerinin yabancı mahkemeler önünde yargı bağısıklığına sahip olmaları nedeniyle, Belçika'nın Dışişleri Bakanını yargılama girişiminin uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğunu ve Belçika'nın tutuklama kararını kaldırmasını hükme bağlamıştır. Belçika, Divan'ın kararına uygun hareket ederek tutuklama kararını kaldırmıştır⁵¹⁴.

Daha önce de belirtildiği gibi, UAD, bu kararında, insanlığa karşı suçlar veya savaş suçları işlediğinden şüphe duyulması durumunda, görevde bulunan dışişleri bakanlarının kişi dokunulmazlığı ve cezai yargı bağısıklığı kuralına herhangi bir istisna teşkil edecek uluslararası teamül kuralına, devlet uygulamalarından ulaşmanın mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Divan bu sonuca varırken İngiltere'deki Pinochet davasında⁵¹⁵ ve Fransa'daki Kaddafi davası'nda⁵¹⁶ ki mütalaalara atıf yapmıştır⁵¹⁷.

UAD, savaş suçları, soykırım suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlar gibi tüm insanlığı derinden etkileyen suçların işlendiği iddiası söz konusu olsa dahi, devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanlarının sahip olduğu kişisel yargı

⁵¹³ *Arrest Warrant*, para. 51-61.

⁵¹⁴ *Arrest Warrant*, para. 61; Bkz. **Aksar**, Belçika Kararı, s. 133.

⁵¹⁵ Lordlar Kamarası önünde görülen davada Lord Browne-Wilkinson, görevli devlet başkanları ve elçilerin görevleri dâhilindeki her türlü eylemlerinden dolayı yabancı devlet önündeki yargılamalardan tamamen muaf oldukları yönünde mütalaa vermiştir. *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No.1)* (1998) 4 All ER 897; UAD, *Arrest Warrant* kararını verirken bu mütalaalara atıf yapmasına rağmen, Divan, Pinochet Davası'nda kararın devamında belirtilen, buradaki her türlü eylem kapsamına işkence suçunun işlenmesinin veya insanlığa karşı suç işlenmesinin dâhil olamayacağı, bir anlamda resmi görev kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündeki karara esas teşkil eden görüşe hiç değinmemiştir. **Aksar**, Belçika Kararı, s. 134.

⁵¹⁶ *Gaddafi*, Court of Cassation of France, 13.03.2001, No. 1414, 125 ILR 508 (2004), s. 509.

⁵¹⁷ *Arrest Warrant*, para. 57.

bağışıklığına bir istisnanın bulunmadığı, bu sebeple söz konusu kişilerin bu tür suçlardan yabancı ulusal mahkeme önünde yargılanmalarının mümkün olmadığı sonucuna varırken, bu suçlar bakımından yargı bağışıklığını kaldıran uluslararası teamül kuralını göz ardı etmiştir. Örneğin, UAD, Eski Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçları Mahkemeleri uygulamalarını, ulusal hukuk uygulamaları ile ilgisi olmadığı gerekçesiyle, kararında dikkate almamıştır. Divanın bu tutumunun altında yatan sebep ise, söz konusu mahkemelerin uluslararası hukukun teamül kurallarını uyguladığı, bu bakımdan Statülerinin de uluslararası teamül kurallarını kapsadığı, bu bağlamda suçların ve cezaların kanunla düzenlenmesi ilkesine aykırı hareket edilmemesi gerektiğidir⁵¹⁸.

2. Kaddafi Davası

1989'da Çad'da Tenere Çölü üzerinde patlayan ve içinde Fransız vatandaşlarının da bulunduğu 170 kişinin ölümüne neden olan bir uçağa yapılan terör saldırısında, Libya Devlet Başkanı Muammer Kaddafi'nin suç ortağı olduğu şüphesiyle Fransa'da olayın mağdurlarının yakınları ve mağdurları destekleyen bir sivil toplum örgütü tarafından açılan davada, Mahkeme Kaddafi'nin yargılanabileceğine karar vermiştir. Karara karşı Paris İstinaf Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur. İstinaf Mahkemesi başvuruyu reddetmiş ve devlet başkanının bağışıklığının bir uluslararası teamül kuralı olmasına rağmen Roma Statüsü'ne göre, taraf devletlerin suça iştirak eden devlet başkanı olsa dahi, uluslararası suçlar üzerinde yargı yetkisini kullanma yükümlülüğü altında olduklarına karar vermiştir. Mahkeme kararını verirken, uluslararası suçlar üzerinde

⁵¹⁸ **Aksar**, Belçika Kararı, s. 140; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) kuruluşuna temel teşkil eden ve Statü hükümlerini de içeren BM Genel Sekreterliği, raporunda Mahkemenin "uluslararası ceza hukukunun bütün şüphelerden uzak uluslararası teamül hukuku kurallarını" uygulayacağını açıkça belirtmiştir. (Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), para. 34. http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/51122/S_25704-EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y (E.T: 12.12.2018); EYUCM Statüsünde uluslararası hukukta suç teşkil ettiği açıkça öngörülen fiillere yer verilerek, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı davranıldığı eleştirilerinin önüne geçilmek istenmiştir. **Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok**, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 2.bs., Ankara 2014, s. 282.

devlet başkanlarının bağışıklıktan yararlanmadığına yönelik devlet uygulaması olarak Pinochet ve Noriega'ya karşı açılan davaları örnek göstermiştir⁵¹⁹.

Paris İstinaf Mahkemesinin bu kararı temyiz edilmiş ve karar Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Temyiz Mahkemesi önünde hukuk sözcüsü, Fransa'nın Roma Statüsü'nü onaylamasının, Fransa'nın her türlü durumda uluslararası suçlar üzerinde cezai yargı yetkisini kullanması gerektiği anlamına gelmediğini ileri sürmüş ve yargı yetkisini kullanma yükümlülüğü ile yargı yetkisini kullanabilme imkânını birbirinden ayırmak gerektiğini belirtmiştir⁵²⁰. Temyiz Mahkemesine göre, İstinaf Mahkemesinin kararının uluslararası hukukta temeli yoktur. İstinaf Mahkemesi, Roma Statüsü'nü yorumlamakta hataya düşmüştür. Statü hükümleri sadece Statü'de bulunan suçlar (soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırı suçu gibi) bakımından uygulanır⁵²¹. Terör suçu, Statü'nün kapsamı dışında kalmaktadır ve Mahkeme terör suçunu da Statü'nün açık ve net hükümlerine dâhil etmekle hata etmiştir. Ayrıca bir uluslararası sözleşmenin sadece taraf devletler için bağlayıcı olması ve üçüncü kişilerin rızası olmaksızın onlar açısından hak ve

⁵¹⁹ Gaddafi, Court of Appeal of Paris, 20.10.2000, 125 ILR 490, s.491; Paris İstinaf Mahkemesi, devlet başkanlarının görevlerini yerine getirirken suç işlediklerinden şüphelenilse dahi uluslararası toplumda uluslararası suçların faillerinin yargılanmasını isteyen bir eğilimin var olduğunu ileri sürmüştür. Gaddafi, Court of Appeal of Paris, 20.10.2000, 125 ILR 490, s. 497; R. A. Kolodkin (Raportör), The International Law Commission Preliminary Report on Immunity of State Officials From Foreign Criminal Jurisdiction, s. 167, para. 33; Buna dayanarak Mahkeme şu sonuca varmıştır: Terör eylemlerine karışan görev başındaki devlet başkanı bağışıklık zırhıyla korunamaz. Mahkeme kararını gerekçelendirirken, yargı bağışıklığının sadece devlet başkanı tarafından gerçekleştirilen ve uluslararası suç sayılmayan, devlet yönetimine ilişkin fiilleri kapsadığı noktasında Fransa dâhil tüm devletlerce hukuk kuralı olarak kabul edilen genel bir devlet uygulamasının buna kanıt olduğunu belirtmiştir. Bir başka ifadeyle, Mahkemenin görüşüne göre, uluslararası teamül hukuku uluslararası hukuka göre suç sayılan fiilleri işlediğinden şüphe duyulduğunda görevdeki devlet başkanının kişisel bağışıklığını inkâr etmektedir. Çünkü bu fiiller bir devlet başkanının işlevleri dışında kalmaktadır. Gaddafi, Court of Appeal of Paris, 20.10.2000, 125 ILR 490, s. 498.

⁵²⁰ Gaddafi, Court of Appeal of Paris, 20.10.2000, 125 ILR 490, s. 502; Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün Statüye taraf devletlerin yükümlülüklerinden bahseden giriş kısmında "Uluslararası suçların sorumluları üzerinde yargı yetkisinin kullanılmasının her devletin görevi olduğu" belirtilmektedir.

⁵²¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, 5(1). madde.

yükümlülük doğurmaması genel bir ilkedir⁵²². Roma Statüsü'ne taraf olmayan Libya, Statü'yle bağlı değildir. Aksini savunmak uluslararası sistemin temelini yok etmektir.

İstinaf Mahkemesi, kararını verirken Pinochet ve Noriega'nın kendilerine karşı dava açıldığı sırada artık görevde olmadıklarını dikkate almamıştır. Pinochet ve Noriega davalarında verilen kararlar uluslararası suçlar bakımından devlet başkanının bağışıklığının uygulanmamasını tanıyan genel bir devlet uygulamasına dayalı olarak verilmemiştir. Pinochet kararı İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi'nin⁵²³ teknik detaylarına dayalı olarak verilirken, Noriega kararı, Noriega'nın ABD Hükümeti tarafından tanınmamasına istinaden verilmiş ve bu gerekçelere dayalı olarak bağışıklık reddedilmiştir.

Temyiz Mahkemesi, kararında şu ifadelere yer vermiştir: “İlgili tarafları bağlayan aksine bir hüküm olmadığı sürece uluslararası teamül, görevdeki devlet başkanının yabancı bir devletin ceza mahkemeleri önünde yargılama konusu olmasını engeller. Günümüz uluslararası hukukunda geçerli duruma göre, bir terör saldırısına iştirak etmek görevdeki yabancı devlet başkanlarının yargısal bağışıklığı kuralının istisnalarından birini teşkil etmez”⁵²⁴.

Temyiz Mahkemesinin bu ifadeleri ayrı bir tartışma konusu yaratacak niteliktedir. Çünkü bu ifadelerden Temyiz Mahkemesinin görev başındaki devlet başkanının kişisel bağışıklığının mutlak olmadığını kabul ettiği sonucu çıkarılabilir. Mahkeme sadece ilgili tarafları bağlayan aksine bir hüküm olmadığı sürece uluslararası teamülün görevdeki devlet başkanının yabancı bir devletin ceza mahkemeleri önünde yargılama konusu olmasına engel olduğunu savunmuştur.

⁵²² Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 34. madde: “Üçüncü devletlerle ilgili genel kural: “Bir andlaşma, rızası olmadan üçüncü bir Devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır”.

⁵²³ 1984 The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Kısaca İşkence Sözleşmesi).

⁵²⁴ *Gaddafi*, Court of Cassation of France, 13.03.2001, No. 1414, 125 ILR 508 (2004), s. 509.

IV. FONKSİYONEL (*RATIONE MATERIAE*) BAĞIŞIKLIK

A. Fonksiyonel Bağışıklıktan Yararlanan Devlet Görevlileri

Kişisel bağışıklık kuralına göre, devlet başkanı görevde olduğu sürece görevle ilgili veya kişisel olup olmadığına bakılmaksızın tüm fiillerinden ötürü özellikle de ceza davaları bakımından kişisel bağışıklıktan yararlanır. Özel fiiller için açılacak özel hukuk davaları bakımından da çok geniş bir yargı bağışıklığı olduğu kabul edilmektedir. Daha önce belirtildiği gibi, hatta DİHVS’de öngörülen asgari standarttan daha fazlasını tanıyan, örneğin bu tür davalar bakımından mutlak bağışıklığı kabul eden devletler dahi bulunmaktadır. Kişisel bağışıklığın bu kadar geniş bir bağışıklık sunması, söz konusu kuralın görev süresiyle sınırlı olmasının doğal bir sonucudur⁵²⁵.

Fonksiyonel bağışıklık ise, hem görev süresince etkili olan hem de eski, yani görevi sona eren tüm devlet görevlilerinin görev süresi içinde gerçekleştirdikleri görevle ilgili fiillerden ötürü görevi sona erdikten sonra yabancı devlet yargılamasından korunması sonucunu doğuran bağışıklık türüdür⁵²⁶. Bir başka ifadeyle, bu bağışıklık türü, devlet görevlisinin görevinin sona ermesinden sonra da görevle ilgili fiiller bağlamında devamlılık gösteren sınırsız süreli bir yargı bağışıklığı bahşeder⁵²⁷.

Sadece görevle ilgili fiilleri kapsamı nedeniyle içerik itibarıyla kişisel bağışıklıktan daha dar kapsamlı olmakla birlikte, uygulama alanı bakımından bu bağışıklığın daha yaygın bir geçerliliği söz konusudur⁵²⁸. Çünkü fonksiyonel bağışıklık, devlet başkanları, diplomatik misyon şefleri ve hükümet başkanı, bakan, komutan, emniyet amiri ya da emir altında bir kamu görevlisi olup olmadığı sorgulanmadan, kamusal yetkiyi kullanan, bağlı oldukları devlet adına (yani devleti

⁵²⁵ Webb, *International Judicial Integration and Fragmentation*, s. 75; *Arrest Warrant*, para. 55.

⁵²⁶ Webb, *International Judicial Integration and Fragmentation*, s. 82.

⁵²⁷ Franey, s. 205.

⁵²⁸ Cassese/ Acquaviva/ Fan/ Whiting, s. 83.

temsilen) resmi yetkileri çerçevesinde görevle ilgili fiilleri gerçekleştiren herhangi biri için geçerli olabilmektedir. Bu bağışıklık, mevkisi ne olursa olsun herkes için aynı şekilde uygulanır ve yabancı devletin hem medeni (hukuki)⁵²⁹ hem cezai yargısından bağışıklık sağlar⁵³⁰. Devlet başkanına özgü bir bağışıklık olmaması nedeniyle ayrıca devlet başkanının fonksiyonel bağışıklığından söz etmeye gerek bulunmamaktadır. Bu bağışıklık türünün kişisel bağışıklıktan yararlananlar bakımından önemi, görevleri devam ederken zaten kişisel bağışıklıktan yararlanan kişilerin (dolayısıyla devlet başkanlarının), görevlerinin sona ermesi halinde, görevleri süresince gerçekleştirdikleri görevle ilgili fiilleri dolayısıyla bağışıklıktan yararlanmaya devam edecek olmalarıdır.

Bu bağışıklık, devlet görevlisinin kendi pozisyonuna değil, görevle ilgili fiile bağlıdır. Konu odaklı, bir başka ifadeyle fiil temelli olması sebebiyle, bu bağışıklık, devlet görevlisi olmadığı halde devlet adına hareket eden kişilerin de sadece görevle ilgili fiilleri bağlamında yararlandığı bir bağışıklık türü olarak karşımıza çıkmaktadır⁵³¹.

B. Fonksiyonel Bağışıklığın Amacı

Fonksiyonel bağışıklık genellikle devlet adına gerçekleştirilen görevle ilgili fiilleri korumak için düşünülmüştür. Bu bağışıklığın görevle ilgili fiile bağlı olması, devlet görevlilerinin, spesifik olarak da devlet başkanlarının, görev süreleri sona erdikten sonra da fonksiyonel bağışıklıklarının neden devam ettiğini açıklamaktadır⁵³².

⁵²⁹ Örneğin, resmi fiillerden ötürü devlet görevlilerine açılacak olan tazminat davaları da bu bağışıklık savunmasıyla karşı karşıya kalacaktır.

⁵³⁰ **Cassese/ Acquaviva/ Fan/ Whiting**, s. 83; **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 132-133; **Zappala**, s. 598; **Wickremasinghe**, s. 381; **Webb**: “Bu konuda ulusal ve uluslararası mahkemeler arasında yaygın bir görüş birliği mevcuttur”. Bkz. **Webb**, *International Judicial Integration and Fragmentation*, s. 82.

⁵³¹ **Akande/ Shah**, s. 825; **Van Panhuys**, “In the Borderland Between the act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 13, 1964, s. 1201; **Dapo Akande**, “International Law Immunities and The International Criminal Court”, *The American Journal Of International Law*, Vol. 98, 2004, s. 413.

⁵³² **Cassese**, *The Congo v. Belgium Case*, s. 863.

Devletler bir tüzel kişilik olmaları sebebiyle eylem ve işlemlerini bir başka ifadeyle iradelerini, devlet görevlileri vasıtasıyla ortaya koyarlar⁵³³. Dolayısıyla devlet görevlileri, devlete ait eylem ve işlemleri her zaman gerçekleştiren kişilerdir. Bu nedenle de onlara fonksiyonel bağışıklığın bahşedilmesi kaçınılmazdır. Fakat bunun sebebi, devlet içindeki statüleri değil, onların devletin bir aracı olarak veya devletin bir kolu olarak işlev görmeleridir⁵³⁴. Bu sebeple, bu bağışıklık türü, işlevsel veya fonksiyonel yargı bağışıklığı diye ifade edilmektedir⁵³⁵.

Devlet görevlisinin bu fiilleri kişisel yetkisi çerçevesinde değil, devlet adına resmi yetkisi çerçevesinde gerçekleştirdiği kabul edilir. Bu sebeple de fonksiyonel bağışıklık kuralının genel gerekçesi bu fiillerin, devlet görevlisinden ziyade devletin kendisine atfedilmesidir⁵³⁶. EYUCM, Temyiz Dairesi *Prosecutor v. Blaškić* davasında, bu türden resmi yetkileri çerçevesinde hareket eden devlet görevlilerinin, sadece bir devletin aracı olduklarını, onların görevle ilgili fiillerinin şahsi olarak kendilerine değil yalnızca adına hareket ettikleri devlete atfedilebileceğini, bu kişilerin şahsi değil devlet adına üstlenilen söz konusu fiillerden ötürü bir cezanın veya yaptırımın konusu olamayacaklarını belirtmiştir⁵³⁷. Bu karar doğrudan şuna dikkat çekmektedir: Devlet görevlilerinin devletin bir kolu olarak devlet adına resmi yetki çerçevesinde gerçekleştirdikleri fiillerinden ötürü yabancı devlet mahkemeleri önünde bireysel cezai veya hukuki sorumluluğu ortaya çıkmaz. Çünkü bu fiiller görevlinin kişisel fiillerinden ziyade devletin fiilleri sayılır. Eğer devlet görevlisi

⁵³³ Bozkurt/ Erdal/ Poyraz, s. 311.

⁵³⁴ R. A. Kolodkin (Raportör), International Law Commission (ILC), Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/631 (10 Haziran 2010), para. 27.

⁵³⁵ Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen, görevin gereği olan işe ilişkin olması sebebiyle *ratione materiae* bağışıklık bazen fonksiyonel (işlevsel) bağışıklık olarak ifade edilse de devleti temsil eden kişilerin görevlerini etkili şekilde yerine getirmelerini temin etmeyi amaçladığından kişisel bağışıklık da işlevsel bir amaca hizmet etmektedir. *Arrest Warrant*, para. 53.

⁵³⁶ Bkz. Zappala, s. 598.

⁵³⁷ *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber , (18 Temmuz 1997), Case No. IT-95-14-AR108, App. Ch., 110 ILR 607, para. 38.

ulusal veya uluslararası hukuku ihlal etmişse bu ihlal hukuken kendisine değil, devlete isnat edilir⁵³⁸.

Kelsen, benzer şekilde şu sonuca varmıştır: “Hiçbir devlet bir başka devletten üstün değildir” kuralı gereğince, devletin organları tarafından gerçekleştirilen fiillerden ötürü bireysel sorumluluk (ister hukuki ister cezai olsun) söz konusu olmamaktadır. Kelsen görüşünü ayrıca şu gerekçeye dayandırır: Soyut bir varlık olarak devlet hukuki varlığını ancak devletin organı olarak resmi yetki içinde hareket edecek insanlar tarafından gerçekleştirilen fiiller vasıtasıyla ortaya koyar. Dolayısıyla devlet görevlilerinin bu bağlamda gerçekleştirdiği fiiller devlet fiilidir ve bu fiillerden ötürü bir devlet, yargı yetkisinin kullanılmasına yabancı devletin rıza göstermediği sürece, devletin kendi mahkemeleri aracılığıyla bir başka devletin fiilleri üzerinde yargı yetkisi yoktur⁵³⁹. Ancak bu durum devletin yargı bağımsızlığı başlığı altında anlatıldığı gibi, devlet görevlisinin devlet adına gerçekleştirdiği tüm resmi fiil ve işlemler için geçerli değildir. Egemenlik tasarrufları bakımından devletlerin mutlak yargı bağımsızlığı söz konusu iken resmi fakat ticari nitelikte olan işlemler için sınırlı bağımsızlık geçerlidir⁵⁴⁰. Bir başka ifadeyle, bu tür işlemler için yabancı devlete karşı ulusal mahkemelerde dava açılabilir. Ancak her iki durumda da işlemi ya da fiili gerçekleştiren devlet görevlisinin fonksiyonel bağımsızlığı söz konusu olacaktır⁵⁴¹.

⁵³⁸ **Cassese**, *The Congo v. Belgium Case*, s. 863; Uluslararası yükümlülüklerle aykırı olan veya yabancı devlet hukukunun ihlali niteliğinde olan resmi fiil için, söz konusu kişiler “devlet kalkını arkasına gizlenerek” kişisel sorumluluktan kurtulur. Bu bakımdan konu bağımsızlığı uluslararası seviyede kendini, sorumluluğu devlet görevlisinden devlete geçirerek göstermektedir. Devlet himayesi altında gerçekleştirilen fiil, uluslararası hukuku ya da yabancı devlet hukukunu ihlal ediyorsa, uluslararası sorumluluğu doğacak olan devletin kendisidir. Bkz. **Antonio Cassese**, *International Law*, Oxford University Press, 2005, s. 112; **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 107-112; **Seviğ**, s. 108.

⁵³⁹ **Kelsen**, s. 235.

⁵⁴⁰ Egemenlik tasarrufları, fiilleri sorgulanan devletin iç örgütlenmesine saygı duyulması gereğinden ötürü bir başka devletin yargı yetkisine konu olamaz.

⁵⁴¹ İsrail Yüksek Mahkemesi, devlet görevlilerinin gerçekleştirdiği fiillerden doğacak sorumluluğa sadece devletin katlanacağı ve bunun da bireyin cezalandırılmasını engellediği yönünde karar alırken şu ifadelerle yer vermiştir: “Eğer böyle olmazsa, yargılama yapacak devlet diğer devletin işlerine müdahale etmiş olacaktır ki bu durum devletlerin egemen eşitliği ilkesine aykırıdır”. *Attorney-General of Israel v. Eichmann*, Supreme Court of Israel, Judgment of 29 May 1962,

C. Fonksiyonel Bağışıklığın Niteliği

Cassese, bir devlet görevlisi tarafından gerçekleştirilen, uluslararası hukukun ya da yabancı devlet hukukunun ihlali niteliğindeki bir fiilin görevlinin kendisinden ziyade devlete atfedilebilir olmasından ötürü, fonksiyonel bağışıklığın maddi hukukla ilgili olduğunu ileri sürer. Bu yüzden, kişisel bağışıklık yargı yetkisinin kullanılmasına usul hukuku açısından bir engel oluştururken, fonksiyonel bağışıklığın yargılamaya konu edilen devlet görevlisi tarafından ileri sürülmesi esasa ilişkin bir savunmadır⁵⁴². Bu görüşe göre, fonksiyonel bağışıklık, sorumluluğu görevlinin kendisinden alıp devlete yüklemektedir⁵⁴³. Aynı zamanda devletin koruyucu zırhını talep etme ve buna dayanma devlet görevlisinin kişisel sorumluluğunu gerektiren durumları kapsamadığı için, bir başka ifadeyle görevle ilgili fiile ilişkin olduğu için fonksiyonel bağışıklık esasa ilişkin bir savunma oluşturur⁵⁴⁴.

Devlet görevlisi açısından bakıldığında, o sadece hukuka aykırı fiili devlet adına resmi yetki çerçevesinde devletin bir kolu, aracı olarak gerçekleştirir. Fonksiyonel bağışıklığın ileri sürülmesiyle, devletin kendi görevlileriyle olan yapısal birliği açıkça ortaya konmuş olur. Bu yüzden bu bağışıklık, yabancı devletin yargı yetkisinin kullanılmasına usul hukuku açısından bir engel değil, fakat devlet örtüsü arkasına gizlenerek bireysel ve kişisel sorumluluktan kurtulmak için ileri sürülen bir savunma olarak kabul edilir. Fonksiyonel bağışıklığın maddi niteliği çeşitli mahkeme kararlarında da teyit edilmiştir. *Blaškić* davasında EYUCM, üst düzey devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığı kuralını, sorumluluğu görevliden alıp adına hareket ettiği ve onun amacı için hukuka aykırı fiili gerçekleştirdiği devlete yönelten bir savunma olarak tanımlamıştır. Bireysel olarak görevlilerin resmi yetki

(1962) IsrSC 16 2033, 36 ILR 277, para. 309; Bkz. **Cassese/ Gaeta/ Baig**, *Cassese's International Criminal Law*, s. 246; **Cassese**, *International Law*, s. 112; **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 113.

⁵⁴² **Cassese/ Gaeta/ Baig**, *Cassese's International Criminal Law*, s. 318; **Cassese**, "Senior State Officials", s. 863; Ayrıca bkz. **Watts**, *Legal Position*, s. 90.

⁵⁴³ Bkz. **Akande/ Shah**, s. 826.

⁵⁴⁴ **Cassese**, s. 63.

çerçevesinde belli bir devlet politikası gereğince hareket ederken, onların görevle ilgili fiili sadece devlete atfedilebilir. Bu da kişisel olarak değil devlet adına üstlenilen bir fiil için devlet görevlilerinin neden cezai yaptırımın konusu olamamasının açıklamasıdır⁵⁴⁵.

Bir BM özel raportörünün spesifik bağışıklığı ile ilgili bir davada, UAD, ulusal mahkemelerin, yargı bağışıklığı konusunu öncelikli konu olarak ele alması gerektiğini ve bu hususun hızlı bir şekilde ilk aşamada karar verilmesi gereken bir konu olduğunu belirtmiştir⁵⁴⁶. Bir başka ifadeyle, yargı bağışıklığı konusu yargılamanın en başında incelenmesi gereken bir konudur. Ancak, bu tez, yabancı devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığına da uygulanabilir mi? Yukarıda görüldüğü gibi, fonksiyonel bağışıklık devlet adına resmi yetki çerçevesinde gerçekleştirilen fiilleri korur, bu yüzden bir kişinin statüsüne bağlı değildir. Söz konusu bağışıklık, kişinin sadece özel amaçları doğrultusunda özel yetkisi çerçevesinde gerçekleştirdiği fiillerin aksine, görevlinin belli bir devlet politikasının hedefleri için yerine getirdiği fiillere bağlıdır. Cezai yargılamalar sadece kişinin statüsüne dayalı olarak ön incelemede reddedilemez. Devlet görevlisinin iddia edilen hukuka aykırı fiili devlet adına, resmi yetki çerçevesinde işleyip işlemediğini belirlemek için davanın esasına ilişkin soruşturma (inceleme) gereklidir. Fiilin resmi yetki çerçevesinde işlendiği belirlendiği andan sonra ancak sanık fonksiyonel bağışıklıktan yararlanır ve böylece hukuka aykırı fiilden veya suçtan ötürü sorumluluk devlete geçer⁵⁴⁷. Fakat fiil kişinin kendi yararına, şahsi yetkisi çerçevesinde gerçekleşmişse, birey hukuka aykırı bu fiilden veya suçtan şahsi olarak sorumludur. Buna göre, eski üst düzey devlet görevlisinin söz konusu olduğu

⁵⁴⁵ *Prosecutor v. Blaškić*, para. 38; *Pinochet (3)*, s. 269; *Pinochet (3)* davasında, Lord Millett, fonksiyonel bağışıklığın bir konu bağışıklığı olduğunu ifade etmektedir. *Djibouti v. France*, para. 187-188.

⁵⁴⁶ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion*, 1999, I.C.J Reports, s. 62, para. 63.

⁵⁴⁷ Devlet başkanının eylem ve işlemleri resmi olmanın yanında egemenlik tasarrufu niteliğindeyse, bu eylem ve işlemler hem devlet başkanına bağışıklık sağlar hem de bağlı olduğu devlete bağışıklık sağlar, ancak, egemenlik tasarrufu niteliğinde olmayan eylem ve işlemler devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Bkz. **Erson Asar**, s. 121.

durumlarda, yargılamanın yapılacağı yabancı devlet mahkemesinin hangi yetki çerçevesinde ve kim adına haksızlığın gerçekleştirildiğini aydınlığa kavuşturması gerekir. Devlet görevlilerinin bağışıklığı konusunda UHK özel raportörü, bir görevlinin fiilinin özünde kişisel mi görevle ilgili mi olduğunun, buna bağlı olarak da bu fiilin devlete atfedilebilir olup olmadığının tespit edilmesi konusunun, bu fiille ilgisi bulunan görevlinin bağışıklığı konusunun ele alınmasından önce incelenmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁴⁸. Bu sebeple, fonksiyonel bağışıklık sorununun ele alındığı ilk aşamayı Mahkemenin hukuka aykırı fiille ilgili esasa ilişkin maddi incelemesi takip eder.

Eğer fiilin görevle ilgili niteliği teyit edilirse, fonksiyonel bağışıklığın devreye girmesiyle devlet görevlisi kişisel sorumluluktan kurtulur. Bu yüzden, uluslararası hukukta fonksiyonel bağışıklık yargı yetkisinin kullanılmasına usuli bir engel olarak değil, sorumluluğu başka yöne (devlete) çevirmeyi amaçlayan esasa ilişkin bir savunma olarak kabul edilir.

D. Fonksiyonel Bağışıklık ve Devletin Yargı Bağışıklığı İlişkisi

Fonksiyonel (*ratione materiae*) bağışıklık doğrudan olmasa da dolaylı olarak devletin kendi bağışıklığıyla bağlantılıdır. Modern çağda sınırlı devlet bağışıklığı doktrininin gelişimi özel hukuka ilişkin fiiller (*acta jure gestionis*) bağlamında devlet bağışıklığını sınırlandırmıştır. Hükümet işlemleri veya fiilleri (*acta jure imperii*) bağlamında ise devletin yargı bağışıklığı kuralının uygulaması devam etmiştir⁵⁴⁹.

Fonksiyonel bağışıklık sadece görevle ilgili fiilleri kapsar ve bu yüzden fonksiyonel bağışıklıkla devletin kendi bağışıklığı arasındaki ilişki bakımından temel mesele, her ikisinin birbiriyle ilişkisinin niteliğidir. Geleneksel olarak, fonksiyonel

⁵⁴⁸ R. A. Kolodkin (Raportör), International Law Commission (ILC), Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/631 (10 Temmuz 2010), para. 25.

⁵⁴⁹ **Rosanne Van Alebeek**, “National Courts, International Crimes and The Functional Immunity of State Officials”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 59 (1), 2012, s. 27; Bkz. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, 2008, I.J.C. Reports, s. 177, para. 188; Bkz. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, s. 99.

bağışıklık devlet bağışıklığının bir yönü olarak nitelendirilir. *Holland v. Lampen-Wolffe*⁵⁵⁰ davasında Birleşik Krallık Lordlar Kamarası⁵⁵¹, devlet bağışıklığının, fonksiyonel bağışıklığın ayrılmaz bir parçası olduğunu ve bunun bir devletin resmi ve hükümet işlemlerinin bir diğer devletin mahkemeleri önünde yargı konusu edilmesine engel olan bir ‘konu bağışıklığı’ olduğunu vurgulamıştır⁵⁵². Aynı yargıç (Lord Millet) *Pinochet* davasında⁵⁵³, fonksiyonel bağışıklığın sadece dolaylı yoldan kişiye de bağışıklık sağladığını ekleyerek benzer bir noktaya değinmiştir⁵⁵⁴. Barker, bu bağışıklığın, bir devletin, devlet görevlisinin şahsı aracılığıyla üstlendiği resmi fiillerine uygulanan bir devlet bağışıklığı şekli olduğunu ifade etmiştir⁵⁵⁵.

Asıl amacı devletlerin egemen eşitliği ilkesi gereğince bir devletin fiilinin bir başka devlet mahkemesi önünde yargı konusu yapılmasına engel olmak olan konu bağışıklığının bir başka amacı da, özü itibariyle devlet fiili olan fiillerden ötürü kişisel olarak bir devlet görevlisinin sorumlu tutulmamasını temin etmektir⁵⁵⁶. Bu durum EYUCM Temyiz Dairesi tarafından *Prosecutor v. Blašić* davasında şöyle özetlenmiştir: “devlet görevlileri sadece devletin aracısıdır ve onların resmi fiili sadece devlete atfedilebilir. Bu devlet görevlileri kişisel olarak değil devlet adına üstlendikleri fiil için bir cezanın ya da yaptırımın konusu olamazlar. Bir başka ifadeyle devlet görevlileri kişisel olarak kendilerine değil devlete atfedilebilen bu

⁵⁵⁰ *Holland v. Lampen-Wolffe* (UK, 2000) 1 WLR, s. 1584 (Lord Millet’in görüşü)

⁵⁵¹ 2009 yılına kadar İngiltere’de yargı sisteminin en üstünde Lordlar Kamarası (*House of Lords*) bulunurdu. Ancak Lordlar Kamarası bu görevini özel olarak atanmış Hukuk Lordları veya Soylu Hukukçular (*Law Lords*) olarak ifade edilen kişiler tarafından yerine getirirdi. Bunların oluşturduğu kurula Lordlar Kamarasının Temyiz Komitesi denirdi. 2005 yılında kabul edilen *Constitutional Reform Act* ile Lordlar Kamarasının Temyiz Komitesi lağvedilmiş, yerine Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of United Kingdom) kurulmuştur. Bu Mahkeme 1 Ekim 2009 tarihinde göreve başlamıştır. **Kemal Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt. 1, 1.bs., Bursa 2011, s. 603.

⁵⁵² **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 83.

⁵⁵³ *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte* (No.3), para. 269.

⁵⁵⁴ Lord Millet, aynı kararda bu bağışıklık türünün, Anglo-Amerikan *act of state* doktrini ile de bazı yönleriyle çok benzediğini ve ayırt edilmesinin güç olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Cassese/ Acquaviva/ Fan/ Whiting**, s. 83; **Franey**, s. 205.

⁵⁵⁵ **Barker**, *The Protection of Diplomatic Personnel*, s. 26.

⁵⁵⁶ **Foakes**, s. 137.

hukuka aykırı fiillerin sonuçlarına kendileri katlanmazlar, çünkü onlar fonksiyonel bağışıklıktan yararlanırlar. Bu, 18. ve 19. yy.'lere kadar uzanan ve o zamanlardan itibaren defalarca dile getirilen uluslararası teamül hukukunun yerleşmiş bir kuralıdır”⁵⁵⁷.

Devletin kendi bağışıklığının, fonksiyonel bağışıklığın ayrılmaz bir parçası olduğu yönündeki geleneksel görüş, resmi yetkileri çerçevesinde hareket eden devlet temsilcilerine yer veren 2004 Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi'ne de yansımıştır. “Devlet” ifadesi çok geniş şekilde tanımlanmış ve 2/1(b). maddesine göre bu ifade, bir federal devletin onu oluşturan birimlerinin ya da devletin siyasi alt birimlerinin veya devletin egemenlik yetkilerini kullanma ve bu yetki çerçevesinde hareket etme hak ve yetkisine sahip olan diğer birimlerinin yanı sıra hükümetin tüm organlarını kapsamaktadır. Açıkça devleti temsil eden bireylerin devlet tanımı içine dâhil edilmesiyle, Sözleşme açık şekilde resmi bir yetki çerçevesinde gerçekleştirilen fiiller için fonksiyonel bağışıklık kuralını teyit etmektedir.

Devletlerin egemen eşitliği ilkesinin bir uzantısı olarak, her ikisinin de aynı gerekçelere dayanmasından ötürü, mantık, devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığının, devlet bağışıklığının bir sonucu olarak ortaya çıktığı düşüncesine götürmektedir⁵⁵⁸. Ancak, çok yakından bağlantılı olmakla birlikte her iki bağışıklık türünün belli açılardan birbirinden ayrılması gereklidir. Devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığının kapsamı günümüzde geçerli devlet bağışıklığı teorisine göre daha geniştir. Şöyle ki sınırlı devlet bağışıklığı teorisine göre devletler sadece egemenlik tasarruflarından ötürü yabancı devlet mahkemeleri önünde yargı bağışıklığına sahipken, ticari ya da diğer özel hukuk niteliğindeki fiillerinden ötürü devletin bu türden bir yargı bağışıklığı söz konusu değildir. Hâlbuki devlet görevlileri, resmi yetki içinde devlet adına gerçekleştirdikleri tüm fiillerden ötürü

⁵⁵⁷ *Prosecutor v. Blaškić*, para. 38.

⁵⁵⁸ Bkz. **Jennings/ Watts**, *Oppenheims International Law*, s. 346; **Cassese**, *International Law*, s. 112; **Bing Bing Jia**, “The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, s. 1305.

(özel hukuk niteliğinde bir fiil olsa da) yabancı devlet mahkemeleri önünde yargı bağışıklığına sahiptir. Bir başka ifadeyle, sınırlı teoriye göre devlet bağışıklığı içine girmeyen fiillerden de devlet görevlileri sorumlu değildir⁵⁵⁹. Bunun klasik örneği, büro malzemeleri satın alırken bir uluslararası yükümlülüğü ihlal etmektir. Siparişi veren devlet görevlisi, devlet adına resmi yetkisi çerçevesinde hareket ettiğinden fonksiyonel bağışıklıktan yararlanır. Oysa fiilin açıkça *actum jure gestionis* yani devlete ait özel fiil veya işlem olduğu açık olmasından ötürü devletin yargı bağışıklığı uygulanmaz⁵⁶⁰. Fonksiyonel bağışıklık, fiillerin niteliğine bakılmaksızın, devlet politikasının amaçları için resmi yetkileri çerçevesinde devlet görevlileri veya temsilcileri tarafından gerçekleştirilen fiilleri koruduğuna göre bu bağışıklık kuralının, devlet bağışıklığından daha geniş bir fiiller yelpazesini kapsadığı kabul edilmelidir⁵⁶¹.

Özetle, daha önce de belirtildiği gibi devlet soyut bir varlık olarak fiillerini insanlar aracılığıyla gerçekleştirebilecektir. Kendi adına resmi yetkileri çerçevesinde gerçekleştirilen fiiller yine belli koşulları sağlamak şartıyla devlet fiili sayılmaktadır. Bir başka ifadeyle bu fiiller aslında devletin fiilleridir. Bir devletin fiilinin meşru olup olmadığını bir başka devletin yargı yoluyla denetlemesi, devletlerin egemen eşitliğine aykırıdır. Böyle bir durumda devlet bağışıklığı gündeme gelir ki devletin egemenlik tasarruflarından ötürü yabancı devlet tarafından yargılanması söz konusu değildir. Ancak devlet görevlisinin gerçekleştirdiği görevle ilgili fiiller egemenlik tasarrufu olmayabilir. Bu durumda fiil görevle ilgili olmakla birlikte devletin ticari veya özel hukuk niteliğinde bir başka fiili ise sınırlı devlet bağışıklığı doktrini

⁵⁵⁹ Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 106-107; Akande/ Shah, s. 827; Fox/ Webb, *State Immunity*, s. 19; J. Craig Barker, “The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 4, 1999, s. 941; Cassese, *The Congo v. Belgium Case*, s. 869, dn. 42; Cassese, “The Italian Court of Cassation Misapprehends the Notion of War Crimes: The Lozano Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, No. 5, 2008, s. 1081, dn. 12; Chimène I. Keitner, “Foreign Official Immunity and the “Baseline” Problem”, *Fordham Law Review* Vol. 80, No. 2, 2011, s. 614.

⁵⁶⁰ Bkz. Aslan Gündüz, *Yargı Bağışıklığı*, s. 179-183; Crawford, *Brownlie's Principles*, s. 488; Jennings/ Watts, *Oppenheims International Law*, s. 357; Yang, *State Immunity*, s. 32; Fox, Webb, *State Immunity*, s. 4-5; Shaw, *International Law*, s. 701; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction*, s. 119.

⁵⁶¹ Pedretti, s. 19.

çerçevesinde devletin yabancı devlet mahkemesi önünde davalı olması söz konusu olabilmektedir. Buna karşılık, bu fiili gerçekleştiren devlet görevlisi fiilin görevle ilgili bir fiil olmasından ötürü, fiil ister egemenlik tasarrufu olsun ister özel hukuk fiili niteliğinde olsun yargı bağıışıklığına sahiptir, yani bu fiilden kişisel olarak sorumlu tutulamaz. Fiil uluslararası hukuku ihlal ediyorsa yine uluslararası sorumluluğu doğacak olan devletin kendisidir. Uluslararası suçlar bu durumun dışında kalmaktadır. Bu durumda uluslararası ceza hukuku kurallarına göre kişinin bireysel cezai sorumluluğunun doğması mümkündür.

E. Uluslararası Suçlar Bakımından Devlet Başkanının Fonksiyonel Bağıışıklığı

Görevi sona eren devlet başkanlarının görevleri süresince gerçekleştirdikleri görevle ilgili fiillerden ötürü görevleri sona erdikten sonra fonksiyonel bağıışıklıktan yararlanacağı kabul edildiğine göre, görevin bitmesinden sonra uluslararası suçlar bakımından devlet başkanı aleyhine gerçekleştirilen suçlamalarda karşımıza çıkan meselelerden biri, bu suçların görevle ilgili fiil sayılmasının mümkün olup olmayacağı, buna bağılı olarak devlet başkanının görev sırasında gerçekleştirdiğı bu fiiller nedeniyle görevinin sona ermesinden sonra yargı bağıışıklığına sahip olup olmayacağıdır.

Görev başındaki alt düzeydeki devlet görevlileri ile görevi sona eren tüm devlet görevlilerinin, suçlamalar görevle ilgili fiille alakalı olsa dahi savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi bir uluslararası suç işlemekle itham edildiklerinde, fonksiyonel bağıışıklıktan yararlanmayacakları yönündeki görüş akademik literatürde, yaygın şekilde desteklenmektedir⁵⁶². Uluslararası suçlar bakımından bağıışıklığın söz konusu olmadığı görüşünü desteklemek için ise iki temel gerekçe ortaya konmuştur. Birinci gerekçeye göre, görevliler görevle ilgili fiiller bağlamında fonksiyonel bağıışıklığa sahip olsalar da, uluslararası suç

⁵⁶² **Akande**, s. 413; **Webb**, *International Judicial Integration and Fragmentation*, s. 83; Bu tür suçlarla itham edilen yabancı devlet görevlilerine karşı verilen çeşitli ulusal mahkeme kararları için bkz. **Cassese**, *The Congo v. Belgium Case*, s. 853.

boyutundaki fiiller görevle ilgili fiil sayılmazlar⁵⁶³. İkinci gerekçeye göre, bu suçlar, bağışıklık tanıyan kurallardan üstün tutulması gereken ve uluslararası hukukun en üst statüdeki kurallarını teşkil eden *jus cogens* normları (uluslararası hukukun emredici normlarını) ihlal ettiğinden ve *jus cogens* normlar yargı bağışıklığına ilişkin kurallardan üstün olacağından bu suçlar bakımından bağışıklık var olamaz⁵⁶⁴.

İçtihat hukukunda (*case law*) ise uluslararası suçlar bakımından fonksiyonel bağışıklığa bir istisna yapıp yapılamayacağı konusunda esaslı bir ayrılma durumu vardır. Bazı ulusal mahkemeler uluslararası suçlar bakımından dahi olsa bağışıklığın istisnasının olmayacağı yönünde kararlar verirken, bazı mahkemeler ise, uluslararası suçlarda bağışıklığı tanımamaktadır. Birleşik Krallık gibi bazı devletler ise bu konuda ceza ve hukuk davaları bakımından bir ayrım yapmaktadır⁵⁶⁵.

Birleşik Krallık mahkemeleri (hukuk davalarında)⁵⁶⁶, ABD⁵⁶⁷, Kanada⁵⁶⁸ mahkemeleri görevdeki ve görevi sona eren devlet görevlilerinin uluslararası suç işlemekle suçlanması halinde dahi fonksiyonel bağışıklığın uygulanacağı yönünde kararlar vermiştir. Bu kararlarda yargıçlar, devlet görevlilerinin dava edilerek

⁵⁶³ Bkz. Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet (No. 3), (1999) 2 All E.R. 97, 126-27, 149, 179, 189 (H.L.) para. 113, 166 (H.L., per Browne Wilkinson, Hutton, L.JJ.); Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, ex Parte Pinochet (No. 1), (1998) 4 All E.R. 897,939-940,945-946 (H.L., per Nicholls, Steyn, L.JJ.). Ayrıca bkz. **Alexander Orakhelashvili**, “State Immunity and International Public Order”, *German Yearbook of International Law*, 2002, Vol. 45, s. 227, 238-39; Mizushima Tomonori, “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 29, 2001, s. 283-86; **Michael A. Tunks**, “Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity”, *Duke Law Journal*, Vol. 52, 2002, s. 659-60.

⁵⁶⁴ Bianchi, bu durumu “bir uluslararası hukuk sorunu olarak *jus cogens* normların en üst düzeyde bulunmalarından ötürü diğer uluslararası hukuk kurallarından (yargısal bağışıklıklar da dâhil) önce geldiğine şüphe yoktur” diye ifade etmektedir. Bkz. **Andrea Bianchi**, “Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case”, Vol. 10, *European Journal of International Law*, 1999, s. 265; Bkz. **Roosbeh (Rudy) B. Baker**, “Universal Jurisdiction And The Case Of Belgium: A Critical Assessment”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol.16 (1), 2009, s. 166.

⁵⁶⁵ Örneğin, Lordlar Kamarası tarafından görülen bir ceza davası olan Pinochet (3) davası ile bir hukuk davası olan Jones v. Saudi Arabia davası buna örnek gösterilebilir. *Jones v. Ministry of Interior Al -Mamlaka Al -Arabiya AS Saudiya* (The Kingdom of Saudi Arabia) (2006) UKHL 26.

⁵⁶⁶ *Jones v. Saudi Arabia* (2006).

⁵⁶⁷ *Belhas v. Ya’alon* 515 F 3d 1279 (DC Cir 2008); *Re Terrorist Attacks on September 11, 2001*, 538 F 3d 71, United States Court of Appeals, 2nd Cir. 2008.

⁵⁶⁸ *Jaffe v. Miller and others* (1993), *Canada, Ontario Court of Appeal*, 95 ILR 446.

yabancı devletin bağışıklık hakkının engelleneceğini vurgulamışlardır⁵⁶⁹. UHK raportörü devlet görevlilerinin yabancı ceza yargısından bağışıklığı konusundaki bu yaklaşımı teyit etmiştir⁵⁷⁰. Bu yaklaşım UAD'nin *Arrest Warrant* davasında bir mütalaasını gerekçelendirmek için dayandığı bir yaklaşımdır.

Birleşik Krallık mahkemeleri (ceza davalarında)⁵⁷¹, Hollanda⁵⁷², İtalya⁵⁷³ ve İsviçre⁵⁷⁴ mahkemeleri, devlet görevlilerinin belli uluslararası suçlarla suçlandığı davalarda fonksiyonel bağışıklığın uygulanmayacağına karar vermiş, fakat bu mahkemeler vardıkları sonucu iki farklı temele dayandırmışlardır. İlk yaklaşım,

⁵⁶⁹ *Jones v. Saudi Arabia* (2006), Suudi emniyet görevlileri tarafından işkence gördüğünü iddia eden davacıların tazminat talebine ilişkin bu davada temel faktör, Birleşik Krallık 1978 Devlet Bağışıklığı Yasasının hukuk yargılamalarını kapsayan 1. Bölümünde insan hakları bakımından devlet bağışıklığına bir istisnanın öngörülmemiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle, bir devletin Birleşik Krallık mahkemeleri önünde insan hakları ihlali söz konusu olduğunda da yargılanması mümkün görünmemektedir. Söz konusu davada yargıçlara göre, devlet görevlisinin dava edilmesi devletin de bağışıklığının ihlali sonucuna neden olabilecektir. Lord Hoffmann, aynı durumun uluslararası mahkemeler bakımından söz konusu olmadığını belirtmiştir. Bkz. **Oliver Jones**, “Jones v. Ministry of Interior of Kingdom of Saudi Arabia, An Exercise In Interpretation”, *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, Vol. 11, 2007, s. 163-175.

⁵⁷⁰ R. A. Kolodkin (Raportör), ILC Report on Immunity of States Officials From Foreign Criminal Jurisdictions, 2011, ILC Yearbook, UN Doc. A/66/10, para 108: Raporda *ultra vires* ya da usulsüz yani hukuka aykırı olsa dahi resmi yetki içinde gerçekleştirilen eylemler bakımından dahi fonksiyonel bağışıklığın var olduğu belirtilir. UHK'nın diğer üyeleri, uluslararası hukuktaki ağır suçlarda bağışıklık olmaması ilkesinin uluslararası toplumun temel değerini teşkil ettiğini ileri sürmüş ve raportörün konuya normlar hiyerarşisi ya da aralarında çekişme olan normlar perspektifinden bakmasını tavsiye etmiştir (para. 124).

⁵⁷¹ *Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet* (No. 3), (1999) 2 All E.R. 97.

⁵⁷² *Bouterse* (judgement on appeal) (Amsterdam Court of Appeal, 2000). Bkz. L. Zegveld, “The Bouterse Case”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Aralık 2001, Vol. 32, s. 97-118.

⁵⁷³ *Lozano v. Italy*, Appeal judgement Case No: 31171/2008, ILDC 1085: Mahkemenin işlenen fiili savaş suçu olarak kabul etmemesi nedeniyle bir askerin fonksiyonel bağışıklığı yönünde karar verilen bu davada mahkeme görüşünde bir uluslararası suç durumunda bağışıklığın kaldırılabilirliğini belirtmiştir.

⁵⁷⁴ *A contre Ministère Public de la Confédération* (MPC), B, C, (2012) B.2011.140 (Federal Criminal Court of Switzerland) 1992-2000 yılları arasında Cezayir sivil savaşı sırasında savaş suçu işlediği iddia edilen Cezayir eski savunma bakanı Khaled Nezzar'ın bağışıklığıyla ilgili dava). Bu davada İsviçre Federal Ceza Mahkemesi, “bir yandan en temel insani değerlerin ağır şekilde ihlal edilmesiyle mücadele etme niyetini teyit etmek bir yandan da fonksiyonel bağışıklığa ilişkin kuralların geniş şekilde yorumunu kabul etmek birbiriyle çelişkili ve anlamsızdır...” diyerek eski savunma bakanının fonksiyonel bağışıklık talebinde bulunamayacağına karar vermiştir. Bkz. **Gabriella Citroni**, “Swiss Court Finds No Immunity for the Former Algerian Minister of Defence Accused of War Crimes: Another Brick in the Wall of the Fight Against Impunity”, <http://www.ejiltalk.org/> (E.T: 10.04.2018).

uluslararası suçların, bir devletin görevle ilgili fiilini teşkil etmediği ve bireyin özel fiili olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündedir⁵⁷⁵.

Arrest Warrant davasında UAD da verilen mütalaalardan birinde (*obiter dictum*), devlet görevlisinin görevi sona erdikten sonra fonksiyonel bağışıklığa bir istisna yaratmak adına şu şekilde muhtemel bir yol çizilmiştir:

“Bu bağışıklık sadece dışişleri bakanı görevde olduğu sürece baskın gelir ve bu süreden sonra ancak sadece görevle ilgili fiilleri bağlamında ona kalkan olmaya devam eder. Ciddi uluslararası suçlar görevle ilgili fiil olarak kabul edilemez, çünkü bu fiillerin ne normal devlet işlevleri olduğu ne de bireyin aksine tek başına devletin gerçekleştirebildiği işlevler olduğu artık literatürde gün geçtikçe daha çok iddia edilmektedir”⁵⁷⁶.

Bu görüş, *Jones v. Saudi Arabia* davasında⁵⁷⁷ Lordlar Kamarası tarafından ve *Arrest Warrant* davasında farklı mütalaasıyla *ad hoc* yargıç Van den Wyngaert tarafından eleştirilmiştir⁵⁷⁸. Söz konusu yargıçlar şunu ileri sürmüşlerdir: Bu tür suçlar tipik olarak (genellikle) sadece devlet mekanizmasıyla ve onun araçlarıyla işlenebilir. Bu fiillerin kişisel fiiller olduğunu söylemek gerçekliği saptırmaktır. Bunun da ötesinde, uluslararası suçları görevle ilgili fiiller kategorisinden çıkarmak ister istemez bir devletin kendi görevlileri tarafından işlenen bu tür suçlardan

⁵⁷⁵ Bu yaklaşım Pinochet 3 davasında Lord Hutton ve Lord Browne-Wilkinson tarafından ortaya konulmuştur.

⁵⁷⁶ Ancak uluslararası suçların resmi fiil olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin ifadeler *Arrest Warrant* kararında yer almamıştır. *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans And Buerghental, para. 85 (Pinochet 1, Pinochet 3 davalarından hareketle verilen mütalaa), <http://www.I.J.C.-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf>; Bkz. **Alebeek**, National Courts, International Crimes and The Functional Immunity Of State Officials, s. 22; **Andrea Bianchi**, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol. 46, 1994, s. 227-228; Aynı görüşün benimsendiği bir başka dava için bkz. *Eichmann case*, the Judgment of the Israel Supreme Court, 29 Mayıs 1962, 36 ILR, s. 312.

⁵⁷⁷ *Jones v. Saudi Arabia*, para. 19 (Lord Bingham), para. 72 (Lord Hoffman).

⁵⁷⁸ *Arrest Warrant*, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert, para. 36.

devletin kendisinin uluslararası hukuka göre asla sorumlu olamayacağı anlamına gelir⁵⁷⁹.

İkinci yaklaşım da bu son görüşe benzer şekilde, uluslararası hukuka göre suç sayılan fiillerin görev kapsamındaki yetkilerin kullanılmasıyla işlenebileceğini ve dolayısıyla da bunların görevle ilgili fiil teşkil edeceğini, fakat belli insan hakları ihlalleri için bir istisna olması sebebiyle, bazı suçlar bakımından bağıışıklığın kaldırıldığı yönündedir⁵⁸⁰. Bu Pinochet 3 davasında Lordlar Kamarasının bazı üyelerinin gerekçesini tarif eder. Lordlar Kamarası, Eski Şili devlet başkanı tarafından yapılan bağıışıklık savunmasını işkence suçlamaları bakımından bire altı oy çokluğuyla reddetmesine rağmen, kararın birçok özelliği fonksiyonel bağıışıklığa uluslararası suçlar bağlamında bir istisna oluşturma bakımından onun emsal karar olma gücünü engellemiştir. İlk olarak karara olumlu oy kullananların gerekçeleri

⁵⁷⁹ **Lady Hazel Fox** (Raportör), Institute of International Law, the Fundamental Rights of the Person and The Immunity From Jurisdiction in International Law, Final Report (2009) Third Commission para. 45; Aynı şekilde söz konusu mütalaa (*obiter dictum*) bağlamında Cassese, görüşünü şu şekilde izah etmiştir: “uluslararası suçlar kural olarak özel fiiller değildir... Bu suçlar çok nadiren kişinin kendi inisiyatifi çerçevesinde işlenir... Gerçekten de bireyler bu tür suçları bulundukları resmi statülerini kullanarak (kötüye kullanarak) işlerler. Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri, insanlığa karşı suçlar, soykırım gibi suçların işlenmesini emretmek, teşvik etmek, görmezden gelmek ya da işlenmesine yardım etmek herşeyden önce devlet içinde işgal edilen resmi statü sayesinde olmaktadır. İşkence durumunda (bir savaş suçu veya insanlığa karşı suç olarak değil), ‘kamu görevlisinin veya resmi yetki çerçevesinde hareket eden bir başka kişinin teşvik veya rızası’ suçun asli unsurlarından biridir.” **Cassese**, The Congo v. Belgium Case, s. 868; Bu tür fiillerin özel fiil olarak kabul edilmesinin, devletin ilgili fiiller bakımından uluslararası sorumluluğa katlanmayacağı anlamına geleceği yönünde görüş için bkz. **Alebeek**, National Courts, International Crimes And The Functional Immunity Of State Officials, s. 23; Barker da bu tür fiillerin resmi nileğinin inkârının, devletin hem iç hukuka hem de uluslararası hukuka göre var olan sorumluluğunu kaldırmak olacağını belirtmiştir. **Barker**, ‘The Future of Former Head of State Immunity After Ex Parte Pinochet, s. 943.

⁵⁸⁰ Pinochet 3 davasında Lord Millet’in görüşü, bu suçların uluslararası hukukta yasaklanmasının *jus cogens* nitelikte olması, bağıışıklık kuralından üstün gelmektedir. Ayrıca bkz. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Court of cassation of Italy, Judgement No: 5044, 128 ILR 658, 674: Bu dava, II. Dünya Savaşı’nda, Almanya’nın İtalya’yı işgal ettiği sırada, kendisinin Alman askeri kuvvetlerince, zorla Almanya’ya getirildiği ve zorla çalıştırıldığını iddia eden bir kişinin İtalyan mahkemelerinde Almanya’ya karşı açtığı bir tazminat davasıdır. İtalyan Temyiz Mahkemesi, Alman askeri kuvvetlerinin fiillerinin, *jure imperii* işlem olduğunu ve olağan koşullarda yargı bağıışıklığından faydalanacağını ifade etmiştir. Ancak Mahkemeye göre zorla çalıştırma yasağı bir *jus cogens* normdur ve *jus cogens* normlar sıradan teamül hukuku kuralı olan yargı bağıışıklığından üstündür. Mahkeme devlet bağıışıklığıyla ilgili karar verirken devlet görevlilerinin fonksiyonel bağıışıklığına da atıf yapmıştır. Bkz. **Pasquale De Sena/Francesca De Vittor**, “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case” , *The European Journal of International Law*, Vol. 16, No.1, 2005, s. 101.

birbirinden farklıdır.⁵⁸¹ İkinci olarak, dava İşkence Sözleşmesiyle sınırlıdır. Böylece, Pinochet 3 kararı bir dönüm noktası olarak alkışlanmasına rağmen fonksiyonel bağışıklığı kaldırma bakımından bu ikinci yaklaşım için bir birleştirici güç olamamıştır.⁵⁸²

Uluslararası Hukuk Enstitüsü, 2001 Vancouver Önergesinde (Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargılama ve İnfazdan Bağışıklığına İlişkin Karar) eski devlet ve hükümet başkanlarının uluslararası suç işlemekten ötürü yargılandığında bağışıklıktan yararlanmadığını belirtmiştir (md. 13)⁵⁸³. Enstitü 2009 Napoli kararında da⁵⁸⁴ (Devlet Adına Hareket Edenlerin ve Devletin Uluslararası Suçlar Bağlamında Yargı Bağışıklığına İlişkin Karar) “uluslararası suçlar bakımından uluslararası hukukça tanınan kişisel bağışıklık haricinde yargı bağışıklığı uygulanmaz” şeklinde bir maddeye yer verilmiştir⁵⁸⁵ (md. 3/1). Bu kararın çeşitli milletlerden en nitelikli yazarlar ile ulusal ve uluslararası mahkeme yargıçlarının düşüncelerini temsil ettiği söylenebilir.

Sonuç olarak görevi sona eren kamu görevlilerinin ve dolayısıyla devlet başkanlarının uluslararası suçlar bakımından bağışıklığını kabul etmeme yönünde bir

⁵⁸¹ Örneğin, Browne Wilkonson, Hope, Saville, İşkenceye Karşı Sözleşme’ye taraf olmakla devletlerin fonksiyonel bağışıklıktan zımnen feragat ettikleri düşüncesine dayanmaktadır. Onlara göre aksi durumda işkencenin cezalandırılması söz konusu olamayacaktır. Diğer üç Lord (Hutton, Millet, Philips) ise daha geniş bir yaklaşım benimsemiş ve uluslararası suçların ve ülke dışı yetkinin (dolayısıyla evrensel yargı yetkisinin) gelişiminin fonksiyonel bağışıklığın varlığıyla bağdaşmadığı düşüncesine dayanmışlardır.

⁵⁸² Bunun gelecekte değişmesi mümkün olabilir. İsviçre Federal Ceza Mahkemesi, 2012’de Khaled Nezzar davasında Cezayir savunma bakanının savaş suçları bakımından konu bağışıklığını ileri süremeyeceğine karar verdiği davada, uluslararası hukuk düzeninin temel değerlerine aykırı fiilin aynı hukuk düzeninin kuralları tarafından korunmasının mantığa aykırı, çelişkili bir durum olacağını belirtmiş ve kararını desteklemek için Pinochet 3 davasına atıf yapmıştır. Bkz. **Gabriella Citroni**, Swiss Court Finds No Immunity for the Former Algerian Minister of Defence Accused of War Crimes: Another Brick in the Wall of the Fight Against Impunity, <http://www.ejiltalk.org> (E.T: 10.10.2016)

⁵⁸³ Institute of International Law (IIL), Resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, Resolution of Vancouver Session (2001) http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2001_van_02_en.pdf.

⁵⁸⁴ Institute of International Law (IIL), Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes, Resolution of Napoli Session (2009).

⁵⁸⁵ Uluslararası Hukuk Enstitüsünün Vancouver Önergesinde de, kişisel bağışıklığın uluslararası suçlardan etkilenmeyeceği sonucuna varılmıştı.

eğilim olmasına rağmen bunun dayanağı açık değildir. Bu sebeple, ulusal ve uluslararası mahkemelerin mevcut uygulamasına bakıldığında fonksiyonel bağışıklığın neye göre (hangi koşullara göre) uluslararası suçlar bakımından kaldırılacağına hala net olmadığını söylemek mümkündür.

Uluslararası suçlar bakımından devlet başkanının konu bağışıklığı hususunda önde gelen davalar, bir ulusal mahkeme olarak Lordlar Kamarası tarafından görülmüş olan Pinochet davaları ve UAD'nin *Arrest Warrant* davasıdır. Varılan sonuçlar birbirine yakın olsa da mantıki temellerin birbirinden farklı olduğu bu davalar değerlendirdiğinde de görülecektir.

1. Arrest Warrant Davası

Arrest Warrant davasında asıl dava konusu görevdeki dışişleri bakanının kişisel bağışıklığı olmasına rağmen, UAD, fonksiyonel bağışıklık bakımından da bir değerlendirme yaparak, dışişleri bakanı Yerodia'nın görevinden ayrıldıktan sonraki durumu hakkında şunları belirtmiştir:

“Dışişleri bakanı görevi sona erdikten sonra artık diğer devletlerde uluslararası hukukun tanıdığı bağışıklıkların hepsinden yararlanamaz. Bir devletin mahkemesinin uluslararası hukuka göre yargılama yetkisine sahip olması koşuluyla, bu devlet mahkemesi görevden önce ve görevden sonra işlediği fiiller bakımından ve görev süresince gerçekleştirdiği özel fiiller bakımından eski dışişleri bakanını yargılayabilir⁵⁸⁶.

Bir görüşe göre, görev süresince resmi yetki çerçevesinde gerçekleştirilen fiillerin muhtemel yargılamanın dışında bırakılmasıyla, bu paragraf uluslararası suçlar bakımından fonksiyonel bağışıklığın bir istisnasının varlığının inkâr edildiği şeklinde yorumlanmaktadır⁵⁸⁷. Çünkü uluslararası suçlar da görev süresince resmi yetki çerçevesinde hareket edilirken gerçekleşmektedir. Benzer yönde bir başka

⁵⁸⁶ *Arrest Warrant*, para. 61.

⁵⁸⁷ **Gaeta Paola**, “*Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The Hissène Habré Case*”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, s. 189.

görüŖe göre, Divan bu yönde karar vererek, bir anlamda görevi başında olan üst düzey devlet görevlileri ile bu görevden ayrılmış kişiler için aynı bağışıklıkları kabul etmiş olmaktadır. Bir başka ifadeyle, Divan, eski dışışleri bakanları ve tabii ki devlet başkanı ve diğeri üst düzey devlet görevlilerinin görevleri kapsamında gerçekteştirdikleri fiillerinden ötürü sınırsız bağışıklıklarının olduğunu kabul etmiş görülmektedir⁵⁸⁸. Aslında tüm bu yorumlar ve belirsizlik UAD'nin uluslararası hukukun suç saydığı fiillerin asla görevle ilgili fiil olarak kabul edilemeyeceğini açıkça ortaya koymamasından kaynaklanmaktadır. UAD'nin verdiği kararda bunu açıkça belirtmemesi eleřtirilmektedir⁵⁸⁹.

Davada ortaya konan bu mütalaa, uluslararası suç işlemekle itham edilen kişiler için fonksiyonel bağışıklığın var olmadığı yönündeki ulusal mahkeme kararlarının çoğunluğuyla tezat teşkil etmektedir⁵⁹⁰. Bu kararın, EYUCM Temyiz Dairesinin *Blaskić* davasında verdiği karara da ters düştüğü görülmektedir⁵⁹¹. Temyiz Dairesi uluslararası suçlar bakımından fonksiyonel bağışıklığın bir istisnasının var

⁵⁸⁸ **Wirth Steffen**, "Immunity for Core Crimes? The I.J.C.'s Judgment in the Congo v. Belgium Case", *European Journal of International Law*, Vol.13, No. 4, 2002, s. 881; **Aksar**, Belçika Kararı, s. 136; Aslında bu görüşler, görüş sahiplerinin uluslararası suçları görevle ilgili fiil kapsamında görüp görmemesine göre değişir. Bu yüzden aslında öncelikli olarak uluslararası suçların görevle ilgili fiil sayılıp sayılmayacağını açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu konu ise daha çok Pinochet davasında tartışılmıştır.

⁵⁸⁹ Universal Jurisdiction: Belgian court has jurisdiction in Sharon case to investigate 1982 Sabra and Chatila killings, Amnesty International May 2002, s. 17, <https://www.amnesty.org/download/.../ior530012002en.pdf> (E.T: 10.04.2018).

⁵⁹⁰ Bkz. **Cassese**, *International Criminal Law*, s. 305; Örneğin, 1982 yılında Lübnan'da Sabra ve şatilla mülteci kamplarındaki binlerce Filistinli sivilin ölümünden sorumlu tutulan İsrail başbakanı Ariel şaron ve İsrail silahlı kuvvetleri Komutanı Amos Yaron aleyhine açılan davada Belçika Temyiz Mahkemesi, davanın görülmeye başlandığı sırada görev başında olması nedeniyle sadece şaron'un kişisel bağışıklıktan yararlanacağına, buna rağmen uluslararası hukuka göre suç sayılan fiillerin söz konusu olduğu durumlarda fonksiyonel bağışıklığın görevi sona ermiş olan devlet görevlilerine koruma sağlayamayacağı gerekçesiyle Yaron'un bağışıklıktan yararlanamayacağına karar vermiştir. *H.S.A. v. A.S. and Y.A.*, Court of Cassation of Belgium, 12 Feb. 2003, No. P.02.1139.F, 127 ILR. 110, s. 123.

⁵⁹¹ Bu karar *Arrest Warrant* davasından daha önce (1997 yılında) alınmış bir karardır. Bu davada EYUCM, eski üst düzey devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığı kuralını, sorumluluğu bizzat kamu görevlisinden alıp, kamu görevlisinin adına hareket ettiği ve onun hedefleri doğrultusunda suç teşkil eden fiili gerçekteştirdiği devlete yükleyen bir savunma olarak tanımlamıştır. Kamu görevlileri bir devlet politikası gereğince resmi yetki çerçevesinde hareket ettiklerinde, onların bu fiili sadece devlete atfedilebilir, bu da onların şahsi olarak değil devlet adına üstlendikleri fiilden ötürü cezalara ya da yaptırımlara konu olamamasının sebebidir. *Prosecutor v. Blaskić*, para. 38.

olduğuna yönelik şu tespitlerde bulunmuştur: “Fonksiyonel bağışıklığın bu istisnaları, savaş suçu, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçunu yasaklayan uluslararası ceza hukuku normlarından kaynaklanmaktadır. Bu normlara göre, bu tür suçlardan doğacak sorumluluk, bu suçlar resmi yetki çerçevesinde hareket ederken işlenmiş olsa dahi, ulusal ve uluslararası yargı yetkisinden bağışıklığa imkân vermez”⁵⁹².

Arrest Warrant davasına kişisel bağışıklık bakımından yapılan eleştiriler, esasında fonksiyonel bağışıklık için de geçerlidir. UAD'nin bu kararı, uluslararası ceza hukuku ve özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu alanda oluşan uluslararası teamül hukukundaki gelişmeleri dikkate almamış olması nedeniyle eleştirilebilir niteliktedir⁵⁹³. Divan, bu kararı alırken Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, BM'nin Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurduğu Savaş Suçluları Mahkemeleri düzenlemelerini ve uygulamalarını, daha da önemlisi Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü düzenlemelerini göz önünde tutmamıştır. Bu tutumunun gerekçesi ise, bu tür düzenlemelerin ulusal uygulamalarla hiçbir ilgisinin olmadığu yönündedir⁵⁹⁴.

Uluslararası Adalet Divanı'nın, üst düzey devlet görevlilerinin yargı bağışıklığu yönünde *Arrest Warrant* davasında almış olduğu karar, kendi kararlarıyla da çelişmektedir. şöyle ki, Divan, Tavsiye Kararı niteliğindeki *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler Davası'nda* en ağır uluslararası suçlardan biri olan soykırım

⁵⁹² *Prosecutor v. Blařkić* , para. 41.

⁵⁹³ **Aksar**, Belçika Kararı, s. 133.

⁵⁹⁴ Fakat UAD'nin göz ardı ettiğu husus, bu mahkemelerin uluslararası teamül kurallarını uyguladığu ve bu kuralların gerek uluslararası gerekse ulusal mahkemeleri bağlayıcı nitelikte olduğudur. Bkz. **Aksar**, Belçika Kararı, s. 140; Söz konusu mahkemelerin konuyla ilgili düzenlemeleri ileriki bölümde ele alınacaktır. Burada sadece, genel olarak bu mahkemelerin statülerinde, kişilerin devlet içinde sahip oldukları özel sıfatın veya makamın onları bu tür suçlardan bireysel olarak sorumlu olmaktan kurtarmayacağu yönündeki düzenlemelerin var olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

suçu ile ilgili, bireylerin resmi statü veya görevlerinin onları cezai sorumluluktan kurtaramayacağının bir teamül hukuku kuralı oluşturduğu yönünde karar vermiştir⁵⁹⁵.

2. Pinochet Davaları

General Augusto Pinochet, 11 Eylül 1973'te ABD'nin desteğiyle yapılan bir askeri darbe ile sosyalist başkan Salvador Allende'yi devirerek iktidara gelmiş ve Şili'nin devlet başkanı olmuştur. Bu darbeye dünyanın seçimle başa gelmiş ilk sosyalist hükümeti devrilmiş ve yerine 17 yıl süren bir diktatörlük kurulmuştur. İşkence, cinayet ve siyasi muhaliflerin rehin alınması gibi ciddi insan hakları ihlalleri, Pinochet'in 1990 yılına kadar sürecek olan başkanlığına damgasını vurmuştur⁵⁹⁶. General Pinochet, yönetimde kaldığı süre boyunca içinde Şili vatandaşlarıyla birlikte Arjantin, İspanyol ve İngiliz vatandaşlarının da bulunduğu binlerce insanın öldürülmesinden, kaybolmasından, kaçırılmasından, sistemli olarak işkenceye tabi tutulmasından sorumlu tutulmuştur. Pinochet 1998'de tedavi amacıyla Londra'ya seyahat ettiğinde, İspanyol yargıç Baltazar Garzon'un çıkardığı uluslararası tutuklama kararı ve İspanya'nın Pinochet'i yargılayabilmek için İngiltere'den kendisine iade etmesini istemesi üzerine Pinochet İngiltere'de mahkeme kararıyla tutuklanmıştır. Pinochet'in avukatları, devlet başkanlarının görevleri sona ermiş olsalar dahi Uluslararası Hukuk ve İngiliz Hukukuna göre bağışıklıklarının bulunduğu ve İngiliz mahkemelerinin yargılama yetkisinden bağışık oldukları gerekçesiyle tutuklama kararları aleyhine bölge mahkemesine başvurmuşlardır. Bölge mahkemesi, davacının ceza ve iade işlemlerinden muaf olduğu, iddia olunan suçlara ilişkin olarak bağışıklığı bulunduğu kararına varmış ve Pinochet kefaletle serbest bırakılmıştır. Bu karara karşı ilgili emniyet birimleri ve İspanyol hükümeti Lordlar Kamarasına temyiz başvurusu yapmıştır. Uluslararası Af Örgütü de davaya müdahil olarak katılmıştır. Bunu takip eden yargılamalarda,

⁵⁹⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, (Bosnia And Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment, 1. C. J. Reports 1996, s. 595. para. 1; Bu konunun detaylı analizi için bkz. Aksar, Belçika Kararı, s. 142.*

⁵⁹⁶ Bkz. **Nigel S. Rodley**, "Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 69, No. 1, 2000, s. 16-17.

uluslararası hukuka göre suç sayılan fiilleri işlemekle itham edilen eski devlet başkanlarının fonksiyonel bağışıklıklarının bulunup bulunmadığı sorunu, asıl mesele haline gelmiştir. Bir başka ifadeyle, Pinochet'in kendisine karşı iddia edilen suçlardan ötürü yargılanmasına başlanabilmesi için öncelikle ele alınması gereken konu, yargı bağışıklığına sahip olup olmadığıdır. Nitekim Lordlar Kamarası, ikiye karşı üç oyla Şili eski devlet başkanının bağışıklığının bulunmadığı ve yargılanabileceği yönündeki ilk kararını vermiştir⁵⁹⁷. Ancak daha sonra, Pinochet'in avukatları, eski devlet başkanının 'yargılanabileceği' kararını veren üç Lord'tan biri olan Lord Hoffman'ın tarafsız olmadığını ileri sürerek kararın yeniden ele alınmasını istemişlerdir⁵⁹⁸. Lordlar Kamarası davanın yeniden görülmesine karar vermiştir ve daha sonra aldığı üçüncü kararla eski devlet başkanı Pinochet'in işkence fiilleri söz konusu olduğunda fonksiyonel bağışıklıktan yararlanamayacağını teyit etmiştir⁵⁹⁹. Pek çok devlette alınan yargısal kararlara etki etmesi ve yeni fikirler yaratılmasına vesile olması, bu davaların "Pinochet etkisi"⁶⁰⁰ şeklinde ifade edilmesine sebep olmuştur. Bu sebeple birinci ve üçüncü Pinochet davalarının üzerinde durulması konumuz açısından yararlı olacaktır.

⁵⁹⁷ *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 1)*, (1998) 4 All ER 897.

⁵⁹⁸ Lord Hoffman, dava öncesi davaya müdahil olarak katılan Uluslararası Af Örgütü ile olan bağlantılarını açıklamamış olması nedeniyle İngiliz kamuoyunda mahkemenin tarafsızlığı konusunda büyük tartışmalar yaşanmıştır. Lord Hoffman'ın, uzun bir süre Uluslararası Af Örgütü'ne bağlı bir vakıf tarafından istihdam edildiğini belirten, bunun Hoffman'ın tarafsızlığını doğrudan etkileyen ve tartışılır kılan bir unsur olduğunu belirten avukatların itirazları, Lordlar Kamarası'nın tayin ettiği beş yeni hâkim tarafından incelenmiş ve Lordlar Kamarası hâkimleri, avukatların yaptıkları itirazın haklı olduğuna ve konunun yeniden ele alınmasına yönelik ikinci bir karar almış ve Lord Hoffman'ı davadan almıştır. *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, (1999) 1 All ER 577; **Andrea Bianchi**, "Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case", *The European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, s. 243; **Bruce Broomhall**, "International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law", Oxford University Press, 2004, s. 132; **İbrahim Kaya**, Pinochet Davası: İnsan Hakları Pinochet'ye Karşı, *Liberal Düşünce*, S. 16, Güz, 1999, s. 131.

⁵⁹⁹ *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, (1999) 2 All ER 97.

⁶⁰⁰ Bkz. **Reed Brody/ Michael Ratner**, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet Ugarte in Spain and Britain*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000; **Naomi Roht-Arriaza**, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, University of Pennsylvania Press, 2010.

a) Pinochet (1) Davası

Lordlar Kamarası, 25 Kasım 1998’de ikiye karşı üç oy çokluğuyla devlet başkanı Pinochet’in insanlığa karşı suç işleme iddiaları üzerine yapılacak yargılamalardan ve iade edilmekten muaf olmadığı yönünde karar vermiştir. Bu karara göre Pinochet’in Şili devlet başkanı olarak sahip olduğu statü, bu tür suçlar bağlamında ona bağışıklık bahsedemez.

Lordlar Kamarasını oluşturan ve davaya bakan beş hukuk Lordu, eski devlet başkanlarının görevleri başında oldukları süre içinde görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri fiillerle ilgili olarak Birleşik Krallık’ın cezai yargılama yetkisi bakımından bağışıklığa sahip oldukları konusunda aynı fikirdedirler. Mahkeme üyeleri arasındaki görüş ayrılıkları, dava konusu hukuk kurallarının farklı yorumlanmasında kendini göstermektedir⁶⁰¹.

Mahkeme üyelerinin bir kısmı devlet başkanlarının görevlerini yerine getirirken yaptıkları tüm eylemlerinden dolayı bağışıklığa sahip olduklarını belirterek mutlak bir bağışıklık anlayışı ortaya koymuştur. Diğerleri ise “görevleriyle ilgili” deyiminin altını çizerek uluslararası hukukun suç saydığı fiillerin devlet başkanlarının görevleriyle ilgili kabul edilemeyeceğini, bir başka ifadeyle devlet başkanlarının görevlerinin sadece uluslararası hukukun tanıdığı ve meşru kabul ettiği eylem ve işlemler olduğunu belirtmişlerdir⁶⁰².

⁶⁰¹ Davada yorumlanmaya çalışılan hukuk kuralları 1961 Diplomatik İlişkilere İlişkin Viyana Sözleşmesi, md. 39/2, 32/2, 1978 tarihli Birleşik Krallık Devlet Bağışıklığı Kanunu (State Immunity Act-SIA) md. 20, BM Rehin Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşme, BM İşkence Sözleşmesi’dir.

⁶⁰² **Kaya**, s. 131; Alınan kararda çoğunluğu oluşturan görüş, ikinci görüştür. Lord Nicholls, Lord Steyn, Lord Hoffman’ın bu görüşü desteklemesine karşın, Lord Slynn ve Lord Lloyd ise karşı görüşü savunmuştur. Azınlık görüşüne göre, eski devlet başkanları işkence fiilleri söz konusu olsa bile fonksiyonel bağışıklıktan yararlanırlar. Bu görüşü savunan her iki hukuk Lordu da Pinochet tarafından işlendiği iddia edilen suçların görevle ilgili fiil teşkil ettiğini ve bunların devlet otoritesinin kapsamında olduğunu belirtmişlerdir. *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 1)*, (1998) 4 All ER 897, 74, 95-96, Lord Lloyd, devletin araçları işkence ve rehin alma suçlarının işlenmesine yardımcı olduğu için, bu fiillerin kendi inisiyatifi ve imkânları çerçevesinde işlenmiş olamayacağına, dolayısıyla görevle ilgili olduğuna işaret etmiştir; Lord Lloyd, birkaç yıl sonra UAD tarafından *Arrest Warrant* davasında önerilecek olan alternatif bir yol ortaya koymuştur. Pinochet’in kendi ülkesinin bağışıklıktan feragat etmesi koşuluyla, kendi ülkesinde ve yargı yetkisine sahip olduğunu öne süren bir başka ülkede veya özel olarak

Bu kararda çoğunluğu oluşturan hukuk lordları, uluslararası hukuka göre suç sayılan belli fiilleri işlemekle suçlanan eski devlet başkanlarının konu bağışıklığının kaldırılmasından yanadır. Lord Nicholls, Steyn ve Hoffmann işkence ve rehin alma fiillerinin⁶⁰³ bir devlet başkanının işlevlerinin kapsamı dışında kaldığı için bu fiiller bakımından fonksiyonel bağışıklığın mevcut olmadığını belirtmişlerdir⁶⁰⁴. Suç üniforma içinde ya da emir komuta zinciri içinde işlenmiş olsa dahi veya bir devlet başkanı tarafından yetkilendirilen bir kişi tarafından işlenmiş olsa bile özellikle sistematik olarak işlenen işkence fiilleri resmi görev olarak sayılamaz⁶⁰⁵. Lord Steyn, uluslararası hukuk II. Dünya Savaşı'ndan itibaren çok önemli gelişim ve değişime uğramış olduğundan, bu tür ağır suçların işlenmesini bir devlet başkanının görevi dâhilinde gerçekleştirdiği fiiller olarak kabul etmenin artık zor görüldüğünü belirtmiştir⁶⁰⁶.

oluşturulmuş bir mahkeme önünde ya da kurulduğu zaman UCM önünde yargılabileceğini ve bağışıklıktan bir feragat olmadığı sürece suçlanan kişinin diğer devletin ulusal mahkemeleri önünde yargılanmakla yüz yüze kalamayacağını belirtmiştir. *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 1)*, (1998) 4 All ER 897, 98.

⁶⁰³ Bu fiiller, uluslararası sözleşmelerle suç olarak tanımlanmıştır ve bu sözleşmeler sözleşmeye taraf devletlere evrensel yargı yetkisini tanımıştır. Rehin Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşme (International Convention Against Taking of Hostages), 17 Aralık 1979'da imzalanmış, 3 Haziran 1983'te yürürlüğe girmiştir; İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), (bundan sonra İşkenceye Karşı Sözleşme), 10 Aralık 1984'te imzalanmış, 26 Temmuz 1987'de yürürlüğe girmiştir.

⁶⁰⁴ *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 1)*, (2000) 1 A.C. 61, 110; Lord Steyn, failin cezalandırılabilirliği fiiller kategorisine soykırım ve insanlığa karşı suçları da dâhil etmiştir. Bkz. aynı karar, s. 115-116.

⁶⁰⁵ **Ruth Wedgwood**, "Augusto Pinochet and International Law", *McGill Law Journal*, Vol. 46, 2000, s. 244.

⁶⁰⁶ *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 1)*, (2000) 1 A.C.61, 115; Barker'a göre, eğer fiiller devlete atfedilebilir fiiller ise, devlet görevlileri tarafından işlenen uluslararası suçlar kural olarak görevle ilgili fiillerdir. Bu tür fiiller için kritik ölçütün devlete atfedilebilirlik olduğu fikrine katıldıktan sonra Barker şunu belirtir: "bu tür suçların görevle ilgili olma niteliğini inkâr etmek gerçeği hiçe saymaktır. **Barker**, *The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet*, s. 943; Sonuç olarak uluslararası hukuka göre suç sayılan fiiller bakımından bağışıklık ancak bir istisna yaratan ayrı bir kural ile kaldırılabilir. **Akande**, s. 407, 414; **Alabeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 223; Benzer yönde görüş sahibi **Fox**, bu fiillerin göreve ilişkin devlet fiili olduğunu kabul ederek ve konuya bu perspektiften bakarak uluslararası suçlar bakımından bağışıklığın ortadan kalkmasının ancak bu suçları işleyen bireyler bakımından cezai yargılamadan devlet bağışıklığına bir istisna yaratmakla mümkün olabileceğini

Lord Steyn'e göre, sorumlu tutulabilmek için Pinochet'in bu fiilleri bizzat gerçekleştirmesi gerekmez. Bu suçların, onun emirleri ve bilgisi dâhilinde işlenmesi yeterlidir. Örneğin, Hitler'in soykırım emirlerini vermesi, soykırım fiillerini bizzat yerine getirmemiş olsa dahi onun sorumluluktan kurtulmasını gerektirmez ve bu fiiller devlet başkanlarının görevleriyle ilgili sayılamazlar⁶⁰⁷. Nitekim savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu gibi uluslararası toplumu ve insanlığı derinden etkileyen suçlar, genellikle bir devlet politikası şeklinde, üst düzey devlet görevlilerinin bilgisi ve planı çerçevesinde işlenmektedir. Bu suçlara uluslararası ciddi suç niteliği kazandıran, bu suçların geniş çaplı ve yaygın bir şekilde işlenmesidir. Bu suçların da devlet başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin bilgisi olmadan işlenmesi mümkün değildir⁶⁰⁸. Sonuç olarak, dava sonucunda savaş suçları, soykırım veya insanlığa karşı suçların resmi görev kapsamında sayılamayacağı yönündeki karar, uluslararası alanda örnek alınması gereken önemli bir karardır. Aksi yönde bir sonuca ulaşmak, hem bireylerin, hem de devletin uluslararası düzeyde sorumlu olmayacağı anlamına gelir ki bu da uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku alanında gelişme kaydetmeye çalışan modern hukuk anlayışı bakımından kabul edilmesi mümkün görünmemektedir⁶⁰⁹.

b) Pinochet (3) Davası

Mahkeme heyetinin tarafsız olmadığı yönündeki itiraz üzerine yeniden bir mahkeme heyeti oluşturulmasına ve davanın tekrar ele alınmasına karar verildi⁶¹⁰.

belirtmektedir. **Hazel Fox**, "The Pinochet Case No 3", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, 1999, s. 696.

⁶⁰⁷ *R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte*, (1998) 4 All E.R. 897.

⁶⁰⁸ **Marina Spinedi**, "State Responsibility v. Individual Responsibility tor International Crimes: Tertium Non Datur?", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2002, s. 895.

⁶⁰⁹ **Aksar**, Belçika Kararı, s. 144.

⁶¹⁰ Bu itiraz üzerine görülen dava Pinochet 2 davası olarak ifade edilir. Bu dava yargıçlardan birinin, davanın müdahili olan Uluslararası Af Örgütüne daha önceden üyeliği bulunması nedeniyle, tarafsız olamayacağı gerekçesiyle eski kararın geri alınmasına ilişkin bir davadır. Davada sadece eski kararın iptali ve davayı yeniden görmek üzere yeni bir dava heyetinin oluşturulması kararı alınmıştır. Esasa ilişkin bir inceleme yapılmadığından, dava Mahkemenin çok fazla zamanını

Ancak, kurulan Lordlar Kamarası, bire altı oyla eski devlet başkanının işkence fiilleri söz konusu olduğunda fonksiyonel bağışıklığının ortadan kalktığı yönünde karar vererek aslında Pinochet (1) davasındaki sonuca vardı.

Pinochet tarafı, görevi sona eren devlet başkanlarının görevle ilgili fiillerinden ötürü ulusal mahkemeler önünde yargılanamayacağını, bu nedenle de İngiltere mahkemelerince Pinochet hakkında tutuklama kararı çıkartılmasının ve yargılanmasının uluslararası hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Esasında görevle ilgili fiiller bakımından fonksiyonel bağışıklığın varlığı konusunda hem Lordlar Kamarası üyelerinin fikirleri⁶¹¹ hem de ulusal⁶¹² ve uluslararası hukuk kuralları aynı yöndedir. Asıl görüş ayrılıklarına neden olan husus, hangi fiillerin görevle ilgili fiil kapsamında sayılacağı, dolayısıyla işlendiği iddia edilen suçların görevle ilgili fiil kapsamında tutulup tutulmayacağıdır.

Pinochet tarafı, devlet başkanlarının görevlerini yerine getirirken yapmış oldukları herhangi bir fiilin görevle ilgili fiil sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Lordlar Kamarası, Pinochet (3) kararında Birleşik Krallık Devlet Bağışıklığı Kanunu 20. maddesi, 1961 DİHVS'nin 39/2. maddesi, bu Sözleşmeden etkilenilerek kabul edilen 1964 Diplomatik Ayrıcalıklar Kanunu'na göre, eski bir devlet başkanının, devlet başkanı olarak resmi görevi kapsamında gerçekleştirdiği fiillerden ötürü Birleşik Krallık'ta cezai yargılamalardan bağışık olduğu görüşüne sahip olmalarına rağmen, Sözleşmeye taraf devletlere *aut dedere aut judicare* (iade et ya da yargıla ilkesi) yükümlülüğü yükleyen İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin yürürlüğe

almamıştır. Bkz. **Kate Malleson**, "Judicial Bias and Disqualification after Pinochet (No. 2)", *The Modern Law Review*, Vol. 63, No. 1, 2000, s. 119-127.

⁶¹¹ Eski bir devlet başkanı olarak Pinochet'in pozisyonu zorluklar yaratmasına rağmen bunlar aşılamayacak nitelikte değildir. Bu davalar İngiltere mahkemelerini bağışıklık konusu üzerine gitmeye zorlamış ve İngiltere görevle ilgili olan ve olmayan fiiller arasında ayırım ortaya koyarak ve uluslararası hukuk suçlarının görevle ilgili fiil teşkil edemeyeceğine karar vererek bu soruna çözüm bulmaya çalışmıştır. Ayrıca, Mahkemeler, görev başındaki devlet başkanının uluslararası bir mahkeme tarafından yargılanması hariç diğer mahkemelerde yargılanamayacağı konusunda aynı fikre varmışlardır. **Naomi Roht-Arriaza**, *The Multiple Prosecutions of Augusto Pinochet*, E.L. Lutz and C. Reiger (eds.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, 2009, s. 91.

⁶¹² Örneğin, 1978 U.K. State Immunity Act (Devlet Bağışıklığı Kanunu) 1978, md. 20; 1964 U.K. Diplomatic Privileges Act (Diplomatik Ayrıcalıklar Kanunu), md. 31(1) c.

girmesinin işkence fiilleri bakımından fonksiyonel bağışıklığı geçersiz kıldığına da hükmetmiştir⁶¹³. Bir başka ifadeyle, Lordlar, kararlarını *jus cogens* veya uluslararası teamül hukuku gibi temellere dayandırmak yerine, devlet görevlisinin (olayda eski devlet başkanı Pinochet'in) bağışıklığının sınırını Şili'nin kendisinin taraf olduğu İşkence Sözleşmesi'ne dayandırmıştır. Mahkeme heyeti, görevdeyken gerçekleştirilen tüm fiillerin yargı yetkisinden fonksiyonel bağışık sayılması halinde, sadece işkence fiillerine yer verdiği için Sözleşme'nin etkililiğinin ortadan kalkacağını belirtmiştir. Çünkü fiilin bir uluslararası suç olarak nitelendirilebilmesi için Sözleşmede işkence fiilinin “kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki, rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı” olduğundan bahsedilmektedir (md. 1).

1999'da Lordlar Kamarası suçlunun iadesine ilişkin yargılamalarda General Pinochet'in bağışıklık savunmasını reddettiğinde pek çok kişi tarafından, bu kararın uluslararası suçlardan fonksiyonel bağışıklığın son bulduğunun ve uluslararası suç işlemekle itham edilen yabancı devlet görevlilerinin ulusal mahkemelerce yargılanmalarının gün geçtikçe daha çok kabul edildiği yeni bir çağın başlangıcının işareti olduğu ümit edilmişti. Ancak takip eden uygulamalar, bu konuda çok iyimser olunduğunu kanıtladı. Pinochet'in fonksiyonel bağışıklığını reddeden karar, bağışıklık hukuku alanında hukuki gelişmeyi etkileyen bir dönüm noktası olmasına rağmen, bu dava fonksiyonel bağışıklığın uluslararası suç işlemekle itham edilen kişiler bakımından mevcut olmadığı yönünde genel bir ilke kuramamıştır. Daha doğrusu, Lordlar Kamarası, Şili eski devlet başkanının bağışıklık savunmasını 1984 İşkence Sözleşmesi'ne göre işkence fiilleri üzerinde evrensel cezai yargı yetkisi kullanma yükümlülüğünden ötürü⁶¹⁴ reddetmek durumunda kalmıştır⁶¹⁵. Dolayısıyla,

⁶¹³ *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion, para. 42; **Wedgwood**, s. 245; Sözleşme temelli evrensel yargı yetkisi olarak *aut dedere aut judicare* yükümlülüğü tanımı için bkz. **Bruce Broomhall**, “Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law”, *New England Law Review*, 2001, Vol. 35, s. 399.

⁶¹⁴ Pinochet davasındaki varılan karara bakıldığında, esasında uluslararası teamül hukukuna göre işkence yasağı mevcut teamül hukuku kuralı olan fonksiyonel bağışıklık kuralına üstün gelmemiştir. Bundan ziyade, İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi sayesinde başarı sayılabilecek bu karara ulaşılmıştır. İspanya, Birleşik Krallık ve Şili söz konusu Sözleşmeye taraf olan devletlerdir.

bu Sözleşmeye taraf olmayan devletler bakımından bir yükümlülük doğurmaması sebebiyle ve Sözleşmeye taraf olsa dahi devletlere sadece işkence suçuyla alakalı olarak bu türden bir yargılama veya iade etme yükümlülüğü getirmesi nedeniyle, bu dava fonksiyonel bağışıklık bağlamında istisnai bir kural yaratmada yetersiz kalmıştır. Bu dava hiç şüphesiz ki ulusal mahkemelerin yabancı devlet görevlileri tarafından işlendiği iddia edilen uluslararası suçları soruşturma girişimlerini teşvik etmiştir⁶¹⁶. Ancak buna rağmen ulusal savcılar ve mahkemeler, yabancı devlet görevlilerine karşı yapılan iddialara karşı veya bu kişileri yargılamaya kalkışmak konusunda hala dikkat çekici ölçüde suskun kalmaktadırlar⁶¹⁷. Dünya çapında mahkemelerin birbirine benzer davalarda önemli derecede farklı yaklaşımlar sergilemeleri, uluslararası suçlarla fonksiyonel bağışıklık kuralı arasındaki ilişkiye ilişkin sorununun çözülmekten hala çok uzak olduğunu kanıtlamaktadır⁶¹⁸.

3. Hissène Habré Davası

Hissène Habré, 1982 yılında gerçekleştirdiği darbe ile iktidara gelmiş ve yine bir darbeyle iktidardan uzaklaştırıldığı ve sürgüne gönderildiği 1990 yılına kadar

Bu yüzden de Sözleşmeyle bağlıdırlar ki Birleşik Krallık da bu Sözleşmeye dayanarak yargı yetkisini kullanmıştır.

⁶¹⁵ Lordlar Kamarası 2006 yılında *Jones v. Saudi Arabia* davasında da bunu teyit etmiştir (ki bu davada devlete atfedilebilen fiiller bağlamında devlet görevlilerinin kural olarak yargılamadan bağışık olduğuna ve işkence fiillerinden ötürü uğranılan zararın tazmini için dava edilen Suudi devlet görevlilerine bağışıklık tanındığına karar vermiştir). Lord Hoffmann, Pinochet davasında İşkence Sözleşmesi, işkence iddialarından ötürü yapılacak cezai yargılama bakımından bu kurala bir istisna koymasına rağmen, “hukuk yargılamaları bakımından devlet bağışıklığına istisna yaratan bir şey söz konusu Sözleşmede bulunmamaktadır” demektedir. *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, (2006) UKHL 26, para 46.

⁶¹⁶ Pinochet davası, uluslararası suçların bağışıklık konusu olmayacağını teyit etmesi bakımından uluslararası hukukta bir dönüm noktasıdır (görev başındaki devlet başkanları hariç). Diğer mahkemeler bu kararı takip etmiş, bir başka ülkede işlenen soykırım, işkence suçları nedeniyle Hollanda, Almanya, Fransa, ABD gibi ülkelerde çeşitli yargılamalar yapılmıştır. *Arriaza*, *The Multiple Prosecutions of Augusto Pinochet*, s. 92.

⁶¹⁷ Bkz *Ellen Lutz/ Caitlin Reiger* (eds.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, 2009; R. A. Kolodkin (Raportör), *Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/631 (2010), para. 12-16.

⁶¹⁸ *Alabeek*, *National Courts, International Crimes and The Functional Immunity Of State Officials*, s. 6.

Çad'ın liderliğini yapmıştır. Başkanlığı süresince sistematik işkence ve insanlığa karşı suçlar dâhil ciddi uluslararası suçları işlediği iddia edilmiştir⁶¹⁹. Hakkında ilk kez dava açıldığı 2000 yılına kadar sürgünde olduğu Senegal'de kendisine rahat şekilde yaşama imkânı verilmiştir⁶²⁰. Fakat Dakar İstinaf Mahkemesi ve en nihayetinde de Temyiz Mahkemesi Senegal mahkemelerinin bu davaya bakma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir⁶²¹. Bunun üzerine aralarında üç Belçika vatandaşı bulunan Habré rejiminin bazı mağdurları çareyi Belçika mahkemelerinde dava açmakta bulmuştur⁶²². Belçika yetkili otoritelerince uzun bir soruşturmada sonra 2005 yılında Habré için uluslararası tutuklama kararı çıkartılmış ve onun Belçika'ya iade edilmesi istenmiştir⁶²³. Habré'nin davası insan hakları

⁶¹⁹ Bkz. **Reed Brody**, *Using Universal Jurisdiction to Combat Impunity*, M. Lattimer, P. Sands (eds.), Justice for Crimes Against Humanity, Oxford Hart Publishing, 2003, s. 382–383.

⁶²⁰ Bkz. **Reed Brody/ Helen Duffy**, *Prosecuting Torture Universally: Hissène Habré, Africa's Pinochet?*, H. Fischer, C. Kress, S. R. Luder, A. Spitz (eds.), International and National Prosecution of Crimes Under International Law: Current Developments, 2001, s. 823; Bu tarihten önce, 1992 de bir Kanada Hakikat Komisyonu, Afrika'da belli etnik grupları (Sara, Hadjerari, Kanadalı Araplar, Zakhawa gibi) hedef aldığını iddia ettiği Habré yönetimini 40.000'e yakın ölümden sorumlu görmüş ve siyasi düşünceyle işlenen sistematik işkenceden ötürü Habré'nin zalimane rejimini suçlamıştır. **Reed Brody**, *The Prosecution of Hissène Habré: International Accountability, National Impunity*, N. R. Arriaza, J. Mariezcurrena (eds.), Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth Versus Justice, Cambridge University Press, 2006, s. 278.

⁶²¹ Bkz. *Public Prosecutor v. Hissène Habré, Cour d'appel* (Court of Appeals of Dakar), Case No. 135, 4 Temmuz 2000, 125 ILR 571, 574; *Souleymane Guengueng et al. v. Hissène Habré*, Cour de Cassation (Court of Cassation of Senegal), Case No. 14, 20 Mart 2001, 125 ILR 577, 579, Senegal mahkemelerinin suçlanan söz konusu kişi üzerinde evrensel yargı yetkisini kullanamayacağına karar verilmiştir; **Brody**, *Using Universal Jurisdiction to Combat Impunity*, s. 382-383.

⁶²² Senegal Mahkemelerince verilen karardan tatmin olmayan bazı işkence mağdurları ise, Senegal aleyhine İşkence Sözleşmesi'nin denetim organı olan İşkenceye Karşı Komiteye şikâyet başvurusu yapmışlardır. Başvuruda Senegal'in İşkenceye Karşı Sözleşmenin 5. ve 7. maddelerini ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Komite, şikâyetçiler lehine karar vererek, Habré'nin sürgünde olduğu Senegal'in zanlı Habré üzerinde evrensel yargı yetkisini kullanma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmış ve Habré'nin yabancı devletin ceza yargısından bağışıklıktan (fonksiyonel bağışıklık) yararlandığını kabul etmemiştir. *Suleyman Guengueng et al. v. Senegal*, Decision of the Committee Against Torture, Communication No. 181/2001, 19 Mayıs 2006, CAT/C/36/D/181/2001.

⁶²³ Bkz. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 19-21 ("iade et ya da yargıla yükümlülüğü ile ilgili sorunlar" davası) O tarihten itibaren Habré için Senegal otoritelerine üç iade isteği daha iletilmiştir. Fakat Senegal'in buna karşı hareketsiz kalmasından ötürü ilgili iki devlet arasındaki uyuşmazlık UAD tarafından karara bağlanmıştır. UAD, Senegal'in iddia olunan suçları soruşturma ve yargılanmak üzere devletin kendi yetkili otoriteleri önüne getirmek için dava açma bakımından İşkence

alanında çalışan sivil toplum örgütlerinin birbiriyle uyumlu çabaları sayesinde Belçika hukukundaki değişikliklerden kurtulmuştur⁶²⁴. Belçika evrensel yargı yetkisine ilişkin kuralların kaldırılması yönünde yoğun siyasi baskı altında olmasına rağmen, Habré'ye karşı adalet çabalarından yana olan kanun koyucular, davaya devam etme şansına imkân tanıyan yeni hukuktaki boşlukları kullanma konusunda anlaşılmıştır⁶²⁵.

Belçika'nın iade isteğinin ardından bunun kararını Afrika Birliği'nin vermesi gerektiği düşüncesiyle Senegal, Afrika Birliği'nden bir yol haritası çizmesini istemiştir. Bunun üzerine Afrika Birliği Kurulu, söz konusu durumu tüm yönleriyle değerlendirmesi için 2006'da bir Komiteyi (Afrikalı Seçkin Hukukçular Komitesi) yetkilendirmiştir⁶²⁶. Komite raporunda, Habré'nin Kurul tarafından kabul edilen bağışıklığın toplu reddi kuralını boşa çıkarmak için eski bir devlet başkanının yararlandığı bağışıklık zırhının arkasına sığınamayacağını belirtmiştir. Ayrıca, Komite Senegal, Çad ya da herhangi bir Afrika Birliği üyesinin söz konusu kişi üzerinde yargı yetkisini kullanabileceği ya da *ad hoc* bir mahkemenin sanığı

Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. "*Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*", para. 119.

⁶²⁴ 18 Mart 2003'te yedi Iraklı aile, 1991'de Bağdat'da aile üyelerinin ölümüne neden olan hava saldırılarına karşı bir sivil korunma sığınağını bombalamaktan ötürü sorumlu oldukları iddiasıyla eski ABD başkanı George H. W. Bush, başkan yardımcısı Dick Cheney, Dışişleri Bakanı Colin Powell ve General Norman Schwarzkopf aleyhine Belçika'da şikâyetle bulunmuştur. Bunun üzerine ABD, kanun değişmedikçe Belçika'yı, NATO genel merkezini Brüksel'den çekmekle tehdit etmiştir. Bu baskı ilerlemiş ve yenilikçi Belçika'ya bile fazla gelmiş ve özel bir ahlaki rolü üstlenmek için kendisini zayıf bir ülke olarak gören Belçika'da, evrensel yargı statüsünü yürürlükten kaldıran bir kanun taslağı parlamento önüne gelmiş ve çok çabuk şekilde kabul edilerek Nisan 2003'te yürürlüğe konulmuştur. Nihayetinde Ağustos 2003'te evrensel yetki hükümleri tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Belçika hukukuna göre artık mağdurun Belçika vatandaşı olmaması halinde ya da şikâyetçilerin Belçika'da üç yıldan daha az süreli ikamet etmesi halinde şikâyetler reddedilebilecektir. **Ellen L. Lutz**, *Prosecuting of Heads of State in Europe*, E.L. Lutz and C. Reiger (eds.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, 2009, s. 37.

⁶²⁵ Evrensel yargı yetkisi tanıyan Belçika Yasası 2003 yılında yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, Belçika hukukuna göre, başlangıçtaki (ilk) davacılarından en az biri Belçika vatandaşı olduğu sürece, hâlihazırda görülmekte olan davalar hala soruşturulabilir ve yargılamaya devam edilebilir. Bkz. **Brody**, *The Prosecution of Hissène Habré*, s. 290.

⁶²⁶ Assembly of the African Union (AU), Decision on the Hissène Habré Case and the African Union (Doc. Assembly/AU/8(VI)) Add.9, 24 Ocak 2006, Assembly/AU/Dec.103(VI), para. 2-3.

yargılamak için kurulabileceği sonucuna varmıştır⁶²⁷. Bu rapora dayanarak Afrika Birliği Kurulu, meselenin Birliğin yetkisi kapsamına girdiğine ve adil yargılanma hakkını temin ederek Senegal Cumhuriyeti'nin yetkili mahkemelerince Habré'nin yargılanması gerektiğine karar vermiştir⁶²⁸. Bu durumdan fonksiyonel bağımsızlığın yabancı bir devletin (olayda Senegal'in) mahkemelerinde cezai yargıyı önlemek için kabul edilebilir bir savunma olarak görülmediği sonucu çıkarılabilir. Afrika Birliği Kurulunun bağımsızlığı topluca reddetme kararı, daha sonraki kararlarda da tekrar edilmiştir⁶²⁹. Hissène Habré davasında, Afrika Birliği kendini Afrika Birliği Kurucu Andlaşması'nın 4 (h) maddesi hükümleri gereğince yargı bağımsızlığıyla mücadele etmeye adanmıştır⁶³⁰. Fonksiyonel bağımsızlığın uluslararası suçlar bağlamında mevcut olmaması Hissène Habré'yi yargılamak için Senegal mahkemeleri bünyesinde kurulan Olağanüstü Afrika Mahkemesi Statüsü'ne de yansımıştır. Statünün 10/3. maddesi, suçlanan kişinin devlet başkanı, hükümet başkanı veya bir üst düzey görevlisi olarak sahip olduğu resmi konumunun bu Statüye göre onu sorumluluktan

⁶²⁷ African Union (AU), Report of the Committee of Eminent African Jurists on the Case of Hissène Habré, 2 Temmuz 2006, para. 13; Çad, Haziran 1995'de taraf olmasına rağmen Senegal İşkenceye Karşı Sözleşme'ye Haziran 1987'de yürürlüğe girmesinin ardından taraf olmuştur. Habre aleyhine iddia edilen işkence fiilleri ise Çad'ın devlet başkanı olarak liderliği süresince 1990 yılına kadar gerçekleşmiştir. İşkence yasağı, bir uluslararası teamül hukuku kuralı olması sebebiyle (hatta işkence yasağı bugün uluslararası hukukun *jus cogens* nitelikli bir kuralı halini almıştır) Sözleşmeye taraf olmayan devletlere de uygulanır. Ancak fonksiyonel bağımsızlığı kaldıran bir uluslararası teamül hukuku kuralı bulunmamaktadır. Fakat Çad Hükümeti tarafından Habre'nin diğer yabancı mahkemelerce yargılanabilmesi için bağımsızlığının kaldırılması da bu durumu sorun olmaktan çıkarır. Gaeta, esasında fonksiyonel bağımsızlık bakımından bu türden bir feragatin uluslararası hukukça gerekip gerekmediğini sorgulamaktadır. Bkz. **Paola Gaeta**, Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State and International Crimes The Hissene Habre Case, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, s. 187.

⁶²⁸ Decision on the Hissène Habré Case, 3 Şubat 2009, Assembly/AU/Dec.240 (XII), para. 1.

⁶²⁹ Assembly of the African Union (AU), Decision on the Hissène Habré Case Doc. Assembly/AU/12 (XVIII), 30 Ocak 2012, Assembly/au/Dec.401 (XVIII), para. 3; Decision on the Hissène Habré Case Doc. Assembly/AU/8 (XVII), 1 Temmuz 2011, Assembly/AU/Dec.371 (XVII), para. 2-3; Decision on the Hissène Habré Case Doc. Assembly/AU/9 (XVI), 31 Ocak 2011, Assembly/AU/Dec.340 (XVI), para. 2-3; Decision on the Hissène Habré Case Doc. Assembly/AU/11 (XV), 27 Temmuz 2010, Assembly/AU/Dec.297 (XV), para. 2.

⁶³⁰ AU Assembly Decision, 30 Ocak 2012, para. 3. Bu hüküm savaş suçları, soykırım, insanlığa karşı suçlar gibi ciddi konularda Birliğin Kurul kararı gereğince üye devletlere müdahale etme hakkını öngörmektedir. Bu durum, Hissène Habré'nin suçlandığı uluslararası suçların bahsi geçen kategori içine girdiği göz önüne alınırsa Afrika birliğinin "Afrika adına" Hissène Habré'yi yargılaması için Senegal'e müdahale etmesini açıklamaktadır.

hiçbir şekilde muaf kılmadığını belirtmektedir⁶³¹. Nitekim oluşturulan özel yetkili bir mahkeme tarafından yargılanan ve “Afrika’nın Pinochet’i” olarak isimlendirilen Habré hakkında ömür boyu hapis cezası kararı verilmiştir⁶³².

Afrika Birliği Kurulunu oluşturan devlet ve hükümet başkanlarının kararları, uluslararası hukuk suçları bağlamında yabancı ceza yargısından fonksiyonel bağışıklığın reddedilmesi gerektiği, buna karşılık görev başındaki devlet başkanının kişisel bağışıklığının sürmesi gerektiği yönünde bir kanının var olduğunu gösterir. Ayrıca, oluşturulan mahkeme tarafından eski devlet başkanının yargılanması da yine fonksiyonel bağışıklığı ortadan kaldırma yönündeki uluslararası teamül hukukuna katkı sağlayacak niteliktedir.

4. Diğer Davalar

Yukarıda bahsedilen davaların yanında, görevi sona eren devlet görevlilerinin uluslararası hukuka göre suç sayılan fiiller bakımından bağışıklıktan yararlanamayacağı yönünde kararların verildiği başka dava örnekleri de bulunmaktadır. Belçika Temyiz Mahkemesi Ariel Şaron ve Amos Yaron hakkında açılan davada görevi sona eren devlet görevlilerinin uluslararası suçlar bakımından bağışıklıktan yararlanamayacağına karar vermiştir. Ayrıca, 1998 yılında Pinochet’in başkanlığı sırasında işlediği uluslararası hukuka göre suç sayılan fiillerden ötürü İngiltere’de tutukluyken Belçika’da Brüksel ilk derece mahkemesinden eski devlet başkanı Pinochet’in tutuklanması için uluslararası bir tutuklama kararı talep edildiğinde de aynı sonuca varılmıştır. Brüksel mahkemesi, uluslararası hukuka göre eski bir devlet başkanının devlet başkanı sıfatıyla görevini yerine getirirken

⁶³¹ Art. 10 (3) of the Statute of the Extraordinary African Chambers; Olağanüstü Afrika Mahkemesi’nin, Habré’nin devlet başkanlığı döneminde Çad’da işlenen uluslararası suçları yargılamak üzere Dakar’da 22 Ağustos 2012 tarihinde Senegal Devleti ile Afrika Birliği’nin imzaladığı anlaşmayla kurulması öngörülmüş ve 30 Temmuz 2013’te Olağanüstü Afrika Mahkemesi Statüsü kabul edilmiş ve 20 Temmuz 2015’te Dakar’da (Senegal) dava görülmeye başlanmıştır.

⁶³² Mahkeme, 30 Haziran 2013’te Habré için tutuklama kararı çıkartmış ve Habré tutuklanmıştır. 2015 yılında başlayan yargılamalar sonucunda Mayıs 2016’da tecavüz, cinsel kölelik, binlerce kişinin kaybolması, 40.000 insanın öldürülmesinden sorumlu tutularak, insanlığa karşı suç ve savaş suçu işlemekten suçlu bulunan Habré ömür boyu hapse mahkûm edilmiştir.

gerçekleştirdiği tüm fiillerden ötürü yargı bağışıklığından yararlandığını ancak Pinochet'in itham edildiği suçların bir devlet başkanının yetki ve görevlerinin normal kullanımı içinde sayılamayacağını belirtmiştir. Bir devlet başkanının görevlerinden biri kendi vatandaşlarının güvenliğini temin etmektir. Bu nedenle Mahkeme uluslararası suç işleme iddiası söz konusu olduğunda ceza yargılamasından kurtulmak için fonksiyonel bağışıklığın kabul edilebilir bir savunma olmadığına karar vermiştir.

Alberto Fujimori, 1999 yılından 2000 yılına kadar Peru'nun devlet başkanı olarak görev yapmıştır. 2001 yılında Peru Meclisi tarafından anayasal dokunulmazlığının kaldırılmasının ardından çıkarılan tutuklama kararına göre, o anda bulunduğu Şili yetkili otoritelerince 2005 yılında tutuklanmıştır. Şili Yüksek Mahkemesi, sanığın, uluslararası hukuka göre görevini yerine getirirken gerçekleştirdiği fiillerden ötürü bir yargılama veya soruşturmanın konusu olamayacağı ve eski bir devlet başkanı olarak fonksiyonel bağışıklıktan yararlanması gerektiği yönündeki iddia ve savunmalarını reddetmiştir. Mahkemenin vardığı sonuç, uluslararası hukukun görevdeki devlet başkanına yargı bağışıklığı bahşetmesine karşılık ciddi insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda eski devlet başkanları ve tüm diğer devlet görevlilerinin, bu fiiller resmi yetki çerçevesinde devlet adına gerçekleştirilse dahi kişisel olarak sorumlu olacağı ve yargı bağışıklığının mevcut olmadığı yönündedir.

V. ULUSLARARASI SUÇLAR BAKIMINDAN BAĞIŞIKLIK İLE İLGİLİ ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR HUKUKU KAYNAKLARI

Uluslararası insan hakları ve uluslararası insancıl hukukun temel değerlerini korumaya yönelik uluslararası sözleşmeler, devlet başkanlarının ve diğer kamu görevlilerinin bağışıklığı ilkeleri bağlamında uluslararası teamül hukukunun oluşmasına katkı sağlayabilmektedir. Devlet uygulamasına *opinio juris*'in de eşlik etmesi halinde Sözleşmeciler devletlerin belli kurallarla bağlı olma rızalarını yansıtan sözleşme hükümleri ve sözleşmenin sonucu olarak, onu takiben benimsenen devlet

uygulaması, devletler bakımından konuyla ilgili geçerli ve meşru kaynaklar haline gelmektedir. Benzer şekilde, devletlerin sözleşme yapma sürecindeki sözleşme hükmünün dışında *opinio juris* ile birleşen bildirileri, açıklamaları uluslararası suçlar bağlamında yabancı devlet temsilcilerinin bağımsızlığıyla ilgili teamül kuralının değerlendirilmesine katkı sağlayabilir. Aşağıda belli ciddi suçların önlenmesi ve cezalandırılmasına ilişkin önemli bazı uluslararası sözleşmeler analiz edilecektir. Bunlar arasında, 1948 İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi ile 1949 Cenevre Sözleşmeleri yer almaktadır.

A. 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948)

1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi⁶³³, 1. maddesinde, Sözleşmeciler devletlerin, önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri soykırımın, uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu kabul ettiklerini belirtir. Bu sebeple Sözleşme'ye göre (md. 5), taraf devletler iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmek ve soykırım için etkili cezalar öngören yasal düzenlemeler kabul etmek yükümlülüğü altındadırlar. Sözleşmenin 4. maddesi, “soykırım suçunu veya 3. maddede⁶³⁴ gösterilen fiillerden birini işleyenler, anayasaya göre yetkili yöneticiler veya kamu görevlileri ya da özel kişiler olsa da cezalandırılır” şeklindedir. Bu hüküm devlet başkanlarının ve daha alt düzeydeki devlet görevlilerinin soykırım suçunu işlediği veya suçun işlenmesine iştirak ettiği şüphesinin bulunması halinde cezai yargılamadan kaçamayacakları anlamına gelir. Bir başka ifadeyle soykırım suçu bağlamında, bağımsızlık, geçerli bir savunma teşkil etmez. Bu maddede görevi sona

⁶³³ 9 Aralık 1948 tarihinde imzalanmış, 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 23 Mart 1950'de onaylamıştır. Bkz. 29 Mart 1950 gün ve 7469 Sayılı Resmi Gazete.

⁶³⁴ 3. madde: “Aşağıdaki eylemler cezalandırılır: a) Soykırımda bulunmak; b) Soykırımda bulunulması için işbirliği yapmak; c) Soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak; d) Soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek; e) Soykırıma iştirak etmek”

eren veya görevi devam eden kamu görevlisi ayrımı yapılmadığından, maddeden kişisel bağışıklığın ve fonksiyonel bağışıklığın geçersiz kılındığı sonucu çıkarılabilir.

Sözleşmenin 6. maddesine göre “soykırım fiilini veya 3. maddede belirtilen fiillerden birini işlediğine dair hakkında suç isnadı bulunan kimseler, suçun işlendiği ülkedeki devletin yetkili bir mahkemesi tarafından veya yargılama yetkisini kabul etmiş olan Sözleşmeci devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanır.” Bu maddeden çıkarılacak sonuç, Sözleşmedeki suçları işleyen kişilerin ancak iki tür mahkeme tarafından yargılanabileceğidir. Bunlardan biri suçun işlendiği yer (*locus delicti*) devletin ulusal mahkemesi, diğeri ise Sözleşmeye taraf olan devletlerce yargı yetkisi kabul edilen uluslararası bir ceza mahkemesidir⁶³⁵. Suçun işlendiği yer mahkemesi denildiğinde ilk akla gelen bu devletin kendi vatandaşlarıdır. Konumuz bağlamında ise kendi devlet görevlileri veya devlet başkanıdır. Ancak, çok zayıf bir ihtimal olsa da bir devlet görevlisinin ve dolayısıyla devlet başkanının yabancı bir devletin ülkesinde Sözleşmedeki suçları işlemesi ihtimali düşünülürse, bu durumda Sözleşmeye göre ülkesinde suçun işlendiği yabancı devletin söz konusu kişiyi yargılaması ve cezalandırması söz konusu olabilecektir. Çünkü ulusal mahkeme bakımından Sözleşmede belirlenen kriter suçun işlendiği yer olmasıdır. Sözleşmeye göre, Sözleşmedeki suçları işleyenleri yargılayabilecek olan bir diğerk mahkeme ise yargılama yetkisini kabul eden Sözleşmeci devletler bakımından, uluslararası bir ceza mahkemesidir.

Bu durumda Sözleşmenin 4. ve 6. maddeleri birlikte dikkate alındığında, devlet görevlilerinin kendi ülkelerinde işledikleri soykırım suçundan ötürü yine kendi ülkelerinde cezai yargılama yapıldığı sürece, ulusal hukuka göre tanınan bağışıklıklar dikkate alınmayacağı sonucu çıkmaktadır⁶³⁶. Eğer kendi ülkesinde işlenen soykırım

⁶³⁵ Bu durum Sözleşmenin evrensel yargı yetkisi tanımadığını gösterir. ABD, 1948’de Soykırım Sözleşmesi’nin hazırlık komitesinin bir toplantısında evrensel yetki prensibinin Sözleşmeye dâhil edilme tekliflerine şiddetle karşı çıkmış ve evrensel yetkiyi “gelmiş geçmiş en tehlikeli ve kabul edilemez prensip olarak” ilan etmiştir. ABD’nin evrensel yargı yetkisine muhalefeti, Amerikalı sivil ve askeri otoriteleri aleyhine uluslararası hukuk kaynaklı ceza davaları açılabilceği korkusundan kaynaklanmaktadır. Bkz. **Sinan Kocaoğlu**, “Evrensel Yetki”, *TBB Dergisi*, Sayı 60, 2005, s. 201.

suçundan ötürü bir devlet yabancı bir üst düzey devlet görevlisini yargılsa, bu durumda uluslararası hukuka göre tanınan bağışıklıklar dikkate alınmayacak, bir başka ifadeyle, bu bağışıklıklar suçun işlendiği yer devletinin cezai yargı yetkisini kullanmasından onu korumayacaktır⁶³⁷.

Yukarıda belirtildiği gibi Soykırım Sözleşmesi suçun işlendiği devlet mahkemeleri ve yargı yetkisinin Sözleşmecî devlet tarafından kabul edildiği bir uluslararası ceza mahkemesi önünde soykırım suçu işlediği iddia edilen yabancı devlet görevlilerinin dolayısıyla devlet başkanının kişisel ve fonksiyonel bağışıklığının geçersizliğini öngörmektedir. Uluslararası bir ceza mahkemesinin ilgili devlet bakımından yargılama yetkisine sahip olması koşuluyla, bu mahkemenin kurucu belgesinde uluslararası bağışıklığı kaldıran bir hükmün bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, görevdeki devlet başkanının sahip olduğu uluslararası bağışıklıklar, soykırım suçu ile itham edilen devlet başkanını bir uluslararası ceza mahkemesi önünde cezai yargılamaya konu olmaktan kurtaramayacaktır.

Sözleşme'nin 4. ve 6. maddelerinin kurmuş olduğu rejim, soykırım suçu nedeniyle yabancı bir devlet (soykırım suçunun ülkesinde işlenmediği devlet) mahkemesi önünde yargılamayla yüz yüze kalan devlet görevlilerinin uluslararası bağışıklığını etkilemez. Bir başka ifadeyle, Sözleşmeye göre, uluslararası hukuka göre tanınan bağışıklık, devlet görevlilerini yargılayan devletin soykırım suçunun işlendiği devlet olmaması halinde geçerlidir. Çünkü bu hükümlerin her ikisi birlikte

⁶³⁶ Fakat aslında sözleşme taslağını hazırlayanların monarklara ve sadece sembolik işlevleri olan devlet başkanlarına verilen ulusal bağışıklıkları geçersiz kılma niyetleri bulunmamaktadır. Bkz. Ninety-Third Meeting of the Sixth Committee of the General Assembly, 6 Kasım 1948, A/C.6/SR.93, Bu Genel Kurul toplantısı hakkında bkz. **Hirad Abtahi/ Philippa Webb**, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Genocide Convention, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 1609-1625.

⁶³⁷ Bkz. **Antonio Cassese**, "The Belgian Court of Cassation v. the International Court of Justice: The Sharon and Others Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.1, 2003, s. 441; **Dapo Akande**, "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.7, 2009, s. 350-351; *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, (1999) UKHL 17, (2000) 1 A.C. 147, para. 289, Lord Phillips'a göre Soykırım Sözleşmesi, kişisel bağışıklığın kaldırılmasını öngörmektedir. Gaeta, Soykırım Sözleşmesinin hazırlık çalışmalarının büyük olasılıkla, görevdeki bir yabancı devlet başkanının kişisel bağışıklığını desteklemediğini ileri sürmektedir. Bkz. **Paola Gaeta**, *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, 2009, s. 318.

sadece suçun işlendiği devlet mahkemeleri önünde ve bir uluslararası ceza mahkemesi önünde bağışıklığın geçersizliğine sebep olmaktadır. Bu durumda yabancı devletlerin kendi ülkelerinde işlenmemiş olsa dahi soykırım suçunu işlediği iddia edilen devlet görevlileri üzerinde cezai yargılama yetkisini kullanıp kullanamayacakları meselesi ancak kişisel ve fonksiyonel bağışıklıkla ilgili uluslararası teamül hukuku ilkelerine göre belirlenecektir⁶³⁸.

UAD vermiş olduğu “Soykırım Sözleşmesi’ne Konulabilecek Çekinceler Üzerine Danışma Görüşü”nde, Sözleşmenin hükümlerinin uluslararası teamülü yansıttığını ve uluslararası hukukun buyruk kuralı (*jus cogens*) niteliğine sahip olduğunu ve Sözleşme’nin temelini oluşturan ilkelerin, “medeni milletlerce” kabul edilmiş ilkeler olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Sözleşme’nin, Sözleşmeye taraf olmasalar dahi tüm devletler için bağlayıcı olduğunu belirten karar, soykırım suçunun evrensel niteliğine işaret etmiştir⁶³⁹.

Sözleşmede sıralanan suçlardan birini işlediği iddia edilen bir devlet görevlisinin, suçun işlendiği yer devleti dışında başka herhangi bir devletin ulusal mahkemeleri önünde yargılanıp yargılanamayacağına ilişkin Sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, ulusal mahkemeler önünde bir cezai yargılamanın söz konusu olacağı davalarda, devlet başkanları da dâhil yabancı üst düzey devlet görevlilerinin uluslararası bağışıklığı konusuna uluslararası teamül hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda yön verilecektir. Bu bağlamda Soykırım Sözleşmesi’nden sonra benimsenen devlet uygulaması, görevi sona eren üst düzey devlet görevlilerinin soykırımla suçlandığı durumlarda fonksiyonel bağışıklığın

⁶³⁸ Bu bağlamda Belçika Temyiz Mahkemesi, soykırım dâhil ciddi suçlarla itham edilen görevdeki bir yabancı başbakanın bağışıklığıyla ilgili olan Sharon davasında, Sözleşmenin 6. maddesinin, bu maddede belirtilen mahkemeler (suçun işlendiği ülke devleti mahkemeleri ve uluslararası bir mahkeme) önünde bağışıklığın söz konusu olmadığını belirttiğini ancak bu maddenin yargı yetkisi iddiasında bulunan üçüncü bir devletin suçlanan kişiye karşı dava açmasını dışlamadığını ve bunun da uluslararası sözleşme hukuku tarafından gözden kaçırılan bir husus olduğunu belirtmiştir. *H.S.A. v. A.S. and Y.A.*, Court of Cassation of Belgium, 12 Şubat. 2003, No. P.02.1139.F, 127 ILR 110, 123-124.

⁶³⁹ Bkz. *Reservation to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, I.C.J Reports 1951, s. 15, para. 23.

mevcut olmamasına rağmen, görevdeki devlet başkanının kişisel bağışıklığının devam etmesini öngörür.

Özetle, belli ciddi suçların önlenmesine ya da cezalandırılmasına yer veren uluslararası sözleşmelerden sadece Soykırım Sözleşmesi bağışıklık ile ilgili hüküm içermektedir. Bu sözleşme soykırım ve bununla bağlantılı diğer suçların işlendiği durumlarda bağışıklığın mevcut olmamasını öngörür. Bu hüküm, yargı yetkisinin kabul edildiği uluslararası ceza mahkemelerinin yanı sıra soykırım suçunun işlendiği devlet mahkemeleri önünde yabancı devlet başkanının kişisel bağışıklığının ve diğer yabancı devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığının kaldırıldığı şeklinde yorumlanabilir. Soykırım Sözleşmesi'nin ilkelerinin uluslararası teamül hukuku teşkil ettiğinin kabul edilmesinden ötürü, uluslararası hukukun tanıdığı bağışıklıkların, soykırım suçunun söz konusu olduğu durumlarda bu etkiyi oluşturmak adına tekâmül ederek değişime uğradığı, yabancı devlet temsilcilerinin, yargı yetkisinin kabul edildiği uluslararası mahkemelerin yanı sıra, *locus delicti* (suçun işlendiği yer) devletin yargı yetkisinden de bağışık olmadığı sonucu çıkarılabilir.

Diğer devlet mahkemeleri önünde (örneğin, suçun işlendiği yer devleti dışında bir devletin mahkemeleri önünde) ise uluslararası teamül hukukuna göre öngörülen bağışıklık ilkelerinin uygulanabilirliği devam eder. Bu bağlamda Soykırım Sözleşmesi'nin kabul edilmesinin ardından gelen devlet uygulamaları, soykırım suçu bağlamında fonksiyonel bağışıklığın var olmamasına rağmen, kişisel bağışıklığın varlığının devam ettiğini (sözleşme temelli istisnasının var olmadığını) ortaya koymuştur.

B. 1984 İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (*The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment Or Punishment Of 1984*)

İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme⁶⁴⁰, Sözleşmeye taraf devletlere bu türden görevi kötüye kullanmayı önlemek için, işkencenin iç hukuka göre cezalandırılması ve işkence suçunu işleyenlerin kendi cezai yargılamalarına konu edilmesini temin etmek için, yasal düzenlemeler yapmak da dâhil, gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğü yükleyerek kamu görevlilerinin işkence fiillerini engellemeyi amaçlamaktadır⁶⁴¹.

Sözleşme, 1. maddesinde, işkencenin tanımını şu şekilde yapmaktadır:

"İşkence", bir kimseye karşı, ...amacıyla...bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak aşırı acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir...."

Bu tanımdan şu sonuç çıkmaktadır: İşkence fiilinin Sözleşmenin kapsamına girmesi için işkence eylemlerinin normalde kendisine yargı bağışıklığı tanınan bir kişi (kamu görevlisi) tarafından, bir başka ifadeyle, devlet adına resmi yetki çerçevesinde hareket eden bir kişi tarafından işlenmesi gerekir. Fonksiyonel bağışıklık devletin araçları kullanılarak belli bir devlet politikası gereğince gerçekleştirilen fiillere bağlı olduğu için bu durum bu fiilin fonksiyonel bağışıklığı beraberinde getiren görevle ilgili bir fiil olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna götürebilir. Bu sonuç kabul edilirse resmi görev çerçevesinde işkence fiillerini gerçekleştiren tüm devlet görevlileri fonksiyonel bağışıklıktan faydalanacaktır ki, bu durum Sözleşme hükümleri ile görevi sona eren devlet başkanlarının fonksiyonel

⁶⁴⁰ BM Genel Kurulunun 10 Aralık 1984 tarihli ve 39/46 sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. 26 Haziran 1987'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazi kayıtla onaylamıştır. Bkz. 29 Nisan 1988 gün ve 19799 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁴¹ Bkz. İşkence Sözleşmesi, md. 2, 4, 5, 7.

bağışıklığı arasında uyumsuzluk olduğunu gösterir⁶⁴². Ancak uluslararası toplumun hem üzerinde evrensel yargı yetkisinin kullanılabileceği *jus cogens* niteliğe sahip bir suçu yasaklamayı hem de aynı anda fonksiyonel bağışıklığı kabul etmiş olabileceği düşünülemez⁶⁴³.

Sözleşmenin 5/2. maddesi, kamu görevlisinin işkence eylemleri üzerinde evrensel yargı yetkisini öngörür. Sözleşmeye göre, taraf her devlet, suçun kendi ülkesinde işlenmesi halinde veya mağdurun ya da suçu işleyenin kendi vatandaşı olması halinde yargı yetkisini kullanma yetkisine sahiptir⁶⁴⁴. Ayrıca, Sözleşme'nin 7/2. maddesine göre Sözleşmeye taraf devletler, işkence suçu işlediği iddia edilen kişiyi iade etme ya da yargılama (*aut dedere aut judicare*) yükümlülüğü⁶⁴⁵ altındadır. Dolayısıyla, işkence suçunu işlediği iddia edilen ve Sözleşmeye taraf diğer devlet adına hareket etmiş olan ya da hareket etmekte olan kişinin bulunduğu yabancı devletin, bir taraftan, bu kişiye karşı ceza yargısı başlatma yükümlülüğü vardır ve diğer yandan da ilgili kamu görevlisinin bağışıklığına saygı gösterme yükümlülüğü vardır.

⁶⁴² Lord Browne-Wilkinson'ın görüşü, *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), (1999) UKHL 17, (2000) 1 A.C. 147, 205.

⁶⁴³ Lord Millet'in görüşü, *R.v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), (1999) UKHL 17, (2000), 1 A.C. 147, 278.

⁶⁴⁴ Devletin yargılama yetkisini düzenleyen 5. madde şu şekildedir:

1. Her bir taraf devlet dördüncü maddede belirtilen suçlar hakkında kendi yargılama yetkisini tespit etmek için aşağıdaki haller ile ilgili olarak gerekli düzenlemeleri yapar:
 - a) Suçların kendi egemenlik alanı içinde bulunan ülkelerde veya kendisine kayıtlı bir gemide veya uçakta işlenmesi hali;
 - b) Suçu işlediği iddia edilen kişinin kendi vatandaşı olması hali;
 - c) Kendisinin gerekli görmesi durumunda mağdurun kendi vatandaşı olması hali.
2. Her bir Taraf Devlet, fail olduğu iddia edilen kimsenin kendi egemenlik alanı üzerinde bulunması ve bu kimseyi 8. madde gereğince aynı maddenin birinci fıkrasında belirtilen devletlere iade etmemesi halinde, aynı şekilde bu tür suçlar hakkında gerekli gördüğü düzenlemeleri yapar.
3. Bu Sözleşme, iç hukuka uygun olarak kullanılan bir cezai yargılama yetkisini ortadan kaldırmaz.

⁶⁴⁵ *Aut dedere aut judicare*, “ iade et ya da yargıla” anlamına gelen Latince bir ifadedir ve genellikle uluslararası hukukçular tarafından evrensel yetki ilkesinin bir alt kategorisi olarak kabul edilir. Universal Jurisdiction, The Duty to Enact and Enforce Legislation, Chapter I, <https://www.amnesty.org/download/Documents/24000/ior530192012en.pdf> (E.T: 10.12.2017)

İşkence Sözleşmesi'nde devlet başkanı, hükümet başkanı, dışişleri bakanı gibi üst düzey devlet görevlileri ile ilgili ayrı ve detaylı bir hükmün olmayışı ya da en azından Soykırım Sözleşmesi'nde belirtildiği gibi kamu görevlisinin rütbesinin veya mevkisinin bireysel cezai sorumluluk bakımından bir önemi olmadığına yer verilmemesi, söz konusu Sözleşmenin taraf devletlere tanıdığı evrensel yargı yetkisi ile bu kişilerin fonksiyonel ve kişisel bağımsızlığı arasındaki ilişkiyi belirsiz kılmaktadır. Sözleşmede evrensel yargı yetkisinin tanınması Sözleşmenin daha dikkatli yorumlanmasını gerektirmektedir.

Uluslararası bağımsızlıkla Sözleşmenin taraf devletlere yüklediği yükümlülükler arasındaki dilemma, Pinochet davasında tartışılmış ve Lordlar Kamarası, bu Sözleşmeyi onaylayan bir devletin eski lideri işkence suçunu işlese veya bu suçun işlenmesine iştirak ederse, yabancı ceza yargısından fonksiyonel bağımsızlığının olamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Lordlar Kamarası, eski devlet başkanının temsil ettiği taraf devletin (Pinochet davasında Şili) Sözleşmenin tarafı olarak verdiği rızaya büyük önem vermiş ve işkence suçunu işleyen kamu görevlileri için sığınacak bir liman oluşturmaktan kaçınma yükümlülüğü ile ceza yargısından bağımsızlığı temin etmenin birbiriyle bağdaşmadığına dikkati çekmiştir. Lord Browne-Wilkinson, Şili eski devlet başkanı Augusto Pinochet'in fonksiyonel bağımsızlığının reddedilmesini şu şekilde gerekçelendirmiştir: Şili, işkence fiili Şili de işlenmiş olsa da, tüm âkit devletlerin işkence suçunu işleyen kamu görevlisini yargılama yetkisine sahip olması gerektiğini İşkence Sözleşmesine taraf olan diğer devletlerle birlikte kabul etmiştir. Bu Sözleşmenin onaylanmasıyla, Sözleşmeciler devletlerin kendi kamu görevlilerinin (ki bu kişiler Sözleşme kapsamında işkence suçunu işlediği iddia edilen kişilerdir) diğer Sözleşmeciler devletin yargı organları tarafından yargılanmasına rıza gösterdikleri kabul edilir. Bu sebeple, fonksiyonel bağımsızlık savunmasının Sözleşmenin kurduğu rejimle bağdaşmadığı kabul edilir⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), (1999) UKHL 17, (2000) 1 A.C. 147, 205.

Sözleşmecî devletlerin kişisel bağışıklığı bakımından ise, UAD *Arrest Warrant* davasında Lordlar Kamarasının fonksiyonel bağışıklık bakımından ortaya koyduğundan farklı bir tutum ortaya koymuştur. UAD’na göre devletlerin ya iade etme ya da yargılama yükümlülüğü görevdeki dışişleri bakanının (dolayısıyla devlet başkanı ve kişisel bağışıklıktan yararlanan diğer üst düzey devlet görevlilerinin) kişisel bağışıklığını ortadan kaldırmamaktadır⁶⁴⁷. UAD, belli ciddi suçları önleme ve cezalandırmaya yönelik çeşitli uluslararası sözleşmelerin devletlere “iade etme ya da yargılama yükümlülüğü” yüklemesine rağmen, bu sözleşmeler aracılığıyla devletlerin cezai yargı yetkilerinin bu şekilde genişlemesinin uluslararası teamül hukukunun bahsettiği bağışıklıkları hiçbir şekilde etkilemediğine karar vermiştir. UAD’na göre, yabancı devlet mahkemelerinin bu sözleşmelere göre yargı yetkisini kullandığı durumlarda bile, bu mahkemeler önünde bağışıklık savunmasıyla yargı yetkisine karşı konulabilir⁶⁴⁸. Bundan çıkarılacak sonuç, devlet başkanı, hükümet başkanı, dışişleri bakanı, ayrıca görevdeki diplomatik misyon şeflerinin yararlandığı kişisel bağışıklığın, yabancı bir devletin mahkemeleri tarafından cezai yargı yetkisinin kullanılmasına karşı konulabilir olduğunun kabul edildiğidir. Bir başka ifadeyle UAD, evrensel yargı yetkisinin Sözleşmelerle devletlerce kabul edilmesinin dahi, kişisel bağışıklığı ortadan kaldırmadığını kabul etmektedir.

İşkence Sözleşmesi’nin kabul edilmesinden bu yana içtihat hukuku şunu ortaya koymaktadır: İşkence suçunu işlemekle itham edilen eski üst düzey devlet görevlilerinin Sözleşmecî devletlerin mahkemeleri önünde fonksiyonel bağışıklığı, hem teamül hukukuna göre hem de Sözleşmeye göre reddedilir. Bunun aksine kişisel bağışıklık, yabancı devletin Sözleşme hukukuna dayanan (cezai) yargılama yükümlülüğü ya da iade etme yükümlülüğüne karşı koyar.

İşkenceye Karşı Sözleşme ve Cenevre Sözleşmeleri bir evrensel yargı rejimini ve *aut dedere aut judicare* yükümlülüğünü öngörmelerine rağmen bağışıklıkla ilgili bir hüküm içermemektedirler. Fakat bu Sözleşmelerle ilgili devlet

⁶⁴⁷ Buna rağmen daha alt düzeydeki kamu görevlileri için kişisel bağışıklık bakımından aynı sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı hususunda durum belirsizliğini korumaktadır.

⁶⁴⁸ *Arrest Warrant*, para. 59.

uygulamaları, işkence ya da savaş suçları bakımından kişisel bağımsızlığın, sözleşme temelli bir istisnasının olmadığını göstermektedir. Fakat konu fonksiyonel bağımsızlığa gelince, yargı kararları bu ciddi suçlarla itham edilen eski üst düzey devlet görevlilerinin bağımsızlıkla korunmadığını gösterir. Bu hükümler uluslararası teamül hukukunu etkilediği için, uluslararası hukukun suç saydığı fiiller bağlamında fonksiyonel bağımsızlığın kaldırılmasına bir katkıda bulunmaktadır.

C. 1949 Cenevre Sözleşmeleri (The Geneva Conventions of 1949)

Dört Cenevre Sözleşmesi⁶⁴⁹ uluslararası insancıl hukukun çok önemli kaynağını teşkil eder ve öncelikli olarak silahlı çatışmalara (uluslararası nitelikte olan ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara) katılmayan veya bu tür çatışmalarda rol almayan askerî personel ve siviller gibi savaşa aktif olarak katılmayan kişileri korumayı amaçlamaktadır. Bu Sözleşmeler, içeriğinde yer alan ağır suçları işleyen kişileri adalet önüne getirmeyi planlayan katı kurallar içermektedir. “Ağır ihlaller rejimi”⁶⁵⁰ olarak isimlendirilen durum, 1, 2, 3 ve 4. Sözleşmelerin sırasıyla 49, 50, 129 ve 146. maddelerinde aynı şekilde düzenlenmiştir. Bu maddelerde, âkit devletlerin, Sözleşmelerde yer alan ve Sözleşmeleri ihlal eden suçlardan birini işlemiş veya işlenmesi emrini vermiş kişilere karşı uygulanacak cezai yaptırımları tespit etmek üzere, gereken kanunî tedbirleri almayı taahhüt ettikleri belirtilir. Ayrıca aynı maddelere göre her bir taraf devlet, bu kişileri uyrukluklarına bakılmaksızın kendi mahkemeleri önüne getirecektir. Bunun yanında, Sözleşmelere taraf devlet eğer isterse, kendi mevzuatının hükümlerine göre

⁶⁴⁹ Cenevre Sözleşmeleri, Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’dir. Sözleşmelerin Türkçe metinleri için bkz. **Melike Batur Yamaner/ Emre Öktem, Bleda Kurt darcan/ Mehmet Uzun**, (eds.), “12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.

⁶⁵⁰ **M. Cherif Bassiouni**, International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents, BRILL, 2008, s. 508; Jose Doria, Angola: A Case Study In The Challenges Of Achieving Peace And The Question Of Amnesty Or Prosecution Of War Crimes In Mixed Armed Conflicts, H. Fischer, A. McDonald (ed.), Yearbook of International Humanitarian Law, 2002, 5. Cilt, 2002, s. 39.

bu kişilerin takip edilmesiyle ilgili olan ve aleyhlerinde yeterli delil elde etmiş bulunan, diğer bir taraf devlete bu kişileri yargılaması için teslim edebilecektir.

Sözleşmeci taraf devletler, mağdurun ya da suçu işleyenin uyrukluğu veya ağır ihlalin işlendiği yer dikkate alınmaksızın, savaş suçluları üzerinde yargı yetkisinin kullanılması yükümlülüğünü üstlendikleri için, bu rejimin savaş suçları üzerinde evrensel yargı yetkisini öngördüğü söylenebilir⁶⁵¹. Aynı zamanda Sözleşme hükümlerinden anlaşıldığı üzere Sözleşmeci devletlere sözleşmede öngörülen suçları gerçekleştirdiği iddia edilen kişileri kendi yetkili yargı mercilerine sevk etme ya da bu kişileri yargılamak isteyen diğer taraf devlete iade etme yükümlülüğü yüklenmektedir (*aut dedere aut judicare*-iade et ya da yargıla yükümlülüğü)⁶⁵².

Cenevre Sözleşmeleri doğrudan yabancı üst düzey devlet görevlilerinin bağımsızlığına yer vermemektedir. Fakat bu Sözleşmelerin öngördüğü rejimin İşkence Sözleşmesi'nde öngörülen rejime benzerliği (savaş suçları üzerinde evrensel yargı yetkisinin kabul edilmesi ve *aut dedere aut judicare* yükümlülüğü bakımından), uluslararası hukukun tanıdığı bağımsızlıklar bağlamında aynı sonuçları düşündürmektedir. Gerçekten de, Belçika Temyiz Mahkemesi, *Sharon* davasında yabancı devletin cezai yargı yetkisinden kişisel bağımsızlık kuralının bir istisnasının var olduğu sonucunun; Cenevre Sözleşmeleri'nden çıkarılamayacağına karar vermiştir⁶⁵³.

⁶⁵¹ **Jean S. Pictet**, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Geneva: International Committee of the Red Cross (*Commentary to the First Geneva Convention*), 1952, s. 365-366; **Jean S. Pictet**, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*. Geneva: International Committee of the Red Cross, (*Commentary to the Second Geneva Convention*) 1960, s. 265; **Jean de Preux**, *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*. Geneva: International Committee of the Red Cross (*Commentary to the Third Geneva Convention*), 1960, s. 623; **Oscar M. Uhler/ Henry Coursier**, *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Geneva: International Committee of the Red Cross, (*Commentary to the Fourth Geneva Convention*) 1958, s. 592-593; **Roger O'Keefe**, "The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction", *Journal International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, 2009, s. 814.

⁶⁵² **Preux**, *Commentary to the Third Geneva Convention*, s. 619; **Uhler**, *Coursier*, *Commentary to the Fourth Geneva Convention*, s. 585; **O'Keefe**, s. 817.

⁶⁵³ *H.S.A. v. A.S. and Y.A.*, Court of Cassation of Belgium, 12 Şubat 2003, no. P.02.1139.F, 127 ILR. 110, s. 124. Ayrıca bkz. *Arrest Warrant*, para. 59.

Bunun yanında, Cenevre Sözleşmeleri savaş hukuku kurallarını kapsadığı için II. Dünya Savaşı sonrası bu kurallara göre savaş suçlularının yargılandığı eski davalar üst düzey devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığı bağlamında yol gösterici olmaktadır. Bu yargılamaları yürüten mahkemeler, Nazi Almanya'sını işgal eden devletler ve müttefik güçler tarafından Alman ve Japon devlet görevlilerini savaş suçu işledikleri iddiasıyla yargılamak için kurulmuştur.

Bu mahkemeler açık bir şekilde fonksiyonel bağışıklığa değinmese de çok sayıda devlet görevlisinin suçlu bulunması, fonksiyonel bağışıklığın kabul edilebilir bir savunma olarak görülmediğini göstermektedir⁶⁵⁴. Yargılamaların çoğu, fonksiyonel bağışıklığın, yabancı ceza yargısını ve savaş suçlarının yargılanmasını engellemediğini gösterir. Bu yüzden Cenevre Sözleşmeleri ile ilgili içtihat hukukundan şu sonuç çıkarılabilir: Savaş suçları üzerinde evrensel cezai yargı yetkisinin tespit edilmesi yükümlülüğü ve “ya suçluyu iade et ya da devletin yetkili yargı organlarına sevk et” yükümlülüğü görevdeki yabancı devlet başkanının kişisel bağışıklığını etkilememektedir. Kişisel bağışıklığın uluslararası sözleşme temelli bir istisnası yoktur. Fakat savaş hukuku kurallarına (örneğin bu konudaki teamül hukukuna) göre, eski üst düzey devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığı savaş suçu işledikleri iddiaları karşısında geçerliliğini sürdüremez. Uluslararası hukuka göre suç sayılan fiiller söz konusu olduğunda bu yöndeki devlet uygulamaları, fonksiyonel bağışıklık ile ilgili bir teamül kuralının oluşmasına önemli düzeyde katkı sağlar.

⁶⁵⁴ Bu görüş, savaş suçlarıyla itham edilen yabancı devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığını Cenevre Sözleşmelerinde yer verilen ağır ihlaller rejiminden bağımsız olarak son yıllarda inkâr eden içtihat hukukuyla uyum içindedir. *Eichmann* davasında İsrail Yüksek Mahkemesi, uluslararası suç söz konusu olduğunda devlet görevlilerinin sorumluluktan kaçamayacağı temeline dayanarak Adolf Eichmann'ın fonksiyonel bağışıklığını reddetmiştir. Eski bir üst düzey devlet görevlisinin bağışıklığı ile ilgili olduğu için ve uluslararası ceza hukukunun ulusal uygulamasında bir dönüm noktası olduğu için Eichmann devlet başkanı olmasa da bu dava bahsetmeye değer bir davadır. Çünkü fonksiyonel bağışıklık, devlet adına hareket eden herkes için geçerlidir. *Attorney-General of Israel v. Eichmann*, Supreme Court of Israel, Judgment, 29 Mayıs 1962, 36 ILR 277, s. 309-310; İsrail Milli Savunma Bakanı Amos Yaron hakkında açılan davada Belçika Temyiz Mahkemesi, uluslararası suçlar bakımından hiçbir fonksiyonel bağışıklık savunmasını kabul etmemiştir. *H.S.A. v. A.S. and Y.A.*, Court of Cassation of Belgium, 12 Feb. 2003, 127 ILR 110, 124.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI VE ULUSLARARASILASTIRILMIŞ MAHKEMELER ÖNÜNDE DEVLET BAŞKANLARININ CEZAI SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Uluslararası hukuk II. Dünya Savaşı'na kadar sadece devletler arasındaki ilişkileri konu edinen bir hukuk dalı iken, Savaş sırasında ağır insan haklarının yaşanması karşısında uluslararası toplumun desteğiyle birey, uluslararası hukukun odak noktalarından biri haline gelmiştir⁶⁵⁵. Uluslararası hukukta süje kavramının uluslararası toplumun ihtiyaçları doğrultusunda gelişen ve genişleyen bir kavram olmasına paralel olarak, artık devletler veya devletlerin oluşturduğu uluslararası örgütler yanında sınırlı da olsa bireyin de uluslararası hukukun süjesi olduğu kabul edilmiştir⁶⁵⁶. I. ve II. Dünya Savaşlarından alınan dersler karşısında ağır insan hakları ihlallerinin hem tek tek bireyleri etkilemesi hem de uluslararası toplumun barış ve huzurunu bozması gerçeği de göz önünde bulundurularak, uluslararası insan

⁶⁵⁵ Grotius uluslararası hukukun devletlerarası ilişkileri düzenlemekle sınırlı olduğu görüşünü reddetmiştir. Bkz. **Peter Pavel Remec**, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, Springer, 2012, s. 59; Ayrıca, 1899 ve 1907 Lahey Barış Konferanslarındaki görüşmeler sonucunda herkesin insan olmasının doğasından kaynaklanan bazı hak ve yükümlülüklerle bağlı olarak uluslararası hukukun hem konusu hem de öznesi olduğu kanısına varılmıştır. Bu görüşün çok iddialı olduğu yönündeki görüş için bkz. **Tezcan/ Erdem/ Önok**, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 2.bs., Ankara 2014, s. 256; 19. yy'de savaşıran personeli koruyucu kurallar getirilmeye çalışılması, 1864'te Kızıl Haç'ın kurularak savaşta insani koşulların oluşturulmaya çalışılması, 1899 ve 1907 Lahey Konferanslarında yaralılara, esirlere, sivillere nasıl davranılması gerektiğinin görüşülmesi bireyin insan haklarının uluslararası hukukta yankı bulmasının ilk olarak savaş hukuku bağlamında gündeme geldiğini gösterir. Ancak bu durum, henüz bireyin haklarının uluslararası hukuk alanında tanındığını göstermemektedir. **İlyas Doğan**, *Devletler Hukuku*, Ankara 2008, s. 264.

⁶⁵⁶ Bireylerin uluslararası sujeliliği, devletlerin yaptığı andlaşmaların onlara tanıdığı haklar çerçevesindedir. Bkz. **Ezeli Azarkan**, *Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, İstanbul, 2003, s. 21; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 200; Doğan, uluslararası hukukun nihai amacının bireyi korumak olduğunun kabul edildiğini belirtmektedir. **Doğan**, s. 261; İnsan hakları ve bireyin uluslararası hukuk sujeliliği hakkında bkz. **Ayhan Döner**, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara 2003, s. 32-34.

haklarını korumaya ve insancıl hukuku uygulamaya yönelik uluslararası andlaşmalar akdedilmiş, yine aynı amaçla çeşitli uluslararası örgütler kurulmuştur.

Ancak birey uluslararası hukuk tarafından korunmaya çalışılırken, bir yandan da insan haklarının ve insancıl hukukun, yine insan eliyle ihlal edilebildiği gerçeği bulunmaktadır. Bireyin işlemiş olduğu uluslararası suçlardan ve ağır insan hakları ihlallerinden doğan sorumluluğu karşısında, devletlerin kendi vatandaşlarını uluslararası suçlardan ötürü kendi ulusal mahkemelerinde yargılamaktan imtina etmeleri, bu kişilerin uluslararası nitelikli cezai kurumlar (mahkemeler) karşısında yargılanması ve cezalandırılabilmesinin sağlanmasını kaçınılmaz kılmıştır.

Uluslararası ceza hukukunun konusu olan ve bireyin uluslararası cezai sorumluluğu olarak ifade edilen bu husus, uluslararası hukuk sisteminde eskiden beri var olmuş olan bir konu değildir. Bir başka ifadeyle, bireylerin cezaî olarak sorumlu tutulabilmeleri, ulusal ya da uluslararası mahkemeler aracılığıyla yargılanarak cezalandırılabilmeleri uluslararası alanda çok eski bir geçmişe dayanmamaktadır⁶⁵⁷. 1899 ve 1907 yıllarında yapılan diplomatik konferansların sonucu olan ve insancıl hukukun temeli olarak bilinen Lahey Sözleşmeleri, savaş hukukuna ilişkin bazı kurallar getirmiş ve belli fiilleri yasaklamış olmakla birlikte, bu kuralların ihlallerinden ötürü bireysel cezai sorumluluktan ziyade devletin sorumluluğunu öngörmüştür⁶⁵⁸. Uluslararası düzeyde ilk kez bireysel cezai sorumluluğun uluslararası bir andlaşmaya göre uygulanması, I. Dünya Savaşı'nın ardından imzalanan 1919 Versay Barış Antlaşması'nda öngörülmüştür⁶⁵⁹. Bu antlaşma ile son Alman İmparatoru II. Wilhelm'in yargılanması kararlaştırılmıştır. Bu nedenle devlet başkanlarının uluslararası cezai sorumluluğunu sağlama konusundaki çabaların ve devlet başkanlarının yargılandığı uluslararası ceza mahkemelerinin analizinin başlatılacağı

⁶⁵⁷ **Yusuf Aksar**, “Nuremberg’den Günümüz Uluslararası Ceza Yargısı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne”, <http://www.hukukpolitik.com.tr/2016/03/30/Nurembergden-gunumuz-uluslararasi-ceza-yargisi-uluslararasi-ceza-mahkemesine/> (E.T: 12.12.2018).

⁶⁵⁸ **Tezcan, Erdem, Önok**, s. 255; **Yusuf Aksar**, *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Psychology Press, 2004, s. 72.

⁶⁵⁹ **Aksar**, *International Humanitarian Law*, s. 72.

en uygun dönem I. Dünya Savaşı sonrasıdır. Çünkü geçmiş dönemlerde, savaşta galip tarafın, mağlup tarafta savaş suçlusu olarak kabul ettiği kişileri ve özellikle devlet görevlilerini sorgulaması ve cezalandırması olgusuna rastlanmakta olsa da, bir tüzel kişi olan devletin ceza sorumluluğu yerine, devlet adına hareket eden gerçek kişilerin cezai sorumlulukları, I. Dünya Savaşı sonunda gündeme gelmiş ve II. Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan düzenlemelerde de⁶⁶⁰, bu esas kabul edilmiştir⁶⁶¹.

Bir yanda uluslararası hukukun suç kabul ettiği fiilleri gerçekleştirenlerin bireysel cezai sorumluluğunu sağlamak için uluslararası cezai kurumlar kurulmasının öngörülmesi söz konusu iken, diğer yanda ise daha önceki bölümlerde bahsettiğimiz uluslararası hukukun belli kişilere tanıdığı bağışıklıklar yer almaktadır. Bu iki husus arasında bir çatışma olup olmadığını belirlemek açısından uluslararası suç işlemekle itham edilen kişilerin uluslararası hukuktan doğan bağışıklıklarının bu kurumların yapacağı yargılamaları engellemek için bir savunma olarak ileri sürülüp sürülemediğini ortaya koymak gerekir. *Arrest Warrant* davasında UAD, uluslararası hukuktan doğan bağışıklıkların belli durumlarda yargılamaya engel teşkil etmediğini, görev başındaki ya da eski bir dışişleri bakanının “belli uluslararası ceza mahkemeleri” önünde (mahkemenin yargılama yetkisine sahip olması halinde) cezai yargılamaya konu olabileceğini belirtmiştir⁶⁶². Ancak bu ifade meseleye yeterince ışık tutmamakta ve arkasında soru işaretleri bırakmaktadır.

Bir uluslararası ceza mahkemesi tarafından yargılanması söz konusu olan kişilerin mahkemenin yargı yetkisinden muaf olmak için uluslararası bağışıklıkları ileri sürüp süremeyeceği, ilk olarak mahkemeyi kuran statü hükümlerine, bir başka ifadeyle mahkemenin kurucu belgesine bağlıdır. Bu belgelerde her ne kadar resmi statünün yargılamaya engel teşkil etmediği yönünde genel bir kural yer alsa da, bunun ne şekilde düzenlendiğine bakmak gerekir. İkinci olarak uluslararası

⁶⁶⁰ 1948 Soykırım Sözleşmesi, 1973 Apartheid Sözleşmesi, 1984 İşkence Sözleşmesi gibi.

⁶⁶¹ Bkz. **Robert Cryer**, *An Introduction to International Criminal Law And Procedure*, Cambridge University Press, 2010, s. 109; **Tezcan, Erdem, Önok**, s. 252 vd; **Tevfik Odman**, “Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1996, C. 45, S. 1-4, s. 132.

⁶⁶² *Arrest Warrant*, para. 61.

bağışlıkları ileri sürebilme ihtimali mahkemenin niteliğine de bağıdır. Mahkemenin nasıl kurulduğı veya yargılanması istenilen devlet görevlisinin bağı olduğı devletin, mahkemenin kurucu andlaşmasıyla bağı olup olmadığı da bu konuda önem taşımaktadır. Bu bağlamda BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulan mahkemeler (Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri) ile uluslararası bir andlaşmayla kurulan mahkemeler arasında ayırım yapmak gerekir. Öte yandan Sierra Leone Özel Mahkemesi gibi hem ulusal hem uluslararası nitelikleri taşıyan (uluslararasılaştırılmış) mahkemeler de bulunmaktadır. Bunlar önünde bağışlıkların ileri sürölüp sürölmemeyeceğini de ortaya koymak gerekir.

Bu bakımdan öncelikle I. Dünya Savaşı ardından imzalanan Versay Antlaşması, daha sonra II. Dünya Savaşı sonunda kurulan Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemelerinin Kurucu Andlaşmaları ile 1993 ve 1994 yıllarında kurulan Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri Statülerine, ardından Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'ne göre Mahkeme'nin yargılamalarına, son olarak uluslararasılaştırılmış mahkemelere değinilecektir.

II. BİRİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI: 1919 VERSAY ANTLAŞMASI

A. II. Wilhelm'in Yargılanması Girişimi

Tarihsel olarak uluslararası hukukun ciddi ihlallerini yargılamak için uluslararası mahkemelerin kurulması fikri ilk kez I. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkmıştır. I. Dünya Savaşı'ndan sonra İtilaf Devletleri ve Almanya arasında Savaşı sona erdiren bir ateşkes antlaşması imzalanmıştır. Almanya ilk aşamada Antlaşma hükümlerinin acımasızca olmasına ve ağır koşullar içermesine tepki göstermesine rağmen, nihayetinde 28 Haziran 1919'da Versay (Versailles) Antlaşması hükümlerini

kabul etmiş ve resmi olarak I. Dünya Savaşı'na son verilmiştir⁶⁶³. Alman İmparatoru II. Wilhelm tahtı bırakmış ve kendisine iltica hakkı tanıyan Hollanda'ya kaçmıştır⁶⁶⁴.

1918 yılında Savaş'ın İtilaf Devletleri tarafından kazanılmasıyla İttifak Devletleri'nin sivil ve askeri liderlerini ve diğer suçlularını yargılayacak bir uluslararası ceza mahkemesi kurma düşüncesi gündeme gelmiştir. İngiltere ve Fransa, II. Wilhelm'i, savaş hukuku bakımından kapsamlı kurallar içeren (fakat kurallara aykırı davranışlar için herhangi bir müeyyide öngörmeyen) 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmelerinin sürekli ve ağır ihlalinin başlıca sorumlusu olarak görmüşlerdir.

I. Dünya Savaşı'ndan sonra 1919 Paris Barış Konferansında İtilaf Devletleri, Savaşın başlamasından sorumlu olanları ve savaş hukuku kurallarının ihlalinin soruşturmak üzere, 15 üyeden oluşan bir komisyon kurmuştur⁶⁶⁵. Kurulan Komisyon (Sorumluluk Komisyonu) 29 Mart 1919'da sunduğu raporda, İttifak Devletleri'nin savaşı başlatmaktan sorumlu olduklarını, insanlık ve savaş hukuku ihlallerinin mevcut olduğunu belirlemiştir⁶⁶⁶. Aynı zamanda, rütbesi ve mevkisi göz önünde bulundurulmaksızın İttifak Devletleri'nin devlet başkanları da dâhil, tüm devlet otoritelerini hiçbir bağışıklıktan yararlanmadan yargılama yetkisine sahip olacak bir

⁶⁶³ **H.E. Goemans**, *War And Punishment: The Causes Of War Termination And The First World War*, Princeton University Press, 2000, s. 309; Versay Antlaşması, savaşın galibi olan devletler tarafından mağlup Almanya'ya zorla benimsetilmiş bir antlaşmadır. **Murat Sarıca**, *I. Dünya Savaşından Sonra Avrupa'da Barışı Kurma ve Sürdürme Çabaları (1919-1929)*, İstanbul 1982, s. 169.

⁶⁶⁴ **Gary Jonathan Bass**, *Stay The Hand Of Vengeance: The Politics Of War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, 2014, s. 64.

⁶⁶⁵ The Commission on The Responsibility of The Authors of The War and on The Enforcement of Penalties (Cezaların Yerine Getirilmesine ve Failerin Sorumluluğuna Dair Komisyon). Komisyon uluslararası hukuk ve savaş hukuku ihlallerinden sorumlu gördüğü mağlup devletlerin liderlerini yargılamaya karar veren İtilaf Devletleri tarafından bu bağlamda tavsiyelerde bulunmak üzere kurulmuştur. Komisyon İtilaf Devletleri'nin vatandaşı olan 15 uluslararası hukuk uzmanından oluşmaktaydı. **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 257.

⁶⁶⁶ Report of The Commission To The Preliminary Peace Conference, *American Journal of International Law*, Vol. 14, (1920), s. 95; **Cryer**, *An Introduction to International Criminal Law And Procedure*, s. 110.

“yüksek mahkeme”nin⁶⁶⁷ kurulmasını önermiştir. Komisyon bu bağlamda, İmparator da dâhil yüksek görevlilerin “komutan sorumluluğu”na⁶⁶⁸ dayanarak, bu suçların işlenmesini emretmekten yargılanmasını tavsiye etmiştir⁶⁶⁹.

Söz konusu kişilerin “insanlık ve savaş hukukunun” ihlalinden⁶⁷⁰ yargılanmasına yönelik öneri, Komisyonun ABD’li ve Japon üyeleri tarafından eleştirilmiştir. ABD üyeleri (insanlık ilkeleri ve hukuku bir yana) savaş hukuku ve teamüllerinin ihlalini uluslararası bir suç yapan uluslararası bir statüden veya sözleşmeden haberdar olmadıklarını belirtmişlerdir⁶⁷¹. Japon temsilcileri de ABD’nin bu konudaki tutumunu destekleyerek, uluslararası hukukun suçlu olan kişilere uygulanabilecek bir ceza kanununu tanıyıp tanımadığını sorgulamıştır⁶⁷². Buna karşılık, çoğunluk uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulması önerisini

⁶⁶⁷ Yüksek Mahkemenin önerilen yapısı, mahkeme tarafından uygulanacak hukuk ve ulusal mahkemeler üzerindeki üstünlüğü, Komisyonun öngördüğü mahkemenin özünde uluslararası nitelikte olacağını gösteriyor. Komisyonun egemen hakları kullanan kişileri yargılamak için uluslararası nitelikli bir yüksek mahkemenin oluşturulmasından söz eden raporu için bkz. Report of The Commission To The Preliminary Peace Conference, *American Journal of International Law*, Vol. 14, (1920), s. 123, 129.

⁶⁶⁸ “Komutan sorumluluğu”, savaş suçlarının işlenmekte veya işlenmek üzere olduğuna dair haber veya bilgisi olan bir komutanın; önleyici veya suçluları cezalandırıcı tedbirleri almadığı takdirde, kişisel olarak cezai sorumluluğunun bulunmasını ifade etmektedir. Konuyla ilgili bkz. **Olgun Değirmenci**, “Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 8, 2008, s. 57-103; **Jamie Allan Williamson**, “Some Considerations on Command Responsibility and Criminal Liability”, Vol. 90, N. 870, 2008, *International Review Red Cross*, s. 303-317.

⁶⁶⁹ Report of The Commission To The Preliminary Peace Conference, *American Journal Of International Law*, Vol. 14, (1920), s. 116-117, 121-122; **Cryer**, *An Introduction to International Criminal Law And Procedure*, s. 110.

⁶⁷⁰ Alman İmparatoru herhangi bir savaş suçu işlemekten ötürü yargılanmayacaktı, daha ziyade “uluslararası ahlaka ve antlaşmaların ruhuna aykırı” davranma suçundan ötürü yargılanacaktı. Komisyonun raporunda kullandığı “insanlık hukuku, insanlık ve medeniyete aykırı suçlar, insanlık hukukuna aykırı suçlar, insanlık hukukunun ihlali” gibi ifadeleri, ABD tarafından bu ifadelerin doğal hukuktan kaynaklanan ve içeriği tanımlanamayan muğlak kavramlar olması sebebiyle eleştirilmiş ve Japonya da ABD’nin bu tutumuna destek vermiştir. Bkz. **M. Cherif Bassiouni**, *Crimes Against Humanity In International Law*, 2. Ed., Kluwer Law International, 1999, s. 89.

⁶⁷¹ Report of The Commission To The Preliminary Peace Conference, s. 144; **Cryer**, *An Introduction to International Criminal Law And Procedure*, s. 110.

⁶⁷² Report of The Commission To The Preliminary Peace Conference, s. 144-146; **M. Cherif Bassiouni**, *Crimes Against Humanity Historical Evolution And Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011, s. 89; **Odman**, s. 134.

değerlendirmiştir⁶⁷³. Sonuç olarak Versay Antlaşması'nın 227-229. maddelerinde⁶⁷⁴ savaş hukuku ve teamüllerini ihlal etmekle suçlanan gerçek kişileri yargılayacak uluslararası bir mahkemenin kurulmasının öngörülmesiyle, söz konusu raporda varılan sonuç hukuksal zemin bulmuştur⁶⁷⁵. Suçlular için uygun cezayı belirlemesi için yetkilendirilen mahkemenin galip devletler (Büyük Britanya, Fransa, İtalya, Japonya ve ABD) tarafından atanacak yargıçlardan oluşacağı kararlaştırılmıştır⁶⁷⁶.

Bir devlet başkanının bağışıklığının “saldırı” suçu bağlamında tanınmamasını öngören Versay Antlaşması, 227. maddesi hükmüyle, İtilaf Devletleri'nin eski Alman İmparatoru II. Wilhelm'i, “uluslararası ahlak ve andlaşmaların kutsallığına aykırı” olarak işlediği “büyük suçtan (*supreme offence*)” ötürü mahkemeye çıkarmasını öngörmekteydi. Ayrıca maddede, Eski İmparatoru yargı önüne çıkarmak için Hollanda'dan, İmparatoru kendilerine (İtilaf Devletleri'ne) teslim etmesi isteğinden bahsedilmekteydi (md. 227/4)⁶⁷⁷.

Ancak II. Wilhelm'i yargılama ve cezalandırma yönündeki bu çaba, bir andlaşmaya dâhil edilme safhasının ötesine geçemedi. İtilaf Devletleri uluslararası bir mahkeme kuramadı, dolayısıyla İtilaf Devletleri'nin II. Wilhelm üzerinde yargı yetkisini kullanma isteği gerçekleşmedi⁶⁷⁸. Bunun en temel nedeni, ABD'nin bu türden bir mahkemenin kurulmasının başka bir emsalinin olmaması ve savaş suçlarının ancak ulusal mahkemelerce yargılabileceği gerekçelerini öne sürerek, cezai yargı yetkisine sahip bu tür bir uluslararası mahkemenin kurulmasına karşı

⁶⁷³ Report of The Commission To The Preliminary Peace Conference, s. 118.

⁶⁷⁴ İlgili maddelerin Türkçe metinleri için bkz. **İlhan Lütem**, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1951, s. 23-26; 227-229; Maddelerin orjinal metinleri için bkz. **M. Cherif Bassiouni**, *International Criminal Law: International Enforcement*, 3. Cilt, Brill, 2008, s. 41 (Kısaca: *International Enforcement*).

⁶⁷⁵ **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 257.

⁶⁷⁶ **Odman**, s. 132.

⁶⁷⁷ **Bassiouni**, *International Enforcement*, s. 41; **Odman**, s. 132.

⁶⁷⁸ I. Dünya Savaşı'ndan sonraki çabalar ve İmparator'un yargılanması önerisi üzerine alaycı bir yorumda bulunan Telford Taylor, çabaların en iyi şu sözlerle özetlenebileceğini söylemiştir: “Dağ işe yaradı ve bir fare doğurdu”. Bkz. **Telford Taylor**, *The Anatomy Of The Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, Bloomsbury Publishing, 1993, s. 18.

çıkması olmuştur⁶⁷⁹. ABD aynı zamanda devlet egemenliği, devlet başkanının bağıışıklığı gibi ilkeleri gerekçe göstererek de yetkisi savaş hukuku ve teamülleri ile insancıl hukuk kurallarının ihlalden ötürü düşman devletlerin liderlerini de yargılamayı ve cezalandırmayı kapsayan mahkemenin kurulmasına itiraz etmiştir⁶⁸⁰. Bu durum diğer devletlerin de siyasi iradesini kırmıştır. Galip devletler arasında 227. maddeyi yerine getirme konusunda gerekli mutabakatın sağlanamaması, 1899 ve 1907 savaş suçlarıyla ilgili Lahey Sözleşmelerinin⁶⁸¹ hükümleri hariç, 1919'da İmparator'un fiillerini yargılamak için meşru normatif çerçevenin bulunmayışı, Hollanda Hükümetinin, bir hükümdar olarak sahip olduğu pozisyonundan ötürü Alman İmparatorunu İtilaf Devletleri'ne teslim etmeyi reddetmesi⁶⁸² gibi faktörler bir araya gelince, sonuç olarak savaşın baş sorumlusu olarak görülen II. Wilhelm'in uluslararası bir mahkemece yargılanması mümkün olmamıştır. Böylece savaşın sorumlusu olarak görülen kişilerin yargılanması ulusal mahkemelere bırakılmıştır⁶⁸³. Şöyle ki, Almanya, savaş hukuku kurallarını ihlal edenleri Leipzig'de Alman Yüksek Mahkemesi önünde yargılamayı önermiş ve bu öneri Şubat 1920'de İtilaf Devletleri tarafından kabul edilmiştir⁶⁸⁴. Takip eden Leipzig yargılamaları bazı sanıkların

⁶⁷⁹ Report Presented To The Preliminary Peace Conference, s. 142.

⁶⁸⁰ Report Presented To The Preliminary Peace Conference, s. 144.

⁶⁸¹ Lahey Sözleşmelerinin içinde kara savaşının kurallarını düzenleyen sözleşmeler bulunmaktadır. (Örneğin, 1899 Kara Savaşının Yasa ve Teamüllerine Dair Sözleşme). Ancak bu sözleşmeler bile devletlerin savaşa başvurmalarının önüne geçememiştir. Bkz. **Taylor**, s. 11; Bu sözleşmelerde silahlı çatışma konusunda kurallar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen savaş hukuku yine de gerekli müeyyidelerden yoksun kalmıştır. Bu durum, savaşı yasaklamak veya sınırlandırmak konusunda ciddi anlamda bir çaba gösterilmediğini kanıtlar niteliktedir.

⁶⁸² Hollanda'nın iade talebini reddetmesinin asıl sebebi, esasında yapılan suçlamaların, 1858 Hollanda Ceza Yasasına göre cezayı gerektiren bir fiile ilişkin olmaması ya da İtilaf Devletleriyle imzalanan suçluların iadesine ilişkin bir uluslararası antlaşmayla ilgili olmamasıdır. Bu nedenle yapılan suçlamaların niteliği itibarıyla hukuki olmaktan ziyade siyasi olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim Hollanda da Almanya İmparatorunun aldığı savaşa gitme kararını, ülkesinin milli güvenliği içinde gördüğü için suçun siyasi suç olduğu gerekçesine dayanarak İmparatoru İtilaf Devletleri'ne iade etmemiştir. Bkz. **Cryer**, *An Introduction to International Criminal Law And Procedure*, s. 110; **M. Cherif Bassiouni**, *International Extradition, United States and Practice*, 6. Ed., Oxford University Press, 2014, s. 474; **Odman**, s. 133.

⁶⁸³ **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 258.

⁶⁸⁴ **Virginia Morris/ Michael P. Scharf**, *The International Criminal Tribunal For Rwanda*, Transnational Publishers, 1998, s. 2.

kaybolması, bazı sanıkların beraat etmesi ve bazılarının ise çok az cezaya mahkûm edilmesi nedeniyle hayal kırıklığı yaratmıştır⁶⁸⁵.

Küçük bir başarı elde edildiği ileri sürülebilmesine rağmen, uluslararası alanda bireysel sorumluluk ilkesini ve resmi yetki çerçevesinde işlenen suçlardan ötürü devlet başkanının sorumluluğunu kabul etmesi bakımından Versay Antlaşması önemlidir. Yapılması önerilen yargılamanın açık bir hukuki temelden yoksun olduğu iddia edilebilse de, uluslararası bir mahkemede bir devlet başkanının yargılanmasını planlamış olması bakımından dahi olsa büyük öneme sahiptir.

Antlaşmaya göre kurulması öngörülen mahkeme, nezdinde yapılacak yargılamada, devlet başkanının uluslararası bağımsızlıklarının bir etkiye sahip olmadığı bir mahkeme olarak planlanmıştı. Bu nedenle her şeye rağmen Versay Antlaşması, devlet başkanlarının uluslararası alanda bireysel cezai sorumluluğu konusunda yeni bir çağın habercisi olmuştur. Çünkü bu Antlaşmaya kadar devlet başkanları, gerçekleştirdiği fiillerden ötürü, devletlerin egemenliği ilkesinden dolayı cezai sorumluluğun konusu olamazdı. Özellikle de monarklar bakımından durum böyleydi. *Kral 14. Louis'in "L'état c'est moi"* ("devlet benim") ifadesi bunu kanıtlar niteliktedir⁶⁸⁶. Her ne kadar amaç bundan sonra uluslararası suçların önlenmesi ve faillerinin cezalandırılması olmasa da, bir başka ifadeyle, savaşın galibi olan devletlerin mağlup devletlerden intikam alması için bir araç olarak görülse de, bir devlet başkanının yargılanması için mahkeme kurma düşüncesi uygulamaya geçirilmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan Versay Antlaşması'nın 227. maddesinin uluslararası hukukta paradigma değişikliğini temsil ettiği söylenebilir. Çünkü

⁶⁸⁵ Bass, s. 64; Ilias Bantekas/ Susan Nash, *International Criminal Law*, 3.bs., Routledge, 2007, s. 496.

⁶⁸⁶ Mark A. Summers, "Immunity Or Impunity? The Potential Effect Of Prosecutions Of State Officials For Core International Crimes in States Like The United States That Are Not Parties To The Statute Of The International Criminal Court", *Brooklyn Journal Of International Law*, Vol. 3, 2006, s. 463, 464; Bazı akademisyenler, son yüzyıla kadar devlet başkanı bağımsızlığı doktrini ile egemen devletin bağımsızlığı doktrininin aynı şey olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Daniel M. Singerman, "It's Still Good To Be The King: An Argument For Maintaining The Status Quo In Foreign Head Of State Immunity", *Emory International Law Review*, Vol. 21, 2007, s. 427; Bu iki doktrinin birbirinden ayrı olduğunu ileri süren görüş için bkz. Kerry Creque O'Neill, "A New Customary Law Of Head Of State Immunity?: Hirohito And Pinochet", *Stanford Journal Of International Law*, Vol. 38, 2002, s. 292.

1919'dan önce savaş suçlarından ötürü devlet başkanlarını yargılamak için mahkeme kurma çabası olmamıştır. Gerçekten de 1919 öncesinde savaş suçlarından yargılamak yerine devlet başkanları bakımından sürgün politikası tercih edilmiştir. Savaş suçlarına ilişkin yargılamaları yerel mahkemeler aracılığıyla ya da uluslararası mahkemeler kurarak gerçekleştirmek modern zamanlarda alışıl gelmiştir. Versay Antlaşması'nın 227. maddesi ile başlayan, ancak tam olarak başarı sağlayamamış olan bu eğilim, devlet başkanları hakkında sonradan yapılan yargılamalarla daha fazla kendini göstermiştir.

Versay Antlaşması'nın hükümleri, katılığı ve acımasızlığı nedeniyle eleştirilmiştir. Antlaşma hükümleri katı ve dayatılmış olabilir, fakat bu durum Antlaşma'nın Almanya ve İtilaf Devletleri arasında ortak kabule dayalı bir anlaşma olduğu gerçeğini değiştirmez. Bir başka ifadeyle, İmparator'un bağışıklığının uygulanmamasını öngören Antlaşma hükmü, Antlaşma'nın taraflarının ortak kabulünün sonucudur⁶⁸⁷. Versay Antlaşması'nın bu hükmü devlet başkanlarının bağışıklığının uluslararası mahkemeler nezdinde uygulanamayacağı yönünde bir eğilimin göstergesi gibi görünse de, bu bağışıklığın yok sayılması durumu söz konusu belgenin bir uluslararası andlaşma niteliğinde olması sebebiyle sadece Antlaşma'nın taraflarıyla sınırlıdır. Dolayısıyla Almanya dışındaki devletlerin devlet başkanlarının Antlaşma'da önerilen mahkemede yargılanma yükümlülüğünün bulunmadığını söylemek mümkündür. Devlet başkanının bağışıklığının kaldırılmasına yönelik bu hüküm sadece karşılıklı bir kabul sonucu ortaya çıkan uluslararası bir andlaşma maddesi olması ve sadece taraflarını bağlaması sebebiyle uluslararası alanda genel bir kuralın oluşmasına zemin hazırlamaktan çok uzaktır.

⁶⁸⁷ Bir uluslararası andlaşmanın geçerli olmasının koşullarından biri tarafların serbest iradesine dayanmasıdır. Bir başka ifadeyle, tarafların belirli bir andlaşma ile bağlanmayı ve o andlaşmanın hükümlerini serbestçe kabul etmesi gereklidir. Devlet üzerinde kuvvet tehdidi ya da kuvvet kullanılması irade serbestisini ortadan kaldıran nedenlerden biridir. Uluslararası doktrinde kabul edilen “eşitsiz andlaşma” kavramı, “siyasal, ekonomik ve askeri baskılar sonucu bir tarafın başka bir taraftan elde ettiği karşılıklı ve dengeli olmayan andlaşma anlamına gelir. Burada güçlü olan taraf bu gücü kullanarak eşitlik üzerine kurulmayan bir andlaşmayı gerçekleştirmiş bulunmaktadır. Bu tür andlaşmalarda salt eşitsizlik nedeniyle andlaşmaların geçersizliği kuralı, uygulanan hukukta pek kabul görmemektedir. Bunun yanında, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Konferansı Son Senedine eklenen bir bildiri ile andlaşma yaparken bu tür baskıların kınandığı görülmektedir”. **Pazarcı, 1. Kitap, s. 171.**

I. Dünya Savaşı'ndan sonra bir başka barış andlaşması olan Sevr Antlaşması, İtilaf Devletleri ve Osmanlı İmparatorluğu arasında 10 Ağustos 1920'de imzalanmıştır. Sevr Antlaşması I. Dünya Savaşı'ndan sonra Osmanlı Devleti'nden savaş hukuku ve teamüllerini ihlal etmekle suçladığı kişilerin yargılanmasını öngörmekteydi. Antlaşmanın 226. maddesi, Türkiye'nin, Osmanlı Devleti tarafından Türkiye'deki Ermeni nüfusa karşı işlendiği iddia edilen suçlardan sorumlu kişileri İtilaf Devletleri'nin yargılama ve cezalandırma hakkını tanıdığını belirtti. Bunun yanı sıra, Sevr Antlaşması'nın 230. maddesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“Türk Hükümeti, 1 Ağustos 1914'te Osmanlı Devleti'nin bir bölümünü oluşturan topraklarda savaş halinin devam etmesi sırasında işlenen katliamların sorumlusu olarak İtilaf Devletleri tarafından tesliminin gerekli görüldüğü kişileri İtilaf Devletleri'ne teslim etmeyi taahhüt eder.

İtilaf Devletleri, suçlanan kişileri yargılayacak olan mahkemeyi tayin hakkını saklı tutar ve Türk Hükümeti, bu mahkemeyi tanımayı taahhüt eder.

Milletler Cemiyeti'nin sözü edilen katliamları ele almak için yeterli süre içinde yetkili bir mahkeme kurması durumunda İtilaf Devletleri yukarıda sözü edilen sanıkları yukarıda belirtilen mahkeme önüne getirme hakkını saklı tutar ve Türk hükümeti bu mahkemeyi aynı şekilde tanımayı taahhüt eder”.

Sevr Antlaşması'nın 226. ve 230. maddeleri Türk devlet başkanına açıkça yer vermemekteydi. Bununla birlikte, hükümlerde devlet başkanının dâhil edilmesinin ima edildiği tartışmaya açıktır. Osmanlı Devleti, eylemlerinden sorumlu görülenleri İtilaf Devletleri'nin yargılama ve cezalandırma hakkını kabul etmiş ve bu kişileri İtilaf Devletleri'ne teslim etmeyi taahhüt etmişti. Fakat Sevr Antlaşması Osmanlı Devleti Parlamentosu tarafından onaylanmadı ve sonuç olarak Antlaşma yürürlüğe girmedi.

23 Temmuz 1923'te Osmanlı Devleti ile İtilaf Devletleri arasında imzalanan Lozan Antlaşması yürürlüğe girmeyen Sevr Antlaşmasının yerini aldı. Lozan Antlaşması onaylandı ve savaşan taraflar arasında barışı sağladı. Lozan Antlaşması, Sevr Antlaşması'nın 226. ve 230. maddeleri ile eş değer bir hüküm içermemekteydi.

İtilaf Devletleri, Lozan Antlaşması'nın Türkiye tarafından onaylanmasını teminen Antlaşmaya ek olarak bir af bildirisi (Genel Affa İlişkin Bildiri) sundu. Bu Bildiriye göre 1914 ve 1922 yılları arasında işlendiği iddia edilen suçlardan ötürü Türk resmi görevlileri affedilmişti⁶⁸⁸.

B. Uluslararası İşbirliği ve Adli Yardım

1. Genel Olarak

Uluslararası mahkemelerde, kanıtları toplama ve verme, tanıkları zorla getirme, tutuklama da dâhil mahkemenin karar ve emirlerini zorla uygulama yetkisini içeren soruşturma ve kovuşturma süreci ulusal mahkemelerde olduğu kadar kolay değildir. Bunun nedeni, uluslararası mahkemelerin devletlerin yaptırım mekanizmalarından, gücünden ve sahip olduğu imkânlardan yoksun olmasıdır. Uluslararası yaptırım mekanizmasının bulunmaması, uluslararası mahkemeleri, devletlerin yardımına ve onlarla işbirliğine bağımlı kılar. Devletlerin yardım ve işbirliğinin sağlanması için herhangi bir araç bulunmadığında ise uluslararası mahkemeler önünde devlet başkanı bağımsızlığının uygulanamazlığının bir etkisi ve anlamı olmayacaktır. Bu bakımdan uluslararası mahkemelerin amaçlarının etkili bir şekilde yerine getirilmesini ve işlerliğini sağlamak için devletlerin bu mahkemelerle işbirliği yapması ve onlara yardım etmesi önemlidir.

Devletler cezai işlemlerin kolaylaştırılması için uluslararası adli yardım ve işbirliğine ilişkin çok taraflı ve ikili anlaşmalar yapmaktadırlar. Örneğin, Avrupa

⁶⁸⁸ Bassiouni, *Crimes Against Humanity In International Law*, s. 68; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 258; Türk resmi görevlilerinin affının öngörüldüğü Lozan Antlaşması'na ekli Genel Affa İlişkin Bildiri ve Protokol'ün 1. maddesi şu şekildedir: "Türkiye'de ikamet eden ya da etmiş olan hiçbir kimse ve karşılığında Yunanistan'da oturan veya oturmuş olan hiçbir kimse 1 Ağustos 1914 ve 20 Kasım 1921 tarihleri arasında askeri veya siyasi davranışlarından ya da bugünkü tarihli Barış Andlaşması'nı imzalayan bir yabancı devlete ya da vatandaşlarına her hangi bir yardımda bulunmasından dolayı hiçbir nedenle Türkiye'de ve karşılığında Yunanistan'da rahatsız edilmeyecek ve kötü muamele görmeyecektir." 3. madde ise şu şekilde kaleme alınmıştır: "Sözü geçen süre içerisinde meydana gelmiş olan siyasi olaylara açıkça bağlı olarak o sürede işlenmiş bütün suçlar hakkında Türkiye ve Yunanistan hükümetleri tarafından karşılıklı olarak tam ve mutlak bir genel af ilan edilecektir." Odman, s. 135.

Konseyi bünyesinde 1957 Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁶⁸⁹ ve 1959 Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardıma ilişkin Avrupa Sözleşmesi gibi⁶⁹⁰, İngiliz Milletler Topluluğu'nun 1986 İngiliz Milletler Topluluğunda Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardımlaşma ile İlgili Düzenlemesi⁶⁹¹ ve Amerikan Devletleri Örgütü'nün 1991 Tarihli Suçluların İadesine İlişkin Amerikan Devletleri Sözleşmesi ve 1992 Ceza İşlerinde Karşılıklı Uluslararası Yardımlaşmaya İlişkin Amerikan Devletleri Sözleşmesi⁶⁹² gibi adli işbirliğini kolaylaştıran çeşitli çok taraflı andlaşmalar vardır.

Devletler ile uluslararası mahkemeler arasında adli yardım ve işbirliğini öngören bir uluslararası teamül hukuku kuralı bulunmamaktadır. Uluslararası mahkemelerin emir ve kararlarını zorla yerine getirme mekanizmasından yoksun olmasının yanı sıra, özellikle uluslararası yargılamaların herhangi bir sürecinde adli yardım ve işbirliğinin hayati öneme sahip olması uluslararası mahkemelerin kurucu andlaşmalarına bu konuda hüküm konulmasını zorunlu kılmaktadır⁶⁹³.

2. Versay Antlaşması'na Göre İşbirliği ve Adli Yardım

Versay Antlaşması İtilaf Devletleri ile Almanya arasında yapılmış ve sonuç olarak devletler tarafından mahkemeye adli yardımda bulunmak ve mahkemeye işbirliği yapmak yükümlülüğü ve Antlaşmaya göre kurulacak mahkemenin adli yardım ve işbirliği isteme hakkının varlığı andlaşmalar hukukuna göre

⁶⁸⁹ European Convention On Extradition 1957, Sözleşme orijinal metni için bkz. **Christine Van Den Wijngaert/ Guy Stessens/ Liesbeth Janssens**, *International Criminal Law: A Collection Of International and European Instruments*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 1095, Sözleşmeye Ek 1. ve 2. Ek Protokoller için bkz. aynı eser s. 1103 vd.; Ayrıca Bkz. **John David McClean**, *International Co-Operation in Civil And Criminal Matters*, Oxford University Press, 2012, s. 170.

⁶⁹⁰ European Convention On Mutual Assistance In Criminal Matters 1959, Sözleşmenin orijinal metni için bkz. **Wijngaert/ Stessens/ Janssens**, *International Criminal Law*, s. 1343, Sözleşmeye Ek 1. ve 2. Ek Protokoller için bkz. aynı eser, s. 1351 vd.

⁶⁹¹ Scheme Relating To Mutual Assistance In Criminal Matters Within The Commonwealth 1986, Sözleşmenin orijinal metni için bkz. **Wijngaert/ Stessens/ Janssens**, *International Criminal Law*, s. 1449.

⁶⁹² Inter-American Convention On Extradition 1991, Inter-American Mutual Assistance in Criminal Matters 1992, Bkz. Mc Clean, s. 189.

⁶⁹³ **Antonio Cassese**, "The Statute Of The International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal Of International Law*, Vol. 10, 1999, s. 164.

kararlaştırılmıştır. Versay Antlaşması'nın 228. maddesi, açıkça Mahkeme tarafından gerekli grldėđ durumlarda Almanya'nın mahkemeye iřbirliėđi yapma ve yardımda bulunma ykmllėđnden bahseder. VAHS'nin 34. ve 35. maddelerine göre bir andlaşma üçüncü devletler için onların rızası olmaksızın hak ve ykmllk doğuramaz. Bir andlaşma uyarınca üçüncü devletler için yükümlülükler ancak üçüncü devletlerin bu ykmllkleri yazılı olarak açıkça kabul ettiėđi durumlarda ortaya çıkabilir. Bu genel kurala uygun olarak Versay Antlaşması'na taraf olmayan devletler Mahkemenin işlevini yerine getirmesinde Mahkemeye yardım etme veya onunla iřbirliėđi yapma ykmllėđı altında değildir. Bu durumda üçüncü devletlerin Mahkeme ile iřbirliėđi yapmamasının hukuki bir sonucu olamaz. Gerçekten de Hollanda'nın İmparator'u yargılanması için İtilaf Devletleri'ne teslim etmeyi reddetmesi ve bunun İmparator'un yargılanamamasının nedeni olması bu kuralın açık bir örneğidir.

III. İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI: ULUSLARARASI ASKERİ MAHKEMELER

A. Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi

1. Mahkemenin Kurulması

Uluslararası bir andlaşmanın belli hükümlerinin (Versay Antlaşması'nın devlet başkanlarının yargılanmasına imkân tanıyan hükümlerinin) kurduėđı sınırlı temele dayanarak bir uluslararası teamül kuralı inşa etmek zor olacaktı. Uluslararası ceza hukukunda bu konuda gerçek atılım, II. Dünya Savaşı'nın sonunda gerçekleşti. Müttefik Devletler, ncelikli olarak Mihver Devletlerinin savaş suçlularının yargılanması gerektiėđini bildiren bir bildiriye Moskova'da yayınladı⁶⁹⁴. Böylece Müttefik Devletler, Nazi rejimi mensuplarının iktidarlara sırasında ve savaş süresince

⁶⁹⁴ Bildiri için bkz. <http://Avalon.Law.Yale.Edu/Wwii/Moscow.Asp> (E.T: 10.04.2018).

işledikleri suçlardan dolayı cezalandırılması yönündeki niyetlerini 30 Ekim 1943'te yayımladıkları Moskova Bildirisi ile ortaya koymuş oldu⁶⁹⁵.

Daha sonra, 8 Ağustos 1945 tarihinde galip devletlerin (ABD, İngiltere, Kuzey İrlanda, SSCB ve Fransa) temsilcileri bir uluslararası mahkemenin kurucu andlaşmasını hazırlamak üzere Londra Konferansında bir araya geldi. Konferansın sonunda imzalanan 1945 Londra Antlaşmasının⁶⁹⁶ Nürnberg'de bir uluslararası askeri mahkeme kurulmasını öngören 7. maddesi, insanlığa karşı suçlar, barışa karşı suçlar ve savaş suçları bakımından devlet başkanlarının bağımsızlığının uygulanmamasını öngördü⁶⁹⁷. Artık devlet başkanlarının, hükümet başkanlarının ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin uluslararası suç teşkil eden ciddi fiillerden ötürü uluslararası hukukta bireysel sorumluluktan kurtulamayacakları kabul edilmekteydi. Bu türden bir fiilin sadece devlete atfedilebileceği fikri artık çoğu devlet tarafından hem gerçek dışı hem de adalet kavramına aykırı görülmekteydi⁶⁹⁸.

Antlaşmada Savaşın galibi olan Müttefik Devletler tarafından “Avrupalı Mihver Devletlerinin büyük savaş suçlarının adil ve çabuk yargılanması ve cezalandırılması için”⁶⁹⁹ Moskova Bildirisi'nin hedeflerini gerçekleştirmek üzere bir

⁶⁹⁵ Bu Bildiride galibiyet sonrasında sorumlu Alman subay ve Nazi Partisi mensuplarının, ülkesinde suç işledikleri devletlerin mahkemelerine çıkarılarak söz konusu devlet kanunlarına göre cezalandırılacakları, suç işledikleri yer tespit edilemeyen büyük savaş suçlularının da Müttefik Devletlerin belirlediği şekilde muamele görecekları belirtilmiştir. **Öztekin Tosun**, “İnsanlık Aleyhine Suçlar”, *Adalet Dergisi*, S. 4, 1954, s. 407, 408; **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 259.

⁶⁹⁶ Avrupalı Mihver Devletlerinin büyük savaş suçlularının yargılanması ve cezalandırılmasına ilişkin “Avrupa Eksen Devletlerinin Büyük Savaş Suçlularının Yargılanması ve Cezalandırılmasına İlişkin Londra Antlaşması” metni için bkz. **M. Cherif Bassiouni**, *International Enforcement*, s. 43 vd.; Daha sonra 19 devlet daha bu antlaşmaya katılmıştır. Bu devletler, Yunanistan, Danimarka, Yugoslavya, Hollanda, Çekoslovakya, Polonya, Belçika, Etiyopya, Avustralya, Honduras, Norveç, Panama, Lüksemburg, Haiti, Yeni Zelanda, Hindistan, Venezuela, Uruguay, Paraguay'dır. Bkz. International Tribunal (Nürnberg), Judgment And Sentences, *The American Journal Of International Law*, Vol. 41, No. 1, (1947), s. 172.

⁶⁹⁷ **Bassiouni**, s. 638; **Bassiouni**, *International Criminal Law: Multilateral And Bilateral Enforcement Mechanisms*, s. 235 (Kısaca: *Multilateral and Bilateral Enforcement*).

⁶⁹⁸ Bu yöndeki kabul büyük ölçüde Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin kararının bir sonucudur. **Foakes**, s. 184.

⁶⁹⁹ Bu ifade (“for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis” orijinal metniyle) Nürnberg Mahkemesi Şartı'nın 1. maddesinde yer almaktadır. Bkz. **Kevin Jon Heller**, *The Nuremberg Military Tribunals and The Origins Of International Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, s. 465.

uluslararası askeri mahkeme statüsü hazırlanması öngörülmüştür. Nürnberg’te kurulacak uluslararası askeri mahkemenin yetki ve işleyişi Londra Antlaşması’na Ek Statü (Nürnberg Şartı) ile belirlenmiştir⁷⁰⁰. Nezdinde bireysel sorumluluğun söz konusu olacağı Mahkemenin, barışa karşı işlenen uluslararası suçlar, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar üzerinde *ad hoc* yargı yetkisine sahip bir mahkeme olması kabul edilmiştir (Nürnberg Şartı, md. 6)⁷⁰¹. Nürnberg Statüsü’nde Mahkemenin yargı yetkisine girdiği belirtilen suçlar, fiillerin işlenmesinden sonra ihdas edilmiştir. Bu fiillerin işlendiği zamanda bunları açıkça suç sayan ve dolayısıyla bu fiiller için belli bir ceza öngören bir uluslararası hukuk kuralının mevcut olmaması Mahkeme yargılamalarının, “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”ne aykırı olduğu yönünde eleştirilmesine neden olmuştur. Aynı zamanda, Mahkeme’ye yönelik diğer önemli eleştirisi, “tabii hâkim ilkesi”ne aykırı olduğu konusundadır⁷⁰².

2. Mahkeme Önünde Cezai Sorumluluk

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi’nde 14 Kasım 1945’ten 1 Ekim 1946’ya kadar süren yargılamalarda sadece üst düzey Alman görevlileri yargılanmış, bu esnada yargı bağıışıklığı konusu gündeme gelmemiştir⁷⁰³. Çünkü sanıkların resmi statülerinin (ister devlet başkanı ister hükümette görev alan bir başka kişi olsun) onları sorumluluktan muaf tutmadığı ve cezayı hafifletmeyeceği açıkça Mahkeme Şartında belirtilmiştir (md. 7). Mahkeme Şartında aynı zamanda bir sanığın hükümetinin ya da amirinin emri doğrultusunda hareket etmesinin onu sorumluluktan muaf kılmayacağı fakat buna rağmen bu durumun, Mahkemenin

⁷⁰⁰ Bantekas/ Nash, s. 497; Odman, s. 131.

⁷⁰¹ International Tribunal (Nürnberg), Judgment and Sentences, s. 172; 6. maddede “barışa karşı işlenen suçlar”, “savaş suçları” ve “insanlığa karşı işlenen suçlar” olmak üzere üç tip suç tanımlanmış ve mahkemenin yargı alanına dâhil edilmiştir. Bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 267; Ersan Şen, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara 2009, s. 21.

⁷⁰² Sanığın işlediği iddia edilen suç anında görevli olan hâkim ve mahkemenin huzuruna çıkarılması, bir başka ifadeyle, suçun işlenmesinden sonra sanığı yargılamak üzere kişiye özel mahkeme kurulmaması anlamına gelir. Bu doğrultuda Alman savaş suçlularının suçun işlenmesinden sonra yalnızca kendilerini yargılamak üzere kurulmuş bir mahkemede yargılanmaları bu ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. Aynı yönde eleştiriler ileride bahsedilen Tokyo Askeri Ceza Mahkemesi için de geçerlidir. Bu konuda ve diğer eleştiriler hakkında bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 266.

⁷⁰³ Foakes, s. 184.

uygun görmesi durumunda cezayı hafifletmede göz önünde bulundurulabileceği belirtilmiştir (md. 8).

Yapılan yargılamalar neticesinde sanıkların bazısı suçsuz bulunurken, bazıları ise çeşitli sürelerde veya ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiştir⁷⁰⁴. Hitler, Mahkeme önüne çıkartılamadan intihar etmiş olduğundan yargılanması mümkün olmamıştır. Hâkim görüş, Hitler hayatta kalmış olsaydı işlediği fiillerden ötürü Nürnberg’de Mahkeme önüne çıkartılacağı yönündedir⁷⁰⁵.

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi verdiği kararda, uluslararası bağımsızlıkları dikkate alınmaksızın devlet başkanları da dâhil üst düzey Alman görevlilerinin yargılanması bakımından emsal olarak Versay Antlaşması’nın 227. ve 228. maddelerine dayanmıştır. Mahkeme aynı zamanda Versay Antlaşmasının 228. maddesine göre tanınan savaş suçlarını işleyenleri yargılama hakkının olduğundan bahsetmiştir⁷⁰⁶.

Nürnberg Mahkemesi önünde davalılar lehine, bireylerin fiillerinin sadece egemen devletlerin fiilleriyle ilgilenen uluslararası hukukun alanının dışına çıktığı ileri sürülmüştür⁷⁰⁷. Ayrıca, iddia edilen fiillerin devlet adına işlendiği durumlarda, eylemleri yerine getiren kişilerin, adına hareket ettikleri devletin egemenliği altında korunmaları nedeniyle kişisel olarak sorumlu olmadıkları da öne sürülmüştür. Fakat Mahkeme bu savunmayı şu ifadelerle reddetmiştir⁷⁰⁸:

⁷⁰⁴ Mahkeme tarafından 24 üst düzey Nazi yetkilisi yargılanmış, bunların 11’i hakkında ölüm, 3’ü hakkında müebbet, 7’si hakkında ağır hapis ve 3’ü hakkında beraat kararı verilmiştir. Bkz. **Durmuş Tezcan**, *Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı*, Hukuk Kurultayı, Cilt 1, Ankara, 2000, s. 274.

⁷⁰⁵ Bkz. **Bassiouni**, *Multilateral And Bilateral Enforcement*, s. 235.

⁷⁰⁶ Judgment of The Imt For The Trial of German Major War Criminals, Vol. 41, (1947), *American Journal of International Law*, s. 172; *Goering And Others*, International Military Tribunal, Nürnberg, 13 ILR 203, s. 207.

⁷⁰⁷ *Goering And Other*, s. 221.

⁷⁰⁸ **Faustin Ntoubandi**, *Amnesty For Crimes Against Humanity Under International Law*, Brill, 2007, s. 219; **Reed Brody/ Michael Ratner**, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet Ugarte In Spain and Britain*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, s. 172; **José Doria/ Hans-Peter Gasser/ M. Cherif Bassiouni**, *The Legal Regime Of The International Criminal Court: Essays In Honour Of Professor Igor Blishchenko: In Memoriam Professor Igor Pavlovich Blishchenko*

“Uluslararası hukuka aykırı suçlar soyut varlıklar tarafından değil insanlar tarafından işlenir ve sadece bu suçları işleyen bireylerin cezalandırılmasıyla uluslararası hukuk hükümleri işletilebilir. Bireylerin bağlı oldukları devlete sadık kalmak gibi ulusal yükümlülüklerinden üstün olan uluslararası görevleri bulunmaktadır⁷⁰⁹. Uluslararası hukukta bağışıklık kuralı, belli durumlara göre bir devletin temsilcilerini korur, uluslararası hukukun suç kabul ettiği fiillere uygulanmaz. Bu fiilleri gerçekleştirenler münasip yargılamada⁷¹⁰ cezalandırılmaktan muaf olmak için resmi konumlarının arkasına sığınamazlar. Savaş hukuku kurallarını ihlal eden kişi, devletin verdiği yetki gereğince hareket etmesine rağmen eğer yetki verilen fiil uluslararası hukuka göre yetkinin dışına çıkarsa kişinin bağışıklığı söz konusu olmaz”.

Nürnberg Mahkemesi Şartı’nda ve Mahkemenin yargılamasında kabul edilen Uluslararası Hukuk İlkeleri BM Genel Kurulunun kararıyla da oybirliğiyle teyit edilmiştir⁷¹¹. Nürnberg İlkeleri olarak ifade edilen ilkelerden biri olan ve çalışmamız bakımından ayrıca öneme sahip olan Nürnberg Şartı’nın 7. maddesine dayalı üçüncü ilke, şunu ifade etmektedir: “Uluslararası hukuka göre suç teşkil eden bir fiili yerine

(1930-2000), Brill, 2009, s. 746; Nürnberg International Military Tribunal: Judgement And Sentence, *American Journal of International Law*, Vol. 41, (1947), s. 172, 221; **Bassiouni**, s. 539; **Cassese**, *International Law*, s. 145; **André Klip**, *Annotated Leading Cases Of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia 2001-2002*, Intersentia Nv, 2005, s. 21.

⁷⁰⁹ Bu ifade uluslararası ceza hukukunun temeli olan bir ifade olarak tanımlanmaktadır. **Cryer**, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, s. 113.

⁷¹⁰ Bu karar, devlet başkanı bağışıklığının sadece münasip yargılamalarda uygulanamaz olduğu konusunda bir ayrımı göstermektedir. Yargılamaların “münasip” olması için, bu yargılamaların ya devletin kendi ulusal mahkemeleri önünde yapılması ya da bağışıklıktan vazgeçme yükümlülüğünün kaynağının yargılamanın taraflarını bağlayan bir uluslararası sözleşmeye dayanması gereklidir. Aynı zamanda yapılan yargılamalar, kurucu andlaşması davanın taraflarını bağlayan ve devlet başkanı bağışıklığını etkin şekilde kaldıran uluslararası mahkemeler önünde ise de yargılamalar “münasip”tir. Bkz. Pinochet (No.3), (1999) 2 All E.R. 97.

⁷¹¹ Bkz. UNGA Res 95(I) (1946) UN Doc. A/64/Add.1; BM Genel Kurulu aynı zamanda 177(II) Sayılı 21 Kasım 1947 tarihli kararıyla bu ilkelerin kodifikasyonunu öncelikli öneme sahip konu olarak UHK’ya yönlendirmiştir. UHK da “Nürnberg İlkeleri” olarak adlandırılan bu ilkeleri 1950’de Raporunda düzenlemiştir. Bkz. Report On Principles Of The Nürnberg Tribunal, *Yearbook Of The International Law Commission*, Vol II, (1950), s. 195. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf (E.T: 12.12.2017) İlkeler için ayrıca bkz. **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 265.

getiren bir kişinin devlet başkanı olarak veya sorumlu hükümet görevlisi olarak hareket etmesi onu uluslararası hukuktaki sorumluluğundan kurtarmaz”⁷¹².

Mahkeme kararının bazı yönleri tartışmalı olsa da bireylerin uluslararası hukuka göre doğrudan sorumluluğa katlanabilmelerini açıkça teyit etmesi bakımından önem taşımaktadır. Nürnberg Şartı ve Mahkemenin verdiği kararlar, devlet egemenliğine dayalı olarak gerçekleştirilen fiillerden ötürü, bireyin sorumlu tutulamayacağı, sorumluluğun devlete ait olacağı, dolayısıyla bu eylemlerden ötürü sadece devletin yargılanabileceği yönündeki görüş değişikliğe uğramış, yargılamalar sonucu savaş suçu ve insanlığa karşı suçlar, barışa karşı suç gibi uluslararası suçlardan devletin sorumlu olmasının yanında, bireyin de sorumlu olabileceği kabul edilmiş ve bu görüş uluslararası toplumda büyük destek görmüştür⁷¹³.

Sonuç olarak, Şartın hükümleri ve Mahkemenin kararı, normalde resmi fiillerden ötürü sorumluluğu bireyden alıp devlete yönlendiren fonksiyonel bağışıklık savunmasını açıkça geçersiz kılmakta ve resmi pozisyonu dikkate alınmaksızın her kişinin uluslararası hukuka göre suç sayılan fiilleri işlemekten sorumlu olduğunu öngörmektedir. Cezai sorumluluğa katlanma bakımından resmi pozisyonun dikkate alınmaması kuralı, devlet başkanları da dâhil tüm devlet görevlileri için geçerlidir⁷¹⁴.

⁷¹² Üçüncü ilke daha sonra da UHK’nın çeşitli çalışmalarıyla tekrar tekrar teyit edilmiştir. *Draft Code Of Offences Against The Peace And Security Of Mankind* (28 Temmuz 1954), International Law Commission, 9 U.N. G.A.O.R. (Supp. No. 9) P. 11, U.N. Doc. A/2693 (1954); *Report On The Draft Code Of Crimes Against The Peace And Security Of Mankind*, (19 Temmuz 1991), International Law Commission, 46 U.N. G.A.O.R. (Supp. No. 10) P. 238, U.N.Doc. A/46/10 (1991).

⁷¹³ **Ezeli Azarkan**, “Bireyin Uluslararası Ceza Sorumluluğu ve Miloseviç Davası”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003, s. 273, 274; İsrail Yüksek Mahkemesinin *Eichmann* davasında verdiği kararda Nürnberg Şartının 7. maddesinin uluslararası bir teamül kuralını yansıttığı belirtilmiştir. Bkz. **Cassese**, the Congo v. Belgium Case, s. 871.

⁷¹⁴ Gaeta, Nürnberg Şartı’nda sadece üst düzey devlet görevlilerinden bahsedilse de bu kuralın genel olarak resmi pozisyonunda bulunan tüm kişiler için geçerli olduğunun kabul edildiğini ileri sürer. **Gaeta**, “Official Capacity and Immunities”, s. 990; **Bassiouni**, *International Extradition*, s. 475.

B. Tokyo (Uzak Doğu) Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi

1. Mahkemenin Kurulması

Nürnberg Mahkemesi'nin kurulmasının ardından sıra Japon savaş suçlularının cezai sorumluluğuna gelmişti. Müttefik Devletler bunun için Temmuz 1945'te başlayan Potsdam Konferansı sonucunda, 3 Ağustos 1945'te bir bildiri yayınlamış ve bu bildiri ile Japon savaş suçlularını yargılama kararı almıştır⁷¹⁵. ABD Hava Kuvvetleri tarafından 6 Ağustos ve 9 Ağustos 1945'te sırasıyla Hiroşima ve Nagazaki'ye atılan atom bombalarının ardından Japonya, ABD'nin teslim olma çağrısını kabul etmiş ve 2 Eylül 1945'te Japon İmparatorluğu'nun teslimiyetini belgelendiren ve II. Dünya Savaşını bitiren yazılı anlaşma olan Teslimiyet Belgesi⁷¹⁶ Japonya tarafından imzalanmıştır. Bu belgeyle Japonya Potsdam Bildirisi'nin hükümlerini ve Müttefik Kuvvetler başkomutanının kararlarını yerine getirmeyi taahhüt etmiştir. Güney Pasifik'te Müttefik Kuvvetler başkomutanı General Douglas MacArthur özel bir yetkiye dayanarak, 19 Ocak 1946'da Tokyo (Uzak Doğu) Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin kurulması için bir bildiri hazırlamış ve yayımlamıştır⁷¹⁷. Bu Bildiriye ek olarak 19 Ocak 1946 tarihli Mahkeme Şartı kabul edilmiştir⁷¹⁸. Görüldüğü gibi Nürnberg Mahkemesi çok taraflı bir uluslararası andlaşmayla kurulurken, Tokyo Mahkemesi'nin kuruluşu idari bir işlemle (askeri bir emirle) olmuştur. Her ne kadar bu idari işlemi yapmak için verilen yetki daha önce ABD ile Japonya arasında yapılan barış andlaşmasına (Teslimiyet Belgesine) dayansa da Tokyo Mahkemesi'nin kuruluşunun temeli doğrudan uluslararası hukuka dayanmamaktadır⁷¹⁹. Tokyo Mahkemesi, Nürnberg Mahkemesi örnek alınarak

⁷¹⁵ Bu Bildiride, suç işledikleri yer coğrafi bakımdan sınırlanamayan büyük savaş suçlularının derhal yargılanması gerektiği belirtilmiştir. Potsdam Bildirisi için bkz. **Robert Cryer/ Neil Boister, Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment, and Judgments**, 1. Cilt, Oxford University Press, 2008, s. 1.

⁷¹⁶ Teslimiyet Belgesi metni için bkz. **Cryer/ Boister**, s. 3.

⁷¹⁷ **Cryer/ Boister**, s. 7; **Odman**, s. 137.

⁷¹⁸ Bildiri ve Tokyo Mahkemesi Şartı için bkz. http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf (E.T: 10.04.2018).

⁷¹⁹ **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 26; Mahkeme'nin oluşumu ve niteliği hakkında bkz. **Odman**, s. 140.

kurulmuştur. Bu nedenle her iki Mahkemenin Statüleri (Şartları), suç tanımlarındaki bazı küçük değişiklikler dışında aynıdır⁷²⁰.

2. Mahkeme Önünde Cezai Sorumluluk

Tokyo Mahkemesince yapılan yargılama sonucunda alınan kararda, her iki uluslararası askeri mahkemenin kurucu andlaşmalarının esasında aynı olduğu için Nürnberg Mahkemesi'nin görüşlerine mutlak olarak bağlı olduğunu belirtmiştir⁷²¹. Ayrıca Tokyo Mahkemesi, kişinin statüsü ya da rütbesi ister alt ister üst düzey olsun, saldırı suçundan sorumluluğu sınırlayan özel bir kural olmadığı yönünde karar almıştır⁷²². Bu şekilde karar alınmasına rağmen, Japon İmparatoru Hirohito yargı önünde hesap vermek durumunda kalmamıştır. Tokyo Mahkemesi savcısı, Müttefik Devletlerin siyasi tercihi nedeniyle Japonya'nın devlet başkanı olan İmparator Hirohito'yu Japonya'daki savaş suçluları iddianamesinden çıkarmıştır⁷²³. İmparator Hirohito itham edilmemesine ve dolayısıyla yargılanmamasına rağmen, üst düzey Japon Hükümet görevlileri (iki eski başbakan olan Hideki Tojo ve Koki Hirota)

⁷²⁰ **Zhang Wanhong**, "From Nuremberg to Tokyo: Some Reflections on the Tokyo Trial (On the Sixtieth Anniversary of the Nuremberg Trials)", *Cardozo Law Review*, Vol. 27, No. 4, 2006, s. 1675.

⁷²¹ Judgement of The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), 1948, http://www.loc.gov/tr/frd/Military_Law/pdf/Judgment-IMTFE-Vol-I-PartA.pdf, s. 26; Mahkeme yargılamaları Mayıs 1946'dan Kasım 1948'e kadar sürmüş ve 28 üst düzey Japon devlet adamı yargılanmıştır.

⁷²² Judgement of The International Military Tribunal for the Far East, s. 27, 29.

⁷²³ İmparator Hirohito'nun yargılama dışında bırakılmasına onun General MacArthur ile yaptığı özel bir buluşmada karar verilmiştir. MacArthur Washington'dan gelen, Hirohito'yu yargı önüne çıkarması yönündeki tüm baskılara rağmen, Hirohito'nun yargılanmasının ve cezalandırılmasının Japonya'da başa çıkılması zor bir kaosa neden olabileceğini, bunun da Japonya'nın parçalanmasına neden olabileceğini ve Amerika'nın Japonya'yı işgalini zorlaştıracak olduğunu düşünmüştür. Dolayısıyla Hirohito'nun yargılanmaması, Hirohito'nun yönetimde kalması halinde Japonya'nın daha kolay yönetilebileceği düşüncesine dayanır. Müttefik Devletler Mahkeme savcısına, Tokyo yargılamalarında Hirohito'nun adının geçmesinden bile kaçınılmasını emretmiştir. **Wanhong**, s. 1675, 1677; Mahkemenin durumu izahı ise şöyledir: "Savcılık da İmparatorun itham edilmeyeceğini açıkça ortaya koymuştur. Şüphesiz onun bağımsızlığına tüm Müttefik Devletler'in üstün menfaatleri doğrultusunda karar verilmiştir". Bkz. **Cryer/ Boister**, s. xivi; **Bassiouni**, *Multilateral And Bilateral Enforcement*, s. 235; Bu durum yargılamaların adaleti gerçekleştirmekten ziyade tamamen siyasi olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. **Mary M. Penrose**, *The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law*, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 7, 2010, s. 107.

barışa karşı işlenen suçlarla ilgili olarak yargılanmış ve savaş açmak için gizli plan yapmaktan suçlu bulunarak asılmışlardır⁷²⁴.

Görüldüğü gibi devlet başkanlarının I. ve II. Dünya Savaşları sonrası dönemde kurulan uluslararası mahkemeler önüne yargılanmak üzere çıkarılmaması bağışıklıktan ötürü değil, Hollanda'nın İmparator II. Wilhelm'i teslim etmeyi reddetmesi, Müttefik Devletlerin Tokyo Mahkemesi önünde yargılanacak kişiler için hazırlanan iddianameden İmparator Hirohito'yu çıkartmaya karar vermesi, Hitler'in intihar etmesi nedeniyle Nürnberg Mahkemesince yargılanamaması gibi siyasi ve pratik sebeplerden kaynaklanmıştır⁷²⁵.

Tokyo Mahkemesi Şartı'nın 6. maddesinde Nürnberg Mahkemesi Şartı'nın 7. maddesine benzer şekilde suçlanan kişinin ne resmi statüsünün ne de hükümetinin ya da üstünün emirlerine göre hareket etmesinin işlenen suçtan ötürü onu sorumluluktan kurtarmaya yetmediği belirtilmiştir. Fakat Nürnberg Şartının 7. maddesinden farklı olarak Mahkemenin adaletin gerektirdiğini tespit etmesi halinde bu durumları cezanın hafifletilmesinde göz önünde bulundurabileceğine yer verilmiştir (md. 6)⁷²⁶. Tokyo Mahkemesi Şartının, cezanın indirilmesinde devlet başkanlığı dâhil resmi statüsünün dikkate alınabilirliğini tanıyan tek belge olması ilginçtir.

Daha önceki bölümde de belirtildiği üzere, bağışıklığın bir mahkemenin yargı yetkisine ilişkin usuli bir mesele olduğu, esasa ilişkin bir durum olmadığı ve cezai sorumlulukla ilgili olmadığı uluslararası hukukta kabul edilmiş bir ilkedir⁷²⁷. Sanığın

⁷²⁴ Bkz. **Bassiouni**, *International Criminal Law, Multilateral And Bilateral Enforcement*, s. 235; Tokyo Mahkemesi'nde II. Dünya Savaşı sırasında Japon Hükümeti'nde ve askeri alanda en üst düzeyde görev yapmış 28 Japon vatandaşı yargılanmış, 7'si ölüm, 16'sı müebbet, diğerleri ise hapis cezasına çarptırılmıştır. **Wanhong**, s. 1675.

⁷²⁵ **Odman**, s. 133.

⁷²⁶ **Cryer/ Boister**, s. 7.

⁷²⁷ **Malcolm N. Shaw**, *International Law*, Cambridge University Press, 2014, s. 521; **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 396; **Stephen Macedo**, *Universal Jurisdiction: National Courts and The Prosecution Of Serious Crimes Under International Law*, University Of Pennsylvania Press, 2006, s. 32; UAD, *Arrest Warrant* davasında uluslararası bağışıklık ile cezai sorumluluğun birbirinden farklı kavramlar olduğunu, ilkinin usule ilişkin diğerinin ise esasa ilişkin bir konu olduğunu belirtmiştir. *Arrest Warrant*, para. 60; Ayrıca bkz. *Jones v. Saudi Arabia*, (2006) UKHL 26.

resmi statüsü cezai sorumluluğun boyutunu belirlemede değil, yargı bağıışıklığını, bir başka ifadeyle, mahkemenin bu kişi üzerinde yargı yetkisinin var olup olmadığını tespit etmede dikkate alınacak bir husustur. Bu görüş, UHK'nin 1991'de yayımlanan İnsanlığın Güvenliğine ve Barışa Karşı Suçlar Hakkında Taslak Tüzüğün 7. maddesine getirdiği yorumla da desteklenmiştir⁷²⁸: UHK yorumunu şu şekilde belirtmiştir:

“Bir suçtan ötürü cezai sorumluluktan kaçmak için bir kişinin resmi pozisyonunu ileri sürmesini engellemek, ama aynı zamanda bu sorumluluğun sonuçlarından kaçmak için resmi pozisyonunu ileri sürmesine izin vermek çelişkili ve mantığa aykırıdır”.

Cezanın belirlenmesinde devlet başkanlığı da dâhil resmi statüyü göz önünde bulundurmaya Müttefik Devletlerin siyasi düşüncelerinin sebep olmasına rağmen, resmi statüyü bir uluslararası mahkemenin yargı yetkisinin tespitinde hesaba katmamak, bunun yerine sadece cezanın belirlenmesinde resmi statüyü göz önünde bulundurmak hatalıdır. Çünkü bu yaklaşım hukuk mantığına aykırıdır. Bununla birlikte hukuk mantığı ile siyasi düşünce mutlaka aynı alana hizmet etmemektedir. Hukuk mantığı, insanlığa karşı suçları, barışa karşı suçları işleyenlerin cezalandırılmasını öngörmekteyken, siyasi düşünce devletlerin çıkarlarına hizmet etmektedir. Aynı zamanda belirtmek gerekir ki, yargılamanın konusu olan suçlar genellikle devlet içinde belli bir resmi statüde olmanın verdiği imkânlarla işlenebilen suçlardır. Bu suçları sıradan kişilerin işlemesi pek ihtimal dâhilinde değildir. Böyle bir gerçek karşısında resmi statünün cezada indirim sebebi olarak kabul edilebileceğini düşünmek de bu çelişkili durumun bir başka yönüdür.

Uluslararası Askeri Mahkemelerin sadece yenilgiye uğrayan ülkelerin vatandaşlarını yargılaması, objektif adaleti sağlama amacı gütmemesi, Nürnberg ve Tokyo'daki yargılamalara gelen en büyük eleştirilerden ve bu yargılamaların zayıf

⁷²⁸ 1991'deki Taslak Tüzüğün (ILC Draft Code Of Crimes Against The Peace And Security Of Mankind) nihai metni 1996'da yayımlanmıştır. Yorumlarıyla birlikte taslak tüzüğün İngilizce metni için bkz. *Yearbook of The International Law Commission*, 1996, Vol. II, Part II.

yönlerinden biri olmuştur⁷²⁹. Bu Mahkemeler, savaş ve insanlık suçlularının sadece bir kısmını yargılayabilmiştir. Savaş karşılıklı yapılan bir eylemdir ve yargılama konusu fiiller savaşın tüm taraflarınca işlenmiştir. II. Dünya Savaşı'nda sadece Japonya ve Almanya tarafından savaş suçu işlenmemiş veya insancıl hukuk kuralları ihlal edilmemiştir. Japonya'ya atom bombası atarak 350 bin insanın hayatını kaybetmesine neden olan ABD görevlileri hiç bir şekilde yargı organı karşısında hesap vermemişlerdir. Bu durum asli amacın objektif adaleti sağlamak olmadığını, galip devletlerin insan hakları konusunu mağlup ettikleri düşmanlarından intikam almak için bir araç olarak kullandığını göstermektedir⁷³⁰. Ancak, savaştan galip çıkan devletler bu mahkemeleri kurarak mağlup devletlere sözünü geçirmenin ve düşmanlarıyla nasıl başa çıkılacağını belirlemenin yanında aynı zamanda uluslararası bağışlıklar konusunda uluslararası hukuk tarihinin gidişatını da belirlemişlerdir⁷³¹.

Uluslararası teamül kuralından ayrılmanın habercisi olması sebebiyle, Nürnberg ve Tokyo'da devlet başkanı bağışlığının uygulanamazlığı çığır açıcı nitelikteydi⁷³². Ayrıca 1919 Versay Antlaşması'nın hükümlerinin aksine Nürnberg ve Tokyo'daki yargılamalar, Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemelerinin Şartlarının hükümlerini başarılı bir şekilde uygulamıştır. Fakat yargılamaların çığır açıcı niteliğini kabul etmekle, bu yargılamaların devlet başkanlarının uluslararası

⁷²⁹ Yargılamalar büyük ölçüde “gösteri yargılamaları” olarak nitelendirilmiş ve mahkemelerin yargıçları tarafından dağıtılan adalet “galiplerin adaleti” olarak eleştirilmiştir. **Antonio Cassese**, *International Law*, Oxford University Press, 2001, s. 266; Savaş sonunda suçluların cezalandırılması gerektiği konusunda galip devletler arasında bir tereddüt yoktu. Fakat bu sorumluluğun tesis yöntemi konusunda iki görüş vardı, bunlardan biri ceza yargısına başvurmak, diğeri ise doğrudan infazı gerçekleştirmekti. Fakat ABD'ye göre, suçluların tüm dünyaya ifşa edilmesi için yargısal bir süreç izlenmeliydi. **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 260; **Murat Rifat Önok**, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Ankara 2003, s. 41; Bkz. **Hans Köchler**, *Küresel Adalet mi?, Küresel İntikam mı?*, (Çev. Funda Keskin, Erdem Denk), İstanbul 2005, s. 15, 36, 37.

⁷³⁰ **Şen**, s. 21.

⁷³¹ **Henry T. King Jr.**, “The Judgments And Legacy Of Nürnberg”, *Yale Journal Of International Law*, Vol. 22, 1997, s. 220.

⁷³² O zamana kadar uluslararası teamül hukukuna göre hala devlet başkanlarının mutlak yargı bağışlığı kabul edilmekteydi. Versay Barış Antlaşması her ne kadar Alman İmparatorunun yargılanmasını öngörmüş olsa da karşılıklı bir uluslararası andlaşmadan ibaret olan bu belge daha önce de belirtildiği gibi devlet başkanlarının uluslararası hukuka göre yargılanabilmesini öngören bir teamül kuralı oluşturma yeterliliğine sahip değildi.

yargılamalarda bağışıklıklara dayanamayacaklarını genel olarak kabul ettirdiğini ileri sürmek farklı konulardır.

Bassiouni ise, Nürnberg ve Tokyo yargılamalarının, uluslararası bağışıklıkların uluslararası cezai yargılamalarda geçerli olmadığına ilişkin yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralı yarattığını belirtmiştir⁷³³. Nitekim bu yargılamalardan sonra uluslararası suç işlemekle itham edilen kişilerin cezai sorumluluk bakımından resmi statülerini dikkate almama eğilimi başlamış ve bu yöndeki eğilim, 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme’de (md. 4), UHK’nın İnsanlığın Barış ve Güvenliği Hakkındaki Tüzük Taslağında (md. 7)⁷³⁴, 1973 Apartheid Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Uluslararası Sözleşme’de (md. 3)⁷³⁵, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Statülerinde⁷³⁶ ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nde (md. 27) yer almıştır.

Sonuç olarak, şimdiye kadar yapılan açıklamalar, Versay Antlaşması ve Uluslararası Askeri Mahkemelerin Şartları gibi uluslararası mahkemelerin kurucu belgelerinin, hem bu mahkemelerle işbirliği yapma ve adli yardımda bulunma yükümlülüğünün hem de devlet başkanlarının bağışıklığının uluslararası suçlar nedeniyle geçersiz sayılmasının temeli olduğunu göstermiştir. Versay Antlaşması ve Uluslararası Askeri Mahkemelerin Şartlarının öngördüğü mahkemelerin yapmış olduğu yargılamalar her ne kadar devlet başkanının bağışıklığının uygulanamazlığı konusunda yeni bir uluslararası hukuk kuralına işaret etse de, bu uygulamalar söz konusu mahkemelerle sınırlıdır⁷³⁷.

⁷³³ Bassiouni, *Multilateral And Bilateral Enforcement*, s. 235.

⁷³⁴ *Yearbook Of The International Law Commission*, Vol. II, (1996).

⁷³⁵ Bkz. dn.202

⁷³⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, ICTY Statute, (1993) 32 I.L.M. 1192; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, ICTR Statute, (1994) 33 I.L.M. 1602.

⁷³⁷ Nitekim bu mahkemelerin kendisi de konu ve yargılayacağı kişiler bakımından yetkisi sınırlandırılmış özel nitelikte mahkemeler olup, genel ve kalıcı nitelikte mahkemeler değildir. **Odman**, s. 137.

Mahkemelerin kurucu andlaşmaları, devlet başkanı gibi devlet görevlisinin kademine atıfta bulunduğu için bundan uluslararası mahkemeler önünde kişisel bağışıklığı da reddettiği anlamı çıkarılabilir. Bir başka ifadeyle, en yüksek kademdeki devlet temsilcisi olarak, suçlanan kişinin statüsüne gönderme yapılması uluslararası hukukun suç kabul ettiği fiillerden ötürü görev başındaki devlet başkanları hakkında yargılamanın ve cezalandırmanın muhtemel olduğu şeklinde yorumlanabilir. Ancak, büyük savaş suçlularının yargılamaları devlet başkanından daha alt düzeydeki eski devlet görevlileri ile ilgili olduğundan öncelikli konu fonksiyonel bağışıklık olmuştur.

C. Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri ile İşbirliği ve Adli Yardım

Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi ile adli işbirliği konusuna gelince, Londra Antlaşması'yla antlaşma taraflarının bu Mahkemeye soruşturma ve yargılama sürecinde yardım etmek için gerekli adımları atacağı kararlaştırılmıştır (md. 3). Londra Antlaşması'nın tarafı olmayan devletler ise uluslararası andlaşmalar hukukuna göre bu antlaşma ile bağlı olmadığından Mahkemeye adli işbirliği yapmakla yükümlü değillerdi.

Londra Antlaşması'nın giriş kısmı Müttefik Devletlerin sadece kendileri adına değil tüm BM'nin yararına hareket edeceğinden bahsetmektedir. Aynı zamanda Antlaşmanın 5. maddesi Antlaşmayla bağlı olmayı isteyen BM üyesi devletlerin diplomatik kanalla verilecek bir bildiriyle Antlaşmayla bağlı olabilmelerini öngörmüştür. Bu nedenle Müttefik Devletlerden olmayan fakat 5. madde uyarınca Londra Antlaşması'na katılan devletlerin, Nürnberg Mahkemesiyle işbirliği yapma ve Mahkemeye adli yardımda bulunma yükümlülüğü vardır.

Tokyo Mahkemesi bakımından devletlerin işbirliği yükümlülüğü biraz daha farklıdır. Almanya gibi Japonya'nın da Mahkemeye işbirliği yapma ve yardımda bulunma yükümlülüğü altında olduğu ileri sürülse de, Tokyo Mahkemesi'nin Müttefik Devletler'in başkomutanı General Douglas MacArthur tarafından askeri bir emirle kurulduğunu hatırlatmak gerekir. Müttefik Devletler'i oluşturan Büyük Britanya, ABD ve SSCB hükümetlerinin hepsi Temmuz 1945 Potsdam

Konferansı'na⁷³⁸ ve Tokyo Mahkemesi'nin kurulmasına ivme kazandıran Aralık 1945 Dışişleri Bakanlarının iştirak ettiği Moskova Konferansına katılmışlardır⁷³⁹. Konferansa katılmış olmalarına dayanarak Müttefik Devletlerin mahkemeye işbirliği yapma yükümlülüğü altında olabileceği düşünülse de, uluslararası bir andlaşma bulunmadığı için işbirliği yükümlülüğünün var olduğunu kesin şekilde söylemek hukuken pek mümkün görünmemektedir⁷⁴⁰. Müttefik Devletler'den olmayan devletlerin ise Tokyo Mahkemesiyle işbirliği yapma ve Mahkemeye yardım etme konusunda herhangi bir yükümlülüğün olmadığı kesindir.

IV. BM GÜVENLİK KONSEYİ TARAFINDAN KURULAN ULUSLARARASI MAHKEMELER

II. Dünya Savaşı'nın ardından uluslararası suçlar bakımından devlet başkanlarının uluslararası cezai sorumluluğunu sağlamaya yönelik övgüye değer çabalara rağmen, daha sonraları uluslararası ceza hukukunda bu konuda bir zayıflama olmuştur. Uluslararası Askeri Mahkemelerden sonraki yıllar ile geçici uluslararası mahkemelerin kurulduğu 1990'lı yılların başı arasında hiçbir uluslararası ceza mahkemesi kurulmamıştır. 1990'lardan önce uluslararası ceza mahkemelerinin kurulamamış olmasından elbette uluslararası insancıl hukuk ve insan haklarının ihlal edilmediği anlamı çıkartılamaz. Aksine bu durum Soğuk Savaş'ın ve BM Güvenlik Konseyi içinde ortaya çıkan kilitlenmenin sonucudur.

1990'ların başında uluslararası toplum iki büyük trajediye tanık olmuştur. Bunlardan biri Avrupa'nın göbeğinde, Eski Yugoslavya'da, bir diğeri Afrika Kıtasında Ruanda'da yaşanmıştır. Yugoslavya ve Ruanda'da yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin sorumlularının yargı önüne çıkartılarak hesap vermeleri için BM

⁷³⁸ Cryer/ Boister, s. 1.

⁷³⁹ Moskova Konferansı metni İçin bkz. http://Avalon.Law.Yale.Edu/20th_Century/Decade19.Asp (E.T: 22.01.2017).

⁷⁴⁰ VAHS, md. 2/1/a: "Bu sözleşmenin uygulanması bakımından, 'andlaşma', ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun, devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve milletlerarası hukuka tabi olan milletlerarası anlaşma (mutabakat) demektir".

Güvenlik Konseyi sırasıyla, 1993 ve 1994'te *ad hoc* nitelikteki Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasına karar vermiştir. Hem söz konusu bu mahkemelerin hem de ileride bahsedilecek olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasında Soğuk Savaş döneminin sona ermesi etkili olmuştur⁷⁴¹. Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın 7. Bölümü çerçevesinde uluslararası barış ve güvenlik bağlamındaki yetkilerini kullanarak bu mahkemelerin kurulması kararını almıştır.

Bu mahkemelerin kurulması, devlet başkanları da dâhil, tüm devlet görevlilerinin uluslararası suçlardan hesap verebilirliği anlayışını yerleştirme fikrini yeniden canlandırmıştır. Günümüze kadar Güvenlik Konseyi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) olmak üzere sadece iki uluslararası ceza mahkemesi kurmuştur⁷⁴².

A. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) Kurulması

Çok uluslu Yugoslavya Federal Halk Cumhuriyeti çatısı altındaki devletlerin teker teker bağımsızlıklarını ilan etmesiyle yönetimde egemen konumda olan Sırbistan, ayrılmalara askeri müdahale ile karşılık vermiş ve bunun sonucu olarak Yugoslavya topraklarında iç savaş başlamıştır. Sırbistan'ın desteğiyle başlayan iç savaş sırasında ise insancıl hukukun ağır şekilde ihlal edildiği bir trajedi yaşanmıştır. Eski Yugoslavya'da soykırım, işkence, tecavüz, diğer cinsel saldırı fiilleri, etnik temizlik, sivil mahkûmlara kötü muamele, öldürme, tarihi ve kültürel eşyaları imha etme, sivil nüfusu göçe zorlama, okullara, hastanelere saldırma ve bunun gibi daha birçok uluslararası insancıl hukuk kurallarının ağır şekilde ihlali gerçekleşmiştir⁷⁴³.

⁷⁴¹ **Philippe Kirsch**, “The International Criminal Court”, *McGill Law Journal*, Vol. 46, 2000, s. 261.

⁷⁴² **Arzu Alibaba**, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 49, S. 1, 2000, s. 190; **Şen**, s. 27.

⁷⁴³ **Yusuf Aksar**, *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Psychology Press, 2004, s. 8 (Kısaca: *International Humanitarian Law*).

BM Güvenlik Konseyi bölgedeki insanlık dışı fiillere bir süre sessiz kaldıktan sonra, bu vahşeti sonlandırmak adına çeşitli kararlarla duruma müdahale etmiştir⁷⁴⁴. 1992'den 1995 yılına kadar süren Bosna Savaşı'nda çoğunluğu Müslüman sivil Bosnak olmak üzere 160 binden fazla kişi öldürülmüştür⁷⁴⁵. Srebrenitsa Katliamı veya Bosna Katliamı olarak ifade edilen soykırım, II. Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleşmiş en büyük katliamlardan biridir. Nüfusunun çoğunluğunu Müslümanların oluşturduğu 36 bin nüfuslu Srebrenitsa şehrinde, 11 Temmuz 1995 tarihinde Ratko Miladić komutasındaki ağır silahlı Sırp ordusu tarafından 8 binden fazla Bosnalı Müslüman, çocuk, yaşlı, genç, erkek, kadın demeden vahşice öldürülmüştür.

Güvenlik Konseyi 808 (1993) sayılı kararıyla ağır insan hakları ihlallerini gerçekleştirenlerin yargı önünde hesap vermelerini sağlamak için bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması kararı almıştır. Bu kararın ardından 827 (1993) sayılı kararla 25 Mayıs 1993 tarihinde 1 Ocak 1991 ile Konsey tarafından “barışın tesisi için belirlenecek bir tarih arasında”⁷⁴⁶, Eski Yugoslavya topraklarında özellikle Bosna Hersek'te işlenen uluslararası insancıl hukukun ciddi derecede ihlalden sorumlu kişileri yargılaması için *ad hoc* nitelikte⁷⁴⁷, Eski Yugoslavya Uluslararası

⁷⁴⁴ 713(1991) sayılı kararla, uyuşmazlığın devamının dünya barışını ve uluslararası güvenliği tehdit ettiğine karar verilmiş, 764(1992) sayılı kararla uluslararası hukuk kurallarını ihlal edenlerin bireysel cezai sorumlulukları vurgulanmış ve ihlaller kınanmış, 780(1992) sayılı kararla Cenevre Sözleşmeleri ile uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerini soruşturması için bir komisyon kurulmuştur.

⁷⁴⁵ **Mustafa Imamović**, *Bosnia and Herzegovina: Evolution of Its Political and Legal Institutions*, Sarajevo 2006, s. 386.

⁷⁴⁶ Bu ifade Mahkeme Statüsünün ilk metninde yer almakta iken son halinde kaldırılarak “1991'den itibaren” demekle yetinilmiştir. Mahkemenin zaman bakımından yetkisinin 1991'den başlayarak sınırsız olması, Mahkemeye kuruluşundan itibaren öngörülmesi mümkün olmayan suçları da yargılayabilme imkânı sağlamaktadır. **Gökçen Alpkaya**, *Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara 2002, s. 134 (Kısaca: EYUCM).

⁷⁴⁷ Mahkemenin yargılama yetkisi sadece bu olayla sınırlıdır. Yargılamalar bittikten sonra mahkemenin dağılması öngörülmüştür. Günümüzde hala yargılamalarına devam eden mahkeme bugüne kadar 160'ın üzerinde kişiyi yargılamıştır. <http://www.icty.org/en/about> (E.T: 12.12.2017)

Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Bu karar aynı zamanda Mahkemenin Statüsünü de kapsamaktadır⁷⁴⁸.

Mahkeme, 1949 Cenevre Sözleşmelerine, genel olarak savaş hukukunun teamül kurallarına, 1948 Soykırım Sözleşmesine ve Nürnberg Mahkemesi kararlarıyla insanlığa karşı suç oluşturduğu kabul edilen ve Güvenlik Konseyi kararı ile de teyit edilmiş olan suçları içeren uluslararası kurallara aykırı olarak işlenen suçların sorumlularını yargılamakla yetkilendirilmiştir (EYUCM Statüsü, md. 2-5).

B. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (RUCM) Kurulması

90'lı yılların başında bir başka büyük trajedi ise Ruanda Devlet Başkanı Juvenal Habyarimana'nın ve Brundi Devlet Başkanı Cyprien Ntaryamira'nın, Ruanda'nın başkenti Kigali'de bir uçak kazasında ölmesinin ardından, 6 Nisan 1994'de Ruanda'da başlayan soykırımdır. Devlet Başkanlarının ölümü Hutuların Tutsi azınlığa karşı planlı, sistematik, yaygın insan hakları ihlallerini gerçekleştirmesini ve insanlığa karşı suç, soykırım gibi suçları işlemesini tetiklemiştir⁷⁴⁹. Katliamın başlamasından 18 Temmuz 1994 tarihine kadar yaklaşık 1 milyona yakın kişi öldürülmüştür⁷⁵⁰.

1994 yılında ise Afrika'da yaşanan soykırım eylemleri sırasında, BM Güvenlik Konseyi, Ruanda Hükümeti'nin talebini aldıktan sonra Ruanda topraklarında, 1 Ocak 1994 ile 31 Aralık 1994 tarihleri arasında işlenen soykırım, insanlığa karşı suçlar ile 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ve ona Ek II Nolu Protokolün ihlalinden sorumlu olan kişileri ve komşu devletlerin topraklarında benzer fiilleri işleyen Ruanda vatandaşlarını yargılamak için 8 Kasım 1994 tarihinde

⁷⁴⁸ EYUCM Statüsünün 2009 yılında güncelleştirilen son metni için bkz. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (E.T: 12.12.2017)

⁷⁴⁹ **Aksar**, *International Humanitarian Law*, s. 14.

⁷⁵⁰ **Aksar**, *International Humanitarian Law*, s. 14; **Bozkurt/ Erdal/ Poyraz**, s. 183; Ayrıca bkz. **Kemal İnat, Rıdvan Kalaycı**, "Ruanda: 'Ortadoğu' Afrika'da Katliamlar Ülkesi", Kemal İnat, Burhanettin Duran, Muhittin Ataman (edt.), *Dünya Çatışmaları- Çatışma Bölgeleri ve Konuları*, 2. Cilt, Ankara 2010, s. 149 vd.

955 sayılı kararla uluslararası bir mahkeme kurma kararı almıştır⁷⁵¹. Bu karar, Mahkemenin Statüsünü de kapsamaktadır. Ruanda Mahkemesi, Eski Yugoslavya Mahkemesi’ni model olarak kurulmuştur. Her iki Mahkeme yapı itibarıyla birbirlerine oldukça benzemektedir. İki Mahkemenin savcılığını aynı kişinin yapması aralarındaki benzerliği ve yapısal bağı ortaya koymaktadır⁷⁵².

BM Güvenlik Konseyi, EYUCM ve RUCM’yi kurma kararında barışın tehdidi ve bozulması halinde alabileceği önlemleri içeren BM Şartı 7. Bölüm çerçevesinde Balkanlar ve Ruanda’daki durumların uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğuna, BM Şartı’nın 39. maddesi uyarınca karar verdikten sonra, 41. madde doğrultusunda hareket etmiştir⁷⁵³. Mahkemelerin uluslararası bir andlaşma ile değil BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulmasının sebebi, durumun vehameti karşısında çabuk hareket etmektir⁷⁵⁴. Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri askeri mahkemeler iken, Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemesi uluslararası topluluk adına hareket eden sivil bir mahkemedir ve onların aksine amacı objektif adaleti sağlamaktır⁷⁵⁵. Her iki Mahkeme de belli bir durum ile sınırlı olmak üzere kurulduğundan *ad hoc* uluslararası mahkemeler olarak ifade edilmektedir.

C. EYUCM ve RUCM Önünde Cezai Sorumluluk

Her iki Mahkemenin Statüsünün “bireysel cezai sorumluluk” başlıklı maddeleri (EYUCM Statüsü, md. 7, RUCM Statüsü, md. 6) aynı şekilde düzenlenmiştir. Maddelerin ilk paragrafında, Statü’de sıralanan suçları planlamış, teşvik etmiş, emretmiş, işlemiş ya da yardım etmiş ve özendirmiş, planlanmasına,

⁷⁵¹ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, md. 1-5.

⁷⁵² **Alibaba**, s. 190; **Şen**, s. 27.

⁷⁵³ BM Şartı’nın 7. Bölümü çerçevesindeki yetkilerin bir uluslararası mahkeme kurmayı kapsayıp kapsamadığı, buna bağlı olarak Mahkemenin meşruiyeti sorunu hakkındaki görüşler için bkz. **Alpkaya**, EYUCM, s. 42.

⁷⁵⁴ **Önok**, s. 68.

⁷⁵⁵ Bkz. **Hüseyin Pazarcı**, “Bosna-Hersek Sorununda Uluslararası Yargının Rolü”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 5, No. 1-4, 1996, s. 387.

⁷⁵⁶ **Önok**, s. 68, **Gökçen Alpkaya**, Miloseviç Lahey Yolunda, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 56(1), 2002, s. 171.

hazırlık aşamasına ya da uygulamasına iştirak etmiş ise kişinin suçtan bireysel olarak sorumlu olacağı belirtilmiştir.

İkinci paragraflarında, sanığın resmi statüsünün (ister devlet başkanı ister bir hükümet görevlisi olsun) onu cezai sorumluluktan kurtarmayacağı ve cezasında indirim yapılması için bir sebep teşkil etmeyeceği öngörülmüştür.

Üçüncü paragraflarında, eğer üst astın suçu işlemek üzere olduğunu ya da işlemiş olduğunu biliyorsa veya bilme imkânı varsa ve buna rağmen suçu önlemek için gerekli ve makul tedbirleri almamışsa veya bu yüzden failleri cezalandırmamışsa Statü'de sıralanan suçların bir ast tarafından işlenmiş olmasının, üstü cezai sorumluluktan kurtarmayacağı belirtilmiştir.

Dördüncü paragraflarında, sanığın hükümetin ya da üstünün emirleri doğrultusunda hareket etmesinin onu cezai sorumluluktan kurtarmayacağı fakat Mahkemenin adaletin gerektirdiğini belirlemesi halinde cezanın indirilmesinde bu durumun dikkate alınabileceği belirtilmiştir.

Birbirine benzer şekilde kaleme alınmış olan Uluslararası Askeri Mahkemelerin Şartları ile Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Statü hükümlerinin resmi statünün dikkate alınmaması ilkesine yer vermesi göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası suçlar bağlamında görevdeki devlet başkanının da kişisel bağıışıklığının geçersiz kabul edildiği sonucuna varılabilir. Görevdeki devlet başkanının dahi yargılanabileceğinin kabul edildiği bir durumda, görevi sona eren devlet başkanının bağıışıklığının devam edeceğini düşünmek imkânsızdır. Bu bakımdan fonksiyonel bağıışıklığın da geçersiz sayıldığını söylemek mümkündür. Nitekim ileride bahsedilecek olan yargılamalar bu düşüncenin kanıtı niteliğindedir.

Görüldüğü gibi, sanıkların suçun işlenmesi sırasında devlet başkanı dahi olsa resmi bir statüde bulunmasının bireysel cezai sorumluluk bakımından hiçbir önemi yoktur. Bu durum aynı zamanda uluslararası suçlar söz konusu olduğunda yargılamadan kaçmak için bu kişilere uluslararası hukukun normalde tanıdığı bağıışıklıkların arkasına gizlenemeyeceklerini de göstermektedir.

EYUCM ve RUCM, BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla kurulmuştur. Söz konusu Mahkemelerin Statüleri Mahkemeleri kuran Güvenlik Konseyi kararlarının bir parçasını oluşturmaktadır. BM Güvenlik Konseyi kararlarının tüm BM üyesi devletleri bağlamasından ötürü söz konusu Mahkemelerin Statülerinin de tüm BM üyesi devletler bakımından uygulamada bağışıklığı kaldırdığı kabul edilmektedir. Bu durumun sebebi BM üyesi devletlerin BM Şartı'na taraf olmak suretiyle bağışıklığı kaldıran Güvenlik Konseyi kararlarına zımnen rıza göstermiş olması ve onunla bağlı olmasıdır⁷⁵⁶. Bu yüzden, Mahkemelerin yargı yetkisine giren bölgelerde uluslararası hukuka göre suç kabul edilen fiilleri işlediğinden şüphelenilen devlet görevlilerinin bağlı olduğu BM üyesi devletlerin, hepsinin Statü'de yer alan bağışıklığın geçersizliğini kabul ettikleri varsayılır. Bir başka ifadeyle, bu devletler BM Şartının kurduğu rejim gereğince kendi devlet görevlilerinin normalde yararlanacak oldukları herhangi bir bağışıklığından feragat ettikleri kabul edilir⁷⁵⁷.

Bu durumda, Güvenlik Konseyi'nin BM üyesi olmayan devletlerin temsilcilerinin, uluslararası bağışıklıklarını geçersiz kılıp kılamayacağı sorusu akla gelebilir. Bu soru Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin devlet başkanı olan Slobodan Miloseviç ve diğer hükümet üyeleri hakkında iddianamenin hazırlandığı tarih olan 1999'da gündeme gelmiştir. İddianamenin hazırlandığı tarihte Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin, BM üyesi bir devlet olup olmadığı bakımından şüpheler vardı⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ BM Şartı, 25. madde: “Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır.”

⁷⁵⁷ Güvenlik Konseyi kararlarının parçasını oluşturan *ad hoc* Mahkemelerin Statülerinde belirtilen bağışıklığın geçersizliğinin üstün gelmesine ilişkin BM Şartı 103. madde: “BM üyelerinin BM Şartı'ndan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda BM Şartı'ndan doğan yükümlülükleri üstün gelecektir”. Bir başka ifadeyle, bağışıklığın kaldırılması da dâhil Güvenlik Konseyi kararlarını kabul etme ve yerine getirme yükümlülüğü uluslararası bağışıklıklara saygı gösterme yükümlülüğünden üstün gelecektir.

⁷⁵⁸ 1945'te BM üyesi olan Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti, Sırbistan, Hırvatistan, Slovenya, Bosna-Hersek, Karadağ ve Makedonya federe devletlerinden ve Voyvodina ile Kosova özerk bölgelerinden oluşmaktaydı. Federe Cumhuriyetlerin bağımsızlık faaliyetleri üzerine 27 Nisan 1992'de devlet parçalanmış ve Sırbistan- Karadağ bir araya gelerek “Yugoslavya Federal Cumhuriyeti”ni kurmuşlardır. Yeni kurulan bu devletin başka bir devlet olması sebebiyle BM üyesi sayılıp sayılmayacağı konusunda şüpheler söz konusuydu. Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin BM üyesi olduğu 1 Kasım 2000 tarihinden önceki statüsü hakkında bkz. **Dapo Akande**, “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties:

Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin BM üyesi olmadığı düşünülürse, diğer devletlerin iddianame ve tutuklama kararlarının gereğini yapmaları, Miloseviç'in bir devlet başkanı olarak uluslararası bağımsızlığı olması sebebiyle bu devletlerin BM üyesi olsa bile uluslararası sorumluluğuna neden olabilecekti. Miloseviç'in EYUCM önüne çıkartıldığı Haziran 2001 tarihinde Federal Yugoslavya Cumhuriyeti zaten BM'ye üye olarak kabul edilmişti⁷⁵⁹. Her halükarda Federal Yugoslavya Cumhuriyeti tarafından Miloseviç'in teslim edilmesi mevcut bağımsızlıklardan bir feragat teşkil etmekteydi⁷⁶⁰.

Bir uluslararası andlaşmanın hükümleriyle sadece o andlaşmaya taraf olan devletler bağlıdır (VAHS, md. 34). Bağımsızlıkların kaldırılmasını öngören uluslararası bir mahkemenin kurucu andlaşması, uluslararası hukukun bu andlaşmaya taraf olmayan devletlerin görevlilerine bahsettiği bağımsızlıkları kaldıramaz. Bu bağımsızlıklar andlaşmaya taraf olmayan devletlerin hakkıdır ve taraf olmadıkları bir andlaşma onları bu haklarından mahrum bırakamaz⁷⁶¹. Bu kurallar çerçevesinde BM Şartı'na taraf olmayan devletler bakımından bu Statülerin bir bağlayıcılığı olmayacağı da söylenebilecektir.

D. EYUCM ve RUCM Tarafından Yapılan Bazı Yargılamalar

1. Slobodan Miloseviç Davası

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde devlet başkanının bağımsızlığı meselesi ilk kez *Prosecutor v. Milosevic* davasında yargılama konusu

Legal Basis and Limits", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 3, 2003, s. 628-31; **Yehuda Z. Blum**, "UN Membership of the 'New' Yugoslavia: Continuity or Break?", *American Journal of International Law*, Vol. 86 (4), 1992; **Matthew Craven**, "The Genocide Case, the Law of Treaties and State Succession", *British Year Book of International Law*, Vol. 68(1), 1997, s. 131-35; **Michael P. Scharf**, "Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations," *Cornell International Law Journal*, Vol. 28 (1), 1995; **Michael Wood**, "Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and in Multilateral Treaties", *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, Vol 1(1), 1997 s. 241-51.

⁷⁵⁹ UNGA Res A/RES/55/12 (2000).

⁷⁶⁰ **Akande**, *International Law Immunities and The International Criminal Court*, s. 417.

⁷⁶¹ **Akande**, *International Law Immunities and The International Criminal Court*, s. 417.

olmuştur⁷⁶². Yugoslavya Federal Cumhuriyeti Devlet Başkanı Slobodan Miloseviç, 15 Temmuz 1997'den 6 Ekim 2000 tarihine kadar Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin devlet başkanlığı görevini üstlenmiştir. Miloseviç Bosna-Hersek, Kosova ve Hırvatistan'da Bosnalı Sırp asker ve sivil liderlerle birlikte ortak suç girişimine büyük ölçekte iştirak etmekten sorumlu görülmüştür. Hakkında ilk iddianame 22 Mayıs 1999 tarihinde hazırlanmıştır. Başlangıçta insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarından ötürü itham edilmiş fakat daha sonra soykırım suçunun da dâhil olduğu diğer iddianameler eklenmiştir⁷⁶³. 1 Nisan 2001'de Belgrad'da yerel makamlarca tutuklanmış ve 29 Haziran 2001'de Lahey'deki EYUCM'ne sevk edilmiştir.

Miloseviç, 24 Mayıs 1999'da ilk iddianamenin kabul edilmesiyle hala devlet başkanı olduğu sırada EYUCM tarafından sanık haline getirilmiştir⁷⁶⁴. Buna rağmen Miloseviç'in kişisel bağışıklığı konusu Mahkeme önüne getirilmemiştir⁷⁶⁵. Çünkü Miloseviç yargı önüne çıkarılmak üzere Lahey'e sevk edilirken artık görevde değildi. EYUCM Statüsü'nün 7/2. maddesinde sanığın resmi statüsünün Mahkemenin yargılama yetkisine bir engel olarak ileri sürülememesi bakımından suçun işlendiği tarihte sanığın resmi statüye sahip olması ya da davanın açıldığı veya yargılamanın yapıldığı tarihte resmi statüye sahip olması arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Genel ifadeyle sanığın resmi statüsünün onu cezai sorumluluktan kurtarmayacağından bahsedilmektedir. Bu nedenle Miloseviç'in kişisel bağışıklığı gündeme gelmiş olsaydı dahi madde metninin lafzından kişisel bağışıklığı da geçersiz kıldığının kabul edildiğini ileri sürmek mümkün olacaktı⁷⁶⁶.

⁷⁶² **Yves Beigbeder**, *International Criminal Tribunals: Justice And Politics*, Springer, 2011, s. 62.

⁷⁶³ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No. IT-99-37-I, (ilk iddianame) 22 Mayıs 1999; Tüm iddianame metinleri için bkz. http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4 (E.T: 10.04.2018).

⁷⁶⁴ **Alpkaya**, Miloseviç Lahey Yolunda, s. 171.

⁷⁶⁵ **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 283.

⁷⁶⁶ Alebeek aksi yönde bir görüş belirterek, EYUCM Statüsü'nün kişisel bağışıklığın Mahkeme önünde uygulanmamasını öngörmediği için, ilk iddianamenin hazırlandığı tarihte hala görevde olan Miloseviç'in Mahkemenin yargı yetkisiyle bağlı olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 283.

Milosević eski bir devlet başkanı olarak fonksiyonel bağışıklıktan yararlandığını iddia ederek, Mahkemenin kendisi üzerinde yargı yetkisi olmadığını belirtmiştir. EYUCM Dava Dairesi ise buna şu şekilde cevap vermiştir:

“Bugün bir uluslararası teamül hukuku kuralını yansıtan 7. maddenin 2. paragrafının geçerliliğine itiraz etmenin kesinlikle hiçbir dayanağı yoktur⁷⁶⁷. Bu kuralın geçmişi Nürnberg Mahkemesi Şartının 7. maddesine ve Tokyo Mahkemesi Şartı'nın 6. maddesine dâhil edildiği dönem olan II. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde bireysel cezai sorumluluk doktrininin gelişimine dayandırılabilir. Bu kuralın teamül niteliği bu kuralın daha pek çok belgeye dâhil edilmesinin yanı sıra⁷⁶⁸ içtihat hukukuyla da desteklenmektedir”. Görüldüğü gibi Dava Dairesi, Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar bakımından cezai sorumluluğa bir engel olarak bir devlet başkanının resmi statüsünün ileri sürülemeyeceği yönündeki kararını desteklemek için Nürnberg ve Tokyo Mahkemesi Şartları'na atıf yaparak, EYUCM Statüsünün 7/2. maddesinin uluslararası teamül hukukunu yansıttığını belirtmiştir⁷⁶⁹.

2. Radovan Karadžić Davası

25 Temmuz 1995 tarihinde EYUCM, 1990'lı yıllarda Yugoslavya'daki şiddet olayları sırasında işlenen soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardan ötürü Sırp Cumhuriyetinin eski Devlet Başkanı Karadžić aleyhine de bir iddianame hazırlamış ve tutuklama kararı almıştır. 13 yıl boyunca sahte kimlikle kaçak olarak yaşayan Karadžić, 30 Temmuz 2008 tarihinde Sırp polisi tarafından tutuklanarak EYUCM'e teslim edilmiştir⁷⁷⁰. Karadžić'in yargılamasına 26 Ekim 2009 tarihinde

⁷⁶⁷ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No: IT-02-54-T, Decision On Preliminary Motions, 8 Kasım 2001, para. 28.

⁷⁶⁸ Soykırım Sözleşmesi, md. 4; Nürnberg ilkeleri, 3. İlke; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, md. 6; Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü, md. 6/2; UCM Statüsü, md. 27; İnsanlığın Barış ve Güvenliği Aleyhine Suçlar Taslak Tüzüğü, md. 7.

⁷⁶⁹ *Prosecutor v. Milosevic*, Case No: IT-02-54-T, Decision On Preliminary Motions, 8 Kasım 2001, para. 28, 29, 30; **M. Cherif Bassiouni**, *Introduction to International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, s. 91.

⁷⁷⁰ *Prosecutor v. Karadzic*, Case No: It-95-5/18, Amended Indictment, 28 Nisan 2000; **Antonio Cassese/ Guido Acquaviva/ Mary Fan/ Alex Whiting**, *International Criminal Law: Cases & Commentary*, Oxford University Press, 2011, s. 97; **Beigbeder**, s. 64.

başlanmış, fakat davaya hazırlanmak için kendisine yeterli zaman verilmediğini iddia eden Karadziç'in uzun süren yokluğu nedeniyle yargılamalar aksamıştır. Dava Dairesi Karadziç'in iddialarını gözden geçirdikten sonra onun yargı sürecini zorlaştırdığına kanaat getirmiş ve Karadziç için avukat tayin edilmesine karar vermesiyle yargılama kaldığı yerden devam etmiştir⁷⁷¹. Karadziç kendisine karşı yapılan suçlamaları kabul etmemiştir. Karadziç devlet başkanı bağışıklığını ileri sürmemiş fakat onun yerine Kasım 1995'te Dayton Barışı'nın müzakere edildiği sırada kendisi ile ABD temsilcisi Richard Holbrooke arasında bir anlaşma yapıldığını iddia etmiştir. Anlaşmanın içeriği, Karadziç'in devlet yönetiminden tamamen çekilmesi karşılığında EYUCM tarafından asla yargılanmayacağına ilişkindir⁷⁷². Dava Dairesi bu iddiaları reddetmiş ve böyle bir anlaşma yapılmış olsa dahi Holbrooke'un Güvenlik Konseyi'nin verdiği bir yetkiye dayanarak hareket etmediğine ve Karadziç'in EYUCM'ye sevk edilmesi bağlamında üçüncü bir taraf olarak onun yıllar öncesinden bağışıklık sözü veremeyeceğine hükmetmiştir⁷⁷³. Ayrıca, Mahkeme, EYUCM Statüsü'nde, bir kişiyi Mahkemenin yargı yetkisinin dışında bırakan herhangi bir hüküm bulunmadığını da belirtmiştir. Nihayetinde Karadziç işlediği çok çeşitli suçlardan ötürü 40 yıl hapse mahkûm edilmiştir⁷⁷⁴. Bu dava da EYUCM'nin eski bir devlet başkanının fonksiyonel bağışıklığını söz konusu suçlar bakımından, Mahkemenin yargılama yetkisine engel bir durum olarak kabul etmediğini açıkça göstermektedir.

⁷⁷¹ Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, s. 92.

⁷⁷² Cassese/ Acquaviva/ Fan/ Whiting, s. 97.

⁷⁷³ Cassese/ Acquaviva/ Fan/ Whiting, s. 97; Karadziç'in ileri sürdüğü ABD ile "bağışıklık anlaşması" hakkında Mahkemenin kararının incelemesi hakkında bkz. Benjamin Brockman-Hawe, "II. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Decision on the Accused's Second Motion for Inspection and Disclosure: Immunity Issue Trial Chamber Decision of 17 December 2008", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, 2009, s. 726-740.

⁷⁷⁴ Kararın özeti için bkz. http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement_summary.pdf (E.T: 12.12.2018).

3. Jean Kambanda Davası

Jean Kambanda 1994’de Ruanda’daki soykırım sırasında Ruanda’nın geçici hükümet başkanlığını yapmıştır. Her ne kadar bir devlet başkanı olmasa da uluslararası hukukta hükümet başkanları ve devlet başkanları aynı rejime tabi olduğundan, bir başka ifadeyle uluslararası hukuk kurallarının uygulanması bakımından aynı statüde yer aldığından, emsal niteliğinden ötürü bu davadan da kısaca bahsetmek gerekir⁷⁷⁵.

Ekim 1997’de RUCM savcısı, Kambanda aleyhine 1994 yılında Tutsi halkına karşı etnik ve ırkçı temele dayalı olarak soykırım yapmak, soykırım suçunu işlemek için plan yapmak, soykırım suçuna halkı teşvik ve tahrik etmek, soykırım suçuna iştirak etmek, insanlığa karşı suçları işlemekten dava açmıştır⁷⁷⁶. Mahkeme savcısı iddianamesinde, Başbakan olarak Kambanda’nın statüsünün ona soykırım mağdurlarını daha iyi koruma ve daha fazla ölüm, kayıp, yaralı verilmesini engelleme imkânı verdiği gerçeğinin altını çizmiştir. Kambanda hakkındaki iddianamede şunlar yazılıdır: *“Hükümetin fiillerini yürütmekten başbakan sorumludur. Hükümet ulusal siyaseti belirler ve idare eder ve emrinde bulunan silahlı güçleri bulunmaktadır. Bakanların görevlerinin yanı sıra onların yetkileri altındaki hükümet birimlerinin kapsam ve niteliği başbakan tarafından belirlenir.... Kambanda, Ruanda halkının güvenliğini temin etme görevini yerine getirememiştir”*. Ayrıca iddianamede ülke yönetimini ilgilendiren her konuda kontrolü elinde tutan Kambanda’nın, ülkede yaşanan soykırımı bilmesine rağmen bunu sonlandırmak için gerekli adımları atmadığı, hiçbir tedbir almadığı gibi vahşetin artmasına doğrudan katkı sağladığı da ifade edilmiştir⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ Bkz. Joe Verhoeven (Raportör), 2001 Vancouver Resolution of The Institut De Droit.

⁷⁷⁶ *Prosecutor v. Kambanda*, Case No: 97-23-DP, Indictment, 16 Ekim 1997.

⁷⁷⁷ Tutsi halkına karşı yapılan soykırımı engellemeye çalışan devlet görevlileri öldürülmüştür. Kambanda Hükümeti ve onun emriyle Hükümet üyeleri Tutsileri öldürmesi için yardım etmiş, bu vahşetten hayatta kalmayı başarabilen çocukların korunması kendisinden istendiğinde ise buna cevap vermemiş ve bu isteğin ardından aynı gün çocuklar öldürülmüştür. *Prosecutor v. Kambanda*, Case No: 97-23-DP, Indictment, 16 Ekim 1997.

RUCM Mayıs 1998’de Jean Kambanda’yı yargılamaya başlamıştır. Kambanda kendisi aleyhine ileri sürülen tüm suçlamaları kabul etmiş ve asla bağışıklık konusunu ileri sürmemiş ve Mahkemenin yargı yetkisini sorgulamamıştır. Dolayısıyla Kambanda resmi yetkiye dayalı bağışıklık savunmasından feragat etmiştir. RUCM, onu suçlu bularak onun resmi yetki ve görevini cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul etmiş ve müebbet hapse mahkûm etmiştir⁷⁷⁸. Mahkeme savcısının iddianamesine paralel olarak Kambanda’nın resmi konumunun ona verdiği imkânı kötüye kullanmış olması, Mahkeme tarafından cezayı ağırlaştırmak için bir neden olarak görülmüştür.

4 Eylül 1998’de Dava Dairesi tarafından ilk mahkûmiyetin verilmesinin ardından Kambanda, dosyayı çeşitli gerekçelere dayalı olarak temyiz etmiştir. Ancak bağışıklık bu gerekçelerden biri değildir⁷⁷⁹. Kambanda’nın istemi Temyiz Dairesi tarafından incelenmiş fakat yeni bir yargılama talebi reddedilmiş ve Kambanda’nın cezası 19 Ekim 2000 tarihinde Temyiz Dairesi tarafından onanmıştır. Kambanda hiçbir şekilde bağışıklık konusunu ileri sürmediğinden, Temyiz Dairesi de hiçbir şekilde bu konuyu ele almamıştır. Eski bir hükümet başkanının soykırım suçundan yargılandığı ilk dava olarak bu yargılama uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri bakımından yargı bağışıklığı aleyhine bir dönüm noktası haline gelmiştir⁷⁸⁰.

Yukarıda incelenmeye çalışılan tüm davalar, resmi yetkinin dikkate alınmamasına ve BM Şartının 7. Bölümü uyarınca BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulan bir uluslararası ceza mahkemesi önünde devlet başkanı bağışıklığının uygulanamazlığına ilişkin kesin bir emsal olarak görülmelidir. Ayrıca, hem uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu antlaşmalarında konuyla ilgili hükümlerin

⁷⁷⁸ *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR 97-23-S, Judgement and Sentence (4 Eylül 1998), para. 44; Kambanda soykırım suçu işlediğini kabul eden ilk hükümet başkanıdır. **Bassiouni**, *Introduction to International Criminal Law*, s. 91.

⁷⁷⁹ Bu gerekçeler, kendi seçtiği avukat tarafından savunulmaması, hukuka aykırı olarak gözaltına alınması, suçunu itiraf ettiğinden cezasında indirim yapılmaması, kararda iddianamede belirtilen her bir suçlama için ayrı bir ceza belirtilmemesi ve cezanın aşırı olduğu gibi gerekçelerdir. *Jean Kambanda v. The Prosecutor*, Case No. ICTR 97-23-A, Appeals Chamber Judgement, Ekim 2000.

⁷⁸⁰ **Olivia Swaak-Goldman**, *Kambanda v. Prosecutor*. No. ICTR 97-23-A, *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 3, 2001, s. 659.

yer alması hem de bu hükümlerin Mahkemeler tarafından yapılan yargılamalarda etkili şekilde uygulanması, üst düzey devlet görevlilerinin uluslararası suçlar bağlamında uluslararası mahkemeler nezdinde bağışıklıktan yararlanamayacağı düşüncesini kuvvetlendirmiştir. Tüm bu gelişmeler daha sonra Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu andlaşması olan Roma Statüsü'ne de yansıyacaktır. Ancak, Arrest Warrant davasındaki yargılamadan anlaşıldığı gibi EYUCM VE RUCM yargılamaları üst düzey devlet görevlilerinin ulusal mahkemeler önünde uluslararası suçlar söz konusu olsa dahi kişisel bağışıklığının var olduğu düşüncesini kırmaya yetmemiştir.

E. EYUCM ve RUCM İle İşbirliği ve Adli Yardım

Daha önce belirtildiği gibi, uluslararası mahkemelerin yargısal kararlarını yerine getirmek için bir yaptırım mekanizmasının bulunmaması, devletlerin uluslararası mahkemelerle işbirliği yapmasını gerekli kılmaktadır. EYUCM Statüsü'nün 29. maddesi, RUCM Statüsü'nün 28. maddesi, sanıkların soruşturulması ve kovuşturulması için devletlerin Mahkemelerle işbirliği yapmasını ve Mahkemelerin yardım taleplerine veya emirlerine uyulmasını öngörmektedir.

EYUCM ve RUCM'nin kararlarının uygulanmasıyla ilgili karşılaşılabileceği problemin farkında olan Güvenlik Konseyi de, bu Mahkemeleri kuran 827 ve 955 sayılı kararlarıyla söz konusu Mahkemeler karşısında devletlerin yardım ve işbirliği yükümlülüğünü açıkça şu şekilde ifade etmiştir:

“... Tüm devletler, bu karara ve Mahkeme Statüsüne uygun olarak Uluslararası Mahkeme ve organlarıyla tam bir işbirliği yapacak ve sonuç olarak, tüm devletler Statü'nün 29. maddesine göre bir Dava Dairesi tarafından verilen karar ve yardım taleplerine uyma yükümlülüğü de dâhil olmak üzere bu kararın ve Statü'nün hükümlerinin uygulanması için kendi iç hukukunda gerekli tüm tedbirleri alacaktır”⁷⁸¹.

⁷⁸¹ UN Doc. S/Res/827 (1993), para. 4; UN Doc. S/Res/955 (1994), para. 2: Bu kararlar, Statü'nün ve Güvenlik Konseyi kararının uygulanması için devletlerin iç hukuklarında aldıkları tedbirler hakkında Genel Sekreterliğin bilgilendirilmesi yönünde ek bir isteği içermektedir.

BM Şartı'nın 25. maddesine göre BM üyesi tüm devletler Güvenlik Konseyi kararlarına uymakla yükümlüdür. BM Şartı'nın 103. maddesine göre üye devletlerin BM Şart'ından doğan yükümlülükleri ile diğer herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması halinde BM Şartı'ndan doğan yükümlülükleri üstün gelir. Tüm bu karar ve hükümlerin etkisi devletlerin yardım ve işbirliği yapma yükümlülüğünün varlığı sonucunu doğurmaktadır.

Genel uluslararası hukuk kuralına göre bir devlet uluslararası bir yükümlülüğe uymamanın gerekçesi olarak iç hukukunu ileri süremez. Bu nedenle bir devletin iç hukukunun uluslararası bir yükümlülüğe uymasını engellemesi ya da bir devletin uluslararası yükümlülüğünü yerine getirmek için iç hukukunda gerekli tedbirleri almaması uluslararası yükümlülüğe uymamak olarak değerlendirilecektir⁷⁸².

Güvenlik Konseyi'nin devletlerin söz konusu Mahkemelerle işbirliği yapma ve yardım etme yükümlülüğü altında olduklarını belirten açıklamalarına rağmen bazı devletler bu yükümlülüğe uymamaktadır⁷⁸³. Bu konu *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* davasında gündeme gelmiştir⁷⁸⁴. Bu davada Hırvatistan, EYUCM'nin, Mahkeme Kanıt ve Usul Kuralları'nın⁷⁸⁵ 54. maddesi uyarınca devletlere yönelik belirli belgelerin mahkemeye ibrazı emri çıkarma yetkisine itiraz etmiştir. Hırvatistan Mahkemenin bu zorlayıcı gücünün uluslararası hukukun bir özelliği olmadığını ve

⁷⁸² Bkz. *Prosecutor v. Tadic* (Decision on Deferral), ICTY 101 ILR 1; *Prosecutor v. Blaskic* (Application To Vary Conditions Of Detention), The Decision Of The President Of The Tribunal 108 ILR (1998) 69, para. 7-9.

⁷⁸³ Address of Antonio Cassese, President of The ICTY, To The UN General Assembly, 4 Kasım 1997, Bkz. Press Release Of The General Assembly GA/9345, 4 Kasım 1997.

⁷⁸⁴ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (Decision On The Objection Of The Republic Of Croatia To The Issuance Of Subpoena Duces Tecum Of Trial Chamber II), 18 Temmuz 1997, Case No It-95-14-T, 110 ILR 607

⁷⁸⁵ Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf (E.T: 12.12.2017).

bir mahkemenin kurucu andlaşmasının buna ilişkin zorlayıcı yetkilerin kullanılmasını öngören açık bir hüküm içermesi gerektiğini ileri sürmüştür⁷⁸⁶.

Mahkeme bu itirazın üzerine verdiği cevapta EYUCM'nin işlevlerini etkili şekilde yerine getirmek için zorunlu olan asli yetkilerinin delil ibrazı isteme yetkisini de içerdiğini belirtmiştir⁷⁸⁷. Statü'nün 20. maddesi, Dava Dairelerinin yargılamaların adil ve çabuk olmasını ve "Mahkeme Kanıt ve Usul Kuralları"na uygun olarak yürütülmesini temin etmesini öngörmektedir. Mahkeme Kanıt ve Usul Kuralları'nın 54. maddesine göre, bir Dava Dairesi veya hâkim, taraflardan birinin talebi üzerine veya resen, yargılamanın yürütülmesi ya da yargılamaya hazırlık için ve bir soruşturmanın amaçları bakımından gerekli görüyorsa bu tür talimatlar, kararlar çıkarabilir ve devletlere mahkeme celbi gönderebilir.

Bu doğrultuda Mahkemenin ifadeleri şöyledir: *"Bu Usul Kurallarının Statü'deki kurallara etkililik kazandırmak için kabul edildiği düşünülürse, makul olan, bu Usul Kurallarının yukarıda belirtilen delil ibrazı için emir çıkarma yetkisini de içerdiğini düşünmektir. 54. maddedeki "yargılamanın yürütülmesi için...gerekli"lik ifadesinin bu bağlamda yorumlanması gerekir. Bu nedenle adil yargılamanın gerektirmesi halinde bir kanıtın verilmesi için Mahkemenin bir devlete ibraz emri çıkarması uygundur"*.⁷⁸⁸ Görüldüğü gibi, işbirliği yükümlülüğü Mahkemenin bağımsız bir organı olan savcının istemlerine yanıt vermeyi, Dava Dairelerinin emir ve kararlarına uymayı kapsamaktadır. EYUCM Statüsü ve 827 sayılı Karar, açık bir şekilde, devletlerin Mahkemenin yardım taleplerine veya emirlerine uymakla yükümlü olduklarını bildirmektedir. Bu nedenle, Hırvatistan'ın iddiası dayanaktan yoksundur⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ *Prosecutor v. Blaskic*, para. 24.

⁷⁸⁷ *Prosecutor v. Blaskic*, para. 24.

⁷⁸⁸ *Prosecutor v. Blaskic* (Decision On The Objection Of The Republic Of Croatia To The Issuance Of Subpoena Duces Tecum Of Trial Chamber II), 18 July 1997, Case No It-95-14-T, para. 32.

⁷⁸⁹ Hırvatistan ayrıca, Konsey'in, devletleri hariç tutarak yalnızca bireylerin Mahkemenin emirlerinin konusu olabilmesini amaçladığını iddia etmiştir. *Prosecutor v. Blaskic*, para. 24. Konseyin EYUCM'nin karar ve emirlerine devletlere yönelik olmasını amaçladığı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. EYUCM Statüsü'nün 29. maddesi hükümleri ve 827 sayılı kararın 4. paragrafi

BM üyesi olmayan devletler, Güvenlik Konseyi tarafından kurulan uluslararası mahkemelerle işbirliği yapmayı ve yardım yükümlülüğünü yazılı olarak açıkça kabul edebilirler. Bu durum, VAHS'nin 35. maddesinde⁷⁹⁰ de yer alan genel andlaşmalar hukuku ilkesi ile uyumludur⁷⁹¹. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde Mahkemenin kendisinin doğrudan uygulayabileceği bir yaptırım yoktur, Mahkeme ancak bu durumu Güvenlik Konseyi'ne bildirebilir⁷⁹².

VI. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ÖNÜNDE DEVLET BAŞKANLARININ CEZAİ SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Genel olarak bakıldığında 20. yy.de kurulan *ad hoc* uluslararası mahkemeler uluslararası toplum tarafından kabullenilmesi mümkün olmayan vahşetlerin ve dolayısıyla ağır suçların sorumlularının, devlet içindeki statüleri ne olursa olsun cezalandırılmasını öngörmüştür. Nürnberg Mahkemesi bunun ilk örneğidir ve ardından Tokyo Mahkemesi gelmiştir. Her ikisi de savaştan galip çıkanın, mağlup olan üzerinde kurduğu baskının sonucu olarak kurulup yargılama yapmış olması sebebiyle tarafsız olmadığı gerekçesiyle, galiplerin mahkemeleri olarak nitelendirilmiş ve eleştiri almıştır. Buna rağmen bu mahkemelerin uygulamalarının uluslararası hukukta, özellikle uluslararası ceza hukukunda yarattığı etki yadsınamaz. Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri ise, bir savaş sonunda galip gelenler tarafından değil BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulması sebebiyle, Nürnberg

aksi yönde bir iddiayı desteklememektedir. Ayrıca Konsey, devletlerin EYUCM ile işbirliği yapması gerektiği konusundaki niyetini, 1031 sayılı kararında kesin şekilde tekrardan belirtmiştir. UN Doc. S/Res/1031 (1995), para. 4.

⁷⁹⁰ VAHS'nin "Üçüncü devletler için yükümlülük öngören andlaşmalar" başlıklı 35. maddesi şöyledir: "Bir andlaşmanın tarafları bu andlaşmanın bir hükmünün bir üçüncü devlet için yükümlülük aracı olmasını kast ettiyse ve üçüncü devlet o yükümlülüğü açıkça yazılı bir şekilde kabul ettiyse, bu andlaşma hükmünden üçüncü bir devlet için bir yükümlülük ortaya çıkar."

⁷⁹¹ 2002 yılında BM'ye üye olan İsviçre, henüz BM üyesi değilken 1995 yılında EYUCM Statüsü'nü uygulamaya yönelik bir kanun çıkarmıştır. Bkz. [http://www.icty.org/X/File/Legal%20library/Member States Cooperation/Implementation Legislation Switzerland 1995 En.Pdf](http://www.icty.org/X/File/Legal%20library/Member%20States%20Cooperation/Implementation%20Legislation%20Switzerland%201995%20En.Pdf) (E.T: 12.12.2017).

⁷⁹² Alpkaya, Miloseviç Lahey Yolunda, s. 172.

Mahkemesi'nin aldığından daha az eleştiri almıştır. Her ne kadar bu mahkemelerin kuruluşunun hukuki dayanağına yönelik bazı tartışmalı hususlar olsa da, uluslararası toplum adına BM, büyük bir adım atarak Yugoslavya'da ve Ruanda'da yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin sorumlularını cezalandırma iradesini ortaya koymuştur. Ancak bu iki mahkemenin yetkilerinin de yalnızca soruşturdukları olayla sınırlı olması öngörülmüştür. Bir başka ifadeyle bu mahkemeler dünyanın başka bir yerinde başka bir zamanda gerçekleştirilecek benzer eylemleri yargılayamazlardı⁷⁹³. Bu nedenle, ne zaman benzer olaylar ortaya çıkarsa çıksın, her daim yargılama yetkisini kullanmaya hazır sürekli bir uluslararası ceza mahkemesine ihtiyaç vardı⁷⁹⁴. Her şeye rağmen tüm bu mahkemeler önünde yapılan yargılamalar bireysel cezai sorumluluğun mümkün olduğunu kanıtlamış ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının varlığına rağmen bunların ihlal edilmesinin hala devam ediliyor olması karşısında sürekli bir uluslararası ceza mahkemesine giden süreci hızlandırmıştır⁷⁹⁵.

Uluslararası uygulama, uluslararası ceza mahkemelerinin savaşılan taraflardan galip tarafın mağlup taraf üzerindeki bir hakkı olarak ya da BM Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın 7. Bölümü çerçevesindeki yetkilerine dayanarak aldığı kararlarıyla kurulabildiğini göstermiştir. Bunun yanında Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir uluslararası ceza mahkemesinin devletler arasında mecbur edilmeksizin, baskı uygulanmadan imzalanan çok taraflı sözleşmelerle de kurulabildiğinin kanıtı olmuştur.

⁷⁹³ **William Schabas**, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2000, s. 12.

⁷⁹⁴ **Arthur Watts**, *The International Law Commission 1949-1998, Vol. II.*, Oxford University Press, 1999, s. 1447.

⁷⁹⁵ Modern dönemde daimi bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması çabaları, Milletler Cemiyeti ile başlamış ve BM ile devam etmiştir. **M. Cherif Bassiouni**, "Establishing an International Criminal Court: Historical Survey", *Military Law Review*, Vol. 149, 1995, s. 58); Milletler Cemiyeti döneminde 1920 yılında, daimi bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması teklif edilmiş; ancak, Cemiyet, bu teklifi henüz olgunlaşmamış bularak üzerinde çalışma yapmamıştır. **Watts**, *The International Law Commission*, s. 1447; **Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman**, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku-Genel Kısım, Cilt III.*, 11. bs., İstanbul 1997, s. 555.

B. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kurulması ve Yargı Yetkisi

15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında Roma'da düzenlenen Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair BM Diplomatik Konferansı, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu belgesi olan Roma Statüsü'nün kabulü ile sonuçlanmıştır⁷⁹⁶. Statü 17 Temmuz 1998'de 120 devlet tarafından kabul edilmiş ve sürekli bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması öngörülmüştür⁷⁹⁷. Roma Statüsü 60 devlet tarafından onaylanmasının ardından diğer devletlerin katılımına açık bir uluslararası andlaşma olarak 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiş ve evrensel bir mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) kurulmuştur. Roma statüsü, BM bünyesinde müzakere edilmesine rağmen, UCM, BM'den bağımsız bir yargı olarak kurulmuştur.

Daimi bir uluslararası ceza mahkemesi olarak UCM'nin kurulması uluslararası hukukta son yirmi yıl içindeki en önemli gelişmelerden biridir. Mahkemenin kurucu belgesi olan Roma Statüsü, UCM'yi uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçların sanıklarını yargılamakla yetkilendirmiştir⁷⁹⁸. Ancak Statü'de UCM'nin konu bakımından yargı yetkisinin sadece belli suç tipleri olarak soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve

⁷⁹⁶ Statü'nün kabulü için yapılan oylamada 120 devlet lehte oy kullanırken, 7 devlet aleyhte ve Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 21 devlet ise çekimser oy kullanmıştır. Günümüzde 123 devlet Roma Statüsü'ne taraftır. Türkiye Statü'ye henüz taraf değildir. Statü'ye taraf olma konusunda en büyük itiraz ABD'den gelmiştir. ABD 31 Aralık 2000 tarihinde Mahkemeyi kendi kontrolü altında tutabileceği inancıyla Statüyü imzalamış ancak daha önce benzeri görülmemiş bir şekilde 6 Mayıs 2002'de imzasını geri çekmiştir. ABD'nin, Mahkemenin Güvenlik Konseyi'nce kontrol edilmesini istemesi bu inancı kanıtlar niteliktedir. ABD'nin Roma Statüsü'ne taraf olmak istememesinin altında yatan sebep, dünyada en çok barış gücü askeri ve personeli bulunduran bir devlet olarak, Statü'ye taraf bir devletin veya savcılık makamının resen başvurusu üzerine Amerikan vatandaşları aleyhine UCM'de dava açılacağından çekinmesidir. ABD'nin UCM'ye karşı tutumu hakkında bkz. **Yusuf Aksar**, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, 2003.

⁷⁹⁷ Roma Statüsü, md. 1.

⁷⁹⁸ UCM Statüsü'nün, Önsöz. 4. paragrafında Uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren, en ciddi suçların cezasız kalmaması ve ulusal düzeyde ve uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesi suretiyle, bu suçların etkin bir şekilde kovuşturulmasının, güvence altına alınması gerektiği teyit edilerek, 5. paragrafında, "bu suçların faillerinin, cezasız kalmasına son verme ve böylece bu tür suçları önleme konusunda kararlı olarak" ifadelerine yer verilmiştir.

saldırı suçunu kapsadığı belirtilmiştir⁷⁹⁹. Statü'nün 11. maddesi Mahkemenin zaman bakımından yargı yetkisinin sadece Mahkemeyi kuran Roma Statüsü'nün yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2002'den sonra işlenen suçlar bakımından geçerli olduğunu öngörmektedir. Roma Statüsü'nün geçmişe dönük etkili olmaması nedeniyle yürürlük tarihinden önce ortaya çıkan olaylar Mahkemenin yargı yetkisi dışında kalmaktadır. Bir devlet, Roma Statüsü'ne taraf olmakla, Statü'nün 5. maddesinde belirtilen suçlarla ilgili olarak Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmiş sayılır⁸⁰⁰. Dolayısıyla Mahkemenin yargı yetkisinin taraf devletler bakımından söz konusu olabilmesi için devletlerin yetkiyi kabul veya tanıma beyanı aranmamaktadır. Aynı zamanda Statü yürürlüğe girdikten sonraki bir tarihte Statü'ye taraf olan devletler bakımından ise Statü kendileri açısından ne zaman yürürlüğe girdiyse ancak o tarihten sonra işlenen suçlar hakkında Mahkemenin yargı yetkisini kullanabileceği öngörülür (md. 11/2). Statü'ye taraf olmayan devletler için de istedikleri takdirde yapacakları bir bildirimle Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmeleri imkânı tanınmıştır⁸⁰¹.

UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesi için 5. maddede yer alan suçlardan bir veya birden fazlasının Statü'ye taraf olan bir devletin veya UCM'nin yargı yetkisini kabul eden devletin ülkesinde veya böyle bir devletin vatandaşı tarafından işlenmiş olması gerekir. Bunun sonucu olarak, Mahkemenin yargı yetkisi içine giren

⁷⁹⁹ Roma Statüsü Önsöz para. 10, md.1 ve 5; Soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının Statü'de tanımı yapılmasına rağmen saldırı suçunun tanımının yapılması daha sonraya bırakılmıştır. 2010 yılında gerçekleştirilen Gözden Geçirme Konferansı sonunda tanımlanabilmiştir. Bkz. **Günel Kurşun**, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara 2011, s. 13.

⁸⁰⁰ Fakat Statü'nün 124. maddesinde Statü'ye sonradan taraf olan devletlerin taraf olmadan itibaren sınırlı bir süre için savaş suçları bakımından Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmemesine imkân tanınmaktadır.

⁸⁰¹ Statü'nün 12/3. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Bu Statü'ye taraf olmayan devletin 2. paragrafa göre kabulü aranıyorsa, o devlet Mahkeme Yazı İşleri Dairesi'ne sunacağı bir bildirimle suç konusu olayla ilgili olarak, Mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilir. Kabul eden devlet 9. Bölüm'e uygun olarak erteleme ya da istisna olmaksızın Mahkeme ile işbirliği yapacaktır”. Burdaki önemli husus Statü'ye taraf devletler kendi ülke toprakları üzerinde ya da kendi vatandaşları tarafından işlenmiş olmayan olaylar için de başvuru hakkına sahipken, 12/3. madde gereğince Statü'ye taraf olmadan bir bildirimle Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden devletler sadece kendileriyle bağlantılı olaylar hakkında UCM'ye başvuru yapabilirler. **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 319.

bir suçun Statü'ye taraf bir devletin (vatandaşı tarafından fakat Statü'ye taraf olmayan bir devletin ülkesinde işlenmesi halinde Mahkeme yargılama yetkisine sahip olacaktır. Ayrıca Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşının da Statü'ye taraf olan bir devletin veya Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden devletin) ülkesinde Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde Mahkemece yargılanabilecektir.

Mahkemenin kişi bakımından yargı yetkisi ise fiilin işlendiği sırada 18 yaşını doldurmuş gerçek kişileri kapsamaktadır⁸⁰². Statü'nün 27. maddesinde failin statüsünün (devlet başkanı, hükümet başkanı, resmi görevli olmasının) onun cezai sorumluluğunu etkilemeyeceği belirtilmiştir. Bu husus ileride daha detaylı olarak ele alınacaktır.

Statü'nün 13. maddesi gereğince, UCM'nin yargı yetkisinin harekete geçmesi dört durumda söz konusu olabilmektedir. Bunlar, ilk olarak 14. maddeye göre bir taraf devletin UCM savcısına bir durumu sevkettiği durumlar⁸⁰³, ikinci olarak taraf olmayan bir devletin 12/3. maddesine göre belli bir olayla ilgili Mahkemenin yargı yetkisini kabul ederek UCM savcısına bu olayı sevkettiği durumlar; üçüncü olarak, BM Şartı'nın 7. Bölümü çerçevesinde hareket eden Güvenlik Konseyi'nin savcıya bir durumu sevkettiği durumlar⁸⁰⁴, dördüncü olarak savcının 15. maddeye göre resen

⁸⁰² Hazırlık Komitesi tarafından hazırlanan Tasarıda devletler dışındaki tüzel kişilerin de sorumlu tutulması öngörülmüş ancak bazı iç hukuk sistemlerinde bu tür bir sorumluluğun kabul edilmemesi karşısında UCM'nin tamamlayıcılık ilkesinin uygulama alanının ortadan kalkacak olması sebebiyle bu formülden vazgeçilmiştir. Bkz. **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 315.

⁸⁰³ Mahkemeye bir olayı havale eden ilk devlet Uganda'ydı. Uganda Hükümeti, Hükümet kuvvetleri ile Uganda'nın kuzeyinde dini temellere dayalı bir devlet kurmak isteyen LRA (Lord's Resistance Army-Tanrının Direnişi Ordusu) ile arasındaki çatışmalarda gerçekleşen savaş suçları ve insanlığa karşı suçların sorumluları için Aralık 2003'te UCM'ye başvuruda bulunmuştur. Demokratik Kongo Cumhuriyeti (DKC) ise Kongo Vatanseverler Birliği ile Hükümet kuvvetleri arasında başlayan ve yaklaşık 4 milyon insanın öldüğü çatışmalar sırasında insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının soruşturulması ve sorumlularının yargılanması için 2004 yılında UCM savcısına başvuruda bulunmuştur. Orta Afrika Cumhuriyeti, 2002-2003 yıllarında Orta Afrika Cumhuriyeti, 2002-2003 yıllarında tırmanan şiddet olayları sırasında işlenen ağır suçların soruşturulması için UCM'ye başvuruda bulunmuştur. Mali Hükümeti, Ocak 2012'den itibaren işlenen savaş suçları hakkında UCM'ye başvuruda bulunmuştur. <https://www.icc-cpi.int/> (E.T: 12.12.2017).

⁸⁰⁴ Sudan Roma Statüsü'ne taraf olmamasına rağmen BM Güvenlik Konseyi 2005 yılında, 1593 sayılı kararıyla Darfur olaylarını UCM'ye havale etmiştir. Libya da Roma Statüsü'ne taraf olmamasına rağmen 2011 yılında Güvenlik Konseyi 1970 sayılı kararıyla Temmuz 2011'den itibaren

(*proprio motu*) soruşturmayı başlattığı durumlardır⁸⁰⁵. Bu yüzden Statü'nün yürürlüğe girmesiyle 5. maddede sıralanan suçlardan birinin ya da birden fazlasının gerçekleşmesi halinde, UCM, 12. maddedeki bildirimle bağlı kalarak bir devletin ya da BM Güvenlik Konseyi'nin bir durumu mahkemeye havale etmesi ya da savcının kendi inisiyatifıyla Ön Dava Dairesinin yetkilendirmesine bağlı kalarak soruşturmayı başlattığı durumlarda, şüpheli kişileri yargılamak üzere yargı yetkisini kullanabilir.

Bu başlık altında UCM'ye genel olarak bakarken UCM'nin yargı yetkisinin en önemli özelliği olan tamamlayıcı/ikincil (tali) niteliğinden de bahsetmek gerekir. Statü'nün Önsözünde UCM'nin, devletlerin ulusal yargı yetkisinin bir tamamlayıcısı olduğu vurgulanmaktadır. Statü, devletlerin egemenliğine saygı açısından Statü'de belirtilen suçları işleyenleri yargılama hakkını önce devletlere bırakmaktadır⁸⁰⁶. Bu doğrultuda Statü'nün 17. maddesinde UCM'nin, ancak devletin soruşturma veya yargılama konusunda isteksiz ya da yetersiz olduğu durumlarda⁸⁰⁷ veya soruşturma neticesinde yargılamaya gerek olmadığına karar vermesi halinde davayı kabul

Libya'daki olaylarda işlenen insanlığa karşı suçların soruşturulması ve sorumluların yargılanması için UCM'ye başvurmuştur. Her iki devletin Statü'ye taraf olmaması bu başvuruları ayrıca önemli kılmaktadır. <https://www.icc-cpi.int/> (E.T: 12.12.2017).

⁸⁰⁵ Savcının bir durumla ilgili soruşturma açması için Ön Dava Dairesinin savcıya bu konuda yetki vermesi gereklidir. Örnek olarak, savcının Statü'nün 15. maddesi uyarınca 2008 yılında Güney Osetya ve Gürcistan çevresinde uluslararası silahlı çatışmalar sırasında işlenen insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları hakkında soruşturma açması için kendisine Ön Dava Dairesinden yetki verilmesi talebinde bulunmuştur. Kurul 2016 yılında savcıya konuyla ilgili soruşturma açması için yetki vermiştir. Kurul kararı için bkz. <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/15-12> (E.T: 10.05.2018); Savcının resen soruşturma başlattığı duruma diğer örnekler ise, 2007-2008'de Kenya'da başkanlık seçimleri sonrası başlayan şiddet olayları sırasında işlenen insanlığa karşı suçlar bağlamında 2010 yılında ve Fildişi Sahili'nde 2010-2011 yıllarında seçim sonrasındaki şiddet olaylarında işlenen Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar bağlamında yine 2011'de soruşturma yapmak üzere savcının resen harekete geçmesidir. <https://www.icc-cpi.int/> (E.T: 12.12.2018).

⁸⁰⁶ Tamamlayıcılık niteliği hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 308; **Federica Gioia**, *The International Criminal Court and National Jurisdictions, The Complementary Role of the International Criminal Court: Are There any Time-Limits?*, M. Politü, F. Gioia (eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Routledge, 2016, s. 71.

⁸⁰⁷ Örneğin, mevcut yasaların kişiyi yargılamaya ve cezalandırmaya imkân tanımaması yetersizlik sayılabilir.

edeceği öngörülmüştür⁸⁰⁸. Bu durum aynı zamanda ulusal hukuk sistemlerinin kullanılarak suçluların UCM'nin yargılamasından kaçırılmasına izin vermemeyi teminat altına almaktadır⁸⁰⁹.

C. Uluslararası Ceza Mahkemesi Önünde Devlet Başkanlarının Cezai Sorumluluğu

UCM'nin kurucu belgesi olan Roma Statüsü'nün iki hükmü bağımsızlık sorunuyla ilgilidir. Bunlar 27. ve 98. madde hükümleridir. 27. madde fonksiyonel ve kişisel bağımsızlık bağlamında değerlendirilecekken, 98. madde UCM ile işbirliği bakımından ele alınacaktır.

Statü'nün “Resmi unvan ile ilişki kurulmaması” başlıklı 27. maddesi iki paragraftan oluşur ve ilk paragrafında yer alan hüküm, devlet görevlilerinin statüsüne işaret etmektedir. Statü'nün 27/1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu Statü, resmi unvan ayırımı yapılmadan, herkese eşit şekilde uygulanır. Özellikle devlet veya hükümet başkanı, hükümet veya parlamento üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet memuru hiçbir şekilde bu Statü altında cezai sorumluluktan muaf tutulamaz veya resmi unvan cezanın indirilmesi için bir neden teşkil etmez.”

Kendisinden önceki uluslararası belgeler olan Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri Şartları ile EYUCM ve RUCM Statüleri'ne benzer şekilde Roma Statüsü de uluslararası suçlar bakımından bireysel cezai sorumluluk söz konusu olduğunda, açıkça resmi yetkinin ve unvanın dikkate alınmamasını öngörmektedir⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Orta Afrika Cumhuriyeti (OAC) Hükümetinin, Ekim 2002-Mart 2003 tarihleri arasında ülkesinde işlenen suçların soruşturulması talebiyle UCM'ye yaptığı başvuru buna örnektir. UCM savcısı, bu talep üzerine harekete geçmek yerine, tamamlayıcılık ilkesi gereğince olay ile ilgili bir yargılamanın sürdüğü OAC Yüksek Ceza Mahkemesi'ndeki (*Cour de Cassation*) davanın neticesini beklemiştir. Yüksek Ceza Mahkemesi'nin, 2006'da ulusal mahkemelerin, OAC'de ancak etkin araştırma ve yargılama yapamayacağına karar vermesi üzerine UCM savcısı, soruşturmanın başlatıldığını, 22 Mayıs 2007 tarihinde resmen duyurmuştur.

⁸⁰⁹ **Elif Uzun**, “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2003/2, s. 40.

⁸¹⁰ **Akande**, *International Law Immunities and The International Criminal Court*, s. 419.

Bu hüküm ve geçmişteki bahsi geçen benzer diğer Statü hükümleri bağışıklıktan ziyade esasında uluslararası suçlar bakımından devlet görevlilerinin cezai sorumluluğuna değinmektedir. 27/1 hükmünün temel etkisi, bir kişinin resmi unvanının onu bireysel cezai sorumluluktan kurtarmadığını ve bu unvanın devlet görevlileri tarafından ileri sürülebilecek bir esasa ilişkin savunma olmaktan çıkarıldığını kabul ettirmektir⁸¹¹. Madde metninden de anlaşıldığı gibi Mahkemenin yargı yetkisi kapsamında olan uluslararası suçları işleyen kişi, unvanının ne olduğu dikkate alınmaksızın cezalandırılabilir. O halde suçun özel bir kişi, asker veya sivil organ tarafından işlenmesinin failin cezalandırılması ve cezanın belirlenmesi bakımından bir önemi yoktur.

27/1. maddede ve benzer şekilde düzenlenmiş diğer kurucu andlaşma hükümlerinde geçen, bir kişinin cezai olarak sorumlu olabileceğine ilişkin ifadenin bu kişinin Mahkemenin yargı yetkisine konu olup olmadığını belirtmemesine dayanarak bu hükümlerin hiçbir şekilde bağışıklıkla ilgili olmadığı ileri sürülebilir. Çünkü resmi unvanla ilişki kurulamaması ilkesi öncelikle sanığın cezai sorumluluktan kurtulamayacağını belirtir, fakat bağışıklık konusunda sessiz kalır. Ancak, cezai sorumluluk meselesi bağışıklık meselesinden tamamen ayrı düşünülemez. Çünkü kişinin cezalandırılabilmesi yargılanabilmesine bağlıdır. Bu bakımdan söz konusu hükmün devlet görevlilerinin normalde yararlandığı bağışıklıkların en azından bir kısmını (fonksiyonel bağışıklığı) kaldırma etkisi bulunduğu görülmektedir⁸¹². Bir başka ifadeyle, fonksiyonel bağışıklığın niteliği hesaba katıldığında resmi unvanla ilişki kurulamaması ilkesinin bağışıklığın bu türünü sınırlandırdığı görülür.

Daha önce de belirtildiği gibi fonksiyonel bağışıklık resmi fiillere bağlıdır. Dolayısıyla devlet adına resmi yetki çerçevesinde hareket eden bir birey tarafından gerçekleştirilen fiillere ilişkindir. Resmi fiiller bakımından bağışıklık

⁸¹¹ **Hazel Fox**, *The Law of State Immunity*, 2002, s. 429, 430; **Akande**, *International Law Immunities and The International Criminal Court*, s. 419.

⁸¹² *Arrest Warrant*, para. 58; **Akande**, *International Law Immunities and The International Criminal Court*, s. 419.

bahşedilmesinin gerekçelerinden biri, genel olarak bunların görevlinin değil devletin sorumlu olması gereken bir devlet fiili olarak kabul edilmesidir. 27/1 hükmü resmi unvana sahip olmanın kişiyi hiçbir şekilde cezai sorumluluktan kurtarmayacağına işaret etmektedir. İşte, bu şekilde bir uluslararası hukuk kuralının, dolayısıyla bir uluslararası andlaşmanın devlet görevlisinin kendisinin fiilden sorumlu olması gerektiğini kabul ettiği ölçüde, bağışıklığın söz konusu gerekçesi ortadan kalkmakta, dolayısıyla da bağışıklık söz konusu olmamaktadır⁸¹³. Bu hüküm bireyin resmi yetkiye dayalı savunmasını geçersiz kılar ve uluslararası suçlardan bireysel olarak kendisinin sorumlu tutulabilmesini sağlar. Bu nedenle 27/1 hükmü, özü itibariyle yargı yetkisine, dolayısıyla bağışıklık meselesine ilişkindir⁸¹⁴ ve zımnen davalının resmi statüsünün UCM'nin yargı yetkisinden onu kurtarmadığını kabul etmektedir. Resmi unvanla ilişki kurulamaması ilkesi, ilk kez Uluslararası Askeri Mahkemelerin Şartlarında yer almıştır.

1. paragrafta yer alan cezai sorumluluğun kabul edilmesinin bağışıklığın ortadan kalktığı anlamına geldiği kabul edilirse, maddenin ilk paragrafının, resmi statünün dikkate alınmaması ilkesinin, hem Statü'de sayılan suçları işleyen görev başındaki devlet başkanlarının kişisel bağışıklığının hem de eski devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığının inkârının bir temelini oluşturduğu söylenebilir. Çünkü bu hükmün ikinci cümlesinde, kişisel bağışıklıktan yararlananların başında gelen devlet veya hükümet başkanına atıf yapılması bu maddenin aslında kişisel bağışıklığı da kaldırdığı yorumuna neden olmaktadır⁸¹⁵.

⁸¹³ **Akande**, International Law Immunities and The International Criminal Court, s. 420; Resmi fiil kişisel yetkisi çerçevesinde bireye atfedilemediği için fonksiyonel bağışıklık savunması esasa ilişkin bir savunma niteliğindedir. Bu tür bir savunma söz konusu kişinin adına hareket ettiği devlete sorumluluğu yöneltir. Resmi statü ile ilişki kurulamaması ilkesi bunun olmasını engeller.

⁸¹⁴ Bağışıklık yargı yetkisine getirilen bir sınırlama olduğu için yargı yetkisi ve bağışıklık meselesi birbiriyle yakın ilişkilidir.

⁸¹⁵ Bir yoruma göre, Statü'nün 27/1 hükmü, fonksiyonel bağışıklığa, 27/2 hükmü ise, kişisel bağışıklığa işaret etmektedir. Bir başka görüşe göre ise sadece 27/2 hükmü her iki bağışıklık türü bakımından bağışıklığa istisna getirmektedir. Bkz. **Gaeta**, *Official Capacity and Immunities*, s. 990.

27/1. maddenin UCM önündeki yargılamada bağışıklıkları ileri sürme ihtimalini tamamen ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönündeki şüphelerin belki de bir sonucu olarak ulusal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan bağışıklıkların açıkça inkârını ortaya koyan 27/2. madde hükmü kabul edilmiştir. Bu hükmün Mahkeme önünde bağışıklık savunmasının geçersizliğinin şüphe götürmez oluşunu temin etmek için bir tedbir amaçlı olduğu düşünülebilir⁸¹⁶. Roma Statüsü'nün 27/1. maddesi yeni bir hüküm olmamasına rağmen, aynı maddenin 2. paragrafı görünürde yeni bir hükümdür. Bu hüküm şu şekilde düzenlenmiştir:

“İster ulusal ister uluslararası hukuka göre olsun bir kişinin resmi unvanına bağlı bağışıklık ve özel usul kuralları, böyle bir kişi üzerinde Mahkemenin yargı yetkisini kullanmasını engellemeyecektir” (md. 27/2).

Bu hüküm bu şekliyle başka bir belgede yer almamasına rağmen pratikteki etkisi yeni değildir. Uluslararası Askeri Mahkemeler ile EYUCM ve RUCM kurucu belgeleri 27/2. maddeye benzer bir hüküm içermese de söz konusu Mahkemeler resmi unvanından ötürü bağışıklığı bulunan şüpheli kişiler üzerinde yargı yetkisine sahipti⁸¹⁷. Netice itibarıyla, 27/1 ve 27/2. madde hükümlerinin birlikteki etkisi, Roma Statüsü'ne taraf devletlerin, devlet başkanlarının ve diğer devlet görevlilerinin Statü kapsamındaki suçlar bakımından hem fonksiyonel hem de kişisel bağışıklığı ile ulusal bağışıklıklarının kaldırılmasıdır.

1. Statü Hükümlerinin Statü'ye Taraf Olmayan Devletlere Etkisi

Roma Statüsü her devletin katılımına açık uluslararası bir andlaşma niteliğindedir. Bu bakımdan, uluslararası andlaşmalar hukukunun temel kurallarından biri olan VAHS'nin 34. maddesi uyarınca, Roma Statüsü sadece taraf devletler bakımından bağlayıcıdır ve sadece onlara uygulanır. Dolayısıyla Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler bakımından kural olarak hak ve yükümlülükler yaratamaz. Uluslararası andlaşma niteliği taşımasına bağlı olarak, Statü'ye taraf olmayan

⁸¹⁶ Akande, *International Law Immunities and The International Criminal Court*, s. 420.

⁸¹⁷ Bkz. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, s. 91.

devletlerin Mahkemeye işbirliği yükümlülüğü altında olmaması yanında, diğer tüm hükümlerin de uygulama bakımından VAHS'nin 34. maddesinde yer alan kural çerçevesinde yorumlanması gerekir.

Devlet başkanı ve hükümet başkanı da dâhil, resmi yetki çerçevesinde hareket eden kişilerin cezai sorumluluğunun söz konusu olması halinde resmi unvanla ilişki kurulmamasına yönelik olan hükümler, bu hükümleri uygulayacak olan Mahkemenin kurucu belgesine taraf olanları bağlamaktadır. Bu bakımdan, 27. madde gibi düzenlemeler kesinlikle uluslararası teamül hukuku çerçevesinde tanınan bağışıklıkları ortadan kaldırır şekilde yorumlanmamalıdır. Bir başka ifadeyle, kendisine uluslararası teamül hukukuna göre bağışıklık tanınan herkes için geçerli olan bir bağışıklığın maddi hukuka ilişkin olarak kaldırılması durumu değil, usule ilişkin olarak ve Mahkemenin yargı yetkisine girdiği için hükmün kendisine uygulanacak kişi bakımından kaldırılması söz konusudur. Henüz bir uluslararası teamül kuralına dönüşmediğinden 27. maddenin ulusal mahkemeler önünde bağışıklığı kaldırma etkisi bulunmamaktadır.

UAD, *Arrest Warrant* davasında verdiği kararda uluslararası suçlar bakımından “belirli uluslararası mahkemeler” önünde bağışıklığın söz konusu olmayacağından bahsederken, UAD'nin “belirli uluslararası mahkemeler” kapsamına UCM'yi de dâhil etmesi, UCM'ye taraf olsun olmasın tüm devletlerin görevlileri bakımından uygulanacağı yönünde bir genelleme yaratır şekilde yorumlanmamalıdır. Her şeyden önce UAD'nin, UCM'nin sahip olmadığı bir yargı yetkisini UCM'ye verme yetkisi bulunmamaktadır. Statü'ye taraf olmayan devletlerin devlet başkanlarının bağışıklıkları uluslararası teamül hukukunca bahşedilir ve uluslararası teamül hukukuna göre varlığını sürdürür. Bu nedenle söz konusu kişiler, uluslararası suç işledikleri iddia edildiği durumlarda dahi mutlak bağışıklıktan yararlanır. Dolayısıyla önünde devlet başkanı bağışıklığının uygulanmayacağı uluslararası mahkemeler olarak bir uluslararası sözleşme ile kurulan UCM'nin, Güvenlik Konseyi kararıyla kurulan ve EYUCM ve RUCM'den ayırt edilmesi gerekir.

VAHS'nin 34. maddesine göre Roma Statüsü ve UCM'nin yargılama yetkisi Statü'ye taraf olan devletler bakımından söz konusu olur. Statü'ye taraf olmayan

devletlerin uluslararası hukuktaki bağımsızlıkları, Roma Statüsü çerçevesinde andlaşma hukukuna göre belirlenmemektedir. Daha ziyade bu devletlerin görevlilerinin uluslararası bağımsızlıklarının, uluslararası suçlar da dâhil, devlet başkanlarının kişisel bağımsızlığını kabul eden uluslararası teamül hukukuna göre mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Bu durum, Statü'ye taraf olmayan Libya ve Sudan'ın uluslararası teamül hukukundan doğan hak ve yükümlülüklerinin Statü hükümlerinden etkilenmediği anlamına gelir. Sudan ve Libya'nın kural olarak uluslararası hukuka göre El-Beşir ve ölmemiş olsaydı Kaddafi'ye de teşmil edilecek bağımsızlıkları bu durumda varlığını sürdürmelidir. Bir başka ifadeyle, Statü ve dolayısıyla Statü'nün 27. maddesinin El Beşir ve Kaddafi'ye etki etmemesi gerekirdi. Fakat Statüde Güvenlik Konseyine belli bir olayı UCM'ye havale etme yetkisi tanınması, meseleyi karmaşık hale getirmektedir.

2. BM Güvenlik Konseyi Başvurusunun Statü'ye Taraf Olmayan Devletlere Etkisi

Roma Statüsü'nün 12. maddesine göre, UCM yargı yetkisini, öncelikli olarak olayın meydana geldiği (suçun işlendiği) devlet (md. 12/2/a) ya da suçlanan kişinin vatandaşı olduğu devlet (md. 12/2/b) Statü'ye tarafsa ya da Statü'ye taraf olmasa dahi UCM'nin yargı yetkisini kabul etmişse kullanabilir⁸¹⁸. Ancak bunun yanında Statü'nün 13/b. maddesi ile istisnai bir hüküm kabul edilmiş ve Statü'deki suçlardan en az birisinin işlenmiş görüldüğü durumlarda BM Şartı'nın 7. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından UCM savcısına başvurma imkânı tanınmıştır. Bunun için ise yukarıda belirtilen şartların varlığı aranmamaktadır⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Bir başka ifadeyle UCM'nin bir kişi üzerinde yargı yetkisini kullanabilmesi için bu kişinin Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin vatandaşı olsa dahi Statü'ye taraf olan bir devletin ülkesinde Statü'de yer alan suçları işlemiş olması gereklidir (ülkesellik kriteri) ya da yargılanacak kişinin Statü'ye taraf olan bir devletin vatandaşı olması gereklidir (uyrukluk kriteri). El Beşir ve Kaddafi durumunda ise bu iki şarttan hiçbirisi sağlanmamaktadır.

⁸¹⁹ Maddenin lafzında Güvenlik Konseyi'nin başvurusu için başvuru konusu durumun Statü'ye taraf bir devletle ilgili olması gerektiğine ilişkin bir ifadenin yer almaması nedeniyle aksi yönde bir yorum çıkarmak mümkün değildir.

UCM, BM'nin bir yargı organı değil bağımsız bir kurum olarak kurulmuştur. Ancak, aralarında organik bir bağ bulunmamakla birlikte, Roma Statüsü'nde Güvenlik Konseyine tanınan bu istisnai yetkinin sonucu olarak, Statü'ye taraf olmayan bir devletin ülkesinde işlenen suçlar nedeniyle, Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşının da UCM önünde yargılanması mümkün hale gelebilmektedir. Dolayısıyla El Beşir ve Kaddafi'nin UCM önünde yargılanması ve yargı bağışıklığı meselesi Güvenlik Konseyi'nin bu türden bir başvurusunun UCM'nin yargılama yetkisi üzerine etkisi ışığında değerlendirilmelidir⁸²⁰.

Herşeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, Güvenlik Konseyi bir kişiyi değil bir olayı (uluslararası suçların işlenmiş görüldüğü bir durumu), soruşturulması için UCM'ye havale etmektedir. Güvenlik Konseyi'nin bu başvurusunu kabul eden UCM'nin soruşturması neticesinde kimlerin fail olduğu UCM tarafından belirlenmekte ve faillerin tutuklanıp teslim edilmesi de çıkarılan tutuklama kararıyla yine Mahkeme tarafından istenmektedir. Konsey kendisine Statü'de tanınan söz konusu yetkiye dayanarak, Statü'ye taraf olmayan Sudan ve Libya'da yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulmasını ve faillerinin yargılanmasını UCM'den talep etmektedir. Bu bağlamda devlet başkanlarının UCM'ye sevkini isteyen 1593 ve 1970 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararları, UCM ile işbirliği yapma yükümlülüğü bakımından Roma Statüsü'ne taraf olan ve olmayan devletlerin durumunun yanı sıra devlet başkanlarının bağışıklığı üzerinde Güvenlik Konseyi kararlarının etkisi gibi önemli konuları gündeme getirmiştir. El Beşir ve Kaddafi'nin UCM önünde yargılanabilme ihtimalinin arka planını oluşturan bu kararların konumuz bağlamında öncelikle ele alınması gereklidir.

⁸²⁰ Bkz. **David J. Scheffer**, "Developments in International Law: Foreword", American Journal of International Law, Vol. 93, No. 1, 1999, s.18-20; **Akande**, The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits; **Akande**, The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir's Immunities.

a) BM Güvenlik Konseyi'nin 1593 ve 1970 Sayılı Kararları

(1) Sudan (Darfur)

2003 yılında Sudan'ın Darfur bölgesinde Sudan Hükümetine yönelik saldırılar ve protestolarla başgösteren sivillere yönelik saldırılar ve yaygın insan hakları ihlalleri ve dolayısıyla ortaya çıkan insanlık krizi karşısında göçebe Arapların (Janjaweed militanlarının) saldırılarına karşı siyah Afrikalı Sudanlıların korunamaması, BM Şartı'nın 7. bölümü çerçevesinde hareket eden Güvenlik Konseyi'ni Temmuz 2004'te 1556 sayılı kararı almaya sevk etmiştir⁸²¹. Konsey, bu kararla Şart'ın 39. maddesi uyarınca Sudan'ın Darfur bölgesindeki olayların hem Darfur bölgesindeki istikrara yönelik hem de uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olduğunu belirlemiştir. Bu karar, Sudan Hükümeti tarafından yerine getirilmesi gereken şartları listelemiş ve karara uygun hareket edilmediği takdirde Konseyin BM Şartı'nın 41. maddesine göre hareket edebileceğini belirtmiştir.

Darfur'daki insanlık krizinin ciddiyeti ve aciliyeti karşısında Konsey, Sudan Hükümetinin 1556 sayılı karara uygun hareket etmemesinin kendisinin 41. madde çerçevesinde zorlayıcı tedbirler üzerinde düşünmesini gerektirdiğini belirtmiştir. Konseyin 41. maddeye göre hareket edebilmesini açıklaması çok önemlidir. Çünkü Konseyin bölgedeki barış ve güvenliğin sürdürülmesi için 41. maddeye göre atacağı adım, Darfur'daki olayların Konsey tarafından UCM'ye sevk edilmesinin arka planı olarak kabul edilmelidir.

Sudan Hükümeti'nin 1556 sayılı karardan doğan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemesinin ardından Güvenlik Konseyi, 18 Eylül 2004 tarihinde, 1564

⁸²¹ UN Doc. S/RES/1556 (2004); Kendilerine yönelik baskı ve şiddet politikaları nedeniyle siyah Sudanlılar Hükümet güçlerine saldırılara başlayınca Sudan, bu saldırılara başlangıçta kendi ordu birlikleri ile karşılık vermiş, ancak bu yeterli gelmeyince Sudan Hükümeti stratejisini değiştirerek, kuzeyli etnik gruplardan oluşan Janjaweed (at üzerinde tüfekle savaşanlar anlamına gelmektedir) gerillalarını güçlendirerek isyancılara karşı kullanmaya başlamıştır. Janjaweed, Hükümetin desteğiyle Darfur'daki sivil yerleşim yerlerine akınlar düzenleyerek, halkı öldürmek, kadınlara tecavüz, köylülerin mallarını yağma etmek, halkı göçe mecbur etmek gibi fiilleriyle büyük bir insani drama neden olmuştur. <https://asimetriksavaslar.wordpress.com/2011/03/30/darfurda-etnik-temizlik/> (E.T: 10.04.2018).

sayılı kararı almıştır⁸²². Konsey bu kararda soykırım fiillerinin bölgede işlenip işlenmediğini tespit etmek, bu ihlallerin faillerini belirlemek ve bu fiillerin sorumlularının hesap verebilmelerini temin etmek açısından BM Genel Sekreterliği'nden Darfur'daki insan hakları ihlalleri ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin soruşturulması için bir uluslararası komisyon kurmasını istemiştir⁸²³. Söz konusu Komisyon 25 Ocak 2005 tarihinde Genel Sekreterliğe sunduğu raporda⁸²⁴, Sudan Hükümeti'nin ve Sudan'daki silahlı çetelerin savaş suçu ve insanlığa karşı suç niteliğindeki insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu oldukları sonucuna varmıştır⁸²⁵. Komisyon özellikle Darfur'daki durumun UCM'ye sevk edilmesini önermiş ve aynı zamanda "sorumsuzluk çemberini kırmak" açısından failler üzerinde devletlerin evrensel yargı yetkisini kullanmalarını da önermiştir⁸²⁶. Komisyonun raporu üzerine harekete geçen Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihinde 1593 sayılı kararı almıştır⁸²⁷. Bu kararda BM Şartı'nın 7. bölümü çerçevesinde hareket eden Güvenlik Konseyi, Roma Statüsü'nün 13/b. maddesinin kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak Darfur'daki durumu UCM'ye sevk etme kararı almıştır. Konseyin bu hareketi Şart'ın 41. maddesindeki zorlayıcı tedbir alma yetkisi çerçevesinde kuvvet kullanmayı içermeyen atipik bir tedbir olarak görülebilir⁸²⁸. Sudan, Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devlet olduğu için UCM'nin yargı yetkisini harekete geçirmek için böyle bir başvuru gerekliydi.

⁸²² UN Doc. S/Res/1564 (2004).

⁸²³ UN Doc. S/Res/1564 (2004), para. 12.

⁸²⁴ The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the UN Secretary-General Pursuant to Security Council Resolution 1564, 18 Eylül 2004, www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (E.T: 10.04.2018).

⁸²⁵ The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the UN Secretary-General Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 Eylül 2004, s. 3 (E.T: 10.04.2018).

⁸²⁶ The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the UN Secretary-General Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 Eylül 2004, s. 5-6 (E.T: 10.04.2018).

⁸²⁷ UN Doc. S/Res/1593(2005), para. 1.

⁸²⁸ BM Güvenlik Konseyi'nin kuvvet kullanımını içermeyen atipik tedbirler hakkında bkz. **Benedetto Conforti**, *The Law and Practice of the United Nations*, 3.Ed., Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 194.

6 Haziran 2005 tarihinde UCM savcısı, soruşturmanın Darfur bölgesinde işlenen suçların baş sorumluları üzerinde yoğunlaşacağını belirterek, Darfur'daki durumu soruşturmaya açma kararını duyurmuştur⁸²⁹. 14 Temmuz 2008 tarihinde UCM savcısı, Mart 2003'ten Temmuz 2008'e kadar Darfur'daki Fur, Masalit, Zaghawa gibi etnik grupların mensuplarına karşı soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının işlenmesine karıştığı iddiasıyla, Sudan Devlet Başkanı Ömer El Beşir hakkında bir tutuklama kararı çıkarmasını Ön Dava Dairesinden istemiştir. 4 Mart 2009 tarihinde 1. Ön Dava Dairesi, savaş suçları, insanlığa karşı suçlarla ilgili görev başındaki Sudan Devlet Başkanı Ömer El Beşir için bir tutuklama kararı çıkarmıştır⁸³⁰. Bu kararla, UCM görevde olan bir devlet başkanı hakkında ilk kez tutuklama kararı vermiştir. 1 yıl sonra bu tutuklama kararının içeriği değiştirilmiş ve ikinci bir tutuklama kararı çıkartılmıştır⁸³¹. El Beşir'in tutuklanıp teslim edilmesi konusunda işbirliği talebini içeren tutuklama kararı yetkili Sudan makamlarına, Roma Statüsü'ne taraf olan devletlerin yanı sıra Statü'ye taraf olmayan Güvenlik Konseyi üyesi devletlere iletilmiştir⁸³².

(2) Libya

2011 yılında önce Tunus'ta başlayan daha sonra Cezayir, Mısır, Libya ve Suriye'ye yayılan Arap devletlerindeki demokrasi yanlısı ayaklanmaların ardından Libya Arap Cemahiriyesi, devlet içindeki sivil karışıklığı bastırmak için şiddet

⁸²⁹ ICC Press Releases (2005), CC-OTP-0606-104 (6 Haziran 2005 tarihli UCM Basın Açıklaması).

⁸³⁰ *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Case No. ICC-02/05–01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 Mart 2009), (Kısaca: Al Bashir Arrest Warrant), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01517.PDF, (E.T: 10.10.2018).

⁸³¹ *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Case No. ICC-02/05–01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (12 Temmuz 2010); İlk tutuklama kararının içinde soykırım suçunun bulunmaması nedeniyle UCM savcısı 6 Temmuz 2009 tarihinde karar aleyhine temyizde bulunmuş, Temyiz Dairesi ise Ön Dava Dairesinin tutuklama kararında soykırım suçuna da yer vermemesini hatalı bulmuştur. İtirazlar karşısında 12 Temmuz 2010 tarihinde El Beşir hakkında ikinci kez tutuklama kararı alınmış ve ilk suçlamalara ek olarak soykırım suçları da tutuklama kararına eklenmiştir.

⁸³² Çin, Rusya ve ABD, Roma Statüsü'ne taraf değildir; Ayrıca mahkeme memurundan El Beşir'in tutuklanıp Mahkemeye teslim edilmesi için gerektiğinde diğer devletlere de ek talepler iletmesi konusunda emir verildi. <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr557>, (E.T: 04.12.2018).

yanlısı bir mücadeleye girişmiştir. Kaddafi yönetiminin sert tedbirlere başvurması üzerine baskının kontrolden çıkmasının ardından Güvenlik Konseyi 26 Şubat 2011 tarihinde, oy birliği ile 1970 sayılı kararı almıştır⁸³³. Konsey bu kararla Libya'da sivil halka karşı sistematik ve genel bir şekilde yapılan saldırıların insanlığa karşı suç oluşturduğunu belirtmiş ve 15 Şubat 2011'den itibaren Libya'da yaşanan durumun soruşturulması ve muhtemel yargılama için UCM savcısına durumu sevk etme kararı almıştır. Dolayısıyla, Konseyin bu kararla uygulamaya koyduğu zorlayıcı tedbirlerinden birinin Libya'daki olaylar sırasında yaşanan uluslararası insancıl hukuk ve ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin UCM önüne çıkarılması için UCM'ye başvuruda bulunması olduğu söylenebilir⁸³⁴. Libya'daki olayların baş sorumlusu olarak görülen Kaddafi hakkında 27 Haziran 2011'de tutuklama kararı çıkartılmış, ancak, Muammer Kaddafi aleyhindeki dava, Kaddafi'nin 20 Ekim 2011 tarihinde ölmesinin ardından 22 Kasım 2011 tarihinde sona ermiştir⁸³⁵. Bu nedenle Kaddafi'nin Mahkeme önünde yargılanması ihtimali tamamen ortadan kalkmıştır.

b) El Beşir ve Kaddafi Davasında Bağışıklığın Uygulanmamasının Hukuki Dayanağı

Ön Dava Dairesi tutuklama kararında UCM'nin kişi bakımından yargılama yetkisi bağlamında bağışıklık konusuna üstü kapalı olarak değinmiş ve Statü'ye taraf olmayan bir devletin devlet başkanı olarak El Beşir'in hâlihazırdaki statüsünün mevcut dava üzerinde Mahkemenin yargılama yetkisine etki etmediğine karar vermiştir⁸³⁶. Mahkeme bu kararını çeşitli gerekçelere dayandırmıştır⁸³⁷. Bunlardan

⁸³³ UN Doc. S/Res/1970 (2011): Bu kararda Libya Hükümetinden şiddet uygulamalarına derhal son verilmesi ve halkın meşru taleplerini karşılayacak tedbirlerin alınması, insan hakları ve uluslararası insancıl hukuka riayet edilmesi, bu konuda çalışan uluslararası kuruluşların ve gözlemcilerin ülkeye girmelerine, yardım getirmelerine ve ihtiyaç olan bölgelerde güvenli bir şekilde çalışmalar yapmasına izin verilmesi talep edilmiştir.

⁸³⁴ Diğer zorlayıcı tedbirler, silah ambargosu, seyahat yasağı (bütün devletlere belli kişilerin ülkelerine girişlerini, ülkelerini transit geçiş amacıyla kullanmalarını engellemeleri çağrısı), bazı kişilerin özellikle Kaddafi ailesinin mal varlıklarının dondurulmasıdır. Bkz. **Mehmet Emin Çağırın**, "Birleşmiş Milletler Zorlama Tedbirleri ve Libya", *Ortadoğu Analiz*, Mart 2011 - Cilt: 3 - Sayı: 27.

⁸³⁵ <https://www.icc-cpi.int/libya/gaddafi> (E.T: 10.10.2018).

⁸³⁶ *Al Bashir Arrest Warrant*, para. 41.

biri, Statü'nün önsözünde de yer alan, Statü'deki uluslararası suçların faillerinin cezasız bırakılmasına son verme amacıdır. Uluslararası sözleşmelerin önsözlerinin hukuki etkisi sadece teşvik niteliğindedir, Sözleşmenin tarafları üzerinde dahi hukuki bağlayıcılığı yoktur⁸³⁸. Bu nedenle UCM önünde El Beşir'in devlet başkanı bağışıklığının uygulanmamasına ilişkin kararı için Ön Dava Dairesinin Statü'nün amaç ve hedeflerine dayanması, Dairenin gerekçesinin sorunlu olduğunu gösterir.

Ön Dava Dairesinin kararındaki bir başka dayanak ise Statü'nün 27. maddesidir⁸³⁹. Ancak 27. maddenin 1. ve 2. paragrafları sadece Roma Statüsü'ne taraf devletler için geçerlidir. Dolayısıyla Güvenlik Konseyi'nin 1593 sayılı kararının hukuki etkisi göz önünde bulundurulmaksızın tek başına bu hükümler, Statü'ye taraf olmayan bir devlet olarak Sudan'ın Devlet Başkanı El Beşir'in halihazırdaki statüsünün UCM'nin yargılama yetkisine engel olmadığına ilişkin Daire kararının temeli olamaz.

Ön Dava Dairesi, kararını Güvenlik Konseyi'nin başvurusundan doğan soruşturma ve yargılamanın Roma Statüsü çerçevesinde yapılacağını kabul etmesine dayandırmıştır⁸⁴⁰. Buna göre uluslararası hukuktan doğan bağışıklığın kaldırılmasını içeren Statü'nün 27. maddesi, Güvenlik Konseyi tarafından UCM'ye sevk edilen bir durum bağlamında devlet başkanlarının yargılama sırasında uygulanır. Ön Dava Dairesi Güvenlik Konseyi'nin başvurusundan ötürü, Statü'ye taraf olmayan bir devletin ülkesinde işlendiği iddia edilen suçlar bakımından, Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşının cezai sorumluluğu ile ilgili olmasına rağmen El Beşir davasının UCM'nin yargılama yetkisi içine girdiğini belirtmiştir⁸⁴¹. Ancak El Beşir aleyhine

⁸³⁷ *Al Bashir Arrest Warrant*, para. 41-45.

⁸³⁸ **Sarah Williams/ Lena Sherif**, "The Arrest Warrant for President Al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 14, 2009, s. 82; **Max H. Hulme**, "Preambles In Treaty Interpretation", *University Of Pennsylvania Law Review*, Vol. 164, 2016, s. 1285.

⁸³⁹ *Al Bashir Arrest Warrant*, para. 43.

⁸⁴⁰ *Al Bashir Arrest Warrant*, para. 45.

⁸⁴¹ *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 Mart 2009), para. 40.

soruşturma ve yargılamanın Statü çerçevesinde yürütülmesi, Statü'ye taraf olmayan Sudan'ın Devlet Başkanı olarak El Beşir'in bağışıklığının uygulanmamasının dayanağı sorunu ile tam olarak ilgili değildir. Bu durum bağışıklığın uygulanmamasının temeli değil ancak sonucu olabilir.

Darfur'daki duruma benzer şekilde UCM'nin Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devlet olan Libya üzerinde yargılama yetkisi BM Şartı'nın 7. bölümü çerçevesinde alınan bir Güvenlik Konseyi kararıyla gündeme gelmiştir⁸⁴². 27 Haziran 2011 tarihinde Ön Dava Dairesi hükümet karşıtı ayaklanmalara katılan göstericilere karşı öldürücü güç kullanarak insanlığa karşı suçların işlenmesiyle ilgisi olduğu iddiasıyla, Libya Devlet Başkanı Muammer Kaddafi hakkında bir tutuklama kararı çıkarmıştır⁸⁴³. Kaddafi'nin bağışıklığı konusuna tutuklama kararında değinilmiştir. Ön Dava Dairesi Güvenlik Konseyi başvurusunu gerekçe göstererek, El Beşir davasındaki kararlarıyla uyumlu olarak, bir kişinin resmi statüsünün, Statü'ye taraf bir devletin vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın UCM'nin yargılama yetkisine etki etmediğine karar vermiştir⁸⁴⁴. Bir başka ifadeyle Ön Dava Dairesi, Roma Statüsü'nü ve Güvenlik Konseyi kararlarını, uluslararası suçlar bağlamında Statü'ye taraf olmayan bir devletin görevdeki bir devlet başkanının kişisel bağışıklığının kaldırılmasının hukuki temeli olarak kabul etmiştir.

El Beşir ve Kaddafi üzerinde UCM'nin yargı yetkisi konusu ve buna bağlı olarak El-Beşir ve Kaddafi'nin bağışıklıkları meselesinde, Roma Statüsü (md. 13/b), 1593 ve 1970 sayılı kararlar ve BM Şartı 25. maddesi olmak üzere üç temel üzerinde durulabilir. Güvenlik Konseyi, Darfur bölgesindeki durumun uluslararası barış ve istikrara yönelik bir tehdit olduğunu tespit etmiş ve bu durum zorlayıcı tedbirlerin alınmasına zemin hazırlamıştır. Libya durumunda ise 1970 sayılı Kararda Konsey uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasının Güvenlik Konseyi'nin amacı

⁸⁴² UN. Doc. S/Res/1970 (2011), para. 4.

⁸⁴³ *Warrant of Arrest for Muammar Gaddafi*, Case No. ICC-01/11, Decision of the Pre-Trial Chamber I (27 Haziran 2011).

⁸⁴⁴ Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", Decision of the Pre-Trial Chamber I (27 Haziran 2011), para. 9.

olduğunun bilincinde olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla 1593 sayılı Kararda açıkça uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehdit durumu belirlenirken, 1970 sayılı Kararda bu şekilde bir tespit yapılmamakla birlikte üstü örtülü şekilde bu durumdan bahsedilmiştir⁸⁴⁵. Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın 7. bölümü çerçevesinde zorlayıcı yetkileri askeri tedbirlerle sınırlı değildir, bu tedbirler uluslararası barış ve istikrarın yeniden sağlanması amaçlı ekonomik ve diğer barışçıl tedbirleri de içerir. Konsey Roma Statüsü'nde (md. 13/b) kendisine tanınan imkânı kullanarak Darfur ve Libya'daki uluslararası hukuk ve insancıl hukuk ihlallerinin sorumlularının yargılanması için ilgili olayları UCM Savcısına havale etmiştir.

El Beşir ve Kaddafi üzerinde UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesinin dayanağı BM Şartı'nın 25. maddesi kabul edilirse, BM Şartı'nın 25. maddesine göre Darfur ve Libya olaylarının Güvenlik Konseyi tarafından UCM'ye sevk edilmesine yönelik kararın etkisi, tüm BM üyesi devletlerin bu kararlarla bağlı olmasıdır. Sudan ve Libya bu durumda BM üyesi olarak kararla bağlıdır ve böylece El Beşir ve Kaddafi'nin UCM önünde bağışıklığının Konsey tarafından kaldırılmış olduğu kabul edilebilir⁸⁴⁶. EYUCM'nin Miloseviç hakkındaki ve RUCM'nin ise Kambanda hakkındaki yargılamaları, Konseyin devlet görevlilerinin bağışıklığının uygulanmasını engelleyebileceği düşüncesini destekler görünse de kurulma bakımından UCM'nin EYUCM ve RUCM'den ayırt edilmesi gereklidir. UCM bir sözleşme ile kurulurken, EYUCM ve RUCM, Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmuştur.

⁸⁴⁵ 1973 sayılı Kararda Konseyin Libya'daki durumun uluslararası barış ve güvenliğe bir tehdit teşkil etmeye devam ettiğini saptaması bu görüşü destekler niteliktedir. Çünkü kararda “devam etme” kelimesinin kullanılması uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdidin var olduğunu mantıken gösterir. Libya'lı yetkililerin 1970 sayılı karara uymaması üzerine Konseyin aldığı 1973 sayılı karar, Libya'daki sivillerin korunması ve Kaddafi güçlerinin etkisiz hale getirilmesi için hava ve denizden Libya'ya müdahaleyi içermekte ve Libya'daki durumun her geçen gün ağırlaşarak uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit oluşturduğu vurgulanırken, bu kapsamda BM Şartı'nın 7. Bölümü çerçevesinde hareket edildiği belirtilmiştir. Bkz. UN Doc. S/Res/1973 (2011).

⁸⁴⁶ **Dapo Akande**, “The Bashir Indictment: Are Serving Heads of State Immune from ICC Prosecution?”, *Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series*, 2008, s. 2-3.

Ön Dava Dairesi uluslararası suçlar bağlamında Statü'ye taraf olmayan bir devletin görevdeki bir devlet başkanının kişisel bağışıklığının kaldırılmasının hukuki temeli olarak Roma Statüsü'nü ve Güvenlik Konseyi kararlarını kabul etmesine rağmen, aldığı başka kararlarda, görevdeki devlet başkanlarının bağışıklığının kaldırılmasının hukuki dayanağının uluslararası teamül hukukunda mevcut olduğunu kabul ederek çelişkiye düşmüştür. Bu kararlarda Ön Dava Dairesi, uluslararası suçların işlenmesinden ötürü uluslararası mahkemelerin bir devlet başkanının tutuklanmasını istediği durumda, uluslararası teamül hukukunun devlet başkanının bağışıklığına bir istisna getirdiğine karar vermiştir. Daireye göre uluslararası teamül hukuku, uluslararası mahkemeler önünde bağışıklığı cezai yargılamaya engel olmaktan çıkaracak kadar gelişmiştir⁸⁴⁷. Ancak, uluslararası mahkemeler önünde kişisel bağışıklığın geçersizliğinin bir uluslararası teamül kuralı olduğunu kabul etmek, Mahkemenin kurucu andlaşmasına taraf olmayan devletlerin görevlilerinin de Mahkeme önünde hiçbir engel olmadan yargılanabilmesini kabul etmek bir başka ifadeyle, Statü'de yer alan kişisel bağışıklığın geçersizliğine rızaları olmasa dahi, ilgili andlaşma hükümlerinin tüm devletleri bağlayacağını kabul etmek demektir. Halbuki uluslararası suçlar nedeniyle uluslararası mahkeme önünde kişisel bağışıklığın geçersiz sayılması henüz bir uluslararası teamül kuralına dönüşmemiştir. Bu geçersizlik bir devlet için ancak bağışıklığı ortadan kaldıran andlaşma hükmüne taraf olunmasına bağlıdır. Arrest Warrant davasında, UAD, ulusal mahkemeler önünde ulusal suçlar söz konusu olsa dahi yabancı devlet görevlilerinin kişisel bağışıklığının mutlak olduğunu, buna rağmen UCM gibi uluslararası ceza mahkemeleri önünde üst düzey devlet görevlisinin yargılanabileceğini belirtirken, bu uluslararası ceza mahkemesinin kurucu andlaşmasına taraf olunması gerektiğini belirtmeye lüzum görmediği kanaatindeyiz.

⁸⁴⁷ Bu kararlar, Statü'ye taraf olduğu halde Malavi ve Çad'ın, ülkelerinde bulunduğu sırada Beşir'i tutuklayıp Mahkemeye teslim etmemesi nedeniyle Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmesi konusunda Ön Dava Dairesinin 2011'de verdiği kararlardır. Decision on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests, Case No. ICC-02/05-01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I (12 Aralık 2011), para. 43, 23-36; Decision on the Refusal by the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests, Case No. ICC-02/05-01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I (13 Aralık 2011), para. 13.

El Beşir ve Kaddafi'nin bağışıklığının geçersizliği ve UCM önünde yargılanabilmesi için tüm bu olası dayanaklar ikna edici değildir. Belirtilmesi gerekir ki Güvenlik Konseyi'nin bu şekilde hareket edebilmesinin tek temel dayanağı Roma Statüsü'dür. Aksi takdirde Konsey'in bu yönde karar verebilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle Konsey Darfur ve Libya'daki olayları başka bir hukuki çerçevede UCM'ye sevk edemez. Konseyin olayları sevk etme kararı Mahkemenin hukuki yapısı çerçevesinde, yani, Statü'de kendisine tanınan yetkinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır (Statü md. 13/b). Güvenlik Konseyi de 1593 ve 1970 sayılı Kararlarında Roma Statüsü'ne pek çok kez atıf yapmıştır. Böylece Konsey de Darfur ve Libya'daki olaylar üzerinde UCM'nin yargılama yetkisinin ancak Roma Statüsü ile uyumlu olarak kullanılabileceğini kabul etmiş olmaktadır⁸⁴⁸. Statü, Güvenlik Konseyine sadece bir durumu Mahkemeye sevk etme yetkisi vermektedir. Bağımsız bir kurum olan ve BM ile organik bir bağı bulunmayan UCM, bu başvuruyu kabul veya reddetme konusunda serbesttir. Kabul etse dahi, Mahkemenin yargılama yetkisini kullanabilmesi aranan kişiyi devletlerin tutuklayıp Mahkemeye teslim etme konusunda Mahkeme ile işbirliği yapmasına bağlıdır. BM ve esasında Güvenlik Konseyi uluslararası bir anlaşmaya taraf olma konusunda devletlerin egemenlikten kaynaklanan yetkilerini tanır. Bir başka ifadeyle Güvenlik Konseyi'nin bir devleti onun rızası dışında uluslararası bir andlaşmaya taraf hale getirme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Sudan ve Libya'nın Güvenlik Konseyi'nin istisnai yetkisi sonucu 27. madde ile bağlı olması, onları Statü'ye taraf bir devlet haline getirmez. Ancak buna rağmen bir Güvenlik Konseyi başvurusu, Statüye taraf

⁸⁴⁸ Akande, UCM'nin Güvenlik Konseyi kararları ile bağlı olmadığını ileri sürmektedir ve BM Şartı'nın 103. maddesi hükmünün Mahkemeye uygulanamayacağını ileri sürmektedir. 103. maddeye göre "Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşma'dan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşma'dan doğan yükümlülükler üstün gelecektir". Ancak Mahkeme, bir kurum olarak BM üyesi değildir. Bu yüzden Güvenlik Konseyi kararları ile bağlı değildir. Mahkeme Statü ile bağlıdır. BM Şartı'nın 103. maddesi BM'nin üyesi olmayan Mahkemeye uygulanmayacaktır. Bkz. **Akande**, *The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir's Immunities*, s. 340-341; Genel olarak bkz. **D. Sarooshi**, "The Peace and Justice Paradox: The International Criminal Court and the UN Security Council", D. McGoldrick, P Rowe and E. Donnelly (eds.), *The Permanent International Criminal Court*, Oxford Hart Publishing, 2004.

olmayan devletlerin vatandaşlarını Statünün kurduğu rejimle bağlı hale getirmektedir. Bu ise esasında çelişkili bir durumdur.

Görevdeki devlet başkanlarının kişisel bağışıklığının yanında UCM, eski üst düzey devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığının da uygulanamaz olduğunu açıklamıştır. Ön Dava Dairesi Sudan Cumhuriyeti'nin Milli Savunma Bakanı olan Abdül Hüseyin hakkındaki tutuklama kararında Statü'nün 27. maddesi gereğince Hüseyin'in ne mevcut statüsünün ne de devlet başkanının Darfur'daki özel temsilcisi olarak ya da İçişleri Bakanı olarak önceki resmi statülerinin, hakkında açılmış davada UCM'nin yargılama yetkisine hiçbir etkisinin olmadığını belirtmiştir⁸⁴⁹.

D. Uluslararası Ceza Mahkemesi İle İşbirliği ve Adli Yardım

1. Genel İşbirliği Yükümlülüğü

Statü'nün 27. maddesi ile UCM önünde bağışıklığın kaldırılması meseleyi tamamen sona erdirmemektedir. UCM'nin kendine ait kolluk kuvvetleri olmadığı, dolayısıyla UCM'nin sanıkları tutuklama gibi bağımsız yetkilere sahip olmadığı, soruşturma ve yargılama için sınırlı kaynaklara sahip olduğu dikkate alınırsa, UCM'nin aranan kişilerin tutuklanması ve Mahkemeye teslim edilmesi konusunda devletlere bağımlı olduğunu söylemek mümkündür. Bir başka ifadeyle, Mahkeme devletlerle işbirliği yapmaksızın işlevlerini tam olarak yerine getiremeyecektir⁸⁵⁰. Aynı zamanda Statü'nün 63. maddesinde sanığın, yargılama süresince hazır bulunması gerektiği öngörülmektedir⁸⁵¹. Bu nedenle de Mahkemenin sanık üzerinde yargılama yetkisini fiilen kullanabilmesinin tek yolu devletlerin Mahkemeyle

⁸⁴⁹ The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein, Case No. ICC-02/05–01/12, Decision of the Pre-Trial Chamber I on the Prosecutors Application under Article 58 Relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein (1 Mart 2012), para. 8.

⁸⁵⁰ **Bruce Broomhall**, *International Justice And The International Criminal Court: Between Sovereignty and The Rule Of Law*, Oxford University Press, 2003, s. 156.

⁸⁵¹ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi de 14/3/d. maddesi ile adil yargılanma hakkının temini için sanığın yargılamada bizzat hazır bulunmasını gerekli görmekte ve dolayısıyla gıyapta yargılamayı yasaklamaktadır. Her ne kadar bu düzenleme devletlerin ulusal mahkemeleri önünde yapılan yargılamalar bakımından uygulanması temenni edilen bir hüküm olsa da her ikisi de aynı amaca hizmet etmektedir.

işbirliği yapmasıdır. UCM ile işbirliğine ilişkin hükümler Statü'nün 9. Bölümünde 86-102. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Bu hükümler işbirliğinin hangi şekillerde talep edilebileceği ve her ne kadar işbirliğine zorlama Mahkemenin kendisiyle değil Güvenlik Konseyi ve Taraf Devletler Kurulu aracılığıyla hareket eden devletlerle olmasına rağmen Mahkemenin işbirliği taleplerine uymamanın Mahkeme tarafından tespit edilmesi gibi konuları içeren temel bir çerçeve ortaya koymaktadır. İşbirliği hükümleri etkili bir Mahkemenin ihtiyaçları ile Statü'ye destekleri Mahkemenin başarısının temelini oluşturacak olan egemen devletlerin ayrıcalıkları arasında bir dengeyi yansıtmaktadır⁸⁵².

Statü'nün 86. maddesinde taraf devletler bakımından UCM'nin yargı yetkisine giren suçların soruşturulmasında ve yargılanmasında Mahkeme ile tam bir işbirliği yapmak gibi genel bir işbirliği zorunluluğu getirilmektedir. Statü'ye taraf olmaksızın 12/3. maddeye göre UCM'nin yargı yetkisini kabul eden devletler de UCM ile aynı şekilde işbirliği yapmakla yükümlüdür. Taraf devletler Statü'nün 9. Bölümünde bahis konusu olan tüm işbirliği biçimlerinin kendi ulusal mevzuatlarında mümkün olmasını sağlayacaklardır (md. 88). 9. Bölüm, tutuklama, sanıkların teslim edilmesi ve diğer farklı şekillerde (ifadelerin alınması, tanıkların katılımının sağlanması, delillerin bulunması vb.) işbirliği çağrısında bulunduğu için bu son durum tek başına önemli etkilere sahiptir⁸⁵³. UCM savcısı herhangi bir devletin veya bir hükümet dışı örgütün işbirliğini veya kendi yetkisi ya da emrine uygun olarak bir düzenlemede bulunmasını talep edebilir (md.54/3/c).

UCM'nin sanık konumunda olan devlet görevlisinin tutuklanmasını ve teslim edilmesini istemesi halinde kişinin bağlı olduğu devletin ulusal yargı yetkisinin de devlet görevlilerinin bağımsızlığı bakımından önemi bulunmaktadır. 27. madde,

⁸⁵² **Broomhall**, s. 156.

⁸⁵³ Devletler elbette kendi ulusal hukuk düzenlerinin kabul ettiği usul kurallarını uygulayacaklardır. Yeni bir yasal düzenlemeye veya bir düzenlemenin değiştirilmesine ne ölçüde ihtiyaç duyulduğu elbette devletin mevcut hukuki ve anayasal düzenine bağlıdır. Ancak Statü devletlerin ulusal hukukundaki usul kurallarını, Mahkemenin talepleri ile işbirliği içinde uygulamalarını istemektedir. Çünkü ulusal hukukun gerekli işbirliğini engellemesi halinde bu durum Statü'nün ihlaline yol açacaktır. Taraf devletler veya ileride Statü'ye taraf olmayı düşünen devletler gerekli kanunları hazırlamaya ve kabul etmeye başlamışlardır. **Broomhall**, s. 156.

Statü'ye taraf devletlerce ulusal ve uluslararası hukuktan doğan bağışıklıklardan bir feragat teşkil eder. Bu nedenle taraf devletler, UCM'nin tamamlayıcılık (talilik) niteliği gereğince, öncelikli yargılama yetkisine kendileri sahip bulunmakla birlikte bu yetkinin kullanılmaması veya kullanılamaması halinde, normalde ulusal hukuka göre bağışıklıktan yararlanacak olsalar bile kendi görevlilerini tutuklamak ve Mahkemeye teslim etmekle yükümlüdürler⁸⁵⁴. Bir başka ifadeyle, devletler Roma Statüsü'nü onaylayarak kendi devlet başkanları da dâhil diğer görevlilerinin yararlandığı bağışıklıkların, UCM'nin bu kişiler üzerinde yargı yetkisini kullanmasını engellemeyeceğini kabul etmiş olmaktadır. Ayrıca, Roma Statüsü bir uluslararası sözleşme niteliğinde olduğundan taraf devletlerin bu belgeyi iyi niyet (*good faith*) ve söze bağlılık (ahde vefa) ilkesi (*pacta sunt servanda*) çerçevesinde uygulaması gereklidir⁸⁵⁵.

“Bir taraf devlet Statü hükümlerine aykırı şekilde Mahkemenin işbirliği taleplerine uymayarak Mahkemenin Statü çerçevesindeki görev ve yetkilerini yerine getirmesini engellerse Mahkeme bu durumu Taraf Devletler Kuruluna ya da konu Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme önüne getirilmiş ise Güvenlik Konseyi'ne bildirebilir” (md.87/7). VAHS'nin 60. maddesi gereğince, bir taraf devletin Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmemesi, Taraf Devletler Kuruluna bu devlet bakımından Roma Statüsü'nün askıya alınması veya sona erdirilmesi hakkını veren Sözleşmenin esaslı bir ihlali olarak yorumlanabilir⁸⁵⁶. Fakat

⁸⁵⁴ Bkz. **Broomhall**, s. 139-41; **Gaeta**, *Official Capacities And Immunities*, s. 996-1000; Statü'nün 27/2. maddesinde ulusal bağışıklıklardan vazgeçilmesinin bir sonucu olarak Fransa gibi bazı devletler devlet ve hükümet başkanlarına bağışıklıklar bahşeden anayasal hükümlerinde değişiklik yapmak durumunda kalmışlardır. Bkz. **Akande**, *International Law Immunities and The International Criminal Court*, s. 420; Ayrıca bkz. **Helen Duffy/ Jonathan Huston**, *Implementation Of The ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations*, Claus Kress, Flavia Lattanzi (Edts.), *The Rome Statute And Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, Editrice Il Sirente, 2000, s. 35.

⁸⁵⁵ VAHS, md. 26: “Yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir”.

⁸⁵⁶ VAHS, md. 60/2: “Çok taraflı bir andlaşmanın âkit taraflardan birisi tarafından esaslı bir şekilde ihlali

a- diğer tarafların oybirliği ile andlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya almalarını veya andlaşmayı,

uluslararası ceza hukukunun hesap verilebilirlik sisteminin gelişiminin amaçlandığı bir ortam, bu şekilde davranma ihtimalini düşürmektedir⁸⁵⁷.

Statü'nün 86. maddesinde öngörülen genel işbirliği yükümlülüğü Statü'ye taraf devletlerle sınırlıdır. Statü'ye taraf olmayan devletlerin kendi vatandaşlarını ya da görevlilerini Mahkemeye teslim etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, Statü'de UCM'nin, Statü'ye taraf olmayan bir devletten geçici bir düzenleme, bu devletle arasında yapacağı bir anlaşma veya başkaca uygun bir kurala dayalı olarak, yardım talep edebileceği öngörülmüştür (87/5/a.). Dolayısıyla, Statü'nün 87/5/a maddesi Mahkemenin Statü'ye taraf olmayan devletlerden yardım ve işbirliği talebinde bulunabileceği üç durum öngörmektedir. İlk olarak taraf olmayan devletlerin yardım ve işbirliği sadece belli bir olayla ilgili geçici bir andlaşmaya göre talep edilebilir. İkinci olarak Mahkeme ile taraf olmayan devlet arasında akdedilen genel bir andlaşmaya dayalı olarak işbirliği talep edilebilir. Son olarak, başka meşru bir temele dayalı olarak işbirliği talebi mümkündür. Bu son durum, özellikle Konseyin bir olayı Mahkemeye taşıdığı durumlarda BM Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın 7. Bölümü çerçevesinde aldığı kararlar olabilir.

Bu türden bir dayanağın olması halinde, bir devlet bu düzenleme veya andlaşma gereğince işbirliği taleplerine uymazsa Mahkeme bu durumla ilgili Taraf Devletler Kurulunu ya da konuyu Güvenlik Konseyi'nin Mahkemeye taşıdığı durumlarda Güvenlik Konseyini bilgilendirebilir (md. 87/5/b)⁸⁵⁸. Bu maddenin

i- kendileriyle kusurlu Devlet arasındaki ilişkiler bakımından, ya da,

ii- bütün taraflar arasında, sona erdirmeye hakkını verir”.

⁸⁵⁷ Bu durumda bir taraf devletin Mahkemeye işbirliği yapmamasının muhtemel sonuçları daha ziyade Mahkemenin taleplerine uyma yönünde istekte bulunmak veya söz konusu devletin Taraf Devletler Kuruluyula ilişkilerinin gerilmesi olabilecektir. Mahkemenin bir taraf devletin işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmemesini Konseye iletmesi durumunda ise Konseyin kararlarını uygulamak için BM Şartı çerçevesinde birçok şekilde hareket etmeye karar verme imkânı bulunmaktadır. Ön Dava Dairesi, Temmuz 2010'da Çad'ı ve Ağustos 2010'da Kenya'yı ziyaret eden El Beşir'i Çad ve Kenya'nın tutuklamayıp teslim etmemesini Güvenlik Konseyi'ne ve Taraf Devletler Kuruluna bildirmesiyle ilgili 27 Ağustos 2010 tarihli basın açıklaması için bkz. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr591> (E.T: 10.04.2018).

⁸⁵⁸ İşbirliğine ilişkin andlaşmaların yapılmasını Statü'ye taraf olmayan devletlerin kendi vatandaşları bakımından Mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiği şeklinde anlamamak gerekir. Bu husus sadece işbirliğine ilişkin bir düzenlemeden doğan yükümlülüğe ilişkindir. Bu türden bir

uygulamadaki etkisine bakıldığında, Mahkemenin yargı yetkisinin Konseyin bir başvurusu sonucu gündeme geldiği hallerde Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmediğini Mahkemenin Güvenlik Konseyine bildirdiği durumlar haricinde yaptırım mekanizması yetersiz kalabilir. Bir başka ifadeyle ilk iki durum olan, taraf olmayan bir devletin Mahkemeyle yapacağı geçici ve olaya özgü bir anlaşma veya genel bir anlaşmaya uygun hareket etmemesi halinde işbirliğine zorlama meselesi daha belirsizdir. Çünkü Güvenlik Konseyi'nin olayı Mahkemeye taşıdığı durum olan son durumda BM Şartı'na göre Konsey tarafından birçok karar ve önlem alınabilir. Fakat Statü'ye taraf olmayan devletin geçici bir anlaşmaya girdiği ya da Mahkemeyle işbirliği konusunda genel bir anlaşma yaptığı durumlarda bu düzenlemelere göre devletin işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmemesi sadece Taraf Devletler Kurulunu bilgilendirmeyi gerektirecektir. Bu durumda Taraf Devletler Kurulunca ne şekilde hareket edileceği söz konusu devletin Mahkeme karşısında sözleşme dışı statüsüne göre belirlenecektir. Bu da devleti işbirliğine zorlama konusunda yeterli gelmeyebilir.

2. Statü'nün 98/1. Maddesi Bağlamında İşbirliği Yükümlülüğü

a) Genel Olarak

Mahkemenin işlevlerini yerine getirebilmesi bazen bağımsızlığın geçersiz sayılması konusunda Mahkemenin üçüncü devletlerin işbirliğini temin edebilmesine bağlıdır. Bu bakımdan Roma Statüsü'nün 98. maddesi incelenmeden Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğünün analizi eksik kalır. Bu konu ile ilgili Statü'nün "bağımsızlığın kaldırılması ve teslim etmeye rıza gösterme konusunda işbirliği" başlıklı 98. maddesinin 1. paragrafı şu şekilde düzenlenmiştir:

"Mahkeme, talepte bulunulan devletin, üçüncü bir devlete ait bir mal veya üçüncü bir devlet vatandaşının diplomatik bağımsızlığı konusunda, uluslararası hukuk

düzenlemenin varlığı halinde, Statü'ye taraf olan bir devletin vatandaşının Statü'ye taraf olmayan bir devletin ülkesinde bulunması halinde bu devlet sanığı Mahkemeye teslim etmekle yükümlü olacaktır.

uyarınca mevcut yükümlölüklerine aykırı hareket etmesini gerektiriyorsa ve Mahkeme, bu üçüncü devletten bağışıklığın kaldırılması konusunda işbirliği elde etmemişse, teslim etme veya yardım etme talepleriyle ilgili işlemleri devam ettirmez”.

Göröldüğü gibi Statü’nün 27. maddesi, bir devlet görevlisinin uluslararası bağışıklığa sahip olmasının, UCM’nin yargılama yetkisini kullanmasını engellemeyeceğini öngörmesine rağmen, 98/1. maddesi UCM’nin yabancı görevlilere bağışıklık tanıma konusunda devletlerin uluslararası yükümlölüklerini ihlal etmesine neden olacak bir talepte bulunmamasını öngörmektedir⁸⁵⁹. Kendisinden sanığın teslim edilmesi istenilen devlet (sanığın bu devletin ülkesinde bulunması sebebiyle), eğer üçüncü devletin tutuklama ve yargılamadan bağışıklıktan yararlanan görevlisini tutuklar ve Mahkemeye teslim ederse, üçüncü devlete karşı uluslararası yükümlölüklerini ihlal edecektir. İşte 98/1. madde, Mahkeme tutuklama ve teslim talebinin üçüncü devletin bir vatandaşının diplomatik bağışıklığı bağlamında uluslararası hukuktan doğan yükümlölüklerine aykırı davranmasını gerektirmesi halinde, bu üçüncü devletten bağışıklığın kaldırılması konusunda işbirliği elde edemediği sürece, Mahkemeye böyle bir taleple ilgili işlemde bulunmamak yükümlölüğü yüklemektedir. Bu şekilde madde, kendisinden talepte bulunulan devletlerin, diğere devletlere karşı olan hukuki yükümlölükleri ile Mahkemeye karşı olan hukuki yükümlölükleri arasında kalmamasını temin etmektedir⁸⁶⁰.

Bu düzenlemenin uygulamadaki sonuçlarını anlayabilmek için öncelikle madde metninde geçen ifadelerin neyi anlatmak istediğini ortaya koymak gerekir. Kanımızca, madde metninde Statü’ye taraf olan veya olmayan ayrımı yapmaksızın “talepte bulunulan devlet” şeklinde genel bir ifade kullanılması, bu ifadenin hem Statü’ye taraf olan devletleri, hem taraf olmadan Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden devletleri, hem de Statü’ye taraf olmamasına rağmen Statü’nün 87/5/a

⁸⁵⁹ Broomhall, s. 141.

⁸⁶⁰ Akande, International Law Immunities and The International Criminal Court, s. 421.

maddesinde öngörülen meşru bir temele dayalı olarak Mahkemenin kendisinden işbirliği talebinde bulunabileceği bir devleti kapsamaktadır⁸⁶¹.

“Üçüncü devlet” ifadesinin bir başka devleti mi ifade ettiği yoksa Statü’ye taraf olmayan bir devleti mi ifade ettiği ise net değildir. VAHS, bu andlaşmaya taraf olmayan devletleri kast etmek için “üçüncü devlet” ifadesini kullanmasına rağmen bu terminolojinin Roma Statüsü’nde benimsenmediği görülmektedir. “Üçüncü devlet” ifadesinin neyi kapsadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bu ifade hem Statü’ye taraf olan devletleri hem de Statü’ye taraf olmayan devletleri ifade etmektedir⁸⁶². Bir başka görüşe göre ise, bu ifadenin sadece Statü’ye taraf olmayan devletleri ifade ettiğini kabul etmek sorunun çözümünü daha kolaylaştırır⁸⁶³. Roma Statüsü’nde taraf olup olmama durumu belirtilmek istendiğinde, açıkça “taraf devlet”, “taraf olmayan devlet” ifadelerinin kullanılması tercih edilmiştir⁸⁶⁴. Bu nedenle Statü’de kullanılan terminolojiye uygun olarak söz konusu ifadenin de taraf olup olmama durumundan bağımsız olarak kendisinden talepte bulunulan devlet dışındaki tüm devletleri ifade etmek için kullanıldığı kanaatindeyiz⁸⁶⁵.

UCM’nin bir sanığı yargılayabilmesi için sanığın bulunduğu devletin ulusal makamları önünde tutuklama gibi bir takım hukuki sürecin işlemesi gerekir ki bu da devletlerarası seviyede uluslararası bağışıklık kurallarına riayet meselesini gündeme

⁸⁶¹ Akande ve Gaeta ise, “talepte bulunulan devlet” ifadesinin karşılığı olarak “Statü’ye taraf olan devlet” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. **Akande**, *International Law Immunities and The International Criminal Court*, s. 423; **Paola Gaeta**, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2, 2009, s. 328; Bkz. **David Scheffer**, “Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, s. 336.

⁸⁶² Bkz. **Akande**, *International Law Immunities and The International Criminal Court*, s. 423.

⁸⁶³ Gaeta, *Official Capacity and Immunities*, s. 993; Üçüncü devlet” ifadesini yorumlarken etkililik ilkesine dayanan Gaeta, bu ifadenin Statü’ye taraf olmayan devletleri karşıladığını ileri sürer. **Gaeta**, *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest*, s. 328; Aynı yönde görüş için bkz. **William A. Schabas**, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2.Ed., 2016, s. 1346.

⁸⁶⁴ Bkz. **Gaeta**, *Official Capacity and Immunities*, s. 993-995.

⁸⁶⁵ Pedretti’ye göre üçüncü devlet ifadesi kendisinden talepte bulunulan devlet dışındaki tüm devletleri (Statü’ye taraf olsun olmasın) kapsamaktadır. Bkz. **Pedretti** s. 277.

getirir. Konumuz bağlamında burada inceleyeceğimiz devlet başkanlarının kişisel bağışıklığı, yani görev başındaki bir devlet başkanına tanınan bağışıklıktır. Çünkü uluslararası suçlar söz konusu olduğunda eski devlet görevlisinin fonksiyonel bağışıklığı söz konusu olmayacaktır.

b) Statü'ye Taraf Devletler Arasında İşbirliği Yükümlülüğü

Bir devlet Roma Statüsü'ne taraf olmak suretiyle, Statü'nün 27/2. maddesi uyarınca kendi görevlileri bakımından hem ulusal hem uluslararası bağışıklıklardan feragat etmiş olmaktadır. Maddede geçen ulusal bağışıklıklar, sanık konumunda olan devlet görevlisinin vatandaşı olduğu taraf devletin ülkesinde bulunması halinde, bir başka ifadeyle sanığın kendi ülkesinde bulunması durumunda söz konusudur. Böyle bir durumda, Statü'ye taraf olan devlet, ulusal bağışıklıklar dikkate alınmaksızın kendi görevlisini, Mahkemeye teslim etmekle yükümlüdür. Elbette devletin öcelikli yargılama yetkisi saklıdır.

Ancak, sanığın kendi ülkesinde değil de başka bir devletin ülkesinde bulunması halinde ise, bu devlet görevlisinin uluslararası hukuktan kaynaklanan bağışıklıkları gündeme gelir. Böyle bir durumda UCM'nin, Statü'ye taraf olan bir devletin vatandaşı olması fakat kendi ülkesi dışında bulunması nedeniyle sanığın bulunduğu devletten, sanığı tutuklaması ve teslim etmesi isteği söz konusudur. Kendisinden talepte bulunulan devletin dışındaki devlet, yani sanığın uyuşunda bulunduğu devlet üçüncü devlet konumundadır. Üçüncü devletin Statü'ye taraf bir devlet olması halinde, taraf devletler arasında uluslararası hukuktan doğan bağışıklık kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı, kendisinden talepte bulunulan devletin ülkesinde bulunan devlet görevlisini tutuklayıp Mahkemeye teslim etmesinin üçüncü devlete karşı uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ihlal edip etmeyeceği sorularını akla getirmektedir.

Daha önceki bölümde belirtildiği gibi, görevdeki bir devlet başkanının başka bir devletin ulusal makamları önünde tutuklanabilmesine ve yargılanabilmesine imkân tanıyan yerleşmiş bir uluslararası hukuk kuralı henüz yoktur. Bu nedenle aksi bir uygulama, normalde devlet başkanının kişisel bağışıklığının ihlali sayılacaktır.

Ancak, Roma Statüsü'ne taraf olan devletler, 27/2. madde uyarınca Mahkemenin uluslararası bağışlıklar olmaksızın yargılama yetkisine rıza göstermiş olmaktadırlar. Bir başka ifadeyle, bir engel olmaksızın Mahkemenin yargılama yetkisini kullanabilmesi için taraf devletler kendilerinin görevdeki devlet başkanlarının kişisel bağışlıklarından feragat etmiş olmaktadırlar. Bu yöndeki kabul Mahkemenin tutuklama ve teslim taleplerine de uzanmaktadır. Bu nedenle kendisinden talepte bulunulan devlet, diğer taraf devletin 27/2. maddeye göre kişisel bağışlıktan feragatine dayanabilir. Üçüncü devletin Statü'ye taraf olmak suretiyle en baştan yaptığı bu feragat, Mahkemenin Statü'nün 98/1. maddesine göre tutuklama ve teslim talepleriyle ilgili işlemleri yapmasına izin verir. Çünkü bu feragat, 98/1. madde anlamında bağışlıktan feragat anlamına gelir⁸⁶⁶. Sonuç olarak, Statü'ye taraf bir devletin devlet başkanının yine Statü'ye taraf bir devletin ülkesinde bulunması halinde Mahkemenin bu devletten devlet başkanının tutuklanıp teslimi talebiyle ilgili işlemlerde bulunmasına bir engel bulunmadığı gibi bu devletin sanığı Mahkemeye teslim etmesi, sanık devlet görevlisinin normalde devletlerarası düzeyde yararlanacağı uluslararası bağışlıkların ihlalini teşkil etmeyecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki kendisinden talepte bulunulan devlet bir devlet başkanını tutuklayıp, UCM'ye teslim ederken tek taraflı ve kendi adına değil Mahkemenin bir aracısı olarak, Mahkeme adına hareket etmekte ve Sözleşmeden (Statü'den) kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmektedir. Statü'nün 89/1. maddesine göre, taraf devletler, kendi ülkelerinde bulunan sanıkların tutuklanıp teslim edilmesi ile ilgili Mahkemeye işbirliği yükümlülüğü altındadır.

⁸⁶⁶ Bu yaklaşım Mahkemenin Sudan Devlet Başkanı Ömer El Beşir'in tutuklanıp teslim edilmesi talebine uyma yükümlülüğü bağlamında UCM'nin Ön Dava Dairesinin bir kararında da teyit edilmiştir. Daire, Statü'yü onaylamış olan bir üçüncü devletin ayrıca açık bir şekilde bağışlıktan feragatinin gerekli olmayacağına karar vermiştir: Decision on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests, Case No. ICC-02/05-01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I (12 Aralık 2011), para. 18.

c) Statü'ye Taraf Olmayan Bir Devletten Statü'ye Taraf Bir Devletin Görevlisinin İstenmesi ve 98/1. Madde Uygulaması

Konuyla ilgili akla gelen sorulardan biri sanığın bulunduğu devletin Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devlet olması durumunda, bu devletin sanığı Mahkemeye tesliminin söz konusu olup olmayacağıdır. Statü'ye taraf devletlerce uluslararası bağışıklıkların kaldırılması, asıl bu devletlerin kendi görevlilerinin tutuklanıp Mahkemeye teslimi bakımındandır. Bu durumda akla şu soru gelmektedir: Bu bağışıklık engeli sadece diğer taraf devletlere karşı mı kaldırılmaktadır yoksa taraf olmayan devletlere karşı da kaldırılmakta mıdır? Uluslararası sözleşmelerin sözleşmecî devletleri bağladığına ilişkin *pacta sunt servanda* ilkesine göre (VAHS md. 26)⁸⁶⁷ uluslararası bağışıklıkları tanımama durumu, Statü'ye taraf devletler arasında geçerlidir. Fakat taraf olmayan devletler de taraf devletlerin, Statüyü onaylamak suretiyle uluslararası bağışıklıklardan feragat etmesine (md. 27/2) dayanabilirler mi? Bir başka ifadeyle, bir uluslararası sözleşme olarak Statü'ye taraf olmayan diğer devletler, taraf devletlerin temsilcilerinin bağışıklığını tanımama hakkına sahipler midir?

VAHS md. 36/1'e⁸⁶⁸ göre, eğer sözleşmeye taraf devletler sözleşmedeki bir hakkı tüm devletlere tanımaya niyetlilerse, bir devlete taraf olmadığı bir sözleşmeden doğan bir hakka dayanmasına izin verilir. Roma Statüsü'nde, 27. maddeye göre bağışıklıktan feragatin etkilerinin Statü'ye taraf olmayan devletlere teşmil etme niyetinin var olduğunu gösteren herhangi bir hüküm yoktur. Bu nedenle, 98/1. maddesi gereğince taraf olmayan bir devlet kendi isteğiyle Mahkemenin talebine uymaya karar verse bile, Mahkemenin, sanık konumundaki bir devlet başkanının bulunduğu taraf olmayan devlete yönelik tutuklama ve teslim talebi söz konusu

⁸⁶⁷ VAHS, 26. madde: Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir.

⁸⁶⁸ VAHS, 36. madde: "Bir andlaşmanın tarafları andlaşmanın bir hükmünün ya üçüncü bir Devlete veya o devletin mensubu olduğu devletler grubuna, ya da bütün devletlere, bir hak vermesini kast ettiyse ve üçüncü devlet buna rıza gösterirse, üçüncü devlet için andlaşmanın bu hükmünden o hak doğar. Üçüncü devletin rızası, aksi belirtilmediği sürece farz edilir, meğerki andlaşma başka türlü öngörsün".

değildir. Statü'ye taraf olmayan devletler Mahkemeye işbirliği yapmak zorunda değildirler, yeter ki bu yükümlülüğe rıza göstermemiş olsunlar. Daha önce de belirtildiği gibi Statü'ye taraf olmamasına rağmen Statü'nün yargı yetkisini kabul etmiş devletler ve Mahkemeye işbirliği andlaşması yapmış devletlerin işbirliği yükümlülüğü mevcuttur.

Bu bakımdan uluslararası hukukta imzalanan andlaşmaların sadece andlaşmayı imzalayan taraflar için hüküm doğurması, üçüncü kişiler bakımından hak ya da yükümlülük doğurmaması kuralı gereğince, uluslararası bağışıklıktan feragatin (Statü, md. 27/2) taraf devletler ile taraf olmayan devletler arasındaki ilişkiye etkisi yoktur. Bu durumda kişisel bağışıklık varlığını sürdürecektir. Sonuç olarak, sanığın bulunduğu devlet Roma Statüsü'ne taraf değilse, Roma Statüsü'nün 13/b maddesi gereğince, Güvenlik Konseyi tarafından yapılan bir başvuru olmadığı müddetçe, böyle bir sanığın UCM yargılaması ile yüz yüze kalması söz konusu olamayacaktır. Elbette, bu durum sanığın kendi ülkesine iade edilmesi halinde ulusal yargı organları önünde yargılanmasına engel değildir⁸⁶⁹.

d) Statü'ye Taraf Bir Devletten Statü'ye Taraf Olmayan Bir Devletin Görevlisinin İstenmesi ve 98/1. Madde Uygulaması

Rızaya dayalı yaklaşıma paralel olarak, taraf olmayan devletler kendi temsilcilerinin bağışıklıklarının geçersizliği ve Mahkemeye işbirliği yönünde herhangi bir yükümlülük altına girmemektedirler. VAHS, 34. maddeye göre, bir andlaşma, rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır. Taraf devletler, taraf olmayan devletlerin uluslararası teamül hukukundan doğan kişisel bağışıklık talebine saygı duymak zorundadır⁸⁷⁰. Statü'nün 98/1. maddesi

⁸⁶⁹ **Scheffer**, Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent, s. 337.

⁸⁷⁰ Bkz. **Gaeta**, Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?, s. 329; **Michiel Blommesteijn/ Cedric Ryngaert**, "Exploring the Obligations for States to Act upon the ICC's Arrest Warrant for Omar Al-Bashir: A Legal Conflict Between the Duty to Arrest and the Customary Status of Head of State Immunity." *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6 (2010), s. 432, 433; **Robert Cryer**, "Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Practicalities", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1, 2009, s. 64; **Williams/ Sarah/ Lena Sherif**, "The Arrest Warrant for President Al-Bashir: Immunities of Incumbent

bağlamında bu durum şu anlama gelir: Kendisinden işbirliği talebinde bulunulan Statü'ye taraf devletlerce, taraf olmayan devletlere karşı bağışıklık ile ilgili uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler riayet edilmesi zorunludur. Bu yüzden Mahkeme, üçüncü devletten bağışıklık ile ilgili feragat elde etmedikçe, taraf olmayan bir devlet olarak üçüncü devletin devlet başkanının tutuklanması ve Mahkemeye teslim edilmesi talebi ile ilgili bir işlem yapamaz.

**e) Güvenlik Konseyi Başvurusunun 98/1. Madde Uygulamasına Etkisi:
El Beşir Davasında İşbirliği**

Yukarıda yapılan açıklamalarımıza paralel olarak, Sudan ve Libya, Statü'ye taraf devletler olmadığından genel olarak Mahkeme'nin bu devletlerden görevlilerini yargılamak üzere teslim edilmesini istemesi söz konusu olamadığı gibi, bu devletlerin de Statü'ye taraf olmadıkları için, Mahkemenin bu yöndeki taleplerine uygun hareket etme zorunluluğu yoktur. Statü'ye taraf olmayan devletlerin görevlilerinin, Statü'ye taraf olduğu için veya taraf olmaksızın başka bir meşru temele dayalı olarak (örneğin bir işbirliği andlaşması gibi) Mahkemeye işbirliği yapmakla yükümlü olan bir devletin ülkesinde bulunması halinde, bu devletlerden sanıkların teslim edilmesini istemek, bu devletlerin sanığın uyuşunda bulunan devletlere (Statü'ye taraf olmayan üçüncü devletlere) karşı uluslararası teamül hukukundan doğan yükümlülüklerinin ihlaline neden olacaktır. Bu, El Beşir davasında kişisel bağışıklığa saygı gösterme yükümlülüğüdür. Bu durumda, sanığın yargılanması, sanığın uyuşunda bulunduğu devletin, kişinin bağışıklığından feragat etmesine ve bu konuda işbirliğinde bulunmasına bağlıdır. Söz konusu devletin bunu reddetmesi halinde, 98/1. maddeye göre, Mahkeme sanığın bulunduğu devletlerden işbirliği talebinde bulunamayacaktır. Ancak, uygulamaya bakıldığında, bu durum Güvenlik Konseyi'nin bir olayı Mahkemeye taşımadığı durumlar için geçerlidir. Çünkü BM'ye üye olan tüm devletler Güvenlik Konseyi kararlarıyla bağlı olduğundan, Statü'ye taraf olup olmamasına bakılmaksızın, dolayısıyla 98. maddede

Heads of State and the International Criminal Court", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 14, No. 1, 2009, s. 77,78.

yer alan bağışıklığın kaldırılması konusundaki rıza aranmaksızın, tüm devletlerin Konsey kararına göre işbirliği yapmak zorunda olduğu kabul edilmektedir. İşte bu nedenle de El Beşir ve Kaddafi davasında kendisinden işbirliği talebinde bulunulan devletlerin ulusal makamları önünde bağışıklıklar sorunu daha az itiraz edilebilir ve daha tartışmasız bir hal almış görünmektedir. Bir başka ifadeyle, Güvenlik Konseyi kararları, işbirliği için meşru bir temel sayılmakta ve taraf devletlere yönelik El Beşir ve Kaddafi'nin teslim talebiyle ilgili bir işlem yapmadan önce Mahkemenin 98. madde anlamında bağışıklığın kaldırılması konusunda üçüncü devletler olarak Sudan ve Libya'dan bağışıklığın kaldırılması konusunda işbirliğinin elde edilmesine gerek bulunmadığı kabul edilmektedir.

1593 sayılı kararın 2. paragrafı şu şekildedir:

“Güvenlik Konseyi Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin Statü'ye göre herhangi bir yükümlülüğü bulunmadığını kabul etmekle birlikte, bu karar gereğince Sudan Hükümeti ve Sudan'daki çatışmanın tarafı olan diğer devletler Mahkeme ve savcı ile tam bir işbirliği yapacak ve gerekli yardımı sağlayacaktır. Güvenlik Konseyi tüm devletlerin ve ilgili bölgesel ve diğer uluslararası örgütlerin tam bir işbirliği yapmasını şiddetle tavsiye eder”⁸⁷¹.

Libya olayına yönelik 1970 sayılı Güvenlik Konseyi kararının 5. paragrafı ise şu şekildedir:

“Libya makamları Mahkeme ve savcı ile tam bir işbirliği yapacak ve onlara gerekli yardımı sağlayacaktır. Güvenlik Konseyi Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin Statü'ye göre yükümlülüğü bulunmadığını kabul etmekle birlikte tüm devletlerin ve ilgili bölgesel ve diğer uluslararası örgütlerin Mahkeme ve savcı ile tam bir işbirliği yapmasını şiddetle tavsiye eder”⁸⁷².

1593 ve 1970 sayılı Kararlardaki işbirliği ve adli yardım yükümlülüğünü daha kolay analiz etmek için Kararlar Statü'ye taraf devletler bakımından, Sudan ve

⁸⁷¹ UN Doc. S/Res/1593 (2005), para. 2.

⁸⁷² UN Doc. S/Res/1970 (2011), para. 5.

Libya Hükümetleri bakımından ve ayrıca Sudan ve Libya dışında Statü'ye taraf olmayan diğer BM üyesi devletler bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

İlk olarak, Roma Statüsü'ne taraf devletlerin Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğü Statü'nün 86. maddesinde açıkça öngörüldüğünden bu devletler bakımından işbirliği yükümlülüğünün Kararda yeniden belirtilmesi gereksiz olacaktır. Ancak buna rağmen, bir görüşe göre, "Roma Statüsü'ne taraf devletler Mahkemenin El Beşir'in tutuklanması ve teslim edilmesi yönündeki işbirliği talebi ile uyumlu hareket etme yükümlülüğü altında değildir. Çünkü bu talep 98/1. madde ile açıkça çatışmaktadır. Sudan dışında bir devlet tarafından tutuklama kararının yerine getirilmesi görevdeki devlet başkanının kişisel bağışıklığını ihlal edecektir. UCM, Devlet Başkanı El Beşir'in bağışıklıkları konusunda Sudan Devleti'nden bir feragat elde etmemiştir. Bu yüzden Mahkeme Statü'ye göre teslim talebi ile ilgili işlem yapmaya yetkili değildir. Mahkemenin bu bağlamda atacağı adımlar *ultra vires* nitelik taşıyacaktır ve bu da 98/1. madde ile çatışır. Bu nedenle Statü'ye taraf devletler Mahkemenin El Beşir'in teslim edilmesi ile ilgili talebini yerine getirmek zorunda değildir ve hukuken bu talebe uymamaya karar verebilir. Güvenlik Konseyi tarafından yapılan bir başvuru sadece taraf olmayan devletlerin vatandaşları tarafından işlenen suçlar bağlamında Mahkemenin yargı yetkisini harekete geçirmekten ibarettir. Mahkemenin yargı yetkisinin Güvenlik Konseyi'nin bir başvurusu halinde başlaması durumunda dahi Mahkeme ile işbirliği yapma yönünde taraf devletlerin yükümlülükleri sadece sözleşmesel yükümlülüklerdir"⁸⁷³.

Ancak, yukarıdaki görüş kendi içinde tutarlı görünmekle birlikte, Roma Statüsü'nün Güvenlik Konseyi'nin bir olayı Mahkemeye taşırken 7. Bölüme göre hareket etmesini gerekli görmesi (md. 13/b) ve BM üyesi devletlerin BM Şartı'nın 103. maddesi dikkate alındığında, taraf devletler bakımından çatışan yükümlülükler meselesi gündeme gelmektedir. BM Şartı'nın 103. maddesine göre üye devletlerin BM Şart'ından doğan yükümlülükleri ile diğer herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması halinde BM Şartı'ndan doğan yükümlülükleri

⁸⁷³ **Gaeta**, Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest?, s. 329-330.

üstün gelir. BM Şartı'nın 25. maddesine göre ise, BM üyeleri, BM Şartı uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulamakla yükümlüdür. Bu hükümlere göre, üye devletlerin Güvenlik Konseyi kararlarına uyma yükümlülüğü, Statü'ye taraf devletlerin 98. maddeye göre üçüncü devletlerin devlet başkanlarının bağışlıklarını ihlal etmeme yükümlülüğünden üstün gelecektir. Bu durumda, Mahkemenin El Beşir hakkında tutuklama ve teslim talebi ile ilgili işlemleri *ultra vires* değildir. Taraf devletler Güvenlik Konseyi kararı gereğince kendi ülkelerinde bulunması halinde El Beşir'i tutuklayıp teslim etmekle yükümlüdür. Ayrıca, Statü'ye taraf devletlerin, Mahkemenin tutuklama ve teslim taleplerine uygun hareket etmesi halinde üçüncü devletlere karşı uluslararası teamül hukukundan doğan yükümlülüklerinin ihlal edileceği ileri sürülebilse dahi, BM Şartı'nın 103. maddesi bu görüşü geçersiz kılacaktır. Görüldüğü gibi tüm bu sonuçlar Roma Statüsü'nde 13/b maddesiyle bir olayı UCM'ye sevk etme konusunda 7. Bölümüne göre hareket etmesi öngörülen Güvenlik Konseyine yetki tanınmasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

İkinci olarak, 1593 ve 1970 sayılı kararlarda Sudan Hükümetinin ve Sudan'daki çatışmanın tarafı olan diğer devletler ile Libya makamlarının Mahkemeye işbirliği yapacağı belirtilmiştir. "Yapacaktır" kelimesinin kullanılması, söz konusu devletler bakımından Mahkeme ile işbirliği ve adli yardım yükümlülüğünü zorlayıcı hale getirmektedir⁸⁷⁴. Sudan ve Libya Statüye taraf değildirler. Mahkemenin uygulaması ve BM Güvenlik Konseyi'nin tutumu, bu Kararın Darfur bölgesinde uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesi için 7. Bölüm çerçevesinde alınan bir tedbir olması ve söz konusu devletlerin çatışmanın tarafı olması, bu Kararın Sudan ve Libya'ya Mahkemeye işbirliği yükümlülüğü yüklediğini kabul ettiklerini göstermektedir. İlk bakışta Güvenlik Konseyi, Sudan ve Libya'nın iradesi bulunmamasına rağmen bu devletlere sözleşmesel yükümlülükler yüklemiş gibi görünse de esasında buradaki yükümlülüğün kaynağının Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın 7. Bölümüne göre hareket ederek almış olduğu kararlar

⁸⁷⁴ Bkz. **Akande**, The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir's Immunities, s. 342-348.

olduğu kabul edilmektedir. Esasında bu durum, Statüye taraf devletler ile taraf olmayan devletler arasında “Güvenlik Konseyince durumu UCM’ye sevk edilen devletler” şeklinde yeni bir devletler kategorisi yaratmaktadır.

Üçüncü olarak, kararda “tüm devletler”den söz edilmektedir ki bu durum, Sudan ve Libya dışında Statü’ye taraf olmayan diğer tüm devletleri kapsamaktadır. Söz konusu Konsey kararlarında VAHS’nin 34. maddesine uygun olarak Statü’ye taraf olmayan devletlerin Statü’ye göre yükümlülüğü bulunmadığının kabulü söz konusudur. Ancak, bir görüşe göre, bu yöndeki kabul, tüm devletlerin BM Şartıyla bağlı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır⁸⁷⁵. Güvenlik Konseyi’nin Darfur ve Libya’daki olayları Mahkemeye taşımasına yönelik 1593 ve 1970 sayılı Kararları, esasında uluslararası barış ve güvenliğin bölgede yeniden tesisi için bir araçtır. Güvenlik Konseyi bu Kararları alırken BM Şartı’nın 7. Bölümüne göre hareket etmiştir. Uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesini temin etme yükümlülüğü tüm BM üyesi devletler için geçerlidir. BM üyesi olan tüm devletler Şart’ın 25. maddesi ile bağlıdır. Bu maddeye göre, BM üyeleri, Güvenlik Konseyi’nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır. Bu nedenle BM üyesi olan tüm devletler Güvenlik Konseyi kararı ile bağlıdır⁸⁷⁶. Sudan ve Libya dışında Roma Statüsü’ne taraf olmayan devletlerin Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğünün temeli Roma Statüsü değil BM Şartı’dır. Bu durumda hem teorik hem pratik olarak Roma Statüsü’ne taraf devletlerin işbirliği yükümlülükleri ile Sudan ve Libya makamlarının ve Statü’ye taraf olmayan diğer devletlerin Darfur ve Libya’daki olaylar bağlamında yükümlülükleri arasında pek bir fark bulunmamaktadır⁸⁷⁷. Bir başka görüşe göre ise, Kararların son cümlesinde “şiddetle

⁸⁷⁵ Bkz. **Göran Sluiter**, “Using the Genocide Convention to Strengthen Co-operation with the ICC in the Al-Bashir Case”, (2010), Vol. 8, *Journal of International Criminal Justice*, s. 372.

⁸⁷⁶ Uluslararası Adalet Divanı, Batı Afrika Danışma Görüşünde, BM Şartı’nın 25. maddesine göre Güvenlik Konseyi’nin bir karar alması halinde bu karara uymanın kararı veto eden Güvenlik Konseyi üyeleri de dâhil tüm Konsey üyeleri ve Konsey üyesi olmayan BM üyeleri bakımından söz konusu olduğunu belirtmiş ve ayrıca aksini kabul etmenin bu organı en temel yetki ve görevlerinden mahrum etmek olacağını ifade etmiştir. (*South West Africa*) *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1962, s. 319, para. 116.

⁸⁷⁷ **Bert Swart/ Göran Sluiter**, “The International Criminal Court and International Criminal Co-operation”, Herman A.M. Von Hebel, Johan G. Lammers, Jolien Schukking (eds.), *Reflections on*

tavsiye” ifadesinin kullanılması nedeniyle Güvenlik Konseyi Statü’ye taraf olmayan diğer devletler bakımından açık bir yükümlülük öngörmemektedir⁸⁷⁸.

Kanaatimizce, Güvenlik Konseyi kararlarında, işbirliği bakımından iki devlet kategorisi söz konusudur. Bunlar, çatışmanın tarafı olan Sudan ve Libya ile Roma Statüsüne taraf olmayan diğer devletlerdir. Çünkü Statüye taraf olan devletlerin zaten Statüden kaynaklanan açık bir işbirliği yükümlülüğü söz konusu olduğundan, “tüm devletler” ifadesi içinde yer alan Statüye taraf devletlerin işbirliği yapmasının tavsiye edilmesi anlamsız olacaktır. Güvenlik Konseyi, çatışmanın tarafı olması sebebiyle Sudan ve Libya makamlarının UCM ile işbirliği yapmasını uluslararası barışın sağlanmasının bir parçası olarak görmekte ve bu nedenle bu iki devlet için “işbirliği yapacaktır” ifadesini kullanarak bir yükümlülük ihdas etmektedir. Güvenlik Konseyi’nin yetkisi bölgede uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına yönelik tedbirlerle sınırlı kalmalıdır. Sudan ve Libya’nın çatışmanın tarafı olması, Güvenlik

the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriian Bos, The Hague: T.M.C. Asser Press, 1999, 91-127, s.122; **Giuseppe Nesi**, “The Obligation to Co-operate with the International Criminal Court and States not Party to the Statute”, Politi M, Nesi G (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity, Ashgate Publishing, 2001, s. 222.

⁸⁷⁸ Akande’ye göre, şiddetle işbirliği tavsiye edilmesi, Güvenlik Konseyi’nin bu yönde bir yükümlülük yaratma amacını taşımadığını gösterir. Ona göre, “şiddetle tavsiye” ifadeleri belli bir yönde davranışta bulunmak için bir tavsiye ve teşvikten başka bir şey değildir. Statü’ye taraf olmayan devletlerin Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğü bulunmaması, Güvenlik Konseyi’nin Statü’ye taraf olmayan devletlerin Statü’ye göre yükümlülüğü bulunmadığını söz konusu kararlarda açıkça kabul etmesi ile daha netlik kazanmıştır. **Akande**, The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir’s Immunities, s. 343-344; El Beşir’in Çad’a ve Kenya’ya ziyaretleri sırasında bu devletlerin Mahkeme’nin tutuklama kararına karşı koyması, Mahkeme’nin durumu Güvenlik Konseyi’ne bildirmesine neden olmuştur. Akande’nin bu görüşlerine rağmen, ilginç şekilde, Mahkeme Kenya’nın kendisiyle işbirliği yükümlülüğü bulunduğunu ileri sürerken Güvenlik Konseyi’nin 1593 sayılı kararında Mahkemeye işbirliğinin devletlere “şiddetle tavsiye edilmesine” dayanmıştır. Mahkemeye göre Kenya Cumhuriyeti’nin hem 1593 sayılı karardan ötürü hem de Statü’ye taraf bir devlet olması nedeniyle Roma Statüsü’nün 86, 87. maddelerinden ötürü tutuklama kararlarının yerine getirilmesi konusunda Mahkemeye açık bir işbirliği yükümlülüğü bulunmaktadır. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Decision informing the UN Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir’s presence in the Territory of the Republic of Kenya, Public Document No. ICC-02/05-01/09, 27 Ağustos 2010, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc930979.pdf>, (E.T:04.12.2017); Aynı zamanda Ön Dava Dairesi de benzer şekilde Çad Cumhuriyeti’nin 1593 sayılı karara ve Statü’ye göre Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğünü belirtmiştir. bkz. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Decision informing the UN Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir’s recent visit to the Republic of Chad, Public Document No. ICC-02/05-01/09, 27 Ağustos 2010, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc931075.pdf>, (E.T: 04.12.2017).

Konseyi'nin sözleşmesel bir yükümlülüğü Sözleşmeye taraf olmayan devletlere yüklemesi için yeterli değildir. İşbirliği talebinde ancak UCM bulunabilmelidir. UCM ise bu talebini ancak Statüye taraf devletlerden isteyebilmelidir. BM'ye üye devletlerin Güvenlik Konseyi kararlarına uyma zorunluluğu bulunmakla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin devletlerin iradesi yerine geçerek onları bir sözleşme ile veya bir sözleşmenin kurduğu rejimle bağlı kılma yetkisi bulunmamaktadır.

Statüye taraf olmayan devletler için ise Konsey öncelikle bu devletlerin Statüye göre herhangi bir yükümlülükleri olmadığını açıkça ifade ettikten sonra, Sudan ve Libya için kullandığından farklı bir ifade kullanmayı tercih etmekte ve “tavsiye” ifadesini kullanmaktadır. Güvenlik Konseyi kararlarının bağlayıcı olması, Konseyin tavsiyede bulunmasına engel olmamalıdır. Konseyin kararındaki üsluba dayanarak Sudan dışında Statüye taraf olmayan diğer devletlerin bir başka ifadeyle çatışmanın tarafı olmadığı gibi Statü'nün de tarafı olmayan devletlerin El Beşir'i tutuklayıp Mahkemeye teslim etme konusunda serbest iradeye sahip olduğu kabul edilmelidir. Çünkü Statüye taraf olmadıkları için bu devletlerin BM Şartı'nın 103. maddesine göre çatışan yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır. Daha önce belirtildiği gibi, Konsey kararında da açıkça Statüye taraf olmayan devletlerin Statüye göre yükümlülükleri olmadıkları kabul edilmiş ve ardından tavsiyede bulunulmuştur. Burada bahsi geçen Statüden kaynaklanan yükümlülük ise işbirliği yükümlülüğüdür.

3. Statü'nün 98/2. Maddesi Bağlamında İşbirliği Yükümlülüğü

Roma Statüsü'nün 98. maddenin ikinci paragrafı işbirliği yükümlülüğünü etkileyen bir hüküm olması sebebiyle önemlidir. Madde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Mahkeme, gönderen devlete bağlı bir kişinin mahkemeye teslimi için gönderen devletin teslim etmeye rıza gösterme konusunda işbirliğini elde edemediği sürece talep edilen devletin, gönderen devletin rızasını gerektiren uluslararası

andlaşmalardan doğan yükümlölüklerine aykırı davranmasını gerektirecek bir teslim talebi işlemini devam ettiremez”⁸⁷⁹.

Bu hükme göre, kendisinden sanığın teslim edilmesi istenen devletin (talep edilen devlet) sanığı teslim etmesinin, bir başka devletle aralarında yapmış olduğu uluslararası bağışıklıklara ilişkin yükümlölükler öngören andlaşmaya aykırı olması halinde, Mahkeme sanığın tutuklanması ve teslimi gibi bir talepte bulunamayacaktır.

Gönderen devlet ile kabul eden devlet arasında yapılan iki taraflı bağışıklık andlaşmasına göre⁸⁸⁰ kendisinden sanığın tutuklanıp teslim edilmesi talep edilen devletin bu talebe uyması bağışıklık andlaşmasının diğer tarafı olan devlete karşı söz konusu andlaşmadan doğan yükümlölüklerine aykırı davranmasını gerektirir. Böyle bir durumda ise Mahkeme, sanığın bağlı olduğu (bağışıklık andlaşmasının diğer tarafı olan) devletin sanığın teslim edilmesi konusunda rızasını elde etmediği müddetçe 98/2. maddeye göre tutuklama ve teslim talebi ile ilgili işlemleri devam ettiremez. Görüldüğü gibi bu hükme göre devletlerin aralarında yapmış oldukları iki taraflı bağışıklık andlaşmaları, Mahkemenin yetkilerini kullanmasını engellemektedir.

Yukarıda bahsi geçen türden bağışıklık andlaşmaları yapan devletlerin başında ABD gelmektedir. Statü’ye taraf olmayan bir devlet olarak ABD, UCM’nin yargı yetkisine itirazının sonucu olarak⁸⁸¹, kendi vatandaşları üzerinde Mahkemenin

⁸⁷⁹ Bu madde kendi çevirimizdir. TBMM’nin resmi sitesinde yer alan çeviride “uluslararası andlaşmalara” yer verilmemiş sadece “uluslararası yükümlölük” ifadesine yer verilmekle yetinilmiştir. “Uluslararası yükümlölük” ifadesi, uluslararası andlaşmalar yanında uluslararası teamül hukukunu da kapsayan daha geniş bir ifade olması sebebiyle, meselenin doğru yorumlanması bakımından doğru çevirinin tercih edilmesi önemlidir.

⁸⁸⁰ Bir görüşe göre Statü’nün 98/2. maddesi, Statü’ye taraf olsun olmasın devletler arasındaki hem iki taraflı hem de çok taraflı andlaşmaları kapsamaktadır. Bu andlaşmaların kapsamı, devletlerin bir başka devlet ülkesine gönderdiği askeri ya da başka bir personelinin UCM’ye teslim edilmemesidir. Bu bakımdan “teslim etmeme andlaşması” (*non-surrender agreement*) ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. **Scheffer**, Article 98(2) of the Rome Statute: America’s Original Intent, s. 338.

⁸⁸¹ ABD, izni olmaksızın kendi vatandaşları üzerinde Mahkemenin yargı yetkisini kullanmasına şiddetle karşı çıkmakta, bu itirazını da andlaşmalar hukukunun yerleşmiş kuralı olan “bir sözleşmenin rızası olmaksızın üçüncü devletlere yükümlölük yükleyemeyeceği” kuralına dayandırmaktadır. Hâlbuki burada ABD’ye bir yükümlölük yüklenmesi söz konusu değildir. Statü’de, Statü’ye taraf olmayan devletlerin belli bir şekilde davranmasını gerektiren bir hüküm

yargı yetkisini kullanabilme ihtimalini ortadan kaldırmak için hukuki ve siyasi birçok aracı kullanma yoluna gitmektedir⁸⁸². Bu stratejinin sonucu ise, ABD tarafından Statü'ye taraf devletlerle ve Mahkemeye işbirliğini sınırlandıran yasalar çıkartılması⁸⁸³, ABD vatandaşlarının UCM'ye sevkini yasaklayan andlaşmaların diğer devletlerle akdedilmesi, BM'nin yetkilendirdiği operasyonlarda bulunan taraf olmayan devletlerin (ABD gibi) vatandaşları üzerinde yargı yetkisini kullanmasını engelleyen BM Güvenlik Konseyi kararlarının alınması olmaktadır. 98/2. madde bağlamında burada dikkat edilmesi gereken husus, ABD'nin kendi vatandaşlarının Mahkemeye teslimi konusunda diğer devletlerin UCM ile işbirliği yükümlülüğünü olumsuz yönde etkileyecek andlaşmalar yaparak 98/2. madde uygulamasından yararlanmaya çalışmasıdır.

Daha önce de belirtildiği gibi, UCM'nin Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşı üzerinde yargı yetkisini kullanması şu üç durumda mümkündür: Sanığın uyruğunda bulunduğu Statü'ye taraf olmayan devletin Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmesi, sanığın Statü'ye taraf olan bir devletin ülkesinde suç işlemesi, BM Güvenlik Konseyi kararıyla olayın Mahkemeye taşınması. Dünyanın dört bir yanında bulunan ABD askerleri, bulundukları ülkelerde Roma Statüsü'nün kapsamına giren tecavüz, kötü muamele gibi insanlığa karşı suçlar, savaş suçu işleyebilmektedirler.

yoktur. Statü'ye taraf olmayan devletlerin vatandaşlarının yargılanması bu devletlerin menfaatlerine etki edebilir, fakat bu durum taraf olmayan devletlere yükümlülük yüklediği anlamına gelmez. Bkz. **Michael P. Scharf**, "The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No.1, 2001, s. 98; **Damir Arnaut**, "When in Rome-The International Criminal Court and the Avenues for U.S. Participation", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, 2003, s. 541-542; **M. Tia Johnson**, "The American Servicemember's Protection Act: Protecting Whom?", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, 2003, s. 444.

⁸⁸² **Akande**, "The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1(3), 2003, s. 619; **Köchler**, s. 16.

⁸⁸³ 2002 yılında çıkartılan Amerikan Servis Üyeleri'nin Korunması Kanunu, diğer bir takım şeylerin yanında UCM'yle işbirliğini, UCM'den gelen talimat yazılarının aktarımını, UCM'ye suçluların iadesini, desteği ve ayrılmış olan ödeneklerin kullanımını yasaklamaktadır. Bu kanun ilaveten, Birleşik Devletler'in ortak hukuki yardım anlaşmalarını kısıtlamayı amaçlamakta ve UCM'nin bir organının ABD'de araştırma aktivitelerinde bulunmasını yasaklamaktadır. **Linda E. Carter**, 2021 Yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi (Çeviren: Müslüm Fincan), *Küresel Bakış Çeviri Dergisi*, Y. 7, S. 22 (Haziran 2017), s. 127.

ABD Roma Statüsü'ne taraf olmasa da, ABD askerlerinin Mahkeme önünde yargılanmasına imkân tanıyan Statü'ye göre, suç Statü'ye taraf olan bir devletin ülkesinde işlenmiş ise sanığın uyruğunun ne olduğunun önemi yoktur. Bu durumda ABD askerlerinin Mahkeme önünde yargılanabilmesi mümkündür. Ancak Statü gıyapta yargılamayı yasakladığından, yani sanığın Mahkemede hazır bulunmasını gerekli gördüğünden, sanığın yargılanabilmesi için Mahkemeye teslim edilmesi gerekmektedir. Bu da sanığın bulunduğu devletin sanığı tutuklayıp teslim etme konusunda Mahkeme ile işbirliği yapmasına bağlıdır. İşte ABD, 98/2. maddedeki hükümden yola çıkarak bu işbirliğini ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Çünkü diğer devletlerle kendi vatandaşlarına uluslararası bağışıklıklar tanıyan veya işbirliği yükümlülüğünü sınırlayan anlaşmalar⁸⁸⁴ yapması halinde sanığın teslimi uluslararası yükümlülüklerin ihlalini teşkil edecektir. 98/2. madde ise bu türden bir ihlal halinde Mahkemenin teslim talebinde bulunmamasını öngörmektedir⁸⁸⁵.

Ancak, her ne kadar Roma Statüsü'nü onayladıktan sonra birçok devlet ABD ile bu türden andlaşmalar akdetse dahi⁸⁸⁶, 98/2. maddenin kendisinden sanığın teslim edilmesi istenen ve aynı zamanda diğer devletle bağışıklık anlaşması imzalamış olan devletin sadece Roma Statüsü onaylamasından önce akdetmiş olduğu uluslararası anlaşmalar bakımından geçerli olduğu kabul edilmelidir. Eğer iki taraf arasında uluslararası bağışıklık anlaşması daha sonra akdedilmişse, UCM'nin tutuklama ve teslim talebi ile ilgili işlem yapmasına bir engel olmamalıdır. Aksi yönde düşünmek

⁸⁸⁴ Statü'nün 98/2. maddesi bağlamında ABD'nin yaptığı andlaşmalar, yabancı hükümetlerle yaptığı SOFA (Status of Forces Agreement) ve SOMA (Status of Mission Agreement) anlaşmalarıdır. Bu tür andlaşmalar, sanıkların UCM'ye sevki yerine ulusal mahkemeler önünde farklı bir cezai sürece tabi olmalarını öngörmektedirler. **Scheffer**, Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent, s. 338.

⁸⁸⁵ ABD ile Roma Statüsü'nün 98/2. maddesi uygulaması arasındaki ilişki bağlamında daha detaylı bilgi için bkz. **Scheffer**, Article 98 (2) of the Rome Statute: America's Original Intent; **Erik Rosenfeld**, Application Of U.S. Status Of Forces Agreements To Article 98 Of The Rome Statute, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 2, 2003.

⁸⁸⁶ Örneğin, Afganistan, 10 Şubat 2003'te Roma Statüsü'ne taraf olmuştur, ABD ile ise 20 Eylül 2002'de "madde 98 andlaşması" imzalamış ve bu andlaşma, 23 Ağustos 2003'te yürürlüğe girmiştir. Bosna Hersek Roma Statüsü'ne 11 Nisan 2002'de taraf olmuştur, ABD ile ise 16 Mayıs 2003'te "madde 98 andlaşması" imzalamış ve bu andlaşma, 7 Temmuz 2003'te yürürlüğe girmiştir. http://www.iccnw.org/documents/BIAdb_Current.pdf (E.T: 10.01.2019).

Statü'nün temel amacını ortadan kaldırmak olacaktır. Roma Statüsü'nde iki önemli amaç vardır. Bunlar, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları gibi ağır suçların faillerini yargı önüne getirmek, böylece bağışıklık ve cezasızlık durumlarına son vermek ve bu tür kişiler üzerinde Mahkeme hukuki bir süreç başlatmadan önce ulusal soruşturmaları ve yargılamaları teşvik etmektir⁸⁸⁷. Her ne kadar taraf devletlerin bu türden bir anlaşmayı yapmasını yasaklayan bir hüküm Statü'de açıkça yer almasa da Statü'nün uygulanmasını ve dolayısıyla Mahkemenin sanıklar üzerinde yargı yetkisini kullanmasını engelleyen bir durum olarak bu türden anlaşmaların yapılması Statü'nün genel amacını ortadan kaldıracaktır. Statü'ye taraf bir devletin başka bir devletle Statü'nün uygulanmasını olumsuz yönde etkileyen başka bir andlaşma yapması herşeyden önce talepte bulunulan devlet bakımından andlaşmalar hukukunun temel prensiplerinden olan “ahde vefa ve iyi niyet” ilkelerine ve dolayısıyla uluslararası hukuka aykırıdır⁸⁸⁸.

98/2. madde bağlamındaki bir andlaşmanın Statü'nün uygulanmasını ve Mahkemenin yargı yetkisini kullanmasını engellediği aşikârdır. Böyle bir andlaşmanın varlığı halinde kendisinden talepte bulunulan devletin buna aykırı olarak sanığı teslim etmesi sonucu, andlaşmanın diğer tarafı olan devlete karşı yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde, Mahkemenin teslim talebinde bulunamayacağı ve dolayısıyla sanığı yargılayamayacağı 98/2. maddeden anlaşılmaktadır. Bu maddeye göre, devletlerin kendi aralarındaki söz konusu uluslararası yükümlülükler Statü'den önce gelmekte ve bu şekilde Mahkemenin yargı yetkisini kullanabilmesi ihtimali ortadan kalkmaktadır. Böylece Statü'nün taraf devletlere, maddede bahsi geçen konuyla ilgili uluslararası yükümlülükler doğuran andlaşmalar yaparak Mahkemenin yargı yetkisini etkisiz hale getirmelerine ve taraf devletlerin Statü'den kaynaklanan yükümlülüklerini karşılıklı andlaşmalarla ortadan kaldırabilmelerine

⁸⁸⁷ **Scheffer**, Article 98 (2) of the Rome Statute: America's Original Intent, s. 336.

⁸⁸⁸ Bu ilkeler taraf devletlerin bir andlaşmayı amacından saptırmadan, iyi niyetle yerine getirmesini ifade etmektedir. Bkz. dn. 855; Madde 98 andlaşmalarının meşruluğu hakkında bkz. **Ayhan Döner/ Nesrin Dabanhoğlu Alanur**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Karşısında ABD'nin Durumu ‘Madde 98 andlaşmaları’”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, S. 3-4, 2017, s. 1-45.

imkân tanıyacağını kabul etmek, Statü'nün kendi içinde çelişkiye düşmesi demektir. Bu nedenle, söz konusu andlaşmaların sadece Statü onaylanmadan önce yürürlüğe girmiş olan andlaşmalar olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Görüldüğü gibi 98. madde, Statü'ye taraf olmayan devletlerin üst düzey devlet görevlilerinin söz konusu olması ve bu kişilere kişisel bağışıklıkların bahşedilmesi gerektiği durumlarda, Mahkemenin tutuklama kararına konu olan kişilerin tutuklanması ve teslim edilmesi konusunda kendisinden işbirliği talebinde bulunan devletlerin işbirliği yükümlülüğüne bir istisna teşkil etmekte, Roma Statüsü'nün cezasızlıkla mücadele yönündeki temel amacını engellemek istememektedir. Daha ziyade 98. madde uluslararası hukukun izin verdiği ölçüde bu amaca sadık stratejiler ortaya koymaya çalışmaktadır⁸⁸⁹. Statü metnini hazırlayanların, bu madde ile devletlerin diğer andlaşmalardan doğan yükümlülükleri nedeniyle Roma Statüsü'nü onaylamalarının önündeki engeli ortadan kaldırmayı amaçladıkları ileri sürülmektedir⁸⁹⁰.

VII. ULUSLARARASILAŞTIRILMIŞ MAHKEMELER ÖNÜNDE DEVLET BAŞKANLARININ CEZAI SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Yargı bağışıklığına karşı yürütülen mücadeleler ulusal ve uluslararası unsurları birlikte taşıyan farklı bir mahkemeler jenerasyonunun oluşmasına da neden

⁸⁸⁹ **Scheffer**, Article 98 (2) of the Rome Statute: America's Original Intent, s. 336.

⁸⁹⁰ **Kress Claus/ Kimberly Prost**, "Article 98", Otto Triffterer (edt.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes; Article by Article, 2nd Ed. Munich: C.H. Beck, 2008. s. 1616–1618; Ayrıca bkz. **Schabas**, *International Criminal Court*, s. 1343 vd.; Legal Opinion on the Compatibility of the Bilateral Agreement Between the Governments of the United States and Benin with Article 98 of the Rome Statute, Supreme Court of Benin, 25 Temmuz 2003, Case No. 029-C, I.L.D.C. 844 (BJ 2003), para. 14, 44, <https://www.legal-tools.org/doc/816790/pdf/> (E.T: 03.12.2017): Bu davada Benin Yüksek Mahkemesi, Roma Statüsü'ne taraf bir devlet olan Benin'in, sanığın tutuklanıp teslim edilmesi ile ilgili Roma Statüsü'nden doğan yükümlülüklerini dikkate almaksızın Statü'nün onaylanmasından sonra ABD ile iki taraflı bağışıklık anlaşması akdedemeyeceğine karar vermiştir. Mahkemeye göre bu türden bir andlaşmanın akdedilmesi *pacta sunt servanda* ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.

olmuştur. Bu mahkemeler “melez (hibrit) veya karma mahkemeler” olarak ifade edildiği gibi uluslararası unsurları barındırdığını açıkça ortaya koyan “uluslararasılaştırılmış mahkemeler” olarak da ifade edilmektedir⁸⁹¹. Aralarında belli açılardan farklılıklar bulunsa da genellikle, Doğu Timor, Kosova, Sierra Leone, Lübnan ve Kamboçya için kurulan mahkemeler, ortak noktaları gereği aynı kategori içinde değerlendirilmektedir. Bu mahkemelerin temel özellikleri, ulusal ve uluslararası unsurların birleşmesi ve *ad hoc* nitelik göstermeleridir. Genellikle uluslararası krizin ürünü olan bu mahkemeler, uluslararası ve ulusal personelden oluşmakta, uluslararası ve yerel kaynaklarla finanse edilmekte, yargılama sürecinde ulusal ve uluslararası hukukun birlikte uygulanması söz konusu olmaktadır⁸⁹². Kosova, Doğu Timor, Kamboçya, Lübnan ve Sierra Leone Mahkemelerindeki uluslararası unsur, bu Mahkemelerin özellikle BM ile olan bağıını ifade etmektedir⁸⁹³.

Her bir Mahkemenin kurulmasının arkasındaki siyasi gelişmeler ve bu mahkemeleri kuran hukuki dayanaklar farklıdır. Örneğin, Sierra Leone ve Kamboçya Mahkemeleri iç savaş sonrası kurulan hükümet ile BM arasında yapılan bir andlaşmayla kurulurken, Doğu Timor ve Kosova Mahkemeleri doğrudan BM tarafından yapılan müdahalenin ve yine BM tarafından kurulan uluslararası geçici yönetimin sonucudur. Tüm bu Mahkemelerin en genel ortak özelliği amaçlarının adı geçen bölgelerde işlenen uluslararası suçların faillerini yargılamak oluşudur⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ **Uğur Bayilloğlu**, “Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 62 (2), 2013, s. 408; **Sarah M.H. Nouwen**, “Hybrid Courts The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts”, *Utrecht Law Review*, Vol. 2 (2), 2006, s. 192; **Elif Oral**, “Lübnan Özel Mahkemesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 2, 2008, s. 79.

⁸⁹² **Etelle R. Higonnet**, “Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23 (2), 2006, s. 352, 356; Bu özellikler uluslararası olmanın bir göstergesi olmasına rağmen mahkemelerin statüsü kesin değildir.

⁸⁹³ **Bayilloğlu**, s. 409.

⁸⁹⁴ **Robert Cryer/ Hakan Friman/ Darryl Robinson/ Elizabeth Wilmschurst**, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2. Ed., 2010, s. 181; Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü’nün 22. maddesinde ise Mahkemenin yargı yetkisi kapsamındaki suçlara Lübnan Ceza Yasasının uygulanması öngörülmüştür. Soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları, yargı yetkisi sadece ulusal suçlarla sınırlandırılan Mahkemenin yargı yetkisinin dışında bırakılmıştır.

Uluslararası destekle kurulan ve devletlerin kendi ulusal yargı sistemlerinin parçası olmayan uluslararasılaştırılmış mahkemeler olarak Kamboçya Mahkemelerinde Olağanüstü Dava Daireleri, Sierra Leone Özel Mahkemesi analiz edilecek ve bu mahkemeler önünde yapılan yargılamalarda devlet başkanı bağıışıklığının uygulanır olup olmadığı ele alınacaktır. Yine daha önce incelenmeye çalışılan mahkemelere benzer şekilde devletlerin uluslararasılaştırılmış mahkemelerle olan işbirliği ve bu mahkemelere adli yardım yükümlülüğü sorununa değinilecektir.

B. Sierra Leone Özel Mahkemesi

1. Mahkemenin Kurulması

Sierra Leone topraklarında, hükümeti devirmeyi amaçlayan ve komşu devlet Liberya'dan Sierra Leone'a giren Devrimci Birleşik Cephe adındaki bir isyancı grubun 1991'de başlattığı ve neredeyse 10 yıl süren çok şiddetli bir iç savaş yaşanmıştır. Bu iç savaş yaygın ve sistematik şekilde sivillerin öldürülmesi yanında ağır insan hakları ihlallerinin her şekline sahne olmuştur. 2000 yılında çatışmalara son vermek için bir İngiliz birliğinin müdahalesi ve büyük bir BM Barışı Koruma Gücü bölgeyi kontrol altına almıştır⁸⁹⁵. 12 Haziran 2000 tarihinde Sierra Leone devlet başkanı söz konusu sivil savaş sırasında Sierra Leone halkına karşı işlenen uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin ve savaş suçlarının en baştaki sorumlularını yargılayacak bir uluslararası mahkeme kurulması konusunda BM'den yardım istemiştir⁸⁹⁶. Bu talebin ardından Güvenlik Konseyi, Genel Sekreterliğin Sierra Leone ile müzakerelere başlamasını isteyen bir karar almıştır⁸⁹⁷. Müzakerelerin

⁸⁹⁵ Cryer/ Friman/ Robinson/ Wilmshurst, s. 182.

⁸⁹⁶ Devlet Başkanı Alhaji Ahmad Tejan Kabbah'ın BM Genel Sekreteri Kofi Annan'a yazdığı mektup için bkz. UN Doc. S/2000/786, Annex.

⁸⁹⁷ UN Doc. S/RES/1315, 14 Ağustos 2000, para. 1-3: Bu kararda BM Güvenlik Konseyi aynı zamanda özel bir mahkemenin kurulmasıyla ilgili bir rapor sunulmasını da BM Genel Sekreterliğinden istemiştir. Genel Sekreterlik, raporunda Sierra Leone Hükümeti ve BM arasında yapılacak bir andlaşmayla karma yargı yetkisi ve karma oluşumlu (hem uluslararası hem Sierra Leonlu hâkimlerden oluşan), uluslararası bir sözleşme temelli *sui generis* bir Mahkeme olarak Sierra Leone Özel Mahkemesinin kurulmasını önermiştir. UN Doc. S/2000/915.

ardından, 16 Ocak 2002 tarihinde BM Genel Sekreterliği ile Sierra Leone Hükümeti arasında Mahkemenin Statüsünü de içeren Özel Mahkeme Andlaşması imzalanmıştır⁸⁹⁸. Bunun ardından Sierra Leone, uygulama kanunu çıkarmış ve Sierra Leone Özel Mahkemesi (SLÖM) Temmuz 2002’de çalışmaya başlamıştır⁸⁹⁹.

Sierra Leone Özel Mahkemesi sadece EYUCM ve RUCM’nin aksine bir Güvenlik Konseyi kararına dayalı olarak kurulmamış, böyle bir kararın sonucu olarak akdedilen bir andlaşmaya dayalı olarak kurulmuştur. Güvenlik Konseyi’nin Sierra Leone’daki duruma yönelik aldığı karar Mahkemenin kurulması sürecini başlatmıştır. SLÖM, Sierra Leone ve BM arasındaki uluslararası andlaşma ile kurulmuştur. Bu sebeple bu bağımsız Özel Mahkemenin kurulmasının BM’ye üye devletler tarafından dolaylı olarak desteklendiği kabul edilir⁹⁰⁰.

SLÖM, uluslararası bir ceza mahkemesinin birçok özelliğini taşımaktadır. Her şeyden önce bu mahkeme Sierra Leone’un ya da bir başka devletin kendi ulusal mahkeme sisteminin parçasını oluşturmamaktadır⁹⁰¹. Ayrıca Mahkeme uluslararası ceza hukukunu uygular ve Sierra Leone ulusal mahkemeleri üzerinde üstünlüğe sahiptir⁹⁰². Mahkeme farklı milletlerden yargıçlardan oluşur⁹⁰³. Bu sebeplerle

⁸⁹⁸ Sierra Leone Hükümeti ve BM Arasında Bir Sierra Leone Özel Mahkemesi Kurulmasına Dair Antlaşma (Özel Mahkeme Antlaşması)-Agreement Between The United Nations and The Government Of Sierra Leone On The Establishment Of A Special Court For Sierra Leone (Special Court Agreement), Antlaşma metni için bkz. <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-agreement.pdf> (E.T: 10.04.2018).

⁸⁹⁹ Bkz. <http://www.rscsl.org/> (E.T: 10.04.2018).

⁹⁰⁰ BM Şartı’nın 25. maddesi, BM Güvenlik Konseyi kararlarının BM üye devletleri tarafından kabul edilmesi ve yerine getirilmesi gerektiğini öngörür.

⁹⁰¹ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction* (31 Mayıs, 2004), Case no. SCSL 2003-01-I, para. 41; Mahkemenin ulusal niteliğe sahip olmaması Mahkemenin kurulmasına yönelik BM Genel Sekreterliğinin raporunda da şu şekilde vurgulanmıştır: “Sierra Leone Özel Mahkemesi ulusal mahkeme sisteminin dışında kurulur”. Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915, 4 Ekim 2000, para. 39; Aynı zamanda Özel Mahkeme Andlaşması’nın onay Kanununda da (md. 11/2) Mahkemenin Sierra Leone’un yargı sisteminin parçasını oluşturmayaacağı belirtilir.

⁹⁰² SLÖM Statüsü, md. 8/2.

⁹⁰³ Özel Mahkeme Andlaşması, md. 2.

Mahkeme, kendini dünyanın ilk “karma/melez (hibrit)” uluslararası ceza mahkemesi olarak kabul etmektedir⁹⁰⁴.

SLÖM Statüsü’nün 1. maddesine göre, Mahkeme, Sierra Leone topraklarında 30 Kasım 1996’dan itibaren gerçekleşen Sierra Leone hukukunun ve uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin baş sorumluları olan kişileri, sanıkların vatandaşlığı dikkate alınmaksızın, yargılama yetkisine sahip olacaktır. Mahkemenin yargı yetkisine sahip olduğu suçlar, insanlığa karşı suçlar, Cenevre Sözleşmelerinin ve Ek Protokol II’nin 3. maddesinin ihlalleri, diğer uluslararası insancıl hukuk ihlalleri ve Sierra Leone ulusal hukukuna göre suç sayılan fiillerdir.

2. SLÖM Önünde Cezai Sorumluluk ve Charles Taylor Davası

Mahkeme Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalinden ve uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinden ötürü, Mart 2003’te Liberya Devlet Başkanı olan Charles Taylor aleyhine, aralarında terörizm, cinayet, tecavüz, çocuk kaçırma ve sakat bırakmanın da bulunduğu 11 farklı suçtan oluşan bir iddianame hazırlamıştır⁹⁰⁵. Aralık 2003’te barış görüşmelerine ev sahipliği yapan Gana’ya ziyareti sırasında SLÖM tarafından Taylor aleyhine uluslararası bir tutuklama kararı çıkartılmış ve karar Gana’ya iletilmiştir. Fakat Gana yetkili makamları tutuklama kararını yerine getirmemiştir. Ağustos 2003’te Devlet Başkanı Taylor istifa etmiş ve Nijerya’ya sürgüne gitmiştir. Bununla birlikte, özellikle ABD tarafından Nijerya’ya yönelik uluslararası siyasi baskı ve Liberya Hükümetinin Taylor’un kendisine teslim edilmesi talebi üzerine Nijerya, iki taraflı bir iade anlaşması bulunmamasına rağmen Taylor’ı Liberya’ya teslim etmiştir⁹⁰⁶. Taylor Liberya’daki BM Heyeti tarafından tutuklanmış ve Kasım 2006’da yargılanmak üzere SLÖM’e sevk edilmiştir. 2007’de

⁹⁰⁴ <http://www.rscsl.org/> (E.T: 10.04.2018); Temyiz Dairesi Mahkemenin uluslararası bir ceza mahkemesi olduğunu açıkça ifade etmiştir. *Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, para. 42.

⁹⁰⁵ *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01, Indictment, 3 Mart 2003, <http://www.scsl.org/SCSC-03-01-I-001.html> (E.T: 10.04.2018).

⁹⁰⁶ Taylor’un iadesinin ardındaki olaylar ve diğer siyasi konular için bkz. **Ludju Kalembo Rudy**, Devlet Başkanlarının Cezai Sorumluluğu: Charles Taylor Örneği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

yargılanmasına başlanılan Taylor, Mayıs 2012 tarihinde Mahkeme tarafından 50 yıl hapse mahkûm edilmiş ve karar Eylül 2013'te Temyiz Dairesi tarafından onanmıştır.

Taylor istifa etmeden önce Temmuz 2003'te Liberya'nın Devlet Başkanı olarak Mahkemenin yargı yetkisinden bağışık olduğunu öne sürerek tutuklama kararının kaldırılması ve iddianamenin iptal edilmesi için bir başvuru yapmıştır. Bu talep Temyiz Dairesine havale edilmiştir⁹⁰⁷.

Taylor bu başvurusunda çok çeşitli sebeplere dayanarak Mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmiştir. Taylor ilk olarak UAD'nin bir iddianamenin sunulduğu tarihte görev başında olan bir dışişleri bakanının cezai yargıdan mutlak bağışıklığa sahip olduğunu kabul ettiği *Arrest Warrant* davasına atıf yaparak, kendisinin de iddianamenin hazırlandığı tarihte görevde bulunduğunu, bu nedenle ceza yargıdan tam bağışıklığa sahip olduğunu belirtmiştir. İkinci olarak Taylor tarafından, diplomatik bağışıklıkların istisnalarının ancak BM Şartı 7. Bölüm çerçevesinde Güvenlik Konseyi'nin alacağı kararlar gibi uluslararası hukukun diğer kurallarından doğabileceği ileri sürülmüştür. Üçüncü olarak Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri gibi BM Şartı'nın 7. Bölümü çerçevesinde kurulmayan SLÖM'ün yargısal karar ve emirlerinin ulusal mahkeme kararı değerinde olduğu ve kişisel (*ratione personae*) bağışıklıktan ötürü iddianamenin geçersiz olduğu ileri sürülmüştür. Bunun da ötesinde, iddianamenin ve tutuklama emrinin açıklanmasının zamanlamasının onun barışı sağlama çabalarını engelleme ve devlet başkanı olarak görevini yerine getirmesini imkânsız kılma maksadını taşıdığını iddia etmiştir⁹⁰⁸.

Bu iddialara karşılık olarak, Mahkeme tarafından hukuki meselelerde akademik görüşlerine başvurmak için atanan bilirkişiler⁹⁰⁹, *Arrest Warrant* davasının görevdeki dışişleri bakanlarının (dolayısıyla devlet başkanlarının), diğer devletlerin

⁹⁰⁷ <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/059/SCSL-03-01-I-059.pdf> (E.T: 10.04.2018).

⁹⁰⁸ *Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, para. 6.

⁹⁰⁹ Bkz. **Alebeek**, *The Immunity of States and Their Officials*, s. 285.

ulusal mahkemelerinin yargı yetkisinden bağımsızlığı ile ilgili olduğunu⁹¹⁰ ve uluslararası teamül hukukunun görevdeki devlet başkanlarının uluslararası mahkemede yargılanmasına izin verdiğini belirtmiştir. Ayrıca, bilirkişiler SLÖM'ün uluslararası hukuka göre kurulan bir uluslararası ceza mahkemesi olduğunu ve bir uluslararası ceza mahkemesinin devlet başkanları üzerinde yargı yetkisine sahip olabilmesi için BM Antlaşması'nın 7. Bölümü çerçevesinde kurulmasının zorunlu olmadığını, nitekim UCM'nin de BM Şartı'nın 7. Bölümü çerçevesinde kurulmadığını belirtmiştir⁹¹¹.

SLÖM'ün Statüsü, öncelikli olarak onun kurucu belgesiyle ve ikincil olarak da taşıdığı özelliklerine göre ve diğer uluslararası ceza mahkemeleri ile karşılaştırılarak belirlenebilir. Mahkemenin BM ile Sierra Leone Hükümeti arasında yapılan uluslararası bir andlaşmaya dayalı olarak kurulması⁹¹², Mahkemenin uluslararası finansmanı⁹¹³, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması ve durumun gerektirdiği hallerde diğer devletlerle andlaşmalar yapabilme yetkisine sahip olması⁹¹⁴, Mahkeme görevlilerinin 1961 VDHS'deki bağımsızlık ve ayrıcalıklardan yararlanacağının öngörülmesi⁹¹⁵, Mahkemenin yargılamalarında RUCM'nin usul kurallarının uygulanacağının öngörülmesi⁹¹⁶ ve yine cezanın belirlenmesi konusunda da RUCM uygulamasına başvurulmasını öngören hükmün varlığı⁹¹⁷, BM Genel Sekreterliği'ne Mahkeme başkanı tarafından yıllık rapor sunulmasının istenmesi⁹¹⁸ gibi pek çok durum, aslında Mahkemenin uluslararası niteliğe sahip olduğunu

⁹¹⁰ Bkz. *Arrest Warrant*, para. 61.

⁹¹¹ *Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*

⁹¹² Bu açıdan EYUCM ve RUCM'den farklılık göstermektedir. Çünkü bu Mahkemeler BM Şartı'nın 7. Bölümüne göre hareket eden Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu kararla kurulmuşken SLÖM Güvenlik Konseyi'nin kararının bir sonucu olarak imzalanan bir andlaşmayla kurulmuştur.

⁹¹³ Sierra Leone Özel Mahkeme Antlaşması, md. 6, <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-agreement.pdf> (E.T: 10.04.2018).

⁹¹⁴ Sierra Leone Özel Mahkeme Antlaşması, md.11.

⁹¹⁵ Sierra Leone Özel Mahkeme Antlaşması, md. 12.

⁹¹⁶ SLÖM Statüsü, md. 14, <http://www.rscsl.org/documents.html> (E.T: 10.04.2018).

⁹¹⁷ SLÖM Statüsü, md. 19.

⁹¹⁸ SLÖM Statüsü, md. 25.

göstermektedir. Ayrıca, mahkemenin kurulmasına yönelik uluslararası andlaşmanın onaylanmasına dair kanunun⁹¹⁹ 11/2. maddesinde, bu Mahkemenin Sierra Leone'un yargı sisteminin bir parçasını oluşturmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bunlara karşılık Mahkemenin Sierra Leone Hükümeti ve BM tarafından atanan hâkim, savcı ve kayıt memurlarından oluşacağı öngörülmüş⁹²⁰ ve Mahkemenin kurulmasına yönelik andlaşmanın giriş kısmında Mahkemenin hem Sierra Leone hukukunun hem de uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin gerçekleştirilmesinden sorumlu olan kişileri yargılamak için kurulan bağımsız özel bir mahkeme olduğundan bahsedilmiştir. Böylece, Sierra Leone Özel Mahkemesinin ulusal boyutu da olan bir uluslararası mahkeme olduğunu söylemek mümkündür. BM Genel Sekreterliği Güvenlik Konseyi'ne sunduğu raporunda da SLÖM'nin "uluslararası sözleşmeye dayalı, karma oluşumlu ve karma yargı yetkisine sahip *sui generis* bir mahkeme" olmasını önermiştir⁹²¹. SLÖM ulusal niteliği olsa dahi uluslararası yönü ağır basan bir mahkemedir.

Mahkemenin ulusal veya uluslararası niteliğini belirlemek, devlet başkanı bağımsızlığı bakımından durumu değerlendirmek için şu açıdan önem arz etmektedir. UAD, *Arrest Warrant* davasında verdiği kararda üç durum ortaya koymuştur⁹²². İlk olarak, görev başındaki devlet başkanları veya uluslararası bağımsızlığa sahip diğer kişiler kendi devletlerinin ulusal mahkemeleri önünde uluslararası hukukun kendilerine tanıdığı bağımsızlıktan yararlanmayacaklardır ve bu sebeple iç hukuklarının ilgili hükümleri uyarınca kendi ülkelerinin mahkemeleri tarafından yargılanabileceklerdir. İkinci olarak, yabancı bir devletin mahkemeleri önünde ise söz konusu kişilerin yargılanması kendisini temsil ettikleri devletin bu kişilerin bağımsızlığından feragat etmesine bağlıdır. Üçüncü olarak, UAD uluslararası mahkemeler bakımından ise EYUCM, RUCM ve o tarihe göre ileride kurulacak olan

⁹¹⁹ Özel Mahkeme Antlaşması Onay Kanunu (2002), bkz. <http://www.rscsl.org/documents.html> (E.T: 10.04.2018).

⁹²⁰ SLÖM Statüsü, md. 12, 15 ve 16.

⁹²¹ Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915, para. 9

⁹²² *Arrest Warrant*, para. 61.

UCM gibi “belli uluslararası ceza mahkemeleri” önünde görevdeki devlet başkanlarının uluslararası bağışıklığının söz konusu olmadan yargılanmalarının mümkün olacağını kabul etmiştir. Görüldüğü gibi UAD, uluslararası mahkemeler önünde kişisel bağışıklığın geçersizliği konusunda görüşünü belirtirken “belli uluslararası mahkemeler” ifadesini kullanmış ve bu kapsama hangi uluslararası ceza mahkemelerinin gireceği konusunda detaylı bilgi vermek yerine sadece örnekleme yaparak “EYUCM, RUCM ve UCM gibi uluslararası ceza mahkemeleri” ifadesini kullanmıştır. Peki, bu bağlamda SLÖM uluslararası bir mahkeme midir? Bir başka ifadeyle UAD’nin kararındaki “uluslararası mahkemeler”in kapsamına girer mi? Sierra Leone Özel Mahkemesi Temyiz Dairesi kendisinin uluslararası bir mahkemeden başka bir şeymiş gibi kabul edilmesini gerektiren bir sebep olmadığını ve bu nedenle devlet başkanı bağışıklığı sorununun da bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹²³. Aynı zamanda Mahkeme uluslararası hukukun uluslararası mahkemeler önünde bağışıklıklar bahsettiğini destekleyen bir devlet uygulamasının bulunmadığını ve SLÖM’nin yargı yetkisinin EYUCM, RUCM ve UCM’ninkine benzer olduğunu, bir devlet başkanının bağışıklığı bakımından da aynı durumun geçerli olduğunu belirtmiştir⁹²⁴.

Mahkemenin Statüsü’nün 6/2. maddesi sanıkların resmi statüsünün ister devlet başkanı ister hükümet başkanı ya da bir başka hükümet görevlisi olsun onları cezai sorumluluktan kurtarmayacağını belirtmiştir. Daha önce de ileri sürüldüğü gibi resmi statünün dikkate alınmaması kuralı üst düzey devlet temsilcilerinin uluslararası hukuktan doğan bağışıklığının geçersiz kılınmasını gerektirir. Aynı düşünce kişisel (*ratione personae*) bağışıklık ile ilgili de Mahkeme tarafından sürdürülmüştür. Mahkeme kendisine karşı cezai yargılamaların başlatıldığı sırada görev başındaki bir devlet başkanı olarak Charles Taylor’un resmi statüsünün Mahkemenin onu yargılamasına bir engel teşkil etmediğine karar vermiştir⁹²⁵. Bu nedenle Mahkeme Statüsü’nden ne devlet başkanı olan kişilerin kişisel (*ratione personae*) bağışıklığının

⁹²³ *Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, para. 41/d.

⁹²⁴ *Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, para. 41/c.

⁹²⁵ *Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, para. 53.

ne de eski üst düzey devlet görevlilerinin fonksiyonel (*ratione materiae*) bağışıklığının cezai yargılamayı ve uluslararası hukuka göre suç kabul edilen fiillerin Mahkeme tarafından cezalandırılmasını engelleyemediği anlamı çıkarılabilir.

SLÖM Temyiz Dairesi, Sierra Leone Özel Mahkemesi'nin sıra itibariyle bir Güvenlik Konseyi kararının sonucu olarak yapılan bir andlaşmadan doğduğunu, bu nedenle de tüm BM üyeleri için bağlayıcı olduğunu, bir başka ifadeyle andlaşmada yer verilen resmi yetki ile bağlı olmama ilkesinin tüm BM üyesi devletler için geçerli olduğu görüşünü ortaya koymuştur⁹²⁶. Temyiz Dairesinin Mahkemenin kurulmasını BM Güvenlik Konseyi kararına dayandırma ve Konseyle Mahkeme arasında zorunlu hukuki bağlantı kurma çabası doğru değildir. Temyiz Dairesi, SLÖM'ün kurulmasına yönelik Güvenlik Konseyi'nin Genel Sekreterliğe tavsiyede bulunması durumunu yanlış yorumlamıştır. Her ne kadar SLÖM'ün kurulması BM Güvenlik Konseyi'nin 1315 sayılı kararıyla öngörülmüş olsa da Güvenlik Konseyi Mahkemeyi kurmamıştır. Konseyin Mahkemenin kurulmasına dâhil olmasıyla Mahkemeyi kurması veya kurma kararı alması arasında ayırım yapmak gerekir. Konsey, açıkça Genel Sekreterlikten özel bir mahkeme kurulması için Sierra Leone Hükümetiyle bir andlaşma müzakere etmesini istemiştir⁹²⁷. Konsey müzakerelere katılmamıştır ve andlaşmanın tarafı değildir. Mahkemenin hukuki dayanağı Sierra Leone Özel Mahkemesinin Kurulmasına Dair Andlaşmadır (*The Agreement on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*). Bu nedenle 6/2. maddesi de dâhil olmak üzere SLÖM Statüsü de, yalnızca tüzel kişiler olarak Sierra Leone ve BM arasında etkili ve bağlayıcıdır⁹²⁸.

⁹²⁶ **Pedretti**, s. 241; Charles Taylor case, para. 37-39; Bkz. Micaela **Frulli**, “The Question of Charles Taylor’s Immunity: Still in Search of a Balanced Application Of Personal Immunities?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, s. 1121.

⁹²⁷ UN Doc. S/Res/1315 (2000), para. 1.

⁹²⁸ Temyiz Dairesinin görüşünün kabulü, BM himayesinde yapıldı diye UCM Statüsü'ne taraf olmayan ABD'nin bu Sözleşmeyle bağlı olduğunu kabul etmek veya benzer şekilde temsilcilerinin Sierra Leone topraklarında belli uluslararası suçları işlediğinden şüphelenilen tüm BM üyesi devletlerin Sierra Leone Özel Mahkemesinin Kurulmasına Dair Andlaşma'ya taraf olmamasına rağmen, Statü'de yer alan uluslararası bağışıklığın geçersizliği durumunu kabul etmiş varsaymak şeklinde ekstrem sonuçlar doğurur. Temyiz Dairesinin görüşü devletlerin egemenliği ilkesine ters düşmektedir. Devletler sahip olduğu egemenliğin sonucu olarak uluslararası andlaşmalara katılıp

SLÖM Statüsünden çıkarılan anlama göre, ne mevcut devlet başkanlarının kişisel bağışıklığı ne de eski üst düzey devlet görevlilerinin (dolayısıyla görevi sona eren devlet başkanlarının) fonksiyonel bağışıklığı uluslararası hukukun suç kabul ettiği fiiller bağlamında SLÖM tarafından yapılacak cezai yargılamayı ve ceza verilmesini önleyebilecektir.

3. SLÖM ile İşbirliği ve Adli Yardım

Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğü Mahkeme Statüsü'nde değil, Özel Mahkeme Andlaşması olarak adlandırılan andlaşmada yer almaktadır. Andlaşma'nın 17/1. maddesine göre, "Sierra Leone Hükümeti, soruşturma ve kovuşturmanın tüm aşamasında Mahkemenin tüm organlarıyla işbirliği yapacaktır". İkinci paragrafa göre, Sierra Leone Hükümeti, sanıkların yerinin tespit edilmesi, yargılama ile ilgili belgelerin verilmesi, sanıkların tutuklanması ve Mahkemeye teslim edilmesi de dâhil Mahkeme Dairelerinin çıkardığı emirlere ya da Mahkemenin herhangi bir yardım talebine gecikmeksizin uyacaktır.

BM Güvenlik Konseyi EYUCM ve RUCM'yi, 7. Bölüm çerçevesindeki yetkilerine göre hareket ederek kurmuştur. Dolayısıyla, bu durum, BM'nin tüm üyelerinin, bu Mahkemelerle işbirliği yapmakla yükümlü olduğu ve yargı yetkileri içinde bulunan devlet başkanları da dâhil olmak üzere herhangi bir zanlıyı tutuklayıp teslim etmeleri gerektiği anlamına gelir. SLÖM ise doğrudan Güvenlik Konseyi tarafından kurulmamış, BM ile Sierra Leone Hükümeti arasında imzalanan bir andlaşmayla kurulmuştur. SLÖM bu açıdan BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulan EYUCM ve RUCM'den ayrılır. Mahkemenin yetkileri sadece Sierra Leone ile BM arasında yapılan andlaşmadan kaynaklanır.

katılmama konusunda özgürdürler. BM himayesinde bir andlaşmanın akdedilmesi, tüm BM üyelerini bu sözleşmeyle otomatik olarak bağlı hale getirmez. Pek çok BM sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmeler uluslararası teamül hukuku kuralı niteliğinde olmadığı sürece sadece bu sözleşmeleri onaylamayı tercih eden devletler için bağlayıcıdır. Bu nedenle Temyiz Dairesinin görüşüne katılmak mümkün değildir. EYUCM ve RUCM ise açıkça BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulduğundan, Statüleri tüm BM üyesi devletleri bağlar. UCM'nin hukuki dayanağı uluslararası bir andlaşma olduğundan bu Mahkemenin kurucu belgesi olan Roma Statüsü de sadece buna taraf olan devletleri bağlar. Bu haliyle UCM, SLÖM'e benzemektedir.

1986 tarihli Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arasında Yapılan Andlaşmalara İlişkin Viyana Sözleşmesinin 34. maddesi, VAHS 34. maddesine benzer şekilde, bir andlaşmanın üçüncü bir devlet veya uluslararası örgüt için onların rızası olmaksızın hak ve yükümlülük yaratamayacağını öngörmektedir⁹²⁹. Devletler, hukuken diğer devletleri egemenlik haklarından mahrum bırakmak için bir andlaşmaya varamazlar. Bir başka ifadeyle, bir andlaşmanın hükümleriyle sadece o andlaşmaya taraf olan devletler bağlıdır. Bu bakımdan Statü'ye ve Andlaşmaya taraf olmayan diğer devletlerin devlet başkanlarının uluslararası bağışıklıkları bu andlaşmadan etkilenmediği gibi⁹³⁰ bu devletlerin Mahkemeye işbirliği yapma yükümlülüğü de yoktur⁹³¹. Nitekim bu genel kurala uygun olarak, Sierra Leone Özel Mahkemesini kuran Özel Mahkeme Andlaşması da üçüncü devletlerin Mahkemeye işbirliği yapması ve yargısal olarak yardımda bulunmasına yönelik herhangi bir hüküm içermemekte ve madde metninde görüldüğü gibi sadece Sierra Leone Hükümeti'nin işbirliği yükümlülüğüne yer vermektedir. Nijerya, Gana ve Liberya dâhil olmak üzere, diğer tüm devletler, Andlaşmanın üçüncü taraflarıdır ve bu nedenle kurucu andlaşma ve SLÖM Statüsüyle bağlı değildir.

Konuyla ilgili kararlarında, Güvenlik Konseyi de üye devletlere SLÖM ile işbirliği çağrısında bulunurken hiçbir şekilde 7. Bölümdeki yetkilerine başvurmamıştır⁹³². Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın 7. Bölümündeki yetkilerine

⁹²⁹ Bu Andlaşma henüz yürürlüğe girmemiş olsa dahi hükümleri uluslararası teamül hukuku kuralı niteliğinde olduğundan tüm devletler için kural olarak bağlayıcıdır.

⁹³⁰ Uluslararası bir mahkemeyi kuran bir andlaşma, andlaşmaya taraf olmayan devletlerin görevlilerinin sahip olduğu uluslararası bağışıklıkları kaldıramaz. Bu bağışıklıklar andlaşmaya taraf olmayan devletlere ait bağışıklıklardır ve bu devletler taraf olmadıkları bir andlaşmayla haklarından yoksun bırakılamazlar. **Akande**, International Law Immunities and the International Criminal Court, s. 417; **Cesare P. R. Romano/ André Nollkaemper**, "The Arrest Warrant Against the Liberian President, Charles Taylor", *American Society of International Law (ASIL) Insights*, Vol. 8 (16), 2003, <https://www.asil.org/insights/volume/8/issue/16/arrest-warrant-against-liberian-president-charles-taylor> (E.T: 10.04.2018).

⁹³¹ SLÖM bu açıdan UCM'ye benzemektedir. UCM Statüsüne taraf olan devletler, Statü'ye taraf olmayan bir devletin devlet başkanını teslim ederse, uluslararası hukuku ihlal etmiş olacaklardır. SLÖM'ün durumu da bununla aynı görünmektedir. **Romano/ Nollkaemper**, The Arrest Warrant Against the Liberian President, Charles Taylor.

⁹³² **Romano/ Nollkaemper**, The Arrest Warrant Against the Liberian President, Charles Taylor.

dayanarak bir karar almamış olması, Güvenlik Konseyi'nin işbirliği konusundaki desteğinin tavsiyenin ötesine geçmediğini gösterir⁹³³.

Mahkemeye işbirliği konusunda şunu da belirtmek gerekir ki, Mahkeme ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması sebebiyle, diğer devletlerle andlaşma yapabilme yetkisine sahiptir. Bu yetkiye Özel Mahkeme Andlaşması'nın 11/d. maddesinde yer verilmiştir. Bu bakımdan Mahkeme'nin işbirliği konusunda diğer devletlerle karşılıklı andlaşmalar yapmasına bir engel yoktur⁹³⁴.

C. Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Dava Daireleri

1. Dava Daireleri'nin Kurulması

1970 yılında ABD destekli darbe ile kurulan yeni askeri yönetim ile bu yönetimi tanımayan Kamboçya Komünist Partisi'nin lideri Pol Pot'un (Saloth Sar) liderliğindeki Kızıl Khmerler⁹³⁵ arasındaki iç savaşın ardından Pol Pot, mücadeleyi kazanarak 1975 yılında devlet yönetiminin başına geçti. 1979 yılına kadar 4 yıllık Pol Pot yönetimi süresince, kabul edilmesi imkânsız bir siyasî ve sosyal düzen kurma ideolojisini gerçekleştirmek için, ülke nüfusunun yaklaşık yarısı olan 3 milyon kişi katledilmiştir. 1979'da Kızıl Khmer rejiminin son bulmasının ardından ülkede 1998 yılına kadar süren bir sivil savaş başlamıştır. 1998'de bu yapılanmanın tüm siyasi ve askeri yapıları ortadan kaldırılınca iç savaş sona ermiştir⁹³⁶. Olayların baş sorumlusu olan Pol Pot 1998'de ölmesi nedeniyle yargı önüne çıkamamıştır⁹³⁷.

1997'de Kamboçya Hükümeti, Devlet Başkanı Khieu Samphan da dâhil, Kızıl Khmerlerin üst düzey liderlerinin uluslararası hukuku ve Kamboçya hukukunu

⁹³³ Güvenlik Konseyi özellikle Liberya Hükümetine Mahkemeye tam bir işbirliği yapma konusunda tavsiye niteliğinde çağrıda bulunmuştur. UN Doc. S/Res. 1478 (2003), 6 Mayıs 2003.

⁹³⁴ Sierra Leone Temyiz Dairesi de, bağımsızlık konusunda verdiği kararda Mahkemenin diğer uluslararası örgütler gibi tüzel kişiliği olduğundan ve dolayısıyla diğer devletlerle andlaşmalar yapabilme yetkisine sahip olduğundan bahsetmektedir. *Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, para. 41.

⁹³⁵ Kızıl Kkmerler, Kamboçya Komünist Partisi'nin silahlı koludur.

⁹³⁶ <https://www.eccc.gov.kh/en/about-eccc> (E.T: 10.04.2018).

⁹³⁷ **Cryer/ Friman/ Robinson/ Wilmshurst**, s. 186.

ağır şekilde ihlal etmesinden ötürü yargılanması için BM'den yardım etmesini istemiştir⁹³⁸. BM, 1975-1979 yıllarında Kızıl Khmer rejiminin liderlerinin işledikleri suçların niteliğini belirlemek ve onları uluslararası veya ulusal bir mahkeme önünde adalete teslim etmek için yasal seçenekleri keşfetmek amacıyla bir uzmanlar grubu kurmuştur⁹³⁹. Uzmanlar Grubu, Kızıl Khmer rejiminin liderlerinin hesap verebilirliğini sağlamak için BM'nin kontrolü altında *ad hoc* bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını önermiştir⁹⁴⁰.

BM ile henüz bir anlaşmaya varılmamasına rağmen, 2001 yılında Kamboçya Meclisi, Kızıl Khmerler dönemi'nde işlenen ciddi suçları yargılamak için Kamboçya Mahkemelerinde Olağanüstü Dava Dairelerinin (*The Extraordinary Chambers in The Courts of Cambodia-ECCC*) Kurulmasına Dair Kanun'u kabul etmiştir⁹⁴¹.

Müzakerelerin sürdürülmesinin ardından Haziran 2003'te, Kamboçya Hükümeti ile BM arasında söz konusu Mahkemenin kurulması konusunda sonunda bir anlaşmaya varılmıştır⁹⁴². Dolayısıyla Kamboçya Mahkemelerinde Olağanüstü

⁹³⁸ **Craig Etcheson**, Designing Justice for Cambodia's Khmer Rouge, J. Carey, W. V. Dunlap, R. J. Pritchard (eds.), *International Humanitarian Law: Prospects*, BRILL, 2006, s. 192; 21 Haziran 1997'de Kamboçya Dışişleri bakanları Kızıl Khmer'i adalet önüne getirmek için BM'den yardım isteyen mektubunu dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan'a göndermiştir. Letter from the Prime Ministers of Cambodia to the Secretary-General (21 Haziran 1997), UNDocA/51/930-S/1997/488, Annex.

⁹³⁹ UNGA Res 52/135 (1997) UN. Doc. A/RES/52/135; Letter from the Secretary-General to the President of the General Assembly (31 Temmuz 1998) UN DocA/52/1007.

⁹⁴⁰ Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly Resolution 52/135 (16 Mart 1999) UN Doc. A/53/850-S/1999/231, Annex.

⁹⁴¹ Kanun metni için bkz. <https://www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-amend-2001-law-establishment-extraordinary-chambers> (E.T: 10.04.2018).

⁹⁴² Kamboçya hükümeti yargılamanın yabancı personelle birlikte Kamboçyalı hâkimler ve personel kullanılarak Kamboçya'da yapılması gerektiği konusunda ve kendi hukuk sisteminin zayıflığından ötürü ve suçların uluslararası niteliğinden ötürü uluslararası standartlarda bir yargılama yapılması için uluslararası katılım çağrısında bulundu. <https://www.eccc.gov.kh/en/about-eccc> (E.T: 10.04.2018); Bkz. **Cryer/ Friman/ Robinson/ Wilmshurst**, s. 186; **Daniel Kemper Donovan**, "Recent Developments: Joint U.N.-Cambodia Efforts to Establish a Khmer Rouge Tribunal", *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, 2003, s. 564; Antlaşma metni için (Agreement Between The United Nations and The Royal Government Of Cambodia Concerning The Prosecution Under Cambodian Law Of Crimes Committed During The Period Of Democratic Kampuchea) bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202329/Part/volume-2329-I-41723.pdf> (E.T: 10.04.2018).

Dava Daireleri (KMODD), BM ile Hükümet arasında yapılan bir andlaşmayla kurulmuştur⁹⁴³.

Bazı yazarlara göre, KMODD için ilk plan ve çabalar BM ve Kamboçya Hükümeti arasında yapılacak bir andlaşmayla kurulmasına yönelik olsa da, bu Dava Dairelerinin kurucu belgesi ve hukuki dayanağı aslında, bunların kurulmasına yönelik ulusal kanundur. Bir başka ifadeyle, önce Mahkemenin uluslararası andlaşmayla kurulması planlanmasına rağmen sonuç farklı gelişmiştir⁹⁴⁴. Bu nedenle KMODD Kamboçya Hükümeti tarafından Kamboçya'nın mevcut mahkeme yapısı ve yargı sistemi içinde kurulan ulusal bir mahkemedir. Nitekim söz konusu Kanunun 2. maddesi Olağanüstü Dava Dairelerinin mevcut mahkeme yapısı içinde kurulacağını öngörmektedir. Dava Daireleri Kamboçya hukukunun yanı sıra uluslararası hukuku uygulayacağı ölçüde ve ulusal personel yanında uluslararası personelden (hâkim ve savcılardan) oluştuğu kadarıyla uluslararasılaşır⁹⁴⁵. KMODD uluslararası hâkimlerle güçlendirilmiş ulusal bir mahkemedir. KMODD'nin hukuki dayanağı söz konusu kanun olunca, bu mahkemenin kurulmasına yönelik uluslararası andlaşmanın statüsünün ne olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır⁹⁴⁶. Bu andlaşmanın amacı KMODD'nin yargı yetkisi içine giren suçları işleyen üst düzey liderlerin ve bu suçların işlenmesinde baş sorumlu olan diğer kişilerin yargı önüne çıkarılması için BM ve Kamboçya arasındaki işbirliğini düzenlemek ve bu işbirliğinin usulünü, ilkelerini, hukuki dayanağını hazırlamaktır⁹⁴⁷. Esasında Andlaşmada dava daireleri

⁹⁴³ Bu mahkeme esasında uluslararası standartların uygulanacağı bir Kamboçya Mahkemesidir. Mahkeme, Kamboçya'da mahkeme işleyişi bakımından yeni bir rol model ortaya koymaktadır. <https://www.eccc.gov.kh/en/about-eccc> (E.T: 10.04.2018); Mahkeme hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Cryer/ Friman/ Robinson/ Wilmshurst**, s. 185-87.

⁹⁴⁴ **Sarah Williams**, "The Cambodian Extraordinary Chambers-A Dangerous Precedent for International Justice", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004, s. 232.

⁹⁴⁵ Bkz. **Etcheson**, s. 168.

⁹⁴⁶ Andlaşma 31. maddesinde belirlendiği şekilde onaylanmasının ardından 19 Ekim 2004'de yürürlüğe girmiştir.

⁹⁴⁷ Andlaşmanın 1. maddesi; 1964 -1975 yılları arasında Kamboçya ABD tarafından defalarca bombalanmış ve bu bombalı saldırılar sonucu 1 milyona yakın Kamboçyalı ölmüştür. ABD'nin desteğiyle yapılan andlaşmada ABD kendi bombalama döneminin Mahkemenin yargı yetkisi kapsamı dışında kalmasını şart koşmuş ve amaç sadece Kızıl Khmer yöneticilerinin yargılanması

kurma şeklinde bir istek yoktur. Bu andlaşma sadece Mahkemenin görevini yerine getirmesinde taraflar (BM ve Kamboçya) arasında işbirliğini düzenlemekle ilgilidir⁹⁴⁸. Andlaşma, Mahkemenin kurucu belgesinde öngörüldüğü gibi, konu ve kişi bakımından yargı yetkisini ortaya koyar⁹⁴⁹. Bu andlaşma söz konusu kanun aracılığıyla uygulanacak olan bir andlaşmadır⁹⁵⁰.

Dava Dairelerinin konu bakımından yargı yetkisi 17 Nisan 1975, 6 Ocak 1979 tarihleri arasında işlenen suçlarla sınırlıdır. Dava Daireleri “Demokratik Kamboçya’nın” üst düzey liderlerini ve Kamboçya ceza hukukunun, uluslararası insancıl hukukun ve teamülün, Kamboçya’nın taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin ihlallerinin, 1949 Soykırım Sözleşmesi’ne göre soykırım teşkil eden suçların, Roma Statüsünde tanımlanan insanlığa karşı suçların, Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalinin ve Kamboçya hukukuna göre belli bazı diğer suçların sorumlularını yargılayacaktır⁹⁵¹. Kamboçya, 1980’den önce Cenevre Sözleşmelerinin Ek Protokollerine taraf olmadığı için ve bu suçların işlendiği 1970’li yıllarda da bu suçların teamül niteliği konusunda şüpheler olduğundan, Mahkemenin yargılama yetkisine uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki savaş suçları dâhil değildir⁹⁵².

2. Dava Daireleri Önünde Cezai Sorumluluk

haline getirilmiştir. Bkz. John Stewart Bowman, *The Vietnam War: day by day*, Barnes & Noble Books, 2001.

⁹⁴⁸ **Helen Horsington**, “The Cambodian Khmer Rouge Tribunal: The Promise of a Hybrid Tribunal”, Vol. 5, *Melbourne Journal of International Law*, 2004, s. 474.

⁹⁴⁹ Andlaşma 2/1. maddesi.

⁹⁵⁰ Andlaşmanın 2/2. maddesi. Bu madde aynı zamanda VAHS’nin 26. ve 27. maddesi hükümlerinin bu andlaşmaya uygulanacağını öngörmektedir. Ortada uluslararası bir andlaşma olması sebebiyle, VAHS’nin ilgili maddelerine göre Kamboçya, Andlaşma kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemek için iç hukukunu ileri süremez; Andlaşma yürürlüğe girdikten sonra mahkemenin kurucu belgesi olan ulusal kanunda antlaşmayla uyumlu olarak değişiklik yapılmış ve bu değişmiş haliyle kanun 27 Ekim 2004’te yürürlüğe girmiştir. Değiştirilmiş kanun için bkz. [http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng .pdf](http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf) (E.T: 12.12.2017).

⁹⁵¹ **Cryer/ Friman/ Robinson/ Wilmshurst**, s. 186.

⁹⁵² 1949 Cenevre Sözleşmelerinin kabul edilmesini takip eden 20 yıl içinde dünya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların ve ulusal kurtuluş savaşlarının sayısının arttığına tanık oldu. Buna karşılık olarak dört adet 1949 Cenevre Sözleşmesine Ek 2 Nolu Protokol 1977’de kabul edildi.

Dava Dairelerinin kişi bakımından yargı yetkisi Demokratik Kamboçya'nın üst düzey liderleriyle ilgilidir⁹⁵³. Örneğin Mahkemenin konu bakımından yargı yetkisine giren suçları işleyen ve normal zamanda fonksiyonel bağışıklıktan yararlanan kişiler Dava Dairelerinin kişi bakımından yargı yetkisi kapsamındadır. Kanunun 29/2. maddesine göre devlet başkanı da dâhil, üst düzey temsilcilerinin KMODD önünde fonksiyonel bağışıklıkları uluslararası hukukun suç saydığı fiiller bakımından kaldırılmıştır. Bu madde şu şekilde düzenlenmiştir: “Herhangi bir şüphelinin statüsü veya rütbesi, bu kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmayacak veya cezayı hafifletmeyecektir”.

Daha önceki bölümlerde de belirtildiği gibi uluslararası bağışıklık her şeyden önce devletle ilgili bir kavram ve devlete ait bir haktır. Devlet adına hareket eden kişiler dolaylı olarak bu haktan yararlanır. Bir devletin sahip olduğu hak ise onun zararına kullanılamaz. Bu nedenle, Demokratik Kamboçya'nın devlet başkanı olan ve 17 Nisan 1975'ten 6 Ocak 1979 tarihine kadar Kızıl Khmer rejiminin tüm haklara sahip üyesi olan Khieu Samphan, KMODD önünde savaş suçu ve insanlığa karşı suçları işlemekle suçlandığında KMODD'nin yargı yetkisine bir engel olarak bağışıklığı ileri süremez. KMODD Kamboçyalıları yargılamaktadır ve dolayısıyla uluslararası bağışıklıklar hususu söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle KMODD önünde ima edilecek olan bağışıklık uluslararası bağışıklıklar değil daya ziyade KMODD'nin kurulmasına yönelik ulusal Kanunun 29. maddesiyle kesin şekilde kaldırılan ulusal bağışıklıklardır.

Khieu Samphan 1976-1998 yılları arasında Demokratik Kamboçya'nın devlet başkanlığını yapmıştır. Belirtilen tarihler arasındaki Kamboçya'da söz konusu suçların sorumlularından biri olarak yargılanmak üzere 2007 Kasım ayında tutuklanmış ve ardından yargılanmak üzere Mahkeme önüne çıkarılmıştır. Genel itibarıyla soykırım ve insanlığa karşı suçlardan yargılanan Devlet Başkanı Samphan 7 Ağustos 2014'te ömür boyu hapse mahkûm edilmiştir.

⁹⁵³ Mahkeme önüne çıkartılan ve suçlu bulunan Kaing Guek Eav, Nuon Chea ve Khieu Samphan ve diğer kişiler Demokratik Kamboçya'nın üst düzey görevlileriydi.

3. Dava Daireleri İle İşbirliği ve Adli Yardım

Kamboçya dışındaki diğer devletler KMODD ile işbirliği yapmak veya adli yardımda bulunmakla yükümlü değildir. Çünkü Andlaşma sadece Kamboçya Hükümeti ve BM arasında yapılmıştır. Bu nedenle bu Andlaşmayla sadece Kamboçya Hükümeti ve BM bağlıdır. Andlaşma'nın 25. maddesine göre, Kamboçya Hükümeti, KMODD'nin, savcı ve hâkimlerinin herhangi bir yardım isteğine gecikmeksizin uymakla yükümlüdür. Söz konusu maddede öngörülen bu yükümlülük Kamboçya ile sınırlıdır, bir başka ifadeyle bu andlaşma devlet olarak sadece Kamboçya'ya özel ve sadece onun bağlı olduğu bir andlaşmadır. KMODD'ne yönelik ulusal kanuna dayanan ve esasında bir ulusal mahkeme olan KMODD, diğer devletlerden işbirliği ve adli yardım sağlayabilmek için ancak Kamboçya'nın onlarla yapacağı ikili veya çok taraflı andlaşmalara dayanabilir.

SONUÇ

Devlet başkanlarının uluslararası hukuktaki statüsü ancak son yıllarda incelenmeye başlanmış bir konudur. Devletin mutlak yargı bağıışıklığının bir yönü olarak devlet başkanları da devletin egemenliğinin temsilcisi şeklindeki özel niteliklerinden ötürü diğer devletlerin yargı yetkisinden mutlak bağıışık kabul edilmekteydi. Ancak devletin mutlak bağıışıklığı anlayışının, yerini sınırlı bağıışıklık anlayışına bırakması ve bağıışıklığın asıl gerekçesi olarak kişisel statüden ziyade işlevsel ihtiyaçlara vurgu yapılması devlet başkanlarının uluslararası hukuktaki statüsüne daha eleştirel bakılmasına neden olmuştur. İki dünya savaşında yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin ardından dünyanın birçok bölgesinde gerçekleşen ve uluslararası toplumun vicdanını zedeleyen olaylar karşısında devlet başkanlarının yararlandığı kapsamlı bağıışıklığın yarattığı tedirginlik yakın dönemde bir uluslararası hukuk meselesi olarak ortaya çıkmıştır. Geçtiğimiz yüzyılda uluslararası toplumun insan haklarını koruma konusundaki yoğun ilgisi ve *jus cogens* kurallarının gelişmesi, devlet başkanlarına karşı da fiilleri nedeniyle yabancı devlet mahkemeleri önünde hukuki yollara başvurulabilmesi düşüncesini gündeme getirmiş ve uluslararası teamül hukukuna göre devlet başkanlarının yararlandığı bağıışıklığı geçersiz kılma çabalarına neden olmuştur.

Uluslararası hukukta devlet başkanlarının bağıışıklığının detaylarını özel olarak düzenleyen yazılı bir belgenin mevcut olmaması nedeniyle, bu boşluk teamüllerle ya da devletin veya diplomatik temsilcilerin yargı bağıışıklığını düzenleyen belgelerle doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak belirtilmelidir ki devlet başkanlarının statüsü her ne kadar temsilci vasfı nedeniyle diplomatik temsilcilere benzese de birçok bakımdan onlardan farklı ve kendine özgü bir statüdür. Bu noktada uluslararası teamül hukuku ve dolayısıyla devlet uygulamaları konunun detaylarının belirlenmesinde önem kazanmaktadır.

Bir devlet, ülkesinde bulunan herkes üzerinde yargı yetkisine sahip olmasına rağmen uluslararası teamül hukuku belli kişilerin bu yetkinin dışında kalmasını öngörmektedir. İşte, devlet görevlilerinin yargı bağıışıklığı, bir devletin kendi ülkesi üzerinde münhasır yetkisine uluslararası hukukun ve özellikle de uluslararası teamül

hukukunun getirdiği bir sınırlamadır. Çünkü yargı bağışıklığı, uluslararası hukukun kendisine yargı bağışıklığı bahşettiği bir kişiyi bir devletin kendi mahkemelerinde yargılayamamasına neden olmaktadır.

Bir devlet içinde en üst statüdeki devlet görevlisi olarak devlet başkanlarının uluslararası yargı bağışıklığı meselesinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bunlar, devlet başkanlarının diğer devletlerin ulusal mahkemeleri ile uluslararası mahkemeler önünde yargı bağışıklığı meselesidir. Ulusal mahkemeler önündeki yargı bağışıklığı ile kastedilen bir devlet başkanının bağılı olduğu devletin kendi ulusal mahkemeleri önündeki hukuki statüsü değıl, yabancı devletlerin ulusal mahkemeleri önünde kendisine uygulanacak hukuki rejimdir. Başlı başına bu meseleyi düzenleyen uluslararası bir sözleşme bulunmamaktadır. Devlet başkanlarının yargı bağışıklığı kaynağını uluslararası teamöl hukukunda bulmaktadır. Uluslararası teamöl hukukunda bu konuda iki tür bağışıklık kabul edilmektedir. Bunlar kişisel bağışıklık ve fonksiyonel bağışıklıktır. Kişisel (*ratione personae*) bağışıklık, görevi süresince sadece belirli devlet görevlilerine uygulanan ve kişiyi yabancı devletin hem ceza hem de hukuk yargısının dışında tutan ve hem özel hem de görevle ilgili resmi fiillerini kapsayan mutlak bir bağışıklık türüdür. Fiilin ne zaman gerçekleştiğinin bağışıklığın uygulanması açısından bir önemi yoktur. Bu bağışıklıktan en başta devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışışleri bakanlarının yararlandığı kabul edilir. “Troyka” olarak da ifade edilen bu üçlünün yanında diplomasi temsilcileri de 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi gereği uluslararası hukukta kişisel bağışıklıktan yararlanır. Ancak, diplomasi temsilcilerinin kişisel bağışıklığının uygulama alanı bahsi geçen “üçlü”nün kişisel bağışıklığının uygulama alanından daha sınırlıdır. Diplomasi temsilcileri sadece nezdinde atandıkları devletin ülkesinde ve bu ülkeye gitmek üzere transit geğış yaptığı ülkelerde kişisel bağışıklıktan yararlanırken devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışışleri bakanlarının kişisel bağışıklığı “erga omnes” yani her zaman her yerde geçerli niteliktedir.

Kişisel bağışıklık suç teşkil eden fiilin ne zaman gerçekleştiğine bakılmaksızın, devlet başkanının görevi süresince yabancı devletin ceza yargısından

onu muaf tutmaktadır. Bu bağışıklık türü, kişinin özel olarak şahsına değil, görevi nedeniyle bulunduğu pozisyona bahşedilen bir bağışıklıktır. Kişisel bağışıklık kuralının uluslararası teamül hukuku tarafından belli kişilere bahşedilmesinin amacı, uluslararası ilişkilerin herhangi bir engelle veya müdahaleyle karşılaşmadan rahat şekilde sürdürülmesine imkân tanımaktır. Kendilerine kişisel bağışıklık bahşedilen üst düzey devlet görevlilerinin yabancı bir devletteyken tutuklanmasının veya hapsedilmesinin, bu kişilerin uluslararası görevlerini yerine getirmelerini engelleyeceğine şüphe yoktur. Bu mutlak bağışıklık veya bir diğer ifade ile tam yargı bağışıklığı kuralının uluslararası suçlardan en az birisinin işlendiği iddia edildiğinde de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda referans alınacak olan yine uluslararası teamül hukuku ve dolayısıyla devlet uygulamalarıdır. Birçok devletin ulusal mahkemelerinde verilen kararlara bakıldığında görevi başındaki bir devlet başkanı hakkındaki uluslararası suç iddiasının dahi kişisel bağışıklık kuralının uygulanmasını engellemeyeceğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu konudaki önemli bir başka referans ise uluslararası bir mahkeme kararı olarak UAD'nin *Arrest Warrant* kararıdır. Belçika ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti arasındaki bu dava, 2002 yılında UAD'nin ilk kez uluslararası suçlar bakımından üst düzey devlet görevlilerinin yabancı ulusal mahkemeler önünde yargı bağışıklığının olup olmadığı konusunda detaylı karar verdiği bir davadır. Bu davada alınan kararda UAD devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı gibi bir devlette üst düzeyde bulunan belli devlet görevlilerinin diğer devletlerde yargı bağışıklığına sahip olmalarının yerleşmiş bir ilke olduğunu belirtmiştir. Ayrıca UAD, görevi başında bulunan söz konusu kişilerin, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarından itham edildiği durumlarda kişi dokunulmazlığı ve cezai yargı bağışıklığı kuralına istisna teşkil edecek bir uluslararası teamül kuralının bulunmadığı sonucuna varmıştır. Buna dayanarak UAD dışişleri bakanlarının kişisel bağışıklıktan yararlanacağına ve görev yapan bir dışişleri bakanına bahşedilen cezai yargı bağışıklığının mutlak niteliğinin söz konusu kişinin bir uluslararası suç işlediği iddia edildiğinde de var olacağına ve dışişleri bakanı özel bir ziyaret için yurtdışında bulunduğu da uygulanacağına hükmetmiştir. Davaya konu olan kişi dışişleri bakanı olsa da, dışişleri bakanı bakımından UAD'nin kabul ettiği bu rejimin elbette devlet içinde daha üst statüde

bulunması nedeniyle devlet başkanları için de geçerli olduğu söylenebilecektir. Her ne kadar UAD kararları hukuki uyumsuzluğun tarafları için geçerli olsa da, bu karar meseleye yönelik yol gösterici rol oynamaktadır.

Devlet başkanlarının yabancı devlet mahkemeleri önünde uluslararası suçlardan ötürü yargılanabilmesine yönelik bir uluslararası teamül kuralı oluşturacak yaygın devlet uygulaması bulunmamaktadır. Çünkü bir devletin yabancı bir devlet başkanını kendi ulusal mahkemelerinde yargılaması sadece hukuki değil aynı zamanda devletlerarası ilişkileri etkileyecek ve dolayısıyla siyasi sonuçlar doğuracak türden bir durumdur. Bu nedenle devletler genel olarak buna yanaşmadığı gibi buna cesaret eden devletler ise diğer güçlü ve uluslararası toplumda sözü geçen devletler tarafından caydırılmaktadır. Belçika bunun en belirgin örneğidir. Genel devlet uygulamalarının aksine uluslararası suçların faillerinin statülerine, unvanlarına bakılmaksızın yargılanması konusunda rol üstlenen Belçika, 1993 yılında çıkardığı kanun ile yabancılara, Belçika'da yaşamasalar dahi, hem ulusal hem uluslararası silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçları üzerinde evrensel yargı yetkisinin kullanılmasını kabul etmiştir. 1999'da yapılan değişikliklerle bu suçlara insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu da dâhil edilmiş ve Belçika Ceza Yasası evrensel yargı yetkisine dayanarak, bu suçları işleyenler aleyhine mağdurların şikâyetinde bulunmalarına imkân tanımıştır. Ayrıca, bunun için mağdurların veya suç işleyenlerin Belçika'yla bağlantısı da aranmamıştır. Belçika hukuku, görev başındaki devlet başkanı da dâhil, kimsenin yargıdan bağışık olmadığını öngörmüştür. *Arrest Warrant* davasına konu olan olay da bu yasaya dayanılarak Belçika'nın Demokratik Kongo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı Abdulaye Yerodia Ndombasi'yi yargılamak istemesi nedeniyle dışişleri bakanı hakkında tutuklama kararı çıkartması ve Interpol aracılığıyla bu kararı uygulatmaya çalışmasıdır. Kongo'nun bu durumun uluslararası hukuka aykırı olduğu iddiası sonucu konu UAD önüne taşınmıştır. *Arrest Warrant* kararıyla UAD, Belçika hukukunun uluslararası teamül hukukunu ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mart 2003'te yedi Iraklı aile, 1991'de Bağdat'da aile üyelerinin bulunduğu sivil korunma sığınağını bombalayarak onların ölümüne neden olan hava saldırılarından sorumlu oldukları iddiasıyla eski ABD başkanı George H. W. Bush ve diğer kişiler aleyhine Belçika'da şikâyetinde bulunmuştur. Bunun üzerine ABD, kanun

değişmedikçe Belçika'yı, NATO genel merkezini Brüksel'den çekmekle tehdit etmiştir. Bu baskının artması karşısında Belçika'da evrensel yetki hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sayede Belçika'nın uluslararası suç işleyen devlet görevlilerini yargılama cesareti, uluslararası siyasi baskıya direnememiştir.

Uluslararası suçlar nedeniyle bağımsızlığın tanınmayarak her kim olursa olsun faillerinin yargılanabilmesi ve cezalandırılabilmesi, uluslararası adalet bakımından bir temenni olmakla birlikte, açıkça uluslararası hukuku ihlal etmekten çekinmediği gibi mevcut kurallardaki boşluklardan yararlanan veya kuralları kendi çıkarları doğrultusunda yorumlamayı ve uygulamayı tercih eden devletlerin siyasi mülahazalarla birbirlerinin liderlerini haksız yargılamalara maruz bırakabileceği de bir gerçektir. Görevi başında bir lidere karşı gerçekleştirilebilecek bu tür bir yargılamanın sonuçlarının çok önemli olması sebebiyle kanaatimizce bu durum kişisel bağımsızlığın korunması için bir sebeptir. Sonuç itibarıyla, günümüzdeki genel devlet uygulamasına bakıldığında eğilimin, uluslararası suç işleme iddiası söz konusu olsa dahi görevi başında bulunan devlet başkanlarını yargılamama yönünde olduğu görülmektedir. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda uluslararası suç işlemekle itham edilen devlet başkanlarının görevleri devam ettiği sürece diğer devletlerin ulusal mahkemeleri önünde yargılanamayacağının bir diğer ifadeyle mutlak yargı bağımsızlığına sahip olduğunun kabul edildiği söylenebilecektir.

Amaç devlet başkanlarını diğer kişilerden ayrıcalıklı bir sınıfa sokmak olmasa dahi, sonucu imtiyazlı bir durum olan bu bağımsızlığın sınırsız süreli olmasını kabul etmek özellikle uluslararası suçlar söz konusu olduğunda hem toplum vicdanını derinden etkileyecek hem de suç işleyenin sorumlu olması gerektiği kabulünden yola çıkarak hukuki olarak da kabul edilemeyecektir. Çünkü kişisel bağımsızlığın asıl amacı devlet görevlisinin herhangi bir müdahaleyle karşılaşmadan görevini yerine getirebilmesidir. O halde görevin sona ermesi ile bu bağımsızlığında son bulması gerekir. İşte bu noktada devlet başkanlarını diğer devletlerin ulusal mahkemelerinin yargı yetkisinin dışında tutan bir diğer bağımsızlık türü olan fonksiyonel (*ratione materiae*) bağımsızlık gündeme gelmektedir. Devlet başkanları bakımından görevin sona ermesiyle uygulama alanı bulan fonksiyonel bağımsızlık, görevi sona eren tüm

devlet görevlilerinin görevleri süresince sadece resmi yetkileri çerçevesinde devlet adına gerçekleştirdikleri fiillerinden ötürü görevlerinin sona ermesinden sonra yabancı devletin hem hukuki hem de cezai yargı yetkisinden bağışık olmasını sağlamaktadır. Kişisel bağışıklığın amacı göz önünde bulundurulduğunda devlet başkanlarının görevleri sona erdikten sonra artık özel fiilleri nedeniyle yargı bağışıklığından yararlanması için sağlam bir dayanak kalmamaktadır. Bu nedenle büyük ölçüde görevini herhangi bir müdahale olmaksızın yerine getirebilmesi için tanınan kişisel bağışıklık görevin son bulmasıyla sona ermekte ve görev süresince gerçekleştirilen özel fiiller bakımından yargılanabilmenin yolu açılmaktadır. Fonksiyonel bağışıklık, fiil temelli bir başka ifadeyle devlet görevlisinin devlet adına resmi yetki çerçevesinde gerçekleştirdiği fiile bağlı bir bağışıklık türü olması sebebiyle, görev süresi sona erdikten sonra da devam etmektedir. Bu nedenlerle, diplomasi temsilcilerinde olduğu gibi devlet başkanı sıfatıyla gerçekleştirilen resmi fiiller yabancı devletlerin yargı yetkisinin kapsamı dışında kalacağından bu fiiller bağlamında devlet başkanını korumaya devam edecektir.

Tüzel kişilik olması sebebiyle devlet, fiillerini ancak görevlileri aracılığıyla gerçekleştirir. Bu bakımdan, devlet görevlilerinin resmi yetki çerçevesinde gerçekleştirdiği görevle ilgili fiilleri esasında devletin fiili sayılmaktadır. Bu nedenle de devlet görevlilerinin devlet adına gerçekleştirdiği bu fiillerden sorumlu olmaması gerekir. Devlet görevlisi tarafından gerçekleştirilen fiil egemenlik tasarrufu niteliğindeyse, bir devletin başka bir devletin devlet görevlisini, bu tür fiiller nedeniyle yargılaması aslında devlet görevlisi üzerinden devleti yargılaması anlamına gelir ki bu da devletin mutlak yargı bağışıklığı kuralına aykırıdır. Aynı zamanda bu tür bir yargılama girişimi, yabancı devletin içişlerine karışma olarak nitelendirilebilecek siyasi bir girişimi oluşturmaktadır. Böyle bir durum iki devlet arasındaki uluslararası ilişkileri olumsuz etkileyecek ve hatta belki de uluslararası siyasi bir krize dönüşebilecektir. Devletlerin egemen eşitliği ilkesi ve devletlerarası ilişkilerde istikrarın sağlanması bakımından hem devletin hem de bu devletin görevlilerinin bu tür fiilleri nedeniyle yabancı devlet mahkemeleri önünde yargı bağışıklığına sahip olması gerektiğini kabul etmek gerekecektir. Fiil egemenlik tasarrufu değil, resmi nitelikte fakat devletin özel hukuka tabi bir işlemini

oluşturuyorsa örneğin ticari nitelikte bir işlem söz konusuysa, burada devletin sınırlı bağışıklığı gündeme gelir, fakat yine işlemi devlet adına gerçekleştiren devlet görevlisi, bu fiil esasında devletin fiili sayılacağından, yabancı devletin yargı yetkisinden bağışıktır. *Ultra vires* (yetki aşımı) fiil ve işlemlerde dahi devlet görevlisinin fonksiyonel bağışıklıktan yararlanacağı kabul edilmektedir. Ancak yetki aşımı ile uluslararası suçların işlenmesinde söz konusu olan yetkinin kötüye kullanılmasını birbirinden ayırmak gereklidir.

Tez çalışmamız bağlamında asıl mesele görevleri devam ederken kişisel bağışıklıktan yararlanan devlet başkanlarının görev sırasında işlenen uluslararası suçlar sebebiyle görevleri sona erdikten sonra yabancı devlet mahkemeleri önünde yargılanıp yargılanamayacağıdır. Bu sorunun cevabı ise daha tartışmalı olması sebebiyle kişisel bağışıklıkta olduğu gibi net şekilde ortaya konulamamaktadır. Uluslararası hukuka göre suç sayılan fiiller, tüm uluslararası toplumu ilgilendiren en ağır suçlardır. Sıradan suçların aksine, bu tür suçlarda belli bireylerin değil çok daha geniş kitlelerin suçtan etkilenmesi ve ciddi zarar görmesi söz konusudur. Bu nedenle bu tür suçlar için aynı zamanda uluslararası ciddi suçlar ifadesi de kullanılmaktadır. Bu suçlar ile kastedilen, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur. Bu suçlarda, en temel insani değerlerin ağır şekilde ihlali söz konusudur.

Konuyla ilgili birbirinin tam tersi yönünde kararlar veren ulusal mahkeme içtihatları bulunmakla birlikte, görevi sona eren tüm devlet görevlilerinin, görev süreleri içinde uluslararası hukuka göre suç sayılan fiilleri işlemekle itham edildiklerinde, fonksiyonel bağışıklıktan yararlanmayacakları yönündeki görüş akademik literatürde yaygın şekilde desteklenmektedir. Ancak bu görüşün gerekçesi olarak ortaya konulan düşünceler farklı olmaktadır. Bazı görüşlere göre, uluslararası suçların görevle ilgili fiil sayılması kabul edilemez. Bu nedenle de bu tür fiiller bağışıklık kapsamında sayılamaz. Bu tür fiillerin görevle ilgili fiil sayılamayacağı bu nedenle de bu tür suçlar bakımından devlet görevlilerinin ve dolayısıyla devlet başkanlarının fonksiyonel bağışıklığının var olmayacağı görüşü bazı açılardan sorunludur. Soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu gibi suçların üst düzey devlet görevlilerinin yardımı, iştiraki ya da ihmali söz konusu

olmadan, tek başına sıradan kişiler tarafından işlenmesi imkânsızdır. Bir başka ifadeyle, bu tür suçlar ya devletin imkânları kullanılarak devletin bir politikasının gereği olarak bizzat devlet görevlileri tarafından veya devletin bilgisi, rızası ya da kontrolü altında diğer kişiler tarafından aktif ve icrai şekilde ya da devlet görevlilerinin ayaklanma, iç savaş gibi olaylar sırasında toplumu koruma görevini gereği gibi yerine getirmemesi suretiyle ihmali şekilde işlenebilmektedir. Bu bakımdan bu tür suçların görevle ilgili fiil olmadığını kabul etmek, bu suçların bir özel fiil teşkil ettiğinin kabul edilmesi anlamına gelir ki bunun sonucu, devlete atfedilemeyen özel fiil nedeniyle sadece kişinin sorumlu tutulması ve yargılanması, devletin ise kendisine atfedilmediği için işlenen suçlar nedeniyle uluslararası sorumluluğunun doğmamasıdır. Devletin içindeki resmi konumu ve devletin imkân ve araçları söz konusu olmadan bu tür suçların işlenemeyeceği göz önünde bulundurulursa bu tür fiillerin görevle bağlantılı olmadığını söylemek gerçekliği inkâr etmektir. Bu nedenle de devletin bu tür fiillerden ötürü uluslararası alanda sorumluluğu doğacaktır. Bu noktada söz konusu fiiller nedeniyle sorumluluğa sadece devletin katlanması yerine fiilleri gerçekleştiren devlet görevlilerinin de bireysel cezai sorumluluk bakımından kendine düşen payı almaları için bir dayanak gereklidir. Uluslararası suçlar nedeniyle fonksiyonel bağımsızlığın olmadığını söylemek için gösterilecek dayanak ise fiilin görevle ilgili olması ile fiilin resmi fiil teşkil etmesi arasında yapılacak ayırım olacaktır. Bu tür suçlar resmi unvan ile devletin imkân ve araçları kullanılarak gerçekleştirilmiş olsa da ve bu nedenlerle görevle bağlantılı kabul edilse de görevin gereği olarak gerçekleştirilen bir resmi fiil olarak kabul edilemezler. Bu ikisinin aynı şey olduğunu bir başka ifadeyle resmi unvanın kullanılmasının fiili resmi hale getirdiğini kabul etmek, devlete atfedilebilen bu fiiller nedeniyle sadece devletin uluslararası alanda sorumlu olduğunu, fiilleri gerçekleştiren kişilerin ise kişisel olarak sorumlu olmamasını ve fonksiyonel bağımsızlık kuralı gereğince yargılanamayacağını kabul etmek demektir. Hâlbuki bu fiillerin devlete atfedilmesinin sebebi, fiilin resmi fiil olması değil, devletin görevlisi tarafından, resmi yetki ve unvanı ile devletin imkânlarının kullanılarak gerçekleştirilmesi sebebiyle fiilin görevle bağlantısının olmasıdır. Bu durumda resmi fiil kabul edilemeyecek bu tür suçlar nedeniyle görevi sona eren tüm devlet

görevlilerinin dolayısıyla devlet başkanlarının fonksiyonel bağışıklıktan yararlanmaması gerektiğini kabul etmek gerekir.

Görevi sona eren devlet başkanlarının uluslararası suçlar bakımından bağışıklığını kabul etmeme yönündeki eğilimin ve devlet başkanlarının görevleri sona erse dahi yargı bağışıklığının arkasına sığınamayacağının en güzel örneğini temsil eden karar Pinochet davasında verilen karardır. İngiltere Lordlar Kamarası, bu davada görevi sona ermiş olan Şili eski devlet başkanının işkence fiilleri söz konusu olduğunda yabancı devlet mahkemesi önünde yargılanabileceğine karar vermiştir. Gerçi Lordlar Kamarası bu kararını, işkence fiilleri üzerinde evrensel yargı yetkisini tanıyan BM İşkence Sözleşmesi'ne her iki devletin de taraf olmasına dayanarak vermiştir. Ancak Sözleşmede bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından işlenmiş olan fiil bakımından yargı bağışıklığının tanınmayarak devletlere yargılama yükümlülüğünün getirilmesi, devlet politikası gereği işlenen uluslararası suçlar için de yabancı devlet görevlilerinin ve dolayısıyla devlet başkanlarının fonksiyonel bağışıklığının olmaması gerektiği düşüncesini kuvvetlendirmektedir. Çünkü kanaatimizce resmi unvanla işlenmesi fiili resmi fiil haline getirmemektedir. Uluslararası suç teşkil eden fiillerin normal devlet fiilleri olarak kabul edilmesi imkânsızdır, bu nedenle de resmi fiiller içerisinde mütalaa edilmemelidir. Fonksiyonel bağışıklık, devletin yargı bağışıklığının devlet görevlilerine teşmilinin sonucudur. Bu bağışıklığın temeli, devlet görevlisi tarafından gerçekleştirilen fiilin devletin fiili kabul edilmesine dayanır. Uluslararası suçlarda devlet görevlilerinin devletin bu koruyucu zırhının ardına saklanmasını kabul etmek mümkün değildir.

Adı geçen uluslararası suçları diğer uluslararası suçlardan (göçmen kaçakçılığı, insan ticareti gibi) ayıran özellik, bu suçların işlenmesinin uluslararası hukukun emredici normlarına (*jus cogens* normlara) aykırılık teşkil etmesidir. Bu nedenle, *jus cogens* normların uluslararası hukukun diğer kurallarından üstün oldukları ve bunlara aykırı uluslararası hukuk kuralı yaratılamayacağı kabul edilir. Bir *jus cogens* kural ancak aynı nitelikteki bir başka kuralla değiştirilebilir. *Jus cogens* normlar *erga omnes* niteliktedir yani herkese karşı her zaman ileri sürülebilir.

Jus cogens normlar, tüm uluslararası toplum tarafından kabul edilmiş ve kendisine aykırı hareket edilmemesi gerektiği kabul edilen kurallardır. Dolayısıyla tüm devletler bu kurallara uymak zorundadır. Bu bilgi yargı bağımsızlığının geçersizliği için gerekçe olarak ileri sürülmekte ve bunun için söz konusu suçların, uluslararası hukukun en üst statüdeki kurallarını teşkil eden *jus cogens* normları (uluslararası hukukun emredici normlarını) ihlal etmesi ve *jus cogens* normların yargı bağımsızlığına ilişkin kurallardan üstün olmasına dayanılmaktadır. Ancak bu görüşün kabul edilmesi sadece fonksiyonel bağımsızlığın değil kişisel bağımsızlığın da geçersiz sayılmasını gerektirir. Bu nedenle *jus cogens* kuralların ihlal edilmemesi gerektiği meselesi, bireyler bakımından değil devletler bakımından ele alınmalıdır. Bir başka ifadeyle, bu durumun, yabancı ulusal mahkemeler önünde bireysel cezai sorumluluk bakımından değil devletin uluslararası sorumluluğu bağlamında değerlendirilmesi gereken bir konu olduğu kanaatindeyiz. Çünkü *jus cogens* bir kurala aykırılıktan ötürü yargılama yapılabilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince ancak ulusal ceza yasalarıyla bu aykırılığın suç kabul edilmesi ile mümkün olacaktır. Böyle bir durumda da yargılamanın dayanağı *jus cogens* kural değil ulusal ceza yasasıdır.

Kanaatimizce, bir devletin ulusal ceza kanunları bu suçları işleyen kişilerin yargılanabilmesine imkân tanıyorsa, görevi sona erdikten sonra hukuken sıradan bir kişi haline gelen eski devlet başkanlarının yargılanabilmesine de uluslararası hukuka göre bir engel olmadığını kabul etmek gerekir. Her ne kadar eski konumları nedeniyle kendilerine nezaket kuralları çerçevesinde davranılacak olsa da bu durum söz konusu suçları işleyen kişilerin yargılanmasına bir engel kabul edilemez. Ağır insan hakları ihlallerinin devletlerin iç meselesi olmaktan çıktığı günümüzde, bireysel olarak kişinin sorumluluğunun dava konusu olduğu adil ve hukuka uygun bir yargılama devletlerin içişlerine müdahale olarak da nitelendirilemez. Elbette bu türden bir yargılama, devletlerarası ilişkileri etkileyecek bir durum teşkil edeceğinden, devletlerin yetkili makamlarının yabancı üst düzey devlet görevlileri hakkında bu şekilde bir soruşturma ve yargılama girişiminde bulunmadan önce tereddüt edebileceği muhakkaktır. Uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasının, uluslararası siyasetten etkilenmediğini söylemek günümüzde pek gerçekçi değildir. Bu çalışmada amaç belli durumlarda devlet başkanlarının uluslararası hukuk

kurallarına göre yargılanmasının mümkün olup olmayacağını ortaya koymaya çalışmaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, büyük destek görmekle birlikte uluslararası suçlar bakımından fonksiyonel bağışıklığın var olmaması şeklinde bir kural henüz kişisel bağışıklık kadar yerleşik hale gelememiştir.

Devlet başkanlarının uluslararası yargı bağışıklığı meselesinin bir diğer yönünü ise soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası suçlardan ötürü uluslararası mahkemeler önünde devlet başkanlarının hesap verebilirliği oluşturmaktadır. Bir devlet başkanının bu tür suçlar nedeniyle bir uluslararası ceza mahkemesi nezdinde sorumluluğu gündeme geldiğinde devlet başkanının ne fonksiyonel ne de kişisel bağışıklığının var olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle devlet başkanları görevde olsalar dahi bu tür suçlar nedeniyle bir uluslararası ceza mahkemesi önünde yargılanabileceklerdir. Ancak bu noktada sorumluluğun hukuki dayanağının ve yargı bağışıklığının geçersizliğinin kimlere uygulanacağını tespit edilmesi önemlidir.

I. Dünya Savaşı'ndan sonra Versay Barış Antlaşması'nın (1919) 227. maddesi, eski Alman İmparatoru II. Wilhelm'i, "uluslararası ahlak ve antlaşmaların kutsallığına aykırı" olarak işlediği "büyük suçtan (*supreme offence*)" ötürü yargılanması gerektiğini düzenlemektedir. Ancak, Antlaşmada öngörülen uluslararası mahkeme çeşitli nedenlerle kurulamamış ve İmparatorun yargılanması hiçbir zaman gerçekleşmemiştir. Devlet başkanlarının uluslararası suçlardan ötürü cezalandırılması gündeme getirilmiş olsa da buradaki amaç evrensel bir adalet anlayışının önünü açmak ve benzer şekilde davranan tüm devlet başkanlarının aynı şekilde cezalandırılmasını sağlamak düşüncesi değildir. Buradaki asli amaç, savaşı kazanan galip devletlerin karşı taraftan intikam almak istemesi olmuştur. Mahkeme kurarak mağlup devletin kralını yargılama girişimi, intikam almanın bir aracı olarak görülmüştür. "Uluslararası ahlak ve antlaşmaların kutsallığına aykırı" davranma suçunun içeriğinin belirsizliği de eleştirilebilir bir başka noktadır. Buna rağmen, Versay Antlaşması, devlet başkanlarının uluslararası alanda bireysel cezai sorumluluğu düşüncesinin tohumlarını atmıştır ve uluslararası hukukta bir paradigma değişikliğinin temsili niteliğindedir. Çünkü bu tarihe kadar devlet başkanları da dâhil

devlet görevlilerinin savaş suçlarından yargılanması için mahkeme kurma çabası söz konusu olmamıştır.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra Alman Savaş suçlularını yargılamak üzere kurulan Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin (1945) kurucu antlaşması olan Şartın 7. maddesi ise devlet başkanı olarak sanıkların resmi konumlarının onları sorumluluktan kurtarmayacağını ve cezayı hafifletmeyeceğini öngörmüştür. Nürnberg İlkeleri arasında yer alan üçüncü ilke ile de uluslararası hukuka göre suç teşkil eden bir fiili yerine getiren bir kişinin devlet başkanı olarak veya sorumlu hükümet görevlisi olarak hareket etmesinin onu uluslararası hukuktaki sorumluluğundan kurtarmayacağı ifade edilmiştir. Japon savaş suçlularını yargılamak üzere kurulan Tokyo Mahkemesi Şartı'nın (1946) 6. maddesi de benzer bir hükme yer vermiştir. Bu hükümler doğrultusunda Nürnberg Mahkemesi ve Tokyo Mahkemesi tarafından Alman ve Japon üst düzey devlet görevlileri savaş suçlusu olarak yargılanmıştır. Ancak bu Mahkemelerin kurulmasında da I. Dünya Savaşından sonra olduğu gibi, galip devletlerin intikam alma düşüncesi etkili olmuştur. Çünkü bahsi geçen suçlar her iki tarafça işlenmiştir. Atom bombasını kullanan ABD görevlileri hiçbir şekilde yargılanmamış, cezalandırılmamıştır. Devlet başkanının bağışıklığı ve cezai sorumluluğu meselesi, savaş sonrası imzalanan barış andlaşmalarına dâhil edilmiş ve koşulsuz teslimiyetin var olduğu durumda galip devletin, mağlup devletin liderini yargılama yetkisine sahip olabilmesine tanık olunmuştur. Ancak, bu Mahkemelerin uygulamaları savaştan galip çıkanın, mağlup taraf üzerinde kurduğu baskının sonucu olsa da ve asli hedef evrensel adaleti sağlamak, tüm suç faillerini devlet içindeki statülerine bakılmaksızın cezalandırmak olmasa da uluslararası suç işleyenlerin uluslararası bir mahkeme nezdinde yargılanabilmesi düşüncesini kuvvetlendirmiştir. Her ne kadar bazı yönleriyle eleştirilse de, Mahkeme yargılamaları, uluslararası bağışıklık kuralının belli durumlara göre devlet temsilcilerini koruyacağını, ancak uluslararası suçlar bakımından uygulanmayacağını açıkça teyit edilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Bu örnekleri BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla kurulan EYUCM ve RUCM takip etmiştir. EYUCM Statüsü'nün (1993) 7. maddesiyle bir sanığın devlet başkanı olarak sahip olduğu resmi statünün ne kişinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldıracığı ne de cezasını hafifleteceği öngörülmüştür. Mahkeme, hakkında bir karar verilmeden hapisanede ölen Yugoslavya eski devlet başkanı Miloseviç'i yargılamıştır. Sırp Cumhuriyeti eski devlet başkanı Radovan Karadžić Yugoslavya'daki şiddet olayları sırasında işlenen soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardan ötürü EYUCM tarafından yargılanmış ve hapse mahkûm edilmiştir. RUCM Statüsü'nün 6. maddesi de EYUCM Statüsü'nün 7. maddesiyle aynı hükümlere yer vermiştir. Ruanda'da 1994 yılında yaşanan soykırımın sorumlusu olarak dönemin hükümet başkanı Jean Kambanda, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde yargılanmış ve suçunu itiraf eden Kambanda ömür boyu hapse mahkûm edilmiştir. Ruanda ve Eski Yugoslavya'da yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin sorumlularının yargılanması için kurulan RUCM ve EYUCM de BM Güvenlik Konseyi'nin bu mahkemeleri kurma konusundaki yetkisine getirilen eleştirilere rağmen uluslararası alanda bireysel cezai sorumluluk ve yargı bağımsızlığının uluslararası suçlar bağlamında geçersizliği düşüncesini bir adım daha ileri taşımıştır.

Dünyanın birçok yerinde hala uluslararası suçların işlenmesine devam edilmesi karşısında uluslararası suçların işlendiği her durum için yeni bir mahkeme kurulması, hem zaman almakta ve zorlu bir çalışmayı gerektirmekte hem de adaletin sağlanması konusunda bu mahkemelerin eleştirilmesine neden olmaktadır. Bu sebeple geçici mahkemelerden ziyade bu suçları yargılayacak daimi bir mahkemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenle, belli yerlerde işlenen suçların faillerini yargılamak üzere geçici olarak kurulan ve dolayısıyla belli olaylara özgü olan tüm bu uluslararası ceza mahkemelerinin aksine, çok taraflı andlaşma niteliğinde olan 1998 Roma Statüsü ile daimi bir mahkeme olarak UCM kurulmuştur. Mahkemenin kurucu andlaşması olan Roma Statüsünün giriş bölümünde, uluslararası toplumu bir bütün olarak etkileyen ciddi suçların cezasız kalmamasından ve uluslararası adaletin uygulanmasından söz edilmektedir. Bu doğrultuda Roma Statüsü'nün 27. maddesi, dünyanın herhangi bir yerinde yaşanan soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş

suçları ve saldırı suçunun faillerinin devlet içindeki statülerinin (devlet başkanı, hükümet başkanı, resmi görevli olmasının) ve bu statüye bağlı ulusal ve uluslararası hukuka göre tanınan bağışıklıklarının, onların cezai sorumluluklarını ve Mahkeme önünde yargılanabilmelerini etkilemeyeceğini öngörmüştür. Dolayısıyla Roma Statüsüne taraf devletler, kendi devlet görevlilerinin UCM önünde kişisel ve fonksiyonel yargı bağışıklığının geçersiz olduğunu kabul etmektedir.

Genel olarak uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu andlaşmaları ve bu doğrultuda alınan kararlar, ne görev başındaki devlet başkanlarının kişisel bağışıklığının ne de eski üst düzey devlet görevlilerinin fonksiyonel bağışıklığının, onları bu yargı organları önünde yürütülen cezai sürece konu olmaktan ve uluslararası suçlardan ötürü bireysel sorumluluğa katlanmaktan kurtaramadığını göstermektedir. Fonksiyonel bağışıklığın geçersiz sayılmasının gerekçesi bu suçların faillerinin, devlet adına resmi bir yetki çerçevesinde hareket ettiğini ileri sürerek, bu fiiller nedeniyle doğacak sorumluluğu devlete yükleyememesidir. Aksine failler uluslararası hukuka göre suç sayılan fiillerden ötürü bireysel cezai sorumluluğa katlanmak zorunda kalmaktadır. Resmi yetki çerçevesinde gerçekleştirilen haksız fiil uluslararası ciddi suç niteliğinde ise devletin bir kolu veya aracısı olarak hareket edilerek gerçekleştirilen fiillerden doğan sorumluluğu bireyden alıp devlete yükleyen fonksiyonel bağışıklık kuralı uygulanmaz. Genel olarak ulusal mahkemeler önünde de durumun bu yönde olduğu söylenebilse de, yazılı bir kurala dayanması sebebiyle uluslararası mahkemeler önündeki durum daha nettir.

Kişisel bağışıklık bakımından da ulusal ve uluslararası mahkemeler arasında ayırım yapmak gereklidir. Kişisel bağışıklık uluslararası yargı organları önünde kaldırılmasına rağmen, ulusal mahkemeler önündeki cezai süreçte varlığını sürdürür. Uluslararası mahkemeler önünde uluslararası ciddi suçlardan ötürü kişisel bağışıklığın geçersizliğinin uluslararası teamül hukukuna dayanmadığını söylemek mümkündür. Bir başka ifadeyle, görev başındaki devlet başkanlarının kişisel bağışıklığının söz konusu suçlar nedeniyle uluslararası mahkemeler önünde kabul edilebilir bir savunma olmaması, uluslararası teamül hukukunun bir istisnası değildir. Normalde uluslararası teamül hukukuna göre kişisel bağışıklıktan yararlanan

kişilerin bu bağışıklığının reddedilmesinde asli etkiye sahip olan, suçun ağırlığı değil mahkemenin uluslararası niteliği ve mahkemenin kurucu andlaşmasında resmi statünün yargılamada dikkate alınmamasına ya da doğrudan bağışıklığın kaldırılmasına ilişkin hükümlerdir.

Günümüzde daimi bir uluslararası ceza mahkemesi olması ve kurulduğu andan itibaren tüm dünyada işlenen uluslararası suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olabilmesi nedeniyle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin büyük önemi bulunmaktadır. Roma Statüsüne göre taraf devletler, Statüde sayılan uluslararası suçları işleyenleri ya kendi ulusal mahkemelerinde yargılamalıdır ya da yargılanması için Uluslararası Ceza Mahkemesine teslim etmelidirler. Roma Statüsünü onaylayan devletler 27. madde de dâhil Statünün tüm hükümlerinin kendileri bakımından geçerliliğini kabul ederler. Bu şekilde bir taraf devlet normalde kendi görevlilerinin uluslararası bağışıklığından Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde yapılacak yargılama için feragat etmiş olur. Bu nedenle Mahkeme nezdinde yapılacak yargılama da kişisel veya fonksiyonel bağışıklık savunması asla kabul edilmemektedir.

Mahkeme, uluslararası bir andlaşma niteliğinde olan Roma Statüsü ile kurulmuştur. Devletler ancak, bu Statüye taraf olmak suretiyle yargı organının gerektiğinde kendileri adına hareket etmesine rıza göstermiş ve kendi görevlileri için uluslararası bağışıklıktan feragat etmiş olurlar. Bu nedenle, Statüye taraf olmayan devletler Mahkemenin yargı yetkisini kullanmasına itiraz edebilirler. Bir başka ifadeyle, Statüyü onaylamayarak, Statüye taraf olmayan devletler statünün kurduğu rejimle bağlı olmak istemediklerini göstermektedirler. Ancak, BM Güvenlik Konseyine Statüde tanınan yetki bu durumun istisnası olarak görünmektedir. Roma Statüsünde, Statü kapsamına giren suçlardan en az birisinin dünyanın herhangi bir yerinde işlenmiş görüldüğü durumlarda BM Şartı'nın 7. Bölümüne uygun hareket eden BM Güvenlik Konseyi'ne UCM savcısına olayları havale etme yetkisi tanınmıştır. Bunun için başvuru konusunun Statüye taraf bir devletle ilgili olması da gerekmemekte, failin Statü'de belirtilen suçları işlemiş olması dışında hiçbir şart aranmamaktadır. Güvenlik Konseyine tanınan bu olağanüstü yetkinin, Statüye taraf

olmayan bir devletin ülkesinde işlenen suçlar nedeniyle, Statüye taraf olmayan devletin vatandaşının da UCM önünde yargılanmasını mümkün kılması, UCM tarafından da desteklenmektedir. UCM'nin Ön Dava Dairesi, Ömer El Beşir ve Kaddafi'nin tutuklanması talebi ile ilgili kararlarda, Statüye taraf olmamasına rağmen Sudan'daki ve Libya'daki olayları Mahkemeye havale eden Güvenlik Konseyi kararlarının, Mahkemeye, 27. madde de dâhil Statüdeki tüm hükümleri uygulaması için imkân verdiği karar vermiştir. Bu durum, Güvenlik Konseyi'nin alacağı bir kararla Statüye taraf olmayan devletlerin görevlilerinin bağışıklığının geçersiz kılması sonucunu doğurmaktadır. Özellikle kişisel bağışıklık bakımından bu durum oldukça eleştirilebilir niteliktedir. Çünkü uluslararası suçlar nedeniyle uluslararası mahkemeler önünde kişisel bağışıklığın geçersiz sayılması henüz bir uluslararası teamül kuralına dönüşmemiştir. Günümüzde bu geçersizlik bir devlet için ancak bağışıklığı ortadan kaldıran andlaşma hükmüne taraf olunmasına bağlıdır.

BM ve esasında Güvenlik Konseyi uluslararası bir anlaşmaya taraf olma konusunda devletlerin egemenlikten kaynaklanan yetkilerini tanımak zorundadır. BM Örgütüne üye olmak, üye devletlerin tüm egemenlik haklarının devredildiği anlamına gelmez. Güvenlik Konseyi'nin henüz teamül kuralı haline gelememiş sözleşmesel bir yükümlülüğü taraf olmayan devletlere yüklemesi statüye taraf olmayan devletin iradesinin yerine geçmesi anlamına gelir. Bu durumun bir devletin rızası dışında zorla sözleşme hükümlerinin o devlete uygulanmasından bir farkı yoktur. Güvenlik Konseyi'nin başvurusu sonucu Sudan ve Libya'nın 27. madde ile bağlı olduğunu kabul etmek, her ne kadar onları Statü'ye taraf bir devlet haline getirmese de Statünün kurduğu rejimle bağlı hale getirmektedir ki bu da genel uluslararası andlaşma ilkelerine aykırıdır. Ancak, UCM'nin aksi yöndeki uygulaması, UCM'nin yargılama yetkisinin BM Güvenlik Konseyi'nin başvurusu üzerine harekete geçmesi halinde, UCM'nin yargılama yetkisini kullanırken Statü'nün tüm hükümlerini uygulayabileceğini göstermektedir⁹⁵⁴.

⁹⁵⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi, yargı bağışıklığının geçersizliği ve işbirliği konularında ya Roma Statüsünü onaylayarak ilgili devletlerin kişisel bağışıklıktan feragat etmiş olmalarına ya da BM

Roma Statüsü, uluslararası bağımsızlığa sahip kişilerin bağımsızlığının UCM önünde geçersizliğini kabul etmekle birlikte, bu geçersizlik ancak sanığın UCM önüne çıkması halinde işlevsellik kazanacaktır. Çünkü Roma Statüsünde gıyapta yargılama yasaktır. Sanığın UCM önünde yargılanabilmesi için ise sanığın Mahkemeye teslimi konusunda devletlerin Mahkemeye işbirliği yapması gerekmektedir. Statüye göre bu yükümlülük sadece taraf devletlere aittir. Güvenlik Konseyi, Statü'nün kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak, Statüye taraf olmayan Sudan ve Libya'daki olayları UCM'ye havale eden kararlar almıştır. Çok taraflı bir andlaşma ile kurulan, bağımsız bir kurum olan ve BM ile organik bir bağı bulunmayan Uluslararası Ceza Mahkemesi, Güvenlik Konseyi başvurusunu kabul veya reddetme konusunda serbesttir. Başvuru kabul edilse dahi, UCM'nin kendine ait kolluk kuvvetleri olmaması nedeniyle, sanıkların yargılanması, UCM'ye teslim edilmeleri konusunda devletlerin işbirliği yapmasına bağlıdır. VAHS'nin 34. maddesinde belirtilen ve uluslararası andlaşmalar hukukunun temel kurallarından biri olan, “bir andlaşmanın, rızası olmadan üçüncü bir devlet için hak veya yükümlülük yaratamayacağı” kuralına göre, işbirliği yükümlülüğü, sadece Statüye taraf devletler için geçerli bir yükümlülüktür. Ancak uygulamaya bakıldığında, Güvenlik Konseyi, 1593 ve 1970 sayılı kararlarla Sudan ve Libya'daki olayları UCM'ye sevketmeyle kalmayıp, Statüye taraf olmayan Sudan'a işbirliği yapma yükümlülüğü yüklemektedir. Sözleşmesel bir yükümlülüğün, Güvenlik Konseyi kararlarıyla devletlere yüklenmesi anlamına gelen bu durum ise genel olarak uluslararası hukuka özel olarak da Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesine aykırıdır.

Tüm bu eleştiriler, Statüye taraf olmayan bir devletin ülkesinde işlenen Statüye taraf olmayan devletin uluslararası yargı bağımsızlığına sahip üst düzey devlet görevlileri içindir. Burada, UCM'nin yetki alanına giren bir suçu Statüye taraf yabancı bir devletin ülkesinde işleyen ve uluslararası bağımsızlığa sahip olmayan kişileri ayrı tutmak gerekir. Bu tür kişilerin yabancı ülkede işlediği suçlardan ötürü bu ülkede yargılanmasına bir engel olmadığı gibi, Uluslararası Ceza Mahkemesi

üyeleri devletlerin BM Şartı'nın 25. maddesi uyarınca Güvenlik Konseyi kararlarına uymak zorunda olmalarına dayanmaktadır.

tarafından yargılanmasına da bir engel bulunmamaktadır. İşte bu nedenledir ki Roma Statüsüne taraf olmayı ısrarla reddeden ABD, diğer devletlerin ülkelerinde Statü kapsamına giren suçları işleyen kendi vatandaşlarını UCM'nin yargı yetkisinden kurtarmak için diğer devletlerle “bağışıklık andlaşmaları” imzalama yoluna gitmektedir. Andlaşma metinlerinde, andlaşma taraflarının, tüm ABD vatandaşlarının, eski ya da mevcut hükümet görevlilerinin, askeri personelinin, andlaşmanın diğer tarafı olan devletin ülkesinde bulunan ABD'yle bağılılığı olan tüm kişilerin (ABD vatandaşı olmasa dahi), ABD'nin açık rızası olmadan UCM'ye teslim etmek üzere üçüncü bir devlete ya da başka bir uluslararası hukuk kişisine teslim edilmeyeceği konusunda anlaştıklarına yer verilmektedir. Bu andlaşmaların diğer devletlerce Roma Statüsüne taraf olunduktan sonra imzalanması ve onaylanmasının, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde de kabul edilen, uluslararası andlaşmaların genel amacını ortadan kaldırmama kuralına ve ahde vefa ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Güvenlik Konseyi, Sudan ve Libya'ya yönelik işbirliği yükümlülüğü yüklerken bu devletlerin çatışmaların tarafı olmalarına vurgu yapmaktadır. Her ne kadar BM Şartı'na göre, tüm BM üyesi devletler Güvenlik Konseyi kararlarına uymak zorunda olsa da, kanaatimizce Güvenlik Konseyi'nin yetkisi bölgede uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına yönelik tedbirlerle ve olayların UCM'ye havale edilmesi ile sınırlı kalmalıdır. Sudan ve Libya'nın çatışmanın tarafı olması, Güvenlik Konseyi'nin sözleşmesel bir yükümlülüğü Sözleşmeye taraf olmayan devletlere yüklemesi için yeterli değildir. BM'ye üye devletlerin Güvenlik Konseyi kararlarına uyma zorunluluğu bulunmakla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin devletlerin iradesinin yerine geçerek onları bir sözleşmeyle veya bir sözleşmenin kurduğu rejimle bağı kılma yetkisi bulunmamaktadır. İşbirliği talebinde ancak UCM bulunabilmelidir. UCM'nin işbirliği talebine uymakla yükümlü olanlar ise Statüye taraf olan devletlerdir. Bu nedenlerle Sudan'ın El Beşir'i UCM'ye teslim etmesi yükümlülüğü bulunmamalıdır. Türkiye de dâhil Statüye taraf olmayan pek çok devlete ziyaretine rağmen, El Beşir bu devletlerce tutuklanmamış ve UCM'ye teslim edilmemiştir. El Beşir'i teslim etme konusunda Statüye taraf devletlerin işbirliği yükümlülüğünün dayanağı da yine Statü olmalıdır. Bu durumda, 98/1. maddeye göre,

UCM, El Beşir'in yargı bağışıklığını kaldırma konusunda Sudan'ın rızasını elde etmediği sürece Statüye taraf devletlerden, El Beşir'in teslimi konusunda talepte bulunamaz. Nitekim UCM'nin işbirliği çağrılarına rağmen, El Beşir'in ziyaret ettiği Malavi ve Çad gibi birçok Statüye taraf devlet, UCM'nin tutuklama kararını yerine getirmemiştir. Özellikle UCM'nin dünyada işlenen tüm uluslararası suçları soruşturmak ve faillerini yargılamak yerine sadece belli olayları ele alarak tarafsız ve eşit davranmaktan uzak olması, özellikle Afrika ülkelerinin Mahkemenin işbirliği taleplerine aykırı tutum takınmasına neden olmaktadır.

Devlet başkanlarının yargı bağışıklığı ve cezai sorumluluğunun bir başka yönünü ise uluslararasılaştırılmış mahkemeler teşkil etmektedir. Bu tür mahkemeler, bir devletle bir uluslararası örgüt arasında yapılan uluslararası andlaşma sonucu kurulan bir Mahkeme olabildiği gibi, ülkede yaşanan iç savaş sonrası BM müdahalesinin ardından yine BM tarafından kurulan geçici yönetimin sonucu olarak da ortaya çıkabilmektedir. Tez çalışmamızda uluslararası destekle kurulan ve devletlerin kendi ulusal yargı sistemlerinin parçası olmayan uluslararasılaştırılmış mahkemeler olarak Kamboçya Mahkemelerinde Olağanüstü Dava Daireleri ile Sierra Leone Özel Mahkemesi ele alınmıştır. Her iki mahkeme de BM ile hükümetler arasında yapılan andlaşmalarla kurulmuştur. Bu andlaşmalar Sierra Leone ve Kamboçya gibi sadece belli bölgede işlenen uluslararası suçlarla sınırlı olarak yargılama yapmak üzere kurulmuştur. Bu yönüyle Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerine benzese de, Sierra Leone ve Kamboçya Mahkemelerinin BM Güvenlik Konseyi'nin bir kararıyla değil uluslararası bir andlaşmayla bir başka ifadeyle iki taraflı rızaya dayalı olarak kurulduğunu söylemek gerekir.

Devlet başkanlarının yargı bağışıklığı ve cezai sorumluluğu konusunda Sierra Leone Özel Mahkemesi önünde görülen, devlet başkanı Charles Taylor hakkındaki dava, görev başındaki bir devlet başkanının uluslararası mahkeme önünde yargılandığı ilk dava olması sebebiyle büyük öneme sahiptir. Yargılama sürecinde öne sürülen devlet başkanının kişisel yargı bağışıklığı sorunu, Mahkemenin devlet başkanları üzerinde yargı yetkisine sahip olup olmadığı sorununa ve bu sorun ise

Mahkemenin uluslararası mı yoksa ulusal bir mahkeme mi olduğu sorusuna verilecek cevaba dayanmıştır. Mahkemenin niteliği sorunu bakımından hem iddia hem de savunma makamları savlarını, UAD'nin Arrest Warrant kararının kendi savları ile ilgili olan kısımlarına dayandırmışlardır. Bu kararda UAD, uluslararası suçlar söz konusu olsa da yabancı ulusal bir mahkeme önünde devlet başkanlarının kişisel bağışıklığı olduğunu belirtmektedir. Kararın Taylor'un dayandığı yönü burasıdır. Ancak, bu davada söz konusu olan, bir başka devletin ceza yargılamasından bağışıklıktır. UAD, görevde bile olsalar, Eski Yugoslavya, Ruanda, UCM gibi yetkili bir uluslararası mahkeme önünde dışişleri bakanlarının, dolayısıyla devlet başkanlarının yargılanabileceğini açıkça dile getirmiştir. Kararın Savcının dayandığı kısmı ise burasıdır. Uluslararası uygulama uluslararası bir mahkemenin, görevdeki bir Devlet Başkanını yargılayabileceği ve bu kişinin, uluslararası suçlar bakımından, uluslararası teamül hukukuna göre faydalandığı yargı bağışıklığını ileri süremeyeceği görüşünü desteklemektedir. Savcı, iddianamenin onaylandığı sırada sanığın Liberya Devlet Başkanı olduğunu kabul etmekle birlikte, SLÖM'ün ulusal değil uluslararası bir mahkeme olması nedeniyle, devlet başkanının görevde olmasının yargılanmasına bir engel teşkil etmediğini ileri sürmektedir. Bu durumda Mahkemenin yetkili bir uluslararası ceza mahkemesi olup olmadığının ortaya konulmasına gerek duyulmuştur. SLÖM'nin uluslararası bir ceza mahkemesi olmadığı iddialarına karşılık Temyiz Dairesi, Taylor'ın yargı bağışıklığına sahip olup olmadığına karar verebilmek için açığa kavuşturulması gereken soruya, daha önce belirtilen birçok uluslararası unsur taşıması nedeniyle SLÖM'nin uluslararası mahkeme niteliğinde olduğu şeklinde yanıt vermiştir. ABD ve İngiltere gibi bazı güçlü devletlerin uluslararası siyasi çıkarlarının Taylor davasında yönlendirici etkide bulunduğu belirtilse de, Taylor davası uluslararası ceza adaleti bakımından da önemli bir adım oluşturmuştur. Nürnberg yargılamalarından beri, devlet içindeki resmi statüsü ne olursa olsun hiç kimsenin belirli uluslararası suçlar bakımından yargı bağışıklığından yararlanamayacağı ilkesi yerleşmiştir.

Bu çalışmada, devlet başkanlarının bağışıklığı meselesine, ağır insan hakları ihlallerinde cezai sorumluluk perspektifinden bakılmaya çalışılmış ve bağışıklığın sorumsuzluk anlamına gelmediği vurgulanmıştır. Devlet başkanlarının uluslararası

hukuktaki bağışıklığı ile ağır insan hakları ihlalleri sonucu işlenen uluslararası suçlar bakımından cezai sorumluluk arasında nasıl bir denge kurulacağı meselesi irdelenmeye çalışılmıştır. Ulusal, uluslararası ve uluslararasılaştırılmış mahkemeler önünde devlet başkanları hakkında uluslararası ciddi suçlar bakımından yapılan yargılamaların ileride uluslararası suçların işlenmesi bakımından caydırıcı olup olmayacağı belirsizdir. Karşılıklı bağımlılığın hâkim olduğu dünya düzeninde, siyasi çıkarların özellikle ulusal mahkemeler önündeki yargılamaların başlatılmasını veya seyrini etkilediği gözden kaçmamaktadır. Konu tez çalışmamızın kapsamında olmamakla birlikte, günümüzde evrensel adaleti sağlama amacı güden UCM uygulamaları da eleştirilebilir niteliktedir. Ancak, konumuz bağlamında şunu belirtmek gerekir ki, uluslararası suçları işleyen kendi vatandaşlarının UCM önünde yargılanabilmesini taahhüt etme cesareti gösteremeyen ve bu nedenle Roma Statüsü'ne taraf olmayan Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin (ABD, Çin, Rusya), Statüye taraf olmayan devletlerin ülkesinde Statüye taraf olmayan devletin vatandaşının yargılanabilmesi için olayları UCM'ye havale edebilmesi imkânı verilmesi, uluslararası barış ve güvenliğin korunması bağlamında olduğu gibi bireysel cezai sorumluluk bağlamında da çok geniş yetki verilmesi ve bir çifte standart örneğidir. Hâlbuki uluslararası toplum vicdanı ancak mahkemeler önünde sağlanmaya çalışılan adaletin herkese eşit şekilde uygulanması ile rahatlayacaktır.

KAYNAKLAR

ULUSAL MAHKEME KARARLARI

ABD

Belhas v. Ya 'alon 515 F 3d 1279 (DC Cir 2008)

Lafontant v. Aristide, US District Court, 844 F. Supp.128 (E.D.N.Y 1994)

O'Hair v. Wojtyla and Andrus, *US Digest* 1979, 897

Re Terrorist Attacks on September 11, 2001, 538 F 3d 71, United States Court of Appeals, (2nd Cir. 2008).

Republic of Philippines v. Marcos, United States District Court, 665 F. Supp. 793 (N. D.Cal. 1987)

Tachiona v. Mugabe, U.S. District Court for the Southern District of New York - 169 F. Supp. 2d 259 (S.D.N.Y. 2001).

The Schooner Exchange v. McFadden, U.S. Supreme Court, 11 U.S. 116 (1812)

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case (United States of America v. Iran) (1980)

United States v. Noriega 117 F 3d 1206 (11th Cir. 1997)

United States v. Noriega, 746 F. Supp. 1506 (s.D.Fla.1990)

Wei Ye v. Jiang Zemin, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004), U.S. Supreme Court

Almanya

Re Honecker, Germany (Federal Supreme Court of Germany) 14 Aralık 1984, 80 ILR 365.

Avustralya

Thor Shipping A/S v. The Ship 'Al Duhaul, Application for release of ship, Australia, Federal Court (FCA) 5 Aralık 2008,1842

Avusturya

AW v. J(H) F v. L (Head of State), Austria Supreme Court, 15 Şubat 2001.

Prince of X Road Accident Case (1964) 65 ILR 13 (Austria, Supreme Court).

Sheikh Zayed Bin Sultan Al Nahyan and others, United States District Court, 1107 (1996).

W v. Prince of Liechtenstein and others, Oxford Reports on International Law, ILDC 1 (AT 2001), Austria, Supreme Court of Justice (OGH).

Birleşik Krallık

Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz (Decision of District Judge Pratt, Bow Street Magistrates' Court, ILDC 97 (UK 2004)

Bank of Credit and Commerce International Ltd. v. Price Waterhouse (No 4) (1997) 4 All ER 108 (Laddie J).

De Haber v. Queen of Portugal (1851) 17 QB 171 (UK Court of Queen's Bench)

Duke of Brunswick v. King of Hanover (1848) 2 HLC 1 (UKHL)

General Shaul Mofaz (United Kingdom Bow Street Magistrates' Court, (12 Şubat 2004)

Holland v. Lampen-Wolffe (UK, 2000) 1 WLR

Jones v. Kingdom of Saudi Arabia, House of Lords, 14 June 2006, UKHL 26, (2007)1 AC 270.

Jones v. Ministry of Interior Al -Mamlaka Al -Arabiya AS Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) (2006) UKHL 26.

Mighell v. Sultan of Johore (UK, 1893), (1894) 1 QB 149

R v. Bow Street Magistrates Court ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet No 1) (2000) AC 61 (HL) 119 ILR 49

R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte (No.3), (1999), UKHL 17, (2000), 1 A.C 147.

Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet (No. 3), (1999) 2 All E.R. 97, 126-27, 149, 179, 189 (H.L.)

Zoernsch v. Waldock and other, (England, Court of Appeal (1964) 1 WLR 675, 692, CA

Hindistan

Colonel HH Raja Sir Harinder Singh Brar bans bahadur v. commissioner of income tax, punjab 64 ILR 523 (India, Supreme Court, 1971), 528

Hollanda

Jams v. Public Prosecutor, Netherlands Supreme Court, 21 Haziran 1969

The Hague City Party and ors v. Netherlands and ors, Interlocutory proceedings, Netherlands District Court, KG 05/432; ILDC 849 (NL 2005).

İtalya

Ferrini v. Federal Republic of Germany, Court of cassation of Italy, Judgement No: 5044, 128 ILR 658, 674.

İsviçre

Marcos and Marcos v. Federal Department of Police (1989), Swiss Federal Tribunal, 102 ILR 198.

Fransa

Gaddafi, Court of Cassation of France, 13.03.2001, No. 1414, 125 ILR 508 (2004)

Heritiers de L'Empereur Maximilien de Mexique v. Lemaitre, French Court of Appeal, Dalloz II (1873)

Ministere public c. Dlle Masset (1870) (France, Cour de Paris)

Mobutu and Republic of Zaire v. Societe Logrine (1994) 113 ILR 481 (France Court of Appeal of Paris)

Belçika

H.S.A. v. A.S. and Y.A., Court of Cassation of Belgium, 12 Feb. 2003, No. P.02.1139.F, 127 ILR. 110

Re Sharon and Yaron, 42 ILM (2003) 596 (Belgium: Cour de Cassation).

Kanada

Jaffe v. Miller and others (1993), *Canada, Ontario Court of Appeal*, 95 ILR 446.

Malezya

Village Holdings Sdn Bhd v. HM The Queen in Right of Canada, Malaysia, High Court (Malaya), 1987, ILR 87

Senegal

Public Prosecutor v. Hissène Habré, Cour d'appel (Court of Appeals of Dakar), Case No. 135, 4 Temmuz 2000, 125 ILR 571, 574

ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı

Legal Status of Eastern Greenland Case (Denmark v. Norway), (1933) PCIJ Series A/B, No 53,71

Uluslararası Adalet Divanı

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment, 1. C. J. Reports 1996,

Armed Activities on the Territory of the Congo (Kongo Ülkesindeki Silahlı Faaliyetler Davası) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, s. 3, para. 60 (Kısaca: Arrest Warrant)

Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France) Provisional Measures, I.C.J Reports, 2003

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, 2008, I.C.J Reports

Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, 1999, I.C.J Reports.

Frontier dispute, (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986.

Jurisdictional Immunities of the State (Federal Republic of Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012.

Land and Maritime Boundury Between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guineu intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002

Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J Reports (1994)

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaraguan v. United States), Merits Judgment, I.C.J Reports, 1986

Nuclear Test Case (Australia v. France, New Zealand v. France), Judgement (1974) I.C.J Reports

Reservation to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J Reports 1951

Western Sahara Case, Advisory Opinion, 1975, I.C.J Reports

Tokyo Uluslararası Ceza Mahkemesi Kararı

Judgement of The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), 1948,
http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Judgment-IMTFE-Vol-I-PartA.pdf

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

Prosecutor v. Tadic (Decision on Deferral), ICTY 101 ILR 1

Prosecutor v. Blaskic (Application To Vary Conditions Of Detention), The Decision Of The President Of The Tribunal 108 ILR (1998) 69.

Prosecutor v. Blaskic (Decision On The Objection Of The Republic Of Croatia To The Issuance Of Subpoena Duces Tecum Of Trial Chamber II), 18 Temmuz 1997, Case No It-95-14-T, 110 ILR 607.

Prosecutor v. Blaškić, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber, (18 Temmuz 1997), Case No. IT-95-14-AR108, App. Ch, 110 ILR 607

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

Prosecutor v. Kambanda, Case No: 97-23-DP, Indictment, 16 Ekim 1997.

Prosecutor v. Kambanda, Case No. ICTR 97-23-S, Judgement and Sentence (4 Eylül 1998)

Uluslararası Ceza Mahkemesi Kararları

Decision on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests, Case No. ICC-02/05–01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I (12 Aralık 2011).

Decision on the Refusal by the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests, Case No. ICC-02/05–01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I (13 Aralık 2011).

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Decision informing the UN Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir’s presence in the Territory of the Republic of Kenya, Public Document No. ICC-02/05-01/09, 27 Ağustos 2010

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Decision informing the UN Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir’s recent visit to the Republic of Chad, Public Document No. ICC-02/05-01/09, 27 Ağustos 2010

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Case No. ICC-02/05–01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 Mart 2009)

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Case No. ICC-02/05–01/09, Decision of the Pre-Trial Chamber I on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (12 Temmuz 2010)

Warrant of Arrest for Muammar Gaddafi, Case No. ICC-01/11, Decision of the Pre-Trial Chamber I (27 Haziran 2011).

Sierra Leone Özel Mahkemesi

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction (31 Mayıs, 2004), Case no. SCSL 2003-01-I

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Case No. SCSL-2003-01, Indictment

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Al-Adsani v. United Kingdom, App. No. 35763/97, 2001-XI ECHR.

Avrupa Birliği Adalet Divanı

Hungary v. Slovakia, Judgement in Case C-364/10, 16 Ekim 2012,

ULUSLARARASI ÖRGÜT KARARLARI

BM Güvenlik Konseyi Kararları

UN Doc. S/Res/1970(2011)

UN Doc. S/Res/1593(2005)

BM Genel Kurulu

UNGA Res 95(I) (1946) UN Doc. A/64/Add.1

UNGA Res 52/135 (1997) UN. Doc. A/RES/52/135

Ninety-Third Meeting of the Sixth Committee of the General Assembly, 6 Kasım 1948, A/C.6/SR.93

UNGA Res 59/38, Annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49)

Official Records of The General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)

UNGA Res A/RES/55/12 (2000)

Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği

Letter from the Secretary-General to the President of the General Assembly (31 Temmuz 1998) UN DocA/52/1007.

Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)

Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly Resolution 52/135 (16 Mart 1999) UN Doc. A/53/850-S/1999/231, Annex.

Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışmaları

Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. A/CN.4/701.

Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. A/CN.4/686.

Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Preliminary report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/654

Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, A/CN.4/661.

Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Sixth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. A/CN. 4/722.

Escobar-Hernández (Raportör), ILC, Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N.A/CN.4/673.

International Law Commission, 9 U.N. G.A.O.R. (Supp. No. 9) P. 11, U.N. Doc. A/2693 (1954).

International Law Commission, Provisional agenda for the fifty-eight session A/CN.4/559 Official Records of The General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

International Law Commission, Titles of Parts Two and Three, and texts and titles of draft article 7 and annex provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-ninth session, U.N. A/CN.4/L.893.

R. A. Kolodkin (Raportör), ILC, Third report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. Doc. A/CN.4/646.

R. A. Kolodkin (Raportör), International Law Commission (ILC), Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, U.N. Doc. A/CN.4/601.

International Law Commission, *Report On The Draft Code Of Crimes Against The Peace And Security Of Mankind*, (19 Temmuz 1991), 46 U.N. G.A.O.R. (Supp. No. 10) P. 238, U.N.Doc. A/46/10 (1991).

Afrika Birliği

African Union (AU), Report of the Committee of Eminent African Jurists on the Case of Hissène Habré, 2 Temmuz 2006

Assembly of the African Union (AU), Decision on the Hissène Habré Case and the African Union (Doc. Assembly/AU/8(VI)) Add.9, 24 Ocak 2006, Assembly/AU/Dec.103(VI)

Assembly of the African Union (AU), Decision on the Hissène Habré Case Doc. Assembly/AU/12 (XVIII), 30 Ocak 2012, Assembly/au/Dec.401 (XVIII)

Decision on the Hissène Habré Case Doc. Assembly/AU/11 (XV), 27 Temmuz 2010, Assembly/AU/Dec.297 (XV).

Decision on the Hissène Habré Case Doc. Assembly/AU/8 (XVII), 1 Temmuz 2011, Assembly/AU/Dec.371 (XVII).

Decision on the Hissène Habré Case Doc. Assembly/AU/9 (XVI), 31 Ocak 2011, Assembly/AU/Dec.340 (XVI).

ULUSLARARASI HUKUK ENSTİTÜSÜNÜN ÇALIŞMALARI

Hamburg Session, Resolution on the Jurisdiction Of Courts In Proceedings Against Foreign States, Sovereigns and Heads of State, 1891.

Vancouver Session, Resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, 2001

Napoli Session, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes, 2009, (Raportör: Hazel Fox).

KİTAPLAR ve MAKALELER

ABASS, Ademola, *Complete International Law*, Oxford University Press, 2. Ed., 2014.

ABTAHI, Hiran/ WEBB Philippa, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires, Genocide Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

AKANDE, Dapo, “Head of State Immunity is a Part of State Immunity: A Response to Jens Iverson”, <https://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-a-part-of-state-immunity-a-response-to-jens-iverson/> (E.T: 20.07.2017).

AKANDE, Dapo, “International Law Immunities And The International Criminal Court”, *The American Journal Of International Law*, Vol. 98, 2004.

AKANDE, Dapo, “The Bashir Indictment: Are Serving Heads of State Immune from ICC Prosecution?”, *Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series*, 2008.

AKANDE, Dapo, “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol.7, 2009.

AKANDE, Dapo, “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 3, 2003.

AKANDE, Dapo/ SHAH Sangeeta, “Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011.

AKİPEK, Ömer İlhan, “Ülke Dışılık”, *AÜHFD*, C. XXIV (1967) , S. 1-4.

AKİPEK, Ömer İlhan, *Devletler Hukuku*, 2. Kitap, 3. bs. , Ankara 1966.

AKKUTAY, Berat Lale, “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı”, *TBB Dergisi*, S. 113, 2014.

AKSAR, Yusuf, “Nuremberg’den Günümüz Uluslararası Ceza Yargısı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne”, <http://www.hukukpolitik.com.tr/2016/03/30/Nurembergden-gunumuz-uluslararasi-ceza-yargisi-uluslararasi-ceza-mahkemesine/> (E.T: 10.04.2018).

AKSAR, Yusuf, “Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4, 2003.

AKSAR, Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı:2, 2003.

AKSAR, Yusuf, *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Psychology Press, 2004, s. 8 (Kısaca: *International Humanitarian Law*).

AKSAR, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*, Ankara 2012.

AKSAR, Yusuf, Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4, 2003, s. 133.(Kısaca Aksar, Belçika Kararı).

ALDERTON, Matthew, “Immunity for Heads of State Acting in Their Private Capacity-Thor Shipping A/S v. the Ship 'Al Duhail’”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, No. 3 (Temmuz 2009).

ALEBEEK, Rosanne Van, “National Courts, International Crimes and The Functional Immunity Of State Officials”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 59 (1), 2012.

ALEBEEK, Rosanne Van, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2007 (Kısaca: *The Immunity of States and Their Officials*).

ALİBABA, Arzu, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 2000.

ALPKAYA, Gökçen, *Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002 (Kısaca: EYUCM).

ALPKAYA, Gökçen, Miloseviç Lahey Yolunda, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 56(1), 2002.

ALSAN, Zeki Mesud, *Devletler Hukuk Dersleri*, Ankara, 1950, s. 255.

ALTUĞ, Yılmaz, *Devletler Umumi Hukuku*, İstanbul 1995.

ANGOLA, Jose Doria, *A Case Study In The Challenges Of Achieving Peace And The Question Of Amnesty Or Prosecution Of War Crimes In Mixed Armed Conflicts*, H. Fischer, A. McDonald (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2002, 5. Cilt, 2002.

ARRIAZA, Naomi Roht-, *The Multiple Prosecutions of Augusto Pinochet*, E.L. Lutz and C. Reiger (eds.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, 2009.

ARRIAZA, Naomi Roht-, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, University of Pennsylvania Press, 2010.

AUST, Anthony, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, 2010.

AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Ed., Cambridge University Press, 2013.

AYBAY, Rona, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı”, *TBB Dergisi*, S. 72, 2007.

AZARKAN, Ezeli, “Bireyin Uluslararası Ceza Sorumluluğu ve Miloseviç Davası”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003.

AZARKAN, Ezeli, *Nuremberg’ten La Haye’ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

AZARKAN, Ezeli, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Slovenya, Hırvatistan ve Bosna-Hersek)*, Ankara 2008.

BAKER, Roozbeh (Rudy) B, “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010.

BAKER, Roozbeh (Rudy) B., “Universal Jurisdiction And The Case Of Belgium: A Critical Assessment”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol.16 (1), 2009.

BANKAS, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer Science & Business Media, 2005.

BANTEKAS, Ilias/ NASH, Susan, *International Criminal Law*, 3.bs., Routledge, 2007

BARKER, J. Craig, *International Law and International Relations*, A&C Black, 2000.

BARKER, J. Craig, *The Protection of Diplomatic Personnel*, Routledge, 2016.

BASS, Gary Jonathan, *Stay The Hand Of Vengeance: The Politics Of War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, 2014.

BASSIOUNI, M. Cherif , *International Criminal Law: Multilateral And Bilateral Enforcement Mechanisms*, 3.bs., BRILL, 2008, s. 235.(Kısaca: *Multilateral And Bilateral Enforcement*).

BASSIOUNI, M. Cherif, “Establishing an International Criminal Court: Historical Survey”, *Military Law Review*, Vol. 149, 1995.

BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity Historical Evolution And Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011.

BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity In International Law*, 2. ed., Kluwer Law International, 1999

BASSIOUNI, M. Cherif, *International Criminal Law: International Enforcement*, 3. Cilt, Brill, 2008.(Kısaca: *International Enforcement*).

BASSIOUNI, M. Cherif, *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, BRILL, 2008.

BASSIOUNI, M. Cherif, *International Extradition, United States and Practice*, 6. ed., Oxford University Press, 2014.

BASSIOUNI, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

BAYILLIOĞLU, Uğur, “Uluslararası Adalet Divanının Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 27, 2006.

BAYILLIOĞLU, Uğur, “Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi”, *AÜHFD*, S. 62 (2), 2013.

BEİGBEDER, Yves, *International Criminal Tribunals: Justice And Politics*, Springer, 2011.

BEKKER, Peter H. F., CARON David D., International Decisions, *The American Journal Of International Law*, Vol. 97 (2), 2003.

BENZING, Marcus, U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of The International Criminal Court: An Exercise in The Law of Treaties, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 8, 2004.

BIANCHI, Andrea, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol. 46, 1994.

BIANCHI, Andrea, "Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case", Vol. 10, *European Journal of International Law*, 1999.

BIANCHI, Andrea, "Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case", *The European Journal of International Law*, 1999, Vol. 1

BİLSEL, Cemil, *Devletler Hukuku*, 1. Kitap, (Devletler), İstanbul 1941.

BLUM, Yehuda Z., "UN Membership of the 'New' Yugoslavia: Continuity or Break?", *American Journal of International Law*, Vol. 86 (4), 1992.

BOCZEK, Boleslaw Adam, *International Law: A Dictionary*, Scarecrow Press, 2005.

BOZKURT, Enver, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma*, Ankara, 2007.

BOZKURT, Enver/ ERDAL Selcen/ POYRAZ Yasin, *Devletler Hukuku*, Ankara 2017.

BRADLEY, Curtis A., Laurence R. Helfer, "International Law And The U.S. Common Law Of Foreign Official Immunity", *The Supreme Court Review*, 2010, Vol. 6.

BRIERLY, James Leslie, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, Oxford University Press, 2012.

BROCKMAN-HAWE, Benjamin "II. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Decision on the Accused's Second Motion for Inspection and Disclosure: Immunity Issue Trial Chamber Decision of 17 December 2008", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, 2009.

BRODY, Reed, *The Prosecution of Hissène Habré: International Accountability, National Impunity*, N. R. Arriaza, J. Mariezcurrena (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth Versus Justice*, Cambridge University Press, 2006.

BRODY, Reed, *Using Universal Jurisdiction to Combat Impunity*, M. Lattimer, P. Sands (eds.), Justice for Crimes Against Humanity, Oxford Hart Publishing, 2003.

BRODY, Reed/ DUFFY Helen, *Prosecuting Torture Universally: Hissène Habré, Africa's Pinochet?*, H. Fischer, C. Kress, S. R. Luder, A. Spitz (eds.), International and National Prosecution of Crimes Under International Law: Current Developments, 2001.

BRODY, Reed/ RATNER Michael, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet Ugarte in Spain and Britain*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

BROOMHALL, Bruce, "International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law", Oxford University Press, 2004.

BROOMHALL, Bruce, "Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law", *New England Law Review*, 2001, Vol. 35.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 7. ed., Oxford University Press, 2008.

BROHMER, Jürgen, "Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a Notorious Human Rights Violator", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 2, 1999.

BROHMER, Jürgen, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers (Kısaca "State Immunity"), 1997.

CALLAN, Erin M., "In Re Mr. And Mrs. Doe: Witnesses Before The Grand Jury and The Head Of State Immunity Doctrine" (1989), *International Law and Politics*, Vol. 22, s. 126.

CASSESE, Antonio, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes Some Comments on the Congo v. Belgium Case", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2002.

CASSESE, Antonio, "The Belgian Court of Cassation v. the International Court of Justice: The Sharon and Others Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.1, 2003.

CASSESE, Antonio, "The Italian Court of Cassation Misapprehends the Notion of War Crimes: The Lozano Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, No. 5, 2008.

CASSESE, Antonio, "The Statute Of The International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal Of International Law*, Vol. 10, 1999.

CASSESE, Antonio, "The Statute Of The International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal Of International Law*, Vol. 10, 1999.

CASSESE, Antonio, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", *European Journal of International Law*, Vol. 13 No. 4, 2002, s. 864.(Kısaca: The Congo v. Belgium Case).

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2.ed., Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2005.

CASSESE, Antonio/ ACQUAVIVA, Guido/ FAN, Mary/ WHITING, Alex, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, 2011.

CASSESE, Antonio/ GAETA, Paola/ BAIG, Laurel, *Cassese's International Criminal Law*, 2. ed., Oxford University Press, 2013.

CONFORTI, Benedetto, *The Law and Practice of the United Nations*, 3.ed., Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

CRAVEN, Matthew, "The Genocide Case, the Law of Treaties and State Succession", *British Year Book of International Law*, Vol. 68(1), 1997.

CRAWFORD, James R., *Creation of States in International Law*, Oxford University Press, 2006.

CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 8. ed., 2012.

CRYER Robert, *An Introduction to International Criminal Law And Procedure*, Cambridge University Press, 2010.

CRYER, Robert/ BOISTER, Neil, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment, and Judgments*, 1. Cilt, Oxford University Press, 2008.

CRYER, Robert/ FRIMAN, Hakan/ ROBINSON, Darryl/ WILMSHURST, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2. ed., 2010.

ÇELİK, Edip F., *Milletlerarası Hukuk*, Cilt I, İstanbul 1980.

D'ARGENT, Pierre, *Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute*, A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter, C. Tomuschat (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

DAMROSCH, Lori Fisler, "Changing Immunity Law Through National Decisions", *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, 2011, Vol. 44.

DEĞİRMENCİ, Olgun, "Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu ilkesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 8, 2008.

DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri* 8. bs., Ankara 2012.

DENZA, Eileen, *Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities*, R. Bernhardt (edt.) *Encyclopedia of Public International Law* Vol. 9 (1986).

DENZA, Eileen, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, 2016.

DENZA, Eileen, *Visiting Professor of Law Eileen Denza, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, 2016.

DINSTEIN, Yoram, “Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae”, *International and Comparative Law Quarterly*, (1966), Vol.15,

DIXON, Martin, *Textbook On International Law*, 7. ed., Oxford University Press, 2013.

DİLEK, Mehmet Sait, “Büyük Güçlerin Politikaları ve Briand-Kellogg Paktı”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 10, Sayı 37 (Bahar 2013)

DOĞAN, İlyas, *Devletler Hukuku*, Ankara 2008.

DORIA, José/ GASSER, Hans-Peter/ BASSIOUNI, M. Cherif, *The Legal Regime Of The International Criminal Court: Essays In Honour Of Professor Igor Blishchenko: In Memoriam Professor Igor Pavlovich Blishchenko (1930-2000)*, Brill, 2009.

DÖNER, Ayhan, “Kuvvet Kullanma Yasağı ve İnsani Müdahale Açısından II. Körfez Krizi”, *e-akademi*, Sayı 17, Temmuz 2003, para. 26. <http://www.e-akademi.org/> (E.T: 23.08.2017).

DÖNER, Ayhan, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara 2003.

DÖNER, Ayhan, “Parlamentar Bağımsızlıklar”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VIII, S. 1-2

DÖNER, Ayhan/ DABANLIOĞLU ALANUR, Nesrin, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Karşısında ABD’nin Durumu ‘Madde 98 andlaşmaları’”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, S. 3-4, 2017, s. 1-45.

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku-Genel Kısım*, Cilt III., 11. bs., İstanbul 1997.

DUFFY, Helen, Jonathan Huston, *Implementation Of The ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations*, Claus Kress, Flavia Lattanzi (Edts.), *The Rome Statute And Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, Editrice Il Sirente, 2000.

ENGLE, Eric, *Private Law Remedies for Extraterritorial Human Rights Violations*, Eric Engle Press, 2006.

- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21.bs., Ankara 2017.
- ERTEN, M. Ezgi, *Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslararası Hukukta Devletin Yargı Bağımsızlığı*, Ankara 2016.
- EROĞLU, Hamza, *Devletler Umumi Hukuku*, 2.bs. Turhan Kitabevi, Ankara 1984.
- ERSON ASAR, Bilge, *Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul 2016.
- ETCHESON, Craig, Designing Justice for Cambodia's Khmer Rouge, J. Carey, W. V. Dunlap, R. J. Pritchard (eds.), *International Humanitarian Law: Prospects*, BRILL, 2006.
- FOAKES, Joanne, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford University Press, 2014.
- FOX, Hazel, "The Pinochet Case No 3", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, 1999.
- FOX, Hazel, "The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, No. 1, 2002.
- FOX, Hazel, *International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States*, Malcolm David Evans (edt.), *International Law*, Oxford University Press, 2014.
- FOX, Hazel/ WEBB, Philippa, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 3.ed., 2013 (Kısaca: *State Immunity*).
- FRANEY, Elizabeth Helen, *Immunity From The Criminal Jurisdiction Of National Courts*, A. Orakelashvili(edt.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Edward Elgar Publishing, 2015.
- FRULLI, Micaela, "The Question of Charles Taylor's Immunity: Still in Search of a Balanced Application Of Personal Immunities?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004.

GAETA, Paola, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2, 2009.

GAETA, Paola, “Official Capacities and Immunities in *The Rome Statute of the International Criminal Court*”, A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, 2002.

GAETA, Paola, “*Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The *Hissène Habré* Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003.

GAETA, Paola, *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, 2009.

GEDİK, Ömer/ KÖKÜSARI İsmail, “14 Aralık 1995 Dayton Anlaşması İle Oluşturulan Hükümet Biçiminin Bosna Pratiğindeki Sorunları ve Çözüm Önerileri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 1-2, 2014.

GEORGE, Shobha Varughese, “Head-of-State Immunity in the United States Courts: Still Confused After All These Years” , *Fordham Law Review*, 1995, Vol. 64.

GIOIA, Federica, *The International Criminal Court and National Jurisdictions, The Complementary Role of the International Criminal Court: Are There any Time-Limits?*, M. Politi, F. Gioia (eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Routledge, 2016.

GIRLING, J. L. S., *France: Political and Social Change*, Psychology Press, 1998.

GOEMANS, H.E., *War And Punishment: The Causes Of War Termination And The First World War*, Princeton University Press, 2000.

GOOD, David F./ WODAK Ruth, *From World War to Waldheim: Culture and Politics in Austria and the United States*, Berghahn Books 1999.

GÖZLER, Kemal *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2017.

GÖZLER, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, 5. bs., Bursa 2014.

- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1, Bursa 2011.
- GÖZLER, Kemal, *Devlet Başkanları-Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ekin Kitabevi, Bursa 2001.
- GÖZLER, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara 1998.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, 1. Cilt, Bursa 2009.
- GÖZLÜGÖL, Sait Vakkas, “Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1,
- GROFF, Joshua D., “A Proposal for Diplomatic Accountability Using the Jurisdiction of the International Criminal Court: The Decline of an Absolute Sovereign Right”, *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 14, 2000.
- GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, Reşat Volkan Günel (ed.), Beta, 6. bs., İstanbul, 2013.
- GÜNDÜZ, Aslan, *Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1984, (Kısaca: *Yargı Bağımsızlığı*).
- HAZEL, Fox, *The Law Of State Immunity*, Oxford University Press, 2008.
- HEINZE, Eric/ FITZMAURICE M., *Landmark Cases in Public International Law*, Kluwer Law International, 1998.
- HELLER, Kevin Jon, *The Nürnberg Military Tribunals And The Origins Of International Criminal Law*, Oxford University Press, 2011.
- HIGHET, Keith/ KAHALE III George/ DELLAPENNA Joseph W., “Lafontant v. Aristide. 844 F.Supp. 128”, *The American Journal of International Law*, Vol. 88, No. 3 1994, s. 528-532.
- HIGONNET, Etelle R., “Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23 (2), 2006.

HILLIER, Tim, *Sourcebook on Public International Law*, Cavendish Publishing, 1998.

HORSINGTON, Helen, “The Cambodian Khmer Rouge Tribunal: The Promise of a Hybrid Tribunal”, Vol. 5, *Melbourne Journal of International Law*, 2004.

HULME, Max H., “Preambles In Treaty Interpretation”, *University Of Pennsylvania Law Review*, Vol. 164, 2016.

İMAMOVIĆ, Mustafa, *Bosnia and Herzegovina: Evolution of Its Political and Legal Institutions*, Sarajevo 2006.

IVERSON, Jens M., “The Continuing Functions of Article 98 of the Rome Statute”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, 2012.

İNAT, Kemal/ KALAYCI, Rıdvan, “Ruanda: ‘Ortadoğu’ Afrika’da Katliamlar Ülkesi”, Kemal İnata, Burhanettin Duran, Muhittin Ataman (edt.), *Dünya Çatışmaları-Çatışma Bölgeleri ve Konuları*, 2. Cilt.

JENNINGS, Robert/ WATSS, Arthur, *Oppenheim’s International Law*, 9. ed., Vol. 1, Peace, Introduction and Part 1, Oxford University Press, 2008.

JENNINGS, Robert/ WATTS, Arthur, *Oppenheim’s International Law*, 9. ed., Part 2 to 4, Oxford University Press, 2008.

JENNINGS, Robert/ WATTS, Arthur, *Oppenheim’s International Law*, 9.ed., Vol. 1, Peace, Longman Longman, 1992.

JIA, Bing Bing, “The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012.

JOYNER, Christopher C., *International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance*, Rowman & Littlefield, 2005.

KACZOROWSKA, Alina, *Public International Law*, Routledge, 2010

KAIKOBAD, K. / HARTMANN / SHAH / WARBRICK C./ WILLIAMSS S. (eds.), United Kingdom Materials on International Law 2003, *British Yearbook of International Law*, Vol. 74 (1), 2004.

KAYA, İbrahim, Pinochet Davası: İnsan Hakları Pinochet'ye Karşı, Liberal Düşünce, S. 16, Güz, 1999

KEITNER, Chimène I., “Foreign Official Immunity and the “Baseline” Problem”, *Fordham Law Review* Vol. 80, No. 2, 2011.

KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange, 1952.

KESKIN, Funda, “BM ve Kuvvet Kullanma”, *Avrasya Dosyası*, BM Özel, Cilt: 8, Sayı: 1, Ilkbahar-2002.

KING, Henry T. Jr., “The Judgments And Legacy Of Nürnberg”, *Yale Journal Of International Law*, Vol. 22, 1997.

KIRSCH, Philippe, “The International Criminal Court”, *McGill Law Journal*, Vol. 46, 2000.

KLIP, André, *Annotated Leading Cases Of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia 2001-2002*, Intersentia Nv, 2005.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. bs., Ankara 2014.

KOCAOĞLU, Sinan, “Evrensel Yetki”, *TBB Dergisi*, Sayı 60, 2005.

KÖCHLER, Hans, *Küresel Adalet mi?, Küresel İntikam mı?*, (Çev. Funda Keskin, Erdem Denk), İstanbul 2005.

LAUTERPACHT Elihu; GREENWOOD C. J. (edt.) *International Law Reports*, 103. Cilt, Cambridge University Press, 1996.

LAUTERPACHT, Elihu; GREENWOOD C. J. (eds.), *International Law Reports*, 128. Cilt, Cambridge University Press, 2006.

LAUTERPACHT, Elihu; GREENWOOD Christopher, LEE Karen, *International Law Reports*, Cambridge University Press, 2011.

LAUTERPACHT, Hersch, “The Proble of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, *British Yearbook of International Law*, (1951), Vol. 28.

- LE FUR, Louis, *Devletler Umumi Hukuku*, (Çev. Şinasi Z. Devrin), Ankara 1942
- LUTZ, Ellen L., *Prosecutions of Heads of State*, E. Lutz, C. Reiger (eds.), Prosecuting Heads of State, Cambridge University Press, 2009.
- LÜTEM, İlhan, *Devletler Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1958.
- LÜTEM, İlhan, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1951.
- MACEDO, Stephen, *Universal Jurisdiction: National Courts and The Prosecution Of Serious Crimes Under International Law*, University Of Pennsylvania Press, 2006.
- MAGINNIS, Veronica L., Limiting Diplomatic Immunity: Lessons Learned from the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 28 (3).
- MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7.ed., Routledge, 1977.
- MALLESON, Kate, “Judicial Bias and Disqualification after Pinochet (No. 2)”, *The Modern Law Review*, Vol. 63, No. 1, 2000, s. 119-127.
- MCCLANAHAN, Grant V., *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems*, Hurst & Company, London, 1989.
- MCCLEAN, John David, *International Co-Operation in Civil And Criminal Matters*, Oxford University Press, 2012.
- MERAY, Seha L., “Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 3.
- MERAY, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, Ankara 1962.
- MICHAEL, Tunk, “Diplomats Or Defendants? Defining The Future Of Head-Of-State Immunity”, *Duke Law Journal*, Vol. 52, 2002.

- MOKHTARPOUR, Alireza, *İran Devlet Modeli*, (Danışmanı: Prof. Dr. Anıl Çeçen), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- MORRIS, Virginia, Michael P. Scharf, *The International Criminal Tribunal For Rwanda*, Transnational Publishers, 1998.
- MULLER, Sam, *International Organizations and Their Host States: Aspects of Their Legal Relationship*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- MURPHY, Sean D., “Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin’ in ‘Contemporary Practice of the United States Relating to International Law’”, *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003.
- MURPHY, Sean D., *United States Practice in International Law: 2002-2004*, Cambridge University Press, 2002.
- NEEDHAM, Jessica, “Protection Or Prosecution For Omar Al Bashir The Changing State Of Immunity In International Criminal Law, *Auckland University Law Review*, Vol. 17, 2011.
- NICHOLLS, Clive, MONTGOMERY Clare, KNOWLES Julian B., *The Law Of Extradition And Mutual Assistance: International Criminal Law: Practice And Procedure*, Cameron May Publishers, 2002.
- NOUWEN, Sarah M.H., “Hybrid Courts The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts”, *Utrecht Law Review*, Vol. 2 (2), 2006.
- NTOUBANDI, Faustin, *Amnesty For Crimes Against Humanity Under International Law*, Brill, 2007.
- Nürnberg International Military Tribunal: Judgement And Sentence, *American Journal of International Law*, Vol. 41, (1947).
- O'BRIEN. John, *International Law*. London: Cavendish Publishing, 2001.
- O'KEEFE, Roger, “The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction”, *Journal International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, 2009.

O'NEILL, Kerry Creque, "A New Customary Law Of Head Of State Immunity?: Hirohito And Pinochet", *Stanford Journal Of International Law*, Vol. 38, 2002.

ODMAN, Tefvik, "Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1996, Cilt 45, Sayı 1-4.

OĞUZMAN, Kemal, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, İstanbul 2017.

O'KEEFE, Roger, TAMS Christian J., *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, 2013.

OPPENHEIM, Lassa, ROXBURGH Ronald, *International Law: A Treatise*, Vol. 1, The Lawbook Exchange, 1920.

ORAKHELASHVILI, Alexander, "State Immunity and International Public Order", *German Yearbook of International Law*, 2002, Vol. 45.

ORAKHELASHVILI, Alexander, *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Edward Elgar Publishing, 2015.

ORAKHELASHVILI, Alexander, *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Edward Elgar Publishing, 2015.

ORAL, Elif, "Lübnan Özel Mahkemesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 2, 2008.

ÖNOK, Murat Rıfat, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

ÖNOK, Murat Rıfat, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

ÖZEK, Çetin, *Devlet Başkanına Karşı Suçlar*, İstanbul 1970.

ÖZKAN, Işıl, "Devletin Yargı Dokunulmazlığı", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, 1975.

ÖZKAN, Işıl, “Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Cilt. 8.

PALCHETTI, Paolo, “Some Remarks On The Scope Of Immunity Of Foreign State Officials in The Light Of Recent Judgments Of Italian Courts”, *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 19, 2009.

PALCHETTI, Paolo, “Some Remarks On The Scope Of Immunity Of Foreign State Officials in The Light Of Recent Judgments Of Italian Courts”, *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 19, 2009.

PANHUYS, Van, “In the Borderland Between the act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 13, 1964.

PAZARCI, Hüseyin, “Bosna-Hersek Sorununda Uluslararası Yargının Rolü”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 5, No. 1-4, 1996.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, 13. bs., Ankara 2016

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, 8.bs., Ankara 2005.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, 4. bs., Ankara 2005.

PEDRETTİ, Ramona , *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

PENROSE, Mary M., *The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law*, Santa Clara J. Int'l L. Vol. 7, 2010.

PİCTET, Jean S., *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Geneva: International Committee of the Red Cross (*Commentary to the First Geneva Convention*), 1952.

PİCTET, Jean S., *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*. Geneva: International Committee of the Red Cross, (*Commentary to the Second Geneva Convention*) 1960.

- PREUX, Jean de, *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva: International Committee of the Red Cross (Commentary to the Third Geneva Convention)*, 1960.
- PRZETACZNIK, Franciszek, *Protection of Officials of Foreign States According to International Law*, BRILL 1983.
- REÇBER, Kamuran, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Bursa 2011.
- REINISCH, August, *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford University Press, 2013.
- REMEC, Peter Pavel, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, Springer, 2012.
- RILEY, H. Z., *Dictionary of Latin Quotations Proverbs Maximus and Mottos, Classical and Medieval, Including Law Terms and Phrases*, Bell&Daldy, London, 1866.
- ROBERTS, Ivor, *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford University Press, 6. ed., 2009.
- RODLEY, Nigel S., “Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective”, [*Nordic Journal of International Law*, Vol. 69, No. 1](#), 2000.
- ROMANO, Cesare P. R., NOLLKAEMPER André, *The Arrest Warrant Against the Liberian President, Charles Taylor*, American Society of International Law (ASIL) Insights, Vol. 8 (16), 2003, <https://www.asil.org/insights/volume/8/issue/16/arrest-warrant-against-liberian-president-charles-taylor>
- RUDY, Ludju Kalembo, *Devlet Başkanlarının Cezai Sorumluluğu: Charles Taylor Örneği*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- SARICA, Murat, *1. Dünya Savaşından Sonra Avrupa'da Barışı Kurma ve Sürdürme Çabaları (1919-1929)*, İstanbul 1982.

SCHABAS, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2000.

SCHARF, Michael P., "Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations," *Cornell International Law Journal*, Vol. 28 (1), 1995.

SCHEFFER, David J., "Developments in International Law: Foreword", *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999.

SCHEFFER, David, "Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005.

SCHELBERT, Leo, *Historical Dictionary of Switzerland*, Rowman & Littlefield, 2014.

SENA, Pasquale De / VITTOR Francesca De, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", *The European Journal of International Law*, Vol. 16, No.1, 2005.

SEVIĞ, Muammer Raşit, *Devletler Umumi Hukuku*, İstanbul 1958.

SHAPIRO, Lori J., "Foreign Relations Law: Modern Developments in Diplomatic Immunity", 1989, *Annual Survey of American Law*.

SHAW, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, 6 ed. 2008.

SIMMONDS. K. R., "The Duration of International Jurisdictional Immunities (Based on Zoersch v. Waddock and Another)", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 13, No. 4, 1964.

SIMBEYE, Yitiha, *Immunity and International Criminal Law* (Aldershot: Ashgate Publishing, 2004).

SINGERMAN, Daniel M., "It's Still Good To Be The King: An Argument For Maintaining The Status Quo In Foreign Head Of State Immunity", *Emory International Law Review*, Vol. 21, 2007.

SINHA, Prakash, *Asylum and International Law*, Springer Science & Business Media, 2013.

SPINEDİ, Marina, “State Responsibility v. Individual Responsibility tor International Crimes: Tertium Non Datur?”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2002.

STEFFEN, Wirth, “Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case”, *European Journal of International Law*, Vol.13, No. 4, 2002.

STERN, Brigitte, *Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?*, B. Stern, M. Lattimer, P. Sands(edts.), Justice for Crimes Against Humanity, Hart Publishing, 2003.

SUMMERS, Mark A., “Diplomatic Immunity *Ratione Personae*: Did the International Court of Justice Create a New Customary Law Rule in Congo v. Belgium”, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, 2007.

SUMMERS, Mark A., “Immunity Or Impunity? The Potential Effect Of Prosecutions Of State Officials For Core International Crimes in States Like The United States That Are Not Parties To The Statute Of The International Criminal Court”, *Brooklyn Journal Of International Law*, Vol. 3, 2006.

SUR, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 3. bs., İstanbul 2008.

SWAAK GOLDMAN, Olivia -, *Kambanda v. Prosecutor*. No. ICTR 97-23-A, *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 3, 2001.

ŞEN, Ersan, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara 2009.

ŞENER, Esat, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2001.

TALMON, Stefan, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, Clarendon Press, 1998.

TANER, M. Tahir, *Ceza Hukuku, Umumi Kısım*, İstanbul, 1949.

TAYLOR, Telford, *The Anatomy Of The Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, Bloomsbury Publishing, 1993.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 2.bs., Ankara 2014.

TEZCAN, Durmuş, *Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı*, Hukuk Kurultayı, Cilt 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000.

TOLUNER, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi*, 2. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1979.

TOMONORİ, Mizushima, “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 29, 2001.

TOSUN, Öztekin, İnsanlık Aleyhine Suçlar, Adalet Dergisi, S. 4, 1954.

TOTTEN, Christopher D., “Head-of-State and Foreign Official Immunity in the United States After Samantar: A Suggested Approach”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, Issue 2, 2011, Article 6.

TUNKS, Michael A., “Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity”, *Duke Law Journal*, Vol. 52, 2002.

TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük, TDK yayınları, Sayı 549, 1988.

TÜTÜNCÜ, Ayşenur, *İnsancıl Hukuka Giriş*, 2. bs., Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

UHLER, Oscar M., COURSIER Henry, *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva: International Committee of the Red Cross, (Commentary to the Fourth Geneva Convention)* 1958.

UZUN, Elif, “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2003/2.

ÜNAL, Şeref, *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara 2003.

VÄRK, René, ‘Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes’, *Juridica International*, Vol. VIII, 2003.

VATTEL, Emmerich De, *The Law of Nations; or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Sovereigns*, Luke White, 1792.

- WANHONG. Zhang, “From Nuremberg to Tokyo: Some Reflections on the Tokyo Trial (On the Sixtieth Anniversary of the Nuremberg Trials)”, *Cardozo Law Review*, Vol. 27, No. 4, 2006.
- WARBRICK. Colin, Immunity and International Crimes in English Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004.
- WATTS, Arthur, “The Legal Position in International Law of Heads Of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, (1994) 247 III *Recueil Des Cours* (Bundan sonra: Legal Position).
- WATTS, Arthur, Heads of State, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1418?prd=EPIL>, (E.T: 14.04.2016).
- WATTS, Arthur, *The International Law Commission 1949-1998, Vol. II.*, Oxford University Press, 1999.
- WEBB, Philippa, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford University Press, 2013.
- WEDGWOOD, Ruth, “Augusto Pinochet and International Law”, *McGill Law Journal*, Vol. 46, 2000.
- WHITE, Robin C. A., “The State Immunity Act 1978”, *The Modern Law Review*, Vol. 42, 1979.
- WICKREMASINGHE, Chanaka, *Immunities Enjoyed By Officials Of States And International Organizations*, Malcom D. Evans (edt.), International Law, Oxford University Press, 3.ed., 2010.
- WIJNGAERT, Christine Van Den, STESENS Guy, JANSSENS Liesbeth, *International Criminal Law: A Collection Of International and European Instruments*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- WILLIAMS, Sarah, “The Cambodian Extraordinary Chambers-A Dangerous Precedent for International Justice”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004.

WILLIAMS, Sarah, SHERIF Lena, “The Arrest Warrant for President Al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 14, 2009.

WILLIAMSON, Jamie Allan, “Some Considerations on Command Responsibility and Criminal Liability”, Vol. 90, N. 870, 2008, *International Review Red Cross*.

WLADIMIROFF, Michael, Co-Operation On Criminal Matters: A Defence Lawyer’s Perspective”, R. Enriquez, L. Tabassi (Edits.), *Treaty Enforcement And International Co-Operation In Criminal Matters: With Special Reference To The Chemical Weapons Convention*, T.M.C. Asser, 2002.

WOOD, Michael, “Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and in Multilateral Treaties”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, Vol 1(1), 1997.

YANG, Xiaodong, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2011.

ZAPPALÀ, Salvatore, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity From Jurisdiction For International Crimes? The Ghaddafi Case Before The French Cour de Cassation”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001.