

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DEVLET GÖREVLİLERİNİN
AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE
YABANCI CEZA YARGILAMASINDAN BAĞIŞIKLIĞI

DOKTORA TEZİ

Danışman: Prof. Dr. DURMUŞ TEZCAN

BİLGE NUR ERSON ASAR

05010110009

İstanbul, 2013

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DEVLET GÖREVLİLERİNİN
AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE
YABANCI CEZA YARGILAMASINDAN BAĞIŞIKLIĞI

DOKTORA TEZİ
Danışman: Prof. Dr. DURMUŞ TEZCAN

BİLGE NUR ERSON ASAR
05010110009
İstanbul, 2013

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLERi

KISALTMALARvii

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGI BAĞIŞIKLIĞI VE DEVLET GÖREVLİSİ KAVRAMLARI

1. YARGI BAĞIŞIKLIĞI.....	11
1.1. BAĞIŞIKLIK KAVRAMI.....	11
1.2. BAĞIŞIKLIK (IMMUNITY) VE CEZASIZLIĞIN (IMPUNITY) KARŞILAŞTIRILMASI	14
1.3. YARGILAMA YETKİSİ İLE BAĞIŞIKLIK İLİŞKİSİ	18
1.4. YARGI BAĞIŞIKLIĞININ TEMELLERİ	20
1.4.1. Devletin Yargı Bağışıklığının Temelleri	21
1.4.1.1. Egemenlik ve Eşitlik Prensipleri.....	22
1.4.1.2. Bağımsızlık.....	26
1.4.1.3. İçişlerine Karışmama	28
1.4.1.4. Devletin Onuru	29
1.4.2. Diplomatik Bağışıklığın Temelleri	31
1.4.2.1. Ülkedışılık Teorisi	32
1.4.2.2. Temsil Teorisi.....	33
1.4.2.3. İşlevsel Zorunluluk Teorisi.....	35
1.4.3. Devlet Başkanının Yargı Bağışıklığının Temelleri	38
1.4.3.1. Devlet Başkanının Devletin Benliğini Simgelemesi	38
1.4.3.2. Devletin En Üst Düzey Görevlisi Olmanın Özel Konumu.....	40

1.5. “DEVLET” OLMANIN DEVLET GÖREVLİSİNİN BAĞIŞIKLIĞINA ETKİSİ.....	41
1.5.1. Bir oluşumun egemen bir devlet olup olmadığının belirlenmesi.....	42
1.5.2. Tanımanın bağışıklığa etkisi.....	46
1.5.3. Ortadan Kalkan bir Devletin Görevlisinin bağışıklığı.....	51
1.6. DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI VE YARGILAMA YETKİSİNİ SINIRLANDIRAN DİĞER YÖNTEMLER.....	52
1.6.1. Devletin Yargı bağışıklığı	52
1.6.2. Yargılanamazlık.....	56
1.6.3. Hükümet Tasarrufları (Act of State) doktrini	60
2. DEVLET GÖREVLİSİ KAVRAMI.....	65
2.1. DEVLET GÖREVLİLERİNİN AYRIMI VE ULUSLARARASI HUKUKTAKİ STATÜLERİ	69
2.1.1. Devletin Yönetiminde Yer Alan Görevliler	69
2.1.1.1. Devlet Başkanı.....	70
2.1.1.2. Hükümet Başkanı	74
2.1.1.3. Dışişleri Bakanı	76
2.1.1.4. Diğer Hükümet Üyeleri	79
2.1.2. Devleti Başka Devlette Temsil Eden Görevlileri	80
2.1.2.1. Diplomatik Temsilciler.....	80
2.1.2.2. Konsolosluk Temsilcileri.....	83
2.1.2.3. Uluslararası Örgüt Temsilcileri	85
2.1.3. Devletin Belirli Konularda Temsile Yetkili Görevlileri.....	87
2.1.3.1. Özel (<i>Ad Hoc</i>) Heyetler	87
2.1.3.2. Uluslararası Konferanslardaki Temsilciler	89

3. DEVLET GÖREVLİLERİNİN YARGI BAĞIŞIKLIĞININ KAYNAĞI VE KONUNUN KURALLARININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÇALIŞMALAR	91
3.1. ANTLAŞMALAR HUKUKU	91
3.2. YAPILAGELİŞ HUKUKU	94
3.3. BM ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU’NUN ÇALIŞMALARI.	97
3.4. ULUSLARARASI HUKUK ENSTİTÜSÜ’NÜN ÇALIŞMALARI	99
3.5. DİĞER ÇALIŞMALAR.....	101
3.6. İÇ HUKUKTAKİ BAĞIŞIKLIK KURALLARININ ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET GÖREVLİLERİNİN YARGI BAĞIŞIKLIĞINA ETKİSİ.....	102

İKİNCİ BÖLÜM
ULUSLARARASI HUKUKTA
DEVLET GÖREVLİLERİNİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

4. İŞLEVSEL (*RATIONE MATERIAE*) BAĞIŞIKLIK .. 107

4.1. TAVUK VE YUMURTA PARADOKSU: DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI MI İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIK MI? 111

4.1.1.Devlete Atfedilen Eylemler Bağlamında Devletin Eyleminin Bağışıklığı..... 115

4.1.2.Devletin Yargı Bağışıklığından Önce Gelen Otonom Bir Prensip Olarak Gayrişahsi Sorumluluk..... 127

4.1.2.1. Resmi Eylemlerde Gayrişahsi Sorumluluk Prensibi 128

4.1.2.1.1. Yetki Karinesi..... 135

4.1.2.1.2. Yabancı Devletin Ülkesinde Gerçekleştirilen Eylemler ve İşlemler Açısından Yetki Karinesinin Sınırları 141

5. KİŞİSEL (*RATIONE PERSONAE*) BAĞIŞIKLIK 148

5.1. KİŞİSEL BAĞIŞIKLIĞIN BAHŞEDİLDİĞİ DEVLET GÖREVLİLERİ VE BAĞIŞIKLIKLARININ KAPSAMI 150

5.1.1.Devlet Başkanı..... 156

5.1.2.Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanı 177

5.1.3.Üst düzey devlet görevlileri..... 184

5.1.4.Diplomatik Temsilciler 189

5.1.5.Aile Bireyleri 194

5.2. DEĞERLENDİRMELER..... 198

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN BAĞIŞIKLIK KURALLARINA ETKİLERİ

6. AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIK	201
6.1. PINOCHET DAVASI.....	202
6.2. JUS COGENS KURALLARIN İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIĞA ETKİSİ ...	203
6.2.1. <i>Jus cogens</i> Kavramı	204
6.2.2. <i>Erga omnes</i> Kavramı	207
6.2.3. Jus Cogens Kurallar ve Erga Omnes Yükümlülüklerin Devlet Görevlilerinin Bağışıklığına Etkisi	209
6.2.3.1. Genel olarak	209
6.2.3.2. Uluslararası Suçlar Resmi Eylem Olarak Kabul Edilebilir mi?	210
6.2.3.3. <i>Jus cogens</i> Kurallar ve <i>Erga omnes</i> Yükümlülüklerin Devlet Görevlilerinin Bağışıklığına Etkisi	216
6.3. DEVLETİN ÜLKE DIŞI CEZAI YARGILAMA YETKİSİ VE İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIK	223
6.3.1. Devletin Cezai Yargılama Yetkisi	223
6.3.2. Devletlerin Ülke-Dışı Yargılama Yetkilerinin İşlevsel Bağışıklığa Etkileri ..	232
6.4. BİREYSEL CEZAI SORUMLULUK VE İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIK....	242
6.4.1. Uluslararası Hukukta Bireysel Cezai Sorumluluk	242
6.4.3. Devletin Eyleminin Bağışıklığı ile Bireysel Cezai Sorumluluğun Çatışması	249

7. AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE KİŞİSEL BAĞIŞIKLIK	260
7.1. <i>ARREST WARRANT</i> (YAKALAMA MÜZEKKERESİ) DAVASI.....	262
7.2. YAPILAGELİŞ HUKUKU	268
7.3. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİNİN STATÜLERİNİN KİŞİSEL BAĞIŞIKLIĞA ETKİSİ.....	274
7.3.1.Ön Soru: Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Yok Sayılan Kişisel Bağışıklık Neden Ulusal Mahkemelerde Uygulanmaya Devam Ediyor?	274
7.3.2.Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Bağışıklığı Dışlayan Hükümlerinin Devletler açısından Etkileri: Ömer El Beşir Olayı.....	277
SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER	285
KAYNAKÇA	300

KISALTMALAR

AJIL Supp.	American Journal of International Law Supplement
AJIL	American Journal of International Law
AUILR	American University International Law Review
AÜ	Ankara Üniversitesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
Brook. JIL	Brooklyn Journal of International Law
BYIL	British Yearbook of International Law
Chinese JIL	Chinese Journal of International Law
CLR	California Law Review
Colum. JTL	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. LR	Columbia Law Review
Conn. JIL	Connecticut Journal of International Law
çev.	çeviren
dn.	Dipnot
Doc.	Document
Duke LJ	Duke Law Journal
Ed.	Edition (Bası)
ed.	editör
eds.	editörler
EHRLR	European Human Rights Law Review
EJIL	European Journal of International Law
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
et al.	ve diğerleri
EYUCM	Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi
Fordham ILJ	Fordham International Law Journal
Fordham LR	Fordham Law Review

GSÜHF Yay.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
GYBIL	German Yearbook of International Law
HL	House of Lords (Lordlar Kamarası)
HLR	Harvard Law Review
Houston JIL	Houston Journal of International Law
HRLR	Human Rights Law Review
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
ILDC	International Law in Domestic Courts
ILJ	International Law Journal
ILQ	International Law Quarterly
ILR	International Law Reports
Isr. LR	Israil Law Review
ibid	aynı kaynakta
in	içinde
JCLC	Journal of Criminal Law and Criminology
JICJ	Journal of International Criminal Justice
LCP	Law and Contemporary Problems
Lewis & Clark LR	Lewis & Clark Law Review
loc.cit	bir önceki dipnottaki aynı kaynak, aynı yerde
LQR	Law Quarterly Review
m.	madde
Maltepe ÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Marshall LR	Marshall Law Review
Max Planck UNYB	Max Planck United Nations Yearbook
Mich. JIL	Michigan Journal of International Law
Mich. L.R.	Michigan Law Review
MLR	Modern Law Review
NJIHR	Northwestern Journal of International Human Rights

NYLS JICL	New York Law School Journal of International and Comperative Law
NYUJILP	New York University Journal of International Law and Politics
NYULQ Rev	New York University Law Quarterly Review
NYULR	New York University Law Review
op.cit	aynı kaynakta
ÖJZ	Österreichische Juristen Zeitung
P.	Part
para.	Paragraf
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RBDI	Revue Belge de Droit International
RdC	Recueil des Cours
Rev.	Review
RUCM	Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi
s.	sayfa
S.	Sayı
STK	Sivil Toplum Kuruluşu
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TDK	Türk Dil Kurumu
TLR	Texas Law Review
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UCM	Uluslararası Ceza Mahkemesi
UDAD	Uluslararası Daimi Adalet Divanı
UHK	Uluslararası Hukuk Komisyonu
UN Doc	United Nations Documents
UN	United Nations
UNTR	United Nations Treaty Series
v.	versus (-e karşı)
V.	Volume
Vand. JTL	Vanderbilt Journal Of Transnational Law

vd.	ve devamı
VJIL	Virginia Journal of International Law
Yay.	Yayınları
YbIHL	Yearbook of International Humanitarian Law
YbILC	Yearbook of International Law Commission
YJILO	Yale Journal of International Law Online
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

GİRİŞ

1.1. Çalışmanın Konusu

Kural olarak hukuka aykırı biçimde davranan kimseler, içinde buldukları hukuk sisteminde o davranışa bağlanan sonuçlara katlanmakla yükümlüdürler. Ceza hukuku bağlamında ulusal hukuk sistemlerinde bu, bireyleri yargılamakla görevli mahkemeler eliyle çözümlenir. Yani bir eylemin ulusal sisteme göre suç teşkil ettiği şüphesi, yargılamaya neden olur. Bu bağlamda prensipte, özellikle geçtiğimiz yüzyıldan itibaren, bireyin uyrukluğuna bakılmaksızın suç ile herhangi bir yönden bağlantısı olan devletlerin yargılama yetkisini kullandıkları bilinmektedir. Bu bağ suçun devletin ülkesinde işlenmesi, suçla ilgili kişilerin uyrukluğu veya devletin yüksek menfaatlerinin zedelenmesi nedeniyle gerçekleşebilir. Hatta daha da ileri gidilerek, suç ile herhangi bir bağlantısı olmayan devletler de, salt uluslararası toplumun bir üyesi olmalarından dolayı (evrensel yargılama yetkisi çerçevesinde), yargılama yapabilmektedirler. Böylece bir ulusal sistemde suç niteliği taşıyan bir eylemden dolayı yerel mahkemeler uyrukluktan bağımsız biçimde yargılama yetkisi kullanabilmektedirler. Bu da yerel mahkemelerin yabancılar üzerinde de yargılama yetkisine sahip olduğu sonucunu doğurur. Bir devletin cezai yetkilerini uyguladığı yabancı, bir devlet görevlisi ise durum farklı bir boyut kazanmaktadır. Bu halde görevlinin sahip olduğu resmi sıfat, gerçekleştirdiği ve suç teşkil eden eyleme rağmen, cezai yetkilerin uygulanamamasına neden olabilmektedir. Böyle bir durumun temelinde yargılamadan bağımsızlık kurumu yatmaktadır.

Yargılanacak yabancı kişinin resmi sıfatı veya yerine getirdiği eylem, suç teşkil etse dahi, bağımsızlık, yerel mahkemenin yargılamayı gerçekleştirmesine engel teşkil etmektedir. Başka bir deyişle, bir devlet görevlisinin yabancı devletin ceza yargılamasından bağımsızlığı, işlenen suçun yabancı devletin hukuku uyarınca o devletin mahkemelerinin yargılama yetkisine girmesine rağmen bu yargılamanın yapılamamasının nedeni olabilmektedir. Buradaki temel gerekçe, yapılan eylemin suç teşkil etse dahi, devlete isnat edilen ve dolayısıyla devletin gerçekleştirdiği kabul edilen bir eylem olmasıdır. Bu da görevliyi eylemin sorumluluğundan

kurtarmaktadır. Durum bu şekilde özetlendiğinde basit ve açık gözükmele birlikte uluslararası suçlar açısından çözümlenmesi daha zor bir sorun karşımıza çıkmaktadır. Devlet görevlileri ağır insan hakları ihlallerine neden olan eylemleri açısından yabancı devletin yerel mahkemelerinde yargılanmak istendiğinde de aynı şekilde bağışıklık uygulanabilir mi? Özellikle üst düzey devlet görevlileri işin içine girdiğinde bu soru devletlerin egemen eşitliği, içişlerine karışmama, devletin onuru, görevlilerinin işlevlerini gereği gibi yerine getirebilmesi gibi gözönüne alınması gereken başka unsurların devreye girmesine yol açmaktadır.

Bir uluslararası suç işleyen devlet görevlisi, yargılama yetkisine sahip uluslararası mahkemelerde resmi sıfatına bakılmaksızın yargılanabilmektedir. Bu anlamda kişinin devlet başkanı olmasının dahi bir önemi yoktur. Ancak buradaki temel nokta, bireyin uluslararası bir ceza mahkemesinde yargılanabilmesinin istisnai haller dışında ancak devletin buna rıza göstermesi ile mümkün olmasıdır. Bu rıza, söz konusu uluslararası mahkemeyi kuran statüye taraf olmak suretiyle bağışıklıktan zımni feragat çerçevesinde gerçekleşebilmektedir. Diğer yandan uluslararası ceza mahkemelerinin yargılama yetkisinin tamamlayıcı nitelikte olması, önceliğin görevlinin kendi devletine veya suçun işlendiği ülke devletine verilmesini gerektirir. Bireyin itham edildiği uluslararası suç da genellikle devlet politikası gereği işlendiğinden devletler üst düzey görevlilerinin yargılanmasına rıza göstermeyebilmektedirler. Hiçbir suç cezasız kalmayacaksa ve uluslararası suç işleyen devlet görevlileri, aslında kendi devletleri dışında yargılanabilecekleri mahkemeler olan, uluslararası mahkemelerde yargılanamıyorlarsa bu sorun nasıl çözülecektir? Bu noktada görülen eğilim, örneğin İşkence ve Diğer Zalimane Gayrıinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin öngördüğü gibi, uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan bir yükümlülük nedeniyle ya da cezasızlık kültürünün önüne geçebilmek amacıyla ülkedışı yargılama yetkisi yoluyla yerel mahkemelerin uluslararası suç işlemiş yabancıları bireysel sorumluluk çerçevesinde yargılamasıdır.

İnsan haklarının ağır biçimde ihlal edilmesi ve yargı bağısıklığının ilgi odağı haline gelmesi Pinochet davasıyla gerçekleşmiştir.¹ İngiliz Lordlar Kamarası (*House of Lords*) 1999’da verdiği (son) kararda Pinochet’in İngiliz Mahkemeleri’nde sistematik işkenceye ilişkin eylemleri nedeniyle bağısıklıktan yararlanamayacağını belirterek İspanya’ya iade edilebileceğine hükmetmiş² ve böylece hem siyasi hem de akademik açıdan yargı bağısıklığı ve insan hakları konusunda çok hareketli tartışmalar başlamıştır. “Pinochet Etkisi” olarak literatüre geçen devlet görevlilerinin uluslararası hukuk suçları nedeniyle başka devletlerin yargı yetkisi çerçevesinde bireysel sorumlulukları ve bağısıklığın kaldırılması meselesi, son 10 yılda uluslararası hukukta en çok tartışılan konulardan biridir. Peki acaba bu etki, sanıldığından aksine bir sanrıdan ileri gitmemiş olabilir mi? Çalışmamızda sorulacak temel soru, klasik uluslararası hukukun devleti ve görevlilerini koruyan yerleşik bağısıklık kurallarının uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukukunda son yarım asrı aşkın süredir yaşanan gelişmelerden etkilenip etkilenmediğidir. Yani, sürekli bir devinim halinde olan uluslararası hukuk açısından bağısıklığın, devletlerin “ağır insan hakları ihlalleri” olarak nitelendirilen uluslararası suçları işleyen kişileri yargılaması ve cezalandırmasına bir engel teşkil edip etmediğidir. Bu sorunun cevaplanabilmesi için devlet uygulamalarının, devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağısıklığına ilişkin temel kuralına bir istisna öngörüp öngörmediğinin belirlenmesi gerekir.

Çalışmamıza başlamadan önce devlet görevlilerinin ağır insan hakları ihlallerinde yabancı ceza yargılamasından bağısıklığını hangi sınırlarda incelediğimizi *ratione personae* (kişi bakımından), *ratione materiae* (konu bakımından) ve *ratione loci* (yer yönünden) olarak kısaca açıklamak gerekecektir.

¹ Pinochet davası Lordlar Kamarası önünde 3 kez gerçekleştirilmiştir. İlk davada verilen İspanya’ya iade kararı, davaya müdahil olan Uluslararası Af Örgütü ile yargıçlardan Lord Hoffmann arasındaki ilişkiden dolayı hakimın Pinochet’ye önyargılı olma ihtimali üzerine 2. dava görülmüş ve yeni yargıçlarla 3.davanın görülmesine karar verilmiştir. 3. davada da ilk davadakine benzer biçimde Pinochet’nin bağısıklıktan yararlanamayacağına ve İspanya’ya iadesine hükmedilmiştir. Ancak bu iade hiçbir zaman gerçekleşmemiştir.

² *Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, Ex parte Pinochet* (No.3) [2000] 1 AC 147 (Kısaca *Pinochet (3) [2000]*) Ne var ki bu iade hiçbir zaman gerçekleşmemiştir; zira Şili, Pinochet’i kendisi yargılamak isteyince iadesi de Şili’ye yapılmıştır.

1.1.1. Ratione Personae (Kişi Bakımından): Üst Düzey Devlet Görevlileri

Çalışmamız kişi bakımından, devletini uluslararası alanda temsil eden, üst düzey konumdakiler de dahil olmak üzere, devlet görevlisi statüsündeki kişileri kapsamaktadır. Bu kişiler “*yabancı bir devletin görevlisi olan kişi kabul eden devlette ya, kendi hukukuna göre, yasal otoritenin resmi temsilcisi olarak hareket etme yetkisi verilen (bir devlet başkanı, bir hükümet başkanı veya bir dışişleri bakanı) ve gönderen devlet tarafından kendi temsilcisi sıfatıyla hareket etmek üzere yetkilendirilen (diplomatik temsilci veya özel heyetin bir diplomatik üyesi) ya da devleti adına resmi olarak hareket eden (konsüler temsilci, bir uluslararası örgütün daimi temsilciliğindeki bir diplomatik üye veya bir uluslararası konferansın heyetine mensup diplomatik üye) kimse*”dir.³

Çalışmamız kapsamındaki ağır insan hakları ihlalleri olarak nitelenen suçları işleyen devlet görevlileri, bunları doğrudan işleyen kişiler olabilecekleri gibi, bu suçların işlenmesine emir, bilgi, izin, rıza gibi yollarla müdahil olmuş veya işlenmesini teşvik etmiş görevlilerdir. Bağışıklıklar konusunda yaptığımız ayırım çerçevesinde, kişisel bağışıklığa sahip kişiler belli üst düzey devlet görevlilerini kapsayacak şekilde anlaşılırken (özellikle cezai yetkiler bakımından devlet başkanı, hükümet başkanı, dışişleri bakanı, kabul eden devlette de yukarıda sayılan diplomatik sıfatlı temsilciler); işlevsel bağışıklık, devlet görevlisinin bulunduğu mevkiinin bir önemi olmaksızın her türlü devlet görevlisini kapsamaktadır.

1.1.2. Ratione materiae (Konu Bakımından): Ağır İnsan Hakları İhlalleri

Uluslararası ceza hukukunda uluslararası suçlar üç ayrı kategoride ele alınmaktadır. Bunlardan ilki ulusal hukuka göre suç sayılan, bireysel cezai sorumluluğun öngörüldüğü ve geri verme anlaşmalarına konu olmak suretiyle uluslararası yönü bulunan suçlardır. İkincisi, uluslararası hukukta düzenlenmiş örneğin uçak kaçırma suçu gibi uluslararası nitelikli suçlardır. Sonuncusu ise ağır insan hakları ihlali

³ **Franciszek PRZETACZNIK**, Protection of Officials of Foreign States According to International Law, Martinus Nijhoff Publishers 1983, s. 15 (Kısaca **PRZETACZNIK**, Protection of Officials)

niteliğini haiz insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, soykırım ve (özellikle sistematik) işkence suçlarını içine alan dar anlamdaki uluslararası suçlardır.

Devlet adına hareket eden kişilerin cezai yargılama yetkisinden bağışıklığına konu olan eylemlerden yukarıda saydığımız son kategorideki ağır insan hakları ihlali niteliğinde olan eylemler konumuzun kapsamındadır. Burada ağır insan hakları ihlalden kastımız, netice itibariyle ağır sonuçlar doğuran ve uluslararası toplumun tümüne karşı işlenmiş kabul edilen uluslararası suçlardır. Devlet görevlileri tarafından işlenmiş adam öldürme, insan ticareti, uyuşturucu kaçakçılığı gibi suçlar da ağır nitelikli suçlar olarak görülebilir ancak bunlar tek başlarına uluslararası hukuk suçları kategorisinde değerlendirilmemektedir. Her ne kadar ulusal ceza yasalarına bu tür suçlar için evrensel yargı yetkisi öngören hükümler konulabilmekte ise de, çalışmamız, insan hakları ve insancıl hukukun ağır biçimde ihlalini teşkil eden uluslararası hukuk suçları işleyen devlet görevlilerinin yabancı devletin cezai yargılama yetkilerinden bağışıklığıyla ilgilenmektedir.

Çalışmamızda bu suçların tanım, anlam ve kapsamına girmediğimizi de hemen belirtmeliyiz. Bunun nedeni bu suçların incelenmesini ayrı bir –hatta birden çok- çalışmanın konusu olarak görmemizin yanında, asıl mesele olan bağışıklığın anlamı ve uygulaması ekseninden sapabilme endişesidir. Devlet görevlileri açısından bağışıklığın var olup olmadığının belirlenmesinde suçun unsurlarından ziyade suç teşkil eden eylemin resmi sıfatla gerçekleşip gerçekleşmediği, bu çalışmanın asıl odak noktasıdır.

Son olarak, çalışmamızda terimsel olarak kullanmayı tercih ettiğimiz uluslararası suçlar ifadesi, ağır insan hakları ihlalleri, insancıl hukukun ağır ihlalleri, uluslararası hukuka aykırı suçlar, uluslararası hukuk suçları, uluslararası hukukun ihlaline neden olan suçlar, *jus cogens* ihlaller ile aynı anlama gelecek biçimde, ağır suçları betimlemek üzere kullanılmıştır.

1.1.3. Ratione Loci (Yer Bakımından): Yabancı Devletin Cezai Yargı Yetki Alanı

Çalışmamız, (yargılamanın yapıldığı) yer bakımından yabancı devlette gerçekleşen cezai yargılamalara yönelmiştir. Uluslararası mahkemelerin yargılamalarında, devlet görevlilerinin “yabancılık” unsuru söz konusu değildir ve bu mahkemelerin statülerinde şüpheli veya sanığın resmi sıfatının yargılamaya engel teşkil etmeyeceğine ilişkin hükümlere de özel olarak yer verilebilmektedir. Bir devlet görevlisinin, uluslararası ceza mahkemelerinin yargılama yetkisinin bulunmaması durumunda oluşacak cezasızlık kültürünün önüne geçilmesi açısından, uluslararası hukuk suçlarında başka bir devletin yargı yetkisine tabi olmasının uluslararası hukuk kurallarıyla bağdaşırılığı sorunu üzerinde durmak gereklidir.

Sonuç itibariyle çalışmamız, yabancı bir devlette yapılacak yerel yargılamalarla sınırlandırılmıştır. Uluslararası ceza mahkemelerinde yürütülen davalar ve bu davalarda bağışıklık meselesinin ele alınışını ayrı bir çalışmanın konusu olarak görüyoruz. Bu nedenle çalışmamızda ancak bunlara, yabancı devletlerde devlet görevlilerinin bağışıklık durumuna ilişkin kurallara etkinin tespiti açısından, yeri geldikçe değinilmesi uygun görülmüştür. Son olarak yabancı devletten anlaşılması gerekenin, devlet görevlisinin adına hareket ettiği devlet dışındaki devletler olduğunu da ekleyelim.

1.2. Çalışmanın Yararı

Türkiye’de devlet görevlilerinin bağışıklığı ve özellikle ağır insan hakları ihlallerinde bağışıklığın geçerliliği konusunda yapılmış özel bir çalışmanın olmaması karşısında bu tezin, dünyanın pek çok yerindeki uluslararası örgütler, hükümet dışı kuruluşlar, üniversiteler ve akademisyenler tarafından yapılmış ve yapılmakta olan çalışmalar göz önüne alındığında, Türk literatüründeki eksikliğin giderilmesine mütevazı bir katkı sağlaması ve ilerleyen dönemlerde konunun Türk hukukçuları tarafından daha fazla tartışılmasına vesile olması amaçlanmaktadır.

1.3. Çalışmanın Metodu

Bir devlet görevlisinin, özellikle de üst düzey bir devlet görevlisinin gerçekleştirdiği insan haklarının ve uluslararası hukukun ağır biçimde ihlaline neden olan eylemlerden dolayı yargılanması sorunu gerek yerel, gerekse uluslararası mahkemelerin gündemine girmiş bir meseledir. Örneğin Uluslararası Adalet Divanı'nda son yıllarda bu konuyla ilgili 3 dava açılmıştır. Bunlardan ilki yabancı bir devletin dışişleri bakanının hakkında, uluslararası hukuk suçu işlediği gerekçesiyle bir başka devlet mahkemesi tarafından, yakalama müzekkeresi çıkarılmasının bağışıklıkla bağdaşırılığı meselesini inceleyen Belçika ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti arasındaki *Arrest Warrant* (Yakalama Müzekkeresi) davasıdır.⁴ Ardından 11 Nisan 2003 yılında Kongo Cumhuriyeti Fransa'ya karşı UAD'a başvuruda bulunmuştur.⁵ Davada Kongo Cumhuriyeti, görevi sırasında insanlığa karşı suçlar ve işkence suçu işlediği gerekçesiyle Kongo İçişleri Bakanı hakkında Fransa'da başlatılan işlemlerle ilgili olarak, Fransa'nın devletlerin egemen eşitliği ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Kongo davada ayrıca devlet başkanına gönderilen tanıklık celbinin de uluslararası hukukta kabul edilen devlet başkanının cezai bağışıklıklarına aykırılık teşkil ettiğini iddia etmiştir. Ancak dava 16 Kasım 2010 yılında tarafların talepleri neticesinde Divan'ın listesinden düşürülmüştür.⁶ Böylece ne yazık ki Divan, son yıllarda en çok tartışılan konulardan biri olan devletin üst düzey görevlilerinin ağır insan hakları ihlalleri gerçekleştirmeleri halinde *ratione materiae* bağışıklığa rağmen yabancı bir devletin mahkemelerinde yargılanabilirliği sorunu hakkında karar verme imkanına sahip olamamıştır. Son olarak 9 Ağustos 2006 yılında yapılan başvuruya istinaden Cibuti ile Fransa arasında Cezai Meselelerde Karşılıklı Yardımlaşmaya İlişkin Bazı Sorular davasında⁷ da Cibuti Devlet Başkanı'nın bağışıklığı ile ilgili bazı tespitlerde bulunmuştur.

⁴ Arrest Warrant of 11 April 2000, Democratic Republic of Congo v. Belgium, (11 Nisan 2000'deki Yakalama Müzekkeresi, Demokratik Kongo Cumhuriyeti – Belçika), <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=cobe&case=121&k=36&p3=0> (erişim: 15.5.2013) (Kısaca *Arrest Warrant* [2002]).

⁵ Certain Criminal Proceedings in France (Fransa'daki Bazı Cezai Soruşturmalar) (Republic of the Congo v. France), Application instituting proceedings and Request for the indication of a Provisional Measure, 11 Nisan 2003, <http://www.icj-cij.org/docket/files/129/7067.pdf> (erişim: 15.5.2013)

⁶ Certain Criminal Proceedings in France, Order of 16 November 2010, I.C.J. Reports 2010, s.635 <http://www.icj-cij.org/docket/files/129/16266.pdf> (erişim: 15.5.2013)

⁷ *Mutual Assistance in Criminal Matters* [2008], para.177.

Çalışmamız ağırlıklı olarak yerel mahkeme kararlarını içermektedir. Özellikle yerel ceza yargılamaları, çalışmamız açısından büyük önem taşımaktadır. Tezimizde ağır insan hakları ihlallerine neden olmuş üst devlet görevlilerinin bağışıklığının, yabancı ceza yargılamasına engel teşkil edip etmeyeceği sorusunu irdelerken hiç şüphesiz devlet uygulamaları açısından yargı kararlarını ortaya koymak, sorunun cevabına ulaşmak için kullanacağımız en önemli yoldur. Diğer yandan, yeri geldikçe uluslararası hukukta konumuzu ilgilendiren hükümler içeren uluslararası antlaşmalar, Uluslararası Hukuk Komisyonu, Uluslararası Hukuk Enstitüsü ve diğer kurumlar tarafından gerçekleştirilen çalışmalar, konuyla ilgili kuralları ortaya koymaya çalışan makale ve kitaplar, çalışmamızda başvuracağımız temel kaynaklardır. Kimi gazete haberleri ve internet sitelerinden de yardımcı kaynak olarak yeri geldikçe yararlanılacaktır.

1.4. Çalışmanın Planı

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm devlet görevlisi ve yargı bağışıklığı kavramlarına, ikinci bölüm bağışıklıkların kapsamına, üçüncü bölüm ise ağır insan hakları ihlallerinin uluslararası hukuk kurallarının yabancı devletin cezai yargılamalarında devlet görevlilerinin bağışıklığına etkisinin tespitine ayrılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde bağışıklık ve devlet görevlisi kavramları incelenecektir. Bunu yaparken öncelikle bağışıklık kavramının anlamı ve bağışıklığın “cezasızlık”tan farkının ortaya koyulmasıyla başlamak gereklidir. Çünkü devlet görevlilerinin bağışıklığı denilince akla, görevlileri devletin korumasından yararlanarak yargılamadan kurtaran ve böylece de cezasızlık kültürünü besleyen bir kurum akla gelebilmektedir. Oysa bağışıklığın böyle bir araca dönüşmemesi gerekir. Daha sonra bağışıklığın temellerine değineceğiz. Kanaatimizce bağışıklığın temellerinin anlaşılabilmesi için, başka bir ifadeyle herhangi bir yargı yetkisine neden tabi olunmayacağına tam olarak kavranabilmesi için öncelikle çeşitli bağışıklık türlerinin temellerinin ortaya koyulması gerekmektedir. Bu bağlamda biz, devletin, diplomatik temsilcilerin ve devlet başkanının bağışıklığının temellerini

açıklamaya çalışacağız. Daha sonra devlet olmanın bağımsızlığa etkisini bir oluşumun egemen bir devlet olup olmadığının belirlenmesi, tanınmanın bağımsızlığa etkisi ve son olarak da ortada kalkan bir devletin görevlisinin bağımsızlığı kapsamında inceleyeceğiz. Ardından da işlevsel bağımsızlıkla sıkı bir ilişki içinde olan devletin yargı bağımsızlığı kurumunun içeriği ile yargılama yetkisini sınırlandıran yöntemlerle karşılaştırmasına kısaca değineceğiz. Bunun ardından, devlet görevlisi kavramını ve uluslararası hukukta devlet görevlilerinin ayrımı ve hukuki statülerini açıklayacağız. Bu bölümde son olarak devlet görevlilerinin bağımsızlığının kaynağı ve konuya ilişkin çalışmalara yer vereceğiz.

Çalışmamızın ikinci bölümü devlet görevlilerinin bağımsızlığının tasnifine ilişkindir. Söz konusu tasnif, uluslararası hukukta 2 şekilde yapılmaktadır: kişi yönünden / kişisel bağımsızlık (*ratione personae*) ve konu yönünden / işlevsel bağımsızlık (*ratione materiae*). Kişisel bağımsızlık devlet başkanı, hükümet başkanı ve tartışmalı olmakla birlikte, dışişleri bakanı gibi çok sınırlı sayıda görevli grubunu kapsamakta ve temsil ettikleri konumla bağlantılı olarak geniş bir bağımsızlık alanı karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında diğer üst düzey devlet görevlileri ve diplomatik temsilcilerin bağımsızlığını da ikinci bir kategori olarak kişisel bağımsızlık altında açıkladık. İşlevsel bağımsızlıkta ise kişi değil de eyleme bağlı bir bağımsızlık söz konusu olduğundan, görevlinin gerçekleştirdiği eylem/işlem kendi hareketi olmaktan çok devlete isnat edilecek davranışlar olarak adlandırılmaktadır. Nitekim görevli o görevi yerine getirirken kendi adına değil devlet adına ve devlet tarafından verilen yetkiyle hareket ettiği için genel olarak yaptığı davranışlardan sorumlu olmayacaktır. İşlevsel bağımsızlık kapsamında devletin eyleminin bağımsızlığı ile gayrişahsi sorumluluk konuları üzerinde durarak bu bağımsızlığın yapısını anlatacağız.

Çalışmamızın son kısmında, ağır insan hakları ihlallerinin bağımsızlığa etkisi incelenecektir. İlk olarak işlevsel bağımsızlık kurallarının ağır insan hakları ihlallerindeki durumunu ele alacaktır. Burada öncelikle *jus cogens* kurallar, *erga omnes* yükümlülükler ve bunların bağımsızlık kurallarına etkisine değineceğiz. Daha sonra devletlerin ülke dışı yargılama yetkilerinin genişlemesine imkan sağlayan kuralların bağımsızlık kurallarıyla bağdaşırılığını anlatacağız. Son olarak da bireysel

cezai sorumluluk konusunda uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler neticesinde devlet görevlilerinin işlevsel bağımsızlıklarının uygulanabilirliğini tartışacağız. Bunun ardından kişisel bağımsızlık kurallarının mutlak niteliğinin ağır insan hakları ihlalleri halinde bir değişikliğe uğrayıp uğramadığının cevabını arayacağız. Bu çerçevede yerel mahkeme kararları ile uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinin ve uygulamalarının özellikle mahkemelerle işbirliği çerçevesinde devletlere bağımsızlığı yok saymak için bir yükümlülük öngörüp öngörmediklerini irdelleyeceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGI BAĞIŞIKLIĞI VE DEVLET GÖREVLİSİ

KAVRAMLARI

1. YARGI BAĞIŞIKLIĞI

1.1. BAĞIŞIKLIK KAVRAMI

Bağışıklık⁸, pek çok anlamda kullanılan bir kelimedir.⁹ Hukuk alanında kökeni “muaf” kelimesinin türetilmiş hali olan muafiyet¹⁰ sözcüğü olarak kullanılan terim

⁸ Bu kelimenin İngilizcesi “immunity”, almanca “immunität”, Fransızca da “immunité”dir. Bu kavramların Türkçe karşılığı olarak “bağışıklık” yerine “dokunulmazlık” terimini tercih eden yazarlar bulunmaktadır. Örneğin **Hüseyin PAZARCI**, Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, Turhan Kitabevi Yayınları 4. Bası 2005, s.65 (Kısaca PAZARCI, 3. Kitap 2005); **Yusuf AKSAR**, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Seçkin Yay. 2012, s.291 (Kısaca AKSAR, Uluslararası Hukuk I); **Yusuf AKSAR**, Uluslararası Adalet Divanı’nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku, 52 AÜHFD, 131(2003), s.131 (Kısaca AKSAR, Tutuklama Kararı); **Uğur BAYILLIOĞLU**, Uluslararası Adalet Divanı’nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, 55 AÜHFD 27(2006), s.30 dp.1 (Yazar bu tercihiyle ilişkin şöyle bir açıklama getirmiştir: “Immunity” kelimesini karşılayan dokunulmazlık teriminin, “inviolability” kelimesini karşılayan kişi dokunulmazlığından daha geniş bir anlam içermesi ve bunun doğal sonucu olarak, kişi dokunulmazlığının, dokunulmazlık terimi içinde kalması ve esasen terimlere takılıp esastan uzaklaşmak endişesi nedeniyle, çalışmada yerine göre, her iki terimi de karşılayan “dokunulmazlık” terimi veya dokunulmazlık ile eş anlamlı şekilde “bağışıklık” terimi kullanılacaktır.). Biz İngilizce inviolability kelimesinin kişi dokunulmazlığını karşıladığı ve dokunulmazlığın “immunity”nin karşılığı olarak daha geniş bir anlam ifade ettiği yönündeki düşüncesi bakımından BAYILLIOĞLU’na katılmıyoruz. Zira İngilizcede kişisel dokunulmazlığın karşılığı olarak *personal inviolability* kavramı kullanılmaktadır. Örneğin bkz. 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi m.27/5 (*He shall enjoy personal inviolability and shall not be liable to any form of arrest or detention.*). 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Diplomatic Relations), 500 UNTS 95 (Kısaca DİHVS) 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nin 41. maddesinin başlığında da doğrudan “konsolosluk görevlilerinin kişisel dokunulmazlığı” kullanılmıştır. (*Personal inviolability of consular officers*) Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Consular Relations), 24 Nisan 1963, yürürlük tarihi 19 Mart 1967, 596 UNTS 261 (Kısaca KİHVS) 1961 DİHVS ve 1963 KİHVS de dokunulmazlık (inviolability) ve bağışıklık (immunity) kavramlarını birbirinden ayrı tutmaktadır ve Türkçe resmi çevirisinde de bu anlayışa sadık kalmıştır. Bununla birlikte DENZA diplomatik temsilcilere sağlanan bağışıklığın kişisel dokunulmazlık, konut dokunulmazlığı, cezai yargılama yetkisinden bağışıklık ile istisnalarla birlikte hukuki ve idari yargılama yetkisinden bağışıklığı kapsadığını söylemektedir. Böylelikle yazar, bağışıklığı dokunulmazlığı da içine alan bir kavram olarak değerlendirmiştir. Bkz. **Eileen DENZA**, Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities, in R. Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law V.9 (1986), s.96. (Kısaca DENZA, EPIL 9 (1986)) BROOMHALL da dokunulmazlığın, bağışıklığın en yüksek ve “sugeçirmez” şekli olduğunu söyleyerek, bağışıklığın daha geniş bir kavram olduğunu kabul eder görünmektedir. Bkz. **Bruce BROOMHALL**, International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law, Oxford University Press 2004, s.131

genel olarak, bir yükümden ayrık tutulma¹¹, herhangi bir ödevin veya yükümlülüğün dışında kalma¹², harç, resim, vergi, hizmet, görev, külfet veya yükten affolunma; hukukun genellikle başkalarını uygulamaya zorunlu kıldığı görev ve hizmetleri yerine getirmeme, yükümlülüklere tabi olmama¹³ anlamında kullanılmaktadır. Hukuk alanında bağışıklık maddi ve şekli olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁴ Maddi bağışıklık daha çok sorumsuzluk kavramıyla eşdeğer olarak kabul edilmekte ve kendisine bu durum yani bağışıklık atfedilen kişinin hukuka aykırı sayılacak davranışının hukuki sonuçlarının ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Yani bağışıklığın geniş anlamı olarak kabul edilen maddi bağışıklık, bahşedilen kimseyi hukukun etki alanından çıkarmaz fakat hukuka aykırı davranmanın sonuçlarından kurtarır.¹⁵ Ancak bu da

Biz de DENZA'nın ve BROOMHALL'un bu yaklaşımlarına katılıyoruz. Nitekim dokunulmazlık kişilere daha çok arama, el koyma, yakalama, gözaltına alma, tutuklama gibi güvenlik tedbirlerine karşı koruma sağlamakla birlikte, yargılama safhası bir bütün olarak ele alındığında, dokunulmazlık bağışıklığın bir parçası olarak kabul edilebilir. Ayrıca, dokunulmazlık sahibi olan devlet görevlilerinin, bağışıklıklarının da var olduğu kabul edilmekle birlikte, bir devlet görevlisinin bağışıklığa sahip olması onun dokunulmazlığa da sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla dokunulmazlık, buna sahip olan kişiler açısından istisnai haller dışında, daha kati bir nitelik taşıyan bağışıklık belli şartların gerçekleş(me)mesi durumunda uygulanmayabilen bir durumdur.

Çalışmamızda biz, farklı devlet görevlisi türleri bakımından geniş bir nitelemenin daha doğru olacağını düşündüğümüzden, dokunulmazlık yerine bağışıklık demeyi tercih ediyoruz. Benzer bir kullanım için bkz. **Ayşe Nur TÜTÜNCÜ**, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yay. 2. Bası 2012, s.168.

⁹ Örneğin tıp alanında bazı mikroplara karşı aşı veya doğal yolla kazanılmış direnç durumu; gümrük alanında yurda kesin olarak sokulan bir malı, yasaların gümrük vergisine bağlı tutmaması; İktisat alanında gerçek ve tüzel kişilerin belli koşullar altında kısmen veya tamamen vergi, harç gibi yükümlülüklerin dışında tutulması; kimya alanında kimi mikroplara karşı aşılama ya da doğal yolla direnç kazanma durumu / çözültideki metal yükünleri etkinliğinin, seçilen bir değer üzerinde çıkmasının, metal potansiyelinin yeterince ekşi yapılarak engellenmesi / bir organizmanın enfeksiyona dirençli olması; maliye alanında bazı gerçek ve tüzel kişilerin ya da bir bölüm özdeklerin ve malların yasalarla vergi, ödentilerden sürekli ya da geçici olarak bağışık tutulması; su ürünleri alanında vücudun enfeksiyöz hastalık etkenine karşı dirençli olması durumu; veterinerlik alanında vücuda giren yabancı maddelere karşı doğal ve kazanılmış olarak organizmanın bütün genel ve özel savunma sistemleriyle karşı koyması, direnç göstermesi ve yok etme yeteneği gibi. Daha fazlası için bkz. <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> (erişim: 15.5.2013)

¹⁰ 27/11/2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 49. maddesinde de "immunity"nin karşılığı olarak bağışıklığın eski türkçe terimi olan "muafiyet" kullanılmıştır. Bkz. 12 Aralık 2007 Tarihli ve 26728 Sayılı Resmî Gazete, www.resmigazete.gov.tr/ (erişim: 15.5.2013)

¹¹ **Ejder YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 7. Bası 2002, s.124

¹² **Türk Dil Kurumu**, Türkçe Sözlük TDK Yay. 549, 10. Bası 2005, s179

¹³ Daha geniş tanımlamalar için bkz. **Aslan GÜNDÜZ**, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, Üçdal Neşriyat 1984, s.19 (Kısaca **GÜNDÜZ**, Yargı Bağışıklığı)

¹⁴ **GÜNDÜZ**, Yargı Bağışıklığı, s.19

¹⁵ Farklı görüş için bkz. **GÜNDÜZ**, Yargı Bağışıklığı, s. 20. Yazara göre bağışıklık kişiyi hukukun etki alanından çıkarmaktadır. Verdiği örneklerden birinde yazar vergi külfetinden bahsederek bu külfete tabi olmayan yani başkalarının ödediği vergiyi ödemeyebilen kişi veya kurumların vergi kanununun ilgili hükümlerinin etki alanı dışında kaldıklarından yani vergiden muaf olduklarından bahsetmektedir. Ancak bu husus kanaatimizce vergi muafiyetine hak kazanmış kişi veya kurumları vergi kanununda belirlenen ilgili hak ve yükümlülüklerin dışında bırakmayacaktır; sadece öngörülen yükümlülüklere aykırı davranışların sonuçlarından koruyacaktır.

bağışıklığın bahşedilme nedeninin ortadan kalkmasıyla birlikte sona erecektir. Sonuç olarak kanımızca bağışıklık kişiyi, bir kurala aykırı davranması durumunda aykırılığın sonuçlarından kurtaracak bir kurumdur. Zira kişi bağışık olsa dahi o kural o da dahil olmak üzere bütün herkese uygulanmaya devam edecek, ancak sonuçları bazı kişilere (kuralın sonucunun uygulanmasından bağışık olan kişilere) uygulanmayacaktır. Bir kimsenin bağışıklığa sahip olması, hakkında dava açılmasına engel değildir; bağışıklık yargılama yetkisine engel teşkil eder.¹⁶

Ulusal hukuka göre bağışıklık, başka devletin yargı yetkisinde bulunan bir yabancı¹⁷ için, kapsamını her devletin kendi belirlediği ve yabancıya sağladığı bir ayrıcalıktır.¹⁸ Bir devletin ülkesine girmekle yabancılar kendilerini o devletin hukukuna bağlarlar; kendi ülkelerinin hukukuna göre bağışıklık iddiasında bulunamazlar. Bu nedenle, bir devletin bağışıklık sağlama veya bağışıklığı reddetme iktidarı genel olarak sadece karşılıklılık hususlarında engellenmektedir. Yani bir devlet diğer devletlerde kendi uyruklarına yapılan uygulama ne yönde ise, o devletlerin uyruklarına kendi ülkesinde yapacağı işlemlerde de karşılıklılık ilkesini esas alarak işlem tesis edebilir.¹⁹

Uluslararası hukuk açısından ise bağışıklığın, ez azından uluslararası antlaşmalarda kabul edilmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Bazı uluslararası antlaşmalar

¹⁶ Ancak bu durum işlevsel (*ratione materiae*) bağışıklık için farklıdır. Çünkü işlevsel bağışıklık, kişisel (*ratione personae*) bağışıklık ile devletin bağışıklığı gibi usule değil esasa yöneliktir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. 2. bölüm

¹⁷ Devletler Hukuku Enstitüsü'nün 1892 yılındaki Cenevre Toplantısı'nda yabancı bir devletin ülkesinde bulunup da o devletin uyrukluğunu iddiaya hakkı olmayan kimse olarak tanımlanmıştır. Ancak bir devletin ülkesinde bulunmadığı halde o devlet için yabancı sayılması gereken kişileri dışlayan bu tanım, yabancı kavramını açıklamaya yeterli gözükmemektedir. Konuya ilişkin tespit ve eleştiri için bkz. **Rona AYBAY**, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2. Baskı 2007, s. 11 (Kısaca AYBAY, Yabancılar Hukuku)

¹⁸ **Hazel FOX**, The Law of State Immunity, Oxford University Press 2. Ed. 2008, s.15 (Kısaca FOX, State Immunity)

¹⁹ **Jerrold L. MALLORY**, Resolving The Confusion over Head of State Immunity: The Defined Rights of Kings, 86 Colum. LR 169 (1986) s. 169; **Ian SINCLAIR**, The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments, RdC V. 167 (1980), s.205 (Kısaca SINCLAIR, Sovereign Immunity). Örneğin Çin Halk Cumhuriyeti, Merkez Bankası ve Hong Kong ve Makau Özel İdari Bölgeleri'nin finansal idari organlarına bağışıklık sağlamayan veya daha alt düzeyde bağışıklık veren devletlere karşılıklılık ilkesi çerçevesinde uygulama yapacağını 2005 tarihli Çin Yargı Bağışıklığı Yasası'nın 3. Maddesiyle öngörmüştür. **FOX**, State Immunity (2008), s.15; **Lijiang ZHU**, State Immunity from Measures of Constraints for the Property of Foreign Central Banks: The Chinese Perspective, 6 Chinese JIL 67 (2007), s. 79 vd

bağışıklıktan bahsetse de²⁰ bunun tanımına yer vermemişlerdir. Uluslararası hukuk açısından yargı bağışıklığının çeşitli şekillerde tanımlanması mümkündür. Bağışıklık, bir kurumun, kişinin veya eşyanın bir devletin yargı yetkisinin dışına çıkarılması veya yetkisine getirilen istisna; yargı yetkisinin uygulanmasına bir engel; yargı yetkisine bir sınırlama; bir kurum, kişi veya eşya üzerinde yargı yetkisi kullanılmasını önlemeye yarayan bir savunma; ve son olarak bir kurum, kişi veya eşya üzerinde yargı yetkisinin uygulanmaması hakkı ile yargı yetkisine tabi olmama hakkı gibi çeşitli şekillerde tanımlanabilir.²¹

1.2. BAĞIŞIKLIK (IMMUNITY) VE CEZASIZLIĞIN (IMPUNITY) KARŞILAŞTIRILMASI

1998 yılında 160 devlet Roma'da Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşu için bir araya geldiklerinde amaçlarının cezasızlığa son vererek soykırım, insanlığa karşı suçlar ve belli savaş suçlarını işleyenleri yargılamak olduğunu bildirmişlerdir.²² Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün başlangıç bölümünde Statü'ye taraf devletlerin "*uluslararası suçların failleri için dokunulmazlığa bir son vermekte ve böylelikle bu tür suçların önlenmesine katkıda bulunmakta kararlı olarak*" Statü'de belirtilen hususlar konusunda anlaşmış oldukları bildirilmektedir.²³ Zira bağışıklık silahlı çatışma ve uluslararası suçlar bakımından dünyanın en güçlü kişilerinin

²⁰ Örneğin 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi; 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi gibi.

²¹ **Roman Anatolevich KOLODKIN**, Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/601 (2008), s.27-28 (Kısaca **KOLODKIN**, Preliminary Report). GÜNDÜZ devletin yargı bağışıklığı konusundaki çalışmasında, bağışıklığı şöyle tanımlamaktadır: "[Y]argı bağışıklığı ... bir milletlerarası hukuk prensibidir. Yabancı devleti mahalli mahkemelerin yargı yetkisinin kullanılmasından bağışık tutar. Bu sebeple de bir yargılama engelidir. Devletin kendisine tanınmış bir haktır." GÜNDÜZ, Yargı Bağışıklığı, s.40. STEINBERGER ise yargı bağışıklığını diğer bir devletin yargılama yetkisinden muaf tutan, sorumsuz kılan veya yetkiyi durduran hukuki kurallar ve ilkeler olarak tanımlar. Bkz. **Helmut STEINBERGER**, State Immunity, in R. Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law V.10 (1987), s. 428 (Kısaca STEINBERGER, State Immunity)

²² Uluslararası yapılageliş hukukunda öngörülen tüm insanlığa karşı suçlar ile savaş suçları türleri Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi kapsamında değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Jordan J. PAUST**, The International Criminal Court Does Not Have Complete Jurisdiction Over Customary Crimes Against Humanity and War Crimes, 43 Marshall LR 681 (2010), s. 691-712 (Kısaca PAUST, International Criminal Court); **Knut DÖRMANN**, War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes, 7 Max Planck UNYB 341 (2003), s. 345-346

²³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (Rome Statute of the International Criminal Court), 17 Temmuz 1998, A/CONF.183/9 (yürürlük 1 Temmuz 2002). Ayrıca bkz. 2187 UNTS 3 (2004) <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%202187/v2187.pdf> (erişim: 15.5.2013)

yargılamadan korunmasını sağlamaktadır. Yine giriş bölümünde tüm devletlerin cezai yargı yetkilerini uluslararası suçlardan sorumlu kişiler üzerinde uygulamakla görevli oldukları da vurgulanmaktadır.²⁴

Bağışıklık temel olarak haksızlık gibi algılanmakta ve bunun bir cezasızlık kültürünü beslediği düşünülmektedir.²⁵ Bu nedenle kişilerin cezai eylemlerinden dolayı bireysel olarak sorumlu tutulmasının, hukuka saygılı ve barışçıl bir uluslararası topluma geçişin tek yolu olduğuna inanılmaktadır.²⁶ Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, gizli gözaltı ve hüküm vermeye ilişkin incelemesinde bağışıklığın cezasızlığa etkisine doğrudan değinmiştir. Devletlere davranış yükümlülüğü öngören üç alandan biri olan bu konuda Genel Sekreter, devletin bağışıklığı konusundaki kuralların, ağır insan hakları ihlallerinin sorumluları açısından cezasızlığa yol açmamasını temin etmek gerektiğini vurgulamıştır.²⁷

2006 yılında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi cezasızlığın önüne geçmek konusunda devletlerin yükümlülüklerine vurgu yaparak ağır insancıl hukuk ihlallerini gerçekleştirenlerin mutlaka yargılanması gerektiğini ifade ederken uluslararası ceza hukukunun uygulanmasını sınırlamak amacıyla öne sürülecek politik gereklilikler, kaynak yokluğu veya diğer tüm sınırlamaları reddetmiştir.²⁸ 2009'da Güvenlik Konseyi yine uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerinde cezasızlığın kesin biçimde karşısında olduğunun altını çizerek, bu kapsamda devletlerin cezasızlığı önlemek için ilgili tüm yükümlülüklerine uygun davranmaları

²⁴ "Etkili" bir kovuşturma ve yerel "cezai yetkilerin" uygulanması açısından devlet başkanları veya diğer devlet görevlileri açısından herhangi bir istisna öngörülmemektedir. Bkz. UCD Statüsü m.27/1 (görevliler cezai sorumluluktan muaf tutulamazlar). Değerlendirme için bkz. **Jordan J. PAUST**, Genocide in Rwanda, State Responsibility To Prosecute Or Extradite, and Nonimmunity For Heads Of State And Other Public Officials, 34 Houston JIL 57 (2012),s. 65 vd. (Kısaca PAUST, Genocide in Rwanda)

²⁵ Arrest Warrant kararındaki muhalefet şerhinde Yargıç van den Wyngaert bağışıklığın uygulamada *de facto* cezasızlığa yol açtığına işaret etmiştir. bkz. Arrest Warrent [2002], Dissenting Opinion Judge Van den Wyngaert, para.34, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8144.pdf> (erişim: 15.5.2013)

²⁶ **Elizabeth H. FRANEY**, Immunity, Individuals and International Law: Which Individuals Are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International Law, Lambert Academic Publishing 2011, s.34-35 (Kısaca FRANEY, Immunity, Individuals)

²⁷ Secretary-General, Report by the Secretary General on the use of his powers under Article 52 of the European Convention on Human Rights, SG/Inf (2006) 5, 28 Şubat 2006 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=976731&Site=COE> (erişim: 15.5.2013)

²⁸ UN Doc. S/RES/1674 (2006) (28.04.2006), para. 8, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/331/99/PDF/N0633199.pdf?OpenElement> (erişim: 15.5.2013)

ve savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve diğer ağır insancıl hukuk ihlallerine yol açan kişileri soruşturup kovuşturarak ihlalleri engellemeye çalışmaları gerektiğini belirtmiş; kalıcı barış, huzur, adalet ve doğruluk ortamının sağlanabilmesi için bu tür eylemlerin önüne geçilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır.²⁹

Diğer yandan her devletin diğer devletlerin politik entrikalarından çekinmeksizin kararlar alabilmekte özgür olması gerektiğinden, bağımsızlığın aslında egemen devletlerin çıkarlarını korumakta olduğu savunulmaktadır.³⁰ Buna göre resmi bir eylem nedeniyle bir devlet görevlisini yargılamak politik bir girişimdir ve bu nedenle bağımsızlık devletlerin çatışmadan kaçınmak konusunda sığındıkları yöntemlerden biridir. Bir devletin başka bir devletin görevlisinin eylemlerini sorgulaması o devleti eleştirmek anlamına gelecek ve bu da sözkonusu devletler arasında çatışmaya yol açacaktır. Eğer bir devlet, başka bir devletin resmi eylemlerini sorgular ve açıkça kendi mahkemelerinde bunları irdelerse, uluslararası ilişkiler gerilecek ve uluslararası kriz meydana gelecektir. Her iki açıdan bakıldığında da nihayetinde dünyanın barışı ve devletler arasındaki ilişkilerin istikrarının tehlikeye düşebileceğini söylemek mümkündür.³¹

Bağımsızlık, devlet görevlileri suç işlediğinde kendi devletleri onları sorumlu tutmadığında cezasızlığa yol açmaktadır. Suçun gerçekleştiği yerde yargılama konusundaki isteksizliğin varlığı, başka bir deyişle suçun işlendiği ülke devletinin yargılama yapmaktan kaçınması, mağdurların başka devletlerde adaletin yerini bulması yönünde girişimde bulunmaları sonucunu doğurmaktadır. Ne var ki bu çok başarılı bir yöntem olmamıştır. Örneğin Şili Devleti Eski Başkanı General Augusto Pinochet nihayetinde sağlık sorunları gerekçe gösterilerek İspanya'ya iade

²⁹ UN Doc. S/RES/1894 (2009) (11.11.2009), para. 10–11 <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/POC%20SRES1894.pdf> (erişim: 15.5.2013) Yine aynı kararında Güvenlik Konseyi, bu tür önemli suçların hesabının sorulmasının ulusal düzeyde alınacak önlemlerle de gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. İbid.

³⁰ FRANEY, Immunity, Individuals, s.34

³¹ FRANEY, Immunity, Individuals, s. 35

edilmemiştir. İngiliz Mahkemeleri'ne yapılan yabancı devlet görevlileri hakkında yakalama kararı çıkarılması konusundaki çok sayıda başvuru da reddedilmiştir.³²

Bağışıklığın cezasızlık sonucunu doğurmasının önüne geçebilme çabaları esasen uluslararası mahkemelerin kurulması fikrini beslemiştir. Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri'nin kurulmasıyla öne çıkan bu süreci yıllar sonra Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) ile yeniden hız kazanmış, Sierra Leone³³, Doğu Timor³⁴ ve Kamboçya'daki³⁵ ihlaller için BM ile ilgili devletlerin hükümetleri arasında yapılan anlaşmalarla kurulan ad hoc ceza daireleriyle bu süreç devam etmiş³⁶; bu sırada evrensel nitelikte bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmasına ilişkin teşvikler sonucu Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) hayata geçirilmiştir. Tüm bu mahkemeler çeşitli nedenlere dayanarak kurulmuş ve belli yargı yetkisi sınırları olan mahkemelerdir. Bu sınırlı yetki³⁷ nedeniyle yerel düzeyde devletin ister kendi görevlilerine bahsettiği bağışıklıklar açısından, isterse yabancı devlet görevlilerine yerel mahkemelerinde tanıdığı bağışıklıklar çerçevesinde oluşan cezasızlık kültürünün önüne geçmekte başarı sağlanabildiği söylenemez. Böylece oluşan boşluk, diğer devletlerin, suçla veya sanıkla ya da mağdurla herhangi bir organik bağlantıları bulunmamasına rağmen suçu işleyen kişiyi yargılayarak suçun cezasız kalmasını engellemeye dönük çabalarını ortaya çıkarmaktadır. UAD'ın *Arrest Warrant* kararında ifade ettiği gibi yine de bağışıklığın cezasızlık olarak algılanmaması gerekmektedir.³⁸ Bağışıklık, *ratione personae* bağışıklık açısından bir

³² Örneğin Zimbabve Devlet Başkanı Mugabe, İsrail Başbakanı Ariel Sharon, Gujarat Eyalet Başkanı Narendra Modi, İsrail'li General Shaul Mofaz, Çinli Bakan Bo Xilai, İsrail Savunma Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Ehud Barak gibi üst düzey devlet görevlileri hakkında yakalama kararı çıkarılmasına ilişkin başvurular reddedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **FRANEY**, *Immunity, Individuals*, s. 36 ve s. 87 vd

³³ Special Court for Sierra Leone, <http://www.sc-sl.org/> (erişim: 15.5.2013)

³⁴ Special Panels of the Dili District Court. 2000-2006 yılları arasında faaliyet göstermiş mahkeme ile ilgili bilgi için bkz. **Caitlin REIGER/Marieke WIERDA**, *The Serious Crimes Process in Timor-Leste*: In Retrospect <http://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Criminal-Process-2006-English.pdf> (erişim: 15.5.2013)

³⁵ Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, <http://www.eccc.gov.kh/en> (erişim: 15.5.2013)

³⁶ 2009 yılında ayrıca Lübnan için Özel bir Mahkeme kurulmuştur. Bilgi için bkz. Special Tribunal for Lebanon, <http://www.stl-tsl.org/en/> (erişim: 15.5.2013)

³⁷ Örneğin EYUCM'de olduğu gibi belli bir bölgede ve belli bir zaman diliminde işlenen uluslararası suçlar için kurulan mahkemeler veya UCM gibi evrensel nitelikli bir mahkemenin sahip oldukları yetki, sınırlı yetkiyi ifade etmektedir.

³⁸ *Arrest Warrant* [2002], para. 60.

yargılama engeli, *ratione materiae* bağımsızlık açısından ise esasa ilişkin bir savunma olarak karşıya çıkmaktadır ve bahşedilen kişilerin istedikleri şekilde ve serbestçe hareket edebilecekleri bir hukuk-dışı alan yaratılmasına hizmet etmemelidir.

1.3. YARGILAMA YETKİSİ İLE BAĞIŞIKLIK İLİŞKİSİ

Yargılamadan bağımsızlık konusunda yapılan tartışmalarda bir hukuk ihlali söz konusu olduğunda, ihlale yol açan devletin veya onun görevlisinin yargılanabilmesi için mahkeme devletinin³⁹ yetkili olup olmadığı sorusu öncelik kazanmaktadır. Konuyla ilgili olarak yapılan tartışmaların temelde yetkinin var olduğu kabulünden yola çıkarak başlatıldığı düşünülse dahi yargılama yapacak makamın yetki konusunu öncelikle incelemesi ve yetki lehine bir tespit bulunması üzerine yargılamaya başlaması gerekmektedir.⁴⁰ Nitekim bağımsızlık yargılama yetkisinin kullanılmasına bir engel teşkil edeceği için, mantığın bir gereği olarak yargılama yetkisinin var olmadığı bir yerde bağımsızlıktan da söz edilemez.⁴¹ Dolayısıyla yargılama yetkisi ve bağımsızlık kurumu yakından ilgilidir.

Uluslararası hukukun en çok tartışılan konularından biri olan yetki, bağımsızlık meselesiyle birbirine dolanmış biçimde değerlendirilir.⁴² Aslında bağımsızlığın, yetkinin özel bir görünümü olduğu ve ikisi arasında temel bir farklılık olmadığı öne sürülebilir. Her ikisi de bir mahkemenin, önüne getirilen bir olayla ilgili karar verip veremeyeceği sorusuna cevap arar. Belli kategorideki davalıları korumaya yönelik olan bağımsızlık kurumunda, davalının konumu düğüm noktasıdır. Ancak bu noktada söz söylenebilmesi için öncelikle yetkinin varlığı saptanmalıdır. Bu nedenle,

³⁹ “Mahkeme devleti” kavramı davanın açıldığı mahkemenin bulunduğu devleti ifade etmektedir. İngilizce literatürde ve mahkeme kararlarında geçen “forum state” kavramına karşılık olarak mahkeme devleti ifadesini kullanmayı uygun gördük.

⁴⁰ Örneğin ABD Savunma Bakanı Rumsfeld hakkında yapılan suç duyurusu üzerine Alman savcı yetkisizlik kararı verirken, eğer yetki olsaydı bağımsızlığın (ağır insan hakları ihlalleri bağlamında) yargılamaya engel teşkil etmeyeceğini belirtmişti. Bkz. Decision of the Prosecutor General at the Federal Supreme Court, 3 ARP 156/06-2, Karlsruhe, April 5, 2007, <http://ccrjustice.org/files/ProsecutorsDecision.pdf>

⁴¹ BRÖHMER de yargı yetkisi ile bağımsızlık arasındaki sıkı ilişkiye işaret ederek bağımsızlığın tartışılabilmesi için öncelikle ilgili devletin yargı yetkisinin var olduğunu ortaya koyulması gerektiğinden bahsetmektedir. Bkz. BRÖHMER, State Immunity, s. 34 vd.

⁴² BRÖHMER, State Immunity, s.34

yukarıda da belirttiğimiz gibi yetki konusu çözülmeyen bağışıklık meselesine girilemez.

Arrest Warrant kararında Uluslararası Adalet Divanı, bağışıklık konularını yargı yetkisine ilişkin bir saptama yapmaksızın yalnızca tarafların iddiaları üzerinden irdelese de, kararda mantıksal açıdan bağışıklığın ancak yargı yetkisi konusunda bir belirlilik olduğunda gündeme geleceği söylenmektedir.⁴³ Nitekim Yargıç Guillaume karara ilişkin farklı görüşünde “*Mahkemenin yargı yetkisi meselesi, yargı yetkisinden bağışıklıktan önce belirlenmesi gereken bir meseledir. Başka bir deyişle yargı yetkisinden bağışıklıktan ancak yargı yetkisi varsa bahsedilebilir.*” demektedir.⁴⁴ Gerçekten de yargı bağışıklığının uygulanıp uygulanmayacağı sorunundan önce tespit edilmesi gereken mesele, yargılamayı yapacak olan devletin yargı yetkisine sahip olup olmadığıdır.⁴⁵ Zira bir devlet yargı yetkisine sahip değilse, var olmayan bir yetkiden bağışıklıktan da söz edilemeyecektir.⁴⁶

Yabancı devlet görevlisinin bağışıklığı öncelikle yargılama yetkisiyle ilgili olmakla birlikte dolaylı biçimde düzenleme yetkisine dokunmaktadır; çünkü yabancı bir davalı işin içinde olduğunda mahkemenin yetkisi saptanarak hangi hukukun uygulanması gerektiği sorusu da ortaya çıkmaktadır. Bağışıklığın bu noktada, bir mahkemeye yabancı bir görevlinin davasına bak(a)maması konusunda kişinin statüsü (*ratione personae*) bağlamında negatif yükümlülük getiren bir engel oluşturduğu

⁴³ *Arrest Warrant* [2002], para. 46

⁴⁴ Bkz. Separate opinion of President Guillaume, para. 1 <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8128.pdf>. Yargıç Rezek'e göre mahkeme ilk olarak yargı yetkisi konusunda hüküm vermiş olsaydı, bağışıklık meselesine ilişkin bir karar verme ihtiyacı olmayacaktı. Separate Opinion of Judge Rezek, para. 10 <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8138.pdf>. Yargıçlar Higgins, Kooijmans ve Buergenthal ortak ayrı görüşlerinde “bağışıklık”ın “yargı yetkisinden bağışıklık” kavramının kısaltılmış şekli olduğunu belirtmişlerdir. Yargıçlar ayrıca, yargı yetkisinin yokluğunda prensip olarak diğer durumda var olan yargı yetkisinden bağışıklık meselesinin ortaya çıkmayacağını ve her ne kadar bağışıklık fikri daha önceden var olan yetkiye dayansa da aslında her birine uygulanacak farklı hukuk kurallarının var olduğunu ileri sürmüşlerdir. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para 3-4. <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>

⁴⁵ Örneğin Türk Hukuku'nda yargı bağışıklığı meselesi değerlendirilirken yargı yetkisi konusunda bağışıklığın bir dava engeli olduğu kabul edilmektedir. Medeni yargılamalarda HUMK m.

⁴⁶ Demokratik Kongo, Belçika'nın geniş evrensel yargılama yetkisine itiraz edebileceksen konuyu UAD'a taşımıştır. Bunun nedeni, Kongo'nun böyle bir yetki itirazına girmesi halinde yetkiyi tanımış kabul edeceğinden endişe etmesidir. Bu kaygının aksine, yerel bir mahkemenin yetkisine itiraz etmek, yetkiyi kabul etmek, bir yetkinin var olduğunu baştan kabul etmiş olmak anlamına gelmez. HIGGINS, After Pinochet, s.412

söylenbilir.⁴⁷ Başka bir deyişle, bağışıklık, mahkemenin önünde bir yargılama engeli şeklinde durarak yargılamada bir sonraki sürecin önünü keser. Sonuç olarak yargılama yetkisinin yokluğunda bağışıklıktan bahsedilemeyeceğine göre, yargılama yetkisinin varlığının bağışıklık için ön koşul olduğunu söylemek mümkündür. Yargı yetkisinin tespitinin ardından mahkemenin, bağışıklık kurallarının uygulanıp uygulanmayacağını tespit etmesi gerekir. Bu tespiti yaparken mahkeme, görevlinin gerçekleştirdiği eylemin niteliğine (*ratione materiae* bağlamında) bakarak karar verecektir. Böylece eğer eylem görevlinin özel sıfatla hareket ederek gerçekleştirdiği bir eylemse o zaman yargılama devam eder. Diğer yandan, görevlinin gayrişahsi sorumluluğunu gerektiren bir durumda yani devletin eyleminin söz konusu olduğu halde, mahkeme davayı esastan reddedecektir.

1.4. YARGI BAĞIŞIKLIĞININ TEMELLERİ

Yargı bağışıklığı⁴⁸, devletin ülkesel yetki sınırlarındaki münhasır yetkisinin, başka bir devleti veya onun görevlilerini kendi mahkemelerinde yargılayamamak bağlamında kısıtlanmasıdır. Böyle bir kısıtlama, bir devletin tam ve kesin yetkisine getirilen bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet görevlilerinin yargı bağışıklığını anlayabilmek ve bu bağışıklığın temellerini idrak edebilmek için, uluslararası hukukta devlete ve devletin görevlilerine bağışıklığın hangi gerekçeyle uygulandığını ortaya koymak yararlı olacaktır. Nitekim sonuç itibarıyla devletin görevlisinin yabancı bir devletin mahkemelerinde yargı bağışıklığına sahip olup olmadığının araştırılmasında, hangi gerekçeyle böyle bir bağışıklığın mümkün

⁴⁷ BRÖHMER, State Immunity, s.37

⁴⁸ Yargı bağışıklığının bir kural mı yoksa bir prensip mi olduğuna ilişkin yaptığı tartışmada FINKE, kural ile prensip arasındaki ayrımın usulden daha ileri olduğundan bahsetmektedir. Yazara göre, bu ayrım konunun nasıl değerlendirildiği ve konuya yönelik hangi soruların sorulduğuyla alakalıdır. Zira bir prensip, spesifik bir kuralın aksine, devletlere uluslararası hukuktan kaynaklanan sınırlar dahilinde kendi yasal hukuk kuralları çerçevesinde bağışıklığın kapsamını belirleme imkanı tanımaktadır. Bu nedenle yazar, sorulacak soruyu bu sınırların ne olduğuna yönelterek, yargı bağışıklığının uluslararası hukukun bir prensibi olduğunu savunmaktadır. **Jasper FINKE**, Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?, 21 EJIL 853 (2010), 857. (Kısaca FINKE, Sovereign Immunity) Diğer yandan GÜNDÜZ, yargı bağışıklığının bir kural olduğunun baştan kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, aksi halde bir devlet egemenlik prensibine dayanarak bağışıklık ileri sürerken, mahkeme devleti de yine egemenliğe dayanarak yargı yetkisini ileri sürerdi. Dolayısıyla yargı bağışıklığı kendisini besleyen egemenlik gibi bir prensipten ziyade bir uluslararası yapılageliş kuralını niteler. Bkz. Aslan GÜNDÜZ, Yargı Bağışıklığı, s. 92 vd.

kılınabileceğini ortaya koymak açısından, devletin görevlisi açısından yargı bağışıklığının dayanaklarını irdelemek gereklidir.

Bu bağlamda ilk olarak devletin yargı bağışıklığının temellerine değinilecek, ardından diplomatik bağışıklık, devlet başkanının bağışıklığı gibi çeşitli devlet görevlisi türlerine sağlanan bağışıklığa ilişkin teoriler açıklanacaktır. Bu kısımda ortaya koymak istediğimiz sonuç, devletin üst düzey görevlilerinin hangi gerekçeyle bağışıklığa sahip olduğunun belirlenmesidir. Zira buradan alacağımız sonuç çerçevesinde yabancı devlette ağır insan hakları ihlali gerekçesiyle bir devlet görevlisinin yargı bağışıklığından yararlanıp yararlanmayacağı sorununun çözümü için gerekli olan parçalardan biri tamamlanmış olacaktır.

Yargı bağışıklığının temellerini açıklarken, her biri birbirine bağlı halkalar dizisi gibi aslında uluslararası hukukta kabul edilmiş bağışıklık türlerinin hemen hepsinin temelde aynı kurallardan yola çıkılarak kabul edildiği görülmektedir. Çalışmamızın bu kısmında devletin yargı bağışıklığı ve buna bağlı olarak devlet görevlisi türlerinin yargı bağışıklıklarının kaynaklarını açıklamaya gayret edeceğiz. Bunu yaparken uluslararası örgütlerin ve örgüt çalışanlarının bağışıklık nedenlerine, çalışmamızın kapsamı dışında kaldığı için değinmemeyi tercih ettik.

1.4.1. Devletin Yargı Bağışıklığının Temelleri

Devletin yargı bağışıklığı, hem diğer yargı bağışıklığı türlerinin kökeni⁴⁹ hem de onlardan beslenen bir bağışıklık türüdür. Başka bir ifadeyle örneğin devlet başkanının yargı bağışıklığı konusu gündeme geldiğinde, devletle devletin yöneticisi olan kişinin aynı benlikte vücut bulduğu zamanlarda her iki bağışıklığın aslında tek bir bağışıklık türü olarak algılandığını söylemek mümkündür. SINCLAIR, devletin yargı bağışıklığı prensibinin kökenleri ve kaynağı arandığında bunun hükümdarın kişisel bağışıklığında bulunacağını ifade etmektedir.⁵⁰

⁴⁹ **Bing Bing JIA**, The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited, 10 JICJ 1303 (2012), 1304

⁵⁰ **SINCLAIR**, Sovereign Immunity, s.121

Devletin yargı bağışıklığına neden olan kurallar aslında, diğer bağışıklık türlerinin de nedenini oluşturmaktadır. Böylece esas olarak diğer bağışıklıkların nedenleri tespit edilirken, devletin yargı bağışıklığının temellerini teşkil eden prensiplerin hem yansımaları hem de onların yanında anılan kuralların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Devletin yargı bağışıklığını karşılıklılık, uluslararası nezaket, iç hukukta devletlerin kendi mahkemelerinde yargılanmamasına ilişkin kuralın diğer devletler lehine uygulanması, cebri icra gücü, dışişlerin yürütülmesinin kolaylaştırılması gibi çok çeşitli nedenlerle açıklandığı görülmüştür.⁵¹ Bunların elbette devletin yargı bağışıklığının ortaya çıkışı ve/veya gelişimi konusundaki etkileri yadsınamaz. Bununla birlikte bugün devletin yargı bağışıklığı kuralının temelini, *par in parem non habet imperium* (eşitin eşit üzerinde yetkisi yoktur)⁵² ilkesinin dayanakları olan egemenlik ve eşitlik, bağımsızlık, işlerine karışmama ve devletin onuru prensiplerinden kaynaklandığı genel olarak kabul edilmektedir.⁵³ Bu ilkeler bağışıklık hukukunu açıklarken devlet ve onun görevlisine tanınacak bağışıklığın çıkış noktasını oluşturduğundan öncelikle bu ilkelerin anlamları ve içeriklerini açıklamak gerekmektedir.

1.4.1.1. Egemenlik ve Eşitlik Prensipleri

Bir devletin başka devletlerin istek ve buyruklarına bağılı olmaksızın hukukun kendisine izin verdiği ölçüde serbestçe hareket etmesi ve bunun sonucunda da başka devletlere hesap verme yükümlülüğünün olmaması, o devletin egemen olduğunun göstergesidir. Böylece bir devlet, görevlileri aracılığıyla gerçekleştirdiği eylem ve işlemler nedeniyle başka devletlerde yargılamaya tabi olmayacaktır. Elbette yargılamaya tabi olmama hususu uluslararası hukukun çizdiği sınırlarla mümkün

⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. GÜNDÜZ, Yargı Bağışıklığı, s.45-96

⁵² Ernest K. BANKAS, The State Immunity Controversy in International Law, Springer Pub. 2005, s. 37 vd; Rosanne Van ALEBEEK, The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and Human Rights Law, Oxford University Press 2008, s.47 vd (Kısaca Van ALEBEEK, Immunity of States); FOX, State Immunity (2008), s.40 vd; Jürgen BRÖHMER, State Immunity and The Violation of Human Rights, Martinus Nijhoss Publishers 1997 s.11 vd. (Kısaca BRÖHMER, State Immunity); Rona AYBAY, Yargıyay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı, 72 TBB Dergisi 109 (2007) (Kısaca, AYBAY, Yargı Bağışıklığı)

⁵³ SINCLAIR, Sovereign Immunity, s.121.

olabilecektir.⁵⁴ Bu, başka bir yönden bakıldığında, devletlerin her durumda eşit olmadıkları sonucunu da doğurabilmektedir; zira bir devlet münhasır egemenlik alanında hem diğer bir eşitin lehine, hem de kendi egemenlik yetkilerini kısıtlamak suretiyle kendi aleyhine, bağışıklık sağlamaktadır. Bu taraftan bakıldığında, devlet yargılama yetkisini kullanma konusunda egemen iken, yabancı bir devlet (görevlisi) söz konusu olduğunda yargılama yetkisini uygulama açısından diğer devletle eşit konumda değildir. Zira benzer bir eylem nedeniyle devlet kendi iç hukukunda hesap vermek zorunda kalabilmektedir. İşte bu durum, devletin iç hukukunda kendisine tanınmayan ancak uluslararası hukuk bakımından diğer bir devlet lehine tanınması öngörülen sınırlar nedeniyle gerçekleşir.⁵⁵

Bağışıklığın ilk tanımlandığı zamanlar, devlet ile devletin başındaki kişinin tek vücutta bulunduğu kabul edildiği dönemlere denk gelmektedir. Hükümdar, hukuku yaratan kişi ve yasaların doğduğu kaynak olduğundan⁵⁶, hukukun üstünde kabul edilmekteydi.⁵⁷ Kendisi istese dahi hukuk ona uygulanamazdı.⁵⁸ Devlet ve egemen olan (hükümdar) tek ve aynıydı ve hukukun sınırlarının dışındaydı. Ülke ve ülke üzerinde yaşayan insanlardan oluşan devlet, egemenliği kendinde bulunduran hükümdarın malı olarak görülmekte; hükümdarın eylem ve işlemleri de devlete

⁵⁴ MANN'a göre, devletin yetkisini uygulama hakkının varlığı münhasıran kamusal uluslararası hukuk tarafından saptanmaktadır. Bir devletin yetkisini yanlış kullanmasının sonuçlarının belirlenmesi için de kamusal uluslararası hukuka yönelmek gerekir. MANN, Joseph Beale'nin konuyla ilgili açıklamasına (36 HLR 241(1922-1923), s.243) atıf yaparak egemenin eğer uluslararası hukuk izin vermezse, kendi mahkemelerine veya yasama organına yetki veremeyeceğini ifade ederek devletlerin uluslararası hukukun çizdiği sınırlar içerisinde yetki sahibi olduğunu ve egemenliğini bu sınırlar dahilinde kullanabileceğini ortaya koymaktadır. **Frederick Alexander MANN**, *The Doctrine of Jurisdictional International Law*, RdC V. 111, (1964), s. 11

⁵⁵ DOUGLAS'a göre eşitlik her durumda eşit olmak anlamına gelmez. Daha ziyade, devletlerin hukuki kapasiteleri çerçevesinde kullandıkları haklar bakımından bir eşitlikten bahsedilmektedir. Başka bir deyişle buradaki eşitlik sahip olunan güç veya fiziki veya ekonomik imkanlar açısından eşitlik değil hukuki eşitliktir. **Zachary DOUGLAS**, *State Immunity For The Acts Of State Officials*, *State Immunity for Acts of State Officials*, 82 BYIL 281 (2012), s.316. (**DOUGLAS**, *State Immunity*) Yazarın önermesinin biraz ilerisine giderek, devletlerin özellikle kendi münhasır yetki alanlarında, diğer devletlerden daha ayrıcalıklı bir durumda olmalarına rağmen bağışıklıklar özelinde, yabancı bir devlete göre dezavantajlı durumda olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü örneğin X devletinin kendisinin yerel mahkemesinde yargılanabileceği kimi durumda Y Devleti yargılanmamaktadır. Ancak bu eşitsizliğe, uluslararası hukukun devlete yabancı devlet açısından yüklediği ancak kendi iç hukukunun kendisine öngörmediği ve daha ziyade iç hukuk kurallarından dolayı gerçekleşen bir eşitsizlik olarak bakmak daha doğru olacaktır.

⁵⁶ **Mehmet Ali AĞAOĞLU/Levent KÖKER**, *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, İmge Kitabevi 4. Baskı 2009, s.27 vd.

⁵⁷ **BANKAS**, s.3

⁵⁸ **Jean BODIN**, *Six Books of the Commonwealth Book I* (çev. M. J. TOOLEY), s. 28 ve s. 32 http://www.arts.yorku.ca/politics/comminel/courses/3020pdf/six_books.pdf (Erişim tarihi: 15.05.2013)

atfedilmekteydi. Hükümdar devletin kişiliği olduğundan, onun onuru devletin onuru sayılıyordu ve bunun gibi hükümdara karşı yapılan işlemler ve işlenen suçlar da devlete karşı yapılmış ve işlenmiş addedilmekteydi.⁵⁹

İlk kez Fransız düşünür Jean Bodin'in kavramlaştırdığı egemenlik, yurttaşlar arasındaki en yüksek, en mutlak (devredilmez ve bölünmez) ve en sürekli güç⁶⁰ olarak tanımlanmıştır. Devlet var olduğu sürece egemenlik de onun bir parçası olmaya devam edecektir.⁶¹ Egemenliğin sürekliliği fikrinden hareket ederek Bodin, egemenin fiziksel anlamda ölmesi halinde dahi egemenliğin halen yaşayan bir kavram şekliyle sona ermeyen bir simge olduğunu savunmuştur.⁶² İngilizler'in kralın iki bedenli bir varlığı olduğu düşüncesinden yola çıkan Bodin, egemenliğin bölünmez ve devredilmez olduğunu açıklarken kralın biri doğal diğeri siyasal olan iki bedenden meydana geldiğini ve kralın, egemenliğin benliğinde bir nitelik haline geldiğini; kamusal bir kişi olduğunu; zamanla da diğerk bedenin de yiterek başlı başına bir kamusal kurum haline geldiğini ifade etmektedir.⁶³ Bodin'in öngördüğü sistemin aslında *par in parem non habet imperium* vecizesinin etrafında toplandığı ileri sürülmektedir.⁶⁴ Zira Bodin'in sistemindeki egemenlik kavramının, egemenin kendi etki alanında tamamen sınırsız ve bu nedenle de başka bir güce uluslararası alanda veya kendi hareket alanı içinde boyun eğmeyen en önemli güç olarak anlaşıldığı müddetçe, bu yaklaşım da uygun görülebilir.

1812 tarihli *The Schooner Exchange v. McFaddon* davasında⁶⁵ hükümdarlar arasındaki ilişkinin egemen eşitliğe dayandığı fikri Baş Hakim Marshall tarafından

⁵⁹FRANEY, Immunity, Individuals, s.60. WATTS Fransız Devrimi öncesindeki bu durumu, eski hukukun devlet ile devlet başkanı arasında herhangi bir ayırım yapmaması şeklinde açıklamaktadır. Arthur WATTS, The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, RdC V. 247 (1994), s. 35, dp15. (Kısaca WATTS, RdC)

⁶⁰BODIN, Six Books, s. 25

⁶¹BANKAS, s.2

⁶²Bu görüş 1557 yılında İngiltere'de açılan bir davada, on yıl önce ölen Kral VIII. Henri'nin adının karışması üzerine, dava yargıcı tarafından kralın siyasi bir beden olduğu, devletin sürekli yöneticisi ve halkın başı olarak süreklilik arzeden bir isim olduğu ve bu nedenle Kral'ın ölmeyeceği şeklinde ifade edilmiştir. AĞAOĞLU/KÖKER, Kral Devlet 2009, s.30 dp 43.

⁶³AĞAOĞLU/KÖKER, Kral Devlet 2009, s.34. "Kral öldü, yaşasın kral" anlayışı da buradan gelmektedir. Bkz. ibid, s.30

⁶⁴BANKAS, s.2 .

⁶⁵*The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 US (7 Cranch) 116 (1812). Davaya konu olan olay şöyle gelişmiştir: 27 Ekim 1809'da Maryland uyruklu John Mcfaddon ve William Greetham'a ait Schooner Exchange isimli gemi Baltimor'dan İspanya'nın St. Sebastian limanına gitmek üzere yola çıktıktan

dile getirilmiştir. Bu dava egemen bağımsızlıkla ilgili kuralların gelişimi konusunda bir milat teşkil eder.⁶⁶ Marshall'a göre her egemen devletin aynı biçimde sahip olduğu devletlerin ülkesel alanlarındaki tam ve kesin yargı yetkileri, yabancı egemenleri kendi egemenlik haklarının konusu olarak görmelerine imkan tanımak yönünde genişletilemez. Bir egemen, hiçbir şekilde başka bir egemene tabi olamaz ve en yüksek şahsiyet olmanın getirdiği yükümlülüklerle bağlı olarak kendisini veya egemen haklarını başka bir egemenin yetkisine sunarak milletinin onurunu alçaltamaz.⁶⁷

Egemenlik ve eşitlik prensibi ya da bazı akademisyenlerce kullanıldığı gibi egemen eşitlik⁶⁸ prensibi, uluslararası hukuk düzeninde belit niteliğindedir. Bu prensip kuvvet kullanılmasının yasaklanması ve içişlerine karışmama gibi birçok önemli kuralın temelini teşkil eder.⁶⁹ JENNINGS/WATTS egemen eşitlik ve bağımsızlığın

sonra barışçıl ve hukuka uygun biçimde seyrine devam ederken 30 Aralık 1810'da Fransa İmparatoru Napolyon'un emir ve buyruğu altında hareket eden kişilerce gemiye el koyulmuştur. Daha sonra Schooner Exchange gemisi savaş gemisine çevrilerek Fransız Donanması'na dahil edilmiştir. 24 Ağustos 1811'de Schooner Exchange Gemisi, Fransa'dan Hindistan'a giderken gemide arıza çıkması nedeniyle zorunlu olarak ABD'nin Filedefiya Limanı'na demirlemiştir. Bunun üzerine geminin eski sahipleri Filedefiya Bölge Mahkemesi'nde Schooner Exchange gemisi aleyhine dava açmışlardır. Davada, geminin tek sahibinin kendileri olduğu ve Napolyon'un askerleri tarafından gemiye hukuka aykırı biçimde ve zorla el koyulduğunu ileri sürerek geminin mülkiyetinin kendilerine geri verilmesi talebinde bulunmuşlardır. Fransa Hükümeti ise, geminin bir savaş gemisi olduğu ve bu nedenele de imparatorun bir kolu, uzantısı olduğu, dolayısıyla imparatorla aynı dokunulmazlık ve bağımsızlıklara sahip olduğundan davanın reddedilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir. İbid, s. 117-119. Mahkeme, dava konusu geminin ABD'nin barışçıl ilişkiler içinde bulunulan bir ülkeye ait olduğu ve zorunlu nedenlerle limanlarına demirleyen savaş gemilerinin barışçıl ve dostane bir biçimde hareket ettiği sürece Amerika'nın yargı yetkisi dışında kalacağına, böylece davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. İbid, s.147

⁶⁶ **SINCLAIR**, Sovereign Immunity, s. 122

⁶⁷ The Schooner Exchange v. McFaddon, s.137. Ayrıca bkz. **Charles E. HICKEY**, The Dictator, Drugs and Diplomacy by Indictment: Head-of-State Immunity in United State v. Noriega, 4 Conn. JIL 729 (1988-1989), s731 dp.16 (Kısaca HICKEY, The Dictator, Drugs and Diplomacy)

⁶⁸ **Hüseyin PAZARCI**, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi Yay. 12. Baskı 2013, s.150 (Kısaca PAZARCI, Uluslararası Hukuk); **GÖZLER**, Teori (2009), s. 80; **SINCLAIR**, Sovereign Immunity, s.123. Diğer yandan "eşitlik" kavramına bakıldığında bunun aslında gerçek bir eşitlikten ziyade şekli bir eşitlik olduğu bu nedenle *par in parem non habet* prensibinin ciddi biçimde sorgulandığı FINKE tarafından ileri sürülmektedir. FINKE bunu açıklarken Milletler Cemiyeti'nin bağımsızlığın temeli açısından yalnızca bağımsızlığa yer vererek egemen eşitlikten bahsetmediğini söylemektedir. Ayrıca yazara göre *par in parem non habet* prensibinin ortaya çıkışının egemenliğin eşitlikle değil hükümdarın onuruyla bağdaştırıldığı dönemlere denk gelmiştir ve bunu izleyen dönemde de egemenliğin devletin onuruna dayandırılmıştır. Bu nedenle aslında eşitlik argümanı devletin onuruyla yakından ilgilidir. Bu da modern uluslararası hukukta yargı bağımsızlığı açısından artık reddedilen bir temeli teşkil eder. Yazara bu yolla yargı bağımsızlığının temelini teşkil eden eşitlik ilkesini de reddeder görülmektedir. **FINKE**, Sovereign Immunity, s. 866 dp. 58

⁶⁹ **Juliane KOKOTT**, States, Sovereign Equality, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008-, online edition, para. 1 (Kısaca KOKOTT, States, Sovereign Equality)

temelini teşkil eden yasal eşitliğin üç sonucu olduğunu ifade etmektedir. Bunlardan ilki devletler topluluğu üyelerinin rızalarıyla çözülmesi gereken bir sorun ortaya çıktığında, her devletin oy hakkı olduğu ve yalnızca bir kez oy kullanabilecekleridir. İkinci sonuç, (politik açıdan olmasa da) hukuki açıdan oy kullanan en küçük ve güçsüz devletin oyunun, en büyük ve güçlü devletin oyu ile eşit değerde olduğudur. Üçüncü sonuca göre ise, *par in parem non habet imperium* kuralı gereğince hiçbir devlet başka bir egemen devlet üzerinde yargı yetkisini kullanamayacaktır.⁷⁰ Bu nedenle devletlerin yabancı bir devletin mahkemesinde dava açabilmelerine rağmen kendileri hakkında açılmış bir davada mahkemenin yetkisini kabul etmedikleri sürece veya yabancı devletin mahkemesinde dava açmaları nedeniyle o mahkemenin yargı yetkisine boyun eğdiklerini kabul etmemeleri halinde kural olarak yabancı bir devletin mahkemesinde yargılanamazlar. Bu hem müdahale yasağının hem de egemen eşitliğin bir gereğidir.⁷¹

Uluslararası hukukun, devletlerin egemen eşitliğine dayandırılmış yapısı, BM Antlaşması'nda da açığa vurulmuştur. BM'nin yapısının tüm üyelerinin egemen ve eşit olduğu ilkesine dayanarak kurulduğu, Antlaşma'da ifade edilmektedir.⁷² Güçlü - güçsüz, büyük - küçük, gelişmiş - gelişmekte olan tüm devletler prensipte eşittir⁷³ ve uluslararası hukuk yatay bir düzlemde devletlerin egemen eşitliğine dayalı bir sistem üzerine oturtulmuştur.⁷⁴ Bu nedenle egemen bir devletin mahkemelerinde başka bir egemen devletin yargılanması, eşitliğin doğasına aykırı düşecektir.

1.4.1.2. Bağımsızlık

Egemenlik doktrini iki ayrı alanda gelişim göstermiştir. Bunlardan ilki iç işleyişle ilgiliyken diğeri dışarıya karşı mevcut olan egemenliktir.⁷⁵ İç egemenlik iki anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki devletin benliğini simgeler; yani devletin kural

⁷⁰ JENNINGS/WATTS (eds) 1992, s.341

⁷¹ KOKOTT, States, Sovereign Equality, para. 21

⁷² BM Antlaşması m.2/1: "Örgüt, tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur."

⁷³ BANKAS, s. 33

⁷⁴ LORCA, Universal International Law, s 491

⁷⁵ David HELD, The Changing Structure of International Law: Sovereignty Transformed?, in David HELD/Anthony MCGREW (eds.), The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate, Polity Press 2. Ed 2003, s. 162

koyma, yargılama ve uygulama yetkilerinin tümünü kapsar. Başka bir ifadeyle devletin yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin tümü devletin iç egemenliğini oluşturur.⁷⁶ İç egemenlik diğer anlamında ise devletin asli, üstün, sınırsız, tek ve bölünmez iktidarını niteler.⁷⁷ Devletin dış egemenliği ise “bağımsızlık” olarak ifade edilmektedir.⁷⁸ Bir devletin en önemli karakteristik özelliği muhtemelen bağımsızlığıdır. Bağımsızlık, devletlerin uluslararası hukukun öngördüğü sınırlamaların dışında serbestçe hareket edebilmesidir.⁷⁹ Ancak belirtmek gerekir ki egemenliğin ikili gelişimi, egemenliğin iki ayrı alandaki görünümü⁸⁰ olarak kabul edilmektedir; temelde egemenlik tektir ve devletin benliğine özgülenmiştir. Bağımsızlık, bunun dış yüzüdür. 1849 yılında Fransız Yargıtayı, *Spanish Government v. Lambege and Pujot* kararında devletlerin, ülkelerine giriş yapan yabancı devletleri yargı yetkilerine tabi kılmamalarına ilişkin yükümlülüklerinin devletlerin bağımsızlıklarından kaynaklanan bir prensipten ileri geldiğini ifade etmektedir.⁸¹

Bir devletin yetkisi üzerinde yapılageliş hukukundan veya bir antlaşmadan kaynaklanan yükümlülükten doğan sınırlamalar devletin bağımsızlığına etki etmez.⁸² Uluslararası Daimi Adalet Divanı (UDAD) *Lotus-Bozkurt* davasında⁸³ uluslararası hukukun bağımsız devletlerin ilişkilerini yönettiğini ve devletleri bağlayan hukuk kurallarının da yine devletlerin bir antlaşma ya da yapılageliş yoluyla özgür iradelerinden ortaya çıktığını ifade ederek, bu nedenle devletlerin bağımsızlıklarının sınırlandırılmasının farz edilemeyeceğini belirtmektedir.⁸⁴

⁷⁶ GÖZLER, Teori (2009), s. 81 vd.

⁷⁷ GÖZLER, Teori (2009), s.81

⁷⁸ GÖZLER, Teori (2009), s.79; Edip ÇELİK, Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, Filiz Kitabevi Yay. 2. Bası 1987, s. 222 (Kısaca ÇELİK; 1. Kitap (1987))

⁷⁹ Malcolm SHAW, International Law, Cambridge University Press 6 Ed. 2008, s. 211 (Kısaca SHAW, International Law (2008)); Edip ÇELİK, Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, Filiz Kitabevi 2. Bası, 1987, s. 222 (Kısaca ÇELİK, Birinci Kitap (1987)); Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Turhan Kitabevi Yayınları 8. Bası 2005, s. 19-20 (Kısaca PAZARCI, 2. Kitap 2005)

⁸⁰ ZABUNOĞLU Kamu Hukukuna Giriş (1973), 41 vd.

⁸¹ *Spanish Government v. Lambege and Pujot*, 22.01.1849, Sirey I 81 (1830), s.93 (aktaran) Hazel FOX, In Defence of State Immunity: Why the UN: Convention on State Immunity is Important, 55 ICLQ 399 (2006), s. 404 (Kısaca FOX, UN Convention)

⁸² *Customs Regime between Germany and Austria*, PCIJ, Series A/B, No. 41, 1931, para. 26

⁸³ *Lotus Case*, PCIJ, Series A, No. 10, 1927.

⁸⁴ *Lotus Case*, s. 18

1.4.1.3. İçişlerine Karışmama

Devletlerin egemenliklerinin ve eşitliğinin doğal bir sonucu olarak kabul edilen içişlerine karışmama ilkesinin ortaya çıkışında dönemin ABD Dışişleri Bakanı James Monroe'nun yaptığı konuşmanın etkili olduğundan ve bu konuşmadan sonra adı geçen görüşün “*Monroe Doktrini*” olarak anıldığından bahsedilmektedir.⁸⁵ Monroe, Avrupa'daki güçleri yeni bağımsız Latin Amerika devletlerine veya potansiyel Birleşik Devletler'e karışmaması için uyarıda bulunmuştur.⁸⁶

Devletin egemenliğinin doğasından kaynaklanan bu prensipte devlet kendi ülkesel sınırlarında ülkesinde en üstün otorite olmakla birlikte, başka devletlerin iç işlerine karışmama yükümlülüğü altındadır.⁸⁷ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2/7 hükmünde iç işlerine karışmama ilkesinin altı çizilmektedir. Buna göre bir devletin kendi münhasır yetkisine giren konularda BM müdahalede bulunamayacaktır. Yine Güvenlik Konseyi'nin bir uyuşmazlığa müdahale edebilmesinin şartlarından biri de söz konusu uyuşmazlığın özü itibariyle bir devletin ulusal yetkisi içinde bulunan bir sorun olmamasıdır.⁸⁸

İçişlerine karışmama yükümlülüğü, devletin belli faaliyetlerini uluslararası hukuk düzenlemelerinden korumaktadır.⁸⁹ Her ne kadar günümüzde devletlerin iç işlerini

⁸⁵ PAZARCI, 2. Kitap 2005, s. 23.

⁸⁶ <http://history.state.gov/milestones/1801-1829/Monroe> Monroe doktrini ayrıca kolonileşmeye karşı olmayı da içermektedir.

⁸⁷ SHAW, International Law (2008), s. 647; Hazel FOX, International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States, in Malcolm Evans (ed.), International Law, Oxford University Press 3. Ed. 2010, s.342-343. (Kısaca FOX, International Law and Restraints (2010))

⁸⁸ PAZARCI, 2. Kitap (2005), s.78; Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, Turhan Kitabevi Yayınları 2000, s. 71 (Kısaca PAZARCI 4. Kitap (2000)). Pazarcı'nın da belirttiği gibi BM Antlaşması'nın 2/7. Maddesi hükmü çerçevesinde öngörülen bu yükümlülük, yine ilgili hüküm gereği Antlaşma'nın VII. Bölümü çerçevesindeki işlemler açısından geçerli değildir. Bunun dışında Antlaşma'nın tamamı için geçerli sayılmaktadır. Bkz. PAZARCI 4. Kitap (2000), s.71.

⁸⁹ Buna örnek olarak devletlerin uyrukluk vermelerinin münhasır yetki alanına giren bir işlem olduğunu söyleyebiliriz. Yine örneğin vize verme iradesi de bir devletin iç işlemi olarak görülmektedir. SHAW, International Law (2008), s.647 Burada hemen belirtmek gerekir ki, bir devletin iç işlerinde serbestçe hareket etme hakkı, onu bu hakkını kullanırken uluslararası hukuka aykırı davranmasının sonuçlarından kurtarmaz. Nitekim genel kabul görmüş bir kural olarak, hiçbir devlet kendi iç hukukunu mazeret göstererek uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmaz. Örneğin bkz. *LaGrand* (Germany v. United States of America), Judgment, ICJ Reports 2001, s. 466, s. 497–498; *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2004, s. 12, para.139. Antlaşmalar hukuku bakımından bkz. 1969 Viyana

kapsayan alan gittikçe daralıyor olsa da, bu prensip uluslararası hukukun en önemli ilkelerinden biridir. Bu aynı zamanda iç egemenliğin (ülkesel egemenliğin) de bir sonucudur. Yargı bağışıklığı bu noktada, bir devletin başka devletin egemenlik işlemlerini sorgulamak suretiyle o devletin iç işlerine müdahalede bulunmasını önlemeye yaramaktadır.⁹⁰ Aksi düşünüldüğünde, yani bağışıklığın olmadığı bir düzende devletler münhasır yetki alanlarına yapılabilecek müdahaleler nedeniyle rahatça hareket edemeyebileceklerdir. Böylece devletin egemenliği de kısıtlanmış olmaktadır. Elbette bağışıklık devletlerce, başka devletlerin yerel hukuk düzenlerine aykırı davranma olanağı veya fırsatı olarak görülmemelidir; bu anlamda içişlerine karışmama ilkesi de, devletlerin egemenliklerini korumalarına ve özgürce karar alabilme yeteneğini devam ettirebilmelerine imkan tanımaktadır.

1.4.1.4. Devletin Onuru

Bir devletin başka bir devletin yargı yetkisinden bağışık olmasının bir nedeni de devletlerin onuru ilkesidir. Buna göre, bağışıklığın bahşedildiği kişilerin (devlet veya onun temsilcilerinin) başka bir devletin mahkemesinde yargılamaya tabi tutulmaları, devletin onuruyla çelişmektedir. Başka bir deyişle, bir devletin veya temsilcisinin başka devletlerde yargılamaya tabi tutulması, o devletin saygınlığını zedeler.⁹¹ Bu anlayış, hükümdarla devletin bir bütün olarak kabul edildiği ve böylece hükümdarın kendini bağışıklık hakkının hamili olarak gördüğü zamanlara dayanmaktadır.⁹² “Onur” öncelikle ahlaki ve manevi bir değerdir ve insanoğluna atfedilmiştir.⁹³

Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Vienna Convention on the Law of Treaties), 23 Mayıs 1969, yürürlük tarihi 27 Ocak 1980, 1155 UNTS 331, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, m.27 ve m.46.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s. 67

⁹¹ The Schooner Exchange v. McFaddon, s.137

⁹² **Christian APPELBAUM**, Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, Duncker&Humblot GmbH, 2007, s.53 (Kısaca APPELBAUM, Einschränkungen der Staatenimmunität)

⁹³ **BRÖHMER**, State Immunity, s.10. Bu nedenle bir insan hakkı ihlalden sorumlu devletin onurunun neden mağdur kişinin onurundan önce geldiği sorulabilir.

Devletin yargı bağısıklığının ihlalinin devletin onurunu zedeleyecek bir durum yaratacağı mahkeme kararlarında da ifade edilmiştir.⁹⁴ Örneğin *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*⁹⁵ kararında Lord Denning, egemen bağısıklığın uygulamasının yabancı bir devletin hükümetinin doğrudan veya dolaylı olarak dava edilmesine göre değil uyuşmazlığın doğasına göre değiştiğini belirttikten sonra bir uyuşmazlığın yabancı devletin yasama işlemine veya uluslararası yaptırımlarına veya yürütme erkinin politikalarına ilişkinse mahkemenin bağısıklığı kabul etmesi gerektiğini söylemiştir. Bu kabulün gerekçesini açıklarken Lord Denning devletin onuruna atıf yaparak bu tür konulardaki uyuşmazlıkların başka bir devletin yerel mahkemesinde çözümlenmesinin yabancı egemen devletin onurunu, saygınlığını inciteceğini beyan etmiştir.⁹⁶

Her ne kadar günümüzde devletin onuru kavramının demode bir kavram olduğu ileri sürülse de⁹⁷ burada devletin sorumluluğu kurumundan bir çıkarımda bulunarak aslında devletin onurunun uluslararası hukukta güncelliğini ve anlamını koruduğu söylenebilir. Uluslararası hukukun açık bir şekilde ihlal edilmesi ve bunun üzerine zarar veren devletin zarara uğrayan devletten resmi biçimde özür dilemesi, devletin sorumluluğunda onarım yükümlülüğünün bir çeşidi olan manevi onarım olarak kabul edilmektedir.⁹⁸ Ancak devletin onurunun korunmasının uluslararası hukuktaki güncelliği devletin yargı bağısıklığının açıklanması açısından değerlendirildiğinde, başlı başına bu gerekçenin günümüz şartlarında yeterince güçlü ve mantıklı⁹⁹ bir dayanak olmadığını belirtmek gerekir.¹⁰⁰ Yine de, devletin onuru prensibinin, uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkilerin düzgün yürütülmesi açısından

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **K. R. SIMMONDS**, The "Rationale" of Diplomatic Immunity (Based on Ghosh v. D'Rozario), 11 ICLQ 1204 (1962), 1206. (Kısaca SIMMONDS, Rationale of Diplomatic Immunity)

⁹⁵ *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*, [1957] A.C. 379

⁹⁶ *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*, s. 380

⁹⁷ Örneğin **Monika LÜKE**, Die Immunität Staatlicher Funktionsträger, Berlin: Berliner Juristische Universitätsschriften V. 16, 2000, s. 212 (Kısaca LÜKE, Immunität Staatlicher Funktionsträger)

⁹⁸ **PAZARCI** 4. Kitap (2000), s. 189; **Elif UZUN**, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Beta Yayınları 2007, s.103-104 (Kısaca UZUN, Devletin Sorumluluğu)

⁹⁹ **BRÖHMER**, State Immunity, s.10

¹⁰⁰ Bkz aynı yönde **Hersch LAUTHERPACHT**, The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, 28 BYIL 220 (1950) s. 231

bakıldığında, devletin yargı bağısıklığını açıklamakta tamamıyla işlevsiz ve anlamsız olmadığını ifade etmek mümkündür.¹⁰¹

1.4.2. Diplomatik Bağısıklığın Temelleri

Diplomasi, yüzyıllardır bir devlet uygulaması olarak, devletlerin aralarındaki ilişkileri yürütme biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletler birbirleriyle ilişkilerini yürütmek ve görüşmelerde bulunmak zorunda olduğundan diplomatik temsilcilere ihtiyaç duymaktadır.¹⁰² Bu ilişkinin düzgün biçimde yürütülmesi için de diplomatik görevlilere bir takım bağısıklıklar tanınmıştır. Bu bağısıklıkların tanınması bir taraftan devletin yargı bağısıklığı, devletlerin eşitliği ve bağımsızlık ilkelerinin bir sonucu olarak, bir taraftan da uluslararası sistemin gereksinimi olarak ortaya çıkmış ve çağın gerekliliklerine uygun biçimde gelişim göstermiştir.

Diplomatik yargı bağısıklığı 3 teoriyle açıklanmaya çalışılmıştır.¹⁰³ Bunlar ülkedışılık teorisi, temsil teorisi ve işlevsel zorunluluk teorisidir. Burada yapacağımız

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. APPELBAUM, *Einschränkungen der Staatenimmunität*, s.5

¹⁰² SHAW, *International Law* (2008), s.751

¹⁰³ Devlet temsilcilerinin bağısıklıklarıyla ilgili yaptığı monografik çalışmasında LÜKE, diplomatik bağısıklığı 5 teoriyle açıklamaya çalışmıştır. Bizim üzerinde duracağımız başlıklar olan ülkedışılık, temsil ve işlevsel zorunluluk teorileri dışında ayrıca devletin onuru ve nezaket teorilerine de yer vermiştir. LÜKE'ye göre diplomatik bağısıklık uluslararası hukukun ilk zamanlarında devletin onuru teorisine açıklanmaya çalışılmıştır. Bu prensibin ortaya atılmasındaki temel amaç, devletin onuruna karşı yapılacak saldırıları önlemektir. Bir diplomat devletin başkanını temsil etmekte ve yabancı bir devletin, diplomatik temsilci üzerinde uyguladığı yargı yetkisi, devlet başkanının onuruna saldırı anlamına gelmektedir. Bu prensip, devletin yöneticisiyle devletin aynı kimlikte bütünleştiği düşüncesini temel alarak hükümdara yapılacak saldırının devlete ve onun onuruna yapılmış sayıldığı dönemlerde taraftar bulmuştur. LÜKE günümüzde devlet bir tüzel kişi olarak kabul edildiğinden, modern uluslararası hukukta söz konusu teorisinin diplomatik temsilcinin bağısıklığını açıklamakta yetersiz kaldığını öne sürmektedir. Bkz. LÜKE, *Immunität Staatlicher Funktionsträger*, s. 191. Kanaatimizce diplomatik bağısıklık açısından devletin onuru teorisine ilişkin yapılacak açıklamalar temsil teorisinde anlatılacaklardan farklı olmadığından, biz devletin onuru teorisini bu başlık altında ayrıca incelemeye gerek görmedik.

LÜKE, diplomatik bağısıklıklar konusunda ileri sürülen teorilerden bir diğerinin de nezaket teorisi olduğunu anlatmaktadır. Buna göre diplomatik temsilcilerin bağısıklıkları uluslararası hukuk kurallarından değil devletlerin iyiniyet ve nezaketinden kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, diplomatik bağısıklık bir hukuk kuralı değil bir lütuftur. Bunun arkasındaki temel neden karşılıklılık beklentisidir. Burada diplomatik bağısıklık *soft law*un konusu olarak kabul edilmektedir. Bağısıklığın bu şekilde açıklanması konusunda ortaya çıkan sorun, bağısıklığa ilişkin kuralların ihlali durumunda, bunların hukuk kuralı olarak kabul edilmemesi nedeniyle dava edilebilir olmamasıdır. Mahkemeler de bağısıklığı göz önüne almadan hüküm vermek durumundadır. Böylece ne iç hukukta ne de uluslararası alanda bağısıklığı ileri sürmek mümkün olmayacaktır. Zira bu yaklaşımla bağısıklık bir hukuk kuralına değil bir nezaket kuralına dayanmaktadır. Bu nedenle diplomatik bağısıklığın temellerinin

açıklamalar, diplomatik bağışıklığın bahşedilmesinde günümüzdeki yaklaşımın ortaya koyulması amacını taşımaktadır. Diplomatik görevliler de bir devlet görevlisi olduklarına göre, devlet görevlilerinin bağışıklığının temellerinin tespiti açısından diplomatik temsilcilerin bağışıklığının altında yatan anlayışı ortaya koymak zaruridir. Bu nedenle diplomatik bağışıklığa ilişkin teorilere kısaca değineceğiz.

1.4.2.1. Ülkedışılık Teorisi

15. Yüzyıl'da daimi diplomatik misyon anlayışının ortaya çıkmasıyla birlikte, elçinin dokunulmazlığı yeterli gelmemiş¹⁰⁴, buna ek olarak başka dokunulmazlık ve bağışıklıkların da diplomatik temsilcilere sağlanması gereği ortaya çıkmıştır. Bu gereği temellendirmek adına ortaya atılan ülkedışılık teorisine göre¹⁰⁵ bir devletin

nezaket teorisinde aranması, konuyla ilgili hukuki açıdan güçlü bir savunma ortaya koymaya yetmeyecektir. Bkz. **LÜKE**, Immunität Staatlicher Funktionsträger, s.192

Biz, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, diplomatik bağışıklıkların kuramsal temellerini açıklarken 3 teori üzerinde duracağız. Ülkedışılık, temsil ve işlevsel zorunluluk olarak adlandırılan bu üç teori, diplomatik bağışıklıklar konusunda başvurulan en temel kuramlar olduğundan biz de bunları incelemeyi uygun gördük. Benzer yaklaşımlar için bkz. **Seha MERAY**, Devletler Hukukuna Giriş 2. Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi 4. Baskı, 1975, s.28 vd. (Kısaca MERAY, 2. Cilt (1975)) **MCCLANAHAN**, diplomatik yargı bağışıklığının temellerini yalnızca temsil, ülkedışılık ve işlevsel zorunluluk teorilerine dayandırmaktadır. Bkz. **Grant V. MCCLANAHAN**, Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems, C. Hurst & Co Publishers, 1989, s.27 vd. (Kısaca MCCLANAHAN, Diplomatic Immunity); **Daniel SINGERMAN**, It's Still Good To Be The King: An Argument For Maintaining The Status Quo In Foreign Head Of State Immunity, 21 Emory ILR 423 (2007), s. 423-424 (Kısaca SINGERMAN, It's Still Good To Be The King); **AKSAR**, Uluslararası Hukuk I., 2012, s.299-300

¹⁰⁴ **G.E. Do Nascimento E SILVA**, Diplomacy, in Bernhardt Rudolf (ed), Encyclopedia of Public International Law V.9 (1986), s.83

¹⁰⁵ Ülkedışılık teorisine ilişkin tartışmalarda, teorinin ortaya çıkışı uluslararası hukukun babası olarak anılan Hugo Grotius'a dayandırılmaktadır. Grotius her ne kadar bu teorinin en önemli savunucularından biri olarak gösterilse de atıf yapılan eserinin ilgili kısımları dikkatle incelendiğinde, onun diplomatik bağışıklık konusunda temsil teorisine daha yakın bir eğilimde olduğu fark edilmektedir. Nitekim *Savaş ve Barış Hukuku Üzerine* adlı eserinin 2. Kitabı'nın 18. Bölümü'nde elçilik hakkından bahsederken Grotius, devletlerin kabul ettiği gibi bir elçinin bulunduğu ülkede genel olarak herkesin bağlı olduğu kurallarla bağlı olmadığını anlatırken bunun elçilerin hükümdarın temsilcisi olma niteliğinden kaynaklandığını belirtmektedir. Burada elçinin sıradan bir birey gibi değil, bir hükümdarın temsilcisi olarak bu ayrıcalığa sahip olduğu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla kendisi, elçilerin buldukları ülkenin hukukuna tabi olmamalarını, temsil ettikleri makama ve kişiye bağlamaktadır. "...it is natural to suppose, that nations have agreed, in the case of ambassadors, to dispense with that obedience, which every one, by general custom, owes to the laws of that foreign country, in which, at any time, he resides. The character, which they sustain, is not that of ordinary individuals, but they represent the Majesty of the Sovereigns, by whom they are sent, whose power is limited to no local jurisdiction. ... From hence it is concluded, that an ambassador is not bound by the laws of the country, where he resides." **Hugo GROTIUS**, De Jure Belli ac Pacis Libri V.2 (The Rights of War and Peace) (ed.) Richard Tuck, Liberty Fund 2005, XVIII. Bölüm IV. Kısım. (Kısaca GROTIUS, De Jure Belli). Aynı yönde bkz. **J. Craig BARKER**, The Protection of Diplomatic Personnel, Ashgate Pub. 2006, s.43 (Kısaca BARKER, Diplomatic Personnel)

ülkesinde bulunan diplomatik temsilcilikler o devletin ülkesinde değilmiş gibi kabul edilerek, faaliyet gösterdikleri devletin kanunlarına tabi olmadıkları varsayılmaktadır.¹⁰⁶ Yani sadece elçi ve elçinin yaptığı işlerin kabul eden devletin yetkisi dışında olması değil, bunların esasen o devletin ülkesinin dışında olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Böylece bir diplomatik temsilci, görevli olarak bulunduğu devletin, ülkesinde hiç bulunmuyormuş farzedilerek, yargı yetkisine tabi kılınmayacaktır. Ancak bu teori bir diplomatik temsilcinin, diplomatik misyonun taşınmazlarının dışında, normal bir yabancıyla kıyaslandığında neden bazı ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olduğunu açıklamak konusunda yetersiz kalmıştır. Bunun yanında ülkedışılık teorisi diplomatik temsilcinin kabul eden devletin ulusal hukukuna neden saygılı olması gerektiği ve kabul eden devletin diplomatik misyonun bulunduğu alanı korumak konusundaki pozitif yükümlülüğünün varlığını açıklamakta¹⁰⁸ da zayıf kaldığından günümüzde geçerliliğini yitirmiştir.¹⁰⁹

1.4.2.2. Temsil Teorisi

Diplomatik bağışıklığın temelleri konusundaki diğer teori temsil teorisidir.¹¹⁰ Diplomat veya diplomatik görevli kavramları ortada yokken de hükümdarların başka ülkelere temsilciler gönderdikleri bilinmektedir. Bu temsilciler, kendilerini gönderen hükümdarın benliğini temsil ettiğinden büyük saygıyla karşılanmaktaydı. Bir diplomatik görevli bulunduğu devletin yetkisine ve otoritesine ancak temsil ettiği devletin bağlı olduğu ölçüde bağlıydı.¹¹¹ Temsilcinin onurlandırılması ya da küçük düşürülmesi, doğrudan hükümdara yapılmış hareketler olarak algılanıyordu.¹¹² Bu nedenle hükümdarın temsilcisinin kabul eden devletin yargı yetkisine bağlı olması

¹⁰⁶ **Ömer İlhan AKİPEK**, Ülke Dışılık, 24 AÜHFD 27 (1967), s.28

¹⁰⁷ **BARKER**, Diplomatic Personnel, s.43

¹⁰⁸ **FOX**, State Immunity (2008), s.701

¹⁰⁹ “[Y]abancı bir büyükelçilik gönderen devletin ülkesi olarak değerlendirilmemektedir.” *Fatemi v. United States*, 192 A.2d 525, (D.C. 1963), s.527

¹¹⁰ Diplomatik bağışıklığı temsil teorisine dayandıran kararlardan bazıları için bkz. *The Charkieh* (6200.), (1872-75) L.R. 4 A. & E. 59 (özellikle Yargıç Sir Robert Phillimore’un açıklaması için bkz. s.97); *S v. British Treasury*, 24 ILR 223 (1948), s. 224-225

¹¹¹ **Lawrence PREUSS**, Capacity For Legation And The Theoretical Basis Of Diplomatic Immunities, 10 NYULQ Rev. 170 (1932-1933), s. 178

¹¹² Bu hususun yargı kararlarında da benimsendiği gözlenmektedir. Örneğin bkz. *The Schooner Exchange v. McFaddon*.

ve yargılanması, temsil ettiği hükümdarın yargılanması anlamına gelmekteydi.¹¹³ *Jus repraesentationis omnimodae*¹¹⁴ prensibinin bir yansıması olarak diplomatik temsilci uluslararası ilişkilerde devletin bütünlüğünün temsilcisi sıfatıyla hareket etme yetkisine sahipti.¹¹⁵

Günümüzde bu teoriye bir diplomatın, gönderen devleti temsil etmek ve kabul eden devletle gönderen devlet arasındaki ilişkilerin uluslararası hukuka uygun biçimde yürütülmesini sağlamakla yükümlü olduğunu açıklarken başvurulmaktadır.¹¹⁶ Bu yükümlülük DİHVS m. 3-a'da açık biçimde ifade edilmiştir.¹¹⁷ Modern zamanlarda temsil teorisinin diplomatik bağışıklığı tam olarak açıklamaktaki yetersizlikleri kabul edilmekle birlikte bunun nedenlerinden birinin egemen devletlerin hükümdardan koparak ayrı bir benliğe bürünmelerinden kaynaklandığı söylenmektedir.¹¹⁸ Günümüzde temsil teorisi önemini yitirmiş olsa da, bu teorinin tek başına değil fakat işlevsel zorunluluk teorisini destekleyecek biçimde değerlendirildiği söylenebilir.¹¹⁹

¹¹³ LÜKE, Immunität Staatlicher Funktionsträger, s.191

¹¹⁴ *Jus repraesentationis omnimodae*, bir devlet başkanının herhangi bir kısıtlamaya maruz kalmaksızın devletini istediği gibi temsil etme ve devleti adına konuşabilme hakkı olarak tanımlanır. Bkz. **Walter John RAYMOND**, Dictionary of Politics: Selected American and Foreign Political and Legal Terms, Brunswick Publishing Corporation 7. Ed (1992), s. 259-260

¹¹⁵ **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s.341 ve 343

¹¹⁶ Diplomatik Görevlilerin Ayrıcalıkları ve Bağışıklıkları Hakkında Antlaşma Tasarısı'nın giriş bölümünde, diplomatik görevlilerin devletin başkanının kişiliğini değil hükümetlerini temsil ettikleri ifade edilmektedir. Draft Convention on Diplomatic Privileges and Immunities (Harvard Research In International Law), 26 AJIL Supp. 15 (1932), s. 175

¹¹⁷ m.3-a: "*Gönderen Devleti kabul eden Devlette temsil etmek*". Yine 3. maddeye göre, diplomatik temsilciler kabul eden devlette uluslararası hukukun izin verdiği ölçüde gönderen devletin ve onun uyruklarının çıkarlarını korumak; kabul eden devletin hükümeti ile görüşmelerde bulunmak; kabul eden devlet ile gönderen devlet arasındaki dostane ilişkileri ilerletmek ve diğer alanlardaki işbirliğini geliştirmek; ve yasal imkanlar dahilinde gönderen devlet hakkında kabul eden devlete bilgi vermek konularında görevlendirilmiştir.

Diplomatik temsilcilerin devletlerini temsile yetkili oldukları aynı Sözleşme'nin giriş bölümünde de ifade edilmektedir.

¹¹⁸ Hatta ABD Hükümeti'nin 19. Yüzyılın sonlarına kadar büyükelçi atamamasının bir sebebinin de büyükelçilerin hükümdarın özel temsilcileri olduğuna yönelik inançtan kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Bkz. **MCCLANAHAN**, Diplomatic Immunity, s. 29

¹¹⁹ Aynı yönde LÜKE, Immunität Staatlicher Funktionsträger, s. 196

1.4.2.3. İşlevsel Zorunluluk Teorisi

İşlevsel zorunluluk teorisinin, *ne impediatur legatio* kuralından ortaya çıktığı söylenmektedir.¹²⁰ Buna göre diplomatik görevli, görevinin ifasında kabul eden devletin kontrolünden serbest olmak zorundadır; aksi halde görevlerini gereği gibi yapamaz. Başka bir deyişle kabul eden devlet diplomatik temsilciye karışmamalıdır. Bu aynı zamanda temsilcinin görevini yerine getirebilmesi konusunda herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmamasını gerektirmektedir. Klasik dönem uluslararası hukuk yazarlarına göre işlevsel zorunluluk teorisi ancak daha öncelikli olan temsil teorisini desteklemek amacıyla ortaya koyulmuştur.¹²¹

DİHVS giriş bölümünde, sağlanan bağışıklık ve ayrıcalıkların, kişilerin fayda sağlamalarına değil, devletler arasındaki ilişkinin düzgün biçimde yürütülmesinin temini amacıyla yönelik olduğu vurgulanmaktadır.¹²² İşlevlerin yerine getirilmesi açısından dokunulmazlıkların ve bağışıklıkların zorunlu olduğu, DİHVS giriş bölümünün yanında, m. 31 yer alan bağışıklıklardan ancak gönderen devlet tarafından vazgeçilebileceğine ilişkin m. 32'deki hükümden de anlaşılmaktadır. Burada gönderen devlete tanınan feragat hakkından, kabul eden devlette diplomatik temsilciye tanınan bağışıklıkların temsilcinin kendi şahsına yönelik değil, gönderen devlet adına işlevlerini düzgün ve kesintisiz biçimde yerine getirmesi için tanındığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla bağışıklıkların diplomatik temsilcilere tanınmasının en önemli nedeni, temsilcinin kabul eden devlette yargı önüne çıkartıldığı süreçte asli görevini yerine getirememeye tehlikesidir.¹²³

Diplomatların görevleriyle ilgili eylemlerinin yerel mahkemeler kanalıyla denetlenmesi, gönderen devletin kabul eden devlet tarafından kontrolü anlamına geleceğinden¹²⁴ bu durum bir uluslararası hukuk kuralı olan devletlerin eşitliği

¹²⁰ Klasik dönem yazarlarının konuya ilişkin yaklaşımları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BARKER**, *Diplomatic Personnel* 6, s. 48vd

¹²¹ *Ibid.*

¹²² “Bu gibi ayrıcalıkların ve bağışıklıkların amacının fertleri yararlandırmak olmayıp, Devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerinin etkin şekilde yapılmasını sağlamak olduğunu MÜDRİK BULUNARAK”

¹²³ **LÜKE**, *Immunität Staatlicher Funktionsträger*, s.194

¹²⁴ *Ibid.*, s.193

ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi içişlerine karışma¹²⁵ şeklinde de yorumlanmaktadır.¹²⁶ Nitekim diplomatik görevlinin göreviyle ilgili eylemleri devletin eylemi olarak kabul edildiğinden, bunları yargı denetimine tabi tutmak, yabancı devletin işlemlerini yargı denetimine tabi kılmak anlamına gelerek uluslararası hukuka aykırı düşecektir.

Bu teori öncelikle, diplomatik görevlilerin görevleriyle ilgili eylemlerinden dolayı sahip oldukları bağışıklığın izahına yaramaktadır. Zira yalnızca bu durumlar doğrudan devlet egemenliğiyle ilgili olmaktadır. DİHVS m31/1 ve 2’de belirtilen istisnalar bu yaklaşımı doğrular özelliindedir.¹²⁷ Nitekim özel hukuk alanındaki bağışıklıklara getirilen istisnalara bakıldığında devlet işlevinin yerine getirilmesi ya da devlet adına hareket etme durumlarının yine de ayrı tutulduğu gözlenmektedir. Bir diplomatik temsilcinin hakkında örneğin bir aynı hak davası açılması durumunda, bu temsilci yine ancak söz konusu taşınmaz devlet işlerinin yürütülmesi amacıyla kullanılmaması durumunda davanın tarafı olabilecektir.

Diplomatik görevlinin işlevini etkin biçimde gerçekleştirebilmesi için yargı organlarının ve resmi kurumların titiz davranmak suretiyle temsilcilerin görevlerini aksatabilecek her türlü eylem ve girişimden kaçınmaları gerekmektedir.¹²⁸ İşlevsel zorunluluk teorisi *ratione temporis* bağışıklık ile de bağdaşır durumdadır. DİHVS m. 39/2’ye¹²⁹ göre diplomatik temsilci görevi sona erdiğinde de görevi sırasında yapmış

¹²⁵ *Ghosh v. D’Rozario*, [1962] 2 All E.R. 640, s.644

¹²⁶ **SIMMONDS**, Rationale of Diplomatic Immunity, s. 1207

¹²⁷ Madde 31: “1. 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 aynı 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 dahilinde resmi görevleri dışında icra ettiği herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyet ile ilgili bir dava.

2. Diplomatik ajanın, tanıklık yapmak zorunluluğu yoktur.”

¹²⁸ **H. F. Van PANHUYS**, In The Borderland Between The Act Of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities, 13 ICLQ 1193 (1964), s 1204 (Kısaca Van PANHUYS, In The Borderland); **LÜKE**, Immunität Staatlicher Funktionsträger, s. 193

¹²⁹ DİHVS m39/2 : “Ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanan bir kişinin görevi sona erdiği takdirde, bu ayrıcalıklar ve bağışıklıklar normal olarak ülkeyi terkettiği anda veya terketmek için kendisine tanınan makul sürenin bitiminde sona erdiği gibi silahlı çatışma halinde dahi, bu ana kadar devam

olduğu işlem ve eylemlerden dolayı sorumlu tutulmayacaktır. Burada görevin yerine getirilmesinde gerçekleştirilirken eylemler şüphesiz diplomatik görevin yerine getirilmesiyle ilgili konulardır; dolayısıyla temsilcinin görev süresi içerisinde kendi adına yapmış olduğu eylemler bu kapsam dışında tutulacak ve sorumluluğu mevcut olacaktır.¹³⁰ Başka bir deyişle, diplomatik temsilcinin, görevi sona erdikten sonra görevi süresinde bir diplomat olarak değil de özel bir kişi gibi giriştiği eylemlerden doğan bir uyuşmazlıkta sorumluluğuna gidilebilecektir. Son olarak diplomatik temsilcinin kabul eden devletin uyrukluğunda bulunması veya kabul eden devlette daimi ikametgahının bulunması durumlarında bağışıklıktan yalnızca görevini yerine getirdiği sırada gerçekleştirdiği resmi işler için bağışıklıktan yararlanmaktadır. Bu durum, uluslararası yapılageliş kuralının yansıması olarak kabul edilen¹³¹ DİHVS m.38/1'de¹³² ifade edilmektedir.

İşlevsel zorunluluk teorisinin bir başka yansıması da idari ve teknik personel ve hizmet personeli açısından kendini göstermektedir.¹³³ Zira idari ve teknik personel ve aileleri, diplomatik görevli sınıfına tanınan bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanmakla birlikte, medeni ve idari yargılamalar açısından, görevin yerine getirilmesi sırasında yaptıkları eylemler dışında, bağışıklıktan yararlanamayacaktır.¹³⁴ Hizmet personeli ise bağışıklıklardan ancak görevi

eder. Bununla beraber, böyle bir kişi tarafından misyonun bir üyesi olarak görevlerinin yerine getirilmesinde gerçekleştirilen eylemler bakımından bağışıklıkların uygulanmasına devam olunur.” Bağışıklığın, görevin sona ermesinden sonra da devam etmesi DİHVS'den önceki kodifikasyon çalışmalarında da yer almıştır. Örneğin Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından 1895'te (14. Madde) ve 1929'da (16. Madde) yapılan çalışmada; 1928 ve 1929 yıllarında Amerika Kıtası'ndaki Devletler tarafından kabul edilen Diplomatik Görevliler Hakkında Havana Antlaşması'nda (20. Madde); Harvard Araştırma Okulu'nun hazırladığı Diplomatik Görevlilerin Ayrıcalıkları ve Bağışıklıkları Hakkında Antlaşma Tasarısı'nda (m.18) benzer hükümlere yer verilmiştir. Bkz. **Eileen DENZA**, *Diplomatic Law-Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Clarendon Press 2. Ed. 2004, s.361-362 (Kısaca DENZA, *Diplomatic Law* (2004)); **Yoram DINSTEIN**, *Diplomatic Immunity From Jurisdiction Ratione materiae*, 15 ICLQ 76 (1966), s. 78-80 (Kısaca **DINSTEIN**, *Ratione materiae*)

¹³⁰ **DINSTEIN**, *Ratione materiae*, s.84

¹³¹ **LÜKE**, *Immunität Staatlicher Funktionsträger*, s.193-194

¹³² DİHVS m.38/1: “Kabul eden Devlet tarafından ek ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmadığı takdirde, bu Devletin vatandaşı olan veya orada daimi surette mukim bulunan bir diplomatik ajan, sadece görevlerinin ifası esnasında yapılan resmi işlemler bakımından yargı bağışıklığından ve dokunulmazlıktan yararlanır.”

¹³³ **LÜKE**, *Immunität Staatlicher Funktionsträger*, s. 194-195; **Van PANHUYS**, *In The Borderland*, s.1205

¹³⁴ m. 37/2: “Misyunun idari ve teknik kadrosunun üyeleri, beraberlerinde oturan aile üyeleri ile birlikte, kabul eden Devletin vatandaşı olmamak veya daimi Burette orada mukim bulunmamak şartıyla, 29 ile 35. maddelerde belirtilen ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanırlar; ancak 31.

sırasındaki eylemleri açısından yararlanabilir.¹³⁵ Böylelikle, diplomatik misyon üyelerinin görevlerini düzgün biçimde yerine getirebilmeleri açısından, temelde misyonun tüm sınıflarına görevleriyle ilgili konularda tam bağışıklık öngörülmüştür.¹³⁶ Diplomasi temsilciliğini oluşturan personelin sınıfının¹³⁷, diplomatik ilişkilerin yürütülmesindeki etkisi arttıkça, tanınan bağışıklıkların kapsamı da genişlemektedir. Zira örneğin hizmet personeline yalnızca görevi sırasındaki eylemleri açısından ve aile üyelerini kapsamayacak şekilde bağışıklık tanınmışken, misyonun en üst düzey yetkili kadrosunda bulunan diplomatik görevlilerin kendileri ve aileleri tam dokunulmazlık ve bağışıklıktan yararlanacaklardır.¹³⁸

1.4.3. Devlet Başkanının Yargı Bağışıklığının Temelleri

1.4.3.1. Devlet Başkanının Devletin Benliğini Simgelemesi

Devlet başkanlarının bağışıklığının gerekçesi, modern uluslararası hukukun erken dönemlerinde uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olan “par in parem non

maddenin 1. fıkrasında öngörülen, kabul eden Devletin medenî ve idarî yargısından bağışıklık görevin ifası dışında yapılan fiileri kapsamaz. Bu kişiler, keza, ilk yerleşmeleri sırasında ithal olunan eşyaları için 36. maddenin 1. fıkrasında belirtilen ayrıcalıklardan da yararlanırlar.”

¹³⁵ m. 37/3: “Misyunun, kabul eden Devletin vatandaşı olmayan veya daimi surette orada mukim bulunmayan hizmet kadrosunun üyeleri; görevlerinin ifası sırasında yapılan fiiller bakımından bağışıklıktan, işleri dolayısıyla aldıkları ücretlere ilişkin vergi ve resim bağışıklığından ve 33. maddede belirtilen bağışıklıktan yararlanırlar.”

¹³⁶ SIMMONDS, Rationale of Diplomatic Immunity, s. 1210

¹³⁷ Diplomatik temsilcilikte çalışan personel diplomatik kadro, idari ve teknik kadro, hizmet kadrosu ve özel hizmet kadrosu olarak 4 sınıfa ayrılmaktadır. Bkz. DİHVS m. 1. Ayrıca bkz. PAZARCI 3. Kitap (2005), s. 75; Durmuş TEZCAN, Türk Hukukunda Diplomatik Yargı Bağışıklığı, BM Türk Derneği Yıllığı 1985, BM Türk Derneği Yayınları 11, Ankara 1986, s. 148 (Kısaca TEZCAN, Diplomatik Yargı Bağışıklığı)

¹³⁸ Bu konudaki istisna, diplomatik görevlinin gönderen devletin uyrukluğunda bulunmasıdır. Böyle bir durumda DİHVS m.38'e göre yalnızca görevin yerine getirilmesi sırasındaki resmi eylemleri açısından bağışıklıktan yararlanabilecektir. Burada akla gelebilecek soru, hem gönderen devletin hem de kabul eden devletin aynı anda uyrukluğuna sahip olan diplomatik temsilcinin dokunulmazlık ve bağışıklıkları açısından resmi eylemlerden ne anlamak gerektiğidir. DENZA'nın bizce de haklı tespitine göre DİHVS m37/2'de zikredilen *görevleri dışında gerçekleşen eylemler* ifadesinden, diplomatik görevlinin yalnızca gönderen devlet adına gerçekleştirdiği eylemlerini anlamak gerekir. Böylece örneğin trafik suçu nedeniyle açılan ceza davasından bağışık olmamaları gerekir. Bkz. DENZA, Diplomatic Law (2004), s. 342. Kanaatimizce gönderen devletin uyrukluğunda bulunan diplomatik görevlinin bağışıklıklarının sınırlandırılmasına engel yoktur. Benzer durum diplomatik koruma hakkı açısından da karşımıza çıkmaktadır. Burada kural olarak bir kimsenin diplomatik koruma hakkından yararlanabilmesi için zarara sebebiyet veren devletin uyrukluğunda bulunmaması gerekmektedir. Bkz. PAZARCI 3. Kitap (2005), s. 176-177.

habet iucium” ile açıklanmıştır.¹³⁹ Bunun nedeni hükümdarın “toplumun ruhu” olması ve devletle yekvücut olarak kabul edilmesidir. Bu nedenle hükümdarın başka devletin mahkemelerinde yargılanması devletlerin eşitliğine uygun düşmemektedir.

Modern uluslararası hukukta bu kavram devlet başkanlarının kişisel bağışıklıklarının temellendirilmesinde kullanılmaktadır. Artık devlet, eski çağlarda anlaşıldığı gibi onu yöneten kişinin malı olarak görülmemektedir. Ancak modern devlet anlayışının yapısında da devlet başkanı devletin en üst ve evrensel düzeydeki¹⁴⁰ temsilcisi olarak devletin haysiyetini simgeler kabul edilmektedir.¹⁴¹ Diplomatik ve konsüler temsilcilerin bağışıklıklarında olduğu gibi devlet başkanlarının kişisel bağışıklığı da kişisel amaçlar için değil öncelikle temsil ettiği devletin bağımsızlığının ve işleyişinin korunması için var olmaktadır.¹⁴²

Günümüzde devlet ile onun başındaki kişinin aynı şey olarak görülmesi düşüncesinin tam olarak terk edildiğini söylemek güçtür.¹⁴³ *Diplomatik Temsilciler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*'nin¹⁴⁴ m.2/3'e göre taraf devletler bütün gerekli önlemleri alarak uluslararası korunan kimselerin kişiliklerine, özgürlüklerine veya onurlarına karşı gerçekleşecek saldırıları önlemekle yükümlüdürler. Burada devletin başkanına karşı yapılan bir hareketin, devletin kendisine yapılmış olması ve böylece devletin onurunun zedeleneceği düşüncesi yansıtılmıştır.¹⁴⁵ Bu şekilde devlet ile devlet başkanının eşdeğer olduğunu söylemek mümkündür.

¹³⁹ Diğer yandan Croyer ve diğerlerine göre Sierra Leone Mahkemesi'nin Charles Taylor'un yargılanması konusunda ortaya koyduğu *par in parem non habet iucium* prensibinin *ratione personae* bağışıklığın temelini oluşturduğuna ilişkin görüşü hatalıdır. Bu kavram aslında eyleme yönelik *ratione materiae* bağışıklığın temellerini oluşturur ve bu nedenle Sierra Leone mahkemesi yanlıya düşmüştür. Bkz. **CRYER et.al**, *An Introduction* (2010), s. 551

¹⁴⁰ **LÜKE**, *Immunität Staatlicher Funktionsträger*, s.198

¹⁴¹ **WATTS**, *RdC*, s. 9

¹⁴² **LÜKE**, *Immunität Staatlicher Funktionsträger*, s.199

¹⁴³ Bu argümanı destekleyen mahkeme kararları için bkz. *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp.128 (1994), s.132; *Pinochet (3)*, s.201 vd (Lord Browne-Wilkinson)

¹⁴⁴ Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents) 14 Aralık 1973, yürürlük tarihi 20 Şubat 1977, 1035 UNTS 163) http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_4_1973.pdf

¹⁴⁵ Bkz. aynı yönde **APPELBAUM**, *Einschränkungen der Staatenimmunität*, s. 61

1.4.3.2. Devletin En Üst Düzey Görevlisi Olmanın Özel Konumu

Modern uluslararası hukukta devlet başkanlarının bağımsızlıklarının devletin en üst düzey görevlisi olma sıfatından kaynaklandığı diğer bir dayanak olarak ileri sürülmektedir.¹⁴⁶ WATTS'ın devlet başkanlarının özel konumu ile ilgili tespiti şöyledir:

*“Bir devlet başkanın bağımsızlığı, devletinin en yüksek makam hamili olarak onun çok özel statüsünü tanıyarak sağlanmıştır. ... Onun devlet başkanı olarak konumu her daim ve nerede olursa olsun erga omnestir.”*¹⁴⁷ *“Devletlerin egemen eşitliği, devletin en yüksek organı olarak onun başkanına da benzer bir eşitliği beraberinde getirmektedir.”*¹⁴⁸

Devlet başkanları, uluslararası alanda herhangi bir belgeye ihtiyaç duymaksızın devletini temsil etmeye yetkili olarak kabul edilen en üst düzey devlet görevlileridir. Bu temsil görevi, devletin insan topluluğunun, bu makama böyle bir işlev için ortaya koydukları iradedden kaynaklandığı söylenmektedir.¹⁴⁹ Örneğin 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.2/a'da devlet başkanlarının devleti adına bir antlaşma yapabilme konusunda herhangi bir belgeye ihtiyaç duymaksızın devletlerini temsil etmeye yetkili olduklarının kabul edildiği belirtilmektedir. Yine aynı Sözleşme, bu kişilerin m.67/2'ye göre antlaşmayı sona erdiren, geçersiz kılan, askıya alan veya antlaşmadan çekilmeyi sağlayan belgeyi herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın imzalama yetkilerini belirtmektedir.¹⁵⁰ Bununla beraber, günümüzde devlet başkanlarının dış ilişkilerdeki temsilci rolü fiilen gittikçe azalmaktadır. Özellikle dışişleri bakanının başka devletlerle diplomatik ilişkileri ve

¹⁴⁶ Örneğin LÜKE, Immunität Staatlicher Funktionsträger, s.199; JENNINGS/WATTS (eds) 1992, s.1034 para. 447; Hazel FOX, The Resolution Of The Institute Of International Law On The Immunities Of Heads Of State And Government, 51 ICLQ 119 (2002), s.119. (Kısaca FOX, The Resolution)

¹⁴⁷ WATTS, RdC, s.53

¹⁴⁸ WATTS, RdC, s.26

¹⁴⁹ SINGERMAN, It's Still Good To Be The King, s.428

¹⁵⁰ Madde 67/2: Bir andlaşmayı, andlaşmanın hükümlerine veya 65. maddenin 2 ci veya 3 cü paragrafına göre geçersiz ilan eden, sona erdiren, ondan çekilmeyi veya onun yürürlüğünü askıya almayı öngören herhangi bir işlem, diğer taraflara iletilen bir belge ile yapılır. Belge, Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı, veya Dışişleri Bakanı tarafından imzalanmazsa, bu Devletin belgeyi ileten temsilcisinden yetki belgesini göstermesi istenebilir.”

görüşmeleri yürütme misyonunu daha çok üstlenmesiyle birlikte devlet başkanlarının temsilcilik görevinin daha azaldığı söylenebilir.¹⁵¹

1.5. “DEVLET” OLMANIN DEVLET GÖREVLİSİNİN BAĞIŞIKLIĞINA ETKİSİ

Devlet görevlilerinin yabancı bir devletin ceza yargılamasından (veya daha genel olarak o devletin yargı yetkisinden) bağışık olabilmeleri için söz konusu oluşumun bir devlet olup olmadığı ve bağışıklığı uygulayacak olan devletin, görevlinin temsil ettiği devleti tanınması ile ilgili sorunlar ortaya çıkmaktadır. Buradaki temel konu aslında iki yönlüdür. Bir oluşumun devlet olması açısından bakıldığında o oluşumun devlet sıfatını haiz bir yapılanma olup olmadığı sorusu ile karşılaşılmaktadır. Uluslararası hukuka göre bir oluşumun ülke, insan topluluğu ve bağımsız bir siyasi otoriteye sahip ise devlet olma özelliklerini barındırdığı kabul edilmektedir ve bu sayede sözkonusu oluşum devlet olmanın getirdiği hak ve yetkilerden yararlanacaktır. Bununla birlikte, bir oluşum devlet olarak kabul edilse dahi, yabancı devletin yargılama yetkisine göre bakıldığında, kendisini tanımayan devletin yargılama yetkisi altında bağışıklığa sahip olamayacağını söylemek de yanlış olmayacaktır. Nitekim devletin ve görevlisinin yargı bağışıklığının öncülü olarak “devlet” olmayı kabul ediyorsak, o zaman ne devlet sıfatını haiz bir yapılanmanın ne de tanınmayan bir devletin başka bir devletin yerel mahkemeleri önünde yargı bağışıklığı iddiasında bulunması kabul görmemelidir.

Diplomatik görevlilerin gönderen devlete veya kabul eden devlete giderken geçiş yaptıkları üçüncü devletin gönderen devleti tanımaması durumunda, onun diplomatik görevlisinin sahip olduğu dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlandırıp yararlandırmamasına ilişkin sorun da benzer bir durumu ortaya koymaktadır. Bu noktada DENZA'nın bizim de katıldığımız görüşüne göre üçüncü devletin gönderen devleti veya onun diplomatı akredite eden hükümetini tanımaması durumunda ona bağışıklık tanıma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Böylece de transit geçişte kullanılan üçüncü devlet 1961 DİHVS m.40'te öngörülen yükümlülükle bağlı

¹⁵¹ **Paul J. TONER**, *Competing Concepts of Immunity: The (R)evolution of the Head of State Immunity Defense*, 108 Penn St LR 899 (2003-2004), s. 912-913

olmayacaktır.¹⁵² Dolayısıyla bir devletin başka bir devletin görevlilerine bağımsızlık uygulayabilmesi için, öncelikle söz konusu oluşumun o devlet nazarında bir “devlet” olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda da üç farklı durumda sorun ortaya çıkmaktadır: bir oluşumun egemen bir devlet olarak kabul edilip edilmeyeceği, tanımanın bağımsızlığa etkisi ve ortadan kalkan bir devletin görevlisinin bağımsızlığı durumu. Tanımanın bağımsızlığa etkisi başlığı altında yalnızca devletlerin tanınmasını değil, hükümetlerin tanınması konusunda bağımsızlığın durumunu da açıklamaya çalıştık.

1.5.1. Bir oluşumun egemen bir devlet olup olmadığının belirlenmesi

Bir kimsenin (örneğin bir devlet başkanının) bağımsızlıktan yararlanabilmesi, şüphesiz öncelikle, temsil ettiği oluşumun bir devlet olarak kabul edilip edilmeyeceğine bağlıdır. Böyle bir iddianın bir yargılamada ortaya çıkması üzerine, davaya taraf olan kişinin bağımsızlıktan yararlanıp yararlanamayacağı sorununun çözümü için mahkemenin öncelikle o kimsenin iddiasına konu olan oluşumun egemen bir devlet statüsünde olup olmadığına ilişkin özel bir inceleme yapması gerekmektedir¹⁵³. Örneğin İtalyan Yüksek Mahkemesi 1985’te İtalyan yetkili organlarınca hakkında yakalama emri çıkartılan Arafat’ın Filistin Kurtuluş Örgütü’nün (FKÖ) lideri ve temsilcisi sıfatıyla bağımsızlıktan yararlanması meselesini değerlendirmiştir.¹⁵⁴ Mahkeme uluslararası yapılageliş hukukuna gönderme yaparak cezai yargılama yetkisinden bağımsızlık ve dokunulmazlığın ancak devletle eşdeğer tutulabilecek egemen bir oluşumun liderine tanınabileceğini ifade ederken, böyle bir oluşumun bir ülkede yerleşmiş topluluk üzerinde etkin bir hükümet gücünü barındıran tam bağımsız bir varlık olması gerektiğini ve FKÖ’nün bu tanıma uymadığını belirtmiştir. Zira Mahkeme’ye göre FKÖ’nün ülkesel egemenlik ögesi eksik kalmaktadır. Bu durum İtalyan Hükümeti’nin FKÖ ile kurduğu ilişki bakımında da ortaya koyulmuştur. Mahkeme, FKÖ’yü ulusal kurtuluş hareketi olarak tanımış ve sınırlı uluslararası hukuk kişiliği olduğunu kabul etmiş olmasına rağmen uluslararası

¹⁵² DENZA, Diplomatic Law (2004), s.370

¹⁵³ FOX, State Immunity (2008), s.682

¹⁵⁴ *Court of Cassation (Criminal I), Arafat e Salah*, Judgement of 28.06.1985 (No. 1981), *Rivista di diritto internazionale*, V. LXIX s.884-889 (aktaran) Memorandum by the Secretariat, Immunity of State Officials (2008), s65

hukukun İtalya'ya böyle bir hareketin liderine bağışıklık tanıma konusunda bir yükümlülük öngörmediğini tespit etmiş ve FKÖ'nün liderine bağışıklığın tanınamayacağına hükmetmiştir.¹⁵⁵

Yine FKÖ'nün BM toplantısına gözlemci statüsü ile katılmak üzere geldiği New York'ta İtalya'daki gemi kaçırma olayı nedeniyle açılan *Klinghoffer v. S.N.C. Achille Lauro*¹⁵⁶ davasında Mahkeme FKÖ'nün devlet olarak kabul edilmesiyle ilgili bazı gözlemlerde bulunmuştur. İlk olarak Mahkeme FKÖ'nün belli bir ülkesi olmadığından bahsetmektedir. Belli bir ülkesi olmadığı için de sürekli bir insan topluluğundan söz edilemeyeceğini belirten Mahkeme ayrıca bazı devletlerin FKÖ'yü tanımış olmalarına rağmen FKÖ'nün diğer devletlerle resmi ilişkiye girme yeteneği olmadığını öne sürmektedir.¹⁵⁷ Mahkeme bunlara ek olarak FKÖ'nün üzerinde belli bir hükümet kontrolü bulunan belli bir ülkeye sahip olmadan uluslararası toplumun bir üyesi olmaktan kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirebilmekte yetersiz kalacağından bahsetmiş¹⁵⁸ ve bağışıklık iddiasını reddetmiştir.¹⁵⁹

Yine Filistin'in devlet statüsü konusunda ABD'de görülen bir davada¹⁶⁰ Mahkeme devlet olma durumunun savaşta işgalle sona eremeyeceğini söylerken Filistin'in İsrail'in işgali öncesinde hiçbir zaman bir devlet niteliğinde var olmadığını bildirmiştir. Buna ek olarak BM'nin 181(II) sayılı kararına gönderme yapan Mahkeme, bu kararın bir Filistin Devleti kurmadığını bununla birlikte BM'nin 242 sayılı kararla bir Filistin Devleti'nin var olması gerektiğini ama böyle bir devletin var olmadığını; ne 3236 ne de 3237 sayılı kararların bir Filistin Devleti'ni kabul etmediğini söylemiştir.¹⁶¹ Sonuç olarak Mahkeme, FKÖ'nün de Filistin Otoritesi'nin

¹⁵⁵ *Arafat e Salah*, s. 887 vd. (aktaran) Memorandum by the Secretariat, Immunity of State Officials (2008), s.65

¹⁵⁶ *Klinghoffer v. S.N.C. Achille Lauro*, 937 F.2d 44 (1991)

¹⁵⁷ *Klinghoffer v. S.N.C. Achille Lauro*, s. 48

¹⁵⁸ *ibid*, s.49

¹⁵⁹ *İbid*.

¹⁶⁰ *Ungar and ors v Palestine Liberation Organization and Palestinian Authority*, Appeal judgment, 402 F3d 274 (1st Cir 2005); ILDC 124 (US 2005)

¹⁶¹ *ibid*, para.66

de bir devlet olarak kabul edilmediğinde egemen bağımsızlığa sahip olamayacaklarına hükmetmiştir.¹⁶²

Başka bir davada İtalyan Yüksek Mahkemesi, 2006'da bağımsızlığa kavuşan Karadağ'ın davanın görüldüğü sırada bağımsız bir devlet olmadığı gerekçesiyle, devlet başkanı olduğunu iddia eden Milo Djukanovic'e bağımsızlık tanımayı reddetmiştir.¹⁶³ Mahkeme bu sonuca Sırbistan Karadağ Birliği ile Karadağ'ın ilgili anayasal kurallarına, diğer devletlerin Karadağ ile ilişkilerindeki tutumlarına, Karadağ'ın diğer devletlerle yaptığı antlaşmalara, uluslararası örgütlerdeki üyeliğine ve İtalya Dışişleri Bakanlığı'nın bu konudaki tutumuna bakarak varmıştır.¹⁶⁴ Yine kendisini Sırp Cumhuriyeti Devlet Başkanı olarak ilan eden Radovan Karadzic hakkında Bosna Hersek Savaşı'nda soykırım ve çeşitli insanlığa karşı suçlar işlediği gerekçesiyle ABD'de açılan *Doe v. Karadzic*¹⁶⁵ davasında Karadzic'in bağımsızlığı Yürütme Organı'nın Boşnak Sırp oluşumunu tanımaması nedeniyle reddedilmiştir.¹⁶⁶

Son olarak, federasyonu oluşturan federal devletlerin başındaki kişilerin devlet başkanlarına tanınan bağımsızlıktan yararlanıp yararlanamayacağı sorusu da akla gelebilmektedir. Bilindiği üzere uluslararası hukukta, ayrık bazı durumlar dışında¹⁶⁷ federal yapılı devletlerde uluslararası hak ve yükümlülüklerin sahibi merkezi otoritedir. Dış ilişkilerin yürütülmesi konusunda da federasyonun başındaki yürütme organı yetkili sayılmaktadır. Bu noktada, federe devletlerin başındaki kişilerin uluslararası açıdan "federe devletin başı" olarak yabancı bir devletin yerel mahkemesinde, kendilerine karşı açılan bir davada bağımsızlık ileri sürmeleri olasıdır. Ancak bu sav geçersiz sayılmaktadır, zira federe devletlerin yönetimindeki kişiler devlet başkanı sayılmadıklarından, devlet başkanının *ratione personae* bağımsızlığından yararlanamazlar. Bununla birlikte, federal devleti oluşturan

¹⁶² *ibid.*, para.73

¹⁶³ *Italy v D M (Djukanovic)*, Final appeal on preliminary question, Court of Cassation, no 49666; ILDC 74 (IT 2004) 28.12.2004

¹⁶⁴ *Italy v. D M (Djukanovic)*, para 16 ve 35

¹⁶⁵ *Doe v. Karadzic*, 866 F.Supp. 734 (S.D.N.Y.,1994)

¹⁶⁶ "Eğer Yürütme Organı davayı devlet başkanı olarak bildirseydi, bu mahkeme yargı yetkisinden mahrum olacaktı." *Doe v. Karadzic*, s. 737-738

¹⁶⁷ Örneğin Federal Anayasa'nın federe devletlere antlaşma yapma yetkisi tanınması veya başka devletlerle diplomatik ya da konsüler ilişki kurmasına izin vermesi. Bkz. **PAZARCI**, 2. Kitap (2005), s.92-93

birimlerin federal devletten bağımsız biçimde uluslararası ilişkilere girme yetkisi, aksi öngörülmedikçe, bulunmadığından bu birimlerin başındaki kişilerin yargı bağımsızlığından yararlanamayacakları kabul edilmektedir.¹⁶⁸ Nitekim *First American Corp. v. Al-Nahyan* davasında Mahkeme, Birleşik Arap Emirliği'ni oluşturan yedi emirlikten biri olan Dubai'nin eski Emiri ve onun oğlunun bağımsızlığını değerlendirmiş ve ABD'nin Dubai Emirliği'ni Birleşik Arap Emirliği'nin yalnızca siyasi bir alt birimi olarak kabul ettiğini ve bağımsız bir devlet olarak kabul edemeyeceğini bildirerek bağımsızlık talebinin reddine karar vermiştir.¹⁶⁹

Başka bir davada Nijerya'nın bir parçasını oluşturan Bayelsa'nın valisi Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha'nın vali sıfatını kullanarak kara para aklama ve benzeri eylemlere karıştığı iddiasıyla hakkında üç ayrı suçtan açılan *R (on the application of Alamiyeseigha) v Crown Prosecution Service*¹⁷⁰ davasında Mahkeme bağımsızlığın uygulanmayacağına karar vermiştir. Mahkeme bu kararına varırken Bayelsa'nın bir egemen devlet olmadığı ve ne kendisinin ne de başındaki yöneticisinin bağımsızlıktan yararlanamayacağını belirtmiştir.¹⁷¹ Daha güncel bir dava olan *R (on the application of HRH Sultan of Pahang) v Secretary of State for the Home Department*¹⁷² davasında Mahkeme'nin önüne yine bir devleti oluşturan federe birimlerin başındakilerin devlet başkanının *ratione personae* bağımsızlığından yararlanıp yararlanamayacağı meselesi gelmiştir. Malezya'nın 9 sultanlığından biri olan Pahang'ın Sultanı'nın kendisi ve beraberindekilerine Birleşik Krallık'taki göçmen kontrol hukukunun uygulanamayacağı, çünkü kendisinin devlet başkanı sıfatıyla bağımsızlığa sahip olduğuna ilişkin iddiası üzerine Mahkeme, Pahang'ın bir devlet olmadığından bahisle iddiayı reddetmiştir.¹⁷³

¹⁶⁸ Buna istisnai bir örnek için bkz. *Mellenger v New Brunswick Development Corporation* [1971] 1 WLR 604

¹⁶⁹ *First American Corp. v. Al-Nahyan*, 948 F.Supp. 1107 (1996), s.1110. Hakim Green, Dubai'nin uluslararası hukuka göre bağımsız bir devlet olduğunu söylemenin çok zor olduğunu söyledikten sonra, aksi düşünülse dahi davalılardan hiçbirinin görevi başındaki bir devlet başkanı sıfatını haiz olmadıklarını eklemektedir. Bkz. ibid. s.1121.

¹⁷⁰ *R (on the application of Alamiyeseigha) v Crown Prosecution Service*, (2005) All ER (D) 348; ILDC 93 (UK 2005)

¹⁷¹ *R (on the application of Alamiyeseigha) v Crown Prosecution Service*, para.48

¹⁷² *R (on the application of HRH Sultan of Pahang) v Secretary of State for the Home Department*, Appeal judgment, [2011] EWCA Civ 616; ILDC 1806 (UK 2011)

¹⁷³ İbid. para. 38. Ayrıca bkz. *R (on the application of HRH Sultan of Pahang) v Secretary of State for the Home Department*, [2010] EWHC 2024

Tam olarak bağımsız sayılamayacak bir devletin başkanı, diğer devletler tarafından uluslararası nezaket çerçevesinde bazı ayrıcalıklı muamelelere tabi tutulsa dahi, uluslararası hukuk açısından bağımsız bir devletin başkanı ile aynı statüde sayılamayacaktır.¹⁷⁴ Dolayısıyla böyle bir devletin başındaki kişi veya görevlisi, uluslararası hukuktan kaynaklanan bağışıklık ve dokunulmazlıklardan faydalanamayacağı için, yabancı bir devletin yerel mahkemelerinde ileri süreceği bağışıklık savı da geçerli sayılamayacaktır.¹⁷⁵

1.5.2. Tanımın bağışıklığa etkisi

Uluslararası hukuka göre bir devlet belli bir hükümetin kontrolü altında belli bir ülke ve sürekli insan topluluğuna sahip olan bir varlıktır. Bir oluşumun, sayılan şartları sağlaması ile devlet olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca aynı durumdaki diğer varlıklarla ilişkiye girme veya girebilme yeteneği de devlet olmanın özelliklerinden biri olarak öngörülmektedir.¹⁷⁶ Bu öge oldukça tartışmalar yaratmaktadır. Zira bu ögenin devlet olma şartı olarak kabul edilmesi, bunu devletin kurucu ögesi haline getirir. Tanımın hukuki niteliğinden daha baskın olarak siyasi bir temeli olduğu¹⁷⁷ düşünüldüğünde, diğer devletlerle ilişkiye girebilme yeteneğinin kıstasının ne olması gerektiği de belirsizdir. Acaba bir devlet yalnızca bir veya iki devlet tarafından tanındığında, bu gerekliliği karşılamış sayılmalı mıdır? Yoksa çok sayıda devletin o devleti tanınması, onun ilişkiye girebilme yeteneğinin bir kanıtı olarak mı kabul edilmelidir? Kanaatimizce bir devletin tanınmaması, o devletin devlet olma durumunu etkilemez.¹⁷⁸ Ancak tanınmayan bir devletin uluslararası ilişkiler alanında

¹⁷⁴ WATTS, MPEPIL, para. 3

¹⁷⁵ ABD’de bu statünün tanınabilmesi ancak yürütmenin o devleti tanıdığı olmasına bağlıdır. Örneğin bkz. *Kadic v. Karadzic*, 70 F. 3d 232 (2nd Cir. 1995), s.244.

¹⁷⁶ Bkz. Montevideo Sözleşmesi m.1; Restatement Third, para 201. PAZARCI, III. Kitap, s. 14

¹⁷⁷ Aynı yönde SHAW, *International Law* (2008), s.471. AYBAY da tanıma konusunda “*hukuki ölçütlerden çok ekonomik çıkarlar ve stratejik hesaplar belirleyici rol oynamaktadır*” demek suretiyle tanımın hukuki olmaktan daha çok devletlerin menfaatlerine göre uyguladıkları bir kurum olduğu fikrine katılılır gözükmektedir. Bkz. Rona AYBAY, *Kamusal Uluslararası Hukuk Açısından Devletin Tanınması*, 9 MaltepeÜHFD 3 (2006), s.5 ve 17. (Kısaca AYBAY, *Devletin Tanınması*) ÖKTEM ise tanımın tamamen siyasi bir işlem olduğunu ve yeni ortaya çıkan bir birimin tanınmasının tamamen siyasi nitelikte olduğunu dile getirmektedir. Yazara göre tanıma, üzerine hukuki işlem kisvesi giydirilen siyasi iradeden ibaret olduğuna işaret etmektedir. Emre ÖKTEM, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Tanıma*, in Erdoğan Teziç’e Armağan, GSÜ Yay. 2007, s.458-459 (Kısaca ÖKTEM, *Tanıma*)

¹⁷⁸ GÖZLER tanımın devlet olma statüsünü etkilemeyeceğini anlatırken Çin Halk Cumhuriyeti’nin 30 yıl boyunca ABD tarafından tanınmadığı ancak Çin Halk Cumhuriyeti’nin bir devlet olarak var

zayıf bir durumda kaldığı da yadsınamaz bir gerçektir.¹⁷⁹ Bir devletin diğer devletler tarafından tanınması şüphesiz, o devlete hem siyasi hem de hukuki avantajlar sağlayacaktır. Tanıma, yeni ortaya çıkan oluşumun uluslararası hukukun sağladığı korumadan daha fazla faydalanabilmesine imkan yaratır.¹⁸⁰

Bir devletin başka devletlerle ilişkiye girmesi açısından, tanınmanın o devletler arasında bazı sonuçlar doğuracağı bir gerçektir. Bir devlet diğer bir devleti tanıdığına, onun yaptığı işlemleri de meşru sayarak hukuki ilişkilerini o veriler üzerinden yürütecektir. Örneğin bir devlet başkanı veya o devletin temsilcisi resmi ziyaret için ülkeye geldiğinde, o kişinin resmi sıfatı ve temsil ettiği makam uyarınca tüm dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanmasını temin etmek gerekecektir. Ancak tanınmayan bir devletin görevlisi ülkeye giriş yaptığına ne olacaktır? İşte bu noktada aslında tanınmanın birbiriyle ilişkili iki yönlü yapısı ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki tanınmanın, tanıyan devletin yetki alanı içerisinde tanınan devlet ile arasındaki ilişkideki etkisi, ikicisi ise tanınmanın uluslararası alandaki etkisi.¹⁸¹ Tanınmanın ilkine etkisi elbette bir devletin kendi yetki alanı içerisinde diğer bir devletle ilgili olarak o devletin eylem ve işlemlerini kendisi açısından yasal kabul etmesi ve hukuki ilişkilerini uluslararası hukuk tarafından öngörülen çerçevede bu veriler üzerine kurarak hareket etmesine yöneliktir. Buna o devletin yargısal veya idari işlemlerini ve eylemlerini yasal olarak kabul etmek ve bunlara saygı duymak olduğu gibi yargı bağışıklığı da dahildir. Uluslararası alandaki etkisi ise, bir devlet ile tanımadığı bir devlet arasında tanınmayan devletin genel olarak hak ve yükümlülüklerine saygı göstermek gibi diğerine göre daha sınırlı bir kapsamdadır.

olmaya devam ettiğini örnek vermektedir. GÖZLER'e göre anayasa hukuku açısından önemli olan bir devletin tanınması değil, gerçekten uzun bir süre fiilen kendi ülkesinde egemen olup olmadığıdır. Bkz. **GÖZLER**, Teori (2009), s. 12. AYBAY da bu yaklaşıma katılmakla birlikte, devlet olarak tanınmamanın uluslararası ilişkiler alanında diğer devletlerle eşit düzeyde işlem görebilmek açısından sorunlar ve engeller yaratacağını dile getirmektedir. **AYBAY**, Devletin Tanınması, s.7

¹⁷⁹ **ÖKTEM**, Tanıma, s.453. (Yazar tanınmanın siyasi anlamda bir devletin konumunu uluslararası düzlemde güçlendireceğini söylemektedir.) **AYBAY**, Devletin Tanınması, s.7. (Yazar özellikle BM Güvenlik Konseyi daimi üyesi olan devletlerden birinin desteğinin, tanıma alanındaki etkiyi güçlendireceğini ifade etmektedir.)

¹⁸⁰ **ÖKTEM**, Tanıma, s. 435

¹⁸¹ **SHAW**, uluslararası alandaki etki açısından tanınmayan bir devletin uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul edilmesi açısından değerlendirmektedir. Yazara göre tanınmayan bir devletin ülkesi, terra nullius olarak kabul edilemez. Tanınmayan devletin uluslararası hak ve yükümlülükleri olduğu da unutulmamalıdır. Çok taraflı bir antlaşmaya taraf olan birbirini tanımayan iki devlet, antlaşmada öngörülen hak ve yükümlülüklerle aynı şekilde bağlıdır. Bkz. **SHAW**, International Law (2008), s.471. aynı yönde **AYBAY**, Devletin Tanınması, s.13

Bundan kastımız, örneğin tanınmayan devletin işlerine müdahale etmekten kaçınmak, egemenliğine ve ülke bütünlüğüne saygı göstermek, hava sahasından ve kara sularından geçişlerde o devletin egemenlik haklarına saygılı olmak ve bu geçişler için öngörülen kurallara uygun davranmak gibi¹⁸² bazı *erga omnes* nitelikli yükümlülüklerdir. Diğer yandan, tanımının ilk yönü kapsamında bir devlet, tanımadığı bir devletin veya hükümetin başkanına veya görevlisine karşı açılan bir davada, o kişilere bağışıklık tanımak zorunda değildir.

Bir kişinin yabancı bir devletin yargı yetkisinden bağışık olduğu iddiasının geçerli sayılabilmesi için öncelikle söz konusu oluşumun bir devlet olarak kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁸³ Tanınmayan veya var olmayan devletlerin temsilcilerinin bağışıklığa sahip olmadıkları genel olarak kabul edilmektedir.¹⁸⁴ Devletlerin tanıdıkları devlet ve hükümetlerin görevlilerine bağışıklık sağlamalarıyla tanıma kurumu gelişmiştir.¹⁸⁵ Yeni bir devlet ortaya çıktığında diğer devletler bu devleti tanıyıp tanımayacakları konusunda bir karara varırlar. Hükümetlerin değişmesi açısından anayasal yollarla başa gelmiş hükümetler ve onların görevlilerinin ayrıca tanınmasının gerekmediği genel olarak kabul edilmektedir. Ülke üzerinde herhangi bir direnişe maruz kalmadan üstün bir kontrol elde etmiş hükümetlerin milletin egemenliğini kullandıkları ve milletini temsil ettikleri düşünülmektedir.¹⁸⁶

Olağanüstü yollarla başa gelen bir hükümetin tanınması sorunlu bir durum ortaya çıkarmaktadır. Özellikle ülkede bir yandan etkili kontrolü elinde tutan *de facto* bir yönetim ile seçimlerle başa gelmiş bir yönetimin aynı anda var olması durumunda, yabancı devletin yargılama yetkisine uygulanacak bağışıklık engeli açısından, tanımının önemli bir rol oynadığı söylenebilir. Bu durumlara uygulamada da rastlanmıştır. Özellikle konu ile ilgili ABD uygulaması dikkat çekicidir. ABD'deki

¹⁸² ÖKTEM, Tanıma, s. 454

¹⁸³ WATTS, MPEPIL, para. 3

¹⁸⁴ State Practice under the Vienna convention on diplomatic relations, s58. Ortadan kalkan devletlerin görevlilerinin devletleri adına gerçekleştirdikleri resmi eylemler bakımında *ratione materiae* bağışıklıklarının kural olarak devam ettiğini söylemek gerekir.

¹⁸⁵ BRÖHMER, State Immunity, s.114

¹⁸⁶ Woolsey, Editorial Comment: The Non-Recognition of the Chamorro Government in Nicaragua, 20 AJIL 543 (1926) s. 545. Ayrıca bkz. BRÖHMER, State Immunity, s.114

bağışıklık uygulamasının tanımaya etkisine geçmeden önce, uygulama hakkında kısaca bilgi vermeyi uygun görüyoruz.

Amerika’da 1976 tarihli Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı Yasası’nın (YDYB)¹⁸⁷ devlet görevlileriyle ilgili hüküm içermemesi nedeniyle özellikle devlet başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlileriyle ilgili bağışıklığın belirlenmesi konusunda davaya bakan mahkeme Yürütme Organı’ndan görüş istemekte; bunun üzerine Yürütme Organı da Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla “bağışıklık önerisi”¹⁸⁸ adı altında yetkili mahkemeye bildirimde bulunmaktadır.¹⁸⁹ Bu esasen “öneri”den çok “bağlayıcı” nitelikte bir açıklamadır.¹⁹⁰ Mahkemeler de bu öneriye genel olarak konu ile ilgili daha fazla incelemeye gerek görmeden uymaktadırlar.¹⁹¹ Önerinin temelinde Yürütme Organı’nın, bir devlet başkanını veya görevlisini tanıyıp tanımadığını ve bu sayede de bağışıklıktan yararlanıp yararlanmayacağını tespit ederek mahkemenin bağışıklık konusundaki kararını belirlemektedir. Yürütme Organı’nın bağışıklık önerisi özünde gerek diplomasinin dinamikleriyle gerekse Başkan’ın Yürütme’nin belirlediği diplomatik eğilim doğrultusunda ABD adına devlet başkanının bağışıklığının veya diğer konuma dayalı bağışıklığın standartlarını koruma yetkisiyle ilişki içinde olduğu öne sürülmektedir.¹⁹²

¹⁸⁷ 1976 Foreign State Immunity Act. 28 U.S.C. §§ 1330, 1332(a), 1391(0), 1441(d) & 1602-1611. Bu yasanın iki temel hedefi vardır: bu yasa Amerikan Mahkemeleri’nin önüne gelen davalarda devletin yargı bağışıklığını yalnızca kamusal işlemler veya hükümet tasarruflarıyla ilgili eylemlerle sınırlandırmak ve buna bağlı olarak kamusal kurumların sıradan bireysel ticari işlemlerden hiçbir farkı olmayan işlemlere ilişkin uyuşmazlıklarda yargı bağışıklığını reddetmektir. Bkz. *Tachiona v. Mugabe*, 169 F.Supp.2d 259 (S.D.N.Y. 2001), s. 259.

¹⁸⁸ (ing.) Suggestion of Immunity.

¹⁸⁹ ABD’nin devlet başkanı ve üst düzey devlet görevlilerinin yargı bağışıklığı meselesini YBDY’nin kapsamı dışında tutmayı bilerek tercih ettiği söylenmektedir. Bunun nedeni, devlet başkanlarının bağışıklığı ile devletin bağışıklığının farklı biçimde algılanmasıdır. **SINGERMAN**, *It’s Still Good To Be The King*, s.447

¹⁹⁰ Örneğin bkz. *Spacil v. Crowe*, 489 F.2d 614 (5th Cir. 1974),s. 620 ([y]ürütme organının yabancı egemenin bağışıklık talebini tanıma ve [buna] izin veme kararı yargı organını bağlar ve yürütmenin hareketine ilişkin başkaca bir inceleme gerektirmez.)

¹⁹¹ “Suudi Arabistan’daki gerçek hükümet konusunda uyuşmazlık olsa da, bu mahkeme Birleşik Devletler tarafından [yapılan] tanımayı nihai kabul etmek zorundadır” *Alicog v. Kingdom of Saudi Arabia*, 860 F.Supp. 379 (1994), s.382

¹⁹² **Lewis S. YELIN**, Head of State Immunity as Sole Executive Lawmaking, 44 Vand. JTL 911 (2011), s.989 Geçtiğimiz 46 yıl boyunca bireyler tarafından görevi başındaki devlet başkanları aleyhinde otuzun üzerinde dava açılmış ve bu davaların neredeyse tamamında Yürütme Organı “bağışıklık önerisi”nde bulunarak Mahkeme’nin davayı reddetmek zorunda olduğunu bildirmiştir. Çok az istisna dışında mahkemeler Yürütme’nin bağışıklık bildirisine uymuşlardır. Bkz. *ibid*, s.915-916. İstisnai olarak *In re Wilson* davasında Mahkeme, Mısır Devlet Başkanı Hüsnü Mübarek ve diğer devlet görevlileri için yapılan bağışıklık önerisini reddederek bağışıklığı uygulamamıştır. Bkz. *In re Wilson*, 94 B.R. 886 (Bankr. E.D. Va. 1989). Ayrıca bkz. **YELIN**, Head of State Immunity, s. 996.

Filistin Ulusal Otoritesi'nin İsrail'in yargılama yetkisinden bağışık olup olmadığına ilişkin bir davada¹⁹³ İsrail Mahkemesi bağışık olabilmek için öncelikle egemenlik işlemleri yapılabilmesini belirtirken, İsrail'in söz konusu otoriteyi tanıyıp tanınamasının politik bir mesele olduğu ve böyle bir tespitin de mahkeme tarafından değil İsrail Hükümeti tarafından yapılabileceğini söylemiştir. Dolayısıyla bu konuda Dışişleri Bakanlığı'nın bildirimini, Mahkeme açısından gerekli görülmiştir.¹⁹⁴ Diğer yandan Mahkeme'nin konuya ilişkin tespit yapmaktan sıklıkla kaçtığı gözlenmektedir. Bunun temel nedeni ise muhtemelen, mahkemenin de az önce zikrettiğimiz gibi konuya politik bir konu gözüyle bakıyor olmasıdır.

Aynı anda birden fazla hükümetin veya devlet başkanı olduğu iddiasıyla ortaya çıkan birden fazla kişinin bulunduğu durumlarda devletler ilişkilerini kiminle yürüteceklerine karar vermelidir. Bu da tanıma ile doğrudan ilgilidir. Konu uygulamada karşılaşılan bir meseledir. Örneğin General Noriega, Panama'daki 1989 seçimlerinde kendi adayı olan Carlos Duque'nun üç katı oy alarak başkan seçilen Guillermo David Endera'nın devletin başına geçmesini engellemek için seçimlerin hileli gerçekleştirildiğini bildirerek seçimleri iptal etmiş ve kontrolü eline alarak Panama'nın *de facto* lideri konumuna geçmiştir.¹⁹⁵ Ancak Amerika, Noriega'yı Panama'nın devlet başkanı olarak kabul etmediğinden, Noriega hakkında açılan davada devlet başkanı bağışıklığını tanımayı reddetmiştir.¹⁹⁶

Başka bir örnek ise Haiti devlet başkanı Jean-Bertrand Aristide'in ABD'ye sürgüne gelmesinin ardından ABD'nin Haiti'de oluşan yeni rejimi hiçbir zaman tanımayarak

Diğer yandan, eğer Yürütme Organı konu ile ilgili öneride bulunmazsa veya bulunmaktan kaçınırsa, mahkemeler konuya ilişkin tespitlerini kendileri yapmak durumundadırlar. *Samantar v. Yousuf* kararında Mahkeme bunu şu sözlerle ortaya koymuştur: “Eğer Yürütme Organı reddederse, mahkeme bağışıklık meselesinde kendisi karar verebilir.” *Samantar v. Yousuf* [2010], s. 2284-2285. Aynı şekilde bkz. *Spacil v. Crowe*, s.617; *In re Doe*, 860 F.2d 40 (2d Cir. 1988), s.45. Ayrıca bkz. **Christopher D. TOTTEN**, Head-Of-State And Foreign Official Immunity In The United States After Samantar: A Suggested Approach, 34 Fordham ILJ 332(2010-2011), s.344

¹⁹³ *Palestinian National Authority and ors v Dayan and ors*, Appeal decision, PLA 4060/03; ILDC 784 (IL 2007)

¹⁹⁴ *Ibid.*, para 2-4

¹⁹⁵ **BRÖHMER**, State Immunity, s.115

¹⁹⁶ *United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506 (S.D. Fla. 1990), s. 1511

Aristide'in görevdeki devlet başkanı olarak bağımsızlıklardan yararlandırılmasıdır.¹⁹⁷ ABD Dışişleri Bakanlığı'nın bağımsızlık önerisi mektubunda Başkan Aristide'e karşı açılan davanın dost bir ülkenin devlet başkanının Mahkeme'nin yetkisinden bağımsızlığı sorununu ilgilendirmesi nedeniyle ABD'nin konuya ilişkin çıkarları ve ilgisi bulunduğu bildirilmektedir. ABD'nin çıkarı Yürütme Organı'nın ABD Hükümeti'nin dış politikanın uygulanması ve uluslararası ilişkilerin yürütülmesinden doğmaktadır ve Başkan Aristide aleyhine yürütülen davaya izin vermek, ABD'nin dış politikadaki mefaatleriyle uyumsuzdur.¹⁹⁸

Diğer yandan *Tachiona v. Mugabe* davasında¹⁹⁹ Mahkeme, devletin tanınmasıyla devlet başkanı veya hükümet başkanının tanınmasının farklı meseleler olduğuna vurgu yapmaktadır. Mahkeme'ye göre bu konu daha çok diplomatik ve politik bir konu olup, bir devletin tanınması, o devletin başa gelen başkanının da tanınacağı anlamına gelmemektedir. Daha alt düzey devlet görevlilerine nazaran devlet başkanının Yürütme Organı tarafından resmi bir şekilde tanınması gerektiği ve yalnızca tanınan devlet görevlilerinin ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanabileceği ifade edilmiştir.²⁰⁰ Bu yaklaşımın temelinde yatan durum, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Amerika'nın yabancı devlet başkanlarını ülkesinde yargılanmasının yaratacağı diplomatik sorunların önüne geçilmesi isteğinden kaynaklanır.²⁰¹

1.5.3. Ortadan Kalkan bir Devletin Görevlisinin bağımsızlığı

Ortadan kalkan bir devletin görevlileri bakımında ise işlevsel bağımsızlık kapsamında bir değerlendirme yapmak gereklidir. Buna göre ortadan kalkan bir devlet görevlisinin, görevi sırasında var olan devleti adına gerçekleştirdiği resmi işlemlerin prensip olarak bağımsızlık kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır. Ancak bu

¹⁹⁷ *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp. 128 (E.D.N.Y.1994)

¹⁹⁸ *Lafontant v. Aristide*, s. 131 (ABD hükümeti tarafından tanınan bir devlet başkanı Amerikan mahkemelerinin yargı yetkisinden mutlak olarak bağımsızdır.) Bir devletin başkanının tanınmasıyla ilgili olarak da mahkeme şu açıklamayı yapmıştır: "Kimin devlet başkanı olarak nitelendirileceğinin belirlenmesi Yürütme Organı tarafından yapılır, bu mahkemeler tarafından belirlenecek somut bir konu değildir." *Lafontant v. Aristide*, s. 130.

¹⁹⁹ *Tachiona v. Mugabe*, 169 F.Supp.2d 259 (S.D.N.Y. 2001)

²⁰⁰ *Tachiona v. Mugabe*, s.292.

²⁰¹ YELIN , Head of State Immunity, s.989

konuda devlet uygulamalarının belli bir kuralı ortaya koymak açısından az ve belirsiz nitelikte olduğunu da ifade etmek gerekir.

Honecker aleyhinde Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden sonra açılan bir davada Mahkeme kendini yetkili saymış ve Honecker'in başkanı olduğu devletin artık mevcut olmadığını temel alarak bağışıklığı reddetmiştir. Bu tespit WATTS'a göre Honecker'in yargılanması aşamasında Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin kendi devlet başkanını yargılamaya yetkisi olduğu ve Federal Almanya Cumhuriyeti ile birleşmenin ardından yetkinin buranın Mahkemeleri'ne geçişiyle davanın burada görülmesi gerektiği düşüncesinin olması muhtemeldir.²⁰² Diğer bir olasılık da, yazara göre, iki devletin birleşiminde halefiyet kuralları uyarınca önceki devletin bağışıklıktan feragat hakkını yeni devletin kullanabileceği ve bağışıklığın kişinin değil devletin menfaatlerini koruyan bir kurum olduğu göz önüne alındığında, bir devlet ortadan kalktığına göre bağışıklık için haklı bir gerekçe de bulunmamaktadır.²⁰³

1.6. DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI VE YARGILAMA YETKİSİNİ SINIRLANDIRAN DİĞER YÖNTEMLER

1.6.1. Devletin Yargı bağışıklığı

Bir devlet eğer uluslararası hukuka aykırı hareket ederse, bu devlet hakkında uluslararası hukuk tarafından öngörülen bazı yaptırımlar uygulanmalıdır. Eğer bir devlet kendi iç hukukuna aykırı hareket ederse, o zaman iç hukuk kurallarına uygun olarak ulusal düzeyde sorumluluğu söz konusu olacak ve iç hukuk kuralları devreye girecektir. Peki bir devlet başka bir devletin mahkemelerinin yargı yetkisinin kapsamına girecek şekilde o devletin ulusal hukukunu ihlal ederse ne olacaktır? Böyle bir durumda ihlali gerçekleştiren eğer yargılanmayı kabul etmezse, iç hukukuna aykırı davranılmış olan devlette başlayacak yasal süreç durmak zorunda

²⁰² WATTS, RdC, s.89

²⁰³ İbid.

kalacaktır. İşte normal şartlarda var olan yargı yetkisinin önüne geçen bu engele²⁰⁴ devletin yargı bağımsızlığı denmektedir.

Uluslararası hukukta kabul edilen en eski kurallardan biri olan devletin bağımsızlığının, hükümdar ile devletin aynı benlikte görünmesinin bir sonucu olarak uygulandığı ve devletlerin egemenliği ve eşitliği, bağımsızlığı ve devletin onuru prensiplerinin yanında aynı zamanda içişlerine karışmama ilkelerinin temel alındığı bir kurum olduğu bilinmektedir.²⁰⁵ Devletin yargı bağımsızlığı prensibi, bir devletin başka bir devlet üzerinde yargı yetkisini kullanamayacağını ifade etmektedir. Ancak bundan bir devletin gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylem ve işlemlerden dolayı sorumlu olmadığı anlaşılmamalıdır.²⁰⁶ Bu kurum, bir devletin başka bir devletin yerel mahkemelerinde yargılamaya tabi olmasına engel teşkil etmektedir. Ancak bu engel de günümüzde mutlak değildir.

Devletin yargı bağımsızlığı konusunda evrensel nitelikli bir antlaşma mevcut olmadığına göre²⁰⁷ bu kurumun temellerini nerede aramak gerektiği sorunu ortaya

²⁰⁴ BRÖHMER, State Immunity, s. 3

²⁰⁵ SINCLAIR, Sovereign Immunity, s. 198; BRÖHMER, State Immunity, s. 9-14; FOX, State Immunity (2008), s. 57-58; FRANEY, Immunity, Individuals, s. 60 vd.; FOX, International Law and Restraints (2010), s.343; Andrea BIANCHI, Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case, 10 EJIL 237 (1999), s.262 (Kısaca BIANCHI, Immunity versus Human Rights)

²⁰⁶ GÜNDÜZ, Yargı Bağımsızlığı, s.25

²⁰⁷ Devletin yargı bağımsızlığıyla ilgili 2004 yılında Birleşmiş Milletler Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığı Antlaşması imzalanmış olsa da Antlaşma yalnızca 11 devletin bağlanma işlemlerini tamamlamış olmaları nedeniyle halen yürürlüğe girmemiştir. Zira Antlaşma'nın 30. maddesine göre Antlaşma 30. belgenin depozitere tevdi edilmesini izleyen 30 günden sonra yürürlüğe girecektir. Bağlanma işlemlerini tamamlayan devlet sayısı bugün itibariyle yalnızca 14; imza aşamasında kalan devlet sayısı ise 28'dir. Bkz.

http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en (Erişim tarihi : 18.06.2013) Bununla birlikte BM Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığı Antlaşması, konuyla ilgili yapılageliş kurallarının yazılı hale getirilmesi konusunda önemli bir adım olmakla birlikte; Antlaşma'nın uluslararası insan hakları hareketi ve insan hakları hukukundaki akışın dikkate alınarak devletin yargı bağımsızlığı konusunda, jus cogens kuralların ihlali halinde, bir istisnanın öngörülmesi konusundaki eksikliği nedeniyle uluslararası yapılageliş kurallarının bütünüyle kodifikasyonunu işaret ettiği söylenemez. Aynı yönde FOX, State Immunity (2008), s.3-4. Devletin yargı bağımsızlığıyla ilgili yürürlükteki tek uluslararası antlaşma, 11.6.1976 tarihli Devletin Yargı Bağımsızlığı Avrupa Sözleşmesi'dir. European Convention on State Immunity), 16 Mayıs 1972, yürürlük tarihi 11 Haziran 1976, European Treaty Series - No. 74, 74, 11 ILM 470 (1972). Sözleşme'nin Avrupa Konseyi'ne taraf olmayan devletlere de açık olmasına rağmen, Sözleşme'ye yalnızca 8 Devlet taraf olduğundan (Avustralya, Belçika, Kıbrıs, Almanya, Lüksemburg, Hollanda, İsviçre ve Birleşik Krallık) sınırlı katılımlı bir sözleşme olarak kalmıştır. Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=&DF=&CL=ENG> Ayrıca bkz. Lee M. CAPLAN, State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory, 97 AJIL 741 (2003), s. 757. (Kısaca CAPLAN, Normative Hierarchy). BM

çıkılmaktadır. Sorunun cevabını uluslararası yapılageliş hukukunda bulan yazarlar vardır²⁰⁸ ancak uluslararası yapılageliş hukuku açısından yargı bağısıklığına ilişkin kurallar aslında çok soyut kalmaktadır. Başka bir deyişle, prensip olarak devletler, yabancı bir devletin yargı bağısıklığına sahip olduğunu kabul etmekle birlikte bunun hangi tür davranışları kapsayacağı konusunda fikirbirliğinin olduğunu söylemek güçtür.

Modern anlamda devletin yargı bağısıklığı hukukuna ilişkin ilk gelişmenin Baş Hakim Marshall'ın *Schooner Exchange v. McFaddon*²⁰⁹ davasında egemen bir devletin kendi yargı yetkisinin geçerli olduğu alanda başka bir devlet üzerinde bu yetkiyi kullanamayacağını ifade etmesiyle ortaya çıktığı söylenmektedir.²¹⁰ Bu kararı yaklaşık 70 yıl sonra İngiltere'de verilen *The Parlement Belge*²¹¹ kararı izlemiştir. Karar, bir devletin hükümet işlevleri çerçevesinde yaptığı eylemler ile uluslararası ticaret alanında tacir gibi giriştiği işlemleri ayırmakta ancak her iki durumda da devletin kesin bağısıklığı olduğunu öngörmektedir.²¹²

Devlet uygulamalarında yabancı devlet lehine yargı yetkisini kullanmaktan feragat edildiği gözlenmektedir. Davanın taraflarından birinin yabancı bir devlet olması, uyumsuzluğa konu olan işlemin niteliğine bakılmaksızın yargı bağısıklığının uygulanması için yeterli görülmekteydi; bu durum 20. Yüzyılın ortalarına kadar devam eden mutlak yargı bağısıklığından sapılarak başka türlü kısıtlayıcı bir kuralın egemen ve eşit devletler arasında uygulanamayacağı anlayışından ileri geliyordu. Bu anlayış devletin bir özel kişi gibi ticari işlemlere gittikçe artan biçimde girişmesiyle

Devletin ve Mallarının Bağısıklığı Sözleşmesi, insan haklarının korunması ve özellikle jus cogens kuralların ihlali konusundaki istisnanın varlığını gösteremediğinden uluslararası yapılageliş kurallarının tam olarak kodifikasyonunu işaret ettiği de söylenemez. Ayrıca başka bir girişim de Amerika Devletleri Örgütü'nün Inter-Amerikan Yargısal Komitesi tarafından 1983'te hazırlanan Devletlerin Yargılamadan Bağısıklığı Inter-Amerikan Konvansiyonu Taslağıdır ancak bu metin de taslak olmaktan ileriye gidememiştir. Bkz. Draft Inter-American Convention on Jurisdictional Immunity of States, 22 ILM 292 (1983)

²⁰⁸ GÜNDÜZ, Yargı Bağısıklığı, s.80 vd. (özellikle s. 92)

²⁰⁹ *Schooner Exchange v. McFaddon* 11 US (7 Cranch) 116 (1812)

²¹⁰ SINCLAIR, Sovereign Immunity, s.122; Gamal Moursi BADR, State Immunity: An Analytical and Prognostic View (Developments in International Law), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, s. 10 vd.

²¹¹ *Parlement Belge* (1879-80) L.R. 5 P.D. 197

²¹² Charles PIERSON, Pinochet and The End Of Immunity: England's House Of Lords Holds That A Former Head Of State Is Not Immune For Torture, 14 Temp. ICLJ 263 (2000), s.271

birlikte yerini 20. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren ikili bir uygulamaya bırakmıştır.²¹³ Buna göre bir devletin egemenlik tasarrufuna yönelik işlemleri söz konusu olduğunda başka devletin yargı yetkisine tabi olmaması kabul edilmektedir. Bu durum devletin kesin olarak bağışık olduğu alanı ifade etmektedir. Buna karşılık bir devlet eğer bir özel kişi gibi özel hukuk işlemine girişiyorsa, uyuşmazlık durumunda da yine bir özel kişi gibi davanın tarafı olacaktır. Bu ayırım “*acte jure imperii*” ve “*acte jure gestionis*” olarak ifade edilmektedir.

Jure imperii eylemler, ancak devletler tarafından gerçekleştirilebilecek eylemlerdir. Yani prensip olarak devletin egemenliği gereği ve bu kapsamda giriştiği işlemler ve gerçekleştirdiği davranışlar egemenlik tasarrufu olarak kabul edilerek yabancı devletin yargı yetkisinden bağışık tutulmaktadır. *Jure gestionis* bağlamında bir devletin özel hukuk kişisi gibi eylemlerde bulunmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar nedeniyle yabancı mahkemelerin yargı yetkisine tabi olmasına dayanan sınırlı bağışıklık prensibi, bağışıklığın devreye girmesi konusunda, eylemi yapan kişiden çok eylemin özüne odaklanmaktadır.

Devlet bağışıklıktan açıkça feragat ederse²¹⁴, yabancı devletin yargı yetkisine tabi olur ve aleyhinde karar çıkması ihtimalini de kabullenmiş sayılır. Bir devlet, hakkında yabancı bir devletin yerel mahkemesinde açılan bir davada bağışıklığı ileri sürmek yerine savunma yapmayı tercih etmiş ise, yani dava konusu olan olayın özüne girmişse, yine yargılanmayı kabul etmiş sayılmaktadır.²¹⁵ Ancak elbette, bir devleti hukuka aykırı hareketine karşılık yabancı bir devletin yerel mahkemesinde

²¹³Özellikle 20. Yüzyılın ilk yarısının ortalarına kadar devlet uygulamalarında herhangi bir ayırma gidilmeksizin yabancı devletlere yargı bağışıklığı tanındığı görülmüştür. Ancak 1930lu yıllardan itibaren Kıta Avrupası uygulamalarında ve Anglo Amerikan Sistemi benimsemiş ülkelerde giderek ticari işlere daha çok dahil olan devletin giriştiği işlemlere göre yargı bağışıklığının sınırlanması eğilimi ortaya çıkmıştır. Ancak bundan önce de bazı devletlerin yargı bağışıklığına sınırlama getiren uygulamada buldukları bilinmektedir. Örneğin Belçika’da 19. Yüzyılda Belçika Medeni Kanunu’nun 14. Maddesindeki yabancılara karşı dava açılmaması kuralının yalnızca yabancı kişilere karşı geçerli olduğu ve yabancı hükümetlerin bundan faydalanamayacağı kabul edilmekteydi. 1878 yılındaki bir kararda Belçika Mahkemesi bağışıklık kuralının, egemenlik işlemi olmayan türden işlemler için yabancı hükümetlere uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bkz. *Le Gouvernement Ottoman c. La société Sclessin et Deppe el Roef*, Pasirisie Belge, 1877-3- 28 (aktaran) **SINCLAIR**, Sovereign Immunity, s.132 vd. İtalya’da da 1880ler’den itibaren benzer bir uygulama bulunmaktaydı. Bkz. **FINKE**, Sovereign Immunity, s. 858; **FOX**, State Immunity (2008), s.224; **APPELBAUM**, Einschränkungen der Staatenimmunität, s. 47

²¹⁴ **BANKAS**, s.37

²¹⁵ **FINKE**, Sovereign Immunity, s. 864

yargılanmaktan kurtaran bağımsızlık, o devletin söz konusu eylemden dolayı hiçbir biçimde hesap vermemesi şekilde sorumsuzluk olarak algılanmamalıdır.²¹⁶

Yabancı devletin yerel mahkemesinde yargılanmaktan bağımsız olan devletin uluslararası alanda sorumluluğu devam etmektedir. Böyle bir durumda yabancı devletin bir uyuşu zarar gördüyse ve uyuşluğunda olduğu devletin mahkemelerinde dava açmak istemesi durumunda devletin yargı bağımsızlığı engeliyle karşılaşıyorsa, bu kişinin önünde iki seçenek mevcuttur. Bunlardan ilki söz konusu haksızlığa karşı, haksızlığın gerçekleştiği devletin yerel mahkemelerinde dava açmak; diğeri ise o devletin iç hukuk yollarını tükettikten²¹⁷ sonra uyuşluğunda bulunduğu devletten²¹⁸ diplomatik koruma talep etmektir. İkinci durumda uyuşu zarar gören devlet, yapılan haksızlık kendisine karşı gerçekleşmiş gibi kabul ederek hukuka aykırı hareket etmiş olan devletten zararın giderilmesini ister.²¹⁹

1.6.2. Yargılanamazlık

Bir konu eğer dava konusu olabiliyor ise yargılamaya uygundur. (justiciable). Bu nedenle özellikle devletler arasındaki ilişkileri ilgilendiren konular, mahkemelerin yargı yetkisi dışında kalır.²²⁰ Bir konunun yargılanabilir olup olmadığına ilişkin yapılacak bir test yürütme ile yargının üst üste bindiği ve hatta birbirine karıştığı gri alanı aydınlatılabilir.²²¹ Yargılanamazlık doktrininin uygulandığı alanda yabancı bir devletin yargılamanın tarafı olup olmamasının bir önemi yoktur.²²² Yargılanamazlık doktrininin uygulanmasına ilişkin mesele davanın başında veya esasa ilişkin kısmında da ortaya çıkabilir. Söz konusu doktrin, mahkemelerin bir devletin savaşa

²¹⁶ GÜNDÜZ, Yargı Bağımsızlığı, s.25vd

²¹⁷ İç hukuk yollarını tüketme şartı söz konusu devlette konuyla ilgili başvuracak bir iç hukuk yolu yoksa; konuyla ilgili öngörülen bir iç hukuk yolu mevcut olmakla birlikte işler değilse; taraf devletlerin rızalarıyla iç başvuru yollarının tüketilmesinden feragat etmeleri durumunda ortadan kalkmaktadır. Daha geniş bilgi için bkz. PAZARCI, 3. Kitap (2005), s. 181 vd.

²¹⁸ Diplomatik koruma talep eden kişi ile kişinin diplomatik koruma talep ettiği devlet arasında gerçek bir uyuşluk bağı bulunmalıdır. Bu uyuşluk bağı olayın gerçekleştiği andan davanın sonuçlandığı ana kadar mevcut olmalıdır. PAZARCI, 3. Kitap (2005), s. 178.

²¹⁹ Diplomatik koruma bir yükümlülük değil hak olduğundan, devlet diplomatik koruma sağlama zorunluluğu altında bulunmamaktadır.

²²⁰ FOX, International Law and Restraints (2010), s.343

²²¹ SHAW, International Law (2008), 179-180

²²² FOX, International Law and Restraints (2010), s. 369

veya barışa karar verme, uluslararası antlaşma yapma²²³, bir ülke parçasını devretme, dış politikaya ilişkin işlemler, ulusal savunma gibi egemenlik gücünü kullandığı işlemlere ilişkin yargı yetkisini kullanmayı reddetmesi²²⁴ şeklinde uygulama alanı bulmaktadır. Ancak bu doktrinin kapsamının belirsiz olduğunu de zikretmek gerekir.²²⁵ Bu prensip ABD’de uygulanan Act of State’e benzer bir yaklaşımı içermektedir.

Buttes Gas and Oil and Company v. Hammer davasında²²⁶ Lord Wilberforce bu doktrinin İngiliz hukuku bakımında sınırlarını şu şekilde çizmiştir:

“...İngiliz hukukunda mahkemelerin yabancı egemen devletlerin işlemleri üzerinde yargılama yapamayacakları konusunda daha genel bir prensibin mevcut olup olmadığı asıl sorundur. Bu nedenle ben terminolojik değerlendirmeden kaçınmayı tercih ediyorum, bu prensibi, eğer varsa, “act of state”in bir çeşidi olarak değil, hukuki engel veya yokluk olarak değerlendirmeyi daha cazip buluyorum.”²²⁷

Bu davada Mahkeme, eğer yargılama sürecine devam edilirse, devletin egemenliğinin olduğu bir alanda ülkesel suların genişliği, devletler arasındaki kıta sahanlığı sınırı ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkacak bir takım sorulara cevap aramak ve uluslararası hukuka aykırılığı tespit etmek durumunda kalacağını bildirmiştir.²²⁸ Ancak Mahkeme, bu tür konuların bir yerel mahkeme tarafından değerlendirilebilecek meseleler olmadığını ifade ederek kendisini böyle davranmaktan alıkoymuştur.²²⁹

Yargılanamazlık, İngiliz geleneğinde anlaşıldığı şekliyle yerel mahkemelerin belli konuları incelemesine engel olan ve iç hukuktan kaynaklanan bir prensip olarak

²²³ Bunun yanında yine bir uluslararası antlaşmayı ihlal etmek de yabancı bir yerel mahkemenin değerlendirebileceği bir durum değildir. Bkz.

²²⁴ **SHAW**, International Law (2008), s. 181

²²⁵ **FOX**, International Law and Restraints (2010), s. 368

²²⁶ *Buttes Gas and Oil and Company v. Hammer*, [1982] AC 888.

²²⁷ *Buttes Gas and Oil and Company v. Hammer*, s.931

²²⁸ *Buttes Gas and Oil and Company v. Hammer*, s. 937.

²²⁹ **Cameron SIM**, Non-Justiciability in Australian Private International Law, 10 Melbourne JIL 102 (2009), s. 109-110

görülmektedir.²³⁰ Bu prensip açısından iki noktayı belirlemek gerekir: devletlerarası çözülebilecek seviyedeki meseleler ile yargısal düzeyde çözümlenebilecek meseleler.²³¹ Bunlardan ilkinde giren konular, aynı zamanda yargılanamazlık prensibinin de temelini teşkil etmektedir. Ulusal sistemlerde kuvvetler ayrılığı prensibinden kaynaklanan ve yürütme erkinin görev alanına giren kimi meseleler mahkemeler önünde yargılanamazken yargı bağımsızlığı, esasen, daha önce de belirttiğimiz gibi, yargılanabilir konularda bir yargılama engelidir. Yargılanamazlık prensibi bir meselenin ileri sürülememesi veya sınınamaması nedeniyle yargılamaya açık bir engel iken yargı bağımsızlığı yerel mahkemelerin bir konuyu önüne alarak incelemesiyle ilgili yetkisine engel teşkil eder ancak bu engel ilgili devlet bağımsızlıktan feragat ederse ortadan kalkar. Ancak yargılanamazlık prensibi benzer bir feragat ile ortadan kalkmaz.²³² Yargılanamazlık, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, açıkça devletler arasındaki ilişkileri veya durumları ilgilendiren ve yargı yolları dışında halledilmesi gereken meselelere ilişkin bağımsızlık her zaman devletler arasındaki eylemlerle ilgili olmayan devlet ile özel kişiler arasındaki uyumsuzlukları da kapsar.²³³

Her ne kadar yargılanamazlık prensibi, kökeninde devletlerin egemenliklerine ilişkin temel konuların yerel mahkemelerde tartışılmayacağını barındırır da, uluslararası toplumun hukuka aykırılığı konusunda hemfikir olduğu belli faaliyetler, bu prensibin uygulanmasına istisna getirebilir. Bunu *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company and Others* davasında ortaya koyan Lordlar Kamarası, davaya konu olan uyumsuzlukta, 1990 yılındaki Irak'ın Kuveyt işgalinin hukuka uygunluğuna ilişkin fikir beyan etmek durumundaydı. Iraqi Airways Company tarafından öne sürülen yargılanamazlık prensibinin davada uygulanamayacağını bildiren Lord Nicholls, bu görüşünü BM Güvenlik Konseyi'nin söz konusu müdahalenin uluslararası hukukun

²³⁰ Örneğin Lord Oliver, *J H Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* davasında, devletler arasındaki işlemlere ilişkin konuların yerel mahkemelerin değerlendirmeye yetkili olmadıkları türden meseleler olmadığını ifade etmiştir. *J H Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, s. 519

²³¹ *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company and Others* [2002] 2 A.C. 883, s. 69 para.319

²³² *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte* (No. 1) [1998] 1 AC 61, s.90 (Lord Lloyd) (Kısaca Pinochet (1) [1998])

²³³ Bkz. **SHAW**, *International Law* (2008), s. 180

temel önemi haiz kurallarına aykırılık teşkil ettiğine yönelik tespitine dayandırmıştır.²³⁴

Savaş ve savaş sırasında işlenen suçlar açısından ilginç bir yaklaşımı burada zikretmek uygun olacaktır. Devletlerin ağır insan hakları ihlallerinde bağışıklıktan yararlanamayacağını açıkça savunanlardan bazıları, savaş hukukunun ihlaline ilişkin davalarda buna bir istisna olması zorunluluğuna işaret etmektedirler.²³⁵ Bunu dile getirirlerken de ilginç biçimde bu konuda değerlendirmeyi reddettikleri yargılanamazlık prensibiyle aynı mantığı ileri sürmektedirler.²³⁶ Örneğin Bröhmer, bağışıklığın kapsadığı ve kapsamadığı eylemler açısından söz konusu insan hakları ihlallerinin temelleri ve nicel etkilerine bakılarak bir ayrıma gidilmesi gerektiğini söylemektedir. Yazar devletin yargı bağışıklığı açısından savaş sırasında işlenen insan hakları ihlallerinden yola çıkarak “Dresden’in bombalanması veya Hiroşima ve Nagazaki’de kullanılan atom bombaları uluslararası hukuk ihlaline yol açar mı?” sorusunun ardından bunların yerel bir mahkeme tarafından cevaplandırılabilir sorular olup olmadığını sorgulamıştır. Bu sorulara verdiği yanıt, esasen yargılanamazlık prensibinin temelinde yatan anlayışla eşitir: “*Cevap ancak ‘hayır’ olabilir ve yerel mahkemeleri bu tür sorular hakkında karar vermeye kalkışmaktan bile alıkoyan [şey] bağışıklık ayrıcalığıdır.*”²³⁷ Ancak bu açıdan kanaatimizce her ne kadar yargılanamazlık prensibiyle temelde aynı mantık yürütülmüş olsa da yargı bağışıklığının egemenlik tasarrufuna ilişkin işlemler konusunda tanınması yönünden de konuya yaklaşmak benzer bir yaklaşımı, üstelik de uluslararası hukuk açısından geçerli bir kural olan yargı bağışıklığı cephesinden ortaya koymak olacaktır. Zira temeldeki “yargılanamazlık” a rağmen yargı bağışıklığının bir uluslararası hukuk prensibi, yargılanamazlığın ise Anglo-amerikan hukuk sisteminde benimsenmiş ve

²³⁴ Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company and Others [2002], s. 149 para.20 (Lord Nicholls)

²³⁵ **Andrea GATTINI**, To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages?, 1 JICJ 348 (2003), s.364 (Kısaca GATTINI, To What Extent)

²³⁶ İbid.

²³⁷ Bkz. **BRÖHMER**, State Immunity, s. 207

esasen iç hukukun bir parçası olarak ortaya çıkan bir prensip olduğu unutulmamalıdır.²³⁸

1.6.3. Hükümet Tasarrufları (Act of State) doktrini

Devletler kural olarak, uluslararası hukukun öngördüğü bazı istisnalar dışında ülkeleri üzerindeki kişi ve eşyalar üzerinde tam ve münhasıran yetkilidir. Böylece bir devletin kendi ülkesinde gerçekleştirdiği işlemlerin geçerliliği başka devlet mahkemelerince tartışılmaksızın tanınır.²³⁹ Sözü edilen sistemde yabancı devletin kendi ülkesinde gerçekleştirdiği işlemlerin tamamı geçerli addedilmekte ve bu konu o devletin kendi hukuk düzenine aykırı olsa dahi tartışılmaksızın kabul edilmektedir. Act of State Doktrini olarak adlandırılan bu doktrin, yargı bağımsızlığına benzer biçimde işlem görmektedir²⁴⁰ ve temelde devletlerin egemen ve eşit olmalarına dayandırılmıştır.²⁴¹ VAN PANHUYS Act of State doktrinini bir mahkemenin kendisini, davanın özel kişiler olan taraflarınca talep edilse dahi, bir devletin işlemlerinin yasallığını tespit etmeye yetkisi olmadığını ilan etmesi olarak açıklamaktadır.²⁴²

Her ne kadar Act of State doktrini yargı bağımsızlığı ve dava edilmezlik (non-justiciability) doktrini ile ilişkilendiriliyor olsa da, bu doktrin sınırları belirgin

²³⁸ Diğer yandan savaşta işlenen ağır insan hakları ihlalleri bakımında devletin yargı bağımsızlığı meselesi, konumuzun dışında bıraktığımız bir mesele olduğundan, bu konuda süregiden tartışmalar için bkz. **BRÖHMER**, State Immunity.

²³⁹ **GÜNDÜZ**, Yargı Bağımsızlığı, s.34

²⁴⁰ **AKEHURST**, Act of State doktrininin mantıksal dayanağının devletin yargı bağımsızlığı olduğunu belirtirken ikisinin ayrı kurumlar olduğuna da işaret etmektedir. Bkz. **Michael AKEHURST**, Jurisdiction in International Law, 46 BYIL 145 (1972-1973) s.245 (Kısaca **AKEHURST**, Jurisdiction). Act of State Doktrininin kökenlerine ilişkin karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. **Matthew ALDERTON**, The Act Of State Doctrine: Questions Of Validity And Abstention From Underhill To Habib, 12 Melbourne JIL 1 (2011) (Kısaca **ALDERTON**, The Act of State Doctrine)

²⁴¹ **GÜNDÜZ**, Yargı Bağımsızlığı, s.35 vd. Act of State Doktrininin kökenlerine ilişkin karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. **ALDERTON**, The Act of State Doctrine, s.3

²⁴² **Van PANHUYS**, In The Borderland, s. 1194. Shearer ise daha geniş bir tanımlama yaparak, bir mahkemenin başka bir egemen devletin veya onun görevlilerinin işlemlerinin yasallığını veya geçerliliğini sorgulamaya yetkili olmadığını ve bu tür bir sorunun diplomatik yollarla çözümlenmesi gerektiğini söylemektedir. Bkz. **SHEARER**, Starke's International Law (11. Ed., 1994), s.100 (aktaran) **J. Craig BARKER**, State Immunity, Diplomatic Immunity And Act Of State: A Triple Protection Against Legal Action?, 47 ICLQ. 950 (1998), s. 957 (Kısaca **BARKER**, State Immunity)

değildir. Kıta Avrupası ülkeleri bu meseleye yasa çatışması olarak bakmakta iken²⁴³ Anglo Sakson sistemini benimsemiş ülkelerde bu durum yabancı devletin işlemi olarak ele alınmaktadır.²⁴⁴ Burada devletin işleminden veya eyleminden bahsederken iki hususu birbirinden ayırmak gerekmektedir. Devletin eylemi anlamına gelen “*act of state*” bir taraftan devletin kendisinin veya mallarının yabancı bir devletin yasal sürecinden bağımsızlığa sahip olacağı “*acts of state*” anlamındaki hükümet işlemleri, eylemleri vb iken, diğer anlamda bir devletin mevzuatı gibi işlemlerinin başka bir devletin yargı merciilerinde incelemeye tabi olmaması, sorgulanamaması olarak tanımlanmakta²⁴⁵ ve bu “Act of State” doktrini çerçevesinde ele alınmaktadır.

Act of State doktrininin klasik tanımını Başhakim Fuller *Underhill – Hernandez* davasında şu şekilde ortaya koymuştur:

*“Her egemen devlet diğer egemen devletin bağımsızlığına saygı göstermekle bağlıdır ve bir ülkenin mahkemesi bir başkasının hükümetinin kendi ülkesinde gerçekleştirdiği eylemleri hakkında yargılama yapamaz. Bu tür işlemler nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü egemen güçlerin kendi aralarında anlaşmaları ile sağlanabilir. Bir ülkenin mahkemeleri, başka bir ülkenin hükümetinin kendi ülkesel yetkileri içinde yaptığı işlemler için yargılama yapamaz.”*²⁴⁶

Bu doktrinin Anglo-Amerikan hukuku kökenli²⁴⁷ ve devletin yargı bağımsızlığına yakın ancak ona ayrı bir doktrin olduğu söylenmelidir.²⁴⁸ Anglo-Amerikan

²⁴³ **Louis HENKIN**, Act of State Today: Recollections in Tranquility, 6 Colum. JTL 175 (1967), s.175; **GÜNDÜZ**, Yargı Bağımsızlığı, s.38 **GÜNDÜZ**, Act of State doktrininin, devletin kendi ülkesinde yaptığı işlemlerin tanınmasının bir yönü olduğunu ifade etmektedir. İbid, s.37

²⁴⁴ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* davasından ABD Yüksek Mahkemesi Act of State doktrininin uluslararası hukukun bir kuralı olmadığı ve iç hukukta kuvvetler ayrılığıyla ilgili bir kurum olduğunu ifade etmiştir. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 US 398 (1964), 427–8.

²⁴⁵ **FOX**, International Law and Restraints (2010), s. 343

²⁴⁶ *Underhill v. Hernandez*, 168 US 250 (1897), s.252. Bu kararı izleyen iki davayla birlikte Amerika’da Act of State Doktrini uygulaması hız kazanmıştır. Bunlar 1918 tarihli *Oetjen v. Central Leather Co* (246 US 297) ve *Ricaud v. American Metal Company Limited* (246 US 304) kararlarıdır. Kararlarda devletlerin kendi ülkelerinde gerçekleştirdikleri eylemlerin yasallığının yabancı bir devlet mahkemesi tarafından değerlendirilemeyeceği vurgulanmaktadır.

İngiltere’de ise 1921 tarihli *Luther v. Sagor & Co* (3 KB 532) ve 1929 tarihli *Princess Paley Olga v. Weisz* (1 KB 718) kararlarında benzer tespitlerle Act of State Doktrini uygulanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Yukos Capital Sarl v OJSC Rosneft Oil Co*, [2012] EWCA Civ 855, para. 42

²⁴⁷ **Bruno ZEHNDER**, Immunität von Staatsoberhäuptern und der Schutz elementarerer Menschenrechte- der Fall Pinochet, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, s. 59. (Kısaca ZEHNDER, Der Fall Pinochet) Act of State doktrini Anglo-Amerikan hukuk sisteminin bir özelliği

Sistemi'ndeki, bir devletin davanın tarafı olmasa dahi, eylemlerinin yasallığının mahkemeler tarafından sorgulanamayacağı kuralının uluslararası hukukta karşılığı yoktur.²⁴⁹ Bir Hollanda Mahkemesi Frans van Aaraat isimli bir işadamı hakkında Irak Devleti'ne, *inter alia*, kimyasal silah yapımı için sinir gazı ve diğer gereçleri temin ettiğinden soykırımın planlanması ve savaş hukuku ve uygulamasının ihlali nedeniyle açılan davada “*Her ne kadar Mahkeme için söz konusu suçların failleri olarak suçlanan kişiler hakkında bir karar vermek kaçınılmaz olsa da, bu yargı yetkisinin bir uygulaması olarak değerlendirilemez; çünkü bu, o kişilere mahkumiyet veya zorlayıcı tedbirler uygulamaya yol açamaz*” demiştir.²⁵⁰ Mahkeme bu yüzden *Act of State* doktrinini uygulamayı reddederek, yargılama yetkisinin kullanılmasının yabancı devlete karşı zorlayıcı tedbirler uygulanmasına neden olup olmayacağı sorusuna bağlı olarak devletin yargı bağımsızlığı hukukunu kullanmıştır. Çünkü Mahkeme *Act of State* doktrinini uygulamaya kalksaydı, davanın esasına girip eylemlerin niteliğini sorgulamak durumunda kalacaktı.²⁵¹

Act of State doktrini yargı bağımsızlığı doktrininden 4 bakımdan ayrılmaktadır. Bunlar şöyle sıralanabilir:

- Doktrinlerin temel aldıkları konu açısından yargı bağımsızlığı prensibi, bağımsızlığa sahip kişinin sıfatını ve hukuk kişiliğini temel alırken *Act of State* doktrini işlemin kendisini esas alır.²⁵² Başka bir deyişle, *Act of State* doktrini

olarak kabul edilse de, Kıta Avrupası sisteminde de benzer yaklaşımların benimsenmiş olduğu öne sürülmektedir. Bkz. **BRÖHMER**, *State Immunity*, s.42

²⁴⁸ Yargı bağımsızlığı prensibi ile *Act of State* doktrini birbirinden ayrı kurumlar olmalarına rağmen örneğin *Pinochet (No.1)* davasında bağımsızlığın etkisinin varlığı gibi *Act of State* doktrininin uygulanabilirliği de tartışılmıştır. Bkz. *Pinochet (1)* [1998], 84-86 (Lord Slynn); s.90 ve 94 (Lord Lloyd); s. 105 vd. (Lord Nicholls); s. 112 ve 116-117 (Lord Steynn)

²⁴⁹ **Rosanne Van ALEBEEK**, *National Courts, International Crimes and The Functional Immunity Of State Officials*, 59 NILR 5 (2012), s. 36 (Kısaca Van ALEBEEK, *National Courts*)

²⁵⁰ *Van Anraat case*, LJN: AX6406, District Court of The Hague, 23 December 2005, no. 09/751003-04, para. 4.2,

http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=kenmerken&vrije_tekst=AX6406. Mahkeme yargılama sonunda Aaraat'ı savaş suçlarına yardım ve yataklıktan dolayı 15 yıl hapse mahkum etmiştir. Davayla ilgili değerlendirme için bkz. **Harmen G. van der WILT**, *Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the van Anraat Case*, 4 JICJ 239 (2006). Ayrıca bkz. **Ward FERDINANDUSSE**, *Prosecution of Grave Breaches in National Courts*, 7 JICJ 723 (2009), s. 735-736; **Elies Van SLIEDREGT**, *International Crimes before Dutch Courts: Recent Developments* 20 LJIL 895 (2007), s.907

²⁵¹ **Van ALEBEEK**, *National Courts*, s.36

²⁵² **GÜNDÜZ**, *Yargı Bağımsızlığı*. S.37

ratione materiae ile ilgilenir.²⁵³ Böylece yargı bağısıklığı prensibinde dava tarafı kişilerden biri mutlaka devlet veya onun görevlisi olmalıyken Act of State doktrininin uygulanacağı bir davada, davanın tarafı iki özel kişi olabilir ancak doktrinin uygulanması için davaya konu olan olayın, eylemin veya işlemin bir devlete atfedilebilir bir tasarruf olması gerekmektedir.

- Doktrinlerin uygulanmasına konu olan işlemlerin gerçekleştiği yer açısından Act of State doktrininin uygulanması, işlemin yabancı bir devletin kendi ülkesinde gerçekleştirdiği bir işlem olması dolayısıyla söz konusu olmakta iken devletin yargı bağısıklığının uygulandığı alan, bir devletin ülkesi ile sınırlandırılmamıştır; devletin ülkesi dışında gerçekleştirdiği eylemleri de kapsar.
- Yargı bağısıklığı prensibi, davaya konu olan işlemin niteliğinin sorgulanması ve bu amaçla yabancı devletin yargı yetkisini kullanması açısından davanın görülmesine bir engel teşkil eder. Oysa Act of State doktrini bir dava engeli değildir; davanın esasına ilişkin savunmadır.²⁵⁴ Bu sayede yabancı bir devletin kendi ülkesinde gerçekleştirdiği eylemlerin örneğin Amerikan Mahkemeleri'nde sorgulanması açısından bağısıklığa alternatif bir yol olarak görülmektedir.²⁵⁵
- Doktrinlerin kaynağı olan hukuk düzenleri bakımında yargı bağısıklığı prensibi uluslararası hukukun bir parçası iken Act of State doktrini iç hukukun bir düzenlemesidir. Act of State doktrini yürütme ile yargı organları arasındaki işlev farklılıklarıyla ilgili olup bir anayasal kural niteliğindedir.²⁵⁶

²⁵³ Van PANHUYS, In The Borderland, s. 1212

²⁵⁴ *Samantar v. Yousuf* [2010]. Ayrıca bkz. International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organisation of Petroleum Exporting Countries, 649 F.2d 1354 (1981), 1359 (*Egemen bağısıklık doktrini, yabancı devletlerin egemenliklerine saygı zorunluluğunu yansıttığı için act of state doktriniyle benzerdir. .. Egemen bağısıklık hukuku mahkemelerin yetkisine uzanmaktadır. Act of state doktrini yargı yetkisine ilişkin değildir. ... Daha ziyade hassas alanlardaki davaları engellemek için tasarlanmış usuli bir doktrindir. Egemen bağısıklık Amerika'nın yasayla tanıdığı bir uluslararası hukuk kuralıdır. Egemen bağısıklığı iddia edebilecek kişi davalı olan devletlerin kendileridir.*)

²⁵⁵ United States Congressional Research Service, *Samantar v. Yousef: The Foreign Sovereign Immunities Act and Foreign Officials*, 24 August 2010, R41379, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cb42d112.html> , s.1

²⁵⁶ BRÖHMER, State Immunity, s.39

Devletin yargı bağısıklığı yargılama (usul) hukuku meselesi²⁵⁷ iken Act of State doktrini maddi hukukun bir parçasıdır. Ancak her zaman hangi prensibin uygulandığı kolay bir biçimde tanımlanamayabilmektedir.²⁵⁸ Diğer yandan Act of State doktrininin 1964 yılında ABD tarafından verilen *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* kararı²⁵⁹ ile dikkate değer bir şekilde önem kazanmasının²⁶⁰ temel nedeni devletin yargı bağısıklığı ile aynıdır: uluslararası alanda ticari faaliyetlerin giderek artması.²⁶¹ Bununla birlikte kamulaştırma meseleleri de Act of State doktrininin esas uygulama alanlarındandır.²⁶²

²⁵⁷ UAD da, kişisel bağısıklıklara ilişkin *Arrest Warrant* kararına da gönderme yaparak, bağısıklık hukukunun esasen usuli nitelikte olduğunu belirtmektedir. **Jurisdictional Immunities of the State** (Germany v. Italy; Greece intervening), (Devletin Yargısal Bağısıklıkları (Almanya v. Belçika; Yunanistan müdahil), (**kısaca Jurisdictional Immunities [2012]**) ICJ Reports, Judgment of 3 February 2012, para. 58. Divan burada bağısıklıkların tümünü bağısıklık hukuku olarak birlikte değerlendirir görünmektedir. Bu varsayımda, ileride de açıkladığımız gibi, biz bu görüşe işlevsel bağısıklıklar açısından katılmıyoruz. Devletin yargı bağısıklığı ve kişisel bağısıklık bir yargılama engeli yani usuli bir engel olarak görülebilecekken işlevsel bağısıklıklar davanın esasına ilişkin bir savunma teşkil etmektedir.

²⁵⁸ Özellikle *ratione materiae* bağısıklığın da esasa ilişkin bir savunmayı gerektirdiği dikkate alındığında bu husus daha da öne çıkmaktadır. İşlevsel bağısıklığın uygulanması durumunda gerçekleştirilen eylemle ilgili olan yabancı devletin, tanınan bağısıklıktan feragat etme hakkına sahip olmasıyla Act of State doktrini uygulandığında prensip olarak yabancı devletin böyle bir hakkı olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Ilias BANKETAS / Susan NASH**, International Criminal Law, Routledge-Cavendish Publications, 3. Ed., 2007, s.102

²⁵⁹ Karara konu olan olayda 1960 yılında ABD Kongresi'nin 1948 Şeker Yasası'nı değiştirerek Küba tarafından ihraç edilen şeker kotasını azaltması üzerine Küba, ABD vatandaşlarının Küba'daki mallarına kamulaştırma yoluyla el koymuştur. Kamulaştırılıp el koyulan şirketler arasında CAV adında tamamı ABD vatandaşlarına ait bir şeker fabrikası da bulunmaktadır. Kamulaştırma sonrasında, daha önce CAV ile şeker alımı üzerine sözleşme yapmış olan New York'lu komisyoncu ile yeni bir komisyon sözleşmesi yapılmış ve sözleşmenin gereğinin yapılması için Banco Exterior görevlendirilmiştir. Bir gemiye yüklenen şekerler Kazablanka'daki alıcıya teslim edilmiş ve şekerlerin bedeli de alıcı tarafından Komisyoncu'ya ödenmiştir. Ne var ki bu sırada alınan bir yerel mahkeme kararı uyarınca şekerin bedelinin Banco Exterior yerine CAV şirketinin alacakları için geçici alıcı olarak tayin edilen Sabbatino'ya teslim edilmesi öngörülmüştür. Bu kararın gerekçesine göre şekerin asıl maliki CAV'dır ve yapılan kamulaştırma işlemi kamu yararı için değil misilleme amacıyla yapıldığından işlem uluslararası hukuka aykırı kabul edilmiş ve Act of State Doktrini uygulanmamıştır. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, s.398-407 Bu karar onayan İstinaf Mahkemesi'nin ardından Yüksek Mahkeme, söz konusu işlemin Küba'nın, egemen ve ABD tarafından tanınan bir devlet olarak işlemlerinin geçerliliğinin ABD Mahkemeleri tarafından hukuka uygunluk denetiminden geçirelemeyeceğini belirterek davada Act of State doktrininin uygulanması gerektiği gerekçesiyle her iki mahkemenin de kararını bozmuştur. *ibid*, s. 438-439

²⁶⁰ Aslında İngiliz Mahkemeleri'nin Act of State Doktrini uygulamalarının izinin 1674 *Blad v. Bamfield* (3 Swans 605) ve 1848 *Duke of Brunswick v. Hanover* (2 HL Cas 1) kararlarına kadar sürüldüğü ileri sürülmektedir. Bkz. *Yukos Capital Sarl v OJSC Rosneft Oil Co*, 2012 WL 2191505, para 40 vd. Bununla birlikte İngiliz uygulamasında Act of State'ten daha ziyade yargılamazlık prensibinin uygulandığını söyleyebiliriz.

²⁶¹ **BRÖHMER**, State Immunity, s.42

²⁶² **ZEHNDER**, Der Fall Pinochet, s. 60; **FOX**, International Law and Restraints (2010), s. 367

2. DEVLET GÖREVLİSİ KAVRAMI

Uluslararası yapılageliş hukukunda “devlet görevlisi”ne ilişkin kesin bir tanım bulunmamakla birlikte²⁶³ bir tanıma göre yabancı bir devletin görevlisi olan kişi kabul eden devlette ya, kendi hukukuna göre, yasal otorite tarafından kendi resmi temsilcisi olarak hareket etme yetkisi verilen (bir devlet başkanı, bir hükümet başkanı veya bir dışişleri bakanı) ve gönderen devlet tarafından kendi temsilcisi sıfatıyla hareket etmek üzere yetkilendirilen (diplomatik temsilci veya özel misyonun bir diplomatik üyesi) ya da kendisi adına resmi olarak hareket eden (konsüler temsilci, bir uluslararası örgütün daimi temsilciliğindeki bir diplomatik üye veya bir uluslararası konferansın heyetine mensup diplomatik üye) kimsedir.²⁶⁴ PRZETACZNIK, yabancı bir devlette faaliyet gösteren devlet görevlilerinin diplomatik ajanlar, özel heyetin diplomatik üyeleri, uluslararası örgütlerdeki daimi temsilciliklerde görev alan diplomatik temsilciler, konsolosluk görevlileri ve uluslararası konferanslarda diplomatik sıfatla görev alan delegasyon üyeleri olduğunu ifade etmektedir.²⁶⁵

Devletin üst düzey görevlileri kavramından ise ne anlaşılması gerektiği çok kolay tanımlanabilecek bir şey değildir. Çünkü “görevli” kavramı bir devletin hem “siyasi” memurlarını hem de siyasi olmayan sivil memurlarını içine almaktadır.²⁶⁶ Uluslararası Adalet Divanı “üst düzey makam sahipleri” terimini kullanırken bazı antlaşmalarda “üst düzey” kişilere atıf yapılmaktadır. Bu kişiler açısından UAD

²⁶³ International Law Commission, Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, **Memorandum by the Secretariat**, 31 March 2008, A/CN.4/596, (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd597d.html>), s. 9 (Kısaca Memorandum by the Secretariat, Immunity of State Officials (2008))

²⁶⁴ Yazar ayrıca bu kişilerin ya devleti temsilen ya devlet adına işlemlerde bulunmak üzere veya her ikisi için de yabancı bir devlette bulunduğunu da eklemektedir. **PRZETACZNIK**, Protection of Officials, s. 15. Ayrıca bkz. **Franciszek PRZETACZNIK**, “Basic Principles of International Law concerning the Protection of the Officials of Foreign States”, paper delivered at the thirty-first annual convention of the International Study Association in Washington, D.C., on 11 April 1990, s. 52 (aktaran) **KOLODKIN**, Preliminary Report, s. 55

²⁶⁵ **Franciszek PRZETACZNIK**, Convention On The Special Protection Of Officials Of Foreign States And International Organizations, 9 RBDI 455 (1973), s.458

²⁶⁶ Kamu görevlisi ile benzer kavramlara ilişkin karşılaştırmalı ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuz SANCAKDAR**, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yay. 2001, özellikle s. 29-117

kararlarına baktığımızda en açık örnekler Dışişleri Bakanı²⁶⁷, Savunma Bakanı²⁶⁸ ve Adalet Bakanı²⁶⁹ olarak görünmektedir.²⁷⁰ *Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*'nin²⁷¹ 4. maddesi cezai açıdan sorumlu olabilecek kişilerin içinde “*anayasaya göre yetkili yöneticiler, kamu görevlileri*”ne de yer vermiştir.²⁷² Bundan başka, *Diplomatik Temsilciler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*'nin²⁷³ 1. maddesi uluslararası korunan kişileri devlet başkanı, hükümet başkanı ya da dışişleri bakanı ve devletin uluslararası hukuka uygun olarak kişiliğine, özgürlüğüne veya itibarına karşı yapılacak her türlü saldırıdan korunmayı hak eden herhangi bir temsilcisi veya görevlisi olarak tanımlamıştır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, *Nürnberg Mahkemesi Sözleşmesi'nde ve Mahkemenin Kararında Tanınan Uluslararası Hukukun İlkeleri*'ni hazırlarken, İlke III' ün metnini Nürnberg Sözleşmesi'nin 7. maddesindeki dile uygun hale getirmiştir.²⁷⁴ Burada tercih edilen “sorumlu görevli” tabirinden üst kademedede ve “asıl sorumluluğu” olanlar anlaşılmalı beraber, üstün emirleriyle ilgili olarak İlke IV'te değinilenlerin daha az sorumluluğu mevcuttur.²⁷⁵ Ayrıca sorumlu görevli

²⁶⁷ *Arrest Warrant* [2002], para. 51

²⁶⁸ *Nuclear Tests* (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, s. 253, para. 40–41

²⁶⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application : 2002)(Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, para. 48

²⁷⁰ **Arthur WATTS**, Heads of State, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008- (online edition), para 2 (Kısaca **WATTS**, MPEPIL). Bu bakanlıkların görev alanları veya kendilerine verilen yetkiler devletten devlete değişebilmekle birlikte bu konu esasen o devletin iç hukukunun bir parçası olarak düzenlenmektedir. Diğer devletler açısından bir kişinin devletin hükümetinin bir üyesi olarak kabul edilip edilmemesi, o hükümetin tanınmasıyla ilgilidir.

²⁷¹ 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), 9 Aralık 1948, yürürlük tarihi: 12.Ocak 1951, 78 UNTS 277

²⁷² Soykırım Sözleşmesi'nin 4. maddesi şu şekildedir: “*Soykırım suçunu veya üçüncü maddede gösterilen fiillerden birini işleyenler, anayasaya göre yetkili yöneticiler veya kamu görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırılır.*”

²⁷³ 1973 Diplomatik Temsilciler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents) 14 Aralık 1973, yürürlük tarihi 20 Şubat 1977, 1035 UNTS 163)

²⁷⁴ **Memorandum by the Secretariat**, Immunity of State Officials (2008), s

²⁷⁵ Nürnberg Mahkemesi Sözleşmesi'nde ve Mahkemenin Kararında Tanınan Uluslararası Hukukun İlkeleri (Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal) Yearbook of the International Law Commission, 1950, V.II, para. 97 İlkelerden III ve IV nolu İlkeler şöyledir:

İlke III

olarak bahsedilen kişi bağlamında “kamu görevlisi” terimi de kendi devletinin hükümetine bağlı olan görevlidir. Bu doğrultuda İlke III’te “sorumlu hükümet görevlisi” ifadesi yer almaktadır.

“Devlet görevlisi” kavramı modern uluslararası hukukta daha çok devletlerin liderleri veya temsilcilerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır.²⁷⁶ Uluslararası Ceza Divanı’nı kuran Roma Statüsü’nün 27. Maddesi devlet görevlilerinin resmi statüsünün yargı yetkisine engel teşkil edemeyeceğini bildirirken bu konuda geniş bir görevli sınıfının zikredildiği gözlenmektedir.²⁷⁷ Her ne kadar Roma Statüsü’nün 27/1 maddesi devlet görevlisi kavramını tanımlamasa da kimlerin devlet görevlisi olarak kabul edileceğine ilişkin bir sınıflandırmaya yer vermektedir. Buna göre devlet başkanları, hükümet başkanları, hükümet veya parlamento üyeleri, seçilmiş temsilciler veya diğer hükümet görevlileri adı geçen maddede zikredilen kişileri oluşturmaktadır. Statü’nün böyle bir sınıflandırmaya girmesi aslında mantıklıdır. Zira UCM’nin yargı yetkisine giren suçlar düşünüldüğünde, bunların alelade bireyler tarafından işlenemeyecek suçlar olduğunu söylemek mümkündür. Başka bir deyişle, uluslararası suçların devletin üst düzey görevlilerinin bilgi, rıza, emir veya göz yumması dışında işlenmesi mümkün gözükmemektedir.

İleride daha detaylı incelendiği üzere devlet görevlilerinin bağışıklığı açısından kişisel (*ratione personae*) ve işlevsel (*ratione materiae*) olmak ikili bir ayırım yapılmaktadır. Teorik olarak işlevsel bağışıklığa sahip olan devlet görevlileri oldukça geniş bir görevli grubunu kapsarken -hatta devlet adına hareket eden tüm görevlileri kapsarken²⁷⁸ kişisel bağışıklık, oldukça sınırlı sayıda devlet görevlisini içermektedir.

Uluslararası hukuk suçu teşkil edecek bir harekette bulunan bir kimsenin devlet başkanı veya sorumlu hükümet görevlisi sıfatıyla hareket etmiş olması, onu uluslararası hukuka göre sorumluluktan kurtarmaz.

İlke IV

Bir kimsenin Hükümetinin veya üstünün verdiği emre istinaden hareket ediyor olması, ahlaki bir seçim kendisi için gerçekten olanaklı ise, onu uluslararası hukuka göre sorumluluktan kurtarmaz.

²⁷⁶ **Chacha MURUNGU**, Immunity of State Officials and the Prosecution of International Crimes, (ed.) Chacha Murungu & Japhet Biegon, Prosecuting International Crimes in Africa, Pretoria University Law Press 2011, s.34

²⁷⁷ m. 27’ye göre “resmi sifata dayanan herhangi bir ayırım yapmadan, herkese eşit şekilde uygulanır. Özellikle devlet veya hükümet başkanı, bir hükümetin veya parlamentonun üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet görevlisi olarak resmi sıfat hiçbir şekilde bu Statü’ye göre cezai sorumluluktan muaf tutmaz veya kendisi cezanın indirilmesi için bir neden teşkil etmez.”

²⁷⁸ **CRYER et.al**, An Introduction (2010), s553.

Uluslararası açıdan hukuka aykırı eylemlerden dolayı devletlerin sorumluluğu hukuku, konu yönünden çok daha fazla görevli grubunu kapsama dahil etmektedir. Devletin herhangi bir organının davranışı uluslararası hukuka göre söz konusu organın yasama, yürütme, yargı veya diğer başka faaliyetleri yürütüyor olmasına, devletin teşkilatlanmasında hangi konumda bulunduğu ve merkezi hükümetin ya da devletin bölgesel bir biriminin organı olma niteliğine bakılmaksızın, o devletin hareketi olarak addedilmektedir.²⁷⁹ Uluslararası Adalet Divanı *İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü'nün Yasal Süreçten Bağımsızlığına İlişkin İhtilaf* hakkındaki tavsiye kararında²⁸⁰ devletin herhangi bir organının tutumunun o devletin hareketi gibi görüleceğiyle ilgili yerleşik kuralın yapılageliş niteliğini teyit etmiştir.²⁸¹ Bir idari birimi, devletin iç hukuku uyarınca bir konuma sahip olan kişi veya kurumlar oluşturduğundan beri, “devlet görevlisi” kavramı, devletin sorumluluğu bakımından, sadece devletin resmi bir organını oluşturanlar açısından değil, aynı zamanda resmi merciide işleri yürüten kişi ve kuruluşlar yönünden de etkili biçimde kabul edilecektir. Terim ayrıca adeta devletin emrinde hareket eden ya da devletin yönlendirmesinde veya kontrolünde olan kişi veya kişi gruplarını ya da

²⁷⁹ Bkz. Uluslararası Açıdan Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Taslak Maddeleri (Responsibility Of States For Internationally Wrongful Acts) m 4/1, Yearbook of International Law Commission 2001, V. II Part 2, para. 76; ayrıca bkz. **Hakan Hakkı ERKİNER**, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu, XII Levha Yay. 2010, s.118 vd (Kısaca ERKİNER, Devletin Sorumluluğu); **UZUN**, Devletin Sorumluluğu, s.53 vd.

²⁸⁰ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1999, s. 62, <http://www.icj-cij.org/doctet/files/100/7619.pdf>

²⁸¹ *İbid.*, para. 62. Söz konusu karar, 13.02.1947 tarihli *Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalıkları ve Bağımsızlıklarına İlişkin Antlaşma*'nın 30. Bölümü'ndeki “bağlayıcı” nitelikte tavsiye kararı verme yetkisinin kullanılmasının talep edildiği ilk örnek olduğu için ayrıca önemlidir. Karara konu olay, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun Yargıçlar ve Avukatlar Bağımsızlık Hareketi'ndeki Özel Raportörü olarak görevlendirilen Malezya vatandaşı avukat Dato' Param Cumaraswamy'nin görevi sırasında bir dergiye verdiği röportajında söylediği sözlerden dolayı Malezya'da kendisi aleyhine açılan hukuk davalarından bağımsız olması talebiyle ilgilidir. BM Genel Sekreteri ve BM üyesi birçok devletin, söylenen sözün bağımsızlığı gerektirecek bir duruma ilişkin olmasıyla ilgili belirlemeyi yapma hakkının münhasıran BM Genel Sekreteri'nde olduğunu destekleyen tavırlarına rağmen Malezya bunun kendi mahkemelerine bırakılması gereken bir karar olduğunu ileri sürmekteydi. Sonuç olarak Divan, Malezya'nın Cumaraswamy'yi Malezya mahkemelerinin yol açacağı herhangi bir maddi zarara karşı koruma yükümlülüğünde olduğunu söylemiştir. Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. **Chanaka WICKREMASINGHE**, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, (ed.) Malcolm D. EVANS, 49 ICLQ 720 (2000), s. 724 vd; **Alison DUXBURY**, *Privileges and Immunities of United Nations' Experts: The Cumaraswamy Case*, 1 Asia-Pac. JHRL 88 (2000), s.88 vd; **Peter H. F. BEKKER**, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*. Advisory Opinion, 93 AJIL 913 (1999), s. 913 vd.

resmi yetkilinin yokluğu veya hazır bulunmaması durumunda resmi mercii için çalışan kişi veya kişi gruplarını da içine alabilir.²⁸²

2.1. DEVLET GÖREVLİLERİNİN AYRIMI VE ULUSLARARASI HUKUKTAKİ STATÜLERİ

Bir devlet başka devletler ile ilişkiye girerken bireyler vasıtasıyla hareket etmektedir. Bu kişiler ise devletin yönetiminde yer alan veya devlet tarafından çeşitli nedenlerle başka devletlerde görevlendirilmiş kişilerden oluşmaktadır. Devlet görevlilerinin uluslararası hukuktaki statüleri değerlendirilirken, devletini uluslararası ilişkilerin yürütülmesi alanında temsil eden görevlilerin kimler olduğu ve uluslararası hukuk açısından statülerinin neler olabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan 3lü bir ayırım benimsemek mümkün olabilir. Bunlardan ilki devletin yönetiminde yer alan görevliler, ikincisi devletini başka bir devlette temsil eden görevliler, üçüncüsü ise devlerin belli konularda temsile yetkili görevlileridir.

2.1.1. Devletin Yönetiminde Yer Alan Görevliler

Devlet başkanının ve diğer üst düzey devlet temsilcilerinin hukuki statüleri tüm dünyada sınırlı sayıda kişiyi doğrudan kapsayan, ilk bakışta birbirine oldukça yakın ve özel bir konudur.²⁸³ Bu kişilerin konuları uluslararası hukukta bazı başka alanlardaki konuları da ilgilendirir. Devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağımsızlığı açısından devlet temsilcilerinin hukuki statüsünün ortaya koyulması, konunun öncelikli meselesi olarak karşımıza çıkmıştır ve bu nedenle daha yakından bir incelemeyi değerli kılmaktadır.

Devlet Başkanı ve diğer üst düzey görevlilerin uluslararası hukuktaki statüleri sadece kuramsal düzeyde bir konu değildir. Bu konu aynı zamanda, hem uluslararası yargı organları düzeyinde hem de uluslararası hukukun izin verdiği ölçüde yabancı devletler düzeyinde uygulamayı da ilgilendirmektedir. Devletin üst düzey

²⁸²Genel olarak bkz. Uluslararası Açıdan Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'nin 4-11 maddeleri, Yearbook of International Law Commission 2001, V. II Part 2, para. 76

²⁸³ WATTS, RdC, s19

temsilcileri, devletlerinin uluslararası alandaki aktif aktörleri olarak sıkça ülke dışına seyahatlere çıkararak uluslararası ilişkilerin yürütülmesi amacıyla doğrudan girişimlerde bulunmaktadırlar. Çok taraflı veya ikili düzenli dönemsel toplantılara katılmak artık olağan bir durum haline almıştır. Örneğin Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanı'nın Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Genel Görüşme toplantılarına katılmaları uluslararası gündemlerinin düzenli bir parçasını oluşturmaktadır. Bunun gibi *ad hoc* üst düzey toplantılara katılmak da yine uluslararası ilişkilerin yürütülmesinin olağan yanıdır.²⁸⁴

Uluslararası hukukun bu kişilerin eylemlerine uyguladığı kuralları, uluslararası antlaşmaların uygulandığı sınırlı bir kapsam dışında, kolaylıkla ayırt etmek her zaman mümkün olmamaktadır.²⁸⁵ Devlet Başkanı gibi kişiler genelde ihtiyatlı davranmakta ve bir devlet başkanıyla ilgili yargısal kararlar ve devlet uygulamaları sınırlı bir sayıda kalmaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde devletin yönetiminde yer alan üst düzey görevlilerinden devlet başkanı, hükümet üyeleri ve devleti yabancı devlette temsil eden daimi ve geçici görevlilerin uluslararası hukuktaki statüleri hakkında bilgi verilmiştir. Ancak burada verilecek bilgi yalnızca kişilerin hukuki statüleri ve görev alanlarıyla sınırlandırılmış; bağışıklıklar konusundaki bilgilere gerek olmadıkça girilmemiştir. Devlet görevlilerinin bağışıklığı konusu, çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ele alınmıştır.

2.1.1.1. Devlet Başkanı

Devlet Başkanlığı, devletin ulusal ve uluslararası alanda en üst düzey organı sayılmaktadır. Bu statüye bağlı hak ve yetkiler, devlet başkanının şahsına değil devlete atfedilmiştir. Bir devlet başkanının uluslararası hukuktaki konumu devletin uluslararası hakları ve yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır.²⁸⁶ Devlet başkanı, devleti dışarıda temsil ederken, devletin varlığını benliğinde kişileştirmektedir.

²⁸⁴ WATTS, RdC, s.19

²⁸⁵ İbid.

²⁸⁶ WATTS, MPEPIL, para. 5

Eskiden bir devletle ilişki kurmak, devlet başkanlarının bir devletin etkin yönetici otoritesi olması sebebiyle, devlet başkanı ile ilişki içine girmekle eşdeğer kabul edilmekteydi.²⁸⁷

Devletlerin iç yapılanmaları ve anayasal düzenleri, kendi devlet başkanının görev ve yetkilerini düzenleme konusunda farklılık gösterebilir.²⁸⁸ Fakat iç yapılanmaları ve işlevlerinin kapsamı bir yana, devlet başkanları, egemen eşitlik prensibinin bir yansıması olarak, devletlerinin en yüksek mercii sıfatıyla uluslararası platformda eşittirler. Bu nedenle uluslararası hukuk, tüm devlet başkanlarına aynı biçimde muamele edilmesini buyurmaktadır.²⁸⁹ Devlet başkanlarının bazı özel yetki ve görevleri vardır ki bunlar doğrudan uluslararası hukuku ilgilendiren işlevlerdir. Bu işlevler, kapsam ve uygulanma biçimi devletten devlete göre farklılık gösterse de genel olarak, savaş ve barışa karar vermek, uluslararası antlaşma yapmak, diplomatik misyon üyelerini atamak ve yabancı diplomatik misyon üyelerini kabul etmek, *jus representationis omnimode* olarak sayılabilir.

Savaşa ve barışa karar vermek, birçok devlette anayasal bir güç olarak devlet başkanına verilmiş bir yetkidir.²⁹⁰ Elbette burada akla gelen soru, kuvvet kullanmanın yasaklandığı, dolayısıyla savaşın yasak olduğu bir toplumda, devlet başkanlarının savaş ilan etme yetkisinin geçerliliğini koruyan bir kavram olup olmadığıdır. Günümüzde kuvvet kullanılması yasaklandığından, bunun doğal bir sonucu olarak da savaş ilan etme yetkisinin artık geçerliliğini korumuyor olması beklenmektedir. Bu durumun uluslararası hukuk açısından meşruluğu ayrı bir

²⁸⁷ JENNINGS/WATTS (eds) 1992, s.1033

²⁸⁸ Türkiye’de devlet başkanının görev ve yetkileri ile hukuki statüsü konusunda bkz. **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK**, İdare Hukuku, DER Yay. 5. Baskı 2012, s. 257 vd.

²⁸⁹ WATTS, RdC, s.26

²⁹⁰ Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası’nın 87. ve 92. maddelerine göre bu yetki Cumhurbaşkanı’na değil Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Cumhurbaşkanı ancak “*Türkiye Büyük Millet Meclisi 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.*” (TC Anayasası m 92/2 , Kanun No.: 2709 Kabul Tarihi: 7.11.1982). Bu hüküm çerçevesinde Cumhurbaşkanı’nın görevi savaş ilan etmek olarak değil, zorunluluk halinde TSK’yı harekete geçirmek olarak algılanmalıdır.

tartışma konusu olmakla birlikte devletlerin anayasalarında yer verdikleri savaş ilan etme yetkisini nasıl yorumlayıp uygulayacaklarını belirlemeleri gerekmektedir.²⁹¹

Uluslararası antlaşma yapmak konusunda devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanları gibi herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın tam yetkilidirler. Uluslararası hukukta kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kabul edilen, devlet başkanlarının devletlerini uluslararası alanda temsil etmeye tam yetkili olduklarıdır. Bu, uluslararası hukukta öteden beri kabul edilen bir kuraldır.²⁹² Bu kural 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 7. maddesinde de açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm hem bir kimsenin Devletin temsilcisi olarak işlevlerinin kuruluşu yoluyla, örneğin “*full powers*” denilen tam yetki belgesinin yapılmasıyla; hem de ilgili kişinin temsil işlevini yerine getirirken sahip olduğu yetkinin genişliğiyle ilgilidir. Her ne kadar VAHS 46. Maddesi bir antlaşmanın, antlaşma yetkisiyle ilgili anayasal sınırlandırmaların ihlali durumunda iradenin sakatlanmış olması gerekçesiyle geçersizliğinin ileri sürülebileceğini öngörse de bir Devlet Başkanı’nın yetkisine iç hukukta açıkça bir sınırlandırmanın getirilmiş ve bunun usulüne uygun biçimde yayımlanmış olmaması durumunda, uluslararası hukukta Devlet Başkanına tanınmış yetki m. 46 bağlamında geçersiz kılınamayacaktır. Buna benzer biçimde VAHS m. 67/2 de bir Devlet Başkanı’na herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın antlaşmayı sona erdirme yetkisi vermektedir.²⁹³ Bu yetki,

²⁹¹ Monarşik sistemlerde savaş ve barış ilan etme yetkisi krala aitken, cumhuriyet sisteminde bu yetkinin 2 şekilde düzenlendiği gözlenmektedir. Bunlardan ilki paylaşımlı yetki düzenidir. Buna göre yetki devlet başkanı ile parlamento arasında paylaşılırak devlet başkanı tarafından kullanılacak yetki parlamentonun iznine tabi kılınmıştır. İkinci olarak da bu yetki yalnızca parlamento tarafından kullanılmaktadır. Bkz. **Kemal GÖZLER**, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yay. 2001, s 230 Türkiye’de bu ikinci sistem benimsenmiş olup, Cumhurbaşkanı ancak TBMM’nin tatilde veya ara verdiği bir sırada yalnızca silahlı kuvvetlerin harekete geçmesine karar verme yetkisine sahiptir. Bu yetki de savaşa karar verme yetkisi değil, aslında Cumhurbaşkanı’nın silahlı kuvvetlerin başı sıfatına istinaden verilmiş görünen bir yetkidir.

²⁹² *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası*’nda UAD da bunun kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kabul edilmiş bir kural olduğunu teyit etmiş ve devlet başkanının uluslararası alanda devleti adına bağlayıcı işlemler yapmaya yetkili olduğunu ifade etmiştir. *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia And Herzegovina v. Yugoslavia) Preliminary Objections Judgment* 11 Temmuz 1996, s. 622 (Kısaca **Genocide [1996]**)

²⁹³ 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 67/2: *Bir antlaşmayı, antlaşmanın hükümlerine veya 65. maddenin 2 ci veya 3 cü paragrafına göre geçersiz ilan eden, sona erdiren, ondan çekilmeyi veya onun yürürlüğünü askıya almayı öngören herhangi bir işlem, diğer taraflara iletilen bir belge ile yapılır. Belge, Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı veya Dışişleri Bakanı tarafından imzalanmazsa, bu Devletin belgeyi ileten temsilcisinden yetki belgesini göstermesi istenebilir.*

buldukları konumun ve görevlerinin bir gereği olarak kabul edilmektedir.²⁹⁴ Anayasal düzeyde devlet başkanlarına verilen antlaşma yapma yetkisi başlı başına antlaşmayı sonuçlandırma anlamına gelmemektedir; ancak bu da olası bir durumdur. Bazı uluslararası antlaşmalar, özel önemleri nedeniyle devlet başkanlarının bizzat katılımını gerektirebilir.²⁹⁵ Devlet Başkanlarının uluslararası ilişkilerde irade beyanları Devletlerini bağlar.²⁹⁶

Diplomatik misyon üyelerini atamak ve yabancı diplomatik misyon üyelerini kabul etmek konusunda özellikle büyükelçilerin kabul eden devlet başkanına sunulacak güven mektubunu imzalamak ve gönderen devletin büyükelçisinin sunduğu güven mektubunu da kabul etmek açısından yetkili kişinin devlet başkanları olduğu kabul edilmektedir.²⁹⁷ Devlet başkanının bu işlevi bürokratik ve formalite gereği bir işlem olarak kabul edilmekle birlikte meşruiyetinden şüphe duyulan bir devlet başkanının yapacağı bu işlemin tanınma meselesine ilişkin sonuçları bulunduğu söylenmektedir.²⁹⁸

Son olarak devlet başkanlarının devletlerini temsil etme konusunda genel bir yetkiye sahip oldukları belirtilmelidir. *Jus representationis omnimode* olarak anılan bu yetki uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yetkidir ve devlet başkanın devletin tezahürü

²⁹⁴ **Rona AYBAY**, Kamusal Uluslararası Hukuk, Seçkin Yay. 2011, s. 68 (Kısaca AYBAY, Uluslararası Hukuk 2011)

²⁹⁵ **WATTS**, RdC, s.28

²⁹⁶ Fransız ve Amerikan devrimlerinden önce antlaşma yapma yetkisi bütünüyle devlet başkanında yetkisinde iken, daha sonra yapılan anayasalar devlet başkanına devletin iradesini açıklama yetkisi tanınmakla birlikte yasama organına da bu iradeyi biçimlendirme ve onaylamayı saklı tutma hakkı vermiştir. **Mark E. VILLIGER**, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Martinus Nijhoff Publishers 2009, s.585 (Kısaca VILLIGER, Commentary) Bugün genel olarak kabul edilen durum, bir devletin imzaladığı bir antlaşmayı onaylama zorunluluğu olmadığı yönündedir. Bununla birlikte onay, antlaşma aksini öngörmedikçe veya aksi bir niyet tespit edilmedikçe, geriye yönelik etki doğurmaz. Bkz. **Luzius WILDHABER**, Provisions of Internal Law Regarding Competence to Conclude a Treaty, 8 Virginia JIL 1967, s94 Devletlerin antlaşmanın yürürlüğe girmesine kadar antlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak eylemlerden kaçınma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülük aynı zamanda iyi niyetli (*bona fides, good faith*) davranma yükümlülüğü olarak da anılmaktadır. Bkz. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 18. Ayrıca bkz. **VILLIGER**, Commentary, s242 vd

²⁹⁷ **PAZARCI**, 3. Kitap (2005), s.80-81; **WATTS**, RdC, s.30

²⁹⁸ **WATTS**, RdC, s.31. Aynı anda birden fazla kişinin devlet başkanı sıfatını haiz olduklarını ileri sürerek temsilci ataması durumunda da diğer devletin hangi başkanı meşru devlet başkanı olarak kabul edeceğine ilişkin bildirimde bulunması gerekecektir. Buna ilişkin sorun 1990'da Panama'nın Birleşmiş Milletler'e iki farklı temsilci göndermesiyle de gündeme gelmiştir. Sonuç olarak Güvenlik Konseyi'ni yeni seçilmiş Başkan Endara'nın temsilcisini yasal olarak kabul edilmiştir. Bkz. *ibid*, dp.27

olarak kabul edilme düşüncesinden kaynaklanır.²⁹⁹ Devlet başkanlığı makamının temsilci sıfatının devletin ruhu ve milletin bir bütün olarak tezahürü olduğu genel olarak kabul edilmektedir.³⁰⁰ Uluslararası Adalet Divanı, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme'nin Uygulanması kararında *“uluslararası hukuka göre her devlet başkanının uluslararası ilişkilerinde devleti adına hareket edebildiği konusunda herhangi bir şüphe”*nin³⁰¹ olmadığını ifade ederek devlet başkanlarının devleti temsile yetkilerinin uluslararası hukuk tarafından kabul edilen bir kural olduğunu doğrulamıştır.

2.1.1.2. Hükümet Başkanı

Hükümet başkanı, parlamenter sistemde bakanlar kurulunun en önemli unsurudur.³⁰² Hükümet başkanının Başbakan, Kurul Başkanı, Bakanlar Kurulu Başkanı, Şansölye gibi değişik isimlerle anıldığı gözlenmektedir.³⁰³ Esasında hükümet başkanına verilecek ismin bir önemi bulunmamaktadır; önemli olan verilen isim değil öngörülen işlevdir.³⁰⁴

Devlet başkanlığı ve hükümet başkanlığı makamları birbirinden ayrı kavramlardır. Devlet başkanı anayasal ve sembolik bir yöneticiyken hükümet başkanı devlet yönetiminde daha aktif olan taraftır.³⁰⁵ Ancak ABD örneğinde olduğu gibi bazen bu iki görev tek bir kişi tarafından yürütülebilmektedir. Bir hükümet başkanının gücü, türü ve nitelendirilmesi devletlerin kendi belirleyecekleri bir meseledir.³⁰⁶

20. yüzyıldan itibaren hükümet başkanları, devlet başkanlarının birçok görevini üstlenmiş bulunmakla birlikte, hükümet başkanlarının devlet başkanları gibi

²⁹⁹ WATTS, RdC, s.32

³⁰⁰ İbid.

³⁰¹ Genocide [1996], para 44.

³⁰² GÖZLER, Teori (2009), s.273

³⁰³ GÖZLER, Teori (2009), s. 273-274. Bazı devletlerde devlet başkanları aynı zamanda hükümet başkanı görevini de yürütmektedir. FRANEY, Immunity, Individuals, s.106

³⁰⁴ FRANEY, Immunity, Individuals, s.106

³⁰⁵ WATTS, RdC, s.97

³⁰⁶ WATTS, MPEPIL, para 1.

uluslararası alanda devletin “kişiliği”ni temsil etmedikleri kabul edilmektedir.³⁰⁷ Ancak sahip oldukları statü buna yakındır. *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* kararında Uluslararası Adalet Divanı bunu şu şekilde ifade etmiştir:

“... Hükümet Başkanının ..., söz konusu devlet adına uluslararası taahhüt gücüne sahip tek taraflı işlemlerin gerçekleştirilmesi de dahil olmak üzere, yalnızca işlevlerini yerine getirirken devletini temsil ettiğinin kabul edildiği uluslararası hukukun yerleşmiş bir kuralıdır.”³⁰⁸

Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün 2001 tarihli “*Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İnfazdan Bağışıklığı*” başlıklı Vancouver Önergisi’nde yabancı bir devletin hükümet başkanının devlet başkanına tanınan yargı bağışıklığı ve dokunulmazlıkların aynısından yararlanacağını belirterek devlet başkanları ile hükümet başkanlarının konumlarını eşit statüde değerlendirmiştir.³⁰⁹ Hükümet başkanları Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne göre, devleti adına herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın devletini temsil etme yetkisine sahiptir.³¹⁰ Bununla birlikte yine Sözleşme’nin 67.

³⁰⁷ JENNINGS/WATTS (eds) 1992, s.1033; WATTS, RdC, s.100,102; Alexander ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press 2008 (Paperback), s. 329 (Kısaca ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms*)

³⁰⁸ *Armed Activities [Congo v Rwanda]* para. 46. Mahkeme bu kuralın yerleşmiş bir kural olduğunu belirtirken daha önce verdiği kararlara atıfta bulunmaktadır. Bu kararlar için bkz. *Nuclear Tests [Australia v. France]*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para. 49-51; *Genocide [1996]*, para. 44; *Arrest Warrant [2002]*, para. 53; *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)* (Doğu Grönland’ın Hukuku Statüsü), Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, s. 71

³⁰⁹ Bkz. m.15

³¹⁰ VAHS m.7/2: “Görevleri gereği ve yetki belgesine başvurmaksızın aşağıdaki kişilerin Devletlerini temsil ettikleri kabul edilir: a- Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanları, bir antlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemin yapılması amacıyla...” Bununla birlikte yine VAHS m.67’ye göre bir antlaşmayı geçersiz ilan etme, sona erdirmeye, ondan çekilme, veya yürürlüğünü askıya almaya ilişkin belge yine devlet başkanı, hükümet başkanı veya dışişleri bakanı tarafından imzalandığından herhangi bir yetki belgesine gerek duyulmamaktadır. Benzer bir hüküm 21 Mart 1986 tarihli Uluslararası Örgütler ile Devletler veya Uluslararası Örgütler arasındaki Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 67. maddesinde de yer almaktadır. Yine m.2/a’ya göre yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın devletleri adına antlaşma yapmaya yetkili kişiler olarak devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı sayılmaktadır. Bu antlaşma henüz yürürlüğe girmemiştir. Bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, vol. II, s. 95. (Doc. A/CONF.129/15) http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-states-intlorgs-1986/vol/english/vol_II_e.pdf

Maddesi uyarınca herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın “*bir andlaşmayı, ... geçersiz ilan eden, sona erdiren, ondan çekilmeyi veya onun yürürlüğünü askıya almayı öngören ... belge*”yi imzalamaya yetkilidir. Hükümet başkanları ayrıca, 1973 Diplomatik Görevliler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Antlaşması’nın hem tasarı metninde hem de nihai metinde uluslararası korunan kişiler arasında zikredilmiştir. Bunlara ek olarak hükümet başkanları diğer devletlerle devleti adına temaslarda bulunup görüş alışverişi yapabilmektedir. Uluslararası işlevleri gereği uluslararası hukukta bazı bağışıklık ve dokunulmazlıklara sahip oldukları, 1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme’nin m.21//2’de de teyit edilmiştir.³¹¹

2.1.1.3. Dışişleri Bakanı

Dışişleri Bakanı hükümetin diplomatik işlerini yürütmek ve genellikle uluslararası görüşmeler ve hükümetlerarası toplantılarda temsilci sıfatıyla hareket etmekle görevlidir. Büyükelçiler ve diğer diplomatik ajanlar görevlerini onun yetkisinde yürütürler.³¹² Temsil ettiği devletini bağlayıcı işlemler yapabilmektedir ve 1969 VAHS m.7/2’ye göre herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın devletini temsil edebilir. Günümüzde Dışişleri Bakanları’nın görev ve sorumluluk alanlarının giderek genişlediğini söylemek mümkündür. Yeni devletlerin doğuşu, çeşitli alanlarda gösterdikleri gelişmeler, anayasal değişikliklerin devlet yapısına yansımaları, uluslararası örgütlerin artan rolleri ve etkinlikleri, uluslararası ilişkilerde gözetilmesi gereken temel dengelerin daha karmaşık yapılara bürünmesi ve teknolojinin gelişimine paralel olarak bilgiye ulaşmak ve iletişimin kolaylaşmasıyla beraber sorunların da artması daha dikkatli ve durmadan bir çalışmayı gerektirmektedir.³¹³

³¹¹ “Hükümet Başkanı, Dışişleri Bakanı ve diğer üst düzey kişiler gönderen devletin bir özel heyetinde yer aldıklarında kabul eden devlette veya üçüncü bir devlette, bu Sözleşme’de öngörülene ek olarak, uluslararası hukuk tarafından sağlanan ayrıcalıklar, dokunulmazlıklar ve bağışıklıklardan yararlanır.” Convention on Special Missions, 1400 UNTS 231, 8.12.1969

³¹² LÜKE, Immunität Staatlicher Funktionsträger, s.106

³¹³ Ivor ROBERTS, Satow’s Diplomatic Practice, Oxford University Press 6. Ed. 2011 (Paperback), para.2.15

Dışışleri Bakanı görevleri gereğince sıklıkla uluslararası seyahatler yapmak zorundadır ve bu nedenle ve böylece, ihtiyaç baş gösterdiğinde bunu her zaman rahatça yapabilecek bir durumda olmalıdır. Hükümetiyle ve dünya daki diplomatik misyonlarla her zaman iletişim halinde olabilmesi gerektiği gibi diğer devletlerin temsilcileriyle de iletişim kurabilmelidir.

Dışışleri Bakanı uluslararası hukuka göre Devlet veya Hükümet Başkanı Başkanı gibi devletin temsilcisi olarak görevi gereğince, diğer devletler ile kendi devleti arasındaki ilişkilerin yürütülmesinden sorumludur. Diğer devletler de uluslararası bir konuda devletin pozisyonunu bilmek istiyorlarsa bunu genellikle dışışleri bakanı aracılığıyla öğrenmektedirler.³¹⁴ Dışışleri Bakanı ve Dışışleri Bakanlığı, diplomatik işlerin yürütülme merkezindedir.³¹⁵ Diğer yandan her ne kadar günümüzde giderek artan biçimde diğer bakanlıklar ile doğrudan temas kurma eğilimi bulunsa da bu diplomatik temaslardan Dışışleri Bakanlığı'nın haberdar edilmesinin önemli olduğu da belirtilmelidir.³¹⁶ Ayrıca yurtdışına çıktığında diplomatik bir görev yerine getirirken herhangi bir güven mektubu sunmak zorunda değildir; aksine elçilerin güven mektubunu kabul eden kişidir.³¹⁷

Dışışleri Bakanı devletini bağlayıcı işlem yapmaya da yetkilidir. Söylediği sözler uluslararası alanda bağlayıcı hüküm doğurmaktadır.³¹⁸ Doğu Grönland'ın Statüsü davasında Uluslararası Daimi Adalet Divanı (UDAD) Norveç Dışışleri Bakanı'nın Danimarka Dışışleri Bakanı'na, Danimarka'nın Grönland'daki egemenlik iddialarına ilişkin olarak "*Danimarkalı Bakan'a bugün Norveç Hükümeti'nin bu sorunun*

³¹⁴ WATTS, RdC, s.99

³¹⁵ ROBERTS, Satow's Diplomatic Practice 2011, para. 9.59. Bu husus 1961 DİHVS 41/2. maddesinde de ifade bulmuştur: "*Gönderen Devlet tarafından kabul eden Devlet nezdinde yapılması misyonun uhdesine tevdi olunan bütün resmi işler, kabul eden Devletin Dışışleri Bakanlığı veya mutabık kalınacak diğer bir Bakanlık ile veya aracılığıyla yürütülür.*"

³¹⁶ ROBERTS, Satow's Diplomatic Practice 2011, para. 2.19 ve 9.59.

³¹⁷ Arrest Warrant [2002], para. 53

³¹⁸ Hükümet başkanı ve dışışleri bakanının basınla yaptıkları konuşmaların da devletini bağlayıcı güce sahip olduğu söylenmekle birlikte bu konuşmaların önceden planlanmış bir basın toplantısında değil de hazırlıksız olarak basına yapılan yorumların aynı güce sahip olmadığı kabul edilmektedir. bkz. *Case Concerning the Frontier Dispute* [Burkina Faso/Republic of Mali] [1986] ICJ Rep 554 para 36, 39-40. Ayrıca bkz. WATTS, MPEPIL, para. 7

çözümünde herhangi bir zorluk çıkarmayaca[ğını]”³¹⁹ söylemesini şu şekilde değerlendirmiştir:

“Mahkeme tartışmasız biçimde yabancı bir devletin diplomatik temsilcisi tarafından yapılan bir isteğe karşılık Dışişleri Bakanı’nın kendi yetki alanına giren bir soru ile ilgili olarak Hükümeti adına verdiği yanıtın, Bakan’ın ülkesini bağlar mahiyette olduğunu kabul etmektedir.”³²⁰

UAD, Kongo Dışişleri Bakanı’nın uluslararası suç işlediği gerekçesiyle Belçika’da hakkında yakalama emri çıkarılmasına ilişkin olarak açılan davada, dışişleri bakanlarının işlevleriyle ilgili tespitlerde bulunmuştur.³²¹ Dışişleri bakanları devletlerin çeşitli alanlardaki temsilcileridirler.³²² Bunun da ötesinde bu kişiler devletin yönetiminin birer üyesidirler. Bu nedenle resmi sıfatla hareket ettiklerinde diğer devletlerin bu kişilerle girecekleri her türlü ilişki, aksi belirtilmediği sürece, tanımaya yol açmaktadır. Özellikle bir devletin içinde gerçekleşen iktidar mücadelelerinin ardından görevdeki hükümete alternatif hükümetler ortaya çıkması durumunda diğer devletlerin bu “hükümetler” ile girecekleri ilişkilerde çok dikkatli davranmaları gerekmektedir.³²³ Zira söz konusu devlette hali hazırdaki hükümete alternatif olarak ortaya çıkan hükümetle girilen ilişkinin, bu hükümeti söz konusu devletin hükümeti olarak tanıma sonucunu doğurabilmesi mümkün olabilecektir.

Bunlara ek olarak ayrıca bir dışişleri bakanı, hangi yabancı devlette olursa olsun, uluslararası korumadan yararlanmaktadır. Bu koruma, 1973 Diplomatik Görevliler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Antlaşması’nda³²⁴ da belirtilmiştir. Antlaşma 1. maddesinde

³¹⁹ **ROBERTS**, Satow’s Diplomatic Practice 2011, s. 27

³²⁰ *Legal Status of Eastern Greenland* (Doğu Görnland’ın Hukuki Statüsü), Permanent International Court of Justice, Order Series A/B53, 5 April 1933, s. 71.

³²¹ *Arrest Warrant* [2002], para.53

³²² *Ibid.*

³²³ **WATTS**, RdC, s.102

³²⁴ 1973 Diplomatik Temsilciler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents) 14 Aralık 1973, yürürlük tarihi 20 Şubat 1977, 1035 UNTS 163
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_4_1973.pdf

“uluslararası korunan kişiler”in kimler olduğunu tanımlarken dışişleri bakanının ve ailesinin de bu kapsamda değerlendirdiğini bildirmektedir.³²⁵

2.1.1.4. Diğer Hükümet Üyeleri

Her devlet yürütmenin başında bulunan ve devletin politik açıdan kaderini belirleyen belli bir merkezi hükümete sahiptir.³²⁶ Bu hükümet devletin politikalarını belirler ve iç ve dış politikaya yön verir. Bunu yaparken de uzmanlıklara göre bakanlıklar kurarak bu bakanlıklar eliyle işlerin yürütülmesini temin etmektedir. Bakanlar kurulu üyeleri arasında uluslararası alanda en çok faaliyet gösteren kişiler hükümet başkanı ve dışişleri bakanıdır. Diğer bakanlar, dış ilişkilerde daha az yer aldıklarından onların uluslararası hukuktaki statüleri diğerlerine göre daha belirsizdir. Bununla birlikte *Armed Activities on the Territory of the Congo* kararında UAD, hükümetin bakanlarının da devleti bağlayabilecek açıklamalarda bulunabileceklerini ifade etmektedir.³²⁷ Mahkeme, davanın özelinde Adalet Bakanı'nın insan haklarının korunması bağlamında yaptığı açıklamaların devletini bağladığına işaret etmiştir.³²⁸

Hükümetin bu üyeleri genel olarak “üst düzey devlet görevlileri” kategorisinde yer almaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak anlatıldığı gibi³²⁹ hükümet üyeleri özel heyetlere dahil olduklarında, onlara tanınan dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanırlar.³³⁰ Yine uluslararası bir konferansta devleti temsil etmek amacıyla görevlendirildiklerinde, statülerinin gerektirdiği şekilde muamele görürler. Ayrıca

³²⁵ Antlaşma'nın tasarı metninde dışişleri bakanına yer verilmemiş olmasına rağmen esas metinde dışişleri bakanı da zikredilmektedir. Tasarı metni için bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1972, vol. II, s.312 http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_4_1972.pdf

³²⁶ “Hükümet” kavramı hem geniş hem de dar anlama sahiptir. Dar anlamında hükümet, hükümet başkanı ve bakanlar kurulundan oluşan bir topluluktur. Daha geniş bir anlamda ise hükümet daha alt bir yapılanmayı içine alarak bakanlıklardaki müsteşar, müşavir, genel müdür gibi üst düzey görevlileri de kapsayacak şekilde algılanmaktadır. Geniş bilgi için bkz. **Helmut KREIKER**, *Völkerrechtliche Exemtionen-Grundlagen und Grenzen Völkerrechtlicher Immunitäten und Ihre Wirkungen im Strafrecht*, Band 2, Dunker&Humblot Verlag Berlin, 2007, s.771. (Kısaca KREIKER, *Völkerrechtliche Immunitäten*)

³²⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo* [2006], para 47:

“... modern uluslararası ilişkilerde devleti belli alanlarda temsil eden diğer kişiler de, o devlet tarafından, kendi alanlarına giren meselelerle ilgili beyanlarıyla devleti bağlamaya yetkili kılınabilirler.”

³²⁸ **FOX**, *State Immunity* (2008), s. 671

³²⁹ Bkz. supra “*Özel (Ad Hoc) Heyetler*” başlığı

³³⁰ **KREIKER**, *Völkerrechtliche Immunitäten*, s.711.

VAHS 7/2-c' deki hükümden hareketle devleti temsil etmek üzere bir uluslararası konferansa katılmakla görevlendirilen hükümet üyelerinin antlaşma metninin kabulü aşamasına kadar herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymadıkları söylenebilir.³³¹

Günümüzde bir devlette görevlendirilmiş diplomatların dış ilişkilerde dışişleri bakanı ile temas kurmaları yerleşik bir uygulama olmakla birlikte, çok güncel bir uygulama olarak bu kişiler teknik, ticari, veya bilimsel konular gibi özel alanlarda da diğer bakanlıklarla temas kurmaktadır.³³² 1961 DİHVS m.41/2'de de gönderen devlet ile kabul eden devlet aralarında anlaşılırsa diplomatik ilişkilerin yürütülmesinde resmi temaslar dışişleri bakanlığı dışında mutabık kalınacak başka bir bakanlık üzerinden de yürütülebilecektir. Özellikle diplomatik misyon üyesi ateşelerin, uzmanlık alanlarına ilişkin konularda doğrudan ilgili bakanlık ile temasa geçmeleri günümüzde giderek artan bir uygulamadır.³³³

2.1.2. Devleti Başka Devlette Temsil Eden Görevlileri

2.1.2.1. Diplomatik Temsilciler

Diplomatik görevlilere ilişkin kurallar uluslararası hukukun en eski kurallarından biridir.³³⁴ Çok eski çağlardan beri³³⁵ uygulamada, örneğin, Yunanlılar'da, Çinliler'de, Hintliler'de, ve Romalılar'da³³⁶, o zamanlar “haberci” veya “elçi” olarak

³³¹ 1969 VAHS m7/2-c'ye göre “Devletler tarafından bir milletlerarası konferans veya bir milletlerarası örgüt veya organlarından birine akredite olan temsilciler[in], o konferansta, örgütte veya organda bir andlaşma metnini kabul etmek amacıyla” yetki belgesine başvurmaksızın devletlerini temsil ettikleri kabul edilir.

³³² **ROBERTS**, Satow's Diplomatic Practice 2011, s.31

³³³ **ROBERTS**, Satow's Diplomatic Practice 2011, para.9.59

³³⁴ 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin başlangıç kısmında da eski zamanlardan beri diplomatik temsilcilerinin statülerinin bütün uluslar tarafından tanındığı ifade edilmektedir. (*..Recalling that people of all nations from ancient times have recognized the status of diplomatic agents..*)18.04.1961, 500 UNTS 95. **MERAY** 2. Cilt (1975), s.12 dp.2; **Eileen DENZA**, Vienna Convention on Diplomatic Relations, United Nations Audiovisual Library of International Law 2009, http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vcdt/vcdr_e.pdf

³³⁵ **Rosanne Van ALEBEEK**, Diplomatic Immunity, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008-, online edition, para. 1. (Kısaca Van ALEBEEK, Diplomatic Immunity)Diplomatik bağıışıklığın 3000 sene öncesinden başladığı da ileri sürülmektedir. **DENZA**, EPIL 9 (1986), s. 94

³³⁶ **Mitchell S. ROSS**, Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities, 4 AUJILP 173 (1989), s.176; **Robert**

anılan diplomatik temsilciye kötü davranılmaması veya elçinin herhangi bir şekilde alıkoyulma veya tutuklanmaya maruz bırakılmaması gerekiyordu.³³⁷ Bu koruma elçilerin kutsal sayılmasından dolayı hukuki olmaktan çok dini temelli bir korumaydı.³³⁸ 15. Yüzyıla kadar elçilik anlayışı, devletin temsilcilerinin başka devletlere görüşmeler yapmak veya törenlere katılmak üzere görevlendirilmelerinden ibarettir. Kurulan ilişkilerin sınırlı nitelikte kalmasından dolayı sürekli temsilciliklere ihtiyaç duyulmamıştır.³³⁹

Roma İmparatorluğu'nun yıkılıp İtalyan kent devletlerinin gelişimiyle birlikte sürekli temsilcilik olgusu kendini göstermeye başlamıştır. Bu konudaki ilk örnek, Venedik'in Cenevre'de 1455 yılında kurduğu sürekli temsilciliğidir.³⁴⁰ Bundan sonra İtalyan Devletleri İspanya, Almanya, Fransa ve İngiltere'de sürekli temsilcilikler kurmuşlardır.³⁴¹ Sürekli temsilciliğin daha yerleşik ve yaygın bir kurum olarak belirmesi ise 17. Yüzyılın 2. yarısından itibaren gözlenmektedir.³⁴² Osmanlı Devleti'nde de diplomatik bağımsızlıkların tanındığı görülmüştür. Yabancı devletin temsilcileri Osmanlı Devleti'nde bir misafir gibi ağırlandı.³⁴³ 18. Yüzyılın sonlarında 3. Selim'in tahta geçmesiyle birlikte elçilerin en az 3 yıl süreyle gittikleri yerde kalmaları yönündeki uygulamayla sürekli temsilciliğe geçiş yapılmıştır.³⁴⁴

Devletlerin başka devletler nezdinde kendilerini diplomatik düzeyde temsil eden ve o devlette prensip olarak mukim ve devamlı biçimde bulunan kişiler devletin diplomatik temsilcileridir. Bu temsilciler, iki devlet arasındaki ilişkilerin daha çabuk

WESSON, 300 years of Diplomatic Immunity, <http://www.csmonitor.com/1980/0103/010337.html> (Erişim tarihi:13.12.2011)

³³⁷ **Van ALEBEEK**, Diplomatic Immunity, para 1.

³³⁸ **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s. 1052

³³⁹ **MERAY 2. Cilt** (1975), s.12. Sürekli temsilciliklerin kurulmamasının doğurduğu sakınca aslında sanıldığından daha ağır sonuçlara yol açtı. Bu konuda Mahmut Esat Bozkurt, elçinin ülkesine geri dönmesinin ardından devletlerarasında çıkan anlaşmazlıklar iletişim zorluğu nedeniyle çözülemediği için, olmadık nedenlerle savaş çıkması söz konusu olmasından bahsetmekte ve sürekli diplomatik temsilciliğe geçilmesiyle bunların çoğunun önüne geçilmesinin yanında devletlerarasındaki ilişkilerin de daha çok geliştiğini ifade etmektedir. Bozkurt, uluslararası hukukta sürekli temsilciliğin adet halini kazanmasını 1648 Vestfalya Barış Antlaşması'na bağlamaktadır. Bkz. **Mahmut Esat BOZKURT**, Devletlerarası Hak: Hukuku Düvel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1940, s.58 ve 60.

³⁴⁰ **MERAY 2. Cilt** (1975), s.13

³⁴¹ **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s.1053

³⁴² **MERAY 2. Cilt** (1975), s.13; **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s.1053-1054

³⁴³ **TEZCAN**, Diplomatik Yargı Bağışıklığı, s. 138

³⁴⁴ **MERAY 2. Cilt** (1975), s.15.

yürütülmesi ve devletin ve uyruklarının çıkarlarını korumak konusunda görevlendirilmiştir. 1961 DİHVS m. 3'e göre diplomatik temsilcilerin görevleri, diğerlerinin yanında, gönderen devleti kabul eden devlette temsil etmek; kabul eden devlette, uluslararası hukukun müsaade ettiği sınırlar içinde gönderen devletin ve vatandaşlarının çıkarlarını korumak; kabul eden devlet hükümeti ile müzakereler yapmak; bütün yasal imkanlarla kabul eden devletin durumunu ve gelişmelerini tesbit etmek ve bunlar hakkında gönderen devlet hükümetine bilgi vermek; gönderen devlet ile kabul eden devlet arasında dostane ilişkileri ilerletmek ve ekonomik, kültürel ve bilimsel ilişkilerini geliştirmek olarak sayılmıştır. Diplomatik temsilciler ayrıca konsolosluk görevini de yürütmeye yetkilidirler.

Diplomasi temsilcileri 1815 Viyana Kongre Son Senesinde yer alan Yönetmelik'e göre 3 sınıfa ayrılmaktadır. Bunlar Büyükelçiler ve Papalık temsilcileri; Devlet başkanları tarafından atanan elçiler ve öteki temsilciler; Dışişleri Bakanları nezdinde atanan maslahatgüzarlar.³⁴⁵ Bunların yanında diplomatik misyona dahil başka kişiler de bulunmaktadır. 1961 DİHVS diplomatik Misyon üyelerini 3 grupta tanımlamaktadır. Bunlar diplomatik personel, idari ve teknik personel ve hizmet personeli. Diplomatik personel Büyükelçi, Müsteşar, Başkatip, İkinci Katip, Üçüncü Katip ve Ateşeden³⁴⁶ oluşmaktadır. Bunlar devletin temsilcisi sıfatıyla diplomatik ilişkilerin yürütülmesinde görevli sınıfı teşkil eder. İdari ve teknik personel ise idari memurlar, sekreterler, haberleşme teknisyenleri ve daktilolardır. Hizmet personeli oluşturulan grupta ise temsilciliğin gündelik işlerinin görülmesi için hizmet veren kişiler bulunmaktadır. Bunlar sürücü, aşçı, temizlikçi gibi kişilerdir.³⁴⁷

³⁴⁵ PAZARCI, 3. Kitap (2005), s.74 vd

³⁴⁶ Ateşeler çeşitli branşlardan görevlendirilirler. Askeri işler (kara, deniz, hava), ticaret, kültür, basın ve iletişim alanlarında görev yapan bu kişilerin diplomatik personelin bir üyesi olarak kabul edilmeleri çok eskiye dayanmaktadır. **Yehuda Z. BLUM**, Diplomatic Agents and Missions, in Bernhardt Rudolf (ed), Encyclopedia of Public International Law V.9 (1986), s.35

Askeri ateşelerin askeri istihbarat servisi işlevi görmesi tehlikesine karşın 1961 DİHVS m. 7. Maddesi gereğince "[k]ara, deniz veya hava ataşelerinin tayininde, kabul eden Devlet, bunların adlarının, onayı alınmak üzere önceden bildirilmesini isteyebilir."

³⁴⁷ PAZARCI, 3. Kitap (2005), s.75

2.1.2.2. Konsolosluk Temsilcileri

Konsolosluk temsilcileri, bir devletin yabancı bir devlette ticari çıkarlarını ve uyruklarını korumak ile görevli memurlarıdır. Eğer bir tanım yapmak gerekirse konsolosluklar için üç karakteristik özellik öne çıkmaktadır: konsolosluk devletin bir organıdır; kabul eden devlette daimi olarak kurulurlar yani geçici nitelikte değildir; gönderen devletin verdiği yetki ile kabul eden devletin ülkesinde faaliyet göstermek üzere kurulur.³⁴⁸ Diplomatik temsilciler devletin bürokratik alandaki temsilcileriye konsolosluk temsilcileri devletin yabancı devletteki ticari çıkarlarının korunması, uyruklarına yardım etmek ve onların gereksinim duyacağı yönetsel ve yargısal görevleri yerine getirmek gibi konularda faaliyet gösterirler.³⁴⁹ Bu çerçevede diplomatik temsilcilerden farklı olarak konsolosluk temsilcileri yalnızca yetkili kılındıkları alanda devletin başka devletlerde temsil eden resmi görevlilerdir.³⁵⁰

Konsüler bağımsızlığın temellerinin, diplomatik bağımsızlığın aksine yapılageliş hukukundan değil devletlerarasında yapılan konsolosluk anlaşmalarından kaynaklandığı söylenmektedir.³⁵¹ Devletler bu anlaşmalara karşılıklılık ve en çok gözetilen ulus kayıtları koyarak konsoloslara tanınan dokunulmazlıklar, ayrıcalıklar ve bağımsızlıkların kapsamını belirlemektedirler.³⁵² Bununla birlikte, konsolosluk ilişkilerine yönelik ikili antlaşmaların zamanla birbirine benzer bir hal almasının, konuyla ilgili bazı kuralların giderek yapılageliş kuralı niteliğini kazanmasına yol açtığı da belirtilmektedir.³⁵³ Diğer yandan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin (KİHVS) bu alandaki yapılageliş kurallarını

³⁴⁸ **Constantin ECONOMIDES**, Consular Relations, in Bernhardt Rudolf (ed), Encyclopedia of Public International Law V.9 (1986), s.35

³⁴⁹ **SHAW**, International Law (2008), s.772; **Antonio CASSESE**, International Law, Oxford University Press, 2. Ed. 2005, s.116 (Kısaca CASSESE, International Law 2005)

³⁵⁰ **PAZARCI**, 3. Kitap (2005), s.126

³⁵¹ **MERAY 2**. Cilt (1975), s.68-69

³⁵² **MERAY 2**. Cilt (1975), s.69; **ECONOMIDES**, Consular Relations, s.38; **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s. 1134

³⁵³ **MERAY 2**. Cilt (1975), s.55 (özellikle bkz. 3. dipnot.)

yansıttığı ise hem Sözleşme'nin tasarı metninde sıklıkla³⁵⁴ hem de çeşitli yazarlarca³⁵⁵ dile getirilmiştir.

Konsolosluk işlerinin yürütülmesi konusunda görevlendirilen kişilere genel olarak konsolosluk memuru denmektedir.³⁵⁶ Bu memurlarla birlikte konsolosluk hizmetlileri (idari ve teknik görevliler) ve hizmet personeli de dahil olmak üzere konsoloslukta çalışanlar üç gruba ayrılmaktadır.³⁵⁷ Her konsolosluğun başında bir konsolosluk şefi bulunmaktadır. 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin (KİHVS) 9. maddesine göre konsolosluk şefleri dört sınıfa ayrılmıştır. Bunlar Başkonsoloslar, Konsoloslar, Muavin Konsoloslar, Konsolosluk Ajanları'dır. Konsolosluklar, belirlenen görev çevresi içerisinde³⁵⁸ iki devlet arasındaki ilişkilerin kişiler düzeyinde yürütülmesine yönelik faaliyetleri içermektedir.³⁵⁹ Bu faaliyetler yabancı bir devlette yerleşmiş bir şekilde devletin ticari çıkarlarının, uyruklarının ihtiyaç duyacağı idari ve yargısal görevlerin yerine getirilmesini kapsamaktadır. Bir devlette birden fazla konsolosluk bulunabilmektedir.³⁶⁰ Konsoloslukların belli bir bölgede faaliyet göstermek üzere kuruldukları bilinmekle birlikte, kabul eden devletin rıza göstermesi halinde konsoloslar görev çevreleri dışında da çalışabilirler.

Konsolosluk görevi iki devlet ilişkilerini düzenlemekten ziyade kişilerin hak ve çıkarlarının korunmasına yönelik gerçekleşmektedir. Bu nedenle konsolosluk temsilcileri gönderen devletin kabul eden devletteki idari ve yargısal işlerini yürüten birimdir. Bununla birlikte gönderen devletin kabul eden devlette diplomatik

³⁵⁴ Draft Articles on Consular Relations, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1961, V. II, s.92 vd.

³⁵⁵ Örneğin **ECONOMIDES**, Consular Relations, s.39; **CASSESE**, International Law 2005, s.116; **KREIKER**, Völkerrechtliche Immunitäten, s.1419; **KUSSBACH**, Vienna Convention on Consular Relations, in Bemhardt Rudolf (ed), Encyclopedia of Public International Law V.9 (1984), s 389. UAD da benzer bir tespitte bulunmuştur. Bkz. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case (ABD'nin Tahran'daki Diplomatik ve Konsüler Personeli Davası, ABD – İran), ICJ Reports, s.3 (1980), s.24. JENNINGS ve WATTS ise KİHVS'nin DİHVS'nin aksine yapılageliş kurallarını yansıtmaktan çok konuyla ilgili yeni gelişmeleri içerdiğinden bahsetmektedirler. Bkz. **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s. 1134.

³⁵⁶ **AYBAY**, Uluslararası Hukuk 2011, s.147;

³⁵⁷ **PAZARCI**, 3. Kitap (2005), s.131

³⁵⁸ Ancak kabul eden devletin rıza göstermesi halinde konsoloslar görev çevreleri dışında da faaliyet gösterebilirler. Bkz. KİHVS m.6

³⁵⁹ **PAZARCI**, 3. Kitap (2005), s.127.

³⁶⁰ KİHVS m.6

temsilciliği yoksa ve üçüncü bir devletin diplomatik temsilciliği tarafından da bu işlev gerçekleştirilmiyorsa, kabul eden devletin rızası dahilinde konsoloslar diplomatik işlevi de yerine getirebilirler.³⁶¹ Ancak bu durumda diplomatik dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanmaları mümkün değildir.³⁶²

Bir meslekten konsolos memurunun başında bulunduğu konsolosluk çalışanlarına sağlanan dokunulmazlık ve bağışıklıklar, konsolosluk faaliyetinin rahat biçimde yürütülmesi için öngörülmüştür.³⁶³ Konsolosluk görevlilerinin³⁶⁴ dokunulmazlık ve bağışıklıkları diplomatik görevliler kadar geniş değildir³⁶⁵; dokunulmazlık ve bağışıklıkları genel olarak resmi görevin yerine getirilmesi sırasında ve resmi görevle ilgili olarak geçerli bulunmaktadır.³⁶⁶ Cezai, hukuki ve idari yargılamalarda bağışıklık yalnızca resmi görevin yerine getirilmesinde geçerli olmaktadır. Bununla birlikte *“tutuklanmaları veya göz altına alınmaları, ancak, ağır bir suç halinde ve yetkili adli makamın kararı ile olur”*³⁶⁷ İdari davalar ile hukuk davaları açısından, gönderen devletin vekili sıfatıyla yapılmayan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla kara, hava veya deniz araçlarının neden olduğu zararlardan dolayı üçüncü kişilerin açtığı davalarda bağışıklıkları geçerli sayılmamaktadır.³⁶⁸

2.1.2.3. Uluslararası Örgüt Temsilcileri

Devletini başka bir devlette temsil eden görevlilerden ilk akla gelenler diplomatik ve konsüler ilişkileri yürüten görevliler olmakla birlikte, uluslararası örgütte temsil görevini yürüten devlet görevlileri de prensipte yabancı bir devlette görev yapmaktadır. Çünkü bilindiği gibi uluslararası örgütlerin devletler gibi belli bir ülkesi bulunmadığından, örgütler faaliyetlerini, yaptıkları anlaşmalar çerçevesinde,

³⁶¹ FOX, State Immunity (2008), s. 716-717

³⁶² KİHVS m. 17/1

³⁶³ KİHVS'nin başlangıç bölümünde de belirtildiği üzere *“... ayrıcalıklar ve bağışıklıkların [amacı], bunlardan bireyleri yararlandırmak olmayıp, konsoloklukların, kendi Devletleri adına, görevlerini, etkili biçimde yerine getirmelerini sağlamak”*tır.

³⁶⁴ Konsolosluk görevlilerinden meslekten veya fahri konsolosluk memurları ile idari ve teknik personel arasında yargı bağışıklığı açısından fark yoktur. ECONOMIDES, Consular Relations, s. 37 Bkz. AYBAY, Konsolosluk, s.282

³⁶⁵ AYBAY, Konsolosluk, s.282; Kai HAILBRONNER in Graf Vitzthum (Hrsg) Völkerrecht, 2. Aufl., s.189 para. 72.

³⁶⁶ SHAW, International Law (2008), s. 772-773

³⁶⁷ KİHVS m.41/1

³⁶⁸ KİHVS m. 43/2

devletlerin ülkelerinde yürütürler. Kimi örgütler de birbirinden farklı ülkelerde faaliyetlerini yürütmektedirler. Örneğin Birleşmiş Milletler'in ana merkezi New York'ta Manhattan'ın bir bölgesinde uluslararası bölge statüsü verilmiş bir alanda bulunmakla birlikte Cenevre'de, Nairobi'de ve Viyana'da da merkez ofisler yer almaktadır. BM nezdinde görevlendirilmiş devlet görevlileri, buldukları devlette uluslararası örgütün temsilcileri sıfatıyla bağımsızlıklardan faydalanmaktadırlar.

20. yüzyılda giderek artan biçimde oluşan bölgesel ve evrensel nitelikli uluslararası örgütlere üye olan devletler, örgütle olan ilişkilerin yürütülmesinde daimi temsilcilikler kurma yoluna gitmişlerdir. Uluslararası örgütler çerçevesinde kurulan daimi temsilciliklere ilk örnek Milletler Cemiyeti ve Uluslararası Çalışma Örgütü olmuştur.³⁶⁹ Bu eğilimin daha sonra yaygınlaşmasıyla, örgüt nezdinde görevlendirilen devlet temsilcilerine ilişkin hukuki düzenleme eksikliği hissedilmiş ve böylece uluslararası örgüt temsilcilerinin statüsüne ilişkin olarak 1975 tarihinde *Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi* imzalanmıştır.³⁷⁰

Uluslararası örgütlerdeki diplomatik temsilciler, devletler nezdindeki diplomatik temsilcilerden bazı yönlerden ayrılmaktadırlar. Zira uluslararası örgütlerde çalışan temsilcilerin görev ve yetkilerinin kapsamı ile faaliyet alanları diplomatik temsilcilerden farklıdır. 1975 Viyana Sözleşmesi'ne göre iki tür temsilcilik mevcuttur. Bunlar üye devletlerin daimi temsilciliği ve bunun başındaki misyon şefi daimi temsilci ve üye olmayan devletlerin sürekli daimi temsilciliği ve misyon şefi daimi gözlemcidir.³⁷¹ Her iki temsilcilik de üç sınıftan oluşmaktadır. Bunlar diplomatik personel, idari ve teknik personel ve hizmet personeli. Ayrıca özel

³⁶⁹ PAZARCI, 3. Kitap (2005), s.104

³⁷⁰1975 Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on the Representation of States in Their Relations with International Organizations of a Universal Character, Official Records of the United Nations Conference on the Representation of States in their Relations with International Organizations, V.II, UN Doc. A/CONF.67/16)

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf (erişim 18.06.2013)

Sözleşme'nin 89. maddesine göre Sözleşme, 35. onay bildirimimin deponizasyonuna tevdi edilmesini izleyen 30. günde yürürlüğe girecektir ancak sözleşmeyi imzalayan 54 devletten 34 tanesi onaylama işlemini gerçekleştirdiğinden bu Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir.

³⁷¹ PAZARCI, 3. Kitap (2005), s.106

hizmetlerde çalışan personel de sınırlı kurallar çerçevesinde daimi temsilciliğin bir parçası olarak kabul edilebilmektedir.

Daimi temsilciliğe bağlı diplomatik personelin görevleri, örgütün faaliyetlerine katılmanın yanı sıra şöyle sıralanabilir: örgüt nezdinde devletini temsil etmek; örgütle ilişkileri yürütmek; örgütle veya örgüt çerçevesinde görüşmeler yürütmek; örgüt nezdinde devletin çıkarlarını korumak.³⁷²

2.1.3. Devletin Belirli Konularda Temsile Yetkili Görevlileri

2.1.3.1. Özel (*Ad Hoc*) Heyetler

Özel (veya *ad hoc*) heyetler³⁷³, kabul eden devletin rızasıyla gönderen devleti temsilen belli meseleleri ele almak üzere belli bir süre için gönderilen temsilcilerden oluşan geçici heyetlerdir.³⁷⁴ Daimi diplomatik görevliler gibi özel görevliler veya *ad hoc* temsilciler de gönderen devletin hükümetinin verdiği yetkiyle hareket etmek zorundadırlar. Daimi diplomatik misyonun aksine özel heyetlerin işlevleri sınırlıdır. Bu heyetin korunması konusundaki uluslararası hukuk dayanağı, kabul eden devletin, gerçekleştirilecek görevin amacı hakkında yaptığı sözleşmede ortaya koyduğu istencine dayanmaktadır.³⁷⁵ 1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme'nin³⁷⁶ 1/a maddesindeki tanıma göre özel heyet, bir devletten başka bir devlete, kabul eden devletin iradesi dahilinde, belli bir sorunu ele almak veya belli bir görevi yerine getirmek amacıyla devletini temsilen gönderilen geçici bir heyettir. Bu geniş kapsamlı özel heyet kavramı siyasi nitelikli olmayan görevleri de içine almaktadır. Teknik ve siyasi sorunların ayrımının genelde zor yapılması ve teknik ve idari bir meselenin iki devlet arasındaki siyasi ilişkilere de olası etkileri nedeniyle bu

³⁷²1975 Viyana Sözleşmesi m.6; PAZARCI, 3. Kitap (2005), s. 106

³⁷³ Bu heyetler geçici diplomatik misyon olarak da adlandırılmaktadır. Örneğin Van ALEBEEK, *Immunity of States*, s.168; PAZARCI, 3. Kitap (2005), s.11 vd (Yazar özel heyetleri geçici diplomasi temsilcilerinin bir alt dalı gibi görmektedir.) Böyle bir yaklaşımla, diplomatlara benzer statüleri daha anlamlı olmaktadır. Ancak biz 1969 Sözleşmesi'nin Türkçeleştirilmiş şekliyle "Özel Heyet" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

³⁷⁴ Nadia KALB, *Immunities, Special Missions*, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, para. 1

³⁷⁵ Matthias HERDEGEN, *Special Missions*, in Bernhardt Rudolf (ed), *Encyclopedia of Public International Law V.9* (1986), s. 354

³⁷⁶ Convention on Special Missions, 1400 UNTS 231, 8.12.1969 (yürürlük tarihi 21.06.1985)

yaklaşım geniş bir tanımlamayı haklı gösterebilir. Ancak özel heyet temsilcilerine tanınacak ayrıcalıklar ve bağışıklıklar açısından, heyetin türünün belirlenmesinin önemli olduğu savunulmaktadır.³⁷⁷

İki dünya savaşı arasındaki dönemde ve 1945'ten sonra daha da artan biçimde özel heyetlerin diplomasinin bir aracı olarak görüldüğü söylenebilir.³⁷⁸ Modern uluslararası hukukta ad hoc görevlilerin uluslararası siyaset alanında önemli bir rol oynadıkları bilinmektedir. Özellikle uluslararası toplum üyelerinin ani krizler yaratmadaki başarısı göz önüne alındığında, bu krizlerin üst düzey temsilciler aracılığıyla çözümü de sıklıkla başvurulmuş bir yol haline almaktadır. Ulaşım ve iletişim alanında yaşanan ilerlemeler, seçimle başa gelen politikacıların uluslararası ilişkiler üzerindeki giderek artan kontrolü ve üst düzey görüşmelerin sıklıkla gerçekleştirilmesine yönelik giderek artan eğilim, ad hoc diplomasinin sıklıkla tercih edilmesine yol açmıştır. Bugün iki devlet arasında yaşanan bir sorun ya da ilişkilerin geliştirilmesine yönelik atılacak adımlar, gerçekleştirilecek işbirliği veya uluslararası toplumu ilgilendiren meselelerde bir araya gelerek müzakerelerde bulunma gibi amaçlarla sıkça özel heyetler yoluyla geçici diplomasi yöntemi uygulanmaktadır.

Özel heyetlerin başka bir devlete gittiklerinde orada karşılaşacakları muameleyle ilişkin yerleşik bir uluslararası hukuk kuralının olduğunu söylemek güçtür. Zira 1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme'nin sınırlı sayıdaki tarafı göz önüne alındığında³⁷⁹, Sözleşme hükümlerinin bu konudaki yapılageliş kurallarını

³⁷⁷ Özel heyetlerin birçok türü mevcuttur. Bunlardan en eskisi gizli temsilcilerdir. Bu temsilciler, ateşkes veya barış antlaşmalarına ilişkin görüşmelerin gerçekleştirilmesi, diplomatik ilişkilerin başlatılması veya tekrar kurulması ve gizli nitelikli olarak kabul edilen diğer meselelerde görev yaparlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **HERDEGEN**, *Special Missions*, 355

³⁷⁸ Özel Heyet Hakkında Sözleşme'nin tasarı metninin gerekçesinde özel heyetlerin hukuki statüsü Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: "*İkinci Dünya Savaşı'ndan önce özel heyetlerin kolaylıkları, ayrıcalıkları ve bağışıklıklarının hukukta bir dayanağı var mı yoksa bunların yalnızca nezaket gereği mi sağlandığı sorusu literatürde tartışılmış ve uygulamada ortaya çıkmıştır. Savaştan beri, bir hukuki dayanak olduğu fikri üstün gelmiştir. Artık devletlerin özel heyetlere ve üyelerine söz konusu kolaylıkları, ayrıcalıkları ve bağışıklıkları sağlama yükümlülüğü altında oldukları genel olarak kabul edilmektedir.*" YBILC 1967 V.II, s.358. Komisyon, bu yükümlülüğün daha önceki çalışmalarında da zikredildiğini belirtmiştir. Bkz. YBILC 1960 V.II, s.179-180; YBILC 1963 V.II, s. 225 para. 62-65; YBILC 1964 V.II, s. 210 vd.

³⁷⁹ Sözleşme'ye 18.06.2013 tarihi itibarıyla 38 devlet tarafıdır. Bkz. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-9&chapter=3&lang=en (erişim 18.06.2013)

simgelediğini söylemek zordur.³⁸⁰ Bununla birlikte Sözleşme'nin giderek yapılageliş değeri kazandığı da öne sürülmektedir.³⁸¹ Öte yandan, özel heyetlere devlet başkanı, hükümet başkanı veya dışişleri bakanının da dahil olması durumunda bu kişilere uygulanacak hukuki rejim, Sözleşme'de tanınan ayrıcalık, bağışıklık ve dokunulmazlıklara ek olarak bu kişilerin buldukları konum gereği daha özel bir düzenlemeyi gerekli kılan uluslararası yapılageliş kurallarından oluşmaktadır.³⁸²

Özel heyetler, diplomatik temsilcilerin sahip oldukları dokunulmazlık, ayrıcalık ve bağışıklıklara benzer bir rejime tabidirler³⁸³ ancak heyetin geçici niteliği nedeniyle bazı farklılıklar da mevcuttur. Geçici heyet genelde diplomatik misyon bina ve araçlarını kullandığından bu yerlerin dokunulmazlıkları halihazırda mevcuttur. Vergi ve gümrük ayrıcalığı da geçici nitelikleriyle sınırlı biçimde de olsa bulunmaktadır. Sözleşme'nin 31. Maddesi uyarınca cezai, hukuki ve idari davalarda bağışıklıkları vardır. Hukuk ve idari davalarda diplomatik temsilcilere öngörülen istisnalara ek olarak özel heyet üyelerinin resmi görevleri dışında meydana getirdikleri bir kaza nedeniyle oluşacak zararlar bakımından da yargılanmaları mümkündür.³⁸⁴

2.1.3.2. Uluslararası Konferanslardaki Temsilciler

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından BM Sistemi ile birlikte uluslararası toplum, çok sesli bir yükselişe girmiştir. Bu çok seslilik, devletlerin eşit biçimde temsil olunduğu bir uluslararası örgüt yapısı çerçevesinde mümkün kılınmaya çalışılmıştır. Belli konularda görüşmek için bir araya gelmesi gittikçe artan bir durum haline

³⁸⁰ **KALB**, Immunities, Special Missions, para. 4. ve para. 9 Ancak bu kuralların yapılageliş kurallarını simgelediğini söyleyenler de vardır. Örneğin **FRANEY**, *Arrest Warrant* ve Pinochet davalarını örnek vererek bu davalarda Özel Heyetler Hakkında Sözleşme'nin yapılageliş niteliğinin buralarda da teyit edildiğini öne sürmektedir. Bkz. **FRANEY**, Immunity, Individuals, s.136. Ancak her iki karardan da böyle bir sonuç çıkartmak pek mümkün gözükmemektedir. Mesela *Arrest Warrant* kararında UAD'nin Sözleşme'nin bağışıklıkla ilgili sorunlarda belli açılardan yararlı bir rehber olabileceğini ifade etmesi, onu uluslararası yapılageliş kuralı olarak kabul ettiğini göstermemektedir. Bkz. *Arrest Warrant* [2002] para. 52 Pinochet davasında ise bu sonuca ulaşacak herhangi bir emareye rastlanmamaktadır.

³⁸¹ Bkz. **PAZARCI**, 3. Kitap (2005), s.113.

³⁸² Özel Heyetler Hakkında Sözleşme m.21.

³⁸³ **Mark SUMMERS**, Diplomatic Immunity *Ratione personae*: Did The International Court Of Justice Create A New Customary Law Rule In Congo v. Belgium?, 16 Mich. SJIL. 459 (2007-2008), s. 462 dp.16 (Kısaca **SUMMERS**, *Ratione Personae*)

³⁸⁴ **KALB**, Immunities, Special Missions, para 6

gelmiştir. Uluslararası konferans diplomasisi³⁸⁵ yalnızca BM Sistemi ile sınırlı kalmamış, yine artan şekilde kurulan bölgesel ve evrensel nitelikli uluslararası örgütler eliyle uluslararası alanda siyasal eşgüdüm sağlanmaya çalışılmıştır. Bu eşgüdüm de uluslararası konferanslarla gerçekleştirilmektedir.

Bir devletin başka bir devletin başkentinde bulunan daimi temsilciliği, son derece teknik veya bilimsel sorunlar hakkındaki uluslararası konferans ve kongreler veya görüşmeler için her zaman yeterli olamayabilmektedir. Bu nedenle bu tür organizasyonlarda devletleri temsilen konuyla ilgili uzmanların da aralarında bulunduğu kişiler görevlendirilir. Özellikle genel nitelikli uluslararası antlaşmaların hazırlanmasına veya tasarılarının görüşülmesine ilişkin konferanslarda, o alanda ayrıntılı bilgiye sahip kişilerin heyet içinde yer alması, devletlerin kendi çıkarlarını koruyabilmek açısından da önemli görünmektedir.

Uluslararası konferanslar ve uluslararası örgütlerin toplantılarına katılacak geçici temsilcilere yönelik en temel antlaşma olan³⁸⁶ *1975 Viyana Evrensel Uluslararası Örgütlerle İlişkilerde Devletlerin Temsili Antlaşması*'nin³⁸⁷ 45. maddesine göre uluslararası konferansta devletin temsilcileri şu kişilerden oluşmaktadır: delegasyonun başkanı, delegasyon üyesi kişiler, diplomatik görevliler, idari ve teknik görevliler ile hizmet görevlileri.

BM ana ve yardımcı organlarına üye devletlerin temsilcileri ile BM tarafından düzenlenen konferanslara katılacak üye devlet temsilcilerine uygulanacak rejimle ilgili olarak *Birleşmiş Milletler'in Ayrıcalıkları ve Bağımsızlıkları Sözleşmesi*'nin³⁸⁸ 14. kısmında ve *Uzmanlık Kuruluşlarının Ayrıcalık ve Bağımsızlıkları Hakkında Sözleşme*'nin³⁸⁹ 16. Kısmında ayrıcalık ve bağımsızlıklara değinilmiştir. Buna göre,

³⁸⁵ LÜKE, Immunität Staatlicher Funktionsträger, s.126

³⁸⁶ PAZARCI, bu antlaşmanın uluslararası yapılageliş hukukunu yansıtmaya bile yaygın bir uygulamayı nitelediğini belirtmektedir. Bkz. Hüseyin PAZARCI, 3. Kitap (2005), s.111 vd.; HERDEGEN, Special Missions, s. 357

³⁸⁷ Doc. A/CONF.67/16. (Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character, 14.03.1975) http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf Sözleşme halen yürürlüğe girmemiştir.

³⁸⁸ UNTS 1, s. 15 (13 Şubat 1946)

³⁸⁹ UNTS 2, s.11 (21 Kasım 1947)

temsilcilere sağlanan ayrıcalık ve bağımsızlıklar, bu kişilerin görevlerini yerine getirirken ve toplantının yapılacağı yere gidiş gelişlerde geçerli olmak üzere öngörülmüştür. Bu kişilerin görevi, uluslararası toplumun gereksinimlerinin konuşulması veya kuralların konulması amacıyla bir araya gelinen konferanslarda devletlerinin çıkarlarını gözeterek hareket etmektir.

3. DEVLET GÖREVLİLERİNİN YARGI BAĞIŞIKLIĞININ KAYNAĞI VE KONUNUN KURALLARININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÇALIŞMALAR

3.1. ANTLAŞMALAR HUKUKU

Devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağımsızlığı ile ilgili özel bir antlaşma mevcut değildir. Ancak günümüzde çeşitli devlet görevlilerinin hukuki statülerini düzenleyen bazı antlaşmalar bulunmaktadır. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından yapılan çalışmalar neticesinde ortaya çıkan ve devlet görevlileriyle ilgili olarak örnek gösterilebilecek çok taraflı antlaşmalar şunlardır: 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi³⁹⁰; 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi³⁹¹; 1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme³⁹²; 1973 Diplomatik Temsilciler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi³⁹³; henüz yürürlüğe girmemiş olan 1975 Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi³⁹⁴ ve yine henüz yürürlüğe girmemiş olan Birleşmiş Milletler Devletlerin ve Mallarının Yargı

³⁹⁰ 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi, UNTS V. 500, Nr. I-7310.

³⁹¹ 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi, UNTS V. 596, Nr. 8638

³⁹² 1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme, UNTS V. 1400, Nr. I-23431

³⁹³ 1973 Diplomatik Temsilciler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, UNTS V. 1035, Nr. 15410

³⁹⁴ 14.03.1975'te yapılan bu antlaşma 18.06.2013 tarihinde yaptığımız son kontrole kadar yürürlüğe girmemiştir. Vienna Convention on the Representation of States in Their Relations with International Organizations of a Universal Character (Bkz. Official Records of the United Nations Conference on the Representation of States in their Relations with International Organizations, V. II UN Doc. A/CONF.67/16) http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf (erişim 18.06.2013)

Bağışıklığı Antlaşması³⁹⁵. Bunun yanında devletin yargı bağışıklığı ile ilgili olarak yürürlüğe girmiş tek antlaşma Devletin Yargı Bağışıklığı Avrupa Sözleşmesi'dir³⁹⁶ ancak bu da 1972'den beri yalnızca, sonuncusunu Almanya'nın 1990 yılında gerçekleştirdiği, 8 onay almıştır.³⁹⁷

Yukarıda sayılan antlaşmaların yanında, yine bazı antlaşmalarda devletlerin temsilcilerine ilişkin hükümler mevcuttur. Devletlerin uluslararası örgütlerdeki temsilcilerinin örgüte üye bir devletin veya bir organizasyona ev sahipliği yapan devletin ülkesinde sahip oldukları dokunulmazlık ve bağışıklıklar konusundaki antlaşmalar buna örnek gösterilebilir.³⁹⁸ Ayrıca konsolosluk görevlilerinin dokunulmazlık ve bağışıklıkları konusunda devletlerin kendi aralarında yapacakları ikili antlaşmaların hükümlerini de zikretmek gerekecektir. Zira 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne rağmen bu antlaşmaların yapılmasında herhangi bir sakınca yoktur³⁹⁹ ve bu antlaşmalarla Sözleşme'de öngörülen bağışıklık ve dokunulmazlıklardan daha geniş bir dokunulmazlık ve bağışıklık öngörülmesine imkan tanınabilir.

Devlet görevlilerine bağışıklık öngören uluslararası antlaşmaların yanında, bağışıklıkları yasaklayan uluslararası antlaşmalar da vardır. Örneğin Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin⁴⁰⁰ 4. maddesinde, suç

³⁹⁵ Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49), 2005. Bu antlaşmanın, insan haklarının korunması ve özellikle jus cogens kuralların ihlali konusundaki istisnanın varlığını gösteremediğinden uluslararası yapılageliş kurallarının tam olarak kodifikasyonunu işaret ettiği söylenemez.

³⁹⁶ Devletin Yargı Bağışıklığı Avrupa Sözleşmesi (European Convention on State Immunity), 16 Mayıs 1972, yürürlük tarihi 11 Haziran 1976, European Treaty Series - No. 74, 74, 11 ILM 470 (1972).

³⁹⁷ <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=0&DF=&CL=ENG> ((erişim 18.06.2013))

³⁹⁸ Örneğin 1946 Birleşmiş Milletler'in Ayrıcalık ve Bağışıklığına İlişkin Antlaşma'nın 4. maddesi (A/RES/22(I)C); 1947 Özel Görevlilerin Ayrıcalık ve Bağışıklığına İlişkin Antlaşma'nın 5. maddesi (A/RES/179(II) C); 1949 Avrupa Konseyi'nin Ayrıcalık ve Bağışıklıkları Hakkında Genel Antlaşma'nın 4. Bölümü. (CETS No. 002) Ayrıntılı bilgi için bkz. **KOLODKIN**, Preliminary Report, s.14

³⁹⁹ Bizzat Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 73. maddesinde, Sözleşme'nin devletlerin konsolosluk ilişkileri hakkında aralarında antlaşma yapmalarına bir engel teşkil etmediği vurgulanmaktadır. Böylece devletler, bu konuda kendi aralarında yaptıkları antlaşmalara öncelik verebileceklerdir. KİHVS'nin önemi ve niteliği için bkz. **AYBAY**, Konsolosluk, s.91 vd

⁴⁰⁰ 12.01.1957 UNTS V.78, s. 277.

işleyen kişinin resmi sıfatına bakılmaksızın cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.⁴⁰¹ İşkence ve Diğer Zalimane Gayrinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin⁴⁰² 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. Buradan hareketle Sözleşme'nin 1. Maddede zikredilen kişiler tarafından gerçekleştirilen işkence veya benzeri davranışların⁴⁰³ sorumlularının herhangi bir gerekçe olmaksızın yargılanmasını buyurmaktadır. Zaten 3. maddede işkencenin önlenmesi için taraf devletlerin her türlü tedbiri alması gerektiği belirtilirken, hiçbir gerekçenin⁴⁰⁴ işkenceyi haklı kılamayacağı vurgulanmıştır. Böylece, “resmi eylem” adı altında işkence ve benzeri davranışların gerçekleştirilmesi gerekçesi, kişiyi yargılanmaktan kurtaramayacaktır. Diğer yandan, uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde de uluslararası hukuka aykırı suç işleyenlerin bağışıklıktan faydalanamayacakları ifade edilmektedir. Örneğin *Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Sözleşmesi*'nin 7. maddesinde, ister devlet başkanı isterse hükümetin yetkili bir görevlisi olsun, sanığın resmi sıfatının kendisini sorumluluktan kurtaramayacağı belirtilmiştir. Nürnberg Sözleşmesi'nin getirdiği bu hüküm, izleyen dönemde kurulan başka uluslararası mahkemelerin statülerinde de yer almıştır. Örneğin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) Statüsü m. 7/2; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) Statüsü m. 6/2; Sierra Leone İçin Özel Mahkeme'nin Statüsü m. 6/2; Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü m27/1'de benzer hükümlere yer verilerek, sanığın resmi sıfatının yargılamaya engel teşkil etmeyeceği vurgulanmıştır.⁴⁰⁵ Uluslararası ceza mahkemelerindeki bu kurallar, yerel mahkemelerdeki yargılamalarda da, en azından görevi başındaki üst düzey devlet görevlilerine ilişkin uygulamalar açısından yol

⁴⁰¹ Madde 4: “Soykırım veya madde 3'te sayılan eylemlerden herhangi birini işleyen kişiler, anayasal sorumlu yöneticiler, resmi görevliler veya özel kişiler olmalarına bakılmaksızın cezalandırılacaktır.”

⁴⁰² UNTS V. 1465, Nr. 24841

⁴⁰³ “ve benzeri davranışlar”dan kastımız, Sözleşme'de adı geçen “diğer zalimane, gayrinsani veya küçültücü” davranışlardır.

⁴⁰⁴ Sözleşmenin 3. Maddesinde gösterilen bu gerekçeler, savaş durumu, savaş tehdidi, iç siyasi huzursuzluk veya diğer olağanüstü hal gibi herhangi bir istisnai durum ile bir amirin veya bir kamu makamının verdiği bir emirdir. Bu sayede herhangi bir istisnaya yer bırakılmaksızın işkence içelikli davranışların engellenmesi amaçlanmıştır.

⁴⁰⁵ Diğer taraftan, Lübnan Özel Mahkemesi'nin Statüsü'nde buna benzer bir hükmün yer vermemektedir. Bu durumda Mahkeme konuyu uluslararası yapılageliş hukukuna göre çözümlenmek durumunda.

gösterici olmakla birlikte, yerel yargılamalarda göz önüne alınacak kuralların, konuyla ilgili bağlayıcı bir uluslararası antlaşma hükmü olmadığı müddetçe uluslararası yapılageliş kuralları çerçevesinde uygulanacağını söylemek gereklidir.

3.2. YAPILAGELİŞ HUKUKU

Günümüzde mevcut uluslararası antlaşmalar devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığı konusunda farklı açılardan ve belli görevli gruplarını içeren düzenlemeler öngörmektedirler.⁴⁰⁶ Örneğin DİHVS diplomatik misyon üyesi temsilcilerin bağışıklık ve dokunulmazlıklarını, KİHVS de konsüler temsilcilerin bağışıklıklarını düzenlemektedir. Uluslararası örgütler nezdinde toplantılara katılacak devlet temsilcilerinin⁴⁰⁷ ve ayrıca özel heyetlerin⁴⁰⁸ dokunulmazlık ve bağışıklıkları ile ilgili düzenlemeler öngören uluslararası antlaşmalar da bulunmaktadır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ne var ki bu antlaşmalar hep belli durumlarla ve belli devlet görevlileriyle ilgili düzenlemeler içermektedir. Evrensel düzeyde devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığıyla ilgili kabul edilmiş bir uluslararası antlaşma ise mevcut değildir.⁴⁰⁹ Böyle olunca da bu konuya ilişkin kuralların uluslararası yapılageliş hukukunda var olup olmadığı⁴¹⁰ ve varsa ne seviyede olduğunu belirlemek gerekmektedir.

UAD *Arrest Warrant* kararında DİHVS, KİHVS ve Özel Heyetler Hakkında Sözleşme'yi örnek vererek bu sözleşmelerin belli açılardan yararlı bir rehberliği olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, *“Ne var ki bunlar Dışişleri Bakanı'nın bağışıklığını tanımlayacak özel herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu tür bakanların bağışıklıklarıyla ilgili sorularda Mahkeme sonuç olarak uluslararası yapılageliş*

⁴⁰⁶ KOLODKIN, Preliminary Report, s.15

⁴⁰⁷ Birleşmiş Milletler'in Ayrıcalıkları ve Bağışıklıkları Sözleşmesi UNTS 1, s. 15 (13 Şubat 1946); Uzmanlık Kuruluşlarının Ayrıcalık ve Bağışıklıkları Hakkında Sözleşme UNTS 2, s.11 (21 Kasım 1947); 1975 Evrensel Uluslararası Örgütlerle İlişkilerde Devletlerin Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi Doc. A/CONF.67/16 (Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir.)

⁴⁰⁸ 1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme, 1400 UNTS 231, 8.12.1969 (yürürlük tarihi 21.06.1985)

⁴⁰⁹ KOLODKIN, Preliminary Report, s. 15

⁴¹⁰ FOX, *State Immunity* (2008), 426 (*Devlet başkanının statüsü ve yargı bağışıklığı konusunda herhangi bir genel antlaşmanın yokluğunda kurallar uluslararası yapılageliş hukukundan sağlanır.*) Thilo RENSMANN, *Impact on the Immunity of States and their Officials*, in Menno T. KAMMINGA/Martin SCHEININ (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press 2009, s.162 (*Diplomatik bağışıklıklar istisnası dışında devletlerin ve görevlilerinin bağışıklığı uluslararası yapılageliş hukukuna dayanmaktadır.*)

hukukuna dayanarak karar vermek zorundadır”⁴¹¹ dedikten sonra dışişleri bakanının uluslararası yapılageliş hukukuna göre kendi kişisel çıkarları için değil işlevlerini etkili biçimde yerine getirebilmek için bağışıklığa sahip olduğunu dile getirmiştir.⁴¹²

Yabancı devletin yargı yetkisinden bağışıklığın uluslararası yapılageliş hukukundan kaynaklandığı bazı yerel mahkeme kararlarında ifade edilmiştir. Örneğin *Tachiona v. Mugabe* davasında Amerikan Mahkemesi devlet başkanlarının sahip oldukları bağışıklıkların, en azından uluslararası antlaşmalarla ve uluslararası yapılageliş hukukunda kabul edilmiş diplomatik ve konsüler bağışıklıklarla orantılı olduğunu söylemektedir.⁴¹³ New York’ta ikamet eden Lafontant’ın, Haiti Devlet Başkanı Jean-Bertrand Aristide’in talimatıyla Haiti askerleri tarafından kocasının öldürülmesi nedeniyle, Başkan Aristide aleyhine açtığı maddi tazminat davası mahkeme tarafından şu gerekçeyle reddedilmiştir: “*Konuk devlet başkanı genellikle yabancı devletin mahkemelerinin yargı yetkisinden bağışıktır.*”⁴¹⁴ 13 Mart 2001’de Fransız Yüksek Mahkemesi (Cour de Cassation) Libya Devlet Başkanı Muammer Kaddafi aleyhinde 1989 yılında bir Fransız uçağının bombalanmasındaki rolü nedeniyle açılan ceza davasını reddetmiştir. Mahkeme buna gerekçe olarak “*İlgili taraflar üzerinde aksine bağlayıcı uluslararası hükümlerin yokluğunda uluslararası yapılageliş, görevi başındaki devlet başkanları aleyhine yabancı bir devletin cezai yargısı önünde yargılama tesis edilmesini engeller.*”⁴¹⁵ diyerek görevi başında bir devlet başkanına bir devletin cezai yetkilerini uygulamanın uluslararası yapılageliş

⁴¹¹ *Arrest Warrant* [2002], para. 52.

⁴¹² *ibid*, para. 53

⁴¹³ *Tachiona v. Mugabe*, 169 F.Supp.2d 259 (S.D.N.Y. 2001), s. 291-292. Aynı davada Dışişleri Bakanı Mudenge de bağışık sayılmıştır. Diğer yandan Zimbabve Devlet Başkanı Mugabe ile ilgili “bağışıklık önerisi” sunan ABD Hükümeti “*Uluslararası hukuk tarafında tanınan ve ABD’de uygulanan yapılageliş kurallarına göre ... Başkan Mugabe yabancı bir devletin başkanı olarak bu davada mahkemenin yargı yetkisinden bağışıktır.*” diyerek devlet başkanlarının yargı bağışıklığında uluslararası yapılageliş kurallarına dayanmıştır. 95 AJIL 873 (2001), s.874. Atıf yapılan diğer davalar için bkz. *First American Corp. v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nahyan*, 948 F.Supp. 1107, 1119 (D.D.C. 1996); *Alicogv. Kingdom of Saudi Arabia*, 860 F.Supp. 379, 382 (S.D. Tex. 1994).

⁴¹⁴ *Lafontant v Aristide*, 844 F. Supp. 128 (E.D.N.Y. 1994), s.132

⁴¹⁵ *SOS Attentat ans Castenau d’Esnau v. Qaddafi, Head of State Libya*, France Court of Cassation Criminal Chamber, 13 Mart 2001, No. 1414, 120 ILR 490 (2001) , France, Court of Cassation, Criminal Chamber, 13 March 2001, 125 ILR 508, s.509. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Salvatore ZAPPALA**, Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation, 12 EJIL 595 (2001), s. 601 vd. (Kısaca ZAPPALA, The Ghaddafi Case)

hukukuna aykırı olacağını ifade etmiştir.⁴¹⁶ Belçika Yüksek Mahkemesi *H.S.A et. al. v. S.A. et. al.* kararında da uluslararası yapılageliş hukukunun, devlete yükümlülük öngören aksine uluslararası hukuk kurallarının yokluğunda, devlet başkanları ve hükümet başkanlarının yabancı devletin ceza yargılamasına tabi kılınmaları fikrinin karşısında olduğunu ifade etmiştir.⁴¹⁷ *Mobutu v. SA Cotoni* davasında da Brüksel Hukuk Mahkemesi Zaire Devlet Başkanı ve ailesi aleyine açılan hukuk davasında bağışıklık konusunu incelerken, devlet başkanının bağışıklığının dayanağı olarak uluslararası yapılageliş hukukunu göstermiştir.⁴¹⁸

Üst düzey devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığının tüm yanlarıyla uluslararası yapılageliş hukukunda yerleşmiş kurallara sahip olduğunu söylemek zordur. Devletin yargı bağışıklığında olduğu gibi, bağışıklık temel olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, çeşitli durum ve kişi gruplarına yönelik uygulaması farklılık göstermektedir. Örneğin devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanının kişisel bağışıklığının ceza yargılamalarında tam ve kesin olduğu ve bunun *erga omnes* nitelikte olduğu söylenebilirken, kişisel bağışıklığın atfedildiği diğer kişilerden örneğin özel heyet üyesi kimselerin gönderen devlet ile kabul eden devlet dışındaki üçüncü bir devletin ceza yargılamasından aynı şekilde bağışık olup olmayacağı sorusu, bu soruya diplomatik temsilciler açısından verilecek cevaba bakıldığında olumsuz olacaktır. Dolayısıyla devlet görevlilerinin yargı bağışıklığını incelediğimiz iki ayrı kategorinin (kişi yönünden ve konu yönünden) kendi içinde farklı kuralları barındırdığı söylenebilir. Ancak genel olarak devlet görevlilerine yabancı bir devlete gittiklerinde –cezai yargı yetkisi bakımında- yargı bağışıklığı tanındığının kabul edildiğini ifade etmek mümkündür. Diğer yandan belirttiğimiz gibi bu, detayları belirsiz ve genel nitelikte bir yapılageliş kuralıdır. Bunun temel nedeni, devlet görevlilerinin, özellikle ağır insan hakları açısından üst düzey devlet görevlilerinin, sıklıkla yabancı devletlerde ceza yargılamalarıyla karşı karşıya kalmamalarıdır. Şunu da vurgulamak gerekir ki, bu ikili ayrıma dair

⁴¹⁶ **Heidi ALTMAN**, The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon, s. 6, www.indictsharon.net/heidialtman-apr02.pdf (Kısaca ALTMAN, The Future of Head of State Immunity)

⁴¹⁷ *H.S.A., et al. v. S.A., et al.* (Decision Related To The Indictment Of Ariel Sharon, Amos Yaron And Others) 42 ILM 596 (2003), s.599

⁴¹⁸ *Mobutu v. SA Cotoni*, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (JLMB) 1989, p. 169, 91 ILR 259, s. 260

değerlendirmeler ve devletin üst düzey görevlilerinin yabancı bir devletin mahkemelerinde yargılanmasına ilişkin gelişmeler, uluslararası hukukta özellikle 20. Yüzyılın son çeyreğinde yaşanmaya başlamıştır.⁴¹⁹

Konuyla ilgili yapılageliş kurallarının var olduğu söylenebilmekle birlikte, bunun sınırlarının tam olarak neler olduğu halen tartışmalıdır. Örneğin uluslararası suçlar açısından eski devlet görevlilerinin yabancı bir devletin ceza yargılamasına tabi tutulup tutulamayacağına yönelik tartışmalarda bu suçların “resmi eylem” olarak kabul edilip edilmeyeceği ve dolayısıyla devletin eylemi olarak görevliyi sorumluluktan kurtarması meselesi belirgin değildir. Özellikle UAD’ın Belçika ve Kongo arasındaki uyuşmazlığa konu olan *Arrest Warrant* kararında görevdeki bir dışişleri bakanının uluslararası suç işlemesine rağmen yabancı bir devletin ceza yargılamasından bağışık olacağına hükmetmesi, en azından görevdeki üst düzey devlet görevlileri açısından tam bir korumaya işaret olarak düşünülebilir. Ancak konuyla ilgili içtihatların tekdüze devlet uygulamasını işaret etmediğini de belirtmekte yarar görüyoruz.

3.3. BM ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU’NUN ÇALIŞMALARI

Devlet görevlilerinin yabancı bir devletin yargı yetkisinden bağışıklığına ilişkin olarak yapılmış bir antlaşma henüz yoktur. Uluslararası hukukun içinde geçtiği son 20 yıllık dönemde gerek insan hakları ihlallerinden sorumlu kişilerin cezalarındırılmasına yönelik giderek artan eğilimin yanında bu konuda uluslararası mahkemelerin zorunlu yargı yetkisinin bulunmaması, devletleri yerel mahkemeler aracılığıyla hesap sormaya yöneltmiştir. Üst düzey devlet görevlilerinin ağır insan hakları ve uluslararası hukuk ihlallerinde bireysel anlamda sorumlulukları nedeniyle yerel mahkemeler önünde yargılanmasının giderek artan ve hatta deyim yerindeyse “popülerleşen” bir durum olması, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun konuyla ilgili bir antlaşma hazırlığına girişmesi sonucunu doğurmuştur. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2006 yılında yaptığı 58. Toplantısı’nda oluşturulan çalışma

⁴¹⁹ Bu dönemde hem İkinci Dünya Savaşı’nın ardından bireysel cezai sorumluluk fikrinin yaygınlaşması, hem de uluslararası ceza hukukunun giderek gelişmesi bağışıklık kurallarının da incelenip irdelenmesine neden olmuştur.

grubunun tavsiyesi üzerine uzun süreli programına “Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargılamasından Bağışıklığı” konusunda bir antlaşma metni hazırlanmasını dahil etmiştir.⁴²⁰ BM Genel Kurulu da 12 Aralık 2006 tarihli toplantısında Komisyon’un bu kararını kabul etmiştir. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2007 yılında yaptığı 59. Toplantısı’nda Roman Kolodkin’i çalışmanın özel raportörü olarak atamıştır. Raportör Kolodkin, Komisyon’a konuyla ilgili biri ön rapor olmak üzere Komisyon’a toplam 3 rapor sunmuştur.⁴²¹ Raportör’ün Uluslararası Hukuk Komisyonu’un 2008 yılında yapılan 60. Oturumu’nda sunduğu ön raporda özetle devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığı konusunda Uluslararası Hukuk Komisyonu ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından yapılan geçmiş çalışmalar değerlendirilmiş; ardından konunun kaynakları, sınırları ve kapsamını içeren bir çerçeve çizilmiştir.⁴²² Aynı oturumda BM Genel Sekreterliği de Komisyon’a konuyla ilgili ayrıntılı bir rapor iletmıştır.⁴²³ Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun 2011 yılında yapılan 63. Oturumu’nda ikinci ve üçüncü rapor Komisyon’a sunulmuştur. İkinci rapor, devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığının kapsamına giren, bağışıklık türleri, yargı yetkisinin uygulanmasına engel olan resmi eylemler, bağışıklık kurallarının olası istisnaları gibi temel konuları içermektedir.⁴²⁴ Üçüncü raporda ise bağışıklığın başlaması, bağışıklıktan vazgeçme gibi durumlarda bağışıklığın zamansal açıdan değerlendirilmesi ile usuli konulara değinilmiştir.⁴²⁵ Son olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun 22 Mayıs 2012 tarihinde gerçekleştirdiği 64. Oturumu’nda Concepción Escobar Hernández, Roman Kolodkin’in yerine özel raportör olarak atanmıştır.⁴²⁶ Hernández son olarak biri Kolodkin’in çalışmalarını özetleyen olmak üzere 2 adet rapor hazırlamıştır.⁴²⁷

⁴²⁰ International Law Commission, Provisional agenda for the fifty-eighth session A/CN.4/559 Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), para. 257

⁴²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. http://untreaty.un.org/ilc/guide/4_2.htm

⁴²² U.N. Doc. A/CN.4/601

⁴²³ U.N. Doc. A/CN.4/596

⁴²⁴ U.N. Doc. A/CN.4/631

⁴²⁵ U.N. Doc. A/CN.4/646

⁴²⁶ U.N. Doc. A/CN.4/SR.3132, s.16

⁴²⁷ Preliminary report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/357/18/PDF/N1235718.pdf?OpenElement>

Bu çalışmalar, tezimizin çerçevesini oluşturmak için bize yol göstermiş olmakla birlikte konuyu çalışmamızın kapsamından daha dar biçimde ele almıştır. Elbette Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasını göz ardı ederek bir tez yazmak, önemli bir eksiklik olacaktır. Tezimizde Raportör'ün hazırladığı raporlarda eleştirdiğimiz ve katıldığımız yerleri sırası geldikçe bildirmeye gayret edeceğiz. Son olarak tezimizin sonlandırıldığı tarih⁴²⁸ itibariyle Komiyon'un çalışmalarına devam ettiğini belirtmeliyiz.

3.4. ULUSLARARASI HUKUK ENSTİTÜSÜ'NÜN ÇALIŞMALARI

Uluslararası Hukuk Enstitüsü⁴²⁹ ilk olarak 19. Yüzyılda devlet başkanlarının yabancı mahkemelerin yargı yetkisinden bağışıklığı konusuyla ilgilenmiştir.1891 yılında yabancı devletler ve devlet başkanlarıyla ilgili Hamburg Önergesi'ni hazırlamıştır.⁴³⁰ Bu düzenlemede devlet başkanının bağışıklığı devletin bağışıklığı çerçevesinde ele alınmıştır. Hükümler yabancı ceza yargılamasından bağışıklığı özellikle ele almamış, bunun yerine genel anlamda bağışıklığa değinmiştir.

Enstitü, devlet başkanının bağışıklığını bu yüzyılın başında konu politik, kamusal ve akademik alanda çok ilgi görmeye başladığında yeniden gündemine almıştır.⁴³¹ Bunun sonucunda Enstitü 2001 yılında Joe Verhoeven'in raportörlüğünde "*Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İnfazdan Bağışıklığı*" konulu Vancouver Önergesi'ni hazırlamıştır.⁴³² Önerge'de görevi başındaki devlet başkanı ve hükümet başkanının, suçun ağırlığı dikkate

⁴²⁸ 18.06.2013

⁴²⁹ Bu Enstitü, Amerika'da kurulmuş olan International Law Institute ile karıştırılmamalıdır. Burada zikrettiğimiz kurum, 1904 yılında Nobel Barış ödülünü alan, uluslararası hukukta çok önemli bir yere sahip olan Institut de Droit International'dır. http://www.idi-iil.org/idiE/navig_history.html

⁴³⁰ Fransızca metni için bkz. Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers, http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1891_ham_01_fr.pdf

⁴³¹ O sıralar konunun popülaritesinin artmasının nedeni, General Pinochet ile ilgili davanın İngiltere'de görülmesinin yarattığı etkidir. FINKE bu etkinin Avrupa'da Pinochet ile, Amerika'da ise *Princz v. Federal Republic of Germany* davasıyla geliştiğini söylemektedir. Bkz. **FINKE**, Sovereign Immunity, s. 854

⁴³² Resolution on the Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law (Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İnfazdan Bağışıklığı Önergesi), Vancouver Session 2001, www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF, m. 1, 2 ve 15

alınmaksızın, yabancı bir devletin mahkemelerinde cezai yargılama yetkisinden bağışıklığını öngörmektedir. Görevi sona ermiş olanlar ise, Önerge uyarınca, resmi görevin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı yabancı ceza yargılamasından bağışıklıdır. Bununla birlikte bu sıfatı haiz kişilerin uluslararası hukuk suçu işlemleri, münhasıran kendi çıkarlarını tatmin etmek üzere hareket etmeleri ya da devlet malına yasadışı biçimde el koymaları durumunda bağışıklık sınırlandırılmaktadır ve bu kişiler ceza yargılamasına tabi olmaktadır.

Enstitü 2005'te Krakov'da gerçekleştirdiği Uluslararası Hukukta *Erga omnes* Yükümlülükler ve Haklar konusundaki çalışması sonucunda ortaya koyduğu Önerge'de⁴³³ de devlet adına hareket eden kişilerin bağışıklıklarına değinmiştir. Önerge'nin 3. Maddesinde yer verilen bu konuda Enstitü, uluslararası suçlarda kişisel bağışıklık dışında herhangi bir bağışıklığın yargılama yetkisine engel teşkil etmeyeceğini; kişisel bağışıklığın görev sona erdiğinde ortadan kalkacağını belirtirken bu saydığı kuralların uluslararası hukukta bir kimsenin sorumluluğuna ve uluslararası suçlarla ilgili böyle bir kişinin eyleminin devlete atfedilmesi sonucu ortaya çıkacak devletin sorumluluğuna helal getirmeyeceğini de belirtmiştir.⁴³⁴

Son olarak Enstitü 2009 yılında Lady Hazel Fox'un raportörlüğünde "*Devletin veya Devlet Adına Hareket Eden Kişilerin Uluslararası Suçlarda Yargılama Yetkisinden Bağışıklığı*" hakkında Napoli Önergesi'ni hazırlamıştır.⁴³⁵ Bu Önerge'ye göre de uluslararası suç işleyen kişiler yalnızca kişisel bağışıklık sahibi olmaları durumunda yargılanmazlar. Ancak kişisel bağışıklığa neden olan statü sona erdiğinde bağışıklık da ortadan kalkmaktadır.

⁴³³ Resolution on the Obligations and Rights Erga Omnes in International Law (Uluslararası Hukukta Erga Omnes Yükümlülükler ve Haklar Önergesi), Krakov Session 2005, http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_01_en.pdf

⁴³⁴ Ibid, m.3

⁴³⁵ *Devletin veya Devlet Adına Hareket Eden Kişilerin Uluslararası Suçlarda Yargılama Yetkisinden Bağışıklığı* hakkında 2009 Napoli Önergesi, Raportör: Hazel FOX, (Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes) http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2009_naples_01_en.pdf

3.5. DİĞER ÇALIŞMALAR

Devlet görevlilerinin ağır insan hakları ihlallerinde yabancı ceza yargılamasından bağışıklığı konusu, giderek artan önemi nedeniyle son yıllarda yapılan çalışmalar ve hazırlanan kimi raporlarda doğrudan veya dolaylı olarak ele alınmıştır. Örneğin Uluslararası Hukuk Derneği⁴³⁶ 1994'te itibaren yaptığı çalışmalar sonucunda 2000 yılında yapılan Londra Konferansı'nda Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Evrensel Yargı Yetkisinin Uygulanması konulu nihai raporunu hazırlamıştır.⁴³⁷ Raporda bağışıklık meselesi doğrudan ayrıntılı bir şekilde incelenmemekle birlikte devlet görevlilerinin resmi eylemlerine özgülenen *ratione materiae* bağışıklığın ağır insan hakları ihlallerinde yargılamaya engel teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴³⁸

2001 yılında Profesör Bassiouni önderliğinde uluslararası alanda tanınmış hukukçulardan oluşturulan bir grup tarafından hazırlanan Evrensel Yargı Yetkisi Hakkında Princeton İlkeleri de⁴³⁹ devlet görevlilerinin uluslararası hukuka göre ağır suç olarak kabul edilen suçlar açısından yabancı bir devletin cezai yetkilerinden bağışık olamayacağını bildirmektedir. İlke 5'e göre uluslararası hukuka göre ağır suçlarla⁴⁴⁰ ilgili olarak, suçun isnat edildiği kişinin resmi konumu, devlet başkanı veya hükümet başkanı veya sorumlu bir hükümet görevlisi olmasına bakılmaksızın, bu kişiyi ne cezai sorumluluktan kurtarır ne de kişinin cezasını hafifletir. Bu ilkeler belli oranda hukuk kurallarının ortaya konulması şeklinde yorumlanabilir ve yol gösterici olarak kullanılabilir.

⁴³⁶ International Law Association. <http://www.ila-hq.org/> 1873 yılında Brüksel'de kurulan bu kuruluş, tüzüğünün 3. maddesi uyarınca uluslararası özel ve kamu hukuku alanında kuralları belirginleştirmek ve geliştirmek konusunda çalışmalar yürütmeyi amaç edinmiştir. Tüzük için bkz. www.ila-hq.org/download.cfm/docid/30692D54-747F-4D66-B9F8E5C08F69F3AF

⁴³⁷ International Law Association, Final Report On The Exercise Of Universal Jurisdiction In Respect Of Gross Human Rights Offences, London Conference (2000), www.ila-hq.org/.../A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376 Nihai raporun hazırlanma aşamalarına kadar 1994'ten itibaren Dernek'in konuyla ilgili çalışmaları hakkında özet bilgi için bkz. ibid, s.1-2

⁴³⁸ Ibid, s. 14

⁴³⁹ The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf

⁴⁴⁰ Bu suçlar İlke 2'ye göre korsanlık, insan ticareti, savaş suçları, barışa karşı suçlar, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve işkence olarak sayılmıştır. Ancak bu suç listesinin sınırlayıcı olmadığı da anılan listenin 2. Paragrafında belirtilmektedir. Bkz. http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf

2009 yılında Afrika Birliği ile Avrupa Birliği Evrensel Yargı Yetkisi ile ilgili Teknik Ad Hoc Uzman Grup tarafından hazırlanan metinde de⁴⁴¹ bağışıklık meselesine değinilmiştir. Raporda uluslararası nitelikli ciddi suç işlemekle itham edilen kişiler üzerinde evrensel yargılama yetkisi kullanan yerel ceza mahkemeleri yabancı devlet görevlilerinin sahip olabilecekleri tüm bağışıklıkları yasal olarak gözönüne almakla bağılıdır ve dolayısıyla da bağışıklık sahibi devlet görevlilerini yargılamaktan kaçınmakla yükümlüdür.⁴⁴²

2011 yılında Netherlands Society of International Law tarafından, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu *Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargılamasından Bağışıklığı* konulu çalışmasına yönelik bir tavsiye raporu hazırlanmıştır.⁴⁴³ Raporda devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığı meselesi tüm yönleriyle ele alınmaya çalışılarak Hollanda'nın konuya ilişkin yaklaşımı da ortaya koyulmuştur.

3.6. İÇ HUKUKTAKİ BAĞIŞIKLIK KURALLARININ ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET GÖREVLİLERİNİN YARGI BAĞIŞIKLIĞINA ETKİSİ

İç hukuklarda devlet başkanı, hükümet başkanı, bakanlar kurulu üyeleri, meclis üyeleri gibi devletin üst düzey görevlilerinin görevlerini rahatça ve herhangi bir baskı altında kalmaksızın yerine getirebilmeleri için ulusal düzeyde bir takım dokunulmazlık ve bağışıklıklardan faydalanmaları genel olarak uygulanan bir durumdur. Bu bağışıklıklar, görevleri sırasında veya göreve gelmeden önce işlenen sıradan suçları da kapsamaktadır.⁴⁴⁴ İç hukukta tanınan bu bağışıklıkların dayanağı anayasal kural olmakla birlikte bu uygulama özellikle güçler ayrılığı ilkesinin bir

⁴⁴¹ Metin, 6 Eylül 2008'de Brüksel'de ve 20-21 Kasım 2008'de Adis Ababa'da düzenlenen toplantılar sonucunda oluşturulmuştur. Metin için bkz. Council of the European Union, Annex to 8672/1/09 REV 1 (2009),

http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/troika_ua_ue_rapport_competence_universelle_EN.pdf

⁴⁴² Council of the European Union, Annex to 8672/1/09 REV 1 (2009), Recommendation 8, s. 42.

⁴⁴³ Advisory Committee on Issues of Public International Law, Advisory Report on the Immunity of Foreign State Officials, Advisory Report No. 20, 2011, www.rijksoverheid.nl/ministeries/bz/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/05/01/cavv-advies-nr.-20-immuniteitbuitenlandse-ambtsdragers-en.html

⁴⁴⁴ **Antonio CASSESE**, International Criminal Law, Oxford University Press, 2. Ed. 2008, s. 302. (Kısaca CASSESE, ICL 2008)

gereği olarak görülmektedir.⁴⁴⁵ Özellikle resmi görevleri sırasında yaptıkları konuşmalardan dolayı bağışık olmaları ve gerçek fikirlerini yargılanma korkusu yaşamaksızın dile getirebilmeleri ifade özgürlüğünün de bir parçasını teşkil etmektedir.

Uluslararası yapılageliş hukuku devletlere iç hukuktaki düzenlemelerinde kendi görevlilerine tanıdıkları bağışıklıkları dikkate almamaları konusunda genel bir yükümlülük öngörmemektedir.⁴⁴⁶ Bunun yanında devletin görevlisiyle ilgili böyle bir iç hukuk kuralı, uluslararası hukuk suçları çerçevesinde bireylerin cezalandırılmasına ilişkin bir sözleşme hükmü ile çatışabilir. Böyle bir durumda iki durum söz konusu olacaktır. Birincisi, o devlet iç hukuk kuralını değiştirecektir.⁴⁴⁷ İkinci durumda ise eğer devlet iç hukuk kuralını değiştirmiyor ve o kural nedeniyle sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal ediyorsa, uluslararası alanda sorumluluğu doğacaktır. Çünkü devletler bir iç hukuk kuralını gerekçe göstererek uluslararası

⁴⁴⁵ CASSESE, yerel düzeydeki bağışıklıkların güçler ayrılığı ilkesinin bir gereği olduğunu vurgularken bunun özellikle devletin diğer organlarının, devlet görevlilerinin bağımsızlıklarını veya siyasi eylemlerini tehlikeye sokabilecek nitelikteki müdahalelerinden korunması zaruretinden ileri geldiğini belirtmektedir. Bkz. CASSESE, ICL 2008, s.303

⁴⁴⁶ **Memorandum by the Secretariat**, Immunity of State Officials (2008), s.22; CASSESE, ICL 2008, s.314

⁴⁴⁷ Fransa, Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'ne taraf olduktan sonra Anayasası'ndaki bağışıklıkla ilgili hükümleri Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerine ters düşmemesi açısından değiştirmiştir. Bkz. **Memorandum by the Secretariat**, Immunity of State Officials (2008), s.22

Türkiye'de de 1982 Anayasası'nın 38. Maddesinin son fıkrasında, 7/5/2004 tarihinde 5170 sayılı Kanun'un 5. Maddesiyle, UCM'nin Statüsü'ne taraf olunmamasına rağmen Statü'den kaynaklanan yükümlülük gereği uyuğunun yargılanmak üzere Divan'a teslim edilebileceği anlamına gelen şöyle bir değişiklik yapılmıştır: "*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.*"

Anayasamız'ın 38. fıkrasına eklenen bu son cümle eleştiriye oldukça açık bir şekilde düzenlenmiştir. Öncelikle, ilgili hükümde UCM'ye taraf olmaktan bahsedilse de burada aslında Mahkeme'nin Statüsü'ne taraf olmak kastedilmiş ancak bu özensiz biçimde ifade edilmiştir. Diğer yandan kullanılan ifadeden yargılama yetkisinin doğabilme koşullarına yönelik bir iade yükümlülüğü anlamı çıkarmak mümkün değildir. Zira Mahkeme'nin Statüsü'ne taraf olmayan devletler açısından Mahkeme'nin yargılama yetkisinin doğabilmesi o devletin ya belli bir suç ile ilgili olarak Mahkeme'nin Başyazmanı'na yargılama yetkisini kabul ettiğine ilişkin bir bildirimde bulunması ya da BM Güvenlik Konseyi'nin bir davayı UCM Savcılığı'na havale etmesi halinde söz konusu olacaktır. İlgili devletin de bu nedenle Mahkeme ile işbirliği yapma yükümlülüğü ortaya çıkar. Türkiye Cumhuriyeti Roma Statüsü'ne taraf olmadığından bir Türk vatandaşının UCM'de yargılanabilmesi ancak yukarıda sayılan durumlarda söz konusu olabilecektir. Yani iade yükümlülüğü de ancak yargılama yetkisinin doğmasıyla ortaya çıkar. Fakat 1982 Anayasası'nın 38. maddesine eklenen cümledeki anlatım, bu durumlardan hiçbirini kapsayacak şekilde düzenlenmediğinden, bunları ilgili hüküm kapsamında değerlendirmek de mümkün değildir. Dolayısıyla hükümde yapılan bu değişiklik ifade açısından hatalı olmakla birlikte bunun uygulamada da bir karşılığı yoktur.

Konuyla ilgili olarak bkz. **Rona AYBAY**, Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu, in Köksal Bayraktar'a Armağan Cilt 1, 49 GSÜHFD 125 (2010), s.149 (Kısaca **AYBAY**, Bireylerin Ceza Sorumluluğu)

hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiklerinde sorumluluktan kurtulamazlar. Bu genel bir uluslararası hukuk kuralıdır ve 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin⁴⁴⁸ 27. ve 46. maddesinde de açıkça ortaya koyulmuştur.⁴⁴⁹

Çalışmamız konu itibariyle üst düzey devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığını ilgilendiği için devletlerin kendi iç düzenlemelerinde yer alan kendi görevlilerinin bağışıklıklarının konumuz dışında kaldığı söylenebilir. Bu nedenle iç hukuklarda devlet görevlilerine bahsedilen bağışıklıklara değinmeyeceğiz. Ancak şunu mutlaka belirtmekte fayda görüyoruz: devlet görevlilerinin ağır insan hakları ihlallerine yol açmaları ve uluslararası hukuk suçu işlemeleri durumunda kendi devletlerinde bağışıklıktan faydalandıkları ve çeşitli çekincelerle devletlerin yerel yargılama yolunu işletmemeleri nedeniyle oluşan cezasızlık ve dokunulmazlık, uluslararası mahkemelerin yargılama yetkisinin ancak, istisnai haller dışında, tanınması durumunda doğacağı da göz önüne alınınca gerçekleşen olaylarla hiçbir ilgisi olmayan devletlerin oluşan yargılama boşluğunu doldurmak amacıyla harekete geçtiği gözlenmektedir. Böylelikle devletlerin yerel düzeyde kendi görevlilerine bahsettikleri bağışıklıklara istinaden veya başka nedenlerle yargılamadan kaçınmaları, çalışmamızın temel sorusu olan bağışıklığın, ağır insan hakları ihlali söz konusu olduğunda başka bir devletin ceza yargılamasına engel teşkil edip etmeyeceğine uzanan sürecin temel dayanaklarından biri olmuştur.

⁴⁴⁸ 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Vienna Convention on the Law of Treaties), 23 Mayıs 1969, yürürlük tarihi 27 Ocak 1980, 1155 UNTS 331

⁴⁴⁹ Sözleşmenin ilgili hükmünün bir yapılageliş kuralı niteliğinde olduğu konusunda bkz. **VILLIGER**, Commentary, s. 593-594; **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s.1283-1284

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA

DEVLET GÖREVLİLERİNİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Çalışmamızın temel sorusu olan uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukuku alanlarında yaşanan gelişmelerin devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklık durumuna etki edip etmediğinin cevabına ulaşabilmek için öncelikle devlet görevlilerine atfedilen bağışıklık türlerini açıklamak gereklidir. Devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığı konusunda uluslararası hukukta iki tür bağışıklıktan söz edilmektedir: *ratione personae* (kişisel veya kişi yönünden) bağışıklık ve *ratione materiae* (konu yönünden veya işlevsel) bağışıklık. Bu ayırım özellikle bağışıklığa kimlerin sahip olduğu, hangi eylemlerin bağışıklık kapsamında yer aldığı ve uluslararası hukukun bağışıklık konusunda, özellikle de ağır insan hakları ihlalleri niteliğindeki uluslararası suçlar söz konusu olduğunda, herhangi bir istisnaya yer verip vermediği sorularının cevaplanması açısından önem taşımaktadır. Zira bu sorulara verilecek cevaplar, bağışıklığın türlerine göre değişkenlik göstermektedir. Bağışıklık konusunda izlenen kişisellik-işlevsellik ayırımı, geniş ölçüde Devletler⁴⁵⁰, yargı organları⁴⁵¹ ve akademisyenler⁴⁵² tarafından kabul edilmiştir.

⁴⁵⁰ Bu ayırım Uluslararası Adalet Divanı önüne gelen Cezai Meselelerde Karşılıklı Yardımlaşma Konusundan Belli Sorular (Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti – France)) davasında Djibouti ve Fransa'nın temsilcileri tarafından da zikredilmiştir. Bkz. Certain Questions Of Mutual Assistance In Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, s.15

⁴⁵¹ Bu ayırım esasen diplomatik bağışıklık için kullanılmış ve bu bağışıklığın kapsamı açısından iyice yerleşmiş bir ayırımdır. Özellikle bkz. **DINSTEIN**, *Ratione materiae*, s. 76-89. Ayrıca bkz. Almanya Federal Mahkemesi'nin Alman Demokratik Cumhuriyeti Suriye Eski Büyükelçisi davası (Germany, Federal Constitutional Court, *Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic*), Case No. 2 BvR 1516/96 (1997), 101 ILR, vol. 115, s. 606. Diğer devlet görevlileri bağlamında kullanımı için örneğin European Court of Human Rights, *Al-Adsani v. United Kingdom*, Application No. 35763/97, Judgment, 21 November 2001, para. 65; *Pinochet (3)* [2000], s. 155 (özellikle: Lord Browne-Wilkinson, s. 202; Lord Goff of Chieveley, s. 210; Lord Hope of Craighead, s. 241; Lord Hutton, s. 261; Lord Saville of Newdigate s. 266, Lord Millet, s. 268)

⁴⁵² Bu ayırımı benimsemiş olan pek çok eserden bazıları için bkz. **Hans KELSEN**, *Peace Through Law*, The University of North Carolina Press, 1944, s. 81–86; **Hans KELSEN**, *Principles of International Law* (1952), s. 236–237; **Van PANHUYS**, *In The Borderland*, s. 1205–1208; **DINSTEIN**, *Ratione materiae*, s. 76–89; **Michael BOTHE**, *Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane*, 31 ZAÖRV 246 (1971) s. 246; **AKEHURST**, *Jurisdiction*, s. 240–244; **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s.346; **Ian BROWNLIE**, *Principles of Public International Law*,

Devletin yargı bağımsızlığı ile devlet görevlilerinin yargı bağımsızlığı her ne kadar birbirine yakın kavramlar olsa da birbirinden farklıdır. Bağımsızlıktan bahsederken kişi yönünden bağımsızlık (*ratione personae*) ve konu yönünden bağımsızlık (*ratione materiae*) ayrımını yaparken kimi yazarlar bizim kullandığımız şekilde işlevsel ve kişisel ayrımını tercih ederken, bazıları konuma (statüye) dayalı – davranışa dayalı⁴⁵³ olmak üzere bir ayrım benimsemektedirler.⁴⁵⁴ *Ratione materiae* bağımsızlık, diğer bir deyişle işlevsel bağımsızlık ise resmi işlemlere yani görevlinin temsil ettiği devletin işlemlerine tanınmış olup, devlet görevlisinin yargılanmasını önlemektedir. Her iki bağımsızlık türü de bir devletin başka devlet üzerinde yetkisini uygulayamaması (*par in parem non habet imperium*) uyarınca, devletlerin egemen eşitliği prensibinden

Oxford University Press 2008, s. 361–362 (Kısaca **BROWNLIE**, Principles (2008)) ;; **CASSESE**, International Law 2005, s. 93–96; **ZAPPALA**, The Ghaddafi Case, s.595; **Paola GAETA**, Official Capacity and Immunities, in A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court — A Commentary, vol. 1, Oxford University Press (2002), s. 975–1002; **Chanaka WICKREMASINGHE**, Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations, in M. Evans (ed.), International Law, Oxford University Press 3. Ed, 2010, s 383; **ORAKHELASHVILI**, Peremptory Norms; **FRANEY**, Immunity, Individuals; Yitiha SIMBEYE, Immunity and International Criminal Law, Asgate Pub. 2004, s.109 vd; **CASSESE**, ICL 2008 ,s.300; **Van ALEBEEK**, Immunity of States; **Philippa WEBB**, Human Rights and the Immunities of State Officials, in Erika De Wet and Jure Vidmar (ed), Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights, Oxford University Press 2012, s.119; **Paola GAETA**, Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny, in Antonio Cassese (ed.), Realizing Utopia: The Future of International Law, Oxford University Press 2012; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yay. 2009, s.457; **Jürgen BRÖHMER**, Immunity of a Former Head of State General Pinochet and the House of Lords: Part Three, 13LJIL 229 (2000), s.233; **Dapo AKANDE**, International Law Immunities and International Law, 98 AJIL 401 (2004), s.409-415 ; **Dapo AKANDE/Sangeeta SHAH**, Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts, 21 EJIL 815 (2010), s.817 (Kısaca AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials); **Gionata Piero BUZZINI**, Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case, 22 LJIL 455(2009), s.459; **SINGERMAN**, It's Still Good To Be The King, s.428; **Magdalena FOROWICZ**, The Reception of International Law in the European Court of Human Rights, Oxford University Press 2010, s.284; **Torsten STEIN**, Limits of International Law Immunities for Senior State Officials in Criminal Procedure, in Christian TOMUSCHAT/Jean-Marc THOUVENIN (eds) The Fundamental Rules Of The International Legal Order - Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers 2006, s.249-250 (Kısaca STEIN, Limits of International Law Immunities)

⁴⁵³ *Status-based immunity/conduct-based immunity* şeklindeki ayrım için örneğin bkz. **Chimène I. KEITNER**, Foreign Official Immunity and The “Baseline” Problem, 80 FLR 605 (2011), s.605 (Kısaca KEITNER, Baseline Problem)

⁴⁵⁴ Konuyla ilgili benzer ayrım yapan Türkçe çalışma çok az bulunmaktadır. Bu çalışmalardan örneğin TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, *ratione personae* için kişisel ve *ratione materiae* için fonksiyonel terimlerini tercih etmiştir. Bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.457. Biz ise çalışmamızda *ratione personae* ve *ratione materiae* bağımsızlık terimlerini kullanmayı tercih etmekteyiz. Bu terimler konumuzun latince yerleşmiş terimleri olduğundan, yabancı kaynaklarda konuyla ilgili yapılacak aramalarda da yol gösterici olarak kullanılabilir. Bununla birlikte kimi zaman cümle bütünlüğünü korumak amacıyla *ratione personae* bağımsızlık anlamında kişisel bağımsızlık; *ratione materiae* bağımsızlık anlamında işlevsel bağımsızlık terimlerini de kullanacağız.

kaynaklanmaktadır. Bunun mantıksal bir sonucu olarak da, görevi başındaki *ratione personae* bağışıklığa sahip devlet görevlileri, görev süresi boyunca hem kişisel, hem de işlevsel bağışıklıktan yararlanmaktadır. Görevin sona ermesinden sonra ise, ancak daha önce kişisel bağışıklık çerçevesinde korunmuş olan özel işlemleri nedeniyle başka devletlerin ceza yargılamasına tabi olabileceklerdir. *Ratione materiae* bağışıklık genel olarak devletin eyleminin bağışıklığı yoluyla temellendirilmeye çalışılmakla birlikte, bu yaklaşımın resmi yetkiyle hareket edildiğinde devletin eylemi olarak görülebilecek bir eylemin uluslararası suçlar bağlamında görevliye doğrudan bireysel sorumluluk yükleyen bir kuralla çatışacağını düşünmekteyiz. Bu açıdan, bir eylem uluslararası suç niteliğinde olsa dahi devlet politikası gereği işlendiğinde görevliyi bağışıklık kapsamında yargılanmaktan kurtarabilme sakıncasını doğuracağından, gayrişahsi sorumlulukla temellendirilecek bir *ratione materiae* bağışıklık anlayışı, kanaatimizce bu sakıncayı önleyecektir.

Bu bölümde öncelikle işlevsel bağışıklığı, ardından da kişisel bağışıklığı inceleyeceğiz.

4. İŞLEVSEL (*RATIONE MATERIAE*) BAĞIŞIKLIK

İşlevsel bağışıklık, kişilerin devlet adına hareket etmeleri bir görev nedeniyle sahip oldukları bağışıklık türüdür. Bu kavram İngilizce eserlerde “*functional immunity*”⁴⁵⁵, “*organic immunity*”⁴⁵⁶, “*conduct-based immunity*”⁴⁵⁷ olarak anılmaktadır. Burada görev kavramına bağlı olan bağışıklığı kişisel bağışıklıktan ayırt etmek için bir açıklama yapmak gereklidir. *Ratione personae* bağışıklık, devlet başkanı, hükümet başkanı gibi devletin sınırlı sayıdaki üst düzey yöneticilerine bahşedilmiş bir bağışıklık türü olmakla birlikte, bu bağışıklık aslında kişinin bulunduğu konuma, statüye bağlanmıştır. Başka bir deyişle, kişisel bağışıklık, örneğin Bay Ali’ye Bay Ali olduğu için değil, “X Devleti’nin Devlet Başkanı Bay Ali” olduğu için tanınmıştır. Oysa işlevsel bağışıklık (*ratione materiae*), görevliye, bireysel konumu ya da devletteki statüsü nedeniyle değil, yerine getirdiği iş, devlet adına yaptığı

⁴⁵⁵ CASSESE, ICL 2008, s.303

⁴⁵⁶ İbid.

⁴⁵⁷ KEITNER, Baseline Problem, s.605; Chimène I. KEITNER, The Common Law Of Official Immunity, 14 Green Bag 2d 61 (2010), s.62 (Kısaca KEITNER, The Common Law)

eylemler nedeniyle sağlanmaktadır. Tüzel bir kişi olan devletin eylemsel varlığı ancak bireyler vasıtasıyla gerçekleşeceğinden, devlet sanki kendisi hareket ediyormuş gibi, yapılan işlerden dolayı herhangi bir hukuk ihlali söz konusu olduğunda, sorumluluk devlete yöneltilmektedir.⁴⁵⁸

Devlet görevlileri genel anlamda resmi eylemleri açısından, diğer devletin yargılamasından bağışiktir.⁴⁵⁹ Burada esas olan, bağışıklığın kişinin statüsüne değil, yaptığı resmi işe veya yerine getirdiği resmi göreve bağlanmasıdır. Başka bir deyişle, bu bağışıklık, yerine getirilen işlev üzerinden görevliye bahşedilmiştir.⁴⁶⁰ Bu tip bağışıklık, görevlinin statüsünden ziyade yaptığı resmi işe atfedildiğinden, resmi görevle hareket eden bütün görevlilere dayandırılabilir. Böylece bu görev-bazlı bağışıklık, görevi başındaki devlet görevlilerine olduğu gibi, görevleri sırasında resmi görevleriyle ilgili davranışları konusunda eski görevlilere de dayanak olabilir.⁴⁶¹ Yani artık o görevle ilgili olmayan bir devlet görevlisi(eski görevli) de,

⁴⁵⁸ Devlet görevlisinin yetki aşımı veya hukuka aykırı eylemlerde bile devletin sorumlu olması Uluslararası Açılan Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'nden 7. Maddede de zikredilen bir durumdur. Ne var ki uluslararası hukuk açısından bireysel ceza sorumluluğu öngören suçlar dışında kalan suç teşkil eden eylemlerde de bu bağışıklığın devlet görevlileri açısından kimi zaman bir kalkan teşkil ettiği de bir gerçektir. Örnek bir dava için bkz. *Lozano v Italy*, Appeal Judgment, Case No 31171/2008; ILDC 1085 (IT 2008). İleride konu daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Görevlinin yetkisini aştığı (ultra vires) durumlarda bağışıklık konusunda bkz **Mizushima TOMONORI**, The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct, 29 DENJILP 261(2001), s. 281 vd. (Kısaca **TOMONORI**, *Ultra Vires* Conduct)

⁴⁵⁹ **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s. 825; **C.A. WHOMERSLEY**, Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts, 41 ICLQ 848 (1992), s. 848; **TOMONORI**, *Ultra Vires* Conduct, s 458-459

⁴⁶⁰ **TOMONORI**, *Ultra Vires* Conduct, s.281

⁴⁶¹ **WICKREMASINGHE**, Immunities Enjoyed by Officials (2010), s 383; Ayrıca bkz. 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi m39/2 (*Ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanan bir şahsın görevi sona erdiği takdirde, bu ayrıcalıklar ve bağışıklıklar normal olarak ülkeyi terkettiği anda veya terketmek için kendisine tanınan makul sürenin bitiminde sona erdiği gibi silahlı çatışma halinde dahi, bu ana kadar devam eder. Bununla beraber, böyle bir şahıs tarafından misyonun bir üyesi olarak yapılmış eylemler bakımından bağışıklıkların uygulanmasına devam olunur.*) ve 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 43/1 (*Konsolosluk memurları ve konsolosluk hizmetlileri, resmî görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiillerden dolayı kabul eden Devlet'in adli ve idari makamlarının yargısına tabi değildirler.*) Eski diplomatlara uygulanabilen *ratione materiae* bağışıklığının diğer devlet görevlilerinin resmi eylemlerine uygulanan bağışıklıkla aynı nitelikte olup olmadığına ilişkin tartışma için bkz. **DINSTEIN**, *Ratione materiae* , s. 86-89. (Yazar diplomatik *ratione materiae* bağışıklığının, diğer görevlilere bahşedilen *ratione materiae* bağışıklıktan daha geniş kapsamlı olduğunu savunmaktadır.) Tomonori ise, devlet görevlilerinin ceza yargılamasında ve yetki aşımı işlemleriyle ilgili olarak konu yönünden bağışıklığa sahip olup olmadıklarını sorgulamaktadır. Yazara göre, yabancı görevliye bütün işlemler için bağışıklığın sağlanması, söz konusu bağışıklığı işlevsel bağışıklıktan çıkarıp kişisel bağışıklık haline getirir. Konu yönünden bağışıklık ilkesinin doğası dikkate alındığında, bağışıklığın sınırlarını yetki aşımında (ultra

görevi sırasında yapmış olduğu işlemlerden dolayı bağışıklığa sahip olacaktır. Hatta devlet görevlisi veya devlet kurumu olmayıp da devlet adına hareket eden kişi veya kuruluşlara da bu bağışıklık tanınabilir.⁴⁶² Ancak bu durumda elbette “devlet adına” hareket etmek veya “devlet tarafından verilmiş resmi görev”in yerine getirilmesi söz konusu olmalıdır. Bundan başka uluslararası ilişkileri yürütmek adına hareket eden devlet görevlilerinin davranışlarının sonuçları bireysel olarak kendilerine değil, devlete isnat edilmelidir.⁴⁶³ Lord Millet Pinochet davasında bu bağışıklığa sahip kişilerin eski devlet başkanları veya diplomatik misyon şefleri, hükümet başkanı, dışişleri bakanı, silahlı kuvvetlerin başı veya emniyet müdürü veya alt kademe bir devlet memuru olmasının bir önemi olmaksızın devlet adına hareket eden herkese uygulanacağını söylemektedir.⁴⁶⁴ Yani bu bağışıklık, kişinin statüsüne bakılmaksızın eşit biçimde uygulanır.

CASSESE, *ratione materiae* bağışıklığının özelliklerini 4 başlıkta toplamaktadır. Yazara göre bu bağışıklık i) maddi hukuka ilişkindir ve esasa ilişkin bir savunma teşkil eder; ii) tüm *de facto* ve *de jure* devlet görevlilerinin resmi eylemlerini kapsar iii) görevlinin görevi sona erdikten sonra sonlanmaz iv) *erga omnes* nitelikliğe sahiptir, yani herhangi bir devlete karşı da ileri sürülebilir.⁴⁶⁵ Gerçekten de *ratione materiae* bağışıklık resmi eylem niteliğindeki tüm eylemler açısından ayırım gözetmeksizin tüm görevliler için geçerli olmakta ve görevli sıfatı sona erdiğinde dahi yürürlüğü devam etmektedir. Bu anlamda, herhangi bir devlette görevlinin görevi sırasında gerçekleştirdiği resmi eylemle ilgili bir dava açılması durumunda, bu davada işlemin niteliğinin tespitinin ardından bağışıklık kabul edilebilecektir. Yani *ratione materiae* bağışıklık doğrudan bir dava engeli olmayıp, davaya konu olan işlemin veya görevlinin eyleminin devlete atfedilebilir nitelikte olup olmadığı testini gerektirir. Bu nedenle mahkemeler davanın esasa girerek eylemin doğasına ilişkin

vires) dahi uygulanabilir şekilde algılamak, çok ileri gitmek anlamına gelmektedir. **TOMONORI**, *Ultra Vires Conduct*, s. 283

⁴⁶² **AKANDE/SHAH**, *Immunities of State Officials*, s. 825

⁴⁶³ **CASSESE**, *International Law 2002*, s. 90

⁴⁶⁴ *Pinochet (3) [2000]*, s.269 (Lord Millet)

⁴⁶⁵ **CASSESE**, *ICL 2008*, s.304

tespitlerde bulunmalıdır. Bu tespitler bağışıklıktan yana olduğundan dava esastan reddedilir.⁴⁶⁶

Ratione materiae bağışıklık, tümüyle devletin işlerinin yürütülmesini sağlamaya yöneliktir.⁴⁶⁷ Bu tür bağışıklık hem ceza hem de hukuk davalarında uygulanmakta olup⁴⁶⁸ ceza davalarından çok hukuk davalarında uygulandığı söylenebilir.⁴⁶⁹ Cezai yargılama yetkisi her şeyden önce ülkeseldir ve devlet görevlileri resmi işlerini genelde başka devletin ülkesinde gerçekleştirmezler. Bunun diplomatik ve konsüler işlevler dışındaki önemli bir istisnası uluslararası silahlı çatışmalarda savaşanların resmi işlevlerini (savaş durumuyla alakalı olarak) karşı devletin ülkesinde yürütmeleridir. Ancak uluslararası insancıl hukuk bu görevlilerin savaş hukukuna ve yapılageliş kurallarına bağlı kaldıkları müddetçe, yalnızca savaşa katılmış olmaktan dolayı, düşman devletin elinde ceza yargılamasına maruz kalmamaları gerektiğini öngörmektedir.⁴⁷⁰ Dolayısıyla bir devlet görevlisinin resmi görevin yerine getirilmesi sırasında yaptığı hareketlerden dolayı yabancı bir devletin ceza yargılamasıyla karşı karşıya kaldığı durumlar oldukça sınırlıdır.⁴⁷¹ Diğer yandan, *ratione materiae* bağışıklık yalnızca ceza davalarının görülmesinde değil başka bir devlette yürütülen

⁴⁶⁶ Bunu şöyle bir örnekle açıklayabiliriz: bir diplomat, diplomatik misyonunun kırtasiye malzemelerine ilişkin ihtiyaçları için bir firmayla anlaşarak alımlar gerçekleştirmiş ve bu alımların ücretinin ödenmesi 1 yıllık bir vadeye bağlanmış olsun. Bu süre içerisinde diplomatın görevi sona erer ve vade sonunda da malzemelerin bedeli ödenmemiş olursa, alacaklının eski diplomatın şahsına açılacak davada davanın esasına girilerek işlemin niteliği belirlenecek, ardından da işlem görevin yerine getirilmesi sırasında yani diplomatın devlet adına hareket ederek gerçekleştirdiği bir eylem olduğundan asıl davalı olması gerekenin adına hareket edilen devlet olması gerekçesiyle dava sıfat yokluğundan esastan reddedilmelidir.

⁴⁶⁷ **Richard K. GARDINER**, International Law, Longman Law Series, 2003, s384. *Adamov v Federal Office of Justice*, Appeal judgment, No 1A 288/2005; ILDC 339 (CH 2005) 22.12. 2005, para. 3.4.2

⁴⁶⁸ Pinochet (3) [2000], s.269 (Lord Millet)(... yalnızca hükümet işlemleri veya resmi işlemler açısından yabancı yerel mahkemelerin hem hukuki hem de cezai yetkilerinden bağışıklıktır.)

⁴⁶⁹ **AKANDE**, International Immunities, s. 413; **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s. 826

⁴⁷⁰ **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s826

⁴⁷¹ İbid. 26 Ekim 2007'de Paris'te bazı insan hakları kuruluşları ABD Güvenlikten Sorumlu Eski Devlet Bakanı Donald Rumsfeld hakkında Guantanamo Bay ve Ebu Garip'teki cezaevlerinde gerçekleşen işkence olaylarından sorumlu olduğu gerekçesiyle şikayette bulunmuşlardır. 16 Kasım 2007'de Paris Savcısı yapılan şikayeti reddetmiştir. Savcı'nın şikayeti reddetme gerekçesinin dayanağı Rumsfeld'in "görevi sırasında yaptığı eylemlerden dolayı" görevi sonrasında da devam eden bağışıklığıydı. Bu red kararına karşı aynı grup itirazda bulunmuş ancak bu itiraz da 27.02.2008'de reddedilmiştir. <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/french-war-crimes-complaint-against-donald-rumsfeld> (erişim 18.06.2013).

ceza yargılamalarında da o devlet tarafından yapılan iade taleplerinin yürürlüğe konulmasında uygulanmaktadır.⁴⁷²

Çalışmamızın bu kısmında işlevsel bağışıklığın, devletin yargı bağışıklığından daha farklı biçimde ele alınması gerektiğinden bahsettik. Nitekim devlet görevlisinin gerçekleştirdiği eylemlerin devletin yargı bağışıklığı kapsamında değerlendirilmesi, devletin kendisinin bağışıklığa sahip olmadığı durumlar açısından bir boşluk yaratmaktadır. Biz burada devlet görevlilerinin gerçekleştirdikleri eylemlerin niteliklerine odaklanarak, uluslararası hukukun görevliye doğrudan bireysel sorumluluk öngörmediği durumlarda, bir görevlinin devlet adına ve onun bir temsilcisi sıfatıyla gerçekleştirdiği eylemler açısından şahsi sorumluluğunun olmaması gerektiği yönünden konuya yaklaşmayı uygun buluyoruz. Başka bir deyişle, bir devlet görevlisi resmi sıfatla hareket ettiğinde, gerçekleştirdiği eylemler açısından uluslararası hukukta kendisine özel olarak bireysel sorumluluk öngören bir kuralın varlığından söz edilmedikçe, gayrişahsi sorumluluğa sahiptir.

4.1. TAVUK VE YUMURTA PARADOKSU: DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI MI İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIK MI?

Devletin yargı bağışıklığıyla işlevsel bağışıklık kuralı içiçe geçmiş olarak kabul edilmektedir.⁴⁷³ Örneğin BROWNLIE, *Principles of International Law* adlı eserinde

⁴⁷² Örneğin 22 Aralık 2005 tarihinde İsviçre Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda Mahkeme bağışıklığın iadeye engel teşkil edeceğini belirtmiştir. *Adamov v Federal Office of Justice*, Appeal judgment, No 1A 288/2005; ILDC 339 (CH 2005) 22 Aralık 2005. Karara konu olan olayda kızına karşı açılan bir davada tanıklık yapmak ve kendi adına ticari görüşmelerde bulunmak üzere Nisan 2005'te İsviçre'ye giden Rusya Nükleer Araştırma Enstitüsü Eski Başkanı ve Rusya Federasyonu Atom Enerjisi Eski Bakanı Evgeny Adamov'un, burada bulunduğu sırada karapara aklama, çalıntı parayı transfer etme, vergi kaçırma gibi suçlamalar nedeniyle hakkında ABD'de açılan dava nedeniyle ABD'ye iadesi talebinde bulunulmuştur. Aynı anda Rusya Federasyonu'nu da Adamov'un bakanlık yaptığı 1998-2001 yılları arasında Rusya devlet kaynaklarından 1.7 milyon doları zimmetine geçirdiği gerekçesiyle açılan dava nedeniyle Rusya'ya iadesi için talepte bulunmuştur. İsviçre Yüksek Mahkemesi iade taleplerinden hangisine öncelik vereceğini belirlerken, inter alia, Adamov'un söz konusu suçları işlediği sırada görevi başında olduğu ve suçların nitelikleri itibarıyla resmi yetkiyle hareket ederken ve görevini suistimal ederek gerçekleştirildiğine dikkat ederek, *ratione materiae* bağışıklığın, ABD'nin iade talebinin gerçekleştirilmesine engel teşkil edeceğine hükmetmiştir. *Adamov v Federal Office of Justice*, para.3.4.3. Ancak bunun tersi yönde yaklaşımların sergilendiği de gözlenmektedir. Örneğin bkz. *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court and Others*. High Court, 29 Temmuz 2011, [2011] EWHC 2029 (Admin) <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/khurts-bat-v-federal-court-germany.pdf>

⁴⁷³ Bu nedenle devletin yargı bağışıklığının işlevsel bağışıklığın bir sonucu mu yoksa tam tersi mi olduğu konusundaki tartışmayı en iyi betimleyen durum "Tavuk mu önce geldi yoksa yumurta mı?"

devletin yargı bağısıklığını, devlet görevlilerinin başka devletin ülkesine giderek orada resmi yetkiyle hareket etme iznine eşlik eden kural olarak tanımlamaktadır.⁴⁷⁴ Başka bir deyişle, bağısıklık bir devlet görevlisinin başka bir devlette resmi kapasitesiyle serbestçe hareket edebilmesine imkan tanıyan kurumdur.⁴⁷⁵ İşlevsel bağısıklık kuralının devlet adına hareket edilirken gerçekleştirilen eylemin devletin eylemi olduğu fikri neticesinde devletin eyleminin bağısıklığı olarak görüldüğü söylenebilir. Bu nedenle devlete yargı bağısıklığı tanıyan söz konusu eylemin görevliyi de aynı şekilde yargılamadan koruyacağı konusunda bir şüphe yoktur. Diğer yandan, görevlinin gerçekleştirdiği eylemin devlete atfedilebilecek nitelikte olmakla birlikte, görevliyi yargılamadan kurtaran fakat devletin yargı bağısıklığı kapsamına girmeyen nitelikte olması da mümkündür. Bir devlet görevlisinin resmi sıfatla hareket ederken yaptığı eylemler nedeniyle aleyhinde açılan bir dava yabancı devletin dava edilmesini de içine almaktadır. Ancak devletin yargı bağısıklığının yabancı görevlinin mahkeme önündeki durumunu belirlemesi aldatıcıdır.⁴⁷⁶ Bunun yerine, mahkemeler devlet görevlisinin işlevsel bağısıklığının bir sonucu olarak devletin yargı bağısıklığını uygulamalıdır.

Jure imperii eylemler için *ratione materiae* bağısıklık anlamında işlevsel bağısıklık kuralının yeniden formüle edilmesi, devlet görevlilerinin *jure gestionis* eylemleri açısından işlevsel bağısıklığı safdışı bıraktığından, devlet görevlisi bu eylemleri devletin temsilcisi veya uzvu olarak hareket etmek suretiyle yapsa da bu bağısıklık uygulanamaz. Dolayısıyla böyle bir yaklaşımın benimsenmesi, kuralı fazlasıyla sınırlandırmış olacaktır.⁴⁷⁷ Devlet görevlisine karşı açılan bir davada devletin yargı bağısıklığı kuralı ancak davaya konu olan eylemlerden dolayı devlet görevlisinin özel sıfatla yargılanamayacağı ve dolayısıyla da mahkeme önündekinin aslında devletin kendisi olduğu tespit edildikten sonra uygulanabilir. Bir eylem “resmi” olarak nitelendiriliyorsa, Mahkeme’nin önünde iki yol vardır: ya görevliyi resmi

sorusuyla ifade edilebilir. Van Alebeek, bu konuda benzer bir soru sormaktadır. Bkz. **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s. 105

⁴⁷⁴ **BROWNLIE**, Principles (2008), s. 323

⁴⁷⁵ **FOX**, State Immunity (2008),s.13

⁴⁷⁶ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.104

⁴⁷⁷ Raportör **KOLODKIN**’e göre bir görevlinin ticari nitelikte bir eylem gerçekleştirdiğinde eğer bu eylem devlette atfedilebiliyorsa görevli bu tür bir eylemden dolayı yabancı devlette yargılamadan bağısıktır ancak aynı eylemin devlet açısından bağısıklık yarattığı söylenemez. bkz. **KOLODKIN**, Preliminary Report, para.28. Ayrıca bkz. **BUZZINI**, Lights and Shadows, s.463-464

sıfatla yargılacak ve böylece aslında yabancı devlet davanın tarafı olacaktır ve devletin yargı bağımsızlığı uygulanacaktır⁴⁷⁸; ya da devlet görevlisini özel sıfatla yargılayacak ve bu durumda Mahkeme karşısından yanlış davalı olduğundan bahisle davayı dinlenilemez ilan edecektir. Ancak ilk durumda devletin bağımsızlığına ilişkin herhangi bir istisna varsa bu yalnızca görevlinin resmi sıfatı vesilesiyle kendisine uygulanabilir ve bu nedenle aslında devlete uygulanmış olur.⁴⁷⁹

*Holland v. Lampen Wolfe*⁴⁸⁰ davası bu açıdan örnek gösterilebilir. Lord Hope'a göre *iure imperii* veya *iure gestionis* değerlendirmesinde eylemin özüne bakmak gerekir ve bu nitelendirme sürecinde söz konusu eylemin kendi şartları çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Yargıç bu davada şartların çok önemli olduğuna işaret etmiştir.⁴⁸¹ Davaya konu olan olayda İngiltere'deki ABD askeri üssünde genel eğitim verilmesi amacıyla ABD ile ABD'de bir üniversite aralarında anlaşma yapmıştır. Anlaşmaya göre üniversite eğitim verecek personeli sağlayacaktır. Üniversitenin görevlendirdiği öğretmen olan davacı, üniversitedeki sözleşmesinin de bir parçası olarak üsteki askeri personel ve ailelerine eğitim vermiştir. Öğrencilerin öğretmenin davranışlarından şikayetçi olmaları sonucunda ABD Savunma Bakanlığı'nda eğitim işlerinden sorumlu bir çalışan sıfatıyla bir görevli, üniversitenin Almanya'daki ofisine bir rapor göndermiştir. Görevli raporda öğretmenin mesleki yeterliliğini sorgulayarak onun yerine başka birinin görevlendirilmesini istemiştir.⁴⁸² Öğretmen bu raporun hakaret içerdiği gerekçesiyle görevli hakkında dava açmıştır. Görevli de öğretmen de ABD vatandaşıdır. Lord Hope, üssün orada açılmasının zaten başlı başına bir egemenlik işlemi olduğunu ifade etmiştir.⁴⁸³ Bununla birlikte öğretmenin davranışlarından şikayet edilmesi üzerine ABD Savunma Bakanlığı'nın eğitim departmanındaki görevlisinin böyle bir rapor hazırlaması da resmi işinin bir parçasıdır. Lord Clyde ise davaya konu olan ve üzerinde tartışılması gerekenin yapılan işlemin amacı veya nedeni değil doğası ve niteliği olduğuna işaret

⁴⁷⁸ Örneğin *Chuidian v. Phillipine National Bank*, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990)

⁴⁷⁹ **Van ALEBEEK**, National Courts, s.35

⁴⁸⁰ *Holland v. Lampen Wolfe* 1 WLR 1573 [2000] (HL).

⁴⁸¹ *Holland v. Lampen Wolfe*, s.1577 (Lord Hope)

⁴⁸² *Ibid*, s.1573-1574

⁴⁸³ *Ibid*.

etmektedir.⁴⁸⁴ Sonuç olarak sözkonusu işlem egemenlik tasarrufu olarak değerlendirilerek davada (devletin yargı) bağışıklığ(n)a hükmedilmiştir.⁴⁸⁵

Devletin yargı bağışıklığı bu nedenle işlevsel bağışıklık kuralının uygulanmasını takip etmelidir. Başka bir deyişle, işlevsel bağışıklık, devletin (eyleminin) bağışıklığından sonra değil ondan önce uygulanması gereken bir kuraldır.⁴⁸⁶ Burada devletin yargı bağışıklığının uygulanabilir olup olmadığını belirleyen şey öncelikle davalının statüsüdür. Bu anlamda devletin yargı bağışıklığı halen bir kişi yönünden bağışıklıktır.⁴⁸⁷

Aşağıda daha ayrıntılı açıklamaya çalıştığımız üzere bu tür eylemler de dahil olmak üzere, bir devlet görevlisinin görevini yerine getirdiği sırada yapmış olduğu ve devlete atfedilebilecek nitelikteki eylemleri yargı bağışıklığı kapsamında değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu da devlet görevlisinin şahsi sorumluluğunun ortadan kalktığı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Gayrişahsi (veya kişisel olmayan) sorumluluk devlet görevlisinin devletin bir uzvu olarak hareket etmesi ve devlet adına gerçekleştirdiği eylemlerinin hesabını vermek zorunda bırakılmaması fikrini temel almaktadır.

Bir eylemin devletin yargı bağışıklığı kapsamı dışında kalan eylemlerden olması onu sırf resmi eylem niteliğinde olduğundan başlı başına görevlinin gayrişahsi

⁴⁸⁴ İbid, s.1580 (Lord Clyde) Yargıç egemenlik tasarrufu olan ve olmayan eylemler arasındaki çizginin her zaman kolaylıkla ayırt edilemeyeceğini de bildirmektedir. İbid.

⁴⁸⁵ Benzer yaklaşımlar için bkz. *United States v. Public Service Alliance of Canada*, 32 ILM 1 (1993) (Canada: Sup. Ct)(Kararda yabancı askeri üsle girilen iş ilişkisi ticari işlem olarak nitelendirilmemiştir.); *Litterell v. USA* (No. 2), [1995] 1 W.L.R. 82 (England: CA)(ABD'nin İngiltere'de kurulmuş askeri üssünde askeri personele verilen tedavi hizmetleriyle ilgili açılan dava da tıbbi işlemlerin egemenlik işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir.). Bağışıklığın tanınmayacağına ilişkin olarak bkz. *Egypt v. Gamal-Eldin* [1996] 2 All ER 237 (England: Employment Appeals Tribunal); *Sengupta v India* [1983] I.C.R. 221. Devletin ticari işleri açısından yaptığı eylemlerin egemenlik tasarrufu olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bkz. *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Playa Larga v Owners of the I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244 (Küba ile Şili arasında şeker taşımacılığı anlaşması uyarınca devletin şirketi olan Marbel Island'ın eylemlerinin egemenlik tasarrufu niteliğinde olmadığı ve bağışıklık kapsamına girmediğine hükmedilmiştir.)

⁴⁸⁶ Cezai İşlerde Karşılıklı Yardımlaşma davasında uad işlevsel bağışıklık ile devletin bağışıklığı arasında bir ayırım kabul etmemiş olduğu gibi devlet görevlisinin devlete atfedilebilir nitelikteki eylemlerden yargılandığı zaman devletin yargı bağışıklığının uygulanacağına ilişkin bir tespit de bulunmamıştır. Bkz. *Mutual Assistance in Criminal Matters* [2008], para.188

⁴⁸⁷ **Van ALEBEEK**, National Courts, s.39

sorumluluğuna sokmaz. Gerek mahkemeler gerekse doktrinde genel olarak kabul gören görüş uyarınca bir eylem aynı anda hem devletin hem de bireyin sorumluluğunu gerektirebilmektedir.⁴⁸⁸ Ayrıca yabancı devlet adına hareket etseler dahi uluslararası nitelikte bir suç işlemiş olan kişilerin prensip olarak yabancı devletin yerel mahkemelerinin cezai yargılama yetkilerinden bağışıklık olamayacakları fikri gitgide yaygınlaşmaktadır.⁴⁸⁹

Bir devlet görevlisinin resmi yetkiyle gerçekleştirdiği eylemler, kendisinin değil, devletin eylemi olarak kabul edilmelidir. Devletin eylemi teorisi, bir eylemi gerçekleştiren kişi devletin bir uzvu gibi hareket ediyorsa, o kişinin devlet başkanı veya hükümet adına hareket eden sorumlu devlet görevlisi olduğuna bakılmaksızın yaptığı eylemin devlete atfedilmesini içermektedir.

4.1.1. Devlete Atfedilen Eylemler Bağlamında Devletin Eyleminin Bağışıklığı

Devlet görevlilerinin işlevsel bağışıklığı çoğunlukla devletin kendi bağışıklığıyla açıklanmaktadır.⁴⁹⁰ Oysa işlevsel bağışıklık, devlet görevlisinin devlete isnat edilebilecek her türlü eylemi için uygulanan devletin yargı bağışıklığından ayrı düşünölmelidir.⁴⁹¹ Pinochet davası bu meseleye örneğ olabilir. Pinochet davasında Lordlar Kamarası'nın önüne getirilen bağışıklık meselesi Pinochet'nin suçlandığı işkence eylemlerinin görevini yerine getirirken mi gerçekleştirildiğinden ibaret olarak görölmüştür. Lord Browne-Wilkinson bu sorunu şu şekilde özetlemiştir: *“mesele uluslararası hukukun uluslararası suç olan işkence ile ilgili olarak devletin yargı bağışıklığını sağlayıp sağlamadığıdır.”*⁴⁹² Lord Hope da bir devletin egemenlik işlemlerinin, başka bir devletin mahkemesinin yargılamak isteyeceği türden

⁴⁸⁸ Bir kimsenin hareketinin devletin sorumluluğu çerçevesinde devlete atfedilebilmesi “bir devlet adına hareket eden herhangi bir kişinin uluslararası hukuka göre bireysel sorumluluğu meselesine hanel getirmez.” Bkz. m.58, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001 Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Ayrıca bkz. **KEITNER**, Baseline Problem, s.607; *Prosecutor- Blařkić* (1997), para. 41 Mahkeme, uluslararası suç işleyen kimselerin, resmi yetkiyle hareket etseler dahi, ne yerel mahkemelerde ne de uluslararası mahkemelerde bağışıklıktan yararlanamayacaklarını vurgulamıştır.

⁴⁸⁹ **KEITNER**, Baseline Problem, s.607

⁴⁹⁰ Bkz. *Mutual Assistance in Criminal Matters [2008]*,, para. 188.

⁴⁹¹ **Van ALEBEEK**, National Courts, s.27

⁴⁹² Pinochet (3) [2000],s. 263.

meseler olmadığını söylemektedir.⁴⁹³ Lord Millet meseleyi devletin *ratione materiae* yargı bağısıklığı çerçevesinde değerlendirerek bu bağısıklığın bir devletin resmi ve hükümet işlemlerinin diğer bir devletin mahkemesinde sorgulanamamasını düzenlediğini; bu yolla devlet adına hareket eden bireylere de bağısıklık sağladığını bildirmiştir.⁴⁹⁴ Benzer biçimde *Holland v. Lampen Wolfe* kararında Lord Millet, devletin yargı bağısıklığının uygulanması durumunda bunun devlet adına resmi işlemler yapan tüm görevliler için geçerli olması gerektiğini savunmuştur.⁴⁹⁵

2006 yılında verilen *Jones v. Saudi Arabia*⁴⁹⁶ kararında da iki bağısıklık kuralı detaylı olarak anlatılmıştır. Buna göre yabancı devlet, kendisi yargılandığında olduğu gibi görevlisi yargılandığında da onun için bağısıklık iddiasında bulunabilir.⁴⁹⁷ Başka bir deyişle, devlet, görevlisi hakkında açılan davada kendi bağısıklığının bir parçası olarak görevlisine bağısıklık tanınmasını isteyebilir. Yabancı devletin bağısıklık hakkı temsilcilerinin yargılanması yoluyla engellenemez.⁴⁹⁸ Lordlar daha sonra bu kuralın kapsamını devletin sorumluluğu hukukuyla ilişkilendirerek açıklamışlardır. Lord Bringham'a göre yerleşmiş bir istisna olmadıkça bir devlet uluslararası hukuk uyarınca sorumluluğunun bulunduğu tüm işlemler için bağısıklık ileri sürebilir.⁴⁹⁹ Lord Hoffmann da bir devletin, görevlisinin eylemlerinden dolayı uluslararası hukukta sorumluluğunun doğduğu durumların, yabancı bir yerel mahkemede bir devlet görevlisinin yargılamadan bağısık olacağı durumlara ayna tuttuğunu ifade etmiştir.⁵⁰⁰ Buna göre bir devlet görevlisi "*görünürdeki resmi sıfat veya yetkiyle*"⁵⁰¹ hareket ettiğinde, aslında yetkisini aşsa veya verilen talimatlara aykırı davranırsa dahi⁵⁰², onun

⁴⁹³ Pinochet (3), 1 AC 147 (1999),s. 241-242 Lord Hope I Congreso del Partido kararına da atıfta bulunmuştur. Congreso del Partido Owners of Cargo Lately Laden on Board the Playa Larga v Owners of the I Congreso del Partido, s. 262c.

⁴⁹⁴ *Pinochet* (3), s.269 (Lord Millet)

⁴⁹⁵ *Holland v. Lampen Wolfe*, s.1583

⁴⁹⁶ *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, 14 Haziran 2006, [2006] UKHL 26.(*Jones v. Saudi Arabia*)

⁴⁹⁷ *Adamov v Federal Office of Justice*, davasında Rusya da Adamov'un *ratione materiae* bağısıklığa sahip olduğu konusunda ısrar etmiştir. *Adamov v Federal Office of Justice*, para. 3.4.2.

⁴⁹⁸ *Jones v. Saudi Arabia*, para. 10 (Lord Bringham), para. 66 vd. (Lord Hoffmann).

⁴⁹⁹ *Ibid*, para.12

⁵⁰⁰ *Ibid*, para 66 ve 74

⁵⁰¹ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Bkz. m. 4 hakkındaki açıklamalar, s. 42, para. 13. "Böyle bir kişi görünürdeki resmi sıfat veya varsayılan yetkiyle hareket ettiğinde, sözkonusu hareketler devlete isnat edilebilecektir."

⁵⁰² Bkz. özellikle m.4 ve m.7, ILC's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, UN Doc. A/CN.4/L.602,

yetkisi kapsamında hareket edip etmediğinin cevabı, bir eylemin resmi nitelikte olup olmadığı veya bağışıklık kapsamında olup olmadığına göre değişmeyecektir.⁵⁰³ Devlet görevlisi devletin eylemleri olarak kabul edilen eylemler bağlamında, yetkisini aşarak hareket etmiş olmasına bakılmaksızın bağışıklığa sahip olacaktır.

Devletin eylemlerinin bağışıklığı mantığıyla temellendirilen işlevsel bağışıklığın gerekçesini başka kararlarda da bulmak mümkündür. Örneğin *Lozano v. Italy* kararında⁵⁰⁴ İtalyan Yüksek Mahkemesi bir devletin organı sıfatıyla bireyler tarafından kamusal işlevlerin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirilen *jure imperii* nitelikli işlemlerin ve eylemlerin, devlete isnat edilmesinden dolayı, yabancı bir devletin hukuki ve cezai yargılama yetkisinin dışında değerlendirildiğini ve bunun da uluslararası yapılageliş hukukundan kaynaklanan bir prensip olduğunu ortaya koymuştur.⁵⁰⁵ Yakın zamanda ABD Yüksek Mahkemesi'nin verdiği *Yousuf v. Samantar*⁵⁰⁶ kararında ise devlet görevlilerinin bağışıklığını devletin kendi bağışıklığıyla özdeşleştiren bir yaklaşım dikkat çekmiştir. Mahkeme, ABD ilk derece mahkemeleri arasında uzun süren belirsizliğe de bir nokta koyarak 1976 tarihli

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G01/638/25/PDF/G0163825.pdf?OpenElement>

⁵⁰³ Jones v. Saudi Arabia, para. 68

⁵⁰⁴ *Lozano v Italy*, Appeal Judgment, Case No 31171/2008; ILDC 1085 (IT 2008). Karara konu olan olay 4 Mart 2005 yılında Irak'ta gerçekleşmiştir. İtalyan Askeri İstihbarat ve Güvenlik Servisi olan SISMI'nin görevlisi Nicola Calipari, Irak'ta direnişçiler tarafından Şubat 2005'te kaçırılan kaçırılan İtalyan gazeteci Giuliana Sgrena'nın serbest bırakılmasının ardından, kendisine Bağdat Havaalanı'na giderken eşlik etmiş ve bu sırada Amerikan askeri Mario Lozano tarafından ABD askeri kontrol noktasından geçerken vurularak öldürülmüştür. Lozano, hızla bir aracın kontrol noktasına yaklaştığını gördüğünde görevinin gerektirdiği şekilde hareket ettiğini ileri sürerek kendisini savunmuştur. ABD yetkilileri de bu sava katılarak Lozano'yu yargılamama kararı almıştır. Bunun üzerine Lozano İtalyan makamları tarafından *in absentia* (yoklukta) yargılanmaya başlamıştır. 3 Ocak 2008 yılında Roma Mahkemesi uluslararası yapılageliş hukukuna göre yabancı bir devletin ülkesinde konuşlanmış askeri güçler tarafından işlenen suçlarda gönderen devletin münhasıran yargılama yetkisi bulunduğunu söyleyerek davayı reddetmiştir. Bunun üzerine savcılar bir üst mahkeme olan İtalyan Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Mahkeme pasif kişisellik (mağdura göre kişisellik) prensibi çerçevesinde uluslararası hukukun yabancı devletin bir görevlisinin gerçekleştirdiği eylemler nedeniyle devletin yargılama yetkisini engelleyecek bir kuralı olmadığını belirlemiştir. Bununla birlikte Mahkeme uluslararası yapılageliş hukukunun insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları için yargı bağışıklığının olmadığını kabul ettiğini doğrularken, Lozano'nun eyleminin bu suçlar kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek görevlinin bağışıklığı nedeniyle davanın reddine karar vermiştir.

http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=36&level1=15248&level2=&level3=&textid=39923.

⁵⁰⁵ Mahkeme bu prensibi şu sözlerle açıklamaktadır: “[İ]lgili bireysel eylem bir kamusal işlevin yerine getirilmesini teşkil etmektedir ve devlete isnat edilebilir ve bu nedenle, diğer devletin yerel mahkemeleri tarafından haksız müdahale olmadan, devletler arasında karşılıklı egemenliğe göre (“par in parem non habet imperium/ jurisdictionem”) uluslararası toplumun ve uluslararası ilişkilerin yapısını korumak için, ancak zarar gören devlet ile sorumlu devlet arasındaki ilişkide ileri sürülebilecek olan, devletin uluslararası haksız eylemleri açısından olası [bir] sorumluluğu doğurabilir.” *Lozano v Italy*, para. 5.

⁵⁰⁶ *Samantar v. Yousuf* [2010]

Yabancı Devletin Bağışıklığı Yasası'nın (YDBY)⁵⁰⁷ yalnızca yabancı devletlerin yargılandığı davalarda uygulanacağı; yabancı devlet görevlileri açısından ise ortak hukuk kurallarının uygulanması gerektiği bildirilmiştir.⁵⁰⁸

Devlet görevlilerini yargılamadan bağışık yapan resmi eylem kavramıyla belli suçların tanım olarak bir parçası olan ve devletin sorumluluğunu gerektiren resmi sıfat kavramının ayrımı Samantar kararı öncesindeki ABD içtihatlarının bir özelliğiydi. 2010 öncesinde pek çok alt derece mahkeme YDBY resmi sıfatla hareket eden devlet görevlilerine uygulanacağına karar vermiştir. *Chuidian v. Philippine National Bank* davasında bu, resmi sıfatla hareket eden bir görevliye karşı açılan davanın pratik açıdan görevlinin devletine karşı açılmış bir davayla eşdeğer olduğu şeklinde yorumlanarak uygulanmıştır.⁵⁰⁹

*Hilao v. Marcos*⁵¹⁰ davasında Filipinler eski devlet başkanı Marcos YDBY'yi, *inter alia*, işkence suçlamalarına ilişkin tazminat davasında savunma olarak ileri sürmüştü; ne var ki Mahkeme bu savı “eğer görevlinin gücü yasayla sınırlandırılmışsa, bu sınırlar dışında kalan hareketleri egemenlik tasarrufu değil bireysel işlem olarak değerlendirilir” gerekçesiyle reddetmiştir.⁵¹¹ Ancak hemen belirtmek gerekir ki *Hilao v. Marcos* davasında Filipinler de açıkça yargılamayı kabul ederek Marcos adına yargı bağışıklığı talebinde bulunmayı reddetmişti.⁵¹² Ayrıca Marcos'un gerçekleştirmekle itham edildiği insan hakları ihlalleri herhangi bir resmi talimat kapsamında yapılmamış ve bu nedenle YDBY anlamında yabancı bir devletin kurumu veya temsilcisinin eylemleri olarak değerlendirilmemiştir.⁵¹³

Diğer yandan şunu da vurgulamak gereklidir: alt derece mahkemelerinin yaklaşımları her zaman çok ilkeli olmayabilir ve karşılaştığımız pek çok davada verilen kararlar uluslararası hukuka dayanılarak verilmemiştir. 1995'te *Xuncax and Others v.*

⁵⁰⁷ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. No. 94-583, 90 Stat. 2891, 15 ILM (1976) 1383.

⁵⁰⁸ *Samantar v. Yousuf* [2010], s.2284

⁵⁰⁹ *Chuidian v. Philippine National Bank*, s. 1101-1102.

⁵¹⁰ *Hilao v Marcos* (In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation), 25 F 3d 1467 (US, Ct of Apps (9th Cir), 1994).

⁵¹¹ *Hilao v. Marcos*, 1470-1471

⁵¹² *Hilao v. Marcos.*, 1472

⁵¹³ *İbid.*

Gramajo ve Ortiz v. Gramajo kararlarında yabancı devlete ilişkin nitelendirmede YDBY'nin belirleyici rolü açıkça ifade bulmuştur.⁵¹⁴ Daha güncel davalarda ise yabancı devletlerin uluslararası suçlar işledikleri iddia edilen görevlilerini YDBY'nin koruması altına gizlemelerine izin verilmiştir. *Doe v. Qi*⁵¹⁵, *Belhas v. Ya'alon*⁵¹⁶, *Matar v. Dichter*⁵¹⁷ ve *Yousuf v. Samantar*⁵¹⁸ davalarının tamamı (eski) devlet görevlileriyle ilgilidir ve bu görevlilerin, *inter alia*, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, hedef gözeterek yok etme ve işkence suçları işledikleri iddia edilmektedir. Bu davalarda da yabancı devletler, görevlileri adına davaya müdahil olmuştur.⁵¹⁹ Yalnızca *Doe v. Qi* davasına bakan mahkemenin, ilgili devletin talep ettiği bağışıklığı kabul etme eğiliminde olmadığı gözlenmiştir. Mahkeme “*devlet, işlendiği iddia edilen insan hakları ihlallerine gizlice yetki vermiş ancak açıktan bu yetkiyi inkar etmiş gözüktüğü ve bu tür ihlallerin aslında Çin Hukuku'nda yasaklandığını ileri sürdüğü zaman, davalının YDBY'nin amacına göre geçerli addedilen yetkiyle hareket ettiğini ileri süremez.*”⁵²⁰ tespitinde bulunmuştur. Buna karşılık *Belhas v. Ya'alon* ve *Matar v. Dichter* davalarında ilk derece mahkemeleri davalının resmi bir sıfatla yargılandığı ve bunun da davalının YDBY'ye göre bağışık olduğu anlamına geldiğine hükmetmişlerdir.⁵²¹

Samantar davasında davacılar, Somali'nin eskiden devlet birinci başkan vekili, savunma bakanı ve başbakanı görevlerinde bulunan davalının, *inter alia*, Isaaq Kabilesi üyelerine karşı gerçekleştirilen işkenceler, yargısız infazlar, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarından sorumlu olduğunu öne sürmüşlerdir.⁵²² Somali, eski

⁵¹⁴ *Xuncax and Others v. Gramajo ve Ortiz v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995), 104 ILR 165.

⁵¹⁵ *Doe v. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258 (ND Cal. 2004).

⁵¹⁶ *Belhas v Ya'alon*, Appeal Judgment, 515 F 3d 1279 (DC Cir 2008); ILDC 674 (US 2006)

⁵¹⁷ *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9 (2nd Cir. 2009).

⁵¹⁸ *Samantar v. Yousuf*, 552 F.3d 371 (4th Cir. 2009). Ancak bu kararı Yüksek Mahkeme bozmuştur. Bkz. *Samantar v. Yousuf* [2010]. Aşağıda bu karara da ayrıca değineceğiz.

⁵¹⁹ Hakkında İşkence Mağdurlarını Koruma Yasası (İMKY) çerçevesinde dava açılmış bir kişinin YDBY'dan yararlanıp davada bağışık sayılabilmesi için yabancı devletle arasındaki resmi ilişkiyi ispatlaması gerekmektedir. Bkz. **VAN ALEBEEK**, *National Courts*, s.26

⁵²⁰ *Doe v. Liu Qi*, s. 1287.

⁵²¹ *Belhas v Ya'alon*, para. 5; *Matar v. Dichter*, s.11

⁵²² Mohamed Ali Samantar, General Mohamed Barre'nin yönetiminde 1969'dan 1991'e kadar Somali'de süregelen askeri rejimde'de üst düzey bir devlet görevlisidir. Bu süre zarfında Samantar, Ocak 1980'den Aralık 1986'ya kadar Savunma Bakanı ve Ocak 1987'den Eylül 1990'a kadar da Başbakan olarak görev yapmıştır. Ocak 1991'de Barre rejiminin devrilmesinin ardından Samantar ABD'ye kaçmış ve Virjinya'da kalıcı yasal mukim olarak halen hayatına devam etmektedir. Somali

görevlisi adına devletin yargı bağısıklığının uygulanmasını talep etmiştir. Bununla ilgili olarak Somali Hükümeti, ABD Dışişleri Bakanlığı'na bir bildirimde bulunarak “*Bay Samantar'a atfedilen eylemler onun resmi sıfatları kapsamında gerçekleştirilmiştir.*”⁵²³ demiştir. Bu bildirim, Mahkeme'yi davanın reddinin uygun olduğuna ikna etmeye yeterli olmuştur.⁵²⁴ Bu kararın ardından *Yousuf v. Samantar* davası bu kez de 2010 yılında Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir ve Mahkeme 1976 YDBY'nin bireyleri korumadığına hükmetmiştir.⁵²⁵ Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, akademik çevrelerde de büyük yankıya sebep olmuştur. Karar bir yandan, ABD ilk derece mahkemelerinin önündeki davalarda bu Yasa'nın devlet görevlilerine de uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin belirsizliğin giderilmesi açısından çok önemli görülürken diğer yandan çeşitli açılardan eleştirilmiştir.⁵²⁶ Elbette kararın ABD mahkemelerinde işlevsel bağısıklığın kapsamı açısından etkileri zaman geçtikçe belli olacaktır.⁵²⁷ Karar, tüm (eski) devlet görevlilerinin bağısıklığına ilişkin Yürütme Organı'nın önerisinin verilecek mahkeme kararları üzerindeki kontrol gücünü pekiştirmiş⁵²⁸ ve Yürütme'nin yaptığı önerinin davanın alt derece

uyrukluğundaki davacılar varlıklı ve eğitimli Isaaq Kabilesi'ne mensupturlar. Davacılar, kendilerinin veya aile bireylerinin, Samantar'ın görevi sırasında emrindeki ve kontrolündeki devlet görevlileri tarafından pek çok ağır insan hakları ihlallerine maruz bırakıldıklarını ileri sürmüşlerdir.

⁵²³ Samantar v. Yousuf [2009].

⁵²⁴ İbid.

⁵²⁵ Samantar v. Yousuf [2010].

⁵²⁶ Örneğin bkz. Curtis A. BRADLEY/Jack L. GOLDSMITH, Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation, 13 Green Bag 2D 9 (2009); David P. STEWART, Samantar And The Future Of Foreign Official Immunity, 15 Lewis & Clark LR 633 (2011); Sévrine KNUCHEL, Samantar v. Yousuf: Narrowing The Prospects For Human Rights Litigation Against Foreign Officials?, 11 HRLR 152 (2001); Peter B. RUTLEDGE, Samantar and Executive Power, 44 Vand. JTL Transnat'l L. 885 (2011); Chimène I. KEITNER, Officially Immune? A Response to Bradley and Goldsmith, 36 YJLO 1 (2010); KEITNER, The Common Law; KEITNER, Baseline Problem; Chimène I. KEITNER, Foreign Official Immunity After Samantar, 44 Vand. JTL Transnat'l L. 885 (2011); Beth STEPHENS, The Modern Common Law of Foreign Official Immunity, 79 Fordham LR 2669 (2011); Christopher D. TOTTEN, Head-Of-State And Foreign Official Immunity In The United States After Samantar: A Suggested Approach, 34 Fordham ILJ 332 (2010-2011).

⁵²⁷ Aynı görüşte bkz. KNUCHEL, Samantar v. Yousuf, s. 167; Ingrid WUERTH, Foreign Official Immunity Determinations in U.S. Courts: the Case against the State Department, 51 VJIL (2011), s. 975; STEPHENS, The Modern Common Law, s.2717. Van ALEBEEK, National Courts, s.26; TOTTEN, Head-Of-State, s.351

⁵²⁸ Yürütme Oganını'nın Bağısıklık Önerisi'nin kontrol gücünün açıkça zikredildiği bir örnek için bkz. Spacil v. Crowe, s.620. ("yürütmenin yabancı egemenin bağısıklık talebini tanıması ve (buna) izin vermesi yargıyı bağlar ve yürütmenin işleminin daha fazla incelenmesi gereksizdir.) TOTTEN'a göre, açık bir bağısıklık önerisinin yokluğunda eski devlet başkanları görevleri sırasında gerçekleştirdikleri eylemlerde ABD mahkemeleri önünde bağısıklıktan yararlanamazlar. TOTTEN, Head-Of-State, s.377. Diğer yandan, “Eğer Yürütme Organı reddederse, mahkeme bağısıklık meselesinde kendisi karar verebilir.” Samantar v. Yousuf [2010], s. 2284-2285. Aynı şekilde bkz. Spacil v. Crowe, s.617; In re Doe, 860 F.2d 40 (2d Cir. 1988), s.45. Yürütme Organı'nın konudaki

mahkemesine geri gönderilmesinin ardından Yürütme'nin önerisini doğrulayan gerekçeyle, bu tür önerilerin uluslararası suçlar söz konusu olduğunda bile sunulabileceğini de kanıtlamıştır.⁵²⁹

2010 yılındaki *Yousuf v. Samantar* kararında ABD Yüksek Mahkemesi genel olarak devlet görevlilerinin bağımsızlığıyla devletin kendi bağımsızlığını birbirinden ayrı olarak nitelendirmiş olmakla birlikte, karardaki bazı değerlendirmeler aslında devletin eyleminin bağımsızlığına işaret eder gibi gözükmektedir.⁵³⁰ Samantar kararıyla Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemeleri arasında süregelen ihtilafı en sonunda 1976 YDBY'nin⁵³¹ devlet görevlilerine değil yalnızca devlete uygulanacağını oybirliği ile karara bağlayarak açıklığa kavuşturmuştur. Bu arada hemen belirtelim ki, kararın gerekçesinde uluslararası hukuka gönderme yapılmaması dikkat çekicidir.⁵³² Üstelik Mahkeme, devletin bağımsızlığı kuralının yabancı devletin bir hakkı olmaktan çok ABD'nin hürmet ve nezaketinin bir parçası olduğu anlayışını⁵³³ baştan benimseyerek davayı bunun üzerinden devam ettirmiştir. Dolayısıyla, bu kararın işlevsel bağımsızlığın aslında devletin eyleminin bağımsızlığı olduğuna ilişkin tezi destekler nitelikte olmasının zor olduğunu da ifade etmek gerekmektedir. Bu gerçeği gözönünde tutarken Mahkeme'nin bir yandan da belli bir "devletin yargı bağımsızlığı" kuralı ortaya koyduğunu eklemeliyiz. Mahkeme'ye göre "davalı yalnızca bir devlet görevlisini zikretmiş olsa da, devletin kendisinin, siyasi kurumlarının veya kuruluş veya temsilcilerinin (davada) zorunlu bir taraf olma

kararının nihai olduğuna ilişkin bkz. *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (7th Cir.2004), 626; *Tawfik v. al-Sabah*, No. 11 Civ. 6455(ALC)(JCF), 2012 WL 3542209(S .DN.Y. Aug. 16, 2012), s. 2-3 (karar henüz yayınlanmadığından künyede verdiğimiz WL, Westlaw veritabanını belirtmektedir. Çalışmamızda kullandığımız kararların pek çoğunda gibi bunu da oradan edindiğimizi ve ilgililerinin bu kaynağa başvurabileceğini hatırlatmalıyız.); *Leutwyler v. Office of Her Majesty Queen Rania al-Abdullah*, 184 F.Supp.2d 277(S.D.N.Y.2001), s. 280; *Lafontant*, 844 F.Supp. s. 139.

⁵²⁹ Statement of Interest of the United States of America, 14 Şubat 2011, para. 12-13, www.cja.org/downloads/Samantar Stmt of Interest.pdf. KNUCHEL, işlevsel bağımsızlık alanında insan haklarına ilişkin bir istisnanın gelişmesine ilişkin girişimler olduğunu ve bu embriyo seviyesindeki trendin uzun vadede bir uluslararası yapılageliş kuralına dönüşebileceğini belirtirken ABD Dışişleri Bakanlığı'nın bu sorumluluğa destek verip vermeyeceğinin tamamen kendisine kalmış gözüktüğünü ifade etmektedir. **KNUCHEL**, *Samantar v. Yousuf*, s.167

⁵³⁰ *Samantar v. Yousuf* [2010].

⁵³¹ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. No. 94-583, 90 Stat. 2891, 15 ILM (1976) 1383.

⁵³² Her ne kadar Mahkeme YDBY'nin, yapıldığı sırada uluslararası hukukun iç hukukta kodifiye edilmesi amacını taşıdığını belirtse de kararını uluslararası hukuk kurallarına dayandırmadığı gözlenmektedir. Bkz. *Samantar v. Yousuf*, 130 S.Ct. 2278 (2010), s.2289.

⁵³³ *Verlinden BV v. Central Bank of Nigeria*, 461 US 480, 486 (1983). Bu konuda özellikle bkz. **FINKE**, *Sovereign Immunity*, s.; **FOX**, *State Immunity* (2008), s.14

durumu sözkonusu olabilir, çünkü o tarafın 'eylemin konusuyla ilgili menfaati' vardır ve 'kişinin yokluğunda eylemin yapısı, pratik anlamda kişinin çıkarlarını koruma yeteneğini eksiltebilir veya engelleyebilir.' Eğer durum buysa ve o varlık YDYB'ye göre davadan bağışksa, alt mahkeme görevlinin ortak hukuka göre bağışık olup olmamasından bağımsız olarak davayı reddetmeliydi.⁵³⁴ Mahkeme buna ek olarak, ortak hukuktaki kurala ve yürütmenin bu konudaki yetkisine atıfta bulunarak, YDBY'nin kapsamının dışında "*bazı durumlarda yabancı devletin bağışıklığı resmi sıfatla yaptığı eylemleri için bireye uzanır*" demek suretiyle devletin bağışıklığının devlet görevlileri açısından da geçerli olabileceğini kabul etmiştir.⁵³⁵ Burada son olarak Yüksek Mahkeme'nin yargı bağışıklığının uygulanamayacağına ilişkin tespitinin ardından Federal Mahkeme önüne tekrar giden davadaki kararda yukarıda belirtildiği gibi, doğrudan uluslararası hukuka dayanarak bir karar verilmediğini söylemek gerekir. Yine de Mahkeme, kararında bu kez uluslararası hukuka gönderme yaparak, uluslararası hukuk ile iç hukuklarda resmi eylem gerekçesinin *jus cogens* ihlali niteliindeki eylemler bakımından kabul edilemez olduğuna işaret etmiştir:

*"Amerikan mahkemeleri genellikle jus cogens ihlallerin hukuka uygun resmi eylemler olamayacağını ve bu nedenle yabancı devlet görevlisinin bağışıklığına dayanak olamayacağını ancak halen devlet başkanlarının statüye dayanan bağışıklığının kesin niteliğini tanımış ve jus cogens aleyhindeki şikayetlerde dahi uygulanacağına yönelik yukarıda anılan (jus cogens kuralların ihlalinde bağışıklığın kabul edilemeyeceğine ilişkin) eğilimi takip etmiştir. Uluslararası ve ulusal hukuka göre diğer ülkelerin görevlileri, eylemler davalının resmi sıfatıyla gerçekleştirilmiş olsa da, jus cogens ihlalleri için yabancı devlet görevlisi bağışıklığından yararlanamazlar."*⁵³⁶

⁵³⁴ *Samantar v. Yousuf* [2010].

⁵³⁵ *İbid*, 2290- 2291

⁵³⁶ *Samantar v. Yousuf*, 699 F.3d 763 (2012), s.776-777. Mahkeme bu tespitini yaparken bazı ABD mahkeme kararlarına da atıf yapmıştır. Benzer kararlar için bkz. *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 487 F.3d 1193, 1209 (9th Cir.2007) (*jus cogens kurallarının ihlalinin resmi egemenlik işlemi teşkil etmez*); *Siderman de Blake*, 965 F.2d 699, s.718 (*uluslararası hukuk jus cogens ihlali olan bir eylemi resmi eylem olarak tanımaz*); *Enahoro v. Abubakar*, 408 F.3d 877, s. 893 (7th Cir.2005) (Cudahy, J., ayrı görüşünde şöyle demektedir: "*Görevliler (tanımlarında hukuken yetki verilmiş eylemler olarak kabul edilmeyen) insan hakları jus cogens kurallarını ihlal eden eylemler için bağışıklık alamazlar.*"), *with Ye*, 383 F.3d s. 626-27 (Mahkeme, Yürütme'nin önerisine uyarak uluslararası suç işlemekle itham

“Bu dava, hoşlanılmayan politik ve etnik gruplara işkece, yargısız infaz ve uzatılmış keyfi tutukluluğu (da) içine alan, *jus cogens* kuralları ihlal eden eylemleri içerdiği için, biz *Samantar*’ın bu alanda uluslararası hukuku bünyesinde barındıran ortak hukuka göre eylembazlı resmi bağışıklığa sahip olmadığına hükmediyoruz. Dahası, *Menfaat Beyanı*⁵³⁷ da bu sonuç için bize ilave gerekçeleri sağlamıştır.⁵³⁸

Bu kararlar ışığında hem ortak hukuk kuralı hem de Yürütme’nin yaklaşımı bakımından devletin eyleminin bağışıklığı için açık kapı bırakıldığını söylemek mümkündür.⁵³⁹

Uluslararası suçlar nedeniyle yabancı bir devlette yargılanan devlet görevlisinin kaderine devletin yargı bağışıklığına dayanılarak karar verilecekse, devlet görevlisinin konumu ile devletin konumunu birbirinden ayırmak zor olacaktır. Böyle bir ayırım için mahkemelerin devletin yargı bağışıklığı kuralının istisnasının varlığını saptamaları gerekecektir.⁵⁴⁰ Devletin yargı bağışıklığı kapsamındaki işlevsel bağışıklık anlayışından bakıldığında uluslararası suçların resmi eylem olmadığı

edilen bireylere devlet başkanı bağışıklığının uygulanmasını kabul etmiştir.); *Devi v. Rajapaksa*, No. 11 Civ. 6634, 2012 WL 3866495, s. 3 (S.D.N.Y. Sept. 4, 2012) (*görevdeki devlet başkanı jus cogens ihlalleri kapsamında suçlansa da bağışıklıktan yararlanır*)

⁵³⁷ Ing. Statement of Interest. Bu, Hükümet tarafından yapılan bağışıklık önerisine benzer bir beyandır. Bu beyanın amacı, devletin uluslararası ilişkilerinde sıkıntı yaşanmaması açısından mahkemelerin verecekleri kararlarda devletin çıkarlarını da gözetmesini sağlamaktır. Bağışıklık önerisinden (Suggestion of Immunity) farkı ise mahkemeler nezdinde herhangi bir bağlayıcı etkisinin olmamasıdır. Oysa bağışıklık önerisinin mahkemeleri bağladığı pek çok kararda zikredilmiştir. Bazen bağışıklık önerisi ile menfaat beyanının birlikte yapılması da olasıdır. Örneğin bkz. *Claudia Balcerio Giraldo Et Al. V. Drummond Company, Inc et al.* davası için sunulan belge <http://www.state.gov/documents/organization/194073.pdf>

⁵³⁸ *Samantar v. Yousuf* [2012], s.778

⁵³⁹ **TOTTEN**, Head-Of-State, s.379. KEITNER de mahkemelerin eski ve görevdeki devlet görevlilerinin işlevsel bağışıklığa sahip olmamaları veya bu işlevsel bağışıklıkları bir antlaşmayla veya yasa ile temin edilmediyse, bu kişilerin bağışıklık iddialarına ilişkin değerlendirmeyi müşterek hukuk kurallarına göre yapmalıdırlar. **KEITNER**, Foreign Official Immunity, s.842

⁵⁴⁰ İtalyan Yüksek Mahkemesi de *Ferrini v. Germany* kararında benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Mahkemeye göre işlevsel bağışıklık devletin yargı bağışıklığının doğal bir sonucudur ve görevliye işlevsel bağışıklığın tanınmadığı durumlarda devlete bağışıklık tanınması için bir neden yoktur. Bkz. *Ferrini v. Germany*, para.11. Benzer görüşteki yazarlar için örneğin bkz. **Aleksander ORAKHELASHVILI**, State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong, 18 EJIL 955 (2007); **Lorna MCGREGOR**, Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty’, 18 EJIL 903 (2007); **Elina STINERTE / Rebecca M. M. WALLACE**, Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia, 100 AJIL 901 (2006) ; **Pietro Di CIACCIO**, A Torturer's Manifesto? Impunity through Immunity in Jones v The Kingdom of Saudi Arabia, 30 Sydney LR 551 (2008).

iddiası sorunlu gözükmetedir. Zira böyle bir iddia devletin kendisine de dava açılması ihtimaline yol açacaktır.

Halen yürürlüğe girmemiş olan BM Devletlerin ve Mallarının Bağışıklığı Antlaşması⁵⁴¹ (kısaca Bağışıklık Antlaşması) devletin aslen davalı olup olmadığı sorunundan bağımsız olarak uygulanan devletin eyleminin bağışıklığı kuralını doğrulayıcı olarak yorumlanabilir. Nitekim Bağışıklık Antlaşması'nın 2/1-b(iv) hükmü, Antlaşma bağlamında, devletin tanımını yaparken “*devletin gücünü kullanarak hareket ettikleri ölçüde devletin temsilcilerini veya yetkililerini ve diğer varlıklarını*” da içine almaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) şerhinde bu maddeyle ilgil olarak “*yabancı bir hükümetin bu tür temsilcileri veya görevlilerinin resmi eylemleriyle ilgili olan davalar aslında temsil ettikleri devlet aleyhine (yapılan) girişimdir.*” demektedir.⁵⁴² Resmi eylemler kavramı ayrıca tanımlanmadığından bu hüküm, devlete isnat edilebilecek eylemlerde görevliye karşı açılacak herhangi bir davada devletin müdahil olması durumuna destek sağlamamaktadır. Ancak Sözleşme’de böyle bir yoruma açık kapı bırakan bir madde vardır. Sözleşme’nin 6. maddesi devletin yargı bağışıklığı kuralının yabancı devlete karşı açılan tüm davalarda uygulanabileceğini öngörmektedir ve bunu 2. fıkrada şu şekilde açıkça belirtmektedir:

“2. Bir devletin mahkemesinde görülen bir yargılamanın, diğer bir devlete karşı ikame edilmiş sayılabilmesi için, söz konusu diğer devletin:

(a) bu yargılamada bir taraf olarak adlandırılmış olması; veya

(b) bu yargılamada bir taraf olarak adlandırılmamasına karşın, yargılamanın aslında söz konusu diğer devletin malını, haklarını, menfaatlerini ya da faaliyetlerini etkilemeyi amaçlıyor olması, gerekmektedir.”

⁵⁴¹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004, UN Doc. A/RES/59/38.

⁵⁴² ILC Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with commentaries, ILC Yearbook (1991) Vol. II, Part Two, s. 13 vd., (2. Maddenin yorumu para. 18).
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf

UHK'nin 6. maddeye ilişkin yorumunda aynı davalar, devlete ait veya devlet tarafından kullanılan gemilere karşı açılan davalar gibi bazı tartışmasız örneklere yer verilmiştir.⁵⁴³ Fakat m.6/2-b, işlevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri eylemlerle ilgili olarak devlet görevlilerine karşı açılan tüm davalara uzanacak şekilde de yorumlanabilir.

Devletin eylemlerinin bağımsızlığı görüşü, doktrinde de destek görmektedir. Bu konu iki ayrı şekilde değerlendirilmektedir. Bir yandan, akademisyenler devletin sorumluluğu hukuku kapsamında devlete isnat edilebilecek tüm eylemlerin, görevlinin devletin yargı bağımsızlığını ileri sürebilecekleri resmi eylemler olduğunu belirtmektedirler. Başka bir deyişle, eğer görevlinin bir eylemi devletin sorumluluğunu gerektiriyorsa, o eylem resmi eylemdir ve görevliler bu eylemler nedeniyle açılan davalarda devletin bağımsızlığını öne sürebilirler. UHK'nin Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargılamasından Bağımsızlığı'na ilişkin çalışmalarındaki ilk Özel Raportör olan Roman KOLADKİN'e göre *"bir devlet görevlisinin tek ve aynı eyleminin, devletin sorumluluğu hukuku çerçevesinde devlete atfedilebilir nitelikte ve onun eylemi olarak kabul edilirken bağımsızlık hukuku çerçevesinde aynı şekilde devlete atfedilmeyip yalnızca bir görevlinin eylemi olarak değerlendirilmesini ileri sürmek için hemen hemen hiç dayanak yoktur."*⁵⁴⁴ Diğer taraftan bazı yazarlar da devletin tüm *jure imperii* eylemlerini resmi eylem olarak kabul etmekte ve bu eylemler açısından devlet görevlilerinin devletin bağımsızlığına başvurabileceklerini öne sürmektedirler. AKANDE/SHAH her iki yaklaşımı da benimser gözükmektedir. Yazarlara göre bunlardan ilki bağımsızlığın başlı başına aslında devletin sorumlu olduğu işlerden sorumlu olmamasıdır. Bunlardan dolayı görevlinin gayrişahsi sorumluluğu vardır zira bu tür eylemler doğrudan devlete yöneltilebilir.⁵⁴⁵ Yazarlar böylece, işlevsel bağımsızlığın, sorumluluğu devlete yönlendiren bir mekanizma olduğunu doğrulamaktadırlar.

⁵⁴³ Ibid., 6. maddenin yorumu para. 11.

⁵⁴⁴ **KOLODKIN**, Preliminary Report, para. 89; Roman KOLODKIN, Special Rapporteur, Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/631 (2010), para. 24. (**KOLODKIN**, Second Report) Ayrıca **BOTHE**, Die strafrechtliche Immunität s. 255 ve 262; **J. Craig BARKER**, The Future of Former Head of State Immunity After Ex Parte Pinochet, 48 ICLQ 937 (1999), s.943; **Marina SPINEDI**, State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?, 13 EJIL 895 (2002), s. 898-899; **KOLLER**, Immunities of Foreign Ministers, s.29.

⁵⁴⁵ **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s.826-827

Devlet görevlilerinin yargılamadan bağışık olmasını KELSEN doğrudan devletin yargı bağışıklığına bağlamaktadır.⁵⁴⁶ Yazara göre “[d]evletin eylemleri bireylerin devletin bir organı olarak gerçekleştirdikleri eylemlerdir ve bu nedenle devlete isnat edilen eylemlerdir. Eğer bir eylem, eylemi gerçekleştiren bireye değil devlete isnat edilebilirse, birey genel uluslararası hukuk uyarınca başka devlette bu eylem nedeniyle, söz konusu eylemin sahibi olan devletin iradesi olmaksızın sorumlu tutulamaz.”⁵⁴⁷ Yazara göre uluslararası hukuk açısından bir devlete zarar veren bir eylemin sahibi olan devletin o devletin mahkemelerinde yargılanması gerekir ki bu da aslında bir devletin diğer bir devletin yetkisine tabi kılınamayacağı ilkesine aykırılık teşkil eder.⁵⁴⁸ Yazar bu aykırılığın uluslararası hukukun genel olarak tanınmış olan bir devletin başka bir devletin mahkemelerinde yargılanamayacağı prensibinin bir sonucu olduğuna işaret etmektedir.⁵⁴⁹ KELSEN devlet adına hareket eden bir bireyin işlediği suçlar bakımından sorumluluğu ise şöyle ifade etmektedir: “bir devlet genel uluslararası hukukun bu kuralından, yabancı bir devletin eylemini kendi ulusal hukukuna göre suç olarak bildirerek, sıyırılmaz ve eylemi gerçekleştiren fail kişiyi [o devletin] yetkililerin[in] eline düştüğünde yargılayamaz.” Yabancı bir devletin eylemi olarak gerçekleştirilen bir eylem için bireye karşı açılan dava yabancı devletin kendisine karşı yöneltilmiştir.⁵⁵⁰

Yabancı devlet görevlisinin yargılamadan bağışıklığı mantıksal olarak devletin yargı bağışıklığı prensibinin bir sonucu olarak gözükmektedir. KELSEN’e göre, yukarıda belirttiğimiz gibi, devlete isnat edilebilecek tüm eylemler bakımından devlet görevlisi şahsi olarak sorumlu tutulamaz. Bu yolla KELSEN’in ileri sürdüğü argümanın devletin eyleminin bağışıklığı teorisine dayandığı açıktır. Oysa devlet

⁵⁴⁶ Yazar aslında devletin yargı bağışıklığı meselesini, devlet bir tüzel kişilik olduğundan, hükümetin gerçekleştirdiği işlemler üzerinde devletin eylemlerinin bağışıklığı olarak algılamaktadır. **Hans KELSEN**, Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals, 31 CLR 530 (1942-1943), s.540. Savaş suçlarıyla ilgili “devletin eylemlerinin bağışıklığı” teorisinin değerlendirilmesi için bkz. Alexander N. SACK, War Criminals and the Defense of Act of State In International Law, 5 Lawyers Guild Review 288 (1945).

⁵⁴⁷ **KELSEN**, Peace Through Law, s.81

⁵⁴⁸ *İbid.*, s.82

⁵⁴⁹ *İbid.*, s.97. Ayrıca bkz. **KELSEN**, Collective and Individual Responsibility, s.540

⁵⁵⁰ *İbid.*, s.99

görevlilerinin yargı bağısıklığı devletin yargı bağısıklığından önce uygulanması gereken otonom bir prensiptir.

4.1.2. Devletin Yargı Bağısıklığından Önce Gelen Otonom Bir Prensip Olarak Gayrişahsi Sorumluluk

Prensip olarak yabancı devlet görevlisinin devletinin yetkisi altında gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı kişisel sorumluluğunun doğmadığı kabul edilmektedir.⁵⁵¹ Bu prensip devletin yargı bağısıklığı kuralından ayrı olduğundan, sınırlı bağısıklık teorisi gereğince bir devletin yargı bağısıklığına sahip olmadığı durumlarda da devlet görevlileri bağısık olabilmektedir. Örneğin ofis için alınacak kalemlerle ilgili bir işlem devletin yargı bağısıklığı kuralı bakımından *acte jure gestionis* niteliktedir ve bu işlemin bedeli, görevlinin kişisel banka hesabından karşılanamaz. DİHVS m.39/2 hükmü çerçevesinde eski diplomatların işlevsel bağısıklığının kapsamı konusunu tartışan DENZA'ya göre, gönderen devletin sınırlı bağısıklık kuralları gereği kabul eden devletin yargılama yetkisine tabi olduğu durumlarda bile diplomatik görevlinin bağısıklığı ilgili hükmün belirsiz kapsamı uyarınca devam etmektedir çünkü yerine getirilen eylemler diplomatik misyonun bir üyesi olarak gerçekleştirilmiştir.⁵⁵² Bu çerçevede, yabancı devlet görevlisinin sahip olduğu işlevsel bağısıklık, onun devletin bir kolu veya sözcüsü olarak gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı kişisel sorumluluğunun olmamasıyla ilgilidir.

Devletin yargı bağısıklığı kurallarının yabancı devlet görevlileriyle ilgili davalarda uygulanmasına, çoğunlukla eylemi gerçekleştiren devlet görevlisinin kişisel sorumluluğunun yokluğu varsayımından yola çıkılarak başvurulmaktadır. Bir devlet görevlisi resmi yetkiye sahip olduğu sırada kendi adına hareket ederken yaptığı eylemlerden dolayı dava edildiğinde gerçekte devletin davalı olduğu söylenebilir mi? Bunun için kanaatimizce görevlinin söz konusu sorumluluğu kendi adına taşıyamayacağı veya davanın açıkça görevlinin üzerinden devletin hakları veya yükümlülüklerini etkileme girişiminde olduğu kanısı uyanıyorsa, davanın aslında görevlinin devletinin aleyhine açılmış olduğu söylenebilir.

⁵⁵¹ Van ALEBEEK, Immunity of States, s.106

⁵⁵² DENZA, Diplomatic Law (2004), s. 363

VAN ALEBEEK'e göre devlet adına gerçekleştirilen eylemlerden dolayı devlet görevlilerinin gayrişahsi sorumluluğu kuralı, davaya devletin yargı bağışıklığı kurallarına başvurulmasından daha öncelikli uygulanacak özerk bir kural olarak görülmelidir.⁵⁵³ VAN ALEBEEK, Kelsen'in kişisel sorumluluğun devlet görevlilerine yükletilemeyeceğine ilişkin tespitinden yola çıkarak, bu özerk kuralın değişik bir şekilde de devlet görevlilerinin kişisel anlamda herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağını ifade etmektedir.⁵⁵⁴ Bu yaklaşımı doğrulayan mahkeme kararlarından biri olan *Società Arethusa Film v. Reist*⁵⁵⁵ kararında, resmi yetkiyle yaptıkları eylemler için diplomatik temsilcilerin ve ikinci derecedeki diplomatik personelin, diplomatik görevli veya misyonun bir üyesi olduğu için değil asıl sorumlu tutulması gereken kişinin, adına hareket ettikleri devletleri olmasından dolayı⁵⁵⁶, kişisel olarak sorumlu tutulamayacakları belirtilmektedir.⁵⁵⁷ Başka bir ifadeyle, böyle bir durumda görevlinin gayrişahsi sorumluluğundan söz etmek gerekir.

4.1.2.1. Resmi Eylemlerde Gayrişahsi Sorumluluk Prensibi

Bir devlet görevlisinin devlet adına işlem yapması durumunda gayrişahsi sorumluluğu söz konusudur. Gayrişahsi sorumluluk, eylemi gerçekleştiren kişiyi eylemin sonuçlarından kurtarmaktadır. Buradaki temel nokta, söz konusu eylemin, onu gerçekleştiren kişinin kendi yararı veya hesabına yapılmamasıdır. Böylece uluslararası hukukta devletin resmi yetkisi altında ve onun adına hareket eden görevlilerin sorumluluktan kurtulmasına yönelik bir mekanizma gelişmiştir. Bu gayrişahsi sorumluluk mekanizması, görevlinin bir eylemi devlet adına gerçekleştirirken ve resmi yetkisi çerçevesinde hareket ettiğinde eylemin sonuçlarına

⁵⁵³ Van ALEBEEK, Immunity of States, s.107

⁵⁵⁴ İbid.

⁵⁵⁵ *Società Arethusa Film v. Reist*, 22 ILR 544 (Italy, Tribunal of Rome, 1953)

⁵⁵⁶ SUMMERS, Immunity or Impunity?, s.471

⁵⁵⁷ *Società Arethusa Film v. Reist*, 22 ILR 544 (Italy, Tribunal of Rome, 1953) s.546. Davada Amerikan Büyükelçiliği'ne danışman olarak görev yapan kişinin idari ve teknik personel sınıfından olması dolayısıyla yalnızca görevin yerine getirilmesiyle ilgili konularda hukuk yargılamalarından bağışıklıklarının kabul edilebileceği vurgulanmaktadır. , Bkz. S. E. NAHLIK, Development of Diplomatic Law, Selected Problems, RdC V. 222 (1990), s. 187.

katlanma yükümlülüğünden bağımsız olarak rahatça görevini yerine getirebilmesine hizmet eder.

İşlevsel bağımsızlığın gayrişahsi sorumluluk çerçevesinde açıklanmasına en iyi tanım kanaatimizce Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi İstinaf Dairesi'nin *Prosecutor - Blaškić* kararında zikredilmiştir. Mahkeme kararında bunu şöyle ifade etmektedir:

“Devlet görevlileri, devletin sadece araçlarıdır ve onların resmi eylemleri yalnızca devlete atfedilebilir. Onlar, kendi adlarına değil, devlet adına yükümlendikleri işlemlerden dolayı yaptırım veya cezanın konusu olamazlar. Başka bir deyişle, devlet görevlileri kendilerine bireysel olarak atfedilemeyecek⁵⁵⁸, adına hareket ettikleri devlete yükletilmesi gereken hukuka aykırı eylemlerin sonuçlarına katlanmamalıdır: onlar “işlevsel bağımsızlık” olarak adlandırılan bağımsızlığa sahiptirler. Bu, uluslararası yapılageliş hukukunun 18. ve 19. yüzyıldan beri var olan şimdikiye dek defalarca ifade edilmiş yerleşik bir kuralıdır.”⁵⁵⁹

KEITNER, işlevsel bağımsızlığın tespiti açısından gerçekleştirilen eylemin devlete atfedilebilirliğinin belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁵⁶⁰ Buna göre bir eylem yabancı bir devlete atfedilemiyorsa, bağımsızlık kapsamında değildir. Buna karşılık yabancı bir devlete atfedilebilen ve şahsi sorumluluğu gerektirmeyen eylemler bağımsızlıktan yararlanır. Hem devletin hem de görevlinin sorumluluğunu gerektiren eylemlerin bağımsızlık kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ise olayın diğer verilerine göre belirlenecektir.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Bu ifadeden, devlet görevlilerinin kendilerine bireysel olarak isnat edilebilecek eylemlerden dolayı sorumlu tutulabilecekleri anlamını çıkartmak mümkündür. (...State officials cannot suffer the consequences of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act...) *Prosecutor- Blaškić*, para. 38

⁵⁵⁹ *Prosecutor- Blaškić*, para. 38. Farklı bir kaynak için bkz. 110 ILR 607 (1997), s707 para. 38

⁵⁶⁰ **KEITNER**, *Foreign Official Immunity*, s. 838. Bir devlet görevlisinin işlevsel bağımsızlıktan yararlanıp yararlanmayacağını ve bağımsızlığın kapsamını değerlendirirken görevlinin gerçekleştirdiği eylemin devlete atfedilebilir olup olmadığı kriterini kullanmanın doğru bir yaklaşım olduğu Raportör Roman Kolodkin tarafından da ifade edilmiştir. Bkz. **KOLODKIN**, *Second Report*, para. 24

⁵⁶¹ **KEITNER**, *Foreign Official Immunity*, s. 838-839

*Sanders et al v. Veridiano et al*⁵⁶² davası işlevsel bağışıklığın özüne ışık tutmaktadır. Dava ABD Donanma Üssü'nde çalışan iki Amerikan görevlinin aynı üste çalışan Amerikalı üstleri aleyhinde dava açmalarına ilişkindir. Davaya konu olan olayda, üste çalışan iki personelin sözleşmeleri süresiz tam zamanlıdan süresiz yarı zamanlıya çevirilmiş ve iddiaya göre bunun gerekçesini sorduklarında kendilerine gönderilen resmi yazıda hakeret ve iftiraya varan sözler kullanmış ve bu şekilde kendileriyle alay edilmiştir.⁵⁶³ Yüksek Mahkeme dava edilen yabancı devlet görevlisi “*hükümeti adına ve yetkisi kapsamında hareket etmekte ve bu eylemlerden sorumlu olan [kişi] bireysel olarak kendileri değil hükümetleridir.*” demek suretiyle resmi görevin yerine getirilmesi sırasında ve verilen yetki çerçevesinde gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin görevliye değil devlete atfedileceğini öngörmüştür.⁵⁶⁴

Resmi görevin sona ermesinden sonra da bağışıklığın, görev sırasında gerçekleştirilen eylemler bakımından devam etmesinin temel nedeni, o eylemlerin esasen görevlinin değil, devletin eylemi olarak kabul edilmesidir.⁵⁶⁵ Başka bir deyişle UHK'nin DİHVS'nin kodifikasyon çalışmaları sırasında m.39/2 ile ilgili tartışmalarında da ifade ettiği gibi söz konusu eylemler “*gerçekte bireysel olmaktan çok devletin eylemleri*” dir.⁵⁶⁶ Bir eylem devlete atfedilebilir nitelikteyse resmi eylem olarak kabul edilmekte ve bu tür eylemler için temsilcinin bağışıklığı görev süresi sona ermiş olsa dahi devam etmektedir. Bu aslında tüm (eski) devlet görevlilerine de uygulanan bir işlevsel bağışıklık kuralıdır. Yabancı devletin yetkisi altında gerçekleştirilen işlemlerde gayrişahsi sorumluluk ilkesi devlet uygulamalarında öteden beri düzenli olarak tanınmıştır.⁵⁶⁷ Prensip olarak diplomatik

⁵⁶² *Sanders v Veridiano* 162 SCRA 88 (1988) (Philippines, S Ct, 1988)

http://www.lawphil.net/judjuris/juri1988/jun1988/gr_1_46930_1988.html

⁵⁶³ Esasen kullanılan üslup ve sözler pek alay eder nitelikte değildir. Zira mektupta bu kişilerin amirlerine göre zorluklar çıkaran kişiler olduğu, diğer çalışanları işten soğuttukları ve yeminli olmalarına rağmen konuyla ilgisi olmayan kişilere konuyu anlattıklarından söz edilmektedir.bkz. ibid.

⁵⁶⁴ İbid. Brüksel'deki Eski Osmanlı Büyükelçisi'nin, Büyükelçilik'e yeni bir ısınma sistemi yaptırmasıyla ilgili masrafların ödenmesi konusundaki *Monnaie v. Caretheodorao Effendi* davası da örnek olarak gösterilebilir. Belçika bu davayı reddetmiştir. bkz. **Van ALEBEEK**, Immunity of States s. 107-108

⁵⁶⁵ YBILC 1957 V. 1, s.99 para 21

⁵⁶⁶ YBILC 1957 V. 1, s.217 para 22

⁵⁶⁷ Eski kararlara örnek olarak bkz. *Lyders v. United States United States Steel Corporation et al.*, F2nd 308 (1929); *Walthier v. Thompson*, 189 F.Supp 319, (1960); *Horn v. Mitchell*, 223 Fed. 549 (1915); *Syrynia v. Lopez*, ILR 18 (1951) case no. 55; *Johnson v. Major-General Howard M. Turner et*

bağışıklık, temsilcinin görevinin sona ermesiyle birlikte son bulurken, bu kişinin misyonun bir üyesi sıfatıyla gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerden dolayı bağışıklığının devam ettiği kabul edilmektedir. Bu noktada DENZA'nın da işaret ettiği gibi aslında DİHVS m.38/1'deki diplomatın “görevin yerine getirilmesinde gerçekleştirdiği resmi eylemler” ile m.39/2'deki “misyonun bir üyesi olarak görevini yerine getirirken gerçekleştirdiği eylemler” arasında bir anlam farklılığı olmadığını ifade etmek gereklidir. Burada karşımıza çıkan asıl soru, resmi bir görevin yerine getirilmesinde yapılan kişisel eylemlerin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir.

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun DİHVS'nin hazırlık çalışmaları sırasında m.39/2 hükmündeki “*in the exercise of his functions*”(görevlerinin yerine getirilmesinde) yerine “*during the exercise of his functions*” (görevlerinin yerine getirilmesi süresince) ifadesinin kullanılmasına ilişkin yapılan teklif⁵⁶⁸ reddedilmiştir. Buna gerekçe olarak bağışıklığın yalnızca resmi görevin yerine getirilmesine ilişkin eylemler açısından geçerli olduğu ifade edilmiştir.⁵⁶⁹ Demek ki görev süresince gerçekleştirilen tüm eylemler için işlevsel bağışıklık bir kalkan olarak kullanılamayacaktır.

Diğer yandan bir eylemin, görevi sona ermiş bir diplomatik görevliye değil de devlete atfedilebilmesi için, iki öğeyi içinde barındırması gerekmektedir: 1. Görevin resmi olması 2. Diplomatik işlevlerin yerine getirilmesi için gerçekleştirilmesi.⁵⁷⁰ Bunu bir örnekle açıklayalım. A Devleti'nin temsilcisi sıfatıyla B Devleti'nde görev yapan bir diplomat, müzakerelerde bulunmak üzere B Devleti'nin Dışişleri Bakanı ile olan randevusuna giderken yolda bir kaza yapar ve kaza sonucu bir kişi ölür. Bu durumda diplomat yargılanabilir mi? Bu soruya iki ayrı süreyi ayırarak cevap vermek gerekir. Bunlardan ilki, diplomatın görevinin devam ettiği süredir. Bu süreçte diplomat *ratione personae* yani kişisel bağışıklığa sahip olduğu için, gönderen devletin bağışıklıktan feragat etmemesi durumunda yargılanamaz. İkinci durum ise

al. ILR 21 (1954), s. 103 vd. daha fazla örnek ve değerlendirme için bkz. **BOTHE**, Die strafrechtliche Immunität, 249 vd.

⁵⁶⁸ YBILC 1957 V. 1, s.142 para 35

⁵⁶⁹ YBILC 1957 V. 1, s.142 para 38

⁵⁷⁰ **DINSTEIN**, *Ratione Materiae*, s.82

konumuzla alakalı kısımdır; yani diplomatın görevinin sona ermesinin ardından ne olacağına ilişkindir. Yukarı belirttiğimiz kriterler çerçevesinde bir tespit yapmamız gerekirse öncelikle söz konusu eylemin resmi olup olmadığını ortaya koymalıyız. Bir kişinin trafik kurallarına aykırı biçimde davranarak kazaya neden olmasının resmi nitelikte bir eylem olarak kabul edilemeyeceği açıktır. İkinci koşul açısından değerlendirildiğinde, kaza olayı diplomatın, diplomatik görevlerinden biri olan kabul eden devletin hükümeti ile müzakereler yapmak üzere hareket ettiği esnada yani diplomatik işlevin yerine getirilmesi sırasında gerçekleşmiştir. Ancak görevin yerine getirilmesi sırasında böyle bir kazanın olması, bu kazayı başlı başına işlevsel bağışıklığın kapsamına sokmayacaktır. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bir eylemin işlevsel bağışıklık kapsamında değerlendirilebilmesi için, onu yapanın görevli değil devlet olduğu kanısı uyanmalıdır.⁵⁷¹ Devlete atfedilemeyecek bir eylem bu çerçevede işlevsel bağışıklık kapsamında değerlendirilmeyecek ve suçu işleyen görevlinin yargılanmasına imkan tanıyacaktır. Ayrıca gerçekleşen eylemin yukarıda saydığımız her iki kriteri de birlikte içermesi zorunludur. Ancak burada uluslararası suçlar açısından bir hususu belirtmek gerekir. 3. Bölümde daha ayrıntılı biçimde anlatılacağı üzere, uluslararası suçlar genellikle resmi sıfatla işlenen suçlar olduklarından, bu suçların devlet tarafından işlendiği kanısı uyanırsa dahi görevliler, kendilerine uluslararası hukuk tarafından doğrudan yöneltilen bireysel sorumlulukları nedeniyle işlevsel bağışıklığın koruyucu örtüsünden yararlanamayacaklardır. Dolayısıyla bu yukarıdaki tespitleri ağır insan hakları ihlalleri niteliğindeki uluslararası suçları saklı tutarak yaptığımızı hemen belirtelim. Sonuç olarak yukarıdaki örnekte diplomat görevi sona erdikten sonra yabancı bir devletin yerel mahkemesinde kazayla ilgili olarak açılan davada işlevsel bağışıklıktan yararlanamayacaktır.

Konsüler görevlilerin, görevleri süresince konsolosluk işleriyle ilgili görevlerini yerine getirirken yaptıkları eylemlerden dolayı açılan davalarda bağışıklıkları resmi görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak işlevsel bağışıklıkla

⁵⁷¹ **Martin SPITZER**, Inländische Gerichtsbarkeit und Immunität, ÖJZ 2008/92, s.874 vd. Ancak elbette bu kural, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, uluslararası hukukun bireye doğrudan sorumluluk yüklediği bir durum olmaması durumunda işlerlik kazanacaktır. Bu da uluslararası suçlar açısından gayrişahsi sorumluluğun devreye girmesini engeller.

açıklanmaktadır.⁵⁷² Burada Türkiye Cumhuriyeti Paris Eski Başkonsolosu olan Aydın Sezgin hakkında görevi sırasında açılan davayı örnek göstermek mümkündür. Davaya konu olan olayda Başkonsolos Sezgin hakkında, Başkonsolosluk'un internet sitesinde "ermenî soykırımı"nı reddeden açıklamaları yayımladığı gerekçesiyle Ermeni Davasını Savunma Komitesi (CDCA) tarafından "ermenî soykırımı"nı inkar ve Ermeni toplumunun insan haklarını rencide ettiği iddiasıyla dava açılmıştır. Dava bir başkonsolosun KİHVS uyarınca gönderen devletin resmi görüşlerini kabul eden devletin kamuoyuna iletmek de görevlerinin arasında olduğu ve davaya konu olan görüşlerin de gönderen devletin görüşü olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilerek reddedilmiştir.⁵⁷³

Bir başka örnekte de New Scotland Yard'ın⁵⁷⁴ Scientology Kilisesi hakkındaki, Kilise'nin üyelerine karşı suç işlemekten dolayı suçlu bulunduğu ilişkin raporunu değerlendiren Almanya Yüksek Mahkemesi, 1978'de verdiği kararında New Scotland Yard'ın Başkanı'nın, yalnızca raporun yayımlanmasına izin verdiği için, bunun kişisel işlem olarak görülerek kendi adına hareket etmiş olduğu sonucuna varılamayacağına hükmetmiştir.⁵⁷⁵ Yine buna benzer bir kararda Hollanda Mahkemesi, Scientology Kilisesi hakkındaki raporuna ilişkin olarak Alman Federal Polis Şefi'nin, özel bir kişi olarak değil, resmi yetkiyle hareket eden bir görevli sıfatıyla yaptığı eylem nedeniyle yargılanamayacağını ifade etmiştir.⁵⁷⁶

İşlevsel bağışıklığın temelinde 2 prensip yatmaktadır.⁵⁷⁷ Bunlardan ilki, bu bağışıklığın görevlinin aslında başlı başına devletin sorumlu olduğu işlerden dolayı hukuken sorumlu tutulamayacağını gösteren bir savunma teşkil etmektedir. Buna

⁵⁷² KİHVS m. 43/1'e göre "Konsolosluk memurları ve konsolosluk hizmetlileri, resmî görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiillerden dolayı kabul eden Devlet'in adli ve idarî makamlarının yargısına tabi değildirler."

⁵⁷³ Dava ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **AYBAY**, Konsolosluk, s.277 vd.

⁵⁷⁴ Aslında Metropolitan Police Service adını taşıyan İngiltere Polis Teşkilatı, halkın girdiği arka kapıya açılan caddenin adıyla özdeşleşerek zamanda "Scotland Yard" olarak anılmış; yeni binasına taşındığında da bu merkez bina "New Scotland Yard" adını almıştır. Özetle, buradaki New Scotland Yard, İngiltere Polis Teşkilatı'nı simgelemektedir. http://en.wikipedia.org/wiki/Scotland_Yard

⁵⁷⁵ *Church of Scientology Case*, 65 ILR 193 (1973), s. 198. "Bu tür idari birimlerin eylemleri doğrudan devletin eylemi olarak kendini göstermektedir ve bu göreve ilişkin eylemler beher özel eylem olarak sayılmamalıdır." Ayrıca bkz. **SPITZER**, *Inländische Gerichtsbarkeit*, s.876;

⁵⁷⁶ *Church of Scientology in the Netherlands Foundation and Others v. (1) Herold and (2) Bauer Verlag*, 65 ILR 380, s. 381 vd.

⁵⁷⁷ **AKANDE/SHAH**, *Immunities of State Officials*, s.826

göre bu tür işlemler yalnızca devlete yükletilebilir ve konu yönünden bağışıklık, sorumluluğu devlete yönelten bir mekanizmadır.⁵⁷⁸ İşlevsel bağışıklığın, devlet görevlilerinin yerine getirdiği işlevleri açısından sahip oldukları yargı bağışıklığının, devletin kendi yargı bağışıklığından daha kapsamlı olduğu kabul edilmelidir. Görevli yalnızca devletin bağışık olduğu egemenlik işlemleriyle ilgili değil, aynı zamanda egemenlik işlemi olmayan fakat göreviyle ilgili olan işlemlerden de bağışıktır.⁵⁷⁹

İkinci olarak, devlet görevlilerinin yabancı mahkemelerdeki bağışıklığı, devlet adına hareket eden kişilere karşı açılan davalar aracılığıyla devletin yargı bağışıklığını önlemeyi engellemektedir.⁵⁸⁰ İngiliz İstinaf Mahkemesi *Zoernsch v. Waldock* davasında yabancı bir devletin, yalnızca görevlileri vasıtasıyla hareket edeceğini ve kendi işlemleriyle ilgili olarak kazanılan bağışıklığın, devlet adına hareket eden görevlilere de tanınmadığı sürece aldatici, asılsız olacağı belirtilmiştir.⁵⁸¹ Mahkeme'ye göre bir temsilciyi resmi yetkisi çerçevesinde yaptığı işlemlerden dolayı dava etmek, aslında, o temsilcinin dava sırasında diplomatik görevinin kaldırılıp kaldırılmadığına bakmaksızın hükümetini dava etmek demektir.⁵⁸²

⁵⁷⁸ CASSESE, ICL 2008, s304; FOX, State Immunity (2008), s.94-97; Attorney General of Israil v. Eichmann davasında Israil Yüksek Mahkemesi'ne göre "devletin eylemi doktrini" uyarınca devletin bir organı olarak hareket eden kişinin, bu kişi ister devlet başkanı, isterse hükümet emriyle hareket eden sorumlu devlet görevlisi olsun, yaptığı işlemler ve davranışları, tek başına devletin işlemi olarak kabul edilmelidir. Bundan çıkan sonuç; görevlinin adına hareket ettiği devletin asıl sorumluluğu taşıdığı ve ayrıca diğer devletin, yalnızca görevini yerine getirdiği devletin rızasıyla eylemi gerçekleştiren kişiyi cezalandırmaya hakkı olmadığıdır. Öyle olmasaydı, ilk devlet, devletlerin egemenliği üzerine kurulan eşitlik anlayışının tam tersine, ikincisinin içişlerine karışmış olurdu." Attorney-General of Israel v. Adolf Eichmann (1962) (Israel, Supreme Court), 36 ILR 277, s.309 Ne var ki Mahkeme bütün davalarında bu teoriyi uygulamayı kabul etmeye hazır değildi. AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials, s826.

⁵⁷⁹ Bkz. Brief for the United States of America as Amicus Curiae in Support of Affirmance (2007), *Matar v. Dichter* F.3d 9 (2d Cir. 2009) (No. 07-2579-cv) <http://ccrjustice.org/files/Matar%20v%20Dichter.%20US%20for%20Defendants%20Amicus%20Brief%2012.19.07.pdf>

⁵⁸⁰ WICKREMASINGHE, Immunities Enjoyed by Officials (2010), s. 396; FOX, State Immunity (2008), s.456.

⁵⁸¹ Diplock, L.J. "Eylemleri konusunda [yabancı bir egemen hükümete] sağlanan bağışıklık, onun adına yaptıkları eylemlerle ilgili olarak görevlileri de kapsamadıkça aldatici." demek suretiyle devletin yargı bağışıklığının, devleti adına hareket eden görevlilere de tanınması gerektiğini vurgulamıştır. *Zoernsch v. Waldock* [1964] 1 W.L.R. 675, s. 692. Karara ilişkin değerlendirme için bkz. D.J. BENTL, A Little List, 27 MLR 581 (2011), s.581 vd; KEITNER, Officially Immune?, s.12

⁵⁸² *Zoernsch v. Waldock*, s. 692. Benzer bir karar için bkz. *Chuidian v. Philippine National Bank*, "resmi görevle hareket eden bir bireye karşı dava açılmasının, aslında pratik anlamda devlete karşı dava açmak olduğu genel olarak kabul edilmektedir." "resmi sıfat davası, isminin dışındaki tüm açılardan, bir varlığa (devletin organlarına) karşı (açılmış) gibi işlem görür. Bu dava görevliye karşı kişisel olarak (açılmış) değil, asıl ilgili taraf o varlıktır(devlet organıdır.)" *Kentucky v. Graham*, 473 U.S. 159 (1985), 166. Ayrıca bkz. *Samantar v. Yousuf* [2010], s.2292

Mahkeme devletinin yabancı devlet görevlisi üzerinde yargılama yetkisinin var olması durumunda bu yetkinin kullanılmasının yabancı devletin yargı bağımsızlığına bir engel teşkil edip etmediği sorusu yabancı devlet ile eylemi gerçekleştiren yabancı devlet görevlisinin arasındaki hukuki ilişkinin varlığına göre değişmektedir.⁵⁸³ Örneğin görevlinin görevi devam ederken kendi adına yaptığı ticari bir anlaşma, sırf bu anlaşmanın bir devlet görevlisiyle yapılmış olması sebebiyle sözkonusu işlemi devletin egemenlik tasarrufu niteliğine sokmaz. Burada devletin özel eylemlerine ilişkin istisnadan söz etmediğimizi belirtmek gerekir. Asıl mesele, söz konusu anlaşmanın, devletin bir ticari anlaşması değil, devlet görevlisinin, örneğin Bay Ali'nin, Bay Ali olarak yaptığı bir ticari anlaşma olması nedeniyle devletin işlemi olarak kabul edilemeyeceğidir. Tam tersi durumda, yani devlet adına yapılan ticari anlaşmalar bağlamında, işlem devlet görevlisi açısından devletin yetkisi kapsamında resmi işlem olup da devlet bakımından özel hukuk işlemi nitelleyen işlemler olduğundan görevli yargılamadan bağımsız, devlet ise değildir. O nedenle devlet ile görevli arasında söz konusu işlem veya eylem bakımından bir hukuki ilişkinin varlığının tespit edilmesi davanın seyrini değiştirebilir. Bu bağlamda bağımsızlık, mahkemeleri işlemi gerçekleştiren görevliye karşı başlatılan yargılama süreci üzerinden devletin işlemlerine dolaylı bir kontrol uygulamaktan alıkoymaktadır. Özetle, devlet görevlileri gerçekleştirdikleri resmi eylemlerden dolayı bağımsızlığa sahiptirler. Devletin bir uzvu olarak hareket ettiklerinde yaptıkları faaliyetler kendi adlarına değil, devlet adına yapılmış olarak kabul edilmektedir.⁵⁸⁴

4.1.2.1.1. Yetki Karinesi

İşlevsel bağımsızlığın yabancı devletin iç örgütlenmesine saygı ilkesinden çıktığı ileri sürülmektedir.⁵⁸⁵ Prensip olarak bir devlet görevlisi, devleti adına hareket ederken devletinden aldığı yetkiyi kullanmaktadır. Bu nedenle resmi sıfatla hareket ederken gayrişahsi sorumluluk çerçevesinde görevli, gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerden dolayı sorumlu tutulmayacaktır. Bu yetkinin aşılması, görevlinin şahsi sorumluluğunu ortaya çıkarır. Ulusal sistemlerin bir çoğunda resmi eylemler

⁵⁸³ DOUGLAS, State Immunity, s.282 ve 291

⁵⁸⁴ Van ALEBEEK, Immunity of States, s.112

⁵⁸⁵ Örnek kararlar için bkz. Van ALEBEEK, Immunity of States, s.112 dp.26

açısından gayrişahsi sorumluluk genel olarak tanınmış olmakla birlikte⁵⁸⁶ bu durum uluslararası hukuk açısından farklı bir boyut kazanmaktadır. Ulusal sistemlerde bir devlet görevlisi, yetki aşımı durumunda veya yetkili olduğu işi gerçekleştirirken yaptığı hatalardan dolayı yargılanabilmektedir.⁵⁸⁷ Örneğin Filipin Yüksek Mahkemesi genel bir kural olarak devlet görevlilerinin resmi görevleri sırasında gerçekleştirdikleri eylemlerde yetki aşımı (*ultra vires*) yaparak veya kötü niyetle hareket ettiklerinde kişisel olarak sorumlu tutulabileceklerini ifade etmektedir.⁵⁸⁸ Bununla birlikte bir devlette yabancı bir devlet görevlisinin *ultra vires* eylemlerinde yargı bağımsızlığından yararlanabilirliği meselesi tartışmalıdır.⁵⁸⁹ Bu konuyu aşağıda biraz daha açacağız. Ondan önce, devlet ile görevlisi arasındaki ilişkinin nasıl algılanması gerektiğine kısaca değinmek gerekir.

*Prosecutor v. Blaškić*⁵⁹⁰ kararında EYCM, işlevsel bağımsızlıkla ilgili tespitini yaparken devlet ile görevlisi arasındaki ilişkinin temellerini şöyle ortaya koymaktadır:

“Uluslararası yapılageliş hukuku her egemen devletin kendi iç yapılanmasını korumaktadır: kendi iç düzenini saptamak ve kendi adına veya bir uzvu olarak hareket edecek bireyleri belirlemek konusunu her egemen devletin kendisine bırakmıştır. Her egemen devlet hem ulusal düzeyde hem de uluslararası ilişkiler alanında kendi adına faaliyet gösteren organlara talimatlar verme ve bunlara uymayanlara yaptırım veya diğer yolları uygulama hakkına sahiptir. Bu münhasır

⁵⁸⁶ Türk Hukuku’nda da idarenin objektif sorumluluğu esas alınmıştır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.13/1’e göre “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.” SARICA idarenin sorumluluğunu tanımlarken bunun gayrişahsi, mücerret, objektif ve anonim bir sorumluluk olduğundan bahsetmektedir. **Ragıp SARICA**, Hizmet Kusuru ve Karakterleri, 4 İÜHF 857 (1949), s. 860.

⁵⁸⁷ Kişisel kusur söz konusu olduğunda kusurundan dolayı zararı meydana getiren görevlinin kişisel sorumluluğunun doğması da söz konusu olabilmektedir. Örneğin bkz. **Ragıp SARICA**, İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsan Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri, 1 İÜHF 34 (1949), s. 36. Anayasa Mahkemesi’nin 27.09.2012 tarih ve E. 2012/22, K.2012/133 sayılı kararı da buna örnek teşkil etmektedir. Konuyla ilgili olarak bkz. **M. Ayhan TEKİNSOY**, Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları, 2013/1 Ankara Barosu Dergisi 19 (2013), s.26 vd.

⁵⁸⁸ *Chavez v Sandiganbayan* 193 SCRA 282 (1991) (Philippines, S Ct, 1991).

⁵⁸⁹ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.113

⁵⁹⁰ *Prosecutor- Blaškić* IT-95-14-AR108 bis (1997), (Judgement on the Request of the Republic of Croatia For Review Of The Decision Of Trial Chamber II of 18 July 1997), 29 October 1997, <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html#52>

yetkinin doğal sonucu ise, her devletin resmi yetkiyle hareket eden organlarından birinin eylem veya işlemlerinin, o organın bu eylem veya işlemlerden sorumlu tutulmaması için, devlete atfedileceğini ileri sürmeye yetkili olmasıdır."⁵⁹¹

Mahkemenin bu ifadesinden işlevsel bağışıklığın devletin yargı bağışıklığının bir parçası olduğu sonucunu çıkarmamak gerekir. Aslen devletin eylemi olarak kabul edilen eylemler açısından var olan gayrişahsi sorumluluk otonom bir prensiptir. Devlet görevlisinin uluslararası hukuka göre devletin otoritesi kapsamında resmi yetkiyle hareket ettiği sürece yaptığı eylemler devletin bir kolu veya temsilcisi olarak yapılmış kabul edilmektedir.⁵⁹² Buradan bakıldığında görünürdeki (varsayılan) yetkinin gerçek yetki gibi işlem gördüğünü söylemek mümkündür. Buna yetki karinesi denir. Yani yabancı devlet görevlisinin yaptığı eylem, aksi ispatlanıncaya dek, devletin verdiği yetki kapsamında yapılmış kabul edilir. Görünürdeki yetki ile gerçekte var olan yetkinin örtüşmemesi durumunda yani yetki karinesi sona erdiğinde ise ulusal sistemde devletin görevlisine yönelen sorumluluk aynı şekilde yabancı devlet görevlisi için de ortaya çıkmaktadır.

Bir devlet görevlisinin, işlevsel bağışıklık kapsamında resmi yetkiyle hareket ederken yaptığı eylemlerin *ultra vires* veya hukuka aykırı olmasının, eylemleri (ve dolayısıyla görevliyi) bağışıklığın kapsamı dışına çıkarıp çıkarmayacağı konusuna tekrar döndüğümüzde öncelikle devlet uygulamalarının bu konuda çeşitlilik gösterdiğini belirtmemiz gereklidir. Bazı devletler *ultra vires* durumlarında yargı bağışıklığının tanınmayacağı yönünde hareket ederken bazıları yine de yargı bağışıklığının devam edeceği yönünde uygulamalarda bulunmaktadır.⁵⁹³ Bu farklılık mahkemelerin olayı ele alırken ellerindeki verileri değerlendiriş biçiminden kaynaklanmaktadır. Örneğin Kanada'daki bir davada mahkeme, bir eylemin hukuka aykırı olmasının, onu başlı başına resmi görev niteliğinin dışına çıkarmayacağını açıkça ifade etmektedir.⁵⁹⁴ Yine bir Fransız mahkemesi *ultra vires* durumuyla ilgili olarak verdiği kararda yetkinin aşılmasının devlet ile görevlisi arasında

⁵⁹¹ *Prosecutor- Blaškić*, para. 41 ve para. 43.

⁵⁹² **Van ALEBEEK**, *Immunity of States*, s.114

⁵⁹³ Örnek kararlar için bkz. **TOMONORI**, *Ultra Vires Conduct*.

⁵⁹⁴ *Jaffe v Miller and Others* 95 ILR 446, (Canada, 1993), s. 460

çözümlemesi gerektiği ve böyle bir durumda görevlinin devletinin mahkemelerinin yetkili olduğunu belirtmiştir.⁵⁹⁵

Uluslararası Hukuk Komisyonu Raportörü Roman Koladkin'e göre *ultra vires* eylemler bağlamında resmi eylemler ile resmi işlevlerin içine giren eylemleri birbirinden ayırmak gerekir. Resmi eylemler, resmi işlevlerin içine giren eylemleri de kapsamakla birlikte daha geniştir.⁵⁹⁶ Bir görevlinin resmi işlevlerinin sınırlarını aşan eylemler otomatik olarak özel eylem niteliği kazanmamaktadır. Bu eylemler, Koladkin'e göre, *ultra vires* nitelikli olsalar da devletin sorumluluğu bağlamında devlete atfedilebilir resmi eylemler olmaya devam edeceklerdir.⁵⁹⁷ Uluslararası Nitelikli Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'nden 7. Madde de bunu doğrulamaktadır. Buna göre "*bir devletin organının veya kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişi veya birimin davranışı, bu organ, kişi veya birim bu sıfatla hareket ettiğinde, yetkisini aşıya veya talimatlara aykırı davranırsa bile, uluslararası hukuka göre devletin eylemi olarak sayılır.*"⁵⁹⁸ Uluslararası Hukuk Komisyonu Taslak Maddeler'den 4. maddenin yorumunda 7. maddeye de gönderme yaparak bütünüyle özel nitelikli eylemler ile bir organın yetkisini aşarak veya kurallara aykırı biçimde davranarak gerçekleştirdiği eylemleri birbiriyle karıştırmamak gerektiğinin altını çizmektedir. Zira yetki aşımı veya kural ihlali içeren davranış da devlet adına yapılmış addedilmektedir⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ *Boyer v. Aldrète*, 23 ILR 445 (France, Tribunal Civil de Marseille, 1956), s. 446.

⁵⁹⁶ **KOLODKIN**, Second Report, para 29. Raportör bu tespiti yaparken Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1961 yılında konsolosluk görevlilerinin bağımsızlığına ilişkin antlaşma hükümlerini tartışırken bağımsızlığın yalnızca resmi işlevlerin kapsamına giren resmi eylemlerin bağımsızlık çerçevesinde değerlendirilmesine yönelik öneriyi reddettiğini vurgulamıştır. Komisyon tartışmaları için bkz. Report of the Commission to the General Assembly, YILC 1961, vol. II, s. 117.

⁵⁹⁷ **KOLODKIN**, Second Report, 29. Raportör, bu tür eylemlerde de yabancı devletin cezai yetkilerinden *ratione materiae* bağımsızlığın geçerli olacağını ifade etmektedir. Raportörün de atıf yaptığı **BUZZINI**, pek çok durumda resmi yetkiyle gerçekleştirilirken suç teşkil eden eylemlerin aynı zamanda *ultra vires* olarak da kabul edilmesinin muhtemel olduğunu ve genel anlamda *ultra vires* eylemleri yabancı ceza yargılamasında *ratione materiae* bağımsızlığın kapsamından çıkartmanın sorunlara yol açacağından bahsetmektedir. **BUZZINI**, Lights and Shadows, s.466. Ayrıca bkz. Andrea BIANCHI, State Responsibility and Criminal Liability of Individuals, in Antonio CASSESE (ed.), The Oxford Companion to International Criminal Justice, Oxford University Press 2009, s.16

⁵⁹⁸ Draft articles on Responsibility of States, s.45

⁵⁹⁹ Draft articles on Responsibility of States, s.42 para.13. *Ultra vires* eylemlerin tartışmalı olduğu bir noktanın da devletin sorumluluğu meselesinde ortaya çıktığı konusunda bkz. **TOMONORI**, *Ultra Vires Conduct*, s.276

İşlevsel bağışıklık kuralının usuliden çok maddi niteliğinin⁶⁰⁰, kuralın kapsamı açısından bazı sonuçları bulunmaktadır.⁶⁰¹ İlk olarak, bağışıklık görevlinin görev süresi ile sınırlı kalmamaktadır. Bununla birlikte bir devlet görevlisinin görevinden önce ve görevinden sonra yaptığı eylemler bağışıklık kapsamında kabul edilmez. İşlevsel bağışıklık hem görevi başındaki hem de görevi sona ermiş olan görevlilere aynı şekilde uygulanmaktadır. Yabancı bir devlette faaliyet gösteren görevliyle ilgili olarak ise ayrıca işlevsel bağışıklığın gönderen devlet ve kabul eden devlet dışındaki diğer üçüncü devletler açısından da *erga omnes* yükümlülük öngördüğünü belirtmek gerekir.⁶⁰²

Kendi yetkisi altında hareket eden devlet görevlisinin eylemleriyle ilgili olarak yabancı bir devlete karşı açılan tüm davalarda işlevsel bağışıklık kuralının mahkemeleri bağlayacağı söylenemez. Mahkeme böyle bir davanın kabul edilebilirliği konusunda değerlendirme yapabilir. Belli eylemlerin tam olarak kişisel nitelikte olmalarından dolayı, bunların devlet otoritesi altında yapıldığına ilişkin gerekçe kabul görmeyebilir. Örneğin bir devlet başkanının hizmetçisini bir öfke nöbeti sonucunda öldürmesi kişisel suçtan başka bir şey olarak değerlendirilemez. Yine tamamen kişisel çıkar sağlamak için uyuşturucu madde ticareti yapmak da devletin yetkisi perdesinin altına saklanılarak bağışıklığa gerekçe olarak gösterilemez.⁶⁰³ Bu tür başlı başına özel eylem niteliğindeki eylemlerin görevlinin işlevlerini yerine getirirken gerçekleştirmesi de herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Zira bu eylemler görev sırasında işlense dahi devlet tarafından verilen resmi görevin içerisinde kabul edilemez.⁶⁰⁴ Özetle, devlet her olayda,

⁶⁰⁰ Bkz. **Jurisdictional Immunities [2012]**, para.58. Divan bu kararda bağışıklıkların usuli niteliğine gönderme yapmıştır. Dolayısıyla bağışıklık yargı yetkisine bir engel teşkil etmektedir. Oysa kanaatimizce işlevsel bağışıklığın bu tespitte ayrı tutulması gerekir. Zira bu bağışıklık usule değil esasa yöneliktir.

⁶⁰¹ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.112-113;

⁶⁰² **CASSESE**, ICL 2008, s. 304; **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.115

⁶⁰³ *United States v Noriega* 746 F Supp 1506 (US, DC for the Southern District of Florida, 1990), s. 1519. Bu davada her ne kadar öncelikle Noriega'nın devlet başkanı olarak tanınmadığına dayanarak karar verildiyse de mahkeme dava konusu olan uyuşturucu madde ticaretinin resmi eylem niteliğinde olarak kabul edilemeyecek bir suç olduğunu da ek olarak belirtmiştir. İbid s.1506 dp.11

⁶⁰⁴ Örneğin bkz. *L v The Crown* 68 ILR 175 (New Zealand, S Ct, Auckland, 1977). Buna karşılık bazı davalarda mahkemeler bu tür eylemleri de bağışıklık kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin bkz. *Commonwealth v Jerez* 457 NE2d 1105 (US, 1983),s. 1109; ve *Yugoslav Consul Immunity Case* 73 ILR 689 (Germany, Supreme Provincial Court of Bavaria, 1973).

görevlisini korumak için görevlisinin gerçekleştirdiği eylemlerin görevliye kişisel olarak değil de devletin kendisine atfedilmesi gerektiği iddiasında bulunamaz.

İngiltere’de görülmüş olan Re P (Nr. 2) davası⁶⁰⁵ bu konunun sınırları açısından örnek gösterilebilir. Davaya konu olan olayda ABD’nin Londra’daki diplomatik misyonuna üye bir diplomatın Alman uyruklu eşi, Almanya’da boşanma davası açmıştır. Bu arada da Londra’da Yüksek Mahkeme’ye başvurarak Mahkeme’nin eşinin iki çocuğunu alarak Amerika’ya götürmesine engel olmasına ilişkin karar çıkartılması için talepte bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, ABD’nin de müdahil olduğu davada sözkonusu talebi değerlendirirken ABD ve diplomatın öne sürdüğü görüşü dikkate alarak hem babanın hem de çocukların diplomatik bağışıklığa sahip olduğunu ve bu nedenle de yargı yetkisinin olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.⁶⁰⁶ Bu kararın hemen ardından diplomatın görev süresinin de sona ermesiyle birlikte baba ve iki çocuk Amerika’ya gitmiştir. Bunun üzerine anne Yüksek Mahkeme’de dava açarak başlatarak babanın haksız biçimde çocukları İngiltere’den götürdüğünü bildirmiştir. Baba ve yine davaya müdahil olan ABD baba ve çocukların Amerikan Hükümeti’nin talimatıyla Amerika’ya dönmeleri nedeniyle İngiliz Mahkemeleri’nin bu davada yetkisiz olduğunu ve böylece diplomatın bu hareketinin ABD’nin Londra’daki diplomatik misyonunun bir üyesi olarak işlevlerini yerine getirirken gerçekleştirdiği eylemlerden biri olduğu ve bu nedenle DİHVS m. 39/2 çerçevesinde bağışıklığa sahip olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme sonuç olarak bu davayı da reddetmiştir.⁶⁰⁷

Uluslararası hukuktaki işlevsel bağışıklık kuralı gereğince, devlete isnat edilebilecek tüm eylemler resmi eylem olarak kabul edilmemektedir.⁶⁰⁸ Başka bir deyişle, bir eylemin devletin eylemi olarak addedilmesi, o eylemin mutlaka resmi eylem olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme devletinde, devletin yetkisiyle hareket eden yabancı devlet görevlilerinin yetkisinin kapsamı, mahkeme devleti ile görevlinin devleti arasında yapılan anlaşmaya göre değişebilmektedir. Ayrıca görevlinin devleti, görevlinin gerçekleştirdiği eylemle ilgili olarak yetkisini iptal ederse, o eylem artık

⁶⁰⁵ *Re P (No 2)* 114 ILR 485 (UK, High Court, Family Division; CA, Civil Division, 1998)

⁶⁰⁶ *Re P (No 1)* 114 ILR 478, s.490vd

⁶⁰⁷ *Re P (No 2)*, s. 495.

⁶⁰⁸ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s. 115

resmi eylem olarak kabul edilemeyeceğinden işlevsel bağışıklık kapsamında değerlendirilemeyecektir. Her iki durumda da yetkinin aşılması yoluyla gerçekleştirilen eylemler yabancı devlete isnat edilemez ve işlevsel bağışıklık bu eylemleri korumaz.

4.1.2.1.2. Yabancı Devletin Ülkesinde Gerçekleştirilen Eylemler ve İşlemler Açısından Yetki Karinesinin Sınırları

Görünürdeki yetkinin gerçek yetki olarak kabul edilebilmesi için devlet görevlisinin ancak, uluslararası hukuka göre devletin yetkisi kapsamında hareket etmesi gerekmektedir. Bununla, devletin uluslararası hukuka uygun olarak hareket etmesinden ziyade egemen bir devlet sıfatıyla davranmasını anlıyoruz. Burada iki ayrı durum söz konusudur. Devletler ya münhasır ülkesel yetkilerini uyguladıklarında veya uluslararası hukuka uygun olarak davrandıklarında egemen bir devlet sıfatıyla hareket etmiş olurlar.⁶⁰⁹ Dolayısıyla, uluslararası hukuk ögeleri devreye girmedikçe, bir devlet görevlisinin yetkisinin kapsamını yalnızca devletin belirleyebileceği kuralı, o devletin ülkesel sınırlarında geçerlidir. Egemenlik faaliyetlerinin başka bir devletin ülkesinde gerçekleştirilmesi ise yabancı devletin iradesine göre değişmektedir. Başka bir deyişle, bir devletin başka bir devletin ülkesinde egemenlik işlemlerini gerçekleştirmesi ancak o devletin bunu kabul etmesine bağlıdır.⁶¹⁰ Bununla birlikte, bir devlet görevlisinin yabancı bir devlette gerçekleştirebileceği faaliyetler açısından sahip olduğu yetkinin sınırları gönderen devlet ve kabul eden devlet arasında yapılacak bir anlaşma ile de belirlenebilmektedir. Eğer yabancı devlet görevlisi egemenlik işlevlerinde kabul edilen sınırlar dahilinde hareket etmişse varsayılan yetki gerçek yetki halini alır; böylece yabancı devletin uluslararası hukukta kendisine tanınmış sınırlar dahilinde hareket etmiş olduğu kabul edilecektir.⁶¹¹

Şimdi bu durumu biraz somutlaştıralım. Bir devletin başka bir devletin ülkesinde egemenlik işlemleri gerçekleştirme durumuna örnek olarak konsüler işlevler

⁶⁰⁹ Van ALEBEEK, Immunity of States, s.116

⁶¹⁰ Örneğin diplomatik veya konsüler ilişkiler bağlamından bir devlet yabancı bir devletin ülkesi üzerinde bazı egemenlik işlemleri tesis edebilmektedir.

⁶¹¹ Van ALEBEEK, Immunity of States, s.116

gösterilebilir. Konsolosluk görevlileri, diplomatik görevlilere nazaran resmi işlevlerin yerine getirilmesiyle sınırlı bir yargı bağımsızlığı rejimine tabi olduğundan, bu rejimi *ratione materiae* bağımsızlık bağlamında yukarıdaki kuralları somutlaştırmak açısından değerlendirebiliriz. 1963 Konsolosluk İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 43/1 hükmü genel olarak *ratione personae* bağımsızlıktan çok *ratione materiae* bağımsızlığı kapsamaktadır.⁶¹² Dolayısıyla konsololar, mahkeme devletinde gönderen devletin egemenlik işlevlerini yerine getirirken yalnızca görevleri ile ilgili durumlarda bağımsızlığa sahip olacaklardır. Yapılan eylemin resmi eylem statüsünde olup olmadığı yalnızca gönderen devlet tarafından değerlendirilmemekte, aynı zamanda kabul eden devletin iradesine de bağlı bulunmaktadır.⁶¹³ Örneğin Fransa'da ABD'nin Paris Konsolosluğu'nda Pasaport bölümü müdürü Bigelow'un, Prenses Zizianoff'un Rusya'nın casusu olduğu gerekçesiyle vize başvurusunu reddettiklerini basına duyurması sonrasında hakkında açılan davada⁶¹⁴ Mahkeme, ABD ile Fransa arasında yapılmış olan konsolosluk sözleşmesinin hükümlerinin Bigelow'a tanıdığı bağımsızlığın resmi eylemleri kapsadığını belirterek, basına yaptığı açıklamanın resmi işlevleri çerçevesinde değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.⁶¹⁵ Benzer şekilde *Arcaya v. Paez*⁶¹⁶ davasında Mahkeme, eylemin niteliğine ilişkin tespitler yapmak suretiyle bağımsızlığın tanınıp tanınmayacağına karar vermiştir. Davaya konu olan olayda ABD'de sürgünde bulunan Venezuela uyruklu bir kişinin, Venezuela'nın New York Başkonsolosu'nun Venezuela gazetelerinde kendisi aleyhine ahlaki, sosyal, politik ve profesyonel duruşunu olumsuz etkileyecek makaleler yayınladığını ve bunları aynı zamanda başka kanallarla da dağıttığı iddiasıyla hakkında dava açmıştır. Mahkeme bu eylemlerin Başkonsolosun eylemlerinin görevleri kapsamında değerlendirilmesinde, bir konsolosun görevi çerçevesinde hareket ederken yapmış olduğu eylemin, görevinin kapsamına girip girmediğine bakılması gerektiğini

⁶¹² **BROWNLIE**, Principles (2003), 355; **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s. 1144; Harvard Law School, Research in International Law (Reporter Q Wright) Legal Position and Functions of Consuls (1932 supplement) 26 AJIL 189, 339; J Zourek (Special Rapporteur ILC) First Report on Consular Intercourse and Immunities, YBILC 1957 V.2, s. 71 ve 99, ve Second Report on Consular Intercourse and Immunities, YBILC 1960 V.2, s.10

⁶¹³ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.117

⁶¹⁴ Princess Zizianoff v Kahn and Bigelow, 23 AJIL 172 (1929)

⁶¹⁵ Princess Zizianoff v Kahn and Bigelow, s.179

⁶¹⁶ *Arcaya v. Paez*, 145 F.Supp. 464 (D.C.N.Y. 1956).

belirterek⁶¹⁷, bağışıklığın uygulanmasını gerektirecek bir duruma rastlanmadığına karar vermiştir.⁶¹⁸

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bir devlet görevlisi, egemenlik işlevleri çerçevesinde hareket ettiği varsayımıyla yetki karinesi söz konusudur. Bu da görevliye rahat hareket etme alanı yaratmaktadır. Böylelikle bir devlet, başka bir devlette kendi siyasi tercihlerine uygun olarak hareket edebilmektedir.⁶¹⁹ Örneğin bir konsolos, işlevleri çerçevesinde hareket etmesi durumunda kabul eden devletin yerel hukukunu ihlal etmesine rağmen bağışıklığa sahip olabilmektedir. *State of Indiana v. Ström* davasında ABD'deki İsveç Konsolosluğu'nda çalışan Ström hakkında, adam öldürmekten suçlanan İsveç uyrukluğunda bir kişiye pasaport sağlayıp ülkesine dönmesine yardım etmesinden dolayı açılan davada Mahkeme, konsolosların kabul eden devletin iç hukukunu ihlal etseler bile bağışık sayılacaklarına şüphe olmadığını zikrederken bu bağışıklığın da ancak konsüler işlevlerin yerine getirilmesinde gerçekleştirilen eylemler bakımından geçerli olacağını söyleyerek davada konsolosun bağışık sayılması gerektiğini kabul etmiştir.⁶²⁰

Yabancı bir devletin ülkesinde gerçekleşen olaylar açısından görevlinin resmi yetkiyle hareket ettiği durumlarda gayrişahsi sorumluluğun geçerli olacağına ilişkin savunma *Mcleod davasında*⁶²¹ sıklıkla dile getirilmiştir. Olayda 1837 yılında Kanada'nın, (o dönemde egemenliği altında bulunduğu) İngiliz makamlarına karşı ayaklanması sırasında, Kanada ile ABD sınırı arasındaki Niagara Nehri'ni daha önce Caroline Gemisi'yle defalarca geçmiş Amerikan vatandaşları tarafından, isyancılara adam ve mühimmat sağlamak konusunda yardım edilmiştir. Kaptan Mcleod'un önderliğinde bir İngiliz askeri birliği daha sonra Caroline Gemisi'ne saldırmak üzere

⁶¹⁷ Arcaya v. Paez, s.470.

⁶¹⁸ Arcaya v. Paez, s.471 vd

⁶¹⁹ Van Alebeek bunu yabancı devletin bir ayrıcalığı olarak görmektedir. Bkz. **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.118

⁶²⁰ *State of Indiana v. Ström* (No. 45G03-8801-CF-00010, slip op. at 11 (Ind. Super. Ct., Crim. Div. September 30, 1988). Bkz. **Luke T. LEE /John QUIGLEY**, Consular Law and Practice, Oxford University Press 2008, 3. Ed, s.457-459

⁶²¹ "Caroline davası" olarak da bilinen bu olayın ortaya çıkardığı sonuçlardan biri de olayı inceleyen ABD görüşünün, daha sonra uluslararası hukukta devletlerin yasal savunma (meşru müdafaa) hakkının temelini teşkil edecek ilkelerin saptanmasında temel alınmasıdır. **GÜNDÜZ**, Yargı Bağışıklığı, s. 56. Olay ile ilgili ayrıca bkz. **Robert JENNINGS**, The Caroline and Mcleod Cases, 32 AJIL 82 (1938), s.92 vd. (Kısaca **JENNINGS**, Caroline and Mcleod Cases)

gönderilmiştir. Birlik, ABD'nin Fort Schlosser Limanı'nda gemiye çıkararak birkaç kişiyi öldürmüş, gemiyi ateşe verip Niagara Nehri'nden aşağı atmıştır. Birkaç yıl sonra, 1840'ta, Kaptan Mcleod (New York topraklarındaki) Lewiston'da cinayet ve kundakçılık suçlamasıyla tutuklanmış; bunun üzerine iki hükümet arasında diplomatik nota değişimleri birbirini takip etmiştir. Ancak, İngiliz ve Amerikan Hükümetleri'nin uluslararası hukuk gereğince hem medeni yargılama hem de ceza yargılaması için bağımsızlığın var olduğunu kabul etmelerine rağmen Mcleod, Amerikan Hükümeti'nin yargılamayı engellemekteki yetersizliği yüzünden sanık sandalyesine oturmuştur.⁶²² Mcleod, 20 aylık tutukluluk sonunda jüri önünde yapılan yargılamada Caroline gemisine saldırı sırasında kendisinin orada bulunduğu ilişkin delilin bile var olmadığı ve dolayısıyla olayla ilgili bağını ispatlayacak yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle 1841 yılının Ekim ayında serbest bırakılmıştır.⁶²³ Bu süreçte yapılan yazışmalarda, devlet görevlilerinin gayrişahsi sorumluluklarının uluslararası hukuktaki yeri sıklıkla zikredilmiştir. ABD'nin resmi konumu – Birleşik Krallık'ın, 1838'de İngiliz Birliği'nin Caroline'a saldıran diğer üyesi hakkındaki olası davayla ilgili olarak daha önce benzer ifadelerle yaptığı beyanına benzer şekilde- dönemin ABD Dışişleri Bakanı Daniel Webster tarafından şu ifadelerle açık bir biçimde ortaya koyulmuştur:

“Kamu gücünün bir parçası olan ve hükümetinin yetkisiyle hareket eden bir bireyin müteceviz veya suçlu olarak sorumlu tutulamayacağı, tüm uygar devletlerin uygulamalarıyla tasdik edilmiş bulunan ve ABD Hükümeti'nin de herhangi bir tartışma eğiliminde olmadığı bir kamu hukuku ilkesidir. ... İster cezai, ister medeni yargılamalarda olsun kamu yetkisiyle ve üstün yasal emirlerine uyararak hareket edilmiş olunması gerçeği, geçerli bir savunma olarak kabul edilmelidir; aksi halde bireyler, hükümetlerinin işleri sonucunda oluşan zararlardan ve hatta savaş operasyonlarından bile sorumlu tutulurlar.”⁶²⁴

⁶²² Dava için bkz. *The People v. McLeod*, 1 Hill (N. Y.) 375. **JENNINGS**, Caroline and Mcleod Cases, s.94-95

⁶²³Dışişleri Bakanı Webster Büyük Britanya'ya gönderdiği yazıda Mcleod'un salıverilmesi konusundaki gecikmenin gerekçesi olarak ağır suçlar nedeniyle yargılanmak üzere tutuklanan birinin ancak bazı yargısal işlemlerden sonra tahliye edilebileceğini göstermiştir. **JENNINGS**, Caroline and Mcleod Cases, s. 95-96

⁶²⁴Mr. Webster to Mr. Crittenden, Washington, March 15, 1841, 29 British & Foreign State Papers, s.1139 (aktaran) **R JENNINGS**, Caroline and Mcleod Cases,, s.94

Lord Ashburton, yasal biçimde hükümetlerinin verdiği emirleri yerine getirerek hareket eden görevlilerin kişisel olarak sorumlu tutulamayacaklarını ve asıl sorumluluğun adına hareket edilen devlete yükletilmesi gerektiği iddiasının da hiçbir zaman inkar edilmediğini vurgulanmıştır.⁶²⁵

Ünlü *Rainbow Warrior* olayı da yabancı bir devletin ülkesinde gerçekleştirilen olaylar açısından klasikleşmiş bir diğer örnek olarak gösterilebilir. Mcleod olayına benzer biçimde *Rainbow Warrior* olayında⁶²⁶ da gayrişahsi sorumluluk öne sürülmüştür.⁶²⁷ Olaylar kısaca şöyle gelişmiştir: 1985'te Greenpeace'e ait *Rainbow Warrior* adlı gemi Fransa'nın Pasifik'teki nükleer denemelerini protesto etmek amacıyla yola çıkmak üzere Yeni Zelanda'nın Auckland limanında bulunmaktadır. Gemi limanda iken, güvertesinde iki şiddetli patlama olur ve bu patlama neticesinde bir Hollandalı fotoğrafçı hayatını kaybeder. Yeni Zelanda makamları derhal 2 Fransız gizli servis ajanını tutuklar ve her ikisi de adam öldürmeye iştirakten ve kasten gemiye zarar vermektan dolayı 10 yıla kadar hapse mahkum edilir. Fransa bu mahkumiyete şiddetle karşı çıkarak geminin Fransa Hükümeti'nin talimatı ile batırıldığını ve bu olayın sonuçlarının telafisini devlet olarak üstlenmek istediğini bildirmiştir. Gelişen diplomatik kriz ve iki ajanın durumları sonuç olarak BM Genel Sekreterliği'nin önüne getirilmiştir. Fransa, Genel Sekreterlik'e sunduğu raporda iki ajanın gemiye yapılan saldırıda sorumlu tutulamayacaklarını ileri sürerek serbest bırakılmalarını istemiştir.⁶²⁸ Yeni Zelanda ise ülkesi sınırlarında gerçekleşen bu tür eylemlerin, Fransa'nın iddia ettiğinin aksine, yabancı devletin kamu gücünü kullanmak yoluyla yetkisi sınırları içerisinde değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir.⁶²⁹

⁶²⁵ Letter Lord Ashburton, 28 July 1842, 30 British & Foreign State Papers, s.195. (aktaran) **JENNINGS**, Caroline and Mcleod Cases , s.95

⁶²⁶ United Nations Secretary-General, Ruling on the Rainbow Warrior Affair between France and New Zealand (1986), http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_xix/199-221.pdf

⁶²⁷ Bu iki olayda da devlet görevlileri tarafından yabancı devletin ülkesinde bir geminin imha edilmesine ilişkin olmasına rağmen *Rainbow Warrior* kazası Mcleod olayındakinin boyutunda bir uluslararası hukuk uyuşmazlığı halini almamıştır. Bkz. Rosanne **VAN ALEBEEK**, National Courts, s.16

⁶²⁸ Fransa, Mcleod (Caroline) olayına gönderme yaparak "İngiliz Komando Birliği tarafından Caroline Gemisi yok edildiğinde İngiliz Hükümeti'nin ABD ile ilgili olarak yaptığı gibi Fransa sorumluluğu kabul etmeye ve kendisi adına hareket eden kişilerin yerine sorumlu olmaya hazırdır."

⁶²⁹ United Nations Secretary-General, Ruling on the Rainbow Warrior Affair between France and New Zealand (1986), http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_xix/199-221.pdf

Bir devlet görevlisinin resmi yetkiyle hareket edip etmediğinin tespiti, mahkemenin, kendi devlet görevlileri bakımından uyguladığına benzer bir şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Filipinler Yüksek Mahkemesi'nin verdiği *Wylie v Rarang*⁶³⁰ kararı böyle bir tespit açısından örnek gösterilebilir. Karara konu olan olayda Filipinler'deki ABD Deniz Üssü'nde görevli bir kadın subay hakkında, Üssün günlük bülteninde bir makale yayınlanmıştır. Kadın Subay, söz konusu makalenin dürüstlüğüne namusuna ve itibarına yönelik hakaret ve yalan bilgiler içerdiğini ve kendisini onur ve haysitine hakaret içeren ifadeler bulunduğu; Bunun üzerine kadın subay, bültenin yayınlanmasından sorumlu olan kişi ile bültenin yayınlanmasına onay veren üs komutanı hakkında dava açmıştır. Davalılar, bu yayının resmi işlevlerini yerine getirirken gerçekleştiğini savunmuşlardır. Mahkeme, uyuşmazlık konusunu bir Amerikan üssünde çalışan devlet görevlilerinin resmi işlevlerin icrası sırasında işledikleri iddia edilen suç veya haksız eylemin, devletin yargılamadan bağışıklığı ilkesi tarafından korunup korunmadığı sorusuyla özetlemiştir. Mahkeme, devriye nöbeti sırasında birini soğuk kanlılıkla öldürmenin, resmi gezi sırasında dikkatsiz biçimde araba kullanırken bir çocuğu ezmenin veya bir insana iş saatleri sırasında iftira atmanın bağışıklık kapsamında değerlendirilemeyeceğini söyleyerek, ne kendi hukuklarının ne de ABD hukukunun resmi görev adı altında suç işlenmesine izin vermediğini eklemiştir. Bu nedenle görevlilerin bireysel olarak eylemlerinden sorumlu olduklarına hükmedilmiştir.⁶³¹

Devlet görevlilerinin uluslararası hukuka göre egemenlik yetkisi çerçevesinde hareket etmediklerinde işledikleri suçlardan dolayı, bu suçlar devletin emri

⁶³⁰Wylie v Rarang, Philippines Supreme Court, 3. Div. G.R. No. 74135 May 28, 1992, http://www.lawphil.net/judjuris/juri1992/may1992/gr_74135_1992.html

⁶³¹ İbid. Aynı yaklaşım Filipinler'de faaliyet gösteren ABD Askeri Yardım Grubu'nda çalışan ABD'li bir görevlinin başka bir görevli tarafından üstü, çantalari ve arabası aranırken ayrımcı ve baskıcı bir muameleye tutulduğu iddiasıyla açtığı *United States of America v. Reyes* davasında da benimsenmiştir. ABD bu yargılamaya müdahil olmuş ve Filipin mahkemesinin yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Bu itirazın dayanağı kamu görevlisi veya çalışanların ultra vires veya haksız eylem gerçekleştirdiklerinde bu nedenle bireysel sıfatla yargılanmalarının uluslararası hukukun değil iç hukukun meselesi olduğudur. Mahkeme olayı kendi yerel hukukundaki standartlara göre değerlendirerek görevlilerin özel sıfatla yargılandıkları anda resmi yetki korumasının ortadan kalktığını ve bunun da kamu görevlisinin yetkisiz veya kendisine verilen yetkiyi aşarak hareket ettiğinde gerçekleştiğini söylemiştir. Mahkeme ayrıca, kamu görevlilerinin art niyetli ve fesat biçimde veya kendi yetkilerinin ötesinde hareket ettiklerinde verdikleri zararlar nedeniyle özel sıfatla sorumlu tutulabileceklerinin yerleşik bir kural olduğuna vurgu yaparak görevlinin yaptığı eylemlerden sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Philippines Supreme Court, G.R. No. 79253, 1 Mart 1993, http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/mar1993/gr_79253_1993.html

çerçevesinde işlendiğinde dahi, şahsi olarak sorumlulukları gündeme gelmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu Raportörü Roman Koladkin, bu konudaki değerlendirmesinde “Ülkesinde işlendiği iddia edilen suçların gerçekleştiği bir devlet tarafından cezai yargılama yetkisinin uygulanması durumu ve bu devletin suçun işlenmesine yol açan faaliyetin ülkesinde gerçekleştirilmesine onay vermemesi, ve iddia edilen suçu işleyen yabancı devlet görevlisinin ülkesinde bulunması durumu bu anlamda konu dışıdır. Böyle bir durumda bağışıklığın yokluğundan bahsetmek için yeterli sebep var gibi gözükmektedir”⁶³² demiştir. Raportör’ün bu beyanı aslında örneğin gizli bir ajanın yabancı bir devletin ülkesinde hükümetinin emriyle gerçekleştirdiği ve hükümetine atfedilebilir nitelikte olan hukuka aykırı eylemleri açısından işlevsel bağışıklığın neden ileri sürülemeyeceğini açıklamaktadır.⁶³³

Buna en çarpıcı örneklerden biri, Alman Yüksek Mahkemesi’nin verdiği *Staschynskij* kararıdır.⁶³⁴ 1959 tarihli karara konu olan olayda KGB ajanı Staschynskij, Münih’e giderek 2 politik cinayet gerçekleştirmiş ve yapılan yargılamada adam öldürmekten suçlu bulunmuştur. Mahkeme açıkça Staschynskij’in üstün emirleriyle hareket ettiğini ve hatta bu emirlerin Sovyet Hükümeti’nin en üst kademesinden geldiğini kabul etmiştir.⁶³⁵ Devlet tarafından emredilen bu tür suçların faillerini hiçbir şekilde cezai sorumluluktan kurtarmayacağını dile getirirken, her devletin, emrinde çalışan kişilerden görevleri sırasında hukuka aykırı eylemlerden mutlak biçimde kaçınmalarını istemeler gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre bunun aksine gerçekleştirilen davranış siyasi ahlaksızlığın yolunu açacaktır. Suçluluğun ve cezanın temel mantığının bireyin serbest iradesiyle, sorumluluk içinde ve ahlaki açıdan kendi davranış biçimini tayin edebilmesinde yattığını ve böylece de hukuka uygun ve aykırı olanı birbirinden ayırma iradesiyle karar vererek eylemlerini hukukun gerektirdiği kurallara uygun olarak gerçekleştirme ve hukuken yasak olandan kaçınma yeteneğine sahip olduğunu

⁶³² KOLODKIN, Preliminary Report, s.56

⁶³³ Benzer yaklaşım için bkz SINGERMAN, It’s Still Good To Be The King, s.429; TUNKS, Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity, 52 Duke LJ 651 (2002), s.659-660

⁶³⁴ *Staschynskij Fall*, BGH · Urteil vom 19. Oktober 1962 Az. 9 StE 4/62, <http://openjur.de/u/55500.html>

⁶³⁵ *Staschynskij Fall*, para.30, para.132

bildirmiştir.⁶³⁶ Bu kararda Mahkeme aslında ülkesinde gerçekleşen hukuka aykırı eylemlerde yabancı devletin yetkisi savunmasını kabul etmediğini açıkça ifade etmemiştir. Onun yerine hukuka aykırı olarak işlenen suçtan dolayı bireylerin sorumluluğunun bulunduğu yönündeki yaklaşımla Staschynskij'in işlediği adam öldürme suçundan dolayı sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Böylece devlet tarafından emrin verildiği gerçeği davada konu dışı bırakılmıştır.

Benzer bir örnek İngiltere'de 2011 yılında görülen *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court and Others* davasıdır.⁶³⁷ Mongolya İstihbarat Servisi Başkanı Khurts Bat, hakkında Almanya tarafından çıkarılan bir yakalama emri üzerine İngiliz Polisi tarafından yakalandığında Mahkeme, *inter alia*, işlevsel bağışıklığın Bat'ın iadesine engel teşkil edip etmeyeceğini sorgulamıştır. Bat'ın Mongolya uyrukluğunda bir kişiyi Almanya'da yakalayıp Mongolya'ya kaçırdığı ve bu kişinin orada hapse atılıp işkence gördüğünü gözönüne alan hakim, işlevsel bağışıklığın kendisini iadedden koruyamayacağına hükmetmiştir.⁶³⁸

5. KİŞİSEL (*RATIONE PERSONAE*) BAĞIŞIKLIK

Uluslararası hukuk resmi göreve veya makama bağlı olarak belli devlet görevlilerine bağışıklıklar bahsetmiştir.⁶³⁹ Uluslararası ilişkiler ve uluslararası işbirliği, devletler arasında etkili bir iletişim sürecini gerektirmektedir. Devletlerin birbirleriyle rahatça

⁶³⁶ Staschynskij Fall, para.137

⁶³⁷ *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court and Others*. High Court, [2011] EWHC 2029 (Admin)
<http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/khurts-bat-v-federal-court-germany.pdf>

⁶³⁸ *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court and Others*. 83-101

⁶³⁹ Görevlinin görevi devam ettiği sürece sahip olduğu bu bağışıklıklar İngilizce eserlerde “immunity *ratione personae*”, “personal immunity”(örneğin Antonio CASSESE, ICL 2008, s.303; Van ALEBEEK, Immunity of States, s. 158;), “status immunity”(örneğin FRANEY, Immunity, Individuals, s.87; Dapo AKANDE/Sangeeta SHAH, Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts: A Rejoinder to Alexander Orakhelashvili, 22 EJIL 857 (2011), s857) olarak ve Türkçe eserlerde “kişisel bağışıklık”(örneğin TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s.457), “kişi dokunulmazlığı”(örneğin Yusuf AKSAR, Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku, 52 AÜHFD, 131(2003), s.133; Uğur BAYILLIOĞLU, Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, 55 AÜHFD 27(2006), s.35) olarak anılmaktadır. Biz çalışmamızda kişisel bağışıklık ile cümle bütünlüğünü korumak için zaman zaman latince terimi olan “*ratione personae*” bağışıklık” ifadesini kullanacağız.

görüşmelerde bulunabilmeleri ve bu işlerle görevlendirilmiş devlet temsilcilerinin, yüklendikleri görevleri diğer devletin müdahalesi olmaksızın yerine getirebilmeleri oldukça önemlidir.⁶⁴⁰ Uluslararası Adalet Divanı'nın da ifade ettiği gibi “[d]evletler arasında ilişkilerin yürütülebilmesi diplomatik temsilcilerin ve elçiliklerin dokunulmazlığından daha temel bir koşul değil”dir.⁶⁴¹ Kısaca, devletler arasında barışçıl işbirliğine ve barış içinde bir arada yaşamaya dayalı bir sistemin sürerliği için bağışlıklar gereklidir.⁶⁴² Giderek artan küresel işbirliği bu bağışlıkları daha da önemli kılmaktadır.

Ratione personae bağışlık, aslında devlet görevlisinin yerine getireceği işlevlerini korumaya yönelik bir amaç taşımaktadır. Bu anlamda aslında işlevsel bağışlıkla benzerlik gösterir. Ancak hem bahsedildikleri kişilerin sayısı bakımından hem de süre bakımından iki bağışlığı ayırmak gereklidir. *Ratione personae* bağışlık sınırlı sayıda devlet görevlisini kapsarken onların her türlü davranışı açısından yabancı devletin ceza yargılamasından bağışık olmasını sağlar. Böylece o kişi devletin bir uzvu olarak yerine getirmesi gereken işlevlerini serbestçe yerine getirecektir. *Ratione personae* bağışlık o kişiyi, bunları yaparken herhangi bir yargılama sürecine tabi olmaktan veya bir yargılama süreciyle meşgul olurken devletin işlerini aksatmaktan alıkoyar. Bu nedenle kişisel bağışlık, bahsedilen

⁶⁴⁰ **Michael TUNKS**, *Diplomats or Defendants?*, s. 651 vd. Yazara göre, devlet başkanının yargı bağışlığı kurumu, bir ülkenin liderine başka ülkelere seyahat etmek de dahil olmak üzere yakalanmaktan, tutuklanmaktan veya egemen bir devletin başkanı sıfatıyla uyumayan diğer işlemlere maruz kalmaktan korkmadan resmi göreviyle meşgul olmasına imkan sağlamaktadır. Yazar ayrıca devlet başkanlarının, yabancı devlette yargılamaya tabi olmayacaklarına ilişkin güvencenin olmaması durumunda uluslararası siyasetle uğraşırken üstlendikleri risklere karşı evde oturmayı tercih edeceklerini dile getirmiştir. Ayrıntılı bilgi için ibid, s.656. Buna benzer şeyler “kişisel bağışık” olanların grubuna dahil edilecek görevliler için de söylenebilir. 2010 yılında dönemin İngiltere Başbakanı Gordon Brown da buna benzer bir kaygıyı dile getirmiştir : “*Bu türden özel tutuklama emrinin –tamamen siyasi bir tavır sebebiyle- kendilerine karşı da çıkarılabileceği korkusuyla bazı insanların bu ülkeye seyahate razı olmadıklarına inanmak konusunda şimdiden giderek artan bir inanç bulunmaktadır. Bunlar bazen Birleşik Krallığın, eğer sadece kendi ulusal çıkarlarımızı savunmayacak, aynı zamanda dünya çapında bir etkiyi tümüyle koruyacak ve sürdürecekssek, yakın ilişki kurmak zorunda olduğu ülkeleri ve menfaatleri temsil eden kişilerdir.*” : “Britain must protect foreign leaders from private arrest warrants”, 3 Mart 2010, <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/gordon-brown/7361967/Britain-must-protect-foreign-leaders-from-arrest.html>

⁶⁴¹ United States Diplomatic and Consular Staff [1980], para. 91

⁶⁴² Bkz. *Arrest Warrant [2002]*, Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para. 75: “üst düzey devlet görevlilerine tanınmış olan bağışlıklar, iyi kurulmuş ve uyumlu bir uluslararası sistem için olağanüstü öneme sahip olan devletlerarası karşılıklı ilişkilerin yürütülmesi konusundaki asli işlevi sağlamaya yöneliktir.” (<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>) Ayrıca bkz. **FOX**, *State Immunity* (2008), s. 673

devlet görevlisinin görevi süresince devam eder. Başka bir deyişle o görevlinin görevi sona erdikten sonra artık yalnızca egemen bir devletin temsilcisi sıfatıyla devleti adına gerçekleştirdiği işlemleri açısından bağışıklığa sahip olacaktır. *Ratione personae* bağışıklığın mutlak niteliği, o süreçte bağışıklığa sahip olan devlet görevlisinin, kendi hesabına yaptığı eylemlerden dolayı daha sonra da herhangi bir yargılamaya tabi olmayacağı anlamına gelmez. Zira bu “görev-bazlı” bağışıklık, görev sona erdikten sonra o kişinin üzerindeki zırhı, özel eylemler bakımından kaldırır ve kişi özel eylemleri açısından yargılanabilmeye müsait hale gelir. Dolayısıyla kişisel bağışıklık aslında devletin işlevlerinin rahatça yerine getirilmesi için üst düzey devlet görevlilerinin buldukları makama atfedilmiştir. O makama kim gelirse, aynı muameleyi görür. Bununla birlikte o makamdan ayrılan kimse, artık makamın görev süresince kendisine sağladığı ayrıcalıklardan yararlanamayacaktır. Bu nedenle, görev süresi bittiğinde veya kişinin artık o göreve devam etmemesi durumunda, bağışıklık ortadan kalkar.

Çalışmamızın bu bölümünde *ratione personae* bağışıklığa sahip devlet görevlilerinin kimler olduğunu ve bağışıklık kapsamını açıklayacağız. *Ratione personae* bağışıklık sahibi kişileri 2 gruba ayırarak değerlendirdiğimizden bahsetmiştik. Bunlardan ilk grubu devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı oluşturmaktadır. İkinci grupta ise diplomatik statü ile yurtdışında bulunan devletin üst düzey görevlileri yer almaktadır.

5.1. KİŞİSEL BAĞIŞIKLIĞIN BAHŞEDİLDİĞİ DEVLET GÖREVLİLERİ VE BAĞIŞIKLIKLARININ KAPSAMI

Kişisel (*ratione personae*) bağışıklık, devletin üst düzey görevlilerinden sınırlı bir kategoride devlet görevlisine tanınmaktadır. Uluslararası yapılageliş hukukuna göre kişisel bağışıklığa sahip olduğu kabul edilen devlet görevlileri başta devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı olmak üzere, diplomatik misyonun diplomasi sınıfına mensup görevliler, özel heyetlerde görev alan temsilciler, uluslararası örgütlerdeki daimi misyon üyeleri ve uluslararası konferanslarda devleti temsil eden

görevlilerdir.⁶⁴³ Devlet başkanlarının ve yabancı bir devlette görevlendirilmiş olan diplomatların yabancı devletlerin yargılama yetkisinden bağımsızlığa sahip oldukları uluslararası yapılageliş kuralları gereğince uzun bir zamandır bilinmektedir.⁶⁴⁴ Hükümet başkanları ve dışişleri bakanlarının bu kategoriye eklenmesi ise devlet yönetimindeki dengelerin değişmesiyle gerçekleşmiştir. Gerçekten de gerek hükümet başkanlarının gerekse dışişleri bakanlarının devletin dış işlerinde giderek artan rolü, onların da devlet başkanı gibi dokunulmazlık ve bağımsızlıklardan yararlanması şeklinde bir uygulamaya yol açmıştır. Bunların yanında antlaşmalar diplomatlara, devletlerin uluslararası örgütlerdeki temsilcilerine ve yabancı devletlerde özel heyetlerde yer alan diğer görevlilerine benzer bağımsızlıklar öngörmektedir.⁶⁴⁵ Bu tür bağımsızlıklara ilişkin ağırlıklı görüş, bunların uluslararası ilişkilerin düzgün yürütülmesini temin etmek üzere ve bu itibarla, devletini uluslararası düzeyde temsil eden görevlilere verilmiş olduğudur.

Yukarıda sözü edilen kişiler bağlamında kişisel bağımsızlığı iki ayrı kategoriye ayırmak mümkündür.⁶⁴⁶ Bunlardan ilki de kendi içinde ikiye ayrılarak değerlendirilebilen devlet başkanı ile hükümet başkanı ve dışişleri bakanına⁶⁴⁷ atfedilmiş daha konservatif olan kişisel bağımsızlıktır. Diğerisi ise, yukarıda saydığımız

⁶⁴³ FOX, State Immunity (2008), s.666

⁶⁴⁴ Bkz. WATTS, RdC, s.13

⁶⁴⁵ DİHVS m.29 ve m.31; 1946 Birleşmiş Milletler'in Ayrıcalıklarına ve Bağımsızlıklarına İlişkin Sözleşme (Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations) 1 UNTS 15, 11. Bölüm m.4,

⁶⁴⁶ Aynı değerlendirme için bkz. **Dapo AKANDE**, Prosecution of Senior Rwandan Government Official in France: More on Immunity (2008), www.ejiltalk.org/prosecution-of-senior-rwandan-government-official-in-france-more-on-immunity/ (Kısaca AKANDE, Prosecution); **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s. 817. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu bunu 3 kategoride ele almaktadır. Buna göre devlet başkanları birinci kategoriye, hükümet başkanları ve dışişleri bakanları 2. Kategoriye, devletin üst düzey görevlileri ise 3. Kategoriye oluşturmaktadır. Çalışmanın amacı ve ortaya koymak istediği cevap açısından esasında bu kategorizasyon ile ikili kategorizasyonun çok büyük fark yaratacağını düşünmemekteyiz. Zira çalışmamızda cevap aradığımız temel sorun ağır insan hakları ihlalleri karşısında yabancı ceza yargılamasında bağımsızlığın uygulanabilirliği olduğundan ileride de açıklayacağımız üzere, görevi başındaki kişisel bağımsızlık sahibi bir kişi açısından hangi kategoriye girdiğine bakılmaksızın aynı şekilde bağımsızlık uygulanarak yargılama engellenmektedir.

⁶⁴⁷ Bu kategoriye devlet başkanı hükümet başkanı ve dışişleri bakanı ile sınırlandırmak suretiyle, kişisel bağımsızlık açısından yaptığımız değerlendirmenin bir benzeri, UAD'ın *Arrest Warrant* kararında da şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bir Dışişleri Bakanı devletin diğer tüm devletlerle ilişkilerinden sorumlu olarak, devlet başkanı veya hükümet başkanı gibi uluslararası hukuka göre görevinin gereği olarak devletin temsilcisi olarak tanınan bir yere sahiptir. O güven mektubu sunmak zorunda değildir.” Bkz. *Arrest Warrant* [2002], para. 53.

üst düzey devlet görevlilerine bahşedilen kişisel bağışıklıktır. Bu bağışıklığı diplomatik kişisel bağışıklık olarak da anmak mümkündür; nitekim bu sınıfta yer alan kişilerin bağışıklık rejimleri diplomatik bağışıklık kuralları temellidir.⁶⁴⁸ İkinci kategorideki devlet görevlilerinin bağışıklıkları yalnızca resmi ziyaret için geçerlidir. Dolayısıyla bu kişiler ancak görevle bir başka devlete gittikleri sırada kişisel bağışıklıktan ve dokunulmazlıktan yararlanırlar. Görevleri dışında buldukları üçüncü bir devlette bu bağışıklıkları geçerli değildir.⁶⁴⁹

İngiltere’de bir bölge hakiminin 2004’te İsrail Savunma Bakanı ile ilgili davada verdiği kararda *ratione personae* bağışıklığın yalnızca dışişleri bakanlarını değil, savunma bakanlarını da kapsadığını ancak diğer bakanları muhtemelen içine almadığını bildirmiştir.⁶⁵⁰ 1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme de özel heyetlerde görevlendirilen kişilerin dokunulmaz olduğunu ifade etmektedir. Bu durum yurtdışında özel heyete mensup kişiler yalnızca resmi ziyaretler açısından geniş bir görevli grubuna kişisel bağışıklık tanıyan ayrı bir kişisel bağışıklık kategorisi yaratmaktadır. Bu yolla, kişisel bağışıklık açısından tanımladığımız ikinci grubun aslında kişisel bağışıklık ve işlevsel bağışıklık arasında bir statüye sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte bu kişiler yurtdışındaki görevleri süresince

⁶⁴⁸ Örneğin Özel Heyetler Hakkında Sözleşme, DİHVS hükümleri temel alınarak öngörülen bir bağışıklık rejimini düzenlemektedir. Bkz. **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.167-168. Ayrıca bkz. supra “özel heyetler” başlığı.

⁶⁴⁹ Ancak kabul eden devlete giderken geçtikleri ülkelerde veya ülkelerine dönüşte geçtikleri üçüncü ülkelerde de bağışıklıklarının sağlanması gerektiğini söylemek gerekir. Örneğin bkz. 1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme m.42/1; 1961 DİHVS m.40/1. *Bergman v. De Sieyes* davasında Bolivya’ya gitmek üzere görevlendirilen bir Fransız Bakanın, görev yerine varmak için kullanabileceği en kısa yol olarak New York üzerinden geçişinde, hakkında açılan bir davada Mahkeme bakanın, görev yeri ülkesine ulaşmak için üçüncü bir devletin ülkesinden geçiş yapan bir diplomatik statüye sahip bir görevlinin, görev yaptığı ülkede sahip olduğu bağışıklıkların aynıysından yararlanması gerektiği ifade edilmiştir. *Bergman v. De Sieyes*, 170 F.2d 360 (1948), s. 362-363. Diğer yandan daha eski bir kararda ise New York Mahkemesi, hukuk davalarında yabancı devletin görevlilerinin davalarını bir avukat eliyle yürütebileceklerinden dolayı bağışıklığın tanınmasına gerek olmadığını hükmetmişlerdir. *Carbone v. Carbone* 206 N.Y. Supp. 40 (Sup. Ct. 1924).

⁶⁵⁰ Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court) (Decision of District Judge Pratt, Bow Street Magistrates Court, England, Feb. 2004)], para. 15 http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/Application-for-Arrest-Warrant-Against-General-Shaul-Mofaz.pdf Hakim Pratt karara ekonomi bakanı, kültür bakanı, spor bakanı içişleri bakanı gibi hükümet üyelerinin dışişleri bakanı ile aynı bağışıklığa sahip olmadıklarını düşündüklerini bildirirken savunma bakanını bunlardan ayrı tutmuştur. Bkz. ibid para. 13. Kanaatimizce bu *ratione personae* bağışıklığın alanını genişletmekten başka bir sonuç yaratmaz. Bir savunma bakanı yurtdışına görev çerçevesinde çıktığında zaten dokunulmazlık ve bağışıklık kapsamında yer alacağından, onun da ayrıca *ratione personae* bağışıklık sahibi kişiler arasında olduğunu ve her ne amaçla olursa olsun yabancı devlette bulunduğu tam dokunulmazlık ve bağışıklık sahibi olduğunu söylemek bağışıklığın amacına ters düşecektir.

kişisel bağışıklık kapsamında zikredilen bağışıklıklara sahip olacaklarından, biz bunu kişisel bağışıklığın bir alt sınıfı olarak değerlendirmeyi uygun görmekteyiz.

Bu sınıflandırmanın temelinde şu düşüncemiz yatmaktadır: Devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanlarının uluslararası ilişkilerin yürütülmesi ve devletlerini temsil etme konusunda kabul eden devletin istencine bağlı olmayan, doğrudan uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve yetkileri vardır. bu hak ve yetkiler ise devletleri tarafından kendilerine verilen statünün, yani devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı statüsünün bir gereğidir. Diğer üst düzey devlet görevlilerinin örneğin bir diplomatın, diplomat sıfatı kabul eden devletin onu *persona non grata*⁶⁵¹ ilan etmesinden makul bir süre sonra (diplomatın ülkeyi terk etmesine imkan tanıyacak kadar bir sürenin ardından) ortadan kalkar. Böylece o kişinin kişisel bağışıklığı ve ona uluslararası hukuk tarafından sağlanan diğer tüm dokunulmazlık ve ayrıcalıklar sona erer; bunun sonucunda da kabul eden devlet o kişiyi yargılayabilir. Bu ilanı yaparken kabul eden devlet, bundan o kişiyi diplomatik misyonun bir parçası olarak görmeyi kabul etmediğini ifade etmektedir. Böylece o kişi kabul eden devlette, ülkeyi terk etmesi için kendisine tanınan makul sürenin ardından sıradan bir kişi gibi işlem görmektedir. Nitekim diplomatik temsilcilerin kabul eden devlet dışında bir devlette⁶⁵², kabul eden devlette kendisine öngörülen dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanamadığı bilinmektedir.⁶⁵³ Başka bir

⁶⁵¹ *Persona non grata*, istenmeyen kişi anlamına gelmektedir.

⁶⁵² Örneğin *S. v. Berlin Court of Appeal and District Court of Appeal of Berlin-Tiergarten* davasında Suriye'nin Demokratik Alman Cumhuriyeti(Doğu Almanya) eski büyükelçisi'nin, 1983 yılında adam öldürme ve teröristlerin bombalama eylemlerine yardım ettiği gerekçesiyle, hakkında yakalama kararı çıkartılmasında üçüncü devletler açısından bağışıklıkların geçerliliği sorunu gündeme gelmiştir. Davaya konu olan olayda Suriye'nin Almanya Büyükelçisi, Hükümeti tarafından bir terör eylemine elinden gelen tüm yardımı göstermesi konusunda bilgilendirilmiştir. Bu eylemi yapacak olan ünlü terörist "Çakal Carlos"un liderliğindeki terörist grubun patlayıcı dolu bir çantayı diplomatik araç kullanarak Batı Almanya sınırına götürmeyi istemesi üzerine Büyükelçi aracın bu amaçla kullanılmasına izin vermemiş fakat çantanın misyon binasından çıkartılmasına da engel olamamıştır. Daha sonra bomba, Batı Almanya'da bulunan "Maison de France" isimli sanat galerisinde patlatılmış. Çantanın misyon binasından çıkartılması için gerekli önlemleri almaması nedeniyle büyükelçi, söz konusu bombalama olayına yardımcı olmakla suçlanmıştır. Mahkemeye göre diplomatik bağışıklıklar yalnızca kabul edendevletin ülkesinde geçerlidir, *erga omnes* değildir ve Batı Almanya açısından büyükelçinin bağışıklığını tanımak gibi bir yükümlülük söz konusu değildir. Dolayısıyla Batı Almanya, kendisini yargılama hakkına sahiptir. **Bardo FASSBENDER**, *S. v. Berlin Court of Appeal and District Court of Berlin-Tiergarten*, 92 AJIL 74 (1998), s.74 vd. Ayrıca bkz. Yitiha **SIMBEYE**, *Immunity and International Criminal Law*, Ashgate Pub. 2004, s.122-123

⁶⁵³ Bkz. DİHVS m. 40. "1. Bir diplomatik ajan, görevine başlamak veya görevi başına dönmek üzere, veya kendi ülkesine döner iken, passport vizesi gereken hallerde kendisine vize vermiş bulunan bir üçüncü Devletin ülkesinden geçtiği veya bu ülke dahilinde bulunduğu takdirde, üçüncü Devlet

deyişle, diplomatik temsilcilerin kabul eden devlet dışındaki başka bir devlete yapacakları, transit geçiş durumu haricinde⁶⁵⁴, özel amaçlı ziyaretleri açısından bağışıklığa sahip olmamalarından yola çıkarak, kabul eden devletin kendilerini diplomatik misyonunun bir parçası olarak kabul etmemesi, kişiyi o devlette özel amaçlarla bulunur hale getirmektedir. Bununla birlikte özel amaçla bulunur konuma gelen diplomat artık kabul eden devlet açısından “eski diplomat” sıfatını alacağından, kabul eden devletin yerel mahkemelerinde ancak gerçekleştirdiği resmi eylemleri bakımından bağışıklığa sahip olmaya devam edecektir. Eski diplomatlar açısından ne uluslararası yapılageliş hukukunca ne de yapılageliş kurallarını yansıttığı söylenen DİHVS’de aksine bir durum öngörülmemektedir. Son olarak, diplomatik bağışıklıklar, DİHVS m.40’ta öngörülen istisna dışında, yalnızca kabul eden devlet ile gönderen devlet arasında uygulanmaktadır; bağışıklık kurallarının *erga omnes* nitelikleri olduğunu öngören genel olarak kabul edilmiş bir uluslararası hukuk kuralının olmadığı söylenebilir.⁶⁵⁵

Oysa yukarıda saydığımız üçlünün bağışıklıklarının *persona non grata* ilan edilmeleriyle ortadan kalkması mümkün değildir. Çünkü bu kişilerin bağışıklıkları kabul eden devletin iradesine bağlı değildir.⁶⁵⁶ Zira bu kişiler özel ziyaretlerinde dahi

kendisine geçişini veya dönüşünü sağlamak için gerekli dokunulmazlık ve diğer bağışıklıkları tanıyacaktı. Diplomatik ajana refakat eden, veya kendisine katılmak veya memleketlerine dönmek için ayrı seyahat eden, ayrıcalık ve bağışıklardan yararlanan ailesi üyelerine de aynı uygulama yapılır.” “4. Üçüncü Devletlerin bu maddenin 1., 2., ve 3. fıkradan gereğince üstlendikleri yükümlülükler, aynı zamanda, üçüncü Devletin ülkesindeki mevcudiyetleri mücbir sebebe dayanan bu fıkralarda belirtilen şahıslar ile resmi haberleşmeler ve diplomatik çantalara da uygulanır.” Böylece DİHVS açısından da üçüncü devletlerin diplomatik bağışıklıklar açısından yükümlülükleri, görevlinin kabul eden devlete gidiş veya gönderen devlete dönüş sırasında yaptığı geçişi geçerlidir. Ziyaret amaçlı yaptıkları geçişleri bu kapsamda değerlendirilmez.

⁶⁵⁴ Diplomatik temsilci kabul eden devletten gönderen devlete veya tam tersine gidişte geçtiği üçüncü bir devlette *ratione personae* bağışıklıktan yararlanmaktadır. Bkz. Yitiha Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Ashgate Pub. 2004, s.123; **DENZA**, *Diplomatic Law* (2004), s.369

⁶⁵⁵ Bkz. aynı yönde **FASSBENDER**, S. v. Berlin Court of Appeal, s.76; **CASSESE**, ICL 2008, s.304

⁶⁵⁶ Burada kullandığımız “iradesine bağlı” ifadesini, kabul eden devletin diplomatik temsilcinin özlük bilgileri de dahil olmak üzere kim olduğuyla ilgili bilgi sahibi olmadan o kişinin ülkesinde görev yapmasına rıza gösterip göstermeme hakkına sahip olduğunu kasdetmekteyiz. Yine kabul eden devlet baştan diplomatik temsilciyi misyonun bir üyesi olarak görmek istemediğini bildirebileceği gibi onu, daha sonraki bir hareketi nedeniyle veya başka bir sebepten dolayı *persona non grata* ilan ederek bağışıklıkları kaldırabilir ve makul sürenin ardından diplomat, sıradan bir kişi gibi muamele görür. Oysa “üçlü” açısından bu durum söz konusu değildir, dolayısıyla üçlünün bağışıklıklarının ne uygulanması ne de kaldırılması kabul eden devletin rızasına bağlı değildir. Bu, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir bağışıklıktır. Bunun istisnası tanınmayan bir devlet veya hükümet olmak, bir kişinin devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı olarak mahkeme devletinde kabul edilmemesi veya bir oluşumun devlet olarak kabul edilmemesi olabilir. Bunun için bkz. supra

dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanırlar. *Arrest Warrant* davasında UAD bunu şöyle ifade etmektedir:

“Dışişleri Bakanı tarafından gerçekleştirilen resmi sıfatla gerçekleştirilen ve özel sıfatla gerçekleştirildiği iddia edilen eylemler bakımından veya hatta ilgili kişinin Dışişleri Bakanı görevine getirilmesinden önce ve görevi sırasında gerçekleştirdiği eylemler açısından herhangi bir ayırım yapılamaz. Bundan dolayı eğer bir dışişleri bakanı yabancı bir devlette bir suç isnadı üzerine tutuklanırsa, bu yolla açık bir şekilde makamının işlevlerini yerine getirmesi engellenir. Resmi işlevlerinin yerine getirilmesinde böyle bir engelin sonuçları, Dışişleri Bakanı'nun tutuklandığı sırada tutuklayan devletin ülkesinde “resmi” veya “özel” bir ziyarette olup olmadığına, yakalamanın kişinin dışişleri bakanı olmasından önce gerçekleştiği iddia edilen eylemlerle veya görev sırasında gerçekleşen eylemlerle ilgili olup olmamasına ve yakalamanın iddia edilen eylemlerin “resmi” bir sıfatla veya “özel” bir sıfatla gerçekleştirilmesiyle ilgili olup olmamasına bakılmaksızın, eşit biçimde ağırdır.”⁶⁵⁷

Diğer yandan, devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanının, diğerleriyle kıyaslandığında, dokunulmazlık ve bağışıklıklarının kapsamı ve sınırları uluslararası hukukta daha geniştir. Diğer kategorideki devlet temsilcilerinin ise hukuki statüleri uluslararası antlaşmalarla ortaya konulmuştur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki hükümet başkanı ve dışişleri bakanının da bağışıklıklarının devlet başkanı kadar olmadığı sıklıkla ifade edilmektedir. Örneğin WATTS hükümet başkanının devlet başkanı gibi devletin benliğini temsil eden kişi olarak kabul edilmediğini ancak ona yakın bir statüye sahip olduğunu belirtmektedir.⁶⁵⁸

Anılan üçlünün işlevlerini yerine getirmenin yanında aynı zamanda devleti adına bağlayıcı işlem yapmaya ve bunu da herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın yapmaya yetkisi vardır. Bu nitelikleri de onları diğer kategoriden ayırmayı gerekli kılmaktadır. Kanaatimizce SUMMERS'in *diplomatik rati*

⁶⁵⁷ *Arrest Warrant* [2002], para. 55

⁶⁵⁸ WATTS, MPEPIL, para. 5; Oppenheims's International Law, 1992, V.I s. 1033, para. 445

personae bağışıklık nitelemesi⁶⁵⁹, ilk kategori açısından kişisel bağışıklığın diplomatik bağışıklığın temeli olarak kabul edilmesi anlamında, hatalıdır. *Ratione personae* bağışıklık kuralı bağımsız bir kuraldır ve diplomatlara bahşedilen bağışıklıktan çok daha önce ve hatta devletin bağışıklığının da temelinde yatan devlet başkanının bağışıklığından can bulmuştur. Daha sonra, önce diplomatik temsilcilerin ve ardından da dış ilişkilerde rol oynayan aktörlerin artmasıyla birlikte kişisel bağışıklığın kapsamı giderek genişlemiştir. Dolayısıyla kanaatimizce *ratione personae* bağışıklığı, yukarı da ifade ettiğimiz kendi içindeki ayrı sınıflandırmaya tabi tutulduğunda, yalnızca diplomatik bağışıklıklarla özdeşleştirmek yetersiz bir yaklaşım olacaktır. Zira diplomatik bağışıklık kişisel bağışıklığın temeli değil onun bir parçasıdır.

Kişisel bağışıklık, görevlinin görev süresiyle sınırlıdır.⁶⁶⁰ Kişinin görevi sona erdiği anda kişisel bağışıklığı da sona erer. Bundan sonra ise yalnızca görevleri sırasında gerçekleştirdikleri “resmi eylemleri” açısından bağışıklığa sahip olacaklardır. Buna ilişkin olarak verilebilecek en iyi örnek İspanya’da yerel mahkemenin Pinochet aleyhinde açılan ceza davasında Augusto Pinochet’in Şili Devleti’nin eski devlet başkanı olması gerekçesiyle bağışıklığı reddetmesi ancak Fidel Castro aleyhinde açılan bir davada Castro’nun Küba’nın görevi başındaki devlet başkanı olması nedeniyle bağışıklığı tanınmasıdır.⁶⁶¹

Şimdi kişisel bağışıklığa sahip kişilerin bağışıklıklarının kapsamına değinelim.

5.1.1. Devlet Başkanı

Devlet başkanının yargı bağışıklığı geleneksel olarak devletin yargı bağışıklığı ile iç içe geçmiş olarak tanımlanmaktadır.⁶⁶² Zira eski zamanlarda devlet ile devletin

⁶⁵⁹Mark SUMMERS, Diplomatic Immunity *Ratione personae*: Did The International Court Of Justice Create A New Customary Law Rule In Congo V Belgium?, 16 Mich. St. JIL. 459 (2007-2008)

⁶⁶⁰WATTS, RdC, s.13; Van ALEBEEK, Immunity of States, s. 158; FOX, State Immunity (2008) s.666

⁶⁶¹Bkz. Memorandum by the Secretariat, Immunity of State Officials (2008), s.59

⁶⁶²SINGERMAN, It’s Still Good To Be The King, s.427; SINCLAIR, Sovereign Immunity, s. 197; Memorandum by the Secretariat, Immunity of State Officials (2008), s.22; aynı yönde bkz. Pinochet (3) [2000], s.172 (*Devlet başkanının yargı bağışıklığı, devletin yargı bağışıklığının cezai ve hukuki yargulamalarda eşit biçimde uygulanan bir boyutudur ve egemenlik yetkisini kullanarak*

yöneticisinin benliği aynı kimlikte toplanmış kabul edilmekteydi.⁶⁶³ Bunun bir sonucu olarak da devlete atfedilebilecek her türlü ayrıcalık ve bağışıklık, onun yöneticisine de tanınmaktaydı.⁶⁶⁴ Nürnberg Askeri Mahkemesi'nin kuruluşunda belirlenen ilkelerin 7. maddesindeki sanığın, devlet başkanı veya sorumlu hükümet görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın, resmi pozisyonunun kendisini sorumluluktan kurtaramayacağına veya cezasını hafifletmeyeceğine ilişkin hükme kadar⁶⁶⁵ üst düzey bir devlet görevlisine, özellikle de devlet başkanına karşı bir uluslararası veya ulusal mahkeme önünde dava açılması, kesin bağışıklık nedeniyle olanaksız bir durumdu.⁶⁶⁶ Bu durumun elbette söz konusu dönemde devlet ile yöneticisinin tek bir kimlikte bulunduğuna ilişkin kabulden ve devletlerin egemen eşitliği nedeniyle yabancı bir devlet tarafından hükümdara dava açılmamasından kaynaklandığı söylenebilir. 2. Dünya Savaşı sonra mağlup olan Almanya'nın

hareket eden devlet görevlilerinin bağışıklığını da içerir.); **Dapo AKANDE**, Head of State Immunity is a Part of State Immunity: A Response to Jens Iverson, <http://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-a-part-of-state-immunity-a-response-tojens-iverson/> Iverson ise UCM Statüsü m. 98/1 hükmü açısında yaptığı değerlendirmede devlet başkanının gerek devletin yargı bağışıklığından gerekse diplomatik bağışıklıklardan ayrı düşünülmesi gereken bağımsız bir bağışıklık türü olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Jens IVERSON**, Head of State Immunity is not the same as State Immunity: A Response to the African Union's Position on Article 98 of the ICC Statute, <http://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-not-the-same-as-state-immunity-a-response-to-the-african-unions-position-on-article-98-of-the-icc-statute/>

⁶⁶³ **MALLORY**, Resolving The Confusion, s.170; **Rosalyn HIGGINS**, After Pinochet: Developments on Head of State and Ministerial Immunities, in Pat Rogers (ed) Themes and Theories, Oxford University Press 2009, s. 417-418 (Kısaca HIGGINS, After Pinochet)

⁶⁶⁴ **SINCLAIR**, Sovereign Immunity, s. 121.; **Victor Nnamdi OPARA**, Sovereign & Diplomatic Immunity As Customary International Law: Beyond R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate & Others, Ex Parte Pinochet Ugarte, 21 Wis. ILJ. 255 (2003), s. 264

⁶⁶⁵ Bu ilke daha sonra kurulan ceza mahkemelerinin kuruluş belgelerinde de benzer ifadelerle yerini almıştır. Örneğin bkz. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) Statüsü m 7/2; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR) Statüsü m 6/2; Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü m27/1. Ne var ki Nürnberg Prensipleri m. 7'nin beklediği gibi devlet başkanlarının yargı bağışıklığının sonunun başlangıcı olarak görülmesi tarihsel açıdan destek görmemiştir. Bakıldığında Nürnberg'de hiçbir devlet başkanı yargılanmamıştır. Aynı dönemdeki Uzak Doğu için Uluslararası Askeri Mahkeme'nin (Tokyo Ceza Mahkemesi) Statüsü'nde zaten devlet başkanının bağışıklığını kaldıran hükme yer verilmediğinden, Japonya devlet başkanı Hirorito'yu yargılayarak bireysel ceza sorumluluğuna gerçek anlamda bir milat kazandırma fırsatı, Japonya'da barışın tesis edilebilmesi için General McArthur'un imparator Hirorito ile yaptığı anlaşmanın neticesinde tarihe kara bir leke olarak değerlendirilmektedir. **Kerry Creque O'NEILL**, A New Customary Law Of Head Of State Immunity?: Hirohito And Pinochet 38 Stanford JIL 289 (2002), s. 289 (1945 – 1952'de Japonya'yı işgal eden Müttefik Kuvvetlerin Yüksek Komutanı General Douglas MacArthur İkinci Dünya Savaşı'nın ardından 1946'da kurulan Tokyo Ceza Mahkemesi önünde Japonya İmparatoru Hirohito'nun suçlanmaması, yargılanmaması ve hatta tanık olarak bile dinlenmemesi ilişkin verdiği karar hakkında yazar şöyle demektedir: “Bu karar günümüzde hükümet görevlisi veya devlet başkanı olmasına bakılmaksızın bireylerin insanlığa karşı suçlar nedeniyle yargılanmasına ilişkin İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşan fikir birliğine ilişkin anlamlı gelişmeye gölge düşürmüştür.”). Aynı yönde bkz. Bkz. **Mary Margaret PENROSE**, The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law, 7 Santa Clara JIL. 85 (2009-2010),s. 103.

⁶⁶⁶ Konuyla ilgili karşılaştırmalı ve detaylı bilgi için bkz. **BRÖHMER**, State Immunity, s14 vd

imparatoru II. Wilhelm'in, 1919 yılında imzalanan Versaay Antlaşması'na göre kurulacak bir mahkemede, "uluslararası ahlaka karşı üstün bir suç ve anlaşmaların kutsallığı" gerekçesiyle yargılanması istenmiş ancak Hollanda Kraliçesi Wilhelmina müttefiklerin baskısına rağmen, ülkesine kaçan imparatorun bağımsızlığa sahip olduğu ve bu nedenle yargılanamayacağı gerekçesiyle iade talebini reddetmiştir.⁶⁶⁷

Kralın yanlış yapmayacağı ve kendi yarattığı sistemin içine dahil edilebilmesinin düşünülemez oluşu, kendi yarattığı mahkemelerde davanın bir tarafı olamayacağı sonucunu doğurmaktaydı. Bu durum hükümdarın itibarının kendi ülkesi üzerindeki tecellisiydi. Bu görünümün doğal bir sonucu da diğer hükümdarlarla ilişkide eşit ve hukukun dışında yer alan bir otoritenin varlığıydı. Başka bir deyişle, kendi ülkesinde hukukun üstünde yer alan hukuk yaratıcısı hükümdar, başka bir hükümdarın egemenlik alanında da aynı şekilde işlem görerek yabancı devletin yargı yetkisinden bağımsız tutuluyordu. Bir hükümdar yabancı bir devletin topraklarına o ülkenin hükümdarının izni ve bilgisi dahilinde giriş yaptığında, halkının ve kendisinin itibarını temsil ettiğinden, o devletin yetkisine tabi olmasının kendisinin ve halkının itibarıyla çatışması söz konusuydu.⁶⁶⁸ Bu nedenle yabancı devletin hükümdarı üzerinde yargı yetkisinin uygulanması uluslararası nezakete olduğu kadar uluslararası ilişkilerin iyi niyetle yürütülmesine de aykırı düşmekteydi.

Hükümdar ile devlet arasındaki sıkı ilişki, devletin, başındaki kişi ile özdeşleşmiş olduğu varsayımıyla bazı yerel mahkeme kararlarında da zikredilmiştir. 1844 tarihli *Duke of Brunswick v King of Hanover*⁶⁶⁹ kararında İngiltere'ye gelen yabancı bir hükümdarın kendi ülkesinin egemen sıfatıyla gerçekleştirdiği eylemler nedeniyle sorumlu tutulamayacağı belirtilirken İngiliz Mahkemeleri'nin de yabancı hükümdarın egemen sıfatıyla yaptığı eylemlerin doğru veya yanlış olduğuna bakılmaksızın devletin yetkisiyle yapıldığı varsayılarak davaya bakamayacakları ifade edilmektedir.⁶⁷⁰ Benzer biçimde *De Haber v Queen of Portugal* davasında İngiliz Mahkemesi şöyle demektedir:

⁶⁶⁷ STEIN, *Limits of International Law Immunities*, s. 251)

⁶⁶⁸ *The Schooner Exchange v. McFaddon* 11 US (7 Cranch) 116 (1812), s.137-138

⁶⁶⁹ *Duke of Brunswick v King of Hanover*, 9 E.R. 993 (1848)

⁶⁷⁰ Lord Campbell C.J, *King of Hanover* davasında bir hükümdarın İngiliz Mahkemelerinde yargılanamayacağını belirtmiştir. *Duke of Brunswick v King of Hanover*, s.1001-1002. Ancak Lord,

“Yabancı bir hükümdarın kendisi tarafından başı olduğu milletin temsilcisi olarak kamusal sıfatla yapılan veya gerçekleştirilen herhangi bir şey için [açılan] bir dava bir İngiliz Mahkemesi’nde bakılamaz. Yabancı bir hükümdarı kamusal sıfatıyla kendisi hakkında açılan herhangi bir dava için bir yerel mahkemeye çağırmak milletler hukukuna aykırıdır ve [bu onun] alınabileceği bir hakarettir.”⁶⁷¹

Schooner Exchange davasında ortaya konulan yargı bağışıklığının aslında devletin başkanının bağışıklığından ayırt edilemez olduğuna ilişkin yaklaşım *Tachiona v. Mugabe* davasında da doğrulanmıştır. Yargıç Marrero’nun geleneksel bir bakış açısıyla ileri sürdüğü bu yaklaşıma göre 1967’den beri devlet başkanı ile devletin eşit olarak görülmesine yönelik düşünceden ayrılmalar gözlenmektedir ve artık devlet giderek devlet başkanınından ayrı bir varlık haline gelmiştir. Yargıç Marrero’ya göre bunların temelinde yatan şey, devlet başkanlarının uluslararası ticaret alanında bireysel olarak daha fazla iş yapma imkanı bulmaları ve bu imkanların da aslında daha fazla davaya neden olacak zemini teşkil etmesidir.⁶⁷² Ne var ki Yargıç Marrero bu durumun giderek tanınmasına ilişkin bir eğilim gözlendiğini zikrederken bu konudaki “konsensusun eksikliği” nedeniyle, davada geleneksel yaklaşıma dayanarak karar vermiştir.⁶⁷³

Devlet başkanlarının bağışıklığıyla ilgili olarak farklı kurallar uygulanabilmektedir. Bröhmer’e göre devlet başkanları resmi yetkiyle hareket ettiklerinde yargı bağışıklıkları, devletin yargı bağışıklığı ile ilişkilidir. Böyle durumlarda devletin yargı bağışıklığı kuralı uygulanır. Bu durum devlet ile devlet başkanının farklı sorumlulukları olup olmadığı sorusuna meydan vermez. Bröhmer ayrı bir sorumluluk varsayımında da zaten devletin başkanının devletin yargı bağışıklığından daha ileri bir

buna dayanak olarak bağışıklıktan çok yargılanamazlık prensibini göstermiştir. Bkz. **Geoffrey MARSTON**, *The Personality of the Foreign State in English Law*, 56 CLJ 374 (1997/2), s. 399 (Yargılamadan bağışıklık konusu ortaya çıkmış fakat Lordlar Kamarası temyiz davasında söz konusu eylemin yargılanamaz nitelikte olduğuna dayanarak karar vermiştir.)

⁶⁷¹ *De Haber 8. The Queen Of Portugal* 17 Q. B. 195 (1851-1852), s. 207

⁶⁷² *Tachiona v. Mugabe*, s.277-78. (Davada birçok devlet başkanının bağışıklığını tanıyan karara da değinilmiştir.) Ayrıca bkz. **TOTTEN**, *Head-Of-State*, s.337

⁶⁷³ **ALTMAN**, *The Future of Head of State Immunity*, s. 6

bağışıklığa sahip olamayacağını ileri sürmektedir.⁶⁷⁴ Diğer yandan yazar başka bir eserlerinde devlet başkanının bağışıklığı ile devletin ve diplomatik temsilcilerin bağışıklığının farklı olduğunu ifade etmektedir.⁶⁷⁵ Devlet başkanının devlet adına hareket ettiğinde devletin yargı bağışıklığından yararlanacağı fikri, resmi eylemler açısından kabul edilebilir. Ancak bir devlet başkanının görevi sırasında devlet başkanlığı sıfatıyla giriştiği özel eylemler ve özellikle ticari nitelikteki egemenlik tasarrufuna girmeyen eylemler ile devlet adına giriştiği ancak egemenlik tasarrufu niteliğinde olmayan eylemler açısından sahip olduğu bağışıklığın, devletin bağışıklığının ötesine geçtiğini söylemek gerekir. Çünkü devlet başkanının görevini yerine getirirken gerçekleştirdiği eylemlerden kendisinin bağışık olduğu ancak devletin aynı şekilde bağışıklıktan yararlanamadığı durumlar olabilmektedir. Örneğin bir devlet başkanının makam arabası satın almasına ilişkin işlem tümüyle *jure gestionis* nitelikte olmakla birlikte, o arabanın fiyatının ödenmemesi halinde devlet başkanının yargılanması mümkün değildir. Ancak devlet böyle bir yargılamanın muhatabı olabilmektedir. Diğer yandan genel olarak devlet başkanının işlemleri açısından *jure gestionis* – *jure imperii* ayrımının kabul edilmediğini söyleyebiliriz. Çünkü görevi başındaki bir devlet başkanının, tümüyle özel nitelikli veya kendi adına gerçekleştirdiği eylemler açısından bağışıklığa sahip olduğu ve yargılanamayacağı uluslararası yapılageliş hukukunun bir kuralıdır. Bu nedenle, her ne kadar devletin yargı bağışıklığı ile devlet başkanının yargı bağışıklığı birbiriyle sıkı ilişkide olan iki kavram olsa da günümüzde birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶⁷⁶

Devlet başkanlarının uluslararası hukuktaki statülerine ilişkin olarak yukarıda bazı açıklamalarda bulunmuştuk.⁶⁷⁷ Özetle devlet başkanları hem devletlerinin en üst düzey memuru olma sıfatıyla hem de geleneksel anlayışın bir yansıması olarak

⁶⁷⁴ BRÖHMER, State Immunity, s.29-30

⁶⁷⁵ “Diplomatik bağışıklık görevdeki ve görevi sona ermiş diplomatlara uygulanırken devlet başkanının bağışıklığı devlet başkanlığı görevinde olmaya veya eskiden bu görevi yürütmeye bağlanmış; devletin yargı bağışıklığı ise devlet olmakla ilişkilendirilmiştir.” Bkz. BRÖHMER, Part Three, s. 233. Ayrıca bkz. Jürgen BRÖHMER, Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a Notorious Human Rights Violator, 12 LJIL 361 (1999), s.366

⁶⁷⁶ Aynı yönde bkz. IVERSON, Head of State Immunity is not the same as State Immunity, <http://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-not-the-same-as-state-immunity-a-response-to-the-african-unions-position-on-article-98-of-the-icc-statute/>; SINGERMAN, It’s Still Good To Be The King, s.427

⁶⁷⁷ Bkz. supra “Devlet görevlisi kavramı” başlığı

devletin benliğini temsil ettiğinden, görevi devam ettiği sürece yabancı devlet mahkemelerinde kesin nitelikli bağışıklığa sahiptir.⁶⁷⁸ Uluslararası ceza mahkemelerinde ise durum farklıdır. Bir devlet başkanı, ağır insan hakları ihlali dediğimiz suçları işlediği gerekçesiyle, yargı yetkisine sahip bir uluslararası mahkemede yargılanabilmektedir. Buna en güncel örneklerden biri olarak EYUCM’de yargılandığı sırada Miloseviç’in Yugoslavya’nın görevdeki devlet başkanı olduğu gösterilebilir.⁶⁷⁹ Diğer bir örneğe Charles Taylor’ın, Siera Leone için Özel Mahkeme’de aleyhine dava açıldığı sırada Liberya’nın görevdeki devlet başkanı olmasıdır. Yine 2009’da Sudan Devlet Başkanı Ömer El Beşir UCD’nin tarihinde, aleyhinde dava açılan görevdeki ilk devlet başkanıdır.⁶⁸⁰

Görevi başındaki bir devlet başkanı yabancı devletin ceza yargılamasından kesin bağışıklığa sahiptir. Eskiden bağışıklığın yalnızca devlet başkanı yabancı bir ülkedeyken ve hatta yalnızca devlet başkanı yabancı devletin ülkesinde resmi ziyaret vesilesiyle bulunduğu geçerli olduğu savunurlarken günümüzde artık kişisel bağışıklığın bu sınırlamalar olmaksızın bütün yabancı devletler açısından uygulandığı genel olarak kabul edilmektedir.⁶⁸¹ Diğer bir deyişle, devlet

⁶⁷⁸ Van Alebeek de devlet başkanlarının sahip oldukları bağışıklığın işlevlerini gereği gibi yerine getirebilme gerekçesinin ötesinde devletin benliğini yansıtan geleneksel anlayışın bir ürünü olarak sağlandığını öne sürmektedir. Bu sayede yazar, işlevsel hükümet başkanı ve dışişleri bakanına bahşedilen bağışıklığın işlevsel nitelikte olmasına rağmen devlet başkanlarının bağışıklığının bu anlayışın ötesine geçen bir niteliği haiz olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. **VAN ALEBEEK**, *Immunity of States*, s.194

⁶⁷⁹ *The Prosecutor of the Tribunal v Slobodan Milosevic, et. al.*, IT-99-37 (ICTY 1999). EYUCM’de 22 Mayıs 1999 yılında Federal Yugoslavya Cumhuriyeti Devlet Başkanı Slobodan Miloseviç hakkında açılan dava uluslararası hukukta bir ilk olarak sayılmıştır. Bu davayla ilk kez görevi başındaki bir devlet başkanının bağışıklığını uygulamamıştır. Miloseviç 15 Temmuz 1997 yılında Federal Yugoslavya Cumhuriyeti’nin Devlet Başkanı seçilmişti ve dava sırasında görevi sürmekteydi. EYUCM Savcısı Louise Arbour Miloseviç’i insanlığa karşı suçlar ve savaş hukuku veya örf adetlerinin ihlalleriyle itham etmiştir. Mahkeme bağışıklık ile ilgili kararını Kasım 2001’de vermiştir. *Amicus curiae* nin bağışıklığın uygulanması gerektiğine ilişkin savını reddeden mahkeme, EYUCM Statüsü’nün 7. Maddesinin 2. Fıkrasındaki “Herhangi bir sanığın resmi konumu, ister devlet veya hükümet başkanı isterse sorumlu hükümet görevlisi olsun, bu kişiyi ne cezai sorumluluktan kurtarar ne de cezasını hafifletir.” hükmünün uluslararası yapılageliş hukuku kuralı olduğunu bildirmiştir. *Prosecutor v Slobodan Milosevic Decision on Preliminary Motions*, IT-99-37-PT (ICTY, 2001) para. 26-34. Ayrıca bkz. **ALTMAN**, *The Future of Head of State Immunity* s. 8,

⁶⁸⁰ Bkz. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/icc02050109> ; ayrıca bkz. <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=9502>.

⁶⁸¹ **WATTS**, RdC, s.54; **FOX**, *State Immunity* (2008), s. 667 vd ; **Helmut DAMIAN**, *Staatenimmunität und Gerichtszwang, Grundlagen und Grenzen der völkerrechtlichen Freiheit fremder Staaten von inländischer Gerichtsbarkeit in Verfahren der Zwangsvollstreckung oder Anspruchsicherung*, Springer Verlag, Berlin / Heidelberg / New York, 1985, s. 76

başkanlarının cezai yargı yetkisinden mutlak bağışıklıklarının bir uygulaması vardır.

682

Devlet başkanlarının kişisel bağışıklığının özel hukuk davalarında uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar üç grupta toplanmaktadır. İlkine göre devlet başkanının kişisel bağışıklığı özel hukuk davalarında uygulanamaz. İkinci gruba göre özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda bağışıklık ancak devlet başkanı resmi ziyarette bulunuyorsa uygulanmalıdır. Üçüncü grubu savunanlar ise kişisel bağışıklığın özel hukuk davalarında en azından bazı istisnaların olması gerektiğini ileri sürmektedirler.⁶⁸³ Devletin yargı bağışıklığı ile ilgili eski davalar genellikle devlet başkanının resmi sıfatıyla hareket ettiği durumları içermektedir. *Duke of Brunswick v King of Hanover* ve *De Haber v Queen of Portugal* davalarında yabancı hükümdarın özel sıfatla hareket etmediğini belirlemenin önemi vurgulanmıştır.⁶⁸⁴ Bu belirlemenin önemi, hükümdarın aksi halde bağışık olmayacağı ve yargılanabileceği sonucundan kaynaklanmaktadır. *Leutwyler v. Office of Her Majesty Queen Rania Al-Abdullah* davasında ise telif haklarının ve sözleşme ihlaline ilişkin tazminat davasında Mahkeme, Yürütme Organı'nın bağışıklık önerisine uyararak, davaya konu olan işlemin niteliğini sorgulamaksızın, Ürdün Kraliçesi Rania'nın devlet başkanı sıfatıyla yargılamadan bağışık olduğuna hükmetmiştir.⁶⁸⁵

Devlet başkanının *ratione personae* bağışıklığının kapsamı çeşitli durumlara göre ayrı ayrı irdelenmelidir. Bunlardan ilki, bağışıklık iddiasında bulunan kişinin gerçekten bir devlet başkanı olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. İkinci olarak mahkeme devletinde bulunma durumu; üçüncü olarak sürgünde bir devlet başkanının bağışıklık kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Daha sonra devlet

⁶⁸² Van ALEBEEK, Immunity of States, s.169; BRÖHMER, State Immunity, s.111

⁶⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Van ALEBEEK, Immunity of States, s.169 vd.

⁶⁸⁴ *Duke of Brunswick v King of Hanover* 9 E.R. 993 (1848), s. 995-999; De Haber 8. The Queen Of Portugal 17 Q. B. 195 (1851-1852), s. 201 vd. 155. Hemen belirlemek gerekir ki *Duke of Brunswick v. King Hanover* davasında yabancı bir devlet başkanı açısından şöyle bir ayrıma gidilmiştir: eğer söz konusu devletin başkanı olarak kabul edilen kişi mahkeme devletin uyrukluğundaysa, o zaman gerçekleştirdiği eylemler açısından ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bunlardan ilki o kişinin Hanover'in kralı sıfatıyla yaptığı ve bağışıklık kapsamındaki eylemler, diğeri ise İngiliz vatandaşı sıfatıyla yaptığı kabul edilen özel eylemler ki bu sonucunda devlet başkanına uygulanan bağışıklık, o kişinin İngiliz vatandaşı sıfatıyla hareket ettiği göz önüne alınarak sıradan bir kişi olarak değerlendirildiğinden uygulanamamaktadır. Bkz. *Duke of Brunswick v King of Hanover*, s. 738

⁶⁸⁵ *Leutwyler v. Office of Her Majesty Queen Rania Al-Abdullah*, 184 F.Supp.2d 277 (2001), s.281

başkanının görevi sırasında yaptığı eylemler ile görevi sona erdikten sonra gerçekleştirdiği eylemlere değineceğiz.

Bir kimsenin devlet başkanlığına yetkili olarak sayılması öncelikle o devletin kendi hukukunun konusudur.⁶⁸⁶ Bununla birlikte UAD devletin kendi ulusal hukukundaki düzenlemeyi bir yana bırakarak tanınma meselesinde Birleşmiş Milletler'i kıstas olarak kabul etmiştir.⁶⁸⁷ Bir devletin etkin lideri olmakla birlikte devlet başkanı olmayan veya öyle tanınmayan bir kişinin devlet başkanı olarak sayılıp sayılmadığı konusu tartışmalıdır. Zira bazı mahkeme kararları, kişinin statüsünden çok devlette sahip olduğu işleve bakarak onun devlet başkanı statüsünden ve dolayısıyla kişisel bağışıklıktan yararlanıp yararlanamayacağına karar verirken, örneğin *United States v. Noriega* davasında olduğu gibi bir devletin etkin lideri olunmasının devlet başkanı olarak değerlendirilmekte yeterli olmadığı ifade edilmektedir.

United States v. Noriega ⁶⁸⁸ davasında eski Panama Lideri General Noriega hakkında, uyuşturucu bağlantılı suçlara karıştığı gerekçesiyle ABD'de açılan davada Noriega'nın, Panama Devleti'nin etkili lideri⁶⁸⁹ olmasından dolayı devlet başkanlarının yargı bağışıklığından yararlanması gerektiği yönündeki savı, Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, General Noriega'nın, Panama'nın askeri lideri olduğu ve devlet başkanının bağışıklığından yararlanamayacağını belirtmiştir.⁶⁹⁰ Zira

⁶⁸⁶ WATTS, MPEPIL, para. 3

⁶⁸⁷ Mahkeme, başvurunun yapıldığı sırada Aliye İzzetbegoviç'in Bosna ve Hersek Devleti'nin, özellikle de Birleşmiş Milletler tarafından, tanınmış Devlet Başkanı olduğunu ve bu sıfatla kendi devleti adına işlemler yürütebileceğini söylemiştir. *Genocide [1996]*, para. 44

⁶⁸⁸ *United States v. Noriega*, s. 1511. Florida Güney Bölgesi Bölge Mahkemesi egemen bir milletin liderinin yada de facto liderinin zorla Amerika'ya getirilerek ceza kovuşturmasıyla karşı karşıya kalmasının ilk kez gerçekleştiğini ifade etmiştir. Dava ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Belatchew ASRAT**, *Jurisdiction in USA v. Noriega*, Iustus Förlag 2000, s. 173 dp.1; **HICKEY**, *The Dictator, Drugs and Diplomacy*, s729. Noriega'ya düzenlenen bu operasyonlar esasen Başkan Bush'un Latin Amerika'da, ABD'nin çıkarlarını etkileyecek bir durum yaratılmasının önüne geçilmesi için yaptığı hesapların bir sonucudur. Noriega'nın ABD'de yargı önüne gelmesine ilişkin sürecin analizi için bkz. **Adam Isaac HASSON**, *Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet, and Milosevic – Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law*, 25 *Boston Colloge ICLR* 125 (2002), s. 127 vd.; **Susan B. V. ELLINGTON**, *United States v. Noriega as a Reason for an International Criminal Court*, 11 *Dickinson JIL* 451(1992-1993), s. 462-463

⁶⁸⁹ Bazı durumlarda devletin etkin lideri ile devlet veya hükümet başkanını birbirinden ayırmanın gerekli olduğu ve devletin etkili liderinin devlet veya hükümet başkanıyla mutlaka aynı statüde olmadığı konusunda bkz. **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s1033 dp.3

⁶⁹⁰ Mahkeme, devlet başkanının yargı bağışıklığından yararlanabilmek için devlet başkanı olarak tanınmış olmak gerektiğinden bahsetmektedir. Ayrıca kendisinin diplomatik pasaport sahibi olmasının

Mahkeme, Noriega'nın Panama'nın Devlet Başkanı olarak ne Panama Anayasası'na göre ne de Amerika tarafından tanındığını vurgulamıştır.⁶⁹¹

*Re Honecker*⁶⁹² davasında, o zamanki Almanya Federal Cumhuriyeti Mahkemeleri Alman Demokratik Cumhuriyeti Devlet Konseyi Başkanı'nın bağımsızlığa sahip olup olmadığını tartışmıştır. 1945 ve 1990 yılları arasında Almanya'da bölünmüştü ve iki egemen Devletleri, Alman Demokratik Cumhuriyeti (Doğu Almanya) ve Federal Almanya Cumhuriyeti (Batı Almanya) oluşmaktaydı. Çok farklı ideolojilere sahip olan bu iki ülke, birbirine düşmandı. Bu nedenle Doğu Almanya uyruklarının Batı Almanya'ya seyahat etmeleri yasaklandı. 1976 yılında Alman Demokratik Cumhuriyeti Devlet Konseyi Başkanı olan Erich Honecker Doğu Almanya'da mahkum olarak tutulmuş bir kişi, özgürlükten yoksun bırakılma gerekçesiyle Honecker aleyhine Batı Almanya'da dava açmıştır.⁶⁹³ Federal Cumhuriyet Savcısı yetkili mahkemenin belirlenmesi için Yüksek Mahkeme'ye başvurmuştur. Yüksek Mahkeme kararında, Alman Demokratik başvurunun Cumhuriyeti Devlet Konseyi Başkanı'nın geleneksel uluslararası hukuk kuralları uyarınca bağımsızlığa sahip olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğunu bildirmiştir. Yüksek Mahkeme Honecker'in tüm diğer devlet başkanları gibi dokunulmazlık ve bağımsızlıklardan yararlanacağına işaret ederek reddettiği davada Honecker'in devlet başkanlığı statüsünü tespit ederken hem Doğu Almanya'nın iç hukukuna hem de Batı Almanya'nın yaklaşımına bakmıştır. Doğu Almanya'nın Anayasası'na göre bir bütün olarak Devlet Konseyi en üstün otoriteyi teşkil etmektedir. Bu Konsey'in Başkanı'nın Doğu Almanya adına başka devletlere yetkili temsilciler atama, diğer devletlerin temsilcilerini kabul etme ve temsilcilerini Doğu Almanya'ya geri çağırma gibi görevleri bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme bunlardan yola çıkarak Konsey Başkanı'nın açıkça Doğu Almanya'nın devlet başkanı sıfatını haiz olduğunu kanaat etmiştir. Batı Almanya'nın yaklaşımı açısından iki ülke arasındaki ilişkiler

diplomatik bağımsızlıklardan yararlanması gerektiğinin göstergesi sayılmayacağı da belirtilmiştir *United States v. Noriega*, s.1507-1508. Ayrıca bkz. **ELLINGTON**, *United States v. Noriega*, s. 457

⁶⁹¹ Panama Anayasası'nın 170. Maddesi, yürütme erkinin Başkan ve Devletin Bakanlarından oluştuğunu bildirmektedir. Mahkeme'ye göre General Noriega'nın konumu bunlardan hiçbirine uymamaktadır. *United States v. Noriega*, s. 1519. Ayrıca bkz. **ASRAT**, *Jurisdiction in USA v. Noriega*, s.184; **ELLINGTON**, *United States v. Noriega*, s. 457

⁶⁹² *Re Honecker*, Case No 2 ARs 252/84, 33 BGHSt 97; 80 ILR 365(1984)

⁶⁹³ *Re Honecker*, s.366

hakkındaki 21 Aralık 1972 tarihli Antlaşma'ya bakarak Batı Almanya'nın Doğu Almanya Devlet Konseyi Başkanı'nı devletin başkanı olarak kabul etmiş olduğunu öngörmüştür. Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, Honecker'in devlet başkanı sıfatıyla dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanacağı konusunda tatmin olmuştur.⁶⁹⁴ Böylece de Honecker aleyhinde açılan ceza davası, bağışıklık gerekçesiyle reddedilmiştir.

Libya Devlet Başkanı Muammer Kaddafi hakkında Fransa'da açılan davada da Fransa Yüksek Mahkemesi Kaddafi'nin devlet başkanı olup olmadığını belirlerken yerine getirdiği görevlerin içeriğine bakmıştır.⁶⁹⁵ Mahkeme, Kaddafi'nin resmi görevinin Libya Devleti'nin en yüksek otoritesi olan Devrim Komuta Konseyi'nin başkanı statüsüne bakarak ve anayasal olarak Büyük 1 Eylül Devrimi'nin Önderi ilan edilmesi nedeniyle Libya'nın etkin devlet başkanı olduğuna kanaat etmiştir. Mahkeme ayrıca Kaddafi'nin neler yaptığına da bakarak devlet başkanları için öngörülen işlevleri etkin ve devamlı biçimde yerine getirdiğine karar vermiştir. Kendisi ulusal bağlamda ordunun Başkomutanı, ülkenin genel politikasına şekil verme gücüne sahip kişisi ve büyük milli gösterilere başkanlık eden kişidir. Uluslararası olarak ise Arap veya Afrikalı devlet başkanlarının katıldığı olağan toplantılarda yer almış ve Sahel ve Sahra Devletler Topluluğu Konseyi'nin başkanlığını yürütmüştür. Mahkeme Libya'nın uluslararası ilişkilerinden sorumlu en üst düzey devlet görevlisi olan Kaddafi'nin sayılan konumları nedeniyle sıfatından çok yaptıklarına bakarak onun devlet başkanı olduğuna hükmetmiş ve uluslararası hukukta devlet başkanlarının sahip olduğu kişisel bağışıklığın Kaddafi'ye de tanınması gerektiği yönünde karar vermiştir.⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ İbid.

⁶⁹⁵ *Gaddafi case*, France, Court of Cassation 125 ILR 509 (13 Mart 2001). **FRANEY**, Immunity, Individuals, s.100; **ZAPPALA**, The Ghaddafi Case, s. 596-597

⁶⁹⁶ **ZAPPALA**, Mahkeme'nin Kaddafi'nin hangi gerekçelerle devlet başkanı olarak kabul edileceğini kararında belirtmediğini öne sürmektedir. Zira Kaddafi'nin Libya Anayasası'na göre devlet başkanlığı statüsü kuşkuludur. Yazara göre Kaddafi'nin, 1 Eylül Devrimi'nin lideri olarak anıldığı doğru olmakla birlikte, savaş ilan etme, antlaşma akdetme ve onaylama görevleri kolektif devlet başkanı sıfatındaki Devrim Komuta Konseyi'ne verilmişken yabancı diplomatların ülkeye akreditasyonu Genel Halk Meclisi Başkanı'na devredilmiştir. Yazar "*Kaddafi resmi devlet başkanı olarak addedilmese dahi Libya'nın de facto devlet başkanı olarak kabul edilmebilir. Bu sonuca yalnızca onun Libya'nın devlet politikası üzerindeki fiili etkisine dayanarak değil aynı zamanda esasen Libya'nın "canlı" anayasasının yansıması olarak genellikle devlet başkanlarına atfedilen daha özel yetkilerin yerine getirilmesinden dolayı varılabilir.*" diyerek Kaddafi'nin resmi anlamda devlet başkanı olarak kabul edilmese dahi de facto lider olarak addedilerek kişisel bağışıklığa sahip olması gerektiğini

Devlet başkanlarının sahip olduğu *ratione personae* bağışıklık, davanın görüleceği mahkeme devletinde bulunmalarından bağımsız olarak sağlanmaktadır. Başka bir deyişle, görevi başındaki bir devlet başkanı, yargılama yetkisini kullanan yabancı bir devletin ülkesinde bulunmasa da o devletin yargılama yetkisinden bağımsızdır. Görevi başındaki devlet başkanının, mahkeme devletinin ülkesinde resmi ziyaretle, özel amaçlarla veya kimliğini gizleyerek bulunması da bu durumu değiştirmez. WATTS, devlet başkanına yargı bağışıklığının tanınması konusunda mahkeme devletinde bulunma veya bulunmama durumlarının amaç yönünden bir fark yaratmayacağı ve her iki durumun da aynı şekilde ele alınması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁹⁷ Yine hem İtalya Yüksek Mahkemesi'nin Kaddafi ile ilgili kararında⁶⁹⁸ hem de Federal Alman Mahkemesi'nin Honecker kararında⁶⁹⁹ yargılamanın gerçekleştiği ülkede bulunma durumu hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın bağışıklık lehine karar verilmiştir.⁷⁰⁰

Yargı bağışıklığının yokluğu faraziyesinde devlet başkanının mahkeme devletinde bulunması ile bulunmaması arasında işlevsel bakımdan farklılık olduğu söylenebilir.

vurgulamaktadır. Bkz. **ZAPPALA**, The Ghaddafi Case, s.597-597. Ayrıca bkz. *United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506 (S.D. Fla. 1990). Kaddafi'nin Fransa'da yargı bağışıklığından yararlanması neticesinde davaları reddedilen davacılar Fransa aleyhine AIHM'e başvurmuşlardır. Başvurunun ardından Kaddafi Dünya Yardımlaşma Derneği ile başvuranlar arasından bir anlaşma yapılmıştır. Buna göre Dernek mağdurların ailelerine 1 milyon dolar tazminat ödeyecek ancak bunun karşılığında da karşı taraf her türlü ulusal veya uluslararası organlara başvurma hakkında feragat edecektir. Bu sıra AIHS m.30 uyarınca AIHM Büyük Daire'ye sevk edilen dava, başvuru sonrasında ortaya çıkan böyle bir anlaşma nedeniyle Büyük Daire 39. Maddede öngörülen dostane çözümün gerçekleştiğine karar vererek başvurunun listeden çıkarılmasına hükmetmiştir. Bkz. *Association SOS Attentats and de Boëry v. France* (application no. 76642/01), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1829241-1919230>

⁶⁹⁷ **WATTS**, RdC, s. 52. Başka bir açıdan değerlendirildiğinde, bir devlet başkanının ilgili devletin onun saygınlığına ve onuruna karşı yapılacak her türlü hakreketi önleme ve gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunduğu bilinmektedir. Burada da mahkeme devletinde bulunmanın bir önemi yoktur. Bkz. *ibid*, s.41-42.

⁶⁹⁸ *SOS Attentat ans Castenau d'Esnaul v. Qaddafi, Head of State Libya*, France Court of Cassation Criminal Chamber, 13 Mart 2001, No. 1414, 120 ILR 490 (2001).

⁶⁹⁹ 80 ILR 365(1984). Ancak hemen belirtmek gerekir ki devlet başkanının görevi sona erdiğinde, devlet başkanlığı sıfatına dayalı olarak ileri süreceği bağışıklık iddiası, yalnızca görevi sırasında gerçekleştirmiş olduğu egemenlik tasarrufu niteliğindeki eylemleri açısından geçerli olacaktır. Zira Almaya Federal Anayasa Mahkemesi 21 Şubat 1992 yılındaki bir kararında Demokratik Almanya Cumhuriyeti Eski Devlet Başkanı Honecker'in bağışıklık talebini bu gerekçeyle reddetmiştir. Bkz. *Deutsche Rechtsprechung zum Völkerrecht und Europarecht*, 1986-1993, Berlin, Springer Verlag, 1997, s. 129-130. Ayrıca Bkz. **Christoph TANGERMANN**, *Die Völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern – Grundlagen und Grenzen*, Dunker&Humblot Verlag, Berlin, 2002, s.54-55

⁷⁰⁰ *Re Honecker*, Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court (Second Criminal Chamber), 14 December 1984, 80 ILR 365.

Özellikle devlet başkanı resmi ziyaretle yabancı bir devletin ülkesinde bulunduğu sırada o devletin yargılama yetkisini uygulaması, devlet başkanının görevini gereği gibi ve etkin bir şekilde ifa etmesine engel olacağı açıktır. Somut bir örnekle bir devlet başkanının devleti adına temaslarda bulunmak üzere başka bir devlete gittiğinde hakkında açılan bir ceza soruşturmasında ifade vermeye davet edilmesi, hem bir devletin başkanı sıfatıyla saygınlığına uygun düşmeyecek, hem de ziyaret programının aksamasına neden olarak görevini yerine getirmesini etkileyecektir.⁷⁰¹ Bununla birlikte devlet başkanının ziyareti sırasında tutuklanma ve mahkemeye çıkarılma olasılığı da başlı başına temsilcilik sıfatına aykırı düşeceği gibi devletlerarası ilişkilerin de zedelenebilmesine neden olabilecektir. Böylece görevi başındaki devlet başkanının rahatça seyahat etmesi kısıtlanmış olacaktır.

Son olarak, devlet başkanlarının resmi ziyaretleri sırasında özel ziyaretlerine nazaran bazı farklı muamelelere⁷⁰² tabi tutuldukları bilinmekle birlikte yabancı devletin cezai yargı yetkisinden *ratione personae* bağışıklıkları her iki durumda da geçerliliğini korumaktadır. Başka bir deyişle, bir devlet başkanının yabancı bir devlette resmi veya özel amaçlarla bulunması durumunun sahip olduğu cezai yargı yetkisinden bağışıklığı açısından bir farklılığı bulunmamaktadır.

⁷⁰¹ Uluslararası Adalet Divanı'nda görülen Cibuti ve Fransa arasındaki Cezai Konularda Karşılıklı Yardımlaşmada Belli Sorunlar davasında (Certain Questions Of Mutual Assistance In Criminal Matters) Cibuti Devlet Başkanı'nın Paris'e Fransa Devlet Başkanı'yla görüşmek üzere yaptığı bir resmi ziyaret sırasında Borrel davası ile ilgili olarak soruşturma yargıcı tarafından kendisine tanık olarak dinlenmek üzere 17 Mayıs 2005'te Cibuti'nin Fransa Büyükelçiliği'ne faks yoluyla celp gönderilmiş ve 18 Mayıs 2005 tarihinde saat 9'da hakim odasında bizzat hazır bulunması istenmişti. Cibuti'ye göre bu celp şekli açıdan uygunsuz olmakla birlikte Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101. Maddesi'ndeki tanıklık celbi gönderilen kişi davete icazet etmez veya etmeyi reddederse 109. Madde uyarınca savcının talebiyle zorla getirilmesine ilişkin hüküm düşünüldüğünde aynı zamanda zorlama da içermektedir. Fransa bu iddiayı reddederek DİHVS m31/2'deki "*bir diplomatik ajanın tanıklık yapma zorunluluğu yoktur*" hükmüne atıf yapmış ve devlet başkanının gönderilen tanıklık davetine icazet etme zorunluluğu olmadığını bildirmiştir. *Mutual Assistance in Criminal Matters* [2008], para. 164-165. Mahkeme de bir devlet başkanını diğer bir devlette, görevini yerine getirmesinden alıkoyacak her türlü işleme karşı koruyan, cezai yargı yetkisinden tam bağışıklığı ve dokunulmazlığı bulunduğunu bildirmiştir. İbid para.170

⁷⁰² Bir devlet başkanının yabancı bir devlete resmi ziyaret amacıyla gittiğinde özel karşılama töreni düzenlenmesi, onuruna yemek verilmesi, güvenliğini sağlamak amacıyla koruma tahsis edilmesi gibi bazı uygulamalar gerçekleştirilmektedir. Bunlar hukuki yükümlülükten çok uluslararası nezaket çerçevesinde yapılmaktadır. Diğer taraftan bir devlet başkanının yabancı bir devlete özel amaçlarla gittiğinde de ziyaret edilen devletin özel önlemler ve nezaket merasimi yapması mümkün olabilmektedir. Bkz. WATTS, RdC, s. 73

Bir devlet işgale uğradığında, devlet başkanı işgal sona erene kadar başka bir devlete sürgüne gidebilmektedir. Böyle bir durumda o devlet başkanı hem sürgünde olduğu devlette hem de ziyaret amaçlı gittiği başka bir devlette, hukuken halen sahip olduğu devlet başkanı sıfatına uygun olarak muamele görmelidir. Devlet başkanlarının işgal dışında başka durumlarda da sürgüne gitmeleri mümkündür. Örneğin ülkede yaşanan kargaşa, ayaklanma, devrim gibi durumlarda da devlet başkanları, devletlerindeki durum dönmelerine müsait oluncaya kadar başka devletlerde sürgüne kaçabilir.⁷⁰³ Prensip olarak bu geçici durum devlet başkanı olarak sahip olduğu dokunulmazlık, bağışıklık ve ayrıcalıklara etki etmeden devam eder. Devlet başkanının sürgünde bulunması durumunu iki yönlü olarak düşünmek gerekir. Söz konusu sürgün geçici nitelikteyse, o zaman devlet başkanının devleti adına hareket etme, onu temsil etme ve onun adına işlemler yapma yetkisi halen devam ediyor olduğundan, b8u geçici sürede normal zamandaki gibi muamele etmek gerekecektir.⁷⁰⁴ Ancak sürgün kesin nitelikteyse, o zaman devlet başkanına eski devlet başkanı sıfatına bağlı uygulamalar gerçekleştirilecektir.⁷⁰⁵

Bu konudaki sorun elbette sürgünde olan devlet başkanının görevinden azledilerek yeni birinin devlet başkanlığına getirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda sürgündeki kişinin devlet başkanı sıfatının devam edip etmeyeceği ve bu sifata bağlı olarak kabul edilen kuralların uygulanabilirliği soruları belirlemektedir. Bu soruların cevabı kendisini kabul eden devletin onu devlet başkanı olarak tanımaya devam edip etmeyeceğine göre değişir.⁷⁰⁶ Kabul eden devlet kendisini devlet başkanı olarak görmeye devam ettiği müddetçe o kişi misafir devlet başkanı sıfatıyla ülkede bulunacaktır.⁷⁰⁷

Devlet uygulamaları, sürgünde devlet başkanlarının sığındıkları devlette kişisel bağışıklıktan yararlandıklarını göstermektedir. Örneğin İngiliz Mahkemeleri yapılageliş hukukuna dayanarak İkinci Dünya Savaşı sırasında ülkesi işgal edilen

⁷⁰³ WATTS, RdC, s.85 ; **Memorandum by the Secretariat**, Immunity of State Officials (2008), s.73

⁷⁰⁴ WATTS, RdC, s.86

⁷⁰⁵ İbid., s.87

⁷⁰⁶ İbid., s.85

⁷⁰⁷ Örneğin *Lafontant v. Aristide* davasında mahkeme, Amerika tarafından tanınan bir devletin tanınmış devlet başkanının bağışıklıktan yararlanmaya devam edeceğini vurgulamaktadır. *Lafontant v. Aristide*, s. 131

Londra'daki yabancı devlet başkanlarına tam bağışıklık tanımıştır.⁷⁰⁸ Haiti'nin seçimle başa gelmiş ilk devlet başkanı olan Jean Bertrand Aristide'in durumu da örnek gösterilebilir. Aristide, ülkesinde gerçekleşen bir darbeyle iktidardan düşürülmesinin ardından Amerika'ya sürgüne gider. Burada yaşamaya başladıktan bir süre sonra aleyhinde bir tazminat davası açılır. Davayla ilgili olarak Dışişleri Bakanlığı'nın bağışıklık önerisi ve ABD'nin de Aristide'i darbeden sonra bile Haiti'nin yasal devlet başkanı olarak tanınmasını da dikkate alan mahkeme, kişisel bağışıklık kuralı gereğince davayı reddetmiştir.⁷⁰⁹

Diğer yandan sürgün sırasında kişinin ilgili devletin başkanı sıfatının tanınmasının geri çekilmesi halinde devlet başkanı sıfatına bağlı uygulamalar da ortadan kalkacaktır.⁷¹⁰ Kabul eden devlet tarafından tanınmanın geri alınması veya devlet başkanının görevinden ayrılması durumlarında devlet başkanı artık “eski” devlet başkanı olarak kabul edilerek görevi sona ermiş devlet başkanlarına uygulanan rejime tabi tutulacaktır. Bu da, o kişinin yalnızca devleti adına hareket ederken yaptığı işlemler açısından bir koruma sağlar.

Son olarak, sürgünde bir devlet başkanının görevde devlet başkanı olarak kabul edilmesi üçüncü devletleri bağlayan bir durum arz etmez. Nitekim bir devletin başkanının, yukarı saydığımız nedenlerle başka bir devlete sürgün olarak gitmesi durumunda kabul eden devletin o kişiye görevde devlet başkanı veya eski devlet başkanı olarak tanıyacağı statü üçüncü devletlere etki etmeyecek ikili nitelikli bir durumdur.⁷¹¹

Devlet başkanları görevi sırasında devletleri adına gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı tam bağışıklığa sahiptirler. Görevleri sırasında devletleri adına hareket ederken devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal etmeleri durumunda da devletin sorumluluğu doğmaktadır. Görev süreleri boyunca gerçekleştirdikleri özel eylemler açısından da herahngi bir ayırım gözetilmeden bağışıklığa sahip olacakları çeşitli mahkeme kararlarında da vurgulanmıştır. Örneğin

⁷⁰⁸ **Memorandum by the Secretariat**, Immunity of State Officials (2008), s.73

⁷⁰⁹ Lafontant v Aristide, 844 F. Supp. 128 (E.D.N.Y. 1994), s.140

⁷¹⁰ **WATTS**, RdC, s.86

⁷¹¹ **Memorandum by the Secretariat**, Immunity of State Officials (2008), s.74

Aziz v. Aziz davasında⁷¹² hem İngiliz Hukuku'nda hem uluslararası yapılageliş hukukunda hem de DİHVS m.29'da diplomatik temsilcilerin dokunulmazlığından yola çıkılarak devlet başkanlarının hem özel hem de resmi eylemleri açısından bağışıklığa sahip oldukları vurgulanmıştır.

Bir devlet başkanının gerçekleştirdiği resmi eylemler iki şekilde değerlendirilmektedir. Bunlardan ilki resmi olan ve aynı zamanda egemenlik tasarrufu niteliğindeki eylemler, ikincisi ise resmi sıfatla hareket ederken gerçekleştirilen ancak egemenlik tasarrufu olmayan eylemlerdir.⁷¹³ Devlet başkanlarının resmi olan ve aynı zamanda egemenlik tasarrufu niteliğindeki işlemleri yalnızca bağışıklık sağlamakla kalmayabilir, aynı zamanda yabancı devletin yargı yetkisinin yokluğunu da gerektirebildiği durumlar sözkonusu olabilir. ABD'de "Act of State", İngiltere'de "Yargılanamazlık" prensipleri olarak uygulanan bu durum, mahkemelerin yargı yetkisi dışında kalan egemenlik işlemlerini kapsamaktadır.⁷¹⁴ Yargının yabancı devletin iç işlemleri olarak kabul edilebilecek tasarruflarının hukuka uygunluğunu denetleyememesine dayalı olarak gelen bu kısıtlamanın temelinde, yukarıda ifade ettiğimiz gibi içişlerine karışmama ilkesi yatmaktadır.⁷¹⁵

Devlet başkanlarının resmi eylemleri açısından ikinci kategorideki resmi olan fakat egemenlik işlemi olmayan eylemler, resmi yetkiyle gerçekleştirilen ticari eylemler ile

⁷¹² *Aziz v. Aziz* [2007] WL 1942840 Court of Appeal (Civil Division) para.57. Esasen dava doğrudan Brunei devlet başkanı Sultan Aziz ilgili değildir. Dava esasen Sultan'ın boşandığı eşi Bayan Aziz tarafından açılmıştır. Dava, Bayan Aziz'in bir kumarhanede tanışıp güvendiği Bayan Amir'in sesini değiştirerek Aziz isimli bir erkekmiş gibi Bayan Aziz ile aylar süren telefon görüşmesi ve mesajlaşmalarla yakın bir ilişki kurması ve bu ilişki sayesinde de 2 milyon sterline yakın hediye ve nakit para almak suretiyle menfaat elde etmesi nedeniyle Bayan Aziz tarafından açılmıştır. Bayan Amir, yapılan görüşmeleri ve mesajlaşmaları kayda almış ve Bayan Aziz'in açtığı davayla ilgili olarak Sultan Aziz'in temsilcisini, davanın geri alınmaması durumunda kasetteki özel görüşmeleri ifşa etmekle tehdit etmiştir. Sultan Aziz bu davada adının geçmemesi talebinde bulunarak bu davada anılmanın bir devlet başkanı olarak haysiyetine leke düşüreceğini öne sürmüştür. Mahkeme bu vesile ile devlet başkanının kişisel bağışıklığı ve onuru konusunda bazı tespitlerde bulunmuştur. Detaylı bilgi için bkz. ibid, para. 55-98

⁷¹³ WATTS, RdC, s. 59

⁷¹⁴ Burada yine de şunu ifade etmekte yarar vardır: yargı bağışıklığı, yetkiye ilişkin bir mesele olup, yabancı devletin mahkemelerinin konunun özüne girmesini önleyen bir dava engelidir. Yargılanamazlık ise, davanın esasına girilerek yapılan bir savunmadır. Yani buarada mahkeme, yargılanamazlık konusunu yargı yetkisinin varlığı aşamasından sonra değerlendirir. Diğer yandan, bağışıklıktan sanık veya yetkili makam tarafından feragat edilebilecekken, yargılanamazlık kapsamındaki konularda mahkeme karar veremeyeceğine hükmettiğinde sanığın bağışıklıktan feragat ettiği gibi bunu da geri döndürerek yargılamanın gerçekleşmesini sağlayamayabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bkz. WATTS, RdC, s.60

⁷¹⁵ Bkz. yukarıda Yargılanamazlık Doktrini ve Act of State doktrini başlıkları (1.6.2 ve 1.6.3)

özel hukuk kaynaklı diğer bazı eylemleri olarak anılmaktadır.⁷¹⁶ Devletin *jure gestionis* eylemlerinde bağışıklığın olmayacağından hareketle, aynı şekilde devlet başkanının resmi yetkiyle gerçekleştirdiği *jure gestionis* eylemlerinin de bağışıklık dışı kalması gerektiği öne sürülmüştür.⁷¹⁷ Ancak böyle bir uygulama günümüzde, devlet adına hareket eden ve devletin ticari işlemleri için de karar vermek durumunda olan devlet başkanı açısından geçerli sayılmamaktadır. Aksi düşünüldüğünde devlet başkanı, devlet için zaruri adımların atılmasından imtina edebilecektir. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin *Prince of X Road Accident* davasında verdiği kararda devlet başkanlarının devletin tabi olduğu *jure imperii* ve *jure gestionis* ayrımına tabi olmadığı dile getirilmiştir.⁷¹⁸

Devlet başkanlarının yargılanması meselesi özellikle kendi adlarına giriştikleri ticari veya başka özel hukuk işlemleri açısından gündeme gelmektedir. Devletin yargı bağışıklığında yaşanan gelişmelere bakıldığında, bunların devlet başkanının bağışıklığı açısından da geçerli olması ve devlet başkanlarının tamamıyla özel nitelikteki eylemleri açısından yargılanmaları gerektiği düşünülebilir. Ancak devlet başkanlarının bağışıklığının, diplomatlara tanınan özel hukuk davalarından bağışıklığa (ayni hak davaları, miras davaları ve görevi dışında ve göreviyle bağdaşmayacak biçimde gerçekleştirdiği ticari ve mesleki faaliyetlere hakkındaki davalara) ilişkin istisna da dahil olmak üzere her türlü faaliyet için geçerli olduğu söylenebilir. Devlet başkanlarının özel eylemlere girişmesi, onların devletin temsilcileri olmalarının yanında bir özel kişi oldukları da göz önünde tutulduğunda olağan bir durumdur. Ancak diğer özel kişilerden farklı olarak sahip oldukları statü, devlet başkanlarının yabancı bir devletin mahkemelerinde yargılanmasının önüne geçmektedir.

⁷¹⁶ WATTS, RdC, s.60

⁷¹⁷ Örneğin bkz. Harvard Research Draft on the Competence of Courts in Regard to Foreign States, 26 AJIL Supp. 451 (1932),m.1/a. "Uygulamada devlet ile devlet başkanı olan kişi arasında, en azından kişi o görevi üstlendiği sürece, maddi bir ayırım yok görünmektedir. Dolayısıyla bu antlaşmada devlet ve devlet başkanı arasında herhangi bir ayırım yapmamak uygun gözükmektedir." Bkz. ibid. s.476

⁷¹⁸ *Prince of X Road Accident Case* (1964), 65 ILR 13. WATTS'a göre davaya konu olan olayın gerçekleştiği sırada her ne kadar devlet başkanı olan kişi resmi ziyaret yapıyor olmasa da mahkeme, resmi ziyarette uygulanan kuralların özel ziyaretler için de geçerli olduğunu düşünür gözükmektedir. WATTS, RdC, s. 55

Özetle, *ratione personae* bağışıklığın devlet başkanlarını hem özel eylemleri hem de resmi eylemleri açısından tam olarak hem ceza hem de hukuk ve idari davalardan koruduğunu söylemek mümkündür. Devlet başkanı statüsündeki kişinin yabancı devletin kendi yasaları açısından suç teşkil eden bir eylem gerçekleştirip gerçekleştirmediği ve bu eylemin egemenlik tasarrufu olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin de bir önemi yoktur.⁷¹⁹ Ağır insan hakları ihlali niteliğindeki suçlar konusunda da görevi başındaki bir devlet başkanının yabancı bir devlette yargılanması yine mümkün gözükmemektedir. En azından uygulamada bu yönde bir örneğe henüz rastlanmamış olmakla birlikte, görevi başındaki bir devlet başkanının uluslararası bir ceza mahkemesinde yargılanması ve görevi sona erdikten sonra ağır insan hakları ihllalleri nedeniyle yabancı bir devletin yerel mahkemesinde yargılanabilme olasılıkları olmaktadır. Bu konuyu çalışmamızın üçüncü bölümünde daha ayrıntılı olarak ele alacağız.

Devlet başkanının yabancı devletin cezai yetkilerinden dokunulmazlığı ve bağışıklığı kuralı, gerçekleştirilen ziyaretin resmi veya özel nitelikli olmasına bağlı olarak değişkenlik göstermez.⁷²⁰ Devlet başkanının yabancı devlete gidiş amacının, sağlanan bağışıklığa etkisi yoktur. Devlet başkanının yabancı devlete özel amaçlarla gidişinin, sahip olduğu sıfatın bir gereği olarak gerçekleştirmesi gereken işlevinin bir parçası olarak görülemeyeceği açık olsa da, bunun neden böyle olması gerektiği sorusu cevaplanmalıdır. Zira bir diplomatın kabul eden devletteki görevi sırasında tatil amacıyla gittiği üçüncü bir devlette bir suça karışması durumunda bağışıklığının orada geçerli sayılmayarak yargılanabilmesine imkan tanıyan durum, devlet başkanları için neden geçerli olmamaktadır?

UAD *Arrest Warrant* kararında konuyla ilgili şöyle bir açıklamada bulunmaktadır:

“Eğer bir Dışişleri Bakanı başka bir devlette bir suç isnadıyla yakalanırsa, bu şekilde açıkça görevini yerine getirmesi engellenecektir. Böyle bir engelin resmi işlevleri yerine getirmek açısından sonuçları, Dışişleri Bakanı'nın yakalandığı sırada

⁷¹⁹ **KREIKER**, *Völkerrechtliche Immunitäten*, s.715-716.

⁷²⁰ **Van ALEBEEK**, *Immunity of States*, s.179. **WATTS**, resmi ve özel ziyaretler arasında çok küçük farklar olduğunu belirtirken sonuç olarak her iki durumda da devlet başkanına aynı şekilde bağışıklık tanınması gerektiğini vurgulamaktadır. **WATTS**, *RdC*, s.72-73

yakalayan devletin ülkesinde “resmi” veya “özel” ziyarette olmasına bakılmaksızın, aynı derecede ağırdır.”⁷²¹

Mahkeme'nin bu yaklaşımından bakıldığında diplomatın üçüncü bir ülkede tutuklanması kabul edilemez görünmektedir.

Devlet başkanının yabancı bir devlete gidiş amacına bakılmaksızın kişisel bağışıklık kuralının uygulanmasının temellerini arayan VAN ALEBEEK, bunun hükümdara bağlanan yüce haysiyet ve devletin yöneticisinde vücut bulması düşüncesinin kalıntısından yansıyan bir kuraldan başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir.⁷²² Devlet başkanına öngörülen bağışıklığın temeli *par in parem non habet imperium* düsturuna dayanır. İsviçre Mahkemesi'nin *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police* davasında bu görüşü doğrular nitelikteki tespitine göre uluslararası yapılageliş hukukunda devlet başkanının kişisel bağışıklığı, yerine getirdiği işlev ve egemenliğin sembolik tecessümü olduğu kadar devletlerarası ilişkilerdeki temsilci sıfatlarından dolayı da sağlanmaktadır.⁷²³ Oppenheim's International Law adlı eserde Jennings ve Watts devlet başkanının bağışıklığı ile diplomatik bağışıklığın arasında birbirine çok benzemediğini ifade etmektedirler. Yazarlara göre devlet başkanının yargı bağışıklığı işlevsel nitelikte değildir; devlet başkanının bağışıklığının temeli *par in parem non habet imperium* ilkesinde yatmaktadır.⁷²⁴ Her ne kadar konuyla ilgili detaylı açıklamaya girmeseler de yazarların devlet başkanının, devletin tezahürü olduğu fikrinden yola çıktıkları anlaşılmaktadır. Gerçekten de bizce de devlet başkanının konumu diğer bağışıklık sahiplerinden ayrı tutulmalıdır. Devletin en üst düzey görevlisi sıfatıyla devlet başkanları, geleneksel olarak da, devletin benliğini temsil etmektedirler. Bu nedenle görev süresi boyunca yabancı devletin yargı yetksinden tam olarak bağışıktır.⁷²⁵ Bu, görevlerini rahatça yerine getirebilmelerini temin etmenin yanında aynı zamanda buldukları makamın özel statüsünden de kaynaklanmaktadır.

⁷²¹ *Arrest Warrant* [2002], para. 55.

⁷²² **Van ALEBEEK**, *Immunity of States*, s. 180-181

⁷²³ Mahkemeye göre, uluslararası yapılageliş hukuku uyarınca devlet başkanlarının yabancı bir devlete özel amaçlarla yani resmi bir görevin ifası dışında gittiğinde de bağışıklığa sahiptir. *Marcos and Marcos v Federal Department of Police* 1, (1989) 102 I.L.R. 198, s.201.

⁷²⁴ **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s. 1043–1044, para 456, dp. 3.

⁷²⁵ *Marcos and Marcos v Federal Department of Police* 1, s.202: “Hukuk yargılamalarının aksine ceza yargılamalarında devlet başkanının bağışıklığı kesindir. Bu bağışıklık, hiçbir sınırlama olmaksızın, devlet başkanlarının özel faaliyetlerini de kapsar”

Bir devlet başkanının başka bir devlette bulunurken devlet başkanı sıfatını gizleyerek (*incognito olarak*) yaptığı işlemler nedeniyle hakkında açılan herhangi bir dava, kimliğini açıkladığı andan itibaren bağışıklık gerekçesiyle reddedilecektir.⁷²⁶ Incognito, devlet başkanının yabancı bir devlette kimliğini gizleyerek bulunması anlamına gelmektedir.⁷²⁷ Devlet başkanları, incognito olarak başka bir devletin ülkesinde resmi bir görev için de bulunabilir. Örneğin iki devlet arasında gizli görüşmeler yapılması durumunda devlet başkanı bu görüşmenin duyulmaması için kimliğini gizlemeyi tercih edebilir. Bu durumda ağırlayan devlet ona her türlü korumayı sağlamakla yükümlü olmakla birlikte, kimliğinin gizli kalması için de gerekli tedbirleri almalıdır.

Bir devlet başkanının *incognito* olarak bulunduğu sırada ona normal bir kişi gibi muamele etmekten başka yol yoktur ve bu şekilde yabancı bir devlete giden devlet başkanının kendisine uygulanacak tüm özel muamelelerden feragat etmiş olduğu kabul edilmelidir.⁷²⁸ Ancak kimliğini açıkladığı anda incognito durumu sona erer ve gerçek statüsüne dönerek dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanmaya başlar.⁷²⁹ Ne var ki devlet başkanının *incognito* olarak bulunduğu devlet gerçek kimliğinden habersizse ve kimliği açığa çıktıktan sonra misafir etmek istemiyorsa, saygılı biçimde ülkeyi terk etmesini isteyebilir. Bu konuya ilişkin bir örnek, 1894'te İngiliz Mahkemesi tarafından verilen *Mighell v. Sultan of Johore*⁷³⁰ kararıdır. Karara konu olan olay, Sultan'ın Albert Baker ismiyle sahte bir kimlik altında nişanlanması ve bir süre sonra nişanı bozması nedeniyle evlilik vaadi sözleşmesini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Sultan, sahte bir kimlikle bir süre İngiltere'de yaşamıştır. Nişanlandığı bayan gerçek kimliğini tesadüfen öğrenene kadar Sultan, herkes tarafından Albert Baker olarak bilinmektedir. Davada Sultan'ın bir devlet başkanı gibi değil de bir

⁷²⁶ Devlet başkanları kimliklerini gizleyerek (*incognito*) yabancı bir devlete gittiklerinde, sıradan bir birey gibi muamele görebilirler. Ancak ziyaret ettiği devlet, devlet başkanının ziyaretinden haberdar olur olmaz veya devlet başkanı kimliğini açıkladığı andan itibaren, kendisine zarar gelmemesi için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür. **Horst BLOMEYER-BARTENSTEIN**, Incognito, in Bemhardt Rudolf (ed), Encyclopedia of Public International Law 9 (1984), s. 162

⁷²⁷ **BLOMEYER-BARTENSTEIN**, Incognito, s. 162

⁷²⁸ **WATTS**, RdC, s. 75; **KREIKER**, Völkerrechtliche Immunitäten, s.717; **LÜKE**, Immunität Staatlicher Funktionsträger, s.92; **Grit HOKEMA**, Immunität von Staatsoberhäuptern, Lang Verlag 2002, s.68; **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s. 1033

⁷²⁹ **JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s.1033; **TANGERMANN**, s.45;

⁷³⁰ *Mighell v. Sultan of Johore*, [1894] 1 Q.B. 149 (Eng. C.A.)

İngiliz uyruğu gibi sıradan bir birey olarak hareket etmesi ve kimliğini gizlemek suretiyle devlet başkanlarının sahip olduğu dokunulmazlık ve bağışıklıklardan vazgeçmiş olduğu ileri sürülmüştür.⁷³¹ Ancak mahkeme, Sultan'ın bir devletin başkanı sıfatının göz ardı edilemeyeceğini ve İngiliz Mahkemeleri'nin yabancı bir devletin hükümdarını yargılamaya yetkili olmadıklarını hükme bağlamıştır.⁷³²

Görevi sona eren bir diplomatın görevi gereği yerine getirdiği eylemler açısından bağışıklığı devam etmektedir.⁷³³ 1961 DİHVS m39/2'ye göre "... böyle bir şahıs tarafından misyonun bir üyesi olarak yapılmış eylemler bakımından bağışıklıkların uygulanmasına devam olunur." Devlet başkanlarının da buldukları konum dikkate alındığında, uluslararası hukukta diplomatlara tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklardan daha azının devlet başkanlarına tanınacağını düşünmek elbette mümkün değildir. Asgari standartlar açısından düşünüldüğünde dahi, bir devlet başkanının görev süresi sona erdikten sonra görevini yerine getirdiği sırada gerçekleştirdiği resmi eylemlerle ilgili olarak bağışıklığının devam edeceği açıktır.

Devlet başkanının görevinden önce ve görevi sırasındaki eylemleri, eylemin resmi veya özel olmasına bakılmaksızın, yabancı devletin yargı yetkisi açısından kişisel bağışıklık kapsamında değerlendirilmektedir.⁷³⁴ Bunun anlamı, bir devlet başkanın görevi süresince, görevinden önce veya görevi sırasında gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylemlerinden dolayı yargılanamayacağıdır. Ancak devlet başkanı görevi sona erdikten sonra, yani eski devlet başkanı sıfatını almasından itibaren, görevinden önce ve görevi sırasında özel sıfatla gerçekleştirdiği tüm eylemleri açısından yargılanabilecektir.⁷³⁵ Kişisel bağışıklık (*ratione personae*) sona erdiği anda da devlet başkanının egemenlik tasarrufu niteliğindeki işlemleri açısından işlevsel bağışıklığı (*ratione materiae*) devreye girmektedir.⁷³⁶ Ne var ki, kişisel bağışıklıkların özel eylemler açısından ortadan kalkması ile birlikte, bunlar açısında

⁷³¹ Mighell v. Sultan of Johore, s. 150-151 ve s.153

⁷³² Mighell v. Sultan of Johore, s.163-164

⁷³³ **Virpi KOIVU**, Head-of State Immunity v. Individual Criminal Responsibility in International Law, 12 Finnish YBIL 305 (2001), s. 312

⁷³⁴ Bkz. **WATTS**, MPEPIL, para.22; **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.182.

⁷³⁵ "Eski bir görevli veya eski bir devlet başkanı uyuşturucu bulundurma veya dolandırıcılık gibi muhtemelen devlete isnat edilemeyen özel eylemler için yabancı devlet görevlisi bağışıklığını ileri süremez." Samantar v. Yousuf, [2012], s. 764.

⁷³⁶ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s. 183

işlevsel bağışıklık da bir kalkan olarak kullanılamayacaktır; zira işlevsel bağışıklıklar, devlet başkanlarını görevleri sona erdikten sonra kendi hesaplarına yaptıkları işler açısından korumaz. Görev süresinden sonra eski bir devlet başkanının kişisel bağışıklığa sahip olabilmesi ancak devleti tarafından yurt dışına bir görevle gönderilmesi durumunda mümkün olabilir; ancak bu da devlet başkanı sıfatı ile değil, o görevin getirdiği sıfatla sağlanacaktır.⁷³⁷ Başka bir deyişle, eğer eski devlet başkanına özel bir görev verilirse, bağışıklıkları devlet başkanının bağışıklıkları kapsamında değil, bu özel görevin sağladığı bağışıklık kapsamında değerlendirilecektir.⁷³⁸ Örneğin eski bir devlet başkanı bir özel heyete mensup olarak yabancı bir devlete gittiğinde, o devlette devlet başkanı sıfatıyla değil, özel heyetin bir üyesi sıfatıyla bulunacaktır. Zira kendisine başkanlık görevi sona erdikten sonra verilmiş olan bu yeni görev, elbette devlet başkanlığı sıfatına bağlı uygulamaları canlandırmaz.

Pinochet (3) davasında Lord Hope, devlet başkanlarının görevlerinin devletten devlete göre değiştiğini söyleyerek *“bir devlet başkanının işlevleri(nin, iktidarı sırasında kendi devletinin yerine getirmesine izin verdiği veya öngördüğü[...]*”⁷³⁹ işler olduğunu ifade etmektedir. Bu işler kendi ülkesinde veya yurtdışında gerçekleştirilecek yetkilendirme, talimat verme gibi durumları da içerir. Lord Hope’a göre bağışıklık eylemin özel eylem veya resmi eylem olmasına ve özellikle bunların devlet başkanının kendi yararına mı yoksa devletin çıkarlarını korumak için mi yapıldığına göre değişmektedir. Lord Hope devlet adına gerçekleştirilen eylemin cezai niteliğinin bağışıklığı ortadan kaldırmayacağını ifade ederek işlevsel bağışıklığın tüm amacının eski devlet başkanlarını görevleri sona erdikten sonra da suçlamalara karşı korumak olduğunu bildirmektedir.⁷⁴⁰

Devlet başkanlarının resmi eylemler açısından görevi sona erdikten sonra da işlevsel bağışıklık kapsamında korunması devam etmekle birlikte, *jus cogens* olarak kabul

⁷³⁷ Van Alebeek, ayrıca mahkemelerin herhangi bir kuraldan bağımsız olarak eski bir devlet başkanı ile ilgili açılan bir davaya bakmayı reddedebileceklerini söylemektedir. Yazar buna örnek olarak 1990 yılında Haiti devlet başkanı ile ilgili olarak Fransa’da verilen *Cf eg Consorts Duvalier et autres v État haïtien et autres* kararını vermektedir. Bkz. **VAN ALEBEEK**, Immunity of States, s.183 dp. 115

⁷³⁸ WATTS, MPEPIL, para. 21

⁷³⁹ *Pinochet (3) [2000]*, s. 241 (Lord Hope)

⁷⁴⁰ *Pinochet (3) [2000]*, s.242

edilen ağır insan hakkı ihlali nitelikli suçların “resmi eylem” olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesi tartışmalıdır.⁷⁴¹ *Hilao v Marcos* davasında devlet başkanının yargı bağısıklığı iddiası Amerikan Mahkemeleri tarafından kabul edilmemiştir.⁷⁴² *Samantar v. Yousuf*⁷⁴³ davasında Mahkeme’ye göre yabancı devlet görevlisinin bağısıklığının kapsamı dışında kalan özel eylemlerin aksine *jus cogens* ihlallerde varsayılan yetki kapsamında da bulunulabilir ve bu anlamda bakıldığında ihlallere konu olan eylemler görevlinin devleti tarafından kendisine verilen işi oluşturmaktadır. Ancak hem uluslararası hukukun hem de ulusal hukukun bir gereği olarak *jus cogens* ihlaller bir devlet tarafından resmi olarak yetkilendirilemeyecek eylemleri teşkil eder.⁷⁴⁴

5.1.2. Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanı

Görevi başındaki hükümet başkanları ve dışişleri bakanları, devlet başkanlarına benzer bir rejime sahip olup olmadıkları tartışmalı ve sınırları belirsiz bir konudur. Öncelikle bu kişilerin de uluslararası ilişkilerde devleti temsil etmekle

⁷⁴¹ KOIVU, Head-of State Immunity, s.313

⁷⁴² *Hilao v Marcos (In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation)*, 25 F 3d 1467 (US, Ct of Apps (9th Cir), 1994). Ferdinand Marcos 1965’te Filipinler Devlet Başkanı olarak seçilmiş ve 1969’daki seçimlerde de görevini sürdürmüştür. 1935 Filipinler Anayasası’na göre dört yıl süren görev süresi bakımından bir devlet başkanı ancak 2 kez seçilebilmektedir. 21 Eylül 1972’de kendisini görevde tutabilmek için anayasayı askıya alarak sıkı yönetim ilan etmiş ve normal süresi 1973’te görevi sona ermiş olmasına rağmen görevinden ayrılmamıştır. 1081 Numaralı Resmi Bildiri ile Marcos sıkıyönetim ilanını halka duyurmuştur. Bkz. *In re Estate of Marcos Human Rights Litigation*, 878 F.2d 1439 (1995), s. 1463 17 Ocak 1973’te de görevde kalmasını sağlamak için yapılan özel bir düzenlemeyle anayasayı değiştirerek Filipinler’de güçlü bir diktatörlük rejimi yaratmıştır. Yeni anayasal düzenleme devlet başkanının görev süresini kaldıran Marcos, artık yeni bir yasama organı kurana kadar Filipinler’deki tek otorite olarak istediği sürece devleti yönetmeye devam etmek için yasal zemini de hazırlamıştır.

Sıkıyönetimin ilanının ardından gözaltılar, işkenceler, gözaltında kayıplar, tecavüzler ve daha pek çok insan hakkı ihlalleri yaşanmaya başlamıştır. Tüm bu insanlık dışı eylemler gözaltındaki aleyhtarlarından bilgi almak için gerçekleştirilmiştir.

Ülke üzerindeki siyasi gücünü kaybeden Marcos, ailesiyle birlikte 25 Şubat 1986’da Amerika’ya gitmiş ancak burada, ülkesinde gerçekleştirdiği hukuk dışı eylemler ve zimmetine para geçirmek gibi nedenlerle pekçok dava ile karşı karşıya kalmıştır. Örneğin bkz. *Republic of the Philippines v. Marcos*, 862 F.2d 1355 (1988); *Sison v. Marcos*, 878 F.2d 1439 (1989)*Trajano v. Marcos*, 878 F.2d 1439 (1989); *Ortigas v. Marcos*, 878 F.2d 1439 (1989) *Clemente v. Marcos*, 878 F.2d 1439 (1989); *Hilao v. Marcos*, 878 F.2d 1438 (1989); *In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation* 910 F.Supp. 1460 (1995); *Trajano v. Marcos (In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation)*, 978 F.2d 493, (9th Cir.1992) , *Hilao v. Marcos (In re Estate of Ferdinand E. Marcos, Human Rights Litigation)*, 25 F.3d 1467, 1472-74 (9th Cir.1994) ; *Hilao v. Estate Marcos*, 103 F.3d 789 (1996)

⁷⁴³ *Samantar v. Yousuf*, 699 F.3d 763 (2012)

⁷⁴⁴ *Samantar v. Yousuf*, [2012], s. 775-776

görevlendirilmiş oldukları belirtilmelidir.⁷⁴⁵ FOX, politik işlevleri nedeniyle devlet başkanı ve hükümet başkanının aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁷⁴⁶ CRYER ve diğerleri de günümüzde hükümet başkanlarının, dışişleri bakanlarından ve hatta birçok devlette devlet başkanlarından daha hassas bir rol oynadığına işaret etmektedir.⁷⁴⁷

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Vancouver Önergesi'nde devlet başkanları ile hükümet başkanlarının aynı rejime tabi tutulduğu görülmektedir. Önerge'nin giriş kısmında devlet başkanı veya hükümet başkanına kendi çıkarları için değil, o devletin temsilcisi olarak özel bir muamele yapıldığı çünkü bunun işlevlerini gerçekleştirmeleri ve serbest ve etkili bir şekilde sorumluluklarını yerine getirmeleri açısından gerekli olduğu teyit edilmektedir.⁷⁴⁸ Diğer yandan Enstitü'nün Önerge'ye dışişleri bakanını eklememiş olması da dikkat çekicidir. Enstitü'nün görevi başındaki dışişleri bakanlarının bağışıklıklarının kapsamı konusuna bulaşmak istememesinin bir nedeni, Önerge'nin çıktığı günlerde *Arrest Warrant* davasının derdest olması olabilir.

1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme'nin 21. maddesinin 2. Fıkrası uyarınca hükümet başkanı, dışişleri bakanı ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin, uluslararası hukuka göre sahip oldukları dokunulmazlık, ayrıcalık ve bağışıklığın Sözleşme'de öngörülen rejime ek olarak sağlanması gerekmektedir.⁷⁴⁹ Böylece Sözleşme, kendi kapsamı dışında uluslararası hukuk tarafından adıgeçen kişilere bazı başka dokunulmazlık, ayrıcalık ve bağışıklıklar tanıdığını kabul eder gözükmektedir. Yine 1973 Diplomatik Görevliler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması

⁷⁴⁵ WICKREMASINGHE, *Immunities Enjoyed by Officials* (2010), s.400

⁷⁴⁶ FOX, *State Immunity* (2008), s.670

⁷⁴⁷ CRYER et.al, *An Introduction* (2010),s. 535

⁷⁴⁸ Bkz. Uluslararası Hukuk Enstitüsü 2001 "*Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İnfazdan Bağışıklığı*" konulu Vancouver Önergesi giriş bölümü. (Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law), www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF

⁷⁴⁹ "Hükümet Başkanı, Dışişleri Bakanı ve diğer üst düzey kişiler gönderen devletin bir özel heyetinde yer aldıklarında kabul eden devlette veya üçüncü bir devlette, bu Sözleşme'de öngörülene ek olarak, uluslararası hukuk tarafından sağlanan ayrıcalıklar, dokunulmazlıklar ve bağışıklıklardan yararlanır." Convention on Special Missions, 1400 UNTS 231, 8.12.1969

Sözleşmesi⁷⁵⁰ m.1/1-a’da uluslararası korunan kişileri sayarken devlet başkanlarının yanında hükümet başkanları ve dışişleri bakanına da yer vermiştir.⁷⁵¹

Devlet başkanlarına benzer biçimde, doğrudan hükümet başkanları ve dışişleri bakanlarının bağımsızlıklarını, ayrıcalıklarını ve dokunulmazlıklarını düzenleyen çok taraflı uluslararası bir antlaşma mevcut değildir. Bu nedenle her ne kadar seyrek de olsa genel hatları itibarıyla konunun dayanağını yapılageliş hukukunda aramak gerekir.⁷⁵² Pinochet davasında konuyla ilgili olarak bazı tespitler bulmak mümkündür. İngiltere’de 1978 tarihli Devletin Yargı Bağımsızlığı Yasası’nın 20. Bölümünde devlet başkanlarının yargı bağımsızlığı diplomatik bağımsızlıklarla özdeşleştirilerek yabancı bir devlet başkanının aynı zamanda hükümet başkanı sıfatını haiz olması durumunda, bu sıfatla gerçekleştirdiği eylemlerinin bağımsızlık kapsamında değerlendirilmeyeceği ifade edilmiştir.⁷⁵³ Lord Millet ise *ratione personae* bağımsızlığın çok dar bir kapsamı olduğundan bahsederek görevdeki hükümet başkanlarının, aynı zamanda devletin başkanı da olmadıkları sürece bağımsızlığa sahip olmadıklarını öne sürmüştür.⁷⁵⁴ Bu yaklaşımla Pinochet kararı, hükümet başkanlarını *ratione personae* bağımsızlığa sahip kişiler kategorisinde değerlendirmeyi reddeder görünmektedir.

⁷⁵⁰ UNTS V. 1035, s. 167

⁷⁵¹ Sözleşme’nin tasarı metninde dışişleri bakanına yer verilmemiş olmasına rağmen nihai metinde dışişleri bakanları da kapsama dahil edilmiştir. Tasarı metninin yalnızca devlet başkanları ve hükümet başkanlarını (ve onlara eşlik eden hane halkından aile bireyleri) Yearbook of the International Law Commission, 1972, vol. II,s.312 Sözleşme’nin kapsamına diğer bakanlar kurulu üyelerinin de eklenmesine ilişkin öneriyle Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından bu kapsama bakanlar kurulu üyelerinin de eklenerek kapsamın genişletilmesi bazıları tarafından önerilmiş olsa da bu düşüncenin uluslararası hukuk bakımından bir dayanağı yoktur. Bu nedenle bakanlar kurulu üyeleri özel olarak belirtilmemiştir. İbid. s.313

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_4_1972.pdf

⁷⁵² WATTS, MPEPIL, para.2. UAD’da *Arrest Warrant* kararında, uluslararası yapılageliş hukukunun dışişleri bakanlarına bağımsızlığı, kişisel yararına değil devletleri adına gerçekleştirdikleri işlevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri için tanıdığı söylerken, yapılageliş hukukunun konuyla ilgili kurallar içerdiğini kabul eder gözükmektedir. Bkz. *Arrest Warrant* [2002], para.53. Ayrıca bkz. **Andreas VON ARNAULD**, *Völkerrecht (Schwerpunktbereich)*, C.F. Müller Verlag 2012, s.130 para.325

⁷⁵³ “Eğer [devlet başkanı] aynı zamanda hükümet başkanı rolüne sahip olsaydı bu sıfatla yaptığı eylemler için bağımsızlığa sahip olmayacaktı.” Pinochet (3) [2000], s.154.

⁷⁵⁴ “Ratione personae bağımsızlık statü bağımsızlığıdır... Bir birey bunun korumasından resmi konumundan dolayı yararlanmaktadır. .. Bu çok sınırlı olarak mevcuttur. Bu [bağımsızlık] görevdeki devlet başkanları, diplomatik misyon şefleri, onların aileleri ve hizmetlileri ile sınırlandırılmıştır. Aynı zamanda devlet başkanı ... olmayan görevdeki hükümet başkanları için uygulanmaz. Bu Hitler için geçerli olabilirdi ancak Mussolini veya Tojo için değil.” Pinochet (3) [2000], s.268

Arrest Warrant kararında ise UAD, bir dışişleri bakanının gerçekleştirdiği eylemler açısından resmi veya özel eylem ayrımı yapılmadığı gibi görevi öncesinde ve görevi sırasında olmasına da bakılmaksızın her türlü eylemin bağışıklık kapsamında değerlendirildiğini ifade etmiştir.⁷⁵⁵ Bununla birlikte Divan, dışişleri bakanlarının konumunun devlet başkanları ve hükümet başkanları gibi devletlerini dış ilişkilerde temsil etmek olduğuna vurgu yapmıştır.⁷⁵⁶ Bu ifade çerçevesinde hükümet başkanları ve dışişleri bakanlarının bağışıklıklarının görevi süresince, görevden önce ve görev sırasında gerçekleştirdikleri eylemlerin kendi adlarına veya resmi sıfatla yapılmış olduğuna bakılmaksızın her türlü eylemi kapsadığı sonucu çıkarılabilir. Divan, dışişleri bakanının, dış ilişkilerde oynadığı rol de dikkate alındığında, bulunduğu özel konum nedeniyle ceza yargılamalarından kesin bağışıklığa ve tam kişisel dokunulmazlığa sahip olduğunu ifade etmektedir.⁷⁵⁷ Bu nedenle bir dışişleri bakanı ancak, gönderen devlet bağışıklıktan feragat etmeyi isterse ceza kovuşturmasına tabi olabilir.⁷⁵⁸ Divan, dışişleri bakanlarının buldukları konum gereği rahatça seyahat edebilmelerinin görevlerini düzgün yerine getirebilmeleri için bir gereklilik olduğuna işaret ederken, kendilerinin tıpkı devlet başkanı ve hükümet başkanı gibi devletin dış ilişkilerini yürütmekle sorumlu olduğunu bildirmiştir.⁷⁵⁹ Bu yaklaşımla Divan esasen, dışişleri bakanları ile devlet başkanı ve hükümet başkanlarının uluslararası hukukta benzer bir bağışıklık rejimine tabi olduklarını anlatmaktadır. Divan'ın bu kararı *ratione personae* bağışıklığa ilişkin uluslararası yapılageliş hukukunun da yetkin bir tespiti olarak yorumlanmaktadır.⁷⁶⁰

Diğer yandan Divan'ın kararında devlet uygulamalarına girmeksizin veya yerel mahkeme kararlarına atıf yapmaksızın böyle bir tespitte bulunması da sert biçimde eleştirilmiştir. Örneğin *ad hoc* Yargıç Van den Wyngaert muhalefet şerhinde dışişleri bakanlarının bağışıklıklarının uluslararası hukukun değil uluslararası nezaketin bir

⁷⁵⁵ *Arrest Warrant* [2002], para. 54-55

⁷⁵⁶ Ancak dışişleri bakanlarının bağışıklığının, devlet başkanlarının aksine, yerine getirdikleri işlevlerinin korunması için sağlanmıştır. **HIGGINS**, After Pinochet, s.412

⁷⁵⁷ *Arrest Warrant* [2002], para. 54

⁷⁵⁸ **BANKAS**, s. 256; **STEINBERGER**, State Immunity, s. 435.

⁷⁵⁹ *Arrest Warrant* [2002], para.53

⁷⁶⁰ **Memorandum by the Secretariat**, Immunity of State Officials (2008), s.78. UHK'nın devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığı konusundaki çalışmasında görev yapan ikinci özel raportör HERNÁNDEZ de, Divan'ın kararının davanın görüldüğü sıradaki yapılageliş kurallarını yansıttığı düşünmektedir. Bkz. **HERNÁNDEZ**, Second Report, para. 58

gereği olarak uygulandığını öne sürerek Divan'ın kararını eleştirmektedir.⁷⁶¹ KOLLER, Divan'ın savaş suçları veya insanlığa karşı suçların yargı bağıışıklığına bir istisna oluşturduğunu destekler nitelikte devlet uygulamasının yokluğu neticesinde böyle bir istisnai kuralın olmadığını kabul etmesine rağmen herhangi bir destekleyici devlet uygulaması veya *opinio juris* yokluğunun Divan'ın kesin bağıışıklığın bir yapılageliş kuralı olduğuna karar vermesini engellemediğini belirterek dışişleri bakanının *ratione personae* bağıışıklığının bir yapılageliş kuralı olduğuna ilişkin tespitini hatalı olarak değerlendirmiştir.⁷⁶² WOUTERS'a göre ise bağıışıklık tanımak veya tanımamak için iyi siyasi veya akılcı nedenler olabilir ancak bunlar hiçbir şekilde hukuken bağlayıcı uluslararası yapılageliş kurallarının varlığı anlamına gelmez. Yazar UAD'ı yapılageliş kurallarının öğelerinden ikisi olan *opinio juris* ile devlet uygulamalarına girerek konunun yapılageliş kuralı yansıtıp yansıtmadığını kanıtlama zahmetine girmemekle eleştirmiştir.⁷⁶³ ORAKHELASHVILI de Divan'ın dışişleri bakanlarının bağıışıklığının yerleşmiş kurallar olduğunu ileri sürerken bunu destekleyecek devlet uygulaması ve *opinio juris* ortaya koymamasını eleştirerek, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar açısından bağıışıklık kuralına herhangi bir istisnanın olmadığından bahsedebilmek için öncelikle istisnaya neden olacak böyle bir kuralın var olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini söylemiştir.⁷⁶⁴

Hükümet başkanlarının yabancı devletin yargılama yetkisinden bağıışıklığına ilişkin çok az yerel mahkeme kararı mevcuttur. Bunlardan biri 12 Şubat 2003'te Belçika'da verilen *H.S.A. Et Al, v. S.A. Et Al* kararıdır.⁷⁶⁵ Karara konu olan olayda 18 Haziran 2001 yılında 1982'deki Sabra ve Şatila kamplarında savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçlarının işlendiğinden bahisle o kamplarda yaşayan 24 Lübnanlı ve Filistinli, dönemin İsrail Başbakanı Ariel Sharon'un (ve bazı üst düzey devlet görevlilerinin) hakkında, kampta işlenen suçların sorumlusu olduğu gerekçesiyle

⁷⁶¹ Bkz. *Arrest Warrant* [2002], Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert, para.13, 23, 39

⁷⁶² KOLLER, *Immunities of Foreign Ministers*, s. 23

⁷⁶³ Jan WOUTERS, *The Judgement of the International Court of Justice in the ArrestWarrant Case: Some Critical Remarks*, 16 LJIL, 253 (2003), s.256. Aynı yazarın başka bir yazarla birlikte yazdığı diğer bir makalede de aynı görüş savunulmuştur. Bkz. Jan WOUTERS/Leen De SMET, *The ICJ's Judgement in the Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000: Some Critical Observations*, 4 YIHL 373 (2001), s.376

⁷⁶⁴ ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms*, s.338

⁷⁶⁵ *H.S.A. Et Al, v. S.A. Et Al*, (Decision Related To The Indictment Of Ariel Sharon, Amos Yaron and others), 42 ILM. 596 (2003)

dava açılmıştır.⁷⁶⁶ Dava, Belçika'nın 1999 tarihli İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Hakkındaki Yasası'na dayanarak açılmıştır. Mahkeme davayı reddederken “*Uluslararası hukukta ilgili devletleri yükümlendiren aksine kuralların yokluğunda, uluslararası yapılageliş hukukunun devlet başkanları ve hükümet başkanlarının yabancı bir devlette ceza mahkemeleri önünde yargılamaya maruz kalmaları fikrinin karşısında karşı olduğu*” ifade etmiştir.⁷⁶⁷ Bir başka örnek, Nisan 1987'de Libya'ya yapılan bombalı saldırıda hayatını kaybedenlerin yakınları tarafından ABD Başkanı Ronald Reagan, İngiltere Başbakan Margeret Thatcher, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık aleyhinde 1988'de açılan *Saltany v. Reagan* davasıdır.⁷⁶⁸ Mahkeme, davanın yabancı bir devletin üst düzey görevlisi sıfatını haiz tek sanık olan Başbakan Thatcher ile ilgili değerlendirmesinde, dost bir yabancı devletin görevdeki hükümet başkanının yargılama yetkisinden bağışık olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle Thatcher'ın hakkındaki şikayet reddedilmiştir.⁷⁶⁹

Uygulamada hükümet başkanları konusundaki kuralların net olduğu söylenemediği gibi, bu kişilerin devlet başkanları gibi devletin yüce onurunu temsil etmedikleri genel olarak kabul edilmektedir.⁷⁷⁰ Bununla birlikte, hükümet başkanlarına, devlet başkanlarına yabancı ceza yargılamalarında tanınan bağışıklığın uygulanması konusunda geçerli sebepler olduğu kanaatindeyiz.⁷⁷¹ Pek çok devlette hükümet başkanı, devletin etkin lideri konumundadır.⁷⁷² Bu nedenle bir hükümet başkanını

⁷⁶⁶ Dava hakkında daha geniş bilgi ve değerlendirmeler için kz. **John BORNEMAN**, Introduction, in John BORNEMAN (ed) *The Case of Ariel Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction*, Princeton Institute for International and Regional Studies Monograph Series No:2, 2004, s.3vd.; **Antonio CASSESE**, *The Belgian Court of Cassation v. The International Court of Justice: the Sharon and others case*, 1 JICJ 437 (2003)

⁷⁶⁷ *H.S.A. Et Al, v. S.A. Et Al.*, , s.599

⁷⁶⁸ *Saltany v. Reagan*, 702 F.Supp. 319 (1988)

⁷⁶⁹ *Saltany v. Reagan*, s.320 Diğer davalılar hakkındaki iddialar da yapılan saldırının egemenlik tasarrufu niteliğinde olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. ibid. s.320-322

⁷⁷⁰ **R. JENNINGS/WATTS** (eds) 1992, s.1033.

⁷⁷¹ Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Vancouver Önergesi de bu yaklaşımı desteklemektedir. Bkz. “*Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İnfazdan Bağışıklığı*” konulu Vancouver Önergesi, 2001, (Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law), www.idi-ijl.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF

⁷⁷² **FOX**, *State Immunity* (2008), s.620; **AKANDE/SHAH**, *Immunities of State Officials*, s.825. Hatta bazı devletlerde hükümet başkanı ile devlet başkanı aynı kişidir. Bununla birlikte bazı devletlerde hükümet başkanı ayrıca bir makam olarak öngörülmemiştir. Burada devlet başkanı, hükümet başkanının işlevlerini de yürütmektedir.

tutuklamak ve alıkoymak, devlet başkanında olduğu gibi, devletin bağımsızlığına zarar verir. Ne var ki aynı durum dışişleri bakanları için söylenemez. Bu kişiler devleti temsil etmekle birlikte devlerin üstün otoritesinin tecessümü olarak kabul edilmedikleri gibi görevden alınmaları hükümet değişikliğine yol açmaz. Bir hükümet başkanının bağımsızlığının kaldırılması devletlerin eşitliği prensibine etki edebilecek nitelikte sonuçlar doğurabilecekken dışişleri bakanının bağımsızlığının özel ziyaretler için uygulanmaması aynı etkiyi göstermeyecektir.⁷⁷³ Bununla birlikte dışişleri bakanının uluslararası ilişkilerdeki etkin rolü nedeniyle ziyaret ettiği bir ülkenin cezai yetkilerinden bağımsız olması, temsil ettiği makamın saygınlığının bir gereği olarak görülmelidir.

Dışişleri bakanlarına ilişkin seyrek mahkeme kararlarından biri olan Kore Dışişleri Bakanı hakkında açılan *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik*⁷⁷⁴ davasında Mahkeme, Yürütme Organı'nın bağımsızlık önerisine uyararak yetkisizlik kararı vermiştir. Karara etki eden bağımsızlık önerisinde “[u]luslararası hukukun ABD tarafından tanınmış ve uygulanan yapılageliş kurallarına göre, yabancı bir hükümetin başkanı, dışişleri bakanı ... Birleşik Devletler'in federal ve eyalet mahkemelerinin yargılama yetkisinden bağımsız[.]”⁷⁷⁵ olduğu bildirilmektedir. Yine Yürütme Organı'nın *Rhanime v. Solomon* davasına ilişkin yayınladığı bağımsızlık önerisinde, Morocco Krallığı'nın Dışişleri Bakanı Mohamed Benaissa'nın devlet başkanına tanınan bağımsızlıktan yararlanacağı ifade edilmiştir. Öneride dışişleri bakanı olmanın devlet başkanı bağımsızlığı için kabul edilen iki geleneksel gerekçeden birini teşkil ettiği

Devlet başkanı ile hükümet başkanının aynı kişi olduğu devletler Birleşmiş Milletler verilerine göre şunlardır: Afganistan, Angola, Brunei, Küba, Kiribati, Kongo, Mikronezya, Umman, Suudi Arabistan, Sudan, Türkmenistan.

Hükümet Başkanlığı makamı bulunmayan ülkeler ise şöyle listelenmiştir:

Arjantin, Bolivya, Bostvana, Brezilya, Burundi, Şili, Kolombiya, Komoros, Kosta Rica, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Eritre, Gambiya, Gana, Guatemala, Honduras, Endonezya, İran, Liberya, Malavi, Maldivler, Marşal Adaları, Meksika, Miranmar, Nauru, Nikaragua, Nijerya, Palau, Panama, Paraguay, Filipinler, San Marino, Şeyseller, Sierra Leone, Güney Afrika, Güney Sudan, Suriname, İsviçre, Amerika Birleşik Devletleri, Uruguay, Venezualla, Zambiya. Bkz. <http://www.un.int/protocol/documents/Hspmfm.pdf> (25.12.2012)

⁷⁷³ AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials, s.825

⁷⁷⁴ *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik*, Hawaii Cir.Ct.1963 (unreported) 58 AJIL 165(1964), s.186-187

⁷⁷⁵ *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik*, 58 AJIL 165(1964), s.186

bildirilmiştir.⁷⁷⁶ Bu yolla Yürütme Organı aslında dışişleri bakanlarının devlet başkanlarına benzer bir bağışıklık rejimine tabi olduğunu kabul eder gözükmektedir.

Sonuç olarak günümüzde dışişler bakanı için uygulanan bağışıklık rejiminin en azından cezai yargılamalar açısından geçerli olduğunu ifade etmek mümkündür.⁷⁷⁷ *Ratione personae* bağışıklığın kapsamını devlet başkanları, hükümet başkanları ve ceza yargılamaları ile resmi ziyaretler bakımından dışişleri bakanları ile sınırlı tutmanın devletlerin egemen eşitliği ile hukukun üstünlüğü arasında bir denge sağladığı söylenebilir.⁷⁷⁸ UAD'ın *Arrest Warrant* kararında özellikle dışişleri bakanları hakkında bir kural ortaya koymaya çalıştığı açık ve anlamlı olmakla birlikte böyle “yerleşik” bir kuralın varlığını herhangi bir devlet uygulaması olmaksızın ileri sürmesi, kararın en çok eleştirildiği noktalardan birini oluşturmuştur.⁷⁷⁹ Zira konuyla ilgili öyle az mahkeme kararı ve uygulama bulunmaktadır ki, devletlerarasında benzer uygulamaların bağışıklık bağlamında gerçekleştirildiğini söylemek çok zordur.⁷⁸⁰

5.1.3. Üst düzey devlet görevlileri

Görevdeki devlet başkanlarının⁷⁸¹, ve diplomatik temsilcilerin⁷⁸² *ratione personae* bağışıklıktan yararlanacağı uzun süredir bilinmektedir. *Arrest Warrant* kararında dışişleri bakanlarının da bu kapsamda değerlendirildiği bildirilmiştir.⁷⁸³ Mahkeme bu sonuca, devlet başkanları gibi dışişleri bakanlarının da görevlerinin devleti temsil etmek olması yoluyla varmaktadır.⁷⁸⁴ Benzer sonuç hükümet başkanları açısından da

⁷⁷⁶ *Rhanime v. Solomon*, No. 01-1479 (D.C.D. Mayıs 15, 2002), <http://www.state.gov/documents/organization/57536.pdf>

⁷⁷⁷ Bkz. **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.

⁷⁷⁸ Bkz. **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials s.285. diğer yandan, bu kişilerin yurtdışından tutuklanmasının ve cezai yargılamaya tabi tutulmasının kendi devletlerindeki stabiliteye ciddi zararlar vermesinin olası olduğu da öne sürülmektedir. Bkz. **GAETA**, Official Capacity, s. 989

⁷⁷⁹ Örneğin Bkz. *Arrest Warrant* [2002], Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert, para.13, 23, 39; **Jan WOUTERS/Leen De SMET**, The ICJ's Judgement, s.376; **KOLLER**, Immunities of Foreign Ministers, s. 23

⁷⁸⁰ Özel Raportör devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanından oluşan üçlünün Yakalama Müzekkeresi kararının ışığında artık yerleşik olduğunu

⁷⁸¹ Örneğin *Mutual Assistance in Criminal Matters* [2008], para. 170

⁷⁸² Bkz. 1961 DİHVS m.29 ve m.31

⁷⁸³ Kararda konuya ilişkin bir uluslararası antlaşma olmadığı için, bağışıklığın dayanağı olarak uluslararası yapılageliş hukuku gösterilmiştir.Bkz. *Arrest Warrant* [2002], para.52.

⁷⁸⁴ *Arrest Warrant* [2002] para. 51; **WATTS**, RdC, s.13; m. 1, 2, ve 15

geçerli gözükmektedir⁷⁸⁵, zira hükümet başkanlarının temsil işlevleri dışişleri bakanlarından ve hatta devlet başkanlarından daha hassastır.⁷⁸⁶ Kişisel bağımsızlık açısından karşılaşılan temel soru, bu bağımsızlığın diğer üst düzey devlet görevlilerine de, özellikle diğer bakanlara da uzanıp uzanmadığıdır.

UAD *Arrest Warrant* kararında “... devlet başkanı, hükümet başkanı, dışişleri bakanı **gibi** belli üst düzey makamların sahipleri başka devletlerin yargı yetkisinden bağımsızlıktan yararlanırlar” demiştir.⁷⁸⁷ Burada kullanılan “*gibi (such as)*” ifadesi, kişisel bağımsızlığın yalnızca bu kişilerle sınırlı olmadığı, başka üst düzey makam sahiplerinin de kişisel bağımsızlıktan yararlanacağına yönelik bir anlama gelebilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı bu ucu açık kavramı kullanarak⁷⁸⁸, böyle bir ihtimali yoruma açık bırakır görünmektedir.⁷⁸⁹ Bununla birlikte bağımsızlığın dışişleri bakanına bahşedilişinin nedenine bakıldığında, bunun uluslararası ilişkilerde oynadığı role dayandırıldığını görmek mümkündür.⁷⁹⁰ Diğer yandan bu konunun kesin olarak sınırlarının çizilmesi zordur.⁷⁹¹

2004 yılında İsrail’in görevdeki Savunma Bakanı Genel Shaul Mofaz hakkında yakalama emri çıkarılmasına ilişkin başvuruda⁷⁹² Mahkeme UAD’ın *Arrest Warrant* davasındaki kararının 51. paragrafını⁷⁹³ yorumlayarak devlet başkanı, hükümet

⁷⁸⁵ *Arrest Warrant* [2002], para. 51; WATTS, RdC, s.13; Uluslararası Hukuk Enstitüsü 2001 “Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İnfazdan Bağımsızlığı” konulu Vancouver Önergesi, m. 1, 2 ve 15, www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF.

⁷⁸⁶ CRYER et.al, An Introduction (2010), s. 535

⁷⁸⁷ *Arrest Warrant* [2002], para. 51

⁷⁸⁸ BUZZINI, Lights and Shadows, s.460

⁷⁸⁹ Memorandum by the Secretariat, Immunity of State Officials (2008), s.83

⁷⁹⁰ WICKREMASINGHE, Immunities Enjoyed by Officials (2010), s.401; BUZZINI, Lights and Shadows, s.460 Cibuti v. Fransa davasında da Fransa, Cibuti Cumhuriyet Savcısı ile Ulusal Güvenlik Başkanı’nın, işlevlerinin açık biçimde ulusal nitelikte olmasından dolayı, cezai yargılama yetkisinden bağımsızlık veya kişi dokunulmazlıklarından yararlanamayacaklarını ifade etmiştir.Bkz. *Mutual Assistance in Criminal Matters* [2008] para.186

⁷⁹¹ FRANEY *ratione personae* bağımsızlığın dışişleri bakanı dışındaki hükümet üyeleri ile diğer üst düzey devlet görevlilere kadar uzanması konusunda bulgular olduğuna işaret ederek bu kişilerin bir devleti temsil etmek ve dış işlere dahil olmanın üstlendikleri görevin esaslı bir parçasını oluşturması durumunda bağımsızlıktan yararlanabileceklerini söylemektedir. FRANEY, Immunity, Individuals,s.155

⁷⁹² Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/Application-for-Arrest-Warrant-Against-General-Shaul-Mofaz.pdf

⁷⁹³ *Arrest Warrant* [2002], para. 51: “Mahkeme öncelikle uluslararası hukukta, diplomatik ve konsüler görevlilerdeki gibi, devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı **gibi** bir devlette belli üst düzey makam sahipleri başka devletlerin hem hukuki hem de cezai yetkisinden bağımsızlığa sahiptir.

başkanı ve dışişleri bakanı dışında kalan üst düzey devlet görevlilerinin eğer görevleri devletleri adına seyahat etmeyi veya diplomatik görevler yerine getirmeyi gerektiriyorsa bağışıklıktan yararlanabilecekleri sonucuna varmaktadır. Mahkeme ayrıca bu paragraftan UAD'ın değerlendirme yaparken yalnızca dışişleri bakanlarıyla ilgili tespitlerde bulunduğu ve diğer makam sahipleri hakkında kesin bir değerlendirme yapmadığını ifade etmektedir.⁷⁹⁴ Mahkeme her bakanlığın görev alanındaki sorumluluklarının çeşitlilik gösterdiğine işaret ederek içişleri bakanı, ekonomi bakanı, kültür bakanı, spor bakanı gibi hükümet üyelerinin devletin yargı bağışıklığından otomatik olarak yararlanamayacaklarını bildirirken savunma bakanının durumun farklı olduğuna işaret etmektedir. Her ne kadar seyahat etme durumu dışişleri bakanı gibi olmasa da birçok devletin ülke dışında askeri birlik gönderdiği ve belli devletler arasında askeri konularda önemli bir rol oynaması nedeniyle ziyaret edilen pek çok Birleşmiş Milletler misyonun bulunduğunu söyleyen Mahkeme, dışişleri bakanı ile savunma bakanının rollerinin özellikle Orta Doğu'da çok fazla içiçe geçmiş olduğuna dikkat çekmektedir.⁷⁹⁵

1973 Diplomatik Görevliler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin tasarı metnine ilişkin tartışmalar sırasında bu Sözleşme'nin kapsamına diğer kabine üyelerinin veya buna eşit bir statüye sahip kişilerin de eklenmesine ilişkin konu tartışılmıştır.⁷⁹⁶ Komisyon, yabancı bir devlette hangi şartlar altında ve ne zaman olursa olsun devlet veya hükümet başkanı⁷⁹⁷ dışındaki kişilerin de özel korumadan yararlanmasına ilişkin kuralın diğer kabine üyelerine kadar uzanmasına yönelik bazı destekleyici

Mevcut dava çerçevesinde, Mahkeme'nin değerlendirmesine tabi olan yalnızca görevi başındaki bir dışişleri bakanının cezai yargı yetkisinden bağışıklığı ve dokunulmazlığıdır.”

⁷⁹⁴ Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), para.11 http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/Application-for-Arrest-Warrant-Against-General-Shaul-Mofaz.pdf

⁷⁹⁵ Ibid, para.14

⁷⁹⁶ Draft Articles on the Prevention and Punishment of Crimes Against Diplomatic Agents and Other Internationally Protected Persons with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1972, vol. II, s.313 http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_4_1972.pdf

⁷⁹⁷ Tasarı metninde dışişleri bakanlarına yer verilmemiş olsa da nihai metinde uluslararası korunan kişiler kapsamına dışişleri bakanları da dahil edilmiştir.

emarelere rastlansa da bunların genel olarak kabul edilmiş uluslararası hukuk kuralına dayanmadığını belirtmiştir.⁷⁹⁸

Kişisel bağışıklık kapsamında değerlendireceğimiz ikinci gruba giren görevlilerin bağışıklıklarının kapsamı, diplomatik işlev kapsamında verilmiş olduğundan, bu görev sona erdiğinde *ratione personae* bağışıklık da sona erecektir. Bunu bir örnekle açıklayalım. Bir devletin turizm bakanı, yabancı bir devlete diplomatik nedenlerle gittiğinde, bu bakanın kişisel bağışıklığa sahip olması gerekir; zira orada bulunduğu turizm bakanı sıfatına ek olarak devletin temsilcisi sıfatını da haiz olduğundan, bu işlevi devam ettiği sürece tam bağışıklık ve dokunulmazlıktan yararlanacaktır. Burada vurgulanması gereken nokta, bağışıklığın bu kişiye turizm bakanı olduğu için değil, devletin bir işlevini yerine getirmek için görevlendirdiği temsilcisi olduğu için sağlanmaktadır. Yani aslında prensipte bu bağışıklık yine statü bazlıdır ancak bu statü turizm bakanı statüsü değil, devletin temsilcisi statüsüdür. Bu nedenle bir devletin diplomatik nedenlerle kısa süreli olarak yabancı devlette görevlendirdiği temsilcileri, bu görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri açısından, yapılageliş kuralı niteliğinde olduğu kabul edilen, özel heyet mensuplarına uygulanan bağışıklıklardan yararlanacaklardır.

2005 yılında Çin'in görevdeki Uluslararası Ticaret Bakanı Bo Xilai'nin tutuklanması talebiyle yapılan başvuruda İngiliz Mahkemesi Bakan'ın işlevlerinin dışişleri bakanınıninkine eşit nitelikte olduğu ve, UAD'ın *Arrest Warrant* kararında dışişleri bakanlarının bağışıklığına ilişkin ortaya koyduğu kurala gönderme yaparak, uluslararası yapılageliş hukuku kurallarına göre Bakan Bo'nun rahatça seyahat edememesi durumunda işlevlerini gereği gibi yerine getiremeyeceği için yargılamadan bağışık olması gerektiğini belirterek başvuruyu reddetmiştir.⁷⁹⁹ Mahkeme kararını verirken, özel heyet üyelerinin sahip oldukları bağışıklığın yapılageliş nitelediğine ilişkin düşünciyi kabul eder gözükmektedir.⁸⁰⁰ Böylece özel

⁷⁹⁸ Draft Articles on the Prevention and Punishment of Crimes Against Diplomatic Agents and Other Internationally Protected Persons with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1972, vol. II, s.313
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_4_1972.pdf

⁷⁹⁹ *Re Bo Xilai*, 128 ILR 713, s.714

⁸⁰⁰ *Ibid.*

heyet mensubu kişiler, yabancı bir devlette bağıışıklığın korumasından yararlanmaktadırlar.

*Djibouti v. France*⁸⁰¹ kararındaki tespit de bunu doğrular niteliktedir. *Djibouti v. France* kararında UAD, cumhuriyet savcısı ve ulusl güvenlik şefinin uluslararası hukukta kişisel bağıışıklığa sahip olanlar arasında değerlendirilebilecekleri herhangi bir dayanak olmadığını belirterek bunların ne DİHVS anlamında diplomat oldukları ne de Özel Heyetler Hakkında Sözleşme'nin alanına girecek bir özel heyet mensubu olduklarını bildirmektedir.⁸⁰² Buradan hareketle, üst düzey devlet görevlilerinin kişisel bağıışıklık kapsamında değerlendirilebilmesi için her şeyden önce uluslararası statüye sahip bir devlet görevlisi olması gerektiği söylenmelidir. Bu statüye, devlet tarafından kişinin bir uluslararası konferansa katılmak, uluslararası örgüt toplantısında devletini temsil etmek veya özel heyetlere mensup bir kişi olmak gibi yollarla sahip olunabilir.

Arrest Warrant davasında dışışleri bakanlarının uluslararası ilişkilerden sorumlu oldukları ve işlevlerini yerine getirebilmeleri için sıklıkla yurt dışına seyahat etmeleri gerektiğinden bahisle bunu her an rahatça yapabilecek durumda olmaları gerektiğinden bahsedilmektedir.⁸⁰³ Ancak *ratione personae* bağıışıklığı ilgili görevlinin uluslararası işlevlerini yerine getirmesiyle özdeşleştirmek, bu bağıışıklığı belli devlet görevlisi grubuyla sınırlandırmayı zorlaştırmaktadır.⁸⁰⁴ Nitekim pek çok üst ve alt düzey devlet görevlisinin iş tanımları gereği uluslararası ilişkilerde rol oynamaları gerekebileceği ve bu nedenle de sıklıkla yurt dışına çıkma zorunlulukları düşünüldüğünde, oldukça geniş bir görevli kategorisinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Özellikle dış ilişkileri yürütmekle doğrudan görevli olmayan bakanların da devletlerini temsil etmek üzere diğer devletlerin hükümetleriyle ikili görüşmeler yapabildikleri veya hükümetlerini uluslararası örgütlerde veya uluslararası toplantılarda temsil edebildikleri düşünüldüğünde, yurtdışına çıkışlarda devleti temsil işlevleri olduğu gerekçesiyle *ratione personae* bağıışıklığa sahip oldukları düşünülebilir. Ancak böyle bir kabul, sözkonusu

⁸⁰¹ *Mutual Assistance in Criminal Matters [2008]*, para. 177.

⁸⁰² *Mutual Assistance in Criminal Matters [2008]*, s. 58, para. 194

⁸⁰³ *Arrest Warrant [2002]*, para. 53

⁸⁰⁴ **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s. 822

bağışıklığın kapsamını çok genişletecek ve bir dokunulmazlık kültürünün gelişmesine vesile olma gibi tehlikelere yol açabilecektir.

Devlet başkanı ile hükümet başkanı dışında kalan ve diplomatik görevli statüsüyle yabancı bir devlette kendi devleti adına faaliyet gösteren üst düzey devlet görevlilerinin görevleri süresince yabancı bir devlette kişisel bağışıklıktan yararlanacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kişilerin daha önce belirttiğimiz gibi, görev süreleriyle kısıtlı olduğundan ve görevleri sona erdiğinde uluslararası statüleri de ortadan kalktığından, görevleri dışında yaptıkları eylemlerden dolayı daha sonra resmi amaçlar dışında gittikleri yabancı bir devlette yargılanabilmeleri açısından kişisel bağışıklıkları bir engel teşkil etmez. Nitekim Nisan 2008 yılında Almanya'ya resmi görevle gelen Ruanda Devlet Başkanı Paul Kagame'nin Protokol Şefi Rose Kabuye'yi, Fransız makamlarının kendisi hakkında yakalama emri⁸⁰⁵ çıkartmış olmasına rağmen yakalamamıştır. Bununla birlikte Almanya, Kasım 2008'de Kubaye'nin ülkeye yaptığı özel bir ziyaret sırasında Fransa'nın yakalama emrini uygulamış ve Kubaye'yi Fransa'ya teslim etmiştir.⁸⁰⁶ Bu da göstermektedir ki devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı dışında kalan, devlet görevlileri özel heyet mensubu olarak veya herhangi bir diplomatik veya resmi amaç dışında gerçekleştirilen ziyaretler açısından kişisel bağışıklıktan yararlanamamaktadır.

5.1.4. Diplomatik Temsilciler

Diplomatik temsilcilerin bağışıklıkları büyük ölçüde yapılageliş kuralı olarak gelişmiştir.⁸⁰⁷ 19. Yüzyılda ve 20. Yüzyılın başlarında diplomatik bağışıklık

⁸⁰⁵ Fransa'nın Anti-Terörizm yasalarına göre, söz konusu yakalama emrine konu olan şey, Rose Kabuye'nin 1994 yılında, Ruanda Soykırımı'na da yol açan, zamanın Ruanda Devlet Başkanı Juvenal Habyarimana'nın öldürülmesinde suç ortağı olduğu iddiasıdır. Kabuye 2008 yılının Kasım ayında Almanya'nın Frankfurt havaalanında tutuklanmış ve Fransa'ya gönderilmiştir. Bu durum Ruanda ve Fransa arasındaki kötü giden ilişkilerin daha da kötüye gitmesine ve Almanya ve Ruanda arasında da bir dizi diplomatik yollu tartışmanın sonunda Alman Büyükelçisi'nin ülkesine geri gönderilmesiyle sonuçlanan olaylara neden olmuştur. bkz. Dapo Akande, Prosecution of Senior Rwandan Government Official in France: More on Immunity, <http://www.ejiltalk.org/prosecution-of-senior-rwandan-government-official-in-france-moreon-immunity/>

⁸⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dapo AKANDE, Prosecution of Senior Rwandan Government Official in France: More on Immunity, <http://www.ejiltalk.org/prosecution-of-senior-rwandan-government-official-in-france-moreon-immunity/>

⁸⁰⁷ MERAY 2. Cilt (1975), s.15

hukukuyla ilgili kuralların yazılı hale getirilmesine ilişkin girişimler olmuştur.⁸⁰⁸ Bu konudaki kodifikasyon çalışmasının en kapsamlı ve evrensel nitelikli örneği Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1949 yılında seçtiği 14 başlıktan biri olan Diplomatik ilişkiler konusundaki çalışmanın ürünü olan 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme bugün 187 devletin taraf olduğu evrensel nitelikli bir uluslararası sözleşme⁸⁰⁹ olmasının yanında diplomatik hukuk konusundaki uluslararası yapılageliş hukuku kurallarının yazılı hale geldiği bir düzenlemedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın *Amerika'nın Tahran'daki Diplomatik ve Konsüler Görevlileri* davasında diplomatik bağışıklık ve dokunulmazlıklara ilişkin kuralların, genel uluslararası hukukun bir parçası olduğunu ortaya koymuştur.⁸¹⁰

Diplomatik temsilcilerin bağışıklığının temelleri hakkındaki teorileri anlatırken de değindiğimiz gibi⁸¹¹, diplomatik bağışıklık eski dönemlerde ülke-dışılık prensibiyle açıklanırken günümüzde bu prensip terk edilmiştir. Modern uluslararası hukukta diplomatik bağışıklık daha farklı bir gerekçenin üzerine oturtulmuştur: diplomatik görevin etkili biçimde yerine getirilmesinin temin edilmesi. Bunun temini için elbette kabul eden devletin diplomatik temsilcinin işine karışmaması gerekmektedir (*non impediatur legatio*).⁸¹²

Cezai yargı yetkisi söz konusu iken bağışıklık kuralı kesin bir nitelik kazanmaktadır. Başka bir deyişle, diplomatik temsilci, yabancı bir devlette faaliyet sürdürdüğü sırada işlediği suçlar nedeniyle, kendi devleti tarafından bağışıklığından feragat edilmediği

⁸⁰⁸ Diplomatik hukuk konusundaki ilk uluslararası kodifikasyon çalışması 1815'te yapılan Viyana Kongresi'nde kabul edilen düzenlemeydi. Düzenleme diplomatik misyon şefinin sınıflandırılması, misyon şefleri arasındaki önceliğin, makamlarına gelişine göre belirlenmesi gibi bir takım kurallar içermekteydi. 1895'te Uluslararası Hukuk Enstitüsü, diplomatik bağışıklıkla ilgili kuralları yayınladıktan sonra 1928 ve 1929 yıllarında Amerika Kıtası'ndaki Devletler Diplomatik Görevliler Hakkında Havana Antlaşmasını kabul etti. (20.02.1928, 155 LNTS 259) Bundan sonra Harvard Araştırma Okulu Diplomatik Dokunulmazlıklar ve Bağışıklıklar'la ilgili bir Antlaşma Tasarısı yayınladı. (26 AJIL Supp 15 (1932)). **Van ALEBEEK**, Diplomatic Immunity, para 2; **DINSTEIN**, *Ratione materiae*, s. 77-78; **Ludwik DEMBİNSKI**, *The Moderns Law of Diplomacy, External Missions of States and International Organizations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, s.8

⁸⁰⁹ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=III-3&chapter=3&lang=en (Erişim tarihi: 14.12.2011)

⁸¹⁰ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, (Request For The Indication Of Provisional Measures) 1979, ICJ Reports 7 (15.12.1979), para.47; United States Diplomatic and Consular Staff [1980], para.62 ve para.69

⁸¹¹ Bkz. infra s. Diplomatik Bağışıklığın Temelleri başlığı 1.4.2

⁸¹² **Van ALEBEEK**, Diplomatic Immunity, para 3

sürece, yargılanamaz. Bu bağışıklık kesindir. Diplomatik temsilcinin işlediği suç ne kadar büyük olursa olsun, karşılıklı ilişkilerin iyi niyetle yürütülmesi açısından devletler o kişiyi yargılamaktan kaçınıyordu.⁸¹³ Her ne kadar bazen diplomatik temsilcilerin kabul eden devlete karşı işledikleri suçların bağışıklıklarının kapsamı dışında kalması gerektiği öne sürülse de eski devlet uygulamalarının bu tutumu benimsemediği gözlenmektedir.⁸¹⁴ Örneğin 1562’de, Fransız Hükümeti, İngiliz Büyükelçisi’nin Fransa Kralı’nın düşmanlarıyla işbirliği yaptığını tespit edilmesine rağmen büyükelçinin serbestçe gitmesine izin vermiştir.⁸¹⁵ Benzer biçimde 1584 yılında İngiltere’nin İspanya Büyükelçisi’nin Kraliçe Elizabeth’e karşı düzenlenen bir suikast girişimine⁸¹⁶ karıştığı anlaşılmış; bunun üzerine Büyükelçi tutuklanmak yerine ülkesine geri gönderilmiştir.⁸¹⁷

Hukuk davaları ve idari davalar açısından ise DİHVS m. 31’de üç istisna öngörmüştür.⁸¹⁸ Bu istisnalar dışında diplomatik misyonun diplomatik sınıfına mensup kişilerin yargılanması hem ceza davaları açısından hem de hukuk ve idari

⁸¹³ **Mitchell S. ROSS**, Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities, 4 AUJILP 173 (1989), s.176

⁸¹⁴ **DENZA**, EPIL 9 (1986), s. 94

⁸¹⁵ **Robert WESSON**, 300 years of Diplomatic Immunity, 3 Ocak 1980, <http://www.csmonitor.com/1980/0103/010337.html> (Erişim tarihi:13.12.2011) Eski dönemlerde bir elçi gittiği ülkede casusluk yapsa dahi bağışıklıklardan yararlanırdı. Bizans İmparatorluğu’nda elçiler, görev yaptıkları ülkelerin durumuyla ilgili bilgi toplamak üzere kullanılırlardı. Daha sonra diplomatların casusluk yaptığı şüphelerini ortaya çıkartığında bu durum “dürüst adamların ülkelerinin iyiliği için yalan söylemek üzere dışarı gönderilmeleri” olarak tasvir edilmiştir. **BLUM**, Diplomatic Agents and Missions, s.89.

⁸¹⁶ “Throckmorton Suikasti” olarak da bilinen suikast girişimi, Kraliçe Elizabeth’in tahttan indirerek bir kuleye kapattığı kuzeni İskoç Kraliçesi Mary Stuart ile aralarındaki uzun yıllar boyunca köklenen kıskançlık ve iktidar hırsı ve aynı zamanda aralarındaki Protestan-Katolik çatışması nedeniyle Kraliçe Mary, Francise Throckmorton ve İspanya’nın İngiltere Büyükelçisi Bernadino de Mendoza tarafından organize edilen suikastin amacı Kraliçe Elizabeth’i öldürerek Kraliçe Mary’yi kurtarmaktı. Ancak suikast girişimi Kraliçe Elizabeth’in muhafızı ve Kraliyet muhafız şefi Francis Walsingham’ın herkesçe bilinen şüphesizliği sayesinde başarısız olmuş ve Francise Throckmorton yoğun işkencelerden sonra her şeyi itiraf etmesinin ardından idam edilmiştir. İspanyol Büyükelçi ise ülkesine geri gönderilmiştir. <http://englishhistory.net/tudor/monarchs/eliz4.html> (Erişim tarihi: 12.12.2011) Ayrıca bkz. **Robert WESSON**, 300 years of Diplomatic Immunity, 3 Ocak 1980, <http://www.csmonitor.com/1980/0103/010337.html>

⁸¹⁷ **Van ALEBEEK**, Diplomatic Immunity, para 1

⁸¹⁸ Bu istisnalar DİHVS’nin 31. Maddesinde şu şekilde sıralanmıştır: “a) Kabul eden Devletin topraklarında bulunan özel bir taşınmazla ilgili bir ayrı 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 dahilinde resmi görevleri dışında icra ettiği herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyet ile ilgili bir dava.”

davalar açısından, gönderen devlet bağısıklıklardan feragat etmediği sürece mümkün değildir.

1961 DİHVS, Sözleşme hükümlerinin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kabul eden devlet tarafından tüm gönderen devletlere uygulanması gerektiğini buyurmaktadır. Bu durum Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu'nda ayırım yapmama kuralı olarak ifade edilmiştir.⁸¹⁹ Ancak bu konuda karşılıklılık ilkesi gözetilerek 2 ayrıksı durum öngörülmüştür. Bunlardan ilki devletlere aralarında diplomatik temsilcilerine karşılıklılık ilkesi çerçevesinde daha geniş dokunulmazlık ve bağısıklık tanınabilmesi; ikincisi ise Sözleşme hükümlerinin kabul eden devlet tarafından diplomatik misyona sınırlandırılmış biçimde uygulanması durumunda gönderen devletin de ülkesindeki kabul eden devletin diplomatik misyonuna aynı uygulamayı gerçekleştirebilmesidir. Sözleşme'nin 47/2-b maddesine göre devletler yapılageliş ya da anlaşma yoluyla aralarında DİHVS'nin öngördüğünden daha elverişli bir uygulamaya geçerek dokunulmazlık ve bağısıklıkları genişletebileceklerdir. Bunun yanında Sözleşme, 47/2-a hükmü gereğince kabul eden devlete, DİHVS'nin hükümlerinden herhangi birinin kendi diplomatik misyonuna daha kısıtlı biçimde uygulanması durumunda, kısıtlamayı uygulayan devletin misyonuna kendi ülkesinde aynı hükümler açısından kısıtlı bir uygulama öngörmesine imkan vermektedir. Ancak uygulanacak kısıtlamalar da yine Sözleşme'nin sınırlarında kalmalıdır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, uygulanacak karşılıklılığın sözkonusu kuralın sınırlarında kalması gerektiği, aksi halde bunun Sözleşme'nin ihlali yoluyla misillemeye dönüşeceğini ifade etmektedir.⁸²⁰ Başka bir deyişle, söz konusu kısıtlamayı uygularken devletler, kısıtlamanın hükmün sınırlarını aşmayacak şekilde gerçekleştirilmesine dikkat etmek yükümlülüğündelerdir; zira söz konusu hükmün karşı önlem uygulamak şeklinde algılanması, Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğuracaktır.

Diplomatik temsilcilerin kabul eden devletin cezai yetkileri bakımında bağısıklıkları olduğu kabul edilse de bu bağısıklılığın *erga omnes* nitelikte olmadığı bilinmektedir.

⁸¹⁹ UN Yearbook of the International Law Commission 1958 , vol. II (A/CN.4/SER.A/1958/Add.I), s.105

⁸²⁰ UN Yearbook of the International Law Commission 1958 , vol. II (A/CN.4/SER.A/1958/Add.I), s.105

Zira diplomatik temsilcilerin bağışlıkları yalnızca kabul eden devlette geçerli olmakla birlikte üçüncü devletler açısından genel olarak diplomatik temsilci sıfatına dayanılarak bir bağışlık iddiasında bulunulamayacağı söylenebilir. 1961 DİHVS'nin bu konuda bir istisnaya yer vermektedir. Sözleşme'nin 40. maddesinin birinci fıkrasına göre bir diplomat kabul eden devlet ile gönderen devlet arasında üçüncü bir devletten geçiş yapmak durumunda kaldığında, bu devlette de dokunulmazlık ve bağışlıklardan yararlanacaktır.⁸²¹

Diplomatik temsilcilerin bağışlıklarının süresine gelince, kural olarak *ratione personae* bağışlıklarının görev süreleriyle sınırlıdır. Bir diplomatik temsilcinin görevi DİHVS uyarınca iki durumda erer. Bunlardan ilki, gönderen devletin göreve son verdiğini kabul eden devlete bildirmesi, ikincisi ise kabul eden devletin diplomatik temsilciyi *persona non grata* ilan etmesidir.⁸²² Oysa DİHVS görevin sona ermesi konusunda Viyana Konferansı sırasında ilgili maddeye ilişkin kapsamlı bir liste yapılacağı kabul edilmiş olmasına rağmen bunun maddeye uyarlanmasında başarısız olunmuştur.⁸²³ Diplomatik temsilcinin görevi sona erdiğinde kabul eden devletin ülkesine dönmesi beklenir. Görevi sona erdikten makul bir süre sonra gönderen devletin ülkesine dönmeyen diplomatik temsilcinin bağışlıkları, dokunulmazlıkları ve ayrıcalıkları ortadan kalkar. Bundan sonra ise ancak diplomatik

⁸²¹ 1961 DİHVS m.40/1: “Bir diplomatik ajan, görevine başlamak veya görevi başına dönmek üzere, veya kendi ülkesine döner iken, passport vizesi gereken hallerde kendisine vize vermiş bulunan bir üçüncü Devletin ülkesinden geçtiği veya bu ülke dahilinde bulunduğu takdirde, üçüncü Devlet kendisine geçişini veya dönüşünü sağlamak için gerekli dokunulmazlık ve diğer bağışlıkları tanıyacaktır. Diplomatik ajana refakat eden, veya kendisine katılmak veya memleketlerine dönmek için ayrı seyahat eden, ayrıcalık ve bağışlıklardan yararlanan ailesi üyelerine de aynı uygulama yapılır.”

⁸²² DİHVS m. 43: “Bir diplomatik ajanın görevi, diğer haller dışında aşağıdaki şekillerde son bulur:
a) Gönderen Devlet tarafından kabul eden Devlete diplomatik ajanın görevinin son bulduğunun bildirilmesi ile;
b) 9. maddenin 2. fıkrası gereğince, kabul eden Devletin gönderen Devlete diplomatik ajanın misyonun bir üyesi olarak tanımayı reddettiğini bildirmesi ile.” Bunun dışında DİHVS m.45'te de belirtildiği gibi silahlı çatışma durumunda dahi kabul eden devletin diplomatik temsilcilere ve ailelerine ülkeyi terk etmeleri için gerekli kolaylıkları göstermeleri gerekmektedir.

⁸²³ United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities, Official Rec. V.2, UN Doc. A/ Conf. 20/14, http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/diplintercourse-1961/vol/english/vol_II_e.pdf, s.213-214. DENZA bir diplomatik temsilcinin görevinin sona ermesinde üç yol daha olduğunu söylemektedir. Bunlardan ilki temsilcinin ölümü, ikincisi diplomatik ilişkilerin bozulması ve son olarak gönderen veya kabul eden devletin veya devlet başkanının ortadan kaybolmasıdır. DENZA, Diplomatic Law (2004), s.386

misyonun üyesi sıfatıyla resmi işlevleri çerçevesinde gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerden dolayı *ratione materiae* bağışıklıpa sahip olacaktır.⁸²⁴

5.1.5. Aile Bireyleri

Ratione personae bağışıklığın, bu bağışıklığa sahip olan kişilerin aile üyelerine sirayeti konusu, diplomatik temsilcilerin aileleri dışında kalan kişiler bakımından, belirsiz ve tartışmalıdır. Özellikle Hükümet başkanı ve dışişleri bakanlarının ailelerinin bağışıklığına ilişkin bir uygulamaya rastlanamadığından, devlet başkanının ailesine uygulanan rejimin bunlar için de geçerli kabul edilmesi önerilmiştir.⁸²⁵ Konuya antlaşmalar hukuku yönünden diplomatik ve konsüler temsilciler ile özel heyet mensuplarına ilişkin bağışıklıklar bağlamında bakıldığında, DİHVS, KİHVS, Özel Heyetler Hakkında Sözleşme ve 1975 Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi'ndeki düzenlemelerde aile üyelerine, temsilcilerinkine benzer bir bağışıklık rejimi öngörüldüğünü söylemek mümkündür. 1961 DİHVS 37. maddesi diplomatik temsilcilerin kendileriyle yaşayan ailelerinin, temsilcilere tanınacak dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanacağı ifade edilmektedir. Benzer bir durum 1963 KİHVS 53/2 hükmü ile de konsolosluk temsilcilerinin aileleri açısından öngörülmektedir.

1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme'nin 39. maddesinde de yine özel heyet mensubu kişilere eşlik eden aile mensuplarına da, özel heyet üyelerine tanınan dokunulmazlık ve bağışıklıkların uygulanacağı belirtilmiştir. 1975 Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsili Hakkında Viyana

⁸²⁴ DİHVS m.39/2: 2. "Ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanan bir şahsın görevi sona erdiği takdirde, bu ayrıcalıklar ve bağışıklıklar normal olarak ülkeyi terkettiği anda veya terketmek için kendisine tanınan makul sürenin bitiminde sona erdiği gibi silahlı çatışma halinde dahi, bu ana kadar devam eder. Bununla beraber, böyle bir şahıs tarafından misyonun bir üyesi olarak yapılmış fiiller bakımından bağışıklıkların uygulanmasına devam olunur."

⁸²⁵ Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international, Joe Verhoeven, Rapporteur, in Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 69 (2000-2001), s.547 (aktaran) **Memorandum by the Secretariat**, Immunity of State Officials (2008), s.85

Sözleşmesi'nin⁸²⁶ 36. Maddesinde de aile bireylerine bağışıklık tanınmasından bahsedilmektedir. Ancak dört sözleşmede de devlet görevlilerinin ailelerinin kabul eden devletin uyrukluğunda olmaması şartı getirilmiştir. Özel Heyetler Hakkında Sözleşme ve Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde buna ek olarak kabul eden devlette ikamet etmiyor olma koşulu da öngörülmektedir. Bu çerçevede ilk bakışta, yukarıda sayılan bağışıklıkların kapsamı dikkate alındığında, üst düzey devlet görevlilerinin ailelerinin de onlara tanınan bağışıklıktan yararlanacağı düşünülebilir. Özellikle *ratione personae* bağışıklığa sahip kişilerin aile bireylerinin, kendilerine yurtdışı gezilerde eşlik ettikleri durumlarda bağışıklıktan yararlanacaklarının genel olarak kabul edildiği söylenebilir. Nitekim Diplomatik Görevliler de Dahil Olmak Üzere Diplomatik Görevliler de Dahil Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, aile bireylerini de kapsamına almıştır.⁸²⁷

Ratione personae bağışıklığa sahip olan kişilerin sahip oldukları bağışıklıklardan ailelerinin aynı şekilde yararlanıp yararlanamayacağı meselesinde doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmektedir. Örneğin *Oppenheim's International Law*'da diplomatik temsilcilerin bağışıklığına gönderme yapılarak devlet başkanlarının yabancı devlete gerçekleştirdikleri ziyarette kendilerine eşlik eden aile bireylerinin o devletin yargı yetkisinden bağışık olacakları ifade edilmiştir.⁸²⁸ Devlet başkanı olmaksızın yabancı devlete özel amaçlarla giden aile bireylerinin yargı yetkisinden bağışıklığının ise o devletin bunu sağlaması veya kabul etmesine bağlı olduğu belirtilmiştir.⁸²⁹ WATTS ise devlet başkanları ile hükümet başkanı ve dışişleri bakanlarının ailelerine uygulanacak rejim arasında farklılıklar olduğunu söylerken bu bağışıklıkların uluslararası hukuk değil nezaket kuralları gereği uygulandığını belirtmektedir.⁸³⁰ VAN ALEBEEK de eş dışındaki aile bireylerine sağlanan bağışıklıkların uluslararası

⁸²⁶ Doc. A/CONF.67/16. (*Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character*, 14.03.1975), http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf

⁸²⁷ Sözleşme'nin m.1/1a hükmündeki uluslararası korunan kişilere ilişkin yapılan tanımda devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı ile onlara eşlik eden ailelerini de saymaktadır. Bkz. UNTS V. 1035, s. 167.

⁸²⁸ JENNINGS/WATTS (eds) 1992, s.1039-1040

⁸²⁹ İbid. s.1041

⁸³⁰ WATTS, RdC, s.80-81

nezaket kuralları çerçevesinde gerçekleştiğini ifade etmektedir.⁸³¹ Birleşmiş Milletler Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığı Antlaşması'nın hazırlık çalışmalarında görevlendirilmiş ikinci raportör Motoo Ogiso da, İspanya ve Birleşik Krallık hükümetlerinin yargı bağışıklığından yararlanacak kişilerin kapsamına aile bireylerinin de dahil edilmesine ilişkin önerileri üzerine, devlet başkanları, dışişleri bakanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin ailelerinin ayrıcalıkları ve bağışıklıklarının yerleşik uluslararası hukuk kurallarından çok uluslararası nezaket kurallarının bir gereği olarak uygulandığını ifade etmiştir.⁸³² Aynı şekilde Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün devlet ve hükümet başkanlarının yargı bağışıklığına ilişkin hazırlamış olduğu 2001 tarihli Vancouver Önergesi'nin 5. maddesinde devlet başkanının aile bireylerinin ve ev halkının, nezaket gereği yapılan uygulamalar dışında, yabancı devletin makamları önünde bağışıklıktan yararlanamayacakları söylenmektedir.⁸³³

Konuyla ilgili devlet uygulamaları çok fazla olmadığı gibi tek düze bir uygulamanın var olduğunu söylemek de mümkün değildir.⁸³⁴ 1945'te Britanya Hindistan'ı Yüksek Mahkemesi Kalsia Yöneticisi'nin⁸³⁵ eşi aleyhinde açılan vergilendirmeye ilişkin davada bağışıklığın tanınmayacağına hükmetmiştir. Buna gerekçe olarak da Kalsia'nın yöneticisinin, uluslararası hukuk açısından kabul edilen ve tam anlamıyla uluslararası kişiliğe sahip olan bir devletin hükümdarı olmadığından bahisle, kendisine tanınmayan bağışıklığın eşine de uzanamayacağını ifade etmiştir.⁸³⁶ Bununla birlikte Mahkeme, eğer söz konusu olan yabancı bir devletin başkanının bir

⁸³¹ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.185

⁸³² Preliminary report on jurisdictional immunities of States and their property, by Mr. Motoo Ogiso, Special Rapporteur, A/CN.4/415 and Corr.1 Yearbook of the International Law Commission 1988 V. II(1), para. 49. Ayrıca bkz. Official Records of the General Assembly, Forty-fourth Session, Supplement No. 10 (A/44/10), para. 446-450

⁸³³ Buna ek olarak hükümde bu kişilerin başka bir sıfatla, özellikle devlet başkanına yurt dışında özel heyetin bir üyesi olarak eşlik ettiklerinde sahip oldukları bağışıklıklara helal getirmeyeceği de belirtilmiştir. Bkz. Uluslararası Hukuk Enstitüsü "Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İnfazdan Bağışıklığı" konulu Verhoeven Önergesi, http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/2001_van_01_en.PDF

⁸³⁴ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s. 184

⁸³⁵ Kalsia, 1760'ta Gurbaksh Singh tarafından kurulmuş bir devletken, 1858-1947 tarihleri arasında Hindistan, Pakistan ve Bangladeş'ten teşkil olan Britanya Hindistan'nın bir bölümünü oluşturan Panjab Devletleri'nin kontrolüne geçmiştir. *Rani Amrit Kunwar vs Commissioner Of Income-Tax*, Allahabad High Court , AIR 1946 All 306 (21 Aralık 1945), para.1 <http://indiankanoon.org/doc/1944060/>. Ayrıca bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Kalsia>

⁸³⁶ *Rani Amrit Kunwar vs Commissioner Of Income-Tax*, Allahabad High Court, AIR 1946 All 306 (21 Aralık 1945), para.16 <http://indiankanoon.org/doc/1944060/>

yakını olsa idi durumun farklı değerlendirileceğini öngörmüştür.⁸³⁷ Brüksel Hukuk Mahkemesi 1988'de *Mobutu v. SA Cotoni* kararında⁸³⁸ Zaire devlet başkanı Mobutu, eşi ve çocukları aleyhine açılan bir hukuk davasında, devlet başkanının çocuklarının çoktan reşit oldukları ve bu nedenle babalarından ayrı olarak değerlendirilerek, onun sahip olduğu bağışıklıktan hiçbir şekilde yararlanamayacaklarını belirtmiştir.⁸³⁹ Benzer şekilde 2001 yılında Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde görülen *W. v. Prince of Liechtenstein* davasında Mahkeme Liechtenstein Devlet Başkanı'nın kız kardeşi ile iki erkek kardeşine, bu kişilerin Devlet Başkanı ile birlikte yaşayan ve uluslararası yapılageliş hukukuna göre bağışıklığa sahip olan yakın aile bireylerinden olmadıkları gerekçesiyle bağışıklık tanımamıştır.⁸⁴⁰

Bir devlet başkanına yabancı bir ülkeye yaptığı özel ziyaret sırasında eşlik eden aile bireylerinin bağışıklıktan yararlanacağı bazı mahkeme kararlarıyla desteklenmektedir. Örneğin İsviçre'de 1991'de görülen *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police* davasında İsviçre Federal Mahkemesi, Filipinler eski devlet başkanının eşi Imelda Marcos'a bağışıklık tanınmasıyla ilgili olarak, uluslararası yapılageliş hukukunun hep yabancı bir devleti ziyaret eden devlet başkanlarına olduğu gibi onların ailelerine ve hane halkına kişisel dokunulmazlık ve cezai yetkilerden bağışıklık sağladığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre yargı bağışıklığı bir devlet başkanı özel amaçlarla yabancı bir devlete gittiğinde de sağlanmaktadır ve bu tür durumlarda bağışıklık devlet başkanına eşlik eden aile üyelerine ve diğer hane halkına kadar uzanacak şekilde algılanmaktadır.⁸⁴¹ Mahkeme'nin bu tespiti ceza yargılamaları ile sınırlı kalmıştır ve devlet başkanı ve ailesinin mahkeme devletinde bulunmasına ilişkin bir değerlendirme kararda yapılmamıştır. ABD Mahkemeleri'nde bu kez hukuki bir uyuşmazlığa ilişkin açılan *Kline v. Kaneko*⁸⁴² davasında da Amerikan Yürütme Organı'nın önerisiyle Meksika Devlet Başkanı'nın

⁸³⁷ İbid.

⁸³⁸ *Mobutu v. SA Cotoni*, 91 ILR 259 (1993)

⁸³⁹ Dava görüldüğü sırada başkanın eşi ölmüş olduğundan Mahkeme onunla ilgili bir değerlendirmeye girmemiştir. *Mobutu v. SA Cotoni*, 91 I.L.R. 259 (Belçika, 1988), s. 260 vd

⁸⁴⁰ *W. v. Prince of Liechtenstein*, *Supreme Court*, Judgment of 14 February 2001, 7 Ob 316/00x, para. 11.

⁸⁴¹ *Marcos and Marcos v Federal Department of Police*, s.201.

⁸⁴² *Kline v. Kaneko*, 685 F.Supp. 386 S.D.N.Y.,1988 Ayrıca bkz. 101 ILR 497

eşine benzer gerekçelerle bağışıklık sağlanmıştır.⁸⁴³ Hemen belirtmek gerekir ki ABD uygulamasının konuya yaklaşımı hukuki olmaktan öte politik niteliktedir. Bu nedenle ABD mahkeme kararlarının hukuki standartları yansıttığı tartışmalıdır. ABD uygulaması, *Estate of Silme G Domingo v Ferdinand Marcos* ve *Kline v. Kaneko* kararlarında devlet başkanlarının eşlerini bağışıklık kapsamında değerlendirir gözükmektedir. Ancak diğer aile bireyleri açısından konu halen muğlaklığını korumaktadır. ABD’de devlet başkanının eşi dışındaki aile bireylerine bağışıklık tanınması yönünde rastladığımız tek örneğin 1978 yılında İngiltere Kraliçesi’nin oğlu Prens Charles hakkında açılan *Kilroy v. Windsor* davası olduğunu belirmemiz gerekir.⁸⁴⁴ Ancak burada bağışıklık doğrudan aile bireyi olma statüsünden değil, prensin özel görevli olarak diplomatik statüye sahip biçimde ABD’ye gelmiş olmasından dolayı sağlanmıştır.

Sonuç olarak devlet uygulamalarında rastlanan sınırlı davalarda yukarıda zikredilen uluslararası antlaşmalara paralel olarak, aile bireyleri arasında hane halkını oluşturan ve özellikle *ratione personae* bağışıklık sahibi olan kişilerle birlikte seyahat eden aile üyelerine yabancı devletlerde bağışıklık sağlandığını söylemek mümkündür. Bunun dışında sağlanan bağışıklığın bir hukuk kuralı olmaktan çok uluslararası nezaket gereği uygulandığını ifade etmek gerekir.

5.2. DEĞERLENDİRMELER

Uluslararası hukukta kabul edilen bağışıklık kuralları gereğince görevi başındaki yabancı devletin başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin ceza yargılamalarına tabi tutulmaları yasaklanmışken, eski liderler ve devlet görevlilerinin belli durumlarda yargılamaya tabi tutulmalarına izin verilmektedir. Yine uluslararası mahkemelerde de görevi başında veya görevi sona eren devlet başkanları ve görevlilerinin yargılanmasına yönelik uygulamalar mevcuttur.⁸⁴⁵

⁸⁴³ “Uluslararası hukukun genel prensiplerine göre, devlet başkanları ve birinci dereceden aile üyeleri yargılanmaktan bağışıktır.” *Kline v. Kaneko*

⁸⁴⁴ *Kilroy v. Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others*, United States District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, 7 December 1978, 81 ILR 605, s. 605-607.

⁸⁴⁵ Sudan Devlet Başkanı Ömer El Beşir’in Uluslararası Ceza Mahkemesi’ndeki süreci bunlardan biridir. Ayrıca Miloseviç’in EYCM’de yargılanması sırasında halen devlet başkanı statüsünde olması da yine örnek gösterilebilir. Geniş bilgi için bkz. **TOTTEN**, Head-Of-State, s.334. Ayrıca Charles

Devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığı değerlendirilirken devlet görevlilerinin bağışıklıklarının türüne göre bir ayrıma gitmek gerekir. Kişisel bağışıklığa sahip devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağışıklığı konusunda uluslararası yapılageliş hukukunda yerleşik kuralların olduğu söylenebilir.⁸⁴⁶ Buna göre, kişisel bağışıklığa sahip kişiler görev süreleri boyunca, görevleri öncesinde işledikleri suçlardan ve görevleri süresince işledikleri suçlardan dolayı, bu suçlar ağır insan hakları ihlalleri niteliğinde olsa dahi, yabancı bir devletin ceza yargılamasına tabi tutulamazlar.

Taylor ve Radovan Karadzic'in de yargılamalar sırasında devlet başkanı statüsünde oldukları bilinmektedir.

⁸⁴⁶ Bu kategorinin de devlet görevlilerine göre kendi içinde ayrı kurallara tabi olduğunu daha önce belirtmiştir. Aynı yönde Bkz. **KOLLER**, Immunities of Foreign Ministers, s.26

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN BAĞIŞIKLIK KURALLARINA ETKİLERİ

Devlet görevlilerinin yargı bağısıklığının kendini gösterdiği iki alan olan kişisel ve işlevsel bağısıklığın hangi durumlarda ve kimler açısından yürürlükte olduğunu bir önceki bölümde anlattık. Bu bölümde, kişisel bağısıklık ile işlevsel bağısıklık kurallarının ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda herhangi bir istisnaya yer verip vermediğini açıklamaya çalıştık.

Ağır insan hakları ihlallerinde devlet görevlilerinin işlevsel bağısıklığı konusundaki tartışmalar genel olarak üç konuda yoğunlaşmaktadır. Bunlardan ilki ağır insan hakları ihlalleri niteliğindeki uluslararası suçlarda bağısıklıkların, normlar hiyerarşisi kuramına göre en üst norm kabul edilen *jus cogens* kurallar ve bunların olası etkileri karşısındaki durumu; ikincisi devletin ülke dışı yargılama yetkisinin (ve daha özelde evrensel yargılama yetkisinin) uluslararası suçlarda uygulanması, üçüncüsü ise bireysel cezai sorumluluğun bağısıklık kurallarına etkileridir.

Kişisel bağısıklıklar açısından, bu bağısıklığın mutlak niteliği nedeniyle, devletin açık veya örtülü biçimde bağısıklıktan feragat etmesi haricinde, herhangi bir istisna öngörülmemektedir. Bunun nedeni kişisel bağısıklıkların, devletin yargı bağısıklığı gibi, usuli bir engel teşkil etmesidir. Oysa görevlinin yargılanabilmesi için öncelikle ihlalin niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bunun için de mahkemenin davanın esasına girmesi zaruridir. Bu nedenle kişisel bağısıklıklar, bahşedilen kişilerin özel statülerinin de bir gereği olarak, istisnaya yer vermeyecek şekilde işlem görerek yargılamanın önünü keser.

İşlevsel bağısıklıklarda durum daha farklıdır. Devlet görevlilerinin bağısıklıkları konusundaki tartışmalar da daha ziyade işlevsel bağısıklık kuralları konusunda yapılmaktadır. Çünkü işlevsel bağısıklık devletteki statüye değil yapılan işe özgülendiğinden, işlem veya eylemin resmi sıfatla gerçekleşip gerçekleşmediği

ve/veya resmi eylem olarak addedilip addedilemeyeceği ve dolayısıyla devlete atfedilebilir nitelikte olup olmadığı konusu tartışmalar yaratmaktadır.

Gerek normatif hiyerarşi teorisi açısından, gerekse devletin ülke dışı yargılama yetkilerini kullanması bakımında öne sürülen argümanlar, devlet görevlilerinin bağışıklığını yok saymak için yeterli gözükmemektedir. Bireysel cezai sorumluluk, devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasına tabi tutulabilmelerine olanak sağlayabilecek en sağlam gerekçeyi içinde barındırmaktadır. Çünkü işlevsel bağışıklık kapsamında devlet adına hareket eden bireylerin gayrişahsi sorumluluğu, daha önce ifade ettiğimiz gibi, uluslararası hukukun bireylere doğrudan sorumluluk yüklediği konularda yürürlüğünü yitirir. Başka bir deyişle, ağır insan hakkı ihlali niteleyen uluslararası suçları işleyen bireyler açısından özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında gittikçe yerleşen bireysel cezai sorumluluk, suçları işleyenlerin eylemi devlete atfederek sorumluluktan kurtulabilmelerinin önüne geçmektedir. Bu bölümde önce normlar hiyerarşisi kuramının, ardından devletin ülke dışı yargılama yetkisinin bağışıklık kuralları açısından nasıl bir etki yarattığını anlatmaya çalıştık. Sonrasında ise bireysel cezai sorumluluk ve bunun kişisel bağışıklıklar ile işlevsel bağışıklıklar açısından nasıl bir etkiye sahip olduğunu ayrı ayrı değerlendirdik.

6. AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIK

Ağır insan hakları ihlallerinde devlet görevlilerinin işlevsel bağışıklığı konusundaki tartışmalar genel olarak üç konuda yoğunlaşmaktadır. Bunlardan ilki ağır insan hakları ihlalleri niteliğindeki uluslararası suçlarda bağışıklıkların, normlar hiyerarşisi kuramına göre en üst norm kabul edilen *jus cogens* kurallar ve bunların olası etkileri karşısındaki durumu; ikincisi devletin ülke dışı yargılama yetkisinin (ve daha özelde evrensel yargılama yetkisinin) uluslararası suçlarda uygulanması, üçüncüsü ise bireysel cezai sorumluluğun işlevsel bağışıklık kurallarına etkileridir. Bu kuramlara geçmeden önce çalışmamızda sıklıkla bahsettiğimiz Pinochet davasına kısaca değinmekte yarar vardır.

6.1. BAŞLARKEN: PİNOCHET DAVASI

11 Eylül 1973'te Şili Askeri Birlikleri, demokratik seçimlerle başa gelmiş olan Salvador Allende'yi devirdiğinde General Pinochet iktidara geçmişti. Bu tarihten sonra ülkede dikta rejimi hüküm sürmüştü ve pek çok kişi bu rejimin sonuçlarına ağır biçimde maruz kalmışlardı. Bu dönemde ağır işkenceler, işkence sırasında ölümler, zor altında kayıplık gibi birçok suç işlenmişti.⁸⁴⁷

Pinochet, 1980'de yaptığı anayasal değişiklikle kendisini ömür boyu Senato'nun bir üyesi olarak atayarak devlet başkanlığı görevinden sonra bu pozisyonda siyasi yaşamını sürdürmek konusunda kendisini garantiye almıştı. Böylece, görev süresince işlediği suçlardan yargılanmasının önüne geçmiş olacaktı. Ancak işler pek de umduğu gibi gitmedi. Bu girişimin en azından yargılamalara maruz kalma durumuna engel olmakta başarısız olduğunu söylemeliyiz. Zira İspanyol Yargıç Baltazar Garzon'un Pinochet hakkında yayınlattığı yakalama kararı ve yakalandığı ülkeden İspanya'ya yargılanmak üzere iade talebi Pinochet'in İngiltere'de 3 safhada gerçekleşecek yargılamalara tabi olmasına neden oldu.

Şili eski Devlet Başkanı General Augusto Pinochet 1997 yılında ameliyat olmak üzere gittiği İngiltere'den dönüşünün öncesinde İspanyol makamları tarafından Ekim ve Kasım 1998'de yakalanması ve yargılanmak üzere İspanya'ya iadesine ilişkin iki uluslararası yakalama emri çıkarılmıştır. Bunlardan ilki Şili'de İspanyol uyruklarının öldürülmesine⁸⁴⁸; ikincisi ise adam öldürme, işkence, rehin alma olaylarına ilişkindir. General Pinochet 22 Ekim 1998'de yayınlanan ikinci uluslararası yakalama emri üzerine İngiliz makamları tarafından yakalanınca, bu yakalama kararının iptali için derhal başvuruda bulunmuştur. 3 yargıç tarafından incelenen başvuru, eski bir devlet

⁸⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Naomi ROHT-ARRIAZA**, *The Pinochet Effect: transnational justice in the age of human rights*, University of Pennsylvania Press 2004, s.32vd; **ZEHNDER**, *Der Fall Pinochet*, s.121 vd.; **Naomi ROHT-ARRIAZA**, *The Multiple Prosecutions of Augusto Pinochet*, in Ellen L. LUTZ/Caitlin REIGER (eds.) *Prosecuting Heads of States*, Cambridge University Press 2009, s.82 vd.

⁸⁴⁸ Bu ilk yakalama emri, Şili'de İspanyol uyruklarının öldürülmesine ilişkin olduğundan İngiltere'nin Geri Verme Yasası kapsamındaki bir suçu teşkil etmemiş ve hükümsüz kabul edilmiştir. Bkz. **BIANCHI**, *Immunity versus Human Rights*, s.239

başkanının görevi sırasında gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı yargı bağımsızlığının bulunduğu gerekçesiyle kabul edilmiş ancak bu karar daha sonra İngiliz Savcılık Makamı tarafından Lordlar Kamarası önüne getirilmiştir.⁸⁴⁹

25 Kasım 1998’de Lordlar Kamarası 5 yargıçtan oluşan bir oturumda Mahkeme 3’ekarşı 2 çoğunlukla eski devlet başkanının *ratione materiae* bağımsızlığının resmi işlevlerini yerine getirirken gerçekleştirdiği hukuka uygun eylemler açısından geçerli olduğu ve siyasi muhaliflere uygulanan işkencenin bu kapsamda kabul edilemeyeceği gerekçesiyle bağımsızlığın uygulanamayacağına hükmetmiştir. Ancak bu karar, çoğunluk oylarından birini veren Lord Hoffmann’ın davaya müdahil olan Uluslararası Af Örgütü’nde idareci olarak görev yapmış olduğunun ortaya çıkması nedeniyle yargıcın tarafsızlığının zedelenmiş olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.⁸⁵⁰ Pinochet (3) adıyla anılan son yargılamada Lordlar ağırlıklı olarak *BM İşkence Sözleşmesi*’nin yargılama veya iade etme konusundaki yükümlülüğe dayanarak, Pinochet’in bağımsızlık savını reddetmiş ve iade edilebileceğine hükmetmiştir.⁸⁵¹ Ocak 2000’de sağlık durumunun duruşmalara katılmaya elverişli olmadığına ilişkin verilen doktor raporunun ardından Pinochet 2 Mart 2000’de serbest bırakılmış ve derhal Şili’ye geri dönmüştür.⁸⁵² 2006 yılında da hiçbir suçtan yargılanamadan kalp krizi geçirerek yaşamını yitirmiştir.⁸⁵³

6.2. JUS COGENS KURALLARIN İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIĞA ETKİSİ

Normlar hiyerarşisi kuramı, hukuk sistemi içindeki kuralların alt-üst ilişkisi içerisinde değerlendirilmesine dayanmaktadır. Buna göre bir alt norm, üst normla çatışma halindeyse geçersiz sayılacaktır. Uluslararası hukukta kurallar arasındaki hiyerarşi iç hukuktaki gibi belirgin biçimde ortaya koyulamamakla birlikte genel

⁸⁴⁹ **Andrea GATTINI**, Pinochet Cases, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008-, online edition, para.2 (Kısaca GATTINI, Pinochet Cases)

⁸⁵⁰ Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 2) [1999] 1 AC 119 (Kısaca *Pinochet (2)* [1999])

⁸⁵¹ Pinochet (3) [2000], s.292

⁸⁵² **GATTINI**, Pinochet Cases, para.4

⁸⁵³ **GATTINI**, Pinochet Cases, para. 6

olarak *jus cogens* nitelikteki kuralların en üst norm niteliğinde olduğu ve bununla çatışan kuralların geçersiz olacağı kabul edilmektedir.

Jus cogens nitelikteki kuralların neler olduğunun belirlenmesi zor ve tartışmalı bir konudur. Bu konuda karşılaşılan zorluğun yanında, bu kuralların yalnızca devletler açısından kaçınma yükümlülüğü mü yoksa aynı zamanda tüm devletlere *erga omnes* nitelikli bir yargılama yükümlülüğü mü getirdiği de oldukça tartışmalıdır. Aşağıda da açıkladığımız üzere, devlet görevlilerinin bağışıklığını ortadan kaldıracak bir çatışmanın tüm uluslararası hukuka aykırı suçlar açısından yapılageliş hukuku bağlamında uygulama bulduğunu söylemek zordur. Dahası, devletlere sözleşmesel yükümlülük getiren *jus cogens* kuralla ilişkin yasakların etkisi, ancak sözleşmeye taraf devletler açısından geçerlilik kazanmaktadır. Böylece sözleşmeye taraf olmayan devletler açısından bu tür bir yükümlülüğün, ilk bakışta, olmadığı düşünülebilir. Ancak burada *ratione personae* ve *ratione materiae* bağışıklıklar arasında bir ayırım yapmak da zorunludur. Nitekim ilki mutlak ve usuli niteliği nedeniyle ve bir yargılama engeli olduğundan maddi nitelikli *jus cogens* kuralla çatışma halinde değildir. İkincisi açısından ise, *jus cogens* kurallara aykırı eylemlerin resmi eylem olarak kabul edilmesi durumunda dahi bağışıklık ortadan kalkmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında önce *jus cogens* ve *erga omnes* kavramlarına kısaca değinip, ardından da bunların devlet görevlilerinin bağışıklığına etkilerini değerlendirdik.

6.2.1. *Jus cogens* Kavramı

Uluslararası hukukta emredici kuralların varlığına ilişkin antlaşmalar hukukunda ilk tanım 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin(VAHS) 53. maddesinde yapılmıştır.⁸⁵⁴ Buna göre *jus cogens*, “... kendisinden hiçbir surette sapmaya izin

⁸⁵⁴ **ORAKHELASHVILI**, Peremptory Norms, s. 39; **Erdem DENK** Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar 56 AÜSBFD 43 (2001), s.45. Benzer bir hükme 1986 Viyana Uluslararası Örgütler ile Devletler veya Uluslararası Örgütler Arasında Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde de 54 ve 63. maddelerde yer verilmiştir. Bkz. 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, V. II. Jus cogens kuralların

verilmeyen ve ancak sonradan ortaya çıkan aynı nitelikteki bir genel uluslararası hukuk kuralı ile değiştirilebilecek bir kural olarak, Devletlerin uluslararası toplumunun tamamı tarafından kabul edilen ve tanınan kuraldır.” Bu kuralın etkisi, adı geçen antlaşmaya göre, bir antlaşmanın mutlak biçimde geçersiz sayılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu geçersizlik, VAHS’de *jus cogens* kuralın ortaya çıkış zamanına göre iki şekilde düzenlenmiştir.⁸⁵⁵ VAHS m.64’e göre, sonradan ortaya çıkan bir *jus cogens* kuralın, kendisinden önce yapılmış olan antlaşmayla çatışması durumunda antlaşma batıl hale gelir ve sona erer. Bunun sonucu olarak taraf devletler, o antlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekten kurtulmakla birlikte, antlaşmanın sona ermesinden önce tarafların antlaşmanın uygulanmasından doğan hak ve yükümlülükleri, ortaya çıkan *jus cogens* kuralla çatışmadığı sürece korunabilecektir.⁸⁵⁶ Antlaşmanın yapıldığı sırada bir *jus cogens* kuralın var olması durumunda antlaşma baştan itibaren hükümsüzdür. Başka bir deyişle antlaşma ölü doğmuştur. Böyle bir antlaşmaya güvenerek yerine getirilen her türlü işlemin sonuçları mümkün olduğu ölçüde antlaşmadan önceki hale getirilecektir. Mümkün olmayan durumlarda ise elbette devletlerin uluslararası sorumlulukları söz konusu olacaktır. Ayrıca devletler ilişkilerini *jus cogens* kuralla uygun hale getirmekle yükümlüdürler.⁸⁵⁷

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 53. Maddesinde yer alan buyruk kuralların herhangi bir istisnaya yer vermeyen kurallar olduğuna yönelik tanımın şekli nitelikte kaldığı söylenmektedir⁸⁵⁸; zira söz konusu hüküm bir *jus cogens* kuralın neden yüksek düzeyde ve diğer kuralların üzerinde bulunduğunu açıklamamaktadır.⁸⁵⁹ Ancak bir kuralın *jus cogens* olarak kabul edilebilmesi için

VAHS ile ortaya çıkmış olduğunu kasetmediğimizi ifade etmeliyiz. Bu antlaşma *jus cogens* kuralların pozitif hukuka girişini gösterdiğinden tanım için ilgili hükümlerine yer verdik. Benzer biçimde bkz. **Ümmühan Elçin ERTUĞRUL**, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, Yetkin Yay. 2012, s.91-92.

⁸⁵⁵ **Michael BYERS**, Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules, 66 NordicJIL 211 (1997), s.214 (Kısaca **BYERS**, Conceptualising the Relationship)

⁸⁵⁶ VAHS m. 71/2

⁸⁵⁷ VAHS m.71/1. **Mark E. VILLIGER**, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Martinus Nijhoff Publishers 2009, s.585 (Kısaca **VILLIGER**, Commentary)

⁸⁵⁸ **ELÇİN ERTUĞRUL**, Devletin Sorumluluğu, s.94

⁸⁵⁹ **Christian TOMUSCHAT**, Obligations Arising for States without or against Their Will, RdC V. 241 (1993), s.223 (Kısaca **TOMUSCHAT**, Obligations); **ORAKHELASHVILI**, Peremptory Norms, s. 43; **Andreas L. PAULUS**, Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal, 74 Nordic J. Int'l L. 297 (2005), s. 301. D’Amato’ya göre Uluslararası Hukuk

uluslararası toplumun ortak menfaatlerini korumaya yönelik yüksek değerde bir kural olması gerektiği genellikle kabul edilmektedir.⁸⁶⁰ Örneğin EYUCM, bir kuralın emredici olmasını, koruduğu değerlere bağlamaktadır.⁸⁶¹ Burada korunanın, bireysel menfaate değil, uluslararası toplumun ortak değerlerine uygun olması esastır.⁸⁶² Bu ortak değerlerin temelinde ise uluslararası kamu düzeninin sağlanması bulunmaktadır.⁸⁶³ Bir kuralın jus cogens olarak kabul edilmesi ise, onun ait olduğu kaynaktan ziyade kendisine atfedilen bu üstün değerle alakalıdır.⁸⁶⁴ Böyle üstün bir değer atfedilen kurala uygun davranma yükümlülüğünden, yapılageliş kurallarındaki gibi, ısrarlı muhalefet ederek kurtulmak mümkün değildir.⁸⁶⁵

Günümüzde, uluslararası hukukta jus cogens kuralların var olduğu genel olarak kabul edilmektedir.⁸⁶⁶ Bu kuralların ihlal edildiğinin uluslararası toplumun üyesi olan devletlerin her biri tarafından ileri sürülebileceği ve dolayısıyla da *erga omnes* bir etkiye sahip olduğu bilinmekle birlikte, bu erga omnes etkinin tam olarak nasıl yorumlanacağı tartışmalıdır. Özellikle ağır insan hakları ihlallerinde, bu etkinin bir yargılama yetkisi şeklinde karşılık bulup bulmayacağı, tartışmaların temelindeki meseledir.

Komisyonu'nu, jus cogens kuralların hukuki etkisini tanımlarken, bu kuralların nasıl saptanacağını belirleme konusunda yetersiz kalmıştır. **Anthony D'AMATO**, *It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens*, 6 Conn. JIL. 5 (1990-1991), s.5

⁸⁶⁰ **ORAKHELASHVILI**, *Peremptory Norms*, s.46

⁸⁶¹ *Prosecutor v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, ICTY Trial Chamber II, Judgment of 10 Dec. 1998, para. 153. <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> (Kısaca *Prosecutor v. Furundzija*)

⁸⁶² **ORAKHELASHVILI**, *Peremptory Norms*, s.47

⁸⁶³ *Ibid.*

⁸⁶⁴ **DENK**, *Jus Cogens*, s.52; **Eckart KLEIN**, *Establishing A Hierarchy Of Human Rights: Ideal Solution Or Fallacy?*, 41 Isr.LR 477 (2008), s.481

⁸⁶⁵ **Dinah SHELTON**, *Normative Hierarchy In International Law*, 100 AJIL 291 (2006), s.305; **BYERS**, *Conceptualising the Relationship*, s.217

⁸⁶⁶ **BYERS**, *Conceptualising the Relationship*, s.214-215; **Nina H. B. JØRGENSEN**, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press 2000, s.89 (Kısaca **JØRGENSEN**, *The Responsibility of States*). Uluslararası hukukta emredici kuralların olmadığını ileri süren yazarlardan **DUPUY**'e göre ise uluslararası hukukta normlar hiyerarşisi yoktur çünkü uluslararası düzen devletlerin istençlerine dayandırılmıştır ve mantıksal olarak kaynakların, kuralların ve usulün eşit olduğu bir düzende bir hiyerarşiden söz edilemez. **Pierre-Marie DUPUY**, *Droit International Public* 1995, s.14-16 (aktaran) **SHELTON**, *Normative Hierarchy*, s. 291. 1969 VAHS'nin hazırlık çalışmalarında yapılan tartışmaların yanında uluslararası hukukta emredici normların kabulü o zamanlarda doktrinde de eleştirilere neden olmuştur. Örneğin bkz. **Georg SCHWARZENBERGER**, *International Jus Cogens?*, 43 Texas Law Review 455 (1965); **Teodor MERON**, *On a Hierarchy of International Human Rights*, 80 AJIL 1 (1980)

6.2.2. Erga omnes Kavramı

Latince bir terim olan *erga omnes*, “herkese karşı” anlamına gelmektedir.⁸⁶⁷ Uluslararası hukukta *erga omnes*, hem hakları hem de yükümlülükleri işaret etmek üzere kullanılmaktadır. Bu hak ve yükümlülüklerin ihlali, tüm devletlere karşı gerçekleştirilmiş olarak kabul edilir.⁸⁶⁸ Erga omnes yükümlülükler, daha ziyade devletin sorumluluğu çerçevesinde ele alınmaktadır.⁸⁶⁹ VAHS’deki jus cogens tanımının etkisiyle UAD ilk kez erga omnes yükümlülük konusunu incelemiştir.⁸⁷⁰ Belçika ile İspanya arasında uyuşmazlığa neden olan *Barcelona Traction* davasında⁸⁷¹ verdiği kararında Divan, devletlerin uluslararası suçlarla ilgili yükümlülüklerini irdeleyerek belli başlı uluslararası suçların önlenmesi meselesinin, uluslararası topluma bir bütün olarak yükümlülükler getirdiğine işaret etmiştir. Bu yasaklayıcı kurallar her devletin bir hukuki menfaatinin bulunabileceği *erga omnes* yükümlülükler öngörmektedir.⁸⁷² Divan bunu şu sözlerle ifade etmektedir:

*“Diplomatik koruma alanında bir devletin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükleri ile diğer devlete karşı ortaya çıkanlar arasında esaslı bir ayırım yapılmalıdır. Doğaları gereği öncekiler tüm devletleri ilgilendirir. Söz konusu hakların önemi gözönüne alındığında bütün devletlerin bunların korunmasında hukuki bir menfaatleri olduğu kabul edilebilir ; bunlar yükümlülüklerdir.”*⁸⁷³

Divan *erga omnes* kuralların saldırı suçu ve soykırım suçunun yasaklanması ve kölelik ve ırksal ayrımcılığı içeren temel insan hakları kuralları ve ilkelerinden

⁸⁶⁷ ELÇİN ERTUĞRUL, Devletin Sorumluluğu, s.114

⁸⁶⁸ MCGREGOR, Torture and State Immunity, s.916

⁸⁶⁹ Stefan KADELBACH, Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms, in Christian TOMUSCHAT/Jean-Marc THOUVENIN (eds), The Fundamental Rules Of The International Legal Order - Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers 2006, s.26

⁸⁷⁰ KADELBACH, Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules, s. 22

⁸⁷¹ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, s. 3 <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (Kısaca *Barcelona Traction* [1970])

⁸⁷² Prosecute or Extradite [2012], para 68-69

⁸⁷³ Barcelona Traction [1970], para. 33

doğduğunu ifade etmiştir.⁸⁷⁴ *Erga omnes* yükümlülükler ihlal edildiğinde her devletin söz söyleme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.⁸⁷⁵

Uluslararası Hukuk Enstitüsü de *erga omnes* yükümlülüklerle ilişkin Krakov'da bir çalışma yapmıştır. Bu çalışmanın sonucunda ortaya konulan Önerge'ye⁸⁷⁶ göre bir *erga omnes* yükümlülük;

“a. genel uluslararası hukuka göre bir devletin uluslararası topluma karşı, onun ortak değerleri ve uyum kaygısını gözönünde tutarak, her durumda borçlu olduğu, ihlaliyle de tüm devletlerin harekete geçmesine imkan sağlayacak bir yükümlülük veya;

b. çok taraflı bir uluslararası antlaşmada taraf devletlerden birinin aynı antlaşmaya taraf diğer tüm devletlere karşı, onların ortak değerleri ve uyum kaygısını gözönünde tutarak, her durumda borçlu olduğu, ihlaliyle de tüm bu devletlerin harekete geçmesine imkan sağlayacak bir yükümlülüktür”⁸⁷⁷.

Uluslararası Hukuk Komisyonu *Uluslararası Açılan Haksız Fiillerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Taslak Maddeleri* üzerinde çalışırken uluslararası suçlar açısından zarar gören devletin tüm devletler olduğunu ifade ederek bunların *erga omnes* etkisini teyit etmiştir.⁸⁷⁸

Erga omnes yükümlülükler, genel olarak *jus cogens* kuralların bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla *jus cogens* kurallar, *erga omnes* yükümlülüklerle birlikte anlam kazanmaktadır.⁸⁷⁹ Her iki kavramın da uluslararası kamu düzenine ilişkin olduğu ve uluslararası toplumun ortak değerlerine aykırı davranan devletlere

⁸⁷⁴ Barcelona Traction [1970], para. 32

⁸⁷⁵ **BYERS**, Conceptualising the Relationship, s. 211

⁸⁷⁶ Uluslararası Hukukta Erga Omnes Yükümlülükler ve Haklar konusunda Krakov Önergesi, 2005 (Obligations and rights erga omnes in international law) Raporötr: M. Giorgio Gaja http://www.idi-ijl.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_01_en.pdf

⁸⁷⁷ Uluslararası Hukukta Erga Omnes Yükümlülükler ve Haklar Krakov Önergesi, 2005 (Obligations and rights erga omnes in international law) Raporötr: M. Giorgio Gaja http://www.idi-ijl.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_01_en.pdf , m.1

⁸⁷⁸ Bkz. Taslak Maddeler, m. 53.

⁸⁷⁹ **Eckart KLEIN**, Establishing A Hierarchy Of Human Rights: Ideal Solution Or Fallacy?, 41 Isr.LR 477 (2008), s.482

karşı düzeni korumak amacını taşıdığı kabul edilmektedir.⁸⁸⁰ Ancak *jus cogens* kuralların genel olarak yargılama yükümlülüğü öngören bir *erga omnes* etkisinin olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

6.2.3. Jus Cogens Kurallar ve Erga Omnes Yükümlülüklerin Devlet Görevlilerinin Bağışıklığına Etkisi

6.2.3.1. Genel olarak

Jus cogens belli uluslararası suçların ulaştığı yasal statüyü işaret etmektedir ve *obligatio erga omnes* (*erga omnes* yükümlülükler) de belli bir suçun *jus cogens* olarak nitelendirilmesinden kaynaklanan yasal bir çıkarımdır. Bu nedenle bu iki kavram birbirinden farklıdır.⁸⁸¹ Uluslararası hukuk her iki kavramla da ilgilenir; fakat bu ilgi daha çok uluslararası ceza hukukunu kapsamayan bağlamda gerçekleşmektedir. Kamu hukukçuları ve ceza hukukçuları bu sorun üzerinde önemli fikir ayrılıklarına düşmektedirler.⁸⁸² En temel anlaşmazlık bir uluslararası suçun nasıl *jus cogens* niteliğe ulaşacağı ve bu tür suçların kanunilik prensibinin koşullarını yerine getirme yönteminin nasıl olacağıdır.⁸⁸³

Jus cogens kurallar ile bağışıklığın çatışması konusunda farklı açılardan görüşler öne sürülmüştür. Bunlar *jus cogens* ihlaline neden olan eylemin egemenlik tasarrufu olarak değerlendirilemeyeceği; ölümle veya yaralanmayla sonuçlanan hareketlere karşı yapılan başvuruların mahkeme devletinin egemenlik tasarrufu niteliğindeki eylemlere yargı bağışıklığı tanıma yükümlülüğüne bir istisna teşkil ettiği; *jus cogens* ile ilişkin başvurularda bağışıklığın emredici norm karşısında yok sayılması gerektiği ve buna benzer görüşlerdir.⁸⁸⁴ Bu görüşlerin temel olarak düğümlendiği noktalardan biri, *jus cogens* ihlali eylemlerin resmi eylemler olarak kabul edilemeyeceğidir. Bir devlet görevlisi bağlamında ise, görevli *jus cogens* kural ihlali

⁸⁸⁰ ERTUĞRUL, Devletin Sorumluluğu, s.117

⁸⁸¹ Cherif BASSIOUNI, International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, 59 Law and Contemporary Problems 63 (1996), s64 (Kısaca BASSIOUNI, Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes)

⁸⁸² İbid.

⁸⁸³ BASSIOUNI, Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, s.65

⁸⁸⁴ Roger O'KEEFE, State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds, 44 Vand. JTL 999 (2011), s.1007-1008 (Kısaca O'KEEFE, State Immunity and Human Rights)

niteleyen bir suç işlediğinde, resmi sıfatla hareket etmemiş sayılmaktadır. Yani uluslararası suçlar egemenlik tasarrufu niteliğinde değildir. Peki bu gerçekten böyle midir? Bu konuya burada değinmek, normlar hiyerarşisi kuramının bağışıklığın yok sayılması konusundaki etkisini ortaya koymak için zaruridir.

6.2.3.2. Uluslararası Suçlar Resmi Eylem Olarak Kabul Edilebilir mi?

Devletin yargı bağışıklığının yalnızca egemenlik tasarrufuna ilişkin işlemlerde uygulanacağı ve özellikle *jus cogens* kurallara aykırı olan uluslararası suçların asla egemenlik işlemi olarak addedilemeyeceği ileri sürülmektedir.⁸⁸⁵ Benzer tartışmalar, uluslararası suç oluşturan eylemlerin resmi eylem olarak addedilemeyeceği konusunda da yapılmaktadır. Bazılarına göre bir devlet *jus cogens* kurala aykırı bir harekete kalkışıyorsa, bu o devletin, egemenlik alanından çıktığı için bağışıklık hakkından vazgeçtiği anlamına gelmektedir.⁸⁸⁶ Aslında devletin *jus cogens* kuralları ihlal etme yetkisi yoktur ve bu tür eylemler egemenlik tasarrufu olarak kabul edilemez. Bu görüşe bazı yerel mahkeme kararlarında da rastlamak mümkündür. Buna en bilindik örnek olan *Prefecture of Voiota – Federal Republic of Germany* davası, Yunanistan'ın Distomo köyünde Alman güçleri tarafından işlenen ve 200 sivilin ölümüyle sonuçlanan canavarca eylemlerin tazminine ilişkin şikayetleri içermektedir.⁸⁸⁷ Yunan İlk Derece Mahkemesi, Yüksek Mahkeme'nin de⁸⁸⁸ teyit

⁸⁸⁵ Bu durum genel olarak devletlere karşı açılan hukuk davalarında bağışıklığın reddedilmesine ilişkin olarak ileri sürülmektedir. Örneğin BIANCHI'ye göre insan hakları ihlalleri egemenlik tasarrufu niteliğindeki eylemler olarak kabul edilemez. Uluslararası hukuk bu tür eylemleri doğrudan kendisini ihlal eden eylemler olmamasına rağmen temel değerlerine aykırılık teşkil ettiğinden egemenlik işlemi olarak addemez. **BIANCHI**, Immunity versus Human Rights, s. 265. Ayrıca bkz. **Adam BELSKY/Mark MERVA/Naomi ROTH-ARRIAZA**, Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law, 77 California LR 365 (1989), s. 394; **Andrea BIANCHI**, Denying State Immunity to Violators of Human Rights, 46 Austrian JPIL 195 (1994), s. 205 ve 217 (Kısaca **BIANCHI**, Denying State Immunity); **Mathias REIMANN**, A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany, 16 Michigan JIL 403 (1995), s. 421–423; **Aleksander ORAKHELASHVILI**, State Immunity and International Public Order, 43 GYBIL 227 (2002), s.237 (Kısaca **ORAKHELASHVILI**, State Immunity)

⁸⁸⁶ **BELSKY/ MERVA/ ROHT-ARRIAZA**, Implied Waiver Under the FSIA, s. 394.

⁸⁸⁷ *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, [1997] Revue Hellénique De Droit International 595 (Greece: Court of First Instance Leivadia, 1997). Kararla ilgili olarak bkz. **İlias BANTEKAS**, Case Comment: Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, 92 AJIL 765 (1998).; **Christian APPELBAUM**, Der Fall Distomo - Die Staatenimmunität Deutschlands gegenüber Klagen wegen Wehrmachtsverbrechen in Griechenland, 17 HV-I 190 (2004); **Pasquale DE**

ettiği üzere, *jus cogens* kuralları ihlal eden eylemlerin egemenlik işlemi olarak kabul edilemeyeceği ve Almanya'nın bu tür eylemleri yaparak bağışıklığından feragat ettiği görüşüne dayanarak 30 milyon dolara yakın bir miktarda tazminata hükmetmiştir.⁸⁸⁹ Ancak bu görüş Alman Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir. *Prefecture of Voiotia – Federal Republic of Germany* davasının davacıları, taleplerini Almanya'da icra etmek üzere başvuruda bulduklarında Alman Yüksek Mahkemesi, Yunan Yüksek Mahkemesi'nce öne sürülen düşüncelerin uygulanan uluslararası hukuk kapsamında olmadığı gerekçesiyle talepleri reddetmiştir.⁸⁹⁰ Distomo katliamıyla ilgili daha sonra açılan bir davada Yunan Yüksek Mahkemesi çok az farklı bir çoğunlukla devletin yargı bağışıklığının, başka devletin silahlı birlikleri tarafından işlenen işkence de dahil olmak üzere bir takım suçların sonucunda oluşan zararlara ilişkin eylemlerde de uygulanan, genel olarak kabul edilmiş bir uluslararası hukuk kuralı olduğunu ifade etmiştir.⁸⁹¹ Mahkeme, devletin yargı bağışıklığına istisna oluşturabilecek istikrarlı ve geniş sayıda devlet uygulamasının var olmadığını belirtmiştir.⁸⁹²

ABD'deki *Princz v. Federal Republic of Germany*⁸⁹³ davasında, Nazi rejiminin kurbanı olan Prinz, Almanya'nın *jus cogens* kuralı ihlal ederek bağışıklığından zımnen feragat ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme'nin çoğunluğu bu görüşü, zımni feragatin yabancı hükümetin yargılanmayı uygun gördüğünü belli şekillerde göstermesine bağlı olduğuna dayanarak reddetmiştir.⁸⁹⁴ Yalnızca Yargıç Wald

SENA/Francesca DE VITTOR, State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case, 16 EJIL 89 (2005)

⁸⁸⁸ *Prefecture of Voiotia v. Germany*, Case no. 11/2000 (Greece: Supreme Court, 2000), ILDC 287 (GR 2000). Ayrıca bkz. *Germany v Giovanni Mantelli and ors*, Case No 14201/2008; ILDC 1037 (IT 2008) Bkz. **Elena VOURNAS**, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic Of Germany: Sovereign Immunity and the Exception for Jus Cogens Violations*, 21 NYLS JICL 629 (2002); **Maria GAVOUNELI/Ilias BANTEKAS**, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, 95 AJIL 198 (2001).

⁸⁸⁹ *Prefecture of Voiotia v. Germany*, ILDC 287 (GR 2000), F2

⁸⁹⁰ *Greek Citizens v. Federal Republic of Germany* (The Distomo Massacre Case), 42 ILM 1030 (2003) (Germany: Sup. Ct, 2003), s. 1033.

⁸⁹¹ *Federal Republic of Germany v. Miltiadis Margellos*, Case 6/17-9-2002 (Greece: Special Supreme Court, 2002), 1 AED 11–19, 3 March 2003; ILDC 87 (GR 2002), para.15

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994).

⁸⁹⁴ *Princz v. Federal Republic of Germany*, s. 1174. ABD'de bu argümanın reddedildiği diğer davalar için bkz. *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F 3d 239 (CA, 2nd Cir., 1996); *Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 90 ILR 486 (DC Cir. 1996); *Sampson v. Federal Republic of Germany*, 975 F Supp 1108 (ND Ill., 1997).

çoğunluk görüşünden ayrılarak bir devletin uluslararası toplumun bütününün toplu iradesini çiğneyerek yürürlükteki *jus cogens* nitelikli bir kuralı ihlal ettiğinde, bağışıklığın kapsamına giren egemenlik tasarrufu işlemi gerçekleştirmiş olamayacağını ileri sürmüştür.⁸⁹⁵ İtalyan Yüksek Mahkemesi ise *Ferrini v. Federal Republic of Germany* davasında *jus cogens* ihlallerin egemenlik tasarrufu olarak addedilemeyeceği veya *jus cogens* ihlallerin gerçekleştirilmesiyle bağışıklıktan zımni biçimde feragat edilmiş olacağı görüşlerini açıkça reddetmiştir.⁸⁹⁶

Benzer bir görüş *Bouterse* davasında da benimsenmiştir. Hollanda'da Surinam'ın şuanki Devlet Başkanı ve olaylar sırasında ordunun başında görev yapan Desi Bouterse⁸⁹⁷ aleyhinde *in absentia* evrensel yargı yetkisi kullanılarak⁸⁹⁸ dava açılmıştır. Davada 1982'de Bouterse'in, Aralık Cinayetleri olarak anılan ve önde gelen 15 hükümet karşıtı gencin bir gece vakti evlerinden alınarak götürülükleri yerde vurularak öldürülmelerinden sorumlu tutulmasına ilişkindir. Ölenlerin yakınları tarafından açılan davada Surinam Devleti'nin, Bouterse'in olaylar sırasında devlet başkanı olduğu için yargılamadan bağışıklık olduğuna ilişkin savı Amsterdam Mahkemesi tarafından "bu türden çok büyük suçların işlenmesi bir devlet başkanının resmi görevlerinin bir parçası olarak kabul edilemez" demek suretiyle reddedilmiştir.⁸⁹⁹ Uluslararası suçları içeren eylemlerin egemenlik tasarrufu olarak

⁸⁹⁵ Prinz v. Federal Republic of Germany, s. 1182.

⁸⁹⁶ Mahkeme yalnızca açıkça yapılan hareketlerin feragat niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, 87 RDI (2004) 539 (Italy: Cassazione), Appeal decision, no 5044/4; ILDC 19 (IT 2004), para. 7 ve 9.2. Bkz. **DE SENA/DE VITTOR**, State Immunity and Human Rights, s. 101–102; **Carlo FOCARELLI**, Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: the Ferrini Decision, 54 ICLQ 951 (2005), s. 956–957; **Andrea GATTINI**, Ferrini v. Federal Republic of Germany, 99 AJIL 242 (2005), s.243 (Kısaca GATTINI, Ferrini); **Andrea GATTINI**, War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision, 3 JICJ 224 (2005), s.235. (Kısaca GATTINI, War Crimes and State Immunity)

⁸⁹⁷ Bouterse bu olayın sorumluluğunu hiçbir zaman kabullenmemiş ve hiçbir zaman tetiği çeken olmadığını iddia etmiş ancak politik açıdan sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Değerlendirme için bkz. **C.J.R. DUGARD**, LJN: AA8427, Gerechtshof Amsterdam , Opinion Re Bouterse , <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AA8427> . Ayrıca bkz. <http://www.nytimes.com/2000/11/26/world/dutch-court-orders-an-investigation-of-82-killings-in-suriname.html> ; http://en.wikipedia.org/wiki/December_murders.

⁸⁹⁸ Kararda evrensel yargılama yetkisinin sorunlu noktaları hakkında bakınız **Mitsue INAZUMI**, Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes Under International Law, Intersentia Pub. 2005, s.291 vd. *Decision of the Court of Appeal of Amsteram in the Case of Desi Bouterse*, 20 November 2000, 3 YIHL 677 (2000).

⁸⁹⁹ Decision of the Court of Appeal of Amsteram in the Case of Desi Bouterse, s.687-688

İlk derece mahkemesinin davaya soruşturma izni vermesinin ardından savcı işlemlere başlamış, daha sonra Yüksek Mahkeme yetki konusunu tartışırken işkence ve insanlığa karşı suçlar niteliğindeki eylemlerde yetkili olduğunu belirterek dosyayı Amsterdam Mahkemesi'ne havale etmiştir. Ancak

kabul edilemeyeceğini öne süren görüş, sonuç olarak ağır hukuk dışı eylemlerin uluslararası hukukun kendilerini devletlerin yapabilecekleri arasında göremeyeceği eylemler olarak tanımladığı önermesine dayanmaktadır. Fakat bu görüş ikna edici değildir ve kanaatimizce sorunlarla doludur.

İlk olarak, bağışıklığın ortaya çıktığı yargılama süreci sırasında henüz devletlerin hukuk dışı hareket ettiği saptanmamıştır. Gerçekten de devlete veya görevlisine yöneltilen suçlamalar asılsız çıkabilir. Devletin ağır biçimde hukuk dışı davranarak kendisini, normalde uluslararası hukuk tarafından tanınan haklardan mahrum bırakıp bağışıklığından zımni olarak feragat ettiğini söylemek bu nedenle doğru olmayacaktır. Bu iddia özellikle ceza davalarında masumiyet karinesi açısından sıkıntıya yol açacaktır.⁹⁰⁰ İkincisi, bir eylemin devletin yargı bağışıklığı açısından egemenlik tasarrufu olup olmadığı, onun uluslararası açıdan yasallığıyla değil söz konusu eylemin aslen resmi bir nitelikte olup olmadığıyla alakalıdır. Bu da eylemin yapısı kadar gerçekleştiği şartların incelenmesine de bağlıdır.⁹⁰¹

Bir eylemin egemenlik tasarrufu olması, o eylemin uluslararası hukuk tarafından izin verilen bir eylem olduğu ya da izin verilen eylemler kapsamında olduğu anlamına da gelmez.⁹⁰² Başka bir deyişle, bir eylem egemenlik tasarrufu kapsamında gerçekleştirilse dahi, eylemin egemenlik tasarrufu olma niteliği uluslararası hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Aslında sınırlı bağışıklık kuramının sonuçlarından biri

Amsterdam Mahkemesi'nin vardığı sonucu kanunilik ilkesine aykırı bulan Başsavcı 2002'de kanun yararına bozma yoluna giderek dosyayı Yüksek Mahkeme'ye havale etmiştir. Yüksek Mahkeme de sonuç olarak Hollanda Hukuku'nda 1982 yılında gerçekleşen eylemleri yargılayabilmek için bir dayanak bulunmadığından, kanunların geriye yürümezlik ilkesi gereğince yetkisizlik kararı vererek sanığın Surinam'da yargılanması gerektiğini salık vermiştir. Bkz. <http://www.icrc.org/IHL-NAT.NSF/39a82e2ca42b52974125673e00508144/07c5ae1b4a999f1cc1256da200518c91!OpenDocument>

⁹⁰⁰ **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s.830

⁹⁰¹ Lord Wilberforce *I Congresso del Partido* davasında devletin yargı bağışıklığının tanınıp tanınmayacağını sınırlı bağışıklık teorisine göre değerlendirirken mahkemenin devlet aleyhinde açılan davanın tüm şartlarını değerlendirerek söz konusu eylemin devletin ticari veya herhangi bir özel hukuk niteliği olan bir işlemi mi yoksa hükümet tasarrufu alanına giren bir egemenlik işlemi mi olduğuna karar vermesi gerektiğini bildirmektedir. 2 All ER 1064 [1981], s. 1074 (HL) Ayrıca bkz. Benzer yaklaşımlar için bkz. *Holland v. Lampen Wolfe* 1 WLR 1573 [2000].; *United States v. Public Service Alliance of Canada*, 32 ILM (1993) 1 (Canada: Sup. Ct); *Litterell v. USA* (No. 2), [1995] 1 W.L.R. 82 (England: CA). Bağışıklığın tanınmayacağına ilişkin olarak bkz. *Egypt v. Gamal-Eldin* [1996] 2 All ER 237 (England: Employment Appeals Tribunal); *Sengupta v India* [1983] I.C.R. 221 ; *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Playa Larga v Owners of the I Congresso del Partido*, [1983] 1 A.C. 24

⁹⁰² **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials s831

de devletlerin özellikle resmi veya egemenlik tasarrufu nitelikli işlem ve eylemlerinde uluslararası hukukun söz söyleyeceği alanda yerel mahkemelerin harekete geçmesinin önlenmesidir.⁹⁰³

Bu yaklaşım UAD'ın 2012'de verdiği *Jurisdictional Immunities* kararında da doğrulanmıştır. Divan, Almanya'nın askeri birlikleri tarafından gerçekleştirilen eylemlerin kuşkuya yer bırakmayacak biçimde *jure imperii* niteliklerini ifade ederken *jure imperii-jure gestionis* ayrımının, bir eylemin hukuka uygun olup olmamasına göre belirlenmeyeceğini bildirmiştir.⁹⁰⁴ Divan'a göre, bu ayrım bir devletin yabancı bir devletin mahkemelerinin yetkisinden bağışık olup olmadığını belirler ve buna yargılama yetkisinin uygulanmasından önce başvurulur. Bir eylemin hukuka uygun olup olmadığını belirlenmesi için yargılama yetkisinin uygulanması gerekir. Ancak bağışıklık, bir eylemin egemenlik tasarrufu olup olmamasına göre yargılama yetkisine engel teşkil edeceğinden hukuka aykırı olmasına rağmen bir eylem egemenlik tasarrufu ise bağışıklık kapsamındadır. Böylece Divan, yargılama engeline neden olacak şeyin, eylemin hukuka aykırı olmasına değil, egemenlik tasarrufu olup olmamasına bağlı olduğunu ortaya koymuştur.⁹⁰⁵ Divan, kararının 93. paragrafında da devletin yargı bağışıklığının, gerçekleşen eylemin hukuka aykırı veya uygun olmasından bağımsız olarak usuli bir engel olduğuna işaret etmiştir. Oysa hukuka uygunluk değerlendirmesi, esasa girilerek yapılabilir. Diğer yandan, Divan'a göre, bir yerel mahkemenin yabancı bir devlete yargı bağışıklığı tanıması, gerçekleştirilen eylemi hukuki olarak nitelendirdiği anlamına da gelmeyecektir.⁹⁰⁶

Gerçekten de devlet tarafından işlenen uluslararası suçlar çoğunlukla silahlı kuvvetlerin ya da polis gücünün kullanımı yoluyla ortaya çıkmaktadır ve bu eylemler diğerleri gibi aslen hükümet işlemidir.⁹⁰⁷ Devletin yargı bağışıklığı her ne kadar devletlerin hukuka aykırı eylemlerinin sonuçlarına bir kalkan olması için tasarlanmadıysa da böyle bir etkiye sahip olabileceği inkar edilemez.⁹⁰⁸ Devletin

⁹⁰³ TUNKS, *Diplomats or Defendants?*, s. 659–660; TOMONORI, *Ultra Vires Conduct*, s. 283 vd.

⁹⁰⁴ *Jurisdictional Immunities* [2012], para.60

⁹⁰⁵ *Jurisdictional Immunities* [2012], para. 60

⁹⁰⁶ *Jurisdictional Immunities* [2012], para.93

⁹⁰⁷ AKANDE/SHAH, *Immunities of State Officials*, s. 831

⁹⁰⁸ MCGREGOR, *Torture and State Immunity*, 905.

yargı bağışıklığı savunması, bir devletin uluslararası hukukta sorumlu olmadığı anlamına gelmez.⁹⁰⁹ ve bağışıklığın sadece uluslararası alanda hukuka aykırı eylemler için geçerli olması söz konusu değildir.⁹¹⁰ Buna karşılık bağışıklıkla ilgili kuralın temel amacı yerel mahkemelerin yabancı devletlerin eylemlerinin hukuka uygunluğunu belirlemesini önlemektir. Bu nedenle, gerçekleştirilen eylemin bir ön değerlendirmeye tabi tutularak “hukuka aykırı” veya “ağır biçimde hukuka aykırı” olmasına göre bağışıklığa başvurulmasının değişmesi çok mantıklı gözükmemektedir.

İşlevsel bağışıklık bakımından uluslararası suçların resmi eylemler olarak kabul edilemeyeceğine karşı yapılan eleştirilerde genel olarak iki husus öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, belli uluslararası suçların tanımları gereği resmi eylem niteliğinde olmasıdır. Lord Bringham’ın Jones kararındaki yer alan bu görüşüne göre *İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*’nin (*BM İşkence Sözleşmesi*) 1. maddesinde işkencenin bizzat bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kimse tarafından doğrudan veya böyle bir kimsenin teşviki ile gerçekleşmek zorunda olduğundan bahsedildiğinden, işkencenin resmi eylem olmadığını kabul etmek zordur.⁹¹¹ Lord Millett ise bunu, içinden çıkılması zor bir sorun olarak görmektedir. Zira şüpheli ya özel sıfatla hareket ediyordur ki bu durumda işkence tanımı çerçevesinde bu suçtan yargılanamaz veya resmi sıfatla hareket ediyordur ki bu halde de yargılamadan bağışıklığa sahip olacaktır.⁹¹²

Bazı yazarlar uluslararası hukuka aykırı suçların resmi eylem olduğunu reddetmenin ister istemez söz konusu eylem bakımından devletin uluslararası sorumluluğunu kaldırmaya işaret etmektedirler. Örneğin BOTHE’ye göre belli bir ihlal resmi eylem olarak addedilmezse, eylemi gerçekleştiren organın devletin uluslararası sorumluluğu devre dışı kalır.⁹¹³ BARKER ise uluslararası hukuka aykırı nitelikteki

⁹⁰⁹ FOX, *International Law and Restraints* (2010), s. 351. Ayrıca bkz. *Arrest Warrant* [2002], para. 59. **Jurisdictional Immunities** [2012], para. 100

⁹¹⁰ FOX, *State Immunity* (2008), s. 13.

⁹¹¹ **Jones case**, , para. 19 vee özellikle para. 79 (Lord Hoffmann).

⁹¹² *Pinochet (3)* [2000], s. 179 (Lord Millett)

⁹¹³ **BOTHE**, *Die strafrechtliche Immunität*, s. 255 ve 262.

eylemlerin resmi niteliklerini inkar etmenin, devletin, görevlilerinin eylemleri için hem uluslararası hukukta hem de iç hukukta yer alan tüm sorumluluğunun ortadan kalkması sonucunu doğuracağını ileri sürmüştür.⁹¹⁴

Özetle, ağır insan hakları niteliğindeki uluslararası suçların resmi eylem niteliğinde işlenebileceğinin, ve hatta daha ziyade ancak bu şekilde işlenebildiğinin de altını çizmek gerekir. WOUTERS, pek çok durumdada uluslararası suçların açıkça bir devlet politikasının parçası olarak üst düzey görevliler tarafından veya onların desteği ile işlendiğini ve bu nedenle resmi eylemlerin kapsamına girebileceğini öngörmüştür.⁹¹⁵ Aynı görüş *Arrest Warrant* davasındaki muhalif görüşü ile *ad hoc* Yargıç Van den Wyngaert tarafından da ileri sürülmüştür.⁹¹⁶ Bu açıdan son olarak, EYUCM’de görülen *Prosecutor- Kunarac*⁹¹⁷ davasında açıklanan görüşü de zikretmek gerekir. Mahkeme, uluslararası hukuk suçlarının “resmi” eylemler olarak nitelendirilmesinden bağımsız olarak şu gözlemde bulunmuştur: “*Uluslararası ceza hukukunda devlet temsilcilerini veya görevlilerini bireysel cezai sorumluluk kapsamından koruyacak hiçbir ayrıcalık bulunmamaktadır. Aksine, resmi görev ile hareket etme konu cezaya geldiğinde can sıkıcı bir durum teşkil edebilmektedir çünkü görevli kendisine yasal amaçlar için verilen yetkiyi yasadışı şekilde kullanmış ve suistimal etmiştir.*”⁹¹⁸

6.2.3.3. *Jus cogens* Kurallar ve *Erga omnes* Yükümlülüklerin Devlet Görevlilerinin Bağışıklığına Etkisi

Bir kural *jus cogens* niteliğindeyse yani örneğin insanlığa karşı suç işlememek *jus cogens* kural ise, o halde bütün devletler aynı zamanda o kuralın ihlal edilmemesini temin etmek ve dolayısıyla da bunun için suçu işleyen kişileri yargılamak da dahil olmak üzere caydırıcı önlemler almak yükümlülüğünde midirler? Bir uluslararası

⁹¹⁴ **BARKER**, Ex Parte Pinochet, s.943; **SPINEDI**, State Responsibility, s. 898-899; **KOLLER**, Immunities of Foreign Ministers, s.29.

⁹¹⁵ **WOUTERS**, ArrestWarrant Case, s 262

⁹¹⁶ *Arrest Warrant* [2002], Dissenting Opinion Judge Van den Wyngaert, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8144.pdf>, para. 36

⁹¹⁷ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (Trial Judgement), IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22 Şubat 2001, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

⁹¹⁸ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac*, para. 494.

suçun *jus cogens* norm olarak tanınmasının sonuçlarıyla ilgili olarak sınır sorusu “böyle bir durum devletlere *erga omnes* yükümlülük mü koyar yoksa sadece bu tür suçları işleyen kişilere karşı dava açma hakkı mı verir?”dir. Başka bir deyişle, söz konusu yükümlülük hareketi yapmama yükümlülüğü müdür, yoksa bu norm uluslararası hukukta en üst düzeydeki normsa kuralın niteliği gerekli önlemleri de almayı içeren pozitif bir durum içermekte midir?

Jus cogens kuralların bazı yükümlülükleri de beraberinde getirdiği bir gerçektir. Bu kural-yükümlülük ilişkisi doktrinde de tartışılmıştır. Örneğin BYERS, *jus cogens* ile *erga omnes* kuralların arasındaki ilişki açıklarken, *jus cogens* kuralların aksine *erga omnes* kuralların yapılageliş kurallarından veya antlaşmalardan çıkacağını; bir *jus cogens* veya *erga omnes* kuralın ancak sınırlı sayıda devlete uygulanacağını; *jus cogens* kuralların zorunlu olarak *erga omnes* olmalarına rağmen, *erga omnes* kuralların *jus cogens* nitelikte olmayanlarının da mevcut olduğunu söylemektedir.⁹¹⁹ PARLETT, *jus cogens*in etkisinin sadece antlaşmalarla sınırlı olmadığını, uluslararası yapılageliş hukukuna ve ulusal hukuk ve uygulamaya da etki ettiğini belirtirken *jus cogens* kuralların sadece anlamına aykırı kuralları değil onun uygulanmasını engelleyen kuralları da etkisiz bırakacak şekilde anlaşılması gerektiğini söylemektedir.⁹²⁰ Yazara göre işkence bağlamında *jus cogens* yasağını yalnızca işkencenin yapılmasını önleyen ulusal hukuku değil aynı zamanda kuralın kendisiyle ilgili hakların uygulanmasını engelleyen bağışıklığın işleyişinin de üstünde gelecek şekilde anlamak gerekir. Bağışıklık kuralları *jus cogens* olmadığına göre, hiyerarşik açıdan üst norma teslim olmalıdır.⁹²¹ BIANCHI ise uluslararası hukukun suç olarak tanımladığı ve uluslararası toplumun bir bütün olarak menfaatlerine saldırı kabul ettiği eylemler konusunda aynı uluslararası hukukun yargılamadan bağışıklık sağlayamayacağını öne sürmektedir.⁹²² Bir başka yazar da *jus cogens* normun otomatik olarak devlet başkanının bağışıklığı da dahil olmak

⁹¹⁹ BYERS, Conceptualising the Relationship, s.

⁹²⁰ Kate PARLETT, Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception, 1 EHRLR 49 (2006), s.51. Benzer yaklaşım için bkz. Kerstin BARTSCH/Björn ELBERLING, Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision, 4 GLJ 477 (2002), s.487 (Yazarlara göre maddi *jus cogens* kuralı aynı zamanda usuli *jus cogens* kuralı da içermektedir.)

⁹²¹ PARLETT, Immunity in Civil Proceedings, s.51

⁹²² BIANCHI, Immunity versus Human Rights, s.260-261

üzere tüm kuralların üstünde geldiğini ve bunları uygulanamaz kıldığını ifade etmiştir.⁹²³

Prosecutor v. Anto Furundzija davasında ise Mahkeme işkenceyi emredici olarak tanımlamış ve devletlerarası seviyede *jus cogens* işkence yasağına aykırı herhangi bir yasal, idari veya yargısal işlemin uluslararası açıdan hukuk dışı olarak kabul edilmesine hizmet ettiğini; birey seviyesinde ise her devletin işkence suçunu işlemekle itham edilen bireyleri soruşturmak, kovuşturmak, cezalandırmak veya iade etmek yönünde sonuçları olduğunu ifade etmiştir.⁹²⁴ Mahkeme, devlet veya hükümet başkanlarının bile varolan uluslararası yapılageliş hukukuna göre işkence eylemlerinden sorumlu olduklarından söz etmiştir.⁹²⁵ *Paul v. Avril* davasında ise işkence, alçaltıcı, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele ve keyfi tutuklama eylemlerinin uluslararası yapılageliş hukukuna aykırı olduğu zikredilmiştir.⁹²⁶ *Yousuf v. Samantar* davasında da *jus cogens* kuralların resmi eylemler olarak nitelendirilmesinin zor olduğundan bahsedilmektedir.⁹²⁷ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* davasında Mahkeme, uluslararası hukukta bir *jus cogens* ihlaline neden olan eylemin egemenlik işlemi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁹²⁸ Mahkeme'ye göre “uluslararası hukuk *jus cogensi* ihlal eden bir eylemi egemen eylem olarak tanımaz” ve bu nedenle uluslararası hukuk tarafından öngörülen bağışıklık bu tür eylemlerde uygulanmaz.⁹²⁹

ZIMMERMANN konuya *jus cogens* kurallar ile bağışıklık kuralları arasındaki meseleye her ikisinin de birbiriyle etkileşim içinde olmayan iki farklı kurallar grubu olarak değerlendirmenin daha doğru olacağı yönünden yaklaşmaktadır.⁹³⁰ BASSOUNNI'ye göre *jus cogens* taşıdığı anlam itibariyle bunlar bir seçimlik hak

⁹²³ **Gennady M. DANILENKO**, ICC Statute and Third States, in A. Cassese, P. Gaeta, and J.R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary V.2*, Oxford University Press, 2002, s.1887

⁹²⁴ *Prosecutor v. Furundzija*, para. 155 – 156

⁹²⁵ Mahkeme ek olarak EYUCM statüsü'nün 7/2. Maddesinin ve RUCM'nin 6/2. Maddesinin tartışmasız biçimde uluslararası yapılageliş hukukunu beyan edici nitelikte olduğunu da ifade etmiştir. Bkz. *ibid.*, para.140

⁹²⁶ *Paul v. Avril*, 812 F.Supp. 207 (S.D.Fla.1993), s. 212

⁹²⁷ *Samantar v. Yousuf* [2012], s.776

⁹²⁸ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992), s. 718

⁹²⁹ *İbid.*

⁹³⁰ **Andreas ZIMMERMANN**, Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks, 16 Mich.JIL 433 (1995), s.438

değil bir görevdir. Aksi düşünülduğünde *jus cogens* uluslararası hukukun bir emredici kuralını teşkil etmez. Sonuç olarak, bu yükümlülükler ne savaş sırasında ne de barış zamanı ihlal edilemez. Dolayısıyla belli suçları *jus cogens* kural olarak kabul etmek yargılama veya geri verme yükümlülüğünü, bu tür suçlar için zamaşımı kurallarının uygulanamazlığını ve suçun nerede, (devlet başkanları da dahil olmak üzere) kim tarafından, hangi tür mağdura ve (savaş veya barış) hangi şartlar altında işlendiğinde bakılmaksızın ervensel yargı yetkisini de beraberinde getirir. En önemlisi, yazara göre, belli suçları *jus cogens* olarak nitelendirmek bu tür suçları işleyen kişilere dokunulmazlık sağlamamak konusunda bir *erga omnes* yükümlülük getirmektedir.⁹³¹ GOODWIN-GILL'e göre *jus cogens* nitelikli suçların yasal sonucu mutlakdır; devletler şüpheliyi yargılamak veya yargılamak için daha güçlü sebepleri olan bir devlete iade etme konusunda yalnızca yetkili değil aynı zamandan *erga omnes* yükümlüdürler. Yazara göre böylelikle *jus cogens*, yargılamayı kaçınılmaz kılmaktadır.⁹³² Ancak *jus cogens* kuralların gerektirdiği yükümlülük maddi bir yükümlülüktür. Başka bir deyişle kuralın yasaklanmasına ilişkindir. AKANDE-SHAH'a göre ise *jus cogens* yükümlülük, 3. devletlere yargılama dayatan bir kural değil, davranışı yasaklayan bir kuraldır. Yani *jus cogens* kural, davranışı (örneğin savaş suçu işlemeyi) yasaklar ama 3. Devletlere davranışı yapanları yargılamaya dayatmaz. Buradaki yükümlülük örneğin savaş suçunu işlemekten kaçınma yükümlülüğüdür; savaş suçunu işleyeni cezalandırma yükümlülüğü değildir.⁹³³ En azından uluslararası hukukun şuan geldiği noktada bu yükümlülük, *jus cogens* aykırılığı hukuk dışı kabul etmekle sınırlı kalmaktadır. Bunun aynı zamanda yargılamaya yönelik bir sonucu, uluslararası antlaşmaların aksini öngörmesi haricinde, şimdilik geçerli değildir.⁹³⁴

Bir *jus cogens* kuraldan doğan bir kuralın (VAHS m53'te kullanıldığı tabirle) uluslararası toplumun tümü tarafından kendisinden hiçbir suretle sapmaya izin

⁹³¹ **Cherif BASSIOUNI**, International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, 59 LCP 63 (1996), s. 66

⁹³² **Guy S. GOODWIN-GILL** Crime in International Law: Obligations Erga Omnes and the Duty to Prosecute, in Guy S. GOODWIN-GILL/Stefan TALMON (eds.), The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie, Oxford University Press 1999, s.220

⁹³³ **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials 836

⁹³⁴ Bkz. aynı yönde **Sévrine KNUCHEL**, State Immunity and the Promise of Jus Cogens, 9 NJIHR 149 (2011), s. 174

vermeyen emredici bir kural olarak kabul edildiğinin kanıtlanması gerekmektedir. Evrensel yargı yetkisinin uygulanması hakkı veya yükümlülüğüyle ilgili kuralların bazılarının uluslararası yapılageliş hukukunda dahi bulunup bulunmadığı halen tartışıldığından⁹³⁵ konunun evrensel yargı yetkisiyle ilgili olmadığı açıktır. Zira evrensel yargı yetkisiyle ilgili kurallar şuan için yapılageliş kuralı değil uluslararası antlaşma kuralı seviyesindedir.⁹³⁶

Özetle, uluslararası bir suç işleyen kişilerin yargılanması veya özel hukuka ilişkin bir yaptırım sağlanması konusunda 3. devletlerin eksikliği, bağışıklığın bir sonucu olarak birçok davada uluslararası bir yükümlülük ihlali olarak görülmemiştir. Dahası 3. devletlerin böyle bir yükümlülüğü olsa dahi bu yükümlülük bir *jus cogens* kural niteliğinde ortaya çıkmamaktadır. Bu nedenle bağışıklık kuralları ile *jus cogens* kural nitelikli yasağın arasında bir uyumsuzluk yoktur. 3. olarak, *jus cogens* kuralların ihlali durumunda bağışıklığın tanınmayacağına yönelik iddia⁹³⁷, iki uluslararası mahkeme tarafından kesin ve açık bir biçimde reddedilmiştir. AİHM birkaç davada *jus cogens* kuralın ihlal edilmiş olması durumunun kendi başına devletin yargı bağışıklığı kuralını ilga etmeyeceğine dayanmıştır.⁹³⁸ *Al Adsani v. Birleşik Krallık* davasında⁹³⁹ az farklı bir çoğunlukla AİHM (9'a karşı 8 oyla) yabancı devlet tarafından işkence yapıldığına ilişkin bir davada devlete yargı bağışıklığının tanınmasının uluslararası hukuka uygun olduğu ve bunun bir yargı yerine başvurma hakkının ihlalini doğurmayacağına hükmetmiştir. Mahkeme çoğunluk görüşünde işkencenin önlenmesinin uluslararası hukukun emredici bir kuralı olduğunu açıklarken, bunun uluslararası hukuktaki özel niteliğine rağmen, uluslararası hukukun bir gereği olarak işkence suçunun işlenmesi durumunda bir devletin artık bağışıklığa sahip olamayacağı sonucuna götürecek uluslararası araçlar, yargı mercileri veya buna ilişkin herhangi bir temel dayanak oluşturacak diğer malzemeleri ayırt edemediğini belirtmiştir.⁹⁴⁰ Bu yaklaşım AİHM'in diğer kararlarında da benimsenmiştir.⁹⁴¹ Bu

⁹³⁵ AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials, s. 836

⁹³⁶ Van ALEBEEK, Immunity of States, s.221 (Yazar bağışıklıkla çatışabilecek tek yükümlülük kuralının BM 103. maddedeki kural olduğunu söylemektedir.)

⁹³⁷ ORAKHELASHVILI, Peremptory Norms, s.326

⁹³⁸ AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials, s837

⁹³⁹ Al-Adsani v United Kingdom (2002)

⁹⁴⁰ Al-Adsani v. United Kingdom, para. 61. Kararı destekleyen görüşler için bkz. CAPLAN, Normative Hierarchy, s. 772

davalar yalnızca devletlerin hukuk davalarındaki yargı bağısıklığına ilişkindir. Buna rağmen AİHM, normlar hiyerarşisi teorisini kabul etmiş ve *jus cogens* yasaklarının ceza yargılamalarında bağısıklığın üstünde olduğu görüşünü ileri sürmüştür. Ancak, böyle bir yasağın neden hukuk davalarından da bağısıklığın önüne geçemediğini anlamak güçtür. Aynı biçimde *Lozano v. Italy* kararında⁹⁴² da Mahkeme uluslararası hukuka göre suç olarak nitelendirilen eylemlerin bir devletin bağısıklığını kapsayan eylemler olarak kabul edilmesi etkisiyle bir yapılageliş kuralı doğmuştur. Bu istisnanın ardında yatan sebep, Mahkeme'ye göre, bağısıklık konusundaki çatışma durumunda sonrakinin yani uluslararası suçlara ilişkin kuralın *jus cogens* kural olarak baskın çıkması gerektiğidir.⁹⁴³

Buna ek olarak *Arrest Warrant* davasında Yargıç Al-Khasawneh muhalefet şerhinde ağır suçlarla etkili mücadele, uluslararası toplumun tanıdığı, koruduğu ve geliştirdiği temel çıkarlarını yansıtan bir *jus cogens* kural niteliğindedir. Bu nedenle de, yargıca göre, hiyerarşik açıdan yüksekte olan norm, bağısıklık kuralıyla çatışma halinde olduğundan, üstün gelmelidir.⁹⁴⁴ Ancak UAD bu yaklaşımda değildir. Divan, devlet başkanı ve dışişleri bakanı gibi üst düzey devlet görevlilerinin *ratione personae* bağısıklığının uluslararası suç teşkil eden bir eylem gerçekleştirseler dahi uygulanacağını düşünmektedir.⁹⁴⁵

⁹⁴¹ App. No. 59021/00, *Kalogeropoulou v. Greece & Germany*; App. No. 14717.06, *Grosz v. France*, Admissibility Decision, 16 June 2009 (ECHR)

⁹⁴² *Lozano v Italy*, Appeal Judgment, Case No 31171/2008; ILDC 1085 (IT 2008) Ayrıca bkz. *Germany v Giovanni Mantelli and ors*, Case No 14201/2008; ILDC 1037 (IT 2008)

⁹⁴³ İbid., para 6

⁹⁴⁴ *Arrest Warrant* [2002], Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, para.7

⁹⁴⁵ *Arrest Warrant* [2002], para. 58. Bununla birlikte bkz. Hakimler Al-Khasawneh ve Van den Wyngaert'ın muhalefet şerhleri, ibid., para7 ve 28. *Ratione personae* bağısıklığın sağlanmasının kendisi de bir *jus cogens* kural olduğu ortaya koyulmadıkça UAD'ın kararının kesin hüküm niteliğinde de olsa, halen tartışılan bir iddianın reddi niteliğinde olduğunu ileri sürenler de vardır. Örneğin bkz. **BLACK-BRANCH**, Sovereign Immunity Under International Law: The Case of Pinochet, in Diana Woodhouse (ed.), *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis* (2000), 93, s. 101; *Pinochet (3)* [2000], s. 199 (Lord Hope), *Ratione personae* bağısıklıktan her zaman bir antlaşmayla vazgeçilebileceğine, dolayısıyla bu görüşün savunulamaz olduğuna ilişkin olarak bkz. **AKANDE**, International Immunities 419-421; Bing Bing JIA, The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited, 10 JICJ 1303 (2012), s.1315

3. devletlere bazı uluslararası suçların kovuşturulmasına ilişkin yükümlülük öngören bazı kurallar mevcut bulunmaktadır; örneğin Cenevre Sözleşmeleri'nin⁹⁴⁶ ve işkence yasağının⁹⁴⁷ ihlallerine ilişkin kurallar bu tür bir yükümlülük öngörmektedir. Ancak tüm uluslararası suçlara ilişkin durumlarda 3. Devletlerin kovuşturma başlatmak konusunda –böyle bir hakları olsa bile- bilinen bir yükümlülükleri olmadığı söylenebilir.⁹⁴⁸ Bir *jus cogens* kuralın ihlal edilmesi üzerine böyle bir ihlal otomatik olarak uluslararası mahkemelere yargı yetkisi vermezken yabancı devletin yerel mahkemelerine, devletin yargı bağımsızlığını bir tarafa bırakarak kendiliğinden yetki vermesi garip olurdu. Dahası, devletlerin yargılama yükümlülüğünden bahseden az sayıdaki davalara bakarak böyle bir yükümlülüğün buyurucu veya *jus cogens* niteliği olduğunu ileri sürmek isabetli değildir.⁹⁴⁹ Dolayısıyla *jus cogens* kuralların ihlal edilmesinin doğrudan bir yargılama yükümlülüğü öngördüğü ve bu yükümlülüğün de bağımsızlığı ortadan kaldırdığını söylemek uygulanan uluslararası hukuk açısından mümkün gözükmemektedir.

⁹⁴⁶ Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 12.08.1949, 75 UNTS 31, m.49; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi 12.08.1949, m.50, 75 UNTS 85; Harp Esirlerine Yapılacak Muamale ile ilgili Cenevre Sözleşmesi 12.08.1949, 75 UNTS 135 m.129; Harp Zamanında Sivillerin Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmesi 12.08.1949, 75 UNTS 287, m.146. (İlgili maddelerdeki hüküm uyarınca “*Yüksek Akid Taraflar aşağıdaki maddede tarif olunan ve işbu Sözleşmeyi vahim surette ihlâl eden bu suçlardan birini irtikâp etmiş veya irtikâp için emir veren kimselere tatbik olunacak cezaî müeyyideleri tespit eylemek üzere gereken kanunî tedbirleri almayı taahhüt ederler.*”

Her Akid Taraf bu ağır suçlardan birini irtikâptan veya bu hususta emir vermekten sanık kimseleri araştırarak ve bunları tabiyetleri ne olursa olsun kendi mahkemelerine sevkeyleyecektir.

Her Akid Taraf, isterse, kendi mevzuatında derpiş olunan şartlara göre sanıkları, bunların takip edilmesiyle ilgili olan ve aleyhlerinde kâfi delil elde etmiş bulunan diğer bir Akid Tarafa yargılanmak üzere teslim edebilecektir.

Her Akid Taraf mütaakip maddede tarif olunan ağır suçlardan başka işbu Sözleşme hükümlerine aykırı fiil ve hareketleri durdurmak üzere gereken tedbirleri alacaktır...” Çeviri için bkz. YAMANER/ÖKTEM/KURTDARCAN/UZUN (çev.) 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, GSÜHF Yay. 2009, <http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>

⁹⁴⁷ İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi 1984, m. 7

⁹⁴⁸ BROOMHALL, International Justice, s. 111–112; AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials, s.385. Aksi görüşte bkz. GOODWON-GILL, Crime in International Law, s.206

⁹⁴⁹ Aynı yönde bkz. AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials, s835

6.3. DEVLETİN ÜLKE DIŞI CEZAI YARGILAMA YETKİSİ VE İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIK

6.3.1. Devletin Cezai Yargılama Yetkisi

Devletin cezai yetkisi, bir devletin suç tanımlama, bunlara belli sonuçlar bağlama, bu sonuçların uygulanması, uygulanacak yapının temin edilmesi, kurallara aykırı davrananlara öngörülen cezanın infaz edilmesini içermektedir. Devletin cezai yetkisi yargılama eliyle canlı hale gelir. Bu yetki prensipte ülkesel olmakla birlikte, uluslararası hukuk açısından ulusal hukuk sistemlerinin bu yetkiyi ülke dışında işlenmiş suçlara kadar uzatmasına bir engel bulunmamaktadır.⁹⁵⁰ Böylelikle, yabancılık unsuru taşıyan ve özellikle yurtdışında gerçekleşen suçlar açısından devletin yetkisinin uygulanabilmesi için bir takım ilkeler öngörülmüştür.

Ceza yargılamasında devletin yetkisi belirlenirken suç ile devlet arasında temelde bir bağlantı noktası aranmaktadır. Bu bağlantı noktası yer bakımından (ülkesellik ilkesi), kişi bakımında (aktif kişilik-pasif kişilik-koruma ilkeleri) gerçekleşebileceği gibi, uluslararası toplumun ortak değerlerinin korunmasına yönelik olarak herhangi bir bağ aranmaksızın da bu yetki kullanılabilir (evrensel yetki). Bu yetki prensipleri esasında devletin uluslararası yetkisini değil, ceza yasalarının yabancılık unsuru taşıyan durumlara uygulanması şeklinde değerlendirilen ulusal yetkisini ifade etmektedir.⁹⁵¹

Uluslararası Daimi Adalet Divanı *Lotus-Bozkurt* davasında⁹⁵² devletin yargılama yetkisiyle ilgili, bugün hala yetki konularındaki soruların cevaplanmasında temel

⁹⁵⁰Report of the Secretary-General, The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction, UN Doc. A/65/181 (29.07.2010), s.3

⁹⁵¹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.29 ve s. 77

⁹⁵² Lotus Case, PCIJ, Series A, No. 10, 1927. Davaya konu olan olayda 2 Ağustos 1926'da Fransız bandıralı bir ticaret gemisi Lotus, Türk bandıralı bir ticaret gemisi Bozkurt'a Ege Denizi açık sularında kaza ile çarpmış, kaza sonucunda Bozkurt gemisinin 8 Türk mürettebatı hayatını kaybetmiştir. Lotus gemisi kaptanı, Bozkurt gemisinin kaptanını ve hayatta kalan diğer mürettebatı kurtararak İstanbul'a gelerek burada demirlemiştir. Öelnlerin yakınlarının şikayeti üzerine Lotus gemisi kaptanı ve Bozkurt gemisinin kaptan dikkatsizlik ve tedbirsizlikle 8 kişinin ölümüne sebebiyet verme iddiasıyla tutuklanmıştır. Fransa bu tutuklamaya şiddetle karşı çıkarak açık denizde gemilerin bayrak devletinin yetkisine tabi olduğunu ileri sürmüştür. Türkiye ise TCK'ya dayanarak bir Türk veya Türkiye aleyhine suç işleyen kişinin Türkiye'de bulunması halinde Türk Mahkemelerinin yetkili

oluşturan⁹⁵³, önemli tespitlerde bulunmuştur. Divan, bir devletin gücünü başka devletin ülkesinde kullanamayacağını belirlemek suretiyle uygulama ve yargılama yetkilerinin, uluslararası hukukun aksini öngörmemesi halinde, kesin biçimde ülkesel olduğuna işaret ederken⁹⁵⁴ bütün hukuk sistemlerinde ceza hukukunun ülkeselliğinin esas olduğunu kaydetmektedir.⁹⁵⁵ Bununla beraber hemen hemen tüm hukuk sistemleri etkilerini ülke dışında işlenen suçlara kadar uzatmaktadırlar. Bu nedenle Divan'a göre ceza hukukunun ülkeselliği mutlak bir uluslararası hukuk ilkesi değildir.⁹⁵⁶ Diğer yandan ülke topraklarında hukukun münhasıran ülkesel olması, aksi açıkça öngörülmedikçe, *ipso facto* diğer devletlerin mahkemelerinin cezai yetkilerini kendi sınırları dışına taşımalarını önleyen bir ilkeyi teşkil etmektedir. Uyruklar üzerinde ve kamu güvenliği aleyhine işlenen suçlara ilişkin olarak uygulanan ülke dışı yetki uluslararası hukukun bağlayıcı olmayan özel düzenlemeleri şeklinde ayrıksılık olarak değerlendirilmektedir.⁹⁵⁷ Yapılan ayrımlar düzenleyici yetkiye ilişkin olmakla birlikte, yargılama ve uygulama yetkilerinin gerçekleştirilebilmesi ancak ülkesel sınırlar içerisinde mümkün olabilecektir.

Bir devletin ceza kanunlarının yer bakımından uygulanabilmesi 4 ilke altında değerlendirilmektedir. Bunlar ülkesellik ilkesi ve devletin ülke-dışı yargılama

olacağını iddia etmiştir. Taraflar uyuşmazlık konusunu çözmek için bir tahkimname yaparak konuyu Uluslararası Daimi Adalet Divanı'na (UDAD) götürmüşlerdir.

Fransa, Lotus gemisi kaptanının işlediği suç nedeniyle kovuşturulması konusunda yalnızca Fransız Mahkemeleri'nin yetkili olduğunu ileri sürmüştür; zira Fransa'ya göre açık denizlerin serbestliği ilkesinin bir uzantısı olarak açık denizde meydana gelen bir olayda tek başına bayrak devleti yetkilidir. Bunun bir yapılageliş kuralı olduğunu savunan Fransa, bu tip kazalar açık denizde meydana geldiğinde zarar gören fakat bayrak devleti olmayan devletlerin hep kendi ülkelerinde dava açmaktan kaçındıklarına ve yargılamayı bayrak devletinin yaptığına işaret etmiştir. Divan özetle, Türkiye'nin dava konusu olay üzerinde yargı yetkisini kullanmasının uluslararası kurallarına aykırı olmadığını tespit ederek davayı Türkiye lehine sonuçlandırmıştır. Dava ile ilgili değerlendirmeler için bkz. **Durmuş TEZCAN**, Bozkurt-Lotus Davasının Uluslararası Hukuktaki Önemi ve Yeri, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi (Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınları) C 2/4, 1994-1995, s. 271 vd; **Armin VON BOGDANDY/Markus RAU**, The Lotus, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008-, online edition, para. 15 vd.; **Cedric RYNAERT**, Jurisdiction in International Law, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2008, s.22; **Luc REYDAMS**, Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives, Oxford University Press 2003, s.11 vd.

⁹⁵³RYNAERT, Jurisdiction, s.22; REYDAMS, Universal Jurisdiction, s.12

⁹⁵⁴ Lotus Case, s.18

⁹⁵⁵ Ibid, s.19

⁹⁵⁶ Ibid, s.19

⁹⁵⁷ Ibid, s.20

yetkileri bağlamında uyrukluk ilkesi (pasif kişilik ve aktif kişilik), koruma ilkesi ve evrensellik ilkesidir.⁹⁵⁸

- Ülkesellik İlkesi

Ülkesellik ilkesi, yargılama yetkisi kurallarının temelini teşkil eder. Bir devletin yetkisinin öncelikle ülkesel olduğu ve devletin ülkesel sınırlarda uluslararası hukuk tarafından getirilmiş sınırlar dışında münhasıran yetkili olduğu göz önüne alındığında, ülkesellik prensibinin ceza hukuku uygulamasında da temel prensip⁹⁵⁹ olması doğal bir sonuçtur. Bu prensip, suçun kim tarafından işlendiğine bakılmaksızın, eylemin gerçekleştiği devletin ceza yasalarının uygulanmasını içermektedir. Başka bir deyişle, yargılamanın *locus delicti commissi*'ye göre yapılmasını ifade eder. Devletin ülkesi⁹⁶⁰ üzerinde ister uyruğu, ister bir yabancı suç işlemiş olsun, bu suça ilişkin işlemleri yapma yetkisi ülke devletine aittir. Bir eylem ülkesel sınırların dışında gerçekleşmekle birlikte temel ve öngörülebilir sonuçlar devletin ülkesinde gerçekleşiyorsa, o zaman da ülkesellik prensibi çerçevesinde devlet cezai yargılama yetkisini kullanabilecektir.

Diğer yargılamalarda olduğu gibi ceza yargılamalarında da, ülkesellik esastır. Yani, bir devlet yargılama yetkisini ancak kendi ülkesinde uygulayabilir⁹⁶¹, başka bir devletin ülkesine giderek yargılama faaliyeti gerçekleştiremez. Bu nedenle cezai yetkiler esasen ülkesellik çerçevesinde geçerlidir. Yetki çatışmaları durumunda ülkesellik ilkesinin, uluslararası hukukta gördüğü kabul dikkate alındığında, diğer ilkelere göre bir önceliği olduğu kabul edilmektedir.⁹⁶² Ancak şunu belirtmek gerekir ki, ülkesellik prensibi bile aynı suç için birden fazla devletin ülkesellik prensibi

⁹⁵⁸ Kimi zaman yetki ayrımı ülkelsellik, uyrukluk, pasif kişisellik, koruma ve evrensellik olarak yapılmaktadır. Örneğin bkz. The scope and application of the principle of universal jurisdiction - Report of the Secretary-General prepared on the basis of comments and observations of Governments, Sixty-fifth session, 29 July 2010, A/65/181, s.para 4

⁹⁵⁹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.80 vd.

⁹⁶⁰ Bir devletin ülkesi, kara parçası, iç sular ve karasularını içine alan deniz ve bunların üzerindeki hava sahasından oluşmaktadır. Dolayısıyla bir devlet ülkesel yetkisini bu alanlarda gerçekleştirilen tüm eylemler için kullanabilecektir.

⁹⁶¹ **AKSAR**, Uluslararası Hukuk I (2012), s.279 (“Uluslararası hukukta asıl olan, ulusal hukuk ve mahkemelerin ülkesellik ilkesi çerçevesinde yetkilerini kullanmalarıdır.”)

⁹⁶² **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.160. Ek olarak cezalandırma yetkisi de ülkesel alanla sınırlandırıldığından ülkesellik prensibinin yetki çatışmalarını peşinen ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir. Bkz. ibid, s.83

çerçevesinde yetkisinin doğabilmesine imkan tanıyacak biçimde kendi içinde farklı uygulamalar içerebilir. Özellikle mesafe suçlarında, hareketin gerçekleştiği devlet de neticenin gerçekleştiği devlet de aynı anda kendi yasalarına uygun olarak kendilerini yetkili sayabilmektedir. Diğer yandan bakıldığında, hareketin gerçekleştiği devletin neticeyi, neticenin gerçekleştiği devletin de hareketi temel alarak ülkesellik yetkisini tanıması bu kez de suçun cezasız kalması tehlikesine yol açabilecek sonuçlar doğurabileceği için eleştirilmektedir.⁹⁶³

-Kişisellik (Uyrukluk) İlkesi

Bir devletin kişiler, eşyalar ve durumlar hakkında kural koyma yeteneğinin o devletin yetkisi olarak değerlendirilir.⁹⁶⁴ Cezai yargılamalar açısından da suçla –fail veya mağdur olarak- ilgili olan kişiler bakımından yargılama yetkisinin kullanılabilmesi, suç ile devlet arasında kişi bakımından ortaya çıkan bağlantının bir gereğidir. Bu bağlantı, bir devletin egemenlik alanı dışında bir uyruğunun suç işlemiş olması veya uyruğuna karşı suç işlenmiş olması durumunda gerçekleşir. Böyle bir durumda devlet, uyrukluk bağı çerçevesinde yargı yetkisine sahip olur. Uyrukluk ilkesi olarak adlandırılan⁹⁶⁵ bu ilkenin temelinde ulusal kanunun uyruğu izleyeceği anlayışının yattığı söylenmektedir.⁹⁶⁶ Ancak bu bağı devletin uyruğunun birlikte suç

⁹⁶³ Mülkilik ilkesine mutlak bir anlam verildiğinde, yabancı ülkede işlenen suçlar açısından devletin cezai yetkisini kullanabilmesi mümkün olamayacaktır. Geniş bilgi için bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.80 vd

⁹⁶⁴ **AKSAR**, Uluslararası Hukuk I (2012), s.274

⁹⁶⁵ Bazı yazarlar bu ilkeye kişisellik ilkesi derken (örneğin **ÖZTÜKR/ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku, Seçkin Yay. 12. Baskı 2012, s.75; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.133; **Timur DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Seçkin Yay. 7. Baskı 2011, s.156 vd.) , kimileri şahsilik ilkesi olarak adlandırmayı tercih etmektedir. (Örneğin **ÜZÜLMEZ/KOCA**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası Seçkin Yay. 2009, s.81

⁹⁶⁶ Bkz. **Üzülmez/Koca**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası Seçkin Yay. 2009, s.81. Diğer yandan Akehurst'a göre uluslararası hukuk bu yetkiye herhangi bir sınırlama getirir gözükmeyeceğinden, devletler sanığın/şüphelinin uyruklüğundan dolayı yargı yetkisi ileri sürmek konusunda sınırsız bir hakka sahiptirler. **AKEHURST**, Jurisdiction, s.156. Oysa **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, “sanığa göre kişisellik” prensibinin sınırsız biçimde kabulünün, devletin içişlerine karışmak olacağından uluslararası hukuka aykırı olarak görüldüğünü savunmaktadır. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.135. Kanaatimizce sanık/şüpheli, uyruklüğunda bulunduğu devletin ülkesinde fiilen bulunmadığı sürece yargılama yapılmasının genel olarak kabul edilmediği göz önüne alındığında, devletin uyruğunun işlediği bir suçtan dolayı yargılama yapması, adaletin hızlı biçimde sağlanması açısından pratik olacaktır. Böyle olunca da aslında bu ilke ülkede bulunma şartıyla sınırlandırılmış bir şekilde uygulandığından, sınırsız bir şekilde uygulandığı düşünülemez. Ancak

işlediği yabancı suç ortağı üzerinde de yargı yetkisi doğurduğu söylenemez; her birinin uyrukluğa ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁹⁶⁷

Burada ortaya çıkabilecek sorun, bir kimsenin birden fazla uyrukluğa sahip olmasıdır. Böyle bir durumda uyrukluğunun bulunduğu her bir devlet yargı yetkisini uygulama yönünde bir yetkiye sahip olacaklardır. Sanık veya şüphelinin ülkede bulunma durumuna göre sorun çözülebilir. Kanaatimizce böyle bir durumda asıl sorun şüpheli veya sanığın üçüncü bir devlette bulunması durumunda iade istemine verilecek cevaba yönelik ortaya çıkacaktır. Bu halde ya devletler anlaşarak yargılama yetkisinden bir diğeri lehine feragat ederek iade prosedürünün gerçekleşmesine yardım edecekler ya da diplomatik korumada olduğu gibi gerçek uyrukluğa bakılarak iade o devlete yapılabilecektir.

Uyrukluğa göre bir devletin yargı yetkisine sahip olması iki şekilde⁹⁶⁸ gerçekleşmektedir. Bunlar şüpheliye veya sanığa göre⁹⁶⁹ uyrukluğa ve mağdura göre uyrukluğa⁹⁷⁰ ilkeleri çerçevesinde mümkün olmaktadır.

uluslararası hukukta kabul edilen genel bir sınırlamanın var olduğuna ilişkin bir kurala rastlamadığımızı da belirtmeliyiz.

⁹⁶⁷ **AKEHURST**, Jurisdiction, s. 156

⁹⁶⁸ Bazı yazarlar mağdura göre uyrukluğa ilkesini “uyrukluğa” ilkesi olarak değerlendirip, “pasif kişilik” yani şüpheliye veya sanığa göre uyrukluğa prensibini de ayrı bir kategoride ile almaktadırlar. Örneğin bkz. **Roberts STAAL**, International Conflict Of Laws the Protective Principle In Extraterritorial Criminal Jurisdiction, 15 U. Miami L. Rev. 428 (1960-1961), s.428

⁹⁶⁹ “Fail” terimi esasen yaptığı eylemle suç işleyen kimse veya suç niteliğindeki fiili gerçekleştiren kişi anlamına gelmektedir. Esasen bu, ceza muhakemesi hukukundaki yargılama sürecinin mantığına aykırıdır. Zira masumiyet karinesinin bir gereği olarak hiç kimse suç işlediği bir mahkeme kararı ile kesinleşmedikçe suçlu olarak nitelendirilemez. Oysa Hafızoğulları’nın tabiriyle “*Kanunda suç olarak öngörülen bir fiili işleyen kimse faildir.*” Bkz. **Zeki HAFIZOĞULLARI**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yetenegini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/FAIL.doc , s.1 Bir devletin yargı yetkisi ise kuramsal olarak suçun işlendiği anda, fiilen ise suçtan haberdar olduğunda doğduğundan, suçu işlediğinden şüphe duyulan kişi ancak “şüpheli” veya başka bir devlette kovuşturma başlatıldıysa “sanık” olarak nitelendirilecektir. Yine devletin yargılama yetkisinde soruşturma ve kovuşturma aşamaları bir bütün olarak yargılama süreci için söz konusu olduğundan, ancak yargılama sona erdikten sonrası için geçerli olabilecek “fail” teriminin kullanılması çok isabetli görünmemektedir. Yalnızca şüpheli veya yalnızca sanık kavramlarının kullanılması da söz konusu yetkinin içeriğini karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle biz “şüpheli veya sanığa göre uyrukluğa” ifadesini tercih ediyoruz.

⁹⁷⁰ Bu ikili ayırım, suçun iki yönlü yapısı çerçevesinde bir devletin yargı yetkisine sahip olması açısından benimsenmektedir. Böylece bir devlet, uyruğunun suçu işlediğinden şüphe duyulması veya bir uyruğuna suç işlenmesi durumunda uyrukluğa çerçevesinde yetkisini kullanır. Bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 134-143

+Aktif Kişisellik İlkesi (Faile Göre Uyrukluk İlkesi)

Bir devlet, uyrukluğunda bulunan bir kişinin yabancı ülkede işlediği bir suçtan dolayı yargılama yapma yetkisine sahiptir. Burada mağdurun uyrukluğunun bir önemi yoktur.⁹⁷¹ Bir kimsenin yabancı bir devlette veya hiçbir devletin egemenlik alanına girmeyen uluslararası alanlarda bir suç işlemesi (veya suçu işlediğinden şüphe duyulması) durumunda, uyrukluğunda bulunan devlet, o suç ceza yasalarında yer alıyorsa, yargı yetkisini kullanma hakkına sahiptir.

Bu ilkenin geçerliliği ancak eylemin gerçekleştirildiği ülke yasalarına göre de suç oluşturması ya da başka bir bağlantı noktasının olmasına bağlanmıştır.⁹⁷² Aksi durumda böyle bir yetkinin sınırsız biçimde kabul edilmesi içişlerine karışma yasağının ihlali olarak yorumlanacaktır.⁹⁷³

+Pasif Kişisellik İlkesi (Mağdura Göre Uyrukluk İlkesi)

Pasif kişisellik ilkesi, bir devletin uyrukluğunda bulunan kişiye karşı yabancı bir ülkede suç işlenmesi durumunda yargı yetkisini kullanmasına imkan tanır. Bu ilke ABD'nin teröristleri ve Panama'nın *de facto* lideri Manuel Noriega'nın⁹⁷⁴ tutuklanması ve uyuşturucu ticareti yapmaktan suçlu bulunmasına yol açan yargılamada gerekçe olarak gösterdiği yargı yetkisi türüdür.⁹⁷⁵ Ayrıca *Eichmann* davasında⁹⁷⁶ İsrail hem mağdura göre uyrukluk hem koruma hem de evrensellik ilkesine dayanarak yargı yetkisini ortaya koymuştur.⁹⁷⁷ Ayrıca Lotus-Bozkurt

⁹⁷¹ Devrim AYDIN, Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması, 94 TBB Dergisi 131(2011), s.136

⁹⁷² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s.134-135

⁹⁷³ Yetki çatışmalarının önlenmesi ve diğer devletlerin içişlerine müdahale sonucunu doğuracak bir girişimde bulunulmaması amacıyla bu yetkiler genellikle kişinin ülkede bulunması şartına bağlanarak kullanılmaktadır. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s.135 ve s.139

⁹⁷⁴ *United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506 (S.D. Fla. 1990)

⁹⁷⁵ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/930694/passive-personality-principle>

⁹⁷⁶ Attorney-General of the Government of Israil v. Adolf Eichmann, District Court of Jerusalem, 12.12.1961, 36 ILR 5, s.5-276; Attorney-General of the Government of Israil v. Adolf Eichmann, Supreme Court, 29.05.1962, 36 ILR 277.

⁹⁷⁷ Eichmann davasında, Nazi Soykırımı'nın mağdurları sonradan kurulan İsrail Devleti'nin uyrukları olduğundan, İsrail bağlantı noktasında pasif kişisellik prensibi ile ayrıca İsrail'in tüm yahudileri temsil ettiği fikrine dayarak koruma prensibinde de bulmuştur. Bu nedenle evrensellik prensibinin bu davada "herhangi bir bağlantının bulunmaması" koşulu bakımından geçerli olmadığı öne sürülmektedir. Bkz. Princeton Principles, s.42. Ancak İsrail'in evrensel yargı yetkisi yanında pasif kişisellik ile koruma

davasına konu olan olayda Türk Makamları, Lotus gemisi kaptanını, olayın mağdurlarının Türk olması nedeniyle mağdura göre uyrukluk ilkesi çerçevesinde doğan yetkiye dayanarak yargılamıştır.⁹⁷⁸

Bu yargılama yetkisi aslında çok geniş çaplı bir yetkiyi nitelemektedir. Çünkü bu yetki bir devletin, uyruğunun başka bir devletin ülkesinde insan haklarının ihlal edildiği tüm durumlarda yargılama yetkisine sahip olmasını öngörmektedir.⁹⁷⁹ İlkenin yetki çatışmalarına neden olabilme özelliği nedeniyle genelde ulusal ceza sistemlerinde bu yetkinin ikincil nitelikte uygulanmasına yönelik düzenleme yapılmakla birlikte ayrıca eylemin gerçekleştiği ülkede de suç sayılması şartı aranmaktadır.⁹⁸⁰

-Koruma İlkesi

19. yüzyıl'da Avrupa ülkeleri yurtdışında devleti tehdit eden eylemler gerçekleştiren yabancılar hakkında yargı yetkisi ileri sürerek dava açmaya başlamışlardır. Böylece koruma ilkesi olarak adlandırılan ilkeye dayanarak devletler yargı yetkisine sahip olmuşlardır. Meşru müdafaa hakkına dayanan⁹⁸¹ koruma ilkesi kapsamında suçun nerede veya kim tarafından⁹⁸² işlendiğinin bir önemi yoktur.⁹⁸³ Suçun mağduru,

prensiplerine dayanan yetki iddiası özellikle suçun işlendiği tarihte İsrail Devleti'nin var olmaması nedenine dayanılarak savunma makamı tarafından reddedilmiştir. Savunma tutanakları için bkz. The Trial of Adolf Eichmann Defence Submission 1, Part 5 to 8, <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Sessions/Defence-Submission-01-05.html> Aynı yönde bir eleştiri için bkz. **James E.T. FAWEET**, The Eichmann Case, 38 BYBIL 181 (1962), s. 190–192.

⁹⁷⁸ **TEZCAN**, Bozkurt-Lotus, s.271

⁹⁷⁹ **BRÖHMER**, State Immunity, s.36

⁹⁸⁰ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.140. Türk hukukunda bu ilkenin uygulanabilmesi için TCK m12'ye göre failin fiilin işlendiği sırada yabancı olması, suçun Türkiye'nin ülkesi sayılan bir yerde işlenmemesi, işlenen suçun m13 kapsamındaki suçların dışında bir suç olması, Türk kanunlarına göre alt sınırı 1 yıl hapis cezası olan bir suç işlenmesi, suçun Türkiye, Türk uyruklu gerçek veya tüzel kişiler zararına işlenmesi, failin Türkiye'de bulunması gibi şartlar öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için ibid, s. 141 vd.

⁹⁸¹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.145; Robert Staal, International Conflict Of Laws the Protective Principle In Extraterritorial Criminal Jurisdiction, 15 U. Miami L. Rev. 428 1960-1961, s.429

⁹⁸² Bu suçun yabancı veya uyruk tarafından işlenmiş olmasına bakılmamaktadır. Bkz. Harvard Research in International Law, Jurisdiction with Respect to Crimes, 29 AJIL Supp. 443 (1935), s. 546. Bununla birlikte suçun isnat edildiği kişinin o devletin uyrukluğunda olması aynı zamanda şüpheli veya sanığa göre uyrukluk prensibi çerçevesinde de yargı yetkisi doğuracaktır. Örneğin TCK açısından bu suçun kapsamına giren eylemler şüpheli veya sanığa göre uyrukluk ilkesi çerçevesinde değil koruma ilkesi kovuşturulacaktır. Bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.147

güvenliği, bütünlüğü veya bağımsızlığı tehdit edilen devletin kendisi kabul edilmektedir.⁹⁸⁴ Yurt dışında devletin çıkarlarına aykırı biçimde işlenen suçlarda devlet koruma ilkesi çerçevesinde işlenen suçları kovuşturmaya yetkili olabilmektedir.⁹⁸⁵ Böylelikle bir devlet, çıkarlarının zedelenmesini bağlantı noktası olarak kabul etmek suretiyle cezai yetkilerini kullanabilmektedir. Bu yetkiyle ilgili ortaya çıkan mesele, devletin ulusal çıkarlarının ölçütünün ve sınırlarının belirlenmesidir.⁹⁸⁶

Koruma ilkesinin ortaya çıkarabileceği en büyük sorunlardan biri de başka devletlerin politik bağımsızlığına müdahale edilmesi tehlikesi olduğu söylenmektedir.⁹⁸⁷ Buna göre bir devlet ülkesinde bulunan kişilere kendi ideolojisine uygun olarak bir takım uygulamalar öngörebilir ancak yurtdışında yaşayan bir yabancı o devletin ideolojisine aykırı biçimde hareket etmesine müdahalede bulunulması, uyrukluğunda bulunduğu devletin ideolojisine uygun olarak davranan o kişinin devletin politik bağımsızlığını ihlal olarak görülebilir. Kanaatimizce kişilerin bireysel ideolojilerini devletin kendi ideolojisiyle bağdaştırmak her zaman isabetli olmayabilir. Ancak bireysel anlamda ideolojik ve politik bağımsızlığın sınırlandırılmasının aynı zamanda ifade özgürlüğünün sınırlarını da zorlayacağı da bir gerçektir. Bu nedenle koruma ilkesinin, “suç” oluşturan eylemin öncelikli etkisinin devleti tehdit etmek olarak sınırlandırılması gerekir.⁹⁸⁸ Aksi halde gazete yazarları, yabancı bir devleti eleştiren yazıları ile böyle bir yargı yetkisine maruz kalabilecektir.

⁹⁸³ **AYDIN**, Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması, s.139. Bu açıdan evrensellik ilkesine benzeyen koruma ilkesi, TCK’da da evrensellik ilkesi ile birlikte 13. maddede düzenlenmiştir. Eleştirisi için bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 146 dp.550

⁹⁸⁴ Harvard Research in International Law, Jurisdiction with Respect to Crimes, 29 AJIL Supp. 443 (1935), s. 546

⁹⁸⁵ Eichmann davasında İsrail, yargı yetkisi konusundaki dayanaklarından birinin de koruma ilkesi olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre Eichmann’ın gerçekleştirdiği eylemler İsrail Devleti’ni hedef almaktadır. Ancak bu sav, İsrail Devleti’nin söz konusu eylemler gerçekleştiği sırada henüz var olmadığı düşünüldüğünde, hukuki temelden yoksun olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **AKSAR**, Uluslararası Hukuk I (2012), s.282.

⁹⁸⁶ **Yücel ACER/İbrahim KAYA**, Uluslararası Hukuk, Usak Yay. 2010, s.123

⁹⁸⁷ **AKEHURST**, Jurisdiction, s.158.

⁹⁸⁸ *ibid*, s. 159

-Evrensellik İlkesi (Evrensel Yargı Yetkisi)

Evrensellik ilkesi bir devletin, uyuğunun şüpheli veya zarar gören (mağdur) olması veya ulusal çıkarlarının zarar görmesi gibi bir bağlantı bulunmaksızın, kullandığı yetki türünü ifade eder.⁹⁸⁹ Bir devletin suçun işlendiği yere, suçun kimin tarafından işlendiğine ve kime karşı işlendiğine bakılmaksızın yargı yetkisini kullanması evrensellik prensibi olarak adlandırılmaktadır. Uluslararası Hukuk Enstitüsü 2005'te gerçekleştirdiği Krakow toplantısında soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarıyla ilgili evrensel yargı yetkisi hakkında ortaya koyduğu önergede bu yetkiyi şöyle bir tanımlamıştır: *“Cezai meselelerde yargı yetkisine bir ek gerekçe olarak evrensel yargı yetkisi, bir devletin suçun işlendiği yere bakılmaksızın ve aktif veya pasif uyrukluk veya uluslararası hukuk tarafından tanınan diğer yargı yetkisi dayanaklarına herhangi bir bağlantı gözetilmeksizin şüphelileri yargılama ve suçları kanıtlanırsa cezalandırma yetkisi anlamına gelmektedir.”*⁹⁹⁰ Bir devlet, başka türlü yargı yetkisine sahip bulunmuyorsa, evrensel yargı yetkisine başvurabilmektedir. Bu yetki türünün uluslararası hukuk suçları işlenmesi durumunda devletlerin suçun cezasız kalmamasını temin etmek adına bir hak teşkil ettiği söylenmektedir.⁹⁹¹

Evrensel yargı yetkisinin ulusal ceza sistemine dahil olması 20. Yüzyılın ikinci yarısından sonraki dönemde yaşanan bir gelişmedir. Bu döneme kadar ulusal ceza yargılama yetkisi neredeyse tamamen ülkesellik ilkesine dayandırılmıştır. Uluslararası kamu hukuku da ceza hukukunun öncelikle bir ülkenin kendi topraklarında gerçekleşen suçlara uygulanmasını öngörmekteydi. Deniz haydutluğunun bu kuralın ilk istisnasını teşkil ettiği ve kendisinden sonra ortaya çıkan yargılama yetkisini genişleten başka kuralların da oluşumu açısından öncü rol

⁹⁸⁹ **Eugene KONTOROVICH**, The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation, 45 Harv. ILJ. 183 (2004), s. 183

⁹⁹⁰ Institut de droit International, Resolution On Universal Criminal Jurisdiction With Regard To The Crime Of Genocide, Crimes Against Humanity And War Crimes, Seventeenth Commission, Krakow Session 2005, para. 1, http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf

⁹⁹¹ Report of the Secretary-General, The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction, UN Doc. A/65/181 (29.07.2010), s. 4. Diğer yandan Bassiouni bunun bir yükümlülük olduğuna işaret ederek devletlerin evrensel yargı yetkisine izin veren suçların faillerini yargılamak için harekete geçmekle yükümlü olduklarını belirtmektedir. Bkz. **M. Cherif BASSIOUNI**, Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice, 42 VJIL 81 (2001), 87 vd

üstlendiği kabul edilmektedir.⁹⁹² Bu kapsamda uygulanan evrensel yargı yetkisi günümüzde *geleneksel evrensel yargı yetkisi* olarak anılmakta olup, uluslararası hukuk suçları veya ağır insan hakları ihlallerine uygulanan evrensel yargı yetkisi *modern evrensel yargı yetkisi* olarak zikredilmektedir.⁹⁹³ İnsan haklarının yükselişe geçtiği 2. Dünya Savaşı sonrası dönemden önce dahi evrensel yargı yetkisi deniz haydutluğu yasağına ilişkin olarak mevcut bulunmaktaydı.⁹⁹⁴ Zira deniz haydutları, *hostis humanis generis*⁹⁹⁵ kabul edilmekteydi ve tüm devletler bu suçu işleyen kişiler üzerinde yargı yetkisini kullanma hakkına sahipti.

BM Genel Kurulu'nun evrensel yargı yetkisinin kapsamı ve uygulaması hakkındaki raporunda, bu yetkinin insanlığın ortak çıkarlarına aykırı düşen suçları işleyenlerin cezasız kalmaması düşüncesinden ortaya çıktığı ifade edilmektedir.⁹⁹⁶ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bir suçun evrensel niteliği, devletlerin o suçla ilgili evrensel yargı yetkisini kullanabilecekleri anlamına gelmez.⁹⁹⁷ Evrensel yargı yetkisi devletlerin ağır insan hakları ihlalleri ya da uluslararası hukukun ağır ihlali olarak adlandırılan suçlar bakımından devletleri kovuşturma yapmaya yöneltmekte ve bu haliyle de sorumluların hesap verebilirliğini arttırarak cezasızlığı azaltmaktadır.⁹⁹⁸

6.3.2. Devletlerin Ülke-Dışı Yargılama Yetkilerinin İşlevsel Bağımsızlığa Etkileri

Devletlerin uluslararası suçlara ilişkin olarak ülke dışı yargı yetkilerini kullanmalarına izin veren kurallardaki gelişme artık devletleri, uluslararası suçlara ilişkin eylemlerle ilgili bireysel cezai sorumluluğu göz önünde bulundurarak devlet görevlileri üzerinde yargı yetkilerini uygulamaya sevk etmektedir.

⁹⁹² **BROWNLIE**, Principles (2008), s. 238-249 Brownlie, ülke dışı yargı yetkisi kurallarının artışını deniz haydutlarının takip edilmesi ve yakalanmasındaki yetkilerin, deniz altı savaşı, abluka ve açık denizlerde düzenin sağlanmasını kapsar şekilde genişlediğini ifade etmektedir.

⁹⁹³ **KONTOROVICH**, The Piracy Analogy, s. 183. Modern evrensel yargı yetkisi aynı zamanda “saf evrensel yargı yetkisi” olarak da anılmaktadır. Bkz. **Princeton Principles**, s.42

⁹⁹⁴ **Hari M. OSOFSKY**, Domesticating International Criminal Law: Bringing Human Rights Violators To Justice, 107 YLJ 191 (1997), s. 194

⁹⁹⁵ İnsan ırkının düşmanı

⁹⁹⁶ UN Doc. A/65/181 (29.07.2010), The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction, s.4

⁹⁹⁷ Princeton Principles, s.42-43

⁹⁹⁸ Princeton Principles, s.43

UAD *Arrest Warrant* davasında, yerel mahkemelerin yargı yetkisine uygulanan kuralların, yargı yetkisinden bağımsızlığa uygulanan kurallardan dikkatli biçimde ayrılması gerektiğini vurgularken, yargı yetkisinin bağımsızlığın yokluğu anlamına gelmediği gibi bağımsızlığın yokluğunun da yargı yetkisinin var olduğu anlamına gelmediğini belirtmiştir.⁹⁹⁹ Divan bu nedenle her ne kadar belli ciddi suçların önlenmesi ve cezalandırılmasına ilişkin çeşitli uluslararası antlaşmalar devletlere, cezai yargı yetkilerini genişletmeyi buyurarak, kovuşturma veya iade etme yükümlülüğü getirmekte ise de yargı yetkisinin böylesine genişlemesinin, Dışişleri Bakanı'nınki de dahil olmak üzere, uluslararası yapılageliş hukukuna bağlı bağımsızlıkları etkilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu kişiler, Divan'a göre yabancı devletin mahkemeleri önünde, bu mahkemeler böyle bir yargı yetkisini antlaşmalara bağlı olarak uyguluyor olsalar dahi, bağımsız olmayı sürdürürler.¹⁰⁰⁰

Yargı yetkisinin varlığının, bağımsızlığın yokluğu anlamına gelmediğini söylemek genel olarak doğrudur. Gerçekten de bağımsızlık, normalde uygulanabilir olan yargı yetkisinin istisnasını belirtmektedir.¹⁰⁰¹ Ne var ki, Divan'ın kişisel bağımsızlığın görevi başındaki üst düzey devlet görevlileri için mevcut bulunduğunu dikkate aldığı hatırlanmalıdır. İşlevsel bağımsızlıkla ilgili durum ise farklıdır. Yargı yetkisini öngören bir kuralın aksi durumda mevcut olan bağımsızlık kuralını geçersiz kıldığı haller olabilir.

Lordlar Kamarası tarafından *Pinochet (3)* davasındaki birçok hakim tarafından belirtildiği gibi¹⁰⁰², işlevsel bağımsızlığın uygulanması *BM İşkence Sözleşmesi'nin* evrensel yargı yetkisine¹⁰⁰³ ilişkin hükümleriyle çelişkili olacaktır. Sözleşme işkenceyi bir kamu görevlisinin veya resmi sıfatla hareket eden herhangi birinin teşvikiyle veya zorlamasıyla veya onayıyla veya göz yummasıyla fiziksel veya

⁹⁹⁹ *Arrest Warrant* [2002], para. 59.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰⁰¹ **CAPLAN**, *Normative Hierarchy*, s. 756–757

¹⁰⁰² *Pinochet (3)* [2000], s. 166, s.201, s. 204-205, s. 276, s. 291 (özellikle Lord Browne-Wilkinson, Lord Millett, Lord Phillips)

¹⁰⁰³ İşkence'nin resmi bir eylem olarak tanımlanması nedeniyle, eylemi gerçekleştiren görevlinin adına hareket ettiği devletin, fail(ler)i etkili biçimde kovuşturmaması ve diğer devletlerin de harekete geçmemeleri durumunda işlenen suçun cezasız kalması sakıncası söz konusu olduğundan, işkenceyi içeren eylemler evrensel yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. **Murat ÖNOK**, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yay. 2006, s74 ve dp278

zihinsel belli amaçlar için kasten ağır acı ve ızdırap çektiren her türlü eylem olarak tanımlamıştır.¹⁰⁰⁴ Sözleşme'nin yargı yetkisine yönelik hükümleri, bütün taraf devletlerin kendi ceza kanunlarında işkenceye yönelik tüm eylemleri suç olarak tanımlamak zorunda olmalarını¹⁰⁰⁵ ve işkence suçunu işleyen kimsenin Sözleşme'ye taraf bir devletin ülkesinde bulunması durumunda, o devletin söz konusu bireyi yargılamasını ya da yargılanacağı bir devlete iade etmesini öngörmektedir.¹⁰⁰⁶ Sözleşme, işkence suçunu resmi yetkiye dayanarak işlenen fiillerle sınırlandırdığı için, ülke dışı yargılama ancak işlevsel bağımsızlığın normalde uygulanabilir olduğu davalarda gerçekleşebilir. Ancak işlevsel bağımsızlığın uygulanması, Sözleşme'deki yargı yetkisine yönelik hükümleri neredeyse tümüyle anlamsız kılar. Böyle bir sonuç ise Sözleşme'nin konu ve amacına aykırı olacaktır. *Pinochet (No:3)* kararında da benzer gerekçelerle işlevsel bağımsızlığın uygulanamayacağına karar verilmiştir.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁴ BM İşkence Sözleşmesi m.1

¹⁰⁰⁵ BM İşkence Sözleşmesi "Devletlere işkenceye ilişkin her türlü eylemi suç olarak yasalastırma yükümlülüğü getirmek suretiyle evrensel yargı yetkisi öngörmektedir. Bkz. **Roger O'KEEFE**, *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, 2 JICJ 735 (2004), s. 737vd. (Kısaca **O'KEEFE**, *Universal Jurisdiction*) Yazar evrensel yargı yetkisinin, düzenleyici yetkinin (jurisdiction to prescribe ya da prescriptive jurisdiction) düzenleyen devlet ile suçu işleyen kişi arasında suçun işlendiği tarihte herhangi bir bağlantının bulunmadığı özel bir şekli olduğunu ileri sürmektedir.

¹⁰⁰⁶ İşkence Sözleşmesi m.4,5 ve 7. Bkz. *Guengueng v. Senegal* (181/01), CAT/C/36/D/181/2001 (İşkenceyi Öneleme Komitesi) 19 Şubat 2009'da Belçika Senegal aleyhine UAD'da Senegal'in Çad Devleti Eski Başkanı Hissène Habré'yi yargılamak veya yargılanacağı bir devlete iade etmek konusundaki İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle dava açmıştır. Bkz. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Senegal v. Belgium)(Yargılama veya İade Etme Yükümlülüğüyle İlgili Sorular), Provisional Measures, 2009, ICJ Press Release 2009/13, 19 Şubat 2009. <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15054.pdf> Dava 2012 yılında sonuçlanmıştır. Divan, işkence yasağının jus cogens bir kural olduğuna işaret ederek, Senegal'in İşkence Sözleşmesi'nden kaynaklanan yargılama veya iade etme yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bkz. *Prosecute or Extradite [2012]*, Judgement, 20 Temmuz 2012, ICJ Reports 144, <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>

¹⁰⁰⁷ *Pinochet (3) [2000]* Davası'nda Lord Saville devletlerin İşkence Sözleşmesi'ne taraf olmalarından itibaren işkenceyle ilgili konularda nasıl işlevsel bağımsızlığın Sözleşmenin hükümleriyle aynı anda var olabileceğini anlayamadığını; her bir taraf devletin diğer taraf devletlerin kendi ülkeleri içinde bulunan işkenceci devlet görevlilerini iade etmek veya yargılanmaları için ülkelerindeki yetki merciye havale etmek konusunda yetkilerini kullanabileceklerini kabul ettiklerinden aynı anda işkencenin resmi niteliğine dayanılarak yargılamadan veya iade etmekten bağımsızlığı ileri sürülemez. 8 Aralık 1988 tarihi itibarıyla Şili, İspanya ve Birleşik Krallık İşkence Sözleşmesi'ne taraf olduğundan bu tarihten beri söz konusu devletlerin arasında işkenceci devlet eski başkanlarının *ratione materiae* bağımsızlıktan yararlanamayacağına yönelik anlaşma sağlanmış kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, Senatör Pinochet aleyhindeki resmi işkence iddialarıyla ilgili olarak bu anlaşmayla bir istisna veya genel *ratione materiae* bağımsızlık kuralına sınırlama getirilmiştir. *Pinochet (3) [2000]*, s266-267 Lord Millet'e göre ise İşkence Sözleşmesi'ndeki işkence tanımı ile *ratione materie* bağımsızlığın varlığı çelişmektedir. Bu suç ancak bir kamu görevlisi yada resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya onun teşvikiyle veya rızasıyla veya kabulüyle gerçekleşebilir. Eylemin bağımsızlığa kaynak teşkil eden resmi niteliği suçun asli unsurudur ve mantıklı hiçbir ceza adaleti sistemi bu suçla aynı anda bulunacak bir bağımsızlığa izin vermez. *Pinochet (3) [2000]*, s277

Benzer biçimde, *Tüm Kişileri Zor Altında Kayıplıktan Korumaya İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin¹⁰⁰⁸ 2. maddesinde tanımlandığı gibi zor altında kayıplık suçu ancak devlet görevlileri veya devletin yetkisiyle veya rızasıyla veya desteğiyle hareket eden kişi veya kişi grupları tarafından gerçekleştirilebilir.¹⁰⁰⁹ Sözleşme'nin 4, 9 ve 11/1 maddelerinde *BM İşkence Sözleşmesi*'ndeki gibi taraf devletlere zor altında kayıplık suçunu yasalastırma ve bu suçu işlediğinden şüphelenilen kişileri yargılama veya yargılanacağı başka bir devlete iade etme yükümlülükleri getirmektedir. Tekrar etmek gerekirse, bağışıklığın bu tür suçları işleyen kişilerin 3. devlet mahkemelerinde yargılanmasına engel oluşturmaya izin verilmemektedir.¹⁰¹⁰ Aksi düşünüldüğünde, insan haklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet eden bu tür sözleşmelerin amaçları ortadan kalkar.

Özetle, uluslararası suçlara ilişkin olarak ülke dışı yargı yetkisinin var olması ve yargı yetkisini sağlayan kuralın açıkça resmi yetkiye dayanarak işlenen suçlar için yargılamayı öngörmesi durumunda, işlevsel bağışıklığın uygulanmaması gerekir. Uluslararası Ceza Divanı Statüsü ve diğer ilgili sözleşmelerde tanımlanan uluslararası suçların çoğunun (yani soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar) işkence ve zor altında kayıplık durumlarında olduğu gibi resmi eylemle sınırlandırılmamış olması, bu suçların resmi sıfatla hareket eden kimseler tarafından işlenebileceğinin düşünülmesinden ileri gelmektedir.¹⁰¹¹ Başka bir deyişle, işkence ve zor altında kayıplık suçlarındaki gibi devlet adına hareket etmenin sözleşmelerde belirtilmesine rağmen, yukarıda adı geçen suçlara ilişkin sözleşmelerde böyle bir düzenlemeye özel olarak yer verilmemiş olması, bu suçların ancak resmi sıfatla hareket eden kimseler tarafından işlenebilecek nitelikte olmasına dair bir inançtan kaynaklanıyor olabilir. Dolayısıyla uluslararası sözleşmelerde açıkça bir düzenlemenin olmaması, o sözleşmelerin işlevsel bağışıklığa izin verdiği anlamına

¹⁰⁰⁸ International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (2006), General Assamble Resolution 61/177, 20.12.2006, A/RES/61/177.

¹⁰⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kirsten ANDERSON**, How Effective Is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances Likely to Be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance, 7 Melb. JIL 245 (2006), s. 275–277

¹⁰¹⁰ **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s.842

¹⁰¹¹ **DUPUY**, International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State, in A. Cassese, P. Gaeta, and J.R.W.D. Jones (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary V.2, Oxford University Press, 2002, s.1085–1099; ILC Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, 1996, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf

da gelmemektedir. Aslında bu suçların çoğu ilk tanımlandıklarında öncelikle devletin eylemlerini¹⁰¹² kapsayacak şekilde tasarlanmıştır ve daha sonra özel kişilerin eylemlerini de içermeye başlamıştır.¹⁰¹³

Uluslararası silahlı çatışmalardaki savaş suçları (yani Cenevre Konvansiyonları'nın¹⁰¹⁴ ağır ihlallerine ilave olarak UCD Statüsü'nde tanımlandığı gibi bir uluslararası silahlı çatışmaya uygulanabilen hukukun ve yapılageliş kurallarının diğer ciddi ihlalleri¹⁰¹⁵) işkence gören ve zor altında kaybolan kişilerdeki gibi açıkça devlet görevlisi ve temsilcisinin davranışlarıyla sınırlandırılmamasına rağmen, burada da benzer bir durum vardır. Bir uluslararası silahlı çatışmanın tarafları doğası gereği devletlerdir. Böyle bir çatışmadaki savaş suçlarını kapsayacak eylemler genel olarak bir devletin silahlı kuvvetlerindeki askerler tarafından veya devlet yetkisini uygulayan göreviler veya temsilciler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle Cenevre Konvansiyonları ve uluslararası yapılageliş kuralları¹⁰¹⁶ bu tür suçlarla ilgili olarak evrensel yargı yetkisi öngördüğünden, işlevsel bağışıklığın uygulanması mümkün olmaz.¹⁰¹⁷

¹⁰¹² Soykırım ile ilgili olarak bkz. the Report of the Ad Hoc Committee on Genocide (and Draft Convention Drawn Up by the Committee), UN Doc E/794 (1948), s. 29 ve 32

¹⁰¹³ SCHABAS, devlet politikasının uluslararası suçların bir unsuru olması durumunu tartıştığı makalesinde, EYUCM'nin ilk soykırım yargılamasında devletin politikası veya planlamasının soykırım suçunun bir unsuru olmadığını ve suçun devletin müdahilliği olmaksızın yalnızca birey tarafından da işlenebileceğine hükmettiğini; birkaç yıl sonra ise aynı sonuca insanlığa karşı suçlar hakkındaki davada vardığını söylemektedir. Soykırım hakkındaki karar için bkz. *Prosecutor v. Jelusic*, Case No. IT-95-10-T, Judgement, para. 100 (14 Aralık 1999), kararın onaylanayı hk. bkz., *Prosecutor v. Jelusic*, Case No. IT-95-10-A, Judgement, para. 48 (5 Temmuz 2001); insanlığa karşı suçlar hakkındaki karar için bkz.: *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23/1-A, Judgement, para. 98 (12 Temmuz 2002). Yazar bu yaklaşımın altında yatan sebebin, devlet dışı topluluklar tarafından gerçekleştirilen ihlallerin de yargılanmasını olanaklı kılmak olduğunu ifade etmektedir. **William SCHABAS**, State Policy as an Element of International Crimes, 98 JCLC 953 (2008), s.960

¹⁰¹⁴ 1949 Cenevre Sözleşmeleri m. 49, 50, 129 ve 146; 1949 Cenevre Sözleşmeleri Birinci Ek Protokol m. 85/1, 1125 UNTS 3

¹⁰¹⁵ UCD Statüsü m.8/2-b. 1949 Cenevre Sözleşmeleri Birinci Ek Protokol m.85/1'e göre UCD m.8/2-b'de listelenen suçların çoğu Protokolün ağır ihlalini teşkil etmektedir.

¹⁰¹⁶ J. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume 1 (2005), s. 604–607. UAD, iki davada (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion [1996] ICJ Rep 66, para. 79 and Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion [2004] ICJ Rep 136, para. 157) Cenevre Sözleşmeleri'nin uluslararası yapılageliş hukukunun bir parçası olduğunu ifade etmiştir.

¹⁰¹⁷ **Roger O'KEEFE**, The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction, 7 JICJ 811(2009), s.814vd.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda¹⁰¹⁸ işlenen savaş suçları açısından çatışma taraflarından birinin devlet dışı bir varlık olması nedeniyle bu suçlardan sorumlu olma meselesi devlet görevlileriyle sınırlı tutulmamıştır. Bununla birlikte çatışmanın devlet dışındaki tarafına evrensel yargılama yetkisi uygulanıp devlet tarafındaki görevlilere bağışıklık tanınması haksız bir uygulamaya neden olacağından bağışıklığın böyle bir durumda da uygulanmaması doğru olacaktır.¹⁰¹⁹

Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nde kullanılan insanlığa karşı suç tanımı, bu suçların bir uluslararası silahlı çatışmayla ve böylece dolaylı biçimde devlet eylemiyle bağlantılı olmasını gerektirmekteydi.¹⁰²⁰ İnsanlığa karşı suçların daha modern tanımında ise suçun, silahlı çatışma veya devlet eylemiyle ilişkili olması aranmıştır.¹⁰²¹ 2. Dünya Savaşı sonrasında insanlığa karşı suçlarla ilgili verilen kararlarda genellikle suçun hükümet politikası uyarınca işlenmesi gereğine işaret edilmiştir.¹⁰²² Özellikle İngiliz İşgal Alanlarında Alman Yüksek Mahkemesi önüne gelen birçok davada görevliler, eylemleri devlet politikası kapsamında ve onun desteğiyle gerçekleştirdiklerini öne sürdülerse de, insanlığa karşı suç işledikleri

¹⁰¹⁸ Bu suçlar 4 Cenevre Sözleşmesi'nin ortak maddelerinden 3. Maddede düzenlenmiştir. Ayrıca UCD m8/2-c ve e bentlerinde de bu suçlara yer verilmiştir.

¹⁰¹⁹ Evrensel yargı yetkisi çerçevesinde uluslararası olmayan çatışmalarda işlenen savaş suçlarıyla ilgili bazı yargılamalar yapılmıştır. Bkz. *Butare Four* davası (yayımlanmamış) (Belgium: Court of Assizes) (davayla ilgili bkz. **Luc REYDAMS**, Belgium's first application of Universal Jurisdiction: The Butare Four case', 1 JICJ 428 (2003)); *Munyeshyaka case*, 4 RGDIP (1996) 1084 (France: CA); *Knesević*, 11.11.1997, 1 YIHL 599 (1998) (Netherlands: Sup. Ct); *Grabež*, 18.04.1997 (yayımlanmamış) (Switzerland: Military Tribunal at Lausanne); *Niyonteze*, 26.05.2000 (yayımlanmamış) (Switzerland: Military Tribunal at Lausanne) (dava ile ilgili rapor için bkz. **Luc REYDAMS**, "Case Report: Niyontese v Public Prosecutor", 96 AJIL 232 (2002)). Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün Yapılageliş Çalışması m. 157 (ICRC Customary Study), hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda evrensel yargı yetkisinin uygulanabilirliğinden bahsetmektedir.

¹⁰²⁰ Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü m. 6/c insanlığa karşı suçları savaş öncesinde veya savaş sırasında herhangi bir sivil halka karşı kasıtlı biçimde öldürme, toplu halde yok etme, köleleştirme, sürülme yada diğer insanlık dışı eylemler gerçekleştirme veya politik, ırkçı yada dinsel temelli zulümler or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the law of the country where perpetrated" olarak tanımlar. Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, para. 97. Ancak, insanlığa karşı suçlar ile silahlı çatışma arasındaki bağlantı gittikçe azalmaktadır ve insanlığa karşı suçlar hem barış hem de çatışma zamanında kabul edilmektedir. Bkz. *Tadić* (Interlocutory Appeal), 2 Oct. 1995, ICTY Appeals Chamber, para. 141 ve UCD Statüsü m.7

¹⁰²¹ UCD Statüsü m. 7/2-a insanlığa karşı suçların temel ögesi olan sivil topluluğa saldırının bir devlet veya organizasyonun politikası gereğince gerçekleşmesinin zorunluluğuna işaret etmektedir. **CRYER et.al**, An Introduction (2010), s. 237-241.

¹⁰²² **CRYER et.al**, An Introduction (2010), s.238

gerekçesiyle yargılanmışlardır.¹⁰²³ Buna benzer biçimde insanlığa karşı suçların ilk kez ülke dışı yargılaması olan Eichmann davası¹⁰²⁴ 2. Dünya Savaşı sırasında bir devlet görevlisinin insanlığa karşı suç işlediği gerekçesiyle gerçekleşmiştir. Burada dikkat çeken nokta, İsrail tarafından uygulanan evrensel yargı yetkisine hiçbir devlet tarafından karşı çıkılmamasıdır.¹⁰²⁵ Yabancı hükümet görevlileri aleyhinde yerel mahkemelerde insanlığa karşı suçlarla ilgili açılan davalar da işlevsel bağışıklığa dayalı herhangi bir itiraz yapılmaksızın gerçekleşmiştir.¹⁰²⁶

Soykırım ile ilgili olarak, 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin 4. maddesinde soykırım suçunu işleyen kişilerin anayasal düzeyde sorumlu kural koyucular, devlet görevlileri veya özel kişiler olduklarına bakılmaksızın cezalandırılmaları gerektiği belirtilmiştir.¹⁰²⁷ Sözleşme'nin görevlinin yargılamasının, gittiği devletteki yerel mahkemelerle sınırlandırılması şeklinde dar anlamda yorumlanması mümkündür.¹⁰²⁸ Ancak 6. madde, soykırım ile suçlanan kişilerin yargılamasının, suçun işlendiği yerdeki devletin yetkili mahkemesi tarafından da gerçekleştirilebileceğini öngörmektedir.¹⁰²⁹ UAD Sözleşme'deki yükümlülüklerin ülke dışında işlenen soykırıma da uygulanacağına açıklık getirmiştir.¹⁰³⁰ Böylece Sözleşme'nin

¹⁰²³ CASSESE, ICL 2008, s 116.

¹⁰²⁴ İsrail Yüksek Mahkemesi de Eichman davasında evrensel yargı yetkisi prensibine dayandığını ileri sürerek yargı yetkisinin bu yetki çerçevesinde doğduğundan bahsetmiştir. Mahkeme'ye göre evrensel nitelikteki bu suçları işlenmesinde katkısı bulunan herkesi her devletin yargılama ve cezalandırma yetkisi bulunmaktadır. Attorney General of Israel v. Eichmann, 36 ILR (1962) 5, s. 287

¹⁰²⁵ AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials, s.845

¹⁰²⁶ *In re Ahlbrecht*, 11 Apr. 1949, [1949] Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 397 (Netherlands: Special Court of Cassation); *In re Buhler*, 10 July 1948 [1948] Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 680 (Poland: Supreme National Tribunal).

¹⁰²⁷ 1948 Soykırım Sözleşmesi m. 4: "Soykırım suçunu veya üçüncü maddede gösterilen fiillerden birini işleyenler, anayasaya göre yetkili yöneticiler veya kamu görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırılır."

¹⁰²⁸ Sözleşme tasarlanırken soykırım için evrensel yargı yetkisi tartışılmış ve reddedilmiştir. Bkz. Report of the Ad Hoc Committee on Genocide, UN Doc E/794 (1948), s. 32 http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/794

¹⁰²⁹ 1948 Soykırım Sözleşmesi m. 6: "Soykırım fiilini veya Üçüncü maddede belirtilen fiillerden birini işlediğine dair hakkında suç isnadı bulunan kişiler, suçun işlendiği ülkedeki Devletin yetkili bir mahkemesi, veya yargılama yetkisini kabul etmiş olan Sözleşmeciler Devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan Uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanır."

¹⁰³⁰ Divan, Sözleşme'de yer alan hak ve yükümlülüklerin erga omnes olduğunu vurgulayarak, her Devletin soykırımı önleme ve cezalandırma yükümlülüğünün Sözleşme tarafından bölgesel olarak sınırlandırılmamış olduğunu belirtmektedir. *Genocide [1996]*, para. 31.

uygulanmasına bölgesel bir sınır olmadığı kabul edilmekle birlikte, işlevsel bağışıklığın da yargılamaya engel teşkil edemeyeceğini söylemek mümkündür.¹⁰³¹

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım için ülke dışı yargı yetkisi sağlayan kurallar işlevsel bağışıklıkla gerçekte aynı anda var olamayacağından, bu suçlarla ilgili savların işkence, zor altında kayıplık veya uluslararası silahlı çatışmada savaş suçlarıyla ilgili olanlar kadar güçlü olmadığı kabul edilmelidir. Ancak bu düşünceler evrensel yargı yetkisinin altında yatan politik amaçlarla uyumludur. Zira evrensel yargı yetkisine izin veren başlıca nedenlerden biri, bu tür uluslararası suçları işleyen kişilerin çoğunlukla devletle ilgili bir bağlantılarının bulunması ve eğer sadece kendi devletleri yargı yetkisine sahip olursa adaletten kaçabilecekleridir.

Evrensel yargı yetkisiyle ilgili kurallar genellikle devletlerin kendi adlarına hareket eden kişilere karşı harekete geçmek konusunda ihmalkar davranmaları sonucunda ortaya çıkan dokunulmazlığı ortadan kaldırmayı amaçladığına göre, bu kurallar görevlilerin başka devletler tarafından yargılanmasını olanaklı hale getirmek için vardır. Bu durum *Pinochet (3)* kararında Lord Phillips tarafından ifade edilmiştir. Lord Phillips'e göre uluslararası suçlar ve ülke-dışı yargı yetkisiyle ilgili kurallar uluslararası hukuk alanında yeni ortaya çıkmış kurallardır ve bunlar işlevsel bağışıklıkla aynı anda uygulanamaz.¹⁰³² Ülke dışı yargı yetkisinin uygulanması, bir devletin diğer devletin içişlerine karışmama ilkesinin önüne geçmektedir. Bunun nedeni uluslararası suçlarla ilgili durumlarda bu ilkenin geçerli olmamasıdır. Zira ülke dışı yargı yetkisi kuralı uygulandığında resmi yetki çerçevesinde yapılan eylemlerin bunun dışında bırakılmasının hiçbir anlamı kalmaz.¹⁰³³

¹⁰³¹ Bu *Guatemala Genocide* davasında İspanya Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesinde de teyit edilmiştir. Mahkeme, 6. Maddede amaçlanananın devletlerin yükümlülüklerini sınırlandırmak değil, asgari yükümlülükleri belirlemek olduğuna işaret etmiştir. Bkz. *Guatemala Genocide Case*. Judgment No. STC 237/2005. <<http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2005/STC2005-237.htm>>. **Naomi ROHT-ARRÍAZA**, *Guatemala Genocide Case*, 100 AJIL 207 (2006), s.209. Ayrıca bkz. **Rosalyn HIGGINS**, *After Pinochet: Developments on Head of State and Ministerial Immunities*, in Pat Rogers (ed.), *Themes and Theories*, Oxford University Press 2009, s.419. (Kısaca HIGGINS, *After Pinochet*)

¹⁰³² *Pinochet (3)* [2000], s. 240 (Lord Phillips)

¹⁰³³ *Ibid.*

Konuyla ilgili önemli sorunlardan biri, uluslararası hukukun uluslararası suçların yargılanmasında evrensel yargı yetkisinin uygulanmasına izin verilip verilmediğinin ortaya konulmasıdır.¹⁰³⁴ Bu konuda uluslararası toplumun aynı anda birbirine zıt iki eğiliminin varlığı bu işi zorlaştırmaktadır. Bir taraftan evrensel yargı yetkisi giderek artan biçimde, çoğu Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'nün teşvikiyle, ulusal düzenlemelerde¹⁰³⁵ ve yargı kararlarında¹⁰³⁶ ortaya koyulmaktadır. Diğer yandan evrensel yargı yetkisinin gittikçe daha fazla uygulanması, tartışmaları da arttırmaktadır. Bu yetki, diplomatik değişimlerde ve yerel yargılamalarda¹⁰³⁷ olduğu gibi UAD'da da sorgulanmıştır.¹⁰³⁸ Örneğin, ABD Yönetimi, Belçika Mahkemeleri'nin, Belçika'nın ünlü evrensel yargı yetkisi yasasına dayanarak ABD görevlileriyle ilgili evrensel yargı yetkisini uygulamasına karşı ciddi tepkiler

¹⁰³⁴ Bununla ilgili geniş bir değerlendirme için bkz. **O'KEEFE**, Universal Jurisdiction, s.124; **REYDAMS**, Universal Jurisdiction; ILA Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences, Report of the 69th Conference of the International Law Association (2000). Bkz. **FLETCHER**, Against Universal Jurisdiction, 1 JICJ 580 (2003); **Antonio CASSESE**, Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction, 1 JICJ 589 (2003); **BASSIOUNI**, Universal Jurisdiction; **RANDALL**, Universal Jurisdiction Under International Law, 66 TLR 785 (1988); Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1986), para. 404.

¹⁰³⁵ Örneğin 5237 sayılı ve 26.09.2004 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun 13. Maddesinde "vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde" ibaresiyle suçla ilgili kişi veya yer ayrımı gözetmeksizin insanlığa karşı suçlar, soykırım, işkence suçları evrensel yargılama yetkisi çerçevesinde yargılanabilecek suçlar arasında gösterilmiştir. Bu –ve diğer bazı uluslararası boyutu olan suçlarda-Türk Kanunları'nın uygulanacağı belirtilmekle birlikte böyle bir yargılamanın yapılabilmesi için Adalet Bakanlığı'nın talebinin gerekli olduğu da hükme bağlanmıştır. Kanada'nın 29.6.2000 tarihli İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları 2000 Yasası'nın 8-b hükmü savaş suçları veya insanlığa karşı suçları işlediği ileri sürülen herhangi bir kişi üzerinde Kanada'nın yargı yetkisinin bulunduğunu belirtmektedir.(S.C.2000 c.24) 2000 tarihli Yeni Zelanda Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi 2000 Yasası'nın 8/1-c hükmü uyarınca Yeni Zelanda'nın soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları için de suçu işleyen kişiye veya suçun işlendiği yere yada bu suçlarla itham edilmesine karar verildiği sırada sanığın Yeni Zelanda'da bulunmasına bakılmaksızın yargı yetkisine sahip olduğu ifade edilmektedir. Avustralya Ceza Kanunu Yasası Alman Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu 2002 m1;Güney Aftika Ceza Kanunu 2002 m4/3-c; Hollanda Uluslararası Suçlar Yasası 2003 m.2/1-a; İrlanda Uluslararası Ceza Mahkemeli Yasası 2006 m.12/2; İspanyol Yargı Yetkisi Düzenleme Yasası 6/1985 m.23/4; ABD Soykırım Sorumluluğu Yasası 2007; Belçika Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Hakkında Kanun 2003 m.7 Ayrıntılı analiz için bkz. **REYDAMS**, Universal Jurisdiction; ILA Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences, Report of the 69th Conference of the International Law Association (2000); Amnesty International, 'Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Enforce Legislation, <http://www.amnesty.org/en/library/info/IOR53/002/2001>

¹⁰³⁶ **REYDAMS**, Universal Jurisdiction.

¹⁰³⁷ Bkz. the *Guatemalan Genocide* case, 42 ILM 683 (2003) (Spain Sup. Ct), Ayrıca bkz. ASCENCIO, Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal's Decision in Guatemalan Generals, 1 JICJ 690 (2003); Peruvian Genocide Case, 42 ILM (2003) 1200 (Spain: Sup. Ct). Guatemalan Genocide Case, Judgment No. 237/2005, www.tribunalconstitucional.es/stc2005/STC2005-237.htm. Ayrıca bkz. Roht-Azzaria, 'Guatemala Genocide Case', 100 AJIL 207 (2006)

¹⁰³⁸ Bkz. *Arrest Warrant* [2002]. Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) (Provisional Measures Request) [2003] ICJ Rep 102

göstermiştir.¹⁰³⁹ Bu tepkilerin sonucu olarak Belçika, ilgili yasasında değişiklikler yapmış ve evrensel yargı yetkisinin uygulanmasını uluslararası suçların Belçika vatandaşları veya Belçika’da ikamet edenlere karşı veya onlar tarafından işlenmesi ile sınırlandırmıştır.¹⁰⁴⁰

Evrensel yargı yetkisinin uygulanmasına yönelik itirazlar genellikle evrensellik prensibinin kendisinden çok, belli uygulamalarına ilişkindir. Bu itirazlar suçun isnat edildiği kişinin, yetkiyi kullanan devletin ülkesinde bulunmadığı ve söz konusu devletin de evrensel yargı yetkisini şüphelinin yokluğunda uyguladığı durumlarda yoğunlaşmaktadır.¹⁰⁴¹ Önemli sayıda devletin yasal düzenlemelerinde UCD Statüsü’ndeki uluslararası suçlar için evrensel yargı yetkisinin uygulanmasına yer vermeleri, bu kuralın uluslararası yapılageliş hukukundaki varlığının göstergesi olarak kabul edilebilir.¹⁰⁴² Uluslararası silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarıyla ilgili evrensel yargı yetkisi kuralı 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek 1 Numaralı Protokol’de, Sözleşmelerin ağır biçimde ihlalini önlemeyle ilgili

¹⁰³⁹ **Sean D. MURPHY**, “Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin” in “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law”, AJIL 97 (2003), s. 984–987.

¹⁰⁴⁰ ‘Belçika’nın 15.07.1993 tarihli (10.02.1999 ve 23.04.2003 tarihli Kanunlarla değiştirilmiş) İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Hakkında Kanunu, 42 ILM (2003) 740. O dönemde Irak’a giren ABD, Irak’ta gerçekleşen savaş suçları nedeniyle Belçika’nın adigeçen kanununa başvurunun fazlalığından endişe etmiş ve ABD Dışişleri Bakanlığı’nın Belçika üzerindeki baskısıyla başlayan süreç ABD Dışişleri Bakanı Donald Rumsfeld’in NATO karargahını Belçika’dan Polonya’ya taşıma söyleminin ardından çok sayıda kişinin böyle bir durumda mağdur olma ihtimali nedeniyle Belçika’yı yasa değişikliğine zorlamıştır. Rumsfeld’in 12-13 Temmuz 2003’te gerçekleşen toplantıda yaptığı konuşmanın metni için bkz. <http://www.nato.int/docu/speech/2003/s030612g.htm> Ayrıca bkz. **Sinan KOCAOĞLU**, Evrensel Yetki, TBB Dergisi 60 (2005), s. 210 Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Luc Reydam, Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law”, 1 JICJ 679 (2003), s.679; **TONER**, Competing Concepts of Immunity, s.914; **CASSESE**, Is the Bell Tolling, s. 590.

¹⁰⁴¹ **REYDAMS**, Universal Jurisdiction, s. 223–226. **O’KEEFE**, Universal Jurisdiction, s. 750-751. (O’Keefe, devletlerin uygulamalarının bugüne kadar konuyla ilgili seyrek ve değişken olduğundan, bu uygulamaların, yasallığı kendi içinde yerleşmiş bir gıyabi evrensel yargı yetkisi ayrımına ilişkin genel bir kabule işaret etmediğini söylemektedir. Yazara göre evrensel yargı yetkisi, düzenleme yetkisinin göstergesidir. Ayrıca düzenleme ile uygulama birbirinden ayrı olduğundan uygulamanın hukuka uygunluk niteliği düzenlemenin yasallığını en azından mantık gereği etkilemeyecektir. Başka bir deyişle, evrensel yargı yetkisinin gıyapta uygulanması ve sanığın yokluğunda yargılama yapılması ve hatta karar verilmesinin hukuka uygun olmaması, söz konusu yetki ile ilgili düzenlemeyi de aynı şekilde hukuka aykırı hale sokmaz. Evrensel yargı yetkisiyle ilgili düzenleme ya hukuka uygundur ya da değildir; aynı şekilde yoklukta bir müzekkere çıkarılması yada yoklukta yargılama yapılması hukuka uygundur yada değildir. Kısaca uluslararası hukuka göre eğer evrensel yargı yetkisine izin veriliyorsa mantıken onun yoklukta uygulanmasına da izin verilecektir.)

¹⁰⁴² **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s. 849

hükümlerde yer almaktadır.¹⁰⁴³ Ancak bu kuralın uygulanabilme alanına sınır getirilmiştir. Buna göre evrensel yargı yetkisine tabi bir suçu işleyen kişisel bağışıklığa sahip olmaması gerekmektedir.¹⁰⁴⁴ Başka bir deyişle, evrensel yargı yetkisi, kişisel bağışıklığa sahip kişilere uygulanamaz. Diğer yandan, evrensel yargı yetkisinin meşru biçimde uygulanabilmesi için şüphelinin yargılayan devletin ülkesinde bulunma zorunluluğu da tartışmalıdır.¹⁰⁴⁵ Fakat yukarı da açıklandığı üzere belli uluslararası suçlarla ilgili evrensel yargı yetkisi ile *ratione materiae* bağışıklık çelişmektedir; bundan çıkan sonuç, bu tür bağışıklığın ağır insan hakları niteliğindeki uluslararası suçlar açısından var olmadığıdır. Bu nedenle *ratione personae* bağışıklığa sahip olmayan görevdeki devlet görevlileri ile eski devlet görevlileri, davanın açıldığı devletin ülkesinde bulunmaları durumunda bu tür suçlardan tutuklanabilir ve yargılanabilirler.

6.4. BİREYSEL CEZAI SORUMLULUK VE İŞLEVSEL BAĞIŞIKLIK

6.4.1. Uluslararası Hukukta Bireysel Cezai Sorumluluk

19. Yüzyılın ortalarına kadar etkili olan doğal hukuk doktrine göre birey uluslararası hukuk açısından hak ve yükümlülükler sahipti.¹⁰⁴⁶ Daha sonra pozitif hukuk doktrininin giderek gelişmesiyle beraber devlet egemenliği kuramı bireyin uluslararası hukuktaki statüsünü köklü biçimde değiştirerek yerini uluslararası hukuk kurallarını yalnızca devletlerin oluşturabileceği ve bu kuralların da yalnızca devletler açısından geçerli olabileceği bir anlayışa bırakmış ve bireylere yer vermemiştir.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴³ Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 12.08.1949, 75 UNTS 31, m.49; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi 12.08.1949, m.50, 75 UNTS 85; Harp Esirlerine Yapılacak Muamale ile ilgili Cenevre Sözleşmesi 12.08.1949, 75 UNTS 135 m.129; Harp Zamanında Sivillerin Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmesi 12.08.1949, 75 UNTS 287, m.146.

¹⁰⁴⁴ *Arrest Warrant* [2002], para. 59

¹⁰⁴⁵ *Arrest Warrant* kararında ayrı görüş sunan Yargıç Guillaume, yoklukta evrensel yargı yetkisinin uygulanmasının uluslararası hukukta kabul edilen bir durum olmadığını ifade etmektedir. *Arrest Warrant*, Separate Opinion of Judge Guillaume, para. 9 ve para. 12. Ayrıca bkz. **CASSESE**, *Is the Bell Tolling*; **Georges ABI-SAAB**, *The Proper Role of Universal Jurisdiction*, 1 JICJ 596 (2003); **O'KEEFE**, *Universal Jurisdiction*.

¹⁰⁴⁶ Karl Josef Partsch, *EPIL*, V. 8, s.316; **SHAW**, *International Law* (2008), s.258

¹⁰⁴⁷ Örneğin G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law* (London, 1967 5. Ed.) (aktaran) **Rosalyn HIGGINS**, *Conceptual Thinking about the Individual in International Law*, (in) Pat Rogers (ed.) *Themes and Theories*, Oxford University Press 2009, s.75-76 (Kısaca HIGGINS, *Conceptual*

Böylece yalnızca devletler uluslararası kurumlara erişebilecek ve bireylerin uluslararası hukuk açısından rolü ancak devletlerinin yükümlülüklerine konu olmakla kısıtlı kalacaktır.¹⁰⁴⁸ Başka bir deyişle uluslararası hukuk bireylere doğrudan hak ve yükümlülükler öngörmek yerine¹⁰⁴⁹ devletlere bireylere karşı belli şekilde davranma yükümlülüğü getirmişti.¹⁰⁵⁰ Bu dönemde bireylere başvuru olanağı tanıyan kurumların “uluslararası” nitelikleri de reddedilebilmekteydi.¹⁰⁵¹

Uluslararası hukukun devletler dışındaki aktörlere ilişkin olarak koyduğu kuralların yine devletler eliyle oluşturulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁰⁵² Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın Danzig Mahkemeleri'nin Yargı Yetkisi'ne ilişkin verdiği danışma görüşünde ortaya koyduğu gibi devletler bireylere hak ve yükümlülük getirecek şekilde uluslararası antlaşmalar yapabilmektedirler.¹⁰⁵³ Bununla birlikte

Thinking); **SHAW**, *International Law* (2008), s.258; **Andrea BIANCHI**, *State Responsibility and Criminal Liability of Individuals*, in Antonio CASSESE (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press 2009, s.17.

¹⁰⁴⁸ **Robert McCORQUODALE**, *The Individual in International Law*, in Malcolm EVANS (ed.) *International Law*, Oxford University Press 3. Ed. 2010, s.285

¹⁰⁴⁹ **Elies van SLIEDREGT**, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press 2012, s.19

¹⁰⁵⁰ Karl Josef Partsch, *EPIL*, V. 8, s.316

¹⁰⁵¹ Örneğin 10 Ağustos 1922 yılında savaş nedeniyle Amerika'nın ve uyruklarının uğradığı zararlara ilişkin tazminat taleplerinin değerlendirilmesi konusunda Almanya ile Amerika arasında 1919 yılında yapılan Versay Antlaşması'nın Ek 1 numaralı Protokolü'nün 232. Maddesi ile 297. Maddesi'ne dayanılarak yapılan bir anlaşma sonucunda kurulan Karma Tazminat Komisyonları'nın (Mixed Claims Commissions) bireysel başvuruları değerlendiren bir mekanizma olmasına rağmen uluslararası bir organ olmadığı kabul edilmekteydi. Komisyon ile ilgili değerlendirme için bkz. Edwin M. Borchard, *The Opinions of the Mixed Claims Commission, United States and Germany*, 19 *AJIL* 133 (1925), s.133 vd.

Diğer yandan örneğin 1919 Paris Barış Konferansı sonunda imzalanan Barış Antlaşmaları'nın azınlıklara ilişkin hükümleri uyarınca bireylerin özel durumlarda doğrudan bir uluslararası mahkemeye başvurabilmeleri mümkün kılınmıştı. Benzer biçimde 1922 Yukarı Silesya Konvansiyonu'na göre kurulmuş olan Yukarı Silesya Hakem Mahkemesi'nin *Steiner and Gross v. Polish State* davasında Polonya Hükümeti'nin uluslararası mahkemelere bireylerin başvuramayacağı savına karşın, bireylerin devletlerine karşı açtığı davalarda bakmaya yetkili olduğuna karar vermiştir. *Steiner and Gross v. Polish State*, 4 AD, s. 291 (aktaran) **SHAW**, *International Law* (2008), s.259

¹⁰⁵² Aynı yönde bkz. **Van ALEBEEK**, *Immunity of States*, s. 201

¹⁰⁵³ Divan uluslararası antlaşmaların bireylere doğrudan hak ve yükümlülükler öngörmediği ancak bazı özel anlaşmaların bireylere hak ve yükümlülükler yaratan kurallar tanımlayarak bunların yerel mahkemelerde uygulanmasını sağlayabildiğine işaret etmiştir. *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Advisory Opinion)*, PCIJ, Series B, No. 15 (1928), s.17 ve 18. Ayrıca bkz. Robert McCORQUODALE, *The Individual in International Law*, in Malcolm EVANS (ed.) *International Law*, Oxford University Press 3. Ed. 2010, s.289. Günümüzde bireylere getirilen haklara örnek olarak AIHM'e bireysel başvuru hakkı da gösterilebilir. AIHM'in zorunlu yargı yetkisinin tanınması ve bireylere AIHS ve Ek Protokoller'in ihlal edildiği gerekçesiyle Mahkeme'ye şikayet yolunun açılması da devletlerin bu yöndeki istençleri neticesinde gerçekleşmiştir. Dolayısıyla uluslararası bir yargı yerine başvurma hakkı bağlamında bireylere tanınan haklardan söz ederken bu hakların

bireylere getirilecek hak ve yükümlülük uluslararası yapılageliş hukukuna göre de gerçekleşebilmektedir.¹⁰⁵⁴

İki dünya savaşını izleyen dönem, birçok acı ve felaketi beraberinde getirdiği gibi, bu acıların sona erdirilmesi ve insan onuruna yakışır bir yaşam sürebilme düşüncesini temel alan insancıl ideolojinin ortaya çıkmasına da ortam hazırlamıştır. Bu dönemde devletlerin güç politikalarına karşı bireylerin haklarının korunması önem kazanmaya başladı. Gelecek nesilleri savaştan ve savaşın yarattığı felaketlerden korumak düşüncesi, uluslararası ve sosyal adaletle ilgili diğer kaygılar ile bireylerin ve özgürlüklerinin korunmasının ön plana çıkarılması İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan düzenin temelini oluşturmaktaydı.¹⁰⁵⁵ Bu ilerici zihniyetin bir parçası olarak uluslararası toplum ağır uluslararası suçlar için bireysel cezai sorumluluk tesis etmek ve her türlü bağışıklık iddiasını bertaraf etmek için çaba harcamaya başladı.¹⁰⁵⁶

sağlanması ve kullanılmasının yine devletlerin istençleri sonucunda olanaklı kılındığını söylemek gerekir.

¹⁰⁵⁴ Bkz. **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s. 200. Bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini iki yönlü düşünmek mümkündür. Bunlardan ilki, kendilerine izin verildiği ölçüde bir uluslararası yargı yerine başvurulabilme hakkı çerçevesinde pozitif bir etki doğurmaktadır. Diğeri ise uluslararası hukuk suçları açısından bireysel ceza sorumluluğu çerçevesinde yargılanmak açısından negatif yönlüdür. Devletlerin (aslında devlet görevlilerinin) gerçekleştirdikleri uluslararası hukuk ihlalleri nedeniyle bireylerin gördükleri zararın tazmini için yetkili bir ulusal veya uluslararası mahkemeye başvurmaları, temel bir insan hakkı olan bir yargı yerine başvurma hakkı çerçevesinde değerlendirilmekte ve böylece bağışıklık meselesinin ağır uluslararası hukuk ihlalleri durumunda uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Biz bu tartışmaya, konumuzun kapsamı dışında kaldığından, girmemeyi tercih ediyoruz. Ancak UAD'ın 3 Şubat 2012 tarihinde verdiği **Jurisdictional Immunities** kararı, devletin yargı bağışıklığı konusunda henüz (ağır insan hakları ihlalleri nitelikli) jus cogens kurallara ilişkin bir istisnanın gelişmemiş olduğunun ayrıntılı bir tartışma neticesince karara bağlandığını da belirtmeliyiz. Bkz. **Jurisdictional Immunities [2012]**, para. 92-97.

¹⁰⁵⁵ BM Antlaşması'nın giriş bölümünde bu amaç şu şekilde ifade edilmektedir: "... Bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumaya, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilan etmeye, adaletin korunması ve antlaşmadan doğan yükümlülüklerle saygı gösterilmesi için gerekli koşulları yaratmaya ve daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi yaşama koşulları sağlamaya, sosyal bakımdan ilerlemeyi kolaylaştırmaya, ve bu ereklere ulaşmak için ... çaba harcamaya karar verdik." United Nations, Charter of the United Nations, 24 Ekim 1945, 1 UNTS XVI, <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>

¹⁰⁵⁶ *Arrest Warrant* [2002], Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert, para. 24-28 Ad hoc Yargıç Van den Wyngaert, ağır suçlar için bağışıklığın bertaraf edilmesi yaklaşımıyla bireysel sorumluluğun uluslararası ceza hukukunda kabul edildiğine ilişkin görüşü desteklemektedir. Yargıç Van den Wyngaert'in tespitlerinin uluslararası ceza hukukuna ilişkin gerçekçi yaklaşımları sergilediği AKSAR tarafından öne sürülmektedir. Yazar ad hoc Yargıcın, davadaki tek uluslararası ceza hukukçusu olduğu gerçeğine dikkat çekmektedir. Bkz. Yusuf AKSAR, Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian *Arrest Warrant*) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku, 52 AÜHFD 131 (2003), s.135

Kısaca bireyler özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın ardından uluslararası hukukun yalnızca sujesi değil, öznesi halini de almaya başladılar.¹⁰⁵⁷

Bireysel cezai sorumluluğun uluslararası ceza hukuku bakımından gerekçesi, devletlerin tüzel kişilik olmaları sebebiyle bireylere uygulanana benzer şekilde cezalandırılmamalarıdır.¹⁰⁵⁸ Uygulanan uluslararası hukukta devlete atfedilen suçlarda devletin tüzel kişi olarak yargılanamaması, organlarında görev alan bireylerin eylemlerinin suç olarak kabul edilmesini zorunlu kılmıştır.¹⁰⁵⁹ O halde suçlar devlet adına hareket eden bireyler tarafından işlendiğinden, uluslararası suçların failleri de bizzat bu kişiler olacaktır. Bireylere uluslararası hukuk kurallarınca getirilen bir yükümlülük olan bireysel cezai sorumluluğu, uluslararası hukukun yasakladığı davranışlardan kaçınmayı da içine alır.¹⁰⁶⁰

Hangi eylemlerin suç teşkil ettiğinin belirlenmesinde kullanılan ölçütler açısından bireysel cezai sorumluluk ile devletin cezai sorumluluğu arasında kesin bir bağ olduğu söylenmektedir.¹⁰⁶¹ Uluslararası suç niteliğindeki tüm eylemlerde devletin veya bireyin veya her ikisinin de birlikte sorumluluğunun ortaya çıkması mümkün olmaktadır.¹⁰⁶² Ancak bu sorumluluk devlet açısından uluslararası bir sorumluluktur¹⁰⁶³; birey açısından ise bu sorumluluk ulusal ve uluslararası anlamda

¹⁰⁵⁷ **SINGERMAN**, It's Still Good To Be The King, s. 429. Bireylerin uluslararası yargı organları önünde hak arama olanağına gerçek kişilerin yanında tüzel kişiler de sahiptir. Ancak uluslararası hukukta bireysel cezai sorumluluk yalnızca gerçek kişiler açısından söz konusudur. **AYBAY**, Bireylerin Ceza Sorumluluğu, s.126

¹⁰⁵⁸ *Prosecutor- Blaškić* IT-95-14-AR108 bis (1997), (Judgement on the Request of the Republic of Croatia For Review Of The Decision Of Trial Chamber II of 18 July 1997), 29 October 1997, <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html#52> , para. 21 ve özellikle para. 25. Ayrıca bkz. **Yoram DINSTEIN**, War, Aggression and Self-Defence, Cambridge University Press 5th Ed. 2011, s.114 (para. 307)

¹⁰⁵⁹ **Andrea GATTINI**, Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility, 10 EJIL 397 (1999), s.400 (Kısaca **GATTINI**, Smoking/No Smoking); **JØRGENSEN**, The Responsibility of States, s.139-140.

¹⁰⁶⁰ **AYBAY**, Bireylerin Ceza Sorumluluğu, s.127

¹⁰⁶¹ **JØRGENSEN**, The Responsibility of States, s.139

¹⁰⁶² **JØRGENSEN** bu iki dünya savaşının ardından üç sorumluluk türünün geliştiğinden bahsetmektedir. Bunlardan ilki devletin münhasıran sorumluluğu, ikincisi devletin ve bireylerin birlikte sorumlulukları, sonuncusu ise bireylerin münhasıran sorumluluğudur. **JØRGENSEN**, The Responsibility of States, s.4

¹⁰⁶³ **PELLET** de, devletlerin sorumluluğunun ne hukuki ne de cezai olduğunu, bu sorumluluğun "uluslararası" sorumluluk olduğunun altını çizmektedir. Alain PELLET, Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!, 10 EJIL 425 (1999) Esasen devletin sorumluluğunu cezai sorumluluk dışında bir sorumluluk olarak görmek bakımından hukuki yerine uluslararası sorumluluk olduğunu söylemek doğru bir yaklaşımdır. Özellikle bağışıklık hukuku açısından konuya yaklaştığımızda, devletlerin

cezai niteliktedir.¹⁰⁶⁴ Zira bu tür suçlar açısından uluslararası hukukta bireysel hukuki sorumluluğa ilişkin bir gelişme henüz kaydedilmiş değildir.¹⁰⁶⁵ Bununla birlikte uluslararası suç teşkil eden eylemler açısından hem bireysel sorumluluk hem de devletin uluslararası sorumluluğu aynı anda söz konusu olabilmektedir.¹⁰⁶⁶ Bu sorumluluklar birbirlerini tamamlayıcı nitelikte görülmektedir.¹⁰⁶⁷ EYUCM'de

yerel mahkemeler nezdinde uluslararası suçlar bağlamında bir hukuki sorumluluğundan dahi, en azından şimdilik, söz edilememektedir. Bu perspektiften bakıldığında sorumluluğun hukuki olmasından ziyade, uluslararası hukuk tarafından öngörülen onarım mekanizmaları dikkate alındığında, uluslararası olduğunu ifade etmek daha doğru olacaktır.

¹⁰⁶⁴ Aslında devletlerin suç faili olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin düşünce ilk olarak Versay Antlaşması'na eklenen savaş suçlusu hükmüne ilişkindir. Ancak bu girişim başarısız olmuştur. Bkz. Yearbook of International Law Commission A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 2), para. 248. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1996 tarihinde İnsanlığın Barışına ve Güvenliğine Karşı Suçlar Yasa Tasarısı'nda (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind) devletlerin işlediği suçlar ayrı bir kategori olarak değerlendirilmiş ve tasarının 4. maddesinde bu konuya yer verilmiştir. Resmîyet kazanmayan bu tasarıdan sonra konuya ilişkin ikinci girişim Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun yine yalnızca taslak maddelerinin tamamlandığı Uluslararası Açık Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu konusundaki hazırlık çalışmalarında Raportör Ago tarafından 2. Dünya savaşını izleyen dönemde uluslararası toplumun tümüne karşı işlenmiş olan suçların cezalandırılması fikrinden yola çıkarak devletin cezai sorumluluğu kavramını hazırladığı tasarının 18. Madde'sinde teklif edilmiş ve UHK da bu yaklaşıma bazı değişiklikler ekleyerek 19. Maddede yer vermiştir. Fifth Report on State Responsibility by Roberto Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/291 and Add. 1 and 2; (1976) YbILC vol. 2, part. 1, s. 3 Buna göre uluslararası suç, bir devletin, uluslararası toplumun temel çıkarlarının korunması açısından esas olan ve ihlal edilmesi halinde bu toplumun bütünü tarafından suç olarak kabul edilerek bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesiyle sonuçlanan uluslararası hukuka aykırılıktır. Bkz. YbILC, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 2), para. 242. Shabtai ROSENNE, State Responsibility and International Crimes: Further Reflections on Art 19 of the Draft Articles on State Responsibility, 30 NYUJILP 145 (1997–1998). Devletin bir suçtan dolayı cezai sorumluluğu olması fikri ne devlet uygulamalarında, ne antlaşmalar hukukunda ne de iç hukuklarda kabul edilmemiş bir yaklaşım olduğundan ve bununla birlikte devlet suçunun ne olduğunun belirlenmesinin güçlüğü nedeniyle devletlerin işlediği uluslararası suç ve devletin cezai sorumluluğu anlayışı tasarı metninden çıkarılarak, bunun yerine uluslararası toplumun bütününe ilgilendiren yükümlülüklerin ağır ihlallerine ağır tazminat yükümlülüğü gibi bazı özel sonuçların bağlanmasına karar verilmiştir. Bkz. para. 302-305. Prosecutor v. Blaškić kararında EYUCM devletlerin ulusal ceza sistemlerindeki gibi ceza sorumluluklarının olamayacağı görüşünü desteklemektedir. *Prosecutor- Blaškić* IT-95-14-AR108 bis (1997), (Judgement on the Request of the Republic of Croatia For Review Of The Decision Of Trial Chamber II of 18 July 1997), 29 October 1997, <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html#52>, para. 38. Ayrıca bkz. 110 ILR 607 (1997), s. 707. Ayrıca bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku s. 447-448. Devletin cezai sorumluluğuna ilişkin görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Ümmühan ELÇİN ERTUĞRUL, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, Yetkin Yay. 2012, s. 39-48. ERKİNER de devletin sorumluluğu mekanizmasının, barışın sağlanması ve korunması açısından daha tercih edilir gördüğü şekilde, cezai değil hukuki olduğundan bahsetmektedir. Yazar devletin cezai sorumluluğunun kabul edilmesinin, bireyin cezai sorumluluğunun göz ardı edilmesine yol açacağını ileri sürmektedir. Bkz. **ERKİNER**, Devletin Sorumluluğu, s.64 ve s.66 Bir devletin suç işleyebileceği ve örneğin soykırım ile herhangi bir uluslararası nitelikli hukuka aykırılığın bir tutulmaması gerektiğiyle ilgili olarak bkz. Alain PELLET, Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!, 10 EJIL 425 (1999), s.426 vd.

¹⁰⁶⁵ James CRAWFORD/Simon OLLESON, The Nature and Forms of International Responsibility, in M. Evans (ed.), International Law, Oxford University Press 3. ed, 2010, s.444

¹⁰⁶⁶ Antonio CASESSE, When May Senior , 13 EJIL 853 (2002), s. 864 (Yazar bu suçlara örnek olarak insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, soykırım, işkence ve ek olarak da terörizmi göstermiştir.)

¹⁰⁶⁷ Nina, dp.3

görülen *Tadic* davasında bireylerin cezai sorumluluğunun yanında devletin sorumluluğunun da doğduğu ifade edilmektedir. Mahkeme'ye göre Federal Yugoslavya Cumhuriyeti Hükümeti'nin (Sırbistan ve Karadağ) Bosna Hersek Cumhuriyeti'ne silahlı çatışma sırasında dolaylı müdahalesi, uluslararası sorumluluğu ortaya çıkarır.¹⁰⁶⁸ Benzer bir şekilde UAD da 11 Temmuz 1997 tarihli *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması* kararında bunu şu şekilde ifade etmiştir:

*“[1948 Soykırım Sözleşmesi'nin] IX. Maddesindeki “soykırımdan veya III. maddede sıralanmış diğer eylemlerden dolayı bir devletin sorumluluğu”na yapılan atıf, devletin sorumluluğunun herhangi bir şeklini dışarıda bırakmaz. Dahası “yöneticiler” veya “kamu görevlileri” tarafından gerçekleştirilen soykırım eylemini düzenleyen Sözleşme'nin IV. maddesinde bir devletin organlarının eylemlerinden sorumluluğu dışlanmamıştır.”*¹⁰⁶⁹

Bireysel cezai sorumluluğun, cezanın bireyselliği açısından genel olarak ceza hukukunun temellerinden biri olduğu söylenebilir.¹⁰⁷⁰ Bundan, kimsenin başkalarının işlediği bir suçtan sorumlu tutulamayacağı anlaşılmaktadır.¹⁰⁷¹ Bunun içine bireylerin, bir etnik, ırki topluluğa üye olmak, belli bir ideolojiye sahip olmak, belli bir bölgede yaşamak, belli bir dini inancıya sahip olmak gibi bir durumda, suçla salt böyle bir bağları mevcut olduğundan, suçtan sorumlu olmamaları da girmektedir.¹⁰⁷² Elbette suçla bir bağlantının mevcut olması bu bağlamda değerlendirilmemektedir.

¹⁰⁶⁸ Judgment of 7 May 1997, Trial Chamber II, *Tadic*, IT-94-I-IT, para. 606.

¹⁰⁶⁹ Genocide [1996], para.32

¹⁰⁷⁰ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, s.446. (...kanunda suç olarak belirlenmiş davranış kim yapmışsa ceza sorumluluğunun da o kişiye ait olması, evrensel kabul görmüş temel bir ilkedir.)

¹⁰⁷¹ Nesnel ceza sorumluluğunun reddedilmiş olmasına rağmen, Nürnberg Mahkemesi'nin kurucu Antlaşması'nın 9. ve 10. Maddelerine göre bir oluşumun suç örgütü olarak tanımlanması durumunda Antlaşma'ya taraf tüm devletlerin bireyleri böyle bir oluşuma üyelikleri gerekçesiyle yargılama hakları bulunmaktadır. Böyle bir durumda örgüte isteğe bağlı üye olunup olunmadığına bakılmadan üyelik suç olarak nitelendirilmiştir. Ancak sonuç olarak Alman örgütlerinin üyeleri, salt üyeliklerinden dolayı cezalandırılmamışlardır. Ayrıntılı bilgi için **CASSESE**, ICL 2008, s.34-35. Ayrıca bkz. Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press 2012, s. 26-27

¹⁰⁷² *“Hiç kimse, başkalarının işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulmamalıdır.”* Antonio **CASSESE**, ICL 2008, s.33. Ayrıca bkz. **AYBAY**, *Bireylerin Ceza Sorumluluğu*, s.126

Örneğin bir suç planlamak, suça teşvik etmek, suçun işlenmesi için emir vermek suçtan dolayı cezai sorumluluğu gerektirecektir.¹⁰⁷³

Ulusal ceza hukukunda bireysel cezai sorumluluk kavramı müşterek sorumluluktan kurtulma durumundan çıkmışken uluslararası hukukta bu kırıma devlet görevlilerinin bağışıklığından sapılmasıyla gerçekleşmiştir.¹⁰⁷⁴

6.4.2. Bireysel Cezai Sorumluluğun İşlevsel Bağışıklığa Etkisi

Devlet görevlilerinin ağır insan hakları ihlallerinde yabancı bir devletin cezai yetkisinden bağışıklığı özellikle işlevsel bağışıklık meselesinde tartışmalıdır. Acaba uluslararası hukukta işlevsel bağışıklığın uluslararası suçlar bakımından genel kabul görmüş bir istisnası bulunmakta mıdır? Bu durumda karşılaşılan ilk sorun devlet görevlilerinin bağışıklık talep ettiği çok az ceza davası olmasıdır. Diğer yandan, pek çok devlette, özellikle üst düzey eski devlet görevlilerini cezai yetkileri çerçevesinde yargılamak konusunda, siyasi bir isteksizlik olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle, *ratione materiae* bağışıklığa ilişkin kuralların uygulamada daha çok hukuk davaları açısından geliştiği söylenebilir. Ancak, bağışıklığın temel gerekçeleri daha ziyade ceza davalarında kendini göstermektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki ceza davalarıyla hukuk davalarında işlevsel bağışıklığı aynı şekilde değerlendirmek hatalı olacaktır. Zira en azından uygulanan uluslararası hukuk bağlamında bireylerin cezai sorumluluğu, işlevsel bağışıklığın önüne geçerken, benzer bir hukuki sorumluluğu kanıtlayacak bir veri olmadığından hukuk davalarında işlevsel bağışıklığın aynı etkiyle yok sayılması mümkün gözükmemektedir.

Devletin yargı bağışıklığı penceresinden bakıldığında insan haklarının ağır ihlali nedeniyle yabancı devlet aleyhine açılan davaların, bağışıklık gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir. Devletin yargı bağışıklığı konusunda insan haklarına ilişkin bir istisna, her ne kadar doktrinde *de lege feranda* olarak sıklıkla savunulsa da,

¹⁰⁷³ Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgement), IT-94-1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 15 Temmuz 1999, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40277f504.html>

¹⁰⁷⁴ Elies van Sliedregt, Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press 2012, s.18

hem yerel mahkeme kararlarında¹⁰⁷⁵, hem de uluslararası mahkeme kararlarında¹⁰⁷⁶ hükme bağlandığı gibi mevcut değildir. Ancak bireyler açısından durum daha farklı cereyan etmektedir. Çünkü bireyler açısından işlevsel bağımsızlık kuralları, devletin eyleminin bağımsızlığı gözönüne alındığında bireyleri sorumluluktan kurtarmakla birlikte, bireylere doğrudan sorumluluk öngören kurallar devreye girdiğinde, uygulanamaz.

6.4.3. Devletin Eyleminin Bağımsızlığı ile Bireysel Cezai Sorumluluğun Çatışması

Devlet görevlilerinin işlevsel bağımsızlığında resmi eylemler açısından şahsi sorumluluğun olmadığını kabul etmek, uluslararası hukuka aykırı suçlarda bireysel sorumluluk prensibinin gelişimine ilişkin bize yeni bir perspektif sağlamaktadır. Eskiden uluslararası hukukta bireysel sorumluluk, genel olarak, devlet otoritesi altında gerçekleştirilmeyen ve bu nedenle de devletin sorumluluğunun olmadığı eylemler açısından tanınmaktaydı. Deniz haydutluğu, kölelik, diplomatik görevlilere karşı şiddet ve gayrimeşru savaş suçları bu kapsamda gösterilebilecek suçları teşkil etmektedir.¹⁰⁷⁷ İkinci Dünya Savaşı'nın tecrübeleri, bu geleneksel yapının artık uluslararası toplumun ihtiyaçlarını karşılamadığını ortaya koydu ve en ağır uluslararası hukuk ihlalleri açısından bu tecrübeler, görünürde devletin egemenlik tasarrufu çerçevesinde işlenseler dahi, bireysel sorumluluk prensibinin gelişmesine teşvik etti. Nürnberg Şartı'nın 6. Maddesi insanlığa karşı suçlar, barışa karşı suçlar

¹⁰⁷⁵ Örneğin *Sampson v. Federal Republic of Germany*, 250 F.3d 1145 (7th Cir. 2001); *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239 (2d Cir. 1996); *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994); *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992); *Tel Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984); *Jones v. Saudi Arabia*, para. 62; *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*, 488 US 428 (1989); *Margellos v. Federal Republic of Germany*, (6/2002) 129 ILR 525; *Natoniewski v. Federal Republic of Germany*, Judgment of 29 October 2010, 30 Polish YIL 299, (2010); *Princz v Federal Republic of Germany*, 26 F3d 1166 (1994)

¹⁰⁷⁶ 21 Kasım 2001'de AIHM Büyük Daire'nin verdiği 3 dava için bkz. *Al-Adsani v United Kingdom*, Başvuru No: 35763/97, 34 ECHR Rep. 11 (2002); *Fogarty v United Kingdom*, Başvuru No: 37112/97, 34 ECHR Rep. 12 (2002); *McElhinney v Ireland*, Başvuru No: 31253/96; 34 ECHR Rep. 13 (2002). Ardından 2002 yılında yine aynı konudaki kararı için bkz. *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany* (Application No. 59021/00, Decision of 12 December 2002, ECHR Reports 2002-X, s. 417. Kararların değerlendirmesi için bkz. **FOROWICZ**, *The Reception of International Law*, s.291-312. UAD'ın 2012'de verdiği Devletlerin Yargısal Bağımsızlıkları kararı için bkz. *Devletin Yargısal Bağımsızlıkları* (Almanya v. Belçika; Yunanistan müdahil) *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy; Greece intervening), ICJ Reports, Judgment of 3 February 2012.

¹⁰⁷⁷ **Van ALEBEEK**, *National Courts*, s.18

ve savaş suçları için bireylere doğrudan sorumluluk mekanizması öngören bir sistemin uluslararası hukuka girişini sağladı.¹⁰⁷⁸ Şart ayrıca sanığın resmi sıfatına bakılmaksızın bu ilkenin uygulanmasını da öngördü. Şartın bu yöndeki 7. maddesi “*sanıkların, ister devlet başkanları veya hükümet dairelerinin sorumlu görevlileri olarak, resmi sıfatları onları sorumluluktan kurtarak veya cezalarını hafifletecek şekilde değerlendirilemez*” hükmünü öngörmekteydi¹⁰⁷⁹ ve Nürnberg Mahkemesi de konuyla ilgili şu tespitte bulunmuştu: “[b]elli durumlarda bir devletin temsilcisini koruyan uluslararası hukuk ilkeleri, uluslararası hukuk tarafından suç olarak kabul edilen eylemlerde uygulanmaz. Bu eylemlerin faileri kendilerini uygun yargılamalardan kurtarmak için resmi konumlarının arkasına saklanamazlar.”¹⁰⁸⁰ Hemen belirtmek gerekir ki, o zamanlar Nürnberg yargılamalarının *nullum crimen sine lege* ilkesini ihlal edip etmediği önemli tartışmalara neden olurken¹⁰⁸¹, bugün bu ilkelerin iyice yerleşmiş olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁸²

Nürnberg İlkeleri’ni, devlet görevlilerinin devletin kamu gücü çerçevesinde yaptıkları eylemlerden kişisel olarak sorumlu tutulamayacaklarına ilişkin yerleşmiş kurala doğrudan bir karşılık olarak algılamak gerekir. Bu ilkeler kuralı değiştirmemekle birlikte devlet görevlilerinin üzerini örten “egemenlik tasarrufu” örtüsünün de sınırları olduğunu açıkça göstermektedir. Bundan dolayı Nürnberg İlkeleri devlet görevlilerinin resmi eylemlerinde bağışıklıktan yararlanacakları kuralına bir istisna değildir. Zira eylemler ancak devlete münhasıran isnat edilebilir olduğunda resmi niteliktedir ve uluslararası hukuka aykırı suçları yani ağır insan

¹⁰⁷⁸ Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis and Establishing the Charter of the International Military Tribunal, Annex, 82 UNTS 279 (1951)

¹⁰⁷⁹ YILC V.2 1950, s.192

¹⁰⁸⁰ Nuremberg Judgement (International Military Tribunal, 1946), reprinted in 41 AJIL 172 (1974), s.220-221.

¹⁰⁸¹ Örneğin bkz., George FINCH, The Nuremberg Trial and International Law, 41 AJIL 20, (1947), s. 33; F. B. SCHICK, Nuremberg Trial and the International Law of the Future, 41 AJIL 770 (1947), s.793; Hans EHARD , The Nuremberg Trial Against The Major War Criminals And International Law, 43 AJIL 223 (1949), özellikle s.231, 234-236, 239; Quincy WRIGHT, The Law Of The Nuremberg Trial, 41 AJIL 38 (1947), s.62; Hans KELSEN, Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?, 1 ILQ 153 (1947), s.155 vd. (Yazar özellikle barışa karşı suçların bireysel ceza sorumluluğu açısından yasallık ilkesine uygun olarak düzenlenmediğini eleştirmektedir.)

¹⁰⁸² TOMUSCHAT, Nürnberg Şartı kurallarının *nullum crimen sine lege* ilkesini ihlal ettiğini belirtirken, hazırlık çalışmalarını yapanların bu ilkelerin muhtemelen 20. Yüzyılın sonunda artık iyice yerleşmiş kurallar olacağı görüşünde olduklarını belirtmektedir. Bkz. Christian TOMUSCHAT, The Legacy of Nuremberg, 4 JICJ 830 (2006), s. 834-837. Kirsten SELLARS, Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo, 21 EJIL 1085 (2011), s. 1089

hakları ihlallerini teşkil eden eylemlerin talimat veya temsil çerçevesinde yapıldığı da genel olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple bu suçları işleyen herkesin bireysel olarak sorumlulukları doğar.¹⁰⁸³ Başka bir deyişle, görünürdeki devlet yetkisi altında, yani yukarıda açıkladığımız yetki karinesiyle¹⁰⁸⁴, işlenen uluslararası suçlarda bireysel sorumluluğun kabulüyle birlikte devletler görünürdeki yetkinin gerçek yetki olduğu kuralına açıkça bir sınır getirmişlerdir. Böylece yetki karinesi daraltılmıştır. Bu nedenle uluslararası suçlar işlevsel bağışıklık bağlamında resmi eylem olarak tanınsalar da gayrişahsi sorumluluk kapsamında kabul edilemezler.

Uluslararası hukuk kapsamındaki bir suçu işleyen kişi tarafından yararlanılan resmi statünün kendisini cezai sorumluluktan kurtarmaması ilkesi, UHK'nın 1954¹⁰⁸⁵ ve 1996¹⁰⁸⁶ İnsanlığın Barış ve Güvenliği'ne Karşı Suçlar'ın Yasa Tasarısı'nda da açıkça kabul edilmiştir. UHK, 1996 Tasarısı'nın 7. maddesinde yer verilen bu maddi hukuk ilkesinin yorumunda “Nürnberg Mahkemesi'nin kararında kabul edildiği gibi, uluslararası hukuk kapsamındaki suçun faili uygun dava işlemlerinde cezadan kaçınmak için resmi konumunu ileri sürememektedir.” demek suretiyle bireysel cezai sorumluluk nedeniyle bağışıklığı reddetmektedir.

Bu durum, 1962'deki *Attorney General v. Eichmann*¹⁰⁸⁷ davasının en güçlü ve etkili argümanını oluşturmaktadır. Eichmann işlediği insanlığa karşı suçların, bir uzvu ve temsilcisi olarak hareket ettiği Alman Devleti'nin eylemleri olduğu ve bu nedenle de

¹⁰⁸³ Nürnberg ilkeleri devlet görevlilerinin usule ilişkin değil esasa ilişkin bağışıklıklarıyla ilgilidir. Bunun anlamı, ilkelerin *ratione personae* bağışıklığa değil *ratione materiae* bağışıklığa etki etmesidir. Dolayısıyla uygulanan hukukta halen kişisel bağışıklık, usuli bir engel olarak kabul edildiğinden, bireysel cezai sorumluluktan etkilenmemektedir. Bu durum *Arrest Warrant* kararında UAD tarafından da ifade edilmiştir. Bkz. *Arrest Warrant* [2002], para. 58 (*Mahkeme, bu kuralların kendisini uluslararası yapılageliş hukukunda yerel mahkemelerle ilgili benzer biçimde herhangi bir istisnanın var olduğu sonucuna ulaştırmadığına karar vermiştir.*)

¹⁰⁸⁴ Bkz. supra 4.1.2.1.1 “Yetki Karinesi” başlığı.

¹⁰⁸⁵ Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind with Commentaries, YbILC 1954, V. II http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_3_1954.pdf

¹⁰⁸⁶ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, YbILC 1996, V. II (Part Two) http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf

¹⁰⁸⁷ *Attorney General of Israel v. Adolf Eichmann*, Israel, District Court Jerusalem Case No:40/61 (1961), http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/eichmann_district.pdf ; *Attorney-General of Israel v. Adolf Eichmann* (1962) (Israel, Supreme Court), 36 ILR 277.

şahsi olarak sorumlu tutulamayacağını ileri sürmüştür.¹⁰⁸⁸ Dava Act of State doktrini kurallarıyla şekillendirildiyse de tartışmalar şüphe götürmez biçimde devlet görevlilerinin işlevsel bağışıklığını içermekteydi. Mahkeme nihayetinde Eichmann'ın ileri sürdüğü argümanı şu tespitle reddetmiştir:

“Konu ulusların hukuku tarafından yasaklanan eylemlerle ilgiliyse, özellikle de bunlar “insanlığa karşı suçlar” sınıfındaysa, bu doktrin için hiçbir dayanak yoktur. Bu tür nefret uyandıran eylemler için uluslararası hukuk bakımından söylenmesi gereken, bunların, işlenmesini emreden veya onaylayan devletlerin “egemen” yetkilerinin tamamıyla dışında olmasıdır ve bu nedenle bu tür eylemlere katılan kişiler bireysel olarak hesap vermek zorundadır ve işlerinin veya görevlerinin resmi niteliğinin arkasına saklanamazlar.

.....

Uluslararası hukuk, bir devlet için ciddi yasaklarını ihlal eden bir eyleme yaptırım uygulamanın imkansız olduğunu farzetmiş ve buradan, böyle bir suçun parçası olan kişinin bireysel sorumluluğunun doğması gerektiğine ilişkin “uluslararası suç” kavramının çekirdeğini şekillendiren fikri takip etmiştir.”¹⁰⁸⁹

Mahkeme bu tespitinde aslında devlet görevlilerinin uluslararası suçları devletin politikası veya varsayılan yetki kapsamında işlemediklerini kasetmemektedir. Tersine, bu tür suçlar çoğunlukla bu yolla işlenmektedir. Burada daha ziyade, bireylere genelde bu tür suçları işleme imkanı yaratanın resmi konumları olduğunun dikkate alınmadığı vurgulanmaktadır.¹⁰⁹⁰ Böylece, devlet görevlilerinin uluslararası suçlardan bireysel sorumluluklarının olduğu ve işlevsel bağışıklık açısından bu suçların artık resmi eylemler olarak kabul edilemeyecekleri ortaya koyulmaktadır.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁸ Attorney General of Israel v. Adolf Eichmann, Israel, District Court Jerusalem Case No:40/61 (1961), para. 28 http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/eichmann_district.pdf

¹⁰⁸⁹ Israel, Supreme Court, Attorney-General of Israel v. Adolf Eichmann (1962), 36 ILR 277, s.309-310

¹⁰⁹⁰ Ağır insan hakları ihlalleri niteliğindeki uluslararası suçların, devletin hukuka uygun yetkileri kapsamında olmadığına ilişkin olarak bkz. Beth STEPHENS, The Modern Common Law of Foreign Official Immunity, 79 Fordham LR 2669 (2011), s.2704 vd.

¹⁰⁹¹ Bu yaklaşım AIHM'in önüne gelen Jones v. United Kingdom davasında müdahil olan The Redress Trust ('REDRESS'), Amnesty International, the International Centre for the Legal Protection of Human Rights ('INTERIGHTS') ve JUSTICE adlı STKların raporunda da desteklenmiştir. www.interights.org/files/100/Jones_intervention.pdf

Arrest Warrant kararında UAD, resmi sıfatın konu dışı kalması kuralını reddetmektedir. Divan bu yaklaşımını şöyle ortaya koymaktadır:

“Divan dikkatli bir şekilde Lordlar Kamarası ve Fransız Yüksek Mahkemesi gibi bazı ulusal yüksek mahkeme kararları ve ulusal düzenlemeler de dahil olmak üzere devlet uygulamalarını incelemiştir. Görevdeki dışişleri bakanlarının savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar işlediklerinden şüphelenildiğinde cezai yetkilerden bağışıklık ve dokunulmazlıkla ilgili kuralın uluslararası yapılageliş hukukunda herhangi bir biçimde istisnasının var olduğu sonucunu çıkaramamıştır.

Divan ayrıca uluslararası ceza mahkemelerini kuran hukuki belgelerin içerdiği resmi sifata sahip kişilerin bağışıklığı veya cezai sorumluluğuna ilişkin olan ve özellikle sonrakine (cezai sorumluluğa) uygulanan kuralları da incelemiştir. Bu kuralların da benzer biçimde ulusal mahkemeler bağlamında kendisine uluslararası yapılageliş hukukunda böyle bir istisnanın var olduğu sonucuna varmaya olanak sağlamadığına karar vermiştir.

Sonuç olarak, Belçika'nın atıfta bulunduğu Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Mahkemeleri'nin veya Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kararlarının hiçbiri görevdeki dışişleri bakanının yerel mahkemeler önündeki bağışıklığı sorunuyla ilgilenmemektedir. Divan bu yüzden bu kararların hiçbir şekilde yukarıda ulaştığı sonuçla çelişmediğini belirtir.”¹⁰⁹²

CASSESE Divan'ın resmi sıfatın konu dışı olması kuralının yalnızca uluslararası ceza mahkemelerinde geçerli olduğunu saptadığını ve “ulusal mahkemeler bağlamında uluslararası yapılageliş hukukunda bu tür bir istisnanın mevcut olmadığı”nı ortaya koyduğunu söylemektedir.¹⁰⁹³ Benzer bir eleştiri Yargıç Van den Wyngaert'den gelmiştir. Yargıç muhalefet şerhinde açıkça Divan'ın uluslararası belgelerdeki bağışık olmamaya ilişkin hükümleri çok dar yorumlayarak konuya

¹⁰⁹² *Arrest Warrant* [2002], para.58

¹⁰⁹³ Antonio CASSESE, When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case, 13 EJIL 853 (2002), s.865.

“*olağanüstü bir minimalist açıyla*” baktığından yakınmıştır.¹⁰⁹⁴ Yargıç, Divan’ın bireysel sorumluluk kurallarının modern uluslararası ceza hukukunda ağır uluslararası suçlar açısından bireysel sorumlulukla ilgili devinimi hesaba katmadığını söylemektedir. Bu açıdan Divan, işkence, terörizm, savaş suçları ile insanlığa karşı suçlar için gerekli olan uluslararası sorumluluk ile bağışıklık sistemini gerektiren devletlerin egemen eşitliği ilkesi arasındaki menfaat dengesini kurmakta başarısız olmuştur.¹⁰⁹⁵

Arres Warrant kararının 58. paragrafını farklı bir şekilde yorumlayan Van ALEBEEK, Divan’ın uluslararası yapılageliş hukukunda ulusal mahkemeler bağlamında “*bunun gibi bir istisna*” ifadesini kullanırken aslında resmi sıfatın konu dışı olmasına değil, açıkça görevdeki dışişleri bakanlarının cezai yargılama yetkisinden bağışıklığı ve dokunulmazlığına ilişkin kuralın istisnasına gönderme yaptığını ileri sürmektedir.¹⁰⁹⁶ Burada “*ulusal mahkemelere*” yapılan atıf kafa karıştırıcı olabilmekle birlikte bu paragrafta Divan’ın yalnızca maddi bağışıklık ile usuli bağışıklığı birbirinden ayırmaya çalıştığı düşünülebilir. Zira Divan biraz ileride “*yabancı ceza yargılamasından bağışıklık ve bireysel cezai sorumluluk birbirinden oldukça ayrı kavramlardır. Yargılamadan bağışıklık temelde usuli iken cezai sorumluluk maddi hukukun sorunudur.*” demektedir.¹⁰⁹⁷ Yani Divan burada usuli ve maddi bağışıklığı birbirinden ayırmış; sözünü ettiği istisnanın da resmi sıfatın konu dışı kalması değil, dışişleri bakanının dokunulmazlık ve bağışıklığı kuralına istisna olarak öngörmüştür. Böyle bakıldığında Divan resmi sıfatın konu dışı olması kuralının uluslararası yapılageliş hukukunda yerini tanımakta fakat bu kuralın kişisel bağışık kurallarına etki ettiğini kabul etmemektedir.¹⁰⁹⁸

Arrest Warrant davasında UAD, *ratione materiae* bağışıklığın görevi başındaki veya görevi sona ermiş devlet görevlilerinin görevleri sırasında işledikleri uluslararası suçlardan dolayı yargılanmalarını engelleyeceğini ileri sürer gibi görünmektedir. Bu

¹⁰⁹⁴ *Arrest Warrant* [2002], Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert, s.153

¹⁰⁹⁵ *Ibid*, s.155-157, para.28.

¹⁰⁹⁶ **Van ALEBEEK**, National Courts, s.21

¹⁰⁹⁷ *Arrest Warrant* [2002], para.60

¹⁰⁹⁸ Benzer bir değerlendirme için bkz. *Prosecutor- Blaškić* IT-95-14-AR108 bis (1997), (Judgement on the Request of the Republic of Croatia For Review Of The Decision Of Trial Chamber II of 18 July 1997), 29 October 1997, <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html#52>, para. 41.

iddia Divan'ın kararında, görevi başındaki veya görevi sona ermiş bir dışişleri bakanına tanınan bağışıklığın ceza yargılamalarının önünde bir engel teşkil etmeyeceği durumları listelediği bir paragrafta örtülü biçimde yer almaktadır.¹⁰⁹⁹ Divan'a göre yargılanabilirlik durumları şunları içermektedir:¹¹⁰⁰

1. Dışişleri Bakanının aleyhinde kendi devletinde dava açılması durumunda;
2. Dışişleri Bakanının kendi devleti tarafından bağışıklıklarının kaldırılması durumunda;
3. Dışişleri Bakanının başka bir devlette görev süresinden önce veya sonra gerçekleştirilen eylemlerle ilgili veya görevi sırasında özel sıfatla hareket ettiği durumlarda gerçekleştirdiği eylemlerle ilgili olarak;
4. Yargılama yetkisine sahip belli uluslararası ceza mahkemelerinde.

Yukarıdaki durumlardan 3.sü *ratione materiae* bağışıklık hakkındadır ve devlet görevlisinin görevi başında yerine getirdiği göreviyle ilgili işlerde bağışıklığa sahip olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu liste uluslararası suçların isnadına ilişkin bir davada oluşturulması sebebiyle, Divan'ın eski görevlilerin yargı bağışıklığına özellikle değinmemesi anlamlı olabilir. Bu ihmal Divan'ın iki görüşten birini benimsediğini akla getirmektedir. İlk olasılık Divan'ın, uluslararası suçları özel eylem (*private act*) olarak kabul etmesi ve kararında belirttiği 3. duruma uygun olarak bu tür davranışlar için bağışıklığın olmadığı görüşünde olmasıdır. Ancak daha önce tartışıldığı üzere, uluslararası suçların her zaman özel eylem olarak sınıflandırması doğru değildir.¹¹⁰¹ İkinci olarak ise Divan, devlet görevlisi tarafından işlenen uluslararası suçları resmi eylem olarak sayan ve *ratione materiae* bağışıklığın bu suçlarda yabancı devletin mahkemesindeki yargılama sürecinde mevcut olmaya devam edeceğini kabul eden bir yaklaşım benimsemiş olabilir. Bu, 2. Dünya Savaşı sonrasındaki yaygın uygulamanın aksi olacaktır. Daha başka bir ihtimalde de Divan'ın listelediği durumlar, kapsamlı bir nitelik taşımamakta ve uluslararası suç

¹⁰⁹⁹ *Arrest Warrant* [2002], para. 61

¹¹⁰⁰ **AKANDE/SHAH**, *Immunities of State Officials*, s838

¹¹⁰¹ Hatta bu suçlar daha ziyade resmi sıfat yardımıyla işlenebilmektedir. Aynı yönde bkz. CASSESE, *When May Senior*, s. 868. **AKANDE/SHAH**, *Immunities of State Officials*, s. 839

niteliğindeki eylemlerin yargılanmasıyla ilgili durumlarda *ratione materiae* bağışıklığı kaldıran bir kuralın önüne geçmektedir.¹¹⁰²

Özellikle 3. Maddeyle ilgili CASSESE'nin verdiği örnek bunu açıkça gözler önüne sermektedir. Yazar bir dışişleri bakanının işlediği suçlar açısından şöyle bir örnekleme yapmıştır: 1. dışişleri bakanı görevine başlamadan önce, mesela orduda üst düzey bir görevliyken, soykırım veya insanlığa karşı suçların işlenmesine emretme, yardım etme, kışkırtma veya isteyerek katılmak yoluyla bulaştığında 2. dışişleri bakanı görevine başlamadan önce, mesela orduda üst düzey bir görevliyken, soykırım veya insanlığa karşı suçların işlenmesine emretme, yardım etme, kışkırtma veya isteyerek katılmak yoluyla bulaştığında; 3. dışişleri bakanı, görevine başlamadan önce hırsızlık yaptığında veya rüşvet aldığı; 4. dışişleri bakanı görevdeyken öfke nöbeti geçirip hizmetçisini öldürdüğünde.¹¹⁰³ Divan'ın yargısına göre dışişleri bakanı ancak bu bakanlık görevinin ardından yabancı bir devlette yargılanabilir. Bu konuda zaten hemfikiriz. Ancak her ihtimal ayrı ayrı değerlendirildiğinde işlevsel bağışıklık açısından çok geniş bir alan yaratıldığı görülmektedir.

Birinci ve üçüncü durum dışişleri bakanının göreve gelmeden önceki eylemlerini kapsadığından yargılanması mümkündür. Görevi sırasında ise yaptığı eylemler suç teşkil ediyorsa ve özel sıfatla gerçekleştirilmiş kabul edilirse ancak o zaman yabancı bir yerel mahkemede yargılanabilecektir. Böyle bir durumda da ancak dördüncü şıktaki hizmetçisini öldürmek suçundan yargılanacaktır. Zira, Divan'ın kullandığı ifadeden yola çıkıldığında, soykırım veya insanlığa karşı suçlar özel sıfatla işlenemeyeceğinden bu suçlardan dolayı dışişleri bakanı görevi sona erse dahi bağışıklık nedeniyle yargılanamayacaktır.¹¹⁰⁴ Bu da aslında Divan'ın, bu suçların faileri açısından ortaya çıkabilecek cezasızlık kültürüne zemin yaratmasından başka bir şekilde yorumlanamaz.

¹¹⁰² AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials, s839

¹¹⁰³ CASSESE, When May Senior Officials, s. 867-868

¹¹⁰⁴ ibid, s. 868

Arrest Warrant kararındaki uyuşmazlık konusu da UAD’ın uluslararası suçlar bakımından işlevsel bağımsızlık meselesini masaya yatırmasını olanak sağlamamıştır. Pek bilgilendirici olmayan *obiter dictumunda*¹¹⁰⁵ Divan’ın dışişleri bakanlarının görevden sonra özel sıfatla gerçekleştirdikleri eylemler açısından yargılanabilecekleri görüşü kafa karışıklığından başka bir şeye yaramamıştır.¹¹⁰⁶ Yargıçlar Higgins, Kooijmans ve Buergenthal ayrı görüşlerinde uluslararası suçların işlevsel bağımsızlığın amacı bağlamında resmi eylemler olarak nitelendirilemeyeceği görüşüne destek verirlerken¹¹⁰⁷, Divan’ın *obiter dictumu* genel olarak uluslararası suçlarda işlevsel bağımsızlığın destekçisi olarak yorumlanmaktadır. CASSESE uluslararası suçların kural olarak özel eylemler olmadığını söylerken bu suçların nadiren özel sıfatla işlendiğini ve bireylerin de aslen bu tür suçları resmi konumlarını kullanarak veya suiatimal ederek işlemekte olduklarına işaret etmektedir. Yazara göre bu öncelikle işgal ettikleri konum ve rütbe ile alakalıdır çünkü bu kişiler soykırım veya insanlığa karşı suçlar veya Cenevre Konvansiyonları’nın ağır ihlali gibi suçları emretmeye, teşvik etmeye, hoş görmeye veya bu suçlara yardım ve yataklık etmeye ya da kusurlu biçimde göz yummaya uygun konumdadırlar. Savaş suçu veya insanlığa karşı suç kapsamında olmayan işkence suçunda ise yazar, suçun maddi unsurlarından birinin bunun doğrudan kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden biri tarafından veya bu kişilerin teşvik etme veya rıza gösterme veya göz yumması yoluyla işlenebileceğinin altını çizmektedir.¹¹⁰⁸

Özetle, devlet görevlilerinin resmi sıfatla işledikleri suçlar resmi eylem olarak sınıflandırılmasına rağmen, uluslararası hukukun şuan geldiği noktada bu tür suçlarda *ratione materiae* bağımsızlığın uygulanmamasını ileri sürmek için iyi nedenler mevcuttur.¹¹⁰⁹ Devlet görevlileri hakkında uluslararası suçlar nedeniyle

¹¹⁰⁵ *obiter dictum* [Latin: a remark in passing] Mahkemenin kararında zikrettiği ancak kararın esasına ilişkin olmayan ifadelerdir. Bu ifadeler bağlayıcı olmamakla birlikte daha sonraki dahavalarda mahkemelere yol gösterici olarak kabul edilebilir. Bkz. “*obiter dictum*”, Oxford Dictionary of Law, Elizabeth A. MARTIN (ed.), Oxford University Press 5.Ed. 2001, s.337

¹¹⁰⁶ *Arrest Warrant* [2002], para.61

¹¹⁰⁷ *Arrest Warrant* [2002], Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para. 85

¹¹⁰⁸ Antonio CASSESE, When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case, 13 EJIL 853 (2002), s. 868

¹¹⁰⁹ Bkz. m. III(1), Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, Institut de Droit International (2009): “Uluslararası hukuka göre uluslararası suçlarla ilgili olarak kişisel bağımsızlık dışında hiçbir bağımsızlık

yerel mahkemelerde yürütülen dikkate değer sayıda dava bulunmaktadır.¹¹¹⁰ Tüm bu davalar, dolaylı veya kimi zaman doğrudan¹¹¹¹, *ratione materiae* bağışıklığının bazı suçlarda mevcut olmadığına dayanarak ilerlemiştir. İşlevsel bağışıklığın (*ratione materiae*) uluslararası suçlara ilişkin davalar bakımından yok sayılmasının en iyi açıklaması, bu ilkenin zorunlu olarak uluslararası hukukun daha güncel kurallarıyla bir çatışma içinde olması ve bağışıklığın artık yeni kurala teslim olması gereken daha eski bir kural olmasıdır.¹¹¹² Uluslararası hukuktaki gelişmeler şimdi işlevsel bağışıklığın bahşedilme gerekçelerinin uluslararası suçların kovuşturulmasında uygulanmayacağını ifade etmektedir.¹¹¹³

Yukarıda ortaya koyulduğu gibi bu tür bağışıklığın ilk nedeni bireyler tarafından yerine getirilen resmi görevlerin bireyin değil devletin sorumluluğunu gerektiren, devlete atfedilen eylemler olmasıdır. Ancak bu genel ilke uluslararası suç anlamına gelen eylemlerde uygulanamaz çünkü bireyin resmi konumunun kendisini uluslararası suçların bireysel sorumluluğundan kurtaramayacağına ilişkin çok ileri ve yeni bir kural bulunmaktadır.¹¹¹⁴ Nürnberg Mahkemesi belirli durumlarda devletin temsilcisini koruduğu uluslararası hukuk ilkelerinin uluslararası hukuk tarafından suç

uygulanamaz.” Ayrıca Cassase, When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case, 13 EJIL (2002) 853, s.870 vd; **CASSESE**, ICL 2008, s. 305 vd; **GAETA**, Official Capacity; Zappalà, Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation, 12 EJIL (2001) 595, s. 601–605; Wirth, Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in the Congo v. Belgium Case, 13 EJIL (2002) 877, s.891

¹¹¹⁰ Antonio CASSASE, When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case, 13 EJIL (2002) 853 s. 870–871. Cassase İsrail, Fransız, İtalyan, Hollanda, İngiliz, Amerikan, İspanyol ve Meksika mahkemelerinin yabancı devlet görevlileri (daha ziyade askeri görevliler) hakkında savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırımla ilgili yargulamalarla meşgul olduklarını ifade etmektedir. **CRYER et.al**, An Introduction (2010), dp 4.

¹¹¹¹ Bkz. Eichmann, s. 44–48 (Israel: Ct of Jerusalem), s. 308–311 (Israel Sup. Ct); *Pinochet (3) [2000]*. Ayrıca bkz. Lozano v Italy, Appeal Judgment, Case No 31171/2008; ILDC 1085 (IT 2008). (Mahkeme uluslararası suçlar hakkında *ratione materiae* bağışıklığının olmayacağını kabul etmiş ancak karara konu olan eylemin bu nitelikte olmadığı gerekçesiyle bağışıklığın uygulanmasına karar vermiştir.) Antonio CASSESE, The Italian Court of Cassation Misapprehends the Notion of War Crimes: The Lozano Case, 6 JICJ 1077 (2008).

¹¹¹² **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s.840

¹¹¹³ Benzer yaklaşım için bkz. Lorna McGregor, ‘Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty’, 18 EJIL (2007) s. 912–918

¹¹¹⁴ Bkz. m. 7, London Agreement for the International Military Tribunal at Nuremberg (1945), 82 UNTS 279; m. 6, Charter of the International Military Tribunal for the Far East (1946), TIAS 1589; m. 7(2), Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1993), UN SC Res 827 (1993); m. 6(2), Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (1994), UN SC Res 995 (1994); m. 27(1), ICC Statute, ve m. 6(2), Statute of the Special Court for Sierra Leone (2002), www.sc-sl.org.

olarak kabul edilen eylemlere uygulanamayacağını açıklamış; bu fiillerin faillerinin kendilerini usulüne uygun olarak yapılacak bir kovuşturma sonunda verilecek cezadan kurtarmak için resmi konumlarının arkasına saklanamayacaklarını belirtmiştir.¹¹¹⁵

Özel Raportör Roman Koladkin işlevsel bağışıklığın yokluğunu bireysel bağışıklıkla açıklanmasına yönelik yaptığı eleştiride, bu mantığın kabulü durumunda işlevsel bağışıklığın, yalnızca uluslararası suçlar açısından değil bir hukuka aykırılığın yalnızca devlete değil aynı zamanda devlet görevlisine de atfedileceği hiçbir davada uygulanamayacağını söylemektedir.¹¹¹⁶ Ancak raportör şu noktayı atlamaktadır: uluslararası hukuk bireylere hukuka aykırı tüm eylemlerinde bireysel sorumluluk öngörmemektedir; bu sorumluluk uluslararası suçlar söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Devletlerin bir eylemi suç olarak düzenlemeleri ve ona sorumluluk yüklemeleri, bireylerin uluslararası hukuk açısından doğrudan sorumluluklarının olduğu anlamına gelmez. Bilakis, bireylerin cezai sorumlulukları uluslararası hukukta sınırlı bir alanda kendini göstermektedir. Bu nedenle Raportör kanaatimizce kuralı fazlasıyla geniş yorumlayarak esas noktayı kaçırmıştır.

Gerçekten de uluslararası ceza hukukunun gerçek amacı devlet görevlileri de dahil olmak üzere bireylere sorumluluk atfetmek ve arkasına sığınabilecekleri devlet işlemleri savunması veya resmi görev iddiasını saf dışı bırakmaktır. Uluslararası suç seviyesindeki eylemlerin bireylere isnat edilebilmesinden beri, yalnızca devlete atfedilebilecek eylemlerden dolayı devlet görevlilerinin sorumluluklarına kalkan olan bir ilkeye artık daha az ihtiyaç vardır. Böylelikle bu yeni kural, önceki sorumsuzluğu korumaya çabalayan kuralın önüne geçmiştir. Dolayısıyla, devletin eyleminin bağışıklığı ile bireysel cezai sorumluluk arasında bir çatışmadan söz edilse bile, bu çatışma bireysel cezai sorumluluk lehine çözümlenmelidir.

¹¹¹⁵ Re Goering and Others (1946), 13 ILR 203, s. 221

¹¹¹⁶ Second report, s.36

7. AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE KİŞİSEL BAĞIŞIKLIK

Kişisel bağışıklık tanınan üst düzey devlet görevlilerinin yabancı bir devlette iken yakalanmaları ve tutuklanmaları, uluslararası görevlerini yerine getirmelerine engel teşkil edecektir. Kişisel bağışıklığın mutlak niteliği, bu kapsamdaki kişilerin sadece resmi görevleri sırasındaki eylemlerini değil, aynı zamanda görev dışındaki hareketlerini de kapsar.¹¹¹⁷ Ayrıca bu bağışıklık, söz konusu eylemin görevlinin görevi sırasında mı yoksa göreve gelmeden önce mi yapıldığına bakılmaksızın uygulanmaktadır.¹¹¹⁸ Kişisel bağışıklığa sahip devlet görevlilerini tutuklamaya veya yargılamaya kalkışmak bağışıklığın ihlali iken görevlinin yabancı devlet tarafından salt ifade vermeye davet edilmesi ya da kendi isteğiyle bilgi vermesi bir ihlal teşkil etmeyecektir.¹¹¹⁹

Kişisel bağışıklıklar, bir açıdan devlet görevlisinin uluslararası işlevini rahatça yerine getirmesini sağlamakla birlikte sadece kişinin görevi devam ettiği sürece yürürlüktedir. Bu bağışıklık yalnızca çok sınırlı sayıdaki devlet görevlisine¹¹²⁰ tanınmaktadır ve geçici niteliktedir. Kişisel bağışıklığın, işlenen suçun ağırlığı veya ciddiyetine göre ya da eylemin resmi veya kişisel olmasına yönelik herhangi bir istisnası da yoktur.¹¹²¹ Başka bir deyişle, uluslararası suç işlemiş olsalar dahi kişisel bağışıklık nedeniyle bu kişilerin yargılanması mümkün değildir. *Ratione personae* bağışıklık bu kişileri yargı sürecinden korur. Bu tür bağışıklığın atfedildiği görevi başındaki bütün devlet görevliler ve diplomatlar uluslararası suç işlemiş olsalar dahi kişi yönünde bağışıklık prensibi yine de geçerlidir.¹¹²² Gerçekten bu kural uygulanan

¹¹¹⁷ *Arrest Warrant* [2002], para. 54; **FOX**, *State Immunity* (2008), s.694.

¹¹¹⁸ *Arrest Warrant* [2002], para. 54-55

¹¹¹⁹ *Arrest Warrant* [2002], para 55, 70–71; *Mutual Assistance in Criminal Matters* [2008], para.170

¹¹²⁰ **CRYER et.al**, *An Introduction* (2010), s.535.

¹¹²¹ **CRYER et.al**, *An Introduction* (2010), s.534.

¹¹²² Genel olarak bkz. **CASSESE**, ICL 2008, s. 309-310; **GAETA**, *Official Capacity*, s. 975-1002, Salvatore Zappalà, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes- The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, EJIL 2001 V.12 s.595; **FOX**, *The Resolution*, s.119

uluslararası hukukta istisnasızdır ve yerel mahkemeler tarafından da bu şekilde uygulanmıştır.¹¹²³

Uluslararası hukukta bireysel sorumluluk bakımından resmi sıfatın yargılama açısından bir öneminin olmadığını daha önce belirtmiştik. Bireysel sorumluluğun var olduğu yerde bağışlıktan bahsedilemez. Ne var ki, maddi hukuka ilişkin bir kural olan bu sorumluluk kuralı, kişisel bağışlık açısından geçerli değildir. Aslında kişisel bağışlığın temel amacının, bu bağışlığa sahip olan devlet görevlilerini bireysel cezai sorumluluk söz konusu olduğunda yabancı devletlerin cezai yargılamalarından korumak olduğu söylenmektedir.¹¹²⁴ UCM Statüsü'nün 27/2. maddesine kadar uluslararası suçlarla ilgili olarak kişisel bağışlığın gözden kaçmış olduğu ileri sürülmektedir.¹¹²⁵ Bu açıdan ilgili hüküm kişisel bağışlık karşın rağmen uluslararası mahkemelerin yargılama yetkisini teyit etmektedir. Ancak 27/2'deki hüküm, doğrudan yerel mahkemelere yükümlülük öngören bir niteliğe sahip olmamakla birlikte zaman içinde böyle bir kuralın gelişebilmesi olasıdır. Zira devletlerin bu yöndeki istençleri doğrultusunda ileride, kişisel bağışlık sahibi kişilerin uluslararası suçlarda resmi sıfatlarının koruması olmadan yabancı yerel mahkemelerde yargılanabilmeleri mümkün olabilir. Ancak bu, şu aşamada hukuki olmaktan çok politik bir mesele gibi görünmektedir.

Yapılageliş kurallarında kişisel bağışlığın yerel mahkemelerde ağır insan hakları ihlallerinde uygulanmamasına yönelik bir istisnanın var olduğunu söylemek henüz mümkün değildir. Ancak bu demek değildir ki hiçbir yerel mahkeme, örneğin görevdeki bir yabancı devlet başkanını, yargılama girişiminde bulunmamıştır. Ne var ki, böyle bir yargılamanın başarıyla sonuçlandığı herhangi bir davaya henüz rastlanmamıştır. Bu konudaki en ünlü girişim Belçika'nın Abdulaye Yerodia

¹¹²³Bkz. Castro case (Spain: Audiencia Nacional, 1999) (aktaran) **CASSESE**, ICL 2008, s.272 dp. 20; Ghaddafi case, Arrêt no. 1414 (2001), 125 ILR 456 (France: Cour de Cassation); Re Sharon and Yaron, 42 ILM (2003) 596 (Belgium: Cour de Cassation); *Pinochet (3)* [2000], s. 176–177, 199, 229, 239 (bkz. Lord Goff, Lord Hope, Lord Millett, ve Lord Phillips); Plaintiffs A, B, C, D, E, F v. Jiang Zemin, 282 F Supp 2d 875 (2003); Tachiona v. Mugabe, 169 F Supp 2d 259 (SDNY 2001).

¹¹²⁴ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.266

¹¹²⁵ Aslında 1. Dünya Savaşı sonrasında savaş suçlularının yargılanması ve cezalandırılmasıyla ilgili çalışan Komisyon tarafından Versay Barış Konferansı'na gönderilen raporda görevdeki devlet başkanlarının yargılanması kabul edilmiştir. Ancak bu rapora ABD delegasyonu karşı çıkmıştır. Bkz. **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.266.

Ndombosi hakkında çıkarttığı yakalama müzekkeresidir. Şimdi UAD'ın Yakalama Müzekkeresi kararına yol açan süreç ve Divan'ın kararına kısaca değinelim.

7.1. ARREST WARRANT (YAKALAMA MÜZEKKERESİ) DAVASI

11 Nisan 2000 yılında Belçika'da bir soruşturma yargıcı, o sırada Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin Dışişleri Bakanı olarak görev yapan Abdulaye Yerodia Ndombosi hakkında, 1949 Cenevre Sözleşmeleri¹¹²⁶ ve Ek Protokollerinin ağır ihlalini ve insanlığa karşı suçları teşkil eden eylemler gerçekleştirdiği gerekçesiyle, uluslararası bir yakalama müzekkeresi çıkartmıştır.¹¹²⁷ Bu müzekkere Kongo'ya 7 Haziran 2000'de iletilmiş ve 12 Temmuz 2000'de Kongo yetkili makamları tarafından alınmıştır. Belçika söz konusu müzekkereyi INTERPOL'e de iletmıştır.¹¹²⁸ Yerodia Ndombosi hakkında çıkarılan yakalama müzekkeresine neden olan, 1998'de Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde Tutsiler'e karşı uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında Yerodia'nın yaptığı çeşitli konuşmalarda ırkçı nefreti tahrik ve teşvik eder nitelikteki açıklamalarının Tutsiler'in katledilmesine neden olduğu inancıdır.¹¹²⁹ Belçika, Yerodia'nın ülkesinde yargılanabileceğine dayanak olarak 16.06.1993 tarihli "12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile Bunlara Ek 8.06.1977 tarihli I ve II Numaralı Protokollerin Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Yasası"nın 10.02.1999 tarihinde soykırım ve insanlığa karşı suçların da eklenmesi suretiyle değiştirilen "*Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlalinin Cezalandırılması Yasası*"nı göstermiştir.¹¹³⁰ Yasa'nın 7. maddesi Yasa'da gösterilen suçların işlendiği yer neresi olursa olsun Belçika Mahkemeleri'nin yargılama yetkisine sahip olduğunu bildirmektedir. Suç duyurusunda bulunan, 5'i Belçika uyrukluğunda olmak üzere, 12 kişi Belçika'da ikamet etmekteydi.

¹¹²⁶ Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 12.08.1949, 75 UNTS 31; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi 12.08.1949, 75 UNTS 85; Harp Esirlerine Yapılacak Muamale ile ilgili Cenevre Sözleşmesi 12.08.1949, 75 UNTS 135; Harp Zamanında Sivillerin Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmesi 12.08.1949, 75 UNTS 287. Bu Sözleşmeler 21.01.1950'de yürürlüğe girmiştir.

¹¹²⁷ *Arrest Warrant* [2002], para. 13

¹¹²⁸ *ibid*, para 14

¹¹²⁹ Uğur BAYILLIOĞLU, Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, AÜHFV. 55/2 (2006), s. 30

¹¹³⁰ Yasa, evrensel yargı yetkisinin geniş çaptaki algısı nedeniyle yoğun tepkilere neden olmuş, özellikle ABD'nin tepkileri nedeniyle Belçika geri adım atarak 23.04.2003 tarihinde Yasası'nı tekrar değiştirmiştir. Bkz. *supra*

17 Ekim 2000 tarihinde Demokratik Kongo Cumhuriyeti UAD'a yakalama müzekkeresinin kaldırılması talebiyle başvuruda bulunmuştur.¹¹³¹ Kongo, yakalama müzekkeresi çıkarmakla Belçika'nın bağımsızlığa ilişkin uluslararası hukuk kurallarını ihlal ettiğini¹¹³²; bu müzekkerenin özellikle de bir devletin başka bir devlet üzerinde yetkisini kullanamayacağı ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.¹¹³³ Kongo bu iddiasını desteklemek için de BM Antlaşması'nın üye devletlerin egemenliğini vurgulayan 2. maddesine dayanmıştır.¹¹³⁴ Buna ek olarak Kongo, Yerodia'nın DİHVS çerçevesinde bağımsızlığa sahip olduğunu öne sürmüştür.¹¹³⁵ Buna karşılık Belçika, Yerodia'nın Nisan 2001'in ortalarından beri görevde bulunmadığı için bundan böyle Dışişleri Bakanı olarak bağımsızlıktan yararlanamayacağından Divan'ın önündeki konuların tartışılmalı olduğunu iddia ederek UAD'ın davayı reddetmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹³⁶ UAD, Divan'ın yargılama yetkisinin davanın Divan'a sunulduğu tarihte doğduğunu ve bu yetkinin sonradan ortaya çıkan durumlardan bağımsız olarak devam ettiğini söyleyerek Belçika'nın savını reddetmiştir.¹¹³⁷ Davanın esasına dönen Divan öncelikle devlet başkanları ve dışişleri bakanları da dahil olmak üzere bir devletin belli üst düzey görevlilerinin başka bir devletin cezai ve hukuki yargılama yetkisinden bağımsızlıktan yararlanmalarının uluslararası hukukta iyice yerleşmiş olduğunu bildirmiştir.¹¹³⁸ Dışişleri Bakanları'nın bağımsızlığını özel olarak içeren bir antlaşma olmadığından Divan, kararını desteklemek amacıyla başka

¹¹³¹ *Arrest Warrant* [2002], para. 1 ve 32

¹¹³² *İbid*, para.1

¹¹³³ *İbid*.

¹¹³⁴ *İbid*.

¹¹³⁵ *İbid*. Kongo özellikle 1961 DİHVS m.41/2'ye dayanmıştır. (m.41/2: Gönderen Devlet tarafından kabul eden Devlet nezdinde yapılması misyonun uhdesine tevdi olunan bütün resmi işler, kabul eden Devletin Dışişleri Bakanlığı veya mutabık kalınacak diğer bir Bakanlık ile veya aracılığıyla yürütülür.)

¹¹³⁶ *İbid*, para. 24.

¹¹³⁷ Davanın her iki tarafı da UAD'a başvurulduğu sırada özellikle Yerodia'nın görevi başındaki bir bakan olarak yargılamadan bağımsızlığının bulunup bulunmadığı konusunda bir uyuşmazlık olduğunu kabul etmişlerdir. Para.1 ve 24. Ayrıca, her iki taraf da önceden ortaya koydukları rızalarıyla UAD'ın zorunlu yargı yetkisiyle bağlı olduklarını kabul etmişlerdir. para.27. Belçika UAD'ın zorunlu yargı yetkisini 17 Temmuz 1958'de, Kongo ise 8 Şubat 1989'da kabul etmiştir. para. 27. Buna ek olarak davanın görüldüğü sırada Yerodia'nın artık dışişleri bakanı olmaması nedeniyle oluşan statüsündeki değişikliğin uyuşmazlığın sona erdirmemiştir; nitekim Kongo'nun talebi yakalama emriyle ilgilidir. Para.32

¹¹³⁸ Para. 51 ("[D]evlet Başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı gibi bir devlette belli üst düzey devlet makamların sahiplerinin diğer devletlerde hem hukuki hem de cezai yargı yetkisinden bağımsızlıklara sahip oldukları ... uluslararası hukukta kesin olarak yerleşmiştir.")

uluslararası antlaşmaların bağışıklığa ilişkin hükümlerini incelemiştir.¹¹³⁹ Divan özellikle DİHVS'nin giriş bölümündeki diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıkların genel amaçlarına dayanmıştır. Divan tarafından atıf yapılan bu amaçlardan biri diplomatik misyonun etkili işlev ve performansını içermektedir.¹¹⁴⁰ Divan'a göre DİHVS'nin girişi uluslararası yapılageliş kuralı niteliğindedir.¹¹⁴¹ Diplomatlar ile dışişleri bakanlarının benzer işlevleri olduğu düşünüldüğünde bu işlevlerin bir sonucu olarak bağışıklığın gerekliliğini vurgulayan Divan, uluslararası yapılageliş hukuku uyarınca dışişleri bakanlarının tam kişisel bağışıklıktan veya *ratione personae* bağışıklıktan yararlanmaları gerektiğini ifade etmiştir.¹¹⁴²

Divan daha sonra savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar gibi ağır uluslararası suçların uluslararası yapılageliş hukukunda bağışıklığa engel veya istisna teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir.¹¹⁴³ Divan ulusal düzenlemeleri ve yüksek mahkemelerin kararlarını inceleyerek devlet uygulamalarını değerlendirmiş ve ulusal mahkeme kararlarında dışişleri bakanları için bu tip cezai bağışıklık istisnasına dair bir bulguya rastlamamıştır.¹¹⁴⁴ Ek olarak Divan çeşitli uluslararası mahkemelerin statülerindeki bağışıklık hükümlerini incelemiş ve tekrar bu suçlar için yerel mahkeme yargılamalarında bağışıklığa getirilen istisnalara ilişkin bir emareye rastlamamıştır.¹¹⁴⁵ Bununla birlikte her ne kadar yerel mahkemeler görevi başındaki dışişleri bakanlarının ağır uluslararası suçlarda yargı yetkilerini uygulamayacaklarsa da Divan dışişleri bakanı kendi devletinde yargılanması; görevi Sona erdikten sonra görevden önce ve görevi sona erdikten sonra işlediği suçlar ile görevi sırasında gerçekleştirdiği özel eylemlerden kaynaklanan suçlarda; kendi devletinin

¹¹³⁹ Para.52

¹¹⁴⁰ İbid. Bkz. DİHVS Giriş (Başlangıç mı?) Bölümü. (Bu gibi ayrıcalıkların ve bağışıklıkların amacının Devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerinin etkin şekilde yerine getirilmesini sağlamak olduğunun farkına vararak)

¹¹⁴¹ *Arrest Warrant* [2002], para. 52.

¹¹⁴² *Arrest Warrant* [2002], para.54. Dış işleri bakanının işlevleri diplomatik aktiviteler, gönderen devletin temsilcisi sıfatıyla hareket etmek, gönderen devletin adına hareket etmek ve devletin uluslararası ilişkilerini düzenlemektir. Para.53. Bağışıklık açısından gerçekleştirdikleri eylemler arasında özel veya resmi eylem olarak bir ayırım yapılamaz çünkü her iki durumda da tutuklanması bakanın resmi işlevlerine engel olacaktır. Para 55

¹¹⁴³ Para.60

¹¹⁴⁴ Para.58 Mahkeme İngiliz Lordlar Kamarası ile Fransız Yüksek Mahkeme kararlarını da değerlendirmiştir. Bkz. İbid.

¹¹⁴⁵ Para.58 Mahkeme UCD, EYUCM, RUCM, Nürnberg İçin Uluslararası Askeri Mahkeme ve Tokyo İçin Uluslararası Mahkeme'nin statülerini de incelemiştir. Bkz. ibid.

bağışıklıktan feragat etmesi halinde ve yargı yetkisine sahip bir uluslararası ceza mahkemesinde yargılanması durumlarında bağışıklığın geçerli olmayacağına işaret etmektedir.¹¹⁴⁶

Yakalama Müzekkeresi Davası'nda UAD Dışışleri Bakanlarının kişisel bağışıklık türüne tabi olduklarını ve dahası görev sırasında Dışışleri Bakanına tanınan ceza yargısından (kişi yönünden) bağışıklığın mutlak niteliğinden dolayı, Bakanın uluslararası bir suç işlediği iddia edilse dahi varlığını sürdürdüğünü ve hatta yurtdışında özel ziyaret sebebiyle bulunsa dahi uygulanacağını belirtmiştir.¹¹⁴⁷ UAD'a göre :

“Uluslararası yapılageliş hukukuna göre savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar işlediklerine yönelik şüphe altındayken görevli Dışışleri Bakanının dokunulmazlığına ve cezai yargı yetkisinden bağışıklığına ilişkin kuralların herhangi bir biçimde istisnasının mevcut olduğu... görüşüne varmak mümkün değildir.”¹¹⁴⁸

Divan ayrıca kararını verdiği sırada Yerodia'nın artık görevdeki dışışleri bakanı olmamasına rağmen emrin çıkarıldığı sırada görevinin devam ettiği ve bu görevin ona sağladığı bağışıklıklardan yararlandığını kaydetmektedir.¹¹⁴⁹ Sonuç olarak Divan'a göre Belçika böyle bir yakalama emri çıkartmakla Kongo'ya karşı uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmiştir.¹¹⁵⁰ Uyuşmazlığın çözümü olarak Divan, Belçika'nın yakalama emrini iptal etmesine ve bunu yetkili makamlara bildirmesine karar vermiştir.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁶ Id. 61. Eski bir üst düzey devlet görevlisi veya devlet başkanı ile ilgili olarak, bu kişiler görevlerinden önce veya görevleri sona erdikten sonra yaptıkları eylemler ile görevleri sırasında özel sıfatla gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı yargılanabilirler. İbid. fakat bağışıklık görevdeyken gerçekleşen resmi eylemler açısından devam eder.

¹¹⁴⁷ *Arrest Warrant* [2002], para. 55

¹¹⁴⁸ İbid., para. 58

¹¹⁴⁹ İbid., para. 70

¹¹⁵⁰ Yani Belçika bu yolla Kongo'nun egemenliğine saygılı olma yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bkz. ibid.

¹¹⁵¹ İbid., para. 76.

UAD, Yakalama Müzekkeresi kararının 58. paragrafında kişisel bağışıklığın mutlak olduğuna işaret ederek bununla ilgili yapılageliş hukukunda herhangi bir istisnaya rastlanmadığını şöyle tespit etmektedir:

“Divan dikkatli bir şekilde Lordlar Kamarası ve Fransız Yüksek Mahkemesi gibi birkaç ulusal yüksek mahkeme kararları ve ulusal düzenlemeler de dahil olmak üzere devlet uygulamalarını incelemiştir. Görevdeki dışişleri bakanlarının savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar işlediklerinden şüphelenildiğinde cezai yetkilerden bağışıklık ve dokunulmazlıkla ilgili kuralın uluslararası yapılageliş hukukunda herhangi bir biçimde istisnasının var olduğu sonucunu çıkaramamıştır.

Divan ayrıca uluslararası ceza mahkemelerini kuran hukuki belgelerin içerdiği resmi sifata sahip kişilerin bağışıklığı veya cezai sorumluluğuna ilişkin olan ve özellikle sonrakine (cezai sorumluluğa) uygulanan kuralları da incelemiştir. Bu kuralların da benzer biçimde kendisini ulusal mahkemeler bağlamında uluslararası yapılageliş hukukunda böyle bir istisnanın var olduğu sonucuna varmaya olanak sağlamadığına karar vermiştir.

Sonuç olarak, Belçika'nın atıfta bulunduğu Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Mahkemeleri'nin veya Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kararlarının hiçbiri görevdeki dışişleri bakanının yerel mahkemeler önündeki bağışıklığı sorunuyla ilgilenmemektedir. Divan bu yüzden bu kararların hiçbir şekilde yukarıda ulaştığı sonuçla çelişmediğini belirtir.”¹¹⁵²

Divan bu paragrafta usuli ve maddi bağışıklık kurallarını birbirinden ayırmaktadır. Sonraki paragraflardan birinde ise UAD “cezai yargılama yetkilerinden bağışıklık ve bireysel sorumluluk oldukça farklı kavramlardır. Yargısal bağışıklık nitelik olarak usuli iken cezai sorumluluk maddi hukukun konusudur” demektedir.¹¹⁵³ Bu ifadeyle Divan'ın aslında resmi sıfatın konu dışı olmasına ilişkin kuralı tanımakla birlikte bunu kişisel bağışıklık için kabul etmediğini söylemek mümkündür.¹¹⁵⁴ Ancak

¹¹⁵² Arrest Warrant [2002], para.58

¹¹⁵³ İbid, para.60

¹¹⁵⁴ Van ALEBEEK, Immunity of States, s.271

Yargıç Van den Wyngaert, devlet görevlilerinin bağısıklığının usuli değil maddi olduğunu ileri sürerek Divan'ın görüşünü reddetmiştir. Yargıç'a göre "*Resmi sıfatın konu dışı olması prensibinin kalbinde hükümet görevlilerinin korunmasının temelinin maddi mi yoksa usuli mi olduğuna ilişkin tartışma değil bireysel sorumluluğa karşı devletin sorumluluğu çekişmesi yatar. Bu ancak savaş suçları insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası suçlar söz konusu olduğunda bağısıklık bu tür suçlarda, yasal işlemin ulusal veya uluslararası mahkemelere getirilmesine bakılmaksızın, soruşturmaları veya kovuşturmaları engelleyemez. ... UAD ilgili uluslararası belgelerdeki cezasızlığa karşı hükümlerin usuli bağısıklıklara değil maddi olanlara işaret ettiği fikrini benimserken uluslararası yapılageliş veya antlaşma hukukuna veya ulusal uygulamalara dayanmayan ve hukuk doktrininin önemli bir parçası tarafından desteklenmeyen bütünüyle doktrinsel bir yaklaşımdır.*"¹¹⁵⁵

Ad hoc Yargıç'ın bu tespiti yaparken yalnızca UHK'nin Nürnberg Antlaşması'nın 7. Maddesi'ne gönderme yapması kanaatimizce ileri sürdüğü argümanı zayıflatmaktadır. Bağısıklıklar arasında yapılan usuli ve maddi ayrımı yargıcın ifadesiyle "*doktrinsel bir ayırım*" olmanın ötesindedir.¹¹⁵⁶ Dahası, yargıcın öne sürdüğü cezasızlığın önlenmesine ilişkin yararın kişisel bağısıklığın üstünde olduğu bir hukuk kuralının ortaya koyulmasından ziyade, en azından şimdilik, bir temenniden ibarettir.¹¹⁵⁷ Ancak bunun sürekli devinim içerisinde olan uluslararası hukuk alanında bir kuralın değişmesi gerektiğine ilişkin manifesto olarak algılanması da mümkündür.¹¹⁵⁸ Uluslararası hukuk mahkeme kararlarıyla gelişirken, bunlar devletleri iç hukuklarında düzenleme yapmaya da yönlendirmektedir. Örneğin

¹¹⁵⁵ *Arrest Warrant* [2002], Dissenting Opinion Judge Van den Wyngaert, para.31 ve 33

¹¹⁵⁶ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.271

¹¹⁵⁷ **FERDINANDUSSE**, Prosecution of Grave Breaches, s. 741 (Ağır suçları yargılamanın evrenselliği halen gerçeklikten çok ümittir.)

¹¹⁵⁸ Bilindiği gibi yargıçlar belli bir amaçtan bağımsız olarak karar vermemelerine rağmen kararlarının hukukun ne olması gerektiğini değil ne olduğunu yansıtması gerekir. Ancak bunu yaparken kullandıkları ifadelerin, özellikle uluslararası mahkemeler bağlamında konuya yaklaşacak olursak, devletleri belli şekilde davranmaya teşvik etmek açısından önemli rolü yadsınamaz. Mahkemelerin kararlarının uluslararası yapılageliş kurallarını değiştirme ve geliştirme etkisi özellikle uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarıyla gündeme gelmektedir. ÖKTEM, "ortaya çıkan diyalektik ilişkide, yazılı hukuk teamülü hukuka gönderme yaparak..." demek suretiyle bu ilişkiyi çok açık biçimde ifade etmiştir. **Emre ÖKTEM**, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yay. 2013, s.197. diğer yandan "bir yargı kararı, teamül kuralının geçirdiği sürecin sadece bir anına tanıklık eder. O anda tespit ettiği kural, zaman içinde değişim gösterebilir, değişebilir, ortadan kalkabilir." İbid,s.246. "her hukuk düzeninde olduğu gibi uluslararası hukuk düzeninde de hakim, yeni hukuk normlarının oluşumuna önemli katkılarda bulunabilir." İbid.,s.248

Yakalama Müzekkeresi kararının ardından Belçika, 1993 tarihli Yasasında 1999 yılında yaptığı “*bir kişinin resmi sıfatına atfedilen bağışıklık bu yasanın uygulanmasını engellemez*” şeklindeki değişikliğin ardından 2003’te tekrar düzenleme yaparak “*uluslararası hukuka göre kabul edilen sınırlar haricinde*” ibaresi hükme eklenmiştir.¹¹⁵⁹ Bu hükmün değişikliğine yol açan etken ilk bakışta Yakalama Müzekkeresi kararıymış gibi gözükmektedir. Elbette bu kararın söz konusu değişiklikteki rolü inkar edilemez. Ama hukukla politikanın iç içe geçtiğinin yadsınamaz bir gerçek olduğu da gözönüne alındığında, Belçika’nın çok kısa bir sürede ilgili yasayı değiştirmesine neden olan gerçeğin ABD’nin, kendi liderlerinin Belçika’da yargılanması aleyhindeki proragandalarının ve Belçika’nın evrensel yargılama yetkisiyle ilgili uygulamalarının yarattığı baskının ardından gelen tehdidinin etkisi de kesinlikle gözardı edilemez.¹¹⁶⁰

7.2. YAPILAGELİŞ HUKUKU

Uygulamada görevdeki kişisel bağışıklık sahibi kişilerin yargılanmasına ceza davaları bağlamında çok sık rastlanmamakla birlikte bu konuda devletlerin genel olarak yargılama yapmaktan kaçındıkları söylenebilir. Pinochet (3) kararında Lord Millet ve Lord Philips¹¹⁶¹ açıkça, Pinochet’in görevde olması halinde yargılanamayacağını ifade etmiştir. Görevdeki bir devlet başkanı aleyhine açılmış çok az sayıdaki davadan biri olan Kaddafi davasında Libya lideri Muammer El

¹¹⁵⁹ Bkz. Belçika’nın 15.07.1993 tarihli (10.02.1999 ve 23.04.2003 tarihli Kanunlarla değiştirilmiş) İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Hakkındaki Yasası, 42 ILM 740 (2003).

¹¹⁶⁰ O dönemde Irak’a giren ABD, Irak’ta gerçekleşen savaş suçları nedeniyle Belçika’nın adigeçen kanununa başvurunun fazlalığından endişe etmiş ve ABD Dışişleri Bakanlığı’nın Belçika üzerindeki baskısıyla başlayan süreç, ABD Savunma Bakanı Donald Rumsfeld’in NATO karargahını Belçika’dan Polonya’ya taşıma söyleminin ardından çok sayıda kişinin böyle bir durumda mağdur olma ihtimali nedeniyle Belçika’yı yasa değişikliğine zorlamıştır. Rumsfeld bu yasa ile eski Başkan George Bush, General Norman Schwarzkoff, eski Başkan Yardımcısı Dick Cheney ve eski Dışişleri Bakanı Colin Powell, General Tom Fransk ve Albay Brian Mccoy hakkında Irak’taki savaş suçlarından sorumlulukları nedeniyle açılan davaları “absürd” olarak nitelendirmiştir. Rumsfeld’in 12-13 Temmuz 2003’te gerçekleşen toplantıda yaptığı konuşmanın metni için bkz. <http://www.nato.int/docu/speech/2003/s030612g.htm> Ayrıca bkz. Sinan Kocaoğlu, Evrensel Yetki, TBB Dergisi 60 (2005), s. 210 Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Luc Reyndams, “Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law”, J Int’l Criminal Justice 1(2003), s.679

¹¹⁶¹ *Pinochet (3) [2000]*, s. 179 (Lord Millet); s. 181 (Lord Philips)

Kaddafi Fransa’da terörist eylemlere ilişkin ceza yargılamalarıyla karşılaşmıştır.¹¹⁶² 1989 yılında Çad’da Libya’nın da karıştığı çatışmalar sırasında Fransa Havayollarının DC 10 UTA uçağı Nijer’in Tenere çölü üzerinde infilak edilmiştir. Bu olay sonucu kabin ekibinin de aralarında bulunduğu 170 kişi hayatını kaybetmiştir. Mart 1999’da Paris’te bir ilk derece mahkemesi *in absentia* gerçekleştirdiği yargılama sonucunda Kaddafi’nin kayınbiraderinin de aralarında bulunduğu 6 Libyalı’yı ömür boyu hapse mahkum etmiştir.¹¹⁶³ Libya sanıkları teslim etmemekle birlikte Fransız Ceza Kanunu’na göre aynı yargılamada hükmedilen tazminatı ödemiştir.¹¹⁶⁴ Ekim 1999’da S.O.S adlı bir STK’nın girişimiyle bu terörist eylemin gerçekleştirilmesini emrettiği gerekçesiyle bu kez de Kaddafi hakkında kasten adam öldürmeye iştirakten dava açılmıştır. Yetkili savcı vakit kaybetmeden bu karara karşı temyize başvurarak Kaddafi’nin kişisel bağışıklığı olduğunu ileri sürmüştür. Bunun üzerine Paris İstinaf Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda 20 Ekim 2000’de Kaddafi aleyhindeki davada bağışıklığın bir engel teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.¹¹⁶⁵ Mahkeme yargılama yetkisini ölen pek çok kişinin Fransız uyrukluğunda olması nedeniyle pasif kişisellik prensibine dayandırmıştır.¹¹⁶⁶ Mahkeme, sonra bu kararı verirken Fransa da dahil olmak üzere uluslararası toplumda yabancı devlet başkanlarının yargı bağışıklığının halen tanınıyor olmasına rağmen terörist faaliyetlerin devlet başkanının işlevleri arasında kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.¹¹⁶⁷ 13 Mart 2001’de Kaddafi davası sona gelmiş ve Fransa Yüksek Mahkemesi İstinaf Mahkemesi’nin kararını bozmuştur. Mahkeme çok kısa bir gerekçeye dayandırdığı kararında işlenen suçun görevi başındaki bir devlet başkanının yargı bağışıklığına istisna teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.¹¹⁶⁸ Burada Mahkeme’nin “uluslararası hukukun mevcut aşamasında, **iddia edilen suç, ciddi olmakla birlikte, görevdeki yabancı Devlet Başkanlarının yargı yetkisinden bağışıklığı ilkesine yapılan istisnalardan birini teşkil etmemektedir**” görüşü, davanın terör eylemleri bağlamında insan öldürme suçu ile ilgili olarak açıldığı

¹¹⁶² Frederic L. KIRGIS, French Court Proceedings against Muammar Qadhafi, ASIL Insights, <http://www.asil.org/insights/insigh56.htm>

¹¹⁶³ Gaddafi Case (2000) (Court of Appeal of Paris), 125 ILR 490 (2001), s.491

¹¹⁶⁴ KIRGIS, French Court Proceedings, <http://www.asil.org/insights/insigh56.htm>

¹¹⁶⁵ Gaddafi Case (2001) (Judgment of the Court of Cassation), 125 ILR 508 (2001), s.508

¹¹⁶⁶ İbid.

¹¹⁶⁷ İbid, s.505

¹¹⁶⁸ İbid. s.509-510

düşünüldüğünde, ağır insan hakları ihlalleri açısından bir istisnanın varlığını kabul ettiği kanısını uyandırmaktadır.

1993 Kanunu'nda yapılan 2003 yılındaki tadil öncesinde İsrail Başbakanı (olaylar sırasından İsrail Savunma Bakanı olan) Ariel Sharon ve İsrail ordusundan General Amos Yaron hakkında 1982'de Sabra ve Şatila kamplarında gerçekleşen toplu katliamlarla ilgili, bu katliamlardan kurtulan 23 Lübnan ve Filistinli tarafından, dava açılmıştır. Yapılan 4 ön duruşmanın ardından, UAD'ın Yakalama Müzekkeresi kararı da çıkınca, Mahkeme 15 Mayıs 2002'de yeni bir duruşma yapmaya karar vermiştir.¹¹⁶⁹ Mahkeme *“uluslararası yapılageliş hukukunun, ilgili Devletleri taahhüt altına sokan aksine uluslararası hukuk hükümlerinin olmaması halinde yabancı bir devlette ceza mahkemeleri huzurunda Devlet başkanlarının ve hükümet başkanlarının dava tarafı olabileceği fikrine ters düştüğü”* gerekçesi ile soykırım, insanlık suçu ve savaş suçları ile ilgili olan ceza davasını kabul edilemez bulmuştur.¹¹⁷⁰ Mahkeme özellikle, asıl 1993 Yasası'nın m.5/3'ün *“bu ilke tarafından desteklenen bağışıklığı iptal etme amacına sahip olduğu şeklinde yorumlanması halinde yargı bağışıklığı üzerine uluslararası yapılageliş hukuku kuralına aykırı olacağını”* ve Belçika iç hukukunun böyle bir amaçtan ziyade kişinin resmi sıfatının kendisini cezai sorumluluktan kurtarmayacağı yönünde anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür.¹¹⁷¹

Ocak 2004 yılında, İngiltere'de Zimbabve Devlet Başkanı Robert Mugabe hakkında işkence iddiasıyla yakalama emri çıkarılmasına yönelik bir başvuru yapılmıştır.¹¹⁷² Başvuru, Başkan Mugabe'nin, devlet görevlileri aracılığıyla işkence suçunu işlediği ve Zimbabve'de bununla ilgili herhangi bir yargılama yapılmadığı gerekçesiyle gerçekleştirilmiştir. Başvuran *BM İşkence Sözleşmesi* çerçevesinde İngiltere'nin Mugabe'yi yargılama yükümlülüğü olduğuna işaret ederek Mugabe'nin İngiltere'ye yargılanmak üzere iade edilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Başvuruyu

¹¹⁶⁹ John BORNEMANN, Introduction: The Case of Ariel Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction, in John BORNEMANN (ed) The Case of Ariel Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction, Princeton Institute for International and Regional Studies Monograph Series, Number 2, Princeton University 2004, s. 1

¹¹⁷⁰ H.S.A. et. al. v. S.A. et. al, 42 ILM 596, s.599

¹¹⁷¹ İbid, s.600

¹¹⁷² Tatchell v. Mugabe, 136 ILR 572 (2004).

değerlendiren Yargıç Workman, uluslararası yapılageliş hukukuna göre devlet başkanlarının yargı bağışıklığının mutlak olduğunu belirterek başvuruyu reddetmiştir.¹¹⁷³ 2008’de İspanya Ulusal Mahkemesi (Spain’s Audencia Nacional), İspanya’nın Rwanda Devlet Başkanı Kagame’yi soykırım, insanlığa karşı suçlar ve terörist faaliyetler nedeniyle yargılamak için yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir.¹¹⁷⁴ Mahkeme bu hükme görevdeki devlet başkanının mutlak bağışıklığı olduğuna dayanak varmıştır.¹¹⁷⁵

Benzer şekilde 2004 Şubat’ında İngiltere’de bir bölge yargıcı İsrail Savunma Bakanı General Shaul Mofaz’ın hakkında, savaş suçları işlediği iddiasıyla, yakalama müzekkeresi çıkarılmasına yönelik başvuruyu yargı bağışıklığı gerekçesiyle reddetmiştir.¹¹⁷⁶ Yargıç, Pinochet ve UAD’ın Yakalama Müzekkeresi kararlarına atıfta bulunarak, kararının dayanağı olarak özellikle Yakalama Müzekkeresi kararının 51. Maddesindeki “*gibi*” (such as) ifadesine dayanmıştır. Yargıç, UAD’ın kişisel bağışıklığa sahip olan kişileri sayarken kullandığı bu ifadeyi, söz konusu bağışıklık çerçevesinde değerlendirilecek kişilerin kapsamına başka üst düzey devlet görevlilerinin de dahil edileceği şeklinde yorumlayarak dışişleri bakanı ile savunma bakanının rollerinin özellikle Orta Doğu’da çok fazla içiçe geçmiş olduğuna dikkat çekmiş¹¹⁷⁷ ve bu nedenle de savunma bakanının –milli eğitim bakanı, içişleri bakanı, turizm bakanı gibi bakanlardan farklı olarak¹¹⁷⁸- uluslararası işlevleri gereği bağışıklığa sahip olduğuna hükmetmiştir. 2005’te de İngiltere’de Çin’in Uluslararası Ticaret Bakanı Bo Xilai hakkında işkence suçu işlediği gerekçesiyle tutuklama kararı çıkarılması için başvuruda bulunulmuştur.¹¹⁷⁹ Bakan Bo Xilai, İngiltere ziyaretinde Çin Devlet Başkanı’nın İngiltere ziyaretinde kendisine refakat etmek suretiyle resmi ziyarette bulunmaktaydı. Başvuruyu değerlendiren yargıç “*uluslararası yapılageliş*

¹¹⁷³ İbid, s.573

¹¹⁷⁴ Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4 (2008), s. 151–157 (aktaran) **AKANDE/SHAH**, Immunities of State Officials, s.820

¹¹⁷⁵ The Spanish Indictment of High-ranking Rwandan Officials, (Commentator), 6 JICJ 1003 (2008), s.1004

¹¹⁷⁶ Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/Application-for-Arrest-Warrant-Against-General-Shaul-Mofaz.pdf Bkz. Colin Warbrick, Immunity and International Crimes in English Law, 23 ICLQ 769 (2004).

¹¹⁷⁷ Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), para.14

¹¹⁷⁸ İbid., para.13

¹¹⁷⁹ Re Bo Xilai, 128 ILR 713 (2005)

hukuku kurallarına göre Bay Bo'nun ancak serbestçe seyahat edebilirse işlevlerini yerine getirebileceğinden yargılamadan bağışık olduğuna " karar vermiştir.¹¹⁸⁰

ABD eski Başkanı Bush'un da 2005'te görevi sırasında resmi ziyaret amacıyla gittiği Hollanda'da Irak ve Afganistan'da işlendiği iddia edilen savaş suçları nedeniyle yargılanması istenmiştir.¹¹⁸¹ Mahkeme, Bush'un resmi ziyaretle ülkeye gelmiş bir devlet başkanı olarak bağışıklığa sahip olduğunu belirterek Bush'un tutuklanmasının uluslararası hukuka aykırı olacağından hareketle davayı reddetmiştir.¹¹⁸²

2009'da İsrail Savunma Bakanı Ehud Barak da Aralık 2008'de Gazze'de gerçekleşen savaş suçları nedeniyle bir tutuklama kararı başvurusunun konusu olmuştur ancak bu başvuru da reddedilmiştir.¹¹⁸³ Aynı yıl İsrail eski Dışişleri Bakanı olan Tzipi Livni hakkında da 2009'da Gazze'de işlenen savaş suçlarından sorumlu olduğu gerekçesiyle bir tutuklama emri çıkarılmış ve bunun üzerine Livni İngiltere'ye yapacağı ziyareti iptal etmiştir.¹¹⁸⁴ Ardından İngiltere'de tutuklama kurallarına ilişkin yasal düzenleme tekrar gözden geçirilmiş ve 2012'de Livni ziyaretini gerçekleştirmiştir¹¹⁸⁵. Livni bu ziyaret kapsamında İngiltere Dışişleri Bakanlığı tarafından özel heyet mensubu olarak duyurularak, diplomatik dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanması nedeniyle herhangi bir yargısal işleme maruz kalmasının önüne geçilmiştir.¹¹⁸⁶

Üst düzey devlet görevlilerinin yabancı bir devlette yakalanması, tutuklanması, yargılanması gibi durumlar diplomatik açıdan iki ülke arasında ciddi gerginliklere

¹¹⁸⁰ İbid, s.714

¹¹⁸¹ The Hague City Party and ors v Netherlands and ors, Interlocutory proceedings, KG 05/432; ILDC 849 (NL 2005)

¹¹⁸² İbid., para. 3-6

¹¹⁸³ Ian Black and Ian Cobain, Israeli minister Ehud Barak faces war crimes arrest threat during UK visit, The Guardian, 29 Eylül 2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/sep/29/ehud-barak-war-crimes-israel>

¹¹⁸⁴ Ian Black and Ian Cobain, British court issued Gaza arrest warrant for former Israeli minister Tzipi Livni, The Guardian, 14 Aralık 2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/14/tzipi-livni-israel-gaza-arrest>

¹¹⁸⁵ Ben Quinn, Former Israeli minister Tzipi Livni to visit UK after change in arrest law, The Guardian, 4 Ekim 2011, <http://www.guardian.co.uk/world/2011/oct/04/tzipi-livni-arrest-warrant>

¹¹⁸⁶ Owen Bowcott, Tzipi Livni spared war crime arrest threat, The Guardian, 6 Ekim 2011 <http://www.guardian.co.uk/world/2011/oct/06/tzipi-livni-war-crime-arrest-threat> Livni, 19 Şubat 2013'te İsrail Adalet Bakanı olarak atanmıştır. Bkz. <http://www.guardian.co.uk/world/2013/feb/19/tzipi-livni-israel-justice-minister>

neden olabilmektedir. Bu konudaki yakın bir örnek Kabuye davasıdır. Ruanda Devlet Başkanı'nın Protokol Şefi Rose Kabuye ve bazı üst düzey Ruandalı devlet görevlileri hakkında 1994 yılında zamanın Ruanda Devlet Başkanı Juvenal Habyarimana'nın öldürülmesiyle Ruanda Soykırımı'na da yol açan olayın suç ortağı oldukları iddiasıyla Fransa ve İspanya tarafından uluslararası yakalama müzakeresi yayınlatılmıştır. Kabuye 2008 yılının Kasım ayında Almanya'nın Frankfurt havaalanında tutuklanmış ve Fransa'ya gönderilmiştir. Bu durum Ruanda ve Fransa arasındaki kötü giden ilişkilerin daha da kötüye gitmesine ve Almanya ve Ruanda arasında da bir dizi diplomatik yollu tartışmanın sonunda Alman Büyükelçisi'nin ülkesine geri gönderilmesiyle sonuçlanan olaylara neden olmuştur. Ayrıca Ruanda Kasım 2006'dan Kasım 2009'a kadar Fransa ile diplomatik ilişkilerini kesmiş ve karşılık olarak Fransız uyruklarına dava açmakla tehdit etmiştir.¹¹⁸⁷ Sonuç olarak Kabuye'ye karşı açılan dava durdurulmuştur.¹¹⁸⁸

Kişisel bağışıklığın yerel mahkemelerin yargılama yetkilerine engel teşkil etmesine rağmen uluslararası ceza mahkemelerinin yetkileri açısından konu dışı bırakılması, ilk bakışta bir çelişki gibi gözükmektedir. Devletlerin ulusal yetkilerine uluslararası hukuk tarafından getirilen bir sınırlama olan kişisel bağışıklık kurallarının uluslararası ceza mahkemelerinde yok sayılmasının sonuçlarının bu mahkemelerin statülerine taraf olmayan devletler açısından da etkileri sorunlu bir konudur. Bu konuya ilişkin sorun, 2009 yılında Sudan Devlet Başkanı Ömer El Beşir'in UCM tarafından yargılanmak istenmesiyle teoriden pratiğe dökülmüştür. Şimdi önce uluslararası ceza mahkemelerinde bağışıklığın yok sayılmasının nedenine, ardından da bu durumun ulusal mahkemelerdeki bağışıklığa etkilerine kısaca değinelim.

¹¹⁸⁷ Mark TRAN, Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest, 12 Kasım 2008, <http://www.guardian.co.uk/world/2008/nov/12/rwanda-france>

¹¹⁸⁸ KOLADKIN, Second Report, s.46

7.3. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİNİN STATÜLERİNİN KİŞİSEL BAĞIŞIKLIĞA ETKİSİ

7.3.1. Ön Soru: Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Yok Sayılan Kişisel Bağışıklık Neden Ulusal Mahkemelerde Uygulanmaya Devam Ediyor?

Ulusal mahkemelerin yargılama yetkisine engel olan kişisel bağışıklığın uluslararası mahkemeler nezdinde aynı etkiye sahip olmaması çelişkili gözükmeyle birlikte, birazdan açıklayacağımız gibi, bu durum aslında kişisel bağışıklığın mutlak niteliğine bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu istisna iki şekilde gerçekleşir: bunlardan ilki, yapılageliş hukukundan ziyade uluslararası ceza mahkemelerinin kuruluş antlaşmalarına taraf olmaktan kaynaklanır; ikincisi ise BM GÜK'ün devletleri 7. Bölüm çerçevesinde bağlayıcı nitelikte alacağı bir karar vasıtasıyla olur.

Burada aslında şu soruyu sorarak başlamak gerekir: devletlerin biraraya gelerek yaptıklarını her bir devlet tek başına neden yapamamaktadır? 2 devlet biraraya gelerek evrensel yetkili bir uluslararası ceza mahkemesi kuramazlar. Peki 60 devlet bunu nasıl yapabiliyor? Ve böyle bir uluslararası ceza mahkemesi eliyle mutlak olan kişisel bağışıklığı nasıl kaldırabiliyorlar? Van ALEBEEK bunu bir antlaşmanın o antlaşmaya taraf olmayan devletin haklarını etkileyemeyeceği savından yola çıkarak açıklamaktadır.¹¹⁸⁹ Yazara göre devletler kurdukları, veya kuruluş belgesini onayladıkları uluslararası mahkemeler aracılığıyla kendilerini bağlayacak olan yargılama yetkisini tanımaktadırlar. Bu mahkemeler de *erga omnes* olan kişisel bağışıklığın bahşedildiği kişiler üzerinde yargılama yetkisini kullanabilmektedirler.¹¹⁹⁰ Yazar bu yolla aslında devletlerin esasında yine kendi rızalarıyla egemenlik yetkilerine sınırlama koyduklarını ima etmektedir. GAETA da olaya daha sınırlayıcı bir açıyla yaklaşarak, kişisel bağışıklık sahibi kişilerin bu bağışıklıklarını resmi işlevlerini yerine getirdikleri devletin ülkesinde kullanabildiklerini ve UCM'de bu bağışıklığa dayanamayacaklarını ifade etmektedir.¹¹⁹¹ CASSESE ise uluslararası yapılageliş hukuku ışığında konuya

¹¹⁸⁹ Van ALEBEEK, Immunity of States, s.277

¹¹⁹⁰ İbid.

¹¹⁹¹ GAETA, Official Capacity, s.991

yaklaşarak kişisel bağışıklıkların yerel mahkemelerde geçerli olması ancak uluslararası mahkemelerde tanınmamasının nedeninin o mahkemelerin statülerinin böyle öngörmesi olduğunu vurgulamaktadır.¹¹⁹² Dolayısıyla devletlerin, görevlilerinin kişisel bağışıklığa sahip olmasına ilişkin haklarından bir uluslararası antlaşma yoluyla zımnî feragat ettikleri kabul edilmektedir.¹¹⁹³ Başka bir deyişle devletler, her türlü bağışıklığı kaldıran bir uluslararası ceza mahkemesinin statüsüne taraf olmak suretiyle kişisel bağışıklıktan feragat etmiş sayılmaktadırlar. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu husus devletlerin kendi temsilcileri için geçerli olmaktadır; dolayısıyla yabancı bir devletin kişisel bağışıklık sahibi görevlisiyle ilgili feragat hakları bulunmadığı için, bir sözleşme hükmü ile sözleşmeye taraf olmayan devletlerin haklarına aykırı hareket etmeleri bu konudaki yapılageliş kuralına ihlal teşkil eder.

UAD da Yakalama Müzekkeresi davasında UCM, EYUCM ve RUCM gibi belli mahkemelerde *ratione personae* bağışıklık sahiplerinin yargılanabileceğini belirtirken *ratione personae* bağışıklık sahibi herkesin UCM'nin yargılama yetkisine tabi olduğunu söylememektedir. Mahkeme burada olası bir sözleşmesel feragatten söz etmektedir.¹¹⁹⁴

Diğer yandan, Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin (GÜK) BM Anlaşması'nın 7. Bölümü'ne istinaden verdiği kararlar da uluslararası mahkemelerin kurulduğuna şahit olunmuştur. GÜK'ün 827 sayılı kararıyla 1993'te kurulan Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM)¹¹⁹⁵ ve 955 sayılı kararıyla

¹¹⁹² CASSESE, When May Senior..., s.866

¹¹⁹³ Nitekim UCM Statüsü'nü onaylamakla devletlerin 27. maddedeki hüküm uyarınca kişisel bağışıklıktan da feragat ettikleri varsayılmaktadır. Bkz. **DANILENKO**, ICC Statute and Third States, s.1885; Gennady M. DANILENKO, The Statute Of The International Criminal Court And Third States, 21 Mich. JIL 445 (1999-2000), s.469 **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.293 ve 295. GAETA ise bunu uluslararası yapılageliş kuralına istisna olarak değerlendirmektedir. Bkz **GAETA**, Official Capacity, s.995

¹¹⁹⁴ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.279. Yazar Divan'ın obiter dictumunun tüm uluslararası mahkemelerde uygulanabilir bir istisna olarak değil kişisel bağışıklığın öncelikle uygulanamaz olmadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini söylemektedir.

¹¹⁹⁵ United Nations Security Council Council Resolution 827 on Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, S.C. res. 827, U.N. Doc. S/RES/827 (1992). <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>

1994'te kurulan Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM)¹¹⁹⁶ bu mahkemelerin örneğini teşkil eder.¹¹⁹⁷ BM m.24/1'e¹¹⁹⁸ ve m.25'e¹¹⁹⁹ göre GÜK'ün aldığı kararlar BM üyesi devletler tarafından alınmış kabul edilmektedir ve bu devletleri bağlar. BM'ye taraf devletler, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ve korunması konusunda kendi adlarına hareket etme yetkisini GÜK'e devrederek Konsey'in alacağı kararlara da uymayı taahhüt etmişlerdir. Hal böyle olunca, GÜK'ün bu yetki çerçevesinde kurduğu mahkemelerin yargılama yetkisini de kabul etmiş bulunmaktadır. Böyle bir kararın bağlayıcı etkisi ise kararın BM Antlaşması'nın 7. Bölümü kapsamında alınmasını gerektirir.

GÜK'ün bir uluslararası mahkemenin yargılama yetkisinin tanınması konusunda karar alabileceği bir örneği UCM Statüsü'nün 13. Maddesindeki yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin hüküm akla getirmektedir. Madde 13/b'ye göre “(b) Bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü bir durumun Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına bildirilmesi” durumunda” da mahkemenin yargılama yetkisi doğmaktadır ve böylece GÜK kişisel bağışıklık sahibi bir kişinin sahip olduğu bağışıklığın Mahkeme'nin yargılama yetkisini kullanması önündeki engeli kaldırmaya da karar verebilir.¹²⁰⁰ Bu konudaki en yakın örnek, UCM'nin tarihinde ilk kez görevde bir devlet başkanı için harekete geçmiş olması şeklinde değerlendirilebilecek Sudan Devlet Başkanı Ömer El Beşir ile ilgilidir.

¹¹⁹⁶ United Nations Security Council Resolution 955 Establishing the International Tribunal for Rwanda (with Annexed Statute), S.C. res. 955, U.N. Doc. S/RES/955 (1994) <http://www.unictt.org/Portals/0/English%5CLegal%5CResolutions%5CEnglish%5C955e.pdf>

¹¹⁹⁷ EYUCM, GÜK üyelerinin oybirliği (15/0) ile kurulurken RUCM (Çin'in çekinse oyu ve Ruanda'nın muhalefetiyle 13/1) oy çokluğuyla kurulmuştur. Bkz. Barry E. CARTER, International Law Selected Documents, Aspen Publishers 2007-2008 Ed., s.978-979

¹¹⁹⁸ Madde 24: 1. Birleşmiş Milletler' in üyeleri, örgütün hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyi' ne bırakırlar ve bu sorumluluk gereğince görevlerini yerine getirirken Güvenlik Konseyi'nin kendi adlarına hareket ettiğini kabul ederler.

¹¹⁹⁹ Madde 25: Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi' nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır.

¹²⁰⁰ Örneğin Darfur'daki olaylarla ilgili olarak GÜK'ün aldığı 1593 sayılı karar ile olayın UCM'ye intikal ettirildiği bilinmektedir. Karar için bkz. UN Security Council Resolution 1593 (2005) S/RES/1593 (a2005), 31 Mart 2005 <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/283244/N0529273.pdf>

7.3.2. Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Bağışıklığı Dışlayan Hükümlerinin Devletler açısından Etkileri: Ömer El Beşir Olayı

Devletlerin işbirliğinin yokluğunda uluslararası ceza mahkemeleri işlerliğini kaybederek çalışamaz hale gelmektedir.¹²⁰¹ Devletlerin statüsüne taraf olmadıkları bir uluslararası mahkeme de bu sorunla yüzyüze kalır. Peki devletlerin yakalama ve teslim etme konusundaki işbirlikleri nasıl sağlanacaktır? Bu konuda statüye taraf devletler açısından sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük ortaya çıkmaktadır. Ancak bu halde dahi sözleşmeye taraf olmayan bir devletin görevlisinin, örneğin görevdeki bir devlet başkanının sözleşmeye taraf bir devletin ülkesinde bulunması ve mahkemenin de bu kişinin teslim edilmesine yönelik talimat vermesi durumunda ne olacaktır? Öncelikle EYUCM ve RUCM bağlamında düşünüldüğünde, bu Mahkemeler GÜK kararıyla kurulduğundan devletlerin 7. Bölüm çerçevesinde alınmış karara uygun davranma yükümlülüğü gündeme gelmektedir. BM Genel Sekreteri, EYUCM ile ilgili olarak, bir Dava Dairesi'nin şüphelileri Mahkeme'nin gözetimine göndermeleri veya transfer etmelerine ilişkin talimatının, BM Antlaşması'nın 7. Bölümü'ndeki bir zorlama tedbirinin uygulanması olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁰² Böylelikle BM 103. Madde¹²⁰³ gözönüne alındığında GÜK'ün alacağı karar kişisel bağışıklığa ilişkin yükümlülüğü bütün devletler açısından konu dışı bırakacaktır.¹²⁰⁴

¹²⁰¹ Antonio CASSESE, On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law, 9 EJIL 2 (1998), s.13; **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.280

¹²⁰² Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704 (3 May 1993), para. 126. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf Genel Sekreter, 7. Bölüm çerçevesinde mahkemelerin kurulmasına ilişkin alınan kararın tüm devletleri bağlayıcı nitelikte olduğu ve bu yasal dayanağın da mahkemenin vereceği yakalama ve teslim etme gibi talimatları bağlayıcı hale niteliğe getirdiğini söylemektedir. Bkz. ibid.para.125. Ayrıca bkz. Prosecutor v. Dragan Nikolic, Decision on Defence Motion Challenging The Exercise of Jurisdiction By The Tribunal, para.48 http://www.icty.org/x/cases/nikolic_dragan/tdec/en/10131553.htm

¹²⁰³ BM Antlaşması m.103: "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."

¹²⁰⁴ Annalisa CIAMPI, The Obligation to Cooperate, in A. Cassese, P. Gaeta, and J.R.W.D. Jones (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary V.2, Oxford University Press, 2002, s.1639

UCM açısından ise durum farklıdır. UCM Statüsü'nün 27. maddesi resmi sıfatın konu dışı kalmasına ilişkindir. Buna göre Statü'de öngörülen kurallar “*resmi sığata dayanan herhangi bir ayırım yapmadan, herkese eşit şekilde uygulanır. Özellikle devlet veya hükümet başkanı, bir hükümetin veya parlamentonun üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet görevlisi olarak resmi sıfat hiçbir şekilde bu Statü'ye göre cezai sorumluluktan muaf tutmaz veya kendisi cezanın indirilmesi için bir neden teşkil etmez.*” Maddenin 2. Fıkrasındaki hüküm de “[i]ster ulusal ister uluslararası hukuka göre bir kişinin resmi sıfatına ilişkin bağışıklıklar veya özel usul kuralları, Mahkeme'nin böyle bir kişi üzerinde yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil etmez.” Bu hükümle kişisel bağışıklığın UCM'de geçerli olmadığı açıkça belirtilmiştir. Mahkeme'nin, Statüsü'ne hali hazırda 122 devlet¹²⁰⁵ taraf olduğundan, hükümleri çok dikkatli biçimde yorumlaması gerektiğine dikkat çekilmektedir.¹²⁰⁶

Statü'ye taraf olmayan devletlerin de haklarının gözetilmesi önem arz etmektedir. Statü'nün 98. maddesinin bu amaca hizmet ettiği söylenebilir.¹²⁰⁷ AKANDE 27. maddenin uluslararası bağışıklıkların bir devlet görevlisinin UCM'de yargılanmasına engel teşkil etmeyeceğini söylerken m.98'in Mahkeme'yi devletlerin yabancı görevlilere bağışıklık sağlamak konusundaki uluslararası yükümlülüklerini ihlal edecek bir sonuç doğuracak şekilde hareket etmemeye yönlendirdiğini kaydetmektedir.¹²⁰⁸

¹²⁰⁵

Bkz.

http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx

¹²⁰⁶ Bkz. Van ALEBEEK, Immunity of States, s.278-279

¹²⁰⁷ m.98: “1. Mahkeme, teslim etme veya yardım etme talepleriyle ilgili işlemleri; talepte bulunulan devletin, üçüncü bir devlete ait bir mal veya üçüncü bir devlet vatandaşının diplomatik bağışıklığı konusunda, uluslararası hukuk uyarınca mevcut yükümlülüklerine aykırı hareket etmesini gerektiriyorsa ve Mahkeme, üçüncü devletten bağışıklığın kaldırılması konusunda işbirliği elde edememiş ise talebini sürdürmez.

2. Mahkeme, teslim etme talebiyle ilgili işlemleri; talepte bulunulan devletin, Mahkeme'ye kişiyi göndermesi gereken devletin rızasının arandığı bir konuda, uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerektiriyorsa ve Mahkeme, gönderen devletin kişiyi teslim etmeyi kabul etme konusunda işbirliğini elde etmemiş ise talebini sürdürmez.”

¹²⁰⁸ AKANDE, International Immunities, s. 420

Mahkeme gıyapta yargılama yetkisi kullanamadığı için¹²⁰⁹ 98. madde Mahkeme'nin etkili ve kesintisiz faaliyet göstermesine olanak sağlamaktadır.¹²¹⁰ Ancak burada öngörülen yetki taraf devletlerle sınırlıdır. Aksi düşünüldüğünde Statü'ye taraf olmayan devlet görevlilerinin bağımsızlıklarının ihlali suretiyle m.27/2'nin uluslararası hukuku ihlal edeceği söylenmektedir.¹²¹¹ 98. maddenin lafzında taraf olmayan devletler yerine üçüncü devletler ifadesinin kullanılması, talebin yöneltildiği devlet dışında kalan, Statü'ye taraf olan veya olmayan devletleri kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Her halde taraf olmayan veya Mahkeme'nin yargılama yetkisini *ad hoc* olarak¹²¹² kabul etmeyen bir devletin görevlisiyle ilgili kişisel bağımsızlıktan feragat etmesi yakalama müzekkeresinin ve transfer talebinin uygulanabilmesi için *sine qua non* bir durum teşkil etmektedir.¹²¹³

Statü'nün 86. Maddesi Mahkeme ile işbirliği konusunda genel bir yükümlülük veya bir yazarın deyimiyle görev¹²¹⁴ öngörmektedir.¹²¹⁵ Yine Statü'nün m.89/1¹²¹⁶ hükmünde yakalama ve teslim etmeyle ilgili yükümlülük zikredilmektedir. Burada anılan teslim etme yükümlülüğü, m.89/3-a'ya göre¹²¹⁷, transfer etmeyi de içermektedir.¹²¹⁸ Mahkeme'nin Statüsü bu konuda taraf devletlere kendi iç hukuklarında öyle bir suç olmadığı gerekçesiyle ilgili yükümlülüğü reddetme hakkı

¹²⁰⁹ Bert SWART, Arrest and Surrender, in A. Cassese, P. Gaeta, and J.R.W.D. Jones (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford University Press, 2002, s.1689; **GAETA**, Official Capacity, s.993

¹²¹⁰ **GAETA**, Official Capacity, s.991

¹²¹¹ **Van ALEBEEK**, Immunity of States, s.279

¹²¹² Statü'nün 13/3 hükmü, Statü'ye taraf olmayan devletlerin de belli bir olayla ilgili Mahkeme'nin yargılama yetkisini tanıyabileceğini öngörmektedir. Buna göre "[b]u Statüye taraf olmayan devletin 2. paragrafa göre kabulü aranıyorsa, o devlet Mahkeme Yazı İşleri Dairesi'ne sunacağı bir bildirme ile 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."

¹²¹³ **GAETA**, Official Capacity, s.993

¹²¹⁴ CIAMPI, The Obligation to Cooperate, s.1630.

¹²¹⁵ UCM Statüsü m.86: "Taraf Devletler bu Statüdeki hükümlere uygun olarak Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların soruşturulmasında ve yargılanmasında Mahkeme ile tam bir işbirliği yapacaktır."

¹²¹⁶ UCM Statüsü m.89/1: "Mahkeme, 91. maddede belirtilen şekilde talebini destekleyici materyal ile birlikte, bir kişinin yakalanması veya Mahkeme'ye teslim edilmesi için, o kişinin ülkesinde bulunabileceği herhangi bir Devlete bir talep iletebilir ve böyle bir kişiyi yakalaması ve teslim etmesi için o Devlete işbirliği talebinde bulunur. Bu bölümün hükümlerine ve kendi ulusal hukuklarındaki usule uygun olarak taraf devletler yakalama ve teslim etme taleplerine uyarlar."

¹²¹⁷ UCM statüsü m.89/3-a: "Bir Taraf Devlet, kendi ulusal usul kurallarına uygun olarak, başka bir Devlet tarafından Mahkeme'ye teslim edilmekte olan bir kişinin kendi ülkesi üzerinden nakledilmesine, bu naklin teslim etmeyi tehlikeye sokması veya geciktirmesi durumları hariç olmak üzere, izin verir."

¹²¹⁸ Bert SWART, Arrest and Surrender, s.1680

tanımamaktadır. Başka bir deyişle, taraf devletler Mahkeme'nin talebini iç hukuklarına dayanarak reddemezler.¹²¹⁹ Uluslararası hukuk suçlarında bireysel sorumluluk ulusal düzeyde suçun tanımlanmamış olmasından etkilenmemiştir.¹²²⁰

Statü'ye taraf olmayan devletler açısından ise her ne kadar Mahkeme ile işbirliğine yönelik bir davet sözkonusu olsa da, bu yönde bir yükümlülükten söz edilemez. Ancak bu hususta bir çözüm önerilmektedir. Buna göre Statü'ye taraf olmayan bir devlet ile taraf bir devlet arasında iadeye yönelik bir anlaşma varsa, taraf devlet anlaşma uyarınca o kişinin iadesini isteyebilir; sonra da kişiyi Mahkeme'ye sevk eder.¹²²¹ Fakat kişisel bağışıklık sahibi görevliler açısından anlaşmanın tarafı devletin uyruğu olsa bile, o devlet görevlisinin bağışıklığını kaldırmadıkça veya iade anlaşmasında bağışıklığın kaldırılması öngörülmedikçe, Statü'ye taraf bir devlet açısından uluslararası bağışıklıklara uygun davranma yükümlülüğü devam eder.¹²²² Çünkü karşılıklı iade anlaşmasının olması durumunda görevlinin uyrukluğunda bulunduğu devletin bağışıklıktan feragat etme hakkına sahip olduğu düşünüldüğünde, diğer devlet (Statü'ye taraf devlet) bağışıklığı yok sayarak görevliyi iade edememelidir. Bir başka deyişle, UCM tarafından hakkında yakalama emri çıkarılan bir devlet başkanı Statü'ye taraf olmayan olmayan bir devlete gittiğinde, o devletle aralarında iade anlaşması bulunan bir taraf devlet devleti başkanı için UCM'ye teslim etmek üzere aralarındaki anlaşmaya dayanarak iade talebinde bulursa dahi devlet başkanının kişisel bağışıklığı iadeye engel teşkil eder. Bir devlet, sahip olmadığı bir haktan feragat edemeyeceğinden ötürü, başka bir devletin başkanının uluslararası hukuktan kaynaklanan bağışıklığına saygı

¹²¹⁹ Ancak Mahkeme ile işbirliği konusunda Statü 3 istisna öngörmektedir. Bunlardan ilki olan m.93/3'e göre talebin yerine getirilmesinin, talepte bulunulan devlette genel uygulamanın mevcut temel bir hukuk kuralı uyarınca yasaklanması durumudur. Böyle bir durumda ilgili devlet Mahkeme'den sorunun çözümü için yardım ister. İkincisi m.93/4 uyarınca m.72'ye uygun olarak bir devletin ulusal güvenliğine ilişkin menfaatlerini ilgilendiren bir belgenin Mahkeme'ye iletilmesini reddetmesidir. Son olarak da m.93/1-k'da belirtilen (Üçüncü tarafların iyi niyetle kazanmış oldukları haklarına hanel getirmeksizin, kazancın, eşyanın, mal varlıklarının ve suç aletlerinin sonradan el konulabilmesi için tanımlanması, bulunması ve dondurulması) konulara ilişkin olmayan taleplerde o devletin hukuku tarafından yasaklanan bir konu söz konusu ise devlet talebi reddedebilir.

¹²²⁰ Bert SWART, Arrest and Surrender, s.1682

¹²²¹ İbid, s.1686

¹²²² **DANILENKO**, ICC Statute and Third States, s.1885. Yazar taraf bir devletin dışişleri bakanının ziyaret ettiği bir taraf devlette yakalanıp teslim edilebileceğini söylemektedir. Bu yaklaşımda iki taraf devletin de antlaşma ile bağışıklıklardan zımnî feragat ettikleri düşünüldüğünde varılan sonuç mantıklıdır.

göstermelidir. Burada şunu sormak lazım: acaba iç hukukunda evrensel yargılama yetkisini düzenlemiş bir devlet, aranan devlet başkanı ülkesine geldiğinde, yargılamayı yapmak konusunda isteksiz olduğunu veya yapmaya yeterli olmadığını öne sürerek onu UCM'ye teslim edebilir mi? Bu mümkün gözükmemektedir. Zira hukuka aykırı yakalamanın mahkemenin yargılama yetkisini engellemeyeceği daha önce yaşanmış bir örnektir. Zira EYUCM'nin *Prosecutor v. Nikolic* davasında¹²²³, Nikolic hukuka aykırı biçimde yakalanmıştır ancak bu Mahkeme'nin yargılamayı gerçekleştirmesine engel olmamıştır.¹²²⁴

Tekrar UCM bağlamında düşünüldüğünde GÜK'ün Statü'nün 13/b hükmü uyarınca bir konuyu UCM Savcısına yönlendirmesi durumunda kişisel bağışıklıklar da ortadan kalkacaktır. Diğer yandan taraf devletlerin yükümlülüklerini taraf olmayan devletlerin haklarını ihlal edecek biçimde uygulamaları gerekmektedir. UCM statüsü'nün 98/1. Maddesi bu konuda açık bir hüküm getirmektedir.¹²²⁵ AKANDE, Mahkeme'nin de 3. Devletlerle ilgili yükümlülüklerini korumakta olduğunu söylemektedir. Yazara göre Statü'ye taraf olmayan devletin görevlilerinin bağışıklıkları sadece taraf devletlerde değil, UCM'nin kendisinde de geçerlidir. Bu nedenle Mahkeme uluslararası hukuk tarafından bu bağışıklıkları ihlal ederek herhangi bir adım atmaktan alıkonulmaktadır.¹²²⁶ Bu nedenle Mahkeme bir uluslararası örgüt sıfatıyla uluslararası hukuka uygun davranarak taraf olmayan devletlerin kişisel bağışıklık kuralları çerçevesindeki haklarını yakalama ve teslim etme talebi göndermek suretiyle taraf devletler üzerinden ihlal etmemelidir.¹²²⁷ Örneğin UAD Belçika'nın yakalama müzekkesinin INTERPOL'e iletmesini değerlendirirken bununla ilgili, örneğin kırmızı bülten çıkartılmasını talep etmek gibi, daha ileri bir adımlanmamış olsa dahi müzekkerenin doğası ve amacı

¹²²³ *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, para 111-114. James SLOAN, *Prosecutor v. Dragan Nikolic: Decision on Defence Motion on Illegal Capture*. 16 LJIL 541 (2003). Dava kötü yakalanan iyi yargılanabilir mi? Sorusunu akla getirmektedir.

¹²²⁴ <http://opiniojuris.org/2009/03/18/wronging-rights-on-the-warrant-for-bashir/>

¹²²⁵ Tartışmalar için bkz. GAETA, *Official Capacity*, s.993

¹²²⁶ AKANDE, *International Immunities*, s.421

¹²²⁷ Van ALEBEEK, *Immunity of States*, s.282

bakımından dışişleri bakanının kişilse bağışıklığını ihlal eder nitelikte olduğunu söylemektedir. Bu yolla Demokratik Kongo'nun hakları ihlal edilmiştir.¹²²⁸

UCM'nin tarihinde ilk kez bir görevde bir devlet başkanı hakkında yargılama girişiminin başlangıcı, Sudan Devlet Başkanı Ömer El Belir hakkında yakalama müzekkeresi çıkarmasıyla gerçekleşmiştir. 4 Mart 2009'da Önsoruşturma Dairesi UCM'ye taraf olmadan bir devlet olan Sudan'ın devlet başkanı Ömer El Beşir hakkında yakalama müzekkeresi yayınlamaya karar vermiştir.¹²²⁹ Mahkeme, müzekkereyi yayınlamasının ardından m.87/7 uyarınca El Beşir'in ülkesinde bulunduğu ve taraf bir devlet olan Malavi Cumhuriyeti'nden işbirliği için talepte bulunmuştur. Malavi Statü'nün m. 98/1 hükmü uyarınca talebi reddetmiştir. Daire bunun üzerine olayı BM GÜK ile Taraf Devletler'in Kurulu'na havale etmeye karar vermiştir.¹²³⁰

UCD'nin Hazırlık Dairesi, 4 Mart 2009'da Sudan Devlet Başkanı Ömer El Beşir hakkında bir tutuklama emri çıkartmış¹²³¹ ve bu emrin uygulanması için devletlerden yardım talep etmiştir. bu talep başta Sudan Hükümeti olmak üzere UCD Statüsü'ne taraf devletler ile UCD Statüsü'ne taraf olmayan BM Güvenlik Konseyi üyesi devletleri kapsamaktadır. Bunun dışında Hazırlık Dairesi, söz konusu tutuklama emri için yardımı görülebilecek diğer tüm devletlere de emrin iletilmesini istemiştir. Ancak böyle bir talebi yerine getiren antlaşma tarafı olmayan bir devletin, uluslararası yapılageliş hukuku kuralları uyarınca, tam bir dokunulmazlık öngören kişisel bağışıklık kurallarına aykırı hareket edeceği gözönüne alınmalıdır. Zira görevdeki devlet başkanlarının yakalanması, gözaltına alınması, tutuklanması gibi güvenlik tedbirleri de dahil olmak üzere cezai yetkilerden bağışık oldukları, uzun süredir bilinen yerleşik bir kuraldır. Diğer yandan, UCD Statüsü'ne taraf bir devletin

¹²²⁸ *Arrest Warrant* [2002], para. 70-71. Ayrı görüşlerinde Yargıçlar Higgins, Kooijmans ve Buergenthal de kırmızı bülten henüz yayınlanmasa da, uluslararası bir yakalama müzekkeresi, buna yönelik bir istek ve yeterlilik konusunda tehdit oluşturmaktaydı. Bkz. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para 69. <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>

¹²²⁹ Para.42-43

¹²³⁰ Prosecutor v. Omar El Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir CC-02/05-01/09, para. 42-43 <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/Sudan/Bashir/PTCI/3.pdf>

¹²³¹ Para. 46. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>

bir yanda Statü'den kaynaklanan işbirliği yükümlüğü diğer yanda ise görevdeki devlet başkanının kişisel bağışıklığına uygun davranmak yoluyla Statü'ye taraf olmayan 3. Devletin haklarına saygı gösterme yükümlülüğü birbiriyle çatışmış olacaktır. Böyle bir durumda kanaatimizce uluslararası yapılageliş hukukuna aykırı davranan devlet, her ne kadar egemenlik yetkilerini kısıtlayarak bir uluslararası ceza mahkemesinin kurucu antlaşmasını imzalıyor ve işbirliği yükümlülüğü altına giriyor olsa da, Statü'ye taraf olmayan bir devletin üst düzey görevlisinin kişisel bağışıklığına ilişkin yapılageliş hukuku kuralına aykırılıktan doğan sorumluluğu, Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğü yoluyla bertaraf edilmiş olmayacaktır. Burada bir *lex posterior derogat priori* durumundan bahsetmek mümkün değildir zira bunun için aynı kuralın tüm taraflarca kabul edilmesi söz konusu olmalıdır. Oysa burada bahsettiğimiz durum, ilk ihtimalde Statü'ye taraf olmayan bir devletin uluslararası yapılageliş kurallarına uygun davranması ve UCM örneğindeki gibi bir uluslararası mahkemenin talebini yerine getirmemesi; ikincisinde ise Statü'ye taraf olan bir devletin taraf olmayan üçüncü bir devletin hakkına saygılı olması ve bunu ihlal edecek davranışlardan kaçınmasıdır. Aksi halde o devletin uluslararası sorumluluğunun doğacağı açıktır. Hemen belirtmek gerekir ki, aynı sözleşmeye taraf iki devletin, uluslararası bir yapılageliş kuralına aykırı bir sözleşmesel yükümlülük altına girmeleri durumunda, biraz önce uygulanmayacağını belirttiğimiz *lex posterior derogat priori* kuralı yürürlük kazanır ve taraflar, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri nedeniyle, üçüncü bir devletin hak ve yükümlülüklerini etkilememek koşuluyla, yapılageliş kuralını bertaraf edebilirler. Ancak bu da yalnızca sözleşmeye taraf olan devletler açısından sözleşme hükümleri yoluyla kurdukları ilişki için geçerli olmalıdır. Senegal'in Çad eski devlet başkanı Hissène Habré'yi yargılamak veya yargılanabileceği bir devlete (olayda Belçika'ya) göndermekten imtina etmesi nedeniyle *BM İşkence Sözleşmesi*'nden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiası, yukarıdaki durumu, tüm yönleriyle olmasa da, somut biçimde örneklendiren bir uyuşmazlığa neden olmuştur. UAD, önüne gelen bu davada Senegal'in yükümlülüklerini ihlal ettiğine ve gecikmeksizin harekete geçmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹²³²

¹²³² Karar için bkz. Questions Relating To The Obligation To Prosecute Or Extradite (Belçika v. Senegal) (Yargılama veya İade Etme Yükümlülüğüyle İlgili Sorular) 20 Temmuz 2012, ICJ Reports 144, <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf> özellikle bkz. para. 68-69. Karar, görevdeki

UCM'nin El Beşir hakkında tutuklama emri çıkarması olayına geri dönecek olursak, Statü'ye taraf olmayan bir devletten uluslararası yapılageliş hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğü olan kişisel bağışıklığa saygı kuralını ihlal etmesini beklemek veya emri uygulama yükümlülüğü öngörmek, kanaatimizce UCM'nin yetkisini aşarak hareket etmesi anlamına gelecektir. Yapılageliş kuralı, ısrarlı muhalefet etmeyen tüm devletlere uygulanırken bir antlaşma kuralı, istisnai durumlar haricinde, yalnızca tarafları bağlar. Dolayısıyla, antlaşmaya taraf olmayan bir devletten böylesi bir yardım talebi, bu talebe karşılık veren devletin sorumluluğunu ortaya çıkarır.¹²³³ Zaten Mahkeme'nin Statüsü'nün 98/1'de öngörülen hükmü de doğrudan bu konuya işaret etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin efektif biçimde çalışabilmesi için devletlerin bağışıklıkları kaldırmasını ve kendisiyle işbirliğine girişmelerini sağlamaktan başka çaresi yoktur.¹²³⁴

bir devlet başkanıyla ilgili olmasa da sözleşme yükümlülüklerinin ihlali açısından konuya örnek teşkil etmektedir.

¹²³³ Benzer bir yaklaşım ve detaylı bir inceleme için bkz. **Paola GAETA**, Does President Al Bashir Enjoy Immunity From Arrest?, 7 JICJ 315, s.327 vd.

¹²³⁴ Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. <http://www.ejiltalk.org/is-the-rift-between-africa-and-the-icc-deepening-heads-of-states-decide-not-to-cooperate-with-icc-on-the-bashir-case/>
<http://www.ejiltalk.org/is-sudanese-president-bashir-immune-from-arrest/>
<http://www.ejiltalk.org/would-the-addition-of-a-genocide-charge-to-the-bashir-arrest-warrant-change-the-position-on-immunity/>
<http://www.ejiltalk.org/who-is-obliged-to-arrest-bashir/>
<http://www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir%E2%80%99s-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/>

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

İki dünya savaşını izleyen dönem, birçok acı ve felaketi beraberinde getirdiği gibi, bu acıların sona erdirilmesi ve insan onuruna yakışır bir yaşam sürdürebilme düşüncesini temel alan insancıl ideolojinin ortaya çıkmasına da ortam hazırlamıştır. Bu dönemde devletlerin güç politikalarına karşı bireylerin haklarının korunması önem kazanmaya başlamıştır. Gelecek nesilleri savaştan ve savaşın yarattığı felaketlerden korumak düşüncesi, uluslararası ve sosyal adaletle ilgili diğer kaygılar ile bireylerin ve özgürlüklerinin korunmasının ön plana çıkarılması, İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan düzenin temelini oluşturmuştur. Bu ilerici zihniyetin bir parçası olarak uluslararası toplum ağır insan hakları ihlalleri niteliğindeki uluslararası suçlar için bireysel cezai sorumluluk tesis etmek ve her türlü bağışıklık iddiasını bertaraf etmek için çaba harcamaya başlamıştır.

BM'nin kurulması sonrasında yaşanan gelişmeler sonucu oluşan kuralların bazıları uluslararası kamu düzenini doğrudan etkileyen ve kendisinden sapmaya izin vermeyen (*jus cogens*) kurallar halini almıştır. Böylece *jus cogens* kuralların ihlal edilmesi devletin sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. Dahası, bu kuralları ihlal etmeme yükümlülüğü uluslararası toplumun bir bütün olarak, *erga omnes* sahip olduğu bir yükümlülüktür ve bu nedenle de tüm devletlerin onları korumak açısından yasal bir menfaatleri bulunmaktadır. Eğer belli eylemlerin gerçekleştirilmesi uluslararası hukuk suçu olarak nitelendiriliyorsa, bunları işleyen bireyler de yetkili uluslararası ve ulusal ceza mahkemelerinde yargılanabilirler. Kural böyle açıklanabilmekle birlikte, uluslararası suçların genelde devletin yetkisi altında işlenebilecek suçlar olduğu gözönüne alındığında, yargılamanın önünde bir engel ortaya çıkmaktadır: yargı bağışıklığı.

İnsanlığın yaşadığı ağır tecrübelerden, bunların tekrar yaşanmaması konusunda dersler alan ve bu doğrultuda tedbirler düşünen uluslararası toplum, ihlallerin uluslararası toplumun tüm üyelerine karşı gerçekleşmiş olacağını kabul etmiştir. Bunun üzerine, bu tür suçlar işleyenlerin bağışıklık zırhı arkasına saklanmamaları gerektiği yönünde adımlar atılmıştır. Bu yöndeki en gerçekçi çaba Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri'nin kurulması ve devletin karar mekanizmalarında aktif biçimde

rol oynayan görevlilerinin uluslararası toplum önünde hesap vermeleri konusunda gerçekleşmiştir. Daha sonra BM Güvenlik Konseyi, uluslararası barış ve güvenliğin korunması bağlamında, kimilerine göre yetkilerini genişletmek suretiyle, Ruanda ve Yugoslavya'daki ağır insan hakları ihlallerinin yargılanması için ceza mahkemeleri kurmuştur. Ayrıca BM ile uluslararası suçların işlendiği devletlerin aralarında yaptıkları anlaşmalarla da yarı-uluslararası olarak nitelendirilen ceza mahkemelerinin kurulduğuna da şahit olunmuştur. Ancak yaşanan gelişmeler hep belli yerlerde gerçekleşen olaylar için kurulan *ad hoc* mahkemelerle sınırlı kalmıştır. İnsan haklarının ağır ihlali olarak nitelenen suçların işlendiği her bölgede bir ceza mahkemesi açmanın soruna kalıcı bir çözüm getirmekten uzak olması, evrensel nitelikli bir ceza mahkemesinin bu boşluğu doldurabileceği fikrini doğurmuştur. Bu fikir, 1998 yılında UCM'nin kurucu antlaşması olan Roma Statüsü'nün kabul edilerek 2002 yılında da Mahkeme'nin fiilen göreve başlamasıyla sonuçlanmıştır. Evrensel düzeyde gerçekleşecek ceza adaleti ve insanlığı derinden sarsan uluslararası suçların işlenmesinin caydırıcı hale gelmesi beklentisiyle kurulan UCM, önemli yargılamalar yapmış olmakla birlikte ABD, Çin ve Rusya gibi başat güçlerin Statü'ye taraf olmamaları nedeniyle, kuruluşundaki beklentileri karşılamakta yetersiz kalmıştır. Zira UCM'nin yargı yetkisinin ancak devletlerin bu yetkiyi tanımaları veya Güvenlik Konseyi'nin olayı UCM'ye havale etmesi durumlarında doğması nedeniyle dünya üzerinde gerçekleşen ağır insan hakları ihlallerinin cezalandırılmasında evrensel bir uygulamaya geçilememiştir. Bu nedenle, ağır insan hakları ihlallerini yargılamaya elverişli bir alternatif, evrensel yargılama yetkisi çerçevesinde yerel mahkemeler olarak görülmeye başlanmıştır.

Bir devletin yerel mahkemesi, ağır insan hakları ihlali gerçekleştiren yabancı bir devlet görevlisini yargılayabilir mi? Acaba klasik uluslararası hukukun devleti ve görevlilerini koruyan yerleşik bağımsızlık kuralları uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukukunda yarım asrı aşkın süredir yaşanan gelişmelerden etkilenmiş midir? Başka bir ifadeyle, uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağımsızlığını etkilemiş midir?

Çalışmamızın temel sorusu budur. Sorunun cevabına geçmeden önce, çalışmamızda açıkladığımız konular ve tespitlerimize kısaca değinelim.

Çalışmamızın ilk bölümünde, temel kavramlar ve bunların benzer kavramlardan ayrılmasını açıkladık. Bağışıklığın devlet görevlisini hukukun alanından çıkararak değil yine hukukun içinde ancak kuralların sonuçlarına katlanma yükümlülüğünden kurtaran bir kurum olduğundan bahsettik. Bağışıklığın temellerine ilişkin bir tespit yapmaya çalışırken, uluslararası hukukta yerleşik üç temel bağışıklık türünden çıkarım yapabilmek için bunların temellerini inceledik. Devletin yargı bağışıklığı, diplomatik bağışıklık ve devlet başkanının bağışıklığı, sözünü ettiğimiz üç temel bağışıklık türünü oluşturmaktadır. Birçok uluslararası antlaşmada belirtildiği üzere devlet görevlilerinin sahip olduğu bağışıklığın günümüzde en temel açıklaması görevlinin işlevlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için bağışıklığın bir zorunluluk olduğudur. Bu işlevsel zorunluluğun yanında devletin yargı bağışıklığının temel dayanakları olarak egemen-eşitlik, bağımsızlık, içişlerine karışmama ve devletin onurunu da zikretmek mümkündür. Devlet görevlisi devletin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiğinden, yabancı bir devlette, eşit ve egemen bir devletin temsilcisinin bulunuyor olduğu mantığı, bir devletin yerel mahkemelerinin o kişiyi yargılamaktan kendilerini alıkoymalarının bir nedenidir.

Arrest Warrant davasında UAD, dışişleri bakanının kendi devleti adına gerçekleştirdiği işlevlerini etkili biçimde yerine getirebilmesi için bağışıklığa sahip olduğunu söylemiştir. Bir devlet görevlisi, dış ilişkilerde devletini temsilen bulunduğu bir ülkede, görevini rahatça yerine getirebilmek için bağışıklığa sahip olmak durumundadır. Çünkü devletin bir tüzel kişilik olarak bireyler vasıtasıyla hareket edebildiği göz önüne alındığında, görevlilerin devletin bir tezahürü olarak başka devletlerde buldukları ve dolayısıyla işlem ve eylemlerin kendi adlarına değil, devletleri adına yerine getirildiği bir gerçektir. Mutlak sorumsuzluk ve dokunulmazlık olarak anlaşılması gereken bu gerçek, günümüzün gelişen düzeninde karşılıklı ilişkilerin yürütülmesi ve temsilcilerin işlevlerini rahatça yerine getirebilmeleri açısından bağışıklıkların adeta bir zorunluluk olarak var olduğunu hatırlatmaktadır. Bağışıklıklar bireysel yarar sağlamak amacıyla hizmet etmek için

değil işlevlerin yerine getirilmesinin sürdürülmesi ve uluslararası ilişkilerin istikrarı için sağlanmıştır.

Bir devletin başka bir devletin görevlilerine bağışıklık uygulamasında bulunabilmesi için, öncelikle söz konusu oluşumun o devlet nazarında bir “devlet” olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda üç farklı durum ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki olan bir oluşumun egemen bir devlet sayılıp sayılmayacağını tespitinde yerel mahkeme, uluslararası hukuk verilerinden yararlanarak bağışıklık konusunda karar verecektir. Tam olarak bağımsız sayılmayacak bir devletin başkanı, diğer devletler tarafından uluslararası nezaket çerçevesinde bazı ayrıcalıklı muamelelere tabi tutulsa da, uluslararası hukuk açısından bağımsız bir devletin başkanı ile aynı statüde sayılmayacaktır. Bu nedenle böyle bir devletin başındaki kişi veya görevlisi, uluslararası hukuktan kaynaklanan bağışıklık ve dokunulmazlıklardan faydalanamayacağı için, yabancı bir devletin yerel mahkemelerinde ileri süreceği bağışıklık savı da geçerli sayılmayacaktır.

Devlet olmanın bağışıklığa etkisi konusundaki ikinci durum tanıma ile ilgilidir. Bir kişinin yabancı bir devletin yargı yetkisinden bağışık olduğu iddiasının geçerli sayılabilmesi için öncelikle söz konusu oluşumun bir devlet olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Tanınmayan devletlerin temsilcilerinin bağışıklığa sahip olmadıkları genel olarak kabul edilmektedir. Devletlerin tanıdıkları devlet ve hükümetlerin görevlilerine bağışıklık sağlamalarıyla tanıma kurumu gelişmiştir. Yeni bir devlet ortaya çıktığında diğer devletler bu devleti tanıyıp tanımayacakları konusunda bir karara varırlar. Hükümetlerin değişmesi açısından anayasal yollarla başa gelmiş hükümetler ve onların görevlilerinin ayrıca tanınmasının gerekmediği genel olarak kabul edilmektedir. Ülke üzerinde herhangi bir direnişe maruz kalmadan üstün bir kontrol elde etmiş hükümetlerin milletin egemenliğini kullandıkları ve milletini temsil ettikleri düşünülmektedir. Devletlerin tanıdıkları devlet ve hükümetlerin yetkililerine bağışıklık sağladıkları söylenmelidir.

Son olarak ortadan kalkan bir devletin görevlisinin durumu konusunda çok fazla devlet uygulaması bulunmadığı için genel olarak ortadan kalkan bir devletin

görevlisinin resmi işlemlerinin *ratione materiae* bağışıklık kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.

Devlet görevlilerinin bağışıklığı ikiye ayrılmaktadır: kişisel bağışıklık (*ratione personae*) ve işlevsel bağışıklık (*ratione materiae*). Tüm bağışıklıkların uluslararası hukukta devletin varlığından kaynaklanıyor olduğu bir gerçek olmasına rağmen, *ratione personae* ve *ratione materiae* bağışıklık kurallarını birbiriyle ilişkili fakat aynı zamanda bağımsız kurallar olarak düşünmek daha doğru olacaktır.

Kişisel bağışıklık (*ratione personae*), yalnızca görev süresiyle sınırlı olup, belli bir grup üst düzey devlet görevlisine bahşedilmiştir. Bu bağışıklık mutlak niteliği nedeniyle görevlinin ağır insan hakları ihlali gerçekleştirmesi durumunda bile yabancı bir devletin yargı yetkisine tabi kılınmamasını sağlar. Bu bağışıklık da kanaatimizce kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanlarına tanınmıştır ve *erga omnes* niteliklidir. Diğer grup kişisel bağışıklık sahibi kişiler diplomatik görevle yabancı devlette misyon üyesi olarak görev yapan diplomatik personel veya özel heyet mensupları ile uluslararası konferanslara katılmak üzere devleti temsile yetkili kişilerdir ve bu kişilerin kişisel bağışıklıkları, transit geçiş gibi istisnai durumlar dışında, yalnızca görevlendirildikleri devletlerde geçerlidir. Yabancı devletin cezai yargılama yetkisi bakımında kişisel bağışıklık, uluslararası suçlar söz konusu olduğunda dahi görevliyi, devleti bağışıklıktan feragat etmediği sürece, yargılamadan korur. Görev süresi sona erdiğinde bu bağışıklık da bir kalkan olmaktan çıkacaktır. Ancak bu kişiler görevleri sona erdiğinde, görev sırasında devlet adına gerçekleştirdikleri işlem ve eylemlerden dolayı işlevsel bağışıklık kapsamında yargılamadan bağışık olmaya devam ederler.

İşlevsel bağışıklık (*ratione materiae*), devlet adına hareket eden tüm devlet görevlilerinin, resmi sıfatla gerçekleştirdikleri eylemler açısından bağışıklığa sahip olmalarını içermektedir. Bu bağışıklık eyleme ve işleme odaklı olduğundan, görevlinin görev süresi dolduktan sonra dahi göreviyle ilgili devlet adına gerçekleştirdiği işlem ve eylemler açısından devam eder. Başka bir deyişle işlevsel

bağışıklık, görev süresinde ve görev sona erdikten sonra görev sırasında devlet adına gerçekleştirilen işlem ve eylemler için yürürlüğünü sürdürür. İşlevsel bağışıklık kuralı hem egemenlik tasarrufu niteliğindeki eylemler açısından bir devletin yabancı bir devletin mahkemesinde yargılanmasına engel olan devletin yargı bağışıklığı kuralından hem de belli devlet görevlilerine görevleri devam ettiği sürece kapsamlı bir bağışıklık sağlayan kişisel bağışıklıktan ayrı tutulmalıdır. Görevlinin gerçekleştirdiği işlem ve eylemler devlete atfedildiğinden, gerçekleştirilen eyleme uluslararası hukukta bireyler bağlamında doğrudan sorumluluk yüklenmediği müddetçe, görevlinin bu eylem ve işlemlerden dolayı şahsi sorumluluğu bulunmamaktadır. Burada gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin görevlinin kendi adına değil, devlet adına gerçekleştirilmiş olması esastır. İşlevsel bağışıklık görevlinin gerçekleştirdiği ultra vires işlem ve eylemlerde dahi öne sürülebilmektedir. Bu bağışıklık, devletin bağışıklıktan feragat etmediği müddetçe geçerliliğini korumaktadır.

Devletin yargı bağışıklığı, işlevsel bağışıklığın temelini oluşturan devletin eylemi kavramı ile karıştırılmamalıdır. Devletin eylemi, devletin sorumluluğu ile doğrudan bağlantılı bir kavram olup devlet görevlisinin temsil yetkisini aşarak hareket etmesi durumunda dahi devletin sorumluluğuna yol açar. Yabancı devlet görevlileri hakkındaki davalarda da uygulanabilen devletin yargı bağışıklığı, işlevsel bağışıklık kuralını takip eder. Ancak, prensip olarak devlet görevlileri aleyhindeki davalarda öncelikle devletin yargı bağışıklığı kuralı değil işlevsel bağışıklık kuralı uygulanmalıdır. Görevlinin gayrişahsi sorumluluğunu öngören devletin eyleminin bağışıklığı, aynı şekilde devlet için bağışıklık sağlamayabilir. Daha somut bir ifadeyle, devlet görevlisinin resmi sıfatla gerçekleştirdiği ancak egemenlik tasarrufu niteliğinde olmayan bir eylem, işlevsel bağışıklık kapsamında görevliyi yargılamadan korurken devlet açısından yargı bağışıklığı kapsamında değerlendirilmeyebilir.

Devlet görevlilerinin devletin bir uzvu gibi hareket ettiklerinde bireysel olarak sorumlu tutulmamaları esastır. Böyle bir durumda ancak devletin kendi sorumluluğu doğmaktadır. Aslen devletin eylemi olarak kabul edilen eylemler açısından var olan

gayrişahsi sorumluluk, otonom bir prensiptir. Devlet görevlisinin uluslararası hukuka göre devletin otoritesi kapsamında resmi yetkiyle hareket ettiği sürece yaptığı eylemler devletin bir uzvu veya temsilcisi olarak yapılmış kabul edilmektedir. Buradan bakıldığında görünürdeki (varsayılan) yetkinin gerçek yetki gibi işlem gördüğünü söylemek mümkündür. Buna yetki karinesi denir. Yani yabancı devlet görevlisinin yaptığı eylem, aksi ispatlanıncaya dek, devletin verdiği yetki kapsamında yapılmış kabul edilir. Görünürdeki yetki ile gerçekte var olan yetkinin örtüşmemesi durumunda yani yetki karinesi sona erdiğinde ise ulusal sistemde devletin görevlisine yönelen sorumluluk aynı şekilde yabancı devlet görevlisi için de ortaya çıkmaktadır.

Burada iki önemli nokta vardır. Bunlardan ilki, devlet görevlisinin başka bir devlette ihlale yol açması durumunda yetki karinesine baştan getirilen sınırdır. Bu sınır gönderen devletin yetkisinin kabul eden devletle yaptığı anlaşmaya göre değişkenlik göstermesinden kaynaklanır. Yani kabul eden devletin gönderen devlet ile görevlinin yetkisi konusunda anlaştığı sınırların dışında hareket edildiğinde, yetki karinesi de çürütülmüş olur. Böylece görevli alenen yetkisini aşmış olduğundan, normalde yetki varsayımına dayanarak uygulanan bağışıklık uygulanmaz. İkinci olarak devlet görevlilerinin ağır insan hakları ihlali niteliğindeki uluslararası suçlar işlemeleri durumunda da yetki karinesi geçerliliğini yitirir. Bunun nedeni, uluslararası hukuk tarafından bu tür ihlallerde doğrudan cezai sorumluluk öngörülmesi ve devletlerin de evrensel düzeyde bu sorumluluğu kabul etmiş olmalarıdır.

Ağır insan hakları ihlallerinin bağışıklık kurallarına etkisi konusunda ilk olarak işlevsel bağışıklığı ele aldık. Bu bağlamda jus cogens kurallar, devletin yargılama yetkisi ve bireysel cezai sorumluluk açısından değerlendirmelerde bulunduk. Bağışıklık kurallarının uluslararası suçlar açısından uygulanamayacağını ileri sürenlerin dayandığı meselelerden biri, uluslararası suçları içeren eylemlerin egemenlik tasarrufu olarak kabul edilemeyeceğidir. Bu görüş, ağır hukuk dışı eylemlerin uluslararası hukukun kendilerini devletlerin yapabilecekleri arasında göremeyeceği eylemler olarak tanımladığı önermesine dayanmaktadır. Fakat bu görüş ikna edici değildir ve kanaatimizce sorunlarla doludur. İlk olarak, bağışıklığın

ortaya çıktığı yargılama süreci sırasında henüz devletlerin hukuk dışı hareket ettiği saptanmamıştır. Gerçekten de devlete veya görevlisine yöneltilen suçlamalar asılsız çıkabilir. Devletin ağır biçimde hukuk dışı davranarak kendisini normalde uluslararası hukuk tarafından tanınan haklardan mahrum bırakıp bağımsızlığını açıkça kaldırmasını söylemek bu nedenle doğru olmayacaktır. Bu iddia özellikle ceza davalarında masumiyet karinesi açısından sıkıntıya yol açacaktır. İkincisi, bir eylemin egemenlik tasarrufu olması, o eylemin uluslararası hukuk tarafından izin verilen bir eylem olduğu ya da izin verilen eylemler kapsamında olduğu anlamına da gelmez. Başka bir deyişle, bir eylem egemenlik tasarrufu kapsamında gerçekleştirilse dahi, eylemin egemenlik tasarrufu olma niteliği uluslararası hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Aslında sınırlı bağımsızlık kuramının sonuçlarından biri de devletlerin özellikle resmi veya egemenlik tasarrufu nitelikli işlem ve eylemlerinde uluslararası hukukun söz söyleyeceği alanda yerel mahkemelerin harekete geçmesinin önlenmesidir. Diğer yandan, bu suçların genellikle resmi sıfatla ve devletin yetkisiyle işlendiği gözönüne alındığında, egemenlik işlemi olarak görülebilmesi mümkündür. ancak diğer egemenlik işlemlerinden farklı olarak bu tür eylemlerde bireysel sorumluluk söz konusu olmaktadır.

İşlevsel bağımsızlıkla ilgili bir diğer mesele, jus cogens kurallarla ilgili olarak devletlerin erga omnes bir yargılama yükümlülüklerinin olup olmadığının belirlenmesidir. Bazı uluslararası antlaşmaların uluslararası suç işleyenlerin kovuşturulması konusunda yükümlülük öngördükleri bilinmektedir. Örneğin Cenevre Sözleşmeleri'nin ve işkence yasağının ihlallerine ilişkin kurallar bu tür bir yükümlülük öngörmektedir. Ancak tüm uluslararası suçlara ilişkin durumlarda 3. Devletlerin kovuşturma konusunda –böyle bir hakları olsa bile- bilinen bir yükümlülükleri olmadığı söylenebilir. Bir jus cogens kuralın ihlal edilmesi üzerine böyle bir ihlal otomatik olarak uluslararası mahkemelere yargı yetkisi vermezken yabancı devletin yerel mahkemelerine, devletin yargı bağımsızlığını bir tarafa bırakarak kendiliğinden yetki vermesi garip olurdu. Dahası, devletlerin yargılama yükümlülüğünden bahseden az sayıdaki davalara bakarak böyle bir yükümlülüğün buyurucu veya jus cogens niteliği olduğunu ileri sürmek isabetli değildir. Dolayısıyla jus cogens kuralların ihlal edilmesinin doğrudan bir yargılama

yükümlülüğü öngördüğü ve bu yükümlülüğün de bağışıklığı ortadan kaldırdığını söylemek uygulanan uluslararası hukuk açısından mümkün gözükmemektedir.

Ağır insan hakları ihlali niteliğindeki uluslararası suçlar bakımından bireysel cezai sorumluluk kuralları devreye girdiğinde eylemin resmi sıfatla işlenmesinin bir önemi olmaksızın görevlinin şahsi sorumluluğu ortaya çıkar. Uluslararası hukukun uluslararası suçlarda bireylere doğrudan sorumluluk yüklemiş olmasından dolayı, yapılan eylemler devlet adına gerçekleştirilse dahi, görevlinin işlevsel bağışıklık öne sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır. Uluslararası suçlarda bireysel sorumluluğun kabul edilmesi, bireylerin devlet adına ve dolayısıyla da uluslararası hukuka göre devletin yetkisi çerçevesinde hareket ettiği kuralını safdışı bırakmaktadır. Uluslararası suçların resmi sıfatla ve hatta devlet politikası gereği işlendiği bir gerçektir. Ancak devletin egemenlik yetkilerini kullanırken böyle bir politika izlemesi, bunun uluslararası hukuka uygun olduğu anlamına gelmez. Bu açıdan da ulusal mahkemeler ile uluslararası mahkemelerin uygulamaları arasında bir fark yoktur. Başka bir deyişle, uluslararası suçlar açısından işlevsel bağışıklığın geçerli olmaması hem ulusal mahkemelerde hem de uluslararası mahkemelerde aynı şekilde uygulanması gereken bir kural olarak kabul edilmelidir.

Maddi hukuka ilişkin bir kural olan bireysel cezai sorumluluk kuralı, kişisel bağışıklık açısından geçerli değildir. Hatta kişisel bağışıklığın temel amacının, bu bağışıklığa sahip olan devlet görevlilerini bireysel cezai sorumluluk söz konusu olduğunda yabancı devletlerin cezai yargılamalarından korumak olduğu söylenmektedir. UCM Statüsü'nün 27/2'deki hüküm, doğrudan yerel mahkemelere yükümlülük öngören bir niteliğe sahip değildir fakat zaman içinde böyle bir kuralın gelişebilmesi olasıdır. Zira devletlerin bu yöndeki istençleri doğrultusunda ileride, kişisel bağışıklık sahibi kişilerin uluslararası suçlarda resmi sıfatlarının koruması olmadan yabancı yerel mahkemelerde yargılanabilmeleri mümkün olabilir. Ancak bu günümüzde, henüz gelişme aşamasında dahi olmayan bir meseledir.

Çalışmamızda bahsettiğimiz pek çok kararın yanında *Pinochet* ve *Arrest Warrant* kararlarını ayrı tutmak gerekir. Bu kararlar, ulus-ötesi adaletin gerçekleştirilebilmesi

olasılığının varlığını ve sınırlarını ortaya koymak bakımından insan hakları savunucularına yeni bir kıvılcım yaratmıştır. Her iki karar da devlet görevlilerinin uluslararası suçlarda bağışıklıklarının var olup olmadığına ilişkindir. *Pinochet* davasının temel sorunu, işlevsel bağışıklığın eski bir devlet başkanını işkence suçuna ilişkin bir ceza davasında yargılamadan koruyup korumayacağıydı. Üçüncü bölümde Pinochet (3) davasındaki yargıçların bireysel görüşlerinin hemen hepsinin bağışıklığın olmadığı sonucuna farklı gerekçelerle vardıklarını anlattık. Her ne kadar Lordlar Kamarası konuyu genel olarak işlevsel bağışıklık açısından bir değerlendirmeye tabi tutsa da Lordlar'ın özellikle 1984 BM İşkence Sözleşmesi hükümlerine dayandıkları gözlenmiştir. Bizce Pinochet'in doğrudan işlevsel bağışıklık kapsamında yargılanabilmesi mümkündür. Zira işkence, bireysel cezai sorumluluk gerektiren bir suç teşkil ettiğinden işlevsel bağışıklık geçerli sayılmamalıdır. Bu tür suçlar da yalnızca devletin sorumluluğunu gerektirir nitelikteki resmi eylemler olarak değerlendirilemez. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bireysel cezai sorumluluğun yanında devletin uluslararası sorumluluğu da onarım yükümlülüğü kapsamında ileri sürülebilir.

Arrest Warrant kararında ise Divan görevdeki bir dışişleri bakanı hakkında yayınlanan uluslararası yakalama emrinin kişisel bağışıklıkları ihlal edip etmediği sorusuyla karşı karşıya kalmıştır. Divan, kişisel bağışıklık kuralına bir istisna öngörülecekse bunun devlet uygulamaları ile desteklenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Divan'ın bu yaklaşımı haklı gözükmeyle birlikte, dışişleri bakanlarının kişisel bağışıklığını herhangi bir devlet uygulamasına dayandırmaması da ikircikli bir durum yaratmaktadır. Diğer yandan dışişleri bakanlarının en azından yabancı devletlerin cezai yargılamalarından bağışıklığının var olduğunu söylemek mümkün gözükmektedir.

Eski Şili Devlet Başkanı General Augusto Pinochet'in Birleşik Krallık'taki davasını takip eden süreçte hem akademik alanda hem de kamuoyundaki tartışmaların gittikçe yoğunlaşmış olmasının yanında Pinochet yargılamalarını izleyen birkaç yılda, yerel mahkemelerde görevi başında veya görevi sona ermiş pek çok üst düzey devlet görevlisi hakkında yargılama girişimi olduğu gözlenmiştir. Örneğin Demokratik

Kongo Cumhuriyeti'nin Devlet Başkanı L.-D. Kabila'nın Belçika ve Fransa'da; İsrail Başbakanı Ariel Sharon'un 2001-2003 yılları arasında Belçika'da; Libya Devlet Başkanı M. Al-Qadhafi'nin, Kongo Cumhuriyeti Devlet Başkanı D. Sassou Nguesso'nun ve Küba lideri Fidel Castro'nun 2000-2001 yılları arasında Fransa'da; Senegal Eski Devlet Başkanı Çad Devlet Başkanı H. Habré'nin 2001'de Senegal'de yargılanma girişimleri olmuştur. Bu girişimlerin artarak devam ettiğini çalışmamızda verdiğimiz örnekle ifade ettik. Bu da uluslararası hukukta devlet görevlilerinin bağımsızlıklarına ağır insan hakları ihlallerinin yargılanması konusunda bir değişikliğin öngörülmesine yönelik eğilimin göstergesi olarak kabul edilmelidir.

Günümüzde mevcut uluslararası antlaşmalar devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağımsızlığı konusunda farklı açılardan ve belli görevli gruplarını içeren düzenlemeler öngörmektedirler. Ne var ki bu antlaşmalar hep belli durumlarla ve belli devlet görevlileriyle ilgili düzenlemeler içermektedir. Evrensel düzeyde devlet görevlilerinin yabancı ceza yargılamasından bağımsızlığıyla ilgili kabul edilmiş bir uluslararası antlaşma ise mevcut değildir. Konuyla ilgili yapılageliş kurallarının var olduğu söylenebilmekle birlikte, bu kuralın sınırlarının tam olarak neler olduğu halen tartışmalıdır.

Çalışmamızın sorusuna vereceğimiz cevap nihayetinde, bağımsızlığın kapsamının yaşanan gelişmeler ışığında değişmesi ve yeniden değerlendirilmesi gerektiğidir. İşlevsel bağımsızlık açısından daha belirgin biçimde gerçekleşmiş olmasına rağmen, kişisel bağımsızlıkların mutlak niteliklerini koruduğu söylenmelidir. Devletin mutlak yargı bağımsızlığının zaman içinde sınırlı bağımsızlığa dönüşebilmesi için yaklaşık yarım asrı aşkın bir sürenin gerektiği gözönüne alındığında, "*Pinochet etkisi*"nin uluslararası hukukta yarattığı dalgalanmanın devlet görevlilerinin bağımsızlığına ilişkin kurallara daha belirgin biçimde yerleşmesi için halen daha zamana ihtiyaç duyulduğunu düşünmekteyiz.

Devletin yetkisi ve bağımsızlık meselelerine ilişkin kuralların belirlenmesinde yerel mahkemelerin tutumu, uluslararası hukukun neredeyse hiçbir alanındaki kuralların oluşumundaki kadar önem arz etmemektedir. Gerçekten de devletlerin bir konuda

yetkili olup olmamaları ve bağışıklık meseleleri, doğrudan yerel mahkemelerin tutumlarıyla şekillenmektedir. Bu da devletlerin içişlerine karışmama ilkesinin alanının giderek daraldığına yönelik eleştirileri beraberinde getirmektedir. Özellikle bağışıklık ile yetki konularındaki en çok tartışma bulan mesele, evrensel yargı yetkisinin devletlerin politikalarını gözeterek yabancı devlet görevlilerinin kovuşturulmasına alet edilmesi yoluyla gerçekleştirilecek suistimaldir. Yani her durumdan çıkar sağlama peşinde olan hükümetler ve bu çıkarlara alet olan savcılar tarafından açılan davalar eliyle, devletlerin politik uyuşmazlık yaşadıkları devlet başkanları veya üst düzey devlet görevlileri yargılamaya tabi tutulabilecektir. Bu, klasik sömürgecilik anlayışından, eski sömürge devletlerinin liderlerini yargılamak suretiyle iç işlerine müdahale yoluyla yeni bir sömürgecilik anlayışına geçiş olarak da yorumlanmaktadır. Arrest Warrant kararında da Belçika'nın, eski sömürgesi olan Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin bağımsız bir devlet olduğunu kabul edemediğine işaret edilmiştir.¹²³⁵ Bununla birlikte güçlü devletlerin kendi liderlerini diğer devletlerde yapılan kovuşturma girişimlerden korurken başka devletlerin liderlerini kovuşturabilmeleri mümkün olabilmektedir. Bu da eşitlerin eşit biçimde muamele görmesi ilkesine meydan okumak olacaktır. Yine barış gücü operasyonlarını yürüten kişiler haksız yargılamalara tabi tutulabilecek ve bu da barış gücü operasyonlarını caydırıcı hale getirebilecektir.

Burada son olarak şu soruyu sormak istiyoruz: hangisinin korunması daha üstün geliyor? İnsan haklarının mı yoksa devletin egemenliğinin mi? Bu soruya, iki farklı bakış açısı geliştirerek cevap bulmak mümkündür. Klasik egemenlik anlayışıyla devletçi bir yaklaşımla bakıldığında bağışıklığın “ağır insan hakları ihlalleri” gerekçesiyle yok sayılması, hem kişisel hem de işlevsel bağışıklık açısından devletlerin içişlerine müdahale olarak algılanabilir. Kişisel bağışıklık bakımından durum daha da sıkıntılı bir hal alabilmektedir. Bir devlet veya hükümet başkanının yabancı bir devlette yargılanması, devletin iç işlerine müdahale edilmesine neden olabilir. Yargıçlar Higgins, Kooijmans ve Buergenthal *Arrest Warrant* kararında kişisel bağışıklığa sahip olan devlet görevlilerinin bu bağışıklıklarının nedenini şu tespitle özetlemektedirler: “*Bu eğilim bir çıkarlar dengesini yansıtır. Bir tarafta*

¹²³⁵ Arrest Warrant [2002], Separate Opinion of Judge ad hoc Bula Bula, para.21 <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8142.pdf>

insanlık toplumunun, üyelerine karşı işlenen büyük suçların faillerinin cezasızlığını önlemek ve durdurmak konusundaki menfaatlerini buluyoruz; diğer tarafta devletler topluluğunun devletlerarası ilişkilerde haksız müdahaleler olmadan rahatça hareket edebilmelerine olanak sağlamak konusundaki menfaatleri bulunuyor. Bu nedenle uluslararası toplum tarafından her ikisi de değerli olan işlevler grubu arasında bir dengenin oturtulması gerekmektedir. Bu meseleleri yansıtan, neyin izin verilen yetki olarak ve neyin bağımsızlık hukuku olarak kabul edildiği sürekli evrim içindedir.”¹²³⁶

Devletler adaletin gerçekleştirilmesi için birleşip kuralları değiştirebilirler.

İşlevsel bağımsızlık açısından konuyu uluslararası suçları ikiye ayırarak değerlendirmek mümkündür. Bir yanda devlet görevlilerinin işlediği ve devletin sorumluluğu veya müdahilliği sorunundan tamamen ayrılarak değerlendirilebilecek olan uluslararası suçlar vardır. General Abdul Aziz hakkındaki işkence iddialarına ilişkin olan *Jones* davası buna örnektir. Diğerleri ise devlet görevlisi tarafından genel bir devlet politikası nedeniyle işlenebilecek suçları oluşturur. Bu açıdan bir yerel mahkemenin belli bir askeri müdahalenin, silahlı çatışmada belli silahların kullanımının veya belli savaş stratejilerinin yasallığını tespit etmesi gerekebilecek davalar düşünülebilir. Soykırım, saldırı suçu, savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar bunun açık örnekleridir. İşkence suçu bağlamında ise eğer bu suç bir hükümet politikası çerçevesinde işlendiyse, aynı durumdan bahsedebilmek mümkündür. bu şekilde işlenen suçlar “devlet terörü” olarak adlandırılabilir. Bu bağlamda işlenen suçlarda mahkemeler önlerine gelen olayın tartışmaya çok fazla yer bırakmayacak şekilde uluslararası toplumun fikir birliğine sahip olduğu konularda olayın esasına girmeyi tercih edebilirler.

Yerel mahkemelerin işlevsel bağımsızlığın uygulanamayacağı durumlarda da yetkisizlik kararı verebilmeleri de olasıdır. Özellikle mahkemenin yetkilerini aşabilecek nitelikteki önemli konularda mahkemeler davaya bakmayı reddedebilirler. Ancak bu özellikle Anglo-Amerikan Sistemi’nde benimsenen Act of State, Yargılamazlık doktrinleri ile bağımsızlık hukuku kurallarının her zaman kolay biçimde ayırt edilemeyebilir olmasından ileri gelmektedir. Devletlerin politikası ve

¹²³⁶ *Arrest Warrant [2002]*, Joint Separate Opinion Of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para.74

faaliyetlerinin uluslararası hukuka uygunluğunun tespiti gerektirebilecek nitelikteki konuların başka bir devletin yerel mahkemesinde yargılamaya konu olması, mahkemelerin adeta bir uluslararası mahkeme gibi hareket etmesini gerektirir. Böyle bir durumda, örneğin mahkemenin önüne gelen davada devlet görevlisinin işlevsel bağımsızlığa sahip olup olmadığını belirlemesinin yolunun davaya konu olan eylemin uluslararası hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinden geçmesi halinde, böyle bir tespiti yapacak makamın yerel mahkemeler olmadığından bahisle mahkemenin yetkisizlik kararı verebilmesi gerekmektedir. Çünkü yerel mahkemenin böylesi bir değerlendirme yetkisini kendisinde görmesi, bu yetkiye sahip uluslararası organların işlevlerini üstlenmek anlamına gelecektir.

Uluslararası toplumun (karşılıklı) hareketleri çoğunlukla hukuki standartlardan çok politik menfaatleri yansıtmaktadır. Ancak belli tartışmalı sorunlar zamanla daha az tartışmalı hale gelmektedirler ve olaylarla ilgili uluslararası toplumun hemfikir olduğu zamanla gözlenebilmektedir. Örneğin Güney Amerika'daki ülkelerin pek çoğundaki rejim değişikliği sonrası, 1970 ve 1980lerde askeri rejim tarafından yapılan insan hakları ihlalleri soruşturulmaya başlanmıştır. Bunun gibi Arjantin ve Şili'deki zulümler artık rahatlıkla kanıtlara dayanan olaylar olarak kabul edilmektedir. Ancak o zamanın şartları şimdikiyle kıyaslandığında, günümüzde uluslararası toplumun belli bir olayın ağır hukuka aykırılık teşkil ettiği konusunda hemfikir olmasının çok da uzun sürmeyecektir. Zira özellikle iletişim araçlarının gelişmesi ve devletlerin, birbirlerinin ülkesinde yaşananlardan daha hızlı biçimde haberdar olabilmesi, uluslararası toplumun da tepkisini hızlandırmıştır. Madalyonun diğer ucundaki yerel mahkemeler de varlığından çabuk haberdar olunabilecek böyle bir fikir birliğinin yokluğunda, belirsiz veriler ışığında kendisi gibi egemen eşit bir devletin eylemlerinin hukuka aykırılığını tespit etmekten kaçınmalıdır. Çünkü zaten yerel mahkemelerin önünde yabancı devlette gerçekleşen ihlallere ilişkin verilere ve delillere ulaşmak konusunda bir engel vardır. Bunun üstüne bir de üzerinde fikir birliğinin bulunmadığı devlet terörü kaynaklı uluslararası suçların niteliğini tespit etmek, ulusal bir mahkemenin yetkisini aşar.

Diğer yandan, uluslararası toplumun hemfikir olduğu devlet terörü kapsamındaki uluslararası suçlarda mahkemeler yargılamaya devam edebilirler. Üstelik böyle yaparak mahkeme, yabancı devletin henüz hukuki niteliği belli olmamış bir olayıyla ilgili müdahalede bulunmamış olacaktır. Bunun uluslararası ilişkilerin istikrarlı kalması gibi pratik sonuçları da gözönüne alınabilir.

Son olarak devlet terörü karşısında bireyin korunması gerektiği yönünde bir yaklaşımı savunduğumuzu söylemeliyiz. Bu açıdan bakıldığında, koruma altında bulunan üst düzey devlet görevlilerinin, gerçekleşmesine ortak oldukları zulümlerin hesabını vermeleri ve sığınacak bir “bağışıklık limanı”nın kalmaması, insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürebilmenin en önemli yoludur. Ancak bunu yaparken, güçsüz devletleri, başat devletlerin maşası olmaktan koruyacak bir uygulamanın şart olduğuna inanıyoruz. Bu açıdan oluşturulması gereken hassas denge, en azından şimdilik, kişisel bağışıklık sahiplerinin mutlak bağışıklıklarının korunması ve gerekli tedbirlerin alınmasının BM gibi uluslararası kurumlara bırakılması şeklinde kurulabilir. Uluslararası toplumun huzuru ve adaletinin temini açısından bu dengenin gözetilmesi elzemdir.

KAYNAKÇA

ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

DAİMİ ULUSLARARASI ADALET DİVANI

Lotus Case, PCIJ, Series A, No. 10, 1927

ULUSLARARASI ADALET DİVANI

Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)
(Fransa'daki bazı ceza soruşturmaları)

(Application instituting proceedings and Request for the indication of a Provisional Measure, 11 Nisan 2003, <http://www.icj-cij.org/docket/files/129/7067.pdf>)

Order of 16 November 2010, I.C.J. Reports 2010, s.635 <http://www.icj-cij.org/docket/files/129/16266.pdf>

Certain Questions Of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France) (Cezai Meselelerde Karşılıklı Yardımlaşmaya İlişkin Bazı Sorular) (**kısaca Mutual Assistance in Criminal Matters [2008]**)

Judgment, I.C.J. Reports 2008, s. 177. <http://www.icj-cij.org/docket/files/136/14550.pdf>

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democrutic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, s. 3 (11 Nisan 2000 tarihli Yakalama Müzekkeresi Davası) (**kısaca Arrest Warrant [2002]**) <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=cobe&case=121&k=36&p3=0>

Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8144.pdf>)

Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>

Separate Opinion of Judge ad hoc Bula Bula, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8142.pdf>

Austro-German Customs Union, PCIJ, Series A/B, No. 41, 1931 http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_41/01_Regime_douanier_Avis_consultatif.pdf

Lotus Case, PCIJ, Series A, No. 10, 1927 http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (kısaca Lotus-Bozkurt)

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgement, ICJ Reports 2001, s. 466 <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2004, s. 12 www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening), (Devletin Yargısal Bağımsızlıkları (Almanya v. Belçika; Yunanistan müdahil), (kısaca **Jurisdictional Immunities [2012]**) ICJ Reports, Judgment of 3 February 2012

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgement, ICJ Reports 1974, s. 253 www.icj-cij.org/docket/files/58/6093.pdf

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002)(Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2006, s.6. <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>

Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, (İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü'nün Yasal Süreçten Bağımsızlığına İlişkin Fikir Ayrılığı), Advisory Opinion, ICJ Reports 1999, s. 62 <http://www.icj-cij.org/docket/files/100/7619.pdf>

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, s. 3 <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (Kısaca **Barcelona Traction [1970]**)

Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia And Herzegovina v. Yugoslavia)

Preliminary Objections Judgment 11 Temmuz 1996, s. 622 (Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması Davası) (Kısaca **Genocide [1996]**)

Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea intervening) Judgment, ICJ Reports 2002, s. 303. (Kamerun ve Nijerya arasındaki Kara ve Deniz Sınırına İlişkin Dava(Kamerun-Nijerya: Ekvatorial Gine (Müdahil))

Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway) (Doğu Grönland'ın Hukuku Statüsü), Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53

Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali) [1986] ICJ Rep 554

Questions Relating To The Obligation To Prosecute Or Extradite (Belçika v. Senegal) (Yargılama veya İade Etme Yükümlülüğüyle İlgili Sorular)

Provisional Measures, 2009, ICJ Press Release 2009/13, 19 Şubat 2009.
<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15054.pdf>

Judgement, 20 Temmuz 2012, ICJ Reports 144, <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case (ABD'nin Tahran'daki Diplomatik ve Konsüler Personeli Davası, ABD – İran)

Judgement, ICJ Reports, s.3 (1980) (United States Diplomatic and Consular Staff [1980])

Request For The Indication Of Provisional Measures, ICJ Reports s.7 (1979)

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/icc02050109>

ESKİ YUGOSLAVYA İÇİN ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Prosecutor- Blaškić, IT-95-14-AR108 bis (1997), (Judgement on the Request of the Republic of Croatia For Review Of The Decision Of Trial Chamber II of 18 July 1997), 29 October 1997, <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html#52> (Kısaca *Prosecutor-Blaškić* (1997))

The Prosecutor of the Tribunal v Slobodan Milosevic, et. al., IT-99-37 (ICTY 1999)

Prosecutor v Slobodan Milosevic Decision on Preliminary Motions, IT-99-37-PT (ICTY, 2001)

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgement), IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22 Şubat 2001, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

Prosecutor v. Jelisić, Case No. IT-95-10-A, Judgement, para. 48 (5 Temmuz 2001) http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp10-e/jelisić.htm

Prosecutor v. Anto Furundžija, IT-95-17/1-T, ICTY Trial Chamber II, Judgment of 10 Dec. 1998, para. 155 – 156 <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> (Kısaca *Prosecutor v. Furundžija*)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Al-Adsani v. United Kingdom, Application No. 35763/97, Judgment, 21 November 2001

Association SOS Attentats and de Boëry v. France (application no. 76642/01), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1829241-1919230>

ULUSAL MAHKEME KARARLARI

ALMANYA

Church of Scientology Case, 65 ILR 193 (1973)

Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic), Case No. 2 BvR 1516/96 (1997), 101 ILR, vol. 115

Greek Citizens v. Federal Republic of Germany (The Distomo Massacre Case), 42 ILM 1030 (2003) (Germany: Sup. Ct, 2003)

Re Honecker, Case No 2 ARs 252/84, 33 BGHSt 97, Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court (Second Criminal Chamber), 14 December 1984, 80 ILR 365.

Staschynskij Fall, BGH · Urteil vom 19. Oktober 1962 Az. 9 StE 4/62

Yugoslav Consul Immunity Case 73 ILR 689 (Germany, Supreme Provincial Court of Bavaria, 1973)

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Alicog v. Kingdom of Saudi Arabia, 860 F.Supp. 379 (S.D. Tex. 1994).

Arcaya v. Paez, 145 F.Supp. 464 (D.C.N.Y. 1956)

Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 US 398 (1964)

Belhas v Ya'alon, Appeal Judgment, 515 F 3d 1279 (DC Cir 2008); ILDC 674 (US 2006)

Bergman v. De Sieyes, 170 F.2d 360 (1948)

Carbone v. Carbone 206 N.Y. Supp. 40 (Sup. Ct. 1924)

Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik, Hawaii Cir.Ct.1963 (unreported) 58 AJIL 165(1964)

Chuidian v. Phillipine National Bank, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990)

Commonwealth v Jerez 457 NE2d 1105 (US, 1983)

Devi v. Rajapaksa, No. 11 Civ. 6634, 2012 WL 3866495 (S.D.N.Y. Sept. 4, 2012)

Doe v. Karadzic, 866 F.Supp. 734 (S.D.N.Y.,1994)

Doe v. Liu Qi, 349 F. Supp. 2d 1258 (ND Cal. 2004).

Enahoro v. Abubakar, 408 F.3d 877

Fatemi v. United States, 192 A.2d 525, (D.C. 1963)

First American Corp. v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nahyan, 948 F.Supp. 1107(D.D.C. 1996)

Hilao v Marcos (In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation), 25 F 3d 1467 (US, Ct of Apps (9th Cir), 1994).

Hilao v. Estate Marcos, 103 F.3d 789 (1996)

Hilao v. Marcos (In re Estate of Ferdinand E. Marcos, Human Rights Litigation), 25 F.3d 1467, 1472-74 (9th Cir.1994)

Hilao v. Marcos, 878 F.2d 1438 (1989)

Horn v. Mitchell, 223 Fed. 549 (1915)

In re Doe, 860 F.2d 40 (2d Cir. 1988)

In re Estate of Marcos Human Rights Litigation 910 F.Supp. 1460 (1995)

In re Wilson , 94 B.R. 886 (Bankr. E.D. Va. 1989)

International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organisation of Petroleum Exporting Countries, 649 F.2d 1354 (1981)

Johnson v. Major-General Howard M. Turner et al., ILR 21 (1954)

Kadic v. Karadzic, 70 F. 3d 232 (2nd Cir. 1995)

Kilroy v. Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others ,United States District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, 7 December 1978, 81 ILR 605

Kline v. Kaneko, 685 F.Supp. 386 S.D.N.Y.,1988

Klinghoffer v. S.N.C. Achille Lauro, 937 F.2d 44 (1991)

Lafontant v Aristide, 844 F. Supp. 128 (E.D.N.Y. 1994)

Leutwyler v. Office of Her Majesty Queen Rania al-Abdullah, 184 F.Supp.2d 277(S.D.N.Y.2001)

Lyders v. United States United States Steel Corporation et al., F2nd 308 (1929)

Matar v. Dichter, 563 F.3d 9 (2nd Cir. 2009)

Oetjen v. Central Leather Co, 246 US 297 (1918)

Paul v. Avril, 812 F.Supp. 207 (S.D.Fla.1993)

Persinger v. Islamic Republic of Iran, 90 ILR 486 (DC Cir. 1996)

Prefecture of Voiotia v. Germany, ILDC 287 (GR 2000), F2

Princz v. Federal Republic of Germany, 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994)

Republic of the Philippines v. Marcos, 862 F.2d 1355 (1988)

Rhanime v. Solomon, No. 01-1479 (D.C.D. 15.12.2002)

Ricaud v. American Metal Company Limited, 246 US 304 (1918)

Saltany v. Reagan, 702 F.Supp. 319 (1988)

Samantar v. Yousuf, 130 S.Ct. 2278 (2010) (*Kısaca Samantar v. Yousuf* [2010])

Samantar v. Yousuf, 552 F.3d 371 (4th Cir. 2009) (*Samantar v. Yousuf* [2009])

Samantar v. Yousuf, 699 F.3d 763 (2012) (*Samantar v. Yousuf* [2012])

Sampson v. Federal Republic of Germany, 975 F Supp 1108 (ND Ill., 1997)

Sarei v. Rio Tinto, PLC, 487 F.3d 1193 (9th Cir.2007)

Siderman de Blake v. Republic of Argentina, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992)

Sison v. Marcos, 878 F.2d 1439 (1989)*Trajano v. Marcos*, 878 F.2d 1439 (1989);
Ortigas v. Marcos, 878 F.2d 1439 (1989) *Clemente v. Marcos*, 878 F.2d 1439 (1989)

Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 101 F 3d 239 (CA, 2nd Cir., 1996)

Spacil v. Crowe, 489 F.2d 614 (5th Cir. 1974)

State of Indiana v. Ström (No. 45G03-8801-CF-00010, slip op. at 11 (Ind. Super. Ct., Crim. Div. September 30, 1988)

Syrnia v. Lopez, ILR 18 (1951) case no. 55

Tachiona v. Mugabe, 169 F.Supp.2d 259 (S.D.N.Y. 2001)

Tawfik v. al-Sabah, No. 11 Civ. 6455(ALC)(JCF), 2012 WL 3542209(S .DN.Y. Aug. 16, 2012)

The People v. McLeod, 1 Hill (N. Y.) 375

The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 US (7 Cranch) 116 (1812) (Kısaca The Schooner Exchange v. McFaddon)

Trajano v. Marcos (In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation), 978 F.2d 493, (9th Cir.1992)

Underhill v. Hernandez, 168 US 250 (1897)

Ungar and ors v Palestine Liberation Organization and Palestinian Authority, Appeal judgment, 402 F3d 274 (1st Cir 2005)

United States v. Noriega, 746 F. Supp. 1506 (S.D. Fla. 1990)

Verlinden BV v. Central Bank of Nigeria, 461 US 480, 486 (1983)

Walthier v. Thompson, 189 F.Supp 319, (1960)

Xuncax and Others v. Gramajo ve Ortiz v. Gramajo, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995), 104 ILR 165.

AVUSTRALYA

W. v. Prince of Liechtenstein, Supreme Court, Judgment of 14 February 2001, 7 Ob 316/00x

AVUSTURYA

Prince of X Road Accident Case (1964), 65 ILR 13

BELÇİKA

H.S.A., et al. v. S.A., et al. (Decision Related To The Indictment Of Ariel Sharon, Amos Yaron And Others) 42 ILM 596 (2003)

Kentucky v. Graham, 473 U.S. 159 (1985)

Le Gouvernement Ottoman c. La société Sclessin et Deppe el Roef, Pasicrisie Belge, 1877-3- 28

Mobutu v. SA Cotoni, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (JLMB) 1989, p. 169, (in) 91 ILR 259

BİRLEŞİK KRALLIK

Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court) (Decision of District Judge Pratt, Bow Street Magistrates Court, England, Feb. 2004)], para. 15 http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/Application-for-Arrest-Warrant-Against-General-Shaul-Mofaz.pdf

Aziz v. Aziz [2007] WL 1942840 Court of Appeal (Civil Division)

Buttes Gas and Oil and Company v. Hammer, [1982] AC 888

De Haber 8. The Queen Of Portugal 17 Q. B. 195 (1851-1852)

Duke of Brunswick v King of Hanover, 9 E.R. 993 (1848)

Egypt v. Gamal-Eldin [1996] 2 All ER 237

Egypt v. Gamal-Eldin [1996] 2 All ER 237 (England: Employment Appeals Tribunal)

Ghosh v. D'Rozario, [1962] 2 All E.R. 640

Holland v. Lampen Wolfe 1 WLR 1573 [2000] (HL)

J H Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry, [1990] 2 AC 418

Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia), 14 Haziran 2006, [2006] UKHL 26.(Jones v. Saudi Arabia)

Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court and Others. High Court, [2011] EWHC 2029 (Admin)

Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company and Others, [2002] 2 A.C. 883

Litterell v. USA (No. 2), [1995] 1 W.L.R. 82

Luther v. Sagor & Co, [1921] 3 KB 532

Mellenger v New Brunswick Development Corporation [1971] 1 WLR 604

Mighell v. Sultan of Johore, [1894] 1 Q.B. 149 (Eng. C.A.)

Owners of Cargo Lately Laden on Board the Playa Larga v Owners of the I Congreso del Partido, [1983] 1 A.C. 244

Owners of Cargo Lately Laden on Board the Playa Larga v Owners of the I Congreso del Partido, [1983] 1 A.C. 24

Princess Paley Olga v. Weisz, [1929] 1 KB 718

R (on the application of Alamiyeseigha) v Crown Prosecution Service, (2005) All ER (D) 348; ILDC 93 (UK 2005)

R (on the application of HRH Sultan of Pahang) v Secretary of State for the Home Department, Appeal judgment, [2011] EWCA Civ 616; ILDC 1806 (UK 2011)

R (on the application of HRH Sultan of Pahang) v Secretary of State for the Home Department, [2010] EWHC 2024

Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad, [1957] A.C. 379

Re Bo Xilai, 128 ILR 713

Re P (No 2) 114 ILR 485 (UK, High Court, Family Division; CA, Civil Division, 1998)

Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 1) [1998] 1 AC 61 (Kisaca *Pinochet (1)* [1998])

Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 2) [1999] 1 AC 119 (Kisaca *Pinochet (2)* [1999])

Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, Ex parte Pinochet (No.3) [2000] 1 AC 147 (Kisaca *Pinochet (3)* [2000])

Sengupta v India [1983] I.C.R. 221

The Charkieh (6200.), [1872-75] L.R. 4 A. & E. 59

Yukos Capital Sarl v OJSC Rosneft Oil Co, [2012] EWCA Civ 855

Zoernsch v. Waldock [1964] 1 W.L.R. 675

FILIPINLER

Chavez v Sandiganbayan 193 SCRA 282 (1991) (Philippines, S Ct, 1991).

Sanders v Veridiano 162 SCRA 88 (1988) (Philippines, S Ct, 1988)

United States of America v. Reyes, G.R. No. 79253 (Philippines S Ct, 1993)

Wylie v Rarang, 3. Div. G.R. No. 74135 (1992) (Philippines S Ct, 1992)

FRANSA

Boyer v. Aldrète, 23 ILR 445 (France, Tribunal Civil de Marseille, 1956)

Gaddafi case, France, Court of Cassation 125 ILR 509 (13 Mart 2001)

Princess Zizianoff v Kahn and Bigelow, 23 AJIL 172 (1929)

SOS Attentat ans Castenau d'Esnaul v. Qaddafi, Head of State Libya, France Court of Cassation Criminal Chamber, 13 Mart 2001, No. 1414, 120 ILR 490 (2001) (Qaddafi, Court of Appeal of Paris)

SOS Attentat ans Castenau d'Esnaul v. Qaddafi, Head of State Libya, France, Court of Cassation, Criminal Chamber, 13 March 2001, 125 ILR 508 (Qaddafi, Court of Cassation)

SOS Attentat ans Castenau d'Esnaul v. Qaddafi, Head of State Libya, France Court of Cassation Criminal Chamber, 13 Mart 2001, No. 1414, 120 ILR 490 (2001).

Spanish Government v. Lambege and Pujot, 22.01.1849, Sirey I 81 (1830)

HOLLANDA

Church of Scientology in the Netherlands Foundation and Others v. (1) Herold and (2) Bauer Verlag, 65 ILR 380

Decision of the Court of Appeal of Amsteram in the Case of Desi Bouterse, 20 November 2000, 3 YIHL 677 (2000).

In re Ahlbrecht, 11 Apr. 1949, [1949] Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 397 (Netherlands: Special Court of Cassation)

Van Anraat case, LJN: AX6406, District Court of The Hague, 23 December 2005, no. 09/751003-04

ITALYA

Court of Cassation (Criminal I), Arafat e Salah, Judgement of 28.06.1985 (No. 1981), *Rivista di diritto internazionale*, V. LXIX s.884-889

Ferrini v. Repubblica Federale di Germania, 87 RDI (2004) 539 (Italy: Cassazione),
Appeal decision, no 5044/4; ILDC 19 (IT 2004)

Germany v Giovanni Mantelli and ors, Case No 14201/2008; ILDC 1037 (IT 2008)

Germany v Giovanni Mantelli and ors, Case No 14201/2008; ILDC 1037 (IT 2008)

Italy v D M (Djukanovic), Final appeal on preliminary question, Court of Cassation,
no 49666, ILDC 74 (IT 2004) 28.12.2004

Lozano v Italy, Appeal Judgment, Case No 31171/2008; ILDC 1085 (IT 2008)

Società Arethusa Film v. Reist, 22 ILR 544 (Italy, Tribunal of Rome, 1953)

ÍSpanya

Guatemala Genocide Case. Judgment No. STC 237/2005.
<<http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2005/STC2005-237.htm>>

ÍSraïl

Attorney-General of Israel v. Adolf Eichmann (1962) (Israel, Supreme Court), 36
ILR 277 (*Eichmann*)

Palestinian National Authority and ors v Dayan and ors, Appeal decision, PLA
4060/03; ILDC 784 (IL 2007)

ÍSviçre

Adamov v Federal Office of Justice, Appeal judgment, No 1A 288/2005; ILDC 339
(CH 2005)

Marcos and Marcos v Federal Department of Police 1, (1989) 102 I.L.R. 198

KANADA

Jaffe v Miller and Others 95 ILR 446, (1993)

United States v. Public Service Alliance of Canada, 32 ILM 1 (1993)

POLONYA

S v. British Treasury, 24 ILR 223 (1948)

In re Buhler, 10 July 1948 [1948] Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 680 (Poland: Supreme National Tribunal).

YUNANİSTAN

Federal Republic of Germany v. Miltiadis Margellos, Case 6/17-9-2002 (Greece: Special Supreme Court, 2002), 1 AED 11–19, 3 March 2003; ILDC 87 (GR 2002)

Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, [1997] Revue Hellénique De Droit International 595 (Greece: Court of First Instance Leivadia, 1997)

Prefecture of Voiotia v. Germany, Case no. 11/2000 (Greece: Supreme Court, 2000), ILDC 287 (GR 2000)

YENİ ZELANDA

L v The Crown 68 ILR 175 (New Zealand, S Ct, Auckland, 1977).

ULUSLARARASI ÖRGÜT KARARLARI

BM GÜVENLİK KONSEYİ KARARLARI

UNSC Resolution Protection of civilians in armed conflict UN Doc. S/RES/1674 (2006), (28.04.2006), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/331/99/PDF/N0633199.pdf?OpenElement>

UNSC Resolution on Protection of civilians in armed conflict UN Doc. S/RES/1894 (2009), (11.11.2009), <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/POC%20SRES1894.pdf>

BM GENEL SEKRETERLİĞİ RAPORLARI

United Nations Secretary-General, Ruling on the Rainbow Warrior Affair between France and New Zealand (1986), http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_xix/199-221.pdf

Report of the Secretary-General, The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction, UN Doc. A/65/181 (29.07.2010)

BM ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU

Concepción Escobar HERNÁNDEZ (Special Reporter), Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/654 (2012) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/357/18/PDF/N1235718.pdf?OpenElement>

(Kısaca HERNÁNDEZ, Preliminary Report)

Concepción Escobar HERNÁNDEZ, Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/661 (2013) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/280/89/PDF/N1328089.pdf?OpenElement> (Kısaca HERNÁNDEZ, Second Report)

Draft Articles on Consular Relations, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1961, V. II, s.92

International Law Commission, Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Memorandum by the Secretariat, 31 March 2008, A/CN.4/596, (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd597d.html>) (Kısaca Memorandum by the Secretariat, Immunity of State Officials (2008))

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

Nürnberg Mahkemesi Sözleşmesi'nde ve Mahkemenin Yargılamasında Tanınan Uluslararası Hukukun İlkeleri (Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal) Yearbook of

the International Law Commission, 1950, V.II, para. 97
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf

Roman Anatolevich KOLODKIN (Special Reporter), Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/601 (2008) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/357/15/PDF/N0835715.pdf?OpenElement> (Kısaca KOLODKIN, Preliminary Report)

Roman Anatolevich KOLODKIN, Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Un Doc. A/CN.4/631 (2010) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/395/75/PDF/N1039575.pdf?OpenElement> (Kısaca KOLODKIN, Second Report)

Roman Anatolevich KOLODKIN, Third Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Un Doc. A/CN.4/646 (2011) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/353/54/PDF/N1135354.pdf?OpenElement> (Kısaca KOLODKIN, Third Report)

Yearbook of International Law Commission 1998 V.2 P.2 A/CN.4/SER.A/1998/Add.1,
http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes%28e%29/ILC_1998_v2_p2_e.pdf

Yearbook of the International Law Commission, 1972, vol. II, s.312
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_4_1972.pdf

Yearbook of the International Law Commission 1957 V. II, J Zourek (Special Rapporteur ILC) First Report on Consular Intercourse and Immunities
http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes%28e%29/ILC_1957_v2_e.pdf

AVRUPA KONSEYİ

Secretary-General, Report by the Secretary General on the use of his powers under Article 52 of the European Convention on Human Rights, SG/Inf (2006) 5, 28 Şubat 2006 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=976731&Site=COE>

AMERİKA DEVLETLERİ ÖRGÜTÜ INTER-AMERİKAN YARGISAL KOMİTESİ

1983 Devletlerin Yargılamadan Bağıklığı Inter-Amerikan Konvansiyonu Taslağı (Draft Inter-American Convention on Jurisdictional Immunity of States) 22 ILM 292 (1983)

ULUSLARARASI BELGELER

1932 Diplomatik Görevlilerin Ayrıcalıkları ve Bağışıklıkları Hakkında Taslak Konvansiyon (Draft Convention on Diplomatic Privileges and Immunities (Harvard Research In International Law)) 26 AJIL Supp. 15 (1932)

1946 Birleşmiş Milletler'in Ayrıcalıklarına ve Bağışıklıklarına İlişkin Sözleşme (Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations), 13 Şubat 1946, 1 UNTS 15
http://www.undp.org.vn/digitalAssets/31/31616_UN_Convention_on_Priviledges_and_Immunities.pdf

1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), 9 Aralık 1948, yürürlük tarihi: 12.Ocak 1951, 78 UNTS 277
http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/cppcg/cppcg_e.pdf

1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Diplomatic Relations), 18 Nisan 1961, yürürlük tarihi 13 Aralık 1972, 500 UNTS 95
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf
(DİHVS)

1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Consular Relations), 24 Nisan 1963, yürürlük tarihi 19 Mart 1967, 596 UNTS 261
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf
(KİHVS)

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Vienna Convention on the Law of Treaties), 23 Mayıs 1969, yürürlük tarihi 27 Ocak 1980, 1155 UNTS 331, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

(VAHS)

1972 Devletin Yargı Bağışıklığı Avrupa Sözleşmesi (European Convention on State Immunity), 16 Mayıs 1972, yürürlük tarihi 11 Haziran 1976, European Treaty Series - No. 74, 74, 11 ILM 470 (1972).

1973 Diplomatik Temsilciler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents) 14 Aralık 1973, yürürlük tarihi 20 Şubat 1977, 1035 UNTS 163

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_4_1973.pdf

1975 Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on the Representation of States in Their Relations with International Organizations of a Universal Character, Official Records of the United Nations Conference on the Representation of States in their Relations with International Organizations, V.II, UN Doc. A/CONF.67/16)

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf

(DTVS)

1969 Özel Heyetler Hakkında Sözleşme (Convention on Special Missions), 8 Aralık 1969, yürürlük tarihi 21 Haziran 1985, 1400 UNTS 231, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_3_1969.pdf (ÖHS)

1986 Uluslararası Örgütler ile Devletler veya Uluslararası Örgütler arasındaki Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations), 21 Mart 1986, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, vol. II, s. 95. (Doc. A/CONF.129/15)

http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-states-intlorgs-1986/vol/english/vol_II_e.pdf

1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (Rome Statute of the International Criminal Court), 17 Temmuz 1998, A/CONF.183/9 (yürürlük 1 Temmuz 2002). Ayrıca bkz. 2187 UNTS 3, <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%202187/v2187.pdf>

2001 Uluslararası Açılan Haksız Fiillerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Taslak Maddeleri (Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two) http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

2004 Birleşmiş Milletler Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığı Antlaşması (United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49), 2005.) http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf (BMYBA)

International Law Association, Final Report On The Exercise Of Universal Jurisdiction In Respect Of Gross Human Rights Offences, London Conference (2000), www.ila-hq.org/.../A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376

ILC's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, UN Doc. A/CN.4/L.602, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G01/638/25/PDF/G0163825.pdf?OpenElement>

ULUSLARARASI HUKUK ENSTİTÜSÜNÜN ÇALIŞMALARI

Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers, http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1891_ham_01_fr.pdf

Resolution on the Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law (Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İnfazdan Bağışıklığı Önergesi), Vancouver Session 2001, www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF

Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes (Devletin veya Devlet Adına Hareket Eden Kişilerin Uluslararası Suçlarda Yargılama Yetkisinden Bağışıklığı Önergesi), Napoli Session 2009, http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2009_naples_01_en.pdf

Resolution on the Obligations and Rights Erga Omnes in International Law (Uluslararası Hukukta Erga Omnes Yükümlülükler ve Haklar Önergesi), Krakov Session 2005, http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_01_en.pdf

KİTAPLAR

ACER, Yücel / KAYA, İbrahim Uluslararası Hukuk, Usak Yay. 2010

AĞAOĞLU, Mehmet Ali/KÖKER, Levent, Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi 4. Baskı 2009

AHLBRECHT, Heiko / AMBOS, Kai, Der Fall Pinochet(s)- Auslieferung wegen staatsverstärkter Kriminalität?, Nomos Verlagsgesellschaft 1999

AKSAR, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Seçkin Yay. 2012 (Kısaca AKSAR, Uluslararası Hukuk I)

APPELBAUM, Christian, Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, Duncker&Humblot GmbH, 2007 (Kısaca APPELBAUM, Einschränkungen der Staatenimmunität)

ASRAT, Belatchew, Jurisdiction in USA v. Noriega, Iutus Förlag 2000

AYBAY, Rona, Kamusal Uluslararası Hukuk, Seçkin Yay. 2011 (Kısaca AYBAY, Uluslararası Hukuk 2011)

AYBAY, Rona, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Türkiye İş Bankası Yayınları 2009 (Kısaca AYBAY, Konsolosluk)

AYBAY, Rona, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2 Baskı 2007 (Kısaca AYBAY, Yabancılar Hukuku)

BADR, Gamal Moursi, State Immunity: An Analytical and Prognostic View (Developments in International Law), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984

BANKAS, Ernest K., The State Immunity Controversy in International Law, Springer Pub. 2005

BANKETAS, Ilias / NASH, Susan, International Criminal Law, Routledge-Cavendish Publications, 3. Ed., 2007

BARKER, J. Craig, The Protection of Diplomatic Personnel, Ashgate Pub. 2006
(Kısaca BARKER, Diplomatic Personnel)

BODIN, Jean, Six Books of the Commonwealth Book I (çev. M. J. TOOLEY), s. 28
ve s. 32 http://www.arts.yorku.ca/politics/comminel/courses/3020pdf/six_books.pdf

BOZKURT, Mahmut Esat, Devletlerarası Hak: Hukuku Düvel, Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Yayınları 1940

BROOMHALL, Bruce, International Justice and the International Criminal Court:
Between Sovereignty and the Rule of Law, Oxford University Press 2004 (Kısaca
BROOMHALL, International Justice)

BROWNLIE, Ian, Principles of Public International Law, Oxford University Press
2008, (Kısaca BROWNLIE, Principles (2008))

BRÖHMER, Jürgen, State Immunity and The Violation of Human Rights, Martinus
Nijhoss Publishers 1997 (Kısaca BRÖHMER, State Immunity)

CASSESE, Antonio, International Criminal Law, Oxford University Press, 2. Ed.
2008 (Kısaca CASSESE, ICL 2008)

CASSESE, Antonio, International Law, Oxford University Press, 2. Ed. 2005
(Kısaca CASSESE, International Law 2005)

CRYER, Robert/FRIMAN, Håkan/ ROBINSON, Darryl/ WILMSHURST, Elizabeth,
An Introduction of International Criminal Law and Procedure, Cambridge University
Press, 2.ed. 2010 (Kısaca CRYER et.al, An Introduction)

ÇELİK, Edip, Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, Filiz Kitabevi 2. Bası 1987
(Kısaca ÇELİK, Birinci Kitap (1987))

DAMIAN, Helmut, Staatenimmunität und Gerichtszwang, Grundlagen und Grenzen
der völkerrechtlichen Freiheit fremder Staaten von inländischer Gerichtsbarkeit in
Verfahren der Zwangsvollstreckung oder Anspruchsicherung, Springer Verlag, Berlin
/ Heidelberg / New York, 1985

DEMBIŃSKI, Ludwik, The Moderns Law of Diplomacy, External Missions of States and International Organizations, Martinus Nijhoff Publishers 1988

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler Seçkin Yay. 7. Baskı 2011

DENZA, Eileen Diplomatic Law-Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Clarendon Press 2. Ed. 2004 (Kısaca DENZA, Diplomatic Law (2004))

DINSTEIN, Yoram, War, Aggression and Self-Defence, Cambridge University Press 5th Ed. 2011

ERKİNER, Hakan Hakkı, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu, XII Levha Yay. 2010. (Kısaca ERKİNER, Devletin Sorumluluğu)

EROĞUL, Cem, Devlet Nedir?, İmge Kitabevi 1990

FOROWICZ, Magdalena, The Reception of International Law in the European Court of Human Rights, Oxford University Press 2010

FOX, Hazel, The Law of State Immunity, Oxford University Press 2. Ed. 2008 (Kısaca FOX, State Immunity (2008))

FRANEY, Elizabeth H., Immunity, Individuals and International Law: Which Individuals Are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International Law, Lambert Academic Publishing 2011

GARDINER, Richard K., International Law, Longman Law Series, 2003

GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, İdare Hukuku, DER Yay. 5. Baskı 2012

GÖZLER, Kemal, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yay. 2001

GÖZLER, Kemal, Devletin Genel Teorisi, Ekin Yay.2. Bası 2009 (Kısaca GÖZLER, Teori (2009))

GROTIUS, Hugo, De Jure Belli ac Pacis Libri V.2 (The Rights of War and Peace) (ed.) Richard Tuck, Liberty Fund 2005 (Kısaca GROTIUS, De Jure Belli)

GÜNDÜZ, Aslan, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, Üçdal Neşriyat 1984 (GÜNDÜZ, Yargı Bağışıklığı)

HOKEMA, Grit, Immunität von Staatsoberhäuptern, Lang Verlag 2002

INAZUMI, Mitsue, Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes Under International Law, Intersentia Pub. 2005

JELLINEK, Georg, Allgemeine Staatslehre, Verlag von O. Haring, Berlin 3. Auflage, 1914

JENNINGS, Robert / WATTS, Arthur (eds.), Oppenheim's International Law V.1 P.1, Longman Pub. 9. Ed. 1992 (Kısaca JENNINGS/WATTS (eds) 1992)

JØRGENSEN, Nina H. B., The Responsibility of States for International Crimes, Oxford University Press 2000 (Kısaca JØRGENSEN, The Responsibility of States)

KELSEN, Hans, Peace Through Law, The University of North Carolina Press, 1944

KREIKER, Helmut, Völkerrechtliche Exemtionen-Grundlagen und Grenzen Völkerrechtlicher Immunitäten und Ihre Wirkungen im Strafrecht, Band 2, Dunker&Humblot Verlag Berlin, 2007 (Kısaca KREIKER, Völkerrechtliche Immunitäten)

LEE, Luke T./QUIGLEY, John, Consular Law and Practice, Oxford University Press 2008, 3. Ed

LUTZ, Ellen L./REIGER, Caitlin (eds.), Prosecuting Heads of States, Cambridge University Press 2009

LÜKE, Monika, Die Immunität Staatlicher Funktionsträger, Berlin: Berliner Juristische Universitätschriften V. 16, 2000 (Kısaca LÜKE, Immunität Staatlicher Funktionsträger)

MANN, Frederick Alexander, The Doctrine of Jurisdictional International Law, RdC V. 111 (1964)

MCCLANAHAN, Grant V., Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems, C. Hurst & Co Publishers, 1989 (Kısaca MCCLANAHAN, Diplomatic Immunity)

MERAY, Seha, Devletler Hukukuna Giriş 2. Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi 4. Baskı, 1975 (Kısaca MERAY 2. Cilt (1975))

ORAKHELASHVILI, Alexander, Peremptory Norms in International Law, Oxford University Press 2008 (Paperback) (Kısaca ORAKHELASHVILI, Peremptory Norms)

ÖKTEM, Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yay. 2013

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku, Seçkin Yay. 12. Baskı 2012

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Turhan Kitabevi Yayınları 8. Bası 2005, s. 19-20 (Kısaca PAZARCI, 2. Kitap (2005))

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, Turhan Kitabevi Yayınları 4. Bası 2005 (Kısaca PAZARCI, 3. Kitap (2005))

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, Turhan Kitabevi Yayınları 2000 (Kısaca PAZARCI 4. Kitap (2000))

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi Yayınları 12. Baskı 2013 (Kısaca PAZARCI, Uluslararası Hukuk)

PRZETACZNIK, Franciszek, Protection of Officials of Foreign States According to International Law, Martinus Nijhoff Publishers 1983 (Kısaca PRZETACZNIK, Protection of Officials)

RAYMOND, Walter John, Dictionary of Politics: Selected American and Foreign Political and Legal Terms, Brunswick Publishing Corporation 7. Ed (1992)

REYDAMS, Luc, Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives, Oxford University Press 2003

ROBERTS, Ivor, Satow's Diplomatic Practice, Oxford University Press 6. Ed. 2011 (Paperback)

ROTH-ARRIAZA, Naomi, The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights, Pennsylvania Press 2004 (Kısaca ROTH-ARRIAZA, Pinochet Effect)

RYNAERT, Cedric, Jurisdiction in International Law, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2008

S. E. NAHLIK, Development of Diplomatic Law, Selected Problems, RdC V. 222 (1990)

SANCAKDAR, Oğuz, Disiplin Yaptırımını Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yay. 2001

SHAW, Malcolm, International Law, Cambridge University Press 6 Ed. 2008 (Kısaca SHAW, International Law (2008))

SIMBEYE, Yitiha, Immunity and International Criminal Law, Ashgate Pub. 2004

SINCLAIR, Ian, The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments, 167 RdC 117 (1980), Martinus Nijhoff Publishers (Kısaca SINCLAIR, Sovereign Immunity)

TANGERMANN, Christoph, Die Völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern – Grundlagen und Grenzen, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 2002

TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay. 9. Baskı 2013

TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yay. 2009

The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, http://lpa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf

TOMUSCHAT, Christian, Obligations Arising for States without or against Their Will, RdC V. 241 (1993) (Kısaca TOMUSCHAT, Obligations)

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük TDK Yay. 549, 10. Bası 2005

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınları 2. Bası 2012

UZUN, Elif, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Beta Yayınları 2007, s.103-104 (Kısaca UZUN, Devletin Sorumluluğu)

Ümmühan Elçin ERTUĞRUL, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yüklümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, Yetkin Yay. 2012

Van ALEBEEK, Rosanne, The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and Human Rights Law, Oxford University Press, 2008 (Kısaca Van ALEBEEK, Immunity of States)

Van SLIEDREGT, Elies, Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press 2012

VILLIGER, Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Martinus Nijhoff Publishers 2009

VON ARNAULD, Andreas, Völkerrecht (Schwerpunktbereich), C.F. Müller Verlag 2012

WATTS, Arthur, The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, RdC V. 247 (1994) (Kısaca WATTS, RdC)

YAMANER/ÖKTEM/KURTDARCAN/UZUN (çev.) 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, GSÜHF Yay. 2009, <http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>

YILMAZ, Ejder Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 7. Bası 2002

ZABUNOĞLU, Yahya Kâzım, Kamu Hukukuna Giriş, AÜHF Yay. 328, Sevinç Matbaası 1973 (Kısaca ZABUNOĞLU Kamu Hukukuna Giriş (1973))

ZEHNDER, Bruno Immunität von Staatsoberhäuptern und der Schutz elementarer Menschenrechte- Der Fall Pinochet, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003. (Kısaca ZEHNDER, Der Fall Pinochet)

KİTAPLARDA BÖLÜMLER

BLACK-BRANCH, Sovereign Immunity Under International Law: The Case of Pinochet, in Diana Woodhouse (ed.), *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis* (2000), 93

BLOMEYER-BARTENSTEIN, Horst, Incognito, in Bemhardt Rudolf (ed), *Encyclopedia of Public International Law* 9 (1984)

BLUM, Yehuda Z, Diplomatic Agents and Missions, in Bemhardt Rudolf (ed), *Encyclopedia of Public International Law* V.9 (1986)

BORNEMAN, John, Introduction, in John BORNEMAN (ed) *The Case of Ariel Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction*, Princeton Institute for International and Regional Studies Monograph Series No:2, 2004

DANILENKO, Gennady M., ICC Statute and Third States, in A. Cassese, P. Gaeta, and J.R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* V.2, Oxford University Press, 2002

DENZA, Eileen Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* V.9 (1986) (Kısaca DENZA, EPIL 9 (1986))

DUPUY, International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State, in A. Cassese, P. Gaeta, and J.R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* V.2, Oxford University Press, 2002

ECONOMIDES, Constantin, Consular Relations, in Bemhardt Rudolf (ed), *Encyclopedia of Public International Law* V.9 (1986)

FOX, Hazel, International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States, in Malcolm Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press 3. Ed. 2010 (Kısaca FOX, *International Law and Restraints* (2010))

GAETA, Paola, Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny, in Antonio Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press 2012 (K1saca GAETA, Immunity of States)

GAETA, Paola, Official Capacity and Immunities, in A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court — A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press 2002 (K1saca GAETA, Official Capacity)

GOODWIN-GILL, Guy S., Crime in International Law: Obligations Erga Omnes and the Duty to Prosecute, in Guy S. GOODWIN-GILL/Stefan TALMON (eds.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford University Press 1999 (K1saca GOODWON-GILL, Crime in International Law)

HAILBRONNER, Kai, in Graf Vitzthum (Hrsg) *Völkerrecht*, 2. Aufl.

HELD, David, The Changing Structure of International Law: Sovereignty Transformed?, in David HELD/Anthony MCGREW (eds.), *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*, Polity Press 2. Ed 2003

HERDEGEN, Matthias, Special Missions, in Bernhardt Rudolf (ed), *Encyclopedia of Public International Law V.9* (1986)

HIGGINS, Rosalyn, After Pinochet: Developments on Head of State and Ministerial Immunities, in Pat Rogers (ed) *Themes and Theories*, Oxford University Press 2009 (K1saca HIGGINS, After Pinochet)

HIGGINS, Rosalyn, Conceptual Thinking about the Individual in International Law, in Pat Rogers (ed.) *Themes and Theories*, Oxford University Press 2009 (K1saca HIGGINS, Conceptual Thinking)

KADELBACH, Stefan, Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms, in Christian Tomuschat/Jean-Marc Thouvenin (eds), *The Fundamental Rules Of The International Legal Order - Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers 2006

KALB, Nadia, Immunities, Special Missions, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008-, online edition.

KOKOTT, Juliane, States, Sovereign Equality, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008-, online edition., [www.mpepil.com] (K1saca KOKOTT, States, Sovereign Equality)

KUSSBACH, Vienna Convention on Consular Relations, in Bernhardt Rudolf (ed), Encyclopedia of Public International Law 9 (1984)

MURUNGU, Chacha, Immunity of State Officials and the Prosecution of International Crimes, (in) Chacha Murungu & Japhet Biegon (ed), Prosecuting International Crimes in Africa, Pretoria University Law Press 2011, s.34

RENSMANN, Thilo, Impact on the Immunity of States and their Officials, in Menno T. KAMMINGA/Martin SCHEININ (eds.), The Impact of Human Rights Law on General International Law, Oxford University Press 2009

ROHT-ARRIAZA, Naomi, The Multiple Prosecutions of Augusto Pinochet, in Ellen L. LUTZ/Caitlin REIGER (eds.), Prosecuting Heads of States, Cambridge University Press 2009

SILVA, G.E. Do E, Nascimento, Diplomacy, (ed.) R. Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law V.9 (1986).

STEIN, Torsten, Limits of International Law Immunities for Senior State Officials in Criminal Procedure, in Christian Tomuschat/Jean-Marc Thouveim (eds) The Fundamental Rules Of The International Legal Order - Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers 2006 (K1saca STEIN, Limits of International Law Immunities)

STEINBERGER, Helmut, State Immunity, in R. Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law V.10 (1987). (K1saca STEINBERGER, State Immunity)

VAN ALEBEEK, Rosanne, Diplomatic Immunity, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008-, online edition (Kısaca VAN ALEBEEK, Diplomatic Immunity)

Von BOGDANDY, Armin / RAU, Markus, The Lotus, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008-, online edition

WATTS, Arthur, Heads of State, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008-, online edition. (Kısaca WATTS, MPEPIL)

WEBB, Philippa, Human Rights and the Immunities of State Officials, in Erika De Wet and Jure Vidmar (ed), Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights, Oxford University Press 2012

WICKREMASINGHE, Chanaka, Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations, in M. Evans (ed.), International Law, Oxford University Press 3. Ed, 2010 (Kısaca WICKREMASINGHE, Immunities Enjoyed by Officials (2010))

MAKALELER¹²³⁷

ABÍ-SAAB, Georges, The Proper Role of Universal Jurisdiction, 1 JICJ 596 (2003)

Advisory Committee on Issues of Public International Law, Advisory Report on the Immunity of Foreign State Officials, Advisory Report No. 20, 2011, www.rijksoverheid.nl/ministeries/bz/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/05/01/cavv-advies-nr.-20-immuniteitbuitenlandse-ambtsdragers-en.html

AKANDE, Dapo, Prosecution of Senior Rwandan Government Official in France: More on Immunity, <http://www.ejiltalk.org/prosecution-of-senior-rwandan-government-official-in-france-moreon-immunity/> (Kısaca AKANDE, More on Immunity)

AKANDE, Dapo, Head of State Immunity is a Part of State Immunity: A Response to Jens Iverson, <http://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-a-part-of-state-immunity-a-response-tojens-iverson/> (Kısaca AKANDE, Head of State Immunity)

AKANDE, Dapo, Prosecution of Senior Rwandan Government Official in France: More on Immunity (2008), www.ejiltalk.org/prosecution-of-senior-rwandan-government-official-in-france-more-on-immunity/ (Kısaca AKANDE, Prosecution)

AKANDE, Dapo/ SHAH, Sangeeta, Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts, 21 EJIL 815 (2010) (Kısaca AKANDE/SHAH, Immunities of State Officials)

AKİPEK, Ömer İlhan, Ülke Dışılık, 24 AÜHFD 27 (1967)

AKSAR, Yusuf, Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku, 52 AÜHFD 131 (2003) (Kısaca AKSAR, Tutuklama Kararı)

¹²³⁷ Makalelerin yayımlandığı dergi künyesi şu sırayla verilmiştir: Derginin sayısı – adı – makalenin başladığı sayfa – yayın yılı

ALDERTON, Matthew, The Act of State Doctrine: Questions Of Validity And Abstention From Underhill To Habib, 12 Melbourne JIL 1 (2011) (Kısaca ALDERTON, The Act of State Doctrine)

ALTMAN, Heidi, The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon, www.indictsharon.net/heidialtman-apr02.pdf

ANDERSON, Kirsten, How Effective Is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances Likely to Be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance, 7 Melb. JIL 245 (2006)

AYBAY, Rona Yargıyay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı, 72 TBB Dergisi 109 (2007) (Kısaca, AYBAY, Yargı Bağışıklığı)

AYBAY, Rona, Kamusal Uluslararası Hukuk Açısından Devletin Tanınması, 9 MaltepeÜHFD 3 (2006) (Kısaca AYBAY, Devletin Tanınması)

AYBAY, Rona, Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu, in Köksal Bayraktara'a Armağan Cilt 1, 49 GSÜHFD 125 (2010) (Kısaca AYBAY, Bireylerin Ceza Sorumluluğu)

AYDIN, Devrim, Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması, 94 TBB Dergisi 131 (2011)

BANTEKAS, İlias, Case Comment: Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, 92 AJIL 765 (1998)

BARKER, J. Craig, State Immunity, Diplomatic Immunity And Act Of State: A Triple Protection Against Legal Action?, 47 ICLQ. 950 (1998) (Kısaca BARKER, State Immunity)

BARTSCH, Kerstin / ELBERLING, Björn Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision, 4 GLJ 477 (2002)

BASSIOUNI, Cherif, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 *Law and Contemporary Problems* 63 (1996) (Kısaca BASSIOUNI, *Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*)

BASSIOUNI, Cherif, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 *LCP* 63 (1996)

BASSIOUNI, M. Cherif *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*, 42 *VJIL* 81 (2001) (Kısaca BASSIOUNI, *Universal Jurisdiction*)

BAYILLIOĞLU, Uğur, *Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme*, 55 *AÜHFD* 27 (2006)

BEKKER, Peter H. F., *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights. Advisory Opinion*, 93 *AJIL* 913 (1999)

BELSKY, Adam / MERVA, Mark / ROTH-ARRIAZA, Naomi, *Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*, 77 *California LR* 365 (1989)

BENTL, D.J., *A Little List*, 27 *MLR* 581 (2011)

BIANCHI, Andrea, *Denying State Immunity to Violators of Human Rights*, 46 *Austrian JPIL* 195 (1994) (Kısaca BIANCHI, *Denying State Immunity*)

BIANCHI, Andrea, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, 10 *EJIL* 237 (1999) (Kısaca BIANCHI, *Immunity versus Human Rights*)

BIANCHI, Andrea, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, 10 *EJIL* 237 (1999) (Kısaca BIANCHI, *Immunity versus Human Rights*)

BOTHE, Michael, *Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane*, 31 *ZAÖRV* 246 (1971)

BRADLEY, Curtis A. / GOLDSMITH, Jack L., *Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation*, 13 *Green Bag 2D* 9 (2009)

BRÖHMER, Jürgen, Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a Notorious Human Rights Violator, 12 LJIL 361 (1999)

BRÖHMER, Jürgen, Immunity of a Former Head of State General Pinochet and the House of Lords: Part Three, 13LJIL 229 (2000) (Kısaca BRÖHMER, Part Three)

BUZZINI, Gionata Piero Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case, 22 LJIL 455(2009) (Kısaca BUZZINI, Lights and Shadows)

BYERS, Michael, Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules, 66 NordicJIL 211 (1997) (Kısaca BYERS Conceptualising the Relationship)

BYERS, Michael, The Law and the Politics of the Pinochet Case, 10 Duke JCIL 415 (2000)

CAPLAN, Lee M., State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory, 97 AJIL 741 (2003) (Kısaca CAPLAN, Normative Hierarchy)

CASSESE, Antonio, Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction, 1 JICJ 591 (2003) (Kısaca CASSESE, Is the Bell Tolling)

CASSESE, Antonio, The Belgian Court of Cassation v. The International Court of Justice: the Sharon and others case, 1 JICJ 437 (2003)

Christian APPELBAUM, Der Fall Distomo - Die Staatenimmunität Deutschlands gegenüber Klagen wegen Wehrmachtsverbrechen in Griechenland, 17 HV-I 190 (2004)

D'AMATO, Anthony, It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens, 6 Conn. JIL. 5 (1990-1991)

Dapo AKANDE, International Law Immunities and International Criminal Law, 98 AJIL 401 (2004) (Kısaca AKANDE, International Immunities)

Dapo AKANDE/Sangeeta SHAH, Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts: A Rejoinder to Alexander Orakhelashvili, 22 EJIL 857 (2011) (Kısaca AKANDE/SHAH, Rejoinder)

DE SENA, Pasquale/DE VITTOR, Francesca, State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case, 16 EJIL 89 (2005)

DENK, Erdem, Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar 56 AÜSBFD 43 (2001).

DENK, Erdem, Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar 56 AÜSBFD 43 (2001)

DENZA, Eileen, Vienna Convention on Diplomatic Relations, United Nations Audiovisual Library of International Law 2009, http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr_e.pdf

DINSTEIN, Yoram, Diplomatic Immunity From Jurisdiction *Ratione Materiae*, 15 ICLQ 76 (1966) (Kısaca DINSTEIN, *Ratione Materiae*)

Di CIACCIO, Pietro, A Torturer's Manifesto? Impunity through Immunity in Jones v The Kingdom of Saudi Arabia, 30 Sydney LR 551 (2008)

DOUGLAS, Zachary State Immunity For The Acts Of State Officials, 82 BYIL 281 (2012) (Kısaca DOUGLAS, State Immunity)

DOUGLAS, Zachary, State Immunity For The Acts Of State Officials, State Immunity for Acts of State Officials, 82 BYIL 281 (2012)

DÖRMANN, Knut, War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes, 7 Max Planck UNYB 341 (2003)

DUGARD, C.J.R., LJN: AA8427, Gerechtshof Amsterdam , Opinion Re Bouterse , <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AA8427>

DUXBURY, Alison, Privileges and Immunities of United Nations' Experts: The Kumaraswamy Case, 1 Asia-Pac. JHRL 88 (2000)

ELLINGTON, Susan B. V., *United States v. Noriega as a Reason for an International Criminal Court*, 11 Dickinson JIL 451(1992-1993)

FASSBENDER, Bardo, S. v. Berlin Court of Appeal and District Court of Berlin-Tiergarten, 92 AJIL 74 (1998)

FAWEET, James E.T., *The Eichmann Case*, 38 BYBIL 181 (1962)

FERDINANDUSSE, Ward, *Prosecution of Grave Breaches in National Courts*, 7 JICJ 723 (2009)

FINKE, Jasper, *Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?*, 21 EJIL 853 (2010)

FOCARELLI, Carlo, *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: the Ferrini Decision*, 54 ICLQ 951 (2005)

FOX, Hazel, *In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important*, 55 ICLQ 399 (2006) (Kısaca FOX, UN Convention)

FOX, Hazel, *The Resolution Of The Institute Of International Law On The Immunities Of Heads Of State And Government*, 51 ICLQ 119 (2002) (Kısaca FOX, The Resolution)

GATTINI, Andrea, *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, 99 AJIL 242 (2005) (Kısaca GATTINI, Ferrini)

GATTINI, Andrea, *Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility*, 10 EJIL 397 (1999), s.400 (Kısaca GATTINI, Smoking/No Smoking)

GATTINI, Andrea, *To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages?*, 1 JICJ 348 (2003) (Kısaca GATTINI, To What Extent)

GATTINI, Andrea, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, 3 JICJ 224 (2005) (Kısaca GATTINI, War Crimes and State Immunity)

GAVOUNELI, Maria / BANTEKAS, Ilias, Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, 95 AJIL 198 (2001)

HAFIZOĞULLARI, Zeki, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yetenegini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/FAIL.doc

Harvard Law School, Research in International Law (Reporter Q Wright) Legal Position and Functions of Consuls (1932 supplement) 26 AJIL 189, 339

Harvard Research Draft on the Competence of Courts in Regard to Foreign States, 26 AJIL Supp. 451 (1932)

Harvard Research in International Law, Jurisdiction with Respect to Crimes, 29 AJIL Supp. 443 (1935)

HASSON, Adam Isaac, Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet, and Milosevic – Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law, 25 Boston Colloge ICLR 125 (2002)

HENKIN, Louis, Act of State Today: Recollections in Tranquility, 6 Colum. J. Transnat'l L. 175 (1967)

HICKEY, Charles E., The Dictator, Drugs and Diplomacy by Indictment: Head-of-State Immunity in United State v. Noriega, 4 Conn. JIL 729 (1988-1989) (Kısaca HICKEY, The Dictator, Drugs and Diplomacy)

IVERSON, Jens, Head of State Immunity is not the same as State Immunity: A Response to the African Union's Position on Article 98 of the ICC Statute, <http://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-not-the-same-as-state-immunity-aresponse-to-the-african-unions-position-on-article-98-of-the-icc-statute/>

J. Craig BARKER, The Future of Former Head of State Immunity After Ex Parte Pinochet, 48 ICLQ 937 (1999) (Kısaca BARKER, Ex Parte Pinochet)

JENNINGS, Robert, The Caroline and Mcleod Cases, 32 AJIL 82 (1938) (Kısaca JENNINGS, Caroline and Mcleod Cases)

JIA, Bing Bing, The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited, 10 JICJ 1303 (2012)

KEITNER, Chimène I., Foreign Official Immunity and The “Baseline” Problem, 80 FLR 605 (2011) (K1saca KEITNER, Baseline Problem)

KEITNER, Chimène I., Officially Immune? A Response to Bradley and Goldsmith, 36 YJIL 1 (2010) (K1saca KEITNER, Officially Immune?)

KEITNER, Chimène I., The Common Law Of Official Immunity, 14 Green Bag 2d 61 (2010), (K1saca KEITNER, The Common Law)

KEITNER, Chimène, I. Foreign Official Immunity After Samantar, 44 Vand. JTL Transnat'l L. 885 (2011) (K1saca KEITNER, Foreign Official Immunity)

KELSEN, Hans, Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals, 31 CLR 530 (1942-1943) (K1saca KELSEN, Collective and Individual Responsibility)

KLEIN, Eckart Establishing A Hierarchy Of Human Rights: Ideal Solution Or Fallacy?, 41 Isr.LR 477 (2008)

KNUCHEL, Sévrine, Samantar v. Yousuf: Narrowing The Prospects For Human Rights Litigation Against Foreign Officials?, 11 HRLR 152 (2001) (K1saca KNUCHEL, Samantar v. Yousuf)

KNUCHEL, Sévrine, State Immunity and the Promise of Jus Cogens, 9 NJIHR 149 (2011)

KOIVU, Virpi, Head-of State Immunity v. Individual Criminal Responsibility in International Law, 12 Finnish YBIL 305 (2001)

KOLLER, David, S., Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court, 20 AUJLR Rev. 7 (2004-2005)

KONTOROVICH, Eugene, The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation, 45 Harv. ILJ. 183 (2004)

KÖNİ, Hasan, Impunity in International Law (Uluslararası Hukukta Cezasızlık), in Sarper Süzek'e Armağan Cilt 3, Beta Yay. 2012, s.3177 vd.

LAUTHERPACHT, Hersch, The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, 28 BYIL 220 (1950)

LORCA, Arnulf Becker, Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation, 51 Harv. JIL 475 (2010) (Kısaca LORCA, Universal International Law)

MALLORY, Jerrold L., Resolving The Confusion over Head of State Immunity: The Defined Rights of Kings, 86 Colum. LR 169 (1986)

MALLORY, Jerrold L., Resolving The Confusion over Head of State Immunity: The Defined Rights of Kings, 86 Columbia LR 169 (1986)

MARSTON, Geoffrey, The Personality of the Foreign State in English Law, 56 CLJ 374 (1997/2)

MCGREGOR, Lorna, Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty', 18 EJIL 903 (2007)

MERON, Teodor, On a Hierarchy of International Human Rights, 80 AJIL 1 (1980)

Michael AKEHURST, Jurisdiction in International Law, 46 BYIL 145 (1972-1973) (Kısaca AKEHURST, Jurisdiction)

O'KEEFE, Roger, State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds, 44 Vand. JTL 999 (2011) (Kısaca O'KEEFE, State Immunity and Human Rights)

O'KEEFE, Roger, The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction, 7 JICJ 811 (2009)

O'KEEFE, Roger, Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept, 2 JICJ 735 (2004) (Kısaca O'KEEFE, Universal Jurisdiction)

O'NEILL, Kerry Creque, A New Customary Law Of Head Of State Immunity?: Hirohito And Pinochet 38 Stanford JIL 289 (2002)

OPARA, Victor Nnamdi, Sovereign & Diplomatic Immunity As Customary International Law: Beyond R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate & Others, Ex Parte Pinochet Ugarte, 21 Wis. ILJ. 255 (2003)

ORAKHELASHVILI, Aleksander, State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong, 18 EJIL 955 (2007) (Kısaca ORAKHELASHVILI, State Immunity)

ORAKHELASHVILI, Alexander, State Immunity and International Public Order, 43 GYBIL 227 (2002) (Kısaca ORAKHELASHVILI, State Immunity)

ÖKTEM, Emre Teoride ve Uygulamada Uluslararası Tanıma, in Erdoğan Teziç'e Armağan, GSÜ Yay. 2007 (Kısaca ÖKTEM, Tanıma)

PARLETT, Kate, Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception, 1 EHRLR 49 (2006)

PAULUS, Andreas L., Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal, 74 Nordic J. Int'l L. 297 (2005)

PAUST, Jordan J., Genocide in Rwanda, State Responsibility To Prosecute Or Extradite, and Nonimmunity For Heads Of State And Other Public Officials, 34 Houston JIL 57 (2012) (Kısaca PAUST, Genocide in Rwanda)

PAUST, Jordan J., The International Criminal Court Does Not Have Complete Jurisdiction Over Customary Crimes Against Humanity and War Crimes, 43 Marshall LR 681 (2010) (Kısaca PAUST, International Criminal Court)

PENROSE, Mary Margaret, The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law, 7 Santa Clara JIL. 85 (2009-2010) (Kısaca PENROSE, The Emperor's Clothes)

PIERSON, Charles, Pinochet and The End Of Immunity: England's House Of Lords Holds That A Former Head Of State Is Not Immune For Torture, 14 Temp. ICLJ 263 (2000)

PREUSS, Lawrence, Capacity For Legation And The Theoretical Basis Of Diplomatic Immunities, 10 NYULQ Rev. 170 (1932-1933)

PRZETACZNIK, Franciszek, Convention On The Special Protection Of Officials Of Foreign States And International Organizations, 9 RBDI 455 (1973)

RANDALL, Universal Jurisdiction Under International Law, 66 TLR 785 (1988)

REIGER, Caitlin/WIERDA, Marieke, The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect <http://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Criminal-Process-2006-English.pdf>

REIMANN, Mathias, A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany, 16 Michigan JIL 403 (1995)

REYDAMS, Luc, Belgium's first application of Universal Jurisdiction: The Butare Four case', 1 JICJ 428 (2003) (Kısaca REYDAMS, The Butare Four case)

REYDAMS, Luc, Case Report: Niyontese v Public Prosecutor, 96 AJIL 232 (2002) (Kısaca Niyontese v Public Prosecutor)

ROHT-ARRIAZA, Naomi, Guatemala Genocide Case, 100 AJIL 207 (2006)

ROSS, Mitchell S., Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities, 4 AUJILP 173 (1989)

ROSS, Mitchell S., Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities, 4 AUJILP 173 (1989)

RUTLEDGE, Peter B., Samantar and Executive Power, 44 Vand. JTL Transnat'l L. 885 (2011)

SACK, Alexander N., War Criminals and the Defense of Act of State In International Law, 5 Lawyers Guild Review 288 (1945).

SARICA, Ragıp, Hizmet Kusuru ve Karakterleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 4 İÜHF 857 (1949)

SARICA, Ragıp, İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsan Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri, 1 İÜHF 34 (1949)

SCHWARZENBERGER, Georg, International Jus Cogens?, 43 Texas Law Review 455 (1965)

SHELTON, Dinah, Normative Hierarchy In International Law, 100 AJIL 291 (2006)

SIM, Cameron, Non-Justiciability in Australian Private International Law, 10 Melbourne JIL 102 (2009)

SIMMONDS, K. R., The "Rationale" of Diplomatic Immunity (Based on Ghosh v. D'Rozario), 11 ICLQ 1204 (1962) (Kısaca SIMMONDS, Rationale of Diplomatic Immunity)

SINGERMAN, Daniel, It's Still Good To Be The King: An Argument For Maintaining The Status Quo In Foreign Head Of State Immunity, 21 Emory ILR 423 (2007) (Kısaca SINGERMAN, It's Still Good To Be The King)

Sinan KOCAOĞLU, Evrensel Yetki, TBB Dergisi 60 (2005)

SPINEDI, Marina, State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?, 13 EJIL 895 (2002)

SPITZER, Martin, Inländische Gerichtsbarkeit und Immunität, ÖJZ 2008/92

STAAL, Roberts International Conflict Of Laws the Protective Principle In Extraterritorial Criminal Jurisdiction, 15 U. Miami L. Rev. 428 (1960-1961)

STEPHENS, Beth, The Modern Common Law of Foreign Official Immunity, 79 Fordham LR 2669 (2011)

STEWART, David P., Samantar And The Future Of Foreign Official Immunity, 15 Lewis & Clark LR 633 (2011)

STINERTE Elina / WALLACE Rebecca M. M., Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia, 100 AJIL 901 (2006)

SUMMERS, Mark, Diplomatic Immunity Ratione personae: Did The International Court Of Justice Create A New Customary Law Rule In Congo v. Belgium?, 16 Mich. SJIL. 459 (2007-2008) (Kısaca SUMMERS, *Ratione Personae*)

SUMMERS, Mark, 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, 31 Brook. JIL 463 (2005-2006) (Kısaca SUMMERS, Immunity or Impunity?)

TEKİNSOY, M. Ayhan, Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları, 2013/1 Ankara Barosu Dergisi 19 (2013)

TEZCAN, Durmuş, Bozkurt-Lotus Davasının Uluslararası Hukuktaki Önemi ve Yeri, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi (Dokuzeylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınları) C 2/4, 1994-1995 (TEZCAN, Bozkurt-Lotus)

TEZCAN, Durmuş, Türk Hukukunda Diplomatik Yargı Bağışıklığı, BM Türk Derneği Yıllığı 1985, BM Türk Derneği Yayınları 11, Ankara 1986 (Kısaca TEZCAN, Diplomatik Yargı Bağışıklığı)

TOMONORI, Mizushima, The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct, 29 DENJILP 261(2001) (Kısaca TOMONORI, Ultra Vires Conduct)

TONER, Paul J., Competing Concepts of Immunity: The (R)evolution of the Head of State Immunity Defense, 108 Penn St LR 899 (2003-2004)

TOTTEN, Christopher D., Head-Of-State And Foreign Official Immunity In The United States After Samantar: A Suggested Approach, 34 Fordham ILJ 332(2010-2011)

TOTTEN, Christopher D., Head-Of-State And Foreign Official Immunity In The United States After Samantar: A Suggested Approach, 34 Fordham ILJ 332 (2010-2011).

TUNKS, Michael, Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity, 52 Duke LJ 651 (2002) (kısaca TUNKS, Diplomats or Defendants?)

United States Congressional Research Service, *Samantar v. Yousef: The Foreign Sovereign Immunities Act and Foreign Officials*, 24 August 2010, R41379, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cb42d112.html>

VAN ALEBEEK, Rosanne, *National Courts, International Crimes and The Functional Immunity Of State Officials*, 59 NILR 5 (2012), s. 36 (Kısaca Van ALEBEEK, National Courts)

van der WILT, Harmen G., *Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the van Anraat Case*, 4 JICJ 239 (2006).

Van PANHUYS, H. F., *In The Borderland Between The Act Of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities*, 13 ICLQ 1193 (1964) (Kısaca Van PANHUYS, In The Borderland)

Van SLIEDREGT, Elies *International Crimes before Dutch Courts: Recent Developments* 20 LJIL 895 (2007)

VOURNAS, Elena, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic Of Germany: Sovereign Immunity and the Exception for Jus Cogens Violations*, 21 NYLS JICL 629 (2002)

WESSON, Robert, *300 years of Diplomatic Immunity*, 3 Ocak 1980, <http://www.csmonitor.com/1980/0103/010337.html>

WESSON, Robert, *300 years of Diplomatic Immunity*, <http://www.csmonitor.com/1980/0103/010337.html>

WHOMERSLEY, C.A., *Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts*, 41 ICLQ 848 (1992)

WICKREMASINGHE, Chanaka, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, ed. Malcolm D. Evans, 49 ICLQ 720 (2000)

WILDHABER, Luzius, *Provisions of Internal Law Regarding Competence to Conclude a Treaty*, 8 Virginia JIL (1967)

WOUTERS, Jan, The Judgement of the International Court of Justice in the ArrestWarrant Case: Some Critical Remarks, 16 LJIL, 253 (2003)

WOUTERS, Jan/SMET, Leen De, The ICJ's Judgement in the Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000: Some Critical Observations, 4 YIHL 373 (2001)

WUERTH, Ingrid, Foreign Official Immunity Determinations in U.S. Courts: the Case against the State Department, 51 VJIL (2011)

YELIN, Lewis S., Head of State Immunity as Sole Executive Lawmaking, 44 Vand. JTL 911 (2011)

ZAPPALA, Salvatore, Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation, 12 EJIL 595 (2001)

ZHU, Lijiang, State Immunity from Measures of Constraints for the Property of Foreign Central Banks: The Chinese Perspective, 6 Chinese JIL 67 (2007)

ZIMMERMANN, Andreas, Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks, 16 Mich.JIL 433 (1995)

İNTERNET ADRESLERİ

www.resmigazete.gov.tr/

<http://www.tdkterim.gov.tr/bts/>

<http://www.sc-sl.org/>

<http://www.eccc.gov.kh/en>

<http://www.stl-tsl.org/en/>

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/639266/welfare-state>

http://en.wikipedia.org/wiki/Welfare_state#Modern_model

<http://history.state.gov/milestones/1801-1829/Monroe>

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=&DF=&CL=ENG>

http://untreaty.un.org/ilc/guide/4_2.htm

<http://www.un.int/protocol/documents/Hspmfm.pdf>

http://www.idi-iil.org/idiE/navig_history.html

<http://www.ila-hq.org/>

www.ila-hq.org/download.cfm/docid/30692D54-747F-4D66-B9F8E5C08F69F3AF

<http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/french-war-crimes-complaint-against-donald-rumsfeld>

http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=36&level1=15248&level2=&level3=&textid=39923

http://en.wikipedia.org/wiki/Scotland_Yard

<http://www.telegraph.co.uk/news/politics/gordon-brown/7361967/Britain-must-protect-foreign-leaders-from-arrest.html>

<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=9502>

<http://englishhistory.net/tudor/monarchs/eliz4.html>

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/930694/passive-personality-principle>