

## ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNE GİRİŞ

Uluslararası Ceza Mahkemesi, insan haklarının korunmasında yeni bir dönem açmıştır. UCM, ulusal yargı yerleri gönüllü ya da yapabilecek durumda olmadığında soykırım suçunu, insanlığa karşı suçları ve savaş suçlarını kovuşturacaktır. Schabas, uluslararası ceza kovuşturmasının tarihini, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün hazırlanmasını ve yargılama yetkisinin kapsamı ve usulü rejimi de dahil olmak üzere UCM'nin işleyiş kurallarını incelemektedir.

Gözden geçirilmiş bası, yargıçların ve savcının seçilmesi de dahil Mahkeme'nin çalışmaya başlama hazırlıklarını değerlendirmektedir. ABD muhalefetine yarattığı güçlüklerle de işaret etmekte ve Mahkeme'ye engel olmak için Washington tarafından alınan çeşitli önlemleri analiz etmektedir. Mahkeme'nin üç temel belgesi- 1998 Roma Statüsü, Usul ve Delil Kuralları ve Suçun Unsurları- kitabın orijinal baskısında yer almaktadır, ancak bu baskıda yer verilememiştir.<sup>1</sup> Öğrenciler ve uygulamacılar için vazgeçilmez bir eserdir.

WILLIAM A. SCHABAS, İrlanda Ulusal Üniversitesi, Galway'de İnsan Hakları Hukuku profesörüdür ve İrlanda İnsan Hakları Merkezi yöneticisidir. Çok sayıda yayımı arasında şunlar da yer almaktadır: *Genocide in International Law* (2000), *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (third edition, 2002) *International Human Rights Law and the Canadian Charter* (1996), *The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture* (1996), *Précis du droit international des droits de la personne* (1997) ve *Les instruments internationaux, canadiens et québécois des droits et libertés* (1998). Schabas, aynı zamanda *Criminal Law Forum* dergisinin baş editörüdür.

---

<sup>1</sup> Bu belgelere Kapasite Geliştirme Derneği tarafından 18/12/2006 tarihinde yayımlanan "Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi" isimli yayından ulaşabilirsiniz. (ç.n)



# ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNE GİRİŞ

(2. Bası)

**William A. Schabas**  
**Çeviren: Gülay Arslan**

CAMBRIDGE  
UNIVERSITY PRESS

© William A. Schabas, 2001, 2004

Bu kitabın tüm yayın hakları saklıdır. Yasadan kaynaklı istisnalar ve toplu lisans sözleşmeleri hükümleri saklı tutulmak üzere, Cambridge University Press'in yazılı izni olmadan hiçbir bölümü çoğaltılamaz..

Bu kitap, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi tarafından, Cambridge University Press'in 2004 yılında yayınladığı 2. baskıdan Türkçe'ye kazandırılmış ve yayımlanmıştır. Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi kitabın içeriğinden sorumlu tutulamaz.

CAMBRIDGE  
UNIVERSITY PRESS  
Pitt Building, Trumpington Street,  
Cambridge, UK

ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ  
TÜRKİYE ŞUBESİ  
Galipedede Cd. No:149/4  
Beyoğlu/İstanbul  
T: 0212 293 63 21  
www.amnesty.org.tr

ISBN 978-9944-0204-0-4

Çeviri: Gülay Arslan  
Düzeltili: Orçun Ulusoy, Başak Karaduman  
Yayıma Hazırlık: Emek Eren  
Kapak Tasarımı: Fırat Yaşa

Baskı Hazırlık: Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Yönetim Yeri: Bahariye Cad. No: 63/6 Kadıköy/İstanbul  
İç Tasarım: Seçil Bakkalcıoğlu  
Yayın Türü: Süresiz Hukuk Kitabı  
Basım ve Cilt: Kitap Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Basıldığı Yer: Davutpaşa Cad. Emintaş Kazım Dinçol San. Sit.  
No: 81/21 Topkapı/İstanbul



## ÖNSÖZ

17 Temmuz 1998 tarihinde Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü'nün Roma'daki başkanlık merkezinde, 120 Devlet Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünü kabul etmek için oy kullanmıştır. Dört yıldan daha az bir sürede-en iyimser gözlemcilerin tahmininden bile daha kısa bir sürede- Statü, yürürlüğe girmesi için gerekli olan altmış onaya 1 Temmuz 2002 tarihinde ulaşmıştır. 2003 başı itibariyle bu sayı yaklaşık olarak doksana çıkmıştır.<sup>1</sup> Bu karmaşık ve ayrıntılı andlaşma, ulusal adalet sistemlerinin görevlerini yerine getirmemesi durumunda çok ciddi insan hakları ihlallerini yargılama ve cezalandırma yetkisi ile donatılmış bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını öngörmektedir. Bu, başlangıcı elli yılı aşkın bir süre öncesine, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun üçüncü oturumunda Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin kabulüne kadar uzanan uluslararası insan haklarının gelişiminde bir gösterge oluşturmaktadır.<sup>2</sup> Bir önceki günde, 9 Aralık 1948 tarihinde, Genel Kurul, Uluslararası Hukuk Komisyonunu bir uluslararası ceza mahkemesi statüsü üzerinde çalışmakla görevlendiren bir karar kabul etmişti.<sup>3</sup>

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması birçoklarının umut ettiğinden daha uzun bir zaman aldı. Soğuk Savaş'ın ilk yıllarında, 1954'te, Genel Kurul bu proje üzerinde çalışmayı askıya aldı.<sup>4</sup> Proje üzerinde çalışmayı

---

<sup>1</sup> Statüye Taraf Devletlerin bir listesi orjinal basının ekler bölümünde yer almaktadır. Otuz Devletten fazlasının onaylama için gerekli olan politik, yargısal ya da yasal değişiklik hazırlıklarını yapmakta olduğu rapor edilmiştir: Arnavutluk, Angola, Ermenistan, Azerbaycan, Bahamalar, Bangladeş, Beyaz Rusya, Burkina Faso, Burundi, Kamerun, Yeşilburun, Şili, Komor, Fildişi Sahili, Gürcistan, Grenada, Gine, Haiti, Jamaika, Kazakistan, Kenya, Madagaskar, Meksika, Monako, Rus Federasyonu, Saint Lucia, Sao Tome ve Principe, Seyşeller, Tayland, Tuvalu ve Zimbabve. Bkz., International Human Rights Law Institute, 'Progress Report on the Ratification and National Implementing Legislation of the Statute for the Establishment of an International Criminal Court', 1 January 2003.

<sup>2</sup> GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810.

<sup>3</sup> 'Study by the International Law Commission of the Question of an International Criminal Jurisdiction', GA Res. 216 B (III).

<sup>4</sup> GA Res. 897 (X) (1954).

1989'a kadar tekrar başlatmadı.<sup>5</sup> Soğuk Savaşın sona ermesi, bir mahkeme fikri için ihtiyaç duyulan nefes alma alanını sağladı. Soğuk Savaşın sonunda Eski Yugoslavya'da ortaya çıkan kargaşa, gündemde öne taşınan uluslararası adalet için laboratuvar oluşturdu.<sup>6</sup> Roma Statüsünün nihai şekli birçok eksiklik içermektedir ve hala 'Birleşmiş Milletlerin kuruluşundan bu yana en önemli kurumsal yenilik olabilir'.<sup>7</sup> 1990'larda ve yirmi birinci yüzyılın başında fikrin kendisindeki muazzam ilerleme, oldukça çok sayıdaki Devletin derin ve bir bakıma gizemli coşkusu göstermektedir. Belki de, Birleşmiş Milletlerin ve bölgesel örgütlerin uluslararası barış ve güvenliği geliştirme-deki zayıflığından ötürü hayal kırıklığına uğramışlardır. Daha büyük bir ölçüde, Mahkemenin başarısı temel felsefesinin ve bakış açısının çoğunu paylaştığı insan hakları hareketinin gelişimine koşuttur. Elbette Mahkeme, kuruma karşı muhalefetine yalnız fakat aynı zamanda kararlı olan dünyanın süper gücünün, Amerika Birleşik Devletlerinin, düşmanlığını da çekmiştir.

Yeni Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), Hollanda'nın başkenti Lahey'de, köklü kuzeni Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) yanındadır. UAD, Devletlerin, Devlet olarak ihtilaflarına dair meseleleri dava ettikleri mahkemedir. Bireylerin UAD önündeki rolleri olsa olsa sınırdadır. Görüleceği üzere, UCM sadece bireylerin kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını öngörmemekte aynı zamanda bireylere mağdur olarak meşru bir katılım da tanımaktadır. Daha genel bir anlamda, UCM esas olarak, genellikle ciddi insan hakları ihlalleri olarak tanımlanabilen meselelerle ilgilidir. Diğer taraftan UAD, yargısal mesaisinin çoğunu uluslararası sınırları ve balıkçılık mntıklarını kaldırmak ve benzer meseleler için harcamaktadır. UAD, UCM'nin kurulmasını teşvik eden aynı eğilimlere ve gelişmelere maruz kaldığı için kendisini insan hakları meseleleri ile gittikçe artan bir şekilde ilgili görmektedir.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> GA Res. 44/89.

<sup>6</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex.

<sup>7</sup> Robert C. Johansen, 'A Turning Point in International Relations? Establishing a Permanent International Criminal Court', (1997) 13 Report No. 1, 1 (Joan B. Kroc Institute for International Peace Studies, 1997).

<sup>8</sup> Yeni davalar, Eski Yugoslavya'da soykırım, nükleer silahların kullanımı, Güney Timor'da kendi kaderini tayin, uluslararası insan hakları soruşturmacılarının dokunulmazlığı, hükümet bakanlarının insanlığa karşı suçlar için kovuşturulması ve Birleşik Devletler'de ölüm cezasının verilmesi ile ilgilidir.

UCM'ye ilişkin yazın şimdiden zengindir ve esas olarak uzmanlara yönelik olan birçok ayrıntılı makale derlemeleri yayımlanmıştır bile.<sup>9</sup> Bu çalışmanın amacı hem çok mütevazı hem de çok iddialıdır: UCM'nin kurulmasına ve çalışmasına ilişkin hukuki konular için özlü ve tutarlı ve uzman olmayanların da başvurabileceği bir giriş sağlamaktadır. Metin içindeki referanslar, okuyucular ek analizler istediklerinde daha ayrıntılı kaynaklar için yol göstermektedir. Tüm uluslararası anlaşmalar ve benzer dokümanlar için olduğu gibi, konunun öğrencileri 1998 Diplomatik Konferansının ve ona öngelen toplantıların orijinal kayıtlarına bakmak için teşvik edilmiştir. Fakat bu belgelerin hacmi heybetlidir ve bunlardan anlamlı analizler ve sonuçlar da-  
mitmek ilginç bir çaba olacaktır.

Belki bu ikinci bası birinciden oldukça kısa bir süre sonra ortaya çıktı fakat bu, Mahkeme'nin hayret verici şekilde hızlı ilerlemesinin bir diğer göstergesi olarak görülmelidir. İlk basıda birçok arkadaşına ve meslektaşına teşekkür ettim ve burada bunu tekrar etmediğim için hoşgörülerini rica ediyorum. Her zaman olduğu gibi, Cambridge Üniversitesi Yayınevinden Finola O'Sullivan coşkulu ve teşvik ediciydi. Nihayet, elbette, teşekkürlerim efsanevi sabrı için Penelope'a.

---

<sup>9</sup> Roy Lee, ed., *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999; Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos, 1999 (ikinci bir bası 2004'de çıkacak); Herman von Hebel, Johan G. Lammers and Jolien Schukking, eds., *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos*, The Hague: T. M. C. Asser, 1999; Flavia Lattanzi and William A. Schabas, eds., *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Rome: Editrice il Sirente, 2000; Dinah Shelton, ed., *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2000; Roy Lee, *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2001; Mauro Politi and Giuseppe Nesi, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Aldershot: Ashgate, 2001; Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2002; and Flavia Lattanzi and William A. Schabas, eds., *Essays on the Rome Statute of the ICC*, vol. II, Rome: Editrice il Sirente (yakında çıkacak). İki tane de çok önemli monografi bulunmaktadır: Leila Nadya Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002; and Bruce Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

WILLIAM A. SCHABAS  
Oughterard, County Galway  
1 Nisan 2003



## ÇEVİRENİN ÖNSÖZÜ

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kuruluşu, ulusalüstü insan hakları hukukunda çok önemli bir dönüm noktasıdır. UCM'yi kuran Roma Statüsü, II. Dünya Savaşı sonrasında bireylerin ulusalüstü bir insan hakları hukuku organı önünde bireysel şikayet başvurusu olma imkanını tanıyarak, bireyi ulusalüstü hukukta ilk kez özne konumuna getiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bu oldukça radikal adımını bir anlamda tamamlamaktadır. Şöyle ki, UCM'nin faaliyete geçmesi ile birlikte, artık sadece insan haklarını ihlal eden devletler değil ve fakat bireyler de bizzat ulusalüstü bir organ önünde hesap verebileceklerdir. Bir başka deyişle, Roma Statüsü'nde sıralanan suçların failleri olan bireyler, UCM önünde yargılanıp mahkum edilebilecektir.

Böylesine önemli bir kuruma ilişkin olan bu kitabın Türkçe'ye çevrilerek Türk okuruna sunulması hiç şüphesiz yararlı olacaktır. Böylece, Türk okurları UCM'nin bilgisine ulaşabilecektir. Bu kitap, UCM'ye dair İngilizce literatürdeki tek eser olmamakla birlikte, Roma Statüsü'nün hazırlanması süreci de dahil UCM'ye ilişkin bütün konuları kapsamaması ve sadece bu alanın uzmanlarını değil aynı zamanda bu alana yabancı olanları da hedeflemesiyle diğer eserlerden ayrılmaktadır. Kaldı ki, kitabın yazarı Prof.Dr. William Schabas uluslararası ceza hukukunda ve insancıl hukukta son derece yetkin bir isimdir. Bu özellik, kitabın değerini bir kat daha artırmaktadır.

Roma Statüsü ve UCM'ye ilişkin diğer belgeler, hem insan hakları hukuku hem insancıl hukuk hem de uluslararası ceza hukuku alanlarını ilgilendiren hususlar içermektedir. Ayrıca, gerek Statü gerekse diğer ilgili belgeler, common law ile kıta Avrupası hukukunun bir karmasıdır. Bu sebeple de kitabın Türkçe'ye çevrilmesi zorlu bir görev olduğu kadar çok da keyif vericiydi. Kitaptaki terimlerin Türkçe uygun karşılığını bulmakta, kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olan Türk hukuk sisteminin kavram ve terimleri yetersiz kalabilmiştir. Bundan dolayı, yukarıda sayılan alanlara ilişkin karşılaştırmalı okumalarla en uygun Türkçe karşılıklar bulunmaya çalışılmıştır. Bazı terimlerin Türkçe karşılığının yanında İngilizce orijinallerine de yer verilmiştir. Kitabın orijinalinde bulunan italikler aynı şekilde bırakılmıştır. Kitabın çevirisinde beş ayrı yerde yıldız işareti (\*) ile çeviren dipnotu verilmiştir. Ayrıca, kitabın orijinalindeki dipnotlarda referansı verilen ve Türkçe'ye çevrilmiş bulunan bazı belgelerin Türkçe çe-

virilerinin tam referansı aynı dipnot içinde çeviren notu olarak meraklı okuyucular için verilmiştir. Kitabın orijinalindeki bazı dipnotlarda yer alan küçük baskı hataları çeviren notu verilerek düzeltilmiştir.

Son söz olarak, bu kitabın çevrilmesi sürecindeki katkılarından ötürü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi sayın Hocam Prof. Dr. Semih Gemalmaz'a, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi Yrd. Doç.Dr. Barış Erman'a ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Sayın Burak Gemalmaz'a teşekkürlerimi ifade etmek isterim. Ayrıca çevirinin düzeltme okumaları sırasındaki yardımları için Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Sayın Gülfem Pamuk'a çok teşekkür ederim.

Gülay Arslan  
Beyazıt 2007

## **KISALTMALAR**

- EYUCM** : Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi
- GK** : Genel Kurul
- GK** : Güvenlik Konseyi
- İHK** : İnsan Hakları Komisyonu
- RUCM** : Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi
- SSY** : Savaş Suçluları Yargılamaları
- SSYHR** : Savaş Suçluları Yargılamaları Hukuk Raporları
- TDK** : Taraf Devletler Kurulu
- UAD** : Uluslararası Adalet Divanı
- UCM** : Uluslararası Ceza Mahkemesi
- UHK** : Uluslararası Hukuk Komisyonu



**İÇİNDEKİLER**

Önsöz .....	5
Çevirenin Önsözü .....	9
Kısaltmalar .....	11
İçindekiler .....	13

**MAHKEMENİN KURULUŞU**

Nuremberg ve Tokyo yargılamaları.....	20
Uluslararası Hukuk Komisyonu.....	23
Ad hoc mahkemeler .....	26
UCM Statüsü'nün hazırlanması.....	29

**MAHKEME TARAFINDAN KOVUŞTURULAN SUÇLAR**

Soykırım.....	54
İnsanlığa karşı suçlar .....	60
Savaş suçları .....	71
Diğer suçlar.....	87

**YARGI YETKİSİ VE KABUL EDİLEBİLİRLİK**

Konu bakımından (ratione materiae) yargı yetkisi .....	91
Zaman bakımından (ratione temporis) yargı yetkisi.....	92
Yargı yetkisinin temelleri/dayanakları.....	95
Yer bakımından (ratione loci) yargı yetkisi .....	101
Kişi bakımından (ratione personae) yargı yetkisi .....	103
Güvenlik Konseyi'nin kovuşturmayı veto etmesi .....	106
Kabul edilebilirlik .....	109

**CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ**

Hukukun kaynakları.....	115
Roma Statüsü'nün Yorumlanması .....	119
Masumiyet karinesi.....	120
Kendisine suç isnad edilen kişinin hakları.....	123
Şahsi Ceza Sorumluluğu .....	128
Komutanların ve diğer amirlerin sorumluluğu .....	133
Mens rea ya da manevi unsur .....	135
Savunmalar .....	138
Kanuni zamanaşımı süresi .....	144

## **SORUŞTURMA VE YARGILAMA ÖNCESİ USUL**

Kovuşturmanın başlaması.....	150
Yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik hakkındaki kararlar .....	155
Soruşturma .....	157
Yakalama/tutuklama ve teslim etme.....	164
Mahkeme önüne çıkma ve geçici salıverme .....	169
İddianamenin kabulü duruşması .....	171

## **YARGILAMA VE TEMYİZ**

Deliller .....	186
Cezanın belirlenmesi usulü.....	194
Temyiz ve yargılamanın yenilenmesi .....	196

## **CEZALANDIRMA VE MAĞDURLARIN HAKLARI**

Mevcut cezalar .....	203
İnfaz .....	207
Suçların mağdurları ve onların menfaatleri .....	209

## **MAHKEME'NİN YAPISI VE İDARESİ**

Mahkeme yargıçları .....	216
Savcılık Bürosu.....	221
Yazı İşleri Müdürlüğü.....	222
Etik meseleler .....	222
Savunma kürsüsü .....	223
Diller .....	224
Taraf Devletler Kurulu .....	224
Kaynak .....	225
Anlaşmazlıkların çözümü .....	226
Çekinceler .....	227
Değişiklikler .....	229
İmza, onaylama, uygun bulma ve katılma .....	231
Geçerli metinler .....	232

## 1

## MAHKEMENİN KURULUŞU

Savaş suçluları, en azından Antik Yunan'dan ve muhtemelen daha öncesinden beri kovuşturulmaktadır. Davranışların, vahşi silahlı çatışmanın uç koşullarında bile, ortak bir paydası olduğu fikri, insan ruhunun bazı temel değerlerine ilişkin olarak felsefe ve dinden kaynaklanan inançları doğrulamaktadır. Savaşa ilişkin erken dönem yasa ve teamülleri, klasik yazarların ve tarihçilerin eserlerinde bulunabilir. Bunları ihlal edenler yargılanmış ve cezalandırılmıştı. Bu hukukun, Kolombiya Üniversitesi profesörü Francis Lieber tarafından hazırlanan ve Abraham Lincoln tarafından Amerikan İç Savaşı sırasında Birlik ordusuna uygulanan ayrıntılı metin gibi modern kodifikasyonları, insanlık dışı davranışı öngörmüş ve yağma, sivillerin ırzına geçme, esirlerin istismarı ve benzer gaddarlıklar için ölüm cezası dahil cezalar düzenlemişti.<sup>1</sup> Ancak, savaş suçlarının kovuşturulması sadece ulusal mahkemeler tarafından gerçekleştirilmişti ve suçların sorumluları hala iktidarda olduğu ve suçların mağdurlarına boyun eğdirilmeye devam edildiği sürece bu kovuşturmalar etkisizdi ve etkisiz olmaya devam etmektedir. Tarihsel olarak, savaş suçlarının kovuşturulması genellikle mağlupların ya da savaş galibi ordudaki suçlu muharıplerin/ savaşımların münferit davaları ile sınırlandırılmıştı. Ulusal adalet sistemleri, bu tür davalarda eşit ve tarafsız olamadıklarını sıklıkla kanıtlamıştır.

Gaddarlıklar işlenmesinden dolayı yapılan ilk gerçek uluslararası yargılama, muhtemelen Peter von Hagenbach'ın Breisach'ın işgali sırasında işlenen gaddarlıklardan ötürü 1474 yılındaki yargılanmasıdır. Şehir geri alındığı zaman, von Hagenbach savaş suçları ile itham edilmiş, mahkum edilmiş ve kafası kesilmişti.<sup>2</sup> Fakat şüphesiz orta çağ uluslararası adaletinde tuhaf bir deneyimden daha fazlası olmayan bu durum, kısa bir süre sonra, 1648 Westphalia Barışından kaynaklanan Devlet egemenliğinin kutsallığı ile geçmişte kalmıştı. On dokuzuncu yüzyılın ortasında silahlı çatışma hukukunun gelişimiyle birlikte, insancıl ihlallerin uluslararası

<sup>1</sup> Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Orders No. 100, 24 April 1863.

<sup>2</sup> M. Cherif Bassiouni, 'From Versailles to Rwanda in 75 Years: The Need to Establish a Permanent International Court', (1997) 10 *Harvard Human Rights Journal* 11.

kovuşturulmasına ilişkin kavramlar yavaş yavaş ortaya çıkmaya başladı. 1860'larda Cenevre'de gelişen Kızıl Haç hareketinin kurucularından biri, uluslararası bir ceza mahkemesi için taslak bir statünün hazırlanmasını zorladı. Statünün amacı, 1864 Cenevre Sözleşmesi'nin ve diğer insancıl normların ihlallerini kovuşturmak olacaktı. Fakat Gustav Monnier'in yenilikçi önerisi, zamanı için çok fazla radikaldi.<sup>3</sup>

1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri, savaş yasalarının uluslararası bir andlaşma içerisindeki ilk önemli kodifikasyonunu temsil etmektedir. Sivil nüfusun korunmasına ilişkin bir dizi önemli hüküm içermektedir. 1907 Lahey Sözleşmesi IV'e eklenmiş olan Düzenlemeler Madde 46, 'aile onuruna ve haklarına, kişilerin yaşamlarına ve özel mülkiyete olduğu gibi dini inançlara ve ibadete' saygıyı düzenlemektedir.<sup>4</sup> Düzenlemelerin diğer hükümleri, kültürel nesnelere ve sivillerin özel mülkiyetini korumaktadır. Sözleşmelerin başlangıç bölümü, eksiksiz olmadıklarını kabul etmekte fakat daha eksiksiz bir savaş yasaları kodu hazırlanana kadar 'ikamet eden halkın ve muhariplerin/savaşanların, uygar insanlar arasında yerleşik olan kullanımdan, insanlık yasalarından ve kamu vicdanının sesinden kaynaklanan milletler hukuku ilkelerinin koruması ve hakimiyeti altında olmaya devam edeceği' sözünü vermektedir. Bu hüküm, onu hazırlayan Rus diplomatından sonra Martens klozu olarak bilinmektedir.<sup>5</sup>

Lahey Sözleşmeleri ile, uluslararası andlaşmalar olarak, Devletlere yükümlülükler ile görevler yüklemek istenmiş ve bireyler için cezai sorumluluk oluşturmak niyetlenmemişti. Lahey Sözleşmeleri, bazı eylemleri hukuk dışı ilan etmiş fakat ihlal edilmeleri durumunda bir yaptırım belirten herhangi bir hükmün yokluğundan anlaşılacağı üzere, bunları suç olarak ilan etmemişti. Yine de, Lahey Sözleşmeleri, sadece bir kaç yıl içinde, savaş suçları hukukunun bir kaynağı olarak sunulmaya başlanmıştı. 1913 yılında, Balkan Savaşları sırasında işlenen gaddarlıkları soruşturmak üzere Carnegie Foundation tarafından gönderilen bir tahkikat komisyonu, Lahey Sözleşmesi IV'ü savaş suçlarını tanımlamak için bir temel olarak kullan-

<sup>3</sup> Christopher Keith Hall, 'The First Proposal for a Permanent International Criminal Court', (1998) 322 *International Review of the Red Cross* 57.

<sup>4</sup> Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 3 *Martens Nouveau Recueil* (3d) 461. 1899 andlaşması için bkz., Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, 32 Stat. 1803, 1 *Bevans* 247, 91 *British Foreign and State Treaties* 988.

<sup>5</sup> Theodor Meron, 'The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience', (2000) 94 *American Journal of International Law* 78.



mıştı.<sup>6</sup> I. Dünya Savaşı'nın hemen sonrasında, Merkez Güçler tarafından işlendiği iddia edilen savaş suçlarını incelemek için kurulmuş olan Savaş Müsebbiplerinin Sorumluluklarına ve Cezaların İnfazına Dair Komisyon, aynı şeyi yapmıştı.<sup>7</sup> Fakat Lahey Sözleşmeleri'nin ihlallerinden ötürü asıl kovuşturma için Nuremberg'e dek beklemek gerekecekti. 1899 ve 1907 Sözleşmeleri'ndeki köklerinden ötürü 'Lahey Hukuku' olarak bilinen savaş yasalarına ve teamüllerine karşı işlenen suçlar, 1993 Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü<sup>8</sup> ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Madde 8(2) (b), (e) ve (f) içerisinde kodifiye edilmektedir.

I. Dünya Savaşı sona ererken, başta İngiltere'de olmak üzere, kamuoyu, genel anlamda savaştan sorumlu oldukları düşünülen kişilerin cezai kovuşturmaları konusu ile giderek daha çok ilgilenmeye başlamıştı.) Savaş yasaları ve teamüllerinin ihlallerinin ötesine geçip, ek olarak, savaş çığırtkanlığının kendisini de uluslararası anlaşmaların ihlali olarak kovuşturmak için çok fazla baskı vardı. Müttefikler, Paris Barış Konferansı'nda, bu tür yargılamaların ve hukuki temellerinin mantığını tartışmıştı. Amerika Birleşik Devletleri, bunun *ex post facto/ceza normunun geriye yürüdüğü* bir adalet olacağını ileri sürerek genellikle bu fikre muhalefet ediyordu. Birleşik Devletler delegasyonu, uluslararası sözleşmelerin ihlalinden ve hepsinin üstünde 'insanlık yasaları'na karşı suçlardan ötürü sorumluluğun -bir Devletin kendi sınırları içerisinde sivillerin işlediği gaddarlıklara yapılan bir gönderme- bir ahlak kuralları meselesi olup, bir hukuk/yasa meselesi olmadığını söylemişti. Fakat bu azınlıkta kalan bir görüştü. Ulaşılan uzlaşma, 'insanlık yasaları' kavramını doğurmuş ve Kayser Wilhelm II'nin 'uluslararası ahlak kurallarına ve anlaşmaların kutsallığına karşı en üst de-recedeki bir suçtan ötürü' kovuşturulması sözü verilmişti. Versay Andlaşması, mağlup Alman imparatorunu resmen itham etmiş ve onun yargılanması için 'özel bir mahkeme' kurulmasını taahhüt etmişti.<sup>9</sup> Hohenzollern'li Wilhelm, kendisini iade etmeyi reddeden tarafsız Hollanda'ya kaçmıştı, Hol-

<sup>6</sup> *Report of the International Commission to Inquire into the Causes and Conduct of the Balkan Wars*, Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1914.

<sup>7</sup> *Violations of the Laws and Customs of War, Reports of Majority and Dissenting Reports of American and Japanese Members of the Commission of Responsibilities, Conference of Paris, 1919*, Oxford: Clarendon Press, 1919.

<sup>8</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex.

<sup>9</sup> Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany ('Treaty of Versailles'), (1919) TS 4, Md. 227.

landa hükümeti ithamların geriye yürürlü ceza yasası içerdiğini düşünüyordu. Hohenzollern’li Wilhelm, hayatını Hollanda’da geçirdi ve ironik bir şekilde, mülteci olarak bulunduğu ülke II. Dünya Savaşı’nın ilk yıllarında Alman işgaline uğrarken 1941 yılında öldü.

Versay Andlaşması aynı zamanda, Müttefiklere, savaş suçları ile itham edilen Alman askerlerini yargılamak için askeri mahkemeler kurma hakkını tanımıştı.<sup>10</sup> Almanya bu hükümleri hiçbir zaman kabul etmemiş ve bilahare, Müttefiklerin şüpheli Almanların listelerini hazırlayacağı fakat yargılamaların Alman mahkemeleri önünde yapılacağı şeklinde bir uzlaşmaya varılmıştı. Yaklaşık 900 kişilik bir ilk isim listesi çabucak 40 civarına indirilmiş ve sonunda sadece bir düzine kişi gerçekten yargılanmıştı. Birkaçı beraat etmişti; suçlu bulunanlar hafif hapis süreleri ile cezalandırılmıştı ki bu süreler, genellikle mahkumiyet öncesi tutukluluk sürecinde geçirilen süreden daha fazlası değildi. Yargılamalar, herhangi bir uluslararası hesap sormadan daha ziyade Alman ordusunun disiplin işlemlerine benziyordu. ‘Leipzig Yargılamaları’ olarak bilinen, uluslararası adalete dair bu erken girişimin başarısızlığı, savaş arası yıllarda kalıcı bir uluslararası mahkeme geliştirme çabalarını usandırmış ve Nazi liderlerinin savaş suçlarından yargılanmalarına karşı çıkanların ekmeğine yağ sürmüştü. Fakat Leipzig mahkemesinin, hastane gemiler *Dover Castle* ve *Llandoverly Castle*’in batırılması ve çoğunluğu Kanadalı yararlılar ve tıbbi personel olan hayatta kalanların öldürülmesi ile ilgili iki hükmü, amirin emri savunmasının kapsamına dair örnekler olarak bugün dahi gösterilmektedir.<sup>11</sup>

Türkiye ile barış yapılmasını öngören 1920 Sevr Andlaşması aynı zamanda, savaş suçlarının yargılanmasını da düzenlemişti.<sup>12</sup> Türklere karşı önerilen kovuşturmalar oldukça radikaldi; mağdurları, işgal altındaki toplarlardaki Müttefik Devletler askerleri ya da sivilleri olan suçlarda zanlıla-

<sup>10</sup> *Ibid.*, Md. 228–230.

<sup>11</sup> *German War Trials, Report of Proceedings Before the Supreme Court in Leipzig*, London: His Majesty’s Stationery Office, 1921. Ayrıca bkz., James F. Willis, *Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Westport, CT: Greenwood Press, 1982.

<sup>12</sup> (1920) UKTS 11; (1929) 99 (3rd Series), DeMartens, *Recueil général des traités*, No. 12, sf. 720 (Fransızca versiyon).

10/08/1920’de imzalanan Sevr Andlaşması’nın Türkçe çevirisi için bkz., **Osmanlı İmparatorluğunun Çöküş Belgeleri (Mondros Birakışması, Sevr Andlaşması, İlgili Belgeler)**, çeviren Seha L. Meray, Osman Olcay, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları NO: 409, sf. 43-185. (ç.n.)

rın yargılanmasının ötesine geçip, Osmanlı İmparatorluğu tebaasını özellikle de 1915 olaylarının\* mağdurlarını kapsıyordu. Bu, daha sonra insanlığa karşı suçlar olarak adlandırılacak olan suçların başlangıç noktasıydı. Ancak, Sevr Andlaşması hiçbir zaman Türkiye tarafından onaylanmadı ve yargılamalar asla yapılmadı. Sevr Andlaşması'nın yerini, 1 Ağustos 1914 ila 20 Kasım 1922 tarihleri arasında işlenen tüm suçlar için bir 'Bağışlama Bildirisi' içeren 1923 Lozan Andlaşması aldı.<sup>13</sup>

Uluslararası bir ceza mahkemesi kurmaya yönelik bu ilk girişimler, her ne kadar başarılı olmadıysa da, birçok uluslararası hukukçuyu takip eden yıllar boyunca dikkatlerini bu konuya vermeye teşvik etti. Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından Hukukçular Danışma Komitesi üyesi olarak atanan Belçikalı Baron Descamps, bir 'uluslararası adalet yüksek mahkemesi' kurulmasını ısrarla ileri sürmüştü. Descamps, Lahey Sözleşmelerinin başlangıcında yer alan Martens klotunun dilini ödünç alarak, mahkemenin yargı yetkisinin 'uygar uluslarca fakat aynı zamanda kamu vicdanının talepleri [ve] uygar ulusların hukuk vicdanının sesi tarafından tanınan" suçları kapsamamasını tavsiye etmişti. Milletler Cemiyeti Genel Kurulu Üçüncü Komitesi, Descamps'ın fikirlerini 'zamansız' ilan etti. Uluslararası Hukuk Derneği ve Ceza Hukuku Uluslararası Derneği gibi uzmanlık kuruluşlarının çabaları, bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmasını öngören bir andlaşmanın 1937 yılında Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilmesi ile sonuçlandı.<sup>14</sup> Fakat yeterli sayıda Devletin onaylamamasından ötürü bu anlaşma hiçbir zaman yürürlüğe girmedi.

\* '1915 olayları' ibaresinin kitaptaki orijinal karşılığı, 'Armenian genocide' şeklindedir. 1915 olaylarının niteliği ulusal ve uluslararası alanda hem tarihçiler hem de hukukçular arasında tartışmalı olduğu için, kitabın yazarının da izni alınarak orijinal ibare bu şekilde Türkçe'ye çevrilmiştir. (ç.n.)

<sup>13</sup> Treaty of Lausanne Between Principal Allied and Associated Powers and Turkey, (1923) 28 LNTS 11.

24/07/1923 tarihinde imzalanan "Lozan Andlaşması"nın Türkçe çevirisi için bkz., **Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, İkinci Takım Cilt II**, çeviren Seha L. Meray, YKY, İstanbul, Mayıs 2001, sf: 1-49; Genel Affa İlişkin Bildiri ve Protokol'ün çevirisi için bkz., Seha L. Meray, age., sf: 92-93. (ç.n.)

<sup>14</sup> Convention for the Creation of an International Criminal Court, League of Nations OJ Spec. Supp. No. 156 (1936), LN Doc. C.547(I).M.384(I).1937.V (1938).

## Nuremberg ve Tokyo yargılamaları

1 Kasım 1943 Moskova Bildirisinde Müttefikler, Nazileri savaş suçlarından ötürü kovuşturma konusundaki kararlılıklarını tekrar etmişlerdi. Müttefiklerin büyük kısmının temsilcilerinden oluşan ve başkanlığını Birleşik Krallık'tan Sir Cecil Hurst'un yaptığı Birleşmiş Milletler Savaş Suçlarını Soruşturma Komisyonu, savaş sonrası kovuşturma için sahneyi hazırlamak üzere kurulmuştu. Komisyon, metnini büyük ölçüde Milletler Cemiyeti'nin 1937 andlaşmasına dayandırdığı ve resmi bir organ olmayan Londra Uluslararası Genel Kurulu tarafından savaşın ilk yıllarında yürütülen çalışmadan esinlendiği bir 'Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Mahkemesi Kurulması için Taslak Metin' hazırlamıştı.<sup>15</sup> Fakat, Nuremberg kovuşturmaları için zemini hazırlama, savaşın sona ermesinden sonra toplanan ve dört büyük güçle, Birleşik Krallık, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri ve Sovyetler Birliği ile sınırlı olan Londra Konferansı'nın işiydi. Avrupa Ekseninde Büyük Savaş Suçlarının Kovuşturulması ve Cezalandırılması ile Uluslararası Askeri Mahkeme (UAM) Şartını Kurma Anlaşması, 8 Ağustos 1945 tarihinde resmen kabul edilmiş ve dört gücün temsilcileri tarafından derhal imzalanmıştı. Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı, Anlaşmaya eklenmişti.<sup>16</sup> Bu görüşe desteğini göstermeye çalışan diğer on dokuz Devlet, Mahkeme'nin faaliyetlerinde ya da statüsünün görüşmelerinde hiç aktif rol oynamamakla beraber, zaman içerisinde bu andlaşmaya katılmıştı.

Ekim 1945 tarihinde, yirmi dört Nazi lideri hakkında iddianame hazırlanmış ve Büyük Savaş Suçlarının Yargılanması olarak bilinen yargılanmalarına takip eden ayda başlanmıştı. Yaklaşık bir yıl sonra, bu yargı-

<sup>15</sup> 'Draft Convention for the Establishment of a United Nations War Crimes Court', UN War Crimes Commission, Doc. C.50(1), 30 September 1944.

<sup>16</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT), Annex, (1951) 82 UNTS 279. Bkz., Arieh J. Kochavi, *Prelude to Nuremberg: Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*, Chapel Hill, NC, and London: University of North Carolina Press, 1998; *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, Washington: US Government Printing Office, 1949. 08/08/1945.

08/08/1945 tarihinde imzalanan "Avrupa Ekseninde Büyük Savaş Suçlarının Kovuşturulması ve Cezalandırılması Anlaşması"nın metninde yer alan "Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı"nın Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal, 6. Bası, 2007, sf: 712-713. (ç.n.)

lamalar, on dokuz sanığın mahkum edilmesi ve on iki davada ölüm cezası verilmesi ile neticelenmişti. Mahkeme'nin yargı yetkisi üç kategori suç ile sınırlandırılmıştı: barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar. Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı, suçlar işlendikten sonra kabul edilmiş ve bu nedenle *ex post facto* suç oluşturmakla eleştirilmişti. Mahkeme, bu tür argümanları reddederek savaş suçları için Lahey Sözleşmelerine ve barışa karşı suçlar için 1928 Briand- Kellogg Paktına gönderme yapmıştı.<sup>17</sup> Mahkeme ayrıca, ceza normunun geçmişe yürümesi yasağının adaletin bir ilkesi olduğunu ve Nazi suçlularının cezasız bırakılmasının adalete karşı gelmek olacağını belirtmişti. Bu argüman, çok az örneği olan insanlığa karşı suçlar kategorisi bakımından özellikle önemliydi. Bazı savaş suçları ithamlarında Mahkeme, İngiliz ve Amerikan askerlerinin benzer davranışlarına ilişkin delilleri muhakeme ettikten sonra mahkumiyete hükmetmeyi reddetmişti.<sup>18</sup>

Aralık 1945 tarihinde dört Müttefik kuvvet, Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı'nın bir bakıma değiştirilmiş bir versiyonu olup Kontrol Konseyi Yasası No. 10 olarak bilinen belgeyi düzenlemiştir.<sup>19</sup> Bu belge, Galip Müttefik Devletler tarafından askeri mahkemeler önünde gerçekleştirilen bir dizi yargılamalar ve Alman mahkemeleri tarafından yapılan ve birkaç on yıl süren sonraki kovuşturmalar için hukuki/yasal dayanağı sağlamıştı. Sivil mahkemeler tarafından Almanların kovuşturulmasında uygulandığı için gerçekte iç hukukun bir parçası olan Kontrol Konseyi Ya-

<sup>17</sup> The Briand- Kellogg Paktı, uluslararası ihtilafları çözmek için savaşın bir araç olarak kullanılmasını reddeden bir andlaşmaydı. Önceden, savaş uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamıştı. Devletler, kendilerini saldırı ve tecavüzlerden korumak için iki taraflı ve çok taraflı saldırmazlık ve ittifak anlaşmaları ağı tesis etmişti.

<sup>18</sup> *France et al. v. Goering et al.*, (1946) 22 IMT 203; (1946) 13 ILR 203; (1946) 41 *American Journal of International Law* 172. Hükümün kendisi ve duruşmalar ile belgesel delillerin kopyası, İngilizce ve Fransızca yayımlanan ve büyük kütüphanelerin çoğunda mevcut olan kırk ciltlik bir seride toplanmıştır. Büyük savaş suçlularının Nuremberg yargılanmaları hakkındaki literatür geniştir. Muhtemelen en modern açıklama şudur: Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, New York: Alfred A. Knopf, 1992.

<sup>19</sup> Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, *Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, 31 January 1946, pp. 50–5.

20/12/1945 tarihinde çıkarılan “Kontrol Konseyi Kanun No. 10”ün Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku'nun Genel Teori-sine Giriş, sf: 713-714. (ç.n.)

sası No. 10, Nuremberg Mahkemesi Şartı'nda yer alan insanlığa karşı suçlar tanımını geniş ölçüde ödünç almıştı. Fakat Nuremberg Mahkemesi Şartı'nın, insanlığa karşı suçlar ile bir savaş durumunun varlığı arasında bağ olduğu yönündeki ısrarını ihmal etmiş, böylece Yahudilere yapılan zulüm ve özürlü kişilerin ötanazisi dahil Alman sivillere karşı 1939 yılı öncesinde işlenen suçların kovuşturulmasını kolaylaştırmıştı. Amerikan askeri mahkemeleri tarafından bir kaç önemli yargılama, Kontrol Konseyi Yasası No. 10 uyarınca 1946–1948 yılları arasında yapılmıştı. Bu yargılamalar, yargıçlar, doktorlar, bürokratlar ve askeri liderler gibi sanık grupları üzerinde odaklanmıştı.<sup>20</sup>

Pasifik sahnesinde, Galip Müttefikler, Uzak Doğu için Uluslararası Askeri Mahkemesini kurmuştu. Japon savaş suçluları, Nuremberg'de kullananlara benzer hükümler altında yargılanmıştı. Yargıçlar kürsüsü daha kozmopolitti, Hindistan, Çin ve Filipinler dahil on bir ülkeden gelen yargıçlardan oluşuyordu, oysa Nuremberg yargıçları dört büyük güç olan Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Fransa ve Sovyetler Birliği tarafından atanmıştı.

Nuremberg'de Nazi savaş suçluları, savcının 'soykırım' olarak adlandırdığı suç ile itham edilmişti. Fakat bu terim, Statünün esasa ilişkin hükümleri arasında geçmiyordu ve Mahkeme Nazi savaş suçlularını, Avrupa'daki Yahudi halka karşı işlenen gaddarlıklardan ötürü 'insanlığa karşı suçlar'dan mahkum etti. Mahkeme hükmünün verildiği haftalarda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda bu alandaki mevzuatı ilerletmek için çabalar başladı. Aralık 1946 tarihinde, soykırımı uluslararası hukuka karşı bir suç ilan eden ve bu konuda bir sözleşme hazırlanması çağrısında bulunan bir karar kabul edildi.<sup>21</sup> İki yıl sonra Genel Kurul, Soykırım Suçunun

<sup>20</sup> Frank M. Buscher, *The US War Crimes Trial Program in Germany, 1946–1955*, Westport, CT: Greenwood Press, 1989. Davaların hükümleri ve tali materyaller ile belgesel delillerin büyük kısmı iki seri olarak yayımlanmıştır. Biri Amerika Birleşik Devletleri yönetimi tarafından *Trials of the War Criminals* (15 cilt) başlığıyla, diğeri Birleşik Krallık hükümeti tarafından *Law Reports of the Trials of the War Criminals* (15 cilt) başlığıyla yayımlanmıştır. Her iki seriye de kütüphanelerden kolayca ulaşılabilir.

<sup>21</sup> GA Res. 96 (I).

“Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 11/12/1946 tarih ve 96(1) sayılı Kararı”nın Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, sf: 717-718. (ç.n.)

Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesini kabul etti.<sup>22</sup> 1948 Sözleşmesi Madde II’de düzenlenen soykırım tanımı, değiştirilmeden Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne Madde 6 olarak dahil edilmiştir. Fakat, suç tanımlamanın ve kovuşturulmasına ilişkin çeşitli yükümlülükler düzenlenmenin yanı sıra, Sözleşme Madde VI, soykırım yargılamasının ‘eylemin işlendiği ülkenin Devletinin yetkili bir mahkemesi önünde ya da bu Sözleşmeciler Devletler bakımından yargı yetkisi kullanabilecek ve yargı yetkisi bu Devletlerce kabul edilmiş olan uluslararası ceza mahkemesi tarafından’ yapılacağını belirtmişti. Birleşmiş Milletler Sekreterliği tarafından hazırlanmış olan Soykırım Sözleşmesine ilişkin bir ilk taslak, aslında Milletler Cemiyeti içerisinde geliştirilen 1937 andlaşmasına dayanan, bir mahkeme için bir model statü içeriyordu fakat öneri, o dönem için fazla iddialıydı ve muhafazakar hazırlayıcılar böyle bir kurum oluşturmayı birdenbire durdurmuşlardı.<sup>23</sup> Bunun yerine, Sözleşme ile aynı gün kabul edilen bir Genel Kurul kararı, Uluslararası Hukuk Komisyonunu, Madde VI ile taahhüt edilen mahkeme statüsünü hazırlamaya çağırmıştı.<sup>24</sup>

### Uluslararası Hukuk Komisyonu

Uluslararası Hukuk Komisyonu, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından atanan uzmanlardan oluşan bir organdır ve uluslararası hukukun kodifikasyonu ve pozitif gelişimiyle görevlidir. Soykırım Sözleşmesi Madde VI’dan kaynaklanan bir uluslararası ceza mahkemesi statüsü hazırlama görevinin yanı sıra, savaş suçlarının kovuşturulması konusundaki savaş sonrası coşku içerisinde Genel Kurul, Komisyon’dan ayrıca ‘Nüremberg İlkeleri’ olarak bilinen belgeyi hazırlamasını, ki bu görev 1950 yılında tamamlanmıştı, ve ‘Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Kodu’nu hazırlamasını, ki bu iş oldukça uzun sürmüştü, talep etmişti. Aslında, uluslararası ceza mahkemesi taslak statüsü ve suçlar taslak kodu çalışmalarının çoğu Komisyon içinde paralel yürümüştü, neredeyse iki görev birbiriyle hiç ilgili değilmiş gibi. Bu iki belge, iç hukuk ile kıyaslanarak anlaşılabilir. Bu belgeler genel anlamda, suç ya da ceza yasala-

<sup>22</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (1951) 78 UNTS 277.

<sup>23</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

<sup>24</sup> ‘Study by the International Law Commission of the Question of an International Criminal Jurisdiction’, GA Res. 216 B (III).

rında ('suç yasası') bulunan suç tanımları ile genel ilkelere ve ceza usul yasalarında ('statü') bulunan kurumsal ve usuli çerçeveye karşılık gelmektedir.

Bu arada, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasının yanı sıra Genel Kurul da, bir uluslararası ceza mahkemesi statüsü hazırlamakla görevlendirilen bir komite kurmuştu. On yedi Devletten oluşan bu komite, raporunu ve taslak statüyü 1952 yılında sundu.<sup>25</sup> Üye Devletlerin yorumları ışığında taslak statüyü gözden geçirmek için Genel Kurul tarafından kurulan yeni bir komite, 1954 yılında Genel Kurula rapor vermişti.<sup>26</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, taslak kod konusunda önemli ilerleme kaydetmiş ve 1954 yılında bir öneri sunmuştu.<sup>27</sup> Sonra, Genel Kurul, bu görevlerini, görünürde, hassas bir iş olan saldırganlık suçu tanımlama görevine kadar, askıya aldı.<sup>28</sup> Aslında, Soğuk Savaş ile birleşen politik gerginlikler, savaş suçları gündeminde ilerleme kaydedilmesini hemen hemen imkansızlaştırmıştı.

Genel Kurul sonunda, 1974 yılında bir saldırganlık tanımı kabul etti,<sup>29</sup> fakat önerilen uluslararası ceza mahkemesi konusunda çalışma hemen tekrar başlamadı. 1981 yılında Genel Kurul, Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndan suçlara ilişkin taslak kod çalışmalarına yeniden başlamasını istedi.<sup>30</sup> Doudou Thiam, Komisyon'un özel raportörü olarak atandı ve on yıldan fazla bir süre taslak kodun çeşitli yönleri üzerine yıllık raporlar

<sup>25</sup> 'Report of the Committee on International Criminal Court Jurisdiction', UN Doc. A/2135 (1952).

<sup>26</sup> 'Report of the Committee on International Criminal Court Jurisdiction', UN Doc. A/2645 (1954).

<sup>27</sup> *Yearbook . . . 1954*, vol. I, 267th meeting, para. 39, p. 131 (on lehe, bir çekimser oy). 1954 taslak kodu için genel olarak bkz., D. H. N. Johnson, 'Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind', (1955) 4 *International and Comparative Law Quarterly* 445.

"Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Kodu Taslağı"nın Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, sf: 780-782 (ç.n.)

<sup>28</sup> GA Res. 897 (IX) (1954).

<sup>29</sup> GA Res. 3314 (XXIX) (1974).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14/12/1974 tarih ve 3314 (XXIX) sayılı Kararı'nın ekinde yer alan "Saldırganlığın Tanımı" başlıklı metnin Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, sf: 800-801. (ç.n.)

<sup>30</sup> GA Res. 36/106 (1981).



üretti. Thiam'ın çalışması ve Komisyon'daki birleşik tartışmalar, suçların tanımı, suça iştirak, savunmalar ve cezalar dahil bir dizi meseleye yöneltti.<sup>31</sup> 1954 taslak metninin esastan değişik bir versiyonu Komisyon tarafından 1991 yılında geçici olarak kabul edildi ve tepkileri için Üye Devletlere gönderildi.

Fakat kod, zorunlu bir uluslararası yargı yetkisi içermiyordu. Çalışmanın bu yönü 1989 yılında, Berlin duvarının yıkıldığı yıl, başlatıldı. *Narkotik sorunlarla ve bunlarla ilişkili ulus aşan suçlarla uğraşan bir kaç Karayip* Devletinden biri olan Trinidad ve Tobago, Genel Kurul'da, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nu, suçlara ilişkin taslak kod çalışması kapsamında bir uluslararası ceza mahkemesi konusunu değerlendirmeye sevk eden bir karar çalışmasını başlattı.<sup>32</sup> Özel Raportör Doudou Thiam, konu üzerine ilk sunumunu 1992 yılında yaptı. 1993 yılında, Komisyon bu kez Özel Raportör James Crawford idaresi altında taslak bir statü hazırladı. Taslak metin o yıl, Komisyonu çalışmasını tamamlaması için cesaretlendirmiş olan Genel Kurul tarafından incelendi. Takip eden yılda, 1994'de, Komisyon hazırlamış olduğu uluslararası ceza mahkemesi nihai taslak statüsünü Genel Kurula sundu.<sup>33</sup>

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1994 tarihli taslak metni, usuli ve örgütsel konulara odaklanıp, suçları ve ilgili hukuki ilkeleri tanımlama meselesini, tamamlamak zorunda olduğu suçlara ilişkin koda bırakmıştı. Komisyon, iki yıl sonra, 1996 yılı oturumunda, 'İnsanlığın Barışına ve Güvenliğine Karşı Suçlar Kodu'nun nihai taslağını kabul etti.<sup>34</sup> 1994 taslak statü ve 1996 taslak kod, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin hazırlan-

<sup>31</sup> Bu materyaller, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun yıllık raporlarında mevcuttur.

<sup>32</sup> GA Res. 44/89.

<sup>33</sup> James Crawford, 'The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal', (1994) 88 *American Journal of International Law* 140; James Crawford, 'The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court', (1995) 89 *American Journal of International Law* 404. Taslak statünün tarihi konusunda Uluslararası Hukuk Komisyonu tartışmaları için bkz., 'Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session, 2May–22 July 1994', UN Doc. A/49/10, chapter II, paras. 23–41.

<sup>34</sup> Timothy L. H. McCormack and G. J. Simpson, 'The International Law Commission's Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind: An Appraisal of the Substantive Provisions', (1994) 5 *Criminal Law Forum* 1; John Allain and John R.W. D. Jones, 'A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind', (1997) 8 *European Journal of International Law* 100.

masında yeni ufuklar açan bir rol oynamıştı. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi işaret etmişti ki, ‘Taslak Kanun geçerli bir uluslararası belgedir ve söz konusu özel meseleye bağlı olarak, (i) teamül hukukunun delilini teşkil edebilir ya da (ii) içeriği belirli olmayan ya da oluşum aşamasında olan teamül kurallarına ışık tutabilir ya da en azından (iii) dünyanın büyük hukuk sistemlerini temsil eden son derece nitelikli uluslararası hukuk uzmanlarının hukuki görüşlerinin göstergesi olabilir.’<sup>35</sup>

### Ad hoc mahkemeler

Bir uluslararası ceza mahkemesi taslak statüsü, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nda değerlendirilirken, olaylar eski Yugoslavya’da işlenmeye başlanan gaddarlıklar için bir *ad hoc* mahkeme kurulmasını zorunlu kıldı. Evvelce, 1991’in ortasında, Körfez Savaşı sonrasında Saddam Hüseyin ve diğer Iraklı liderleri yargılamak için bir mahkeme kurulması Avrupa’da konuşuluyordu. 1992’in sonlarında, Bosna’da savaş şiddetle sürerken, Güvenlik Konseyi tarafından kurulan bir Uzmanlar Komisyonu, işlenmiş olan ve işlenmeye devam eden bir dizi savaş suçu ve insanlığa karşı suç belirledi. Bu, aslında Fransız anayasa mahkemesi yargıçları olan Robert Badinter’in önerisi üzerine hareket eden Lord Owen ve Cyrus Vance tarafından tavsiye edilmiş bir fikir olan bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını zorladı. Öneri, Genel Kurul tarafından Aralık 1992 kararında kabul edildi. Avrupa’da Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Moskova İnsani Boyut Mekanizması çerçevesinde atanan raportörler Hans Correll, Gro Hillestad Thune ve Helmut Türk, bir taslak metin hazırlamak için inisiyatif kullandı. Çeşitli hükümetler de, bir mahkeme kurulmasına ilişkin taslak öneriler sundu veya yorumlarda bulundular.<sup>36</sup>

22 Şubat 1993 tarihinde, Güvenlik Konseyi ‘eski Yugoslavya top- raklarında 1991’den beri işlenen ciddi insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu kişileri’ kovuşturmakla görevli bir mahkemenin kurulmasına karar verdi.<sup>37</sup> Genel Sekreter tarafından önerilen taslak, değiştirilmeksizin

<sup>35</sup> *Prosecutor v. Furundzija* (Case No. IT-95-17/1-T), Judgment, 10 December 1998, para. 227.

<sup>36</sup> Yugoslavya Mahkemesi’nin belgesel tarihi için bkz., Virginia Morris ve Michael P. Scharf, *An Insider’s Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*, New York: Transnational Publishers, 1995.

<sup>37</sup> SC Res. 808 (1993).

Güvenlik Konseyi tarafından 8 Mayıs 1993 tarihli 827 sayılı Kararında kabul edildi. Genel Sekreter'in raporuna göre, mahkeme, 'teamül hukukunun bir parçası olduğu kuşkusuz olan' uluslararası insancıl hukuk kurallarını uygulayacaktı.<sup>38</sup> Statü açıkça, daha sonra Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından uygulamaya koyulan statü ve suçlar kodu çalışmasından, iki belgeyi hem suçları tanımlayan hem de mahkeme önündeki usulü düzenleyen tek bir belgede birleştirerek, ödünç alınmıştı. Mahkeme'nin yer bakımında yargı yetkisi, eski Yugoslavya sınırları ile sınırlandırılmıştı. Geçici olarak, Mahkeme, bitiş noktası Güvenlik Konseyi tarafından belirlenmeye bırakılarak, 1991 yılında başlayan suçları kovuşturmakla yetkilendirildi.

Kasım 1994'de, Ruanda'dan gelen bir talep üzerine hareket ederek, Güvenlik Konseyi, Ruanda'da ve Ruanda'ya komşu ülkelerde 1994 yılı boyunca işlenen soykırım ve diğer ciddi insancıl hukuk ihlallerini kovuşturmakla görevli bir ikinci *ad hoc* mahkeme kurulması için oylama yaptı.<sup>39</sup> Statüsü, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne oldukça benzemektedir fakat savaş suçları hükümleri Ruanda soykırımının tamamen iç silahlı çatışma bağlamında gerçekleşmiş olduğu olgusunu yansıtmaktadır. Mahkemeyi oluşturan karar, Konsey'in 'soykırım ve diğer sistematik, yaygın ve apaçık uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin Ruanda'da işlenmiş olduğunu belirten raporlar konusundaki ciddi kaygısını' ifade etmiş ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Ruanda Özel Raportörü'nün raporlarına ve Konsey'in 1994 yılının başında kurduğu Uzmanlar Komitesi'nin ilk raporuna gönderme yapmıştı.

Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri gerçekte gövdede birleşmektedir, sadece esasen benzer statüleri değil fakat aynı zamanda bazı kurumlarını da paylaşmaktadırlar. Her iki mahkemenin Savcısı aynı kişidir, Temyiz Dairelerinin oluşumu da aynıdır.<sup>40</sup> Sonuç, en azından teoride, usul ekonomisi ve aynı zamanda kovuşturma politikasının ve temyiz içtihatlarının yeknesaklığıdır. Yugoslavya Mahkemesi Temyiz Dairesi'nin ilk büyük

<sup>38</sup> 'Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)', UN Doc. S/25704.

<sup>39</sup> SC Res. 955 (1994).

<sup>40</sup> 2000'de, RUCM Statüsü, iki temyiz yargıcı atanmasına izin verir şekilde değiştirildi. Yargıçlar, Lahey'de bulunmaktadır ve Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden beş yargıçla birlikte her iki organın da Temyiz Dairesini oluşturmaktadır. Bkz., UN Doc. S/RES/1329 (2000), Annex.

hükmü olan 2 Ekim 1995 tarihli *Tadic* yargı yetkisine dair kararı, organın oluşumuna ilişkin önemli hukuki konulara açıklık getirmişti.<sup>41</sup> Aynı zamanda Mahkeme’yi, insanlığa karşı suçların barış zamanında işlenebileceğini belirterek ve iç silahlı çatışmalar sırasındaki savaş suçlarının cezalandırılabilirliğini kabul ederek Nuremberg örneklerinin ötesine geçip, savaş suçları hukuk konusunda yenilikçi ve ilerici bir noktaya yöneltmişti.

*Ad hoc* mahkemelerin çeşitli konulardaki müteakip kararları, bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması konusundaki tartışmaları besledi. *Tadic* davasındaki savaş suçlarının kapsamına ilişkin bulgular, esas olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’ne dahil edildi. İnsanlığa karşı suçların, Nuremberg’de olduğu gibi sadece savaş zamanında değil, barış zamanında da işlenebileceği şeklindeki *obiter dictum*<sup>\*\*</sup> da kabul edildi. Tehdit savunmasına<sup>42</sup> başvurmayı dışarda bırakan tartışmalı karar gibi diğer hükümler, Statü hazırlayıcıları tam tersini öngören bir madde düzenlemek için harekete geçirdi.<sup>43</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından görmezden gelinen ‘ulusal güvenlik’ bilgisi meselesi, Mahkeme’nin Hırvatistan’a hükümet belgelerini göstermesini emretmesinden sonra<sup>44</sup> tartışmaların ön planına itildi ve nihai Statü’deki en uzun ve anlaşılmaz maddelerden biri olarak sonuçlandı.<sup>45</sup> Roma Konferansı, Güvenlik Konseyi’nin bazı yakla-

<sup>41</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, (1997) 105 ILR 453, 35 ILM 32. Ruanda Mahkemesi’nin mukabil bir hükmü yoktur. *Tadic* davasındakine benzer konuları ileri süren bir talep Yargılama Dairesi tarafından reddedilmişti fakat hükmün temyizi devam ettirilmemişti. Bkz., *Prosecutor v. Kanyabashi* (Case No. ICTR-96-15-T), Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 18 June 1997.

<sup>\*\*</sup> Latince bir ibare olan “obiter dictum”, bir yargıç tarafından yapılmış olup, mahkeme kararının bir parçasını oluşturan ve fakat mahkeme kararının zorunlu bir parçasını oluşturmayan bir değerlendirmedir. (ç.n.)

<sup>42</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-A), Sentencing Appeal, 7 October 1997, (1998) 111 ILR 298.

<sup>43</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9 (bundan sonra Roma Statüsü), Md. 31(1)(d).

“Roma Statüsü”nün Türkçe serbest çevirisi için bkz., Enver Bozkurt, **Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şirketi, Ankara, 1999 (2. Baskı), sf:609-679; **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 1-80. (ç.n.)

<sup>44</sup> *Prosecutor v. Blaskic* (Case No. IT-95-14-AR108bis), Objection to the Issue of *Subpoenae Duces Tecum*, 29 October 1997, (1998) 110 ILR 677.

<sup>45</sup> Roma Statüsü, Md. 72.

şımlarından da ayrılmıştı, örneğin, sınırlı bir amirin emri savunmasını kabul etmişti oysa Konsey'in hazırlayıcıları bunu sarih bir madde ile dışarıda bırakmıştı. Fakat *ad hoc* Mahkemeler, hazırlayıcılara rehberlik edecek hukuki örnekleri hazırlamaktan fazlasını yaptı. Bir uluslararası ceza mahkemesinin neye benzeyebileceğine dair güven verici bir model de sağladılar. Bu özellikle, Savcının rolüne ilişkin tartışmalarda önem arz etti. Richard Goldstone ve onun halefi, Louise Arbour'un dürüstlüğü, tarafsızlığı ve iyi muhakemesi, pervasız ve sorumsuz bir 'Dr Strangelove'\*\*\* savcı' tehlikesi konusunda uyarıda bulunanlara cevap verdi.

### UCM Statüsü'nün hazırlanması

1994'de, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak statüsünü temel alarak, çalışmalara bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması yönünde devam etti.<sup>46</sup> 1995'de iki kez toplanan Ad Hoc Komiteyi oluşturdu.<sup>47</sup> Ad Hoc Komite içerisindeki tartışmalar, gelecekteki mahkemenin görünüşü konusunda Devletler arasında var olan oldukça derin farklılıkları meydana çıkardı ve bazı delegasyonlar, müzakereler ilerledikçe sesleri gittikçe kısılmakla birlikte, projenin gerçekleştirilebilirliğine itiraz etmeye devam etti. Uluslararası Hukuk Komisyonu taslağı, 'önceliğe/üstünlüğe sahip ve Eski Yugoslavya ve Ruanda *ad hoc*

---

\*\*\* 'Dr. Strangelove', orijinal adı ile 'Dr. Strangelove or: How I learned to Stop Worrying and Love Bomb', Stanley Kubrick'in yönetmenliğini yaptığı 1964 yapımı bir sinema filmidir. Soğuk savaş döneminde, nükleer silahlanma olgusunun başlangıcında, Amerika Birleşik Devletleri ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği arasındaki gerilimi mizahi bir şekilde ele alan bir filmidir. Filmin başrol oyuncusu olan Peter Sellers, filmde Dr. Strangelove canlandırmıştı. Dr. Strangelove, Amerikan silah stratejisti olan eski bir Nazi bilim adamıdır.

Yazar Schabas kitabında, Dr. Strangelove karakterine göndermeyle bir benzetme yapmaktadır. (ç.n.)

<sup>46</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanmış taslak statü de dahil Statü'nün hazırlanma sürecine ilişkin tüm temel belgeler şu kitapta toplanmıştır: M. Cherif Bassiouni, ed., *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 1998.

<sup>47</sup> Statütü'nün hazırlanması konusunda genel olarak bkz., M. Cherif Bassiouni, 'Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court', (1999) 32 *Cornell International Law Journal* 443; Adriaan Bos, 'From the International Law Commission to the Rome Conference (1994–1998)', in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 35–64.

mahkemelerine çok benzeyen bir mahkeme tasarlamıştı. Eğer mahkemenin savcısı bir davaya devam etmeyi seçerse, ulusal mahkemeler bu işi kendileri yapmayı önererek bunu engelleyemezdi. Ad Hoc Komite toplantılarında yeni bir kavram baş gösterdi, ‘tamamlayıcılık’ kavramı, böylece mahkeme ancak, ulusal mahkemelerin kovuşturmada isteksiz olması ya da kovuşturma olanağına sahip olmaması durumunda yargı yetkisini kullanabilecekti. Ad Hoc Komite’nin Uluslararası Hukuk Komisyonu taslağından ayrıldığı bir diğer nokta, mahkemenin yargı yetkisine giren suçların sadece sayılmayıp detayları ile tanımlanması konusundaki ısrarıydı. Uluslararası Hukuk Komisyonu, mahkeme yargı yetkisine tabi suçları – savaş suçları, saldırganlık, insanlığa karşı suçlar ve soykırım- sadece saymakla yetinmişti, çünkü üzerinde çalıştığı taslak suç kodu daha kapsamlı tanımsal açılımlar içerecekti. Ad Hoc Komite ile başlayarak, ‘statü’ ile ‘kod’ arasındaki yaklaşık elli yıllık mesafe kaybolmuştu. Bundan böyle, statü, suçların detaylı tanımları ile hukukun genel ilkelerine ve diğer esasa ilişkin konulara değinen ayrıntılı maddeleri içerecekti. Ad Hoc Komite, yeni mahkemenin, adaletin en yüksek standartlarını sağlayacak ilkeler ile kurallara uyacağı ve bu ilke ile kuralların yargısal takdirin belirsizliğine bırakılmak yerine statünün kendisine dahil edilmesi gerektiği sonucuna vardı.<sup>48</sup>

Ad Hoc Komite’nin çalışmalarının, statünün kabul edilebileceği bir diplomatik konferans için sahneyi hazırlaması umut edilmişti. Fakat, böyle bir diplomatik konferans için erken olduğu aşikar hale geldi. Genel Kurul, 1995 yılı oturumunda, Üye Devletlerin, hükümetler-dışı örgütlerin ve çeşitli uluslararası örgütlerin katılımını davet ederek bir ‘Hazırlık Komitesi’ toplamaya karar verdi. ‘Hazırlık Komitesi’, 1996’da üç haftalık iki oturum yaptı ve Hukuk Komisyonu taslağında yapılacak değişiklik önerilerine ilişkin uzun bir liste içeren hacimli bir raporu Genel Kurula sundu.<sup>49</sup> Hazırlık Komitesi, 1997’de tekrar toplandı, bu kez üç oturum yaptı. Bu oturumlar, oturumlar arası resmi olmayan toplantılarla noktalandı, bu toplantıların en önemlisi hiç şüphesiz, Ocak 1998’de Zutphen, Hollanda’da

<sup>48</sup> ‘Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court’, UN Doc. A/50/22. Bkz., Roy Lee, ‘The Rome Conference and Its Contributions to International Law’, in Roy Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 1–39 at p. 7; Tuiloma Neroni Slade and Roger S. Clark, ‘Preamble and Final Clauses’, in Lee, *ibid.*, pp. 421–50 at pp. 436–7.

<sup>49</sup> ‘Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court’, UN Doc. A/51/22.

yapılandır. ‘Zutphen taslağı’, çeşitli önerileri belli ölçüde tutarlı bir metinde birleştirdi.<sup>50</sup> ‘Zutphen taslağı’ üzerinde, Hazırlık Komitesi son oturumunda yeniden çalışıldı ve sonra bu taslak, Diplomatik Konferansın değerlendirilmesine sunuldu.<sup>51</sup> Uluslararası Hukuk Komisyon’un orijinal önerisindeki çok az hüküm geçerliliğini korumuştur. Nihai taslaktaki çok sayıdaki hükme, Diplomatik Konferans’taki zorlu görüşmeleri önceden hissederek, uzlaşma olmadığını göstermek için köşeli parantez içine alınmış seçenek ve alternatiflerin bir karışımı eşlik etmişti.<sup>52</sup> Davaların, yeni mahkemeye ancak ulusal adalet sistemlerinin bunları yargulamakta isteksiz olması ya da yargılama olanağına sahip olmaması durumunda kabul edileceğini tanıyan ‘tamamlayıcılık’ ilkesi gibi bazı önemli meseleler, Hazırlık Komitesi sürecinde geniş ölçüde çözüldü. Diplomatik Konferans’ta görüşmecilere yapılan meydan okuma, bu konuların tekrar açılmamasını sağlamak içindi. Hazırlık Komitesi oturumları sırasında, ölüm cezası gibi diğer konulardan özenle sakınılmıştı ve bunlar, son görüşmelerde içinden çıkılmaz bir durum olarak birdenbire ortaya çıkacaktı.

1996 ve 1997’de kabul edilen Genel Kurul kararları uyarınca, Bir Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Tam Yetkili Temsilciler Diplomatik Konferansı, 15 Haziran 1998’de Roma’da, Gıda ve Tarım Örgütü merkezinde toplandı. Bir dizi uluslararası örgüt ve abartısız yüzlerce hükümetler-dışı örgüte ek olarak, 160’dan fazla Devlet Konferansa delege gönderdi. Tüm delegasyonların konu için desteklerini ifade etmeleriyle ortaya çıkan coşku oldukça şaşırtıcıydı. İki yeni unsur konferansın dinamizmini canlandırmıştı: ‘benzer görüşlüler’ olarak bilinen coğrafi olarak heterojen Devletler grubu ve hükümetler-dışı örgütlerin iyi örgütlenmiş koalisyonu.<sup>53</sup> Önceleri Kanada’nın başkanlık ettiği ‘benzer görüşlüler grubu’, Hazırlık Komitesi’nin ilk safhalarından beri aktifti, zamanla po-

<sup>50</sup> ‘Report of the Inter-Sessional Meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen, The Netherlands’, UN Doc. A/AC.249/1998/L.13.

<sup>51</sup> ‘Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Addendum’, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1.

<sup>52</sup> Bkz., M. Cherif Bassiouni, ‘Observations Concerning the 1997–98 Preparatory Committee’s Work’, (1997) 25 *Denver Journal of International Law and Policy* 397.

<sup>53</sup> Hükümetler-dışı örgütlerin olağanüstü ve emsalsiz katkısı için bkz., William R. Pace and Mark Thieroff, ‘Participation of Non-Governmental Organizations’, in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 391–8; William Bourdon, ‘Role de la société civile et des ONG’, in *La Cour pénale internationale*, Paris: La Documentation française, 1999, pp. 89–96.

zasyonlarını birleştirirken aynı zamanda üyeliğini de genişletti. Roma Konferansı başladığında ‘benzer görüşlüler grubu, 160 katılımcı Devletin altmıştan fazlasını içeriyordu.<sup>54</sup> ‘Benzer görüşlüler’, esasen 1994 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonu taslağının ana maddeleri ile uyumsuzluk halinde olan ve Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin mahkeme yaklaşımı ile çatışan bir avuç dolusu kilit öneride bulundu. ‘Benzer görüşlüler’in ilkeleri şunlardı: ‘esas suçlar’ olan soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları (ve belki saldırganlık suçu) üzerinde zorunlu yargı yetkisine sahip bir mahkeme; kovuşturmalar üzerindeki Güvenlik Konseyi vetosunun kaldırılması; işlemleri *proprio motu/resen* başlatma yetkisine sahip bağımsız bir savcı ve statüye çekince konulması yasağı. Benzer görüşlüler, görece gayri resmi çalışırken çabucak Konferansın yapısına egemen oldular. Çalışma gruplarının büyük çoğunluğunun başkanlığı gibi Konferansın işlerini yöneten icra organı Büro’daki üyelik dahil kilit görevler onların üyeleri tarafından alınmıştı. Kanada, kendi dışişleri bakanlığı hukuk danışmanı Philippe Kirsch, Genelden Sorumlu Komite Dairesi başkanı seçilince, ‘benzer görüşlüler’ başkanlığını bıraktı.

Fakat çalışan başka kurullar ve gruplar vardı, bunların birçoğu Birleşmiş Milletler gibi diğer uluslararası organlar içerisinde mevcut olan oluşumların yansımalarıydı. Bağlantısızlar Hareketi (BH) grubu, saldırganlık suçunun mahkemenin konu bakımından yargı yetkisine dahil edilmesinde ısrarcı olmak bakımından özellikle aktifti. Görece yeni bir güç olan Güney Afrika Gelişim Topluluğu (SADC), *apartheid*-sonrası Güney Afrika’nın dinamik etkisi altında, insan haklarına dair önemli pozisyonlar almış ve Avrupalılara bu alanda değerli bir denge ağırlığı sağlamıştı. Arap ve İslam Devletleri grubu, nükleer silahların yasaklanması için çağrı ve ölüm cezasının statüye eklenmesine destek dahil bir dizi alanda aktifti. Benzer görüşlüler grubunun iyi tarafı, aslında büyük başarısının da anahtarı, geleneksel bölgeci çizgilere uymamasıydı. İşçi Partisi hükümetinin

<sup>54</sup> Andora, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Belçika, Benin, Bosna-Hersek, Brunei, Bulgaristan, Burkina Faso, Burundi, Kanada, Şili, Kongo (Brazzaville), Kosta Rika, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Mısır, Estonya, Finlandiya, Gabon, Gürcistan, Almanya, Gana, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Ürdün, Letonya, Lesoto, Lichtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Malavi, Malta, Namibya, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Filipinler, Polonya, Portekiz, Kore Cumhuriyeti, Romanya, Samoa, Senegal, Sierra Leone, Singapur, Slovakya, Slovenya, Solomon Adaları, Güney Afrika, İspanya, Svaziland, İsveç, İsviçre, Trinidad ve Tobago, Birleşik Krallık, Venezuela ve Zambia.



Birleşik Krallık'ta seçilmesini takiben, benzer görüşlüler grubu, Güvenlik Konseyi daimi üyelerinden birini kendi saflarına almayı bile başarmıştı.

Roma Konferansı'nın ilk birkaç günü, politik figürlerin, Birleşmiş Milletler görevlilerinin, iki *ad hoc* mahkemenin başkanları ve Savcısı dahil uluslararası cezai kovuşturma ile ilgili büyümekte olan saflardan kişilerin resmi konuşmalarına sahne oldu.<sup>55</sup> Sonra Konferans, genel ilkeler, usul ve cezalar gibi konulardan sorumlu bir dizi çalışma grubuna ayrıldı. Bunun büyük kısmı detaylarla ilgiliydi ve delegelerin çalışmanın başarıya ulaşması için kendilerini adadıkları ölçüde, yenilemeyecek güçlükler çıkması olası değildi. Fakat, bir avuç dolusu esas konu –yargı yetkisi, kovuşturmalar için ‘tetik mekanizması’, Güvenlik Konseyi’nin rolü- Büro’nun kanatları altıda kalmaya devam etti. Bu güç sorunlar, birçok görüşme gayri resmi yapıldığı halde, Konferans’ın büyük kısmında alenen tartışılmadı.

Statü’nün hükümleri çalışma gruplarında oylama olmaksızın ‘genel anlaşma’ ile birer birer kabul edildi. Süreç usandırıcıydı, bir avuç Devletin hatta bunlardan birinin uzlaşmayı reddederek ilerlemeyi durdurmasına izin veriyordu. Çalışma gruplarının başkanları, bir hüküm üzerinde görüşlerini açıklayan fakat daha sonra esnek olma konusundaki isteğine işaret eden Devletlerden yorumlar alarak, sabırla uzlaşma sağlamaya çalışıyordu. Konferansın başlamasından sonra bir hafta içinde çalışma grupları, anlaşma ile karşılanan hükümleri göstererek ilerleme raporlarını Genelden Sorumlu Komite Dairesi’ne gönderiyordu. Bu raporlar daha sonra, statünün çeşitli resmi dillerdeki versiyonlarında terminolojik ve dilsel tutarlılık için başkanlığını Profesör M. Cherif Bassiouni’nin yaptığı Taslak Komitesi tarafından incelendi.

Fakat, haftalar geçtikçe, en önemlileri Güvenlik Konseyi’nin rolü, mahkemenin üzerinde zorunlu yargı yetkisine sahip olacağı ‘esas suçlar’ın listesi ve Taraf Devletler vatandaşı olmayan kişiler üzerinde mahkemenin yargı yetkisinin kapsamı olan kilit meseleler çözüme kavuşturulmayı bekledi. Bunlar hiçbir çalışma grubuna havale edilmemişti, bunun yerine Genelden Sorumlu Komite Dairesi başkanı Philippe Kirsch tarafından şahsen

<sup>55</sup> Roma Konferansındaki işlemlerin ayrıntılı bir tartışması için bkz., Philippe Kirsch and John T. Holmes, ‘The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process’, (1999) 93 *American Journal of International Law* 2; Roy Lee, ‘The Rome Conference and Its Contributions to International Law’, in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 1 39, özellikle sf. 21–3; ve Philippe Kirsch, ‘The Development of the Rome Statute’, in Lee, *The International Criminal Court*, sf. 451–61.

ele alınmıştı. Kalan iki haftayla birlikte, Kirsch bu güç sorunlara ilişkin seçenekler öngören bir taslak yayımladı. Sorun, birçok Devletin bir mesele hakkında çoğunluk görüşü oluşturabilirken diğer bir mesele bakımından ayrı düşmeleri idi. Taslak statü oya sunulduğunda, delegelerin üçte ikisinin desteğini güvenilir bir şekilde sağlayabilecek ortak bir payda olan işe yarar bir statü bulma, yıldırıcı/göz korkutucu olmaya devam etti. Kirsch'in söz verip de gerçekte 17 Temmuz sabahı yani Konfreans'ın sonuçlandırılmasının planlanmış olduğu gün yayımladığı nihai bir öneri ile gerilim son haftada arttı. Artık herhangi bir değişiklik için çok geçti. Kirsch, yetenekli bir blackjack oyuncusu gibi, kartlarını dikkatle saydı, hala önerisinin beklenmeyen bir muhalefetle karşılaşmayacağını ve görüşmelerin acımasızca çökmeyeceğinin garantisi yoktu. Konferansın son günü boyunca, delegeler 'paket' için desteklerini ifade ettiler ve tüm uzlaşmanın çözülebileceği korkusu ile 'paketi değiştirmeye ya da düzeltmeye yönelik herhangi bir girişime direndiler. Amerika Birleşik Devletleri, 'kararsızlar' olarak nitelendirdiği bir toplantı başlatarak, başarısız bir şekilde muhalefet toplamaya çalıştı. Aslında, son oturumda taslak statünün uzlaşma ile kabul edilebileceği umutları, Amerika Birleşik Devletleri'nin oylama yapılmasını talep etme hakkını kullanması ile kırıldı. Sonuç, 120 lehte oy, yirmi bir çekimser ve yedi aleyhte oy. Oylama, ad okuyarak yapılmadı ve sadece Devletler tarafından yapılan bildirimler/beyanlar kimin ne için oy verdiğini göstermekteydi. Amerika Birleşik Devletleri, İsrail ve Çin, statünün kabul edilmesine karşı olduklarını belirtti.<sup>56</sup> Çekimserler arasında çeşitli Arap ve İslam Devletleri olduğu gibi İngiliz Karayibinden/Commonwealth Caribbean de bir dizi delegasyon bulunmaktaydı.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne<sup>57</sup> ek olarak, 17 Temmuz 1998'de Diplomatik Konferans ayrıca Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından bir Hazırlık Komisyonu kurulmasını öngören bir Nihai Senet<sup>58</sup> kabul etti. Komisyona, en önemlileri çeşitli usulü ve delillere ilişkin me-

<sup>56</sup> Lee, *The International Criminal Court*, sf. 25–26; ve Giovanni Conso, 'Looking to the Future', in Lee, *The International Criminal Court*, sf. 471–7. Amerika Birleşik Devletleri ve Çin'in pozisyonları için bkz., UN Doc. A/C.6/53/SR.9.

<sup>57</sup> Roma Konferansı'nın kapanışında kabul edilen Statü metni, esasen teknik nitelikte bir dizi küçük hata içermektedir. Statü'nün İngilizce versiyonunu düzeltmek için iki girişim olmuştur: UN Doc. C.N.577.1998.TREATIES-8 (10 November 1998) and UN Doc. C.N.604.1999.TREATIES-18 (12 July 1999).

<sup>58</sup> UN Doc. A/CONF.183/10.

sele hakkında detaylar sağlayan Usul ve Delil Kuralları'nın<sup>59</sup> ve Statü Md. 6, 7 ve 8'deki suçların tanımlarına dayanarak oluşturulacak Suç Unsurları'nın<sup>60</sup> hazırlanması olan çeşitli görevler verildi. Komisyon, Kuralları ve Unsurları, Nihai Senet tarafından konulan son teslim tarihi olan 30 Haziran 2000'de tamamladı.<sup>61</sup> Diğer görevler, iki örgüt arasındaki ilişkiler hakkında Birleşmiş Milletler ile bir anlaşma hazırlanması, Mahkeme'nin bulunacağı yer olan Hollanda ile bir evsahibi Devlet anlaşması hazırlanmasını ve başlangıç bütçesi gibi bir dizi esasen idari meseleyi yönetecek ya da çözecek belgeleri içeriyordu. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Ayrıcalıkları ve Bağışıklıkları Hakkında bir Anlaşma da kabul edildi. Bu anlaşma, Mahkeme personeline, Birleşmiş Milletler personeline ve diplomatlara tanınanlara benzer bir dizi özel önlem tanımaktadır. Bu andlaşmayı imzalamak ve onaylamak her bir Devlete kalmıştır.<sup>62</sup> Hazırlık Komisyonu, on oturum yaptı, çalışmalarını Statü'nün yürürlüğe girdiği tarih olan Temmuz 2002'de tamamladı fakat Eylül 2002'ye kadar resmen fesh olmadı.

Statü'nün yürürlüğe girmesi için altmış onay ya da katılım gerekiyordu. Yürürlüğe giriş tarihi -1 Temmuz 2002- önemli bir tarihtir çünkü Mahkeme, Statü'nün yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş olan suçları kovuşturamaz. Statü'nün yürürlüğe girişi aynı zamanda, yargıçların ve Savcının seçimi gibi Mahkeme'nin kuruluşuna ilişkin gerçek formaliteleri başlattı. Devletler, Statüyü onaylama niyetlerini gösteren ilk adım olan imzaya davet edildi. Devletlere bunun için 2000 yılının sonuna kadar süre ve-

<sup>59</sup> Roma Statüsü Md. 51'de düzenlenmiştir.

<sup>60</sup> Roma Statüsü Md. 9'da düzenlenmiştir.

<sup>61</sup> 'Elements of Crimes', ICC-ASP/1/3, pp. 108–55; 'Rules of Procedure and Evidence', ICC-ASP/1/3, pp. 10–107.

"Suç Unsurları" belgesinin Türkçe serbest çevirisi için bkz., **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, (çev. Hivren Özkol), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 81-121; "Usul ve Delil Kuralları'nın Türkçe serbest çevirisi için bkz., **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, (çev. Gülay Arslan), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 123-212. (ç.n.)

<sup>62</sup> 'Agreement on the Privileges and Immunities of the International Criminal Court', ICC-ASP/1/3, pp. 215–32. Bkz., Phakiso Mochochoko, 'The Agreement on Privileges and Immunities in the International Criminal Court', (2002) 25 *Fordham International Law Journal* 638.

"Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Ayrıcalıklarına ve Bağışıklıklarına Dair Anlaşma'nın Türkçe serbest çevirisi için bkz., **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, (çev. Gülay Arslan), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 213-230. (ç.n.)

rildi ve yaklaşık 130 Devlet bu fırsatı kullandı. Roma Konferansı'nda Statü aleyhine oy kullanmış olan Birleşik Devletler ve İsrail gibi Devletler bile sonunda imzalamaya karar verdi. Son tarih olan 31 Aralık 2000 tarihine kadar imzalarını depo etmemiş olup Mahkeme'ye katılmayı isteyen Devletlere, Statüyü onaylamak yerine Statüye katılmaları söylenmektedir.<sup>63</sup>

Statüyü ilk olarak Senegal 2 Şubat 1999'da onayladı, bunu iki ay sonra Trinidad ve Tobago takip etti. Onaylama adımı, herhangi bir kişinin gerçekçi olarak beklediğinden daha hızlı ve etkileyiciydi. Statü'nün kabul edilmesinin ikinci yıl dönümünde, on dört onaylama belgesi depo edilmişti. 31 Aralık 2000'de imza süreci sona erdiğinde, yirmi yedi taraf vardı. Üçüncü yıl dönümünde, toplam sayı otuz yediye yükselmişti. İmza ile onaylama arasındaki önemli gecikmeler bekleniyordu çünkü çok sayıda Devletin Statü ile getirilen yükümlülüklerle uymak için önemli mevzuat değişikliği yapması gerekmektedir ve bu meseleleri resmi onaylamadan önce çözmeyi istemeleri normaldi. Özellikle, zanlıların soruşturulmasında, yakalanmasında/tutuklanmasında ve naklinde Mahkeme ile işbirliği yapmaları gerekiyordu. Bir çok Devlet şimdi kendi vatandaşlarının iadesini yasaklamaktadır, ki bu durum Statü'nün gereklerine uygun değildir. İlaveten, Statü 'tamamlayıcılık' ilkesi üzerinden öngörüldüğü için, ki böylece Devletler kendileri, ülkelerinde bulunan zanlıları kovuşturmaktan sorumlu kabul edilmektedir, birçok Devlet Statü'de tanımlandığı şekli ile soykırımı, insanlığa karşı suçları ve savaş suçlarını düzenleyerek ve kendi mahkemelerinin bu suçlar üzerinde evrensel yargı yetkisini kullanabilmesini sağlayarak, kendi maddi ceza hukukunu hizaya getirme yükümlülüğü hissetmişti.<sup>64</sup>

Sihirli rakam olan altmış onaylamaya, 11 Nisan 2002'de ulaşıldı. Gerçekte, çeşitli Devletler o tarihte onaylamayı planladığı için, Birleşmiş Milletler özel bir tören düzenledi ve törende on Devlet aynı anda belgelelerini depo etti. Statü, altmışıncı onay belgesinin depo edilmesini takip eden

<sup>63</sup> Üç katılım olmuştur: Statü'yü hiç imzalamamış olan Dominik ve Afganistan; ve Mayıs 2002'ye kadar bağımsız bir Devlet olarak var olmayan Doğu Timor.

<sup>64</sup> William A. Schabas, 'The Follow Up to Rome: Preparing for Entry into Force of the International Criminal Court Statute', (1999) 20 *Human Rights Law Journal* 157; S. Rama Rao, 'Financing of the Court, Assembly of States Parties and the Preparatory Commission', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 399-420 at pp. 414-20; Bruce Broomhall, 'The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation', (1999) 13 *quarter Nouvelles etudes pénales* 113.

altmışıncı gündən sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girmeyi öngörmektedir. Dolayısıyla, Statü 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe girdi.

Taraf Devletler Kurulu, 3–10 Eylül 2002 tarihleri arasında yaptığı ilk oturumu için derhal toplandı. Kurul, iki yıl önce Hazırlık Komisyonu tarafından onaylanmış olan versiyonları değiştirmeksizin Suç Unsurları ile Usul ve Delil Kurallarını resmen kabul etti. Bir dizi diğer önemli belge de kabul edildi ve on sekiz yargıcın ve Savcının seçilmesi için planlar yapıldı. Bu pozisyonlar için aday gösterme, yargıçlar için kırktan fazla adayın gösterilmesi ve çok önemli pozisyon olan Savcılık için hiçbir aday gösterilmemesiyle, Kasım 2002’nin sonunda sona erdi. Yargıçların seçimi, Kurul tarafından, Şubat’ın ilk haftasında, yeniden başlayan ilk oturumunda tamamlandı. Uluslararası mahkemeler ve yargı yerleri için tamamen benzersiz olan bir gelişme ile, Şubat 20003’de seçilen yargıçların üçte birinden fazlası kadındı.<sup>65</sup> İlk Savcı, Arjantin’den Luis Moreno Ocampo, Nisan 2003’de seçildi.

Yürürlüğe girmeden önce bile, Amerika Birleşik Devletleri ile Mahkeme arasında bir anlaşma olduğu gittikçe belirginleşmeye başlamıştı. Clinton yönetiminin son işlemlerinden biri Statüyü, tam tamına 31 Aralık 2000’de akşam saat on birde imzalamak oldu.<sup>66</sup> Yönetim, mesele üzerinde bir şekilde bölünmüştü, Dışişleri Bakanlığı’ndaki unsurlar –bazıları Mahkeme’ye temelde sempati gösteriyordu- Statüyü ‘düzeltmeye’ çalıştılar ve

<sup>65</sup> Bkz., ‘Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First Session, New York, 3–10 September 2002, Official Records’, ICC-ASP/1/3.

<sup>66</sup> Amerika Birleşik Devletleri’nin baş görüşmecisi David Scheffer imza için, süre giden görüşmelerde ülkenin etkisini devam ettirmek, ulusal yargıçları ve savcılarını Mahkeme’ye ilişkin olumlu bir bakış açısı kazanmaları için etkilemek ve ülkenin ‘uluslararası adalet konularında liderliğini’ geliştirmek dahil çeşitli gerekçeler ileri sürdü. Bkz., David J. Scheffer, ‘Staying the Course with the International Criminal Court’, (2002) 35 *Cornell International Law Journal* 47. Scheffer, yönetim 2001’de değiştiğinde Dışişleri Bakanlığını bıraktı ve bilahare Amerika Birleşik Devletleri’nin Statü’yü onaylaması lehinde bir kamusal pozisyon aldı. Amerika Birleşik Devletleri’nin pozisyonu için bkz., William K. Lietzau, ‘The United States and the International Criminal Court: International Criminal Law After Rome: Concerns from a US Military Perspective’, (2001) 64 *Law and Contemporary Problems* 119; Ruth Wedgwood, ‘The International Criminal Court: An American View’, (1999) 10 *European Journal of International Law* 93; Gerhard Hafner, Kristen Boon, Anne Rübesame and Jonathan Huston, ‘A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood’, (1999) 10 *European Journal of International Law* 108; ve David Forsythe, ‘The United States and International Criminal Justice’, (2002) 24 *Human Rights Quarterly* 974.

böylece Amerika Birleşik Devletleri'nin desteğini ya da en azından, az da olsa hoşgörüsünü sağlayacaklardı. Bir kaç hafta sonra görev alan Bush yönetimi, açıkça Mahkemeye karşıydı. İmzanın geçersiz kılınıp kılınmayacağını anlamak için Birleşmiş Milletler Sekreterliği'ne başvurdu. Fakat, uluslararası hukuk bir andlaşmaya atılan imzanın geri alınmasına izin vermez iken, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bir Devletin imzadan sonra fikrini değiştireceği bir durumu açıkça düzenlemektedir. Viyana Sözleşmesi Madde 18'e göre, bir imzacı Devlet, andlaşmanın bir tarafı olma niyetinde olmadığını açık edene dek 'bir andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce onun konu ve amacını boşa çıkaramaz'.<sup>67</sup> Bu, Bush yönetiminin 6 Mayıs 2002'de Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine bir ileti dosyası ile yaptığı şeydir.<sup>68</sup>

Bu, Mahkeme'ye yönelik çok daha saldırgan meydan okumaların sadece öncüsüydü. Bunların büyük kısmı, üstü kapalı bir şekilde 'ABD barış koruyucuları' olarak gönderme yapılanların korunmasını amaçlayan önlemler şeklindeydi.<sup>69</sup> Amerika Birleşik Devletleri, amacı Amerikan vatandaşlarını Mahkeme'den korumak olan iki taraflı anlaşmalar yapmak için bir dizi Devlete baskı yaptı. Bunlar, Mahkeme'nin bir sanığın teslim edilmesi talebinde bulunmasını, eğer bu, talepte bulunulan Devletin bir diğer Devlet ile yapmış olduğu uluslararası bir anlaşmayı ihlal etmesini gerektirecek ise engelleyen, Statü Madde 98 (2) uyarınca yapıldı. Bu hüküm gerçekte, 'evsahibi Devlet anlaşmaları' ve 'askeri kuvvetler statüsü anlaşmaları' olarak bilinenlerin tanınmasını amaçlıyordu. Bu tür belgeler bir başka Devlette bulunan yabancı askeri kuvvetlere ya da çeşitli uluslararası ve hükümetler-dışı örgütlere bir çeşit bağışıklık vermektedir. Amerika

<sup>67</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, (1979) 1155 UNTS 331.

Bu dipnottaki (1979) tarihi, 1969 olmalıdır. 1969 yılında kabul edilip 27/01/1980 tarihinde yürürlüğe giren "Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk-Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Beta Yay., Geliştirilmiş 3. baskı, 1998, İstanbul, sf: 182-205. (ç.n.)

<sup>68</sup> Beyan şu şekildedir: 'Bu, 17 Temmuz 1998'de kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ile ilgili olarak sizi bilgilendirmektedir ki, Amerika Birleşik Devletleri bu andlaşmanın bir tarafı haline gelmek niyetinde değildir. Dolayısıyla, Amerika Birleşik Devletleri'nin, 31 Aralık 2000'deki imzasından kaynaklanan hiçbir hukuki yükümlülüğü yoktur. Amerika Birleşik Devletleri, bu mektupta belirtildiği gibi taraf olmama niyetinin, bu andlaşmanın depo eden devletler listesinde yansıtılmasını talep etmektedir.' İsrail, aynı şeyi 28 Ağustos 2002'de yaptı.

<sup>69</sup> Bkz., Sean D. Murphy, 'Efforts to Obtain Immunity from ICC for US Peacekeepers', (2002) 96 *American Journal of International Law* 725.

Birleşik Devletleri'nin zorladığı bu yeni anlaşmalar daha ileri gitti, zira söz konusu Devlet içerisindeki tüm ABD vatandaşlarına uygulandı. Belki de bunlar, her ne kadar hüküm kabul edilirken kast edilen şeyler olmasalar da, Madde 98 (2)'nin teknik okumasıyla tutarlıydı. Amerikan diplomatları -birçoğu Statü'nün tarafı bile olmayan- bir dizi Devleti bu anlaşmaları imzalamaya mecbur etmede başarılı oldu.<sup>70</sup> Fakat, Kanada, Meksika ve batı Avrupa gibi çok büyük sayıda Amerikalı mukime sahip olan ve Mahkeme tarafından verilen teslim etme kararlarını uygulama olasılığının onlar için gerçek bir anlamının/öneminin olabileceği Devletler, Mahkeme'ye az çok dolaylı bir saldırı olarak algıladıkları bu şeyi kabul etmeyi reddetmişlerdir. 25 Eylül 2002'de Avrupa Parlamentosu, Roma Statüsü ile tutarlı olmadığını söyleyerek Amerika Birleşik Devletleri tarafından önerilmekte olan iki taraflı bağımsızlık anlaşmalarına karşı çıktı.

Fakat, en kötüsü şimdi olacaktı. Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonraki bir kaç gün içinde Amerika Birleşik Devletleri, barış korumaya ve toplu güvenlik operasyonlarına ilişkin gelecekteki tüm Güvenlik Konseyi kararlarını, Konsey bu tür operasyonların üyelerini Mahkeme'nin yargı yetkisinin dışında tutacak bir karar kabul edene kadar, veto edeceğini duyurdu.<sup>71</sup> Mayıs 2002'de, ABD, eğer bağımsızlık olmaz ise barış koruma askerlerini Doğu Timor'dan geri çekmek tehdidinde bulunmuştu.<sup>72</sup> Konsey'in Bosna ve Hersek'deki görevinin yetkisi yenilenmek üzereyken bu tartışma patladı. Önerilen kararlar bile, Birleşmiş Milletler barış koruyucuları ve daha çok sayıdaki Amerika Birleşik Devletleri silahlı kuvvetler birlikleri ve NATO önderliğindeki İstikrar Gücüne (SFOR) dahil Devletlerin birlikleri, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisine tabi olmaya devam etti. Amerika Birleşik Devletleri, dünyanın diğer kısımları için gerçekten kaygılıydı. Şantaj başarılı oldu fakat Almanya ve Kanada dahil bir çok Devletin protestosuna yol açtı.

<sup>70</sup> 1 Nisan 2003'den itibaren, anlaşmalar Afganistan, Dominik Cumhuriyeti, Gambia, Honduras, Hindistan, İsrail, Kuveyt, Marshall Adaları, Moritanya, Mikronezya, Nepal, Palau, Romanya, Sierra Leone, Tacikistan, Doğu Timor ve Özbekistan ile yapılmıştı.

<sup>71</sup> UN Doc. S/RES/1422 (2002). Bkz., Mohamed El Zeidy, 'The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422', (2002) 35 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1503.

<sup>72</sup> Colum Lynch, 'US Seeks Court Immunity for E. Timor Peacekeepers', *Washington Post*, 16 May 2002, p. A22; Colum Lynch, 'US Peacekeepers May Leave E. Timor', *Washington Post*, 18 May 2002, p. A20.

Sonunda, 2 Ağustos 2002’de Başkan Bush, Amerikan Hizmet Mensublarının Korunması Kanununu yürürlüğe koydu. Kanun’un başlangıç kısmı, Roma Statüsü’ne gönderme yaparak, bildirmektedir ki: ‘Bu sadece, andlaşma hukukunun en temel ilkelerine aykırı olmakla kalmayıp, ABD’nin anlaşma yükümlülüklerini yerine getirmek ve sivillerin hayatını korumak için insancıl müdahaleler dahil çok uluslu operasyonlara katılmak için ordusunu kullanabilmesini de engelleyebilir.’ Kanun, Amerika Birleşik Devletleri yönetimi temsilcilerinin Mahkeme ile işbirliği yapmasını yasaklamakta, Birleşmiş Milletler barış koruma faaliyetlerine katılım konusunda sınırlamalar getirmekte, Amerika Birleşik Devletleri’nin Statü’ye Taraf Devletlere yardım etmesini yasaklamakta ve Mahkeme tarafından ya da Mahkeme namına alıkonulan ya da hapsedilen herhangi bir Amerika Birleşik Devletleri vatandaşıını özgürlüğüne kavuşturmak için güç kullanımına izin vermektedir.<sup>73</sup> Bu daha sonra, zamanın Henry Kissinger’ını kurtarma çabasıyla Scheveningen kumsalına inen Amerikan Deniz Kuvvetleri senaryosunu hayal eden çok sayıda eleştirmen tarafından ‘Lahey İstila Kanunu’ olarak adlandırıldı.

Bu gelişmelerin yaygara koparmaktan pek de fazla birşey olmadığı görülmüş ve Mahkeme bunları büyük bir aksilik olmadan atlatmıştır. O zamanlar, Amerika Birleşik Devletleri’nin bu muhalefeti, sanki sadece diğer ülkelerin Mahkeme için coşkusunu arttırmış gibi göründü. Ayrıca, Amerika Birleşik Devletleri şu aralar, Mahkemeye nasıl saldıracağına ilişkin fikirlerini tüketmiş gibi görünmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nin iki ciddi meydan okumasının, göç etmiş görece önemsiz sayıdaki nüfusun bulunduğu bir avuç dolusu ülkedeki Amerikan vatandaşlarının korunmasında ve Birleşmiş Milletlerce yetkilendirilmiş görevlerdeki askerlerinin başışık tutulmasında görece sınırlı bir etkisi olmuştur. Eğer bu, Amerika Birleşik Devletleri’nin Mahkeme’ye yöneltebileceklerinin en kötüsü ise, bu kurum herhangi bir büyük tehlike içinde olamaz.

Roma Statüsü’nün ulusal ceza hukuklarındaki etkisi, ulusal mahkemelerin içtihatlarını zenginleştirerek ve savcılar ile yargıçları çeşitli insan hakları ihlallerinin bastırılmasında büyük çaba göstermelerini yüreklendirerek, derinden genişleyecektir. Ulusal mahkemeler, son yıllarda, kendi yasalarını uygularken uluslararası hukuk materyallerini kullanmada artan bir heves göstermiştir. Yargısal küreselleşme olgusu gelişim içerisinde.

<sup>73</sup> Sean D. Murphy, ‘American Servicemembers’ Protection Act’, (2002) 96 American Journal of International Law 975.



Statü'nün kendisi ve zamanla Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin içtihatları hiç şüphesiz bu alana katkı yapacaktır. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Prosecutor v. Furundzija* davasında Statü'nün hukuki önemini aşağıdaki gibi tarif etmişti:

Şimdi, o, hala bağlayıcı olmayan bir uluslararası andlaşmadır (henüz yürürlüğe girmede). Roma Diplomatik Konferansına katılan Devletlerin ezici bir çoğunluğu tarafından kabul edildi ve Genel Kurul'un Altıncı Komitesi tarafından 26 Kasım 1998'de esastan uygun bulundu. Birçok alanda Statü, çok büyük sayıda Devletin hukuki görüşlerinin, *opinio juris/hukuk fikri*, göstergesi olarak kabul edilebilir. Amacı, var olan ya da gelişmekte olan hukukun Statü hükümleri ile 'sınırlandırılmaması'nı ya da 'zarar görmemesi'ni sağlamak olan Statü madde 10'a rağmen, uluslararası teamül hukukunu açıklamada yardımcı olması için bu hükümlere *com grano salis*/dikkatle/kuşkuyla başvurulabilir. Söz konusu meseleye bağlı olarak Roma Statüsü, teamül kurallarını yeniden belirtmek, yansıtmak ya da aydınlatmak ya da belirginleştirmek için kullanılabilirken, bazı alanlarda yeni kural oluşturur ya da var olan hukuku değiştirir. Her durumda, Roma Statüsü çok sayıda Devletin hukuki görüşlerinin geçerli bir ifadesini oluşturuyor olarak genellikle kabul edilebilir.<sup>74</sup>

Aynı şekilde, bir diğer Yargılama Dairesi, taslak Suç Unsurlarını 'uluslararası teamül hukukunu değerlendirmede yardımcı' olarak tarif etmişti. Statüyü imzalayıp imzalamadıklarına bakılmaksızın, Roma Konferansına katılmış Devletlerin, Temmuz 2000'de Suç Unsurlarını kabul eden Hazırlık Komisyonu'nun oturumlarında yer almaya uygun olduklarını eklemiştir. Yargılama Dairesi belirtmişti ki, 'belge bu açıdan Devletlerin *opinio juris/hukuk fikri* için faydalı bir anahtardır.'<sup>75</sup>

Uluslararası Ceza Mahkemesi belki de uluslararası hukukta, Birleşmiş Milletlerin kurulmasından bu yana en yenilikçi ve heyecan verici gelişmedir. Statü, şimdiye kadar müzakere edilmiş en karmaşık uluslararası belgelerden biridir, karşılaştırmalı ceza hukuklarından devşirilmiş oldukça teknik hükümlerin, Devletlerin kendi egemenlikleriyle ilgili kaygılarının tam kalbine dokunan bir dizi politik önerilerle birleştirildiği teferruatlı bir

<sup>74</sup> *Prosecutor v. Furundzija* (Case No. IT-95-17/IT), Judgment, 10 December 1998, para. 227. Mahkemenin taslak statüsünün, uluslararası teamül hukukunu geliştirmek için bir rehber olarak zikredildiği bir örnek için bkz., Kanada Yüksek Mahkemesi'nden Yargıç Michel Bastarache'nin gerekçeleri in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, at paras. 66–8.

<sup>75</sup> *Prosecutor v. Krstic* (Case No. IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, para. 541.

ağdır. Hiç şüphesiz Mahkeme'nin kuruluşu, Birleşmiş Milletler Şartı Madde 1, insan haklarının ilerletilmesini Birleşmiş Milletler'in amaçlarından biri olarak ilan ettiği için, Birleşmiş Milletler içerisinde muntazaman merkezi bir yer alan insan hakları gündeminin sonucudur. 1945'teki müte-reddit taahhütten 1948'deki başarılı Evrensel İnsan Hakları Bildirisine, biz şimdi ciddi insan hakları ihlallerinden sorumlu olanlar için bireysel cezai sorumluluğun oluşturulduğu ve bunun sadece uhrevi bir dilekten daha fazlası olduğunu anlamak için bir kurumun oluşturulduğu bir noktaya ulaştık.

## 2

**MAHKEME TARAFINDAN KOVUŞTURULAN SUÇLAR**

Uluslararası Ceza Mahkemesi, dört kategori suç üzerinde yargı yetkisine sahiptir: soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırganlık suçu. Hem Statü'nün başlangıç bölümünde hem de Madde 5'te bunlar 'uluslararası topluluğu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar' olarak farklı şekillerde anlatılmaktadır. Başka bir yerde, Statü bunları, 'insanlık vicdanını derinden sarsan hayal edilemez gaddarlıklar' (başlangıç), 'uluslararası suçlar' (başlangıç) ve 'uluslararası kaygı uyandıran en ciddi suçlar' (Madde 1) olarak tarif etmektedir.<sup>1</sup>

'Uluslararası suçlar' kavramı, yüz yıllardır vardır. Bunlar genellikle, bastırılması bazı uluslararası boyut gerektiren suçlar olarak değerlendirilmiştir. Örneğin, korsanlık, açık denizlerde yapılıyordu. Suçun bu özelliği, yargı yetkisine ilişkin özel kuralları ve Devletler arasında işbirliğini gerektirmişti. Benzer gereksinimler, köle ticareti, kadın ve çocuk ticareti, uyuşturucu madde ticareti, uçak kaçırma, terörizm ve kara para aklama için de geçerliydi. Bu tür suçlar, Trinidad ve Tobago'yu 1989'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda uluslararası ceza mahkemesi konusunu yeniden canlandırmak için harekete geçirmişti.<sup>2</sup> Bu tip suçlara daha ayrıntılı uluslararası andlaşmalarda zaten değinilmektedir ve bu nedenle Roma Statüsü'nü hazırlayanlar bunlara 'andlaşma suçları' olarak gönderme yapmıştı.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu suçlar, 'uluslararası'dır. Bunun nedeni, doğru olmakla beraber, bunların bastırılması için uluslararası işbirliğine gerek olması değil, fakat kötü/tiksindirici yapısının bunları uluslararası toplumu 'ilgilendiren' bir düzeye çıkartmasıdır. Bu suçlar orijin olarak, 'andlaşma suçları'nın birçoğundan bir bakıma daha yenidir çünkü bu suçların tanınması ve sonraki gelişim II. Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan insan hakları hareketi ile

<sup>1</sup> Mahkeme tarafından cezalandırılabilen suçlara ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz., Machteld Boot, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerp: Intersentia, 2002.

<sup>2</sup> GA Res. 44/89.

yakından bağlantılıdır. Bu suçların kovuşturulması gerekmektedir çünkü bu suçlarda mağdur bir bütün olarak insanlıktır. Ayrıca, insanlık bir bütün olarak, bir zamanlar Devlet egemenliğinin münhasır yetkisine girdiği düşünülen insan hakları ihlallerinden insanlığın bir bütün olarak kaygı duyduğu şeklindeki şimdi söylediğimizle esasen aynı gerekçelerle bu suçları kovuşturmaya, aslında kovuşturulmasını talep etmeye, hak sahibidir.

Mahkeme'nin yargı yetkisine dahil dört suçun tamamı, en azından eski/erken ve bir bakıma gelişmemiş/ilkel bir şekilde, Nuremberg Mahkemesi ve diğer savaş sonrası mahkemeler tarafından kovuşturulmuştu. Nuremberg'de bunlar, barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar olarak adlandırılmıştı.<sup>3</sup> 'Barışa karşı suçlar' teriminin yerini şimdi 'saldırganlık' almıştır; bu iki terim muhtemelen özdeş olmamakla beraber büyük ölçüde örtüşmektedir. 'Soykırım' terimi, Nuremberg yargılamaları zamanında zaten var olmasına ve savcılar tarafından kullanılmasına rağmen, Avrupa Yahudilerinin soykırımından ötürü Nazi suçlularına yönelik iddianameler, 'insanlığa karşı suçlar' isnadına dayandırılmıştı. Fakat, çağdaş kullanımda, 'soykırım' suçu şimdi, daha geniş kavram olan 'insanlığa karşı suçlar' içerisinde sınıflandırılmaktadır.

Nuremberg Şartı'ndaki suçların tanımları görece kısa ve özdür ve şimdi anlaşıldığı şekli ile dört kategori suçun kapsamı o tarihten beri oldukça gelişmiştir. Nuremberg'ten bu yana, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları da önemli gelişim ve genişleme geçirmiştir. Örneğin, insanlığa karşı suçlar şimdi hem barış zamanında hem de silahlı çatışma sürecinde işlenebilir ve savaş suçları da, ister uluslararası olmayan isterse de uluslararası silahlı çatışmada işlensin cezalandırılır. Tanımlardaki gelişimi, Roma Statüsü'ndeki tanımların uzunluğu bir bakıma yansıtmaktadır. Fakat diğer faktörler de etkilidir. Nuremberg'de suçları tanımlamak daha kolaydı çünkü tanımlama işini yapan savcılardı. Devletler, kendilerinin ya da liderlerinin ve askeri personelinin yargılanabileceği bir standart koymakta olduklarının farkına vardıklarında, birçok güvence konusunda daha büyük dikkat gösterdikleri ve ısrar ettikleri görülür. Daha detaylı bir metin leh-

<sup>3</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT), Annex, (1951) 82 UNTS 279.

08/08/1945 tarihinde imzalanan "Avrupa Ekseninde Büyük Savaş Suçlularının Kovuşturulması ve Cezalandırılması Anlaşması"nın metninde yer alan "Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı"nın Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal, 6. Basi, 2007, sf: 712-713. (ç.n.)

deki argümanlar, çağdaş insan hakları hukuku tarafından tanınan ceza hukukunda usuli adalet ilkelerine dayanmaktaydı. Roma’da, Devletler, ‘yasallık ilkesi’nin cezalandırılabilir suçları düzenleyen detaylı ve kesin hükümler gerektirdiğini ileri sürmüştü.

Roma Statüsü’ndeki suçların tanımı, bazı durumlarda 1984 tarihli İşkenceye karşı Sözleşme<sup>4</sup> gibi yakın tarihli andlaşmaların ya da daha erken tarihli Apartheid Sözleşmesi’nin<sup>5</sup> sonucudur. Bu suçların tanımındaki gelişimin çoğu, kapsamının netlikle belirlenmesi her zaman kolay olmayan teamül hukukuna atfedilmektedir. Madde 6 ila 8 arasında düzenlenen suçların tanımları, Suç Unsurları ile tamamlanmış olarak, genel anlamda uluslararası teamül hukukuna tekabül etmektedir. Üç kategori suç, mevcut tanımlardan devşirilmiştir ve benzer terminolojiyi kullanmaktadır. Taslak hazırlayıcılar, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları gibi eski terimlerden, Mahkeme’nin konu bakımından yargı yetkisini ‘ciddi insan hakları ihlalleri’ olarak tanımlayan gerçekten özgün kodifikasyon lehine vazgeçmeyi seçebilirlerdi.<sup>6</sup> Fakat, böyle bir yolu seçmediler. Yine de, uluslararası teamül hukuku ile yakın bir benzerlik vardır fakat bu mükemmel olmaktan uzaktır. Statü’nün suç tanımlarının, teamülün bir kodifikasyonu olarak anlaşılacağı yönündeki kaygılara cevap olarak Statü Madde 10 belirtmektedir ki: ‘Bu Bölümdeki hiçbir şey, uluslararası hukukun mevcut ya da gelişmekte olan kurallarını bu Statü dışındaki amaçlar için herhangi bir şekilde sınırlar ya da onlara zarar verir şekilde yorumlanmayacaktır.’ Teamül hukukunun, örneğin Madde 8’de sayılmayan belirli silahların kullanımını yasaklayarak Statü’nün ötesine geçtiğini ileri sürenler bu hüküme

<sup>4</sup> Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (1987) 1465 UNTS 85.

10/12/1984 tarihinde kabul edilen ve 26/06/1987 tarihinde yürürlüğe giren “BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme”nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments/Cilt VI Birleşmiş Milletler-Üçüncü Bölüm/United Nations-Third Part**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf: 69-106. (ç.n.)

<sup>5</sup> International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, (1976) 1015 UNTS 243.

<sup>6</sup> Bu konuda bkz., L. C. Green, “‘Grave Breaches’ or Crimes Against Humanity”, (1997/98) 8 *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies* 19; William J. Fenrick, ‘Should Crimes Against Humanity Replace War Crimes?’, (1999) 37 *Columbia Journal of Transnational Law* 767.

dayanabilir.<sup>7</sup> Bu gelecekte çok daha önemli bir hale gelecektir çünkü teamül hukuku geliştirecektir fakat Statü bu gelişime ayak uyduramayabilecektir. Örneğin, uluslararası hukukun askere almanın yasak olduğu yaşı on beşten yukarıya yükseltebileceği ya da belirli silahların yasaklanmasını değerlendirebileceği öngörülebilir. Madde 10'un bir sonucu olarak Statü, teamül hukukunun bu gelişimi aleyhinde iddialarda bulunanları rahatlatamaz. Fakat, elbette, Madde 10'un mantığının iki yüzü vardır. Statü'nün, örneğin toplumsal cinsiyet/ gender suçları alanında yeni bir asgari standart koymakta olduğunu ileri sürenlere, muhafazakar hukukçular Madde 10'u gösterecek ve Statü'deki metin ile daha az karışık olan ataları Cenevre Sözleşmelerindeki ve ilgili belgelerdeki metinler arasındaki farklılıkları vurgulayacaktır.

Mahkemenin, dört temel suçun tüm faillerini yargılamak için tasarlanmadığı önermesi konusunda çok az anlaşmazlık olacaktır. Mahkeme, sadece 'çok ciddi suçlarla' değil fakat aynı zamanda genellikle liderler, planlayıcılar ve kışkırtıcılar gibi çok ciddi suçlularla ilgili olacaktır. Alt derecedeki suçlular, sadece bütçe sınırlamaları yüzünden de olsa, enerjisini yoğunlaştırmak zorunda olan bir savcının dikkatini muhtemelen çekmeyecektir. Statü Madde 17(1)(d), bir dava 'yeterli ağırlıkta' olmadığında Mahkeme'nin bu davayı kabul edilemez ilan etmesi gerektiğini belirtmektedir. Savcı, bir davaya devam edip etmeme konusundaki takdir yetkisini kullanırken, 'suçun ağırlığı, mağdurların çıkarı ve fail olduğu ileri sürülen kişinin yaşı ya da bedensel veya zihinsel zayıflığı ve iddia edilen suçtaki rolü dahil tüm koşullar dikkate alındığında, bir kovuşturma adaletin yararına olmadığında' kovuşturmadan vazgeçmekle talimatlandırılmıştır.<sup>8</sup> Çocuk suçlular durumunda Statü bunu, iddia edilen suçun işlendiği tarihte on sekiz yaşın altında olan bir kişi üzerinde Mahkemenin yargı yetkisine sahip olmadığını belirterek, açıkça yapmaktadır.<sup>9</sup> Bu, elbette, on yedi yaşındaki genç bir insanın, bir insanlığa karşı suç ya da bir savaş suçu işleyemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu, suçun niteliğinden ziyade

<sup>7</sup> 'Bu Statü'nün amacı bakımından . . .' ibaresi ile başlayan suç tanımları da not edilmelidir.

<sup>8</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9 (bundan sonra 'Roma Statüsü'), Md. 53(2)(c).

"Roma Statüsü'nün Türkçe serbest çevirisi için bkz., Enver Bozkurt, **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şirketi, Ankara, 1999 (2. Baskı), sf:609-679; **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 1-80. (ç.n.)

<sup>9</sup> *Ibid.*, Md. 26.

sanığın niteliği konusundaki düşüncelerden devşirilerek Statü hazırlayıcılarınca alınan bir siyasa kararıdır.

İlaveten, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçların tüm tanımları, bu kararları odaklamaya yardımcı olacak ve Savcının takdir yetkisini sınırlandıracak bazı yerleşik eşik düzenine sahiptir. Soykırım örneğinde, sonuç, suçun tanımının bir parçası olan *dolus specialis* ya da 'özel kast'ın çok yüksek derecesi ile gerçekleştirilmektedir. Suçlu, hedeflenen grubun tamamını ya da bir kısmını yok etmeyi istemelidir. Bir soykırımın işlenmesine katılanların çoğu, bu tanımın dışında kalabilir. Aktif olarak karışmalar da, suçun bağlamına ilişkin bilgileri olmayabilir ve bu nedenle gerekli olan kasıttan yoksun olabilirler. İnsanlığa karşı suçlar durumunda, bu meseleye, biraz farklı bir şekilde, suçun 'yaygın ve sistematik saldırı'nın bir parçası olması gerektiği şeklindeki bir kriterle yönelinmektedir. Doğası gereği soykırım ve 'yaygın ya da sistematik' niteliğiyle insanlığa karşı suçlar, nicel bir boyuta sahiptir. Bunlar münferit suçlar değildir ve uygulamada ancak geniş bir ölçekte planlandığında ve işlendiğinde kovuşturulacaktır. Oysa savaş suçları, tanımsal anlamda, aynı nicel ölçüğü gerektirmemektedir. Tek bir savaş esirinin ya da bir sivilin öldürülmesi, bir savaş suçu oluşturabilir fakat soykırım ya da insanlığa karşı suç oluşturan tek bir cinayeti, en azından geniş bir bağlamın yokluğunda, tasavvur etmek güçtür. Bu nedenle, Roma Statüsü, Madde 8'in başında kısa bir giriş paragrafı ya da *chapeau/başlangıç* ile savaş suçlarının kapsamını daraltmaya çalışmaktadır. Bu giriş paragrafına göre: 'Mahkeme, savaş suçları bakımından, özellikle bir planın ya da bir siyasanın ya da bu tür suçların geniş ölçekli işlenmesinin bir parçası olarak gerçekleştirildiğinde yargı yetkisine sahip olacaktır.' Bir çok Devlet, savaş suçları konusundaki bu tür sınırlamalara karşı çıkmış ve sadece 'özellikle' kelimesinin dahil edilmesi durumunda hüküm üzerinde anlaşmıştı. Bu, savaş suçlarının teamül hukukundan kaynaklanan tanımı üzerinde herhangi bir yeni sınırlamadan ziyade Mahkeme'nin yargı yetkisini sınırlandıran bir teknik olarak anlaşılmalıdır.

Statü, dört kategori suç arasında herhangi bir resmi/biçimsel hiyerarşi önermemektedir. Uluslararası teamül hukukunda, uluslararası mahkemelerin içtihatlarında ve Statü'nün kendisinde, bu 'en ciddi suçlar' arasında bile bazılarının diğerlerinden daha ciddi olduğu şeklinde görüşler vardır. Statü Madde 124, Devletlerin, onaylama zamanında, savaş suçları bakımından geçici olarak Mahkeme'nin yargı yetkisi dışında kalmayı tercih etmesine izin verdiği için savaş suçlarının hem soykırımdan hem de insanlığa karşı suçlardan daha az önemli olduğu ileri sürülebilir. Aynı za-

manda, Statü tarafından kodifiye edilen iki savunmanın, amirin emri ve mülkiyetin savunulmasının<sup>10</sup>, sadece savaş suçları durumunda kabul edilebilir olması, savaş suçları için meşrulaştırmanın var olabileceğini fakat soykırım ve insanlığa karşı suçlar için asla olamayacağını göstermektedir. ‘Doğrudan ve aleni tahrik’ suçu sadece soykırım durumunda söz konusudur;<sup>11</sup> Roma’daki statü hazırlayıcılar 1948 Soykırım Sözleşmesi Madde III’den devşirilen bu eksik suç şeklinin, insanlığa karşı suçları ve savaş suçlarını kapsayacak şekilde genişletilmesi önerilerini reddetmişti. Eski Yugoslavya ve Ruanda *ad hoc* mahkemelerinde yargıçların, farklı kategori suçlar arasında bir hiyerarşi olup olmadığı konusunda ayrıldıkları görülmektedir, fakat çoğunluğu bu anlayışın aleyhinde gibi görünmektedir.<sup>12</sup>

Roma Statüsü Madde 5, Mahkeme’nin yargı yetkisinin ‘uluslararası topluluğu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlarla’ ve özellikle, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırganlık suçuyla sınırlı olduğunu belirtmektedir. Statü’nün yürürlüğe girmesinden yedi yıl sonra yapılacak olan bir gözden geçirme konferansı, Madde 5’de<sup>13</sup> yer alan suç listesinde değişiklik yapılmasını değerlendirebilir ve bu nedenle yeni suçların eklenmesi tasavvur edilemez değildir. Statü aynı zamanda, Roma’da kabul edilmiş olan tanımların değiştirilmesi imkanını da düzenlemektedir.<sup>14</sup>

Bazı suçlar, teorik olarak Mahkeme’nin konu bakımından yargı yetkisi içerisinde olmakla beraber, sonraki kararlara ve anlaşmalara tabidirler. Örneğin, gereğinden fazla ya da gereksiz zarara yol açan ya da esasında ayrımcı nitelikte olan savaş silahlarına ve yöntemlerine ilişkin savaş suçları maddesi, ancak bu silahların ve yöntemlerin bir listesi Statü’nün bir ekinde yer aldığıda işler hale gelebilir. Fakat, Mahkeme’nin konu bakımından yargı yetkisi içerisindeki gerçek ‘uykucu’ saldırganlık suçudur. Roma Konferansı, saldırganlık suçunun, Mahkeme’nin konu bakımından

<sup>10</sup> *Ibid.*, sırasıyla, Md. 33(1) ve 31(1)(c).

<sup>11</sup> *Ibid.*, Md. 25(3)(e).

<sup>12</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-A), Sentencing Appeal, 7 October 1997, (1998) 111 ILR 298; *Prosecutor v. Kupreskic et al.* (Case No. IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000; *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-A and IT-94-1-Abis), Judgment in Sentencing Appeals, 26 January 2000; *Prosecutor v. Furundzija* (Case No. IT-96-17/1-A), Judgment, 17 July 2000.

<sup>13</sup> Roma Statüsü, Md. 123.

<sup>14</sup> *Ibid.*, Md. 121(5).



yargı yetkisinin bir parçası olması gerektiğinde anlaşmış olmasına rağmen, ne bir tanım üzerinde ne de suçun fiilen gerçekleşmiş olup olmadığının yargısal denetimi için uygun bir mekanizma üzerinde anlaşmaya varmanın imkansız olduğu görülmüştü. Saldırganlığın tanımı ve kovuşturulması için koşullar ile yasaklanmış silahları ve savaş yöntemlerini sıralayan ek, Statü Madde 121 ve 123 uyarınca resmi bir değişiklik gerektirmektedir.

Saldırganlığın, Mahkeme'nin yargı yetkisi içerisinde kalmaya devam etmesi konusunda ısrar edenler, çoğunlukla bağlantısız ülkelerdi ve bu Devletler, 'saldırganlığın, unsurları bir hazırlık komitesi ya da bir gözden geçirme konferansı tarafından daha sonraki bir aşamada belirlenene kadar genel bir suç olarak eklenmesi konusunda uzlaşma' sağlamaya çalışmıştı.<sup>15</sup> Roma Konferansı Bürosu, 10 Temmuz 1998'de, genel olarak kabul edilebilir hükümler ve tanımlar hemen geliştirilmez ise, saldırganlığın Statü'den çıkarılmasını önermişti.<sup>16</sup> Fakat, tam tamına Konferansın son gününde, saldırganlık suçu, Statü'nün amaçları ve Birleşmiş Milletler'in idealleri ile tutarlı bir şekilde tanımlandığı ve kapsamı belirlendiği zaman, Mahkeme'ye bu suç üzerinde yargı yetkisi tanınması şeklinde bir anlaşmaya varıldı. Elbette, saldırganlık kavramını tanımlamak için kullanılmış eski bir terim olan 'barışa karşı suçlar' için kovuşturmalar Nuremberg ve Tokyo'da yapılmıştı. Roma Konferansı sırasında, hem Alman hem de Japon delegasyonları, saldırganlığın, 1945'de uluslararası bir suç - aslında, Nuremberg Mahkemesine göre en büyük uluslararası suç olduğu ve şimdi yarım yüz yıl sonra ikincil derecede önemliler arasında olması olgusu karşısındaki şaşkınlıklarını ifade ederek, Statü'ye dahil edilmesi için ısrar etmişti.<sup>17</sup> Uluslararası ceza mahkemesi projesinin ilk yıllarında, saldırganlığın sonraki tanımı konusundaki güçlükler, Uluslararası Hukuk Komisyon'un Suçlar Kodu çalışmasını 1954'te askıya almasına yol açmıştı. Sonunda bir tanım, Genel Kurul tarafından 1970'lerin başlarında kabul edildi.<sup>18</sup> Bununla birlikte, Genel Kurul kararı, ceza

---

<sup>15</sup> *Terraviva*, 13 July 1998, No. 21, p. 2; UN Press Release L/ROM/16, 13 July 1998.

<sup>16</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.59.

<sup>17</sup> 'Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court', UN Doc. A/50/22, paras. 63–71; 'Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court', UN Doc. A/51/22, vol. I, paras. 65–73.

<sup>18</sup> GA Res. 3314. Bkz., 'A Historical Review of Developments Relating to Aggression', UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1.

kovuşturması için bir belge olarak tasarlanmamıştı, yine de bir tanım için faydalı bir temel sağlayacaktır.<sup>19</sup>

Roma Statüsü Madde 5(2)'de, tanım 'Birleşmiş Milletler Şartı'nın ilgili hükümlerine uygun olacaktır' olgusuna yapılan gönderme, 'Konseyin oynayabileceği ya da oynaması gereken role bir gönderme olarak anlaşılan' 'dikkatlice oluşturulmuş bir ibare' idi.<sup>20</sup> Bunun altında yatan husus, Birleşmiş Milletler Şartı Madde 39'un, saldırganlığın koşullarını belirlemenin Güvenlik Konseyi'nin yetkisi olduğunu belirttiği olgusudur. Eğer Güvenlik Konseyi, saldırganlık koşulları konusunda son söz sahibi ise, bu, Mahkeme'nin saldırganlığı sadece, Konsey bu konudaki kararını bildirdiği zaman kovuşturabileceği anlamına mı gelmektedir? Böyle bir görüş, Mahkeme'nin bağımsızlığına karşı akıl almaz bir tecavüz olarak görünmektedir ve Güvenlik Konseyi'nin hiçbir daimi üyesinin saldırganlık için asla kovuşturmaya tabi tutulmayacağı anlamına gelecektir.<sup>21</sup> Ayrıca, hiçbir Mahkeme böylesine bir temel olgusal hususun belirlenmesini esasen siyasi olan bir organa bırakamaz. Uluslararası Adalet Divanı'ndan Yargıç Schwebel'in not ettiği üzere, Güvenlik Konseyi'nin saldırganlık konusundaki bir belirlemesi, hukuki bir değerlendirme olmayacak ve fakat siyasi düşüncelere dayanacaktır. Güvenlik Konseyi, bir mahkeme gibi çalışmaz.<sup>22</sup>

Hazırlık Komisyonu oturumlarının ilk başlarında saldırganlık konusunda bir çalışma grubu kurulmuştu ve bu çalışma grubu Komisyon'un varlığı süresince bu konuda ilerleme kaydetmek için çaba gösterdi. Sonuç, 2002'nin ortasında sunulan yarım düzine seçenek palet idi. Önerilerden biri, Güvenlik Konseyine bir saldırganlık eyleminin varlığını belirleme

<sup>19</sup> Lyle S. Sunga, 'The Crimes Within the Jurisdiction of the International Criminal Court (Part II, Articles 5–10)', (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 61 at 65.

<sup>20</sup> Herman von Hebel and Darryl Robinson, 'Crimes Within the Jurisdiction of the Court', in Roy Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 79–126 at p. 85.

<sup>21</sup> Lionel Yee, 'The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13(b) and 16', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 143–52 at pp. 144–5. Saldırganlık konusundaki iki görüşün tartışması için bkz., Daniel D. Ntanda Nsereko, 'The International Criminal Court: Jurisdictional and Related Issues', (1999) 10 *Criminal Law Forum* 87 at 94–7.

<sup>22</sup> *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Merits, [1986] ICJ Reports 14 at 290.

inisiyatif vermesi, bu belirlemeden sonra kovuşturma yetkisinin Mahkemeye geçmesidir. Fakat Güvenlik Konseyi, verilen süre zarfında harekete geçmez ise, bir diğer seçenek, Mahkeme'nin Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesi olmaksızın devam etmesine izin vermekte iken, seçeneklerden bir diğeri Mahkeme'nin devam etmesine izin vermemektedir. Bir diğer seçenek ise, Güvenlik Konseyi'nin harekete geçmediği durumlarda, saldırganlığın belirlenmesinin Genel Kurula geçmesini kabul etmektedir. Genel Kurul'un harekete geçmemesi durumunda, Mahkeme devam edebilir. Uluslararası Adalet Divanına ilişkin bir öneri de bulunmaktadır; buna göre, spesifik vakalarda bir saldırganlık eyleminin varlığı konusunda Divan'dan tavsiye görüşü vermesi talep edilecektir.<sup>23</sup>

Suçun tanımı bakımından, bir öneri, saldırganlığı, 'bir diğer Devletin ülkesel bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına saldırmak için silahlı kuvvetleri, Birleşmiş Milletler Şartı'nı ihlal eder şekilde kullanmak' ile sınırlamaktadır. Statü'deki diğer üç suç için söz konusu olan listeler gibi, saldırganlık eylemleri için de bir liste olması gerekip gerekmediği ve bu listenin tüketici mi yoksa sadece gösterici nitelikte mi olması gerektiği hakkında bir tartışma vardır. Tartışmalar, saldırganlık suçu kovuşturmasını, 'bir Devlet üzerinde kontrol kullanan ya da onun siyasi ya da askeri eylemlerini yöneten' kişilere hasretme önerilerini de içermektedir. Bunun, örneğin, güçlü müttefiklerin, iki küçük devletin savaşı arkasındaki büyük güçler düşmanlığından çok az daha fazlası olan, küçük bir devleti, bir başka ülkeye saldırmaya teşvik etmesi şeklindeki suç ortaklığını dışarda bırakmak şeklinde bir sonucu olacaktır. Örneğin, Doğu Timor'un Endonezya tarafından 1974'teki işgali, önerilen saldırganlık tanımını kolaylıkla karşılayabilir. Bu işgalin, saldırıdan sadece saatler önce Jakarta'yı ziyaret eden ve görünüşe göre saldırıya devam etmesi için Jakarta'ya izin veren, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Gerald Ford ve Dışişleri Bakanı Henry Kissinger'ın kışkırtması ile gerçekleşmiş olduğuna yaygın şekilde

<sup>23</sup> 'Discussion Paper Proposed by the Coordinator', UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2 (bkz., Annex III). Genel olarak bkz., J.Hogan-Doran and B. T. Van Ginkel, 'Aggression as a Crime under International Law and the Prosecution of Individuals by the Proposed International Criminal Court', (1996) 43 *Netherlands International Law Review* 321; A. Carroll Carpenter, 'The International Criminal Court and the Crime of Aggression', (1995) 64 *Nordic Journal of International Law* 237; Matthias Schuster, 'The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword', (2003) 14 *Criminal Law Forum* 1; Sylvia A. de Gurmendi Fernandez, 'The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court', (2002) 25 *Fordham International Law Journal* 589.

inanılmaktadır.<sup>24</sup> Roma Statüsü, Mahkeme'nin yargı yetkisindeki diğer suçlar bakımından normal olarak cezalandırılabilir olan kısıktırma ya da teşviki, saldırganlık bakımından dışarda bırakır ise, bu bir utanç olur.

Saldırganlığı tanımlamak ve Madde 5(2)'deki diğer hususları ele almak için Statü'de değişiklik, Statü'nün yürürlüğe girmesinden yedi yıl sonra yapılacak olan gözden geçirme konferansına kadar yani 1 Temmuz 2009 tarihine kadar yapılamaz. Eylül 2002'de, Taraf Devletler Kurulu, üyeliği sadece Taraf Devletlere değil fakat aynı zamanda tüm Birleşmiş Milletler Üyesi Devletlere ve uzmanlık ajanslarına açık olan bir Saldırganlık Suçu Özel Çalışma Grubu kurmaya karar verdi.<sup>25</sup> Bu Çalışma Grubu, Eylül 2003'den başlayarak, Taraf Devletler Kurulu yıllık oturumları sırasında toplanacaktır. Kurul, Çalışma Gurubu'nun 'oturumlar arası' toplantıları konusunda, sempati duyan bir hükümet tarafından fon sağlanması koşuluyla, kapıyı kapatmış değildir.

Uluslararası ceza mahkemesi projesini yeniden diriltmek için ilk teşvik 1989'da, uluslararası uyuşturucu ticareti ve terörizm gibi konularda kaygılı olan Devletlerden gelmesine rağmen, 'andlaşma suçları'nı Mahkeme'nin yargı yetkisine dahil etmek için sonunda bir uzlaşmaya varılmadı ve bu suçlar Roma Konferansı'nda dışarıda bırakıldı. Bunlar, 'andlaşma suçları' olarak adlandırılmaktadır çünkü terör suçları, uyuşturucu suçları ve Birleşmiş Milletler personeline karşı suçlara değinen değişik çok taraflı sözleşmelerde öngörülmüştür.<sup>26</sup> Uyuşturucu ticaretini<sup>27</sup> ve terörizmi<sup>28</sup> dahil etme önerileri, Roma Konferansı'nda yeterli uzlaşma ile karşılanmadı. Bazıları, bu suçların dışarıda bırakılması gerektiğini çünkü bunların soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları kadar 'ciddi' olmadığını düşünmekteydi.<sup>29</sup> Statü'nün nihai şeklinde, sadece, Birleşmiş Milletler personeline yönelik belirli suçlar, savaş suçları tanımı içerisine

<sup>24</sup> Bkz., Christopher Hitchens, *The Trial of Henry Kissinger*, New York: Verso Books, 2002.

<sup>25</sup> 'Continuity of Work in Respect of the Crime of Aggression', ICC-ASP/1/Res.1.

<sup>26</sup> Özellikle bkz., 'Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Addendum', UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (1998), Md. 5.

<sup>27</sup> 'Proposal Submitted by Barbados, Dominica, Jamaica, and Trinidad and Tobago on Article 5', UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.48.

<sup>28</sup> 'Proposal Submitted by Algeria, India, Sri Lanka and Turkey on Article 5', UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.27/Corr.1.

<sup>29</sup> Nsereko, 'The International Criminal Court', at pp. 91–2. Ayrıca bkz., Neil Boister, 'The Exclusion of Treaty Crimes from the Jurisdiction of the Proposed International Criminal Court: Law, Pragmatism, Politics', (1998) 3 *Journal of Armed Conflict Law* 27.

dahil edildi.<sup>30</sup> Statü ile aynı zamanda kabul edilen Roma Konferansı Nihai Seneti, gözden geçirme konferansının, terör ve uyuşturucu suçlarının dahil edilmesini mümkün kılacak araçları düşünmesini tavsiye eden andlaşma suçlarına dair bir karar içermektedir.<sup>31</sup> Trinidad ve Tobago ile diğer Karayip Topluluğu Üyesi Devletler, uyuşturucu ticaretinin Mahkeme'nin konu bakımından yargı yetkisi dışında bırakılması karşısında uğradıkları hayal kırıklığını ifade etmişti.<sup>32</sup>

11 Eylül saldırıları, terör suçlarının Statüye dahil edilmesi konusundaki ilgiyi canlandırdı. Kesinlikle, birçok sözde terörist saldırı, Statü'de tanımlanan şekliyle insanlığa karşı suçların ya da savaş suçlarının ve belki de soykırımın kapsamına girecektir. Uluslararası ceza hukuku alanındaki birçok otorite, Dünya Ticaret Merkezi'nin yıkılmasını ve buna eklenen yaşam kayıplarını, insanlığa karşı suç olarak nitelendirmişti.<sup>33</sup> Antonio Cassese, oldukça basiretliydi, ihtiyatlı bir şekilde 'devletlerin yavaş yavaş bu nitelendirmeyi paylaşmaya başlayabileceklerini...' belirtmişti.<sup>34</sup> Aynı bir terör suçu konusundaki sorun, tanımda yatmaktadır, sıklıkla 'bir kişinin teröristi bir diğerinin özgürlük savaşçısıdır' denilmektedir. Terörizm, bir suçun manevi ya da maddi unsurlarından ziyade motif/saik konusu ile meşgul olacak gibi görünmektedir ve bu genellikle suçların tanımlarının bir parçası olmayan bir şeydir.

Roma Statüsü Madde 6, 7 ve 8'de bulunan suçların tanımlarının yorumlanması ve uygulanması amacı ile, Hazırlık Komisyonu tarafından Haziran 2000'de kabul edilen ve bilahare Taraf Devletler Kurulunca Eylül 2002'de ilk oturumda uygun bulunan elli sayfalık bir belge olan Suç Unsurlarına da gönderme yapılması gerekir.<sup>35</sup> Suç Unsurları, Mahkeme baki-

<sup>30</sup> Roma Statüsü, Md. 8(2) (e) (iii), 8 (2) (b) (vii) ve 8 (2) (3) (iii).

<sup>31</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.76/Add.14, at p. 8.

<sup>32</sup> UN Doc. A/C.6/53/SR.9. Bkz., Patrick Robinson, 'The Missing Crimes', in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 497-525.

<sup>33</sup> Örneğin, Geoffrey Robertson, *The Times*, 18 September 2001, p. 18; Alain Pellet, *Le Monde*, 21 September 2001, p. 12.

<sup>34</sup> Antonio Cassese, 'Terrorism is Also Disputing Some Crucial Legal Categories of International Law', (2001) 12 *European Journal of International Law* 993 at 995.

<sup>35</sup> Roma Statüsü md. 9 uyarınca. Suç Unsurları, Taraf Devletler Kurulu'nun birinci oturum raporunda yayımlanmıştır: ICC-ASP/1/3, pp. 108-55.

mından uygulanabilecek hukukun bir kaynağıdır<sup>36</sup> fakat ikincil mevzuatın bir türü olarak, Suç Unsurları, Statü'nün kendisi ile tutarlı olmak zorundadır. Bu yaklaşım, Amerika Birleşik Devletler Delegasyonu tarafından ileri sürüldü ve Roma'da birçoklarının bunu biraz şüphe ile karşılamasına rağmen, fikir, Washington temelli bir çok diğer girişimden daha az zararlı görülerek büyük bir muhalefet olmaksızın Statü'ye dahil edildi. Esas itibarıyla, Unsurlar, herhangi bir derecedeki yargısal takdir yetkisi bakımından Devletler arasında devam eden şüpheli yansıtmaktadır. Böylece, suçların ayrıntılı tanımlarına ek olarak, Unsurlar da ayrıca yargısal yorum olasılıklarını engellemektedir. Olumlu bir not olarak, Unsurlar, Statü'nün kendisine göre daha kolay değiştirilebilir, böylece Taraf Devletler Kurulu'na, arzu edilir görüldüğünde, suçların tanımlarına 'ince ayar yapması' imkânı verilmektedir.

### Soykırım

'Soykırım' kelimesi, 1944'te Raphael Lemkin tarafından, işgal altındaki Avrupa'daki Nazi suçları hakkındaki kitabında türetilmiştir.<sup>37</sup> Lemkin, iki dünya savaşı arasında belirlenmiş olan ulusal azınlıkları korumayı amaçlayan andlaşma rejiminin, aralarında gruplara karşı suçlar için kovuşturma öngörülmemesi de olan, önemli eksiklikleri olduğuna inanmıştı. 'Soykırım' terimi, izleyen yılda Nuremberg savcılığı tarafından (yargıçları tarafından değil) kabul edildi ve 1946'da soykırım, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca, uluslararası bir suç olarak ilan edildi.<sup>38</sup> Genel Kurul aynı zamanda, soykırım hakkında bir andlaşma hazırlamaya karar verdi.

O zaman, soykırımı, insanlığa karşı suçlardan ayırt etmek için ayrı bir suç olarak tanımlamanın önemli olduğu düşünülmüştü. İnsanlığa karşı suçlar terimi, oldukça geniş ölçekli gaddarlıklara gönderme yapmaktaydı, fakat aynı zamanda dar bir yönü de vardı; çünkü egemen görüş, insanlığa karşı suçların ancak uluslararası bir silahlı çatışma ile birlikte işlenebile-

<sup>36</sup> Roma Statüsü, Md. 21(1)(a).

<sup>37</sup> Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944.

<sup>38</sup> GA Res. 96 (I).

"Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 11/12/1946 tarih ve 96(1) sayılı Kararı'nın Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, sf: 717-718. (ç.n.)

ceği şeklinde idi. Genel Kurul, bir gaddarlığın, yani soykırımın, barış zamanında işlenmiş olsa bile uluslararası bir suç oluşturacağını tanıyarak, bir adım ileriye gitmek istemişti. Genel Kurul'da inisiyatif alanlar, soykırımın, suçun işlendiği yer dışındaki mahkemeler tarafından kovuşturılmaya tabi, evrensel yargı yetkisine dahil, bir suç olarak tanınmasını temenni ettiler. Bununla birlikte, ödenecek bedel, soykırım suçunun manevi ve maddi unsurlarının aşırı derecede dar tanımı idi. Bu tanım, Genel Kurul tarafından 9 Aralık 1948'de kabul edilen Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne koyuldu.<sup>39</sup> Sözleşme, iki yıl sonra, yirmi onay belgesinin sağlanması ile yürürlüğe girdi. Bu Sözleşme, örnek insan hakları andlaşması olarak görülmektedir.<sup>40</sup>

Soykırım ile insanlığa karşı suçlar arasındaki ayırım bugün daha az önem arz etmektedir, çünkü insanlığa karşı suçların kabul edilmiş tanımı, gelişmiştir ve şimdi tartışmasız bir şekilde, hem barış zamanında hem de savaş zamanında işlenen gaddarlıklara gönderme yapmaktadır. Bugün, soykırım, insanlığa karşı suçların en ağır şeklini oluşturmaktadır.<sup>41</sup> Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi, soykırımı, 'suçların suçu' olarak nitelendirmiştir.<sup>42</sup> Şaşırtıcı olmayan bir şekilde, soykırım, Roma Statüsü'nde düzenlenen ilk suçtur ve statü hazırlayıcılar tarafından hemen hemen hiç ihtilaf olmaksızın kabul edilen tek suçtur.

Soykırım, Roma Statüsü Madde 6'da tanımlanmaktadır.<sup>43</sup> Hüküm esasında, Soykırım Sözleşmesi Madde II'nin kopyasıdır. Madde II'de dü-

<sup>39</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (1951) 78 UNTS 277.

<sup>40</sup> 'Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Ninth Session, 12 May–18 July 1997', UN Doc. A/52/10, para. 76. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* (Case No. ICTR-95-1-T), Judgment, 21 May 1999, para. 88.

<sup>41</sup> Soykırım suçu hakkında bkz., Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary*, New York: Institute of Jewish Affairs, 1960; Pieter Nicolaas Drost, *Genocide: United Nations Legislation on International Criminal Law*, Leyden: A.W. Sijthoff, 1959; ve William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

<sup>42</sup> *Prosecutor v. Kambanda* (Case No. ICTR-97-23-S), Judgment and Sentence, 4 September 1998, para. 16; *Prosecutor v. Serashugo* (Case No. ICTR-98-39-S), Sentence, 2 February 1999, para. 15; *Prosecutor v. Jelusic* (Case No. IT-95-10-A), Partial Dissenting Opinion of Judge Wald, 5 July 2001, para. 1; *Prosecutor v. Stakic* (Case No. IT-97-29-T), Decision on Rule 98 bis Motion for Judgment of Acquittal, 31 October 2002, para. 22.

<sup>43</sup> Sunga, 'Crimes Within the Jurisdiction', at pp. 66–8; von Hebel and Robinson, 'Crimes Within the Jurisdiction', at pp. 89–90; William A. Schabas, 'Article 6', in Otto

zenlenen tanım, aşırı derecede kayıtlayıcı ve kitlesel adam öldürme ve gaddarlık vakalarının birçoğuna uygulanması güç olmakla eleştirilmesine rağmen, zamana dayanmıştır. Roma Konferansı'nın elli yıllık metni devam ettirme kararı, Statü Madde 6'nın uluslararası teamül hukukunun bir normunu kodifiye ettiğinin inandırıcı bir delilini oluşturmaktadır.

Roma Statüsü Madde 6 ve Soykırım Sözleşmesi Madde II, soykırımı, ulusal, etnik, ırksal ya da dinsel grupları bu haliyle yok etmek kastıyla işlenen beş eylem olarak tanımlamaktadır. Bu beş eylem şunlardır: grup üyelerini öldürme; grup üyelerinde ciddi fiziksel ya da zihinsel zarara sebep olma; grubun, yok edilmesi sonucunu doğuracak yaşam koşullarına kasten tabi tutulması; grup içindeki doğumları önleme; ve çocukları buldukları gruptan diğer bir gruba zorla nakletme. Bu tanım, bir çok ülkenin ceza kanuna dahil edilmiştir, fakat fiili kovuşturmalar nadiren yapılmıştır. Adolf Eichmann'ın 1961'de İsrail'deki yargılaması, Soykırım Sözleşmesi Madde II örnek alınarak hazırlanmış bir yasa maddesi uyarınca yapılmıştı. Ancak 1998'in sonlarında, Roma Statüsü'nün kabul edilmesinden sonra, *ad hoc* mahkemelerin bu normun yorumlanmasına ilişkin ilk önemli hükümleri yayımlandı.

Soykırımı, diğer bütün suçlardan ayıranın *dolus specialis* ya da 'özel kast' olduğu genellikle söylenmektedir. Aslında, Roma Statüsü tarafından tanımlanan üç suçun hepsi, adam öldürme ya da cinayet durumlarında kovuşturma öngörmektedir. Soykırımı, insanlığa karşı suçlardan ve savaş suçlarından ayıran, eylemin, ister adam öldürme isterse de Madde 6'da düzenlenen diğer dört eylemden birisi olsun, ulusal, etnik, ırksal ya da dinsel grubu bu haliyle tamamen ya da kısmen yok etme özel kastı ile işlenmesi gerektirir. Anlaşılacağı üzere, bu 'özel kastın' çeşitli bileşenleri bulunmaktadır.

Failin kastı, grubu 'yok etmek' olmak zorundadır. Soykırım Sözleşmesi'nin kabulü etrafında dönen tartışmalar sırasında, yok etme şekilleri üç kategori içerisinde gruplandırılmıştı: fiziksel, biyolojik ve kültürel. Kültürel soykırım, bu üç grup içerisinde en çetrefil olandı, çünkü ulusal dillerin bastırılmasını ve benzer önlemleri içerir şekilde yorumlanabilirdi.

---

Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 107–16; Emanuela Fronza, 'Genocide in the Rome Statute', in Flavia Lattanzi and William A. Schabas, eds., *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Rome: Editrice il Sirente, 2000, pp. 105–38.



Bu Sözleşme'nin hazırlayıcıları, bu hususların azınlık haklarına dair insan hakları bildirilerine bırakılmasının daha iyi olacağını düşündüler ve aslında kültürel soykırımın, soykırım tanımının kapsamı dışında kalması yönünde oy kullandılar. Bununla birlikte, soykırım tanımının çağdaş bir yorumcusunun, 1948'deki hazırlayıcıların niyeti/amacı ile bağlı olmaması gerektiği ileri sürülebilir. 'Yok etme' kelimesi, kültürel kavramı ile fiziksel ve biyolojik soykırımı kolaylıkla taşıyabilir ve cesur yargıçlar, bu tür ilerici bir yorumu kabul etmeye teşvik edilebilir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin<sup>44</sup> ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin<sup>45</sup> yeni kararları, hukukun bu yolda gelişmekte olduğunu göstermektedir. Her halükarda, 'kültürel soykırım' delilinin, fiziksel soykırım işleme kastının önemli bir göstergesi olduğu zaten ispatlanmıştır.<sup>46</sup>

Soykırım tanımı, cezalandırılacak eylemlerin yaygın ya da sistematik saldırıların bir parçası olması ya da grubu yok etmeye yönelik genel ya da organize bir planın bir parçası olması gibi, şekli bir şart içermemektedir. Ancak, bu, soykırım suçunun zımnî bir niteliği olarak görülebilir, fakat *Jelasic* davasında Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemesi'nin bir Yargılama Dairesi, tek başına soykırımsal manyak hipotezini kabul etmişti.<sup>47</sup> Aynı davada, Temyiz Dairesi teyit etmişti ki, 'bir planın ya da siyasanın varlığı, suçun yasal/hukuki bir unsuru değildir. Bununla birlikte, özel kastı ispatlama bağlamında, bir planın ya da siyasanın varlığı pek çok davada önemli bir etmen haline gelebilir.'<sup>48</sup> Taraf Devletler Kurulu tarafından kabul edilen Suç Unsurları, soykırım eyleminin 'o gruba yönelik açık benzer davranış örüntüsü bağlamında yer alması ya da davranışın kendisinin bu yok etmeyi gerçekleştirebilir/etkileyebilir olması' şartını öngörerek çok az farklı bir bakış açısı kabul etmektedir.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> *Prosecutor v. Krstic* (Case No. IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, para. 580.

<sup>45</sup> *Nikolai Jorgic, Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court), Fourth Chamber, Second Senate, 12 December 2000, 2 BvR 1290/99, para. (III)(4)(a)(aa).

<sup>46</sup> *Prosecutor v. Karadzic and Mladic* (Case No. IT-95-5-R61, IT-95-18-R61), Consideration of the Indictment within the Framework of Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 94.

<sup>47</sup> *Prosecutor v. Jelasic* (Case No. IT-95-10-T), Judgment, 14 December 1999, para. 100.

<sup>48</sup> *Prosecutor v. Jelasic* (Case No. IT-95-10-A), Judgment, 5 July 2001, para. 48. The Appeals Chamber's *obiter dictum* was followed in *Prosecutor v. Sikirica et al.* (Case No. IT-95-8-I), Judgment on Defence Motions to Acquit, 3 September 2001, para. 62.

<sup>49</sup> Elements of Crimes, ICC-ASP/1/3, pp. 113–15.

‘Tamamen ya da kısmen’ kelimeleriyle, tanım, nicel bir boyuta işaret etmektedir. Tasarlanan nicelik, önemli bir miktarda olmalıdır ve bir grubun sadece çok az üyesini öldürme kastı, soykırım olamaz. Galip gelen görüş, bir grubun sadece bir kısmı yok edilirse, yok edilen bu kısım, ‘esaslı’ bir kısım olmalıdır.<sup>50</sup> Bu husus son derece karışıktır, çünkü soykırımın gerçekleşebilmesinden önce, gerçek mağdurların kesin rakamsal eşiği olduğu genellikle düşünülmektedir. Fakat niceliğe gönderme, suçun manevi unsurunun betimlenmesinde yer almaktadır ve bu bağlamda önemli olan mağdurların gerçek sayısından ziyade failin, grubun büyük sayıda üyesini yok etmeyi amaçlamış olmasıdır. Mağdurların sayısı, bu tür bir soykırım kastının ispatlanması noktasında gerçekten önemli hale gelmektedir. Gerçek mağdur sayısı ne kadar çoksa, amacın, grubu ‘tamamen ya da kısmen’ yok etmek olduğu sonucu o kadar mantıklıdır.

Yakın zamanda, grubun ‘önemli bir kısmı’nın yok edilmesi durumunda da soykırımın işleneceği şeklinde bir diğer yorum ortaya çıkmıştır. Bu önemli kısım, grubun önde gelenleri gibi grup bakımından ‘özel önem’ arz eden kişileri içerebilir,<sup>51</sup> fakat Yugoslavya Mahkemesi’nin bir Yargılama Dairesi, bir davada bu yaklaşımı, askerlik çağındaki erkekleri kapsayacak şekilde genişletmişti.<sup>52</sup> Bazı kararlar, ‘kısmen’ kelimesinin, suçun, örneğin Bosnalı Sırp güçler tarafından Temmuz 1995’te saldırıya uğrayan Srebrenica kasabasındaki Müslüman nüfus gibi, çok küçük bir coğrafi alanda, o alanın sınırları ile tanımlı bir gruba karşı işlenebileceği anlamına geldiğini saptamıştır.<sup>53</sup>

Yok etmenin, tanımda sıralanan dört gruptan birine yönelik olması gerekmektedir: ulusal, etnik, ırksal ya da dinsel. Bu liste, sınırlı kapsamından dolayı genellikle eleştirilmiştir. Aslında, siyasi ve sosyal grupları tanım içerisine dahil etme önerileri, 1948’de reddedilmişti ve Roma Statüsü’nün hazırlanması sırasında tekrar reddedildi. Fakat bu dört terimin darlığından duyulan memnuniyetsizlik, Ruanda için Uluslararası Ceza

---

“Suç Unsurları” belgesinin Türkçe serbest çevirisi için bkz., **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, (çev. Hivren Özkol), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 81-121. (ç.n.)

<sup>50</sup> *Prosecutor v. Jelešić* (Case No. IT-95-10-T), Judgment, 14 December 1999, para. 82.

<sup>51</sup> *Prosecutor v. Sikirica et al.* (Case No. IT-95-8-I), Judgment on Defence Motions to Acquit, 3 September 2001, para. 80.

<sup>52</sup> *Prosecutor v. Krstić* (Case No. IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, para. 595.

<sup>53</sup> *Ibid.*, para. 590.

Mahkemesi'nin soykırımı ilişkin ilk mahkumiyet kararında yansıtılmıştı. Ruanda Mahkemesi, Soykırım Sözleşmesi yapımcılarının, tanımın, tüm 'kalıcı ve istikrarlı' gruplara uygulanmasını kastettiklerini belirtmiştir, ki bu açıkça metnin ötesine geçen tartışmalı bir yorumdur.<sup>54</sup> Bu dört terimi, tanımlamak kolay değildir. Ayrıca, 'ırksal gruplar' gibi kavramların yaygın anlamı, 1948'den beri önemli ölçüde değişmiştir. Bütün olarak alındığında, bu dört terim, insan hakları hukukunun, etnik ya da ulusal azınlıklar olarak gönderme yaptığı şeylere karşılık gelmektedir,<sup>55</sup> deyimlerin kendileri kesin tanımlardan kaçınmıştır.

Soykırım suçu tanımı, bilmece gibi 'bu haliyle' kelimeleriyle bitmektedir. Bu kelimeler, soykırımın sadece kasti bir unsur değil, aynı zamanda da bir saik/motif gerektirdiğine inanan Devletler arasındaki uzlaşmanın sonucu olarak 1948'de eklendi. Kast ve saik/motif kavramları, özdeş değildir. Bireyler suçları kasten işleyebilir, fakat bir dizi saik/motif için işlerler: hırs/aç gözlülük, kıskançlık, kin/nefret vesaire. Saikin/motifin ispatı, etkili kovuşturmaya ek bir engel oluşturmaktadır ve bu nedenle çetritli delegasyonlar, bunun suçun bir unsuru olarak gerekli görülmesine karşı çıkmıştı. Bugüne kadar, soykırım tanımını yorumlayan mahkemeler, bu sorundan sakınmıştır.

Hükmün *başlangıcında* bulunan soykırım suçunun manevi unsurunu ya da *mens rea*'nin tanımını, soykırımın cezalandırılabilir eylemlerini sıralayan beş paragraf takip etmektedir. Bu liste, tüketicidir ve etnik azınlıklara yöneltilmiş diğer zulüm eylemlerine tam anlamıyla genişletilemez. Bu tür gaddarlıklar –örneğin, şimdi bilinen haliyle 'etnik temizlik'- bu sebepten ötürü, muhtemelen soykırım olarak değil, insanlığa karşı suçlar olarak kovuşturulacaktır.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998 (1998) 37 ILM 1399, para. 515. Fakat Ruanda Mahkemesi önündeki diğer davalarda bu yaklaşım kabul edilmemiştir: *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* (Case No. ICTR-95-1-T), Judgment, 21 May 1999, para. 94. Ayrıca bkz.: *Prosecutor v. Rutaganda* (CaseNo. ICTR-96-3-T), Judgment, 6 December 1999.

<sup>55</sup> *Prosecutor v. Krstic* (Case No. IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, para. 556.

<sup>56</sup> Not edilmelidir ki, örneğin, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı, Kosova'da 1999'da yapıldığı iddia edilen 'etnik temizlik' için Slobodan Milosevic'i soykırım ile değil fakat insanlığa karşı suçlar ile itham etmişti : *Prosecutor v. Milosevic et al.* (Case No. IT-99-37-I), Indictment, 22 May 1999.

Adam öldürme, tanımın merkezinde yer almaktadır ve hiç şüphesiz, soykırımın beş eylem türünün en önemlisidir. *Ad hoc* mahkemeler, adam öldürme teriminin, cinayet ya da kasten öldürme ile eş anlamlı olduğuna karar vermiştir<sup>57</sup> (fakat Suç Unsurları ‘adam öldürme’ teriminin, ‘ölüme sebebiyet verme’ terimi ile ‘değiştirilebilir’ olduğunu belirtmektedir, bu durum, kasti olmayan öldürmeye kapı aralıyor gibi görünmektedir). Soykırımın ikinci eylem türü olan ciddi bedensel ya da zihinsel zarara sebep olma, adam öldürme derecesine ulaşmamış büyük ihlal eylemlerine gönderme yapmaktadır. Ruanda Mahkemesi, *Akayesu* kararında, ırza geçmeyi bu eylemlere örnek olarak vermişti. Unsurlar daha ayrıntılıdır, bu tür davranışın ‘işkence, ırza geçme, cinsel şiddet ya da insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele eylemleri’ni içerebileceğini belirtmektedir.<sup>58</sup> Soykırımın üçüncü eylem türü olan, grubun, yok edilmesi sonucunu doğuracak yaşam koşullarına kasten tabi tutulması, Türkiye’deki Ermeni azınlığın, 1915’teki tehciri gibi vakalara uygulanmaktadır. Fakat Madde 6’da tanımlanan eylemlerin hiçbiri, bu eylemlere özel soykırım kastı eşlik etmedikçe, soykırım oluşturmaz. Kastın eksik olduğu vakalarda, kovuşturma yine de insanlığa karşı suçlar ya da savaş suçları için yapılabilir.

### İnsanlığa karşı suçlar

‘İnsanlığa karşı suçlar’ ibaresine ara sıra yapılan göndermeler, bir kaç yüz yıl öncesi kadar geriye gidebilirse de, bu terim, çağdaş bağlamında, ilk kez 1915’de kullanıldı. Türkiye’deki Ermeni nüfusa yönelik kıyımlar, üç Müttefik gücün, bu eylemlerden sorumlu olanların kişisel olarak sorumlu tutulacağı taahhüdünde bulunduğu bir bildirisinde, insanlığa karşı suç olarak ilan edilmişti<sup>59</sup>. Fakat, savaş sonrası barış görüşmelerinde, bunun, ceza normunun geriye yürütmesinin bir şekli olduğu yönünde itirazlar oldu ve 1915 olayları için uluslararası düzlemde herhangi bir kovuşturma asla yapılmadı. ‘İnsanlığa karşı suçlar’ terimi, Nuremberg Mahkemesi yargı yetkisi içindeki üç kategori suçtan biri olarak, 1945’de

<sup>57</sup> *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998, paras. 228–9.

<sup>58</sup> Suç Unsurları, Md. 6(b), parag. 1, dipnot. 3.

<sup>59</sup> United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London: His Majesty’s Stationery Office, 1948, p. 35.

\*\*\* Bu ibarenin İngilizce orijinali, ‘Armenian genocide’ şeklindedir. Ancak bu konu, hem ulusal hem de uluslararası alanda tartışmalı olduğu için, söz konusu ibare, yazarın da rızası ile Türkçe’ye bu şekilde çevrilmiştir. (ç.n.)

yeniden belirdi. Bir kez daha, ceza normunun geriye yürümesi hakkındaki argümanlar ortaya çıktı, fakat başarılı bir şekilde geri püskürtüldü.

1945'te, işgal altındaki topraklardaki sivillere karşı işlenen eylemler için Nazi savaş suçlarının yargılanması konusunda çok az yasal/hukuki güçlük bulunmaktaydı. Uluslararası hukuk, işgal altındaki topraklarda sivillere yönelik zulümü zaten yasaklamıştı ve bunları, uluslararası suç olarak tanımlamak küçük bir adımdı. Fakat, Müttefikler'in avukatları, savaş sonrası kovuşturmaları hazırlamak için 1943'te ve 1944'te toplandıklarında, bir çoğu, Almanya sınırları içerisinde Almanlara karşı işlenmiş suçlardan ötürü Nazileri sorumlu tutmanın yasal/hukuki olarak geçersiz olacağını kabul etmişti. Musevi hükümetler-dışı örgütlerinin önemli baskıları olmaksızın, düşüncede önemli bir değişiklik ve Nazilerin cezai sorumluluğunu 'insanlığa karşı suçlar' başlığı altında iç gaddarlıklara genişletme konusunda anlaşma olmazdı. Fakat Müttefikler bile, bu genişleme kendi ülkeleri içindeki azınlıklara muamele hususunda sonuçlar doğurabileceği için rahatsız olmuştu; ancak bu genişlemede kolonilerden bahsedilmiyordu. Bu nedenle, insanlığa karşı suçların ancak, Nuremberg Mahkemesi yargı yetkisindeki diğer suçlar olan savaş suçları ve barışa karşı suçlardan biri ile birleşmiş ise işlenebileceği konusunda ısrar ettiler.<sup>60</sup> Böylelikle, insanlığa karşı suçlar ile uluslararası silahlı çatışma arasında bir şart ya da *bağlantı* getirdiler. Lyle Sunga, Nuremberg Şartı'nın insanlığa karşı suçlara yaklaşımını, savaş suçlarının anormal/doğaya aykırı şekilde birleşmiş Siyam ikizi olarak tarif etmektedir.<sup>61</sup> Gerçekte, biz, Nuremberg kovuşturmalarına 'savaş suçları yargılamaları' olarak gönderme yapmaktayız ve silahlı çatışma ile bir *bağlantı* gerektiren sınırlı terminoloji, birçoğu aslında barış zamanında işlenen, insan haklarına yönelik gaddarlıkların uluslararası kovuşturulmasını usandırmaya devam etmektedir.

Böyle bir sınırlandırma konusundaki memnuniyetsizlik, Nuremberg hükmünün verildiği haftalarda ortaya çıktı. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, insanlığa karşı suçun en kötü şeklini, yani soykırımı, barış zamanında

<sup>60</sup> *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, Washington: US Government Printing Office, 1949; Egon Schwelb, 'Crimes Against Humanity', (1946) 23 *British Yearbook of International Law* 178; Roger S. Clark, 'Crimes Against Humanity at Nuremberg', in G. Ginsburgs and V. N. Kudriavtsev, eds., *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht and Boston: Martinus Nijhoff, 1990, pp. 177–212.

<sup>61</sup> Sunga, 'Crimes Within the Jurisdiction', sf. 68.

ve savaş zamanında işlenebilecek ayrı bir suç olarak tanımlamaya karar verdi. 1945'den beri yıllar boyunca, insanlığa karşı suçların tanımı konusunda çeşitli değişiklikler oldu, bazıları silahlı çatışma ile *bağlantıyı* ortadan kaldırdı.<sup>62</sup> Bu, birçoklarını, teamül hukuku bakımından tanımın, barış zamanında işlenen gaddarlıkları kapsayacak şekilde geliştiğini ileri sürmeye teşvik etti. Fakat Güvenlik Konseyi'nin kendisi, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesini kurduğunda, 1993'de, suları bulandırdı. Bu mahkeme'nin Statüsü Madde 5, insanlığa karşı suçların, 'ister uluslararası ister iç nitelikte olsun, silahlı çatışmada' işlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, bir yıl sonra, Güvenlik Konseyi, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesini kurduğunda *bağlantı* konusunda ısrar etmedi.<sup>63</sup> 1995'de, yargı yetkisine dair ünlü *Tadic* kararında, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, *bağlantıyı* 'modus geçmekte olan' şeklinde tarif etmişti ve belirtmişti ki, 'bu şart için mantıki ya da hukuki hiç bir temel yoktur ve insanlığa karşı suçlarla ilgili sonraki Devlet uygulamalarında bu terkedilmiştir.'<sup>64</sup> O günden sonra, Temyiz Dairesi, Yugoslavya Mahkemesi Statüsü Madde 5'de düzenlenen silahlı çatışma ile *bağlantıyı* 'tamamen yargı yetkisine dair' olarak tarif etmiştir.<sup>65</sup>

Roma Statüsü Madde 7, bu gelişmeyi, insanlığa karşı suçların tanımı içinde kodifiye etmektedir, fakat Roma'da 'önemli bir sayıdaki delegasyon, insanlığa karşı suçların sadece silahlı bir çatışma sırasında işlenebileceğini gayretli bir şekilde ileri sürmüş olduğu' olgusuna dayan uluslararası

<sup>62</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals, yukarıda dipnot 3, Md. 6(c); International Military Tribunal for the Far East, TIAS No. 1589, Annex, Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Art. 5(c); Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, *Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, 31 January 1946, pp. 50–5, Art. II(1)(c); Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex, Md. 5; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/RES/955, Annex, Md. 4.

<sup>63</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/RES/955, Annex, Art. 3.

<sup>64</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, (1997) 105 ILR 453, (1997) 35 ILM 32, para. 140.

<sup>65</sup> *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1-A), Judgment, 12 June 2002, para. 83.

teamül hukukunun hala *bağlantı* gerektirdiği argümanı, inanılmaz değildir.<sup>66</sup> Soykırım bakımından, suçun uluslararası bir silahlı çatışmanın yokluğu durumunda işlenebileceğine işaret eden belirli herhangi bir şey yok, fakat şüphesiz bu zımni olarak var. Madde 7, şöyle bir giriş paragrafı ya da *başlangıç* ile başlamaktadır: ‘Bu Statü’nün amacı bakımından, “insanlığa karşı suç”, saldırının bilgisi ile, herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın ya da sistematik saldırının bir parçası olarak işlendiğinde, aşağıdaki eylemlerden herhangi birisi anlamına gelmektedir.’ Soykırım suçunda olduğu gibi, insanlığa karşı suçlar hükmünün devamında yer alan ‘eylemleri’, insanlığa karşı suç derecesine çıkartan önemli bir eşik bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, ki Roma Konferansı’nda büyük anlaşmazlık konusu olmuştur, bu eylemlerin ‘yaygın ya da sistematik bir saldırı’nın parçası olması şartıdır. Bazı önceki öneriler, saldırının yaygın ve sistematik olmasını gerekli görmüştü. Bu iki koşulu alternatifli olarak sunmaya sevk, sadece bir yıl önce, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin ilk büyük hükmünde, *Tadic* davasında, desteklenmişti.<sup>67</sup> Fakat eşğin görünürdeki bu genişlemesi, bir yanılsama olabilir çünkü Madde 7’de ‘saldırı’ terimi, ‘bir Devlet ya da kuruluşun/örgütün böyle bir saldırıya yönelik siyasası uyarınca ya da yardımıyla, sivil nüfusa karşı paragraf 1’de göndermesi yapılan eylemlerin birden fazla kere işlenmesini kapsayan davranış biçimi’ olarak tanımlanmaktadır. Bundan ötürü, öyle görünmektedir ki, ‘saldırı’ teriminin hem yaygın hem de sistematik yönleri vardır. İlaveten, saldırının bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş olması gereği, insanlığa karşı suçları, muharipleri/savaşanları ya da sivilleri hedefleyebilecek birçok savaş suçundan ayırmaktadır. Saldırının, askeri bir saldırı olması gerekmemektedir.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Von Hebel and Robinson, ‘Crimes Within the Jurisdiction’, p. 92. Roma Statüsü Md. 7 konusunda ayrıca bkz., Darryl Robinson, ‘Crimes Against Humanity: Reflections on State Sovereignty, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience’, in Lattanzi and Schabas, *Essays on the Rome Statute*, pp. 139–70; Machteld Boot, Rodney Dixon and Christopher K. Hall, ‘Article 7’, in Triffterer, *Commentary*, pp. 117–72; M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, 2nd edn, The Hague: Kluwer Law International, 1999; Darryl Robinson, ‘Defining “Crimes Against Humanity” at the Rome Conference’, (1999) 93 *American Journal of International Law* 43.

<sup>67</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 May 1997, para. 656.

<sup>68</sup> Suç Unsurları, Md. 7, Başlangıç, para. 3.

Saldırı aynı zamanda, ‘bir Devlet ya da kuruluşun/örgütün böyle bir saldırıya yönelik siyasası uyarınca ya da yardımıyla’ gerçekleştirilmelidir. Bu ibare, insanlığa karşı suçların bazı koşullarda Devlet dışı aktörler tarafından işlenebileceğini göstermektedir. Tarihsel olarak, insanlığa karşı suçların, bir Devlet siyasasının uygulanmasını gerektirdiği genellikle düşünölmüştü. Bu şart zamanla zayıfladı, bu durum, savaş suçlarının uluslararası olmayan silahlı çatışma alanındaki genişlemesine koşut olan hukuki bir gelişmedir. *Tadic* davasında, Yugoslavya Mahkemesi, teamül hukukunda insanlığa karşı suçların, ‘belirli bir toprak üzerinde de facto kontrol uygulayan fakat uluslararası tanınmadan ya da “de jure” bir devletin resmi statüsünden yoksun olan varlıklar namına ya da terörist bir grup ya da örgüt tarafından’ da işlenebileceğini belirtmişti.<sup>69</sup> Bu görüşlerin Roma Statüsü Madde 7’deki yansıması, *ad hoc* mahkemelerin içtihat hukukunun, statü hazırlayıcıları üzerindeki etkisinin bir diğer örneğidir.

Son olarak, fail, ‘saldırının bilgisi’ne sahip olmak zorundadır. Bu, soykırım tanımının gerektirdiği özel kasta göre daha az aranmakta ise de, özel kastın bir şeklini oluşturmaktadır. İnsanlığa karşı suçlara iştirak eden fakat bunların sivil bir nüfusa karşı yaygın ya da sistematik bir saldırının parçası olduğunun farkında olmayan bir birey, cinayetten hatta belki savaş suçlarından suçlu bulunabilir fakat Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından insanlığa karşı suçlardan mahkum edilemez. Bununla birlikte, Suç Unsurlarına göre bu, ‘failin saldırının tüm özelliklerinin ya da Devlet ya da kuruluşun/örgütün plan ya da siyasasının kesin detaylarının bilgisine sahip olmasını’ gerektirmemektedir.<sup>70</sup>

İnsanlığa karşı suçların tanımı, böyle bir gerekliliğe işaret eden bazı önceki tanım modellerinden farklı olarak, bu suçlar için saikten/motiften bahsetmemektedir. Bazı Devletler, uluslararası teamül hukuku tarafından desteklendiği hususunda ısrar ederek, karşıt görüşü ileri sürmüştü, fakat bu konudaki çoğunluk görüşüne teslim oldular.<sup>71</sup> Bu mesele de, Yugoslavya Mahkemesi Temyiz Dairesi’nin, genel olarak insanlığa karşı suçlar için belirli bir motif/saik şartı olmadığını (‘zulüm’ eylemi tanımında bir saik/motif şartı yer almaktadır) belirten 1999 tarihli bir hükmüne kadar ihtilafli kaldı.<sup>72</sup> Bu, elbette, saikin/motifin, insanlığa karşı suçların

<sup>69</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 May 1997, para. 654.

<sup>70</sup> Suç Unsurları, parag. 2.

<sup>71</sup> Von Hebel and Robinson, ‘Crimes Within the Jurisdiction’, pp. 93–4.

<sup>72</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-A), Judgment, 15 July 1999.



kovuşturulmasıyla asla ilgili olmadığı anlamına gelmemektedir. Kendisine suç isnad edilen kişinin, bu suçu işlemek için bir saikinin/motifinin olduğunun gösterilebildiği yerde, bu suçluluğun inandırıcı bir göstergesi olabilir, tıpkı herhangi bir saik/motif eksikliğinin masumiyet konusunda bir şüphe uyandırabileceği gibi. Saik/motif, aynı zamanda söz konusu suç için uygun bir cezanın tespitiyle de ilgilidir.<sup>73</sup>

*Ad hoc* mahkemelerin içtihat hukuku, insanlığa karşı suçlar kavramını genişletmeye yönelmiştir. Hatta, bu içtihat hukukunun bazı yönlerden, Roma Statüsü Madde 7 metninden ayrıldığı görülmüştür. Örneğin, Madde 7, eylemlerin ‘bir Devlet ya da kuruluşun/örgütün böyle bir saldırıya yönelik siyasası uyarınca ya da yardımıyla’ yapılmasını, insanlığa karşı suçların bir ögesi olarak açıkça gerektirmektedir. Fakat Temmuz 2002 tarihli *Kunarac* temyiz hükmünde Temyiz Dairesi, siyasa ögesinin, uluslararası teamül hukuku bakımından, insanlığa karşı suçların bir unsuru olmadığına karar verdi.<sup>74</sup> Temyiz Dairesi, Uluslararası Hukuk Komisyon’un erken dönem resmi açıklamalarını yansıtarak, insanlığa karşı suçların alt eşliğini sadece ‘münferit ya da rastgele/tesadüfi eylemlerden’ daha fazlası olarak belirledi.<sup>75</sup> Böylece, UCM’deki yargıçlar, insanlığa karşı suçların kapsamını genişletmek isterlerse, *ad hoc* mahkemelerden çok cesaret alacaklardır. Fakat UCM yargıçları, bunu yapmaya kalkışır ise, daha sınırlandırıcı bir bakış açısı gösteren Roma Statüsü’nün açık kelimelerini hesaba katmak zorunda kalacaktır.<sup>76</sup>

Madde 7 paragraf 1’in *başlangıcını* insanlığa karşı suçların on bir eyleminin bir listesi takip etmektedir. Nuremberg’te bu liste oldukça kısaydı. Liste, uluslararası insan hakları hukukundaki gelişmeler ile genişlemiştir. Bundan dolayı, apartheid, işkence ve zorla kişileri ortadan kay-

<sup>73</sup> Örneğin, Rules of Procedure and Evidence, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.1, Kural 145(2)(v).

“Usul ve Delil Kuralları”nın Türkçe serbest çevirisi için bkz., **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, (çev. Gülay Arslan), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 123-212. (ç.n.)

<sup>74</sup> *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Case IT-96-23 and IT-96-23/I-A), Judgment, 12 June 2002, para. 98.

<sup>75</sup> *Ibid.*, para. 96.

<sup>76</sup> Bkz., Antonio Cassese tarafından ifade edilmiş görüşler, ‘Areas Where Article 7 is Narrower than Customary International Law’, in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, *The Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 375–6.

betme gibi halihazırda uluslararası hukuktaki yasaklamalara tabi insanlığa karşı suçların belirli türlerine ilişkin alt paragraflar bulunmaktadır. Nuremberg zamanında tanınmış olan bazı terimler de gelişmiş ve genişlemiştir. Örneğin, ‘sınır dışı etme’ye ‘nüfusun zorla nakledilmesi’ kelimeleri eklendi, son yıllarda kınadığımız ‘etnik temizlik’ olarak bilinen şey de tanındı, özellikle bir ülkenin kendi sınırları içerisinde gerçekleştiğinde. Bununla birlikte, ekonomik ambargo, terörizm ve kitlesel açlık dâhil insanlığa karşı suçların diğer yeni eylemlerini katmak için yapılan öneriler yeterli desteği toplamadı.

İnsanlığa karşı suçun kapsamının genişlemesinin en etkileyici örneği, ‘toplumsal cinsiyet/gender suçları’na ilişkin oldukça zengin listede bulunmaktadır. Nuremberg Şartı, ırza geçmeyi, en azından açıkça, insanlığa karşı suçun bir türü olarak tanımamıştı fakat bu, yargısal yorumla ve sonraki tanımların metninde düzeltildi. Roma Statüsü, ‘ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fahişelik, zorla hamilelik, zorla kısırlaştırma ya da cinsel şiddetin benzer ağırlıktaki diğer herhangi bir şekli’ne gönderme yaparak daha ileriye gitmektedir.<sup>77</sup> ‘Zorla hamilelik’ terimi, en sorunlu olandı çünkü bazıları bunun, Devletlere, zorla hamile bırakılan kadınlara kürtaj imkânı sağlama yükümlülüğü getirdiği şeklinde yorumlanabileceğine inanıyordu.<sup>78</sup> Bu terimin bir anlamı üzerinde anlaşma sağlandı: “‘Zorla hamilelik’ herhangi bir nüfusun etnik kompozisyonunu etkilemek ya da uluslararası hukukun diğer ağır ihlallerini gerçekleştirmek amacı ile zorla hamile bırakılan bir kadının hukuka aykırı doğum yapması anlamına gelmektedir. Bu tanım, hiçbir şekilde, hamileliğe ilişkin ulusal yasaları etkiler

<sup>77</sup> İnsanlığa karşı suçlardaki toplumsal cinsiyet/gender suçları hükmünün ayrıntılı bir analizi için bkz., Kelly Dawn Askin, ‘Crimes Within the Jurisdiction of the International Criminal Court’, (1999) 10 *Criminal Law Forum* 33; Cate Steains, ‘Gender Issues’, in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 357–90; and Barbara C. Bedont, ‘Gender-Specific Provisions in the Statute of the ICC’, in Lattanzi and Schabas, *Essays on the Rome Statute*, pp. 183–210. Ayrıca bkz., Nicole Eva Erb, ‘Gender-Based Crimes under the Draft Statute for the Permanent International Criminal Court’, (1998) 29 *Columbia Human Rights Law Review* 401; Patricia Viseur Sellers and Kaoru Okuizuma, ‘International Prosecution of Sexual Assaults’, (1997) 7 *Transnational Law and Contemporary Problems* 45.

<sup>78</sup> Vatikan, başlangıç bölümünde ‘insanlara’ bir gönderme yapılması teşebbüsünde bulundu, bu, kürtaj meselesini ortaya atma yönünde bir teşebbüs olarak değerlendirildi ve bu nedenle reddedildi: Tuiloma Neroni Slade and Roger S. Clark, ‘Preamble and Final Clauses’, in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 421–50 at p. 426.

şekilde yorumlanmayacaktır.<sup>79</sup> İkinci cümle, bazı Devletleri, Roma Statüsü'nün kürtaj karşıtı yasalarla çatışmayacağı konusunda temin etmek için eklendi.<sup>80</sup> Cinsel şiddeti, bir işkence eylemi olarak kovuşturmak da mümkündür. *Kunarac* davasında, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, ister fiziksel ister zihinsel olsun, cinsel şiddetin mutlaka, şiddetli acı ya da ızdırıp verdiğini belirtmiş ve ızdırabın görünür delilinin mağdur tarafından gösterilmesinin gerekmediğini, bunun varsayılabilceğini eklemiştir.<sup>81</sup>

Irza geçme, Roma Statüsünde tanımlanmamıştır ve o tarihte statü hazırlayıcılar bunun, halledilmek için yargıçlara bırakılacak kadar açık olduğunu düşünmüş olabilirler. Roma Statüsü'nün kabulünden sonra bir kaç ay içerisinde, *ad hoc* mahkemelerin hükümleri irza geçme suçuna ilişkin farklı iki tanım geliştirdi. İlki, Ruanda Mahkemesi tarafından *Akayesu* davasında önerildi ve şu uyarı yapıldı: 'ırza geçme suçunun temel unsurları, nesnelere ve vücut parçalarının mekanik tanımı ile ele alınamaz'.<sup>82</sup> Ruanda Mahkemesi bu suçu, 'bir kişiye karşı zorlayıcı koşullar altında işlenen, cinsel bir doğaya fiziksel bir tecavüz' olarak tanımladı.<sup>83</sup> Tanım, cinsel saldırının bir şekli olarak pekala kovuşturulabilecek olmasına rağmen pek çok hukuk sistemi tarafından irza geçme olarak damgalanmayan, mağdurun ağzına dil ile nüfuz etmeyi kapsayacak kadar genişti. Sonradan, Yugoslavya Mahkemesinin bir Yargılama Dairesi, irza geçmenin, '(a) mağdurun vajinasına ya da anüsüne failin penisinin ya da fail tarafından kullanılan herhangi başka bir nesnenin; ya da (b) mağdurun ağzına failin penisinin, az da olsa nüfuz etmesi' olduğuna karar vererek daha mekanik ve teknik bir tanıma döndü.<sup>84</sup> Suç Unsurları, bazı küçük ayrılıklarla beraber, bu yaklaşımlardan ikincisine meylettirmektedir: 'Failin, mağdurun ya da failin vücudunun herhangi bir parçasına, cinsel bir organın, ya da mağdurun anal ya da vajinal aralığına herhangi bir nesne ya da vücudun başka bir parçasının, az da olsa nüfuz etmesiyle sonuçlanan davranış yoluyla bir

<sup>79</sup> Roma Statüsü, Md. 7(2)(f).

<sup>80</sup> Steains, 'Gender Issues', p. 368. Fakat, metnin aksi yönde bir yorumuna cevaz veren farklı bir görüş için bkz., Bedont, 'Gender-Specific Provisions', pp. 198-9.

<sup>81</sup> *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1-A), Judgment, 12 June 2002, para. 150.

<sup>82</sup> *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998, para. 325.

<sup>83</sup> *Ibid.*, para. 326. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, paras. 477-8.

<sup>84</sup> *Prosecutor v. Furundzija* (Case No. IT-95-17/1-T), Judgment, 10 December 1998, para. 185.

kişinin vücuduna tecavüz etmesi.’ Birçok hukuk sistemi, sadece bir kadının, bir ırza geçmenin mağduru olabileceğini kabul etmektedir. Suç Unsurları, “‘tecavüz” kavramı, cinsiyet-ayrısız olması için yeterince geniş olması amaçlanmıştır’ cümlesini içeren bir dipnotla, erkeklerin de bu suçun mağdurları olabileceğinin bir işaretini sağlamaktadır.<sup>85</sup>

Madde 7, insanlığa karşı suçların kapsamını genişletmekle birlikte, bazı bakımlardan aynı zamanda onu sınırlandırmaktadır. Örneğin, Statü, zulüm etmeyi cezalandırılabilir bir eylem olarak tanımlamaktadır: ‘Herhangi bir tanımlanabilir gruba ya da topluluğa bu paragrafta göndermesi yapılan herhangi bir eylemle ya da Mahkemenin yargı yetkisi içerisindeki herhangi bir suç ile bağlantılı olarak, paragraf 3’de belirtilen siyasi, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, toplumsal cinsiyet ya da uluslararası hukuk çerçevesinde evrensel olarak yasak kabul edilen diğer temellerde zulüm etme’. Grupların ya da toplulukların listesi, önceki herhangi bir tanımdan oldukça geniştir. Bununla birlikte, ‘bu paragrafta göndermesi yapılan herhangi bir eylemle ya da Mahkemenin yargı yetkisi içerisindeki herhangi bir suç ile bağlantılı olarak’ kelimeleri suçun kapsamını oldukça daraltmaktadır ve önceki tanımlardan bir sapmadır. ‘Zulüm’ tanımlamak, onun karmaşık ve muğlak olduğu eleştirileri ile, Roma Statüsü hazırlayıcılarının kafasını karıştırmıştı. Sonuç bir uzlaşmadır. Suç Unsurları açıklamaktadır ki, zulüm eyleminde fail, ‘uluslararası hukuka aykırı olarak, bir ya da daha fazla kişiyi temel haklarından ciddi bir şekilde yoksun bırakmaktadır’.<sup>86</sup> Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin yeni bir hükmünde belirtilmektedir ki, insanlığa karşı suç olan zulüm ‘eşsiz niteliğini özel bir ayrımcı kasıtın/amacın gerekliliğinden almaktadır’.<sup>87</sup> İctihat hukuku zulümü, gerçekte ayrımcılık yapan ve uluslararası teamül ya da andlaşma hukukunda düzenlenen temel bir hakkı inkar ya da ihlal eden bir eylem ya da ihmali olarak tanımlamıştır.<sup>88</sup>

Roma Statüsü’nün, gelişim için açık kapı bıraktığı yer, ‘diğer insanlık dışı eylemler’e değinen, insanlığa karşı suçlar listesinin son paragrafındadır. *Ad hoc* mahkemelerin icthad hukukunda şu endişe ifade edilmiştir, ‘bu kategori kesinlikten yoksundur ve Mahkemenin çalışması için güvenli bir ölçme aracı sağlamak bakımından fazla geneldir ve bu nedenle ceza

<sup>85</sup> Suç Unsurları, Md. 7(1)(e), parag. 1 ve dipnot. 15.

<sup>86</sup> Suç Unsurları, Md. 7(1)(h), parag. 1.

<sup>87</sup> *Prosecutor v. Krnojelac* (Case No. IT-97-25-T), Judgment, 15 March 2002, para. 436.

<sup>88</sup> *Ibid.*

hukukunun/yasasının ‘belirliliği’ ilkesine aykırıdır.’<sup>89</sup> Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, ‘diğer insanlık dışı eylemler’in hukuki parametrelerinin insanlara ait olan ve uluslararası insan hakları hukuku normlarından gelen bir takım temel haklarda bulunduğunu ileri sürmüştür. ‘Diğer insanlık dışı eylemler’i, insanlığa karşı suçlara, tanımın diğer paragraflarında özel olarak sıralanmamış olan ciddi insan hakları ihlallerini, benzer ağırlıkta olmaları şartı ile, kapsama esnekliği sağlayan bir yan kategori olarak değerlendirmektedir. Yugoslavya Mahkemesi Statüsü’nde özel olarak sıralanmayan insanlık dışı eylemlerle ilgili olarak Mahkeme tarafından verilen örnekler, sivil grupların zorla nakledilmesi, zorla fahişelik ve kişilerin zorla kaybedilmesidir.<sup>90</sup>

*Akayesu* davasında Ruanda Mahkemesi, ‘insanlık dışı eylemler’i, Tutsi kadınlarının çıplaklığa zorlanmasını kapsamak için kullandı.<sup>91</sup> Yugoslavya Mahkemesi, binlerce kadının, çocuğun ve yaşlı kişinin kuşatılmış Srebrenica’daki Potocari’den zorla otobüsle taşınmasının insanlık dışı eylem oluşturduğu sonuca vardı. Otobüsle taşınanlara, nereye gittikleri söylenmedi, bazıları otobüslere binerken Sırp askerler tarafından dövüldü ve küfür edildi, otobüsler aşırı kalabalıktı ve dayanılmaz şekilde sıcaktı ve onlara yolculukları sırasında taşlar atıldı. Otobüsten indirildikten sonra, mağdurlar ‘hiç kimsenin ülkesi’ içinde bir kaç kilometre yürümek zorunda kaldı.<sup>92</sup>

Fakat, Roma Statüsü’nde, ‘diğer insanlık dışı eylemler’, ‘kasten büyük ızdıraba ya da bedene ya da zihinsel veya fiziksel sağlığa ciddi zarara sebep olma ile benzer nitelikte’ kelimelerinin eklenmesiyle aslında daraltılabilir. Ruanda Mahkemesi tarafından telin edilen cinsel küçük düşürme/onur kırma eylemlerinin, şimdi Roma Statüsünün sınırlandırıcı diline uyup uymayacağı tartışmaya açıktır. Bu madde, Yugoslavya Mahkemesinin bir Yargılama Dairesi tarafından ‘yasak insanlık dışı eylemleri belirlememize imkan verecek, dolaylı da olsa, hukuki standartların bir göstergesini sağlamada’ başarısız olmakla eleştirilmişti.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> *Prosecutor v. Kupreskic et al.* (Case No. IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000, para. 563.

<sup>90</sup> *Ibid.*, para. 566.

<sup>91</sup> *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998.

<sup>92</sup> *Prosecutor v. Krstic* (Case No. IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, paras. 50–2 and 519.

<sup>93</sup> *Prosecutor v. Kupreskic et al.* (Case No. IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000, para. 565.

Madde 7, bu madde paragraf 1’de yer alan daha çetrefil bazı terimleri tanımlamaya çalışan iki paragraf ile bitmektedir. Buna göre, yukarıda açıklandığı üzere, ‘saldırı’ terimi, ayrıca ‘yok etme’, ‘köleleştirme’, ‘sınır dışı etme ya da zorla nakletme’, ‘işkence’, ‘zorla hamilelik’, ‘zulüm’, ‘apartheid suçu’ ve ‘kişilerin zorla ortadan kaybedilmesi’ tanımlanmaktadır. Bu tanımların bazıları, teamül hukukunu yansıtmaktadır, fakat bazıları açıkça daha ileriye gitmektedir. Ayrıca *ad hoc* mahkemelerin içtihat hukukundan etkilenmektedirler ve bu içtihat hukuklarını etkilemişlerdir.

Örneğin, Madde 7 (2) (b) ‘yok etme’ niteliğindeki insanlığa karşı suçu, ‘diğerlerinin yanı sıra, yiyecek ve ilaca ulaşımdan yoksun bırakarak bir nüfusun bir kısmını yok olma aşamasına getirecek yaşam koşullarına kasten tabi tutma’ olarak tarif etmektedir. Yugoslavya Mahkemesi’nin bir Yargılama Dairesi, önceki kararların bu terimi tanımlamadığını not ederek, Roma Statüsü’nde önerilen tanımı kabul etmişti. Yugoslavya Mahkemesi’nin bu Yargılama Dairesi belirtmişti ki, bu hükmün eklenmesi, ‘yok etme suçunun, büyük sayıda mağduru doğrudan, örneğin mağduru ateşli bir silahla öldürerek, ya da daha az doğrudan, mağdurun ölümüne yol açan koşullar oluşturarak, ölümün eşiğine getirmek kastıyla işlenen eylemlere uygulanabileceği’ anlamına gelmektedir. Bu Yargılama Dairesi ayrıca, ‘failin bir ya da daha fazla kişiyi öldürmüş olması gerektiği’ hususunu ve davranışın ‘sivil bir nüfusun üyelerinin kitlesel öldürülmesinin bir parçası’ olarak gerçekleştirilmiş olmasını belirten Suç Unsurlarına gönderme yapmıştı.<sup>94</sup>

İşkence, Madde 7 (2) (e)’de, ‘işkencenin, yasaya/hukuka uygun cezalara mündemiç olan ya da bu cezaların yol açtığı acı ve ızdırabı içermeyeceği bir yana; gözaltında ya da suç isnad edilen kişinin kontrolü altında olan bir kişiye kasten şiddetli fiziksel ya da zihinsel acı ya da ızdırıp verme;’ olarak tanımlanmaktadır. Burada, failin resmi bir sıfatının olması ya da işkencenin yasak bir amaç için yapılması gerektiğini ileri sürecek hiçbir şey bulunmamaktadır. Ama İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ve Aşağılayıcı Muameleye ya da Cezaya Karşı Sözleşme Madde 1, işkence tanımında, işkencenin şu şekilde yapılması şartını içermektedir, ‘o kişiden ya da üçüncü bir kişiden bilgi edinmek ya da itiraf elde etmek, o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği ya da gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu cezalandırmak, ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak veya yıldırma gibi amaçlarla, ya da ayrımcılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da

<sup>94</sup> *Prosecutor v. Krstic* (Case No. IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, para. 498.

resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat ya da bu kimselerin teşviki ya da rızası ya da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan'. *Ad hoc* mahkemeler sürekli olarak, İşkenceye Karşı Sözleşme'deki tanımı, uluslararası teamül hukukunun bir yansıması olarak nitelemiştir.<sup>95</sup> Bununla birlikte, yeni kararlar, Roma Statüsü metnine uygun olarak, uluslararası teamül hukukunun, işkencenin resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından işlenmesini gerektirmediği görüşünü kabul etmektedir.<sup>96</sup> Yugoslavya Mahkemesi'nin bir Yargılama Dairesi, bir kararında, teamül hukukunun resmi sıfat kriterini işkence suçunun bir parçası olarak öngörmediğinin delili olarak, özellikle Roma Statüsüne gönderme yapmıştı.<sup>97</sup>

Özel bir hüküm, sadece insanlığa karşı suçlar için değil fakat Statü'deki diğer her kullanımı için, 'toplumsal cinsiyet/gender' terimini tanımlamaktadır. 1995 Pekin Konferansı'ndan ödünç alınan bir formülasyon ile, Madde 7 belirtmektedir ki, "toplumsal cinsiyet" terimi, toplumsal bağlamda, kadın ve erkek olmak üzere iki cinsiyete gönderme yapmaktadır şeklinde anlaşılır.<sup>98</sup>

### Savaş suçları

Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisine giren suçları tanımlayan hükümler içerisinde en uzununu 'Savaş suçları' başlıklı Madde 8'dir.<sup>99</sup> Bu kesinlikle, dört kategori suçun en eskisidir. Savaş suçları, iç hukuk suçları olarak muhtemelen ceza hukukunun başlangıcından beri cezalandı-

<sup>95</sup> *Prosecutor v. Furundzija*, 17 July 2000, para 111

<sup>96</sup> *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1-A), Judgment, 12 June 2002, para. 148.

<sup>97</sup> *Prosecutor v. Kvočka et al.* (Case No. IT-98-30/1-T), Judgment, 2 November 2001, n. 296.

<sup>98</sup> 'Toplumsal cinsiyet/gender' terimi etrafında dönen tartışma için bkz., Steains, 'Gender Issues', pp. 371–5. Fakat, metnin aksi yönde yorumuna izin veriyor gibi görünen farklı bir görüş için bkz., Bedont, 'Gender-Specific Provisions', pp. 198–9.

<sup>99</sup> Von Hebel ve Robinson, 'Crimes Within the Jurisdiction', pp. 103–22; Gabriella Venturini, 'War Crimes', in Lattanzi and Schabas, *Essays on the Rome Statute*, pp. 171–82; Michael Cottier, William J. Fenrick, Patricia Viseur Sellers and Andreas Zimmermann, 'Article 8', in Triffterer, *Commentary*, pp. 173–288.

ılmaktadır.<sup>100</sup> Ayrıca, savaş suçları uluslararası hukuk uyarınca kovuşturulan ilk suçlardır. Versay Andlaşması Madde 228 ila 230'un bir sonucu olarak 1920'lerin başlarında Leipzig'de gerçekleştirilen yargılamalar, bir avuç Alman askerini, 'savaş yasalarını ve geleneklerini ihlal eden eylemler'den ötürü mahkum etti. Bu suçlar için uluslararası hukuktaki dayanak, 1907 Lahey Sözleşmesi IV'e eklenen Düzenlemeler idi.<sup>101</sup> Bu belge, ilk başlarda, bireysel ceza sorumluluğunun bir kaynağı olarak tasarlanmamış olmasına rağmen, terimleri, 1919 tarihli Sorumluluklar Komisyon'un savaş suçları tanımına dayanak teşkil etmişti. Açık ki, bu noktadan itibaren, uluslararası hukukta savaş suçlarının varlığı konusunda çok az tartışma vardır.

Savaş suçları daha sonra, az ve öz bir hükümle tanımlandıkları Nuremberg Şartında kodifiye edildi:

[Savaş yasalarının ya da geleneklerinin ihlalleri], işgal altındaki ülkeden gelen ya da orada bulunan sivil nüfusun öldürülmesini, kötü muameleye tabi tutulmasını ya da köle emeği ya da başka bir amaç için sürülmesini/sınır dışı edilmesini, savaş esirlerinin ya da denizlerdeki kişilerin öldürülmesini ya da kötü muameleye tabi tutulmasını, rehinelere öldürülmesini, kamusal ya da özel mülkiyetin yağmalanmasını, şehirlerin, kasabaların ya da köylerin nedensizce yıkılıp yok edilmesini, ya da askeri gereklilikle meşrulaştırılmayan tahribi içerecektir, fakat bunlarla sınırlı olmayacaktır.<sup>102</sup>

Dört yıl sonra, 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi'nin 'ağır ihlaller' hükümlerinde<sup>103</sup> ikinci bir kodifikasyon geliştirildi:

<sup>100</sup> Leslie C. Green, 'International Regulation of Armed Conflict', in M. Cherif Bassiouni, ed., *International Criminal Law*, 2nd edn, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2003, vol. I, pp. 355–91.

<sup>101</sup> Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 18 October 1907, 3 *Martens Nouveau Recueil* (3d) 461.

<sup>102</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals, yukarıda dipnot 3, Md. 6(c).

<sup>103</sup> Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, (1949) 75 UNTS 31; Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, (1950) 75 UNTS 85; Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, (1950) 75 UNTS 135; Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, (1950) 75 UNTS 287.



Kasten adam öldürme, biyolojik deneyler dahil işkence ya da insanlık dışı muamele, bedende ya da sağlıkta kasten büyük ızdıraba ve ciddi yaralamaya sebebiyet verme, korunan bir kişinin hukuka aykırı olarak sürgün edilmesi/sınırdışı edilmesi ya da nakledilmesi ya da hukuka aykırı olarak hapsedilmesi, korunan bir kişiyi düşman bir Güçte hizmet etmeye zorlama ya da korunan bir kişiyi bu Sözleşmede öngörülen adil ve olağan yargılama haklarından kasten yoksun bırakma, rehin alma ve askeri gereklilikle meşrulaştırılmayan ve hukuka aykırı ve nedensiz bir şekilde gerçekleştirilen mülkiyetin yaygın yok edilmesi ve sahiplenilmesi.

Bu hükümlerin her ikisi de, savaş yasalarının ciddi ihlallerinin bütün türlerini kapsamamaktadır. Bu hükümler sadece, mağdurları, genellikle sivillerden ya da muharip olmayanlardan olması gereken en şiddetli gadarlıkları kapsamaktadır. Ayrıca, bu hükümler sadece uluslararası nitelikteki silahlı çatışmaları dikkate almaktadır.

1990'ların ortalarına kadar, savaş suçları için uluslararası ceza sorumluluğunun kapsamı konusunda önemli ölçüde karışıklık vardı. Bazıları, savaş suçları hukukunun kodifiye edilmiş olduğunu ve bu nedenle 1949'dan beri bu kavramın Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri ile sınırlandırılmış olduğunu düşünmekteydi. Fakat bu Sözleşmeler sadece, silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına yönelik olan ve 'Cenevre hukuku' olarak bilinen şeyi kapsıyordu. Nuremberg'te anlaşıldığı şekli ile savaş suçları, savaşın yöntemleri ve malzemeleri üzerinde odaklanan 'Lahey hukuku'ndan kaynaklanmaktaydı. Her halükarda, bu iki kategorinin ötesinde, uluslararası ceza sorumluluğunun iç silahlı çatışmalara uzanmadığı konusunda çok az şüphe olduğu görülmekteydi. Aslında, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, iki ek protokol ile 1977'de güncelleştirildiğinde, sözleşme hazırlayıcılar uluslararası olmayan bir silahlı çatışma sırasında 'ağır ihlaller'in olabileceği yönündeki herhangi bir öneriyi oldukça açık bir şekilde dışarda bıraktı.

Uluslararası ceza sorumluluğu hukukunun bu anlayışı, Mayıs 1993'de kabul edilen Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne yansıtılmıştı.<sup>104</sup> O tarihte, Genel Sekreter, Statünün değişiklik yapmayacağını ve kendisini uluslararası teamül hukukunun genellikle tanıdığı suçlarla sınırlandıracağını netleştirmişti. Dolayısıyla, iki ayrı hüküm vardı: Cenevre Sözleşmeleri'nin 'ağır ihlalleri'ni içeren Madde 2 ve 'savaş

---

<sup>104</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex.

yasalarının ve geleneklerinin ‘Lahey hukuku’ ihlallerine gönderme yapan Madde 3. Fakat, hareket devam etmekteydi ve bir yıl sonra, Güvenlik Konseyi, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nü kabul ettiğinde, iç silahlı çatışmalardaki savaş suçlarının cezalandırılabilirliğini tanıdı.<sup>105</sup> Bir yıl sonra, EYUCM Temyiz Dairesi ilk büyük hükmünde, uluslararası ceza sorumluluğunun iç silahlı çatışma sırasında işlenen eylemleri de kapsadığı olgusunu teyit eden, EYUCM Statüsü’ndeki iki kategori savaş suçlarının geniş ve yenilikçi bir okumasını hükümleştirerek uluslararası hukukçuları şok etti.<sup>106</sup> *Tadic* davasında aslında yargıçlar bunu, oldukça eski terimler olan ‘savaş yasaları ya da gelenekleri’nin bir ögesi olarak okudu. Bu gelişmeler, teamül hukukunun gelişiminin bunu gerektirdiği temeline dayanmaktaydı. Bunların yorumu, geçmişe yürürlü mevzuatın bir türü olarak eleştiriye açıktı. Savaş suçlarının kapsamının genişletilmesi konusundaki şüpheler, 1998’deki Roma Konferansında, Devletler, uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki savaş suçları için sorumluluğu tanımaya hazırlıklı olduklarını teyit ettiklerinde yatıştı.

Roma Statüsü Madde 8, Statü’deki en uzun hükümlerden birisidir ve Nuremberg Şartı’nın ve Cenevre Sözleşmeleri’nin görece veciz hükümleri ile karşılaştırıldığında daha çok dikkat çekmektedir. Bir dereceye kadar, öncekilerin üstünde bir ilerlemeyi temsil etmektedir çünkü uluslararası olmayan silahlı çatışmaları açıkça kapsamaktadır. Ayrıca, bazı savaş suçları, dikkati şekillerine ve çeşitlerine odaklayarak, oldukça ayrıntılı bir şekilde tanımlanmaktadır. Ama bu tür detaylı tanım, bazı davalarda, savaş suçunun kapsamını daraltmaya hizmet edebilir. Gelecekte yargıçlar, Yugoslavya Mahkemesi’nin *Tadic* davasında sergilediği yargısal hukuk yapıcılığı üstlenmede büyük güçlük yaşayacaktır ve bu, adaletin, savaş suçlarının hayal gücüne ve yaratıcılığına ayak uydurmasını zorlaştıracaktır. Aslında, *Tadic* davasının Temyiz Dairesi, yargıç yapımı hukuk konusundaki cesur girişimleriyle, bir uluslararası ceza mahkemesinin statüsünde bu tür gelişmeler için daha az yer bırakacaklarını sonradan çözmüş olan Devletleri pekala korkutmuş olabilir. Elbette, Statü’deki tanımlar her zaman değiştirilebilir fakat bu süreç hantaldır.

<sup>105</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/RES/955, Annex, Art. 4.

<sup>106</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-AR72), Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

Roma Statüsü'nü hazırlayanlar, savaş suçları hukukunun varolan kaynaklarını almıştı ve bunlar Madde 8'in yapısında yansıtılmaktadır; bu karmaşık normlar topluluğunu, daha basit bir şekilde yeniden yazmaya kalkışsalar, bu hukuk oldukça ulaşılabilir ve tutarlı/kolay anlaşılır olacaktı. Halihazırda, Madde 8 dört kategori savaş suçu içermektedir, bunlardan ikisi uluslararası silahlı çatışmaya ve diğer ikisi uluslararası olmayan silahlı çatışmaya ilişkindir. Sadece çekilmez derecede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olan spesifik eylemler değil, fakat asıl kategoriler de söz konusu silahlı çatışma türünü tespit etmede bir güçlük yüklemektedir. Mahkemelerin uluslararası ve uluslararası olmayan çatışmalar arasında ayırım yapması gerekecektir ve bu, uluslararası olmayan çatışmalar alt kümesi içerisinde iki ayrı kategori olduğu olgusu yüzünden iyice çetrefil hale gelmektedir. Yugoslavya Mahkemesi'nin hükümleri bu nitelendirme görevinin ne kadar güç olabileceğini şimdiden göstermiştir.

Bu, özellikle 'toplumsal cinsiyet/gender suçları' olarak adlandırılan suçlar için söz konusudur. Irza geçme, her zaman bir savaş suçu olarak değerlendirilmiştir, fakat ne Nuremberg Şartı'nda ne de Cenevre Sözleşmeleri'nde mahkeme tarafından kovuşturulacak suçlar arasında sayılmıştır,<sup>107</sup> ki bu durum, irza geçmenin her zaman büyük bir itina ile kovuşturulmamış olduğunu göstermektedir. Kadın gruplarının Roma Konferansı öncesindeki ve sırasındaki güçlü lobi çalışmalarının sonucu olarak, Roma Statüsü, irza geçme ve benzeri suçların ayrıntılı bir listesini düzenlemektedir. Asıl soru, bu oldukça veciz hükmün Cenevre Sözleşmesi IV'ün bir bakıma eski ama yine de potansiyel olarak geniş terimlerinden daha iyi bir korumayı gerçekten önerip önermediğidir. Cenevre Sözleşmesi IV'e göre: 'Kadınların namuslarına karşı bir saldırıya karşı, özellikle irza geçmeye, zorla fahişeliğe ya da ahlaksız saldırının herhangi bir şekline karşı özel olarak korunacaklardır.'<sup>108</sup>

Fakat bütün ceza avukatlarının bildiği üzere, detaylı kodifikasyonlarda bir karanlık taraf vardır. Hükümler ne kadar ayrıntılı ise, savunma argümanları için o kadar çok yasal boşluk vardır. Madde 8'in uzun metnini savaş suçları kavramının genişlemesi olarak yorumlamak yanlış

<sup>107</sup> Örneğin, bkz., 'Leiber Code', Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Orders No. 100, 24 April 1863, Arts. 44 and 47. Ayrıca bkz., Theodor Meron, 'Rape as a Crime Under International Humanitarian Law', (1993) 87 *American Journal of International Law* 424.

<sup>108</sup> Convention (IV), yukarıda dipnot 103, Md. 27.

olabilir. *Kupreskić* davasında Yugoslavya Mahkemesi şu uyarıda bulunmuştu; ‘tüketici bir sınıflandırma sadece yasağın lafzından kaçmak için imkanlar yaratır.’<sup>109</sup> Madde 8’in son derece kesin ve karmaşık hükümleri büyük ölçüde, Devletlerin savaş suçları kovuşturmalarının kapsamı konusundaki endişesinin sonucudur ve kovuşturmaların olası kapsamını daraltma etkisine sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bunun çoğu, hukuk metinlerinde belirliliğe gerek olduğu ve hukukilik/yasallık ilkesinin kutsallığı hakkındaki argümanlarda gizliydi. Madde 8’in ayrıntılı terimleri, dinamik ya da evrimci yorumlara imkan verememesinden ötürü bağımsızlığa dolaylı olarak katkı yapabilir. Yugoslavya Mahkemesi Temyiz Dairesi’nin yakın zamanda, Nuremberg’ten alıntılanarak, hatırlattığı üzere, silahlı çatışma kuralları ‘durağan değildir ve sürekli uyarılma yoluyla değişen bir dünyanın gereklerini izler’.<sup>110</sup>

Teamül hukukunda, savaş suçları ile insanlığa karşı suçlar ve soykırım kategorileri arasında büyük bir ayırım vardır; son iki kategori yargı yetkisine dair eşige sahip iken, birincisi sahip değildir. İnsanlığa karşı suçlar, ‘yaygın’ ya da ‘sistemik’ olmalıdır ve soykırım çok yüksek derecede özel kast gerektirmektedir. Diğer taraftan, savaş suçları, prensip olarak, üstlerinin idaresi ya da yol göstericiliği olmaksızın hareket eden tekil askerler tarafından işlenmiş münferit eylemleri bile kapsayabilir. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, Mahkeme’nin müdahalesini sağlamak için *prima facie/görünüş itibarıyla* yeterince ciddi iken, bu savaş suçları bakımından her zaman geçerli bir durum değildir. Bu nedenle, Madde 8, ‘eşik olmayan eşik’ olarak adlandırılan şeyle başlamaktadır.<sup>111</sup> Mahkeme, savaş suçları üzerinde ‘özellikle bir planın ya da siyasanın bir parçası olarak ya da bu suçların geniş çapta işlenmesinin bir parçası olarak işlendiğinde’ yargı yetkisine sahiptir. Bu dil, savaş suçlarını insanlığa karşı suçlara yaklaştırmaktadır. Roma Konferansı ‘özellikle’ kelimesi ile, orta bir zemin bulmuştu, böylece katı bir eşikten yana olanlarla yargı yetkisi üzerindeki bu tür herhangi bir sınırlandırmaya karşı olanlar uzlaştırılmıştı.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> *Prosecutor v. Kupreskić et al.* (Case No. IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000, para. 563.

<sup>110</sup> *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Case No. IT-96-23 and IT-96-23/I-A), Judgment, 12 June 2002, para. 67.

<sup>111</sup> Von Hebel and Robinson, ‘Crimes Within the Jurisdiction’, sf. 124.

<sup>112</sup> *Ibid.*, sf. 107–8.

Madde 8 çerçevesindeki suçlamalarda belirlenmesi gereken ilk şey, uluslararası ya da uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığıdır. Zaman şartları bakımından, bazı savaş suçları, özellikle savaş esirlerinin memleketlerine iade edilmesi ile ilgili olanlar, aleni çarpışmaların bitiminden sonra işlenebilir. Bundan dolayı, savaş suçları aslında ortada bir silahlı çatışma olmadığı zaman ya da diğer bir deyişle çatışmanın bitiminden sonra işlenebilir. Ülke bakımından, savaş suçları hukuku, bazı durumlarda, sadece çarpışmaların gerçekleştiği bölgeye değil, bir Devletin tüm ülkesine uygulanır. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi belirtmiştir ki, ‘bir silahlı çatışma, Devletler arasında silahlı güçlere bir başvuru olduğunda ya da hükümet otoriteleri ile örgütlü silahlı gruplar arasında ya da bir Devlet içerisinde bu tür gruplar arasında uzayan silahlı şiddet olduğunda mevcut olur’.<sup>113</sup>

Suç Unsurları açıklığa kavuşturmaktadır ki, Savcı, savaş suçlarının bu eşik unsurlarını tespit etmek zorunda iken, failin bir silahlı çatışmanın var olup olmadığına ya da bu silahlı çatışmanın uluslararası olup olmadığına bilgisine sahip olduğunu kanıtlaması gerekmemektedir. Unsurlara göre, ‘bir silahlı çatışmanın varlığını ortaya koyan olgusal koşulların farkında olma bakımından sadece bir şart vardır, bu, “bağlamında ve onunla ilişkilendirilmiş olarak” terimlerinde örtülü olarak bulunmaktadır.’<sup>114</sup>

Madde 8’de sıralanan ve bir ülke savaşta iken işlenen her eylem, Mahkeme önünde cezalandırılabilir bir suç oluşturmayacaktır. İşlenen eylem ile çatışma arasında bir *bağlantı* da olmalıdır. Bu örtük şart, *ad hoc* mahkemelerin içtihat hukuklarında geliştirilmiştir. *Kunarac* davasında Yugoslavya Mahkemesi’nin bir Yargılama Dairesi açıklamıştı ki:

Silahlı çatışma ile bir bağlantı olması kriteri . . . suçların, çarpışmalar fiilen yapılırken ya da savaş alanında doğrudan işlenmesini gerektirmemektedir. İnsancıl hukuk, taraflardan birinin kontrolü altında bulunan ülkenin tamamında, söz konusu olayların gerçekleştiği yerde fiili savaş devam etsin ya da etmesin, uygulanmaya devam eder. Bundan ötürü, suçların, çatışmanın taraflarınca kontrol edilen toprakların diğer kısımlarında ortaya çıkan çarpışmalarla yakından ilişkili olması yeterlidir. Eylemin silahlı çatışma ile

<sup>113</sup> *Prosecutor v. Tadic* (CaseNo. IT-94-1-AR72), Decision on the DefenceMotion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7May 1997, (1997) 36 ILM 908; (1997) 112 ILR 1, para. 561; ve *Prosecutor v. Aleksovski* (Case No. IT-95-14/1-T), Judgment, 25 June 1999, para. 43.

<sup>114</sup> Suç Unsurları, Md. 8, Başlangıç.

yakından ilişkili olması şartı, bu davada olduğu gibi, eğer suçlar, savaşın sonunda ve belirli bir bölgede savaş faaliyetlerinin sona ermesine kadar işlenir ise ve savaşla yaratılan durumu geliştirmek ya da bu durumun avantajından yararlanmak için işlenir ise, karşılanır.<sup>115</sup>

*Akayesu* davasında, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, savaş suçları ile itham edilebilecek kişiler konusunda özel bir sınırlandırma olmadığına karar verdi. Temyiz Dairesi, Ruanda'da 1994'te bir iç silahlı çatışma varlığını kabul etmesine rağmen yerel görevlileri savaş suçlarından mahkum etmeyi reddetmiş olan Yargılama Dairesi kararını bozmuştu. Yargılama Dairesine göre, suç isnad edilen bir kişinin askeri kıyafet giydiğinin, bir tüfek taşıdığı ve orduya yardım ettiğinin kanıtı bile, onun, 'Hükümetin ya da [Ruanda Yurtseverler Cephesinin] çatışma amaçlarını gerçekleştirmek için hareket ettiğini' saptamada yetersizdir.<sup>116</sup> Temyiz Dairesine göre, eğer belirli kişiler spesifik bir gruba ait olmadıkları mazereti ile bireysel ceza sorumluluğundan kurtulsaydı, 'uluslararası insancıl hukuk önemsizleşirdi ve tartışmalı hale gelirdi.'<sup>117</sup>

Madde 8'de sıralanan ilk kategori savaş suçları, Cenevre Sözleşmeleri'nin 'ağır ihlalleri'dir. Dört Cenevre Sözleşmesi, 1929 tarihli iki Cenevre Sözleşmesinde yer alan bir erken dönem ve oldukça özet korumanın yerini alarak, 12 Ağustos 1949'da kabul edildi. Bu dört Sözleşme, korunan kişi grupları ile birbirinden ayrılmaktadır: Sözleşme I, kara savaşındaki yaralıları ve hastaları korumaktadır; Sözleşme II, deniz savaşındaki yaralıları, hastaları ve deniz kazasına uğrayanları korumaktadır; Sözleşme III, savaş esirlerini korumaktadır ve Sözleşme IV sivilleri korumaktadır. Büyük ihtimalle, iki kuşak andlaşma arasındaki en önemli farklılık, 1949 Sözleşmelerinin nihayet muharip olmayan siviller için ayrıntılı koruma sağlamasıdır. Fakat 1949 andlaşmalarındaki bir diğer çok önemli gelişme, 'ağır ihlaller' olarak bilinen andlaşmaların özellikle şiddetli belirli ihlalleri için bireysel ceza sorumluluğunu tanınmasıydı. Bu, Devletlerin, 'ağır ihlaller' işlemiş olduğundan şüphelenilen kişileri, milliyetlerine ya da suçun işlendiği yere bakılmaksızın, soruşturmakla ve kovuşturmakla ya da iade

<sup>115</sup> *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1-A), Judgment, 22 February 2001, para. 568. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Kvočka et al.* (Case No. IT-98-30-T), Judgment, 2 November 2001, para. 123.

<sup>116</sup> *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-A), Judgment, 2 September 1998, paras. 640-3.

<sup>117</sup> *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-A), Judgment, 1 June 2001, para. 443.

etmekle yükümlü olduklarını kabul etmeleri, o zaman için inanılmaz bir yenilikti. Karşılaştırma olması bakımından ekleyelim ki, sadece aylar önce Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, soykırım durumunda, bu tür geniş yükümlülükleri ve evrensel yargı yetkisi temelinde kovuşturma yapma hakkını reddetmişti. Cenevre Sözleşmeleri'nin 'ağır ihlaller' hükümlerinde düzenlenen yükümlülük genellikle, 'iade et ya da kovuştur' anlamına gelen Latince ibare *aut dedere aut judicare* ile karakterize edilmektedir.

1949 Sözleşmeleri'nin 'ağır ihlalleri', kapsam bakımından sınırlıdır. Dördüncü ya da 'sivil' Sözleşmeye göre, ağır ihlaller şunları içermektedir:

Kasten adam öldürme, biyolojik deneyler de dahil, işkence ya da insanlık dışı muamele, bedene ya da sağlığa kasten büyük ızdırıp ve ciddi yaralama verme, korunan bir kişinin hukuka aykırı olarak sınır dışı edilmesi ya da nakledilmesi ya da hukuka aykırı olarak hapsedilmesi, korunan bir kişiyi düşman bir Güçte hizmet etmeye zorlama ya da koruma altında olan bir kişiyi bu Sözleşmede öngörülen adil ve olağan yargılama haklarından kasten yoksun bırakma, rehin alma ve askeri gereklilikle meşrulaştırılmayan ve hukuka aykırı ve nedensiz bir şekilde gerçekleştirilen mülkiyetin yaygın yok edilmesi ve sahiplenilmesi.<sup>118</sup>

Diğer üç Sözleşme, oldukça kısa bir liste içermektedir, fakat temel ilkeler aynıdır. Bununla birlikte, uygulama koşulları bakımından, 1949'da uluslararası suçların ve sorumlulukların tanımlanması radikal adımına uygulamada bir sınırlama eşlik etti: 'ağır ihlaller', sadece uluslararası silahlı çatışma sırasında işlenebilir.

Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri, Roma Statüsü Madde 8(2) (a)'da düzenlenmektedir. Paragraf (a)'daki hiçbir şey, bağlam olması gerekenin bu olduğunu göstermesine rağmen, bunların sadece uluslararası silahlı çatışmalara uygulanacağını dayatmamaktadır.<sup>119</sup> *Başlangıç/Chapeau*, ağır ihlalleri, 'ilgili Cenevre Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde korunan kişilere ya da mülkiyete karşı' işlenen eylemler olarak tarif etmektedir. Dört Cenevre Sözleşmesi hükümlerinin lafzı ile Roma Statüsü'nün lafzı arasında önemli değişiklikler bulunmamaktadır. *Tadic* davasında Yugoslavya Mahkemesi, Mahkemenin Statüsünde belirtilmemiş olmasına rağmen, ağır ihlaller rejiminin sadece uluslararası silahlı çatışmaya uygulandığına karar

<sup>118</sup> Sözleşme (IV), yukarıda dipnot 103, Md. 147.

<sup>119</sup> Uluslararası silahlı çatışmaya Suç Unsurları'nda açıklık getirilmektedir. Suç Unsurları aynı zamanda, 'uluslararası silahlı çatışma' teriminin askeri işgali de kapsadığını açıkça belirtmektedir. (sf. 19,dipnot. 34).

verdi.<sup>120</sup> Bir silahlı çatışma, tek bir Devletin sınırları içerisinde yer alabilir ve örneğin bir diğer Devletin askerleri çatışmaya müdahale eder ise ve iç silahlı çatışmada yer alanlardan bazıları bu Devlet namına hareket eder ise, bu çatışma niteliği gereği uluslararası olabilir.<sup>121</sup>

‘Ağır ihlallerin’ mağdurlarının, ‘korunan kişiler’ olması gerekir. İlk üç Sözleşmede korunan kişiler, uluslararası silahlı çatışmanın bir tarafının silahlı kuvvetlerinin yaralanmadan ya da esir edilmekten ötürü artık çatışmalarda yer almayan üyeleri anlamına gelmektedir. Dördüncü Sözleşme bakımından, korunan kişilerin ‘çatışmanın bir Tarafının ya da vatandaşı olmadıkları İşgalci bir Gücün elinde’ olması gerekmektedir. Yugoslavya Mahkemesi, geleneksel uluslararası hukuk anlamında, ‘vatandaşların’ bile, örneğin mağdur edilmekte olan bir ulusal azınlığa mensup oldukları için vatandaşları oldukları Devletin korumasına bel bağlayamıyorlar ise, korumaya altında olduklarını bildirmiştir.<sup>122</sup> Suç Unsurlarına göre, failin mağdurun milliyetini bilmesi gerekmektedir, mağdurun çatışmanın karşı tarafına mensup olduğunu bilmesi yeterlidir.<sup>123</sup>

Cenevre Sözleşmeleri’nin uygulanması konusunda çok az içtihat olduğu için, Statü’de (ve Sözleşmeler’de) kullanılan pek çok terim, hala yargısal yorumu beklemektedir. Örneğin, ulusal ceza hukuku sistemlerinin aşına oldukları bir ifade olan, alelade ‘adam öldürme’ ile Sözleşmeler’de kullanılan ‘kasten insan öldürme’ arasındaki fark nedir? Ve, sadece ‘hukuka aykırı olarak’ değil fakat aynı zamanda ‘nedensizce’ gerçekleştirilmesi gereken ‘mülkiyetin sahiplenilmesi’ nedir? Statünün kabul edilmesinden sonra, Hazırlık Komisyonu katılımcıları, bu hükümlerin kapsamının belirlenmesine epey ilgi göstermişti. Çalışmalarında, Uluslararası Kızıl

<sup>120</sup> *Prosecutor v. Tadic* (CaseNo. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 80. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Blaskic* (Case No. IT-95-14-T), Judgment, 3 March 2000, para. 74. Fakat bkz., Yargıç Abi-Saab’ın şu kararlardaki ayrık görüşü, *Prosecutor v. Tadic*, *ibid.*; *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-A), Judgment, 20 February 2001, para. 202; Yargıç Rodrigues’ın şu karardaki ayrık görüşü, *Prosecutor v. Aleksovski* (CaseNo. IT-95-14/1-T), Judgment, 25 June 1999, paras. 29–49; *Prosecutor v. Kordic and Cerkez* (Case No. IT-95-14/2-PT), Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction Based on the Limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3, 2 March 1999.

<sup>121</sup> *Prosecutor v. Blaskic* (Case No. IT-95-14-T), Judgment, 3 March 2000, para. 76.

<sup>122</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-A), Judgment, 15 July 1999, paras. 164–6.

<sup>123</sup> Suç Unsurları, Md. 8(2)(a)(i), para. 3, dipnot 33.



Haç Komitesi tarafından 1950'lerde hazırlanmış olan Cenevre Sözleşmeleri Şerhleri esasen yol gösterici olmuştur. Şerhler geniş ölçüde Sözleşmelerin *travaux préparatoires/hazırlık çalışmalarına* dayanmaktadır ve Sözleşmelerin temel yorum kaynağını oluşturmaktadır.

Roma Statüsü Madde 8'de sıralanan ikinci kategori savaş suçları şunlardır, 'uluslararası hukukun yerleşik çerçevesi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmaya uygulanabilir kuralların ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri'. Bu metin oldukça açık etmektedir ki, paragraf (b)'deki bu kategori, paragraf (a)'daki suçlar gibi, uluslararası silahlı çatışmaya hasredilmektedir. Suçları içeren bu liste genellikle 'Lahey hukuku' olarak nitelendirilmektedir, çünkü bunlar esas olarak 1907 Lahey Sözleşmesi IV'e eklenen Düzenlemeler'den devşirilmektedir.<sup>124</sup> 'Ağır ihlaller' durumunda olduğunun tersine, mağdurların 'korunan kişiler' olması şartı bulunmamaktadır. Aslında, Lahey hukukunun tüm odak noktası, mağdur olarak muhariplerin/savaşanların kendilerindedir. Lahey hukuku, savaşın masum mağdurları ile çok fazla ilgili değildir, çünkü savaş yapan kişilerle, yani muhariplerle/savaşanlarla, ilgilidir. Muharipler/savaşanlar arasındaki davranış kodunu yansıtan, Cenevre hukukundan ziyade şövalyeliğin ve benzer sistemlerin eski kurallarının sürdürülmesidir. Aslında, bazı deyimler, kesinlikle çağdışı gibi görünmektedir. Geçmişte, bu, I. Dünya Savaşını takiben savaş suçları kavramını ortaya çıkaran Sorumluluklar Komisyonu tarafından da kullanılan kaynaktı, aynı zamanda II. Dünya Savaşı sonrası Nuremberg'teki, Tokyo'daki ve diğer yerlerdeki mahkemelerin de kaynağıydı. 'Ağır ihlallerin' özenli bir kodifikasyonuna sahip olan Cenevre Sözleşmelerinin aksine, 'savaş kurallarının ve geleneklerinin ciddi ihlalleri' kavramı oldukça biçimlendirilebilirdir/yumuşaktır ve yıllar boyunca gelişmiştir.

1907 belgesinin koşullarını yansıtan bu hükümlere ek olarak, paragraf (b)'de bazı 'yeni' suçlar yer almaktadır. Bunlar bir anlamda, Roma'daki statü hazırlayıcılar tarafından kodifiye edildi ve gelecekte suç isnad edilecek kişilerin, bu suçların Statünün kabul edildiği zamanki uygulanabilir teamül hukukunun bir parçası olmadıklarını ileri sürecekleri olmayacak birşey değildir. Madde 8(2)(b)'de yer alan yeni hükümler arasında insancıl ya da barış koruyucu misyonların<sup>125</sup> korunmasıyla ilgili olanlar ve çevresel

<sup>124</sup> Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land (Hague IV), yukarıda dipnot 101.

<sup>125</sup> Roma Statüsü, Md. 8(b)(iii).

zararları yasaklayanlar bulunmaktadır.<sup>126</sup> Büyük ihtimalle en tartışmalı hüküm, ‘İşgalci Güç tarafından kendi sivil nüfusunun kısımlarını işgal ettiği ülkeye, doğrudan ya da dolaylı olarak, nakletmesi ya da işgal edilen ülkenin nüfusunun tümünün ya da bir kısmının bu ülke içinde ya da dışında sürülmesi ya da nakledilmesi’ni, bir savaş suçu olarak tanımlayan alt-paragraf (viii) idi. Bu hüküm sadece, işgal altındaki ülke içinde nüfusun nakledilmesini değil fakat aynı zamanda bir işgalci güç tarafından kendi sivil nüfusunun kısımlarının işgal altındaki ülkeye nakledilmesini düzenlemektedir.<sup>127</sup> İsrail, bu hükümle özellikle kendisinin hedef alındığını düşündü ve Roma Konferansı’nın sonunda 17 Temmuz akşamı yaptığı bir açıklamada, daha önce uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmeyen bir suçun, siyasi gerekliliklerle bu belgeye dahil edilmiş olmasından ötürü duyduğu kızgınlık nedeniyle Statü aleyhine oy vereceğini duyurdu.<sup>128</sup> Fakat sivil bir nüfusun işgal altındaki bir ülkeye nakledilmesinin savaş suçları tanımına dahil edilmesi, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi’nin *Tadic* davasındaki yaklaşımı ile mükemmel bir şekilde tutarlıdır, ki bu şekilde Cenevre Sözleşmelerinin ‘ağır ihlaller’ olarak sayılmayan ciddi ihlalleri, savaş yasalarının ve geleneklerinin ihlalini oluşturabilir.

Paragraf (b)’nin bir kaç hükmü, yasak silahlara ilişkindir. Bunlar, zehiri ya da zehirli silahları, boğucu, zehirleyici ya da diğer gazları ve insan vücudunda kolayca yayılan ve düzleşen mermileri içermektedir.<sup>129</sup> Statü’nün sıradan okuyucusu, Statü’nün on dokuzuncu yüz yılda yapıldığı izlenimini edinebilir, çünkü bu korkunç silahlar, kara mayınları, kimyasal

<sup>126</sup> *Ibid.*, Md. 8(b)(iv).

<sup>127</sup> Von Hebel and Robinson, ‘Crimes Within the Jurisdiction’, p. 112.

<sup>128</sup> Bu hüküm, İsrail’in şu beyanla, UCM aleyhinde oy kullanmasına sebep oldu: ‘İsrail istemeyerek olumsuz bir oy vermiştir. İsrail, işgal altındaki ülkeye bir nüfusun nakledilmesi eyleminin, neden en kötü ve en ağır savaş suçları listesine eklenmesinin gerekli olduğunun değerlendirildiğini anlayamamaktadır. Zamansızlık ve yoğun siyasi ve kamuoyu baskısı gerekleri, Konferansı, sahip olduğumuz en temel egemenlik yetkilerimizi atlamaya zorlamıştır.’ ‘UN Diplomatic Conference Concludes in Rome with Decision to Establish Permanent International Criminal Court’, UN Press Release L/ROM/22, 17 July 1998, at Explanations of Vote. İsrail Statüyü, 31 Aralık 2000’de imzalarken, ‘belirli devletlerin siyasi gündemini karşılamak için biçilmiş formülasyonların Statüye eklenmesi’ni protesto eden bir beyanda bulunmuştu.

<sup>129</sup> Roger S. Clark, ‘Methods of Warfare That Cause Unnecessary Suffering or Are Inherently Indiscriminate: A Memorial Tribute to Howard Berman’, (1998) 28 *California Western International Law Journal* 379.

ya da biyolojik silahlar ve nükleer silahlar gibi kitlesel yok etme silahları dahil modern silahların yanında oldukça demode görünmektedir. Bununla birlikte, bunlar, özellikle bir avuç Devletin en kötü silahları üretme ve kontrol etme tekeline sahip olduğu bir uluslararası sistem bağlamındaki diplomatik görüşmelerin sonucudur. Nükleer güçler, gelecekte uluslararası teamül hukukuna aykırı sayılabilecek olan silahlara gönderme yapmak gibi, kendi yetkilerini etkileyebilecek herhangi bir dile karşı koymuştu. Bu güçler zaten, 1996'da nükleer silahları tamamen yasaklamanın eşiğine gelmiş olan Uluslararası Adalet Divanında bir sıyrık yarası almıştı.<sup>130</sup> Sonuç olarak, nükleer güçler, 'gereğinden fazla yaralanmaya ya da gereksiz ızdıraba sebep olma niteliğine sahip ya da özünde ayrımcı olan savaş malzemelerinin ve metodlarının' da, Statünün bir ekinde, ki bu ek hala hazırlanacak, yer alan kapsamlı bir yasağın konusu olacağına belirtilmesinde ısrar ettiler.<sup>131</sup> Nükleer silahların dışarıda bırakılması ile beraber, gelişmekte olan dünyadaki bazı nükleer olmayan Devletler, açıkça 'fakir adamın atom bombası' olan kimyasal ve biyolojik silahları yasaklayan dile itiraz etmişti. Sonuç, zehirli okların ve domdom kurşunlarının yasaklandığı ama nükleer, biyolojik ve kimyasal silahların ve de öldürücü kara mayınlarının yasaklanmadığı utanç verici bir durumdur.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request by the United Nations General Assembly for an Advisory Opinion)*, [1996] ICJ Reports 226.

<sup>131</sup> Roma Statüsü, Md. 8(b)(xx).

<sup>132</sup> Von Hebel and Robinson, 'Crimes Within the Jurisdiction', pp. 113–16. Mısır, Statüyü imzaladıktan sonra, şu beyanda bulunmuştu: 'Madde 8'de genel olarak ve Madde 8, paragraf 2 (b)'de özel olarak işaret edilen savaş suçlarıyla ilgili Statü hükümleri, savaş suçlarının işlendikleri araçlara ya da uluslararası insancıl hukuka aykırı şekilde niteliği gereği ayrımcı olan ve gereksiz zarara sebebiyet veren nükleer silahlar dahil, kullanılan silahların türüne bakılmaksızın uygulanacaktır.' Yeni Zelanda da, Uluslararası Adalet Divanınının *Nuclear Weapons* davasında şu mealdeki tavsiye görüşünden alıntılararak bezer birşey söylemişti, 'insancıl hukukun bu tür silahlara uygulanmadığı sonucu, "tüm silahlı çatışma hukukunun içine işleyen ve tüm savaş tiplerine ve geçmişteki, şimdiki ve gelecekteki tüm silah türlerine uygulanan doğası gereği insancıl nitelikte olan söz konusu hukuk kuralları ile bağdaşmaz". Ayrıca bkz., İsveç'in beyanı. Diğer taraftan Fransa, onaylama zamanında, aynı konu üzerine bir beyan yayımladı: 'Statü Madde 8'in, özellikle paragraf 2(b)'nin, hükmü sadece sözleşmesel silahlara ilişkindir ve burada göndermesi yapılan nükleer silahlar ya da diğer silahlar gelecekte kapsamlı bir yasağın konusu haline gelmedikçe ve madde 121 ve 123 hükümleri uyarınca kabul edilecek bir değişiklik yoluyla Statüye eklenecek bir ekte belirtilmedikçe, olası nükleer silah kullanımını ne düzenleyebilir ne de yasaklayabilir ne de Fransa tarafından kendini savunma doğal hakkını kullanmak için gerekli olan diğer silahlara uy-

İnsanlığa karşı suçlar bakımından, ‘savaş yasaları ve gelenekleri’ maddesi cinsel suçlar alanını önemli ölçüde geliştirmektedir. Bu metin, esasında yeni bir yasadır.<sup>133</sup> Irza geçmeyi, cinsel köleliği, zorla fahişeliği, zorla hamileliği, zorla kısırlaştırmayı ya da Cenevre Sözleşmeleri’nin de ağır bir ihlalini oluşturan cinsel şiddetin diğer herhangi bir şeklini yasaklamaktadır. Yeni yasa oluşturan bir diğer hüküm, on beş yaşın altındaki çocukların ulusal silahlı kuvvetlere asker olarak alınmasını ya da gönüllü asker yazılmasını ya da bunların çatışmalarda aktif olarak yer almak üzere kullanılmasını bir suç olarak düzenlemektedir. Bu ifade, 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi’nden<sup>134</sup> ve Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I’den devşirilmiştir.<sup>135</sup> Önceki taslakta ‘asker toplama/recruiting’ terimi yer almaktaydı fakat bu terimin yerini, bir kişinin adının bir listeye konulması gibi daha edilgen birşeyi gösteren ‘askere alma/conscripting ya da gönüllü askere yazma/enlisting’ terimleri aldı. İkinci olarak, ‘silahlı güçler’ teriminin *intifada* ayaklanmasına katılan genç Filistinlileri de kapsayabileceğinden kaygı duyan çeşitli Arap Devletlerinin bu kaygılarını gidermek için ‘silahlı güçler’ ibaresinin önüne ‘ulusal’ kelimesi eklendi.<sup>136</sup> İlginç bir şekilde, Çocuk Hakları Sözleşmesi’ndeki hüküm, birçok Devlet tarafından fazla ılımlı addedilmiştir. Mayıs 2000 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, yaşı on sekize çıkartan bir Protokolü Sözleşmeye ekledi.

‘Savaş yasalarının ve geleneklerinin ciddi ihlalleri’ kategorisi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri’ne Ek Protokol I’den alınmış bir kaç suçu da içermektedir. 1977’de kabul edilen Ek Protokol I, 1949 Sözleşmeleri’ndeki ağır ihlaller tanımını genişletti, fakat aynı zamanda Devletlerden taşan yükümlülükleri az da olsa hafifletti. İlginç bir şekilde, Roma Statüsü, bu

---

gulanabilir olan uluslararası hukukun diğer kurallarını bozabilir.’ İnsancıl hukuk andlaşmalarının onaylanması zamanında yapılmış olduğu ve nükleer silahların kullanılması olasılığını saklı tutan bildirimlere gönderme yapan Birleşik Krallık biraz daha ihtiyatlıydı.

<sup>133</sup> Rome Statute, Md. 8(b)(xxii).

<sup>134</sup> Convention on the Rights of the Child, GA Res. 44/25, Annex, Art. 38.

20/11/1989 tarih ve 44/25 sayılı Karar ile kabul edilen ve 02/09/1990 tarihinde yürürlüğe giren “Çocuk Hakları Sözleşmesi”nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments/Cilt V Birleşmiş Milletler-Üçüncü Bölüm/United Nations-Third Part**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, sf: 175-223. (ç.n.)

<sup>135</sup> Protocol Additional to the 1949 Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, (1979) 1125 UNTS 3, Art. 77(2).

<sup>136</sup> Von Hebel and Robinson, ‘Crimes Within the Jurisdiction’, p. 118.

yeni ‘ağır ihlallere’, paragraf (a)’dan ziyade paragraf (b)’de yer vermektedir, fakat bu yeni ağır ihlallerin hepsine birden yer vermemektedir.<sup>137</sup> Neredeyse evrensel ölçekte olan onaylamadan faydalanan dört Cenevre Sözleşmesi’nden farklı olarak, Ek Protokol I bakımından hala çok az oybirliği söz konusudur ve bu Protokol’ün Roma Statüsü Madde 8’deki yansımaları, ‘ağır ihlaller’ tanımında devam eden belirsizliği göstermektedir. Ek Protokol I, dört Cenevre Sözleşmesi’nden daha geniş bir çatışma dizisine uygulanır ve Savcı, Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde, Madde 8’in Ek Protokol I’den alınan spesifik hükümlerinin, ‘halkların kendi kaderini tayin hakkını kullanarak sömürge hakimiyetine ve yabancı işgaline ve faşist rejimlere karşı savaştıkları silahlı çatışmalar’da işlenebileceğini, pekala ileri sürebilir.<sup>138</sup>

Madde 8’deki izleyen iki kategori savaş suçu, uluslararası hukukun, en azından tarihsel anlamda, oldukça tartışmalı bir alanını oluşturan uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanır. 1949’da ve hatta daha önce, Devletler, uluslararası ceza sorumluluğu dahil, aralarında ortaya çıkan uluslararası hukuki yükümlülükleri kabul etmeye hazırdı. Bununla birlikte, Devletler, ki birçoğu kendileri dışında kimseyi ilgilendirmediğini düşündükleri, iç silahlı çatışma ya da sivil savaş söz konusu olduğunda oldukça tereddüt ediyordu. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, *Tadic* davasının yargı yetkisine dair kararında, iç silahlı çatışmada işlenen gaddarlıkların, İspanya iç savaşı sırasında sivillerin terörist bombardımana tutulması kadar eski bir dönemde, uluslararası hukuk tarafından öngörülmüş olduğu olgusuna işaret etmişti.<sup>139</sup> 1949 Cenevre Sözleşmeleri, dört Sözleşme’nin tamamında aynı olduğu için ‘ortak Madde 3’ olarak bilinen tek bir hükümde uluslararası olmayan silahlı çatışmaya gönderme yapmaktadır. 1977’de, Ek Protokol II’nin kabul edilmesi sırasında, ortak Madde 3’ün kapsamını genişletme girişimleri, kıs-

<sup>137</sup> Örneğin, savaş esirlerinin ya da sivillerin kendi ülkelerine geri gönderilmelerinde meşru olmayan geçirme (Ek Protokol I, Md. 85(4)(b)) ya da apartheid (Ek Protokol I, Md. 85(4)(c)).

<sup>138</sup> Protocol Additional I, Art. 1(4).

<sup>139</sup> *Prosecutor v. Tadic* (CaseNo. IT-94-1-AR72), Decision on the DefenceMotion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, paras. 100–1. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Strugar et al.* (Case No. IT-01-42-PT), Decision on Defence Preliminary Motion Challenging Jurisdiction, 7 June 2002, para. 13.

men başarılı oldu.<sup>140</sup> Protokol, ortak Madde 3'ün veciz terimlerini bir bakıma ayrıntılandırmaktadır, fakat 'ağır ihlaller' kavramını uluslararası olmayan silahlı çatışmalara genişletmemektedir ya da bu tür savaşlarda savaş esirleri statüsünü tanımamaktadır.

Bundan ötürü, Madde 8 paragraf (c) ve (d), birkaç küçük istisnaya tabi olarak, Cenevre Sözleşmeleri'nin dördünün ortak Madde 3'ü tarafından öngörülen uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanır iken, paragraf (e) ve (f), Ek Protokol II kapsamındaki uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanır. Ortak Madde 3'ün uygulanma eşiği, biraz düşüktür. Her iki hükmün kapsamı olumsuz bir anlamda sınırlıdır, bunların uluslararası bir nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanacağı fakat 'ayaklanmalar/isyenlar, münferit ve düzensiz/aralıklı şiddet eylemleri ya da benzer nitelikteki diğer eylemler gibi iç karışıklık ve gerilim durumlarına' uygulanmayacağı belirtilmektedir. Fakat, paragraf (e)'de sıralanan Ek Protokol II suçları, 'hükümet makamları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu tür gruplar arasında uzayan silahlı çatışma zamanında bir Devletin ülkesinde yer alan silahlı çatışmalara' uygulanır.<sup>141</sup> Ortak Madde 3'de başka bir sınırlama daha bulunmaktadır: 'Paragraf 2(c) ve (d)'deki hiçbir hüküm bir Hükümetin, tüm meşru araçları kullanarak Devlet içinde hukuku/yasayı ya da düzeni sürdürme ya da yeniden kurma ya da Devletin birliğini ve ülkesel bütünlüğünü savunma sorumluluğunu etkilemeyecektir.' Cenevre Sözleşmeleri'nden ve Ek Protokol II'den alınan bu eşikler, dar kapsamlarından ötürü sürekli eleştirilmiştir. Aslında, iç karışıklıklar ve gerginlikler durumundaki gaddarlıklar, insanlığa karşı suçlar olarak cezalandırılabilir, fakat savaş suçları olarak, en azından Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından, cezalandırılmayacaktır.

Paragraf (c)'de sıralanan ortak Madde 3 suçları, paragraf (a)'daki 'ağır ihlaller' gibi, 'korunan kişilere' karşı işlenmelidir. Korunan kişiler, ortak Madde 3'ün amaçları bakımından, 'silahlarını bırakmış olan ve hastalık, yaralanma, alıkonulma ya da başka bir sebepten ötürü *hors de combat/savaşamayan askerler* durumundaki silahlı kuvvetler üyeleri dahil, çatışmalarda aktif olarak yer almayan kişiler' olarak tanımlanmaktadır.

<sup>140</sup> Protocol Additional II to the 1949 Geneva Conventions and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, (1979) 1125 UNTS 3.

<sup>141</sup> Aslında, Roma Statüsü Md. 8(2)(e), Ek Protokol II'den çok az geniştir, Statü çatışmanın 'uzamasını' gerektiren, Ek Protokol II isyancıların ülkeyi kontrol etmesini gerektirmektedir.

Cezalandırılabilir eylemler, cinayeti, sakatlamayı, zalimane muamele ve işkenceyi, kişisel onura hakareti, rehin almayı ve acele infazları içermektedir. Bunlar, gerçekte, çekirdek insan haklarının ortak bir paydasını temsil etmektedir. Uluslararası Kızıl Haç Komitesi, ortak Madde 3'ü genellikle, uluslararası olmayan silahlı çatışmaya uygulanabilir kuralların 'küçük sözleşmesi' olarak tarif etmiştir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi'ne göre, ortak Madde 3'de yer alan kurallar, Cenevre Sözleşmeleri'nin tamamında yer alan insancıl kuralların 'mükemmel örneği'dir. Bu kurallar, 'uluslararası çatışmalara da uygulanan daha ayrıntılı kurallara ek olarak minimum bir ölçüt de oluşturmaktadır; bunlar, Mahkeme'nin görüşüne göre, [Uluslararası Adalet Divanı'nın] 1949'da "insanlığın temel mülahazaları" olarak adlandırdığı kurallardır.'<sup>142</sup>

Paragraf (e)'de sıralanan suçlar, büyük ölçüde Ek Protokol II'den alınmıştır ve sivillere, kültürel açıdan önemli yapılara, hastanelere ve Kızıl Haç ve Kızıl Ay birimlerine ve barış koruma misyonları gibi diğer insancıl faaliyetlerde çalışanlara kasten yöneltilen saldırılara işaret etmektedir. Bununla birlikte, Ek Protokol II'nin tüm ciddi ihlalleri, Statü Madde 8'de yer almaktadır.<sup>143</sup> Paragraf (b)'dekine benzer şekilde cinsel ya da toplumsal cisiyetçi/gender suçların ayrıntılı bir kodifikasyonu, bu maddede yer almaktadır. On beş yaşın altındaki çocuk askerler için bir yasak bulunmaktadır. Uluslararası silahlı çatışmaya uygulanabilir hükümleri yansıtan ve savaşanlar arasındaki davranışlara ilişkin olan bir dizi suç bulunmaktadır.

### **Diğer suçlar**

Mahkeme'ye, 'adaletin yürütümüne karşı suçlar' olarak adlandırılan suçlar üzerinde de, bunlar Mahkeme önündeki işlemlerle ilgili olduğunda, yargı yetkisi verilmiştir.<sup>144</sup> Statü, bu suçların kasten işlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu suçlar şunlardır: yalan yere yemin etme ya da yalan veya sahte olduğu bilinen delili sunma; tanıkları etkileme ya da tanıklara

<sup>142</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-A), Judgment, 20 February 2001, para. 140.

<sup>143</sup> Hazırlık Komitesi'nin oturumlarındaki bu eksiklikler konusundaki bir tartışma için bkz., Christopher Keith Hall, 'The Fifth Session of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court', (1998) 92 *American Journal of International Law* 331 at 336; and Christopher Keith Hall, 'The Third and Fourth Sessions of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court', (1998) 92 *American Journal of International Law* 124.

<sup>144</sup> Roma Statüsü, Md. 70; Usul ve Delil Kuralları, Kural 162–169 ve 172.

müdahale etme; Mahkeme çalışanlarını ayartma ya da onlara rüşvet verme ya da onlara karşı misillemede bulunma ve Mahkeme çalışanları bakımından ise, rüşvet isteme ya da kabul etme. Mahkeme, mahkumiyet üzerine, beş yıla kadar hapis ya da para cezası verebilir. Taraf Devletler, kendi ülkelerinde ya da kendi vatandaşları tarafından, adaletin yürütümüne karşı işlenenlerle aynı nitelikteki suçları düzenlemekle yükümlüdür.

Mahkeme, yargılama işlemlerinin kesilmesi/engellenmesi ya da Mahkeme talimatlarına uymanın kasten reddedilmesi gibi, Mahkeme önündeki kötü davranışı da 'yaptırıma bağlayabilir'. Fakat, mevcut önlemler, 'adaletin yürütümüne karşı suçlar'dan farklı olarak, mahkeme salonundan geçici ya da sürekli olarak uzaklaştırılma ve 2,000 € kadar para cezası ile sınırlıdır<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Roma Statüsü, Md. 71; Usul ve Delil Kuralları, Kural 170–172.



## 3

## YARGI YETKİSİ VE KABUL EDİLEBİLİRLİK

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşundaki en hassas konulardan biri, Mahkeme'nin yer ve kişi bakımından yargı yetkisinin belirlenmesi idi. Uluslararası adaletin birçok yönü için yararlı örnekler olmasına rağmen, uluslararası topluluk daha önce böylesine genel kapsama ve uygulamaya sahip bir mahkeme oluşturmaya kalkışmamıştı. Nuremberg Mahkemesi, bu Mahkeme'nin konu bakımından yargı yetkisine giren suçlardan birini işlemiş, 'bireysel olarak ya da örgütlerin/kurumların üyeleri olarak Avrupalı İtilaf Devletleri çıkarına hareket eden kişileri yargılamak ve cezalandırmak' için yargı yetkisi kullanmıştı.<sup>1</sup> Bundan ötürü, Nuremberg Mahkemesi'nin yargı yetkisi bakımından kişisellik ilkesi söz konusuydu, sanıkların, Avrupalı İtilaf Devletleri çıkarına hareket etmiş olması gerekiyordu. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisi, eski Yugoslavya topraklarında 1991'den sonra işlenen suçlara hasredilmektedir.<sup>2</sup> Bundan dolayı, bu Mahkeme'nin yargı yetkisi bakımından ülkesellik ilkesi geçerlidir. Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda'da 1994 yılı zarfında işlenen suçlar üzerinde ve aynı zaman zarfında Ruanda vatandaşları tarafından komşu ülkelerde işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir.<sup>3</sup> Dolayısıyla, Ruanda Mahkemesi'nin yargı yetkisi bakımından hem kişisellik hem de ülkesellik ilkeleri geçerlidir.

Bu öncülerden temel farklılık, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, onun yargı yetkisine kendileri tabi olacakların rızası ile oluşturulmasıdır.

<sup>1</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT), Annex, (1951) 82 UNTS 279, Art. 6.

08/08/1945 tarihinde imzalanan "Avrupa Ekseninde Büyük Savaş Suçlularının Kovuşturulması ve Cezalandırılması Anlaşması"nın metninde yer alan "Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı"nın Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal, 6. Bası, 2007, sf: 712-713. (ç.n.)

<sup>2</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex.

<sup>3</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/RES/955, Annex.

Kendi ülkelerinde ya da kendi vatandaşları tarafından işlenen suçların kovuşturulabilmesi konusunda anlaşmışlardır. Bunlar, Mahkeme'nin yargı yetkisinin esaslarıdır. Uluslararası topluluğun yeni mahkemeleri için kabul ettiği yargı yetkisi, tekil Devletlerin aynı suçlar için kullanmaya yetkili oldukları yargı yetkisinden dardır. Ayrıca, Roma Statüsü'nü hazırlayanlar, Mahkeme'nin, en azından teorik olarak, üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu suçları yargılama gücünü sınırlandırmaya çabalamıştı. O nedenle, Devletin kendi mahkemelerinin elmadan ilk ısırığı almasını gerekli kılmışlardır. Sadece, ulusal adalet sistemleri kovuşturma yapmakta 'isteksiz' ya da 'olanaksız' olduğunda, Uluslararası Ceza Mahkemesi kovuşturmayı üstlenebilir. Bu, Statü'nün kabul edilebilirlik olarak gönderme yaptığı şeydir.

Roma Statüsü, birbiriyle bağlantılı bu iki kavram, yani yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik, arasında ayırım yapmaktadır. Yargı yetkisi, konu bakımından (*ratione materiae* yargı yetkisi), zaman bakımından (*ratione temporis* yargı yetkisi) ve yer bakımından (*ratione loci* yargı yetkisi) ve de kişi bakımından (*ratione personae* yargı yetkisi) terimleriyle, Mahkeme'nin çalışmasının hukuki parametrelerine gönderme yapmaktadır. Kabul edilebilirlik meselesi, daha sonraki bir aşamada ortaya çıkmaktadır ve Mahkeme'nin üzerinde uygun bir şekilde yargı yetkisi kullanacağı hususların, Mahkeme önüne getirilmesinin gerekip gerekmediğini saptamaya çalışır. Yargı yetkisi meselesi, büyük ölçüde, Mahkeme'nin, bir suçun işlenmiş olduğu bir 'durum'u değerlendirmesi ile ilgilidir, zamanla kabul edilebilirlik konusu incelenmeye başlanır, kovuşturma, zorunlulukla bir 'davanın' belirlenmesine/tanımlanmasına' doğru ilerlemiş olacaktır.<sup>4</sup> Mahkeme, bir taraf Devlet'in ülkesinde ortaya çıkan ya da vatandaşlarını fail oldukları için ilgilendiren bir 'durum' üzerinde yargı yetkine sahip olabilir, fakat yine de, belirli bir 'dava', zanlı ulusal bir hukuk sistemi tarafından kovuşturulmakta olduğu için kabul edilemez olacaktır. 'Kabul edilebilirlik', bir dereceye kadar takdir hakkı öneriyor görünmektedir, oysa yargı yetkisi kuralları, katıdır ve hiçbir istisnaya izin vermez. Mahkeme, taraflar bu hususu ileri sürsün ya da sürmesin, bir dava üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu konusunda kendisini her zaman ikna etmelidir, oysa Mahkeme'nin kabul edilebilirlik değerlendirmesi sadece seçimlik/ihiyari olacak gibi görünmektedir. Bununla birlikte, eğer ki kabul edilebilirlik

<sup>4</sup> Ruth B. Philips, 'The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility', (1999) 10 *Criminal Law Forum* 61 at 77.

hususu taraflardan birisince öne sürülmez ise, Mahkeme, bir davanın kabul edilebilirliğini incelemeye resen karar verebilir.<sup>5</sup> John Holmes'a göre, 'kabul edilebilirlik, diğer taraftan, Mahkeme'nin saptaması gereken bir görevden ziyade Mahkeme'nin bir davayı değerlendirmesine bir engeldir.'<sup>6</sup>

Fakat yargılama yetkisi ile kabul edilebilirlik arasındaki çizgiyi ayırt etmek her zaman kolay değildir ve birinci ya da ikinci kavrama gönderme yaptığı anlaşılan Statü'deki hükümlerin üst üste bindiği görülmektedir. Örneğin, açıkça yargı yetkisine dair bir hükümde Statü, Mahkeme'nin savaş suçları üzerinde, bu suçlar 'özellikle bir planın ya da siyasanın ya da bu tür suçların geniş ölçekli işlenmesinin bir parçası olduğunda' yargı yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir.<sup>7</sup> Aynı zamanda, kabul edilebilirliğe ilişkin bir maddede Mahkeme'ye, 'yeterli ağırlıkta olmayan' bir davayı görmeyi reddetme yetkisi verilmektedir.<sup>8</sup> Uygulamada, biri yargı yetkisine diğeri kabul edilebilirliğe işaret eden bu iki hükmün sonuçları oldukça benzerdir, çünkü Mahkeme daha az ciddi ya da görece küçük suçları kovuşturmayı reddedecektir.

### Konu bakımından (ratione materiae) yargı yetkisi

Konu bakımından yargı yetkisi, Mahkeme'nin kovuşturabileceği suçlara gönderme yapmaktadır: soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırganlık ve adaletin yürütümüne karşı suçlar. Bu konu, 'Mahkeme tarafından kovuşturulan suçlar' başlığı altında bölüm 2'de ele alınmıştır.

<sup>5</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9 (bundan sonra 'Roma Statüsü'), Md. 19(1).

'Roma Statüsü'nün Türkçe serbest çevirisi için bkz., Enver Bozkurt, **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şirketi, Ankara, 1999 (2. Baskı), sf:609-679; **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 1-80. (ç.n.)

<sup>6</sup> John T. Holmes, 'The Principle of Complementarity', in Roy Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 41-78 at p. 61.

<sup>7</sup> Roma Statüsü, Md. 8(1). 11

<sup>8</sup> *Ibid.*, Md. 17(1)(d).

### Zaman bakımından (ratione temporis) yargı yetkisi

Mahkeme, ileriye dönük/geleceğe yürürlü bir kurum olduğu için Statü'nün yürürlüğe girmesinden önce işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisi kullanamaz.<sup>9</sup> Statünün yürürlüğe girmesinden sonra Statünün tarafı olan Devletler bakımından Mahkeme, Statü'nün o Devlet bakımından yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir.<sup>10</sup> Örneğin, Kolombiya Statüyü, Statünün 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmesinden bir kaç hafta sonra, Ağustos 2002'de onayladı. Statü Kolombiya için, Madde 126 uyarınca, 1 Kasım 2002'de yürürlüğe girdi ve Mahkeme bundan ötürü, yargı yetkisini başka bazı temellere dayandıramadıkça, 1 Temmuz ile 1 Kasım 2002 tarihleri arasındaki dönem için Kolombiya'nın Statü'yü onaylamış olmasına dayanarak herhangi bir davayı kovuşturamaz. Statü'nün bu hususa, hiç kimsenin Statü'nün yürürlüğe girmesinden önceki davranışından ötürü cezai sorumluluğa tabi tutulmayacağını belirten Madde 24'te tekrar döndüğü görülmektedir. Madde 24 ile 11 aslında oldukça yakından bağlantılıdır ve taslak oluşturma sırasında Genel İlkelerle İlişkin Çalışma Grubu başkanlığı bu iki maddenin birleştirilmesini önermişti.<sup>11</sup> Statü'nün zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel kuralın bir istisnası bulunmaktadır, çünkü bir Devletin, Statü'nün tarafı olmasa bile, Mahkeme'nin belirli suçlar üzerindeki yargı yetkisini tanıyan bir *ad hoc* bildirimde bulunması mümkündür.<sup>12</sup> Fakat böyle bir durumda bile, Mahkeme, Statü'nün yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş bir suç kovuşturma yetkisinden açıkça yoksun olacaktır. Benzer şekilde, Güvenlik Konseyi, 1 Temmuz 2002'den önce işlenmiş suçlarla ilgili bir davayı, Madde 13(b) uyarınca Mahkemeye gönderemez.

Statü, geçmişe uzanıp, yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçları kovuşturamamasından ötürü eleştirilmektedir. Bu itiraza cevap tamamen pragmatiktir. Sadece bir kaç Devlet – Mahkeme'nin en ateşli savunucuları da dahil olmak üzere – böyle bir kapsama sahip bir mahkemeyi tanımaya hazırды. Bu düşünce, pazarlanamayan bir düşünce idi ve taslak oluşturma sırasında asla ciddi olarak düşünülmeydi. Fakat, geçmişe yürürlü kovuşturma yapılamaması karatahtayı silip temizlemez ve önceki suçlulara bir çeşit bağışıklık verir. Roma Statüsü'nün yürürlüğe girmesinden önce işlen-

<sup>9</sup> *Ibid.*, Md. 11(1).

<sup>10</sup> *Ibid.*, Md. 11(2).

<sup>11</sup> Per Saland, 'International Criminal Law Principles', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 189–216 at p. 197.

<sup>12</sup> Roma Statüsü, Md. 12(3).

miş gaddarlıklardan sorumlu olanlar, ulusal mahkemeler tarafından cezalandırılabilir ve cezalandırılmalıdır. Suçlunun vatandaşı olduğu Devlet ya da suçun işlendiği yer Devleti, harekete geçmeyi reddeder ise, artan sayıdaki Devlet şimdi bu tür suçlar üzerinde evrensel yargı yetkisi öngörmektedir.<sup>13</sup> Diğer seçenekler, hukuki dayanağı Sierra Leone Hükümeti ile Birleşmiş Milletler arasındaki bir anlaşma<sup>14</sup>, ki Birleşmiş Milletler, Güvenlik Konseyi'nin bir kararı uyarınca hareket ediyordu,<sup>15</sup> olan Sierra Leone için Özel Mahkeme gibi, andlaşma ile bir uluslararası mahkeme kurulmasını içermektedir.

*Ratione temporis/zaman bakımından* yargı yetkisi hususu, ceza normunun geriye yürümesi meselesi ile karıştırılmamalıdır. Uluslararası insan hakları hukuku, ceza normunun geriye yürümesi yasağını en temel ilkelereinden biri olarak değerlendirmektedir. Bu ilke, Latince *nullum crimen/suçta kanulilik, nulla poena sine lege/cezada kanulilik* ifadeleri ile bilinen bu norm, işlendikleri zaman suç olarak tanınmayan suçların kovuşturulmasını yasaklamaktadır. Elbette, bu ilkenin kapsamı konusunda değişik yorumlar bulunmaktadır. Nuremberg Mahkemesi, savaş suçları için 1907 Lahey Sözleşmesi IV'e ve barışa karşı suçlar için Briand-Kellogg Pakt'ına işaret edebilirdi. Fakat, bunlar uluslararası hukuka aykırı belirli eylemleri betimlerken, bunları bireysel ceza sorumluluğu doğuruyor olarak tanımlamamıştı. Hans Kelsen'in yazdıklarından esinlenerek Nuremberg Mahkemesi, *nullum crimen/suçta kanunilik* ilkesinin, adaletin bir ilkesi olduğunu ve Nazi liderlerinin cezasız bırakılmasının adaletsizlik olacağını not

<sup>13</sup> Bu konuda genel olarak bkz., Naomi Roht-Arriaza, ed., *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, New York and London: Oxford University Press, 1995; Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford: Clarendon Press, 1997.

<sup>14</sup> Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, Freetown, 16 January 2002. Bkz., Micaela Frulli, 'The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments', (2000) 11 *European Journal of International Law* 857; Robert Cryer, 'A "Special Court" for Sierra Leone?', (2001) 50 *International and Comparative Law Quarterly* 435; Avril McDonald, 'Sierra Leone's Shoestring Special Court', (2002) 84 *International Review of the Red Cross* 121; and S. Beresford and A. S.Muller, 'The Special Court for Sierra Leone: An Initial Comment', (2001) 14 *Leiden Journal of International Law* 635.

<sup>15</sup> UN Doc. S/RES/2000/1315.

ederek, suçlamaya sadece dolaylı yoldan cevap vermişti.<sup>16</sup> O zamandan beri, benzer beyanlar 1961 tarihli *Eichmann* davasında ve hatta yakın geçmişte Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesinin *Erdemovic* hükmünde bulunabilir.<sup>17</sup>

Her halükarda, *nullum crimen/suçta kanunilik* Madde 22 ve 23'te düzenlenmektedir. Özel olarak, Madde 22(1) belirtmektedir ki: 'Bir kişi, söz konu davranış, yapıldığı tarihte, Mahkemenin yargı yetkisine dahil bir suç oluşturmadıkça, bu Statü uyarınca cezai açıdan sorumlu tutulmayacaktır.' Statü'nün yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlar üzerindeki yargı yetkisine dair genel yasak karşısında, Madde 22(1)'nin neden gerekli olduğu, başlangıçta şaşırtıcı görünebilir. Neticede, bu mahkeme, Nuremberg'teki ya da Tokyo'daki ya da Yugoslavya ve Ruanda için kurulmuş *ad hoc* mahkemelere benzememektedir, çünkü bu mahkemelerin hepsi hali-hazırda işlenmiş olan suçları yargılama düşüncesiyle kurulmuştu. Fakat bir Devlet, Mahkeme'nin yargı yetkisini geçmişte işlenmiş bir suç bakımından tanıdığına dair *ad hoc* bir bildirimde bulunur ise, bir sanık, Madde 6, 7 ve 8'in bir ya da diğer hükmünün uluslararası teamül hukukunun kuralları olarak tanınmadığını ve bu nedenle Mahkeme tarafından cezalandırılmayacağını ileri sürebilir. Aynı şekilde bu mesele, Güvenlik Konseyi, Mahkeme'ye yetki verir ise<sup>18</sup> ileri sürülebilir, tıpkı Lahey ve Arusha'da sanıklar tarafından ileri sürüldüğü gibi.<sup>19</sup> Fakat bu argüman, tamamen anlamsız olmamasına rağmen, geçmişte uluslararası mahkemeler önünde gerçekten başarılı olmamıştır ve gelecekte Mahkemeyi ikna etmesi olası gözükmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geriye yürürlü suçlar bakımından kabul edilen standart, bu suçların bir suçlu tarafından öngörülebilir olmasıdır.<sup>20</sup> Kaçınılmaz olarak, Savcı bu argümantasyonu kabul edecektir ve Statü'nün kabul edildiği ya da en azından yürürlüğe girdiği andan itibaren bireylerin, bu tür suçlar için kovuşturulabilme riski altında olduklarının yeterli uyarısını almış olduklarını ve Sta-

<sup>16</sup> Hans Kelsen, 'Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?', (1947) 1 *International Law Quarterly* 153 at 165.

<sup>17</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-T), Sentencing Judgment, 29 November 1996, (1998) 108 ILR 180, para. 35.

<sup>18</sup> Roma Statüsü, Md. 13(b).

<sup>19</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, (1997) 105 ILR 453.

<sup>20</sup> *SW v. United Kingdom*, Series A, No. 335-B, 22 November 1995, paras. 35-6. Ayrıca bkz., *CR v. United Kingdom*, Series A, No. 335-B, 22 November 1995, paras. 33-4.

tü'nün kendisinin (Madde 12 (3)'de) henüz Statünün tarafı olmayan Devletler bakımından bile bu tür kovuşturmaları öngördüğünü ileri sürecektir.

'Süre giden suçlar' meselesi, Roma Konferansı sırasında ortaya atıldı. Bu mesele, örneğin, insanlığa karşı bir suç olup Madde 7 çerçevesinde cezalandırılabilir olan 'zorla ortadan kaybedilme' vakasında ortaya çıkabilir. Birisi, Statü'nün yürürlüğe girmesinden önce ortadan kaybedilmiş olabilir fakat suç, ortadan kaybedilme devam ettiği ölçüde, Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonra da devam edecektir. Bir nüfusun zorla nakledildiği ya da sürgün edildiği/sınırdışı edildiği ve eve geri dönüşlerin yasak edildiği durumun da süre giden suça örnek olduğu ileri sürülebilir. Nakledilmeler ve sürgünler/sınırdışı etmeler, Statü çerçevesinde cezalandırılabilir olan üç kategori suçun hepsinin kapsamına girmektedir. Madde 24'teki 'işlenen', 'ortaya çıkan', 'başlayan' ya da 'tamamlanan' fiilleri, sorunun işaret edilebileceği yollardı, fakat altı çalışma dilinin hepsinde bunlarla uygun bir şekilde başa çıkmanın güç olduğu anlaşıldı. Sonunda, 'çözülemez mesele' İngilizce versiyondaki sorunlu fiilden sadece kaçınmayı öneren Genel İlkeler Dair Çalışma Grubu başkanlığı tarafından çözüldü. Bu yüzden, 'süre giden suçlar' karara bağlanmamış şekilde kalmaya devam etmektedir ve bunun nasıl ele alınması gerektiğine karar verecek olan Mahkeme olacaktır.<sup>21</sup> Taslak Hazırlama Komitesi, Madde 24 paragraf 1'e şaşırtıcı bir dipnot eklemişti, buna göre: 'Yürürlüğe girmeden önce başlayan ve yürürlüğe girdikten sonra devam eden bir davranış bakımından bir mesele ortaya çıkmıştır.'<sup>22</sup> Bir dipnot atmak, Taslak Hazırlama Komitesi için son derece alışılmadık bir adımdı. Bu, süre giden suçlar meselesinden etkilenmiş bir avuç delegeyi yatıştırmayı amaçlamış bir gece yarısı uzlaşması olabilir.

### Yargı yetkisinin temelleri/dayanakları

Devletler, ceza hukuku alanında yargı yetkisini beş temelde kullanmaktadır: ülkesellik, koruma, failin vatandaşlığı (faile göre şahsılık), mağ-

<sup>21</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', pp. 196–7; Raul Pangalangan, 'Article 24', in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 467–73 at pp. 471–2.

<sup>22</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.65/Rev.1, p. 2. Konferans'ta kabul edilen nihai metinde dipnot yoktu: UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.76/Add.3, pp. 1–2.

durum vatandaşlığı (mağdura göre şahsılık) ve evrensellik.<sup>23</sup> Ülkesellik en yaygın olanıdır, eğer başka bir gerekçe yoksa Devletin, kendi mahkemele-  
rinin fiilen işlem görmesinden oldukça emin olabileceği tek yargı yetki  
şekli budur. *Lotus* davasında, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'ndan Yar-  
gıç Moore *forum delicti commissi/suçun işlendiği yer* lehine bir varsayım  
işaret etmişti.<sup>24</sup> En erken tarihli/eski ceza hukuku andlaşmalarından biri  
olan, ki 23 Ocak 1889'da Montevideo'da imzalanmıştı, Uluslararası Ceza  
Hukuku Andlaşması belirtmişti ki: 'Suçlar, failin ya da mağdurun vatan-  
daşlığı ne olursa olsun, ülkesinde işlenmiş olduğu milletin Mahkemeleri  
tarafından yargılanır ve yasaları tarafından cezalandırılır'.<sup>25</sup> Bazen, bir  
Devletin ülkesi dışında gerçekleşen fakat o Devlet üzerinde doğrudan et-  
kisi olan eylemleri kapsaması için, ülkesellik ilkesine oldukça geniş bir  
kapsam tanınabilir.<sup>26</sup> Mağdurun ya da failin vatandaşlığına ya da bir  
Devletin kendi menfaatlerini koruma hakkına dayanan yargı yetkisi nadi-  
ren kullanılmaktadır. Uluslararası Daimi Adalet Divanı, *Lotus* davasında  
bir Devletin, oldukça yerleşik olan failin vatandaşlığına dayanan yargı  
yetkisinden (faile göre şahsılık) ziyade mağdurun vatandaşlığına dayanan  
yargı yetkisini (mağdura göre şahsılık) kullanması hakkı meselesini çö-  
zumsuz bırakmıştı.<sup>27</sup>

Evrensel yargı yetkisi – *quasi delicta juris gentium* – herhangi bir  
Devletin, suç ile kişi ya da ülke arasında bir bağın yokluğunda bile, suç-  
luyu yargılamaya yetkili olduğu sınırlı sayıda<sup>28</sup> suçta uygulanır. Uluslara-  
rası teamül hukukunda bu suçlar, korsanlık<sup>28</sup>, köle ticareti ile çocuk ve  
kadın ticaretidir. Bu suçlar için evrensel yargı yetkisinin tanınması büyük  
ölçüde, bu suçların hiçbir Devletin ülkesel yargı yetkisi kullanamadığı  
*terra nullius/sahipsiz topraklarda* işlendiği temeline dayandırılmıştı. Daha  
yakın zamanda, bazı çok taraflı andlaşmalar, evrensel yargı yetkisini, uçak

<sup>23</sup> *United States v. Yunis*, 681 F. Supp. 896 at 900–1 (DDC 1988). Bkz., Yoram Dinstein,  
'The Universality Principle and War Crimes', in Michael N. Schmitt and Leslie C.  
Green, eds., *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, Newport, RI:  
Naval War College, 1998, pp. 17–37.

<sup>24</sup> *SS Lotus (France v. Turkey)*, PCIJ, 1927, Series A, No. 10, p. 70.

<sup>25</sup> (1935) 29 American Journal of International Law 638.

<sup>26</sup> *United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506 (SD Fla. 1990). Bkz., Lynden Hall, '  
"Territorial" Jurisdiction and the Criminal Law', (1972) *Criminal Law Review* 276.

<sup>27</sup> *SS Lotus (France v. Turkey)*, yukarıda dipnot 24.

<sup>28</sup> *United States v. Smith*, 18 US (5Wheat.) 153 at 161–2 (1820).



kaçırma ve hava yolculuğuna karşı diğer tehditler,<sup>29</sup> korsanlık,<sup>30</sup> diplomatlara saldırı,<sup>31</sup> nükleer güvenlik,<sup>32</sup> terörizm,<sup>33</sup> apartheid<sup>34</sup> ve işkence<sup>35</sup> gibi belirli suçlar için de tanımıştır. Evrensel yargı yetkisi geniş ölçüde, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları, diğer bir deyişle Roma Statüsü'nün esas suçları, için de kabul edilmektedir, fakat Uluslararası Adalet Divanı'nın yakın zamanda verilmiş bir kararı bu konuda değişik bireysel görüşlere neden olup, meseleyi sadece çözümsüz değil aynı zamanda da kuşku içinde bıraktı.<sup>36</sup>

Statü'nün hazırlanışı sırasında bazıları, Devletlerin teker teker kendi ulusal yargı sistemlerinde yapabileceklerini, kolektif bir şekilde uluslararası bir organda da yapabileceğini ileri sürmüştü.<sup>37</sup> Sonuç olarak, eğer Devletler soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları üzerinde evrensel yargı yetkisi kullanma yetkisine sahip ise, aynısını yapabilecek olan bir uluslararası ceza mahkemesi de oluşturabilmeliler. Eğer Statü böyle bir şekilde evrensel yargı yetkisini sağlayacak ise, o zaman yeni uluslararası mahkeme bir Taraf devletin ülkesinde bulunan herhangi bir kişiyi, suç

<sup>29</sup> Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, (1971) 860 UNTS 105; Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, (1976) 974 UNTS 177.

<sup>30</sup> Convention on the Law of the Sea, (1994) 1833 UNTS 3, Art. 105.

<sup>31</sup> Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents, (1977) 1035 UNTS 167.

<sup>32</sup> Vienna Convention of 1980, (1984) 1456 UNTS 101.

<sup>33</sup> European Convention on the Suppression of Terrorism, (1978) 1137 UNTS 99; International Convention Against the Taking of Hostages, (1983) 1316 UNTS 205.

<sup>34</sup> International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, (1976) 1015 UNTS 243, Art. IV(b).

<sup>35</sup> Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (1987) 1465 UNTS 85, Art. 10.

10/12/1984 tarihinde kabul edilen ve 26/06/1987 tarihinde yürürlüğe giren "BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments/Cilt VI Birleşmiş Milletler-Üçüncü Bölüm/United Nations-Third Part**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf: 69-106. (ç.n.)

<sup>36</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, 15 February 2002. Bkz., Nicolaos Strapatsas, 'Universal Jurisdiction and the International Criminal Court', (2002) 29 *Manitoba Law Journal* 1.

<sup>37</sup> Daniel D. Ntanda Nsereko, 'The International Criminal Court: Jurisdictional and Related Issues', (1999) 10 *Criminal Law Forum* 87 at 101.

başka bir yerde işlenmiş olsa ve suç isnad edilen kişi söz konusu taraf Devletin vatandaşı olmasa bile, yargılama yetkisine sahip olacağı ileri sürülmüştü. Fakat böyle bir yaklaşım iki itirazla karşılaştı.<sup>38</sup> İlk olarak, bazı Devletler bu çözümün fazla iddialı olduğunu ve muhtemelen onaylamaları önleyeceğini düşündü. Uygulamada, evrensel yargı yetkisinin Devletler tarafından nadiren kullanıldığı ve birçok Devletin diplomatik ya da diğer gerekçelerle geçmişte kaçınmaya çalıştıkları meselelere itilmeyi muhtemelen tercih etmeyeceği doğrudur. İkinci olarak, birkaç Devlet, evrensel yargı yetkisi kullanabilecek bir uluslararası mahkemenin meşruluğunu tartışma konusu yaptı. Amerika Birleşik Devletleri özellikle, böyle bir mahkeme için hukukta bir temel olmadığını ileri sürdü ve tek hukuki dayanağın faile göre şahsılık olduğunda, diğer bir deyişle mahkemenin sadece bir taraf Devletin vatandaşı olanları yargılamaya yetkili olacağına ısrar etti. Böylece, bir Devlet kendi vatandaşlarını, ülke dışında işlenen suçlar için bile, sadece onaylama işlemi yapmayarak Mahkemenin yargı yetkisinden koruyabilecekti. Amerika Birleşik Devletleri, eğer evrensel yargı yetkisi Statüye eklenir ise, Mahkemeye aktif şekilde muhalefet etmek zorunda kalacağı tehdidinde bulundu. Aslında, Amerika Birleşik Devletleri, Roma'da varılan ve sayesinde Mahkeme'nin bir taraf Devletin ülkesinde ya da bir taraf Devletin vatandaşı tarafından işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisi kullanabileceği şeklindeki uzlaşmadan son derece mutsuz olmaya devam etmektedir.<sup>39</sup>

Madde 12'deki uzlaşma, ki bu yolla Mahkeme taraf Devletin vatandaşları ve bu Devletlerin ülkesinde işlen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir, Mahkemeyi etkisizliğe mahkum edeceğini söyleyenler tarafından o zaman acımasızca eleştirilmişti.<sup>40</sup> Sadece melek gibi/angelic Devletlerin - İskandinav ülkeleri, Kanada, Hollanda ve benzerleri –böyle bir temelde Mahkemeye katılacağı ileri sürülmüştü. Savaş ve iç kargaşa ile yüz yüze

<sup>38</sup> Morten Bergsmo, 'The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11–19)', (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 29; Philips, 'The ICC Statute'.

<sup>39</sup> David Scheffer, 'The United States and the International Criminal Court', (1999) 93 *American Journal of International Law* 12.

<sup>40</sup> Evrensel yargı yetkisinin gür sesli savunuculardan biri tarafından yapılan tartışması için bkz., Hans-Peter Kaul, şimdi Mahkeme'nin bir yargıcı, bkz., Hans-Peter Kaul, 'Preconditions to the Exercise of Jurisdiction', in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 583–616.

olan Devletler bakımından, onlar ihtiyatla Mahkeme dışında kalmaya devam edecek ve böylece kendilerini Mahkemenin erişiminden, en azından kendi ülkesine işlenen suçlar bakımından, koruyacaktı.

Fakat onaylama hızı 2000 ve 2001’de arttığı için, inanılmaz birşey oldu. Kovuşturmaya açık durumlarından ötürü Mahkeme’den uzak durmaları beklenen birçok Devlet, onaylama belgelerini Birleşmiş Milletler merkezine getirmeye başladı. İlki, 1990’ların sonundaki şiddetli sivil çatışmalarıyla bilinen Fiji idi. Onu, iç savaşın 1991’den 1999 Lomé Barış Anlaşmasına kadar sürdüğü, ancak 2000’de bir kez daha canlandığı Sierra Leone izledi. Sihirli rakam olan altmış onaylamaya ulaşılan kadar, son yıllarda şiddetli çatışma ve gaddarlıklarla bilinen çeşitli başka ülkeler Mahkemeye katıldı: Kamboçya, Makedonya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Bosna ve Hersek, Yugoslavya, Hırvatistan. Sonradan bu Devletleri, Kolombiya ve Afganistan izledi ve Burundi’nin onaylamanın eşliğinde olduğu bilinmekteydi.

Bunlar, hiç beklenmeyen onaylamalardı. Açıkça, bu onaylamalar, yargı yetkisine ilişkin Madde 12’deki uzlaşma konusunda eleştirel olanlar tarafından Roma’da ileri sürülen argümanları çürütmektedir. Devletlerin Statüyü, Mahkemeyi kesinlikle, iç çatışmalara, insan hakları ihlallerine ve savaşa yönelebilecek umut verici ve gerçekçi bir mekanizma olarak gördükleri için onayladıklarını göstermektedir. Bu, elbette, uluslararası adaletin barışa ve güvenliğe katkı yaptığını yıllardır ileri sürenlerin mantığı ile tamamen tutarlıdır.

Gerçekten, biz sonradan, geniş Alman önerisi kabul edilmiş olsaydı, altmış onaylama bu kadar çabuk sağlanmış olur muydu sorusunu sorabiliriz. Evrensel yargı yetkisi önerisinin sorunu, Mahkemeye katılmak için Devletlere az teşvik bırakmasıydı. Her nasıl olursa olsun, Devletler onaylamış olsalar da olmasalar da, eğer Mahkeme evrensel yargı yetkisi üzerinde temellendirmiş olsaydı, o Devletler’in ülkeleri üzerinde işlenen suçlar her durumda Mahkeme’nin yargı yetkisine tabi olacaktı. Diğer taraftan, Madde 12’de düzenlenen şimdiki rejim çerçevesinde, Devletler, ülke-lerinde savaş suçlarının, insanlığa karşı suçların ve soykırımın cezazsız kalmayacağına dair bir caydırma mesajı göndermek istiyor ise, Statüyü imzalamak zorundadır.

Mahkeme’nin yargı yetkisi hakkındaki bu tartışma, statü hazırlanması sürecinde ‘Devlet rızası’ meselesi olarak nitelendirildi. Uluslararası Hukuk Komisyonu, Devletler’in spesifik suçlar için ‘katılmayı tercih ede-

bileceği' bir yargı yetkisi yaklaşımını kabul etti. Bir Devlet sadece gelecekteki Statüyü onayladığı için, yargı yetkisi otomatik olarak verilmeyecekti.<sup>41</sup> Bu durum, Devletlerin Mahkemenin üyesi ve Statü'nün tarafı olduğu fakat yargı yetkisini kabul etmek için ek bildirimde bulunmak zorunda olduğu Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nden farklı değildi. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslağı, soykırım durumunda, en azından 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'nin tarafları için bir istisnaya izin verdi. Bu, 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'nin, bu suç üzerinde yargı yetkisine sahip uluslararası bir ceza mahkemesini özel olarak tasarladığı olgusu üzerine öngörüdür.<sup>42</sup>

1995'de Ad Hoc Komite'de ve daha sonra Hazırlık Komitesi'nde ortaya çıkan tartışma gibi, mahkemenin 'zorunlu yargı yetkisini' soykırımdan insanlığa karşı suçlara ve savaş suçlarına doğru genişletme yönünde bir eğilim vardı. Bu gelişmeye eşlik eden ve ona katkıda bulunan, terörizm ve uyuşturucu ticareti gibi 'andlaşma suçları'nı mahkemenin konu bakımından yargı yetkisine dahil etmekten uzaklaştıran bir eğilimdi. Böylece, suçların kapsamı, şiddeti ve önemi konusunda üzerinde gerçek bir uzlaşmanın olduğu suçlarla daraltıldığı için, Mahkemenin, konu bakımından yargı yetkisine giren suçların tümü üzerinde otomatik yargı yetkisine sahip olması gerektiği argumani daha zorlayıcı hale geldi.<sup>43</sup> 'Yargı yetkisini kullanmanın önkoşulları' başlıklı Madde 12, bu çetrefil tartışmanın bir sonucu idi.<sup>44</sup>

Bir taraf Devlet bakımından, Statü'yü onaylamasının sonucu olan ülkesel ve kişisel yargı yetkisine ek olarak, Madde 12 aynı zamanda taraf

<sup>41</sup> 'Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Sixth Session, 2May–22 July 1994', UN Doc. A/49/10, Art. 22(1).

<sup>42</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (1951) 78 UNTS 277, Art. VI.

<sup>43</sup> Elizabeth Wilmshurst, 'Jurisdiction of the Court', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 127–41.

<sup>44</sup> Hans-Peter Kaul, 'Special Note: The Struggle for the International Criminal Court's Jurisdiction', (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 48. Ayrıca bkz., Vera Gowlland-Debbas, 'The Relationship Between the Security Council and the Projected International Criminal Court', (1998) 3 *Journal of Armed Conflict Law* 97; Pietro Gargiulo, 'The Controversial Relationship Between the International Criminal Court and the Security Council', in Flavia Lattanzi and William A. Schabas, eds., *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Rome: Editrice il Sirente, 2000, pp. 67–104.

olmayan bir Devletin Mahkeme'nin yargı yetkisini *ad hoc* bir temelde kabul etmesi imkanını öngörmektedir. Bu hüküm, böyle bir Devletin, 'söz konusu suç bakımından' Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmasını kabul ettiği bir bildiriye Yazı İşleri Müdürü'ne sunmasını gerektirmektedir. Statü, böyle bir Devleti, 'kabul eden Devlet' olarak tarif etmektedir ve onun teslim etme ve yardım etmenin çeşitli şekilleri bakımından herhangi bir gecikme ya da istisna olmaksızın Mahkeme ile işbirliği yapmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, bir Devlet gerektiği şekilde işbirliği yapmaz ise, bunun herhangi bir sonucu olmayacak gibi görünmektedir. Metnin, 'söz konusu suç' bakımından, taraf olmayan bir Devletçe yapılan bildiri göndermesi muğlaktır. Bu, Madde 5'de sıralanan suçlardan birine mi gönderme yapıyor? Başka bir deyişle, taraf olmayan Devletler soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarından biri ya da daha fazlası bakımından Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden bildiriye mi bulunacak? Böyle bir yorum, Madde 12 paragraf 1'deki 'suçlar' teriminin kullanımı ile tutarlı görünmektedir. Ya da bu hüküm, yargı yetkisinin spesifik bir vaka ya da durum bakımından kabulü anlamına mı gelecektir? Bir yazara göre, statü yapıcıların anlayışı, bu maddenin bir 'duruma' gönderme yaptığı şeklinde idi.<sup>45</sup> Bu yorumun bir sonucu, taraf olmayan bir Devletin bir muhalife yöneltilmiş fakat aynı zamanda kendi davranışını korumak için tasarlanmış tek taraflı bir bildirimde bulunmaya giriştiği ters durumu ortadan kaldırmak olacaktır.

### Yer bakımından (*ratione loci*) yargı yetkisi

Mahkeme, suçlunun vatandaşlığına bakılmaksızın, taraf Devletlerin ülkesinde işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Bu genel ilke, Statü Madde 12(2)(a)'da düzenlenmektedir. Mahkeme, yargı yetkisini *ad hoc* temelde kabul eden Devletlerin ülkesinde ve Güvenlik Konseyi tarafından bu amaçla gösterilen topraklarda işlenen suçlar üzerinde de yargı yetkisine sahiptir. 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi, bir taraf Devletin ülkesinde işlenen suçlar üzerinde uluslararası bir ceza mahkemesinin yargı yetkisine sahip olacağı düşüncesi için örnek sağlamaktadır. Bu Sözleşme Madde VI, tam da böyle bir olasılığı öngörmektedir.

Ülke, ceza hukuku yargı yetkisinin amaçları bakımından, tanımlanması gereken bir terimdir. Açıkça, bu terim Devletin kara ülkesine geniş-

<sup>45</sup> Hans-Peter Kaul, 'Preconditions to the Exercise of Jurisdiction'.

leyecektir. Statü, ülke kavramınının, o Devlette tescilli gemide ya da uçakta işlenen suçları da kapsadığını kabul etmektedir.<sup>46</sup> Bu, yer bakımından yargı yetkisi kavramının oldukça yaygın ve geniş ölçüde kabul edilen genişlemesidir. Mantıklı olarak, yer bakımından yargı yetkisi, Devletin üstündeki havaya ve onun karasularına ve muhtemelen, onun münhasır ekonomik bölgesine uzamalıdır. Fakat, bu gri alanların gerçek kapsamı belirlenmeyi beklemektedir. Önceki uluslararası ceza mahkemelerinin içtihat hukuklarından hiçbir faydalı örnek bulunmamaktadır. Bu meselelere çözümler, önemli ölçüde çeşitli olmasına ve genel olarak kabul edilen herhangi bir ortak kural saptamak güç olmasına rağmen, ulusal adalet sistemlerinin uygulamasında bulunmaya çalışılacaktır. Sonuç her ne olursa olsun, bazı yerler ister istemez Mahkemenin menziline dışındadır: açık denizler, Antarktika ve uzay. Eğer gaddarlıklar bu yerlerde işlenir ise, yargı yetkisi, suçlunun vatandaşlığı temelinde oluşturulacaktır.

Birçok ulusal yargı yetkisi, yer bakımından yargı yetkisi kavramını, bir Devletin ülkesi üzerinde etki doğuran suçları da kapsayacak şekilde genişletmektedir. Örneğin, soykırım işlemek için komplo durumunda,<sup>47</sup> komplocular planlarını aslında suçun gerçekleştiği yerin dışında yapmış olsalar bile, Mahkeme'nin yargı yetkisine sahip olabileceği ileri sürülebilir. Benzer şekilde, savaş esiri alınmayacağı/merhamet gösterilmeyeceği emri, ki bu, kimse bu emre uygun hareket etmese bile bir suçtur,<sup>48</sup> bir Devletin ülkesi dışında işlenebilir fakat eğer etkileri o ülkede hissedilmiş ise, Mahkeme'nin yargı yetkisine girdiği kabul edilebilir. Bu durum, azmettirme ve suça teşvik etme vakalarında daha aşikar hale gelmektedir. Bununla birlikte, Statünün yargı yetkisinin gerçekleştirilmesi konusundaki suskunluğu karşısında, Madde 12'nin katı bir yorumu ve böyle bir kavramın dışarıda bırakılması lehine zorlayıcı argümanlar bulunmaktadır.

Ülkenin alanı konusundaki tartışmalar muhtemelen anlaşmazlığa yol açacak ve Uluslararası Ceza Mahkemesi yargıçlarının kendilerini, uluslararası sınırların yerini ve kimin spesifik bir yerde hak sahibi olduğunu belirlerken bulmaları olmayacak şey değildir. Uluslararası sınırların yüzde elliden fazlasının ihtilafli olduğu söylenmektedir. Açıkça, bu ihtilafların en keskin olduğu yerler aynı zamanda muhtemelen Mahkeme'nin dikkatinin yoğunlaşacağı sorun noktaları olacaktır. Orta Doğu'dan bir örnek yeterli

<sup>46</sup> Roma Statüsü, Md. 12 (2) (a).

<sup>47</sup> *Ibid.*, Md. 6 ve 25(d).

<sup>48</sup> *Ibid.*, Md. 8 (2) (b) (xii) ve 8 (2) (e) (x).

olsa gerek: Varsayalım ki, Filistin Yönetimi liderleri, bağımsızlıklarını ilan etti ve de Roma Statüsü'ne katıldı. Mahkeme, gerçek sınırlarının hepsi olmasa da çok büyük kısmı ihtilaflı olacak olan bağımsız Filistin 'ülkesi' üzerinde yargı yetkisine sahip olacaktır. Eğer İsrail, Statü Madde 12(3) çerçevesinde bir beyanda bulunup kendi ülkesinde işlenen spesifik bir suç bakımından Mahkeme'ni yargı yetkisini kabul etseydi, benzer meseleler, aksi yönde de ortaya çıkabilirdi.

Onaylama zamanında, bir kaç Devlet, Roma Statüsü'nün yer bakımından kapsamı ile ilgili beyanda bulundu. Diğer çok sayıdaki çok taraflı uluslararası belgenin aksine, Statü'de bunun için spesifik bir hüküm bulunmamaktadır. Hollanda, Statü'nün sadece onun Avrupa'daki toprağına değil fakat aynı zamanda Hollanda Antilleri'ne ve Aruba'ya da uygulanacağı yönünde zararsız fakat güven verici bir beyanda bulunmuştur. Daha sorunlu olan, Statü'nün Faroe Adaları ve Grönland'a uygulanması niyetinde olmayan Danimarka'nın beyanıdır.<sup>49</sup> Bu, hiç şüphesiz yerel özerkliğe yönelik takdire şayan saygı hisleri saikiyle yapılmışsa da, Mahkeme'nin menziline, kendi başına, bu durumu düzeltme yetkisi olmayan bir toprağın/yerin dışında bırakmaktadır, çünkü ne Faroe Adaları ne de Grönland egemen Devletlerdir ve sonuç olarak Statü'ye katılamazlar. Eğer böyle bir vaka ileri sürülmüş olsaydı, Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki benzer vakaların<sup>50</sup> yol göstericiliğinden yararlanabilir ve Statü Madde 120 uyarınca Danimarka'nın beyanının, etkisiz gayri meşru bir çekince olduğuna hükmedebilir, böylece ihtilaflı topraklar üzerinde yargı yetkisini tanıyabilirdi.

### Kişi bakımından (ratione personae) yargı yetkisi

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Madde 12(2)(b) uyarınca bir taraf Devletin bir suç isnad edilen vatandaşı üzerinde de yargı yetkisine sahip olacaktır. Yine, Mahkeme, bir beyan ile kendi yargı yetkisini ad hoc bir temelde tanıyan<sup>51</sup> ya da Güvenlik Konseyi'nin bir kararı uyarınca<sup>52</sup> taraf

<sup>49</sup>Ayrıca bkz., Yeni Zelanda tarafından Tokelau ile ilgili olarak yapılan beyan.

<sup>50</sup>*Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Series A, No. 310.

<sup>51</sup> Roma Statüsü, Md. 12(3); ile Usul ve Delil Kuralları, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.1, Kural 44.

<sup>52</sup>"Usul ve Delil Kuralları'nın Türkçe serbest çevirisi için bkz., **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, (çev. Gülay Arslan), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 123-212. (ç.n.)

olmayan Devletlerin vatandaşlarını da kovuşturabilir. Suçlunun vatandaşlığına dayalı yargı yetkisinin oluşturulması, yargı yetkisi bakımından en az tartışmalı olanıdır ve Roma Konferansı'nda bazı Devletler tarafından önerilen mutlak asgariyi oluşturuyordu. Mahkeme'nin, vatandaşlık kavramını değerlendirmesinin gerekli olduğu durumlar ortaya çıkabilir. Mahkeme, uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca, bir kişinin bir Devlet ile bağlarının, vatandaşlığa bazı şekli ve hatta belki hileli kabul edilmeden ziyade, gerçek ve esaslı olduğunu incelemelidir.<sup>53</sup>

Nuremberg Şartı ve 1948 Soykırım Sözleşmesi'nde bulunan hükümleri yansıtan Statü, bağımsızlık oluşturan ya da bireyleri ceza kovuşturmasından başka şekilde koruyan ulusal ya da uluslararası hukuktaki kuralların, Mahkeme önünde hiçbir etkisi olmadığını belirtmektedir.<sup>54</sup> Gelecekte olarak, bağımsızlıkların iki temel şekli bulunmaktadır: ilki, bazı Devletler, anayasaları ya da normal mevzuatı ile, kendi Devlet başkanlarının ve bazı durumlarda diğer hükümet görevlilerinin ya da seçilmiş temsilcilerin kovuşturmadan bağımsız olmasını temin etmektedir; ikincisi, hem uluslararası teamül hukuku hem de uluslararası andlaşmalar uyarınca, görevli Devlet başkanları, dışişleri bakanları ve diplomatlar diğer Devletlerin mahkemeleri tarafından kovuşturulamaz. Bazı Devletler, bu tür özel rejimleri ortadan kaldırıp mevzuatını Statü'ye uygun hale getirmek için anayasal değişiklikleri düşünmek zorunda kalmıştır. Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant* davasında 2002'de verdiği kararda, görevli ya da eski dış işleri bakanının, Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi bir uluslararası mahkeme önünde, bu mahkeme yargı yetkisine sahip ise, bağımsızlığa sahip olmayacağını kabul etmişti.<sup>55</sup> Fakat, Uluslararası Adalet Divanı, Statü Madde 27'nin, görevli Devlet başkanlarının ve dışişleri bakanları gibi benzer görevlilerin uluslararası teamül hukukunun bir gereği olarak gelecekte bağımsızlıklarla korunmadıkları sonucuna ulaşmasında, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne bir temel sağlamadığını değerlendirmemişti.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Güvenlik Konseyi, 955 sayılı Kararı ile, Ruanda vatandaşları üzerinde yargı yetkisine sahip bir *ad hoc* mahkeme kurmuştu.

<sup>53</sup> *Nottebohm Case (Second Phase)*, Judgment of 6 April 1955, [1955] ICJ Reports 24; *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84, 19 January 1984, Series A, No. 4, para. 35.

<sup>54</sup> Roma Statüsü, Md. 27.

<sup>55</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, para. 61.

<sup>56</sup> *Ibid.*, para. 58. Not edilmelidir ki, bu bakımdan, Uluslararası Adalet Divanı, Lordlar Kamarası'nın *Pinochet* davasındaki meşhur kararını aslında iptal etmişti: *R. v. Bow*



Bununla birlikte, belirli kişi gruplarını kovuşturmadan korumaya hizmet edebilecek önemli bir pratik istisna bulunmaktadır. Mahkeme, Madde 98 (1) uyarınca, teslim etme ya da yardım için bir talepte bulunmaktan, eğer bu, talepte bulunulan bir Devletin uluslararası hukuk çerçevesinde olan ve üçüncü bir Devleti ilgilendiren yükümlülüklerine, bu üçüncü Devlet rıza göstermedikçe, aykırı şekilde hareket etmesini gerektirecek ise menedilmiştir. Diplomatik bağışıklık, böyle bir kategoriye girmektedir. Bu şu anlama gelmektedir, Statü'ye taraf bir Devlet, kendi Devlet başkanını ya da dışişleri bakanını Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kovuşturmasından koruyamaz iken, Mahkeme bu Devletten, bir üçüncü Devlet bakımından teslim etme şeklinde ya da başka türlü işbirliğinde bulunmasını talep edemez. Hiçbir şey taraf Devleti, eğer bu şekilde davranmak ister ise, bunu yapmaktan alıkoymaz ve Devlet başkanı bir kez Mahkeme'nin fiili nezaretine alındığında, ona da diğer herhangi bir sanık gibi muamele edilecektir. Benzer şekilde, Mahkeme'nin, bir taraf Devletin üçüncü bir Devletle vardığı belirli uluslararası anlaşmalara aykırı şekilde hareket etmesini gerektiren bir teslim etme talebinde bulunması da yasaktır. Madde 98 (2) hükmü ile, 'güçlerin statüsü anlaşmaları'/status of forces agreements (ya da SOFAs) olarak bilinen oldukça yaygın anlaşmalar sınıfının, Statü tarafından zayıflatılmaması ya da etkisiz kılınmaması amaçlanmıştır. SOFAs, yabancı bir ülkede bulunan barış koruma güçlerinin ya da askerlerinin, o ülkenin mahkemelerinin yargı yetkisine tabi tutulmaması temin etmek için kullanılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Dış İşleri Bakanlığındaki bazı becerikli avukatlar, tüm Amerikan vatandaşlarını Mahkeme'den korumak için anlaşmalar hazırlayarak Madde 98 (2)'yi kötüye kullanmaya çalışmıştır. Çeşitli Devletler, Washington'nun baskısına dayanamamış ve bu tür anlaşmaları kabul etmişti.

Roma Statüsü aynı zamanda, Mahkeme'nin, suç tarihinde on sekiz yaşın altında olan bir kişi üzerinde yargı yetkisine sahip olmadığını belirtmektedir.<sup>57</sup> Çözüm, üzerinde uzlaşılacak kadar basittir, fakat Hazırlık Komitesi'nin ve Diplomatik Konferans'ın oturumları sırasındaki usandırıcı tartışmalarda, bu konu üzerinde çok fazla enerji sarfedildi.<sup>58</sup> Genel İlkeler Çalışma Grubu, bir 'yargı yetkisine dair çözüm' kabul etmek ve

---

*Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte*, [1998] 4 All ER 897; [1998] 3 WLR 1456.

<sup>57</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.76/Add.3, p. 3.

<sup>58</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', pp. 200–2.

suçun işlendiği tarihte on sekiz yaşın altında olan kişileri Mahkeme'nin kovuşturamayacağını düzenleme konusunda anlaştı.<sup>59</sup>

### **Güvenlik Konseyi'nin kovuşturmayı veto etmesi**

Mahkeme, Güvenlik Konseyi tarafından, Madde 16 uyarınca, o şekilde talimatlandırıldığında, yargı yetkisini kullanmaktan alıkonulabilir. Bu 'erteleme'/deferral olarak adlandırılmaktadır. Öyle görünüyor ki, bu önlem sürekli olabilir. Statü, Güvenlik Konseyi'nin Mahkeme'den kovuşturmayı askıya almasını talep eden bir kararı Birleşmiş Milletler Şartı Bölüm VII çerçevesinde kabul edebileceğini ve böyle bir durumda Mahkeme'nin işlemlerine devam etmeyeceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, bu son derece tartışmalı hüküm, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ilk taslak statüdeki metinden sonra oldukça önemli bir ilerlemedir. O belgede, Mahkeme, 'Güvenlik Konseyi tarafından, Şart Bölüm VII çerçevesinde barışa karşı bir tehdit ya da barışın ihlali ya da bir saldırganlık eylemi olarak ele alınan (bir vakayı), Güvenlik Konseyi başka türlü karar vermedikçe' kovuşturmadan alıkonuluyordu.<sup>60</sup> Böyle bir hüküm, Konsey üyesi tek bir Devletin bir meseleyi gündeme alarak kovuşturulmasını engelleyebilmesine imkan verecekti ve bu, ancak Konsey'in kendisinin bir kararı ile aşılabildi. Ve bir Konsey kararı, herhangi bir zamanda beş daimi üyeden herhangi birinin – Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Çin, Fransa ve Rusya Federasyonu – veto hakkını kullanması ile engellenebilir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu önerisi, gelecekteki mahkemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına bir müdahale olduğu gerekçesi ile, sert eleştiri ile karşılandı. Birçokları, siyasi değerlendirmelerin kovuşturmayı etkilemesine izin verilmesi ile, tüm sürecin güvenilmez olacağını düşündü.<sup>61</sup> Aynı zamanda, hassas siyasi görüşmeler başladığında, ceza kovuşturmasının hikmeti/wisdom konusunda güç kararların alınmasının gerekeceği zamanların olabileceği kabul edilmek zorundadır. Mahkeme,

<sup>59</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.1, p. 2.

<sup>60</sup> 'Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Sixth Session, 2 May–22 July 1994', note 41 above, Art. 23(3).

<sup>61</sup> Tartışmalar için bkz., 'Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court', UN Doc. A/50/22, paras. 124–5; 'Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court', UN Doc. A/51/22, paras. 140–4.

Güvenlik Konseyine karşı koz oynayacak ve muhtemelen uluslararası barışı ve güvenliği geliştirmeyi amaçlayan önlemleri sabote edecek bir durumda olmalı mıdır?

Uluslararası Hukuk Komisyonu önerisine dair Hazırlık Komitesi'ndeki ve Roma Konferansı'ndaki tartışma, birçok yönden beş daimi üye ile diğer tüm ülkeler arasındaki bir karşılaşmaydı. Bilgisiz gözlemci, Birleşmiş Milletler reformunun, Güvenlik Konseyi'nin ilgili olduğu meselelerin aynısı ile ilgili olacak fakat vetonun olmayacağı yeni bir kurumun – Uluslararası Ceza Mahkemesinin- kurulması ile dolaylı olarak tamamlanmış izlenimine kapılmış olabilirdi. Singapur tarafından sunulan bir taslaktan esinlenilerek, Konseyin sadece olumlu bir kararla ve yıllık yenilemeye tabi olarak kovuşturmayı askıya almasına imkan veren bir uzlaşmaya nihayet varıldı.<sup>62</sup> Fakat bu uzlaşmaya bile, bunu Mahkemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına bir leke olarak değerlendiren bazı delegeler tarafından şiddetli bir şekilde karşı çıkıldı. Roma'daki son oylamada yayımladığı bir demeçle Hindistan, Güvenlik Konseyi'nin kovuşturmayı engelleme konusundaki herhangi bir yetkisini anlamanın ya da kabul etmenin zor olduğunu belirtmişti:

Bir tarafta, UCM'nin en ağır çaptaki/önemdeki suçları yargılamak için kurulduğu ileri sürülmektedir. Diğer tarafta, uluslararası barışın ve güvenliğin devamının, bu suçları işleyenlerin, eğer Konsey öyle takdir eder ise, adalatten kaçmasına izin verilmesini gerektirebileceği ileri sürülmektedir. Bu argümanın kabul edildiği an, Konferans, adaletin uluslararası barışı ve güvenliği zayıflatabileceğini kabul eder.<sup>63</sup>

Roma'daki hiç kimse, Güvenlik Konseyi'nin, Mahkeme fiilen işleme başlamadan önce, Madde 16'ya başvurmasını beklemiyordu; fakat bu tam tamına, Statü'nün yürürlüğe girmesinden günler sonra, Temmuz 2002'de olan şeydir. Haziran'ın sonunda, Amerika Birleşik Devletleri, Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler'in yetkilendirdiği görevleri Mahkeme'nin kovuşturmasından korumak için, Madde 16'ya başvurmaz ise, Güvenlik Konseyi vetosunu gelecekteki tüm barış koruma görevleri için kullanacağını duyurdu. Sonuç, Güvenlik Konseyi tarafından sözde Statü Madde 16 uyarınca 12 Temmuz 2002'de kabul edilen 1422 sayılı Karar. Karar

<sup>62</sup> Bkz., Lionel Yee, 'The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13(b) and 16', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 143–52 at pp. 149–52.

<sup>63</sup> 'Explanation of Vote by India on the Adoption of the Statute of the International Criminal Court, Rome, July 17, 1998', p. 3.

şunu ‘talep etmektedir’, ‘Birleşmiş Milletlerin gerçekleştirdiği/ established ya da yetkilendirdiği operasyonlara ilişkin eylemler ya da ihmallere üzerine bir vaka ortaya çıkarsa [Mahkeme], 1 Temmuz 2002’den başlayan on iki aylık bir süre için bu tür herhangi bir vakanın soruşturmasına ya da kovuşturmasına, Güvenlik Konseyi başka türlü karar vermedikçe, başlamayacak ya da devam etmeyecektir’. Karar bundan dolayı ertelemeyi, rolü Güvenlik Konseyi’nin bir kararı ile yetkilendirilen fakat artık Birleşmiş Milletler kontrolü altında olmayan Bosna ve Hersek’teki İstikrar Gücünün (SFOR) operasyonları gibi operasyonlara genişletmektedir. Karar sadece, Statü’nün tarafı olmayan Devletlerin vatandaşlarına uygulanmaktadır.

Bu girişim, Konsey’de muhalefet olmaksızın kabul edilmesine rağmen, normalde Amerika Birleşik Devletleri’nin sadık arkadaşları olan Almanya ve Kanada gibi devletler dahil, çeşitli Devletler tarafından tartışma sürecinde gürültülü bir şekilde kınandı. Bu girişimin meşruluğu oldukça tartışmalıdır, elbette, çünkü Madde 16 bir kategori kişinin kapsamlı bir şekilde dışarda bırakılmasından ziyade spesifik bir durumu ya da soruşturmayı ön görmektedir. Ayrıca Statü Madde 16 belirtmektedir ki, Konsey, sadece barışa karşı bir tehdit, barışın bir ihlali ya da bir saldırı-ganlık olduğunda uygulanabilir olan Birleşmiş Milletler Şartı Bölüm VII uyarınca hareket etmek zorundadır. Birleşmiş Milletler tarafından yetkilendirilmiş bazı görevler, Şart Bölüm VII uyarınca bile oluşturulmuş değildi.

Mantiken, Mahkeme, Konsey’in Bölüm VII uyarınca geçerli bir şekilde hareket edip etmediğini değerlendirebilir.<sup>64</sup> Uluslararası hukukçular arasında, Güvenlik Konseyi kararlarının meşruluğunun mahkemeler tarafından incelenip incelenemeyeceği konusunda epey tartışma bulunmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı bunu yapmakta tereddüt göstermektedir, çünkü UAD ve Konsey’in her ikisi de Birleşmiş Milletler’in temel organlarıdır ve UAD, Birleşmiş Milletler’in temel organlarından birinin, bir diğerinin kararını inceleyeceği bir hiyerarşiyi Şart’ın oluşturmadığını düşünmüştür. Bu değerlendirme, Birleşmiş Milletler Şartı ile oluşturulmamış olan ve bu bakımdan Birleşmiş Milletler’in bir organı olmayan Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne uygulanmaz. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, gerçekte kendisinin kurucu yasası olan 827 sayılı Kararın hukuka uygunluğunu incelemeye yetkili olduğunu değer-

<sup>64</sup> Örneğin, bkz., Z. S. Deen-Racsmay, ‘The ICC, Peacekeepers and Resolution 1422: Will the Court Defer to the Council?’, (2002) 49 *Netherlands International Law Review* 378.

lendirmişti.<sup>65</sup> Diğer bir deyişle, Karar 1422, Güvenlik Konseyi'nin yetkilerinin bir kötüye kullanımı idi ve bu kararın meşruluğuna, en azından teorik olarak, eninde sonunda Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde yargılama işlemleri ile itiraz edilebilir.

Fakat, bu muhtemelen olmayacaktır ve bunun sebebi, Konseye yönelik yargısal farklılık değil, barış koruyuculara yönelik yargısal işlemlerin, Savcı'nın gündeminin en başında olmasının muhtemel olmamasıdır. Barış koruyucularının bazen, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlara katılmış olduğu iddia edilmektedir, fakat bu hususlar geçmişte onların ulusal mahkemeleri tarafından ele alındı ve bunun gelecekte bir sorun olmasını beklemek için sebep yoktur. Herşeyden önce, Karar 1422, Amerika Birleşik Devletleri'nin kabadayılığının çirkin bir örneğidir ve Güvenlik Konseyi'nin güvenilirliği üzerinde önemli bir lekedir. Uygulamada, Güvenlik Konseyi, muhtemelen, Mahkeme'nin resmi görevini yerine getirmesine ciddi bir engel çıkarmayacaktır.

### Kabul edilebilirlik

Statü, Madde 17'de 'kabul edilebilirlik' bölüm başlığı altında, ulusal hukuk sistemleri ile Uluslararası Ceza Mahkemesi arasındaki karmaşık ilişkiye işaret etmektedir. Mahkeme'nin, bir ulusal adalet sistemi tarafından uygun bir şekilde ele alınmakta olan bir davayı kabul edilemez ilan etmesi gerekmektedir. Buradaki anahtar sözcük, aslında Statü'de herhangi bir yerde geçmeyen bir terim olan, 'tamamlayıcılık'tır. Fakat, başlangıç bölümü paragraf 10 belirtmektedir ki, 'bu Statü altında kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi, ulusal ceza yargı yetkilerinin tamamlayıcısı olacaktır' ve Madde 1 bunu yinelemektedir. Madde 17(1), başlangıç bölümü paragraf 10'a ve Madde 1'e açık bir gönderme yapmaktadır.<sup>66</sup> 'Tamamlayıcılık' terimi, bir bakıma yanlış kullanılan bir terim olabilir, çünkü tesis edilen, uluslararası adalet ile ulusal adalet arasındaki bir ilişkidir ve bu, 'tamamlayıcılık'tan öte birşeydir. Daha doğrusu, bu iki sistem, birbirine karşı ve bir dereceye kadar birbirine düşman şekilde çalışmaktadır. Bu terim, *ad hoc* mahkemeler için oluşturulmuş olan ve *ad hoc* mahkemelerin, ulusal sistemin ihmalini ya da yetersizliğini göstermek zorunda

<sup>65</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, (1997) 105 ILR 453, 35 ILM 32.

<sup>66</sup> Bkz., John T. Holmes, 'The Principle of Complementarity', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 41-78.

kalmadan yargı yetkisini yetki olarak sayabildikleri ‘üstünlük’ olarak gönderme yapılan şemaya oldukça ters düşmektedir.<sup>67</sup>

‘Tamamlayıcılık’ın çeşitli yönlerine, özel hükümlerde işaret edilmektedir. Madde 17(1) belirtmektedir ki, bir dava, üzerinde yargı yetkisine sahip bir Devlet tarafından soruşturulmakta ya da kovuşturulmakta olduğunda ya da bu dava halihazırda soruşturulmuş ve Devlet kovuşturmamaya karar vermiş ise kabul edilmezdir. Bu tür koşullarda, Mahkeme sadece, Devlet davayı soruşturmak ya da kovuşturmak için ‘gerçekten isteksiz ya da olanaksız’ olduğunda işlemlere başlayabilir. ‘İsteksiz’ ya da ‘olanaksız’ terimleri ayrıntılı bir şekilde Madde 17’de açıklanmaktadır, fakat anlaşılmaz/esrareniz sıfat olan ‘gerçekten’ sözcüğü tamamen Mahkeme’nin takdir yetkisine bırakılmaktadır.

İsteksizlik hususu, bir ulusal adalet sistemi, sanki soruşturma ya da kovuşturma başlamış gibi görünsün diye ‘rutin şekilde harekete geçtiği’ zaman ortaya çıkacaktır, fakat ulusal adalet sistemi bu soruşturma ve kovuşturmanın sonuçlandığını görme kararlılığında olmayabilir ya da hatta sahte bir yargılamaya göz yumabilir, böylece, kendisine suç isnad edilen kişi herhangi bir sonraki yargılama işleminde, kendisinin zaten yargılanmış ve mahkum edilmiş olduğunu ve herhangi bir yeni yargılamanın, aynı suçtan ötürü iki kere yargılama yapılamayacağı kuralının uygulanması ile engellendiğini ileri sürebilir. Statü, Mahkeme’nin bu hususları, usuli ve hatta maddi adillik bakımından adaletin niteliğinin bir değerlendirmesine işaret eden ‘uluslararası hukuk tarafından tanınan due process’<sup>\*\*\*\*</sup> ilkelelerini dikkate alarak’ düşünmesini gerektirmektedir. Olanaksızlık hususu, bir Devlet, kendisine suç isnad edilen kişiyi ya da gerekli delili ve ifadeyi temin edemediği zaman ya da yargılama işlemlerini gerçekleştirmedi başka türlü olanaksız olduğu zaman ortaya çıkacaktır. Statü bunu, ‘ulusal yargı sisteminin tamamen ya da esaslı bir şekilde çökmesi ya da mevcut

<sup>67</sup> Bartram S.Brown, ‘Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals’, (1998) 23 *Yale Journal of International Law* 383; Adolphus G. Karibi-Whyte, ‘The Twin Ad Hoc Tribunals and Primacy over National Courts’, (1998–9) 9 *Criminal Law Forum* 55; Flavia Lattanzi, ‘The Complementary Character of the Jurisdiction of the Court with Respect to National Jurisdictions’, in Flavia Lattanzi, ed., *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, Naples: Editoriale Scientifica, 1998, pp. 1–18; Paolo Benvenuti, ‘Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions’, in Lattanzi and Schabas, *Essays on the Rome Statute*, pp. 21–50.

\*\*\*\* Usul kurallarına uygunluk. (ç. n.)

olmayışı' (önceki bir taslak 'esaslı bir şekilde' kelimesi yerine daha az çaba gerektiren bir standart olan 'kısmen' kelimesini kullanmıştı) şartına bağlamaktadır.<sup>68</sup> Böylece, kendisine suç isnad edilen bir kişiyi, örneğin, iade etme andlaşmalarının olmayaşından ötürü, gözaltına alma olanağına sahip olmayan gelişmiş ve işleyen bir adalet sistemi, hala Mahkeme tarafından kovuşturma yapılmasına tamamlayıcılık ilkesi temelinde direnebilir.

Tamamlayıcılık kavramı, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1994' deki taslağı kadar erken bir tarihte ortaya çıktı.<sup>69</sup> Fakat, takip eden tartışmalarda, önerilen tamamlayıcılık mekanizması, *ad hoc* mahkemelerin Savcısı gibi tecrübeli uluslararası ceza hukuku şahsiyetleri tarafından acımasızca eleştirildi. Louise Arbour, bu rejimin esas olarak, zenginlerin, gelişmiş ülkelerin lehine fakir ülkelerin aleyhine işleyeceğini ileri sürmüştü. Mahkeme Savcısı, gelişmemiş bir ülkenin adalet sisteminin, esas olarak yoksulluk gerekçeleriyle etkisiz ve bu nedenle işlem görmede 'olanaksız' olduğunu kolaylıkla ileri sürebilir ise de, gelişmiş ve işlevsel bir adalet sistemine sahip bir Devlete meydan okumadaki güçlükler neredeyse baş edilemez olacaktır. Kesinlikle, Madde 17 hükümlerinin, gelişmekte olan ülkelerin adalet sistemlerinin aşırı derecede sert bir şekilde değerlendirilmesinin bir aracı haline geleceğine dair bir tehlike bulunmaktadır.

Statü'nün yapılışı sırasında, sorumluluğun alternatif yöntemleri konusunda Mahkeme'nin takınması gereken tutum hakkında da büyük bir tartışma oldu. Hakiki itiraf karşılığında genel af sağlayan Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu'na benzer yaklaşımların, bir Devletin kovuşturma yapmak konusundaki isteksizliğinin delili olduğu için reddedileceğinden kaygılanan Güney Afrikalılar, bu konu üzerinde en çok ısrar edenlerdi. Güney Afrika modeline yaygın bir sempati olmakla birlikte, birçok delegasyon Güney Amerika diktatörlerinin kendilerine sağladıkları utanç verici afları hatırlatmıştı, en dokunaklı olanı da Şili eski devlet başkanı Augusto Pinochet'nin kendisine sağladığı aftır. Fakat Güney Afrika deneyimini meşrulaştırmak için hazırlanacak bir hüküm, yakalanmasının zor olduğunu göstermiş olan Şili örneğini yine de kınayabilir/suçlu bulabilir. Ceza kovuşturması derecesine ulaşmamış sorumluluk konusundaki gerçek fakat yargısal olmayan çabaların, Savcı'nın, önceliklerini başka bir yer için ye-

<sup>68</sup> Holmes, 'Principle of Complementarity', pp. 75-6.

<sup>69</sup> 'Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Sixth Session, 2 May-22 July 1994', yukarıda ipnot 41, Md. 35.

niden düzenleme konusunda ikna olmasını sağlamak gibi pratik bir etkisi olacağı ileri sürülmüştür.

Mahkeme'nin yargıçları, samimi bir hakikat komisyonu projesinin, adaletin yürütümü konusunda Devletin 'gerçek isteksizliğinin' göstergesi olmayan, böylece Madde 17(1)(a) ve (b) koşullarını karşılayan bir soruşturma şekli oluşturduğunu, pekala değerlendirebilir. Eğer bu yeterli olmazsa, Statü, 'Mahkeme tarafından başka bir işlemde bulunulmayı meşrulaştıracak yeterli ağırlıkta' olmayan bir davayı da kabul edilemez ilan edebilir.<sup>70</sup> Ayrıca, Savcı, bir vakayı soruşturup soruşturmamaya karar verirken 'suçun ağırlığını ve mağdurların çıkarlarını dikkate alarak, bir soruşturmanın adaletin çıkarına hizmet etmeyeceğine inanmak için yine de esaslı nedenler bulunup bulunmadığını' değerlendirmeye davet edilmektedir.<sup>71</sup> Ama, yargısal tutumları öngörmek mümkün değildir ve yargıçlar ya da savcılar, bu tür suçlar için affin kabul edilemez olduğunu saptayan bir çizginin çizilmesinin gerektiği yerin kesinlikle Güney Afrika vakası gibi vakalar olduğuna pekala karar verebilir.<sup>72</sup>

Bir dava, bir ulusal adalet sistemi tarafından halihazırda yargılanmakta olduğunda, Statü'deki tamamlayıcılık maddesi bir diğer hüküme, Madde 20'de düzenlenen ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi<sup>73</sup> gibi önemli insan hakları andlaşmalarında kodifiye edilen aynı suçtan ötürü iki kere yargılanma ya da *ne bis in idem* yasağına, işaret etmektedir. Ulusal yargılama işlemlerinin meşru olup olmadığına dair test, devam eden ya da tamamlanmış soruşturmalara ve devam eden kovuşturmalara uygulanan Madde 17'nin 'gerçekten olanaksız ya da isteksiz' olma

<sup>70</sup> Roma Statüsü, Md. 17(1)(d).

<sup>71</sup> *Ibid.*, Md. 53(1)(c).

<sup>72</sup> Nsereko, 'The International Criminal Court', pp. 119–20; Michael P. Scharf, 'The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court', (1999) 32 *Cornell International Law Journal* 507; John Dugard, 'Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions', in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 693–704.

<sup>73</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, (1966) 999 UNTS 171, Md. 14(7).

16/12/1966 tarihinde kabul edilen ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe giren "Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt IV-Birleşmiş Milletler Birinci Bölüm/United Nations First Part**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf: 57-110. (ç.n.)



standardından çok az farklıdır. Eğer ulusal bir yargılama halihazırda tamamlanmış ise, bu karar, sahte yargılama işlemleri durumu hariç, Mahkeme tarafından kovuşturma yapılmasına engeldir. Bunlar, kendisine suç isnad edilen bir kişiyi cezai sorumluluktan korumak için yapılan ya da aksi takdirde bağımsız ya da tarafsız olarak yapılamayacak olan ve ‘ilgili kişiyi adalet önüne çıkarma niyetine aykırı koşullarda’ yapılan yargılamalar olarak tanımlanmaktadır.<sup>74</sup>

Bir bireyin, uygun bir biçimde yargılandığı fakat sonradan affedildiği bir vakaya, Mahkeme, müdahale etmekten sürekli olarak engellenecek gibi görünmektedir. Bu vaka hipotetik olmaktan uzaktır. 1970’lerin başlarında, William Calley, Vietnam’daki My Lai köyündeki acımasız katliamdan ötürü savaş suçlarından mahkum edildi. Adalet işini yaptı ve William Calley ömür boyu hapis cezasına çarptırıldı. Sonra, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Richard Nixon devreye girdi ve onu, hapis cezasının kısa bir süresini çektikten sonra affetti.

Tamamlayıcılığın ve *ne bis in idem* kuralının bir bireyin bir ulusal adalet sistemi tarafından soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi gerçekten uluslararası olan suçlardan ziyade cinayet gibi olağan ceza yasası çerçevesindeki bir suçtan halihazırda yargılanmış olduğu durumlara uygulanması konusunda biraz şüphe vardır. Temeldeki bir suç için yargılama yapmanın, suçu değersizleştirmeye ve revizyonizme ya da inkara katkıda bulunabileceği ileri sürülecektir. İnsan haklarını ihlal eden birçokları, cinayet işlediklerini ya da saldırıda bulduklarını kabul etmeye gönüllü olabilir fakat soykırım ya da insanlığa karşı suçlar gibi daha ağır suçları kabul etmeyi reddedecektir. Cinayet hala tüm adalet sistemlerinde çok ciddi bir suçtur ve genellikle en şiddetli cezalarla cezalandırılır. Madde 20(3), ‘Madde 6, 7 ve 8 çerçevesinde de öngörülen davranış için’ bir yargılama halihazırda yapılmış ise, Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde bu tür sonraki yargılama işlemlerinin yapılmasının yasak olduğunu belirttiğinde, buna işaret ettiği anlaşılmaktadır. Diğer türlü, Statü, Madde 20(2)’de yaptığı gibi, ‘Madde 5’de göndermesi yapılan bir suç için’ demiş olmalıydı.

Statü, ulusal adalet sistemlerinin bir bireyi, Statü’de sıralan suçlardan biri için, eğer bu birey Mahkeme tarafından halihazırda mahkum edilmiş ya da beraat ettirilmiş ise, yargılmasını da yasaklamaktadır. Bu

<sup>74</sup> Roma Statüsü, Md. 20(3).

kural bir bakıma dardır çünkü sadece ulusal mahkemeler önünde soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları için yapılan kovuşturmaları, dışarıda bırakmaktadır. Bundan dolayı, Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından soykırım suçundan, kasıt için delil yokluğundan, beraat ettirilen bir kişi, daha sonra ulusal mahkemeler tarafından, Statü'yü ihlal etmeksizin, cinayet suçundan ötürü yargılanabilir. Statü'deki bu kural, uluslararası insan hakları hukukundaki aynı suçtan ötürü iki kere yargılanmama yasağından biraz daha ileriye gitmektedir, çünkü uluslararası mahkemeler ve yargı yerleri genellikle, bu kuralın sadece aynı yargı yetkisi içerisinde uygulandığını ve bir başka yargı yetkisindeki sonraki bir yargılamayı engellemediğini değerlendirmiştir.<sup>75</sup>

Uluslararası Ceza Mahkemesi ile diğer uluslararası ceza mahkemele-  
rinin faaliyetleri arasındaki ilişkiye ne dersiniz? Roma Statüsü yürürlüğe  
girdiğinde, yargı yetkisi UCM'ninki ile yarışabilecek bu tür iki kurum  
vardı, yani Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Sierra  
Leone için Özel Mahkeme. Bu organların ikisi de uluslararası hukukun  
ürünüdür, ilki bir Güvenlik Konseyi kararı ile kuruldu, ikincisi Birleşmiş  
Milletler ile Sierra Leone Hükümeti arasındaki bir anlaşma ile kuruldu ve  
her ikisi de bu topraklarda işlenen ve aynı zamanda Uluslararası Ceza  
Mahkemesi'nin kovuşturmasına da tabi olan suçlar üzerinde yargı yetki-  
sine sahiptir. Ayrıca, her iki ülkede de, başka çatışmaların çıkmasını hiç de  
imkansız kılmayan, süregiden siyasi istikrarsızlıklar vardı. Kabul edilebi-  
lirlik hükümleri ulusal hukuk sistemi üzerinde yoğunlaşan Roma Statüsü,  
bu konuya doğrudan işaret etmemektedir. Uluslararası Ceza Mahke-  
mesi'ne kendisine suç isnad edilen kişiyi gözaltına almasını sağlayacak  
yetkiyi tanıyan bir çözüm cevabın sadece bir kısmıdır, çünkü bir taraf  
Devlettten bu ya da diğer organa kendisine suç isnad edilen kişiyi naklet-  
mesini isteyen yarışan talepler durumu dışarıda bırakılamaz.

<sup>75</sup> AP v. Italy (No. 204/1986), para. 7.3.

## CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ

Nuremberg ve Tokyo mahkemeleri ile eski Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin statüleri, ceza hukukçularının ‘genel ilkeler’ olarak kabul ettikleri prensiplerle karşılaştırıldığında çok ince kalmaktadır. Suçlar tanımlandığı zaman, bu ilk modellerin hazırlayıcıları, delillerin değerlendirilmesi ya da suç ortaklığından ya da ‘feri’ suçluluktan ötürü sorumluluğun tayin edilmesini, yargıçların takdir yetkisine bırakmıştı. Ne de olsa, bu mahkemelere başkanlık etmek için atananlar, kendi ülkelerinde seçkin hukukçular idi ve zengin ve çok kültürlü ulusal ceza hukuku uygulaması kaynağından esinlenebilirlerdi. Roma Statüsü, yargıçlara karşı pek cömert değildir. Yargısal takdir yetkisinin olası bir kullanımını, çok fazla ayrıntı ile sınırlandırmaya çalışmaktadır. Madde 22 ila 33 arasındaki hükümleri içeren Statü Bölüm 3, ‘Ceza hukukunun genel ilkeleri’ başlığına sahiptir.<sup>1</sup> Suç ortaklığı, suçların manevi unsuru ve çeşitli savunmaların varlığı gibi hususlarda Mahkeme’yi yönlendirmektedir. Fakat Statü içinde başka yerde genel ilkelere ilişkin diğer hükümler bulunabilir. Bu hükümler, common law’un, Roma-Cermen sisteminin, *Şeriat* hukukunun ve ceza adaletinin diğer rejimlerinin unsurlarından esinlenerek karşılaştırmalı ceza hukuku açısından etkileyici bir deneyim sunmaktadır.

### Hukukun kaynakları

‘Uygulanabilir hukuk’ başlıklı Roma Statüsü Madde 21, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kullanacağı hukuki kaynakları düzenlemektedir. Statü’nün kendisi, Mahkeme önünde çıkabilecek her soruya cevap vermemektedir ve yargıçlar başka bir yerden yol göstericilik temin etmek

---

<sup>1</sup> Genel ilkeler konusunda bkz., Per Saland, ‘International Criminal Law Principles’, in Roy Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 189–216; William A. Schabas, ‘General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III)’, (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 84; Kai Ambos, ‘General Principles of Law in the Rome Statute’, (1999) 10 *Criminal Law Forum* 1.

zorunda kalacaktır, tıpkı ceza kanunları soruları muğlak ya da açıkça cevapsız bıraktığında ulusal hukukta yaptıkları gibi.<sup>2</sup>

Uluslararası hukuk bu soruya genel bir cevabı zaten, egemen Devletler arasındaki uyuşmazlıklar üzerinde yargı yetkisine sahip ve 1945’de Birleşmiş Milletler’in bir parçası olarak kurulan uluslararası yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsü Madde 38’de vermektedir. UAD’nin Statüsü, uluslararası hukukun üç ana kaynağını belirlemektedir: uluslararası andlaşmalar; uluslararası teamül ve uygar milletlerce tanınmış hukukun genel ilkeleri. Bu üç kaynağın eşit değerinde olduğu ve bunlar arasında bir hiyerarşi olmadığı kabul edilmektedir, fakat içtihat hukuku üçüncü kaynağa, yani hukukun genel ilkelerine, pek az bir önem verme eğilimindedir. UAD Statüsüne göre, hukuk kurallarını belirlemede ikincil araçlar, yargısal kararlar ve akademik yazılardır. Sıralanan bu kaynakların yanı sıra, uluslararası hukuk kuralları, bir beyan ya da çekince gibi tek taraflı işlemlerle de oluşturulabilir.

Roma Statüsü, hukukun kaynakları söz konusu olduğunda, özel bir rejim oluşturmaktadır. Statü, üç basamaklı bir hiyerarşi önermektedir. En üstte, Suç Unsurları ile Usul ve Delil Kuralları’nın eşlik ettiği Statü’nün kendisi bulunmaktadır. Roma Statüsü, 1998’de Roma Diplomatik Konferansında kabul edildi, oysa Unsurlar ve Kurallar, Hazırlık Komitesi’nin 1999’daki ve 2000’deki oturumlarında hazırlandı ve daha sonra Taraf Devletler Kurulunca Eylül 2002’deki ilk oturumda onaylandı.<sup>3</sup> Madde 21, Statü’nün, Unsurlar’ın ve Kurallar’ın eşit önemde olduğu izlenimini vermesine rağmen, Statü’nün başka yerindeki hükümler, bir çatışma durumunda Unsurların (Madde 9) ve Kuralların (Madde 51) Statü’nün kendisi tarafından geçersiz kılınacağını netleştirmektedir.<sup>4</sup>

Kaynaklar hiyerarşisindeki ikinci basamak, ‘uygulanabilir andlaşmaları ve silahlı çatışmaya dair uluslararası hukukun yerleşik ilkeleri

<sup>2</sup> Ida Caracciolo, ‘Applicable Law’, in Flavia Lattanzi and William A. Schabas, eds., *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Rome: Editrice il Sirente, 2000, pp. 211–32.

<sup>3</sup> ‘Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalized Draft Text of the Elements of Crimes’, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2; ‘Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalized Draft Text of the Rules of Procedure and Evidence’, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.3.

<sup>4</sup> Herman von Hebel and Darryl Robinson, ‘Crimes Within the Jurisdiction of the Court’, in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 79–126 at p. 88.

dahil uluslararası hukukun ilkelerini ve kurallarını' içermektedir. Bu kategori genel olarak, UAD Statüsü Madde 38'de düzenlenen uluslararası hukukun kaynaklarına karşılık gelmekle beraber lafzı oldukça orijinaldir. Uluslararası teamül hukukundan açıkça bahsedilmemektedir, fakat 'uluslararası hukukun ilkeleri ve kuralları' göndermesi elbette bunu da kapsamaktadır. Ayrıca, UAD Statüsü'nün sıralamasında üçüncü kaynak olan hukukun genel ilkeleri, Roma Statüsü'nde kaynakların bu ikinci derecesinin dışında bırakılmaktadır. 'Silahlı çatışmaya dair uluslararası hukuk' göndermesi, 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri'nin, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve bu Sözleşmelerin 1977 tarihli iki Protokolü ile birlikte temel parçaları oluşturduğu ayrıntılı ve giderek gelişen bir hukuk manzumesi için bir aralık bırakılmaktadır. Bu gönderme, örneğin, misilleme ve askeri gereklilik gibi Statü'de başka yerde kodifiye edilmeyen belirli savunmaları Mahkeme'nin kabul etmesine yol açabilir. Fakat Roma Konferansı'nın 'uluslararası insancıl hukuk'a gönderme yapmaktansa 'silahlı çatışmaya dair uluslararası hukuk'a gönderme yapmış olması önemli olabilir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, insan hakları doktrininin etkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkan 'uluslararası insancıl hukuk'un, daha eski bir terminoloji olan 'silahlı çatışma yasaları'ndan daha modern bir terminoloji olduğunu ileri sürmüştür.<sup>5</sup>

Hiyerarşideki üçüncü basamak, ulusal hukuka işaret etmektedir. Madde 21, Mahkemeyi, eğer ilk iki basamağı uygulayarak sorunları çözemeyse, uygun olduğunda, 'suç üzerinde olağan yargı yetkisi kullanan Devletlerin ulusal yasaları' dahil dünya hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından devşirilen genel ilkelere başvurmaya davet etmektedir. Genel ilkelere yapılan gönderme, karşılaştırmalı ceza hukukunun rolünü geliştirmekte ve uygulamada, uluslararası yargıçların halihazırda *ad hoc* mahkemeler önünde yaptıklarına karşılık gelmektedir. Suç üzerinde olağan yargı yetkisi kullanacak Devletlerin ulusal hukuklarına gösterilen bu özel ilgi şaşırtıcıdır, çünkü Mahkeme tarafından uygulanan hukukun, suçun işlendiği yere ya da kendisine suç isnad edilen kişinin vatandaşlığına bağlı olarak biraz değişebileceği izlenimini vermektedir. Per Saland'ın not ettiği gibi, 'genel ilkeler türetme düşüncesi ile, ki bu düşünce, bu işlemin belirli bir davanın karara bağlanmasından önce gerçekleşebileceğine işaret et-

<sup>5</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, (1997) 105 ILR 453; (1997) 35 ILM 32, para. 87.

mektedir, belirli bir vakaya ilişkin ulusal hukuklara da bakma düşüncesi arasında elbette kesin bir zıtlık bulunmaktadır; fakat bir uzlaşmaya varmak için bu bedel ödenmek zorundaydı.<sup>6</sup>

Statü, Hukukun kaynakları olarak, 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nden bu yana geliştirilmiş olan önemli insan hakları andlaşmaları ve bildirimleri manzumesini resmi olarak kabul etmemektedir, fakat bu, uygulanabilir andlaşmalara, ilkelere ve kurallara yapılan Madde 21(1)(b)'deki genel göndermeye muhtemelen dahildir. Ancak, Madde 21(3) belirtmektedir ki, hukukun uygulanması ve yorumlanması 'uluslararası olarak tanınmış insan haklarına uygun olmak zorundadır.' Kendisine suç isnad edilen kişinin hakları bakımından bu ilkenin açık uzantıları bulunmaktadır. Fakat bu ilke, mağdur hakları gibi diğer alanlara da pekala genişleyebilir. Bu hüküm, Statü'nün, kabul edildiği tarihteki hakim değerlere hapsedilmediği anlamına da gelmektedir. Uluslararası insan hakları hukuku, karşı konulamaz şekilde gelişmeye devam etmektedir ve Statü'de buna yapılan gönderme, gelecek yıllarda yenilikçi yorumlar yapılması konusunda sözverimle doludur.

Uluslararası alanda tanınan insan haklarına yapılan gönderme, ancak büyük bir tartışmadan sonra sağlandı. Görünüşte tartışma, yasak olan ayrımcılık temellerinden biri olarak 'toplumsal cinsiyet/gender' kelimesinin 'cinsiyet/sex' sözcüğü yerine kullanılmasına odaklanmıştı. Vatikan'ın liderliğindeki çeşitli Devletler, görünüşe göre bu sözcüğün bir şekilde homoseksüelliğe göz yumduğundan kaygılanarak böyle çağdaş bir terminolojiye karşı çıktı, fakat homoseksüellik kelimesi, tartışmalarda asla geçmemişti.<sup>7</sup> Oysa tartışmanın temelinde yatan, aynı zamanda insan haklarına yapılan göndermeye karşı da bir hoşnutsuzluktan ve Roma'da bir süre, bu hükmün tamamı tehlike altında gibi göründü. Bu metni, 'insan hakları' kelimelerinden sonra kesmek şeklinde bir öneri vardı, böylece sorunlu 'toplumsal cinsiyet/gender' terimi atılacaktı. Uzlaşma için bir diğer çaba, 1995 Pekin Bildirisi'nde 'toplumsal cinsiyet' teriminin kullanımına işaret eden bir demecin Konferans Başkanı tarafından hazırlanmasıydı. Sonunda, 'toplumsal cinsiyet/gender' terimi kullanılmaya devam etti, fakat bu te-

<sup>6</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', p. 215. Ayrıca bkz., Margaret McAuliffe de Guzman, 'Article 21', in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 435-46.

<sup>7</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', p. 216.

rime bir tanım eklendi: ‘Bu Statü’nün amacı bakımından ‘toplumsal cinsiyet’ teriminin, toplumsal bağlamda iki cinsiyete, erkek ve kadına, gönderme yaptığı anlaşılır. Toplumsal cinsiyet’ terimi, yukarıdakinden farklı herhangi bir anlama işaret etmez.<sup>8</sup>

### Roma Statüsü’nün Yorumlanması

Roma Statüsü, izlenmesi gereken hukuki yorum kuralları için çok az yol göstericilik sağlamaktadır. Roma Statüsü, uluslararası bir andlaşma olduğu için, yönlendirici kurallar 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 31 ve 32’dekilerdir. Bu maddeler, yorumlamanın bir genel ilkesi olarak, bir andlaşmanın, bu andlaşmanın terimlerine kendi bağlamlarında verilecek olağan anlamlara uygun olarak ve andlaşmanın konu ve amacı ışığında, iyi niyetle yorumlanacağını belirlemektedir. Viyana Sözleşmesi Madde 31, bağlamın, Roma Statüsü’nün başlangıç bölümünü ve 17 Temmuz 1998’de kabul edilen Nihai Seneti kapsamı gerektiğine işaret etmektedir. Ek olarak, Usul ve Delil Kuralları ile Suç Unsurları gibi sonraki anlaşmalar da, yorumla ilişkilidir. Viyana Sözleşmesi, yorumlamanın tamamlayıcı araçları olarak, sadece anlam muğlak ya da anlaşılmasız olduğunda ya da yorumlamanın genel ilkesi, saçma ya da mantıksız bir sonuca ulaştırdığında, Statü’nün yapılaş öyküsüne ya da *travaux preparatoires/hazırlık çalışmalarına* işaret etmektedir.<sup>9</sup>

Fakat, ceza hukukunun bir kaynağı olarak, Roma Statüsü’nün ‘dar yorum’ kuralına tabi olması gerektiğini ya da muğlaklık veya belirsizlik durumunda, kendisine suç isnad edilen kişinin daha lehine olan sonucun uygun bulunması gerektiğini ileri sürenler olacaktır. Böyle bir kural, ulusal ceza hukuku uygulamasından gelmektedir. Roma Statüsü Madde 22(2)’de, en azından suçların tanımları bakımından, teyit edilmektedir ki: ‘Bir suçun tanımı katı bir şekilde yorumlanacaktır ve kıyas yoluyla genişletilmeyecektir. Muğlaklık durumunda, tanım, soruşturulmakta, kovuşturulmakta ya da mahkum edilmekte olan kişi lehine yorumlanacaktır.’ Madde 22(2), birçok açıdan, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza

<sup>8</sup> Bkz., Barbara C. Bedont, ‘Gender-Specific Provisions in the Statute of the ICC’, in Lattanzi and Schabas, *Essays on the Rome Statute*, pp. 183–210 at pp. 186–8.

<sup>9</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, (1979) 1155 UNTS 331.

“Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi”nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk-Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Beta Yay., Geliştirilmiş 3. baskı, 1998, İstanbul, sf: 182-205. (ç.n.)

Mahkemesi yargıçları tarafından kabul edilen geniş ve özgürlükçü yaklaşıma bir tepkidir. *Tadic* davasındaki yargı yetkisine dair kararda olduğu gibi, suçların tanımları konusunda kabul edilen ve oldukça çarpıcı bir biçimde savaş suçları kategorisini, uluslararası olmayan silahlı çatışmada işlenmiş suçları kapsamaya açmış olan bu yaklaşım, oldukça açık bir şekilde katı yorum ruhu içerisinde değildi.<sup>10</sup> Yugoslavya Mahkemesi yargıçları, sıkça, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ndeki, kapsam bakımından esasen bağlamsal ve amaçsal olan yorum ilkelerine başvurmuştur.<sup>11</sup> Roma Konferansı, bu tür yargısal serbestlikten/yetkiden açıkça tedirgindi ve sonuç Madde 22(2)'dir.

Madde 22(2)'nin lafzı, katı yorumun, suçları tanımlayanlar dışındaki Statü hükümlerine uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu açık bırakacak kadar kesindir. Yorum sorunları ortaya çıktığında, Viyana Sözleşmesi'nin 'bağlamsal kural'ı ve ulusal hukuk uygulamasından ve Madde 22'den gelen katı yorum ilkesi, çok farklı sonuçlara yol açabilir. Mahkeme'nin yargıçları, Statü'den herhangi bir esaslı yardım olmaksızın bunu çözmek zorunda kalacaktır. Belki, uluslararası kamu hukuku alanından gelen yargıçlar, Viyana Sözleşmesine meyledecek; ulusal hukuk sistemlerinde ceza hukuku uygulamacıları olan yargıçlar ise katı yorum destekçisi olacaktır.

### Masumiyet karinesi

Statü Madde 66'da tanınan masumiyet karinesi, suçu makul bir şüphenin ötesinde ispat etme külfetini Savcıya yüklemektedir, bu, hukuk davalarının çok büyük kısmında ortak olan genel bir kuralın, yani ispat külfetinin davacıda olduğu kuralının, ceza hukukundaki özel bir kullanımınıdır.

<sup>10</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

<sup>11</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-A), Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, 7 October 1997, para. 3; *Prosecutor v. Bagosora and 28 Others* (Case No. ICTR-98-37-A), Decision on the Admissibility of the Prosecutor's Appeal from the Decision of a Confirming Judge Dismissing an Indictment Against Théoneste Bagosora and 28 Others, 8 June 1998, para. 28; *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, para. 1161. Kararlarda aksine olarak, katı yoruma göndermeler olsa olsa baştan savmadır: *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-A), Decision on Appellant's Motion for the Extension of the Time-Limit and Admission of Additional Evidence, 15 October 1998, para. 73; *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-A), Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, 7 October 1997, para. 49.



Fakat, masumiyet karinesinin başka dışa vurum şekilleri de vardır, örneğin, kendisine suç isnad edilen bir kişinin, önleyici alıkonulmaya karar verilebilecek istisnai koşullara tabi olarak, yargılama devam ederken geçici salıverilmesi hakkı; kendisine suç isnad edilen kişinin mahkumlardan ayrı bir yerde tutulması hakkı ve kendisine suç isnad edilen kişinin soruşturma ve yargılama sırasında sessiz kalma hakkı. Masumiyet karinesini yansıtan kuralların birkaçı Statü'ye dahildir. Örneğin, bir soruşturma sırasında, 'bu sessizlik suçluluğun ya da masumiyetin belirlenmesinde bir etmen olmaksızın, sessiz kalma' hakkı<sup>12</sup> vardır; geçici salıverilme hakkı vardır,<sup>13</sup> ve savunmaya tanınan ve kapsam olarak savcıya tanınanlardan daha geniş olan temyiz nedenleri vardır.<sup>14</sup> Yine de, bu ilkeyi genel olarak ve açıkça tekrarlamının gerekli olduğu düşünüldü.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, masumiyet karinesini şu şekilde tanımlamıştır:

[Masumiyet karinesi], *inter alia*/diğerlerinin yanı sıra, bir mahkeme üyelerinin, görevlerini yerine getirirken, kendisine suç isnad edilen kişinin itham edildiği suçu işlemiş olduğu önyargısı/peşin hükmü ile başlamamasını; ispat külfetinin iddia makamında olmasını ve herhangi bir şüphenin kendisine suç isnad edilen kişiye yararı olmasını gerektirmektedir. Aynı zamanda şunlardan oluşmaktadır, kendisine suç isnad edilen kişi aleyhine açılacak davadan bu kişiyi haberdar etmek, böylece bu kişi buna göre savunmasını hazırlayabilir ve sunabilir ve kendisine suç isnad edilen kişiyi mahkum etmeye yeterli delili göstermek iddia makamına düşmektedir.<sup>15</sup>

BM İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Madde 10 hakkındaki 'Genel Yorum'unda vurgulamıştır ki,

<sup>12</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9 (bundan sonra 'Roma Statüsü'), Md. 55(2)(b).

'Roma Statüsü'nün Türkçe serbest çevirisi için bkz., Enver Bozkurt, **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şirketi, Ankara, 1999 (2. Baskı), sf:609-679; **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 1-80. (ç.n.)

<sup>13</sup> *Ibid.*, Md. 59(3)-(6) ve 60(2)-(4).

<sup>14</sup> *Ibid.*, Md. 81(1). Bkz., M.Charif Bassiouni and Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York: Transnational Publishers, 1995, p. 961, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi hakkındaki benzer bir gözlem için bkz., UN Doc. S/RES/827, Annex, ve 'Rules of Procedure and Evidence', UN Doc. IT/32.

<sup>15</sup> *Barber`a, Messegu`e and Jabardo v. Spain*, Series A, No. 146, 6 December 1988, para. 77.

masumiyet karinesi tüm kamu makamlarına ‘bir yargılamanın sonucuna önyargıyla/peşin hükümle yaklaşmaktan sakınma’ görevi yüklemektedir.<sup>16</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na göre:

[Masumiyet karinesinde] somutlaşan, herkesi, yetkili bir mahkemece yasa uyarınca tespit edilmeden önce kamu makamları tarafından bir suçun suçlusu olarak muamele görmeye karşı koruyan temel bir ilkedir. [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi] Madde 6, paragraf 2, bundan ötürü, kamu görevlileri tarafından, eğer onlar bir mahkeme o şekilde karar vermeden bir kişinin cezai eylemlerden sorumlu olduğunu ilan ederlerse, ihlal edilebilir. Bu, elbette, yetkililerin kamuoyunu ceza soruşturmaları konusunda bilgilendirmeyeceği anlamına gelmemektedir. Bir şüphelinin var olduğunu, bu kişinin yakalandığını/tutuklandığını, suçlarını itiraf ettiklerini, vb. açıklamalar ise, Madde 6, paragraf 2’yi ihlal etmezler. Bununla birlikte, kabul edilemeyecek olan, bu kişinin suçlu olduğuna dair resmi bir açıklamadır.<sup>17</sup>

Ulusal kovuşturmalardan gelen bu yaklaşımların, uluslararası bağlama geçirilmesi bazı ilgi çekici sonuçlar vermektedir. Uluslararası sahnedeki ‘yetkililer’, İnsan Hakları Komisyonu, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Güvenlik Konseyi, Genel Kurul ve Genel Sekreter gibi organlar olacaktır. Örneğin, eğer Genel Kurul belirli bir rejimin liderleri tarafından soykırım işlenmiş olduğu suçlamasında bulunur ise, o rejimin liderleri UCM önünde, masumiyet karinesinin yadsındığını iddia ederken bu esasen siyasi suçlamaya gönderme yapabilir mi?<sup>18</sup> Bir cevap şudur, masumiyet karinesinin bir inkarı pekala olabilir fakat bu Mahkeme’nin kendisi tarafından yapılmayacaktır. Fakat Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Temyiz Dairesi, kendisine suç isnad edilen bir kişinin haklarının mahkemelerin yetkilileri tarafından değil ve fakat ulusal bir adalet sistemi

<sup>16</sup> ‘General Comment 13/21’, UN Doc. A/39/40, pp. 143–7.

<sup>17</sup> *Krause v. Switzerland* (App. No. 7986/77), (1978) 13 DR 73. Ayrıca, Mahkeme kararları için bkz., *Alenet de Ribemont v. France*, Series A, No. 308, 10 February 1995, paras. 37 and 41. Bkz., Francis G. Jacobs and Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, 2nd edn, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 150.

<sup>18</sup> Srebrenica’daki gaddarlıkları ifşa eden Güvenlik Konseyi’nin bir kararı, UN Doc. S/RES/1034 (1995), Bosnalı Sırp liderler Radovan Karadzic ve Ratko Mladic’ten, bunların Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından katliamdaki sorumluluklarından ötürü itham edilmiş olduklarını not ederek, özel olarak bahsetmeyi seçmişti. Sırp liderlerin sorumluluklarına yapılan göndermeye ‘iddia edilen/sözde’ kelimesi eşlik etmemişti. Bu Karar, ‘Uluslararası insancıl hukukun ve insan haklarının Bosnalı Sırp ve Srebrenica’daki paramiliter güçler tarafından ihlallerini özellikle mümkün olan en güçlü terimlerle kınar [kınamaktadır]’.

tarafından ihlal edildiği bir vakada işlemlerin engellendiğinin kabul edilmesinin uygun olduğuna halihazırda karar vermiştir.<sup>19</sup>

Muhtemelen, masumiyet karinesi, Mahkeme'nin kararlarının, özellikle isnad edilen suçların ve mevcut cezaların ciddiliği dikkate alındığında, oybirliği ile olmasını gerektirebilir. Kesinlikle, olgulara ilişkin tartışma söz konusu olduğunda, Mahkeme'nin bir üyesinin makul bir şüphesinin olması durumunda, bunun, mahkemenin tamamının aklında makul bir şüphe oluşturmaya yeterli olması gerektiği sonucuna ulaşmak mantıklı değil midir?<sup>20</sup> İkna edici bir öneri olmasına ve Roma Konferansı'nda bazı delegeler tarafından ileri sürülmesine rağmen Statü, fikir ayrılığı durumunda, Mahkeme'nin çoğunluğunun suçluluğun tespiti için yeterli olduğunu açıkça düzenlemektedir.<sup>21</sup>

### Kendisine suç isnad edilen kişinin hakları

II. Dünya Savaşı sırasında, Churchill ve diğer Müttefik liderler, büyük savaş suçluları için bir acele görülen adalet şekline ilişkin fikirle flört etmişti.<sup>22</sup> Fakat, Nuremberg yargılamasının sözcüsü, savcı Robert Jackson, tarihin yargılama işlemlerini sanıkların gördüğü adil muamele ışığında değerlendireceğini belirtmişti. Sadece bir kaç yıl sonra, Nuremberg'teki 'halef/ardıl' askeri mahkemelerden biri, adil yargılamanın temel güvencelerinden yoksun bir yargılamada yer almış Nazi savcılarının ve yargıçlarının insanlığa karşı suçlardan sorumlu tutulabileceğine karar verdi. Bu tür güvenceler, masumiyet karinesini, kendisine suç isnad edilen kişinin delil ortaya koyma, tanıklarla yüzleşme, delil sunma, aleni olarak yargılanma, kendi seçtiği bir müdafiyeye sahip olma ve suçlamaların niteliği konusunda bilgilendirilme haklarını içermektedir.<sup>23</sup> Ve daha yakın bir zamanda, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi yargıçları, Temyiz Dai-

<sup>19</sup> *Barayagwiza v. Prosecutor* (Case No. ICTR-97-19-AR72), Decision of 3 November 1999.

<sup>20</sup> Böyle bir öneri için bkz., Lawyers Committee for Human Rights, 'Fairness to Defendants at the International Criminal Court', August 1996, pp. 12-13.

<sup>21</sup> Roma Statüsü, Md. 74(3).

<sup>22</sup> Arie J. Kochavi, *Prelude to Nuremberg: Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*, Chapel Hill, NC, and London: University of North Carolina Press, 1998, pp. 63-91.

<sup>23</sup> *United States of America v. Alstötter et al.* ('Justice trial'), (1948) 3 TWC1, 6 LRTWC1, 14 ILR 278.

resi'nin ilk büyük kararında belirtmişti ki: 'Hukukun üstünlüğü kuralı uyarınca kurulacak böyle bir Mahkeme uygun uluslararası standartlara göre kurulmak zorundadır; adilliğin, adaletin ve tarafsızlığın tüm güvencelerini, uluslararası olarak tanınmış insan hakları belgeleri ile tam bir uyum içerisinde, sağlamak zorundadır.'<sup>24</sup> Herhangi bir şüphe olabilirmiş gibi, Roma Statüsü, kendisine suç isnad edilen kişinin haklarının korunmasını, usuli güvencelerin ayrıntılı bir kodifikasyonu ile sağlamaktadır.

'Kendisine suç isnad edilen kişinin hakları' başlıklı Roma Statüsü Madde 67, temel insan hakları andlaşmalarından biri olan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Madde 14(3)'ü örnek almaktadır.<sup>25</sup> Adil yargılanma hakkı aynı zamanda, Evrensel İnsan Hakları Bildirisinde<sup>26</sup>, bölgesel insan hakları sözleşmelerinde<sup>27</sup> ve insancıl hukuk bel-

<sup>24</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, (1997) 105 ILR 453, 35 ILM 32, para. 45.

<sup>25</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, (1966) 999 UNTS 171.

16/12/1966 tarihinde kabul edilen ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe giren "Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt IV-Birleşmiş Milletler Birinci Bölüm/United Nations First Part**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf: 57-110. (ç.n.)

<sup>26</sup> GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810 (1948). Md. 10: 'Herkes, haklarının ve yükümlülüklerinin ve kendisine karşı herhangi bir suç isnadının karara bağlanmasında, tam bir eşitlikle, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir.' Md. 11(3): 'Kendisine bir suç isnad edilen herkes, savunması için gereken tüm güvencelere sahip kılındığı açık bir yargılama ile kanun uyarınca suçlu olduğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkına sahiptir.'

10/12/1948 tarihinde kabul edilen "Evrensel İnsan Hakları Bildirisi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt IV-Birleşmiş Milletler Birinci Bölüm/United Nations First Part**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf: 3-23. (ç.n.)

<sup>27</sup> American Convention on Human Rights, (1978) 1144 UNTS 123, Art. 8; European Convention on Human Rights, (1955) 213 UNTS 221, Art. 6; African Charter on Human and Peoples' Rights, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, Art. 7; Convention on the Rights of the Child, GA Res. 44/25, Annex, Art. 40, para. 2.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yürürlük tarihi, bu kitabın orijinalindeki bu dipnotta yanlış bir şekilde 1955 olarak yazılmıştır, doğrusu 1953'tür. (ç.n.)

22/11/1969 tarihinde kabul edilen ve 18/07/1978 tarihinde yürürlüğe giren "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt III-Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organisation of American States and**

gelerinde<sup>28</sup> yer almaktadır. Statü Madde 67'nin *chapeau/başlangıcında* yer alan genel bir 'adil duruşma' hakkı sanıklara, Statü'nün ötesine gidecekleri ve Mahkeme'nin, insan hakları hukukunun ilerleyen gelişimine ayak uyduran sanık haklarına saygı göstermesini talep edecekleri güçlü bir araç sağlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini uygulamak için kurulmuş olan Strasbourg organlarının içtihatları, adil duruşma artık/residual hakkını daha spesifik hükümlerdeki bazı boşlukları doldurmak için kullanmıştır.<sup>29</sup> 'Adil duruşma' teriminin Mahkeme'yi, Madde 67'nin kesin terimlerini uygun koşullarda aşmaya davet ettiği, maddenin *chapeau/başlangıcında* 'asgari güvenceler'e yapılan gönderme ile teyit edilmektedir. 'Adil duruşma' terimi aynı zamanda şunu akla getirmektedir, Madde 67'de düzenlenen spesifik haklarla ilgili her sorun, kendi başına bir ihlal oluşturmadığı zaman, adil duruşma koşulu kümülatif bir incelemeye imkan verebilir ve Madde 67'ye yönelik görünüşte küçük ya da az önemli bir dizi tecavüzün yer aldığı bir ihlalin varlığı sonucuna yol açabilir.<sup>30</sup>

---

**Organisation of African Unity**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2003, sf: 5-23; 04/11/1950 tarihinde kabul edilen ve 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe giren "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt I-Avrupa Konseyi –Birinci Bölüm/Council of Europe-First Part**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2003, sf: 3-33; 27/06/1981 tarihinde kabul edilen ve 21/10/1986 tarihinde yürürlüğe giren "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı"nın Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt III-Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organisation of American States and Organisation of African Unity**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2003, sf: 229-251; 20/11/1989 tarih ve 44/25 sayılı Karar ile kabul edilen ve 02/09/1990 tarihinde yürürlüğe giren "Çocuk Hakları Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments/Cilt V Birleşmiş Milletler-Üçüncü Bölüm/United Nations-Third Part**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf: 175-223 (ç.n.)

<sup>28</sup> Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, (1950) 75 UNTS 135, Arts. 84–87 and 99–108; Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilians, (1950) 75 UNTS 287, Arts. 5 and 64–76; Protocol Additional I to the 1949 Geneva Conventions and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, (1979) 1125 UNTS 3, Art. 75; Protocol Additional II to the 1949 Geneva Conventions and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, (1979) 1125 UNTS 3, Art. 6.

<sup>29</sup> D. J. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London: Butterworths, 1995, pp. 202–3.

<sup>30</sup> *Stanford v. United Kingdom*, Series A, No. 182-A, 30 August 1990, para. 24.

Uluslararası insan hakları mahkemelerinin içtihat hukuku, adil yargılanma hakkı kavramı içerisinde ‘silahların eşitliği’ nosyonunu geliştirmiştir.<sup>31</sup> Fakat bu içtihat hukuku, ulusal kovuşturmalardan kaynaklandığı için çok kayıtlayıcı olabilir. EYUCM Temyiz Dairesi not etmiştir ki, uluslararası mahkemeler söz konusu olduğunda, ‘silahların eşitliği’ ilkesi çerçevesinde savunmaya tanınan kapsam daha liberal/özgürlükçü bir yorumu hak etmektedir. Temyiz Dairesine göre, ‘Daire, davasını sunmak için bir taraftan gelen bir yardım talebi ile karşılaştığında Kurallar ve Statü çerçevesinde verebileceği her uygulanabilir imkanı sağlayacaktır. Yargılama Daireleri, bazı Devletlerin, Mahkeme ile işbirliği yapma konusundaki hukuki yükümlülüklerine uymaya hazır olmadığı eski Yugoslavya topraklarında, tarafların, delillerin izini araştırıp bulmada ve delillere ulaşmada karşılaştığı güçlüklerin farkındadır.’<sup>32</sup> EYUCM değerlendirmiştir ki, ‘her bir tarafa davasını kendisini hasmı karşısında önemli derecede dezavantajlı bir konuma yerleştirmeyecek koşullar çerçevesinde sunmak için makul bir olanağın sağlanması önemlidir ve silahların eşitliği kavramının özünde vardır. Ayrıca, ‘silahların eşitliği kavramı, Kovuşturma makamı ile Savunma arasında tanık çağırma hakkı ve Kovuşturma makamının bazı materyalleri Savunmaya ifşa etme görevi göz önünde tutularak da açıklanabilir’.<sup>33</sup>

Statü aynı zamanda, duruşmanın ‘tarafsız bir şekilde yürütülmesi’ gerektiğini belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, ‘tarafsızlık’ ‘peşin hüküm ya da önyargının’ yokluğu anlamına gelmektedir.<sup>34</sup> Tarafsızlığın hem sübjektif hem de objektif boyutu vardır: ‘tarafsızlığın varlığının . . . sübjektif bir teste göre, diğer bir deyişle, belirli bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaati temelinde ve aynı zamanda objektif

<sup>31</sup> *Neumeister v. Austria*, Series A, No. 8, 11 *Yearbook* 822, 27 June 1968; *Moraël v. France* (No. 207/1986), UN Doc. CCPR/8/Add/1, p. 416; Manfred Novak, *CCPR Commentary*, Kehl, Germany: N. P. Engel, 1993. ‘Silahların eşitliği’ ilkesinin Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından tanınması konusunda bkz., *Prosecutor v. Tadic* (CaseNo. IT-94-1 T), Separate Opinion of Judge Vohrah on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements, 27 November 1996, pp. 4 ve 7.

<sup>32</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-A), Judgment, 15 July 1999, para. 52.

<sup>33</sup> *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (Case No. IT-99-36-PT), Public Version of the Confidential Decision on the Alleged Illegality of Rule 70 of 6 May 2002, 23 May 2002. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Krajisnik and Plavsic* (Case No. IT-00-39 and 40-PT), Decision on Prosecution Motion for Clarification in Respect of Application of Rules 65 *ter*, 66(B) and 67(C), 1 August 2001.

<sup>34</sup> *Piersack v. Belgium*, Series A, No. 53, 1 October 1982.

bir teste göre, yani, yargıcın bu yöndeki herhangi bir meşru şüpheyi dışarıda bırakmaya yetecek güvenceleri sağlayıp sağlamadığının saptanması şeklinde belirlenmesi gerekir.<sup>35</sup> Burada da, *ad hoc* mahkemelerin içtihat hukuku, bu tür hükümlerin uluslararası ceza adaleti bağlamında nasıl uygulanacağına dair yol göstericilik yapmaktadır. Bir davada sanıklar, yargılama işlemleri sırasında, kendi ülkesinin başkan yardımcısı seçilen bir yargıcın tarafsızlığına itiraz etmişti. Argümanı reddeden Temyiz Dairesi, bu yargıcın, yargılama başladığında herhangi bir icrai fonksiyon yürütmemekte olduğunu not etmişti. Temyiz Dairesi, uygulanacak testin, '(makul bir hüküme ulaşmak için koşulların yeterli bilgisine sahip) varsayımsal tarafsız gözlemcininin tepkisinin, [yargıcın] davada ortaya çıkan meselelere tarafsız ve önyargısız bir yaklaşım/mind sergilememiş olabileceği olup olmayacağı' idi.<sup>36</sup>

Madde 67'de sanığa tanınan güvenceler arasında şunlar vardır, kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti, nedeni ve kapsamı konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilme, savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve olanaklara sahip olma, kendi seçtiği müdafî ile serbestçe irtibat kurma, makul sürede yargılanma, yargılamada hazır bulunma, tanıkları sorguya çekme ve eğer gerekli ise bir tercümanın yardımından yararlanma hakkı. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, otuz yıldan daha fazla bir süre önce yürürlüğe girmiş bir sözleşmedir ve Roma Statüsü, usuli adillikğin gelişmekte olan çağdaş standartlarını yansıtarak, bu Sözleşme Madde 14(3)'de bulunan asgari standartların biraz ötesine geçmektedir. Böylece, Statü Madde 67 sessiz kalma hakkını, yemin etmeksizin ifade verme hakkını sağlamakta ve ispat külfetinin yer değiştirmesine ya da karşı delille çürütme yükümlülüğüne karşı bir korumayı garanti etmektedir. Statü, kendisine suç isnad edilen kişilere ek olarak, 'bir soruşturma esnasındaki kişilere'<sup>37</sup> ve Mahkeme'nin yargı yetkisine dahil suçlardan ötürü Savcı ya da hatta ulusal makamlar tarafından sorguya çekilmek üzere olan kişilere tanınan hakları da sıralamaktadır.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> *Hauschildt v. Denmark*, Series A, No. 154, 24 December 1989, para. 46.

<sup>36</sup> *Prosecutor v. Delalic* (Case No. IT-96-21-A), Judgment, 20 February 2001, para. 683. Yargıç Odio Benito ondan sonra Uluslararası Ceza Mahkemesine seçilmiştir ve orada iki başkan yardımcısından biri olarak hizmet vermektedir.

<sup>37</sup> Roma Statüsü, Md. 55(1).

<sup>38</sup> *Ibid.*, Md. 55(2).

## Şahsi Ceza Sorumluluğu

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin görevi, bireyleri yargılamak ve cezalandırmaktır, Devletleri değil. Nuremberg Mahkemesi 1946'da şöyle yazmıştı, 'Uluslararası hukuka karşı suçlar insanlar tarafından işlenmektedir, soyut varlıklar tarafından değil ve ancak bu suçları işleyen bireylerin cezalandırılması yoluyla uluslararası hukuk uygulanabilir.' Bu felsefe, Roma Statüsü Madde 25'de yansıtılmaktadır. Mahkeme'nin bireylere ilaveten tüzel kişiler üzerinde de yargı yetkisi kullanması yönünde öneriler, Roma Konferansı'nda ciddi bir şekilde değerlendirilmişti. Tüm hukuk sistemleri, şahsi/bireysel ceza sorumluluğunu tanımakla beraber, tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna yaklaşımları önemli ölçüde değişmektedir. Tamamlayıcılık ilkesi temelinde öngörülen bir Mahkeme için, ceza hukuku çerçevesinde tüzel kişileri cezalandırmayan Devletler bakımından aslında uygulanabilir olmayacak bir yargı yetki şekli oluşturmak adil olmayacaktı. Görüşmeler sırasında, tüzel kişilerin sorumluluğunun da dahil edilmesi çabaları, önemli ilerleme kaydetti. Fakat delegelerin bir uzlaşmaya varması için zaman çok kısıydı ve sonunda bu fikir dışarıda bırakılmak zorunda kaldı.<sup>39</sup>

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Nuremberg'teki, Lahey'deki ve Arusha'daki önceki örnekleri gibi, geniş ölçekli gaddarlıklardan sorumlu büyük suçluları hedeflemektedir. 'Müvekkillerinin' büyük çoğunluğu suçların, ellerini et ve kanla kirleten, fiili failleri olmayacaktır. Daha ziyade, soykırımı, insanlığa karşı suçları ve savaş suçlarını organize eden, planlayan ve kışkırtan 'suç ortakları' olacaktır. Mahkeme bu konuya iki ayrı şekilde yaklaşabilir. İlki, planlayanları ve organize edenleri asıl/asli suçlular olarak değerlendirmektir. Kudüs Bölge Mahkemesi, 'bir belgenin sahtesinin yapılmasında birlikte çalışan iki ya da daha fazla kişi durumundakiyle aynı şekilde' Adolf Eichmann'ı asli/asıl suçlu olarak kabul etmişti.<sup>40</sup> Alternatif olarak, asıl/asli suçluya yardım/aid ya da teşvikte/abet bulunan 'suç ortakları' olarak yargılanabilirler. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargılama Dairesi, şeriklerin/accessories ya da katılımcıların/iştirakçilerin cezalandırılmasının teamül hukukunda dayanağı bulunduğunu belirtmiştir.<sup>41</sup> Madde 25'de müşterek faillik/ complicity ya da tali

<sup>39</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', p. 199; Ambos, 'General Principles', p. 7.

<sup>40</sup> *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 18 (District Court, Jerusalem), para. 194.

<sup>41</sup> *Prosecutor v. Tadic* (CaseNo. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7May 1997, paras. 666 and 669.



sorumluluğa ilişkin oldukça ayrıntılı metinler düzenleyen Roma Statüsü çerçevesinde iki yaklaşımdan biri çalışacaktır. Fakat, bir davada, EYUCM Temyiz Dairesi, bu kişileri sadece ‘yardımcılar/aiders ya da teşvik ediciler/abettors olarak tanımlamanın, onların ceza sorumluluğunun derecesini olduğundan hafif gösterebilir’ uyarısında bulunmuştu.<sup>42</sup>

Müşterek faillige/complicity, Roma Statüsü’nde iki hükümde, Madde 25(3) alt-paragraf (b) ve (c)’de, özel olarak işaret edilmektedir. İlki, suçun işlenmesini ‘emreden, kışkırtan ya da ikna eden’ bireyleri içermekte iken, ikincisi, ‘yardım eden/ aid, teşvik eden/ abet ya da başka türlü katılan’ kişiyi ele almaktadır. Bu iki paragrafta kesin bir fazlalık vardır, belki statü hazırlayıcıların common law terimi olan ve paragraf (c)’de yer almakla birlikte, gerçekte paragraf (b)’de tarif edilen herşeyi kapsayan ‘teşvik etmek/abet’ terimine yabancı oldukları içindir. Roma Statüsü, suça iştiraka ilişkin maddi eylemleri oluşturmak için gerekli olan yardım ve teşvik etmenin nicel bir derecesi olup olmadığına değinmemektedir. Bu noktada Statü, hazırlayıcıların bildiği bir örnekten, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun suça iştirakin ‘doğrudan ve esaslı’ olması gerektiğini belirten 1996 tarihli ‘Suçlar Kodu’ndan<sup>43</sup> ayrılmaktadır. *Ad hoc* mahkemelelerin yargıçları bu gerekliliği, statülerinin bu konudaki suskunluğuna rağmen, statülerindeki suça iştirak hükümleri içerisinde okumuştur. Roma Statüsü’nde ‘esaslı’ kelimesi gibi kelimelerin yokluğu ve Uluslararası Hukuk Komisyonu taslağını takip etmeme, Diplomatik Konferans’ın Lahey ve Arusha’nın son dönemlerdeki içtihat hukukundaki yüksek eşiği reddettiği anlamına gelebilir.<sup>44</sup> Suç mahallinde sadece bulunmanın, maddi bir eylemin ya da ihmalin yokluğunda, suça iştirak teşkil etmediği açıktır. Fakat, kendisine suç isnad edilen kişinin, örneğin hiyerarşik olarak amir pozisyonundan ötürü müdahale etme yasal görevi bulunduğunda, aleni başka bir eylem olmaksızın suç mahallinde bulunması, bir çeşit iştirak oluşturabilir; müdahale etmeme, teşvik etme ya da kışkırtma teşkil eder.<sup>45</sup> Bununla birlikte, komutanların ve amirlerin sorumluluğunu ele alan özel

<sup>42</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-A), Judgment, 15 July 1999, para. 192.

<sup>43</sup> ‘Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, 6May–26 July 1996’, UN Doc. A/51/10, p. 24.

<sup>44</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 May 1997, paras. 691 and 692. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Aleksovski* (Case No. IT-95-14/1-T), Judgment, 25 June 1999, para. 61.

<sup>45</sup> *Prosecutor v. Tadic* (CaseNo. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 May 1997, paras. 678 and 691.

hükümler bir yana, sadece eylemde bulunmaktan ötürü ceza sorumluluğu Statü'de yer almamaktadır.

Roma Statüsü aynı zamanda, tamamlanmamış ya da 'yarım kalmış', soykırım işlemeye doğrudan ve aleni kışkırtma suçunu özel olarak düzenlemektedir; bu, ortada bir sonuç olmasa da gerçekleşen bir suçtur.<sup>46</sup> Bu metin, Soykırım Sözleşmesi Madde III(c)'den devşirilmektedir ki bu hüküm 1948'de tartışmalı bir hükümdü ve bugüne kadar da bu şekilde kalmaya devam etti.<sup>47</sup> Soykırım Sözleşmesi yapılmaya başlandığında, 'doğrudan ve aleni' terimleri, daha çok Amerika Birleşik Devletleri'nin talebi üzerine hükmün kapsamını daraltmak için eklenmişti. Amerika Birleşik Devletleri, bu hükmün ifade özgürlüğü hakkına tecavüz edebilmesinden endişe ediyordu. Roma Statüsü'nün yapılışı sırasında, eksik kalmış kışkırtma suçunun, diğer temel suçları da kapsayacak şekilde genişletilmesi için başarısız gayretler olmuştu, fakat 1948'de ileri sürülen ve esasen ifade özgürlüğüne dayanan aynı argümanlar yeniden ortaya çıktı.<sup>48</sup>

Komplo meselesi, Nuremberg'ten beri uluslararası ceza hukukunun canını sıkıkmaktadır. Common law sisteminde, bir komplo, iki ya da daha fazla kişi bir suçu işleme konusunda bir kez anlaşmış mı, suçun kendisi işlensin ya da işlenmesin gerçekleşir, oysa Napolyoncu gelenekten etkilenen kıta Avrupası sisteminde komplo genellikle gerçek bir suça ya da teşebbüse müşterek failliğin ya da iştirakin bir şekli olarak görülmektedir. Bu noktada Roma Statüsü, komplonun delili olarak bazı açık/aleni eylemlerin işlenmesini şart koşarak, fakat suçun kendisinin fiilen işlenmesini şart koşmayarak bir uzlaşmaya varmaktadır. Bu çözüm, uygun bir formülün uzlaşma ile kabul edildiği 1997 tarihli Terörist Bombardımanın Bastırılması Sözleşmesi'nden ödünç alındı.<sup>49</sup> Talihsiz bir sonuç, Roma Statüsü'nün, Madde III(b)'de 'komplo'yu soykırım suçunun bir eylemi olarak tanımlayan Soykırım Sözleşmesi hükümlerini tamamen yansıtmamasıdır. Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlanış öyküsü, common law nosyonu olan

<sup>46</sup> Roma Statüsü, Md. 25(3)(e).

<sup>47</sup> Bkz., William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 266–80.

<sup>48</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', p. 200; Ambos, 'General Principles', pp. 13–14.

<sup>49</sup> GA Res. 52/164, Annex. Ayrıca bkz., Saland, 'International Criminal Law Principles', pp. 199–200.

komployu, yani gerçekten eksik kalmış bir suç, kapsama niyetini göstermektedir.<sup>50</sup>

Ortak amaçla suça iştirak kavramı çerçevesinde, suç teşkil eden bir girişime katılmış olanlar, ortakları tarafından işlenen eylemlerden sorumludurlar. Madde 25 paragraf (3)(d) bunu, ‘ortak bir amaçla hareket eden bir grup kişi tarafından böyle bir suçun işlenmesine ya da işlenmesine teşebbüs edilmesine’ katkıda bulunma olarak tanımlamaktadır. Bu katkı, ‘kasten yapılacaktır’ ve, ya ‘bu grubun suç teşkil eden faaliyetini ya da amacını, bu faaliyet ya da amaç Mahkeme’nin yargı yetkisine tabi bir suçun işlenmesiyle ilgili olduğunda, geliştirme amacı ile yapılmak zorundadır’ ya da ‘bu grubun bu suçu işleme kastında olduğunun bilgisi ile yapılmak zorundadır’. EYUCM yargıçları, Roma Statüsü’ndeki bu hükümden<sup>51</sup> etkilenecek ‘ortak suç girişi’ olarak bilinen sorumluluk kuramını geliştirmiştir ve UCM yargıçlarının Madde 25’in uygulanmasında bu içtihat hukukundan çokça etkileneceği akla yakın görünmektedir.

Ortak suç girişi düzeninde, katılımcı/ortak, eğer bu suç, suç teşkil eden planın bir sonucu olarak makul bir şekilde öngörülebilirdi ise, diğerleri tarafından işlenen suçtan mahkum edilebilir. Örneğin, Ağustos 2001’de, Bosnalı Sırp lider General Radovan Krstic, Temmuz 1995’deki Srebrenica katliamı ile ilgili olarak soykırım işlemek için ‘ortak suç girişi’nin bir parçası olmaktan mahkum edilmişti. EYUCM Yargılama Dairesi, adam öldürmelere ön gelen günlere kadar eylemsel bir soykırım planı olduğuna karar vermeye hazır değildi, fakat adam öldürmelerle beraber ‘etnik temizliğin’ Srebrenica’daki Bosnalı Müslümanları fiziksel olarak yok etmeye yönelik olgunlaşmış bir plana dönüştüğünü belirtti. Yargılama Dairesi belirtmişti ki, ‘General Krstic, zorla nakletme yoluyla etnik temizliğin ilk amacının Srebrenica’daki erkek nüfusun ilk ve son kez yok edilmesi şeklinde öldürücü bir plana dönüşünü *tahmin* edebilirdi’.<sup>52</sup> Bu ve benzeri kovuşturmaların başarısı, Savcının, Kosova’da işlenen insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarından ötürü Slobodan Milosevic hakkındaki Mayıs 1999 tarihli iddianameyi, Milosevic’in Bosnalı Sırp asker ve sivil

<sup>50</sup> Schabas, *Genocide in International Law*, pp. 260–1.

<sup>51</sup> Bkz., örneğin, *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-I-A), Judgment, 15 July 1999, para. 222.

<sup>52</sup> *Prosecutor v. Krstic* (CaseNo. IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, para. 622 (vurgu eklenmiştir).

liderlerle birlikte ortak suç girişimine katıldığını ileri sürmek için değiştirmesine yol açmıştı.<sup>53</sup>

Suçta iştirak sorumluluğuna bu tür yaklaşımların, ortak suç şekline dönüşmemesi için yargıçların dikkatli olması gerekir. EYUCM Temyiz Dairesi, bu sorunun varlığının bilincinde olarak bir davada, Savcı'nın, kendisine suç isnad edilen kişinin sadece ihmalden daha fazlasını göstermesi gerektiğini not etmişti. Belirtmişti ki, 'gerekli olan şey, bir kişinin, belirli bir sonucu doğurmayı niyet etmemiş olmasına rağmen, grubun eylemlerinin bu sonuca büyük bir ihtimalle yol açacağına farkında olduğu fakat yine de isteyerek bu riski aldığı bir ruh halidir'.<sup>54</sup>

Roma Statüsü'nün suça iştirak konusundaki hükümleri aynı zamanda, bir suça teşebbüs durumunda da sorumluluk öngörmektedir.<sup>55</sup> Eğer Mahkeme'nin nihai hedefi, insan hakları ihlallerini ve gaddarlıkları engellemek ise, teşebbüslerin kovuşturulması oldukça önemli olmalıdır. Fakat savaş suçlarının kovuşturulma geçmişi, çok az örnek sağlamaktadır; bu muhtemelen, cezai bastırmanın suçlar işlendikten sonra ortaya çıkması yüzündendir. Suç teşkil eden düşüncelerin ceza sorumluluğuna tabi tutulmaması gerektiği önermesinden başlayarak, teşebbüsler konusundaki kuramsal sorun, fiili/gerçek eylem işlenmeden önce hangi noktada kovuşturmaya izin verilmesi gerektiğinin belirlenmesidir. Ulusal adalet sistemleri, gerçek teşebbüsler ile 'sadece hazırlık hareketleri/eylemleri'ni birbirinden ayırmaya yönelik değişik testler geliştirmiştir. Roma Statüsü, görece düşük bir eşik belirleyen, Fransız ve Amerikan hukuklarından devşirilmiş melez ve içsel olarak tutarsız bir formülasyonu benimsemiştir: 'esaslı bir adım vasıtasıyla [suçun] icrasını başlatan eylem/hareket'. Statü, bir sanığın bir teşebbüsten gönüllü olarak vazgeçmesini, savunma olarak ileri sürmesine imkan vermektedir.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Karşılaştırınız, *Prosecutor v. Milosevic et al.* (Case No. IT-99-37-I), Indictment, 22 May 1999, *Prosecutor v. Milosevic et al.* (Case No. IT-99-37-I), Amended Indictment, 29 June 2001 ve *Prosecutor v. Milosevic et al.* (Case No. IT-99-37-PT), Second Amended Indictment, 16 October 2001.

<sup>54</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-A), Judgment 15 July 1999, para. 220. Ayrıca bkz., para. 228.

<sup>55</sup> Roma Statüsü, Md. 25(3)(f).

<sup>56</sup> Ambos, 'General Principles', pp. 12–13; Kai Ambos, 'Article 25', in Triffterer, *Commentary*, pp. 475–92.

## Komutanların ve diğer amirlerin sorumluluğu

Savaş suçları kovuşturmasının ikilemelerinden biri, astları tarafından işlenen suçlar ile komutanları bağlantılandırmadaki güçlüktür. Roma Statüsü, suçluluğun, makul şüphenin ötesinde ispatlanmasını gerekli kılmaktadır. Bu ispatın sağlandığı davalarda, komuta eden üstlerin suçu, emirlere uyan astlarından daha yüksek bir düzeye oturmaktadır. Yugoslavya Mahkemesi'nin bir Yargılama Dairesi'nin belirttiği üzere, '[bu] Mahkeme, siyasi ya da askeri yetkiden kaynaklanan pozisyonları aracılığıyla Mahkeme'nin *ratione materiae* yetkisine giren suçların işlenmesini emredebilen ya da bu tür suçların faillerini engellemekten ya da cezalandırmaktan bilerek sakınan kişiler üzerinde yargı yetkisini kullanmak için özellikle geçerli nedenlere sahiptir'.<sup>57</sup> Fakat, bir komutanın sorumluluğu, o emirlerin verildiği konusunda gerçek delillerin yokluğunda olası görünebilir iken, yargıçlar sadece böyle bir ikinci derece delile/circumstantial evidence dayanarak mahkumiyet kararı vermede tereddüt edebilir. Bu, Yugoslavya Mahkemesi Savcısı Louise Arbour'un, Başkan Milosevic'i insanlığa karşı suçlar ile itham etmeden önce neden haftalarca beklediğini muhtemelen açıklamaktadır. Savcı, Milosevic'in uluslararası basında kınanmasına yol açan Kosova'daki gaddarlıkların ikinci derece delilleri/karineleri ile tatmin olmadı ve işlemlere devam etmek için Milosevic'in bu gaddarlıkları emretmiş olduğunun daha somut delilini bekledi.

Suçların işlenmesini emrettikleri ya da işlenmesini bilerek görmezden geldikleri konusunda doğrudan delilin yokluğu durumunda komutanların kovuşturulması ikileminin iki olası çözümü bulunmaktadır. İlki, astları tarafından işlenen suçları komutanların emrettiklerinin kabul edildiği bir karine oluşturmak, bu tür emirlerin verilmediğini kanıtlayarak suçlamalara cevap vermeyi komutanlara bırakmaktır. Bu teknik, ulusal ceza sistemlerinde, çevresel zarar, yanlış reklam ile alkol veya uyuşturucu madde etkisi altındayken araba kullanma gibi bazı suçların bilerek işlenmiş olduğunun kanıtlanmasının güç olduğu durumlarda yaygındır. Bu, savcılarının görevini önemli ölçüde kolaylaştırmaktadır fakat masumiyet karinesi ilkesi ile çatışmaktadır.<sup>58</sup> Ayrıca, Roma Statüsü Madde 67, ispat külfetinin kendisine suç isnad edilen kişiye geçeceği herhangi bir meka-

<sup>57</sup> *Prosecutor v. Martić* (Case No. IT-95-11), Rule 61 Decision, 6 March 1996, para. 21.

<sup>58</sup> Yine de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı durumlarda bu tip hükümleri hoşgörmektedir: *Salabiaku v. France*, Series A, No. 141-A, 7 October 1988, para. 28; *Pham Hoang v. France*, Series A, No. 243, 25 September 1992.

nizmayı açıkça dışarıda bırakmaktadır. Diğer çözüm, komutanı suçun işlenmesini emretmekten ötürü değil fakat suçu önlemede ihmalkar davranmaktan ötürü kovuşturmadır. Bu ikinci yaklaşım kendisini destekleyecek bazı geçmiş örneklere sahiptir ve Roma Statüsü Madde 28’de yer almaktadır.

Askeri komutanların kendi astlarının eylemlerinden ötürü, bu eylemlerin bilgisine sahip oldukları kanıtlanamaz olsa bile ceza sorumluluğunun bulunduğu yaklaşımı, II. Dünya Savaşı sonrası yargılamaların tartışmalı kararlarında oluşturulmuştu.<sup>59</sup> Komutanın sorumluluğu kavramı, daha sonra, 1977’de kabul edilen Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I’in ağır ihlallerinin kovuşturulmasında pozitif bir hukuk kuralı olarak tanımlandı.<sup>60</sup> Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri bakımından, bu Mahkemelerin yargı yetkisi içindeki bir suçun bir ast tarafından işlenmiş olması olgusu, onun ‘amirini ceza sorumluluğundan, eğer astın bu tür eylemleri işlemek üzere olduğunu ya da işlediğini biliyordu ya da bilmek için gerekçesi vardı ise ve amir bu tür eylemleri engellemek için gerekli ve makul önlemleri almadı ya da failleri cezalandırmadı ise, kurtarmaz’.<sup>61</sup>

Komutanın sorumluluğu kavramını Statüye dahil etme konusunda gerçek bir tartışma yoktu. Bunu sivil amirleri kapsayacak şekilde genişletme fikri, yaygın destek görmüştü fakat Çin böyle bir gelişmeye karşı çıkmaya devam etti.<sup>62</sup> Amerika Birleşik Devletleri arabuluculuğunda varılan uzlaşma, komutanın sorumluluğu konusunda, söz konusu olanın askeri komutan ya da sivil amir olmasına bağlı olarak, farklı kurallar kabul etmekte.<sup>63</sup> Sorumlu tutulmak için, bir askeri komutanın bilmesi ya da ‘biliyor olması’ gerekir iken, bir sivil amirin ya bildiği ya da astların suç işlediğini ya da işlemek üzere olduğunu ‘gösteren bilgiyi bilinçli olarak dikate almadığı’ durumların olması gerekir. Askeri komutanlar, ihmallerinden (‘biliyor olması gerekirdi’) ötürü kovuşturulabilirler. Ancak, bir sivil amir, bu hüküm çerçevesindeki yüksek bir standardı karşılamak zorunda-

<sup>59</sup> *United States of America v. Yamashita*, (1948) 4 LRTWC 1, pp. 36–7; *In re Yamashita*, 327 US 1 (1945); *Canada v. Meyer*, (1948) 4 LRTWC 98 (Canadian Military Court).

<sup>60</sup> Ek Protokol I I, Md. 86(2).

<sup>61</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex, Art. 7(3); Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/RES/955, Annex, Art. 6(3).

<sup>62</sup> Sivillerin sorumluluğu bu temelde şimdi teamül hukukunda tanınmaktadır: *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, (1999) 38 ILM 57, paras. 355–63.

<sup>63</sup> Saland, ‘International Criminal Law Principles’, pp. 202–3.

dır. Sivil amirin işlenmekte olan suçların gerçek/fiili ya da ‘zımnı’ bilgisine sahip olduğunun tespit edilmesi gerekir.<sup>64</sup>

*Ad hoc* mahkemelerin yargıçları bu doktrini, saf ihmal sayılabilecek durumlara genişletmede ihtiyatlı davranmıştır. *Celebici* davasında, EYUCM Temyiz Dairesi, Savcı tarafından ileri sürülen ve bu kavramı genişletmeyi amaçlamış bir argümanı, ‘bir amir ancak, astlar tarafından işlenen suçların farkında olmasını sağlayacak bilgi onun bakımından elde edilebilir olduğunda, amirin sorumluluğu ilkeleri nedeniyle cezai olarak sorumlu olacaktır’ şeklinde bir gerekçe ile reddetmişti.<sup>65</sup> Temyiz Dairesi, oldukça geniş bir yorumdan kaynaklanan ihlal suçlamalarına açıkça duyarlı olarak belirtmişti ki, kendisi, ‘amirin sorumluluğu doktrinini, temsil sorumluluğu katı bir farz edilen sorumluluk şeklini gösterdiği sürece, temsil sorumluluğu olarak betimlemeyecektir’.<sup>66</sup> Hükümlerden bazıları, amirin sorumluluğunun dış sınırları konusundaki bu yargısal rahatsızlığı göstermektedir ve özgürlükçü bir yorumun *nullum crimen sine lege/kanunsuz suç olmaz* ilkesine aykırı olabileceğine dair yargıçlar arasındaki kaygıları açığa vurmaktadır.<sup>67</sup>

### Mens rea ya da manevi unsur

Ceza hukuku kendisini, hukukun diğer alanlarından ayrı bir yere koymaktadır çünkü genel bir kural olarak, ceza hukuku kasten ve bilerek yapılan davranışlarla ilgilidir. Başka birisine yanlışlıkla zarar veren bir birey, bazı başka organlar önünde sorumlu tutulabilir fakat genellikle ceza mahkemeleri önünde sorumlu tutulmayacaktır. Kast genellikle, *actus non facit reum nisi mens sit rea* ibaresinden alınan Latince tabir *mens rea* (‘suç kastı/guilty mind’) kullanılarak betimlenmektedir. Fakat, suç teşkil eden bir eylemin kasten ve bilerek yapılması gerektiği kabul edilse de, kastın

<sup>64</sup> William J. Fenrick, ‘Article 28’, in Triffterer, *Commentary*, pp. 16–20.

<sup>65</sup> *Prosecutor v. Delalic* (Case No. IT-96-21-A), Judgment, 20 February 2001, para. 241 (reference omitted). Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Galic* (Case No. IT-98-29-AR73.2), Appeals Judgment, 7 June 2002.

<sup>66</sup> *Prosecutor v. Delalic* (Case No. IT-96-21-A), Judgment, 20 February 2001, para. 239.

<sup>67</sup> Bkz., örneğin, Yargıç Bennouna’nın görüşleri, in *Prosecutor v. Krajisnik* (Case No. IT-00-39), Yargıç Bennouna’nın ayrık görüşü, 22 September 2000; ayrıca bkz., *Prosecutor v. Stakic* (Case No. IT-97-24-T), Decision on Rules 98bis Motion for Judgment of Acquittal, 31 October 2002, para. 116. Fakat bu konuda yakında tarihli bir tartışma için bkz., *Prosecutor v. Hadzihasanovic et al.* (Case No. IT-01-47-PT), Decision on Joint Challenge to Jurisdiction, 12 November 2002.

saf ihmalden bilinçli taksir/recklessness ve taammüdle/tasarlamayla olgunlaşmış kasta kadar değişen dereceleri vardır.<sup>68</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu suçların ciddiyetine uyum sağlayarak, Roma Statüsü, Madde 30, paragraf (1)'de 'başka türlü öngörülmedikçe' suçun maddi unsurlarının 'kasten ve bilerek' işlenmesi gerektiğini şart koşarak, manevi unsur için yüksek bir standart belirlemektedir.<sup>69</sup> Takip eden diğer iki paragrafta Statü bu kavramları tanımlamaktadır. Bir kişi bir davranışta bulunmayı niyet ettiğinde, o davranış bakımından kastı vardır. Bir kişi, bir sonuca yol açma niyetinde ya da olayların olağan akışı içerisinde bu sonucun ortaya çıkacağına farkında olduğunda, o sonuç bakımından kastı vardır. Bilmek, 'bir durumun varlığının ya da bir sonucun, olayların olağan akışı içerisinde ortaya çıkacağına farkında olmak' olarak tanımlanmaktadır. Madde 30 'bilmek' sözcüğünü, 'bilmek ve bilerek' buna göre yorumlanacaktır cümlesini ekleyerek tanımlamaktadır.<sup>70</sup>

Kastı ya da bilgiyi gerektiren genel kural, Roma Statüsü'nde sıralan suçların çok büyük kısmı için hemen hemen hiç gerekli değildir, çünkü bu suçların tanımlarının kendi yerleşik *mens rea* şartı bulunmaktadır. Bu yüzden, soykırım, korunan bir grubu 'yok etme kastı' ile işlenen cezalandırılabilir bir eylem olarak tanımlanmaktadır.<sup>71</sup> İnsanlığa karşı suçlar, sivil bir nüfusa karşı 'saldırının bilgisi ile' yöneltilmiş yaygın ya da sistematik bir saldırıyı gerektirmektedir.<sup>72</sup> Madde 8'de sıralanan savaş suçlarının birçoğu, 'isteyerek', 'sebepsiz yere' ya da 'haince/ treacherously' sıfatlarını içermektedir. Aslında, Madde 30'un 'başka türlü öngörülmedikçe' kelimeleriyle başlaması en azından kısmen bu nedendendir.<sup>73</sup> Statü'nün yapılış sırasında, *mens rea* eşiğini bilinçli taksir/recklessness ve ağır adi taksir/gross negligence gibi kavramlara indirgeme girişimleri sırasında güçlükler çıktı.<sup>74</sup> Bilinçli taksir/recklessness hakkındaki köşeli parantezli me-

<sup>68</sup> Jean Pradel, *Droit p'enal compar'e*, Paris: Dalloz, 1995, p. 251.

<sup>69</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.76/Add.3, p. 4.

<sup>70</sup> Fakat 'bilmek' ve 'bilerek' ne Md. 30'da ne de Roma Statüsü'nün başka yerinde kullanılmaktadır. 'Bildiği' kelimesi, komutanların sorumluluğu hükmünde bulunmaktadır (Madde 28). 'Bilgi' kelimesi, Md. 7'de düzenlenen insanlığa karşı suçların, *başlangıcında* yer almaktadır.

<sup>71</sup> Roma Statüsü, Md. 6.

<sup>72</sup> *Ibid.*, Md. 7.

<sup>73</sup> Donald K. Piragoff, 'Article 30', in Triffterer, *Commentary*, pp. 527–35 at pp. 531–2.

<sup>74</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', pp. 205–6.



tin,<sup>75</sup> Çalışma Grubu tarafından atıldı.<sup>76</sup> Bilinçli taksir/recklessness, Mahkeme'nin yargı yetkisi içerisindeki hiçbir suçun tanımında bir unsur olarak yer almadığından, tanımlaması için gerçekten çok az neden vardı.<sup>77</sup> UCM yargıçları, kastı ele alan Madde 30'daki genel ilkeler ile aynı özneyi gösteren suçların özel tanımlarını bağdaştırmaya çalışırken şüphesiz kendi takdirini kullanacaktır.<sup>78</sup>

'Başka türlü öngörülmedikçe' kelimeleri, komutanın sorumluluğundan kaynaklanan suçluluk için, Madde 30'un bilgi ve kast şartlarının açıkça altında kalan bir ihmal standardı belirleyen Madde 28'i korumaktadır. Bu kelimeler aynı zamanda, ortaklarının sahip olduğu özel suç kastının bilgisinden yoksun olsalar bile, 'ortak bir amaç' içerisinde suç ortakları tarafından işlenen eylemler için ceza sorumluluğu oluşturan Madde 25(3)(d)(ii)'yi korumaktadır. '*Statü tarafından başka türlü öngörülmedikçe*' kelimelerinin, ne anlama geldiği çözüme kavuşturulmamış bir sorudur. Statü Madde 30 standardının, Unsurlar'da bir istisna öngörülür ise, değiştirilebileceğini ileri sürmek fazla ileri gitmek olarak görülebilir. Oysa, Unsurlar, failin, on sekiz yaşın altında olduğunu bilmesi gerektiği bir kişiye karşı işlediği bir suç<sup>79</sup> ya da ateşkes bayrağının veya Kızıl Haç ambleminin ve benzer işaretlerin kullanımının yasak olduğunu 'bilmesi gerektiği' durumlara gönderme yaptığında, söz konusu olan şey kesinlikle budur.<sup>80</sup> Unsurlar belgesinin genel giriş bölümünde, Unsurlar'ın, hem Madde 30 standardına hem de 'uygulanabilir hukuka' dayanılarak Madde 30 için tanınan istisnaları içerdiği belirtilmektedir.

<sup>75</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4, p. 1.

<sup>76</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Corr.1; UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.76/ Add.3, p. 4.

<sup>77</sup> 'Commentary on Parts 2 and 3 of the Zutphen Intersessional Draft: General Principles of Criminal Law', (1998) *13bis Nouvelles 'études p'emales* 43 at 52.

<sup>78</sup> Bu hususta Profesör Roger Clark tarafından yapılmış çok itinalı bir çalışma olarak bkz., 'The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of the Offences', (2001) *12 Criminal Law Forum* 291.

<sup>79</sup> Suç Unsurları, Md. 6(e), para. 6 ve Md. 8(2)(b)(xxvi), para. 3 ve 8(2)(e)(vii), para. 3. Ayrıca not etmek gerekir ki, soykırım suçu için Unsurlara Girişte, 'bir manevi unsur için normal bir gerekliliğin Madde 30'da öngörülmesine karşın . . .' kelimeleri, Unsurların hazırlayıcılarının Madde 30'un *mens rea* gerekliliğini değiştirebileceklerine inandıkları izlenimini vermektedir.

<sup>80</sup> Suç Unsurları, Md. 8(2)(b)(vii).

Suçun maddi unsuru *actus reus* için eşdeğer bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>81</sup> Hazırlık Komitesi'nin nihai taslağı bir *actus reus* maddesi içeriyordu fakat Çalışma Grubu, esas olarak ihmal/omission kavramının tanımlanmasındaki sorunlar yüzünden, bu maddenin kapsamı konusunda bir uzlaşmaya<sup>82</sup> varamadı. Tartışmalar sırasında, Çalışma Grubu Başkanı, kıyas yapılmasını yasaklayan Madde 22(2)'nin, ihmaller/omissions konusundaki yargısal takdir yetkisinin kötüye kullanılmamasını sağlayacağını not etmişti. Çalışma Grubu raporundaki bir dipnotta belirtilmekteydi ki: 'Bazı delegasyonlar, [ihmale dair] madde 28'in metinden çıkartılmasının daha fazla inceleme gerektirdiği görüşünde idi ve uygun bir zamanda bu konuyu yeniden açma haklarını saklı tuttular.'<sup>83</sup> Fakat, bu konu hakkında bir daha bir şey söylenmedi.

### Savunmalar

Savunma, bir cezai suçlamaya verilen cevaptır. Savunma, 'bir suçun- suç, bir cürümün tüm tanımsal unsurlarını yerine getirmiş olmasına rağmen- bu ya da diğer gerekçe ile, cezalandırılmasını engelleyen tüm nedenleri' ifade etmek için kullanılmaktadır.<sup>84</sup> Önceki uluslararası ceza hukuku belgeleri, amirin emirlerinin kabul edilmezliği gibi oldukça dar hususlarla kendilerini kayıtlayarak, savunmaların kısmi bir kodifikasyonu için bile gerçek bir girişimde bulunmamıştır. Savaş suçlarının kovuşturulması konusundaki içtihat hukuku belirtmektedir ki, amirin emirleri ve yasanın hükmü bir yana, kendisine suç isnad edilen kişinin başvurabileceği savunmalar, resmi sıfatla hareket etme, tehdit/duress, askeri gereklilik, kendini savunma, misilleme, hukuki ya da maddi hata ve akıl hastalığıdır/insanity.

<sup>81</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', pp. 212–13.

<sup>82</sup> 'Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court', UN Doc. A/50/22, Annex II, p. 58; 'Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court', UN Doc. A/51/22, vol. I, p. 45; 'Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court', UN Doc. A/51/22, vol. II, pp. 90–1; UN Doc. A/AC.249/1997/L.5, pp. 26–7; UN Doc. A/AC.249/1997/WG.2/CRP.5; UN Doc. A/AC.249/1998/L.13, pp. 58–9; UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, pp. 54–5.

<sup>83</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1/Rev.1, p. 3, n. 3.

<sup>84</sup> Albin Eser, "'Defences" in War Crime Trials', in Yoram Dinstein and Mala Tabory, eds., *War Crimes in International Law*, The Hague, Boston and London: Kluwer Law International, 1996, pp. 251–73 at p. 251.

Roma Statüsü, mevcut savunmaları kısmen Madde 31, 32 ve 33’de kodifiye etmiştir. ‘Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler’ başlıklı Madde 31,<sup>85</sup> özel olarak, akıl hastalığına, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olmaya, kendini savunmaya, tehdit/duress ve gerekliliğe değinmektedir. Madde 32, hataya işaret etmekte iken Madde 33, amirin emri ve yasanın hükmü ile ilgilidir. Statü, Mahkeme’nin, Madde 21(1)’de düzenlenen kaynaklara dayanarak diğer savunmaları<sup>86</sup> kabul etmesine cevaz vermektedir. Aslında Statü, kendisine suç isnad edilen kişinin savunmalarını ileri sürme genel hakkını tekrarlamaktadır.<sup>87</sup> Kodifiye edilmemiş savunmaların aşikar örnekleri arasında, suçun işlendiği zaman başka yerde bulunma/alibi, askeri gereklilik, kasıtlı haksız fiil/abuse of process, rıza ve misilleme bulunmaktadır.<sup>88</sup> Bununla birlikte, müdafî, kodifiye edilmemiş bir savunmayı ileri sürmek istediğinde, Usul ve Delil Kuralları uyarınca yargılamadan önce Savcıya bildirimde bulunması ve Yargılama Dairesi’nden bu savunmanın kabul edilebilirliğine dair bir ön karar temin etmesi gerekmektedir.<sup>89</sup> Diğer savunmalardan, resmi sıfat savunması,<sup>90</sup> (komutanın sorumluluğu durumunda) bilgi yokluğu<sup>91</sup> savunması ve (soykırım ve insanlığa karşı suçlar durumunda)<sup>92</sup> amirin emri savunması Statü tarafından, *tu quoque* (bana yaptığını ben de sana yapabilirim/kıyas)<sup>93</sup> savunması ise uluslararası içtihat hukuku ile resmen dışarıda bırakılmıştır.

Akıl hastalığı/insanity, büyük savaş suçları kovuşturmalarında bir savunma olarak nadiren ileri sürülmüştü. Rudolf Hess, bu savunmayı Nuremberg’te ileri sürdü fakat savunma kabul görmedi. Madde 31(1)

<sup>85</sup> Albin Eser, ‘Article 31’, in Triffiterer, *Commentary*, pp. 537–54.

<sup>86</sup> Rome Statute, Md. 31(3).

<sup>87</sup> *Ibid.*, Md. 67(1)(e).

<sup>88</sup> Eser, ‘“Defences”’, pp. 266–7. Bununla birlikte, not etmek gerekir ki, Suç Unsurları, Md. 8(2)(b)(x), n. 46’daki ve 8(2)(e)(xi), n. 68’deki, ve Usulve Delil Kuralları, Kural 70’deki çabalar rıza savunmasını sınırlandırmak içindir.

<sup>89</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 80.

<sup>90</sup> Roma Statüsü, Md. 27.

<sup>91</sup> *Ibid.*, Md. 28.

<sup>92</sup> *Ibid.*, Md. 33.

<sup>93</sup> *Prosecutor v. Kupreskic et al.* (Case No. IT-95-16), Decision on Defence Motion to Summon Witness, 3 February 1999; *Prosecutor v. Kupreskic et al.* (Case No. IT-95-16), Decision on Evidence of the Good Character of the Accused and the Defence of Tu Quoque, 17 February 1999.

(a)'nın metni, *M'Naghten* kuralları<sup>94</sup> olarak bilinen ve common law'dan gelen fakat Roma-Cermen ve *Şeriat* sistemleri ile de genel olarak uyumlu görülebilecek kuralları tekrarlamaktadır. Akıl hastalığı savunması kabul edilen bir kişi, cezai olarak sorumlu olmadığına dair bir beyana hak sahibidir. Statü, akıl hastalığı savunması durumunda ispat külfeti hususundan doğrudan bahsetmemektedir. Bir sanığın, akli melekeleri konusunda bir şüpheyeye mi yol açması gerekmektedir yoksa böyle bir istisnayı, ağırlıklı/nitelikli bir delille gerçekten ispatlamak zorunda mıdır? Ulusal adalet sistemleri, bu konuda farklı görüşleri kabul etmektedir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, akıl hastalığının ispatını kendisine suç isnad edilen kişi bakımından daha güç kılarak, ağırlıklı/nitelikli/ delili seçmiştir.<sup>95</sup> Fakat kendisine suç isnad edilen kişiyi, 'ispat külfetinin yer değiştirmesinden ya da karşı delille çürütme sorumluluğundan' koruyan Statü Madde 67, kendisine suç isnad edilen kişinin sadece makul bir şüpheyeye yol açması şeklindeki daha az güç bir şartı gerekli kılabilir.

Akıl hastalığı savunmasının tartışılmaz bir tanımını kodifiye etmek, uygulamada bu savunmanın ortaya çıkabileceği nadir vakalar göz önünde tutularak bir bakıma gereksiz gibi görülüyor ise, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olmaya ilişkin izleyen hüküm, ciddilikten gülünçlüğe uzanıyor gibi görülecektir. Hükümün hazırlanması sorunluymuş ve nihai sonuç 'kimseyi memnun etmemeye yaradı'.<sup>96</sup> Birçok tekil savaş suçu, askerler ve caniler tarafından uyuşturucunun ve alkolün etkisinde işlenebilir, fakat Mahkeme elbette bu tür 'önemsiz şeyler' ile uğraşma amacıyla değildir. Mahkeme, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve geniş ölçekli savaş suçlarının görece az sayıdaki liderleri, düzenleyicileri ve planlayıcıları gibi 'büyük balıklar' için kurulmuştur. Bu tür suçların niteliği, planlama ve hazırlıkla ilgili olarak, istemli bir şekilde alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma savunması ile esastan tutarsızdır. Uygulamada, içtihat hukukunda bu savunmaya dair örnekler, sadece savaş suçları için bile, akıl

<sup>94</sup> *M'Naghten's Case* (1843) 10 Cl. & Fin. 200, 8 ER 718.

<sup>95</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.* (CaseNo. IT-96-21-T), Order on Esad Landzo's Submission Regarding Diminished or Lack of Mental Capacity, 18 June 1998; *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT- 96-21-T), Order on Landzo's Request for Definition of Diminished or Lack of Mental Capacity, 15 July 1998; *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, (1999) 38ILM57, para. 1160; *Prosecutor v. Delalic* (Case No. IT-96-21-A), Judgment, 20 February 2001, para. 582.

<sup>96</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', p. 207.

hastalığı örneğindeki kadar seyrek. Roma Statüsü, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma savunmasını, kendisine suç isnad edilen kişinin kendi davranışının hukuka aykırılığını ya da niteliğini değerlendirme yeteneğini ya da kendi davranışının hukukun gereklerine uygunluğunu denetleme yeteneğini yok etmiş ise, kabul etmektedir. Fakat, kişi, bu tür korkunç suçların işlenmesine dahil olacağı olasılığını bilerek, istemli bir şekilde alkol veya uyuşturucu madde etkisi altına girmiş ise, bu savunmaya başvuramaz. Bu, bir kişinin bir gaddarlık işlemek için cesaret toplamak amacıyla içki içtiği durumdur.

Statü, kendisine suç isnad edilen bir kişinin ‘makul’ ve tehlikenin derecesi ile ‘ölçülü’ bir şekilde hareket ettiği durumda, kendini savunma ya da bir başka kişiyi savunma savunmasına imkan tanımaktadır. Bu terimler, kuvvet kullanımını düzenleyen ulusal hukuk kurallarında ortak ve dolayısıyla Mahkeme’ye yol gösterecek bir otorite eksikliği olmayacaktır.<sup>97</sup> *Ad hoc* mahkemelerin bir kararı, Madde 31(1)(c)’de yer alan kendini savunma ilkesinin, ulusal ceza kanunlarının çok büyük kısmında bulunan hükümlere karşılık geldiğini ve bir uluslararası teamül hukuku kuralı oluşturduğunun kabul edilebileceğini not etmiştir.<sup>98</sup> Fakat, Roma Konferansı sırasındaki rahatsız edici bir uzlaşma, savaş suçları vakalarına hasredilmiş olmakla beraber, mülkiyetin savunulmasının kabul edilmesi ile sonuçlandı. Savunulan mülkiyet, ‘kişinin ya da diğer bir kişinin yaşamını sürdürmesi için zaruri’ ya da ‘yakın ve hukuka aykırı bir kuvvet kullanımına karşı bir askeri görevin başarı ile sonuçlanması için zaruri’ olmak zorundadır. Bu terimler, mülkiyetin savunulması savunmasının Statü’deki sorunlu kabulünün, uygulamada pek fazla pratik sonucunun olmaması için yeterince dardır. Fakat bu terimler, bazı çevrelerin sert eleştirilerine neden olmuştur. Belçikalı akademisyen Eric David, bu istisnaya ‘silahlı çatışma hukuku ile tamamen uyumsuz bir Pandora’nın kutusu’ adını vermektedir. Profesör David, bu hükmün *jus cogens’in* ihlali olduğunu söyleyecek ve dolayısıyla bunun, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi uyarınca geçersiz olduğu sonucuna varacak kadar ileri gitmektedir.<sup>99</sup> Belçika, Statü’yü

<sup>97</sup> İlginç bir kaynak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 2(2)’yi yorumladığı ve kendini savunmanın yaşam hakkının bir istisnası olarak tanındığı içtihat hukuku olabilir.

<sup>98</sup> *Prosecutor v. Kordic and Cerkez* (CaseNo. IT-95-14/2-T), Judgment, 26 February 2001, para. 451.

<sup>99</sup> Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 2nd edn, Brussels: Bruylant, 1999, p. 693.

onayladığı zaman, Madde 31(1)(c)'nin sadece, 'aykırı önleme konu olmayabilecek olan uluslararası insancıl hukuk kurallarına göre' uygulanabileceğini ve yorumlanabileceğini belirten bir beyan eklemiştir.

Madde 31 aynı zamanda, tehdit /duress ve zorunluluk hali/necessity savunmalarını da kodifiye etmektedir. Tehdit/duress savunması sıklıkla, amirin emri savunması ile karıştırılmaktadır, fakat bu ikisi oldukça farklıdır. Tehdit/duress altında hareket eden bir kişi, kendi hayatına ya da başka bir kişinin hayatına yönelik bir tehdit ile suç işlemeye zorlanan kişidir. Zorunluluk hali/necessity savunmasında, bu kaçınılmaz tehdit, diğer kişilerden ziyade doğal koşullardan kaynaklanmaktadır. Fakat, bu durumların her ikisinde de, sanığın meseleye ilişkin geçerli moral bir seçeneğinin olmadığı kabul edilmektedir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi'nin 1997'deki kapsamlı ve ayrıntılı bir hükmü, ikiye karşı üç oy çokluğu ile, tehdidin/duress insanlığa karşı suçlarda kabul edilebilir bir savunma olmadığına karar vermişti.<sup>100</sup> Roma Statüsü'ndeki hükmün akibeti, Yugoslavya Mahkemesi tarafından oluşturulan içtihatın bir kenara bırakılıp, tehdit /duress savunmasının yeniden getirilmesidir.

Maddi hata ve hukuki hata savunmaları, ayrı bir hükümde tanımlanmaktadır.<sup>101</sup> Esaslı bir olgunun bilgisine sahip olmayan bir suçlu, mahkumiyet için gerekli olan suç kastına ya da *mens rea*'ya sahip değildir. Bu aslında, Roma Statüsü'nün, hatanın, sadece 'manevi unsur çürütmesi/boşa çıkarması' durumunda kabul edileceği şeklinde belirttiği şeydir. Maddi hata, bir savunma olarak tartışmalı değildir ve buna başvurulabilecek örnekleri tasavvur etmek zor değildir. On beş yaşın altındaki çocukları askere almakla itham edilen bir asker alma memuru, mağdurun görüldüğünden daha büyük olduğu şeklinde yanlış bir inancıya sahip olduğunu ileri sürebilir. Elbette, Mahkeme, böyle bir iddianın güvenilirliğini ilgili koşulların ışığında değerlendirme gereği duyacaktır ve gerçek gibi görünmeyen bir maddi hata savunmasını muhtemelen dikkate bile almayacaktır.

Ulusal hukuk sistemlerinin çok büyük bölümü, hukuki hatayı kabul etmeyi kamu siyaseti temelinde reddetmektedir, fakat savaş suçları hukuku daha esnek olmaya yönelmiştir çünkü, muhtemelen uluslararası insancıl hukuk oldukça uzmanlaşmış ve teknik bir hukuk dalı olarak değer-

<sup>100</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-A), Sentencing Appeal, 7 October 1997, (1998) 111 ILR 298.

<sup>101</sup> Roma Statüsü, Md. 32. Bkz., Otto Triffterer, 'Article 32', in Triffterer, *Commentary*, pp. 555-71.

lendirilmektedir. Fakat, bunu anlamak her zaman kolay değildir, çünkü insancıl hukukun temel kurallarının çok büyük bölümü, insan davranışının ortak paydasını oluşturmaktadır ve herkesin idrakinde olmalıdır. Hukuki hata özellikle, Roma Statüsü'ndeki son savunmalara, yani amirin emri ve yasanın hükmü savunmalarına ilişkindir. Aslında, bu ilişki, hukuki hatayı 'madde 33'te öngörüldüğü şekilde' kabul eden Madde 32(2)'nin metninde düzenlenmektedir. Amirin emri savunması, Nuremberg Mahkemesi Şartı ve *ad hoc* mahkemelerin statüleri gibi bazı uluslararası ceza hukuku belgelerinde dışarıda bırakılmasına rağmen, Soykırım Sözleşmesi gibi diğer andlaşmalar, bu savunmayı tamamen yasaklamamıştır ve aynı Roma Statüsü için de geçerlidir. Madde 33, bu savunmaya üç koşul altında izin vermektedir: kendisine suç isnad edilen kişinin, emirlere uyma konusunda yasal/hukuki sorumluluk altında olması gerekir; kendisine suç isnad edilen kişinin, emrin yasaya/hukuka aykırı olduğunu bilmemesi gerekir ve emrin açıkça yasaya/hukuka aykırı olmaması gerekir. Bu metin, bu konudaki uluslararası içtihat hukukuna karşılık gelmektedir.<sup>102</sup> Hukuki hata bakımından, kendisine suç isnad edilen kişi, emrin hukuka/yasaya aykırılığı konusundaki bilgisizliğinden ötürü mazur görülebilir fakat emrin açıkça hukuka/yasaya aykırılığı konusunda maruz görülemez. Fakat Roma Statüsü, bunu bir istisnaya tabi tutmaktadır: 'Bu maddenin amaçları bakımından, soykırım ya da insanlığa karşı suç işlemek için verilen emirler açıkça hukuka/yasaya aykırıdır.'<sup>103</sup>

Roma Statüsü, aynı zamanda, Devlet veya Hükümet Başkanı ya da bazı diğer tür resmi sıfatların, ceza sorumluluğu meselesiyle ve ayrıca cezanın indirilmesiyle ilgisi olmadığını belirtmektedir.<sup>104</sup> Bu hususta, görüşmeler sırasında muhalefet yaşanmamıştı ve kabul edilebilir bir metin üzerinde anlaşmaya ulaşmada hiçbir sorun çıkmadı.<sup>105</sup> Bir kişinin sıfatına tanınan bağışıklıklar ya da özel usuli kurallar, Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmasına engel değildir. Bununla birlikte, Statü Madde 98(2),

<sup>102</sup> *Llandovery Castle Case*, (1923–4) 2 Ann. Dig. 436 (German *Reichsgericht* of Leipzig); *United States v. Calley*, 22 USMCA 534 (1973).

<sup>103</sup> Paola Gaeta, 'The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law', (1999) 10 *European Journal of International Law* 172; Hilaire McCoubrey, 'From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders', (2001) 50 *International and Comparative Law Quarterly* 386.

<sup>104</sup> Roma Statüsü, Md. 27.

<sup>105</sup> Saland, 'International Criminal Law Principles', p. 202; Otto Triffterer, 'Article 28', in Triffterer, *Commentary*, pp. 501–14.

teslim etme ya da yardım talepleri, andlaşma ya da teamül hukuku ile getirilen diğer yükümlülükleri çiğneyebilecek ise, Mahkeme'nin bu taleplerde bulunmasını engellemektedir.

### Kanuni zamanaşımı süresi

Roma Statüsü, Mahkeme'nin yargı yetkisi içerisindeki suçların, herhangi bir kanuni zamanaşımı süresine tabi tutulamayacağını belirtmektedir.<sup>106</sup> Çünkü Statü'nün kendisinde herhangi bir kanuni zamanaşımı süresi bulunmamaktadır; öyle görünmektedir ki, Madde 29 daha çok ulusal mevzuata yöneliktir. Birçok yerel ceza hukuk sistemi, suçlar için, hatta en ciddiileri için, kanuni zaman aşımı süresi öngörmektedir.<sup>107</sup> Fransız hukukunda, örneğin, insan öldürmeden ötürü kovuşturma, on yıldan sonra zamanaşımına uğramaktadır.<sup>108</sup> Napolyoncu modelden gelen kanunlar, genellikle benzer hükümlere sahiptir. Nazi savaş suçlusu Adolf Eichmann, İsrail'de 1961'deki yargılamasında, kaçırıldığı Arjantin'de yürürlükte olan on beş yıllık zamanaşımı süresine başvurmuştu. Kudüs Bölge Mahkemesi, 'zamanaşımı kurallarının ... bu Yasa çerçevesindeki suçlara uygulanmayacağı'nı belirten uygulanabilir İsrail mevzuatına yapılan bir göndermeyi ekleyerek, Arjantin normlarının uygulanamayacağına karar vermişti.<sup>109</sup>

Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım için kanuni zamanaşımı süresine yönelik uluslararası muhalefet, Genel Kurul kararlarını<sup>110</sup> ve hem Birleşmiş Milletler sistemi içindeki<sup>111</sup> hem de Avrupa Konseyi içindeki<sup>112</sup> andlaşmaları şekillendirmiştir. Fakat bu andlaşmalar, imza ve onay açısından büyük bir başarı değildir; Birleşmiş Milletler Kanuni Zamana-

<sup>106</sup> Roma Statüsü, Md. 29.

<sup>107</sup> Bkz., Anne-Marie Larosa, *Dictionnaire de droit international p'enal, Termes choisis*, Paris: Presses universitaires de France, 1998, pp. 50–2.

<sup>108</sup> (Fransa) Ceza Kanunu, Md. 7.

<sup>109</sup> *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 18 (District Court, Jerusalem), para. 53.

<sup>110</sup> GA Res. 3 (I); GA Res. 170 (II); GA Res. 2583 (XXIV); GA Res. 2712 (XXV); GA Res. 2840 (XXVI); GA Res. 3020 (XXVII); GA Res. 3074 (XXVIII).

<sup>111</sup> Convention on the Nonapplicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, (1970) 754 UNTS 73. Bkz., Robert H. Miller, 'The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity', (1971) 65 *American Journal of International Law* 476.

<sup>112</sup> European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes Against Humanity and War Crimes, 25 January 1974, ETS No. 82.



şımı Süresinin Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Uygulanamazlığına Dair Sözleşme'ye hala elliden daha az Devlet taraftır. Birleşmiş Milletler'in bu Sözleşmesi için söz konusu olan düşük orandaki katılım, bazı akademisyenlerin, kanuni zamanaşımı yasağının bir teamül hukuku kuralı olduğu yönündeki öneriye itiraz etmesine yol açmıştır.<sup>113</sup> Bununla birlikte, Fransız *Cour de cassation/ Temyiz Mahkemesi, Barbie* davasında, insanlığa karşı suçlarda kanuni zamanaşımı yasağının şu anda teamül hukukunun bir parçası olduğuna karar vermişti.<sup>114</sup>

Madde 29'un Statü'deki rolü, ulusal ve uluslararası yargı sistemlerinin karmaşık ilişkisinin bir parçası olarak görünecektir. Madde 29, suçun ulusal mevzuat çerçevesinde zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle, suçluları teslim etmeyi reddedebilecek olan Devletlere karşı bir engel olarak kullanılır. Bundan daha fazlası, Madde 29, uluslararası andlaşmaların yapamadığını yapıp, kanuni zamanaşımı süresi yasağını uygulayabilir.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Steven R. Ratner and Jason S.Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 126.

<sup>114</sup> *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et al. v. Barbie*, (1984) 78 ILR 125 at 135.

<sup>115</sup> William A. Schabas, 'Article 29', in Triffterer, *Commentary*, pp. 204–5.



## 5

## SORUŞTURMA VE YARGILAMA ÖNCESİ USUL

Roma Statüsü'nün hazırlanış sürecine katılan bir çok Devlet, ilk başlarda, Mahkeme tarafından takip edilecek usuli rejim konusundaki tartışmaları, kendi adalet sistemlerinin esaslarını uluslararası bir forumda teyit etme imkanı olarak görmüştü. Çoğu kez, almış oldukları eğitimden ya da önyargıdan dolayı, farklı kültürlerin yargı modellerinin usuli konularda alternatif olabileceği ve belki de daha iyi çözümler sunabileceği olasılığını açıkça kavrayamıyorlardı. Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndaki tartışmaları anlatan James Crawford belirtmişti ki, 'hükümetler tarafından görevlendirilmiş hukukçuların her birisinin eğilimi, kendi ceza adalet sisteminin değerlerini ve kurumlarını tercih etmek yönündeydi'.<sup>1</sup> Fakat, Statü hazırlayıcılar, farklı hukuk sistemlerinden öğrenilecek çok şey olduğunun farkına vardı. Bir anlaşmaya varılacak ise, elbette uzlaşmanın gerekli olduğunu da kabul ettiler. Roma Konferansı gözlemcilerinden birinin etkili ve güzel bir şekilde belirttiği gibi: 'common law ile kıta Avrupası hukuku arasındaki savaşın yerini ortak ilkeler ve medeni davranış üzerindeki anlaşma almıştır'.<sup>2</sup> Bu açıdan, *ad hoc* uluslararası ceza mahkemelerinin süredir çalışmaları büyük öneme sahipti. Lahey ve Arusha'daki mahkemeler, 1993 ve 1994'teki kuruluşlarından beri, en iyisini farklı hukuk sistemlerinden ödünç alarak ve bazı durumlarda yenilikçi ve özgün kurallar geliştirerek karşılaştırmalı ceza usulünde büyüleyici uygulamalarda bulunmuştur.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin usuli rejimi büyük ölçüde iki farklı sistemin karışımıdır: Bunlar, İngiliz common law'ın itham sistemi ile Roma-Cermen geleneğinin Napolyoncu yasasının ve diğer Avrupa mevzuatının (genellikle, 'kıta Avrupası Hukuk' sistemi olarak tanımlanmaktadır) tahkik sistemidir. Bu belki aşırı bir basitleştirme, çünkü İngiliz ve kıta Avrupası hukuk modelleri içerisinde, bir ülkeden diğerine çok

<sup>1</sup> James Crawford, 'The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court', (1995) 89 *American Journal of International Law* 404.

<sup>2</sup> Hans-Jörg Behrens, 'Investigation, Trial and Appeal in the International Criminal Court Statute (Parts V, VI, VIII)', (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 113 at 113, n. 2.

büyük çeşitlilik bulunmaktadır. Özellikle Avrupa'da, Devletler son zamanlarda, büyük ölçüde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hükümlerinin bir yansıması olarak ceza usulüne yaklaşımlarını yeniden düşünmeye başlamıştır.<sup>3</sup>

Common law ülkelerinde genel kural olan itham usulünde kovuşturmadan sorumlu makamlar, ya şahsi bir şikayet üzerine ya da resen bir ceza suçlaması hazırlar. Genellikle adillik standartlarına ve masumiyet karinesine uymakla yükümlü olmalarına rağmen, çabaları kendisine suç isnad edilen kişi aleyhine bir dava inşa etmeye yoğunlaşmaktadır. Yargılama başladığında, yargıç önünde hiçbir delil yoktur. Delil, belirli ve genellikle oldukça kayıtlayıcı kurallar uyarınca kabul edilir ve savunma bir delilin kabulüne itiraz edebilir. Bu katı kuralların birçoğunun varlık sebebi, olgulara ilişkin argümanların, değişik türdeki delilleri değerlendirmek için gerekli olan eğitimden ve profesyonel yargıçların içgüdülerinden yoksun ve işin ehli olmayan/lay jüriler tarafından karara bağlanacak olmasıdır. Örneğin, işin ehli olmayan/lay jüri, dolaylı ya da 'başkalarından duyulan şeyin tekraren beyanından ibaret delilin/hearsay evidence değerini takdir etmede güçlük yaşayabilir, oysa profesyonel yargıç, bu delilin genellikle güvenilmez olduğunu bilir. Yargılamada, kovuşturma makamı, suçun ispatına yarayan delilleri sunacaktır ve kendi davasına zararı dokunacağı için aklamaya yönelik delilleri açıkça görmezden gelecektir. Belirli bazı ulusal sistemlerde, kovuşturma makamı sahip olduğu herhangi bir lehte delili savunmaya vermek zorundadır, fakat bu yükümlülük nadiren daha ileriye gitmektedir. Savcılık makamı dosyasını tamamlandığında, deliller suçluluğu ispat için yeterli değil ise, savunma, suçlamaları reddetmek için harekete geçebilir. Deliller yeterli görüldüğünde ise, savunma, kabul edilebilirliği savcılık makamı için de geçerli olan kuralların aynısına tabi olarak, kendi delilleri ile cevap vermeyi seçebilir.

Tahkik sisteminde, sulh yargıçları, genellikle kendisine suç isnad edilen kişiye haber vermeksizin, delil toplama ve tanıklarla görüşme yoluyla davayı hazırlar. Sulh yargıcı, işini yansızlıkla ve tarafsızlıkla yapma yükümlülüğü altında olan ve hem suçlamaya hem de aklamaya yönelik delilleri toplamak zorunda olan bir yargısal görevlidir. Tanık ifadeleri dahil toplanan delil, yargılama başlamadan önce mahkemeye sunulur. Genellikle, yargılama, bu noktada itham sistemine daha çok yaklaşır, çünkü hem kovuşturma makamı hem de savunma yargısal tartışmalara katılır.

<sup>3</sup> Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris: Editions du Seuil, 1994.

Yargılama yargıçları, daha sonra dava dosyasındaki delilleri takdir edebilir ya da taraflardan birinin talebi üzerine ya da resen ek delil sunulmasını talep edebilir. Delil kuralları, tahkik sisteminde, itham sisteminde olduğu kadar teknik değildir, bunun nedeni esasen, tahkik sisteminde delillerin, common law hukuk sisteminde olduğu gibi işin ehli olmayan/lay jürilerden ziyade, profesyonel yargıçlar tarafından değerlendiriliyor olmasıdır.

Tahkik sistemi çerçevesindeki yargılamalar, common law'daki benzerlerine göre genellikle daha kısadır, çünkü delillerin çok büyük bir bölümü yargılama başlamadan önce zaten mahkeme dosyasına sunulmuştur. Common law yargılamaları, daha uzun ve muhtemelen daha kapsamlı olma eğilimindedir, fakat az sayıda common law yargılaması gerçekleşmektedir. Çünkü common law yargılama işlemleri çok karmaşıktır ve davaların sadece küçük bir yüzdesinde gerçekten yargılama yapılmaktadır. Davaların çok büyük bir bölümü, benzer davalardaki kendi tecrübelerine dayanarak bir yargılamanın olası sonucuyla ilgili olarak makul bir uzlaşmaya genellikle varabilen savcı ile müdafî arasındaki bir anlaşmayla çözülmektedir. Sanık, hem savunmanın hem de iddia makamının avukatları tarafından kabul edilen bir suçlamaya karşılık olarak suçluluğunu kabul eder ve suçun kabulü, kısa bir incelemeden sonra, yine genellikle hem savunma hem de iddia makamının avukatlarının tavsiyesini takiben bir ceza belirleyen bir yargılama yargıcı tarafından sadece onaylanır. Tahkik sistemi, böylesine bir 'savcı ile sanık avukatı arasındaki anlaşma'ya izin vermez ve sulh hakimi, kendisine suç isnad edilen kişinin suçluluğu konusunda yargılama yargıçlarını tatmin edecek delilleri hazırlayana dek bir mahkumiyet kararı verilmesi olanaksızdır.

Roma Statüsü, her iki sistemi de kullanarak bir itham sistemi yaklaşımı öngörmektedir, fakat bu yaklaşımda Mahkeme, usule müdahale etme ve usulü denetleme yetkilerine sahiptir. Tahkik sistemi, savunmanın haklarına yönelik güvencelerin yetersizliğinden ötürü, common law hukukçuları tarafından genellikle eleştirilmesine rağmen uluslararası bağlamda, savunmanın işbirliği yapmayan Devletlerde delil elde etmede ve tanıklarla görüşmede aşılabilir engellerle karşılaşabileceği durumda, tahkik sistemi, sonuçta daha iyi bir yaklaşım olduğunu kanıtlayabilir. Bundan dolayı, Uluslararası Ceza Mahkemesi, soruşturma aşamasında meseleleri denetlemek için Statü çerçevesinde geniş yetkilere sahiptir. Hem Savcı hem de Ön-Yargılama Dairesi, bu bakımdan özellikle önem arz etmektedir ve sa-

vunmanın hazırlanmasına yardımcı olacak aklamaya yönelik delilleri belirleme ve güvence altına alma konusunda özel sorumluluklara sahiptir.<sup>4</sup>

### **Kovuşturmanın başlaması**

Bir vakayı kovuşturma girişimi, üç kaynaktan doğabilir: bir taraf Devlet, Güvenlik Konseyi ya da Savcı.<sup>5</sup> Müzakereler jargonunda bu, ‘tetikleme mekanizması’ olarak biliniyordu. Uluslararası örgütlerin, bireylerin, hükümetler dışı örgütlerin ve Statü’ye taraf olmayan Devletlerin, yargılama işlemlerini başlatma hakkı resmen tanınmamıştır. Fakat, uygulamada, bunların tümü Savcı ile irtibat kurabilir ve Savcıyı harekete geçmeye ikna edebilir.

Savcıya, kovuşturmayı başlatma yetkisinin verilmesi, ulusal adalet sistemlerine en koşul olan mekanizma olmakla birlikte aynı zamanda da en tartışmalı olanı idi. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun hazırladığı taslak statü, Savcı’ya bu tür bir yetki vermiyordu. Komisyon, mahkemeyi, bir davayı tek başlarına başlatmakla yetkilendirilmiş olan ‘Statüye Taraf Devletler ve belirli davalarda Güvenlik Konseyi için var olan bir imkan’ olarak tasarlamıştı.<sup>6</sup> Statünün hazırlanması sürecinde, ‘benzer görüşlü ülkeler’ ve hükümetler dışı örgütler, *proprio motu/resen* harekete geçecek bir savcıyı, savaş cephelerinden biri yaptılar. Bağımsız bir savcı kavramı, zamanı gelmiş bir fikirdi ve statünün hazırlık sürecinin göz önüne serdiği üzere kararlı bir ivme kazanmıştı.<sup>7</sup> Kovuşturmaya ilişkin bağımsız yetkiler lehine eğilim, Roma Statüsü hazırlanırken *ad hoc* mahkemelerde görevli olan savcılar Richard Goldstone ve Louise Arbour’un temsil ettiği son derece olumlu sorumluluk sahibi görevli modeli ile oldukça güçlenmişti.

<sup>4</sup> Leila Nadya Sadat and S. Richard Carden, ‘The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution’, (2000) 88 *Georgetown Law Journal* 381 at 399–400.

<sup>5</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, UN Doc. A/CONF.183/9 (bundan sonra ‘Roma Statüsü’), Md. 13.

“Roma Statüsü”nün Türkçe serbest çevirisi için bkz., Enver Bozkurt, **Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şirketi, Ankara, 1999 (2. Baskı), sf:609-679; **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 1-80. (ç.n.)

<sup>6</sup> ‘Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Sixth Session, 2 May–22 July 1994’, UN Doc. A/49/10, pp. 89–90.

<sup>7</sup> Silvia A. Fernandez de Gurmendi, ‘The Role of the International Prosecutor’, in Roy Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 175–88.

Savcılık makamının HDÖ-dostu bir savcının doldurabileceğinden korkan bazı güçlü Devletler, bu fikre şiddetle karşı çıktı. Bu Devletler, çatlak bir Amerikalı nükleer bilim adamının kontrolünü kaybettiği ve bizzat bir nükleer savaş başlattığı klasik bir sinema filmine gönderme yaparak, ‘Doktor Strangelove savcı’ ibaresini kullanmışlardı. Roma Konferansı sırasında, Amerika Birleşik Devletleri belirtmişti ki, bağımsız bir savcı ‘sadece Mahkeme’nin görevi ile kovuşturmanın bağımsızlığına ve etkililiğine ilişkin ilkeleri geliştirme yolunda çok az şey sunmakla kalmayıp, aynı zamanda, Savcı’nın ana görevi olan en korkunç suçları tamamen ve adil bir şekilde soruşturmayı çok daha güçleştirecektir’.<sup>8</sup> Her halükarda, Morten Bergsmo’nun yazdığı gibi, ‘Savcının, *etkili* bir şekilde çalışabilmek için hala Güvenlik Konseyi’ne ihtiyacı vardır’<sup>9</sup> çünkü Güvenlik Konseyi’nin Savcı’nın sahip olmadığı zorlayıcı yetkileri vardır.

Muhafazakarların korkularına, Mahkeme yargıçlarının, savcılık makamının takdir yetkisini denetleyebileceği hükümlerle biraz hak verilmişti. Sonuç olarak, Savcı’nın bir davanın soruşturmasını *proprio motu/resen* üstlenme kararı, üç yargıçtan oluşan Ön-Yargılama Dairesi’nin onayına tabi kılınmıştır. Savcı, bir soruşturmayı yürütmek için bir ‘makul temel’ olduğu sonucuna vardığında, soruşturma yapabilmesi için izin verilmesi amacıyla Ön-Yargılama Dairesi’ne bir talepte bulunmak zorundadır.<sup>10</sup> Bu aşamada, yargıçlara destekleyici materyaller sağlanacaktır. Mağdurlar, bu işlemler sırasında, muhtemelen soruşturma yapılmasına izin verilmesi talebini desteklemek için, özel olarak ‘sunumlar yapma’ hakkına sahiptir. Ön-Yargılama Dairesi, davanın Mahkeme’nin yargı yetkisine girdiğine ilişkin bir ön belirleme yapmaya ek olarak, soruşturma için bir ‘makul temel’ bulunduğunu da teyit etmek zorundadır.<sup>11</sup> Bu, yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik hususlarının kesin olarak karara bağlandığı anlamına gelmemektedir ve Mahkeme, ilk değerlendirmelerini, sonraki bir safhada

<sup>8</sup> ‘The Concerns of the United States Regarding the Proposal for a ProprioMotu Prosecutor’, 22 June 1998, p. 1.

<sup>9</sup> Morten Bergsmo, ‘The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11–19)’, (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 29 at 41 (vurgu eserin orijinalinde bulunmaktadır).

<sup>10</sup> Rules of Procedure and Evidence, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.3, Kural 50.

“Usul ve Delil Kuralları”nın Türkçe serbest çevirisi için bkz., **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, (çev. Gülay Arslan), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 123-212. (ç.n.)

<sup>11</sup> Roma Statüsü, Md. 15(4).

değiştirme konusunda engellenmemiştir. Ön-Yargılama Dairesi, Savcı'nın talebini reddeder ise, Savcı yeni olgulara ve delillere dayanarak her zaman yeni bir izin talebi ile geri gelebilir.

Statü, Savcı'nın 'bilgilere dayanarak' *proprio motu* (kendi inisiyatifi ile hareket etmek için kullanılan Latince hukuk terimi) harekete geçebileceğini belirtmektedir. Böyle bir bilgi, bir yerden gelmelidir.<sup>12</sup> Aslında Statü, Savcıyı, Devletlerden (Statü, bu Devletlerin taraf devletler olması gerekip gerekmediğini belirtmemektedir), Birleşmiş Milletler organlarından, hükümetler arası ya da hükümetler dışı örgütlerden 've uygun göreceği diğer güvenilir kaynaklardan' 'bilgi' edinmeye davet etmektedir.<sup>13</sup> Savcı, sağlanan bilginin işlemlere başlamayı haklılaştırmadığına pekala karar verebilir, fakat böyle bir durumda, bilgiyi sağlayanları bu karar hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu durumdan memnun olmayan bilgi kaynağının, başvurabileceği başka bir yol yoktur ve Savcı'nın kararına itiraz ya da bu kararı temyiz etmek mümkün değildir, fakat Statü sunulacak yeni olgular imkanını açıkça düzenlemektedir.<sup>14</sup>

Savcı, soruşturmak ve kovuşturmak için uygun davaları titizlikle seçmek zorunda olacaktır. EYUCM Savcısı Louise Arbour'un, Hazırlık Komitesi'nin Aralık 1997 oturumunda verdiği bir beyanatta not ettiği üzere, ulusal ve uluslararası kovuşturma arasında büyük bir fark vardır ve bu fark savcının kayıtlanmamış takdir yetkisinde yatmaktadır. Ulusal bir bağlamda, önemsiz ya da *de minimis* derecesinin ötesine geçen tüm suçların kovuşturulacağına dair bir varsayım vardır. Fakat tamamlayıcılık ilkesine dayanan uluslararası bir mahkeme önünde 'kovuşturma takdir yetkisi oldukça geniştir ve kovuşturmaya dair bu takdir yetkisinin, kendisine dayanılarak kullanılacağı ölçütler açıkça tanımlanmamıştır ve karmaşıktır. İki Mahkeme'nin bugüne kadarki çalışmalarına dayanan kendi deneyimime göre inanıyorum ki, bir Savcıya yöneltilecek gerçek itiraz, zayıf ya da önemsiz olan şikayetleri elemekten ziyade bir çok esaslı şikayet arasından uluslararası müdahaleye uygun olanları seçmektir.'<sup>15</sup>

<sup>12</sup> *Ibid.*, Md. 15(1).

<sup>13</sup> *Ibid.*, Md. 15(2).

<sup>14</sup> *Ibid.*, Md. 15(6).

<sup>15</sup> 'Statement by Justice Louise Arbour to the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, December 8, 1997', pp. 7-8.



Statü'deki ikinci 'tetikleme mekanizması', taraf Devlet havalesi-dir/referral. Statüye taraf bir Devlet, 'Mahkeme'nin yargı yetkisine dahil bir ya da daha fazla suçun işlenmiş görüldüğü bir durumu, Savcının, bu durumu söz konusu suçların işlenmesinden ötürü bir ya da daha fazla belirli kişinin itham edilmesinin gerekip gerekmediğini belirlemek için soruşturmasını talep ederek' havale edebilir.<sup>16</sup> Taraf Devlet aslında, bir bireyi ihbar etmemekte, fakat sadece, sorumluluk sahibi vatandaşların bir suçun işlenmiş olduğuna inandıkları konusunda polisi ya da savcılarını, sorumlu kişinin kimliğini açıklama zorunluluğu olmaksızın bilgilendirebildiği ulusal bir adalet sistemi ile hemen hemen aynı şekilde, bir 'durumu' ihbar etmektedir. Devletler, Mahkeme'ye yargı yetkisini bırakmada özgecil düşüncelerden esinlenebilir fakat muhtemelen siyasi gündemden de etkilenecektir. Bu mekanizmanın gerçekten ne sıklıkta kullanılacağı konusunda birçok şüphe bulunmaktadır. Devletlerin, diğer Devletlerdeki insan hakları ihlallerini ihbar etmesine izin veren bir ölçüde benzer sistemler, çeşitli uluslararası andlaşmalarda mevcuttur fakat bunlardan sadece birinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bu yol gerçekten kullanılmıştır ve bu Sözleşme çerçevesinde de sadece nadiren başvurulmuştur.<sup>17</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun ilk taslağında, taraf Devlet havalesi, bir davayı Mahkeme önüne getirmenin, elbette Güvenlik Konseyi davasının özel durumu hariç, tek yoluydu. Bu, yazılı bir tarih hatası haline gelebilir çünkü Mahkeme'nin bir meseleyle ilgilenmesini arzu eden Devletler çok büyük ihtimalle Savcıya kulis yapacaktır. Sonuç aynı olacaktır fakat aleni ihbara eşlik eden diplomatik rahatsızlıklardan kurtulacaklardır.

Son olarak, kovuşturma, Güvenlik Konseyi'nin talebi üzerine üstlenilebilir.<sup>18</sup> Statü, Güvenlik Konseyi'nin havalesi bakımından, Konsey'in Birleşmiş Milletler Şartı Bölüm VII çerçevesinde hareket etmesi gerektiğini belirtmek dışında hiçbir ek detay ya da şart öngörmemektedir. Güvenlik Konseyi, kovuşturmaları eski Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin yolundan takip etmeye karar verir ise, tasarlanan şey, Mahkeme'nin bir çeşit daimi *ad hoc* mahkeme olarak kullanımınıdır. Burada önemli bir fon sorunu ortaya çıkmaktadır. Resmen Konsey tarafından kurulmuş olan mahkemelerin, Birleşmiş Milletler kaynaklarından finanse edilmeleri do-

<sup>16</sup> Roma Statüsü, Md. 13(a) ve 14.

<sup>17</sup> Daniel D. Ntanda Nsereko, 'The International Criminal Court: Jurisdictional and Related Issues', (1999) 10 *Criminal Law Forum* 87 at 109.

<sup>18</sup> Roma Statüsü, Md. 13(b).

ğaldır. Fakat Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler'in bir organı değildir ve Mahkeme'nin imkanlarının Birleşmiş Milletlere adeta bedava sunulması makul görünmemektedir. Eğer Konsey, Mahkeme'yi harekete geçirir ise, yargı yetkisi gibi konular bakımından Statü'nün parametreleri içinde yaşamaya hazırlıklı olmak zorundadır. Örneğin Konsey, 1970'lerin sonlarında Kamboçya'da Kızıl Khmer'ler tarafından işlenen gaddarlıkları değerlendirmesini Mahkeme'den talep edemez, çünkü Statü Madde 11 açıkça Mahkeme'nin, Statü'nün yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçları yargılayamayacağını belirtmektedir. Bu tür durumlarda, Konsey'den ek bir *ad hoc* mahkeme kurması talep edilecektir. Aynı nedenle, Konsey, mevcut *ad hoc* mahkemelerin yetkilerini yeni Mahkeme'ye transfer edemez. Güvenlik Konseyi'nin diğer kabul edilebilirlik kriterlerini de karşılaması ve tamamlayıcılık ilkesine riayet etmesi gerekip gerekmediği belirsizliğini sürdürmektedir, ki bunlar, Roma Konferansı'nda bilerek çözümsüz bırakılmış hususlar olarak görünmektedir.<sup>19</sup>

Bir Devletin havalesi ya da Güvenlik Konseyi'nin talebi üzerine kovuşturma başlatıldığında, Savcı'nın kovuşturmaya devam edip etmeme konusunda bir takdir yetkisinin olmadığı görülecektir. Bununla birlikte Statü, bu tür durumlarda Savcı'nın, bir soruşturma başladıktan sonra, soruşturmanın devamına yer olmadığına çabucak karar verebilmesi imkanını tanımıştır. Savcı tarafından uygulanacak olan standart, kovuşturma için 'yeterli temel' olmasıdır. Savcı, kovuşturma için yeterli temel olmadığı sonucuna vardığı zaman, bu durum hakkında Ön-Yargılama Dairesini ve koşullara göre, havale eden Devleti ya da Güvenlik Konseyi'ni bilgilendirmek zorundadır. Savcı, kovuşturmaya devam etmeme kararının gerekçelerini belirtecektir. Statü belirtmektedir ki, Savcı 'yeterli temel' olmadığı sonucuna varabilir zira bir yakalama müzekkeresi ya da mahkemeye çağrı/celpname sağlamak için yeterli bir hukuki ya da maddi temel yoktur, çünkü dava Madde 17'nin şartlarına göre kabul edilemezdir ya da 'suçun ağırlığı, mağdurların menfaati ve fail olduğu iddia edilen kişinin yaşı ile bedensel ve zihinsel maluliyeti ve iddia edilen suçtaki rolü dahil tüm koşullar dikkate alındığında, adaletin yararına değildir'.<sup>20</sup> Davayı başlatana bağlı olarak, taraf Devlet ya da Güvenlik Konseyi, Savcı'nın kovuşturmaya devam etmeme kararının yeniden incelenmesi için Ön-Yargılama

<sup>19</sup> Ruth B. Philips, 'The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility', (1999) 10 *Criminal Law Forum* 61 at 73; ayrıca bkz., *ibid.*, p. 81.

<sup>20</sup> Roma Statüsü, Md. 53(2).

Dairesi'ne başvurabilir.<sup>21</sup> Statü, Ön - Yargılama Dairesi'nin, Savcı'dan kararını tekrar değerlendirmesini 'talep' edebileceğini belirtmektedir. Kullanılan dil ılımlıdır, soruşturma ya da soruşturmama konusundaki nihai takdir yetkisinin Savcı'da olduğunu ima etmektedir.

### **Yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik hakkındaki kararlar**

Bölüm 4'te ayrıntılı bir şekilde tartışılan tamamlayıcılık ilkesi, Mahkeme'nin, ulusal hukuk sistemlerinin halihazırda bakmakta olduğu bir davayı soruşturmasını ya da yargılmasını engellemektedir. Devlet egemenliğini korumak ve tamamlayıcılık ilkesinin etkili bir şekilde uygulanmasını temin etmek için, Statü, soruşturmanın sürdürülebilmesinden önce yerine getirilmesi gereken zahmetli bir usulü Savcıya yüklemektedir. Yargı yetkisi ya da kabul edilebilirlik temellerinde itiraz edilmelerine izin verilen iki ayrı ön işlem, Statü'de öngörülmektedir. İlki, Madde 18'de düzenlenmektedir, 'Kabul edilebilirliğe ilişkin ön kararlar' başlığını taşımaktadır ve sadece bir taraf Devlet'in havalesi ya da Savcı'nın inisiyatifi ile başlatılan soruşturmalara uygulanır. İkincisi, Madde 19'da düzenlenmektedir, 'Mahkeme'nin yargı yetkisine ya da bir davanın kabul edilebilirliğine itiraz' başlığını taşımaktadır ve Mahkeme önündeki davalara genel olarak uygulanmaktadır.

Güvenlik Konseyi tarafından gönderilenler/havale edilenler hariç tüm davalara uygulanan Madde 18 uyarınca, Savcı'nın bir soruşturmaya devam etme niyetini alenileştirmesi gerekmektedir. Statü'ye taraf tüm Devletlere ve ilgili suç üzerinde olağan yargı yetkisi kullanabilecek herhangi bir Devlete ve tüm Devletlere bildirimde/notice bulunması gerekmektedir. Uygulamada, bu, suçun işlendiği Devletin ve suçlu olduğu iddia edilen kişinin vatandaşı olduğu Devletin normal olarak bilgilendirileceği anlamına gelmektedir. Doğrusu, bu şartın geniş bir yorumu ile, dünyadaki tüm Devletlerin, evrensel yargı yetkisi kavramına göre bu suçlar üzerinde olağan olarak yargı yetkisi kullanabilecekleri için bilgilendirilecekleri ileri sürülebilir. Statü, Savcıyı böyle bir bildirimde gizlilik temelinde yapması ve sağlanan bilginin kapsamını, kişileri korumak, delillerin ortadan kaldırılmasını ya da şüphelilerin kaçmasını önlemek için sınırlandırması konusunda yetkilendirmektedir.<sup>22</sup> Fakat, suç üzerinde yargı yetkisine sahip en

<sup>21</sup> *Ibid.*, Md. 53(3); Usul ve Delil Kuralları, Kural 107-110.

<sup>22</sup> Roma Statüsü, Md. 18(1).

azından bir Devlet, neredeyse her zaman şüphelilerle suç ortaklığı yapacağı için Savcı, muhtemelen gafil avlamanın tüm özelliğini kaybedecektir. Fakat, bu şartın sonuçları hakkında aşırı karamsar olmak için muhtemelen çok erken. *Ad hoc* mahkemeler, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı tarafından iletilecek olanla aynı türdeki bilgi, bilinen bir gerçek olmasına rağmen şüphelileri yakalayabilmiş, delil temin edebilmiş ve tanıkları koruyabilmiştir. Devletlerin, Savcı'nın bildirimini aldıktan sonra, söz konusu suçları soruşturmakta ya da soruşturmuş oldukları konusunda Savcıyı bilgilendirmek için bir aylık süreleri vardır. Aslında Devletler, Madde 17'de düzenlenen tamamlayıcılık ilkesi uyarınca davanın kabul edilemez olduğunu düşündükleri konusunda Savcıyı bilgilendirmektedirler. Böyle bir bildirim alınması üzerine, Ön-Yargılama Dairesi'nden başka bir yetkilendirme sağlanmadıkça, Savcı daha ileriye gidemez.<sup>23</sup> Bu yüzden, 'kabul edilebilirliğe dair bir ön karar' için Ön-Yargılama Dairesi'ne başvuran Savcıdır. Ön-Yargılama Dairesi, soruşturmaya devam etmek için 'makul bir temel' olup olmadığını tespit edecektir. Ön-Yargılama Dairesi, yetkilendirmeyi reddeder ise Savcı daha sonra yeni olgularla ya da delillerle geri gelebilir. Her iki taraf da, Ön-Yargılama Dairesi'nin kararını temyiz edebilir. Savcı, Madde 18 işlemleri başladığında, delilleri korumak için geçici önlemlere başvurabilir.

Davaların kabul edilebilirliğine ilişkin bir ikinci değerlendirme, Madde 19'da öngörülmektedir. Madde 19 usulü, Mahkeme önündeki tüm davalara, hatta Güvenlik Konseyi tarafından havale edilen bir durumdan kaynaklanana bile uygulanmaktadır. İlk etapta Mahkeme'nin bir dava üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu konusunda kendisini ikna etmesi gerekmektedir, bu her halükarda zorunlu olan bir yetkidir.<sup>24</sup> Ek olarak, Mahkeme, Madde 17 kriterlerine göre, bir davanın kabul edilebilirliğini kararlaştırabilir. Mahkeme'nin kendi değerlendirmesinin sonucu her ne olursa olsun, Madde 19, kendisine suç isnad edilen kişi ya da dava üzerinde yargı yetkisine sahip bir Devlet ve hatta Savcı tarafından Mahkeme'nin yargı yetkisine ya da bir davanın kabul edilebilirliğine itiraz edilmesini mümkün kılmaktadır. Yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik hususları, iddianamenin kabulünden önce ileri sürülebilir, ki bu durumda söz

<sup>23</sup> *Ibid.*, Md. 18(1).

<sup>24</sup> Christopher K. Hall, 'Article 19', in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 403–18 at p. 407.

konusu hususlar Ön-Yargılama Dairesi tarafından görülür, ya da bu hususlar iddianamenin kabulünden sonra ileri sürülebilir, ki bu durumda da Yargılama Dairesi tarafından görülür.

Statü açıkça Mahkeme önünde, Savcı'nın ve Devletin, sanıkla birlikte katılacağı bir duruşma öngörmektedir ve tüm taraflar, kararı Temyiz Dairesinde temyiz etmeye yetkilidir. Bu bezdirici usul sırasında çok zaman geçecek olması, Roma Statüsü hazırlayıcılarının, soruşturmaya ilgili olarak Mahkeme tarafından yetkilendirilecek geçici adımlar için özel bir izni düzenlemesine yol açtı. Böylece Savcı, Ön-Yargılama Dairesi'nin bir kararına kadar, 'önemli bir delil elde etmek için tek bir fırsat ya da bu delilin daha sonra ulaşılabilir/mevcut olması konusunda önemli bir risk bulunduğu' delili korumak amacıyla, 'istisnai bir temelde', soruşturma yapmak için yetkilendirilmeye çalışabilir.<sup>25</sup> Savcı, Devletin, konuyu soruşturmakta olduğu şeklindeki iddiasına itiraz etmemeye karar verir ise, bu kararını altı ay sonra ya da Devletin soruşturma yapma konusundaki isteksizliği ya da olanaksızlığı bakımından koşullarda önemli bir değişiklik olduğunda herhangi bir zamanda yeniden inceleyebilir. Savcı, Devlet'in 'isteksizliği' hususunu süre giden denetimi için Devlet'ten soruşturmaların ilerlemesi ve sonraki kovuşturmalar hakkında periyodik güncellemeler sağlamasını talep etme yetkisine sahiptir.<sup>26</sup>

## Soruşturma

Savcı, 'bu Statü çerçevesinde bir cezai sorumluluğun var olup olmadığını değerlendirmeye ilişkin tüm olguları ve delilleri kapsayacak şekilde soruşturmayı genişletecektir ve, böyle yaparak, suçlayıcı ve aklayıcı koşulları eşit bir şekilde soruşturacaktır'.<sup>27</sup> Bu hükmün lafzı, son derece yansız ve tarafsız bir Savcıya işaret etmektedir. Böyle bir Savcı, common law'ın iddia makamı avukatından ziyade kıta Avrupası hukuk sisteminin sorgu hakimine ya da *juge d'instruction* benzemektedir. Bu hüküm, common law ile Roma Cermen usuli modelleri arasında bir denge bulmaya çalışan statü hazırlayıcıların çabalarının pek çok örneğinden biridir.<sup>28</sup> Aynı hükümde, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım

<sup>25</sup> Roma Statüsü, Md. 18(6). Ayrıca bkz., Md. 95.

<sup>26</sup> *Ibid.*, Md. 18(5).

<sup>27</sup> *Ibid.*, Md. 54(1).

<sup>28</sup> Morten Bergsmo and Pieter Kruger, 'Article 54', in Triffterer, *Commentary*, pp. 715–25 at p. 716.

soruşturmalarının genellikle dikkat isteyen ve oldukça hassas yapısını hatırlatılmaktadır. Savcı, mağdurların ve tanıkların menfaatlerine ve kişisel koşullarına saygı gösterecektir ve cinsel şiddet, toplumsal cinsiyete/gender dayalı şiddet ya da çocuklara karşı şiddet ile ilgili konularda özellikle düşünceli olacaktır.<sup>29</sup>

Ulusal ve uluslararası adalet sistemleri arasındaki büyük farklılıkların dikkati çektiği safha, soruşturma safhasıdır. Bir ulusal adalet sisteminde, kovuşturma makamı, tanıklara ve arama ya da el koyma söz konusu olduğunda yargısal izne tabi olarak maddi delillere az ya da çok sınırsız bir şekilde ulaşmaktadır. Mesele, uluslararası bir mahkeme için bu kadar basit değildir, çünkü Savcı, egemen Devletlerin ülkesinde soruşturmaları yürütmek zorundadır. Soruşturma, ulusal hukuk sisteminin, Savcılık makamının girişimlerini kabul etme konusundaki istekliliğine bağlıdır. Bu, Statü'nün tarafı olmayan Devletler ya da kendilerinin bu tür bir soruşturma ile tehdit edildikleri sonucunu çıkaran Devletler durumunda özellikle güç olacaktır, ki bu oldukça muhtemel bir senaryodur.

Savcı'nın bir soruşturma sırasındaki yetkileri, delillerin toplanmasını ve incelenmesi ile şüphelilerin, mağdurların ve tanıkların bulunmasını ve sorgulanmasını içerir. Bu noktada Savcı, Devletlerin ya da hükümetler arası örgütlerin işbirliğini sağlamaya çalışabilir ve hatta bu işbirliğini kolaylaştırmak için gerekli olan düzenlemeleri ya da anlaşmaları yapabilir. Savcı aynı zamanda, gizlilik şartıyla ve sadece yeni delil sağlamak amacıyla elde edilmiş olan materyalin ifşa edilmemesini kabul edebilir.<sup>30</sup> Bu hükmün sonucu, böyle bir bilgiyi, savunmaya ifşa etmeyi gerektiren herhangi bir şarttan korumaktır.

Statünün hazırlanması sırasında gönderme yapıldığı şekliyle, Savcı'nın 'yerinde soruşturmalar' yürütebilmesi, oldukça tartışmalıydı. Bazı delegasyonlar, Devletlerarası işbirliği durumunda söz konusu olduğu üzere, soruşturma yapmanın sadece söz konusu Devletin yetkisi/ayrıcılığı olduğu görüşünü ileri sürerek, buna açıkça muhalefet etmişti. Sonunda Savcı'nın, bir Devletin ülkesinde, önceden onun rızasını ya da işbirliğini *sağlamadan*, belirli soruşturma adımları üstlenmesine Statü'de izin verildi. Fakat bu tür herhangi bir soruşturma, yargısal izne bağlıdır. Bu yüzden, Önyargılama Dairesi'nin, bu tür herhangi bir önleme izin vermesi ge-

<sup>29</sup> Roma Statüsü, Md. 54(1)(b).

<sup>30</sup> *Ibid.*, Md. 54(3)(e).

rekmedir ve bunu ancak, Devletin, kendi yargı sistemi içerisinde uygun herhangi bir makamın olmamasından ötürü bir işbirliği talebini açıkça yerine getiremediğinin belirlenmesinden sonra yapabilir.<sup>31</sup> Uygulamada, böyle bir yetki, Fabricio Guariglia'nın belirttiği gibi, 'kullanışlı değildir ve etkili bir şekilde kullanılamaz'.<sup>32</sup> Başka bir yerde, Statü, Savcı'nın bir Devlet içerisinde o Devlet'in rızası olmaksızın delil elde etmesine ve tanıklarla görüşmesine izin vermektedir, fakat bunların hepsi gönüllük temelinde ve o Devletten izin almaya çalıştıktan sonra gerçekleştirilecektir.<sup>33</sup>

Bir taraf Devlet'in, 'kendi yargı sisteminde, işbirliği talebini yerine getirmekle yetkili bir makamın ya da unsurun olmayışından dolayı bir işbirliği talebini yerine getiremediği' durumlar ortaya çıkabilir. Bu tür durumlarda, Ön-Yargılama Dairesi, Savcıyı o Devletin ülkesinde onun rızası olmaksızın soruşturmaya ilişkin bazı adımlar atması konusunda yetkilendirebilir, fakat Statü bunun, 'ilgili Devletin görüşleri dikkate alınarak ne zaman mümkün olursa' yapılacağını vurgulamaktadır.<sup>34</sup>

Devletler, suçları soruşturmasında Mahkeme ile işbirliği yapma genel yükümlülüğü altındadır.<sup>35</sup> Devletler bu işbirliğini sağlamak için yürürlükte ulusal hukuk hükümleri olduğunu temin etmek zorundadırlar.<sup>36</sup> Fakat Statü'ye taraf Devletler için yeterince açık görünen bu yükümlülüğün formülasyonu, Roma'da güçlük çıkartmıştı. Phakiso Mochochoko'ya göre, 'delegasyonlar, işbirliğinin, Mahkeme'nin dayanabileceği bir hukuki yükümlülük konusu olarak tanımlanmasının gerekip gerekmediği ya da bu işbirliğinin, belirli bir Devletin isteğine ya da koşullarına tabi olarak, belirsiz bir değişken olarak kalmaya devam etmesi gerekip gerekmediği hususunda ikiye ayrılmıştı'.<sup>37</sup> Sonuçta oluşan uzlaşma, işbirliği bakımından kesin yükümlülükler belirlemektedir, fakat aynı zamanda daha genel ola-

<sup>31</sup> *Ibid.*, Md. 57(3)(d).

<sup>32</sup> Fabricio Guariglia, 'Investigation and Prosecution', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 227-38.

<sup>33</sup> Roma Statüsü, Md. 99(4). Bkz., Kimberly Prost and Angelika Schlunck, 'Article 99', in Triffterer, *Commentary*, pp. 1135-42.

<sup>34</sup> Roma Statüsü, Md. 57(3)(d).

<sup>35</sup> *Ibid.*, Md. 86.

<sup>36</sup> *Ibid.*, Md. 88.

<sup>37</sup> Phakiso Mochochoko, 'International Cooperation and Judicial Assistance', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 305-17 at p. 306.

rak, taraf Devletler'in Mahkeme ile 'tamamen işbirliği' yapmasını gerektirmektedir.

Mahkeme'nin kurduğu mekanizmalar, Devletlere büyük ölçüde tanıdık gelecektir, çünkü adli yardıma ilişkin iki taraflı ya da çok taraflı anlaşma formunda olup halihazırda mevcut olan anlaşmalara çok benzerdir. İşbirliği talepleri, diplomatik kanaldan ya da her bir taraf Devletçe belirlenmiş diğer uygun bir mekanizmadan iletilecektir.<sup>38</sup> Talep, Devletin kendi resmi dilinde<sup>39</sup> ya da Devlet tarafından belirlenen bir dilde formüle edilecektir. Devletler'in talebin gizliliğini, talebin gerçekleştirilmesi için gerekli olduğu kadarı dışında, korumaları gerekmektedir.<sup>40</sup> Talepler, İnterpol ya da uygun bir bölgesel polis teşkilatı aracılığıyla da iletilebilir. Yardım başvuruları, genel bir kural olarak, yazılı yapılacaktır ve hukuki temeli ve dayanakları dahil olmak üzere talebin amacına ilişkin kısa bir açıklama içerecektir.<sup>41</sup>

Mahkeme'nin yetkilendirildiği işbirliğinin özel şekilleri, Statü Madde 93'de sıralanmaktadır, fakat soruşturmayı kolaylaştırmak amacıyla, talepte bulunulan Devletin yasaklamadığı herhangi bir türdeki yardımı sağlamak şeklinde daha genel bir yükümlülük vardır. Taraf Devletlerin, şu hususlarda yardım sağlaması gerekmektedir: kişilerin kimliğinin tespit edilmesi ve nerede olduklarının belirlenmesi ya da maddelerin yerinin saptanması; yeminli ifade dahil delil elde etme ve Mahkeme'ye gerekli olan uzman/bilirkişi görüşleri ve raporlar dahil delil üretme; zanlıların sorgulanması; belgelerin tebliğ edilmesi; kişilerin tanık ya da uzman/ bilirkişi

<sup>38</sup> Roma Statüsü, Md. 87(1)(a); Usul ve Delil Kuralları, Kural 176–180. Çeşitli Devletler, diplomatik kanalları, Adalet Bakanlığını ya da Savcılık Makamını belirleyen beyanlarda bulunmuştur.

<sup>39</sup> Bir dizi Devlet, taleplerin iletileceği dili belirten, aksi takdirde resmi bir çevirisinin sağlanmasını talep eden bir beyanda bulunmuştur: Andorra (Fransızca ya da İspanyolca), Arjantin (İspanyolca), Avusturya (Almanca). Belçika (ülkenin resmi dillerinden biri), Brezilya (Portekizce), Kıbrıs (İngilizce), Kongo Demokratik Cumhuriyeti (Fransızca), Danimarka (Danca ya da İngilizce), Mısır (Arapça ve İngilizce), Estonya (Estçe ya da İngilizce), Finlandiya (Fince, İsveççe ya da İngilizce), Fransa (Fransızca), Gambiya (İngilizce), Almanya (Almanca), Macaristan (İngilizce), Letonya (Letonca), Lihtenştayn (Almanca), Namibya (İngilizce), Norveç (İngilizce), Polonya (Lehçe), Portekiz (Portekizce), Romanya (İngilizce), Slovakya (Slovakça), İspanya (İspanyolca), İsveç (İngilizce ya da İsveççe), İsviçre (Fransızca, Almanca ya da İtalyanca), Birleşik Krallık (İngilizce) ve Uruguay (İspanyolca).

<sup>40</sup> Roma Statüsü, Md. 87(3).

<sup>41</sup> *Ibid.*, Md. 96(2).



olarak gönüllü şekilde Mahkeme önüne çıkmalarının kolaylaştırılması; mezarların açılması ve mezarlıkların incelenmesi dahil olmak üzere yerlerin/places ya da alanların incelenmesi; arama ve el koyma işlemlerinin yerine getirilmesi; resmi kayıtlar ve belgeler dahil olmak üzere kayıtların ve belgelerin sağlanması; mağdurların ve tanıkların korunması ve delillerin muhafaza edilmesi; ve kazançların, mülkiyetin ve mal varlığının ve suç aletlerinin, sonradan müsadere edilmek için belirlenmesi, bulunması ve dondurulması ya da el konulması.<sup>42</sup> Devletler sadece, hakkında son söz sahibi oldukları bir konu olan, ‘ulusal güvenlik’ ile ilgili belgelerin verilmesi ve delillerin ifşa edilmesi taleplerini reddetme yetkisine sahiptir.<sup>43</sup> Eklenmelidir ki, işbirliği usullerinde kesin bir karşılıklılık vardır, çünkü Mahkeme, ciddi suçlar hakkında kendi soruşturmalarını yürüten taraf Devletlere yardım sağlayabilir.<sup>44</sup>

Devletlerin çok büyük bir kısmında, Mahkeme ile işbirliğine izin vermek için özel uygulama mevzuatı gereklidir. Bazıları, vatandaşların iade edilmesi yasağı ya da ömür boyu hapis cezası verilebilecek Devletlere iade edilme yasağı gibi karmaşık anayasal hususları ele almak zorunda kalmıştır. Fakat, bu, Devletlerin çok büyük bir kısmı için, genellikle teknik açıdan oldukça karmaşık olmasına rağmen, görece basit bir konudur. Bazı örnek vakalar olmasına rağmen, Roma Statüsü’ne taraf Devletlerin büyük bölümü, Statü’yü onaylamadan önce bu tür uygulama mevzuatını elverişli ve kullanıma hazır tutma konusunda ısrarcı olmamıştır. 2003’ün başından itibaren, yaklaşık doksan taraf Devletten tahminen sadece on beşi kapsamlı ulusal uygulama mevzuatı kabul etmişti.<sup>45</sup>

Mahkeme ile işbirliği yapma konusunda Statü tarafından yükümlendirilen taraf Devletler, yardım konusundaki tamamen yasal talepleri reddeder ise, ne yapılabilir? Madde 87(7), Mahkeme’nin, yardım talebine uyulmadığına ilişkin bir tespitte bulunabileceğini ve daha sonra konuyu Taraf Devletler Kurulu’na gönderebileceğini belirtmektedir. Eğer Güvenlik Konseyi konuyu Mahkeme’ye havale etmiş ise, Mahkeme de konuyu Güvenlik Konseyi’ne gönderebilir, fakat Güvenlik Konseyi, Birleşmiş

<sup>42</sup> *Ibid.*, Md. 93(1). Ayrıca bkz., *ibid.*, Md. 72.

<sup>43</sup> *Ibid.*, Md. 93(4) ve 72.

<sup>44</sup> *Ibid.*, Md. 93(10).

<sup>45</sup> Bkz., International Human Rights Law Institute, ‘Progress Report on the Ratification and National Implementing Legislation of the Statute for the Establishment of an International Criminal Court’, 1 January 2003.

Milletler Şartı çerçevesindeki yetkileri uyarınca her halükarda harekete geçebileceği için bu hiç gerekli görülmecektir. Taraf Devletler Kuruluna gelince, onun yetkileri, uymama durumunda, ‘afişe etmek ve utandırma/naming and shaming’ ile sınırlı görünmektedir.

Sorgulama, arama, el koyma ve benzer işlemler bakımından soruşturmanın büyük bölümü, uygulamada, bir Devlet’in ulusal hukukunun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecek olmasına rağmen, bireylerin hakları soruşturmalar sırasında Statü’nün özel korumasına tabi olacaktır. Ulusal hukuklar bu alanda oldukça değişiklik göstermektedir ve Mahkeme’nin kendisini temel hakları ihlal eden ulusal yargısal işlemlere karıştırmaması mantıksız olacaktır. Aslında, Statü neredeyse, ulusal adalet sistemlerinin bireyin haklarına yeterli saygıyı göstereceğine güvenemeyeceğini söylüyor görünmektedir. Statü’deki hükümler, yüksek bir standart belirlemekte ve ulusal sistemler için iyi bir model sunmaktadır. Madde 55’e göre, soruşturma sırasında bir kişi, kendisini suçlamaya ya da suçunu itiraf etmeye zorlanmayacaktır; baskının, cebirin ya da tehdidin herhangi bir şekline, işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezanın diğer herhangi bir şekline maruz bırakılmayacaktır; kişi tamamen anladığı ve konuştuğu bir dil dışındaki bir dilde sorgulanıyor ise, yetkin bir tercümanın yardımına ve adillığın gereklerini karşılamak için gerekli olan çevirilere ücretsiz bir şekilde sahip olacaktır; keyfi yakalamaya/tutuklamaya ya da alıkonulmaya maruz bırakılmayacaktır; ve Statü’de düzenlenen nedenlere dayanılarak ve Statü’de düzenlenen usuller uyarınca olanlar dışında özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bu standartlara evrensel olarak uyuluyor olsaydı, bir uluslararası ceza mahkemesine büyük olasılıkla ihtiyaç olmazdı!

Mahkeme’nin yargı yetkisine tabi bir suç işlediğinden şüphelenilen kişi, sorgulanmadan önce diğer belirli haklar konusunda bilgilendirilmeye hak sahibidir.<sup>46</sup> Bu kişi, bir suç işlediğinden şüphelenildiği, susma hakkına sahip olduğu ve bu susmanın yargılamada suçluluğun ya da masumiyetin belirlenmesinde bir etken olmayacağı, yoksulluk ve adaletin yararı öyle gerektirdiğinde eğer gerekli ise hukuki yardım alabileceği ve gönüllü olarak feragat etmedikçe, müdafinin yanında sorgulanacağı konularında bilgilendirilecektir. Bu haklar, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleş-

<sup>46</sup> Bu konuda bkz., *Prosecutor v. Music* (Case No. IT-96-21-T), Decision on Music’s Motion for Exclusion of Evidence, 2 September 1997.

mesi<sup>47</sup> gibi belgelerde düzenlenen uluslararası insan hakları normlarının gereklerinin ötesine geçmektedir ve genel bir kural olarak, en gelişmiş ve ileri adalet sistemlerinde tanınan hakları geride bırakmaktadır.<sup>48</sup> Fakat Statü, sorgulama, Mahkeme'nin bir talebi üzerine ulusal adalet sistemlerinin görevlileri tarafından yürütülüyor olsa bile, bu normlara riayet edilmesi konusunda ısrar etmektedir. Bu kurallar ihlal edilir ise, Mahkeme, elde edilmiş itiraf gibi herhangi bir delili kabul etmemeye yetkilidir.<sup>49</sup> Bununla birlikte, bu delili dışarıda bırakmadan önce, Mahkeme kendisini, ihlalin 'delilin güvenilirliği konusunda esaslı şüphe uyandırdığı' ya da 'bu delilin kabulünün yargılama işlemlerinin doğruluğuna karşı olacağı ve ciddi şekilde zarar vereceği' konusunda ikna etmek zorundadır. Her halükarda, bu ayrıntılı hükümler dikkate alındığında, herhangi bir zanlının Savcılık makamı soruşturmacıları ile konuşmayı neden kabul edeceğini tasavvur etmek güç olacaktır. Açıktır ki, yetkin müdafiler neredeyse her zaman, suç işlendiği sırada başka bir yerde bulunma savunmasına yargılamada başvurulacağına dair bir açıklama gibi istisnai koşullar dışında, herhangi bir işbirliğinin aleyhinde tavsiyede bulunacaktır.

Statü, yargılama sırasında mümkün olmayacak ifade verme ve delil için özel hüküm öngörmektedir. Yargılamadan önce ölen bir mağdurun ifadesi, buna örnek olacaktır. Adaletin yararı, bu tür bir delilin ya da kaydının kabul edilmesine imkan veren özel hüküm öngörülmesini gerektirirken, müdafinin haklarını koruma gereksinimi de vardır. Madde 56, ifade ya da delil bakımından daha sonra mevcut olmayabilecek 'soruşturma ile ilgili tek bir fırsat' bulunması durumunda, Savcı'yı, ifadeyi kaydetmek ya da delili toplamak ve test etmek için izin talep etme konusunda yetkilendirmektedir. Ön-Yargılama Dairesi, yargılama işlemlerinin etkililiğini ve doğruluğunu/dürüstlüğünü güvence altına alacak önlemlerin alındığını ve özellikle, müdafinin haklarının korunduğunu temin edecektir. Ön-Yargılama Dairesi, yargıçlarından birini bu hususta yargılama işlemlerine katılması için tayin edecektir. Savcı'dan, delil müdafinin lehine bile olsa, yan-

<sup>47</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, (1966) 999 UNTS 171, Md. 9.

16/12/1966 tarihinde kabul edilen ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe giren "Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt IV-Birleşmiş Milletler Birinci Bölüm/United Nations First Part**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf: 57-110. (ç.n.)

<sup>48</sup> Roma Statüsü, Md. 55(2).

<sup>49</sup> *Ibid.*, Md. 69(7).

sızlık ve tarafsızlık ödevine uygun olarak, bu önlemleri sağlamaya çalışması beklenmektedir.<sup>50</sup> Ön-Yargılama Dairesi, Savcıcıyı denetleme konusunda mutlak bir role sahiptir ve bu tür vakalarda ifadeyi ya da delili muhafaza etmeye yönelik önlemler alınmaya çalışılmadığında Savcıcıya karşı çıkabilir. Savcıcı'nın bu şekilde davranmaması haklı kabul edilmez ise, Ön-Yargılama Dairesi söz konusu önlemleri resen alabilir. Bu noktada yine, Statü, saf itham sisteminden, kıta Avrupası ya da Roma Cermen ceza usul hukukunun daha yansız kovuşturması lehine ayrılmaktadır.

### **Yakalama/tutuklama ve teslim etme**

Bir soruşturma başladıktan sonra herhangi bir zamanda, Savcıcı, Ön-Yargılama Dairesi'nden bir yakalama/tutuklama müzekkeresi almaya çalışabilir. Daire, kişinin Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç işlediğine inanmak için makul nedenlerin varlığı ve kişinin yakalanması/ tutuklanması gerektiği konusunda ikna olmak zorundadır. Yakalama/ tutuklama, kişinin mahkeme önüne çıkmasını temin etmek, soruşturmanın tıkanmasını/ obstruction önlemek ya da kişinin Statü tarafından yasaklanan başka bir faaliyette bulunmasını engellemek için gerekli kabul edilir.<sup>51</sup> Savcıcı, yakalama/tutuklama müzekkeresi için Ön-Yargılama Dairesi'ne başvurduğunda, makul nedenlerin varlığını haklılaştırmak için ilgili olguların kısa bir açıklamasını ve delillerin bir özetini ve yakalama/tutuklama gerekliliğini açıklayan destekleyici materyalleri başvurusuna dahil etmek zorundadır. Yakalama/tutuklama müzekkeresi, eğer çıkartılır ise, olguların kısa bir açıklamasını içerecektir, fakat yakalamayı/tutuklamayı destekleyen delilleri göstermesi gerekmemektedir. Bir kişinin Mahkeme önüne çıkacağına garanti edilmesinin yeterli olacağı durumda, yakalamaya/ tutuklamaya alternatif olarak mahkeme çağırısı çıkartılması önerilmektedir.<sup>52</sup>

Mahkeme, yakalama/tutuklama talebini ilgili Devlete iletir, ondan sonra Devlet'ten kişiyi yakalaması/tutuklaması için acilen harekete geçmesi talep edilir.<sup>53</sup> Bu Devlet, Statü'de 'muhafız Devlet' olarak adlandırılmaktadır. Yakalanan/tutuklanan kişi, derhal muhafız Devletteki yetkili yargısal makam önüne çıkartılacaktır, bu yargısal makam, kişiye müzek-

<sup>50</sup> Behrens, 'Investigation, Trial and Appeal', pp. 122-3.

<sup>51</sup> Roma Statüsü, Md. 58(1); Usul ve Delil Kuralları, Kural 117.

<sup>52</sup> Roma Statüsü, Md. 58(7).

<sup>53</sup> *Ibid.*, Md. 89(1).

kerenin uygulandığını, uygun usulün takip edildiğini ve o kişinin haklarına saygı gösterildiğini belirleyecektir. Acil vakalarda, Mahkeme, teslim etme talebinin destekleyici belgelerle birlikte sunulmasına kadar kişinin geçici yakalanmasını/tutuklanmasını talep edebilir.<sup>54</sup> Geçici yakalama/tutuklama talebi, ‘yazılı bir tutanağı teslim edebilecek herhangi bir vasıta ile’ teslim edilebilir. Geçici olarak yakalanan/tutuklanan bir kişi, eğer resmi teslim etme talebi ve destekleyici belgeler altmış gün içinde sunulmaz ise, salıverilme hakkına sahiptir.<sup>55</sup> Fakat, eğer muhafız Devletin yasaları buna izin verir ise, bir zanlı, bu sürenin dolmasından bile önce teslim edilmeye rıza gösterebilir.

Yakalanan/tutuklanan kişi, teslim edilene kadar salıverilmek için muhafız Devlet’in makamlarına başvurma hakkına sahiptir. Fakat, Statü, alıkonulma lehine bir varsayım oluşturmaktadır.<sup>56</sup> Muhafız Devlet makamları, geçici salıvermeyi sadece, ‘acil ve istisnai koşullar’ temelinde haklılaştırıldığında ve kişinin Mahkeme’ye teslim edilmesini garanti edecek gerekli güvenceler mevcut olduğunda kabul edecektir. Ön-Yargılama Dairesi’nin, geçici salıverme işlemi konusunda bir denetleme işlevi vardır. Ön-Yargılama Dairesi, herhangi bir geçici salıverme başvurusu hakkında muhafız Devlet tarafından bilgilendirilecektir ve muhafız Devletin yetkili makamlarına tavsiyelerde bulunabilir. Bu tavsiyelere ‘tam dikkat’ gösterilecektir. Geçici salıvermeye izin verilir ise, Ön-Yargılama Dairesi, geçici salıverme statüsüne ilişkin periyodik raporlar talep edebilir.

Muhafız Devlet’in yetkili makamlarının, müzekkerenin Ön-Yargılama Dairesi tarafından usulüne uygun bir şekilde çıkartılıp çıkartılmadığını sorgulaması, Statü tarafından açıkça yasaklanmaktadır. Bununla birlikte, Statü, kendisine suç isnad edilen kişi tarafından verilecek mücadele türlerini su götürmez bir biçimde düzenlemektedir. Örneğin, kendisine suç isnad edilen bir kişi, aynı suçtan ötürü iki kere yargılanma yasağı temelinde yakalamaya/tutuklamaya itiraz edebilir, bu durumda muhafız Devlet, kabul edilebilirliğe dair bir karar bulunup bulunmadığını belirlemek için Mahkeme ile görüşecektir.<sup>57</sup> Mahkeme, kabul edilebilirlik konusunu de-

<sup>54</sup> *Ibid.*, Md. 92; Usul ve Delil Kuralları, Kural 119.

<sup>55</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 188.

<sup>56</sup> The International Covenant on Civil and Political Rights, (1966) 999 UNTS 171, Md. 9(3), belirtmektedir ki ‘yargılamayı bekleyen kişilerin alıkonulması genel kural olmayacaktır’.

<sup>57</sup> Roma Statüsü, Md. 89(2).

ğerlendiriyor ise, o zaman muhafız Devlet, teslim etme talebinin yerine getirilmesini erteleyebilir.

Statü, bir şüphelinin bir taraf Devlet'ten Mahkeme'ye verilmesini tanımlamak için 'iade etme' terimini kullanmamaktadır. Bu, *ad hoc* mahkemelerin statülerinde bu hususta halihazırda kabul edilen yaklaşım ile tutarlıdır, bu statüler 'teslim etme ya da nakletme'den (*le transfert ou la traduction*) bahsetmektedir.<sup>58</sup> Bu noktada bir şüphe olmadığı için, Roma Statüsü, iade etmeyi 'bir kişinin bir Devlet tarafından bir diğerine, andlaşma, sözleşme ya da ulusal mevzuat tarafından öngörüldüğü gibi teslim edilmesi' olarak ve teslim etmeyi 'bir kişinin bir Devlet tarafından Mahkeme'ye bu Statü uyarınca verilmesi' olarak tanımlayan oldukça istisnai bir tanım hükmünü içermektedir.<sup>59</sup> Fakat uluslararası mahkeme gerçekten kendi bölümlerinin bir toplamıdır ve 'nakletme' ya da 'teslim etme' bir anlamda, birlikte hareket eden bir Devletler topluluğuna 'iade etmek'tir. Bunun nedeni ilk bakışta, geniş terminolojinin, kendi vatandaşlarını *iade etmesini* yasaklayan mevzuata ve bazen hatta anayasal hükümlere sahip Devletlerin itirazlarına cevap vermekte olduğu görünmektedir.<sup>60</sup> Açıkça, vatandaşların iade edilmesinin reddi, bir Devlet'in Statü çerçevesindeki yükümlülüklerine tamamen aykırı olacaktır. Fakat Statü'nün önceki taslakları, Devletler'in kendi vatandaşlarını iade etmeyi reddetmesine imkan tanıyordu ve bu konu Roma Konferansı'nın son günlerine kadar tartışmalı kaldı.<sup>61</sup> Vatandaşların/milliyetinden olanların iade edilmemesi hususu, çeşitli Devletler için Statü'nün onaylanmasına bir hazırlık olarak kendi mevzuatlarını ve hatta anayasalarını adapte etmelerinde bir sorundu.

Ulusal mahkemelerin bu ayrımlara nasıl alışacağını öngörmek güç; zira bu konuda çok az örnek var. Ulusal hukuklarda görece yaygın olan vatandaşların iade edilmesi yasağı konusunda akademik yazarlar tarafından üç argüman geliştirilmiştir: ulusal yargıçlar, suçun doğal yargıcidirler;

<sup>58</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex, Md. 29(2)(e); Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/RES/955, Annex, Md. 28(2)(e). Ayrıca bkz., 'Rules of Procedure and Evidence', UN Doc. IT/32, Kural 58.

<sup>59</sup> Roma Statüsü, Md. 102.

<sup>60</sup> Claus Kress, 'Investigation, Trial and Appeal in the International Criminal Court Statute (Parts V, VI, VIII)', (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 126 at 136.

<sup>61</sup> Phakiso Mochochoko, 'International Cooperation and Judicial Assistance', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 305–17 at pp. 311–12.

bir Devlet kendi vatandaşlarını korumak zorundadır; ve bir yabancı önyar-  
gıya maruz kalır.<sup>62</sup> Bunların hiçbirini, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne  
uygulanmaz, özellikle çünkü taraf Devletler, tamamlayıcılık ilkesi uya-  
rınca elmadan ilk ısırtığı almaktadırlar. Yine de bazı ulusal yargıçların,  
uluslararası adalete karşı içgüdüsel bir düşmanlığı olduğu görülmektedir,  
bu, Amerika Birleşik Devletleri'nin Ruandalı bir şüphelinin Arusha mah-  
kemesine nakledilmesini sağlama konusundaki utanç verici şekilde ağır  
ilerleyen çabalarından anlaşılabilir.<sup>63</sup> Bundan dolayı, ulusal bir yargıcın,  
Madde 102'nin açık sözcüklerine rağmen, 'nakletme ya da teslim etme' ve  
'iade etme' arasında bir ayırımın, hukuki safsatadan çok az daha fazlası  
olduğunu düşüneneceği yadsınamaz.<sup>64</sup>

Cezalar da, nakletme ya da teslim etme bakımından, bazı Devletlere  
sorun yaratabilir. Bu konu, Roma'da ölüm cezası ve ömür boyu hapis ce-  
zası hakkındaki tartışmalar sırasında, bazı delegasyonların bu tür şiddetli  
cezalar durumunda iade etmeye ilişkin kendi anayasal yasaklarını hatırla-  
tmasıyla ortaya atıldı. Örneğin, Kolombiya Anayasası ömür boyu hapis  
cezasını yasaklamaktadır. Muhtemelen, kendisine suç isnad edilen Ko-  
lombiyalı bir kişi, ulusal mahkemeler önünde, Uluslararası Ceza Mahke-  
mesi'ne naklinin gerçekleştirilmesine yönelik yargılama işlemlerinde,  
şartlı tahliye/parole uygun olmanın, Statü Madde 77'de düzenlendiği  
üzere, böyle bir ceza verilmesi olasılığını ortadan kaldırmadığını ileri sü-  
rebilir.<sup>65</sup> Kolombiya mahkemeleri, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin yakın  
tarihli bir kararından<sup>66</sup> kıyasen, şartlı tahliyenin kabul edilip edilmeyeceği  
konusunda tahminlerde bulunamayacağı ya da bulunmaması gerektiği için,  
nakletmenin ya da teslim etmenin reddedilmesine karar verebilir. Portekiz,  
şu beyanı yaparak, bu konuyu onaylama sırasında ustalıkla idare etti:

<sup>62</sup> Geoff Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Boston, Dordrecht and London: Martinus Nijhoff, 1991, p. 96.

<sup>63</sup> Robert Kushen and Kenneth J. Harris, 'Surrender of Fugitives by the United States to the WarCrimes Tribunals for Yugoslavia and Rwanda', (1996) 90 *American Journal of International Law* 254.

<sup>64</sup> Cherif Bassiouni'ye göre, 'bir çok Devlette teslim etme iadeye denktir' : M. Cherif Bassiouni and Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson, NY: Transnational Publishers, 1995, p. 787.

<sup>65</sup> Gisbert H. Flanz, 'Colombia', translated by Peter B. Heller and Marcia W. Coward, in Gisbert H. Flanz, ed., *Constitutions of the Countries of the World*, Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1995, Md. 34.

<sup>66</sup> Venezia v. United States of America, Decision No. 223, 25 June 1996 (Constitutional Court of Italy).

‘Portekiz Cumhuriyeti, Portekiz toprağında bulunan, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Madde 5, paragraf 1’de düzenlenen suçlardan kovuşturulmakta olan her kişi üzerinde yargısal yetkilerini, Portekiz ceza mevzuatına uygun olarak, kullanma niyetini ilan eder.’ Gelecekte bir vakit, bölgesel ya da evrensel insan hakları organları, Roma Statüsü tarafından izin verilen cezaların, özellikle, yirmi beş yıldan önce şartlı tahliye imkanı olmaksızın ömür boyu hapis cezasının, uluslararası insan hakları normlarını ihlal ettiğine karar verebilir şeklinde bir tahmin gözardı edilmemelidir.<sup>67</sup> Roma Statüsü’ne uyumları konusunda kaygılı Devletler, insan hakları andlaşmalarına bu temelde çekince koymayı düşünmeye yöneltiler, fakat bu tür çekincelerin, insan hakları belgelerinin konu ve amacına uygunluğu tartışmalı olacaktır.

Aynı birey için yarışan talepler söz konusu olabilir, taleplerden biri Mahkeme’den ve diğeri, bireyin iade edilmesine çalışan başka bir Devlet’ten gelebilir. Bu elbette, tamamlayıcılık hususunu ortaya çıkaracaktır çünkü Devlet’in iade uygulaması, aslında suçlu ve suç üzerinde yargı yetkisini kullanmaya çalışan bir ulusal adalet sistemi olduğunu göstermektedir. Bu tür durumlarda, muhafız Devlet, Mahkeme, davanın kabul edilemez olduğuna karar verene kadar kişiyi iade etmeyebilir.<sup>68</sup> Bu durum aynı zamanda, bir Devleti, birbiri ile çatışan iki hukuki yükümlülükle yani uygulanabilir iade andlaşması uyarınca iade etme ve Statü uyarınca teslim etme yükümlülükleri ile karşı karşıya getirebilir. Bu noktada, Statü, Muhafız Devlete Mahkeme’ye teslim etme işlemlerine devam etmesi şeklinde olumlu bir ödev yüklememektedir. Muhafız Devlet, taleplerin tarihleri, talepte bulunan Devlet’in suçlu üzerinde yer itibariyle yargı yetkisine ya da kişi itibariyle yargı yetkisine sahip olup olmadığı ve suçlunun daha sonra Mahkeme tarafından talepte bulunan Devlete teslim edilmesi olasılığı dahil bir dizi ilgili etkeni değerlendirme yetkisine sahiptir.<sup>69</sup>

Hukuka/yasaya aykırı bir şekilde yakalanan/tutuklanan ya da alıkonulan bir kişi tazminat hakkına sahiptir.<sup>70</sup> Bu hak, genellikle sadece gerçek/genuine bir adli hatanın varlığı durumunda bir çeşit tazminat öngören mevcut uluslararası insan hakları yükümlülüklerinin ötesine geçmektedir.

<sup>67</sup> Bkz., örneğin, Dirk Van Zyl Smit, ‘Life Imprisonment as the Ultimate Penalty in International Law: A Human Rights Perspective’, (1998) 9 *Criminal Law Forum* 1.

<sup>68</sup> Roma Statüsü, Md. 90.

<sup>69</sup> *Ibid.*, Md. 90(6).

<sup>70</sup> *Ibid.*, Md. 85(1); Usul ve Delil Kuralları, Kural 173–175.



Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, hukuka/yasaya aykırı bir şekilde alıkonulan bir kişinin uç vakalarda yargılama işlemlerinin ertelenmesine ve salıvermeye hak sahibi olabileceğine karar vermiştir. Alternatif olarak, daha az ağır durumlarda, eğer birey beraat eder ise, o zaman maddi tazminat yeterlidir ve eğer birey mahkum edilir ise, cezada indirim yapılmalıdır.<sup>71</sup>

### **Mahkeme önüne çıkma ve geçici salıverme**

Bir sanık, iki yoldan biriyle Mahkeme önüne çıkabilir: Kendisini yakalayan Devlet tarafından teslim edilme yoluyla; ya da bir mahkeme çağrısına uyarak gönüllü olarak hazır bulunma yoluyla. Kendisine suç isnad edilen kişinin iddia edilen suçlar ve yargılama devam ederken salıverilme için başvurma hakkı da dahil, Statü çerçevesindeki sahip olduğu haklar bakımından bilgilendirilmiş olduğu konusunda kendisini ikna etmek zorunda olan Ön-Yargılama Dairesi önünde bir duruşma yapılacaktır.<sup>72</sup>

Bir mahkeme çağrısına uyarak Mahkeme önünde hazır bulunan bireyler durumunda, Statü onların yargılama sırasında serbest olmaya devam etmelerine izin verileceğini kabul etmektedir. Yakalananlar/tutuklananlar ve teslim edilenler için, alıkonulmanın kural olacağı görünmektedir. Esasen, Savcı, yakalamayı/tutuklamayı haklılaştıran nedenlerin devam ettiği, yani yargılamaya katılmayı temin etmek için, soruşturmanın ya da mahkeme işlemlerinin tıkanmasını önlemek için ya da devam eden suç teşkil edici davranışın engellenmesi için alıkonulmanın gerekli olduğu konusunda Ön-Yargılama Dairesini ikna etmek zorundadır.<sup>73</sup> Uluslararası insan hakları hukuku, masumiyet karinesinin doğal bir sonucu olan, yargılama devam ederken salıvermeyi desteklemektedir. Fakat bu kuralın Uluslararası Ceza Mahkemesi bakımından biraz hafifletilmesi uygun görünmektedir. Çeşitli gerekçeler bunu meşrulaştırmaktadır. İlk olarak, suçlar-ve cezalar- çok ciddi olduğu için, kendisine suç isnad edilen bir kişinin, mümkün olan herhangi bir yolla yargılamadan kurtulmaya çalışmasını beklemek mantıklı görünmektedir. İkinci olarak, genel bir kural olarak yargılama sırasında salıverme, kamuoyu gözünde Mahkeme'nin rolünü önemsizleştirebilir ve özellikle, söz konusu suçun mağdurlarını rahatsız eder.

<sup>71</sup> *Barayagwiza v. Prosecutor* (Case No. ICTR-97-19-AR72), Decisions of 3 November 1999 and 31 March 2000.

<sup>72</sup> Roma Statüsü, Md. 60(1).

<sup>73</sup> *Ibid.*, Md. 60.

Üçüncü olarak, Mahkeme'nin kendisi, polis gücü gibi bir zorlama mekanizmasına sahip değildir.<sup>74</sup>

Fakat, uluslararası insan hakları normlarının, ulusal sistemlerde gerekli olandan çok da farklı olmayan bir yaklaşımı gerektirdiği görüşünün, *ad hoc* mahkemelerin yargıçları arasında tartışmalı olduğunun göstergeleri vardır. Yargıçlar, 'alıkonulmanın genel kural olmayacağı şeklindeki teamül normu ile tamamen çelişkili bir alıkonulma kültürünü eleştirerek belirtmiştir ki 'Mahkeme'nin, polis gücünden yoksun olması, Devletler içinde yakalama/tutuklama müzakerelerini uygulama olanağına sahip olmaması ve böyle bir uygulama için Devletler güvenmesi, bir geçici salıverme başvurusunu değerlendirirken ilgili olabilecek olmasına rağmen, Mahkeme'nin bu özelliği hiçbir şekilde, ne kendisine suç isnad edilen bir kişiye bir başvuru bakımından bir külfet yüklenmesini . . . ya da böyle bir külfeti daha esaslı hale getirmeyi ya da kendisine suç isnad edilen bir kişinin, kamu yararı gereği, masumiyet karinesi ve bireysel özgürlüğe saygı kuralı bakımından haklılaştırılacak olandan daha uzun bir süre alıkonulmasını kabul etmeyi/mazur görmeyi haklılaştıramaz.<sup>75</sup> Aynı yargıç, 'yargılanmayı bekleyen kişilerin gözaltında tutma genel bir kural olamaz' şeklinde bir düzenleme öngören Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Madde 9(3)'ün bir teamül normunu yansıttığını belirtmişti. Uluslararası mahkemeler bile, 'bu teamül normundan sapmak için haklı gerekçe olarak bir özelliği, yani polis gücünden yoksun olmasını ve müzakerelerini diğer ülkelerde uygulama olanağının olmamasını Mahkeme sisteminde kullanmada tamamen haksız' olacaktır.<sup>76</sup>

Ön-Yargılama Dairesi, Savcı'nın yol açtığı 'mazur görülemez gecikme'den dolayı bireylerin yargılamadan önce 'makul olmayan bir süre için' alıkonulmamasını temin etmek zorundadır. Bu tür durumlarda, Mah-

<sup>74</sup> *Prosecutor v. Krajisnik and Plavsic* (Case No. IT-00-39 and 40-AR73.2), Decision on Interlocutory Appeal by Momcilo Krajisnik, 26 February 2002, para. 22; *Prosecutor v. Jokic, Prosecutor v. Ademi* (Cases Nos. IT-01-42-PT and IT-01-46-PT), Orders on Motions for Provisional Release, 22 February 2002.

<sup>75</sup> *Prosecutor v. Krajisnik and Plavsic* (Case No. IT-00-39 and 40-PT), Decision on Momcilo Krajisnik's Notice of Motion for Provisional Release, Dissenting Opinion of Judge Patrick Robinson, 8 October 2001, para. 11. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Hadzihanovic, Alagic and Kubura* (Case No. IT-01-47-PT), Decisions Granting Provisional Release to Enver Hadzihanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura, 9 December 2001.

<sup>76</sup> *Ibid.*, para. 12.

keme, kişiyi, şartlı ya da şartsız, salıvermeyi değerlendirecektir. Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, Savcıya atfedilebilecek mazur görülemez gecikmenin, uç koşullarda, kendisine suç isnad edilen kişiye hakkındaki suçlamaların Savcıya yönelik ‘önyargı ile’ düşürülmesi hakkı verdiğini değerlendirmiştir, ki bu durumda, tekrar yargılama yapma imkanı olmayacaktır.<sup>77</sup> Fakat Ruanda Mahkemesi Statüsü, bu tür durumlarda uygun bir giderim sağlanması konusunda suskundur. Roma Statüsü, belirli bir giderim, yani gözaltından salıverilme (fakat yargılama işlemlerinin ertelenmesini değil), oluşturduğu için, Ruanda Mahkemesi Temyiz Dairesi’nin kabul ettiği daha radikal çözümü dışarıda bırakmış görünmektedir.

Geçici salıverme konusu, hem Savcı hem de sanık tarafından, değişen koşullar temelinde, herhangi bir zamanda tekrar gündeme getirilebilir. Serbest olan bir kişi söz konusuysa, Ön-Yargılama Dairesi, bir yakalama/tutuklama müzekkeresi çıkartabilir.

### İddianamenin kabulü duruşması

Ön-Yargılama Dairesi, Savcı’nın onlara dayanarak yargılamaya gitmeyi düşündüğü suçlamaları teyit etmek için bir duruşma yapacaktır. Normal olarak, duruşma, kendisine suç isnad edilen kişinin ve onun müdafinin hazır bulunması ile yapılacaktır. Fakat, istisnaen, Ön-Yargılama Dairesi, Savcı’nın talebi üzerine ya da resen/kendi inisiyatifi ile, bu iddianamenin kabulü duruşmasını kendisine suç isnad edilen kişinin yokluğunda yapabilir. Bu tür bir *tek taraflı/ ex parte* duruşma, kendisine suç isnad edilen kişi duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmiş ise ya da kendisine suç isnad edilen kişi kaçmış ya da bulunamıyor ise haklı olacaktır. Bu tür durumlarda, Daire, kişinin hazır bulunmasını sağlamak ve onu suçlamalar ve böyle bir iddianamenin kabulü duruşması yapılacağı olgusu konusunda bilgilendirmek için tüm makul adımların atılmış olduğu konusunda kendisini ikna edecektir. Ön-Yargılama Dairesi, kendisine suç isnad edilen bir kişinin hazır bulunmaması durumunda, bu ‘adaletin yararına’ olduğunda, müdafî tarafından temsil edilmesine izin verebilir.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> *Barayagwiza v. Prosecutor* (Case No. ICTR-97-19-AR72), Decisions of 3 November 1999 and 31 March 2000.

<sup>78</sup> Roma Statüsü, Md. 61(2); Usul ve Delil Kuralları, Kural 121–126.

Yargılama-öncesi iddianamenin kabulü duruşması, bazı yönlerden *ad hoc* mahkemelerce kabul edilen ‘Kural 61 Usulü’ne benzemektedir. İlk zamanlarda, az sayıda sanık tutuklanmış olduğu için, yargılama az miktarda iken, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi yargıçları, kendi Usul ve Delil Kuralları, Kural 61 uyarınca özgün bir *tek taraflı/ ex parte* duruşma tekniği geliştirdi; bu duruşmada kovuşturma delilleri öne çıkmıştı ve Mahkeme, delillerin yeterli olduğuna karar vermişti.<sup>79</sup> Sürekli yadsımalara rağmen<sup>80</sup>, bu duruşma tekniğinin *in absentia/gyapta* usul ile birçok benzerlikleri vardı ve birçok açıdan, bu tür işlemler bakımından Roma-Germen ve common law’ın farklı bakışları arasında saygın bir uzlaşıydı. Yugoslavya Mahkemesi, *tek taraflı/ ex parte* duruşma usulünü, bir sanığı yakalama/tutuklama girişimleri boşa çıktığında kullanmıştır. Bu durum, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin yargılama-öncesi iddianamenin kabulü duruşmasından oldukça farklıdır, çünkü yakalanmış/tutuklanmış ya da celpname gönderilmiş/mahkemeye çağrılmış, Ön-Yargılama Dairesi önüne çıkmış ve kendisinin geçici salıverilmesi kabul edilmiş ve sonra kaçmış bir birey durumunda sadece, kendisine suç isnad edilen bir kişinin yokluğunda bu duruşma yapılacaktır.

İddianamenin kabulü duruşmasından önce, kendisine suç isnad edilen kişiye suçlamaları içeren belgenin bir kopyası verilecektir ve Savcı’nın duruşmada dayanmayı düşündüğü deliller konusunda bilgilendirilecektir. Ön-Yargılama Dairesi, duruşmanın amaçları bakımından, bilginin ifşa edilmesine ilişkin emirler verebilir. Statü, bu emirlerin sadece Savcıya mı yöneltilebileceği konusunu açıkça belirtmemektedir, fakat bunun, böyle

<sup>79</sup> Pursuant to Rule 61, ‘Rules of Procedure and Evidence’, UN Doc. IT/32. Bkz., Faiza Patel King, ‘Public Disclosure in Rule 61 Proceedings Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, (1997) 29 *New York University Journal of International Law and Policy* 523; Mark Thieroff and Edward A. Amley Jr, ‘Proceeding to Justice and Accountability in the Balkans: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Rule 61’, (1998) 23 *Yale Journal of International Law* 231.

<sup>80</sup> *Prosecutor v. Rajic* (Case No. IT-95-12-R61), Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 September 1996: ‘Kural 61 işlemi, gıyapta yargılama değildir. Bu işlemde suçluluğa ilişkin bir karar verilmez.’ *Prosecutor v. Nikolic* (Case No. IT-95- 2-R61), Review of Indictment Pursuant to Rule 61, 20 October 1995, (1998) 108 ILR 21: ‘Kural 61 usulü... gıyapta yargılama olarak değerlendirilemez: bu usul, bir hükümlü sonuçlanmaz ya da kendisine suç isnad edilen kişiyi, Mahkeme önünde aleyhindeki suçlamalara şahsen itiraz etme hakkından yoksun bırakmaz.’

bir duruşmanın niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Duruşmada, Savcı'nın her bir suçlamayı 'kişinin, kendisine isnad edilen suçu işlediğine inanmak için esaslı temeller/gerekçeler oluşturmaya yeterli delil' ile desteklemesi gerekmektedir.<sup>81</sup> Savcı bunu, belgelere dayalı ya da özet delil kullanarak yapabilir ve Savcı'nın yargılamada ifade vermesi beklenen tanıkları çağırması gerekmemektedir. Kendisine suç isnad edilen kişi, Savcı'nın delillerine itiraz edebilir ve delil sunabilir.

İddianamenin kabulü duruşmasının, common law usul hukuku çerçevesinde yapılan ön duruşmalara benziyor gibi görünmektedir. Mahkeme'nin, kovuşturmanın önemsiz olmadığını ve suçluluğun bulgulanması için yeterli delil olduğunu temin etmesine imkan vermektedir, böylece kendisine suç isnad edilen kişiyi kovuşturmadan kaynaklanan suiistimalden korumaktadır. Sanık bakımından da, iddianamenin kabulü duruşması, yargısal bir işlem sırasında, savcının elinde bulunan önemli deliller konusunda bilgilenecek ve bu delillerin önemini, en azından yüzeysel bir şekilde, test etmek için yararlı bir fırsat sağlamaktadır. Statü'nün açık olmadığı nokta, savunma delillerinin, iddianamenin kabulü duruşması sırasında sunulmasının faydalılığıdır. Statü, savunmayı bu aşamada delil sunmaya davet etmesine karşın, savunma tarafından ileri sürülen tutarsız delillerin, 'yeterli delil'in varlığının belirlenmesinde herhangi bir etkisinin olup olmayacağı açık değildir. Ön-Yargılama Dairesi pekala, savunma delillerinin, Savcılık makamı delillerinin geçerliliği hakkında kuşku uyandırıp uyandırmadığının yargılama mahkemesinin konusu olduğuna ve yargılama-öncesi bir konu olmadığına karar verebilir.

İddianamenin kabulü duruşmasının sonunda, Ön-Yargılama Dairesi, yeterli delil olduğu sonucuna ulaşabilir ve kişiyi yargılanmaya hazırlar. Teyit üzerine, Mahkeme Başkanlığı, sonraki işlemlerden sorumlu bir Yargılama Dairesi oluşturacaktır.<sup>82</sup> Yargılama Dairesi, taraflarla görüşecek ve yargılamada kullanılacak dil ya da diller dahil, bir dizi başlangıç hususuna işaret edecektir. Yargılama Dairesi'nin yetkileri, 'yargılamaya yeterli bir şekilde hazırlanmayı sağlamak için yargılama başlamadan yeterince önce olacak şekilde, daha önce ifşa edilmemiş belgelerin ya da bilginin ifşa edilmesi'ni sağlamayı da içermektedir.<sup>83</sup> Son olarak, Yargılama Dairesi,

<sup>81</sup> Roma Statüsü, Md. 61(5).

<sup>82</sup> *Ibid.*, Md. 61(11).

<sup>83</sup> *Ibid.*, Md. 64(3)(c).

kendisine suç isnad edilen birden fazla kişi aleyhindeki suçlamaların birleştirilmesine ya da ayrılmasına yönelik talimatlar verebilir.

Fakat, Ön-Yargılama Dairesi, suçlamaları teyit etmeyi reddedebilir, bu, Savcı'nın yeni deliller temelinde sonraki bir taleple dönmesini engellemeyen bir karardır. Aynı zamanda bir üçüncü seçenek bulunmaktadır: Ön-Yargılama Dairesi, duruşmayı erteleyebilir ve Savcı'dan başka deliller sağlamasını ya da daha fazla soruşturma yürütmesini ya da alternatif olarak, mevcut deliller, itham edilenden farklı bir suçu gösterdiği için suçlamaları değiştirmesini isteyebilir.

Uluslararası insan hakları hukuku, delillerin yargılamadan önce savunmaya ifşa edilmesi konusundaki kovuşturma makamı yükümlülüğünün kapsamı konusunda biraz belirsizdir. Belgeler, bu yönde açık bir ödev yüklememekle beraber<sup>84</sup>, yakın zamanda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belirtmişti ki, 'adillığın bir gereği olduğu için... kovuşturma yetkilileri, kendisine suç isnad edilen kişinin lehinde ya da aleyhinde olan tüm maddi delilleri savunmaya ifşa eder'.<sup>85</sup> *Ad hoc* mahkemelerin Kuralları, kovuşturma dosyasının ifşası için ayrıntılı hüküm düzenlemektedir ve yeni değişikliklere göre, savunma dosyası için de ayrıntılı hüküm öngörmektedir.<sup>86</sup> Hem aklamaya yönelik hem de suçlamaya yönelik delillerini ifşa etme şeklindeki savcılık makamı ödevi, şimdi birçok hukuk sisteminde tanınmaktadır.<sup>87</sup> Müdafinin karşılıklı bir ödevinin bulunması daha az yaygındır, fakat suç işlendiği sırada başka yerde bulunduğu savunması gibi bazı durumlarda, müdafinin güvenilirliği, maddi olguların/material facts derhal ifşa edilmesine bağlı olacaktır.<sup>88</sup> *Tadic* davasındaki bir ara kararda, Yugoslavya Mahkemesi'nden Yargıç Stephen belirtmişti ki, savunma, 'hiçbir ifşa yükümlülüğüne sahip değildir, meğerki sanığın, suçun işlen-

<sup>84</sup> En yakın olanı, United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers, UN Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 (1990), İlke 21: 'Yetkili makamların sahip olduğu ya da kontrolünde olan uygun bilgiye, dosyalara ve belgelere avukatların, müvekkillerine etkili hukuki yardım sağlamalarını mümkün kılacak şekilde yeterli zamanda ulaşmasını sağlamak yetkili makamların görevidir/ödevidir.'

<sup>85</sup> *Edwards v. United Kingdom*, Series A, No. 247-B, 16 December 1992.

<sup>86</sup> 'Rules of Procedure and Evidence', UN Doc. IT/32, Kural 65ter, 66, 67 ve 68. Bkz., Anne-Marie La Rosa, 'Réflexions sur l'apport du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au droit à un procès équitable, (1997) *Revue générale de droit international public* 945 at 974.

<sup>87</sup> Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris: Dalloz, 1995, pp. 414–20.

<sup>88</sup> *Williams v. Florida*, 399 US 78 (1970).

diği sırada başka yerde olduğu savunmasına ya da özel bir savunmaya dayanmaya çalışsınlar ve o zaman da oldukça sınırlı bir ölçüde ifşa yükümlülüğü vardır'.<sup>89</sup>

Taraf Devletler Kurulu tarafından kabul edilen Usul ve Delil Kuralları, hem Savcıya hem de savunmaya uygulanabilir olan daha kapsamlı bir ifşa etme rejimi oluşturmaktadır. Kovuşturma makamının, çağırma tasarladığı tanıkların isimlerini, tanık ifadelerinin kopyalarıyla birlikte, tanıkların korunmasına ilişkin belirli istisnalara tabi olarak, savunmaya sağlamasını gerekmektedir.<sup>90</sup> Müdafinin de tanıklar bakımından benzer bir yükümlülüğü vardır, fakat bu biraz dar bir şekilde formüle edilmektedir, belirli savunmaları desteklemesi beklenen tanıklar bakımından uygulanmaktadır.<sup>91</sup> Her iki tarafın da, delil olarak kullanmayı tasarladıkları sahip oldukları ya da kontrollerindeki inceleme defterlerini, belgeleri, fotoğrafları ve diğer maddi nesnelere diğer tarafa sağlamaları gerekmektedir. Savcı aynı zamanda, savunmaya yardımcı olabilecek herhangi bir maddeyi ifşa etmek zorundadır, fakat kovuşturmaya yardımcı olabilecek maddeleri ifşa etme şeklindeki benzer bir görev savunmaya yüklenmemektedir.<sup>92</sup> Bu hükümler, 'tuzak kurarak yargılama' vakalarını azaltma, adilliği geliştirme ve aynı zamanda hızlı duruşmalara katkıda bulunma sonuçlarını doğurmalıdır.

---

<sup>89</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Separate Opinion of Judge Stephen on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements, 27 November 1996.

<sup>90</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 76.

<sup>91</sup> *Ibid.*, Kural 79.

<sup>92</sup> *Ibid.*, Kural 77–78.





## 6

**YARGILAMA VE TEMYİZ**

Mahkeme'nin yargılama usulü pek çok yönden farklı yargısal sistemlerin bir karışımı olmasına rağmen, itham sistemi yargılama hukuku çerçevesindeki duruşmalara ilişkin common law yaklaşımına belirli bir eğilim olduğu açıkça görülmektedir. Fakat, Mahkeme'nin alacağı kesin renk, nihayetinde yargıçlar tarafından belirlenecektir. Statü'nün koşulları, yargısal yaklaşımlarda önemli farklılıklara imkan vermeye yetecek kadar geniştir. Örneğin, Madde 64(6)(d), Yargılama Dairesi'ne ' taraflarca yargılamadan önce zaten toplanmış ya da yargılama sırasında sunulmuş olan delillere ilaveten delil sunulması talimatı verme' yetkisi vermektedir. Geleneksel bir common law yargıcı, bunu sadece nadiren kullanılacak bir yetki olarak görecektir, çünkü baskın bir şekilde müdahaleci bir yaklaşım, yargılamadaki iki hasım arasında var olan dengeyi bozabilir. Kıta Avrupası sistemini savunan bir yargıç, bu hükmü, delil sunulması sürecine büyük yargısal katılım için bir izin olarak yorumlayabilir, ki bu durum, söz konusu yargıca onun hukuk sistemi çerçevesinde oldukça normal görünecek bir şeydir.

Kıta Avrupası sistemindeki yargıçlar, delillerin çok büyük bölümünün neredeyse yargılamadan önce mahkeme dosyasının bir parçasını oluşturmasını beklemektedir. Halihazırda dosyada olan deliller, sorgu yargıcı tarafından yargılama-öncesi işlemlerin bir parçası olarak daha önceden hazırlanmış olacaktır. Diğer taraftan, common law yargıçları, yargılamaya beyaz bir sayfa olarak başladıklarını düşünmektedirler; doğrusu, olgulara ilişkin herhangi bir ön bilginin, verecekleri hükümlerin muhtemelen önyargılı olmasına neden olacağına inanmaktadırlar. Common law sistemi çerçevesinde, savcı ve savunma, dosyayı oluşturan delilleri, katı teknik kurallara göre sunar. Burada da, Statü, bu konuda önemli bir belirsizliğe yol açmaktadır. Örneğin hiçbir şey bir yargıcı, Savcı'nın dosyasının delil olarak yargılamanın başında sunulması talimatını vermekten alıkoymak gibi görünmemektedir, hemen hemen aynı şekilde bir sorgu yargıcının dosyası yargılama mahkemesi tarafından kullanılacaktır. Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma-Cermen sisteminde eğitilmiş bir yargıcın başkanlığında *Akayesu* davasında, savcının dosyasının, dava dos-

yasının bir parçası olarak sunulmasını gerekli görerek, bu yaklaşımı benimsemişti.

Yargılama, başka şekilde kararlaştırılmadıkça Mahkeme'nin bulunduğu yerde, Lahey'de gerçekleştirilecektir.<sup>1</sup> Yargılama aleni şekilde yapılacaktır, bu hem Yargılama Dairesi'nin bir ödevi hem de kendisine suç isnad edilen kişinin bir hakkı olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte, Yargılama Dairesi, aleni şekilde duruşma yapılması ilkesinden ayrılabilir. Aleni şekilde duruşma yapılması ilkesinin istisnalarının ayrıntılı bir listesi önerilmiş, fakat Hazırlık Komitesi tarafından reddedilmişti. Madde 64(7), mağdurların ve tanıkların korunması ya da delil olarak verilecek olan gizli ya da hassas bilgiyi korumak için *in camera/gizli (kamuya kapalı)* yargılama işlemlerine açıkça izin vermektedir. Ayrıca, Madde 68(2) aşağıdaki hususları öngörmektedir:

Madde 67'de öngörülen aleni şekilde duruşma yapılması ilkesinin bir istisnası olarak, Mahkeme Daireleri, mağdurları ve tanıkları ya da kendisine suç isnad edilen bir kişiyi korumak için yargılama işlemlerinin herhangi bir bölümünü *in camera /gizli* bir şekilde yürütebilir ya da delillerin elektronik ya da diğer özel araçlarla sunulmasına izin verebilir. Özellikle, bu tür önlemler, bir cinsel şiddet mağduru vakasında ya da mağdurun veya tanığın bir çocuk olduğu durumda, Mahkeme tarafından başka şekilde emredilmedikçe, tüm koşullar, özellikle mağdurun ya da tanıkların görüşleri dikkate alınarak uygulanacaktır.

*Ad hoc* mahkemelerin bu konuya ilişkin halihazırdaki ayrıntılı içtihat hukuku, bu güç alanında Mahkeme'ye rehberlik etmelidir.<sup>2</sup> Gizli ya da has-

<sup>1</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9 (bundan sonra 'Roma Statüsü'), Md. 62; Rules of Procedure and Evidence, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.3, Kural 100.

"Roma Statüsü"nün Türkçe serbest çevirisi için bkz., Enver Bozkurt, **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şirketi, Ankara, 1999 (2. Baskı), sf:609-679; **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 1-80; "Usul ve Delil Kuralları"nın Türkçe serbest çevirisi için bkz., **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, (çev. Gülay Arslan), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 123-212. (ç.n.)

<sup>2</sup> Örneğin, *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995; *Prosecutor v. Rutaganda* (CaseNo. ICTR-96-3-T), Decision on the Preliminary Motion Submitted by the Prosecutor for Protective Measures for Witnesses, 26 September 1996. Bkz., Anne-Marie La Rosa, 'Réflexions sur l'apport du Tribunal pénal inter-

sas bilginin çeşitli kaynakları olabilir. Ayrıcalığa dayanan gizlilik talepleri olabilir ve Mahkeme, Usul ve Delil Kuralları'nda öngörüldüğü şekilde, Madde 69(5) uyarınca buna uyacaktır. Fakat bu istisna konusundaki sorunların esas kaynağı, egemen Devletler'den gelen bilgi olacaktır. Statü, bir Devlet'in 'gizli ya da hassas bilgi'ye saygı göstermek için 'gerekli olan önlemlere' başvurmasına izin vermektedir.<sup>3</sup>

Sanık, yargılamada<sup>4</sup>, hatta *in camera* /gizli yapılan yargılama bölümlerinde bile,<sup>5</sup> hazır bulunmalıdır. Statü'nün hazırlanışı sırasında, kıta Avrupası sisteminde geniş çapta yapılan *giyapta/ in absentia* yargılamaya<sup>6</sup> izin verip vermeme konusunda büyük tartışma yaşanmıştı. *Giyapta/ in absentia* yargılamaların, didaktik etki ve yargılamaya katılmaya zorlama konusundaki uygulamaya ilişkin aşırı güçlükler nedeniyle uluslararası adalet bağlamında özellikle önemli olduğu ileri sürülmüştü.<sup>7</sup> Sanığın yargılamada hazır bulunma hakkı, temel insan hakları belgelerinde tanınmaktadır<sup>8</sup> fakat uluslararası mahkemeler ve denetim organları, yargılamada

---

national pour l'ex-Yougoslavie au droit a un procès équitable', (1997) *Revue générale de droit international public* 945 at 962–70.

<sup>3</sup> Roma Statüsü, Md. 68(6).

<sup>4</sup> *Ibid.*, Md. 63. Md. 67(1)(d), kendisine suç isnad edilen kişinin hakları ile ilgili olarak aynı zamanda belirtmektedir ki: 'Madde 63, paragraf 2'ye tabi olarak, [kendisine suç isnad edilen kişi] yargılamada temsil edilme [hakkına sahiptir].'

<sup>5</sup> Roma Statüsü Md. 72(7), ulusal güvenlik bilgisinin korunmasına ilişkin bir duruşmanın *ex parte/tek taraflı* yani taraflardan birinin ya da her ikisinin yokluğunda yapılmasına izin vermektedir.

<sup>6</sup> Daniel J. Brown, 'The International Criminal Court and Trial in Absentia', (1999) 24 *Brooklyn Journal of International Law* 763; Hans-Jörg Behrens, 'Investigation, Trial and Appeal in the International Criminal Court Statute (Parts V, VI, VIII)', (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 113 at 123; Hakan Friman, 'Rights of Persons Suspected or Accused of a Crime', in Roy Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 247–62 at pp. 255–61.

<sup>7</sup> 'Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court', UNDoc. A/51/10, vol. I, para. 254, pp. 54–5; ayrıca para. 259, p. 55. Ayrıca bkz., Eric David, 'Le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie', (1992) 25 *Revue belge de droit international* 565; Alain Pellet, 'Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie: Poudre aux yeux ou avancée décisive?', (1994) 98 *Revue générale de droit international public* 7.

<sup>8</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, (1966) 999 UNTS 171, Md. 14; American Convention on Human Rights, (1978) 1144 UNTS 123, Md. 8; European Convention on Human Rights, (1955) 213 UNTS 221, Md. 6.

hazır bulunmayı vazgeçilmez bir koşul olarak değerlendirmemiştir. *Gıyapta/ in absentia* yargılama işlemlerinin kabul edildiği Roma-Cermen modelinden gelen ulusal adalet sistemleri uygulamalarının, kendisine suç isnad edilen kişiye duruşmanın uygun bildirimini tamamen yapıldığı sürece, yargılamada hazır bulunma hakkı ile tutarlı olduğu değerlendirilmektedir.<sup>9</sup> Roma Statüsü'nün hazırlanması sırasında, bu konu, yanlışlıkla, *gıyapta/ in absentia* yargılamaya genel bir kural olarak izin vermeyen common law sisteminden esaslı bir farklılık olarak sıkça gündeme getirildi. Fakat common law yargısının, bir dizi istisna getirmesi ve uygun olduğunda bu tür yargılama işlemlerine izin vermesi olgusu, bunun, farklı bir uygulama olacak kadar bir temel değerler konusu olmadığını göstermektedir. Nuremberg'te, büyük savaş suçlularından biri olan Martin Bormann, Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı Madde 12 uyarınca gıyapta yargılanmıştı.<sup>10</sup> Müzakerecilerin kendi ulusal modellerine bağlılıkları yüzünden, bu sorun üzerinde uzlaşmaya varmanın imkansız olduğu görüldü. Bir gözlemcinin not ettiği üzere, 'hiçbir uzlaşmaya varılamazdı ve zaman baskısı kolay bir

---

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yürürlük tarihi, bu kitabın orijinalindeki bu dipnotta yanlış bir şekilde 1955 olarak yazılmıştır, doğrusu 1953'tür. (ç.n.)

16/12/1966 tarihinde kabul edilen ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe giren "Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt IV-Birleşmiş Milletler Birinci Bölüm/United Nations First Part**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf: 57-110; 22/11/1969 tarihinde kabul edilen ve 18/07/1978 tarihinde yürürlüğe giren "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt III-Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organisation of American States and Organisation of African Unity**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2003, sf: 5-23; 04/11/1950 tarihinde kabul edilen ve 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe giren "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt I-Avrupa Konseyi –Birinci Bölüm/Council of Europe-First Part**, Boğaziçi Yayınevi, İstanbul, 2003, sf: 3-33; (ç.n.)

<sup>9</sup> *Mbenge v. Zaire* (No. 16/1977), UN Doc. A/34/40, p. 134; 'General Comment No. 13 (21)', UN Doc. A/36/40, para. 11; *Colozza and Rubinat v. Italy*, Series A, No. 89, 12 February 1985, para. 29; *Stamoulakatos v. Greece*, Series A, No. 271, 26 October 1993.

<sup>10</sup> *France et al. v. Goering et al.*, (1946) 22 IMT 203, 13 ILR 203, 41 *American Journal of International Law* 172. Yargılama gerçekleştirildiğinde Bormann zaten ölmüştü.

çözüm lehine sonuç doğurdu- *gyiapta/ in absentia* yargılamalar, hiçbir koşul altında Statü'de düzenlenmemektedir'.<sup>11</sup>

Yargılamada hazır bulunma, fiziksel mevcudiyetten daha fazlasını gerektirmelidir. Kendisine suç isnad edilen kişi, yargılama işlemlerini anlayacak bir durumda olmalıdır ve Mahkeme'nin iki resmi dili, kendisine suç isnad edilen kişi tarafından kullanılabilir olmadığında tercüme yapılması gerekebilir.<sup>12</sup> Statü, kendisine suç isnad edilen bir kişinin zihinsel hastalığından ötürü yargılanmaya uygun olmadığı durumlar bakımından suskundur, fakat bu boşluk, Yargılama Dairesi'ni, 'kendisine suç isnad edilen kişinin yargılanmak için uygun olmadığına ikna olduğunda' yargılama işlemlerini ertelemeye yönelten Kurallar'da giderilmiştir.<sup>13</sup> Yargılanmaya uygunluk, Statü Madde 31(1)(a)' da izin verilen ve kendisine suç isnad edilen kişinin suçun işlendiği tarihteki zihinsel durumuna ilişkin olan akıl hastalığı savunması ile karıştırılmamalıdır. Bir sanık yargılanmaya uygun olmadığına, Madde 63 anlamında 'mevcut/hazır' değildir ve bu nedenle duruşma devam edemez. Bir çok ulusal adalet sisteminde, kendisine suç isnad edilen bir kişi, zihinsel durumunda mahkemenin yargılanmaya uygun olduğuna karar vermesine imkan verecek bir değişiklik olana kadar alıkonulabilir. Mahkeme'nin, kendisine suç isnad edilen bir kişinin 'kötü sağlık durumu'na sahip olması halinde yargılama işlemlerine devam edebilmesine izin verilmesi şeklindeki Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak statüsündeki öneri, ki Mahkeme'nin bu tür durumlara yönelmesine muhtemelen izin verebilecek olan bir hükümdü, Diplomatik Konferans tarafından reddedildi.

Bir sanığın yargılanmaya uygun olmaması durumu, hiç de boş bir varsayım değildir. *Erdemovic* davasında EYUCM, kendisine suç isnad edilen kişiyi, suçun kabulünün, sözcüğün tüm anlamlarında 'hazır/mevcut' olan bir kişi tarafından yapılmış olup olmadığını belirlemek amacıyla psikiyatrik muayene için cezaevine geri göndermişti. Bir uzmanlar/bilirkişiler heyeti, kendisine suç isnad edilen kişinin travma sonrası stres bozukluğundan muzdarip olduğu ve o zamanki akli durumunun Yargılama Dairesi önünde yargılanmasına imkan vermediği sonucuna ulaşmıştı.<sup>14</sup> Yargılama

<sup>11</sup> Friman, 'Rights of Persons', pp. 255–61 at p. 262.

<sup>12</sup> Ayrıca bkz., Roma Statüsü, Md. 67(1)(f).

<sup>13</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 135(4).

<sup>14</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (CaseNo. IT-96-22-T), Sentencing Judgment, 29 November 1996, para. 5.

Dairesi, ceza tayini-öncesi duruşmasını erteledi ve sanığın yargılanmaya uygunluğu konusundaki bir ikinci değerlendirmenin üç ay içinde sunulması talimatını verdi.<sup>15</sup> Sonraki bir rapor, Erdemovic'in sağlık durumunun iyileştiği ve onun 'yargılanmaya yeterince muktedir' olduğu sonucuna vardı.<sup>16</sup> Nuremberg'te, Uluslararası Askeri Mahkeme, sanıklar Rudolf Hess ve Julius Streicher'in yargılanmaya uygun olmadığı iddialarını reddetmişti.<sup>17</sup>

Sanık yargılama işlemlerini engeller ise, yargılama onun gıyabında devam edebilir. Statü, sorunun tekrarlayıcı ve ısrarcı olması gerektiğine işaret ederek, kendisine suç isnad edilen kişinin yargılamayı engellemeye 'devam etmesi' gerektiğini belirtmektedir.<sup>18</sup> Yargıçların böyle bir yetkiyi nasıl kullanacaklarını ayrıntılı bir şekilde kodifiye etmek elbette güçtür. Bu sorun, ulusal adalet sistemlerinin aşına olduğu bir sorundur ve Mahkeme bu konuda kendi içtihat hukukunu geliştirirken şüphesiz ulusal uygulamalara dayanacaktır. Fakat, akılda tutulmalıdır ki, Mahkeme'nin dava yükü, tabiatı gereği oldukça siyasi olacaktır, ve bu, sanıkların suçlamalara karşı güçlü, enerjik ve özgün itirazlar hazırlama olasılığını arttıracaktır. Mahkeme'nin, 'engelleme' terimi hakkındaki tanımı, bu tür koşullarda sanıkları susturmanın bir aracı haline gelmemelidir. Bu nedenle Statü ayrıca, bu tür önlemlerin sadece istisnai koşullarda ve diğer makul alternatiflerin yetersiz olduğunun görülmesinden sonra alınacağını belirtmektedir. Ayrıca, duruşmadan çıkarılmaya sadece, kesinlikle gerekli olduğu süre boyunca izin verilmektedir. Mahkeme, sanığın duruşmaya dönmesine izin verilip verilemeyeceği hususunu periyodik olarak gözden geçirmelidir. Statü, kendisine suç isnad edilen kişi, duruşma dışında bırakıldığında, Yargılama Dairesi'nin sanığın, eğer gerekli ise, iletişim teknolojisinin kullanılması yoluyla mahkeme salonu dışından yargılamayı izleyebilmesi ve müdafiiye talimat verebilmesini sağlamasını gerektirmektedir.

Statü, bir tercümandan yararlanma hakkını tanımaktadır. Sanık, yargılama işlemlerini anlamıyor ise, yargılamada 'hazır' bulunmamaktadır.

<sup>15</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-A), Appeal Judgment, 7 October 1997, para. 5.

<sup>16</sup> *Ibid.*, para. 8.

<sup>17</sup> *France et al. v. Goering et al.*, yukarıda dipnot 8.

Bu dipnotta, *France et al. v. Goering et al.* Davası için yanlışlıkla 8 numaralı dipnotta gönderme yapılmaktadır fakat bu kararın referans 10 numaralı dipnotta yer almaktadır. (ç.n.)

<sup>18</sup> Roma Statüsü, Md. 63(2); Usul ve Delil Kuralları, Kural 170.

Bu yüzden, bir tercümandan yararlanma hakkı tartışılmaz bir hak gibi görünmektedir. Belgelerin tercüme edilmesi şartı, hantal, vakit alan ve masraflı bir işlem olabilirse de, bu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir tercümandan yararlanma hakkının doğal sonucu olarak kabul edilmiştir.<sup>19</sup> Bu hüküm, kendisine suç isnad edilen kişinin ana diline ya da onun seçtiği bir dile tercüme yapılmasını gerektirmemektedir.<sup>20</sup> Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir ara kararında, kendisine suç isnad edilen bir kişinin ‘Hırvat’ bir tercüman talebini, yeterince benzer bir dil olan Sırp-Hırvat diline düzenli tercüme yapılmakta olduğu gerekçeyle reddetmişti.<sup>21</sup>

Sanık, kendisini bizzat savunma hakkına sahiptir. Bu konuda en az iki içtihat bulunmaktadır, mahkum edildikten sonra müdafini kovan ve yargılama cezasının tayini aşamasında kendi başına hareket eden Jean-Paul Akayesu’nun Ruanda için Uluslararası Ceza mahkemesi önündeki davası ve Slobodan Milosevic’in davası. Strasbourg içtihat hukukuna göre, kendisine suç isnad edilen kişi, yargılamanın adilliğini etkileyebileceği durumda, belirli koşullar altında bir avukatın yardımını almayı talep edebilir.<sup>22</sup> Ayrıca, bir avukatın yardımını almaksızın hareket eden bir sanık, yargılama işlemlerinde gerekli özeni göstermemekten ötürü sorumlu tutulabilir ve tecrübesizlik iddialarına her zaman dayanamayabilir, fakat sanığın bir dereceye kadar hoş görülmeye hakkı vardır.<sup>23</sup> Müdafinin tüm yardımlarını reddeden inatçı sanık vakası gibi nadiren gerçekleşen vakalarda, Mahkeme, adaletin yara almamasını temin etmek için bir *amicus curiae* (kelimesi kelimesine, ‘mahkemenin dostu’) tayin etmeye karar verebilir.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> *Luedicke, Belkacem and Koc v. Germany*, Series A, No. 29, 28 November 1978, para. 48; *Kamasinski v. Federal Republic of Germany*, Series A, No. 168, 19 December 1989, para. 74.

<sup>20</sup> *Guesdon v. France* (No. 219/1986), UN Doc. A/44/40, p. 222, parag. 10.2 ve 10.3.

<sup>21</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Order on Zdravko Mucic’s Oral Request for Croatian Interpretation, 23 June 1997.

<sup>22</sup> *Croissant v. Germany*, Series A, No. 237-B, 25 September 1992; *Philis v. Greece* (App. No. 16598/90), (1990) 66 DR 260.

<sup>23</sup> *Melin v. France*, Series A, No. 261-A, 22 June 1993, para. 25.

<sup>24</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 103. Fakat, Kural 103 *amici curiae* rolünü yargılama işlemlerine aktif şekilde katılma yerine gözlemlerin sunulması ile sınırlandırmış görünmektedir.

Sanık, müdafî seçme hakkına sahip olmakla birlikte, bu hak sınırsız değildir. *Ad hoc* mahkemeler, müdafîin ya bir Devlette avukatlık yapmaya kabul edilmiş ya da üniversitede hukuk profesörü olan bir kişi olmasını gerektiren bir karar kabul etmiştir.<sup>25</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Usul ve Delil Kuralları, biraz farklıdır ve ‘müdafî uluslararası hukukta ya da ceza ve ceza usul hukukunda yeterliğe ve aynı zamanda yargıç, savcı, avukat ya da diğer benzer sıfatlar ile ceza hukuku yargılama işlemlerinde gerekli uygun tecrübeye sahip olacaktır’ hükmü ile şekilden ziyade esas üzerinde odaklanmaktadır. Müdafîinin aynı zamanda, ‘Mahkeme’nin çalışma dillerinden en az birinin iyi derecede bilgisine sahip olması ve o dili akıcı bir şekilde konuşması’ gerekmektedir.<sup>26</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, müdafîinin aynı zamanda savunma tanığı olduğu durumda<sup>27</sup> ve hatta cüppe giyilmesinin reddedilmesi halinde<sup>28</sup> meslek etiğine uyulmadığı gerekçesiyle<sup>29</sup> müdafîiden yararlanma hakkının bir ihlali olduğu iddialarını reddetmiştir. Fakat, gerçekte müdafîinin bu şartları karşılayıp karşılamadığını kimin değerlendireceği belirsizdir. Ayrıca, Kurallar’daki bu oldukça sıkı şartlar ile sanığın ‘savunmayı bizzat ya da sanığın seçtiği hukuki yardımcı aracılığıyla yapması’ hakkını tanıyan Statü Madde 67(1)(d) arasında potansiyel bir çatışma vardır.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nde, yoksul sanıkların ücretsiz müdafîiden yararlanma hakkı, ‘adaletin yararının öyle gerektirdiği’<sup>30</sup> durumlar şartına bağlıdır, ki bu hüküm Roma Statüsü Madde 67’de tekrarlanmaktadır. Bu durum, Uluslararası Ceza Mahkemesi önündeki tüm davalarda söz konusu olacaktır. Muhtemelen bu sebepten ötürü, Uluslararası Hukuk Komisyonu, taslak statüdeki ‘adaletin yararı’ şartını çıkartmıştı,<sup>31</sup> bu şart Hazırlık Komitesi tarafından tekrar getirilmiş-

<sup>25</sup> ‘Rules of Procedure and Evidence’, UN Doc. IT/32, Kural 44.

<sup>26</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 22.

<sup>27</sup> *K v. Denmark* (App. No. 19524/92), yayımlanmamıştır.

<sup>28</sup> *X and Y v. Federal Republic of Germany* (App. Nos. 5217/71 and 5367/72), (1972) 42 Coll. 139.

<sup>29</sup> *Ensslin, Baader and Raspe v. Federal Republic of Germany* (App. Nos. 7572/76, 7586/76 and 7587/76), (1978) 14 DR 64.

<sup>30</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, (1966) 999 UNTS 171, Md. 14(3)(d).

<sup>31</sup> ‘Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Sixth Session, 2May–22 July 1994’, UN Doc. A/49/10, p. 116. Ayrıca bkz., ‘Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind’, UN Doc. A/51/332, Md. 11(e).



tir.<sup>32</sup> Yoksul sanıklara adli yardım sağlanması sisteminin idaresi, Yazı İşleri Müdürü'nün sorumluluğundadır.<sup>33</sup>

Yargılama, Ön-Yargılama Dairesi'nin daha önce kabul ettiği suçlamaların sanık tarafından okunması ile başlayacaktır. Yargılama Dairesi, sanığın suçlamaların niteliğini anladığı konusunda kendisini ikna edecektir. Sanıktan suçu kabul etmesi ya da suçu reddetmesi istenecektir.<sup>34</sup> *Ad hoc* mahkemelerin uygulaması, bir sanığın suçu kabul etmeyi teklif etmesinin hiç de tuhaf olmadığını göstermiştir.<sup>35</sup> Bu, daha samimi davalardaki gerçek bir vicdan azabı ve pişmanlık duygusu ile mahkumiyet kesin gibi görüldüğünde suçun kabul edilmesinin cezada indirim ve daha ığneleyici/küçümseyici davalarda daha iyi muameleye yol açabileceği konusundaki umut dahil bir dizi etmeden kaynaklanabilir. Ulusal hukukların temel yargısal sistemlerinde bu konudaki farklı felsefi yaklaşımlardan ötürü, suçun kabul edilmesine uygulanabilir kuralları sınırlamada güçlükler vardı. Common law sisteminde, cezanın ağırlığı ve suçlamaların niteliği konusunda Savcı tarafından yapılan taahhütlerin karşılığı olarak bir sanığın suçu kabul etmesi genellikle kuraldır. Kıta Avrupası hukuku sisteminde, suç itirafına derin bir şüphe ile bakılır ve mahkemelerin, böyle bir itirafa bakmaksızın, delillere dayanarak suçluluğa ya da suçsuzluğa karar vermesi beklenir. Fakat, uygulama düzeyinde, her iki sistemde de, suçun kabul edilmesine dair yaklaşımlar bakımından karşılıklı bir çok yanlış anlaşılma olmasına rağmen bu farklılıklar çok büyük olmayabilir. Common law sisteminde, savcı tarafından verilen vaatler yargıci bağlamaz, yargıci, yeterli delil olduğu ve saçmalık ya da mahkemeye karşı hile olmadığı konusunda kendisini ikna etmelidir. Fakat, bazı Avrupalı hukukçuların common law usul hukuku hakkındaki yanlış fikirleri, itiraf müzakerelerinin/plea

---

“Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Kodu Taslağı”nın Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, sf: 780-782 (ç.n.)

<sup>32</sup> ‘Decisions Taken by the Preparatory Committee at Its Session Held 4 to 15 August 1997’, UN Doc. A/AC.249/1997/L.8/Rev.1.

<sup>33</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 21.

<sup>34</sup> Roma Statüsü, Md. 64(8)(a).

<sup>35</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-S), Sentencing Judgment, 5 March 1998, (1998) 37 ILM 1182; *Prosecutor v. Kambanda* (Case No. ICTR-97-23-S), Judgment and Sentence, 4 September 1998, (1998) 37 ILM 1411; *Prosecutor v. Serushago* (Case No. ICTR-98-39-S), Sentence, 2 February 1999; *Prosecutor v. Jelesic* (Case No. IT-95-10-T), Judgment, 14 December 1999; *Prosecutor v. Ruggiu* (Case No. ICTR-97-32-I), Judgment and Sentence, 1 June 2000.

negotiations Mahkemeyi bağlayamayacağı konusunda onları rahatlatmak için tamamen gereksiz bir hükmün, Madde 65(5)'in Statü'ye eklenmesi ile sonuçlandı. Kıta Avrupası hukuk sisteminde, suçun kabulü, zorlayıcı bir etmen olacaktır ve neredeyse kesinlikle süreci kolaylaştıracaktır.<sup>36</sup> Bu yüzden, kıta Avrupası hukuk sistemi yargıçlarının suçun kabul edilmesine aldırış etmediğini ve bunun yargılamayı hızlandırmadığını söylemek doğru değildir.

Roma Statüsü'nde, bu iki yaklaşım arasında bir 'sağlıklı denge' kurulmuştur.<sup>37</sup> Bir sanık suçu kabul ettiğinde, Yargılama Dairesi, sanığın suçu kabul etmenin niteliğini ve sonuçlarını anladığını, suçu kabul etmenin müdafii ile yeterince müzakere edildikten sonra gönüllü olarak yapıldığını ve suçu kabul etmenin davanın olguları ile desteklendiğini temin etmelidir.<sup>38</sup> Yargılama Dairesi, bu şartların karşılanmış olduğu konusunda ikna olmaz ise, suç kabulünü yapılmamış sayar ve yargılamanın devam etmesine karar verir. Yargılama Dairesi, yargılamanın bir başka Yargılama Dairesi önünde yapılması talimatını bile verebilir. Alternatif olarak, Yargılama Dairesi, 'davanın olgularına ilişkin daha eksiksiz bir sunum yapılması adaletin yararınadır, özellikle de mağdurların yararınadır' diye düşünebilir ve ek delil gösterilmesini talep edebilir.

## Deliller

Karmaşık ve teknik delil kurallarına sahip Common law sisteminden farklı olarak Statü, ilgili ve gerekli tüm delillerin kabul edilmesine izin vererek uluslararası ceza mahkemelerinin geleneğini takip etmektedir.<sup>39</sup> Common law sisteminde eğitim görmüş hukukçular için bu noktadaki büyük sürpriz muhtemelen, başkasından duyulan şeyin tekrarından ibaret delilleri ve karine mahiyetindeki delilleri/ indirect evidence dışarıda

<sup>36</sup> Behrens, 'Investigation, Trial and Appeal', pp. 123–4.

<sup>37</sup> Silvia A. Fernandez de Gurmendi, 'International Criminal Law Procedures', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 217–27 at p. 223.

<sup>38</sup> Roma Statüsü, Md. 65(1).

<sup>39</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi de dahil uluslararası ceza mahkemeleri önünde delil gösterilmesi konusunda genel bir bakış sağlayarak yazın dünyasındaki boşluğu dolduran iki yeni kitap: Richard May and Marieka Wierda, *International Criminal Evidence*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002; Rodney Dixon and Karim Khan, *Archbold International Practice, Procedure and Evidence of International Criminal Courts*, Hampshire: Sweet & Maxwell, 2002.

bırakan genel bir kuralın olmamasıdır;<sup>40</sup> fakat pek muhtemel görünmektedir ki, bu tür delillerin kabul edilebilirliğine karar vermede Mahkeme'ye, 'bazı ulusal hukuk sistemleri tarafından genellikle tanınan başkasından duyulan şeyin tekrarı istisnaları ve uygun olduğunda, delillerin doğruluğu, iradiliği ve güvenilirliği' rehberlik edecektir.<sup>41</sup> Helen Brady'nin açıkladığı üzere, 'Ad Hoc Komite ve Hazırlık Komitesi'ndeki tartışmalar, UCM delil kurallarının kapsamı ve niteliği konusunda kıta Avrupası hukuk sistemi ile common law arasındaki derin uçurumu gözler önüne serdi. Fakat, kıta Avrupası hukuk sistemi ile common law'ın adil yargılanma ve due process kavramlarının hassas bir bileşimi olan bir uzlaşmaya sonunda varıldı.'<sup>42</sup>

Delil, kabul edilebilir olmak için ilgili ve gerekli olmalıdır.<sup>43</sup> Bu genel kural, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilen Usul ve Delil Kuralları'ndaki bir hükme benzemektedir.<sup>44</sup> Bu hükmü yorumlamak için, Yugoslavya Mahkemesi, metinde bir güvenilirlik şartı olduğu anlamını çıkarıp çıkarmamayı değerlendirmiştir. Bu konudaki ulusal uygulamalar önemli ölçüde farklılık göstermektedir. EYUCM Yargılama Dairesi, güvenilirliği, 'kabul edilebilirliğin tüm bileşenlerinin içinden geçen görünmez altın bir iplik' olarak tarif etmiş fakat güvenilirliğin, hükümde özel olarak düzenlenmemiş ise, bir gereklilik olduğunu bu karara eklememişti.<sup>45</sup> Bu yüzden, Helen Brady işaret etmektedir ki, Madde 69 güvenilirliğe, delilin kabul edilebilirliğinin bir şartı olarak gönderme yapmamakla birlikte, güvenilirlik, sunulan delilin ispat edilecek hususla ilgili olmasının ve ispat değerinin zımni bir unsuru gibi görünmektedir. 'Sunulan delilin ispat edilecek hususla ilgili olmasına ve ispat değerine ilişkin herhangi bir değerlendirme, delilin güvenilirliğine dair bazı mülahazaları doğurur-delil *prima facie/görünüş itibariyle* güvenilir olmalıdır-.

<sup>40</sup> Bkz., *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 May 1997, (1997) 36 ILM 908, 112 ILR 1, para. 555.

<sup>41</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Decision on Defence Motion on Hearsay, 5 August 1996, paras. 7–19.

Usul kurallarına uygunluk. (ç.n.)

<sup>42</sup> Helen Brady, 'The System of Evidence in the Statute of the International Criminal Court', in Flavia Lattanzi and William A. Schabas, eds., *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Rome: Editrice il Sirente, 2000, pp. 279–302 at p. 286.

<sup>43</sup> Roma Statüsü, Md. 69(3).

<sup>44</sup> 'Rules of Procedure and Evidence', UN Doc. IT/32, Rule 89(C).

<sup>45</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-98-21-T), Decision on the Admissibility of Exhibit 155, 19 January 1998, para. 32.

Güvenilir olduğuna dair yeterli gösterge taşımayan delilin, ne karar verilecek hususlarla ilgili olduğu ne de ispat gücüne sahip olduğu söylenebilir.<sup>46</sup>

Savunmanın, tanıkları Savcı ile aynı temelde sorguya çekme hakkı vardır.<sup>47</sup> Bu, common law'da anlaşıldığı şekli ile, tam bir çapraz sorgu hakkını açıkça öngörmemektedir. Kıta Avrupası ya da Roma-Cermen hukuk sistemlerinde, sorular müdafinin talebi üzerine yargıç tarafından sorulabilir. Duruşmada, başkanlık eden yargıç, yargılama işlemlerinin yürütümü için talimatlar verebilir,<sup>48</sup> bunun yapılmaması durumunda Savcı ve savunma delilin sunulacağı düzen ve şekil konusunda anlaşacaktır.<sup>49</sup> Tanıklar, diğer tarafın ve Mahkeme'nin sorgulamalarını takiben kendilerini tanık olarak gösteren tarafça sorguya çekilir. Savunmanın, bir tanığı en son sorguya çekme hakkı vardır.<sup>50</sup> Savunma aynı zamanda, kapanış konuşmasını en son yapan taraftır.<sup>51</sup>

Tanıkları sorguya çekme hakkının sınırları vardır. Cinsel suç mağdurlarının ifade vermesini düzenleyen şekli hükümler buna örnektir. Statü, Mahkeme'yi, elektronik ya da diğer özel araçlarla delil sunulmasına izin vermesi konusunda yetkilendirmektedir.<sup>52</sup> Bazı sorular resmen yasaktır: Usul ve Delil Kuralları, bir mağdurun ya da tanığın önceki ya da sonraki cinsel davranışına ilişkin delillerin kabul edilmeyeceğini belirtmektedir.<sup>53</sup> Kötü niyetli ya da tekrarlayıcı sorulara da izin verilmeyebilir. Önemli olan, tarafların, savcılık makamı ve savunmanın, eşit şekilde muamele görmesi ve yargılamanın esas itibarıyla adil olmasıdır. Statü, Mahkeme'nin tanık ayrıcalıklarının kabul etmesine izin vermektedir. Hazırlık Komisyonu, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından halihazırda tanınan bir ilkeyi, ki bu ilke vasıtasıyla Uluslararası Kızıl Haç Komitesi, eski bir üyesi tarafından görevi sırasında elde edilen delili ifşa etmeme hakkına sahip olmuştur, taslak Kural 73'de kabul etme konusunda anlaşmıştı. Yugoslavya Mahkemesi bu kararı verirken, uluslararası

<sup>46</sup> Brady, 'The System of Evidence', p. 290.

<sup>47</sup> Roma Statüsü, Md. 67(1)(e).

<sup>48</sup> *Ibid.*, Md. 64(8)(b).

<sup>49</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 140(1).

<sup>50</sup> *Ibid.*, Kural 140(2).

<sup>51</sup> *Ibid.*, Kural 141.

<sup>52</sup> Roma Statüsü, Md. 68(2).

<sup>53</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 71.

teamül hukukuna dayanmıştı.<sup>54</sup> Tanıklar, eşini, çocuğunu ya da ebeveynini suçlayabilecek olan beyanlarda bulunmayı da reddedebilir.<sup>55</sup>

Statü'deki hiçbir hüküm, tanıkların, örneğin Mahkeme önüne çıkmak için *subpoena/celpname* ya da benzer emirler çıkartılarak icbar edilebilmelerini düzenlememektedir. Tanıklar, Mahkeme önüne gönüllü olarak çıkacaktır. Bir kişi Mahkeme önüne bir kez çıktı mı, Madde 71, Mahkeme'ye söz dinlemeyen/itaatsiz tanıklar üzerinde belli bir dereceye kadar denetim yetkisi tanımakta ve bir para cezası verilmesine izin vermektedir.<sup>56</sup> Tanıklar tarafından verilen ifadeye bir ant eşlik etmelidir: 'Gerçeği, tüm gerçeği söyleyeceğime ve fakat gerçek dışında hiçbir şeyi söylemeyeceğime ant içerim.'<sup>57</sup> Mağdurları, tanıkları ya da bir sanığı korumak için ifadenin elektronik ya da diğer özel araçlarla verilmesi olanağına tabi olarak tanıklar, Mahkeme önünde şahsen/bizzat ifade vermelidir. Bu tür önlemler, özellikle cinsel şiddet mağdurları ya da çocuk vakalarında değerlendirilmelidir.<sup>58</sup> İfade vermeye asla zorlanamayacak bir tanık vardır: sanık. Statü'deki susma hakkı hükmü, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne dayanmaktadır, fakat oldukça ileriye gitmektedir. Sözleşme, bir sanığın 'kendisi aleyhinde tanıklık etmeye ya da suçu itiraf etmeye zorlanmama' hakkına sahip olduğunu belirtmektedir.<sup>59</sup> Statü, 'kendisi aleyhinde' nitelendirmesini atmakta ve Sözleşme'de hiçbir şekilde ima edilmeyen ek bir normu, yani bir sanığın suskunluğunun suçluluğun ya da suçsuzluğun belirlenmesinde bir faktör olamayacağını eklemektedir. Metin, sanığın, tanıklık etmeyi sadece delil 'kendi aleyhinde' olduğunda değil fakat tamamen reddedebileceği olgusunu açıklamaktadır. Bu hüküm, bazı ulusal hukuk sistemlerinde susma hakkına yapılan tecavüzler konusundaki endişeleri yansıtmaktadır. Özellikle, İngiliz common law sistemi,

<sup>54</sup> *Prosecutor v. Simic et al.* (CaseNo. IT-95-9-PT), Decision on the Prosecution Motion Under Rule 73 for a Ruling Concerning the Testimony of a Witness, 27 July 1999.

<sup>55</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 75.

<sup>56</sup> *Ibid.*, Kural 65 ve 171(1).

<sup>57</sup> Roma Statüsü, Md. 69(1); Usul ve Delil Kuralları, Kural 66(1).

<sup>58</sup> Roma Statüsü, Md. 68(2).

<sup>59</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, (1966) 999 UNTS 171, Md. 14(3)(g).

sanığın tanıklık etmemesinden kaynaklanan herhangi bir olumsuz çıkarımı her zaman önlemiştir.<sup>60</sup>

Sanık, ‘tanıklık etmeye’ zorlanamaz ise de, savunmasında yeminsiz bir sözlü ya da yazılı beyanda bulunabilir.<sup>61</sup> Bu, dünyanın her yerindeki birçok ceza kanununda tanınan bir uygulamadır. Aslında, kıta Avrupası hukukçuları, kendi yargı sistemlerinde sanık asla yemin etmediği için, bunun aksinin olabileceğine ‘şaşırmaktadır’.<sup>62</sup> Common law sistemlerinde, yeminsiz bir beyan, kural olarak delil olarak kabul edilmez olacaktır. ‘Yeminsiz beyan’, tanıklık yapılırken tanıklık edilen şeyin doğruluğu konusunda bir ant içileceği şeklindeki genel kurala bir istisna olarak görünmektedir.<sup>63</sup>

Statü ihlal edilerek ya da uluslararası kabul görmüş insan haklarına aykırı şekilde elde edilen deliller, eğer bu durum ‘delillerin güvenilirliği konusunda esaslı şüphe uyandırıyor ise’ ya da bu delillerin kabulü ‘yargılama işlemlerinin doğruluğuna/integrity karşı ve ciddi şekilde zararlı olacaksa’ kabul edilemez olacaktır.<sup>64</sup> İlk durumda, güvenilir delillerle ilgili özel bir kural yapmak hiç gerekli görünmemektedir, çünkü bu deliller hiç bir durumda kabul edilmemelidir.

‘Ulusal güvenlik bilgisi’ olarak bilinen durumda, ayrı bir rejim işlemektedir.<sup>65</sup> Ulusal hukuk sistemlerinde, Devlet güvenliğine ilişkin büyük kaygıya yol açacağı kabul edilen delilin ibrazı konusunda özel kurallar uygulanmaktadır.<sup>66</sup> Bazı ülkelerde, bu delile izin verilir fakat delil, gizli niteliğini koruyan bir mekanizmaya tabi tutulur. Diğerlerinde, bu delilin sunulması tamamen yasaktır. Genellemeler her zaman tehlikeli olmakla birlikte, ulusal hukuk sistemlerinde bu konudaki davanın merkezinin, savunmanın Devlet makamlarının elinde olan bilgiye ulaşma girişimleri ile ilgili olduğunu söylemek muhtemelen doğru olacaktır. Savcıların kendile-

<sup>60</sup> Fakat, son yıllarda, Birleşik Krallık’ta kabul edilen yasalar, savcıların bu tür çıkarımları önermesine izin vermektedir: Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 4(3).

<sup>61</sup> Roma Statüsü, Md. 67(1)(h).

<sup>62</sup> Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris: Dalloz, 1995, p. 449, n. 1.

<sup>63</sup> Roma Statüsü, Md. 69(1).

<sup>64</sup> *Ibid.*, Md. 69(7).

<sup>65</sup> *Ibid.*, Md. 72.

<sup>66</sup> *Prosecutor v. Blaskic* (CaseNo. IT-95-14-AR108bis), Objection to the Issue of Subpoenae Duces Tecum, 29 October 1997, (1998) 110 ILR 677, paras. 109, 124–6 and 141–6.

rini Devlet makamları ile böylesine düşmanca bir ilişki içerisinde bulması pek muhtemel değildir.

Roma Statüsü'nün hazırlayıcıları, hemen hemen aynı yönelim ile başladı. Bu yüzden, ilk olarak Genel Kurul'un Ad Hoc Komitesi'nde 1995'de ortaya çıkan ve Hazırlık Komitesi'nin 1996 ve 1997'deki çalışmaları sırasında devam eden bu alandaki ilk kaygılar, savunmayı, Savcı'nın elinde olan ve genellikle adil bir yargılama için yapılacak hazırlığın bir parçası olarak ifşa edilmeye tabi delile ulaşmaktan alıkoymaya yönelmişti.<sup>67</sup> Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi'nin Ekim 1997'deki bir kararının,<sup>68</sup> UCM tarafından yargılanacak olan suçların niteliği göz önünde tutulduğunda, sorunun merkezinin Savcı ile Devlet makamları arasındaki çatışmada yattığının farkına varan yapıcılarının/hazırlayıcıların dikkatini başka yöne çevirttiği görülmektedir.

Sonunda oluşturulan Madde 72 hükmü, uzun ve kafa karıştırıcıdır. Bu hükmün karmaşıklığı, metnin büyük kısmının Roma Konferansı'nda hazırlanmış olduğu ve Hazırlık Komitesi sürecinin sağladığı hazırlık yıllarından faydalanmadığı olgusu ile artmaktadır. Nihai versiyon, Hazırlık Komitesi aşamasında düşünülen çeşitli modellerden esaslı ölçüde farklılaşmaktadır. Bundan dolayı, sonuçları kesin olmayan bir dil kullanılmaktadır. Statü'nün hazırlanışına katılmış uzmanlardan biri olan ve 'hükümlerin bazılarının muğlaklığı'ndan bahseden Donald K. Piragoff,<sup>69</sup> kesinlikle meseleyi anlamıştır. Esasen Madde 72, konuların ulusal güvenliği etkileyip etkilemediğinin belirlenmesini Devletin kendisine bırakmaktadır. Bu hüküm, Mahkeme'yi engellemek isteyen bir Devlet için meseleyi oldukça basitleştirecek gibi görünmektedir. Bir Devlet, elinde bulunan bilgi için yapılan talebi reddettiğinde, Mahkeme bu bilginin ibraz edilmesi talimatını vermeyebilir.<sup>70</sup> Mahkeme sadece ilgili Devletin bu reddedişini Taraf Devletler Kurulu'na ya da Güvenlik Konseyi'ne havale edebilir fakat aynı zamanda 'delil niteliğinde/ispata yarayan sonuçlar' da çıkarabilir.

<sup>67</sup> Donald K. Piragoff, 'Protection of National Security Information', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 270-94 at p. 274.

<sup>68</sup> *Prosecutor v. Blaskic* (Case No. IT-95-14-AR108bis), Objection to the Issue of Subpoenae Duces Tecum, 29 October 1997, (1998) 110 ILR 677.

<sup>69</sup> Piragoff, 'Protection of National Security Information', p. 294. Ayrıca bkz., Rodney Dixon and Helen Duffy, 'Article 72', in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 937-46.

<sup>70</sup> Roma Statüsü, Md. 72(7)(a).

Mahkumiyet kararı vermek için, Mahkeme'nin, sanığın suçluluğu konusunda makul şüphenin ötesinde ikna olması gerekmektedir.<sup>71</sup> Bu sözcükler, common law sistemlerinden gelen hukukçulara, suçluluğun, genellikle olguları değerlendiren hakimin özel kanaatini tatmin edecek derecede ispatlanmasını gerektiren Roma-Cermen sisteminden gelen avukatlara göre daha aşınadır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, insan hakları normları ışığında hangi standardın tercihe şayan olduğu konusunda açık bir beyanda bulunmamıştır.<sup>72</sup> İspat konusunda 'makul şüphe' standardını belirten bir değişiklik, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Madde 14 hazırlanırken kabul edilmemişti.<sup>73</sup> Fakat, savcılık makamının suçluluğu makul şüphenin ötesinde ispatlaması gerektiğini açık bir şekilde ifade eden İnsan Hakları Komitesi daha az ihtiyatlıdır.<sup>74</sup> Nuremberg'teki Uluslararası Ceza Mahkemesi, ispat yükünün gereği karışılmadığı için beraat eden Schacht ve von Papen hükmünde açıkça belirterek makul şüphe standardını uyguladı.<sup>75</sup> *Ad Hoc* mahkemeler ise, bu konuda bir güçlük yaşamamış görünmektedir ve vermiş oldukları ilk hükümlerde makul şüphe standardının uygulandığı yönünde sık sık geçen ifadeler bulunmaktadır.<sup>76</sup> Yargıçlar tarafından kabul edilen Usul ve Delil Kuralları, açıkça belirtmektedir ki: 'Yargılama Dairesi'nin çoğunluğu suçluluğun makul şüphenin ötesinde ispatlandığı konusunda ikna olduğunda suçluluğa ilişkin bir karara varılabilir.'<sup>77</sup> *Celebici* davasında Yargılama Dairesi belirtmişti ki; 'Savcılık makamı, sanık aleyhinde ileri sürülen davayı makul şüphenin ötesinde ispat etmekle hukuken yükümlüdür. Davanın sonunda sanık, suçun ispat edilip edilmediği konusundaki şüpheden yararlanma hakkına sahiptir.'<sup>78</sup>

<sup>71</sup> *Ibid.*, Md. 66(3).

<sup>72</sup> *Austria v. Italy*, (1962) 9 *Yearbook* 740 at 784.

<sup>73</sup> UN Doc. E/CN.4/365; UN Doc. E/CN.4/SR.156.

<sup>74</sup> 'General Comment 13/21', UN Doc. A/39/40, pp. 143-7, para. 7.

<sup>75</sup> *France et al. v. Goering et al.*, (1946) 22 IMT 203. 13 ILR 203, 41 *American Journal of International Law* 172.

<sup>76</sup> Makul şüphe standardına birçok göndermenin yapıldığı bir örnek için bkz., *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 May 1997; *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998; *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998.

<sup>77</sup> Rules of Procedure and Evidence, UN Doc. IT/32, Rule 87(A).

<sup>78</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, para. 601.



Common law yargıçları, genellikle şin ehli olmayan/lay jüriyle açık talimatlar sağlama girişiminde bulunarak makul şüphe nosyonunu tanımlamak için önemli çaba göstermiştir. Bu, Mahkemeye seçilecek olması muhtemel olanlar gibi tecrübeli yargıçlar için daha az önemlidir. *Delalic* davasında EYUCM Yargılama Dairesi common law'a ilişkin bir tanım kabul etmişti:

Makul bir şüphe, belirli bir jürinin (söz konusu) koşullarda dikkate aldığı bir şüphedir. (Söz konusu) koşullarda neyin makul olduğunun standardını jüri üyelerinin kendileri belirleyecektir. Onlara atfedilen, yargılama şeklimizin erdemlerinden biri olan bu yetenek: kendi tecrübelerine ve muhakemelerine dayanarak olguları karara bağlamak.<sup>79</sup>

Fakat Mahkeme'nin yargıçları için ehli olmayan/lay jüri değildir ve Yugoslavya Mahkemesi'nin *Celebici* kararındaki göndermesi şaşırtıcıdır. Sadece, 'makul şüphe'nin mantıkta/usta bulunan bir şüphe anlamına geldiğini açıklamaktadır. 'Herhangi bir şüpheyi', 'bir şüphenin gölgesinden ötesini', 'mutlak kesinliği' ya da 'ahlaki kesinliği' kastetmemektedir.<sup>80</sup> Ne de, terazinin diğer kefesindeki, 'gerçek esaslı bir şüphe' ya da 'büyük bir belirsizlik doğuracak şüphe' ima edilmektedir.<sup>81</sup>

Yargılama Dairesi'nin hükümlerinin, hazır bulunan üç yargıcın oy çokluğu ile verilmesi gerekmele birlikte Statü, oybirliğini teşvik etmektedir.<sup>82</sup> Bu, *ad hoc* mahkemeler önündeki duruma benzerdir. *Ad hoc* mahkemeler, hem çoğunluk hem de azınlık görüşü bakımından uzun gerekçelerin yer aldığı ayrık görüş geleneği oluşturmuştur. Statü, Yargılama Dairesi'nin deliller ve sonuç hakkındaki kararlarının 'tam ve gerekçelendirilmiş anlatımını içeren' yazılı gerekçelerini vermesini gerektirmektedir. Elbette, bir davaya bakmak için belirlenmiş olan Mahkeme Yargılama Dairesi'nin tüm yargıçları, yargılamanın tüm safhalarında ve müzakereler sırasında hazır bulunmak zorundadır. Statü, Başkanlığın, yargılamada yer almaya devam edemeyecek bir üyenin yerini almak üzere yedek bir yargıç belirlemesine izin vermektedir.

<sup>79</sup> *Ibid.*, para. 600; citing *Green v. R.* (1972) 46 ALJR 545.

<sup>80</sup> *Victor v. Nebraska*, 127 L. Ed. 2d 583 (1994).

<sup>81</sup> *Cage v. Louisiana*, 498 US 39 (1990); *Sullivan v. Louisiana*, 113 S. Ct. 2078 (1993).

<sup>82</sup> Roma Statüsü, Md. 74.

### Cezanın belirlenmesi usulü

Suçluluğun tesit edilmesi üzerine, Yargılama Dairesi, yargılamanın ayrı bir safhasında ‘uygun cezayı’ belirleyecektir.<sup>83</sup> Bunu yaparken, Statü, Yargılama Dairesi’ne cezayla ilgili olan ve yargılama sırasında sunulmuş delilleri ve yapılmış beyanları dikkate alması talimatını vermektedir. Failin, mağdurların tedavisindeki rolü gibi suçun kendisinin işlenmesine ilişkin hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenler, suçluluğa ya da suçsuzluğa ilişkin delillerin bir parçasını oluşturacak ve böylece yargılama dosyasının bir parçası olacaktır. Mahkumiyet kararını takiben ayrı bir cezanın belirlenmesi duruşması yapılması lehinde güçlü bir varsayım bulunmaktadır. Zorunlu olmamakla beraber, Savcı’nın ya da kendisine suç isnad edilen kişinin talebi üzerine bu duruşma yapılmalıdır ve söz konusu tarafların başvuru yapmaması durumunda Mahkeme bu tür bir duruşma yapmaya karar verebilir.<sup>84</sup> *Ad hoc* mahkemeler, ilk davalarında cezanın belirlenmesi için ayrı bir duruşma yapmış ve cezanın belirlenmesine dair ayrı kararlar vermişti, fakat bu, mahkemelerin ne statüleri ne de kuralları uyarınca zorunlu idi.<sup>85</sup> Sonradan, bu iki *ad hoc* mahkemenin kuralları, cezanın belirlenmesine dair ayrı bir safha konusunda herhangi bir teklifi ortadan kaldırmak için değiştirildi. Kasım 1998’de verilen *Celebici* hükmünde, suçlu bulunan sanıklar derhal cezalandırıldı; Yugoslavya Mah-

<sup>83</sup> *Ibid.*, Md. 76; Usul ve Delil Kuralları, Kural 143.

<sup>84</sup> Uluslararası ve Amerika Birleşik Devletleri askeri mahkemeleri önünde, suçluluk tespit edilince cezaya ilişkin hususlar için ayrı duruşma yapma uygulaması olduğu görülmektedir, fakat İngiliz askeri mahkemelerinin bu usulü bazı davalarda izlemiş olduğu görülmektedir: *United Kingdom v. Eck et al.* (‘Peleus Trial’), (1947) 1 LRTWC 1, 13; *United Kingdom v. Grumfelt* (‘Scuttled U-Boats Case’), (1947) 1 LRTWC 55, 65; *United Kingdom v. Kramer et al.* (‘Belsen Trial’), (1947) 2 LRTWC 1, 122–5. Bkz., William A. Schabas, ‘Sentencing and the International Tribunals: For a Human Rights Approach’, (1997) 7 *Duke Journal of Comparative and International Law* 461.

<sup>85</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-S), Sentencing Judgment, 14 July 1997; *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Sentencing Judgment, 2 October 1998. Orijinal Kural 100 (‘Rules of Procedure and Evidence’, UN Doc. IT/32), ‘Cezanın belirlenmesi öncesi usul’ başlığını taşıyordu ve şunu belirtiyordu: ‘Bir Yargılama Dairesi, sanığı bir suçtan ötürü suçlu bulur ise, Savcı ve savunma, Yargılama Dairesi’ne uygun cezayı belirlemede yardımcı olabilecek ilgili herhangi bir bilgiyi sunabilir.’ Yugoslavya Mahkemesi daha sonra, bu metni atarak Kural 100’ü değiştirdi. Cezanın belirlenmesini şimdi, davanın esasına ilişkin hükme uygulanan Kural 98’ter düzenlemektedir.

kemesi, kararını vermeden önce cezanın belirlenmesine dair hususlar hakkında özel bir duruşma yapmıştı.<sup>86</sup>

Mahkumiyet kararından sonra cezanın belirlenmesi konusunda ayrı bir duruşma yapılmaması, sanığı yargılama sırasında gerçekten dezavantajlı bir duruma sokabilir. Sanık, örneğin müşterek failer ile *vis-à-vis /karşılaştırıldığında* bireyin suçlardaki özel rolü ya da mağdurun acısını azaltmak için failin gösterdiği çabalar gibi cezayı hafifletmeye yönelik delilleri sunacak bir durumda olabilir. Sanık için bu tür bir delili sunmanın tek yolu susma hakkından ve kendisini suçlamaya karşı korunmaktan vazgeçmektir. Sanığa, yeni delil ve sunumlar yapılabileceği zaman, mahkumiyet-sonrası duruşma hakkı sağlamak, sanığın yargılama sırasında susma hakkını geliştirir. Savcı bakımından da, cezanın belirlenmesi için bir duruşma yapılmasının avantajları bulunmaktadır. Kötü halin ya da önceki mahkumiyetlerin ispatı gibi ağırlaştırıcı deliller yargılamada kabul edilemez sayılabilirken, suçluluk tespit edildiğinde ve geriye kalan tek husus uygun bir cezanın belirlenmesi olduğunda ilgili olma testini muhtemelen geçecektir.

Cezanın belirlenmesi duruşmasının amacı, cezayla ilgili ek delillerin ya da sunumların sunulmasını sağlamaktır. *Ad hoc* mahkemeler, bu tür ilgili bilgilerin psikiyatrik ve psikolojik raporları ve mahkum edilen kişinin ifadesini içereceğini değerlendirmiştir. *Erdemovic* vakasında, üç bilirkişiden/uzmandan oluşan bir komisyon tayin edilmişti, bilirkişilerden/uzmanlardan ikisi Mahkeme tarafından gösterilmiş, üçüncüsü savunma tarafından sunulan bir listeden tayin edilmişti.<sup>87</sup> *Erdemovic* davasının ceza belirleme mahkemesi, sanığın kişiliğine ve kişisel niteliklerine ilişkin delil sunan tanıkları da dinlemişti ve bu tanıklardan ikisine Yargılama Dairesi tarafından koruyucu önlemler sağlanmıştı.<sup>88</sup> *Erdemovic*, kendi cezasının belirlenmesi duruşmasında ifade vermişti. *Tadic* davasında, Yargılama Dairesi, ‘mağdur etkileme’ beyanları dahil, sözlü ve yazılı raporları değerlendirmişti. Yargılama Dairesi, ‘sadece uygun bir cezayı belirlemede kendisine yardımcı olabilecek ilgili bilgiyi sağlayan raporları, yazılı beyanları ve sözlü beyanları alacağı ve Dusko Tadic’in

<sup>86</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, para. 83.

<sup>87</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-T), Sentencing Judgment, 29 November 1996.

<sup>88</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-T), Order for Protective Measures for Witness X, 18 October 1996.

suçluluğuna ya da suçsuzluğuna ilişkin herhangi bir materyali reddedeceği' konusunda ısrar etmişti.<sup>89</sup>

### Temyiz ve yargılamanın yenilenmesi

Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargılama Dairesi'nin hükümleri temyize tabidir. Savcı, bir beraat kararını usuli hatalar, maddi hata ya da hukuki hata temelinde temyiz edebilir. Bu hüküm bakımından Roma Konferansı'nda güçlük yaşanmıştı çünkü bazı common law yargı yerleri beraat kararının savcı tarafından temyizini yasaklamaktadır.<sup>90</sup> Sanık, bir mahkumiyet kararını, usulü hata, maddi hata, hukuki hata temelinde ya da 'yargılama işlemlerinin ya da kararın adilliğini ya da güvenilirliğini etkileyen diğer herhangi bir temelde' temyiz edebilir. Savcı aynı zamanda, bir mahkumiyet kararını sanık namında da temyiz etmeye yetkilidir.<sup>91</sup> Cezalar, hem Savcı hem de mahkum edilen kişi tarafından 'suç ile ceza arasındaki orantısızlık temelinde' temyiz edilebilir. Cezaya ilişkin bir temyiz sırasında Mahkeme, bir mahkumiyet kararını bozmak için nedenler olduğunu değerlendirir ise, hükmü bozmak için müdahale edebilir. Benzer şekilde, sadece mahkumiyet kararına karşı yapılmış bir temyiz sırasında da cezaya müdahale edebilir.

Yargılama Dairesi'nin suçluluk ya da suçsuzluk meselesine ve cezaya ilişkin nihai hükümlerine ilaveten, kovuşturma sırasında karara bağlanmış özel ya da geçici/ara hususlara dair temyizlere belirli davalarda izin verilmektedir.<sup>92</sup> Kabul edilebilirliğe ve yargı yetkisine ilişkin kararların, soruşturulmakta ya da kovuşturulmakta olan bir kişinin salıverilmesini kabul eden ya da reddeden kararların, Ön-Yargılama Dairesi'nin belirli kararlarının ve 'yargılama işlemlerinin adil ve hızlı bir şekilde yürütülmesini ya da yargılama sonucunu önemli ölçüde etkileyecek' herhangi bir kararın da temyiz edilmesine izin verilmektedir. Bu tür bir temyiz örneği, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihat hukukunda, Dusko Tadic tarafından yapılan yargı yetkisine dair temyizdir. Bu temyiz, Temyiz Dairesi'nin yargılamanın kendisinin başlamasından önce verilen ve yeni ufuklar açan bir kararı ile sonuçlandı; bu kararda Yugoslavya Mahke-

<sup>89</sup> *Prosecutor v. Tadic* (CaseNo. IT-94-1-T), Scheduling Order, 27May 1997; and *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Scheduling Order, 12 June 1997.

<sup>90</sup> Helen Brady and Mark Jennings, 'Appeal and Revision', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 294-304.

<sup>91</sup> Roma Statüsü, Md. 81.

<sup>92</sup> *Ibid.*, Md. 82.

mesi'nin Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmasının meşruluğu ve konu bakımından yargı yetkisinin kapsamı, özellikle uluslararası olmayan silahlı çatışma sırasında işlenen savaş suçları gibi hususlarda görüşünü bildirmişti.<sup>93</sup>

Bir mahkumiyet ya da cezanın belirlenmesi kararının temyizi sırasında, kararın ya da cezanın infazı askıya alınır; fakat mahkum edilen kişi, alıkonulmaya devam eder. Mahkumiyet kararı üzerine, kişinin masumiyet karinesinden yararlanacağı artık söylenemez ve bu nedenle kişinin geçici salıverilme hakkı artık yoktur. Fakat, temyize başvuran kişi temyiz sırasında alıkonulur ise ve bu süre zarfında cezanın tümü çekilir ise, temyize başvuran kişi salıverilmelidir. Beraat durumunda, bir sanık normal olarak derhal salıverilecektir, fakat Savcılık, kararın temyizi esnasında alıkonulmanın devamını kabul eden bir karar için Yargılama Dairesi'ne başvurabilir. Ara temyizler, yargılamanın normal akışını bozabilir ve savunmaya, yargılama işlemlerinde önemli gecikmelere neden olma imkanı sağlayabilir. Bu nedenle, bu tür temyizler normalde olağan yargılama işlemlerini durdurmaz.

Temyiz Dairesi, kararı esaslı şekilde etkileyen hukuki ya da maddi temelde ya da kararın ya da cezanın güvenilirliğini etkileyen yargılama işlemlerinin adil olmayışı yüzünden temyizi kabul ettiğinde, kararı ya da cezayı bozabilir/iptal edebilir veya düzeltebilir/değiştirebilir ya da farklı bir Yargılama Dairesi önünde yeni bir yargılama yapılması talimatını verebilir. Temyiz Dairesi, bir cezayı, 'suç ile orantısız' bulunduğu o cezayı değiştirebilir. Savunmanın yaptığı temyizde, Temyiz Dairesi, örneğin bir cezayı yargılama aşamasında verildiğinden daha fazla arttırma ya da ilave nedenlere dayanarak mahkumiyetler ekleme yoluyla bir kararı mahkum edilen kişinin zararına olacak şekilde değiştiremez. Temyiz Dairesi'nin olgulara dayanan bir hususu asıl Yargılama Dairesi'ne geri göndermesi mümkündür. Temyiz Dairesi, bir hususu belirlemek için kendisi de delil toplayabilir.<sup>94</sup>

Hüküm ve ceza gibi, bir temyiz de yargıçların çoğunluğu ile karara bağlanır. Temyiz Dairesi'nin üyeleri, ayrık görüşlerini kayda geçirebilirler ve, eğer *ad hoc* mahkemelerin tecrübeleri dikkate alınacak olursa, ayrık hükümler sık ve uzun olacaktır. Roma Konferansı'ndaki bazı delegeler, temyiz kararlarının oybirliği ile verilmesi gerektiğine inanıyordu. Fakat, bu

<sup>93</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, (1997) 105 ILR 453, (1997) 35 ILM 32.

<sup>94</sup> Temyizde yeni delil kabul etmede kullanılacak standartlar hakkında bkz., *Barayagwiza v. Prosecutor* (Case No. ICTR-97-19-AR72), Decision, 3 November 1999. RUCM Temyiz Dairesi standardı olağanüstü geniş görünmektedir.

noktada yine, *ad hoc* mahkemelerin uygulaması ikna edici bir model sağladı. Delegeler, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi'nin üçe iki bölündüğü *Erdemovic* kararına işaret etmişti.<sup>95</sup> Fakat sonunda üstün gelen Yargıç Cassese ve Stephen'ın kaleme aldıkları ayrık görüşler oldu, çünkü onların vardıkları sonuçlar Roma Statüsü'ne dahil edildi.

Bir mahkumiyet ya da ceza kararının yargılamanın yenilenmesine konu yapılmasına çalışmak da mümkündür. Yargılamanın yenilenmesi, Yargılama Dairesi'nin kararlarını tartışma konusu yapmayan temyiz aşamasındaki müdahalelerle ilgilidir. Bu, yeni delil bulunmasına, yargılama-daki kati/kesin delilin yanlış, sahte veya tahrif edilmiş olduğunun meydana çıkmasına ya da yargılamaya katılan Yargılama Dairesi yargıçlarından birinin, yargıç kürsüsünden çıkarılmasını meşrulaştırmaya yetecek şekilde ciddi kötü davranıştan veya görevi ihmalden suçlu olduğunun fark edilmesine dayanmaktadır.<sup>96</sup> Temyiz Dairesi, yargılamanın yenilenmesini kabul ettiğinde, Yargılama Dairesini, ilk Yargılama Dairesi'nden oluşturabilir, yeni bir Yargılama Dairesi oluşturabilir ya da meseleyi kendisi halledebilir.

Statü, Temyiz Dairesi kararlarının yeniden değerlendirilmesi konusunda suskundur. Fakat, Temyiz Dairesi'nin hukuki ya da maddi konularda hata yaptığı ya da yargılama işlemlerinin adil olmadığı tespit edilir ise bir çare söz konusu olmalıdır. Temyiz Dairesi'nde yer alan bir yargıç daha sonra, Yargılama Dairesi için geçerli olan şekilde, kötü davranıştan suçlu bulunur ise, yeniden incelemeyi reddetmek için hiçbir neden yoktur. Fakat, özel bir hükmün yokluğu durumunda, Temyiz Dairesi, içkin yetkilerinin kullanımında kendi giderimini oluşturmak zorunda olacaktır.

Yeni olguların sonucunda bir adli hatanın meydana çıkması durumunda, bir kişi halihazırda cezayı çekmiş ise, o kişinin tazminata hakkı vardır, meğer ki söz konusu olgunun ya da olguların ifşa edilmemesinden sorumlu olsun.<sup>97</sup> Bu tür koşullarda verilecek tazminata uygulanabilir usul, Usul ve Delil Kuralları'nda düzenlenmektedir.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-A), Appeal Judgment, 7 October 1997.

<sup>96</sup> Roma Statüsü, Md. 84.

<sup>97</sup> *Ibid.*, Md. 85.

<sup>98</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 173–175.

## CEZALANDIRMA VE MAĞDURLARIN HAKLARI

Ceza hukuku, tüm ulusal hukuk sistemlerinde, bir cezalandırma safhasıyla sona erer. Bu, ceza hukukunu, özel hukuk davaları gibi geleneksel mekanizmalardan ya da hakikat komisyonları gibi yenilikçi çağdaş deneyimlerden oluşan diğer yargısal ve yarı yargısal sorumluluk şekillerinden esasen ayırmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi de bu noktada bir farklılık göstermemekte ve bir cezalandırma safhası öngörmektedir. Roma Statüsü'ne göre, verilebilecek temel ceza, ömür boyu hapis cezasına kadar ve ekstrem davalarda ömür boyu hapis cezası dahil hapis cezalarından biridir. Mahkeme, uluslararası insan hakları hukukundaki gelişmeleri yansıtarak, yargılayacağı suçların ciddiliğine rağmen ölüm cezasının verilebileceği herhangi bir olasılığı dışarıda bırakmaktadır.

Ulusal ceza kanunlarının büyük kısmı, kesin ve ayrıntılı bir ceza seçenekleri dizisi öngörmektedir. Çoğu kez, her bir belirli suça, azami ve asgari terimlerine göndermeler içeren uygulanabilir bir ceza eşlik eder. Uluslararası adaletin bu modeli takip etmesinin gerekip gerekmediği, Uluslararası Hukuk Komisyon'un 1950'lerdeki oturumlarına dek geriye giden onlarca yıl boyunca tartışılmıştır. Fakat Roma Statüsü'ndeki nihai sonuç, azami cezaları belirleyen ve genellikle, belirli davalarda karar vermeyi yargıçlara bırakan az sayıdaki veciz hükümdür. Bu, Statü ve Kuralların hazırlayıcılarının, yargısal takdir mümkün olduğunca belirleme ve sınırlandırma şeklindeki genel siyasetine oldukça çarpıcı bir istisna oluşturmaktadır. Uygun cezayı belirleme konusunda yargıçlara oldukça özgür davranabilme imkanı tanınmıştır.<sup>1</sup>

Statü'nün hazırlanmasındaki referans noktası, *ad hoc* mahkemelerin içtihat hukukuna özel bir dikkat gösterilmesi ile birlikte genellikle, 'ulusla-

<sup>1</sup> Bkz., Claus Kress, 'Investigation, Trial and Appeal in the International Criminal Court Statute (Parts V, VI, VIII)', (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 126; Rolf E. Fife, 'Penalties', in Roy Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 319-44; Faiza P. King and Anne-Marie La Rosa, 'Penalties under the ICC Statute', in Flavia Lattanzi and William A. Schabas, eds., *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Rome: Editrice il Sirente, 2000, pp. 311-38.

rarası teamül hukuku' idi. Bu ölçüde, çalışmanın büyük kısmını kodifike etme oluştuyordu. Fakat, cezalandırma alanında, sadece kodifikasyondan ziyade ilerlemeci bir gelişmeden bahsetmek uygun gözükmemektedir. Yine de, uluslararası adalet çerçevesinde Nuremberg ve Tokyo'daki ilk büyük deneyimde azami ceza ölüm cezası idi. 1940'ların sonlarında, ölüm cezası kararlı bir iradeyle verilmişti. Uluslararası hukukun savaş suçları için ölüm cezasını azami bir ceza olarak tanıdığını gösteren bazı eski örnekler vardır.<sup>2</sup> Eski Yugoslavya ve Ruanda *ad hoc* mahkemelerine gelince, gerekli koşullara dair statüsel bir nitelik olmaksızın bu mahkemeler ömür boyu hapis cezası verme yetkisine sahiptir. Ruanda Mahkemesi çeşitli davalarda suçluları, eğer mukabil ulusal mahkemede yargılanmış olsalardı, cezanın ölüm cezası olacağını not ederek, ömür boyu hapis cezasına çarptırmıştır.<sup>3</sup> Roma Statüsü, azami ceza olarak ömür boyu hapis cezasına izin vermektedir, fakat bunu bir sınırlamaya tabi tutmaktadır; yani ömür boyu hapis cezası 'suçun aşırı ağırlığı ve mahkum edilen kişinin bireysel durumu ile haklılaştırılacaktır'.<sup>4</sup> Bundan dolayı, Roma Statüsü, uluslararası kamu hukuku bakımından, ceza konusundaki en gelişmiş ve ilerici metindir.

On sekizinci yüzyıl büyük İtalyan ceza reformcusu Cesare Beccaria belirtmişti ki, 'ceza sert değil fakat kaçınılmaz olmalıdır.'<sup>5</sup> Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesine göre:

Cezalandırmanın/karşılığın, damgalamanın ve caydırıcılığın aracı, müeyyidenin/cezanın şiddetinden ziyade cezanın/cezalandırmanın yanılmazlığı-

<sup>2</sup> Uluslararası suçların cezalandırılması konusunda bkz., William A. Schabas, 'War Crimes, Crimes Against Humanity and the Death Penalty', (1997) 60 *Albany Law Journal* 736; William A. Schabas, 'International Sentencing: From Leipzig (1923) to Arusha (1996)', in M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, 2nd edn, New York: Transnational Publishers, 1999, pp. 171-93.

<sup>3</sup> *Prosecutor v. Serushago* (Case No. ICTR-98-39-S), Sentence, 2 February 1999, para. 17; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* (Case No. ICTR-95-1-T), Judgment, 21 May 1999, para. 6.

<sup>4</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9 (bundan sonra 'Roma Statüsü'), Md. 77(1).

'Roma Statüsü'nün Türkçe serbest çevirisi için bkz., Enver Bozkurt, **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şirketi, Ankara, 1999 (2. Baskı), sf:609-679; **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 1-80. (ç.n.)

<sup>5</sup> *Prosecutor v. Furundzija* (Case No. IT-95-17/1-T), Judgment, 10 December 1998, (1999) 38 ILM 317, para. 290'da belirtilmektedir.



dır. Bu özellikle Uluslararası Mahkeme için söz konusu olan durumdur; cezalar onun uluslararası itibarı, moral yetkisi ve dünya kamu oyu üzerindeki etkisi ile daha ağır olmaktadır, ve cezai etki, cezanın uygun uzunluğu tayin edilirken dikkate alınmalıdır.<sup>6</sup>

Roma Statüsü, cezalandırmanın amacı konusunda, sanki bu mesele hiçbir yorum ya da talimat gerektirmeyecek kadar açıkmiş gibi, hemen hemen hiçbir şey söylememektedir. Tek gerçek gönderme başlangıçta yer almaktadır; buna göre, ciddi uluslararası suçlar için kişisel dokunulmazlığa bir son vermek, ‘bu tür suçların önlenmesine katkıda bulunacaktır’.<sup>7</sup> Fakat Mahkeme’nin caydırıcı bir etkisi olduğunun kabulü ile, bunun gibi bir cezalandırma siyasasının gerçekten caydırıcı olduğu fikri tamamen aynı değildir.

Uluslararası cezalandırmanın amaçları konusunda *ad hoc* mahkemelerin bir takım yorumları bulunmaktadır. *Tadic* davasında, Yargıç McDonald belirtmişti ki ‘karşılık ve caydırıcılık, cezanın temel amaçları olarak işlev görmektedir’.<sup>8</sup> Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne göre:

Mahkeme tarafından suçlu bulunan sanıklara verilen cezaların, bir taraftan, suçlarının cezalandırıldığını görmesi gereken söz konusu sanığın cezalandırılmasına yönelmek zorundadır ve üstelik, diğer taraftan, caydırıcılığa, yani uluslararası toplumun, uluslararası insancıl hukukun ve insan haklarının ciddi ihlallerini hoş görmeyeceğini göstererek gelecekte bu tür gaddarlıkları işlemeye teşebbüs edebilecekleri tümüyle caydırmaya yönelmek zorundadır.<sup>9</sup>

Bazı kararlar, daha geniş bir yaklaşım benimsemiştir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, cezanın belirlenmesine ilişkin bir kararında belirtmişti ki, ceza hukuku müeyyidelerinin amacı ‘cezalandırma, caydırıcılık, tehlikeliliğin önlenmesi ve rehabilitasyon gibi amaçları

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Tuiloma Neroni Slade and Roger S. Clark, ‘Preamble and Final Clauses’, in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 421–50 at p. 427.

<sup>8</sup> *Prosecutor v. Tadic* (CaseNo. IT-94-1-S), Sentencing Judgment, 14 July 1997, (1999) 112 ILR 286. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, (1999) 38 ILM 57, para. 1235; *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-T), Sentencing Judgment, 29 November 1996, para. 64; *Prosecutor v. Kupreskic et al.* (Case No. IT-96-16-T), Judgment, 14 January 2000, para. 838.

<sup>9</sup> *Prosecutor v. Rutaganda* (Case No. ICTR-96-3), Judgment and Sentence, 6 December 1999. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Serushago* (Case No. ICTR-98-39-S), Sentence, 2 February 1999, para. 20.

içermektedir'.<sup>10</sup> Bir başka kararında, cezanın/karşılığın, 'ilkel oç alma kuramının bir mirası' olduğunu not etmiş ve uluslararası adaletin amacı olan barışa/uzlaşmaya aykırı olduğunu eklemiştir:

Cezalandırmada ceza/karşılık düşüncesinin tek etmen olması, eski Yugoslavya topraklarında barışın yeniden tesisi ve sürdürülmesi yönündeki Güvenlik Konseyi amacının tamamı için muhtemelen zarar verici ve yıkıcı olacaktır. Karşılığa dayanan ceza bir başına adalet getirmez.<sup>11</sup>

Ölüm cezası hakkındaki tartışma, Roma Konferansını iptal edilme tehdidi ile karşı karşıya getirmişti. Hazırlık Komitesi oturumları sırasında geniş çapta tartışılmış ve bazıları çözüme kavuşturulmuş olan diğer birçok güç husustan farklı olarak, ölüm cezası meselesinden Roma-öncesi süreçte titizlikle sakınılmıştı. Hazırlık Komitesi'nin Aralık 1997 oturumunda, cezaların belirlenmesi görüşmelerini yöneten Norveçli diplomat Rolf Einer Fife, bu konunun Roma'da ele alınacağını belirterek ölüm cezası hakkında tartışılmasını açıkça reddetmişti. Ölüm cezası için bir başka forumda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nda, keskin tartışmalar yapılmamış olsaydı, ölüm cezası böyle bir husus haline gelmeyebilirdi. 1997'den başlayarak, ilerici Devletler ölüm cezasını kaldıran kararlar çıkarmıştı. Dikkate değer bir müzakere, Mart ve Nisan 1998'de gerçekleşti ve, ölüm cezasını ortadan kaldırma taraftarları galip gelmekle birlikte, ölüm cezasının saklı tutulmasını savunan bir avuç Devletin karşı saldırıya geçmeye karar verdiği görünüyordu.<sup>12</sup>

Kampanyaya, İngilizce konuşan Karayip Devletleri ile birlikte bir grup ısrarcı Arap ve İslam Devletleri ile Singapur, Ruanda, Etyopya ve Nijerya gibi az sayıdaki diğer devlet öncülük etti. Roma görüşmeleri, onlar için pozisyonlarını geliştirmek bakımından mükemmel bir fırsattı çünkü Statü'nün kabulü uzlaşmayı gerektirecekti. Ölüm cezasının meşruluğunun bir dereceye kadar tanınmasını sağlamaya çalışan küçük fakat iyi örgütlenmiş bir azınlık, taviz/ayrıcılık alacak bir durumda idi ve bir ölçüde de başarılı oldu. Bu meseleyi çözmek ve taslak Statü'ye bir bütün olarak

<sup>10</sup> *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Sentencing Judgment, 14 July 1997, para. 61. Ayrıca bkz., *Prosecutor v. Erdemovic* (Case No. IT-96-22-T), Sentencing Judgment, 29 November 1996, paras. 58 and 60.

<sup>11</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, para. 1231.

<sup>12</sup> CHR Res. 1998/8. Bkz., Ilias Bantekas and Peter Hodgkinson, 'Capital Punishment at the United Nations: Recent Developments', (2000) 11 *Criminal Law Forum* 23.

destek sağlamak konusunda umutsuz olan delegelerin büyük çoğunluğu, Statü'deki ceza hükümlerinin ulusal ceza hukuku müeyyidelerine halel getirmeyeceğini belirten yeni bir Madde dahil etme<sup>13</sup> ve ölüm cezasını tanıyan Devletlerin bu meseleye dair hassasiyetlerini tatmin edecek bir beyanın Başkan tarafından Konferans'ın sonunda yapılmasına izin verilmesi konusunda anlaştı.<sup>14</sup> Yine de, ölüm cezasının Roma Statüsü'nden çıkartılması, bu cezanın dünyada genel olarak ortadan kaldırılması yönündeki tartışmasız eğilimde önemli bir referans işareti olarak görülebilir.<sup>15</sup>

### Mevcut cezalar

Roma Statüsü'nde yer alan cezaların belirlenmesine ilişkin temel hüküm, Mahkeme'nin 'azami 30 yılı geçmeyecek şekilde belirli bir süre için' hapis cezası verebileceğini<sup>16</sup> ve 'suçun aşırı ağırlığı ve mahkum edilen kişinin bireysel durumu haklılaştırdığında ömür boyu hapis cezası' verebileceğini belirtmektedir.<sup>17</sup> Fakat Roma'da, ömür boyu hapis cezası konusunda büyük ölçüde farklı görüşler vardı. Ölüm cezasını savunan Devletler, ömür boyu hapis cezasının çok çekingен bir ceza olduğunu ileri sürmüş ve hapis cezaları için mümkün olan en sert hükmü sağlamak için ölüm cezası kaldırıcını kullanmıştı. Diğer taraftan, çeşitli Avrupa ve Latin Amerika Devletleri, prensip olarak ömür boyu hapis cezasına ve bu cezanın gelecekte bir af ya da şartlı salıverilme imkanı olmaksızın verilmesine

<sup>13</sup> Roma Statüsü, Md. 80.

<sup>14</sup> 'Mahkeme tarafından hangi cezaların uygulanması gerektiği konusunda bu Konferans'ta yapılan tartışma, ölüm cezasının dahil edilmesi ya da dışarda bırakılması hakkında uluslararası bir uzlaşma olmadığını göstermiştir. Fakat, Mahkeme ile ulusal yargı yetkileri arasındaki tamamlayıcılık ilkesine göre, ulusal adalet sistemleri bireyleri Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren suçlardan ötürü kendi ulusal hukuklarına göre soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma konusunda birincil sorumluluğa sahiptir. Bu bakımdan, Mahkeme açıkça bu alandaki ulusal siyasetleri etkilemeyecektir. Not edilmelidir ki, Statü'de ölüm cezasının yer almaması, ölüm cezası bakımından ulusal mevzuatlar ve uygulamalar üzerinde herhangi bir şekilde hukuki bir sorumluluk doğurmayacaktır. Uluslararası teamül hukukunun gelişiminde ya da diğer herhangi bir şekilde, ulusal hukuk sistemleri tarafından ciddi suçlar için verilen cezaların meşruluğunu etkiler şekilde değerlendirilmeyecektir.'

<sup>15</sup> 'Question of the Death Penalty', CHR Res. 1999/61, preamble. Bkz., William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3rd edn, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

<sup>16</sup> Roma Statüsü, Md. 77(1)(a).

<sup>17</sup> *Ibid.*, Md. 77(1)(b).

karşı idi. Tartışma sırasında, bir çok Devlet, ömür boyu hapis cezasını, uluslararası insan hakları normlarınınca yasaklanan zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı bir ceza şekli olarak nitelendirmişti.<sup>18</sup> Varılan uzlaşma, ömür boyu hapis cezasının, belirli bir süreden sonra zorunlu af incelemesi şartı ve sadece ‘suçun aşırı ağırlığı ve mahkum edilen kişinin bireysel durumu haklılaştırdığında’ verilebileceği sınırlaması ile verilmesi idi. Daha liberal Devletlerin hassasiyetine yönelik bir saygı jesti olarak, Çalışma Grubu raporuna şöyle bir dipnot eklendi, ‘bazı delegasyonlar, ömür boyu hapis cezasına yapılan açık gönderme konusunda endişelerini ifade etti’.<sup>19</sup> ‘Suçun aşırı ağırlığı’na yapılan garip gönderme uygun görünmemektedir, çünkü Mahkeme zaten aşırı ağırlıktaki suçlar ile en tiksindirici/kötü suçluları yargılamak için tasarlanmıştır.<sup>20</sup> Bu, Roma Konferansı’nın, cezanın belirlenmesi uygulamasında merhamet gösterilmesi yönünde bir işareti olarak değerlendirilmelidir. Kurallar, ‘aşırı ağırlık ve bireysel durum’un ‘bir ya da daha fazla ağırlaştırıcı koşulun varlığı’na göndermeyle değerlendirileceğini belirtmektedir.<sup>21</sup>

Mahkeme, cezanın bir kısmı çekildikten sonra salıvermeye izin vermeye yetkilidir. Fakat bu, teknik olarak, ulusal hukuk sistemlerinin büyük çoğunda yer alan anlamda şartlı salıverme ya da af değildir, çünkü mahpusu serbest bırakma kararı nihaidir ve değiştirilemez/geri alınamaz. Madde 110, Mahkeme’nin şu unsurlardan bir ya da bir kaçını bulgulaması durumunda cezayı indirmesine izin vermektedir: kişinin, Mahkeme so-ruşturmalarında ve kovuşturmalarında Mahkeme ile işbirliği yapma konusundaki baştan beri olan ve devam eden istekliliği; kişinin, Mahkeme’nin diğer davalara ilişkin hükümlerinin ve talimatlarının yerine getirilmesinin sağlanmasındaki gönüllü yardımı ve özellikle para cezasına, müsadereye

<sup>18</sup> Dirk Van Zyl Smit, ‘Life Imprisonment as the Ultimate Penalty in International Law: A Human Rights Perspective’, (1998) 9 *Criminal Law Forum* 1.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 2, n. 2.

<sup>20</sup> Usul ve Delil Kuralları’nın hazırlanması sırasında, İspanya ömür boyu hapis cezasının sadece bir ya da daha fazla ağırlaştırıcı koşul tespit edilmiş ise ve hafifletici unsurların tamamen yokluğu söz konusu ise verilmesini önermişti: ‘Proposal Submitted by Spain on the Rules of Procedure and Evidence Relating to Part 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Penalties)’, UN Doc. PCNICC/1999/WGRPE (7)/DP.2, p. 2, para. 7.

<sup>21</sup> Rules of Procedure and Evidence, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.3, Kural 145(3). “Usul ve Delil Kuralları”nın Türkçe serbest çevirisi için bkz., **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, (çev. Gülay Arslan), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 123-212. (ç.n.)

ya da mağdurların yararına kullanılabilir giderime konu olacak mal varlıklarının yerinin saptanmasına yardım etmesi; ve cezanın indirilmesini meşrulaştırmaya yetecek şekilde koşullarda açık ve önemli bir değişiklik oluşturan diğer unsurlar.

Roma Statüsü, Mahkeme'nin 'hapis cezasına ek olarak' para cezası vermesini,<sup>22</sup> ve 'o suçtan dolayı ya da doğrudan elde edilen kazanç, mülkiyet ve malvarlığının, gerçek üçüncü kişilerin haklarına hanel gelmesizin, müsadere etme'sini'<sup>23</sup> de mümkün kılmaktadır. Kazançlar gibi suç 'aletlerinin' müsaderesini de dahil etme şeklinde önerilerde bulunulmuştu fakat bunlar kabul görmedi. Savaş suçları bağlamında, 'aletler' uçak gemilerini ve benzer donanımları içerebilecekti ve bu olasılık, ulaşılabilir herhangi bir uzlaşma için biraz fazla korkutucu görüldü!

Cezanın belirlenmesinde, Mahkeme, suçun ağırlığı ve suçlunun bireysel durumu gibi hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenleri değerlendirecektir.<sup>24</sup> Statü aynı zamanda, Madde 27'de, resmi sıfatın 'kendiliğinden, cezanın indirimi için bir neden oluşturmayacağı'nı belirtmektedir. Aslında, mahkum edilen bir kişinin kıdemli bir idari pozisyona sahip olması olgusu, *ad hoc* mahkemelerin cezanın belirlenmesine ilişkin bir dizi kararında teyit edildiği üzere, genellikle ağırlaştırıcı bir neden olacaktır.<sup>25</sup> Bir amir, amirin sorumluluğundan ötürü kovuşturulduğunda, kusur derecesi adi taksire/negligence, gerçek kast ve teamüdden daha yakındır ve Mahkeme muhtemelen adaleti merhamet ile yumuşatacaktır. Fakat 'esaslı bir görevin kasten ihmali cezai sorumluluğun hafifletilmesinde bir neden olarak işlev göremez'.<sup>26</sup> Geçmişte, uluslararası ceza hukuku belgeleri, amirin emri savunmasını reddetmiş fakat bir kişinin emir altında hareket etmiş

<sup>22</sup> Roma Statüsü, Md. 77(2)(a); Usul ve Delil Kuralları, Kural 146.

<sup>23</sup> Roma Statüsü, Md. 77(2)(b); Usul ve Delil Kuralları, Kural 147 ve 218.

<sup>24</sup> Roma Statüsü, Md. 78(1).

<sup>25</sup> *Prosecutor v. Serushago* (Case No. ICTR-98-39-S), Sentencing, 2 February 1999, para. 28; *Prosecutor v. Kambanda* (Case No. ICTR-97-23-S), Judgment and Sentence, 4 September 1998, paras. 44 and 60.viii; *Prosecutor v. Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2 September 1998, (1998) 37ILM1399, para. 36.ii; *Prosecutor v. Delalic et al.* (CaseNo. IT-96-21-T), Judgment, 16November 1998, para. 1220; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* (CaseNo. ICTR-95-1-T), Judgment, 21May 1999, para. 15; *Prosecutor v. Rutaganda* (Case No. ICTR-96-3), Judgment and Sentence, 6 December 1999; *Prosecutor v. Blaskic* (Case No. IT-95-14), Judgment, 3March 2000, para. 788.

<sup>26</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, para. 1250.

olduğu olgusunun, verilecek cezada hafifletici bir neden olması gerektiğini belirtmişti.<sup>27</sup> Roma Statüsü, bu noktada suskun olmakla birlikte, Kurallar, tümü değil de büyük kısmı başarısız olan savunmaların, başvuru alan nedenler bir yankı yarattığı ölçüde cezada bir dereceye kadar indirimi teşvik edeceğini öngörmektedir.<sup>28</sup> II. Dünya Savaşı-sonrası mahkemeler, amirin emri, yaş, askeri hiyerarşideki pozisyon, mağdurların acısı/ızdırabı, suçlunun acıyı azaltmak için gayretleri ve tehdit dahil olmak üzere çok sayıda hafifletici neden kabul etmişti.<sup>29</sup> Hazırlık Komisyonu tarafından kabul edilen Usul ve Delil Kuralları, neden olunan zarar, mağdurlara ve onların ailelerine verilen zarar, hukuka aykırı davranışın niteliği ve suçu işlemek için kullanılan araçlar, mahkum edilen kişinin suça iştirak derecesi, kast derecesi, yaşı, eğitimi, ve sosyal ve ekonomik durumu, eylemden sonraki davranışı, mağdurların acısını telafi etmek için gayretleri, benzer suçlardan ötürü önceki mahkumiyetleri, yetkinin kötüye kullanımı ve suçun işlenmesindeki özel zalimlik dahil bir dizi hafifletici ve ağırlaştırıcı neden sıralamaktadır.<sup>30</sup> Suçun asli unsurları bakımından saikin/motifin ilişkisi tartışmalı olmaya devam etmektedir. Fakat cezanın belirlenmesi alanında, saikin geçerli/ilgili olduğuna şüphe yoktur. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesine göre:

Sanığın kendisine isnad edilen suçu, mağdurun kendisine ya da mağdurun ait olduğu gruba yönelik intikamı gösteren, soğukkanlı, hesaplanmış tasarlama ile işlemiş olduğu bulgulandığında, bu tür koşullar, ağırlaştırılmış ceza verilmesini gerektirir. Diğer taraftan, sanığın kendisine isnad edilen

<sup>27</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT), Annex, (1951) 82 UNTS 279, Md. 8; Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex, Md. 7(4). Bkz., *Prosecutor v. Erdemovic* (CaseNo. IT-96-22-T), Sentencing Judgment, 29 November 1996, paras. 21, 54 and 89-91; *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT- 96-21-T), Judgment, 16 November 1998, n. 1091.

08/08/1945 tarihinde imzalanan “Avrupa Ekseninde Büyük Savaş Suçlularının Kovuşturulması ve Cezalandırılması Anlaşması”nın metninde yer alan “Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı”nın Türkçe çevirisi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal, 6. Bası, 2007, sf: 712-713. (ç.n.)

<sup>28</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 145(2)(a)(i).

<sup>29</sup> William A. Schabas, ‘Sentencing and the International Tribunals: For a Human Rights Approach’, (1997) 7 *Duke Journal of Comparative and International Law* 461.

<sup>30</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 145(1)(c) ve (2).

suçu tereddüt içinde/isteksizce ve grup baskısının etkisi altında işlemiş olduğu ve mağdura ya da mağdurun ait olduğu gruba karşı merhamet gösterdiği bulgulanır ise, bunlar, Yargılama Dairesi'nin uygun cezayı belirlerken kesinlikle dikkate alacağı hafifletici nedenlerdir.<sup>31</sup>

Uluslararası Ceza Mahkemesi hapis cezası verirken, 'eğer var ise, Mahkeme'nin bir talimatı üzerine daha önce alıkonulma sırasında geçirilen süreyi indirecektir. Mahkeme, suçla ilgili bir eylemle bağlantılı olarak diğer türlü alıkonulma sırasında geçirilen bir süreyi cezadan indirebilir.'<sup>32</sup> Bu adil görünmektedir, fakat Roma Konferansı'ndaki bazı delegasyonlar buna karşı çıkmıştı.

Birden fazla suç için ceza verildiğinde, Mahkeme, her bir suç için söz konusu olan hapis cezasını ve toplam hapis süresini belirtmek zorundadır. Toplam süre, tek bir suç için verilen en yüksek hapis cezasından daha az olamaz ve de Madde 77(1)(b)'de düzenlenen toplam süreyi yani ömür boyu hapis ya da otuz yıl hapis cezasını aşamaz. Aslında, Statü çeşitli cezaların verilmesinde uygulanacak kriterleri, Mahkeme'nin yargıçlarına bırakmaktadır. Statü, bir üst sınır belirlemektedir ve en ciddi suçlara ilişkin davalarda çok az takdir yetkisi olacaktır çünkü her bir suç varolan azami cezayı hak edecektir.

## İnfaz

Mahkeme'nin bir hapishanesi yoktur, bu nedenle Mahkeme hapis cezalarının infazı için taraf Devletlere güvenmek zorundadır.<sup>33</sup> Devletler, mahpusların kendi hapishane kurumlarında hapis cezalarını çekmelerine izin verme yoluyla gönüllüklerini gösterip, hizmetlerini sunacaktır. Statü açıkça, 'Taraf Devletlerin, eşit dağılım ilkeleri uyarınca hapis cezalarının infazı sorumluluğunu paylaşmaları gerektiği ilkesi'ne gönderme yapmaktadır.<sup>34</sup> Bir taraf Devlet'ten bu yönde bir teklif gelmemesi durumunda, Mah-

<sup>31</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.* (Case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, para. 1235.

<sup>32</sup> Roma Statüsü, Md. 78(2).

<sup>33</sup> Antonio Marchesi, 'The Enforcement of Sentences of the International Criminal Court', in Flavia Lattanzi and William A. Schabas, eds., *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Rome: Editrice il Sirente, 2000, pp. 427–46.

<sup>34</sup> Roma Statüsü, Md. 103(3)(a); Usul ve Delil Kuralları, Kural 201. Bkz., Trevor Pascal Chimimba, 'Establishing an Enforcement Regime', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 343–56 at pp. 348–50.

keme'nin bulunduğu Devlet olan Hollanda, bu sorumluluğu üstlenecektir. Benzer bir mekanizma da *ad hoc* mahkemeler için de söz konusudur.<sup>35</sup>

Bir suçlunun cezasının belirlenmesinden sonra, Mahkeme, hapis cezasının çekileceği Devleti belirleyecektir<sup>36</sup> ve bu kararını her zaman değiştirebilir.<sup>37</sup> Mahkeme, infaz Devletini seçerken, cezaya çarptırılan kişinin görüşlerini, vatandaşlığını ve 'mahpuslara muameleyi düzenleyen yaygın kabul görmüş uluslararası andlaşma standartlarını' dikkate almak zorundadır. Ayrıca, alıkonulma koşulları, cezanın infaz edilmekte olduğu Devlette benzer suçlardan mahkum edilmiş mahpuslar için söz konusu olandan ne daha fazla ne de daha az olumlu olmalıdır.<sup>38</sup> Bir mahpusun, uluslararası standartları karşılamayan hapisane koşullarına sahip bir Devlete gönderilmesi tabii ki söz konusu olamaz. Fakat, 'uluslararası andlaşma standartları' göndermesi aslında oldukça muğlak olup, sıkı ve oldukça kesin olan Mahpusların Islahı için Temel Prensipler'in<sup>39</sup> uygulanmasını, bu belge bir andlaşma olmayıp sadece BM Ekonomik ve Sosyal Konsey'in bir 'yumuşak hukuku/yasası' olduğu için dışarıda bırakacak görünmektedir.

Mahkeme'nin belirlediği ceza, infaz Devleti için bağlayıcıdır ve infaz Devleti'nin bu cezayı değiştirme konusunda herhangi bir takdir yetkisi yoktur.<sup>40</sup> Mahkeme'nin bir cezayı, cezanın üçte ikilik süresi çekildikten sonra ya da ömür boyu hapis cezasında, yirmi beş yıldan sonra, gözden geçirmesi gerekmektedir.<sup>41</sup> Mahkeme, hapis cezasının süresini bu aşamada kısaltmaya karar verirken, mahpusun Mahkeme ile işbirliği yapma konusundaki gönüllülüğünü, para cezasına, müsadereye ya da giderime konularının yerini tespit etme gibi Mahkeme'nin bir talimatının yerine getirilmesine yardım etmesini ve 'cezanın indirilmesini meşrulaştırmaya yetecek şekilde koşullarda açık ve önemli bir değişiklik oluşturan' diğer unsurları dikkate alacaktır.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> David Tolbert, 'The International Tribunal for the Former Yugoslavia and the Enforcement of Sentences', (1998) 11 *Leiden Journal of International Law* 655.

<sup>36</sup> Roma Statüsü, Md. 103(1)(a).

<sup>37</sup> *Ibid.*, Md. 104.

<sup>38</sup> *Ibid.*, Md. 106(2).

<sup>39</sup> ECOSOC Res. 663C (XXIV); değiştirilmiş şekli ile, ECOSOC Res. 2076 (LXII). Bkz., Chimimba, 'Establishing an Enforcement Regime', p. 353.

<sup>40</sup> Roma Statüsü, Md. 105.

<sup>41</sup> *Ibid.*, Md. 110(3).

<sup>42</sup> *Ibid.*, Md. 110(4)(c); Usul ve Delil Kuralları, Kural 223–224.



Bir mahpus cezasını çektikten sonra, eğer mahpus, cezanın çekilmekte olduğu Devletin bir vatandaşı değil ise, ‘onu almakla yükümlü olan’ bir Devlete ya da onu almayı kabul eden diğer bir Devlete gönderilebilir.<sup>43</sup> Böyle bir kişinin, cezai kovuşturma için başka bir yerde aranıyor olması da mümkündür. Statü, aynı suçlardan ötürü tekrar kovuşturulma yapılmasını yasaklamaktadır; bunu elbette, *ne bis in idem* ilkesi uyarınca yapmaktadır.<sup>44</sup> Fakat, eğer diğer suçlar için iade aranıyor ise, Devletler, bir mahpusu salıverdikten sonra kendi yasaları ve andlaşmalar uyarınca iade edebilir. Fakat, bu açıdan, Statü, iki taraflı iade meselelerinin büyük çoğunda var olana benzer şekilde ‘uzmanlık/specialty’ kuralı getirmektedir. Cezanın çekildiği Devlet, Mahkeme tarafından yetkilendirilmedikçe, mahpusun cezasını çekmesi için teslim edildiği tarihten önce işlenen bir suç için kovuşturma yapamaz ya da mahpusu iade edemez.<sup>45</sup> Bu nedenle, bir mahpus, hukuka uygun gözaltıdan firar etme ya da bir hapisane gardiyanına saldırma gibi, cezasını çekerken işlediği bir suçtan ötürü kovuşturulabilir.<sup>46</sup>

### Suçların mağdurları ve onların menfaatleri

Statü’nün başlangıç bölümünde kabul edilmektedir ki, ‘bu yüzyılda milyonlarca çocuk, kadın ve erkek, insanlık vicdanını derinden sarsan, tasavvur edilemez gaddarlıkların mağduru olmuştur’. Bu, itiraz edilemez bir doğrulama olmakla birlikte, uluslararası ceza sürecinde mağdurların rolü hakkında çok değişik görüşler vardı. Mahkeme usulünün diğer bir çok yönünde olduğu gibi, mağdurların katılımı konusunda da farklı adalet sistemlerinin çok farklı yaklaşımları söz konusudur. Bazı adalet sistemleri, mağdurlara, ceza davalarını başlatma ya da ceza davalarına müdahil olma ve hatta özel hukuk anlamında giderim ya da tazminat ile mahkumiyet ve ceza öngören mahkeme hükümlerini elde etme gibi aktif bir rol tanımaktadır. Diğer sistemler, mağdurların rolü konusunda daha dikkatlidir, bunun, ceza adaletinin sosyal amacını saptıracağından korkmaktadır ve sanığın bir

<sup>43</sup> Roma Statüsü, Md. 107(1).

<sup>44</sup> *Ibid.*, Md. 20(2).

<sup>45</sup> *Ibid.*, Md. 108. Tamamlayıcılık ilkesinin, dolaylı olarak, Mahkeme’ye bir uzmanlık/specialty kuralı yüklediği anlaşılmaktadır. Teslim edilmenin aranmamış olduğu bir suç için muhtemelen kovuşturma yapamamalıdır. Fakat Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi kendisini uzmanlık/specialty kuralı ile bağlı görmemektedir: *Prosecutor v. Kovacevic* (Case No. IT-97-24-AR73), Decision Stating Reasons for Appeals Chamber’s Order of 29 May 1998, 2 July 1998, para. 37.

<sup>46</sup> Firar, Md. 111’de ele alınmaktadır.

yerine iki hasımla yani savcı ve mağdurla karşı karşıya geleceği dengesiz bir usulden rahatsızdır.<sup>47</sup> Bununla birlikte, bu tartışma, insan hakları hukukunda<sup>48</sup> ve uluslararası insancıl hukukta<sup>49</sup> mağdurların önemi konusunda artan bir vurgu bağlamında yapılmıştı. Ayrıca, ceza adaletinde, mağdur-merkezli bir yaklaşım olan ve ‘yapıcı/restorative adalet’ olarak adlandırılan anlayışa doğru önemli bir eğilim vardır.

Mağdur-bağlantılı hususlara Statü’nün çeşitli hükümlerinde işaret edilmektedir. Bu konudaki daha sonraki bir vurgu için, Hazırlık Komisyonu, Kurallar’ın bir parçası olarak bir ‘genel ilke’ hazırladı:

Bir Daire, herhangi bir talimat ya da karar verirken ve Mahkeme’nin diğer organları Statü ya da Kurallar çerçevesinde görevlerini yerine getirirken Madde 68 uyarınca tüm mağdurların ve tanıkların, özel olarak çocukların, yaşlı kişilerin, engelli kişilerin ve cinsel ya da cinsiyete dayalı şiddet mağdurlarının ihtiyaçlarını dikkate alacaktır.<sup>50</sup>

Mağdurlar, usul açısından, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin faaliyetine bir takım yollardan katılabilir.<sup>51</sup> Öncelikle, Savcı kendi inisiyatifi ile bir kovuşturmaya devam etmek için yetkilendirilmeye çalışıldığında, mağdurlar Ön-Yargılama Dairesi önündeki işlemlere müdahil olabilirler.<sup>52</sup> Tahminen, mağdurlar Savcıyı destekleme eğilimi gösterecektir. Bu ölçüde, katılma hakkı, Roma-Cermen hukuk sistemlerinde kovuşturmayı başlatma girişiminde bulunabilen *partie civile*’den (kelimesi kelimesine, ‘müdahil/civil party’, özel şikayetçi) çok farklı değildir. Çok daha genel bir anlamda, mağdurlar, yargı yetkisine ya da kabul edilebilirliğe itiraz sürecine, hatta Devletler ya da Güvenlik Konseyi tarafından başlatılan davalara da

<sup>47</sup> Christopher Muttukumaru, ‘Reparation to Victims’, in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 262–70 at pp. 263–4.

<sup>48</sup> ‘Basic Principles and Guidelines on the Right to Reparation for Victims of [Gross] Violations of Human Rights and International Humanitarian Law’, UN Doc. E/CN.4/1997/104. Ayrıca bkz., ‘Declaration on Basic Principles of Justice for Victims of Crimes and Abuse of Power’, GA Res. 40/34, Annex.

<sup>49</sup> Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction 1997, (1997) 36 ILM 1507 (‘Ottawa Andlaşması’), Md. 6(3).

<sup>50</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 86.

<sup>51</sup> Genel olarak bkz., David Donat-Cattin, ‘The Role of Victims in ICC Proceedings’, in Lattanzi and Schabas, *Essays on the Rome Statute*, pp. 251–78.

<sup>52</sup> Roma Statüsü, Md. 15(3).

katılabilirler.<sup>53</sup> Fakat, Savcı ‘bir soruşturmanın adaletin menfaatine hizmet etmeyeceğine inanmak için esaslı nedenler’ bulunduğu için soruşturmaya devam etmemeye karar verdiğinde, mağdurlar kendilerini Savcıyla çatışırken bulabilirler. Savcı’nın böyle bir karar verirken ‘suçun ağırlığını ve mağdurların çıkarlarını’ dikkate alması gerekmektedir.<sup>54</sup> Mağdurların Ön-Yargılama Dairesi önünde hazır bulunması, Savcı’nın bunu doğru bir şekilde yapmasını temin etmelidir.

Mağdurlar, yargılama sürecine, taraf ya da müdahil olarak aktifçe katılmasalar bile, onların tanık olarak hazır bulunmaları neredeyse vazgeçilmezdir. Bu noktada, tanıkların misillemeden korunması ve soruşturma ile yargılamanın kendisinin zaten korkunç bir şekilde acı çekmiş olanları daha fazla mağdur etmemesinin sağlanması gibi bir takım özel kaygı bulunmaktadır. Soruşturma safhasında Savcı’nın, ‘yaş, Madde 7, paragraf 3’de tanımlandığı şekliyle toplumsal cinsiyet/gender ve sağlık durumu dahil mağdurların ve tanıkların menfaatlerine ve kişisel durumlarına saygı göstermesi ve suç, özellikle cinsel şiddete, cinsiyete dayalı şiddete ya da çocuklara karşı şiddete ilişkin olduğunda suçun niteliğini dikkate alması’ gerekmektedir.<sup>55</sup> Savcı aynı zamanda, eğer bir tanığın ya da onun ailesinin ‘ağır tehlike altında olmasına’ yol açabilecek ise, delilleri ifşa etmemeye yetkilidir.<sup>56</sup> Son olarak, Ön-Yargılama Dairesi, ‘mağdurların ve tanıkların korunmalarını ve mahremiyetlerini’ sağlayacaktır.<sup>57</sup>

Benzer sorumluluklar, Yargılama Dairesine de yüklenmiştir.<sup>58</sup> Özel olarak, ‘mağdurlar ile ve tanıkların güvenliğini, fiziksel ve psikolojik esenliğini, onur ve mahremiyetini korumak için uygun önlemleri’ alacaktır. Mahkeme, yaş, toplumsal cinsiyet/gender, sağlık ve ‘özellikle, fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, suç cinsel ya da cinsiyete dayalı şiddete ya da çocuklara karşı şiddete ilişkin olduğunda’ suçun niteliği dahil tüm ilgili faktörleri dikkate alacaktır.<sup>59</sup> Mahkeme bunu dikkate alarak, aleni duruşma ilkesinden sapabilir.<sup>60</sup> Mahkeme, işlemleri *in camera / gizli* yapı-

<sup>53</sup> *Ibid.*, Md. 19(3).

<sup>54</sup> *Ibid.*, Md. 53(1)(c). Ayrıca bkz., *ibid.*, Md. 53(2)(c).

<sup>55</sup> *Ibid.*, Md. 54(1)(b).

<sup>56</sup> *Ibid.*, Md. 68(5).

<sup>57</sup> *Ibid.*, Md. 57(3)(c); ayrıca bkz., *ibid.*, Md. 57(3)(e).

<sup>58</sup> *Maryland v. Craig*, 497 US 836 (1990); Roma Statüsü, Md. 64(6)(e).

<sup>59</sup> *Ibid.*, Md. 68(1).

<sup>60</sup> *Ibid.*, Md. 68(2). Ayrıca bkz., *ibid.*, Md. 69(1).

bilir ya da delillerin ‘elektronik araçlar’ vasıtasıyla sunulmasına izin verebilir. Tahminen, bu, tanığın video vasıtasıyla ifade verdiği ve fail olduğu ileri sürülen kişiyi göremediği bir ifade vermeye gönderme yapmaktadır, ki bu usul, ulusal adalet sistemlerinde çocuklara ilişkin davalarda yaygın olarak kullanılan bir uygulamadır. Mahkeme böyle bir karar verirken, mağdurun ya da tanığın görüşlerini alacaktır.<sup>61</sup>

Mağdurlar, ‘kişisel menfaatleri’ etkilendiğinde, yargılama safhasına müdahil olmaya hak sahibidir. Tanıkların ‘görüşleri ve kaygıları’, yargılama işlemlerinin herhangi bir safhasında sunulabilir, fakat bunu, sanığın hakları ile adil ve tarafsız bir yargılamaya zararlı ya da bunlara aykırı olmayan bir şekilde yapacaktır. Mağdurların, ‘görüşlerini ve kaygılarını’ sunarken müdafî tarafından temsil edilebileceği kabul edilebilir.<sup>62</sup> Bir sanığın, suçu itiraf etme süreci için özel kurallar söz konusudur. Bu tür durumlarda, Yargılama Dairesi ‘davanın olgularının daha eksiksiz bir sunumunun adaletin menfaati, özellikle mağdurların çıkarları bakımından gerekli olduğu’nu değerlendirdiğinde ek delil sunulmasını talep etme yetkisine sahiptir.<sup>63</sup> Bu, Savcı ile savunma arasında bir ‘anlaşma’ya varıldığı ve cezanın belirlenmesinde mağdurların hakları ile çıkarlarının tamamen dikkate alınamayabildiği durumları kast ediyor gibi görünmektedir.

Roma Statüsü, ‘eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon’ için genel ilkeler oluşturarak, Mahkeme’nin mağdurlar için giderim hususunu ele almasına izin vermektedir.<sup>64</sup> Mahkeme, ‘mağdurların kendilerinden belirli bir talep gelmediği durumlarda resen harekete ederek ‘mağdurlara ya da onlarla ilgili olarak verilen zararın, kaybın ve yaralanmanın kapsamını ve derecesini belirleme’ye yetkilidir.<sup>65</sup> Bu ‘belirleme’nin amacı, ulusal mahkemeler önünde mağdurların haklarının yerine getirilmesini mümkün kılmak gibi görünmektedir. Christopher Muttukumaru’ya göre, giderime ilişkin Mahkeme kararlarının, ‘Taraf Devletler’in mahkemeleri ya da diğer

<sup>61</sup> *Ibid.*, Md. 68(2).

<sup>62</sup> *Ibid.*, Md. 68(3).

<sup>63</sup> *Ibid.*, Md. 65(4)(a).

<sup>64</sup> Christopher Muttukumaru, ‘Reparation to Victims’, in Lattanzi and Schabas, *Essays on the Rome Statute*, pp. 303–10.

<sup>65</sup> Roma Statüsü, Md. 75(1). Ayrıca bkz., Usul ve Delil Kuralları, Kural 94–99. Maheme’nin resen hareket edebileceği fikri çok tartışmalıydı. Bunu savunanlar, ünyanın gelişmemiş bölümlerindeki mağdurların muhtemelen bu hakkı kendi başlarına kullanamadıklarını ileri sürmüştü.

ilgili ulusal makamları tarafından uygulanabilmesi için yeterince elverişli, açık ve kesin olmak zorundadır'.<sup>66</sup> Daha belirli bir biçimde, Mahkeme, 'mahkum edilmiş bir kişiye yönelik bir talimat' ile giderimleri belirtebilir, fakat bunun gibi bir talimatı bir Devlete yönelik olarak veremeyebilir.<sup>67</sup> Mahkeme bir dereceye kadar talimatların icrasını kontrol edebilir, fakat bunu sadece mağdurlar için vakıf fonunda kaynak var ise yapabilir.<sup>68</sup> Mahkeme bu bağlamda, Devletler'den müsadere ve eski hale iade amacı ile kazanca, mülkiyete ve mal varlığına el koymalarını da talep edebilir.<sup>69</sup> Devletler'in bu tür müsadere talimatlarını uygulaması gerekmektedir.<sup>70</sup>

Statü tarafından, mağdurların rolünün ve haklarının geliştirilmesi amacıyla iki ayrı kurum öngörülmüştür. Yazı İşleri Müdürü tarafından bir Mağdurlar ve Tanıklar Ünitesi kurulacaktır.<sup>71</sup> Bu Ünite'nin sorumlulukları arasında, Mahkeme önüne çıkan mağdurlar ve tanıklar ve bu tanıklar tarafından verilen ifadelerden ötürü risk altında olan diğerleri için koruyucu önlemlerin ve güvenlik düzenlemelerinin hazırlanması, danışma ve diğer uygun yardımlar yer almaktadır. Ünite, 'cinsel şiddet suçlarıyla bağlantılı travma dahil travma konusunda uzman' personel bulunduracaktır.<sup>72</sup> Fakat, statü hazırlayıcılar sanıklara hukuki yardım sağlamakla sorumlu bir ünite gibisinden diğer üniteleri özel olarak düşünmemiştir.

Roma Statüsü, para cezalarını ve mal varlığını elinde tutacak ve bunları dağıtacak bir Vakıf Fonu kurulmasını öngörmektedir. Vakıf Fonu, 'Mahkeme'nin yargı yetkisine dahil suçların mağdurlarının ve bu mağdurların ailelerinin yararı için' kullanılacaktır.<sup>73</sup> Vakıf Fonu, Taraf Devletler Kurulu tarafından Eylül 2002'deki ilk oturumda alınan karar ile kuruldu. Vakıf Fonu, gönüllü olarak çalışan beş kişilik Yöneticiler Kurulu tarafından idare edilmektedir.<sup>74</sup> Mağdurların zararlarının giderimi için

<sup>66</sup> Christopher Muttukumaru, 'Reparation to Victims', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 262–70 at p. 267.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pp. 267–9.

<sup>68</sup> Roma Statüsü, Md. 75(2).

<sup>69</sup> *Ibid.*, Md. 75(4) ve 93(1)(k).

<sup>70</sup> *Ibid.*, Md. 109.

<sup>71</sup> Özellikle bkz., Usul ve Delil Kuralları, Kural 16–19.

<sup>72</sup> Roma Statüsü, Md. 43(6). Ayrıca bkz., *ibid.*, Md. 68(4).

<sup>73</sup> *Ibid.*, Md. 79.

<sup>74</sup> 'Establishment of a Fund for the Benefit of Victims of Crimes Within the Jurisdiction of the Court, and of the Families of Such Victims', ICC-ASP/1/Res.6; 'Procedure for

daha iddialı öneriler vardı, fakat görüşmeler sırasında bunlar bir kenara atıldı. Uluslararası giderim kavramı çekicidir, fakat uygulamaya ilişkin bir çok engele sahiptir. *Ad hoc* mahkemelerin deneyimi, genellikle sanıkların çok büyük kısmının yoksulluk iddiasında başarılı olduklarını göstermektedir. Örneğin, kendi savunmalarını finanse edecek ekonomik güce sahip olmadıklarını formalite icabı gösterdikten sonra, neredeyse her zaman mahkemenin finanse ettiği müdafî tarafından temsil edilmektedirler. İroni, bunların bir zamanlar yönettikleri ülkeleri yağmalamış olduklarına yaygın şekilde inanılan kişiler olmalarıdır. Yeni Mahkeme'den kendi mahpuslarının esaslı malvarlığı yerini tespit edip bunları müsadere edebilmesini beklemek açıkça gerçekçi olmayabilir.

## MAHKEME'NİN YAPISI VE İDARESİ

Mahkeme Lahey'dedir<sup>1</sup>, fakat eğer Mahkeme tercihe şayan görür ise başka bir yerde toplanabilir. Hollanda, Diplomatik Konferans sırasında muhtemel adaylar olarak Roma, Lyon ve Nuremberg hakkında söylentiler yayılmış olmasına rağmen, hizmetlerini sunmayı teklif eden tek Devlet idi.<sup>2</sup> Lahey, halihazırda Uluslararası Adalet Divanı'nın ayrıca Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve diğer uluslararası yargısal organların merkezidir. Hollanda'nın adaylığı, olası rakipleri bakımından geçilemez görünmüş olsa gerek ki, olası rakipler şapkalarını ringe fırlatmaya bile kalkışmadı. Roma Statüsü'nün yürürlüğe girmesi için hazırlık sürecinin bir parçası olarak, bir 'merkez anlaşması' Hollanda ile müzakere edilmişti.<sup>3</sup> Hollanda, daha önce Hollanda posta servisi tarafından kullanılan Lahey'deki geniş bir ofis binasını Mahkeme'nin geçici binası olarak temin etti. Mahkeme'nin sürekli merkez bürosu için bir yer, Lahey'in Kuzey Denizi sahilindeki bir banliyösü olan Scheveningen'de belirlenmiştir. Hollanda hükümeti tarafından mimari bir yarışma düzenlenmiştir ve hükümet Mahkeme'nin sürekli evinin 2007 yılı civarında hazır olmasını beklediklerini belirtmiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, yeni ve bağımsız bir uluslararası örgüttür. Mahkeme, resmi olarak Birleşmiş Milletler'den ayrıdır. Yine de, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasında temel bir rol oynamıştır ve Mahkeme'nin kurulması sürecini finanse etmeye devam etmektedir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Mahkeme'ye dava gönderme yetkisi vardır. İki örgüt arasındaki kesin ilişki, Roma Sta-

<sup>1</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9 (bundan sonra 'Roma Statüsü'), Md. 3.

"Roma Statüsü'nün Türkçe serbest çevirisi için bkz., Enver Bozkurt, **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şirketi, Ankara, 1999 (2. Baskı), sf:609-679; **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, Aralık 2006, sf: 1-80. (ç.n.)

<sup>2</sup> Frank Jarasch, 'Establishment, Organization and Financing of the International Criminal Court (Parts I, IV, XI–XIII)', (1998) 6 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 9 at 18–19.

<sup>3</sup> Roma Statüsü, Md. 3(2).

tüsü yürürlüğe girmeden önce nihaileştirilmesi gereken bir anlaşmada belirlenecektir.<sup>4</sup>

Uluslararası Ceza Mahkemesi, dört ‘organ’dan oluşmaktadır: Başkanlık, Bölümler, Savcılık Bürosu ve Yazı İşleri Müdürlüğü.<sup>5</sup> Üç tane Bölüm bulunmaktadır: Temyiz Bölümü, Yargılama Bölümü ve Ön-Yargılama Bölümü. Bir ya da daha fazla ön-yargılama dairesi olması gerekip gerekmediği hakkındaki bir ihtilafı çözmek için, ‘Daire’ teriminden ziyade ‘Bölüm’ terimi kullanılmıştır.<sup>6</sup>

### Mahkeme yargıçları

Mahkeme’nin on sekiz yargıcı Taraf Devletler Kurulu tarafından seçilmektedir, bu on sekiz yargıçtan üçü Başkanlığı oluşturmaktadır. Herhangi bir taraf Devlet, bir seçimde Mahkeme için bir aday önerebilir. Bu adayın, kendisini aday gösteren Devlet’in bir vatandaşı olması gerekmez fakat bir taraf Devlet’in vatandaşı olması gerekmektedir. Bir seferde herhangi bir vatandaşlıktan sadece bir yargıç olabilir. Yargıçlar ‘yüksek ahlaki karakter, tarafsızlık ve doğruluk’ sahibi olacaktır, bu, uluslararası belgelerde tipik olan bir tümcedir.<sup>7</sup> Yargıçlar aynı zamanda, kendi Devletlerindeki en yüksek yargısal görevlere atanmak için yeterli olmalıdırlar<sup>8</sup> ve Mahkeme’nin çalışma dilleri olan İngilizce ya da Fransızca dillerinden en az birinin mükemmel bilgisine sahip olmalıdır ve bu dili akıcı bir şekilde konuşmalıdır. Statü, aday gösterme konusunda bir ‘danışma komitesi’ kurulmasına izin vermektedir.<sup>9</sup> Fakat bu, ilk olarak Birleşik Krallık tarafından ileri sürülmüş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne atanmak için yürürlükte olan usul çizgisinde olan esaslı eleme usulü ile karşılaştırıldığında ürkek bir meseledir. Bununla birlikte, bir çok Devlet, kendi adaylarını belirleme yetkisini sınırlamaya yönelik herhangi bir girişime sinirlenmişti.<sup>10</sup>

Statü, Mahkeme’nin inceleme konusunda belli bir derecede uzmanlık aramaktadır. Bu noktada Statü, ceza hukuku tecrübesine sahip olanlar

<sup>4</sup> *Ibid.*, Md. 2.

<sup>5</sup> *Ibid.*, Md. 34.

<sup>6</sup> Jarasch, ‘Establishment, Organization and Financing’, p. 20.

<sup>7</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü Md. 2 ‘vatandaşlıklarına bakılmaksızın yüksek ahlaki karakterdeki kişiler arasında seçilen bağımsız yargıçlar kurulu’ndan bahsetmektedir.

<sup>8</sup> Roma Statüsü, Md. 36(3).

<sup>9</sup> *Ibid.*, Md. 36(4)(c).

<sup>10</sup> Jarasch, ‘Establishment, Organization and Financing’, p. 21.



ve uluslararası hukuk tecrübesine sahip olanlar şeklinde iki kategori aday oluşturmaktadır. Uluslararası insancıl hukuka ve insan hakları hukukuna özel gönderme yapılmaktadır. Bir seçim sırasında, biri ceza hukuku biyografisine sahip ('Liste A') ve diğeri uluslararası hukuk profiline sahip ('Liste B') olmak üzere iki ayrı aday listesi bulunur. Her iki koşulu da karşılayan bir aday, yer alacağı listeyi seçebilir. İlk seçimde, asgari dokuz ve azami on üç yargıcın ceza hukuku profiline sahip olması gerekir ve asgari beş ve azami dokuz yargıcın da uluslararası hukuk profiline sahip olması gerekir.<sup>11</sup> Aslında, ilk seçimde, on yargıç ceza hukuku listesinden ve sekiz yargıç uluslararası hukuk listesinden seçildi. Sonraki seçimler, aynı yargıç oranını sürdürecektir.

Belirli bir yüzde oranı düzenlenmemiş olmasına rağmen, Madde 36(8), taraf Devletlere, dünyanın başlıca hukuk sistemlerinin temsil edilmesini, eşit coğrafi temsili, 'kadın ve erkek yargıçların adil bir temsili'ni ve kadınlara ya da çocuklara şiddet gibi özel hususlarda hukuki uzmanlık sağlama ihtiyacını 'dikkate alma'ları yükümlülüğünü getirmektedir. Bu madenin lafzı, açıkça 'cinsiyet dengesi'nden bahseden taslak hükümlerin sunulandırılmış bir versiyonudur.<sup>12</sup> Adil cinsiyet temsili koşulu, yeni Mahkeme'nin yakın akrabasına, seksen yıllık tarihinde sadece bir kadının seçilmiş olduğu on beş üyeli bir organ olan Uluslararası Adalet Divanı'na benzeyebileceğine dair kaygıları yansıtmaktadır. Yargıçları Güvenlik Konseyi tarafından seçilen *ad hoc* mahkemeler, bu bakımdan mütevazı bir ilerleme göstermiştir. Her iki *ad hoc* mahkeme de Mahkemelerin Başkanlığı için kadınları seçmiştir. Fakat 2001'de, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi için yapılan seçimde, on dört yargıçtan sadece biri kadın idi.

Yargıçların seçim usulü, Taraf Devletler Kurulu tarafından Eylül 2002'deki ilk toplantıda kabul edilmişti.<sup>13</sup> Başarılı adayların, hazır bulunan Taraf Devletler'in üçte iki çoğunluğunun oyunu alması gerekiyordu, Taraf Devletlerin salt çoğunluğunun yetersayısı oluşturduğu kabul edilmişti. Eşit

<sup>11</sup> 'Procedure for the Election of the Judges for the International Criminal Court', ICC-ASP/1/Res.3, para. 1.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 21; Medard R. Rwelamira, 'Composition and Administration of the Court', in Roy Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 153–73 at pp. 166–7; Cate Steains, 'Gender Issues', in Lee, *ibid.*, pp. 357–90 at pp. 376–7.

<sup>13</sup> 'Procedure for the Nomination and Election of Judges, the Prosecutor and Deputy Prosecutors of the International Criminal Court', ICC-ASP/1/Res.2; 'Procedure for the Election of the Judges for the International Criminal Court', ICC-ASP/1/Res.3.

coğrafi temsili sağlamak için, her bir Devletin Birleşmiş Milletler içerisinde kabul edilmiş olan beş ayrı oy kullanma grubu, yani, Afrika, Asya, Doğu Avrupa, Latin Amerika ile Karayipler ve 'Batı Avrupa ve diğeri' grubu (örneğin, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda'yı içeriyordu) arasından en az üç aday için oy kullanması gerektiği konusunda anlaşılmıştı. Her bir Devletin aynı zamanda, her bir cinsiyetten gelen en az altı aday için oy kullanması gerekiyordu. Her bir Devlet, doldurulmak için bekleyen pozisyon sayısını karşılaması için ardıl oylamalara indirgenmiş rakamla birlikte, ilk oylamada on sekiz oy kullandı. Coğrafi dengeyi ve cinsiyet dengesini sağlamak için belirlenmiş kotalar, ardıl oylamalara göre indirildi. Dört oylamadan sonra, uygulanabilir kotalar artık uygulanmadı ve Devletler, bu hususları dikkate almaksızın adaylar için oy kullanma serbestisine kavuştu.

Şubat 2003'deki ilk seçimlerde, ilk oylama on sekiz yargıcın sadece yedisinin seçilmesi ile sonuçlanmıştı, ki bunun altısı kadındı. Sürecin devamı tam bir haftayı aldı ve saldırgan ve de çoğu kez oldukça nahoş kampanyalarla kaydedilen yaklaşık otuz-üç ek oylama yapıldı. Delegasyonlar, kendi adayları için gerekli olan desteği sağlamak için bir dizi vaatte bulundu. Fakat, oy pusulasındaki yerlerin sayısı, ilk oylamada yedi yargıcın (biri erkek) seçilmesinden ötürü on bire düştüğünde, delegasyonlar kendilerini ilk seçimde oy kullanmaktan ziyade vaatte bulunurken buldu.<sup>14</sup> Seçimden hemen sonra, yargıçlar, hangilerinin üç, altı ve dokuz yıl hizmet vereceğini belirlemek için kura çekti. Yargıçlar, 11 mart 2003 tarihinde göreve başladı. Roma Konferansı'nda ve Hazırlık Komisyonu oturumlarında başkanlık eden Philippe Kirsch, Mahkeme'nin başkanı seçildi. Onun hassas görüşmeleri ustalıkla idare etmesi, Statü'nün başarılı bir şekilde kabul edilmesinde ve yürürlüğe girmesinde diğer herhangi bir kişiden daha fazla pay sahibidir. Mahkeme'nin iki başkan yardımcısı, Akua Kuenyehia ve Elizabeth Odio Benito'dur.

Her bir yargıcın görev süresi dokuz yıldır ve bir kaç küçük ve geçişe ilişkin istisna hariç, tekrar seçilemezler.<sup>15</sup> Bu, hem öz hem de algılanan tarafsızlığa yardım etmelidir, çünkü tekrar seçilmek için hem kendi hükümetleri hem de diğerleri ile kampanya yapmak zorunda olan görevdeki yargıçlar, görevlerini dinamik ve güçlü bir şekilde yapmakta zorlanabilir-

<sup>14</sup> Seçilen yargıçların listesi için bkz., aşağıda Ek 6, p. 429.

Çevirinin bu basısı ekler bölümü olmaksızın basılacağı için Ek 6 bu basıda yer almamaktadır. (ç.n.)

<sup>15</sup> Roma Statüsü, Md. 36(9).

ler. Uluslararası yargıçlık, pahalı bir iştir. Uluslararası yargıçlar, yüksek maaş alırlar ve diğer önemli masrafları karşılanır. On sekiz yargıcın tamamını, Mahkeme'nin gerçek iş yükü konusunda daha fazla şey bilinene kadar tam zamanlı bir şekilde çalıştırmak gereksiz göründü. Bu nedenle, en azından Mahkeme'nin ilk zamanları için, Statü sadece Başkanlığı oluşturan üç yargıcın görevlerinin başlamasından itibaren gerçekten tam zamanlı çalışacağına işaret etmektedir. Taraf Devletler Kurulu, on sekiz yargıçtan dokuzunun tam zamanlı çalışacağını öngörmüştür.

Mahkeme'nin bulunduğu yerde tam zamanlı olarak çalışması gereken yargıçların, mesleki nitelikteki diğer herhangi bir işle uğraşmalarına izin verilmemektedir. Tam zamanlı olarak çalışmayanlar da dahil tüm yargıçların, 'muhtemel yargısal görevlerine engel olacak ya da bağımsızlıklarına duyulan güveni etkileyecek' faaliyetlerde bulunmaları yasaktır.<sup>16</sup> Bu şartlara bakılırsa, kıdemli devlet memurlarının ya da diplomatların yarı-zamanlı pozisyonlar için seçimlere katılmasına izin verilmesi tehlikeli görünmektedir, fakat bu uygulama yarı-zamanlı çalışan diğer uluslararası mahkemeler için hoş görülmektedir.

Yargıçların yıllık maaşı 180,000 € olmakla birlikte başlangıçta bu miktar sadece Mahkeme Başkanlığı'nı oluşturan üç yargıca ödenecektir. Yarı-zamanlı çalışan yargıçlar, fiilen görev almasalar da asgari 20,000 € yıllık maaşa hak sahibidir. Bunun, diğer işten gelen geliri takviye edeceği varsayılmaktadır; ek geliri önemli bir meblağ olmayanlar, tüm kaynaklardan gelen toplam yıllık ücretleri 60,000 €'dan daha az olmayacak şekilde ek ödemelere hak sahibidir. Ayrıca, yarı-zamanlı yargıçlar, hizmet gördüklerinde *per diem/harcırah* alacaktır.

Başkanlık, Mahkeme'nin idaresinden ve Statü'de düzenlenen çeşitli uzmanlık isteyen görevlerden sorumludur. Mahkeme Başkanlığı, yargıçlar tarafından seçilmektedir. Başkan ile birinci ve ikinci Başkan Yardımcısı, Başkanlığı oluşturur. Başkanlık, diğer on eş yargıç için uygun iş yükünü belirleyecektir.<sup>17</sup> Başkanlık aynı zamanda, gerekli ve uygun olduğu değerlendirildiğinde, yargıçların sayısının artırılmasını önerebilir; fakat böyle artışa Taraf Devletler Kurulu tarafından izin verilmesi gerekir. *Ad hoc* mahkemeler, sadece altı yargılama yargıcı ile başladı, fakat bu sayı daha sonra yetersiz bulundu. Başlangıçta, Yugoslavya Mahkemesi, yargılama işine yardımcı olmaları için beş Temyiz Dairesi yargıcını belirledi. Sonra,

<sup>16</sup> *Ibid.*, Md. 40.

<sup>17</sup> *Ibid.*, Md. 35.

Güvenlik Konseyi, her bir mahkemeye üç yargıçlı bir daire eklemeyi kabul etti. Şimdi otuzdan fazla uluslararası yargıç, Ruanda ve Yugoslavya Mahkemeleri'nde tam zamanlı olarak çalışmaktadır. Öyleyse, Mahkeme'nin en mütevazı beklentileri gerçekleştirmesi durumunda, Roma Statüsü'nde öngörülen on sekiz yargıcın yetersiz olduğunun çabucak ortaya çıkacak olması pek muhtemeldir.

Temyiz Bölümleri, Başkan ve diğer dört yargıçtan oluşmaktadır. Temyiz Bölümü üyeleri, tüm dokuz senelerini Bölüm'de geçirirler, bu yargıçların görev süreleri boyunca bir daireden diğerine gittikleri EYUCM'deki uygulamadan duyulan yaygın memnuniyetsizliği yansıtmaktadır. Yargılama Bölümü ve Ön - Yargılama Bölümü altıdan daha az olmayan sayıda yargıçtan oluşmaktadır. Bu bölümlerin her birindeki yargıçlar, buldukları bölümde en az üç yıl görev yapacaktır. Yargıçlar, niteliklerine tecrübelerine göre çeşitli bölümlere atanacaktır ve böylece ceza hukukunda ve uluslararası hukukta uzman olanların uygun bir bileşimi sağlanacaktır.<sup>18</sup> Yargılama ve Ön-Yargılama Bölümleri, esasen ceza hukuku tecrübesine sahip yargıçları içerecektir, Statü'de açıkça bu şekilde belirtilmemekle birlikte, uluslararası hukuk yargıçlarının Temyiz Dairelerine yöneltileceği şeklinde bir belirti vardır. Satır araları okunduğunda, Statü'nün daha çok uygulamadan gelen ceza hukuku uzmanlarının yargılamalar üzerinde yoğunlaşması gerektiğini, bu uzmanların uluslararası hukuk alanındaki profesör kardeşlerinin ise temyiz üzerinde yoğunlaşması gerektiğini söylüyor gibi görüldüğü düşünülebilir.

Temyiz Dairesi, Temyiz Bölümüne ait yargıçlardan oluşan beş kişilik bir kurul ile görev alır. Ön-Yargılama Dairesi, Ön-Yargılama Dairesi'ne ait üç kişilik bir heyetle ya da tek bir yargıç ile görev alır. Diğer Yargılama ve Ön-Yargılama Bölümü yargıçları, geçici olarak diğerine atanabilir, fakat belirli bir davanın ön-yargılama safhasına katılmış bir yargıç, aynı davanın Yargılama Dairesi'nde yer alamaz.

Yargıçlar, görevlerinden Başkanlık tarafından muaf tutulabilirler. Tarafsızlıklarına ilişkin ciddi şüphenin duyulduğu davalardan çıkarılabilirler.<sup>19</sup> Daha önce ulusal düzlemde dahil olmuş oldukları konularda görev alamayacakları açık olmakla birlikte, herhangi bir şüpheyi önlemek için bu

<sup>18</sup> *Ibid.*, Md. 39(1).

<sup>19</sup> *Ibid.*, Md. 41. Bkz., Usul ve Delil Kuralları, Kural 23–39.

kural Statü'de detaylı bir şekilde dile getirilmiştir. Savunmanlar için bir Mesleki Davranış Kodu, Başkanlık tarafından hazırlanacaktır.<sup>20</sup>

### **Savcılık Bürosu**

Mahkeme'nin savcılık kolu, ayrı ve bağımsız bir organdır. Savcılık Bürosunu, bir ya da daha fazla Savcı Yardımcısının yardım ettiği Savcı yönetir. Savcının ve Savcı Yardımcılarının farklı uyruklulardan olması gerekmektedir.<sup>21</sup> Hem Savcı hem de Savcı Yardımcıları, 'yüksel ahlaki karaktere sahip' ve cezai kovuşturmalarda 'geniş, tatbiki tecrübe'ye sahip kişiler olacaktır. Mahkeme'nin çalışma dillerinden en azından birini akıcı bir şekilde konuşuyor olmaları gerekmektedir. Bir Savcının seçilmesinin, Mahkeme yargıçlarının seçilmesinden daha zor olduğu ispatlanmıştır. Erken dönemde, bu oldukça hassas pozisyonun, değişken ve öngörülemez oylama yerine uzlaşma ile doldurulmasının oldukça tercihe şayan olduğu konusunda anlaşıldı.<sup>22</sup> Şubat 2003'de devam eden Taraf Devletler Kurulu birinci oturumunda, aynı yılın Nisan ayında ikinci devam eden oturumda Savcıyı seçmek için aday gösterme dönemini yeniden açmada anlaşmaya varıldı. Taraf Devletler Kurulu Başkanı Zeid Raad Al Hussein, Arjantin'den Luis Moreno Ocampo'nun aday gösterildiğini duyurduğunda, Mart'ın sonlarında resmi olmayan bir uzlaşmaya ulaşılmıştı. Ocampo, 1976 ve 1983 tarihleri arasında iktidarı elinde tutan diktatörlüğü desteklemiş olan Arjantinli askeri görevlilerin yargılanması sırasında kendini göstermişti. Daha sonra, ülkenin en büyük hükümetler-dışı insan hakları örgütünün kurulmasına yardım etti.

Savcı, Taraf Devletler Kurulu'nun çoğunluğunun gizli oylaması ile seçilmektedir. Savcı Yardımcıları da, Taraf Devletler Kurulu tarafından seçilmek zorundadır, fakat Savcı tarafından önerilen bir adaylar listesinden seçilecektir. Savcı, doldurulacak her bir Savcı Yardımcısı pozisyonu için üç adaylı bir liste sunar. Hem Savcı'nın hem de Savcı Yardımcıları'nın görev süresi dokuz yıldır.

Savcı, cinsel şiddet ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ile çocuklara karşı şiddet gibi spesifik hususlarda danışmanlık yapmak üzere hukuki uzmanlar atayacaktır. Savcı aynı zamanda, soruşturmacıları ve diğer ele-

---

<sup>20</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 8.

<sup>21</sup> Roma Statüsü, Md. 42.

<sup>22</sup> 'Procedure for the nomination and election of judges, the Prosecutor and Deputy Prosecutors of the International Criminal Court', ICC-ASP/1/Res.2, Md. 29.

manları işe alacaktır. Yargıçlar için geçerli olan şartların aynıları, yani, çeşitli yargı sistemlerinde tecrübe, coğrafi temsil ve cinsiyet dengesi aranacaktır.

Statü, soruşturulmakta ya da kovuşturulmakta olan kişilerin Savcı'nın ya da bir Savcı Yardımcısı'nın davadan alınmasını talep etmesine izin vermektedir.

### Yazı İşleri Müdürlüğü

Yazı İşleri Müdürlüğü, Mahkeme'nin idaresine ve çalışmasına ilişkin yargısal olmayan hususlardan sorumludur. Mahkeme'nin başlıca idari görevlisi Yazı İşleri Müdürüdür ve Yazı İşleri Müdürlüğünü yönetir.<sup>23</sup> Yazı İşleri Müdürü, yargıçlar tarafından beş yıllık bir süre için seçilir. Fransa'dan bir hukukçu, Bruno Cathala, Mahkeme'nin ilk Yazı İşleri Müdürü olarak Haziran 2003'de seçildi. Eğer gerekir ise, yargıçlar bir Yazı İşleri Müdür Yardımcısını beş yıllık ya da kararlaştırabilecekleri daha kısa bir süre için de seçebilirler.

Yazı İşleri Müdürü'nün elemanları, çeşitli yargısal sistemlerde tecrübe, ek olarak da coğrafi temsil ve cinsiyet dengesi gösterecektir.

Statü, taraf Devletler, hükümetler-arası ve hükümetler-dışı örgütler tarafından Mahkeme'nin herhangi bir organının işinde yardımcı olmak için önerilen 'ücretsiz elemanlar' kullanımını özel olarak öngörmektedir. Ücretsiz elemanlar, sadece 'istisnai koşullarda' kullanılacaktır.<sup>24</sup>

### Etik meseleler

Yargıçlar, Savcı, Savcı Yardımcıları, Yazı İşleri Müdürü ve Yazı İşleri Müdür Yardımcısı, görevlerini tarafsız bir şekilde ve vicdanlarına göre yapacağına dair aleni bir şekilde ant içeceklerdir.<sup>25</sup> Bunlardan herhangi biri, ciddi şekilde görevi suiistimal, görevlerin ciddi bir ihlali ya da Statü'nün gerektirdiği görevleri yerine getirmede yetersizlik nedenlerine dayanılarak görevden alınabilir. Daha az ciddi nitelikteki görevi suiistimal durumunda, disiplin önlemleri uygulanabilir.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Roma Statüsü, Md. 43.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Md. 44(4).

<sup>25</sup> *Ibid.*, Md. 45.

<sup>26</sup> *Ibid.*, Md. 47.

Görevden alma, Taraf Devletler Kurulu'nun alacağı bir kararın sonucunda olacaktır.<sup>27</sup> Görevden alma, öncelikle diğer yargıçların üçte iki çoğunluğunun bu yöndeki bir tavsiyesini gerektirmektedir. Sonra, taraf Devletler'in üçte iki çoğunluğunun bu konuda anlaşması gerekmektedir. Savcı'nın durumu daha zayıftır ve taraf Devletler'in çoğunluğunun kararı ile görevden alınabilir. Savcı Yardımcısı'nın görevden alınması, Savcı tarafından tavsiye edilmelidir ve sonra buna taraf Devletler'in çoğunluğunun kararı ile izin verilmelidir. Yazı İşleri Müdürü ve Yazı İşleri Müdür Yardımcısı, yargıçların çoğunluğunun kararı ile görevden alınabilir.<sup>28</sup>

Yargıçların, Savcı'nın ve Savcı Yardımcıları ile Yazı İşleri Müdürü ve Yazı İşleri Müdür Yardımcısı'nın maaşları, Taraf Devletler Kurulu tarafından belirlenecektir ve görev süreleri sırasında düşürülmeyecektir.<sup>29</sup>

### Savunma kürsüsü

Statü ile Usul ve Delil Kuralları, savunmana uygulanacak normları belirlemektedir. Bu normlar ayrıca, Yazı İşleri Müdürü'nden, Savcı ile istişare ettikten sonra, gelen bir öneri uyarınca Taraf Devletler Kurulunca kabul edilecek olan Müdafî için Mesleki Davranış Kodu'nu içerecektir.<sup>30</sup> Yazı İşleri Müdürüne aynı zamanda, yoksul sanık için savunman atanması ve savunmana çeşitli maddi yardım bakımından belirli sorumluluklar verilmektedir. Mağdurlar ve tanıklar ünitesine benzer bir savunman ünitesi kurulması için Hazır Komisyonu sürecinde yapılan öneriler, Statü'de böyle bir girişim için bir dayanak olmadığı gerekçesi ile eleştirildi.

Bu konu ile, savunma avukatları dernekleri/birlikleri ve ulusal hukuk toplulukları dahil olmak üzere hükümetler-dışı örgütler ilgilenmiştir. Haziran 2002'de, Uluslararası Ceza Barosu kuruluş toplantısı Montreal, Kanada'da yapıldı. Uluslararası Ceza Barosu, Usul ve Delil Kurallar, Kural 20(3) uyarınca müdafîlerin ya da hukuki derneklerin/birliklerin bağımsız bir temsil organı olarak Taraf Devletler Kurulu ve Mahkeme Yazı İşleri Müdürü tarafından tanınmaya çalışmayı tasarlamaktadır. Taraf Devletler Kurulu Bürosu, bir uluslararası ceza barosu kurulması konusunda merkez noktası olarak hareket etmek üzere Hollanda'dan Hans Bevers'i temsilci olarak atamıştır.

<sup>27</sup> *Ibid.*, Md. 46.

<sup>28</sup> Görevden alma ve ilgili konular için bkz., Usul ve Delil Kuralları, Kural 23–39.

<sup>29</sup> Roma Statüsü, Md. 49.

<sup>30</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 8.

## Diller

Mahkeme'nin, İngilizce ve Fransızca olmak üzere iki çalışma dili vardır ve her bir dava temelinde başka çalışma dilleri belirleyebilir.<sup>31</sup> Yargıçların, Savcı'nın, Yazı İşleri Müdürü'nün ve onların yardımcılarının ve de müdafinin bu dillerden en az birini akıcı olarak konuşuyor olması gerekmektedir.<sup>32</sup> Mahkeme'nin altı tane resmi dili vardır: Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca. Mahkeme'nin hükümleri ve 'Mahkeme önünde temel meseleleri karara bağlayan' diğer kararları, resmi dillerde yayımlanacaktır.<sup>33</sup> Bu gereklilik, Birleşmiş Milletler uygulaması ile tutarlıdır, fakat *ad hoc* mahkemelerde gelenek olduğu üzere, bir kaç yüz sayfayı bulan hükümler durumunda işlevsiz olabilir. *Ad hoc* mahkemelerin sadece iki resmi dili olmasına rağmen, genel bir kural olarak hükümleri aynı anda her iki dilde yayımlayamadıklarını göstermişlerdir.<sup>34</sup>

## Taraf Devletler Kurulu

Taraf Devletler Kurulu, Mahkeme görevlilerine genel rehber kurallar sağlamak, bütçenin kabulü, yargıçların sayısında artış ve benzer hususlar dahil olmak üzere çok sayıda idari konudan sorumludur. Kurul aynı zamanda, Statü'de yapılacak değişikliklerin kabul edilme forumudur. Bir ölçüde, Suç Unsurları, Usul ve Delil Kuralları ile Mahkeme'nin çalışması için gerekli olan diğer belgelerin kabul edilmesi gibi Roma Konferansı'nın bitmeyen işlerini tamamlamakla da yükümlüydü. Bu belgeler başlangıçta, Nihai Senet'teki talimat uyarınca Hazırlık Komisyonu tarafından hazırlandı fakat Kurul'un resmi onayına tabi idi.

Her bir Taraf Devlet'in, Taraf Devletler Kurulu'da bir temsilcisi bulunmaktadır.<sup>35</sup> Nihai Senet'e imza koyanlar, Kurul'da gözlemci olabilirler. Bu 'cömert' yaklaşım, Kurul'a katılımı Statü'yü imzalamış olanlarla

<sup>31</sup> Roma Statüsü, Md.50(2); Usul ve Delil Kuralları, Kural 41.

<sup>32</sup> Roma Statüsü, Md. 50.

<sup>33</sup> Usul ve Delil Kuralları, Kural 40 ve 43.

<sup>34</sup> Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ilk büyük kararı olan yargı yetkisine dair *Tadic* kararı, başlangıçta sadece İngilizce yayımlanmıştı; bu durum Fransız asıllı Kanadalı yargıç Jules Deschênes'nin sert bir beyanda bulunmasına sebep oldu. Aylar sonra, hükmün Fransızca bir versiyonu hazırlandı. Daha az sıklıkta görülmekle beraber, hükümler önce Fransızca olarak yayımlanmıştır, İngilizce bir versiyonu haftalar ya da aylar sonra yayımlanmıştır.

<sup>35</sup> Roma Statüsü, Md. 112(1).



sınırlamak isteyenlere baskın çıktı.<sup>36</sup> Kurul, bir Büro ve de tali organlar kurmaya yetkilidir.<sup>37</sup> Hem Büro hem de Kurul yılda bir kez toplanacaktır, fakat gerekli ise daha sık da toplanabilirler.

İlk Taraf Devletler Kurulu, 3 Eylül 2002'de, New York şehrinde, Birleşmiş Milletler merkezinde toplandı. Ürün Prensi Zeid Raad Zeid Al-Hussein başkan, Sierra Leone'dan Allieu Ibrahim Kanu ve Uruguay'dan Felipe Paolillo ise başkan yardımcıları olarak seçildi.

### Kaynak

Mahkeme'nin Birleşmiş Milletler'in bir organı olmaması gerçeğinin nahoş sonuçlarından birisi de, Mahkeme'nin kendi kaynağından sorumlu olmasıdır. Statü, Mahkeme'nin halihazırda Birleşmiş Milletler'de kullanılan ve nüfus ile görelî zenginliği dikkate alan bir hesaplama olan temel ölçüğü takip ederek taraf Devletler'den katkı payı olarak para almasına izin vermektedir.<sup>38</sup> Ek olarak, Mahkeme, Birleşmiş Milletler tarafından sağlanan fonları alabilir. Güvenlik Konseyi'nin dava göndermesinden kaynaklanan masraflardan özel olarak bahsedilmektedir, bu masraflardan Birleşmiş Milletler'in sorumlu olması gerektiği ancak tabii görünebilir.<sup>39</sup> Lafzı, bu karışık finansman şekline işaret etmektedir, fakat Birleşmiş Milletler'in katkılarının ilke olarak Güvenlik Konseyi'nin gönderdiği davalara dayanacağı düşüncesine doğru meyletmektedir. Mahkeme'nin kesinlikle Birleşmiş Milletler tarafından finanse edilmesi gerektiği önerilerine esasen Birleşmiş Milletler bütçesinin üç büyük katkıcısı, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Japonya tarafından karşı çıkıldı.<sup>40</sup> Taraf Devletler Kurulu, Eylül 2002'deki ilk oturumunda, Mahkeme'nin ilk mali dönemi için bütçenin Birleşmiş Milletler'deki tahakkuk cetveline göre belirlenecek tahakkuklarla karşılanacağına karar verdi.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Jarasch, 'Establishment, Organization and Financing', p. 23.

<sup>37</sup> S. Rama Rao, 'Financing of the Court, Assembly of States Parties and the Preparatory Commission', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 399-420.

<sup>38</sup> Roma Statüsü, Md. 117.

<sup>39</sup> *Ibid.*, Md. 115.

<sup>40</sup> Jarasch, 'Establishment, Organization and Financing', p. 23. Ayrıca bkz., Rao, 'Financing of the Court'.

<sup>41</sup> 'Scales of assessments for the apportionment of the expenses of the International Criminal Court', ICC-ASP/1/Res.14. Bkz., Rolf Einar Fife, 'The Draft Budget of the First Financial Period of the Court', (2002) 25 *Fordham International Law Journal* 606.

Ek olarak, Mahkeme, hükümetlerden, uluslararası örgütlerden, bireylerden, şirketlerden ve diğer varlıklardan gelen herhangi bir gönüllü bağışı/katkıyı alma ve kullanma yetkisine sahiptir.<sup>42</sup> Gönüllü bağış/katkı alma uygulaması, halihazırda Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler içerisinde sağlam bir şekilde yerleşmiştir ve bu tür kaynaklar olmasa bir çok önemli program elenecekti. *Ad hoc* mahkemelerin bazı önemli görevleri ancak gönüllü katıların/bağışların neticesinde gerçekleştirilmiştir. Taraf Devletler Kurulu, Eylül 2002'deki ilk oturumunda, gönüllü bağış/katkı yapan hükümetlerden, uluslararası örgütlerden, bireylerden, şirketlerden ve diğer oluşumlardan, bu katkıların/bağışların 'Mahkeme'nin bağımsızlığını etkilemeyi amaçlamadığını' bildirmeleri yönünde resmi bir talepte bulundu. Ayrıca, bu koşulun yerine getirildiğini temin etme sorumluluğunu Yazı İşleri Müdürü'ne verdi.<sup>43</sup>

Mahkeme'nin gerçek bütçesi, Taraf Devletler Kurulunca kararlaştırılmaktadır. Kurul, Eylül 2002'deki ilk oturumunda, yaklaşık 30 milyon € bir bütçe kabul etti.<sup>44</sup> Bu, Mahkeme'nin ilk faaliyet yılında hiç alıkonulan kişiye ya da derdest yargılama işlemine sahip olmayacağı şeklindeki bir varsayıma dayanıyordu. Mahkeme'nin ilk tam yıllık çalışmasında yaklaşık 200 kişiyi istihdam edeceği tahmin edilmişti. İlgili teknik hususları gözden geçirmek için on iki üyeli Bütçe ve Finans Komitesi kurulmuştur.<sup>45</sup>

### Anlaşmazlıkların çözümü

Roma Statüsü, yüz yıllar boyunca oluşturulan teamül ile geliştirilen ve kısmen 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde kodifiye edilen bir çok genel hukuk kuralına tabi olan bir uluslararası andlaşmadır.<sup>46</sup> Çok taraflı bir andlaşma, aslında, onunla bağlanan Devletler arasındaki bir sözleşme biçimidir. Statü'nün yorumlanması ya da uygulanması konusunda iki ya da daha çok Devlet arasında anlaşmazlıklar ortaya çıkabilir. Bu tür durum-

<sup>42</sup> Roma Statüsü, Md. 116.

<sup>43</sup> 'Relevant Criteria for Voluntary Contributions to the International Criminal Court', ICCASP/ 1/Res.11.

<sup>44</sup> Ayrıntılı tahminler Taraf Devletler Kurulu raporunda düzenlenmiştir. Bkz., ICC ASP/1/3, pp. 253-317.

<sup>45</sup> 'Establishment of the Committee on Budget and Finance', ICC-ASP/1/Res.4.

<sup>46</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (1979) 1155 UNTS 331.

"Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Türkçe serbest çevirisi için bkz., Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk-Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Beta Yay., Geliştirilmiş 3. baskı, 1998, İstanbul, sf: 182-205. (ç.n.)

lar, olayı çözmeye girişebilecek ya da olayı Uluslararası Adalet Divanı'na gönderme de dahil alternatif çözüm yöntemleri önerebilecek olan Taraf Devletler Kurulu'na sunulacaktır.<sup>47</sup> Fakat, böyle bir usul ancak Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkisini de tanımış olan ya da belirli bir vakada onun yetkisini kabul etmiş Devletler durumunda işleyebilir.

### Çekinceler

Devletlerin uluslararası andlaşmaları imzalarken ya da onaylarken çekince ya da yorumlayıcı beyan düzenlemesi hiç de alışılmadık bir durum değildir. Andlaşmanın kendisinde herhangi bir özel kuralın yokluğu durumunda, bu tür çekinceler andlaşmanın 'konu ve amacını' ihlal etmemek şartıyla izin verilebilir. Belirli andlaşmalara çekince konulmasının hukukiliği ve geçersiz çekicelerin hukuki sonuçları konusunda son yıllarda karmaşık sorunlar ortaya çıkmıştır.<sup>48</sup> Tüm bunlar, 'bu Statü'ye çekince konulamaz' hükmünü getiren Madde 120 ile önlenmektedir.<sup>49</sup> Fakat bu hüküm, bazı Devletler'in onaylama zamanında yorumlayıcı beyanda bulunmasını engellememiştir. Bu tür beyanlar, Devlet'in Statü çerçevesindeki yükümlülüklerini sınırlandırmaya çalışmadığı ölçüde izin verilebilir görülecektir. Uygulamada, bir çekince ile bir yorumlayıcı beyanı ayırt etmek her zaman kolay değildir.<sup>50</sup> Fransa, Statüyü onaylama zamanında Madde 8 bakımından bir yorumlayıcı beyan düzenledi.

En azından bir beyan, gerçek bir çekinceye benzer gibi görünecektir. Danimarka, Statü'yü onaylaması üzerine, Statü'nün Faroe Adaları ve Grönland bakımından uygulanmayacağını ilan etmişti. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bir çekinceyi 'bir Devlet tarafından bir andlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, uygun bulurken ya da katılırken, her nasıl ifade edilmiş ya da adlandırılmış olursa olsun, yapılan tek taraflı bir beyandır, ki bu yolla andlaşma o Devellet bakımından uygulanırken andlaşmanın belirli hükümlerinin hukuki etkisini dışarda bırakmayı ya da değiştirmeyi amaçlar.' Sonuç, Danimarka'nın Statü çerçevesindeki yükümlülüklerini sınırlamaktır.

<sup>47</sup> Roma Statüsü, Md. 119.

<sup>48</sup> Bu konu şu anda raportör Alain Pellet'in yönetiminde Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından çalışılmaktadır: 'Report of the International Law Commission on the Work of its Fiftieth Session, 20 April–12 June 1998, 27 July–14 August 1998', UN Doc. A/53/10 and Corr.1.

<sup>49</sup> Bkz., Tuiloma Neroni Slade and Roger S. Clark, 'Preamble and Final Clauses', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 421–50 at pp. 431–2.

<sup>50</sup> *Belilos v. Switzerland*, Series A, No. 132, 29 April 1988.

Statü, Devletler'in Madde 8'e bir çeşit çekince koymasına izin vererek, çekince koyulmayacağı kuralına kendi istisnasını getirmektedir. Yedi yıllık bir süre için, Devletler Statü'yü onaylayabilir fakat savaş suçları üzerindeki yargı yetkisinden kaçabilir.<sup>51</sup> Bu metin, taraf Devletler'in Statü'nün uygulanacağı suçları titizlikle seçebileceğini öngören eski bir tasarının kalıntısıdır. Mevcut hüküm, Fransa'nın ve belki bir kaç başka Devlet'in desteğini sağlamayı amaçlayan bir uzlaşma olarak Statü'nün nihai taslağına geçirilmişti.<sup>52</sup> Bu, insan hakları alanındaki hükümetler-dışı örgütler tarafından Roma Konferansı'nın sonunda gür bir sesle eleştirildi, fakat bu kaygılar muhtemelen abartılıydı.<sup>53</sup> O günden bu yana, sadece iki Devlet, Fransa ve Kolombiya Madde 124'e fiilen başvurdu fakat Burundi gibi onaylamayı düşünen diğer Devletler'in böyle bir beyanı yapma olasılığı üzerinde çalışmakta oldukları söylenmektedir. Ciddi savaş suçları muhtemelen Savcı'nın dikkatini çekecektir ve Mahkeme'nin ciddi suçlar eşliğini geçecektir, aynı zamanda insanlığa karşı suçlar tanımını da genellikle karşılayacaktır. Mahkeme'nin sadece Madde 124 yüzünden bir çok özel/belirli suçlu üzerinde yargı yetkisi kullanamayacağı olası görünmemektedir.<sup>54</sup>

Madde 124 çerçevesindeki bir beyanın etkisinin ne olacağı tamamen belirgin/açık değildir. Eğer bir Devlet, Mahkeme'nin savaş suçları üzerinde yargı yetkisini kabul etmediğini ilan eder ise, bu, eğer suç bir başka taraf Devlet'in topraklarında işlenmiş olsa bile bu Devletin vatandaşlarının kovuşturulamayacağı anlamına mı gelmektedir? Birleşik Krallık dış işleri bakanlığından Elizabeth Wilmshurst, Statü'nün görüşmelerinden kaynaklanan 'sağduyu görüşü'nün, Madde 124 çerçevesinde yapılan bir beyanın aslında Devlet'in vatandaşlarını Mahkeme'nin kovuşturmasından korumakta olduğunu ileri sürmüştür. Benzer şekilde, Elizabeth Wilmshurst, beyanın süresinin dolmasından sonra, Mahkeme'nin beyan sürecinde işlenen savaş suçlarını kovuşturmandan engelleneceğini ileri sürmektedir.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Roma Statüsü, Md. 124.

<sup>52</sup> Fransa, Statü'yü Haziran 2000'de onaylayan on ikinci Devlet idi. Fransa'nın onaylaması, Madde 124 uyarınca yapılan bir beyanın eşlik ettiği ilk onaylama idi. Bkz., Slade and Clark, 'Preamble and Final Clauses', p. 443.

<sup>53</sup> Bkz., örneğin, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin yorumları: UN Doc. A/C.6/53/SR.12.

<sup>54</sup> Ayrıca bkz., Kelly Dawn Askin, 'Crimes Within the Jurisdiction of the International Criminal Court', (1999) 10 *Criminal Law Forum* 33 at 50, yazar Madde 124'ün aslında Devletleri Statü'yü onaylamaya teşvik edebileceğini not etmektedir.

<sup>55</sup> Elizabeth Wilmshurst, 'Jurisdiction of the Court', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 127-41 at pp. 139-41.

## Değişiklikler

Ulusal hukuk sistemlerinde, ceza hukuku geniş ölçüde esneklik gerektirmektedir. Suç teşkil eden davranışlar hızla gelişmektedir ve hem usulü hem de esasa dair kuralların, değişikliğe ayak uydurmak için düzenli olarak ayarlanması gerekmektedir. Uluslararası adalet, bu bakımdan oldukça hantaldır ve işleri daha kötü yapmak için, Statü yapıcılar, çeşitli alanlardaki takdir yetkisini azaltmaya ya da ortadan kaldırmaya kalkışmıştı. *Ad hoc* mahkemelerdeki yargıçlara suçların yorumlanmasında, savunmaların tanımlanmasında ve uygulanmasında ve usul ve delil kurallarının ayarlanmasında geniş ölçüde bir serbestlik tanınmıştı. Bunların hepsi yargıçlara statülerin görece özlü metinleriyle bırakılmıştı. Roma Statüsü, aksine, savunmalar ve diğer genel kurallar bakımından oldukça ayrıntılı kurallar düzenlemektedir ve ayrıca herhangi bir takdir yetkisi olasılığını, ayrıntılı Suç Unsurları ile Usul ve Delil Kuralları'nı karışıma ekleyerek engellemektedir. Tecrübeli yargıçlar, bu sınırları alabildiğince itmenin yaratıcı yollarını hiç şüphesiz bulacaktır, fakat onların manevra kabiliyetlerinin önemli ölçüde engellenmiş olduğu gerçeği sürmektedir.

Sonuç olarak, uygulanabilir hukuktaki değişiklikler, taraf Devletler'in sık sık ayarlama yapmasını gerektirmektedir. Küçük değişiklikler, Taraf Devletler Kurulunca Unsurlar'ın ve Kurallar'ın değiştirilmesi yoluyla herhangi bir zamanda gerçekleştirilebilir. Statü'nün değiştirilmesi gerektiğinde, karmaşık ve son derece hantal bir usul izlenecektir. Statü'nün yürürlüğe girmesinden itibaren ilk yedi yılda değişiklik yapılması tamamen engellenmektedir. Herhangi bir taraf Devlet, herhangi bir zamanda bir değişiklik önerebilmesine rağmen<sup>56</sup>, Statü, bir Gözden Geçirme Konferansı öngörerek ilk değişiklik sürecini kurum-sallaştırmaktadır.<sup>57</sup> Bir Gözden Geçirme Konferansı, modern çok taraflı andlaşmalar için alışılmadık bir usul değildir. Roma Statüsü için, Statü'nün yürürlüğe girmesinden yedi yıl sonra, andlaşmanın depo organı olan Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği, herhangi bir değişikliği değerlendirmek için Gözden Geçirme Konferansını toplayacaktır. Madde 123 özel olarak Statü Madde 5'de sıralanan suçlardaki değişikliklere gönderme yapmaktadır, fakat bunun hiçbir şekilde Gözden Geçirme Konferansı'nın diğer değişiklikler konusundaki kapsamını sınırlandırmayacağını eklemektedir. Bir dizi olası ek suç, Roma Konferansı'nda değerlendirilmişti ve bunların savunucuları bunların dahil edilmesi için muhtemelen ilki Gözden Geçirme Konferansı'nda kampanya

<sup>56</sup> Roma Statüsü, Md. 121.

<sup>57</sup> *Ibid.*, Md. 123.

yürütecektir. Bu suçlar, büyük çoğunluğu zaten mevcut uluslararası anlaşmalarda düzenlenen uyuşturucu ticaretini, terörizmi ve bir dizi ekonomik suçu içermektedir. Statü aynı zamanda, Gözden Geçirme Konferansı'nın, taraf Devletler'in, savaş suçları üzerindeki yargı yetkisini yedi yıllık bir süre için tanımaması imkanını veren Madde 124'ün devam ettirilip ettirilmeyeceğini değerlendireceğini öngörmektedir. İlk Gözden Geçirme Konferansı, saldırganlık suçu ile ilgili hükümlerin değerlendirilmesi için de fırsat olacaktır.<sup>58</sup> Gelecekte herhangi bir zaman, Statü'ye taraf Devletler'in çoğunluğu başka gözden geçirme konferanslarının toplanması konusunda anlaşabilirler.

Gözden Geçirme Konferansı'nın bağlamına ek olarak, değişiklikler sonradan herhangi bir zamanda önerilebilir. Fakat Statü'nün, yürürlüğe girmesini takip eden yedi yıl boyunca değiştirilmesi imkansız görünmektedir. Bir değişiklik metni, değişikliği öneren taraf Devlet tarafından, tüm Taraf Devletlere dağıtması için Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne sunulacaktır. Bir sonraki Taraf Devletler Kurulu değişikliği değerlendirecektir ya da alternatif olarak, bir gözden geçirme konferansı toplanmasına karar verecektir. Değişiklikler, Taraf Devletler Kurulunca ya da bir gözden geçirme konferansında oybirliği ile kabul edilecektir, oybirliğine ulaşılamaması durumunda tüm taraf Devletlerin üçte iki çoğunluğu gerekecektir.

Fakat Taraf Devletler Kurulunca ya da bir gözden geçirme konferansında kabul edilen değişiklikler, otomatik olarak yürürlüğe girmez. Statü'ye taraf Devletler, bu tür değişiklikleri kabul etme ya da bunlara katılma belgelerini depo etmek zorundadır. Genel bir kural olarak, taraf Devletlerin sekizde yedisi kabul etmek belgelerini depo edene kadar bir değişiklik yürürlüğe girmeyecektir. Bir değişiklik, taraf Devletlerin sekizde yedisi tarafından kabul edildiğinde, bu sonuçtan memnun olmayan herhangi bir taraf Devlet, Statü'ye taraf olmaktan çıktığını bildiriminde bulunabilir. Eğer yeni 'andlaşma suçları', Mahkeme'nin yargı yetkisine eklenir ise, Mahkeme, bu değişikliği kabul etme konusunda özel bir beyanda bulunmamış olan bir Devlet'in toprakları ya da vatandaşları üzerinde değişiklik eklenmiş olan herhangi bir yeni suçtan ötürü yargı yetkisini kullanamaz.<sup>59</sup>

Kurumsal nitelikteki hükümlerde değişiklik yapılması durumunda, bunlar ilke olarak daha az tartışmalıdır ve Statü, bunların taraf Devletlerce onaylanmasını gerektirmemektedir. Bu tür değişiklikler, Taraf Devletler Kurulu'nun ya da bir gözden geçirme konferansının oybirliği ile ya da

<sup>58</sup> *Ibid.*, Md. 5(2).

<sup>59</sup> *Ibid.*, Md. 131(5).

üçte iki oyu ile kabul edilecektir ve altı ay sonra yürürlüğe girecektir. 'Bir kurumsal nitelikteki değişiklikler' ibaresi tanımlanmaktadır:<sup>60</sup> bu değişiklikler, yargıçların sayısı, dairelerin kompozisyonu, Mahkeme personeli ve benzeri konuları içermektedir.

### İmza, onaylama, uygun bulma ve katılma

Devletler, 31 Aralık 2000 tarihine kadar Statü'ü imzalama yetkisine sahipti.<sup>61</sup> Bir andlaşmanın imzalanması, belirli koşullar altında, o andlaşmanın kabul edileceğini göstermenin bir aracı<sup>62</sup> olmasına rağmen, Statü bağlamında imza sadece bir başlangıç işlemidir- 'katılmak için bir ilk adım'<sup>63</sup> – ve Devlet'in Statü'nün bir tarafı olması için bu işlemi mutlaka bir onaylama, uygun bulma ya da katılma belgesinin depo edilmesi izlemelidir. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde kodifiye edildiği şekli ile teamül hukuku, bir Devlet'in, imza tarihi ile onaylama tarihi arasında, andlaşmanın bir tarafı olmayacağı niyetini açık hale getirene kadar, bir andlaşmanın konu ve amacını boşa çıkarmaktan sakınma yükümlülüğü altında olmasını gerektirmektedir.<sup>64</sup>

'Onaylama', 'kabul etme', 'uygun bulma' ve 'katılma' terimleri, bir Devlet'in uluslararası alanda bir andlaşma ile bağlanmaya rıza gösterdiği uluslararası bir işlemi tanımlamaktadır.<sup>65</sup> Dört terimin hepsi de kabul edilebilir olmasına rağmen,<sup>66</sup> bu terimlerin tanımladığı işlemde konuşma dilinde 'onaylama' olarak bahsedilmektedir. Statü'yü imzalamış olan Devletler, onaylama, kabul etme ya da uygun bulma belgelerini depo eder. Bunlar, 'katılma' belgelerini depo etmemiş olanlardır. Bu belgeler, depo organı olarak belirlenmiş olan Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne depo edilecektir.

Statü, altmışıncı onay, kabul etme, uygun bulma ya da katılma belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine depo edilmesini izleyen altmış günden sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girdi.<sup>67</sup> Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonra

<sup>60</sup> *Ibid.*, Md. 122(1).

<sup>61</sup> *Ibid.*, Md. 125(1).

<sup>62</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, (1979) 1155 UNTS 331, Md. 11–12.

<sup>63</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion)* [1951] ICJ Reports 16 at 28.

<sup>64</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, Md. 18.

<sup>65</sup> *Ibid.*, Md. 2(1)(b).

<sup>66</sup> Bazı Devletler, anayasal ya da tarihi gerekçelerle terimlerden birini ya da diğerini tercih etmektedir: Slade and Clark, 'Preamble and Final Clauses', 444.

<sup>67</sup> Roma Statüsü, Md. 126(1).

Statü'yü onaylayan, kabul eden, uygun bulan ya da Statü'ye katılan Devletler için, onay, kabul etme, uygun bulma ya da katılma belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine depo edilmesini izleyen altmış günden sonraki ayın ilk günü Statü yürürlüğe girecektir.<sup>68</sup> Devletlerin, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine yazılı bir bildirimde bulundukta sonra Statü'den çekilmeleri/withdraw mümkündür. Söz konusu Devlet daha sonraki bir tarihi belirtmez ise, çekilme, çekilme bildiriminden alınmasından bir yıl sonra yürürlüğe girer.<sup>69</sup> Fakat Statü'den çekilen bir Devlet, mali yükümlülükler dahil olmak üzere, taraf iken doğmuş olan yükümlülüklerden kurtulamaz.<sup>70</sup> Bir Devletin, kıdemli görevlilerine suç isnad edilmesine Statü'den çekilme yoluyla tepki göstermesi, derdest olan bir kovuşturmayı ya da yargılamayı etkilemeyecektir. Statü, onaylama sayısını altmışın altına düşürecek sayıda çekilmenin olması durumunda ne olacağını açıklamamaktadır.

### Geçerli metinler

Roma Konferansı'nın genel kurul oturumları ve çalışma grupları, Birleşmiş Milletler sisteminin altı resmi dilinde birden, yani, İngilizce, Fransızca, Rusça, İspanyolca, Arapça ve Çince, simültane çeviri yapılarak gerçekleştirilmişti. Tüm dokümanları da bu dillerde ulaşılabilirdi. M. Cherif Bassiouni'nin başkanlık ettiği hazırlık/drafting komitesi, en yüksek derecede tutarlılığı ve uyumu sağlamak için çeşitli dillerdeki versiyonlar üzerinde yoğun bir şekilde çalıştı. 17 Temmuz 1998'de kabul edilen Statü'nün altı dildeki geçerli metinlerinin eşit derecede geçerli olduğu kabul edilmektedir.<sup>71</sup> Statü'nün karmaşıklıklarından ve Konferans'ın acele bir şekilde yapılmasından ötürü, 17 Temmuz'da fiilen oylanan versiyonda kaçınılmaz olarak bazı hatalar vardı. Sonradan, Konferansa katılanlara tashihler dağıtıldı ve resmi metin şu anda Roma Konferansı'nın sonunda oylanan metinden biraz farklıdır.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> *Ibid.*, Md. 126(2).

<sup>69</sup> *Ibid.*, Md. 127.

<sup>70</sup> *Ibid.*, Md. 127(2).

<sup>71</sup> *Ibid.*, Md. 128.

<sup>72</sup> Roy Lee, 'The Rome Conference and Its Contributions to International Law', in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 1–39 at pp. 11–12.