

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN MAVİ MARMARA KARARI VE KARARIN ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(The Decision of ICC Concerning Mavi Marmara and
Its Evaluation in terms of the International Law)

Ahmet Hamdi TOPAL*

ÖZET

Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılığı, Mavi Marmara Saldırısı'na dair Komorlar Birliği'nin başvurusu üzerine yaptığı ön incelemeyi tamamlamış ve 6 Kasım 2014'te soruşturma açılmaması yönünde karar vermiştir. Savcılık, İsrail Silahlı Kuvvetlerinin toplam sekiz gemiden müteşekkil Gazze Yardım Filosu'na dâhil Mavi Marmara isimli gemide, Mahkemenin yetkisi kapsamında savaş suçları işlendiğini gösterir mâkul bir temel bulunduğu, ancak inceleme neticesinde ortaya çıkan veya çıkabilecek delil ya da delillerin söz konusu suçların başkaca işlem yapılmasını gerekli kılabacak yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Çalışmada, sorumluluğu doğduğu iddia edilen İsraili yetkililer aleyhine yürütülecek ceza yargılaması sürecini daha başlamadan sonlandıran bu karar, uluslararası hukuk açısından değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Mavi Marmara, Blockade, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ön İnceleme, Savaş Suçu, Kabul Edilebilirlik, Suçun Ağırlığı

Abstract

The Office of the Prosecutor of the ICC, by the decision reached after conclusion of preliminary investigation dated 6 November 2014 on the application made by the Union of Comoros, did not find a reasonable basis to proceed with an investigation in the case of Mavi Marmara which is a part of an eight-boat flotilla called "Gaza Freedom Flotilla". In the decision, the Office of the Prosecutor argued that although there is a reasonable ground indicating war crimes in the Comorian-registered vessel (the Mavi Marmara) committed by the Israeli

* Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ABD öğretim üyesi. (ahtopal@medipol.edu.tr)

Defense Forces, it would not be of sufficient gravity to justify further action by the Court. In this paper, the above mentioned decision, concluding the case at the early stage of proceedings despite findings on war crimes committed by the authorities of Israel, will be evaluated from the perspective of international law.

Keywords: Mavi Marmara, Abluka, International Criminal Court, Preliminary Examination, War Crimes, Admissibility, The Gravity of the Crime

Giriş

19 Eylül 2007'de Gazze Şeridi'ni "düşman bölge" ilan eden İsrail, Gazze kaynaklı saldırıların devam etmesini gerekçe göstererek silâh ve mühimmat girişini engellemek üzere Gazze Şeridi'ni denizden abluka altına alacağını açıklamış ve 3 Ocak 2009 itibarıyla ablukayı uygulamaya koymuştur.¹ Ablukanın neden olduğu insanî kriz karşısında, uluslararası alanda çeşitli yardım kampanyaları başlatılmıştır. Bu kapsamda, Özgür Gazze Hareketi isimli sivil toplum kuruluşu öncülüğünde, hem abluka altındaki Filistinlilere yardım ulaştırmak hem de ablukaya dikkat çekmek üzere farklı ülkelerden uluslararası sivil toplum kuruluşlarınca teşkil edilen ve içinde gönüllülerin de yer aldığı Gazze Yardım Filosu harekete geçmiştir.

Gazze Yardım Filosu'ndaki Mavi Marmara (*Komorlar Birliği-Yolcu Gemisi*), Sfondoni (*Togo-Yolcu Gemisi*), Challenger I (*Amerika Birleşik Devletleri-Yolcu Gemisi*), Eleftheri Mesogeios (*Yunanistan-Yük Gemisi*), Gazze 1 (*Türkiye-Yük Gemisi*) ve Defne Y (*Kiribati-Yük Gemisi*) 31 Mayıs 2010 tarihinde İsrail'in fiili müdâhalesiyle karşılaşmıştır. İsrail, müdâhale kapsamında Filo'nun sevk ve idâresinin gerçekleştirildiği ve açık denizde tüm gemilere tanınmış olan seyrüsefer serbestisini kullanmakta olan Mavi Marmara'ya en yakın sahil noktasına 72 mil, abluka sahasına 64 mil uzakta saldırmıştır.² Altı yüze yakın kişinin bulunduğu Mavi Marmara'ya yönelik saldırı neticesinde, dokuzu saldırı anında, biri sonradan olmak üzere toplam on yardım gönüllüsü hayatını kaybetmiş, birçoğu da yaralanmıştır. Yedi İsrail askerinin de yaralandığı belirtilen saldırı sonrasında, Filo'da bulunan tüm yardım gönüllüleri ve gemi mürettebatı gözaltına alınarak İsrail'in Aşdod Limanı'na götürülmüş; gemilere, yardım malzemelerine ve katılımcıların şahsî eşyalarına el koyulmuştur.³

¹ 1967 Altı Gün Savaşı'nda İsrail tarafından işgâl edilen Gazze Şeridi'ndeki İsrail askerleri 2005'te çekilmiş, bölgede meskûn Yahudi yerleşimciler de tahliye edilmiştir. Ancak İsrail, çekilme işlemini müteakiben yapılan seçimle işbaşına gelen Hamas hükümetini tanımamış ve Hamas'ı muhatap almamıştır. Bölgeye yönelik baskılarını giderek artıran İsrail, 2007'de Hamas'ın kontrolü altındaki bölgeye ilaç, gıda, akaryakıt gibi temel ihtiyaç maddelerinin girişine engel olmuş ve Filistinlilerin hareket serbestisini sınırlandırmıştır.

² Gazze Yardım Filosu'na yönelik bu müdâhale, ölüm ve yaralanmaların meydana gelmesine neden olan olayların Mavi Marmara'da yaşanmış olması sebebiyle çalışmada "Mavi Marmara Saldırısı" şeklinde kullanılacaktır.

³ İsrail tarafından gözaltına alınan bu kişiler sorgularının ardından sınır dışı edilmiş, gemiler de bir müddet sonra serbest bırakılmıştır.

Ablukayı ihlâl ettikleri gerekçesiyle insanî yardım amaçlı gemilerin durdurulması, zor kullanmak suretiyle gemilere çıkılması, sivillerin öldürülmesi pahasına içindeki yük ve yolcularla beraber gemilere el koyularak bunların Aşdod Limanı'na çekilmesi, uluslararası hukuk açısından çözüme kavuşturulması gereken birçok sorunu beraberinde getirmiştir. Mavi Marmara'nın bayrak devleti olan Komorlar Birliği de on kişinin ölümüne yol açan bu saldırıyı, 14 Mayıs 2013 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesine (UCM) taşımış ve sorumluluğu doğduğu iddia edilen kişiler aleyhine cezaî yargılama sürecinin başlatılması talebinde bulunmuştur.⁴

UCM Savcılık Ofisi, İsrail askerlerince savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar işlendiği gerekçesiyle yapılan başvuruyu işleme koyarak "Ön İnceleme" (*preliminary examination*) safhasını başlatmıştır. Savcılık, yürütmüş olduğu ön inceleme kapsamında soruşturma açılıp açılmamasına yönelik olarak Mahkemenin yetkisi, işlenen suçlar, suçun ağırlığı ve tamamlayıcılık açısından başvuruyu incelemiş ve 6 Kasım 2014'te kararını açıklamıştır.⁵ Savcılık, İsrail Silâhlı Kuvvetlerinin Gazze Yardım Filosu'na dâhil Mavi Marmara isimli gemide, UCM'nin yetki alanına girebilecek savaş suçları işlendiğini gösterir mâkul bir temel bulunduğunu, ancak inceleme neticesinde ortaya çıkan veya çıkabilecek delil ya da delillerin söz konusu suçların UCM'de başkaca işlem yapılmasını gerekli kılacak yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Yapılan açıklamada, Roma Statüsü'nün 53. maddesi uyarınca UCM'nin yer, zaman ve konu bakımından yetkili olduğu kabul edilmekle birlikte, hukukî şartların gerçekleşmediği belirtilerek soruşturma (*investigation*) açılmaması yönünde karar verildiği ifade edilmiştir.⁶

İçerdiği tespitler ve İsraili yetkililer aleyhine yürütülecek ceza yargılaması sürecini daha başlamadan sonlandırması dikkate alındığında, kararın incelenmeye değer olduğu görülmektedir. Çalışmada soruşturma açılmamasına yönelik bu kararın incelenmesi kapsamında, ilk olarak UCM'nin yer ve zaman bakımından yargı yetkisi ele alınacak, ardından da kararda öne çıkan hususlar uluslararası hukuk açısından değerlendirilecektir.

⁴ Letter of Referral under Articles 14 and 12(2)(a) of the Rome Statute Arising from the 31 May 2010, Gaza Freedom Flotilla Situation (14 May 2013), (Kısaca Letter of Referral), <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf> (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).

⁵ ICC, *The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia-Article 53(1) Report*, 6 November 2014, (Kısaca OTP Report), [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf) (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).

⁶ Komorlar Birliği, madde 53(3)(a) kapsamında Ön Dava Dairesine başvurarak kararın gözden geçirilmesini talep edebilir. Ancak Ön Dava Dairesinin soruşturma açılmasını emretme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır, tüm yapabileceği kararın gözden geçirilmesini istemektir. Böyle bir talep olsa dahi Savcılık, soruşturma açılmaması yönündeki kararında ısrar edebilir.

I. UCM'nin Yer ve Zaman Bakımından Yargı Yetkisi

1998'de imzalanan Roma Statüsü uyarınca kurulan ve 1 Temmuz 2002'de faaliyete geçen UCM; millî mahkemelerin tamamlayıcısı mâhiyetinde kurulmuş, sürekli ve bağımsız bir yargı organıdır. UCM ile birlikte statü ve görevi ne olursa olsun uluslararası toplumu derinden etkileyen suçların faillerinin cezaî sorumluluklarına gidilmesi, tatbik edilecek cezaî müeyyidelerin işlenmesi muhtemel suçlar açısından caydırıcı bir rol oynaması, işlenen suçlar açısından cezasızlığın sona erdirilmesi ve mağdurlar için adaletin gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. Bu kapsamda UCM, Statü'de düzenlenen herhangi bir suçun işlenmesi hâlinde her kademedeki devlet görevlileri dâhil ilgili gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Diğer taraftan Mahkeme, uluslararası toplumun barış ve güvenliğini bozduğu için bir bütün olarak uluslararası toplumu mağdur ettiği düşünülen soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu üzerinde yargı yetkisine sahip kılınmıştır. Bu suçlar Statü'de tanımlanmış ve "Suçların Unsurları" isimli belgede de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.⁷

Öte yandan UCM tarafından yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin ön şartların açıklığa kavuşturulduğu 12. maddenin ilk fıkrasında, bir devletin Statü'ye taraf olmakla Statü'de düzenlenen suçlar bakımından Mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiği hükme bağlanmıştır. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında, taraf olmayan devletlerin de suç konusu olayla ilgili olarak UCM'nin yargı yetkisini kabul etmeleri hâlinde Mahkemenin yargı yetkisinin doğacağı kabul edilmektedir. "Yargı Yetkisinin Kullanılması" başlığını taşıyan 13. maddede, sırasıyla bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü bir durumun (*situaiton*) âkit devlet tarafından Savcılığa bildirebileceği⁸, BM Güvenlik Konseyinin BM Andlaşması VII. Bölüm çerçevesinde hareket ederek işlenen suçun bir veya birden fazla olduğu bir durumu soruşturması için Savcılığa sevk edebileceği⁹ ve bir suçun işlendiğine dair Savcılığın re'sen harekete geçebileceği belirtilmektedir.¹⁰ Bununla birlikte, Güvenlik Konseyi ve devletler Savcılıktan talepte bulunabilseler de, soruşturma açabilmek üzere Mahkemeye başvurma yetkisi münhasıran Savcılığa aittir. Dolayısıyla soruşturma açılıp açılmayacağına ve alınacak onaya bağlı olarak dava açılıp açılmayacağına karar vermek Savcılığın takdirine bağlıdır.

⁷ "Suçların Unsurları" isimli düzenleme için bkz. <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁸ Statü'ye taraf devletler, Mahkeme yargılama yetkisini hâizse işlenen bir veya birden fazla suçun olduğu bir durumun soruşturulması için Savcılığa yönelik bir talepte bulunabilmektedir.

⁹ Bu sayede, suçun işlendiği devletin Statü'ye taraf olup olmadığına bakılmaksızın Güvenlik Konseyi kararıyla, uluslararası suç işlediği iddia edilen şahısların cezaî sorumluluğuna gidilebilecektir.

¹⁰ Savcılık, Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların işlendiğine dair ulaşılmış olduğu bilgi ve belgeler ışığında, işlenmiş bir ya da birden fazla suçun söz konusu olduğu bir durum hakkında 15. madde doğrultusunda re'sen soruşturma başlatılabilme imkânına sahip kılınmıştır.

Savcılığın, herhangi bir durum hakkında soruşturma açabilmesi için 53. maddede aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine dair bir ön inceleme yapması gerekmektedir. Savcılık söz konusu incelemeyi, madde 53(1)(a)-(c) kapsamında; yer, zaman, kişi ve konu bakımından yargı yetkisi, kabul edilebilirlik (tamamlayıcılık ilkesi ile suçun ağırlığı) ve adaletin tecellisi açısından yapacaktır.¹¹ Savcılığın ön inceleme kapsamında aşamalı bir incelemede bulunması söz konusudur. İlk olarak UCM'nin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığını araştırarak olan Savcılık, Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suç ya da suçların işlendiğini gösterir mâkul bir temelin bulunduğu yönünde bir kanaate ulaştığı takdirde, bu kez tamamlayıcılık ilkesi ve suçun ağırlığı kıstasını dikkate alarak kabul edilebilirlik açısından bir değerlendirme yapacaktır.¹² Mevcut durumun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi hâlinde, son olarak yapılacak soruşturmanın adaletin tecellisine katkı sağlayıp sağlamayacağına bakılacaktır. Ön incelemenin ardından da soruşturma açılması veya açılmaması yönünde nihâi

¹¹ Madde 53

Soruşturmanın başlatılması

1. Savcı, kendisine ulaştırılan bilgileri değerlendirdikten sonra, Statü çerçevesinde işlem yapılmasına gerek olmadığı kanaatine ulaşmadığı takdirde soruşturmayı (investigation) başlatır. Savcı, bir soruşturma açılıp açılmayacağına karar verirken şu hususları göz önünde bulundurur:

(a) Savcının elindeki bilgilerin, Mahkemenin yetkisine giren bir suçun işlenmiş veya işlenmekte olduğu kanaatinin doğmasına imkân veren mâkul bir temel oluşturup oluşturmadığı;

(b) Olayın 17. maddeye göre kabul edilebilirlik kıstasına uygunluğu veya uygun hâle gelip gelmeyeceği;

(c) Suçun ağırlığı ve mağdurların menfaatleri de dikkate alınmakla birlikte, bir soruşturma başlatmanın yine de adaletin tecellisine hizmet etmeyeceği yönünde maddî nedenler bulunup bulunmadığı. Eğer Savcı işleme devam etmek için mâkul bir temel bulunmadığına karar verir ve bu kararı sadece yukarıdaki (c) fıkrasına dayanarak alırsa Ön Dava Dairesine bilgilendirmede bulunur.

2. Savcı soruşturma neticesinde, aşağıdaki nedenlerle kovuşturma (prosecution) için yeterli temel bulunmadığı sonucuna ulaşabilir:

(a) 58. maddeye göre bir yakalama emri çıkarmak için yeterli hukukî veya maddî bir dayanağın bulunmaması;

(b) Davanın 17. maddeye göre kabul edilemez olması;

(c) Suçun ağırlığı, mağdurların menfaatleri, şüphelinin hastalığı veya yaşı ve işlendiği iddia edilen suçtaki rolü dâhil bütün hâl ve şartlar dikkate alındığında kovuşturmanın adalete hizmet etmeyecek olması;

Savcı, Ön Dava Dairesini ve 14. maddeye göre olayı intikal ettiren Devleti veya madde 13(b) kapsamında giren olaylarda Güvenlik Konseyini verdiği karar hakkında bilgilendirir ve kararının gereğini belirtir.

3. (a) 14. maddeye göre olayı Mahkemeye intikal ettiren Devletin veya madde 13(b) uyarınca Güvenlik Konseyinin talebi üzerine, Ön Dava Dairesi, Savcının 1. ve 2. paragraflarda belirtilen kararını gözden geçirebilir ve Savcıdan kararını tekrar değerlendirmesini isteyebilir.

(b) Buna ek olarak, Ön Dava Dairesi, kendi inisiyatifyle Savcının işlem yapmama kararını, kararın sadece paragraf 1 (c) veya 2 (c)'ye dayanması hâlinde gözden geçirebilir. Böyle bir durumda, Savcının kararı ancak Ön Dava Dairesi tarafından teyit edildiği takdirde geçerli olur.

4. Savcı, yeni olaylara veya bilgilere dayanarak soruşturma veya kovuşturma başlatıp başlatmama kararını her zaman yeniden gözden geçirebilir.

¹² Madde 53(1)(a)'da, Savcılığın mevcut bilgiler doğrultusunda Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun işlendiği yönünde bir kanaate ulaşması aranmaktadır. Bu safhada, suçun tüm unsurlarının gerçekleştiğinin ispatlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

karar verilecektir. Savcılık Makamının bu konudaki takdir yetkisi, Statü'de oldukça geniş tutulmuştur. Savcılığın vereceği nihâî kararın hukuka uygunluğunu denetleyebilecek tek merci ise, madde 53(3)(a)(b) uyarınca Ön Dava Dairesidir.

Mavi Marmara Saldırısı açısından bakıldığında, ne İsrail ne de Türkiye Statü'ye taraftır. Bununla birlikte Mavi Marmara'nın bayrak devleti olan Komorlar Birliği ile Rachel Corrie ve Eleftheri Mesogios/Sofia isimli gemilerin bayrak devletleri olan Kamboçya ve Yunanistan Statü'ye taraftır.¹³ Madde 12(2)(a)'ya göre, bu üç gemide işlenmiş suçlar Mahkemenin yetki alanına girmekte olup Mahkeme söz konusu gemiler üzerinde işlenen suçlar hakkında teorik olarak yargı yetkisine sahiptir.¹⁴

Madde 12(2)(a)'da, ülkesi üzerinde sorun teşkil eden olayın gerçekleştiği devlet veya suçun bir gemi veya uçakta işlenmiş olması ve söz konusu gemi veya uçağın kayıtlı olduğu devletin de Statü'ye taraf olması hâlinde, UCM'nin yer bakımından yetkili olacağı hükme bağlanmıştır. Mavi Marmara'nın bayrak devleti olan Komorlar Birliği de âkit devlet olarak Statü'nün madde 12(2)(a) ve 13 uyarınca başvuruda bulunarak Savcılığı harekete geçirmiştir. Mavi Marmara'ya yönelik saldırı 31 Mayıs 2010'da gerçekleştirildiğine göre, Mahkemenin zaman itibarıyla da yargı yetkisinin bulunduğu görülmektedir.¹⁵ Mavi Marmara, 31 Mayıs 2010 itibarıyla Komorlar Birliği'ne kayıtlıdır ve Komorlar Birliği de 18 Ağustos 2006'dan itibaren Roma Statüsü'ne taraftır. Bu durumda UCM, madde 126(2) uyarınca 1 Kasım 2006'dan itibaren Komorlar Birliği bakımından yargı yetkisine sahiptir. Dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisinin var olabilmesi için 12. maddede öngörülen şart, hukuken herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde gerçekleşmiştir.

Öte yandan Mahkemenin yer bakımından yargı yetkisinin Filo'daki gemilerin ele geçirilmesinin ardından gemilerde bulunan şahıslara yönelik herhangi bir eylem ve davranışı içermediği kabul edilmiştir.¹⁶ İlerleyen kısımda ifade edileceği üzere, yardım gönüllüleri uluslararası hukuka göre himâye altındaki şahıs kategorisinde yer almaktadır. Bu kişilerin saldırının ardından başka gemilere nakledilmeleriyle birlikte, Mahkemenin yargı yetkisinin kalktığı yönündeki bir kararın hukuken tartışmaya

¹³ Madde 126(2) uyarınca UCM, Statü'yü 11 Nisan 2002'de imzalayan Kamboçya için 1 Temmuz 2002, 15 Mayıs 2002'de imzalayan Yunanistan için de 1 Ağustos 2002 itibarıyla yargı yetkisine sahiptir.

¹⁴ Bu üç geminin de bayrak devletlerinin Statü'ye taraf olduklarını belirten Savcılık, Komorlar Birliği gibi Yunanistan ve Kamboçya tarafından da başvurulduğu takdirde Mahkemenin söz konusu gemilerde işlenen suçlar açısından da potansiyel olarak yargı yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Ancak kararda da belirtildiği üzere bu gemilerin durdurularak ele geçirilmeleri sırasında, Mavi Marmara'da yaşananlarla mukayese edilebilecek düzeyde bir olumsuzluk yaşanmamıştır.

¹⁵ Savcılık, ön incelemeye konu durumun 31 Mayıs 2010'da Mavi Marmara'nın da içinde yer aldığı gemilere yönelik müdahaleyle başladığını, 5 Haziran 2010 tarihinde Rachel Corrie isimli geminin benzer şekilde durdurularak ele geçirilmesiyle devam ettiğini belirtmektedir. Bkz. OTP Report, para. 15.

¹⁶ OTP Report, para. 143.

açık olduğunu özellikle belirtmek gerekir. Gemilerin ele geçirilmesinin ardından İsrail askerlerinin uyguladığı şiddetin dikkate alınmamasını haklı kılacak hukukî bir mesnetten bahsetmek mümkün değildir.¹⁷

II. Savcılığın Ön İnceleme Kapsamında Yetkisi ve Raporda Yararlanılan Bilgi Kaynakları

UCM mevzuatına göre, Savcılığın ön inceleme aşamasında soruşturma yapma yetkisi bulunmamaktadır. Savcılığın bu aşamadaki yetkisi; sahip olduğu bilgiler ve açık kaynaklarla sınırlı olup 54. maddede düzenlenen soruşturma yetkilerini kullanabilmesi ve delil toplaması söz konusu değildir. Bu yüzden ön inceleme sonunda verilen karar, bir soruşturmanın neticesi olmayıp mevcut bilgiler çerçevesinde hazırlanmaktadır.

Savcılık, bahse konu kural uyarınca yürüttüğü ön inceleme kapsamında bizzat bir araştırma yapmamış, kendisine sunulan bilgi ve belgeler ile açık ve güvenilir olduğu ifade edilen diğer kaynakları esas almıştır. Savcılık, Komorlar Birliği'nin başvuru dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin tetkiki kapsamında, bilhassa Mavi Marmara Saldırısı'nı soruşturmak üzere İsrail ve Türkiye tarafından kurulan komisyonlar ile Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Konseyince kurulan Uluslararası Veri Toplama Misyonu ve BM Genel Sekreteri Ban Ki Moon'un talimatıyla teşkil edilen Soruşturma Paneli tarafından hazırlanan raporları dikkate almıştır.¹⁸

Yeri gelmişken söz konusu raporlar arasında, varılan neticeler itibarıyla mühim farklılıklar olduğuna işaret etmek gerekir. İsrail ve Türkiye tarafından kurulan komisyonlar bir tarafa, özellikle BM bünyesinde oluşturulan Komisyonlarca hazırlanan raporlarda farklı hukukî neticelere ulaşılmıştır.¹⁹ Mesela "Uluslararası Veri

¹⁷ Oysa Komorlar Birliği tarafından yapılan başvuruda, Mavi Marmara'ya yönelik saldırı ile İsrail'e götürülen mürettebat ve yardım gönüllerinin bu süre zarfında mâruz kaldıkları şiddet kapsamında askerlerin savaş suçu ile insanlığa karşı suç işledikleri iddia edilmiştir. Bkz. Letter of Referral, para. 58-63.

¹⁸ Turkish National Commission of Inquiry, *Report on the Israeli Attack on the Humanitarian Aid Convoy to Gaza on 31 May 2010 (Ankara, 11 February 2011)*, <http://www.mfa.gov.tr/data/Turkish%20Report%20Final%20-%20UN%20Copy.pdf>; The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, *The Turkel Commission Report, Part I (23 January 2011)*, <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/8808report-eng.pdf>; *Part II, (February 2013)*, <http://www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20website.pdf>; UN Human Rights Council, *Report of the International Fact-Finding Mission to Investigate Violations of International Law, Including International Humanitarian and Human Rights Law, Resulting from the Israeli Attacks on the Flotilla of Ships Carrying Humanitarian Assistance, At HRC/15/21 (27 September 2010)*, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.21_en.pdf; UN, *Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident (July 2011)*, http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).

¹⁹ Aksar, BM bünyesinde teşkil edilen farklı komisyonlarca kaleme alınan raporların aynı konuda çok farklı neticelere ulaşmaları ve hukukî tespitlerde bulunmalarının BM'ye ve uluslararası huku-

Toplama Misyonu” tarafından hazırlanan raporda özetle;²⁰ Gazze Şeridi'nin işgal altında olduğu, ablukanın hukuka aykırı olduğu, Gazze'deki sivil halkı topluca cezalandıran ablukanın bu hâliyle sürdürülemez olduğu, İsrail'in hukuka aykırı ablukayı korumak amacıyla açık denizde gerçekleştirdiği müdâhalenin uluslararası hukuk kurallarını ihlâl ettiği ve BM Andlaşması'nın 51. maddesi kapsamında meşrû müdâfaa olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, güvenlik temelinde İsrail'in uyguladığı ablukanın ve İsrail askerlerinin yardım konvoyuna yönelik eylemlerinin gerek insan hakları hukuku gerekse insancıl hukuk açısından ihlâller içerdiği sonucuna ulaşılmıştır.²¹ Buna mukâbil, 2 Ağustos 2010'da BM Genel Sekreteri Ban Ki Moon'un talimatıyla oluşturulan “Soruşturma Paneli” tarafından hazırlanan raporda, tamamen aksi yönde tespitlere yer verilmiştir. İhtivâ ettiği bulgu ve ulaştığı sonuçlar itibarıyla İsrail tezlerinin benimsediği görülen Palmer Raporu'na göre, İsrail'in güvenlik gerekçesiyle deniz ablukası uygulaması, BM Andlaşması 51. maddesine göre meşrû müdâfaa niteliğinde olup uluslararası hukuka uygundur. Bu bağlamda İsrail askerlerinin gerçekleştirdiği eylemler, meşrû müdâfaa kapsamında mütâlaa edilmemelidir.²²

III. Silâhlı Çatışmanın Varlığı

Yukarıda kısaca değinildiği üzere Savcılık, Mavi Marmara'ya yönelik saldırıda İsrail askerlerinin savaş suçu işlediği sonucuna ulaşmıştır. Ancak savaş suçundan bahsedebilmek için, silâhlı çatışma ile suç teşkil ettiği iddia edilen fiiller arasında bir bağlantı olması şarttır.

Bilindiği üzere silâhlı çatışma, devletler arasında vukû bulan savaş ve savaş boyutuna ulaşmayan çatışmalarla, devlete karşı mücadele veren silâhlı grupların karıştığı veya bu grupların kendi aralarında gerçekleştirdikleri çatışmaları ifade etmektedir. Benzer bir tanım, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) tarafından *Tadic Davası*'nda yapılmıştır. Savcılık tarafından da atıf yapılan bu tanıma göre silâhlı çatışma, “devletler arasında silâhlı kuvvete başvurulması ya da hükümet kuvvet-

ka olan güveni zedelediği görülmektedir. Bu konuda bkz. Yusuf Aksar, *Birleşmiş Milletler Palmer (Mavi Marmara) Raporu ve Uluslararası Hukuk*, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt 9, Sayı 33, 2012, s. 23-40.

²⁰ Mavi Marmara Saldırısı'nın ardından saldırıyla ilgili insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ihlâllerinin tespiti amacıyla 2 Haziran 2010 tarihinde BM İnsan Hakları Konseyince kurulan “Uluslararası Veri Toplama Misyonu” tarafından hazırlanan rapor, bundan sonra kısaca heyete başkanlık eden Karl T. Hudson-Phillips'e izafeten *Hudson-Phillips Raporu* şeklinde kullanılacaktır.

²¹ Hudson-Phillips Raporu, para. 54, 60, 63-64, 261, 263-264.

²² Heyete başkanlık eden Geoffrey Palmer'a izafeten *Palmer Raporu* şeklinde isimlendirilen raporda, ablukanın Gazze Şeridi'ne silâh girişini önlemek için uygulamaya konulan bir hukukî güvenlik tedbiri olduğu ve uluslararası hukuk kurallarına uygunluk açısından sorun teşkil etmediği ifade edilmektedir. Bkz. Palmer Raporu, para. 164.

leriyle örgütlenmiş silâhlı gruplar veya bir devlet ülkesi üzerinde bu tür silâhlı gruplar arasında gerçekleşen uzun süreli silâhlı şiddet” anlamına gelmektedir.²³

Gerek ablukanın hukukî bir uygulama olup olmadığının gerekse 8. maddedeki ayırım dikkate alınarak savaş suçu kapsamında uluslararası olan veya olmayan silâhlı çatışmalarda işlenen suç fiillerinden hangilerinin işlendiğinin tespit edilebilmesi için, 31 Mayıs 2010 itibarıyla Hamas ile İsrail arasındaki silâhlı çatışmanın hukukî mâhiyetinin ortaya konulması mecburidir. Kararda, Mavi Marmara Saldırısı’nın İsrail’in Gazze Şeridi’ni işgâli ve uyguladığı abluka bağlamında gerçekleştirildiği belirtilerek söz konusu bağlantı kurulmuştur.²⁴ Savcılık, saldırının gerçekleştirildiği tarih itibarıyla İsrail ile Hamas arasındaki çatışmanın uluslararası silâhlı çatışma tanımına uymadığını belirtmekle birlikte, Gazze Şeridi’nin işgâl altında olduğunu dikkate alarak mevcut durumu uluslararası nitelikte bir silâhlı çatışmanın parçası olarak incelemiş ve değerlendirmelerini bu yönde yapmıştır.²⁵

A. Gazze Şeridi’nin İşgâl Altında Olup Olmadığı

İşgâl altındaki topraklarda vukû bulan tüm çatışmaların, uluslararası silâhlı çatışmalara ilişkin hukuk kurallarına tâbi olacağı düşünülebilir. Çatışan tarafların iki veya daha fazla devlet olması hâlinde, çatışmanın bağımsız devletler arasında gerçekleşmesi sebebiyle bu düşünce doğrudur.

Somut olay açısından bakıldığında, İsrail’in 1967’de Gazze Şeridi ve Batı Şeria’yı ele geçirerek Mısır ve Ürdün topraklarını işgâl ettiği, dolayısıyla Gazze Şeridi’nde Hamas ile İsrail arasında devam eden çatışmanın uluslararası bir silâhlı çatışma sayılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, işgâl altındaki topraklarda vukû bulan şiddet hareketleri, Filistin topraklarının işgâliyle neticelenen 1967 Altı Gün Savaşı kapsamında uluslararası bir silâhlı çatışma şeklinde değerlendirilemez. Uluslararası hukuka göre işgâl (*occupation*), istilâ (*invasion*) ile düşmanlıkların sonlandırılmasına yönelik andlaşmalar arasındaki döneme tekâbülden geçen bir durumu yansıtmaktadır.²⁶ İs-

²³ ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No: IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, para. 70. Mavi Marmara Saldırısı’na ilişkin olarak Savcılık da bu tanıma yer vermiştir. Bkz. OTP Report, para. 19.

²⁴ OTP Report, para. 128.

²⁵ Savcılığın tespitinin tartışmalı olduğunu ve aksi yönde de görüşlerin olduğunu belirtmek gerekir. Mesela Mavi Marmara Saldırısı’nı uluslararası ceza hukuku açısından değerlendiren Russel Buchan ile Mavi Marmara Saldırısı’yla bağlantılı olarak silâhlı çatışmalarda abluka uygulamasını ele alan Douglas Guilfoyle, 31 Mayıs 2010 itibarıyla Hamas ile İsrail’in uluslararası olmayan bir silâhlı çatışmanın tarafları oldukları görüşündedir. Bkz. Russel Buchan, *The Mavi Marmara Incident and the International Criminal Court*, Criminal Law Forum, Cilt 25, Sayı 3-4, 2014, s. 465-503; Douglas Guilfoyle, *The Mavi Marmara Incident and Blockade in Armed Conflict*, *British Yearbook of International Law*, Cilt 81, Sayı 1, 2010, s. 171-223.

²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Naletilic & Marchinovic*, Case No: IT-38-94-T, Judgment, Trial Chamber, 31 March 2003, para. 214.

rail'in 1979 ve 1994 yıllarında Mısır ve Ürdün'le barış andlaşması imzaladığı dikkate alındığında, söz konusu devletler arasında devam etmekte olan bir silâhlı çatışmadan bahsedilemez. Kaldı ki gerek Mısır gerek Ürdün, Filistin toprakları üzerinde egemenlik iddiasında bulunmadıkları gibi Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını da tanımaktadır. Bu durumda meydana gelen şiddet hareketlerinin geçmişten bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi lüzumu ortaya çıkmaktadır.

Milletlerarası Adalet Divanı, İsrail'in işgâl altındaki Filistin topraklarında inşâ ettiği duvara ilişkin 9 Temmuz 2004 tarihli istişârî mütâlaasında, IV Nolu Cenevre Sözleşmesi açısından Filistin topraklarının işgâl altında olduğu tespitinde bulunmuştur.²⁷ Kararın verildiği tarihte, İsrail henüz Gazze Şeridi'nden çekilmemiş ve yerleşimciler de tahliye edilmemiştir. Kısa bir süre sonra tek taraflı olarak Gazze Şeridi'ndeki askerî varlığını sona erdiren ve yerleşimcilerin de tahliyesini sağlayarak bölgeden çekilen İsrail, işgâlcî güç olduğunu kabul etmemektedir.²⁸ İşgâlin kabulü hâlinde uygulanması gereken insancıl hukukun kısıtlayıcı hükümleriyle karşılaşmak istemeyen İsrail, işgâlcî güç olduğu yönündeki iddiaları ısrarlı bir şekilde reddetmektedir. Ancak çekilme işlemine rağmen İsrail, Gazze Şeridi'nin kara sınırlarını korumaya ve izlemeye, hava sahasında münhasıran yetki kullanmaya ve Gazze Şeridi kıyılarında güvenlik amaçlı faaliyetlerde bulunmaya devam edeceğini ilan etmiş ve bölge üzerindeki denetimini devam ettirmiştir. Bu durumda çözüme kavuşturulması gereken husus, çekilme işlemiyle birlikte hukuken işgâlin sona erip ermediğidir.

İşgâlin devam edip etmediği hususunda esas alınacak olan kıstas, aynı zamanda örfî uluslararası hukuk değeri taşıyan 1907 tarihli IV Nolu Kara Harbindeki Kanun ve Âdetlere İlişkin Lahey Sözleşmesi'ne Ek Lahey Yönetmeliği'nin 42. maddesidir. Mezkûr düzenlemede, "*Düşman ordusunun fiilen yetkisi/otoritesi altına konulmuş bulunan bir toprak işgâl edilmiş gibi telâkki edilir. İşgâl ancak bir yetkinin/otoritenin tesis edildiği ve kullanıldığı ülkeye şâmil olur.*" hükmüne yer verilmiştir. Madde metninden hareketle, işgâlcî olduğu iddia edilen devletin söz konusu topraklar üzerinde açık bir şekilde yetki/otorite tesis etmesi ya da etkili kontrole (*effective control*) sahip olması hâlinde, işgâlin varlığı kabul edilecektir. Etkili kontrol, bir bölge üzerinde kontrole sahip olmak ve gerektiğinde bu kontrolü sağlamak için güç uygulamak şeklinde iki unsur içermektedir. Dolayısıyla, etkili kontrolden bahsedebilmek için süreklilik arz eden bir askerî varlığın bulunması şart değildir. Nitekim EYUCM, *Naletilic & Martinovic Davası*'nda işgâlcî devletin bölgede yeterli bir gücünün bulunması ya da ihtiyaç hissettiği bir durumda mâkul bir süre içinde birliklerini bölgeye göndererek

²⁷ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 90-101.

²⁸ Israel Ministry of Foreign Affairs, *The Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan*, 6 June 2004, <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Revised+Disengagement+Plan+6-June-2004.htm> (Erişim Tarihi 29 Aralık 2014).

otorite tesis etme kapasitesine sahip olması hâlinde işgâlin söz konusu olabileceğini kabul etmektedir.²⁹ Ayrıca işgâlcî gücün bölgenin fizikî, iktisadî ve sosyal durumu üzerindeki etkisi de, kontrolün var olup olmadığına dair dikkate alınması gereken diğer bir husustur. Mevcut durumda İsrail'in bölgede açık bir şekilde otorite tesis etmesi ve sürekli bir askerî varlık bulundurması söz konusu olmamakla beraber, İsrail'in bölgede etkili kontrole sahip olduğu açıktır. İsrail, Gazze Şeridi'nden çekilmiş olsa da hava sahasını ve karasularını kontrol altında tutmaya devam ederek hava ve deniz yoluyla gerçekleştirilen mal sevkiyatı ile insan giriş ve çıkışına izin vermemiş; sağlık, elektrik, su ve iletişim gibi altyapı hizmetlerinin sağlanmasında belirleyici güç olmaya devam etmiştir. Öte yandan İsrail'in bölgeden çekilmiş olması; gerçekleştirdiği saldırıların sıklığı, ölçek ve tahrip edici gücü bakımından herhangi bir değişikliğe yol açmamıştır. Tüm bu hususlar, İsrail'in fiilen işgâlcî güç olarak bölgedeki varlığını sürdürdüğünü ve bölgede hâkim güç konumunda bulunduğunu, Gazze Şeridi'nin işgâl altındaki toprak statüsünde olduğunu ortaya koymaktadır.

Savcılık da bölge üzerinde etkili kontrole sahip olduğu gerekçesiyle İsrail'in Gazze Şeridi'nde işgâlcî devlet statüsünde olduğunu kabul etmiştir.³⁰ Karardan da anlaşıldığı üzere, her ne kadar İsrail aksini iddia etse de işgâl durumu devam etmekte ve İsrail işgâlcî güç olarak görülmektedir.

B. Silâhlı Çatışmanın Hukukî Mâhiyeti

Silâhlı çatışmanın varlığı kabul edildiği takdirde, Gazze Şeridi'ni hedef alan ablukanın hukuken meşrû olup olmadığının belirlenmesi açısından çatışmanın hukukî mâhiyetinin açıklığa kavuşturulması elzemdir. Ablukanın uluslararası silâhlı çatışmalarda uygulanabilir bir harp yöntemi olduğu dikkate alındığında, meşrû bir ablukadan bahsedebilmek için bu tespitin belirleyici bir değere sahip olduğu görülür. O hâlde cevaplanması gereken husus, İsrail ile Hamas arasındaki çatışmanın uluslararası silâhlı çatışma sayılıp sayılmayacağıdır.

Kararda; işgâl statüsünün kabulüne bağlı olarak İsrail ve Hamas arasındaki çatışma, uluslararası silâhlı çatışma kapsamında değerlendirilmiştir. Gazze Şeridi'nin işgâl altında olduğu ve uluslararası silâhlı çatışmalar hukukunun işgâl altındaki topraklarda da geçerli olduğu kuralından hareket eden Savcılık, mevcut çatışmanın uluslararası nitelikte olduğu neticesine ulaşmıştır.³¹ Savcılık, İsrail'in 2005 yılında bölgeden çekildiği, bölgenin kontrolünü elinde bulundurmadığı ve işgâlcî konumunda olmadığı yönündeki iddialarına mukâbil işgâlin devam ettiği ve İsrail'in işgâlcî konumunda

²⁹ ICTY, *Prosecutor v. Naletilic & Marchinovic*, Case No: IT-38-94-T, Judgment, Trial Chamber, 31 March 2003, para. 217.

³⁰ OTP Report, para. 27.

³¹ OTP Report, para. 16, 21, 137.

olduğu yönünde karar vermiştir.³² Buna rağmen Savcılık, somut olay itibarıyla uluslararası olan veya olmayan silâhli çatışmalar açısından yapılacak bir incelemede esaslı bir benzerlik olduğunu belirterek bu aşamada çatışmanın hukukî açıdan sınırlandırılmasına yönelik kesin bir kanaat ortaya koymayı gereksiz bulmuştur. Savcılık, uluslararası silâhli çatışmalarda uygulanacak kuralların uluslararası olmayan silâhli çatışmalara nazaran daha geniş bir koruma sağladığını belirterek ön inceleme bakımından uluslararası silâhli çatışmalara ilişkin hükümleri uygulamayı tercih etmiştir.³³

İsrail'in Gazze Şeridi'ne yönelik saldırılarda bulunduğu, uyguladığı şiddetin yoğunluğu ve kullandığı silâhlar, meydana gelen can ve mal kaybının boyutları ile bölgede kalıcı ve başarılı bir barış ortamı tesis edilemediği dikkate alındığında, İsrail ve Hamas'ın uzun süredir devam eden bir silâhli çatışma içinde olduğu görülmektedir. Yaşanan çatışmalar, münferit şiddet eylemleri veya basit sınır çatışmaları şeklinde nitelendirilemez. Planlı bir şekilde gerçekleştirilen saldırılar, EYUCM'nin öngördüğü şekilde uzun süreli ve geniş kapsamlı olup İsrail'in de ifade ettiği üzere açıkça silâhli çatışma niteliğine sahiptir.³⁴ Dolayısıyla, Mavi Marmara Saldırısı'nın gerçekleştiği 30 Mayıs 2010 itibarıyla, tarafların silâhli bir çatışma içinde olduğu bir veri olarak kabul edilmelidir. Ancak Hamas ile İsrail arasındaki çatışmanın, iki veya daha fazla devlet arasında silâhli çatışma anlamına gelen klasik anlamda bir uluslararası silâhli çatışma olmadığı da bir gerçektir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi İsrail, mevcut konumu itibarıyla işgâlcî güç statüsünü devam ettirmektedir. İşgâl altındaki topraklarda da, işgâl statüsünün gerektirdiği hukukî kurallar bütünü uygulamaya koyulacaktır. Hâliyle işgâlcî güç olarak İsrail'in de uluslararası hukukun gerektirdiği muayyen yükümlülükleri bulunmaktadır. Sivillerin korumayı amaçlayan bu düzenlemelerle birlikte, işgâlin siviller üzerindeki menfi etkisini olabildiğince azaltmak ve hayatın normal bir şekilde devamını sağlamak istenmektedir. Ancak işgâl altındaki topraklarda 1949 tarihli IV Nolu Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanacak olması, Savcılığın kararında da görüldüğü üzere çatışmanın uluslararası nitelik kazandığı ve uygulanan ablukanın hukuken meşrû bir uygulama olduğu yönünde bir düşüncüyü de beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte işgâlin varlığı, mevcut silâhli çatışmayı kendiliğinden uluslararası bir silâhli çatışmaya dönüştürmemektedir.³⁵ Bir devletin devlet dışı aktörle devam eden çatışma kaynak-

³² OTP Report, para. 26-29. Kararda, Roma Statüsü'ne bağlı Suçların Unsurları başlıklı düzenlemenin de etkili olduğu söylenebilir. Söz konusu düzenlemede, silâhli çatışmaya dair herhangi bir tanıma yer verilmemiş olmakla beraber, madde 8(2)(a)(ii)-2'ye ilişkin 34 nolu dipnotta uluslararası silâhli çatışma kavramının askerî işgâlleri de içerdiği belirtilmektedir.

³³ OTP Report, para. 17.

³⁴ İşgâlcî güç şeklinde nitelendirilmeye karşı çıkan İsrail, Hamas ve Gazze Şeridi'ndeki diğer Filistinli örgütlerle uluslararası bir silâhli çatışma içinde olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Turkel Raporu, para. 44.

³⁵ Guilfoyle, s. 181; Buchan, s. 483; Ahmet Hamdi Topal, *İsrail'in Gazze Ablukası ve Mavi Marmara*

lı hak ve yükümlülükleri, uluslararası olmayan silâhlı çatışmalara yönelik kurallara tâbidir. İşgâlcı devlet olarak İsrail'in sivil halka yönelik yükümlülüklerinin; silâhlı çatışmanın niteliğine bakılmaksızın uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanması amacı doğrultusunda 1949 tarihli IV Nolu Cenevre Sözleşmesi'ne, çatışma hâlinde olduğu devlet dışı aktör konumundaki Hamas'la ilişkilerinin de uluslararası olmayan silâhlı çatışmalara dair kurallara tâbi olması birbirine zıt uygulamalar değildir. Aynı bölgede farklı yükümlülüklerden kaynaklanan ve birbirine paralel şekilde işleyen hukukî rejimler söz konusudur. Nitekim Milletlerarası Adalet Divanı, 1949 tarihli IV Nolu Cenevre Sözleşmesi'nin amaçları bakımından Filistin ile İsrail arasındaki silâhlı çatışmanın uluslararası nitelikte olduğuna karar vermiştir.³⁶ İnsancıl hukukun amacının, olabildiğince insanî koruma sağlamak olduğu dikkate alındığında, daha kapsamlı bir koruma sistemi öngören uluslararası silâhlı çatışmalara ilişkin hukuk kuralların tüm silâhlı çatışmalarda uygulanması tabii karşılanmalıdır. Netice olarak Gazze Şeridi'nin işgâl altında olduğu ve bu yüzden uluslararası silâhlı çatışmalar hukukuna tâbi olduğu, hâliyle de uluslararası silâhlı çatışmalarda uygulanabilir bir harp yöntemi olarak ablukanın Gazze'de uygulanabileceği görüşünün kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır.

IV. Kuruluşu İtibarıyla Ablukanın Hukukî Meşrûiyeti

Uluslararası hukuk, silâhlı çatışma kapsamında düşman tarafın uluslararası toplumla ilişkisini engellemeye yönelik tedbirlerin alınmasına izin vermektedir. Bu amaca yönelik bir uygulama olan abluka; tarafsız devletlerle bağlantısının kesilmesi amacıyla düşman devletin liman ve sahillerinin kuşatılmasını, tâbiyetlerine bakılmaksızın tüm gemi ve uçakların abluka hattına giriş ve çıkışlarının denetim altına alınmasını içeren bir harp metodudur. Ancak ablukanın meşrûiyetine ve uygulama esaslarına ilişkin herhangi bir uluslararası andlaşma bulunmadığını, ablukanın örfi uluslararası hukuk kapsamında düzenlendiğini öncelikle belirtmek gerekir. Bu kapsamda 1994 tarihli Denizdeki Silâhlı Çatışmalara Uygulanabilir Uluslararası Hukuka İlişkin San Remo El Kitabı (*The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflict at Sea* SRM), diğerlerine nazaran hem yakın tarihli bir düzenleme olması ve hem de muhtevâsı itibarıyla günümüz deniz harbine ilişkin örfi uluslararası hukuk kurallarını yansıtmaması bakımından temel bir değere sahiptir.

SRM, ablukanın sadece uluslararası silâhlı çatışmalarda uygulanabileceğini öngörmektedir. Aslında deniz alanlarındaki silâhlı çatışmaların düzenlendiği SRM'de silâhlı çatışmadan kastedilenin uluslararası silâhlı çatışmalar olduğuna dair herhan-

ra Saldırısı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 32, Sayı 1, 2012, s. 126.

³⁶ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 136.

gi bir ifadeyle karşılaşılmamaktadır. Bununla birlikte SRM'ye eşlik eden Açıklama metninde, söz konusu düzenlemenin sadece uluslararası silâhlı çatışmalar için tatbik edilebilir olduğu açıkça belirtilmiştir. Doktrinde de ablukanın uluslararası silâhlı çatışmalarda uygulanabilir bir harp yöntemi olduğu genel kabul görmektedir.³⁷

Hukuken meşrû bir abluka kurulduğu kabul edildiği takdirde, abluka yoluna başvuran devletin bu uygulamayı ihlâlâ yönelik teşebbüsleri önleme yetkisi doğmaktadır. Ablukanın etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için, ablukayı boşa çıkarmayı hedefleyen gemilere karşı ilgili devletin koruma hakkı söz konusudur.³⁸ SRM'ye göre ablukaya başvuran devlet, ablukayı ihlâl eden veya edeceği anlaşılan gemileri durdurabilir ve bunları zaptedebilir.³⁹ Ayrıca söz konusu gemilere yönelik ikazın ardından gemilerin kasten ve açıkça durmayı reddetmesi veya ziyaret, araştırma ya da el koymaya direnmesi hâlinde gemilere karşı kuvvet kullanımına başvurulabilir.⁴⁰ Geminin durdurulmasına veya zaptedilmesine açıkça karşı çıkılması hâlinde, gemi meşrû bir askerî hedef hâline gelmektedir.⁴¹ Bu durumda önleme amaçlı müdâhale, sadece gereklilik ve orantılılık şartları açısından değerlendirilecektir.⁴² Ancak abluka hukuka aykırı kabul edildiği takdirde, müdâhalenin bizâtihi kendisi hukuka aykırı olacaktır.

Görüldüğü üzere uluslararası silâhlı çatışmalar kapsamında denizden abluka uygulayan devlet, ablukayı ihlâl eden ya da ihlâlâ teşebbüs eden düşman ya da tarafsız tüm devletlerin gemilerine ve yüklerine el koyma ve bunları cezalandırma hakkına sahiptir. İsrail'in abluka uygulama hakkına sahip olduğu kabul edildiği takdirde, ablukayı ihlâlâ yönelik teşebbüsler karşısında bunlara engel olma hakkı doğmaktadır. İsrail de Gazze Yardım Filosu'na yönelik müdâhaleyi, ablukayı kırmayı amaçlayan bir gemi ya da gemilere karşı ilgili devletin müdâhalede bulunabileceğini öngören uluslararası hukuk kurallarına dayandırmaktadır.⁴³

Savcılık, ablukanın meşrûiyeti bakımından farklı görüşlerin bulunduğunu belirterek mevcut ön inceleminin amaçları bakımından bu konuda bir tespitte bulunulmasını gerekli görmemiştir. Savcılığa göre yapılacak tespit, sadece işlenen suç tiplerinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.⁴⁴ Çatışmanın uluslararası olması

³⁷ Topal, s. 115.

³⁸ SRM paragraf 67(a)'da, kaçak harp malzemesi taşıdığına veya ablukayı ihlâl ettiğine ilişkin mâkul gerekçelerin var olması ve durması yönünde ikaz edildiği hâlde ilgili geminin kasten ve açık bir şekilde durmayı reddetmesi veya ziyaret edilmeye, aramaya ya da el koymaya direnmesi hâlinde tarafsız ticarî gemilere saldırılabileceği ifade edilmiştir.

³⁹ SRM, para. 98, 146(f).

⁴⁰ SRM, para. 67(a) ve 98.

⁴¹ SRM, para. 40-41, 47-48, 52, 67(a).

⁴² SRM para. 39, 46.

⁴³ Topal, s. 145.

⁴⁴ Savcılık, ablukanın hukukî bir mesnede sahip olup olmadığı hususunun sadece Mavi Marma-

veya olmaması hâlinde söz konusu olabilecek savaş suçları açısından içerik itibarıyla büyük ölçüde bir benzerlik olacağına dikkat çeken Savcılık, ön inceleme aşamasında çatışmanın hukukî niteliği üzerinde kesin bir kanaat ifade etmenin gereksiz olduğu görüşündedir. Daha da önemlisi, uluslararası silâhlı çatışmalar için öngörülen hukukî korumanın daha geniş olduğunu belirterek çatışmanın hukukî niteliğine ilişkin herhangi bir şüphenin varlığı hâlinde, ön incelemenin mahdud amaçları kapsamında daha geniş koruma sağlayan uluslararası silâhlı çatışmalara has kuralların uygulanmasını yerinde bulmuştur.⁴⁵

Verilen karar, daha geniş bir koruma sağlayan uluslararası silâhlı çatışmalara özgü kuralların uygulanması açısından doğru görülebilir. Ancak açıklığa kavuşturulması gereken temel sorun, İsrail'in uyguladığı ablukanın uluslararası hukuk açısından meşrû bir uygulama olup olmadığıdır. Bu sorunun cevabı ise, daha önceden belirtildiği üzere çatışmanın uluslararası mâhiyette olup olmadığına bağlıdır. Soruya olumlu cevap verildiği takdirde, ablukayı ihlâlle yönelik eylemler karşısında ilgili devletin zor kullanma yetkisi doğacak, aksi takdirde hem abluka hem de ablukayı uygulamaya yönelik müdâhaleler hukukî temelden mahrum olacaktır.

Hukukî meşrûyetini tetkik etmeden ablukanın hukuka uygun veya aykırı olduğu ihtimallerini dikkate alarak hareket eden Savcılık makamının ihmal ettiği husus, SRM'ye göre ablukanın ancak uluslararası bir silâhlı çatışmada uygulanabilir bir harp yöntemi olduğudur. Hamas ile İsrail arasındaki silâhlı çatışma uluslararası mâhiyette kabul edilirse, ablukanın hukuken meşrû olduğu neticesi ortaya çıkacaktır. Hâlbuki yukarıda kaydedildiği gibi çatışmayı uluslararasılaşmış bir silâhlı çatışma saymak mümkün değildir. Bu durumda Savcılığın ablukanın hukuken meşrû bir uygulama olmadığını dikkate alarak bir değerlendirme yapması gerektiği söylenmelidir.

V. Yardım Gönüllülerinin Hukukî Statüsü ve Meşrû Müdâfaa Hakkı

İsrail'e göre Mavi Marmara'ya yönelik müdâhale sırasında, askerler gemide dirençle karşılaşmış ve askerlere sopalarla, demir çubuklarla saldırılmıştır. Gemidekiler askerlere saldırmak suretiyle hasmane davranışlara doğrudan iştirak etmiş olup meşrû birer hedef haline gelmiştir.⁴⁶

ra'nın ele geçirilmesi sırasında sivil nesnelere yönelik kasten saldırı savaş suçu bağlamında bir öneme sahip olduğu kanaatindedir.

⁴⁵ OTP Report, para. 35. Komorlar Birliği tarafından yapılan başvuruda, Hamas ile İsrail arasında Gazze Şeridi'nin işgâl altında olduğu gerçeğinden hareketle uluslararası mâhiyette bir silâhlı çatışma bulunduğu ifade edilmektedir. Başvuruda, Milletlerarası Adalet Divanının IV Nolu Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanması bağlamında Gazze Şeridi'nin işgâl altında olduğu gerekçesiyle uluslararası silâhlı çatışmalar hukuku kurallarının uygulanması gerektiği yönündeki kararına atıf yapılmıştır. Bkz. Letter of Referral, para. 52.

⁴⁶ Turkel Raporu, para 132.

Uluslararası Kızılhaç Örgütü, belirli bir hareketin hasmane davranışlara doğrudan iştirak kapsamında değerlendirilebilmesi için illiyet bağının da içinde yer aldığı şu üç şartın birlikte gerçekleşmesini aramaktadır: Fiil veya hareket, çatışma tarafının askerî operasyonlarını veya kapasitesini menfi yönde etkilemeli ya da korunan kişi veya nesnelere üzerinde ölüm, yaralanma ya da imhâya neden olmalı; hareketle veya hareketin bir parçası olduğu askerî operasyon karşı taraf üzerinde bir zarara sebebiyet vermeli; hareket, özel olarak çatışmanın bir tarafına destek olabilmek ve karşı tarafa zarar vermek için planlanmalıdır.⁴⁷

Filo, Uluslararası Kızılhaç Örgütü tarafından sıralanan şartları taşımadığı gibi gemilerde askerî mühimmat bulunmamaktadır. Gemiyi korumayı ve Filo'nun taşımış olduğu yükü Gazze Şeridi'ne götürmeyi amaçlayan yardım gönüllüleri, kendilerini müdâfaa edebilmek ve geminin İsrail askerlerince ele geçirilmesini önleyebilmek adına harekete geçmişlerdir. Palmer Raporu'nda da gemidekilerin paniğe kapıldıkları ve askerlerin gemiye girmelerine mâni olabilmek için meşrû müdâfaa kapsamında davrandıkları belirtilmektedir.⁴⁸ Bu durumda yardım gönüllülerinin askerlere saldırmak suretiyle hasmane davranışlara doğrudan iştirak ettikleri ve meşrû birer hedef hâline geldikleri söylenemez. Benzer şekilde Savcılık, İsrail askerlerine karşı kuvvet kullanan yolcular dâhil Mavi Marmara ve diğer gemilerdeki tüm yolcuların uluslararası hukuka göre himâye altındaki şahıs kategorisinde olduklarını belirtmektedir. İsrail askerlerinin de bu gerçeğin farkında olduklarını ifade eden Savcılığa göre, gemidekilerin askerlerinin gemiyi ele geçirmeleri karşısında göstermiş oldukları mukâvemet hasmane hareketlere doğrudan iştirak şeklinde yorumlanamaz.⁴⁹

Karar çerçevesinde ele alınması gereken bağlantılı diğer bir husus, askerlerin gemide saldırıya uğradıkları, bunun neticesi olarak da meşrû müdâfaa kapsamında ölüm ve yaralamaların gerçekleştiği iddiasıdır. Bilindiği üzere Statü'nün madde 31(c) hükmü, meşrû müdâfaa amaçlı kuvvet kullanımında bulunulması hâlinde cezaî sorumluluğun ortadan kalkacağını öngörmektedir.⁵⁰ Savcılık, sorumluluğu doğduğu iddia edilen kişilerin cezaî sorumluluğunu ortadan kaldıran meşrû müdâfaa istisnasının ön inceleme aşamasında değil, soruşturma ve dava aşamalarında incelenmesi gerektiği kanaatindedir.⁵¹ Bununla birlikte otopsi raporlarını inceleyen Savcılık, asker-

⁴⁷ Ahmet Hamdi Topal, *Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askerî Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 4, 2011, s. 1010.

⁴⁸ Palmer Raporu, para. 32.

⁴⁹ OTP Report, para. 53.

⁵⁰ Madde 31(c)'de, kişinin kendisine veya bir başkasına ya da koruma altındaki eşyaya yönelik tehlike ile orantılı bir şekilde, yakın ve hukuka aykırı bir kuvvet kullanımı karşısında kendisini veya bir başkasını ya da savaş suçlarında hayatı önemi hâiz eşya yahut askerî bir görevin ifasında önem arz eden bir eşyayı müdâfaa amacıyla mâkul bir harekette bulunması hâlinde kişinin cezaî sorumluluğunun bulunmadığı hükme bağlanmıştır.

⁵¹ OTP Report, para. 57.

lerin orantısız güç kullandığına işaret ederek öldürülenlerden beşinin baş ve boyun bölgesine çok yakın mesafeden ateş edildiğini söylemektedir.⁵² Yine öldürülenlerden ikisinin fotoğraf ve kamera ile görüntü çekerken, bir diğersinin de yaralı hâlde yerde yatarken öldürücü kurşunlara hedef olduklarına dikkat çekmektedir.⁵³

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, İsrail'in iddia ettiği gibi askerlerin meşrû müdâfaa hakkından bahsedilemeyeceği açıktır. Olayda içinde sivillerin bulunduğu, insanî yardım taşıyan bir geminin saldırıya uğraması, sivillerin öldürülmesi ve yaralanması söz konusudur. Kaldı ki İsrail, silâhsız sivillerin bulunduğu Mavi Marmara'ya kan dökülmesine mahal bırakmayacak şekilde müdâhale etme imkânı varken, can kaybını kaçınılmaz kılacak bir müdâhalede bulunmuştur. Son derece eğitimli bir orduya sahip İsrail açısından, gerek yolcular gerekse askerler arasında ölüm ve yaralanma olmaksızın yolcu grubunun etkisiz hâle getirilmesi ve geminin kontrolünün ele geçirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir.⁵⁴

VI. Gazze Yardım Filosu'nun İnsanî Yardım Misyonu Sayılıp Sayılmayacağı

Kararda, madde 8(2)(b)(iii)'de düzenlenen insanî yardım misyonunda yer alan kişi veya nesnelere yönelik kasten saldırı suçu kapsamında insanî yardım kavramı da ele alınmış ve Filo'nun insanî yardım misyonu olarak görülemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.⁵⁵

Savcılık, nelerin insanî yardım misyonu teşkil ettiğine dair genel kabul görmüş bir tanım bulunmadığını belirtmekle birlikte, 1949 tarihli IV Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 55 ile I Nolu Ek Protokol madde 69'u dikkate alarak bu kavramı vuzuha kavuşturmaya çalışmıştır. Buna göre insanî yardım; gıda maddeleri, tıbbî malzeme, her türlü giysi, yatak, barınak ve sivil nüfusun hayatını idâme ettirebilmesi için lüzumlu sâir bilcümle eşyanın temini anlamına gelmektedir.⁵⁶ Ayrıca insanî yardım misyonlarının tarafsız olmak, ayırım gözetmek, tarafların rızasını almak ve çatışmanın taraflarına veya diğer gruplara bir avantaj sağlamamakla yükümlü oldukları belirtilmektedir.⁵⁷

⁵² OTP Report, para. 58.

⁵³ OTP Report, para. 59.

⁵⁴ Palmer Raporu'nda; abluka bölgesinden uzak bir bölgede seyreden gemiye yönelik müdâhaleden evvel nihai uyarının yapılmadığı, gemidekilerin direniş göstereceği dikkate alınarak kayıpları en aza indirmeye yönelik bir değerlendirmede bulunulmadığı, şiddet içermeyen seçeneklerin kullanılmadığı, müdâhalenin orantısız ve aşırı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Palmer Raporu, para. 117.

⁵⁵ Madde 8(2)(b)(iii)'de; "Uluslararası silâhlı çatışmalar hukuku uyarınca, sivillere ya da sivil nesnelere tanınan korumaya hak kazanmış olmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Andlaşması'na uygun bir şekilde insanî yardım veya barış gücü operasyonuna katılan personele, tesislere, malzemeye, birimlere veya araçlara karşı kasten saldırı düzenlenmesi" bir savaş suçu olarak kabul edilmiştir.

⁵⁶ OTP Report, para. 111.

⁵⁷ OTP Report, para. 112.

Katılımcılar arasında yer alan siyasetçilere, basın mensuplarına, sanatçılara, yazarlara, sivil toplum kuruluş temsilcilerine, kadın ve çocuklara dikkat çeken Savcılık, söz konusu şahısların bu tür misyonlarda görev almak için bir ön şart kabul edilen insanî yardım çalışmalarında tecrübe sahibi olmadıklarına işaret etmektedir.⁵⁸ Ayrıca Filo'da 15.000 ton civarında insanî yardım malzemesi bulunduğu, ancak bu malzemelerin sadece üç gemide taşındığını, bir yolcu gemisi olan Mavi Marmara'da mahdut miktarda gıda maddesi ile yolcuların şahsî eşyaları arasında yer alan oyuncaklardan başka herhangi bir insanî yardım malzemesi bulunmadığını da belirtmektedir.⁵⁹

Savcılık sıralamış olduğu bu tespitlerin ardından Filo'nun insanî yardımla sınırlı amaçlarla bağdaşmayan siyasî hedefler güttüğü, tarafsız olmadığı, İsrail'in rızasını almadığı ve İsrail makamlarının yardım malzemelerinin alternatif yollarla bölgeye ulaştırılması yönündeki tekliflerini reddettiğine dayanarak madde 8(2)(b)(iii) kapsamında insanî yardım misyonu olarak görülemeyeceği yönünde karar vermiştir.⁶⁰

Savcılığın kararına mukâbil, insanî yardım amaçlı hareketlerin aynı zamanda bir kamuoyu oluşturma faaliyeti olduğu unutulmamalıdır. Nitekim insan haklarının tanınması, korunması, geliştirilmesi ve bu haklara riâyetin sağlanmasına yönelik mücadele çerçevesinde, kendi konumunu güçlendirici veya yaşanan mağduriyete yönelik ilgiyi artırıcı yöntemlere başvurulmasını insan haklarının belkemiği şeklinde nitelendiren Tarhanlı, insanî yardım amaçlı bu hareketi bir insan hakları aktivizmi şeklinde nitelendirmektedir. Tarhanlı; BM Genel Kurulunca kabul edilen ve kısaca 1998 tarihli İnsan Hakları Savunucularına Dair Bildiri olarak tanınan düzenlemeden hareketle, söz konusu aktivizmin hareket alanının bu kişilerin yaşadığı veya vatandaş olduğu devletin ülkesiyle sınırlı tutulamayacağına işaret etmektedir. Bildiride yer alan, "*Herkesin, ferden veya başkalarıyla birlikte, insan hakları ve temel özgürlüklerin ulusal ve uluslararası düzeyde korunması ve gerçekleşmesini geliştirme ve bunun için çaba göstermeye hakkı vardır*" şeklindeki ilk maddesine dikkat çeken Tarhanlı, söz konusu aktivizmin günümüz insan hakları hukukunun temel karakteristikleri arasında yer aldığını ifade etmektedir.⁶¹

Diğer taraftan Savcılık ısrarlı bir şekilde, Filo'nun İsrail'den izin almadığını ve İsrail'in Gazze'ye ulaştırılmak üzere istenen yardım malzemelerinin alternatif yollarla bölgeye ulaştırılmasını öngören teklifleri reddederek işbirliği yapmadığını ileri

⁵⁸ OTP Report, para. 115.

⁵⁹ OTP Report, para. 116.

⁶⁰ OTP Report, para. 125. Savcılık, bu ifadelerden hareketle Filo'nun amacı olarak Gazze'ye yardım etmek, ablukayı kırmak ve uluslararası toplumun dikkatini hapishaneye benzer şartlarda yaşayan Filistinlilerin durumuna çekmek, devam eden İsrail işgâline yönelik uluslararası desteğin sonlandırılması için kamuoyu oluşturmak şeklinde ortaya koymuştur. Bkz. OTP Report, para. 146.

⁶¹ Turgut Tarhanlı, *İnsan Hakları Aktivizmi Işığında Mavi Marmara Vakası*, Güncel Hukuk, Temmuz 2010, s. 38-39.

sürmektedir.⁶² Hâlbuki yardım malzemelerinin Gazzelilere ulaştırılabilmesi için işbirliği yapılması istenen İsrail, ablukayla birlikte sivil halkı topluca cezalandırmayı amaçlamaktadır. Her ne kadar İsrail ablukanın sebebi olarak güvenlik endişesini ileri sürse de asıl amacın bu olmadığı bizzat İsraili yetkililerin açıklamalarından anlaşılmalıdır. Mavi Marmara Saldırısı'nın gerçekleştirildiği dönemde İsrail Dışişleri Bakanlığı görevini yürütmekte olan Tzipi Livni, Turkel Komisyonuna verdiği ifadede, ablukanın bir taraftan Hamas'ı zayıflatarak meşruiyetini ortadan kaldırmayı amaçladığını, diğer taraftan da Batı Şeria'daki Filistin yönetimini güçlendirmeyi hedefleyen kapsamlı bir stratejinin parçası olarak yürürlüğe konulduğunu açıkça söylemiştir.⁶³ Keza Turkel Raporu'nda da yer verilen İsrail'e ait 3 Ağustos 2010 tarihli resmî bir belgedeki bilgiler, ablukayla amaçlanan siyasî ve askerî hedefleri göstermesi bakımından önem arz etmektedir.⁶⁴ Belgede, ablukanın askerî yönden Hamas'ın güç kazanmasını önlemenin yanı sıra Hamas'ı yalnızlaştırarak tasfiyesini kolaylaştırmayı amaçladığı belirtilmiştir. Ayrıca denizden Gazze Şeridi'ne girişlere izin vermenin Filistin'deki iç siyasî dengeler açısından da Hamas'ın güç kazanması anlamına geleceği, askerî sebeplerin yanı sıra Hamas'ın siyasî yönden güç kazanmasına mâni olabilmek için abluka kurulduğu ifade edilmektedir. Ablukanın arkasında yatan temel sebeplerden birinin Gazze halkını Hamas'ı seçtikleri için cezalandırmak olduğu belirtilen Hudson-Phillips Raporu'nda da, Gazze'ye yönelik kısıtlamalar birlikte ele alındığında, İsrail'in eylem ve politikalarının uluslararası hukukta "toplu cezalandırma" olarak tanımlanan eylemle eş değer olduğu hususunda herhangi bir şüpheye yer kalmadığı ifade edilmektedir.⁶⁵ Keza Uluslararası Kızılhaç Örgütü, Gazze Şeridi'ne yönelik abluka ve benzeri uygulamaları, sivil halkı topluca cezalandırmaya yönelik uygulamalar şeklinde nitelendirmiş, Gazze'deki sivil halkın tamamının sorumlulukları bulunmayan fiillerden dolayı cezalandırıldığını ve sivil halkı toplu cezalandırma yoluna giden İsrail'in insancıl hukuk çerçevesindeki yükümlülüklerini ihlâl ettiğini belirtmiştir.⁶⁶ Tüm bu gerçekleri görmezden gelen Savcılık, Filo organizatörlerinin İsrail ile işbirliği yapmaları gerektiğini ifade ederek Filo'nun insanî yardım kimliğini anlaşılamaz bir şekilde tartışmaya açmaktadır.

VII. İşlendiği Düşünülen Suçlar

Komorlar Birliği tarafından yapılan başvuruda, Mavi Marmara Saldırısı'nda sa-
vaş suçu ile insanlığa karşı suç işlendiği ileri sürülmüştür.⁶⁷ Savcılık, taraflar arasında

⁶² OTP Report, para. 119.

⁶³ Turkel Raporu, para. 50.

⁶⁴ Turkel Raporu, para. 50.

⁶⁵ Hudson-Phillips Raporu, para. 54, 60.

⁶⁶ ICRC, *Gaza Closure: Not Another Year!*, 14 June 2010, <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/palestine-update-140610> (Erişim Tarihi 12 Kasım 2011).

⁶⁷ Letter of Referral, para. 4.

işgâl kaynaklı bir uluslararası silâhlı çatışma bulunduğu tespitinden hareketle madde 8(2)(a)(i) ve (iii) ile madde 8(2)(b)(xxi)'de düzenlenen savaş suçlarının işlendiğini gösteren mâkul bir temel bulunduğu neticesine ulaşmıştır.⁶⁸ Eğer abluka hukuka aykırı ise -kararda bu hususta kesin bir değerlendirme yapılmaktan kaçınılmıştır- ayrıca madde 8(2)(b)(ii) bağlamında sivil nesnelere kasten saldırı suçunun da işlendiğinin söylenebileceği ifade edilmiştir.⁶⁹

Savcılık, insanlığa karşı suç işlendiği yönündeki iddiaları ise kabul edilebilir bulunmamıştır. İnsanlığa karşı işlenen suçlardan bahsedebilmek için aranan sivil bir nüfusa karşı yaygın veya sistematik saldırı şartının somut durumda söz konusu olmadığını belirten Savcılık, Statü'nün 7. maddesi kapsamında insanlığa karşı suç işlendiğini gösterir bir mâkul temelin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁷⁰ Savcılık, İsrail askerlerinin saldırı sırasındaki davranışlarının yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak gerçekleştirildiğini ya da bizâtihi saldırının kendisinin sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırı teşkil ettiğini gösterir bir durumun bulunmadığı kanaatindedir.⁷¹

Kararın bu yönüyle de tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Yukarıda da açıklandığı üzere gemidekilerin sivil statüsünde oldukları hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ayrıca Gazze Şeridi'ne yönelik ablukanın kırılmasını önlemek için gerçekleştirilen saldırı, Gazze Şeridi'ni hedef alan saldırıların parçası olup planlı ve bilinçli bir askerî müdâhale niteliğindedir. Bu durumda abluka ile Mavi Marmara Saldırısı'nın birbirinden bağımsız olmadığı dikkate alınarak yaygın veya sistematik saldırı şartlarının birlikte ele alınabileceği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, İsrail ile Hamas arasındaki silâhlı çatışma kapsamında Gazze Şeridi'ne yönelik İsrail saldırılarını dikkate alarak bir değerlendirme yapılmalıydı. Nitekim Savcılık, savaş suçunun söz konusu olabilmesi için aranan silâhlı çatışma bağlantısını Mavi Marmara Saldırısı'nın Gazze Şeridi'nin işgâli ve deniz ablukası bağlamında gerçekleştirildiğini belirterek kurmuştur.⁷² Söz konusu bağlantının, aynı kararda insanlığa karşı suçlar

⁶⁸ Kasten adam öldürme; kasten büyük ıstıraba ya da insan bedeni veya sağlığı üzerinde ciddi yaralanmaya bilerek neden olma; kişi haysiyeti üzerinde, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü davranışlarda bulunma. Roma Statüsü'nde savaş suçları uluslararası olan ve olmayan silâhlı çatışmalarda işlenen savaş suçları şeklinde iki kategori hâlinde düzenlenmiştir. Söz konusu sınıflandırma kapsamında, uluslararası silâhlı çatışmalarda işlenmesi muhtemel otuz dört farklı savaş suçu söz konusudur. Bu rakam, uluslararası olmayan silâhlı çatışmalarda on altı olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁶⁹ OTP Report, para. 132, 149.

⁷⁰ Roma Statüsü'nde madde 7(1) hükmünde suçun temel unsurları, "*herhangi bir sivil topluluğa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası ve saldırının bilincinde olarak işlenmesi*" şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur.

⁷¹ OTP Report, para. 129, 130-131. Buna mukâbil Buchan, yardım konvoyunu hedef alan saldırının hem organize hem sistematik bir saldırı olduğunu belirterek insanlığa karşı suç işlendiği iddiasındadır. Bkz. Buchan, s. 487-491.

⁷² OTP Report, para. 128.

açısından yok sayılması tutarlı değildir. Savcılık bu değerlendirmeyi yapmayarak kendi içinde bir çelişkiye düşmüştür.

VIII. Kabul Edilebilirlik

Savcılık, Roma Statü'sünün 53. maddesi uyarınca UCM'nin yer, zaman ve konu bakımından yetkili olduğunu kabul etmekle birlikte soruşturma açılmaması yönünde bir karar vermiştir.⁷³ Kararda, İsrail'in işlediği tespit edilen suçların saldırıyla ilgili olarak açılacak muhtemel bir dava veya davalarda Mahkemenin daha ileri bir işlem yapmasını gerektirecek yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.⁷⁴ Öldürülen mağdur sayısının azlığı, işlenen suçların Filo'daki yedi gemiden sadece birinde işlendiği, Filo'nun durdurulmasının Gazze Şeridi'ne giden yardımlarda hatırı sayılır bir etkisi olmadığı gibi gerekçelerin kararda etkili olduğu görülmektedir. Ağırlık şartı karşılanmadığı için de tamamlayıcılık ilkesi üzerinde durulmamıştır.⁷⁵

Bilindiği üzere UCM'nin yargı yetkisi, Statü'de 5. maddede düzenlenmiş ve uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren suçlarla sınırlı tutulmuştur. Madde 17(1)(d)'de de, Mahkemece daha ileri bir işlem yapılmasını gerekli kılacak yeterli ağırlığa sahip olmayan durum ve olayların kabul edilebilirlik açısından reddedileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun işlendiği yönünde bir kanaat oluşsa da Savcılık daha ileri bir işlem yapılmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı gerekçesiyle soruşturma açılmaması yönünde karar verebilmektedir. Ancak ne Statü'de ne de ilgili diğer mevzuatta ağırlık kistası tanımlanmadığı gibi, bu konuda doktrinde de bir mutabakat bulunmamaktadır.⁷⁶

⁷³ OTP Report, para. 137-148.

⁷⁴ Bunu yaparken de değerlendirmesini üç gemiyle sınırlı tutan Savcılık, gemilerin ele geçirilmesi sürecinde yaşananları esas almış, yolcuların gemilerden çıkarılmasının ardından yaşanan hiçbir olayı dikkate almamıştır. Bkz. OTP Report, para. 143.

⁷⁵ Savcılık, İngiliz askerlerince Irak'ta uluslararası suç işlendiği yönündeki iddiaları ele aldığı ön incelemede de benzer bir karar vermiştir. 2003'te Irak'ın işgali sürecinde İngiliz askerlerince işlendiği iddia edilen suçları inceleyen Savcılık, mevcut bilgilerden hareketle tahminen dört ile on iki arasında kişinin kasten öldürüldüğü ve sınırlı sayıda kişinin gayrinsani muameleye mâruz kaldığını, ancak toplamda yirmiden az olan mağdur sayısı dikkate alındığında soruşturma açmak için aranan ağırlık kistasının gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. OTP, *Letter Concerning the Situation in Iraq*, 9 February 2006, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁷⁶ Kaveri Vaid, *Discretion Operationalized Through Law: Proprio Motu Decision-Making at the International Criminal Court*, Florida Journal of International Law, Cilt 25, Sayı 3, 2013, s. 389. Savcılığın ağırlık kistasına ilişkin vermiş olduğu kararların da farklılıklar içerdiği, mevcut karışıklığı gidermenin ötesinde daha da derinleştirdiği söylenebilir. Mesela Savcılığın Irak'taki durumla ilgili olarak 2006'da verdiği kararda ağırlık kistası tamamen nicelik üzerinden yorumlanmıştır. Buna mukâbil Kenya ve Fildişi Sahilleri ile ilgili olarak, hem nicelik hem de nitelik açısından bir değerlendirme yapılmıştır. Dahası Irak'taki durum, o dönem itibarıyla Mahkeme önünde bulunan diğer durumlarla mukayese edilerek diğerlerine nazaran daha az bir ağırlık taşıdığı ifade edilmiştir.

Öte yandan 2009 tarihli Savcılığa ilişkin Yönetmelik'te ağırlık kıstasına ilişkin bir hükme yer verilmiştir.⁷⁷ Madde 29(2)'de; işlendiği iddia edilen suçların ağırlığına dair yapılacak değerlendirmenin söz konusu suçların ölçeği, doğası, işlenme tarzı ve etkileri gibi değişik faktörleri içereceği belirtilerek tüketici olmayan bir listeye yer verilmiştir. Ayrıca Savcılık 2013'te yayımladığı bir düzenlemeyle birlikte söz konusu faktörleri ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır.⁷⁸ Buna göre suçların ölçeği; diğerlerinin yanı sıra doğrudan veya dolaylı olarak mağdur olanların sayısı, mağdurlar ve mağdurların aileleri üzerindeki etkileri başta olmak üzere suçun neden olduğu zararın boyutları, suçun yer veya zaman itibarıyla kısa bir süre zarfında yoğun bir şekilde işlenmesi veya uzun bir süre zarfında düşük yoğunlukta işlenmesi gibi hususlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir.⁷⁹ Suçların niteliği; kasten adam öldürme, ırza tecavüz ve diğer cinsel suçlar ve insanlığa karşı zulmetme suçu gibi her bir suçun spesifik unsurlarını ifade etmektedir.⁸⁰ Suçların işlenme tarzı ile kastedilen; suçun işlenmesinde başvuru yolları, saldırganın suça iştirak derecesi ve kastı, suçun sistematik boyutları veya bir plan ya da organize politika kapsamında işlenip işlenmediği, sahip olunan yetkinin veya resmî statünün sınırlı edilip edilmediği, mağdurların yaşadığı çaresizlik, ayırım gözetmeye yönelik her tür sâik, hedef grubu yok etmeyi amaçlayan cinsel şiddet dâhil suçu acımasız kılan unsurların dikkate alınmasıdır.⁸¹ Suçların etkisi ise; mağdurların çektiği acı ve ıstırap, yaşadıkları çaresizlik, suç teşkil eden fiillerin neden olduğu korku ve vahşet ya da etkilenen topluluklar üzerindeki sosyal, iktisadî ve çevre yönünden verdiği zararları içermektedir.⁸²

Kararda ise, ölenlerin ve yaralananların sayısı esas alınarak bir değerlendirmede bulunulmuştur. Ancak burada sırf sayıyı dikkate alarak bir karar verilmesinin ne kadar doğru olduğu sorusu karşımıza çıkmaktadır. Şüphesiz ağırlık eşliğinin değerlendirmesinde mağdur sayısının çokluğu belirleyici unsurlardan biridir. Ancak mağdur sayısının yanı sıra yukarıda zikredilen suç teşkil eden fiillerin ölçeği, işlenme tarzı, suçun mağdurlar üzerindeki etkisi ve hedef grubun yaşadığı çaresizlik de dikkate

Kenya ve Fildişi Sahilleri ile ilgili değerlendirmelerde ise, her biri ayrı bir şekilde değerlendirilmiş ve Mahkeme önündeki diğer durumlara yönelik herhangi bir atıf veya değerlendirmede bulunulmamıştır. Bkz. Vaid, s. 365, dn. 20.

⁷⁷ ICC, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, ICC-BD/05-01-09, 23 April 2009, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BCBE1E695/280253/ICCB-D050109ENG.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁷⁸ Ön inceleme aşamasında uyulması gereken ilke ve usulleri açıklayan söz konusu düzenleme için bkz. OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%20%202013.pdf (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁷⁹ Policy Paper on Preliminary Examinations, para. 62.

⁸⁰ Policy Paper on Preliminary Examinations, para. 63.

⁸¹ Policy Paper on Preliminary Examinations, para. 64.

⁸² Policy Paper on Preliminary Examinations, para. 65.

alınmalıdır. Dolayısıyla mağdur kişilerin sayısının çokluğu tek başına suçun ağırlığını belirleyen bir kıstas olarak değerlendirilmemeli, suçu ağırlaştırıcı bir unsur olarak görülmelidir.⁸³ Kaldı ki ağırlık kıstası, olaya has bir değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır. Kimi zaman mağdur sayısının çokluğu öne çıkarken kimi zaman da uluslararası hukukun emredici nitelikteki kurallarının devlet tarafından ihlâli ya da işlenen suçların devletin iktisadî yapısı ve gelişimi üzerindeki uzun süreli yıkıcı etkisi öne çıkabilir. Keza suç teşkil eden fiillere bizzat muhatap olanların yanı sıra dolaylı mağdur olanların mâruz kaldığı olumsuzluklar da dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla ağırlık ölçütünün farklı bağlamlara özgü bir şekilde yorumlanması mâkuldür.⁸⁴

2013 tarihli söz konusu düzenlemede sıralanan unsurlar itibarıyla Mavi Marmara Saldırısı dikkate alındığında, saldırının bir devlet tarafından gerçekleştirilmiş planlı ve organize bir saldırı olduğu görülmektedir. İsrail, açık denizde seyrüsefer serbestisini kullanmakta olan Mavi Marmara'ya saldırarak bayrak devleti olan Komorlar Birliği'nin egemenliğini hedef almıştır.⁸⁵ Böylece İsrail, uluslararası hukukun temel kurallarından biri olan kuvvet kullanma yasağını ihlâl ederek uluslararası barış ve güvenliğe zarar vermiştir.

Ağırlık kıstasının değerlendirilmesinde saldırının yerel halk üzerindeki etkilerinin de dikkate alınması gerekir. Mavi Marmara Saldırısı'nda işlenen suçların mağdur ve mağdur yakınları ile diğer yolcular üzerinde fizikî ve psikolojik yönden olumsuz sonuçlar doğurduğu bilinmektedir. Ayrıca insanî yardımları engelleyerek Gazze Şeridi'nde yaşayan Filistinlileri tamamen kuşatma siyasetinin bir parçası olan saldırıyla birlikte, insanî yardım kuruluşlarının Gazze Şeridi'ne yönelik faaliyetleri de sekteye uğramıştır. Abluka uygulamasına devam eden İsrail, Gazze Şeridi'ne yönelik ayırım gözetmeyen saldırılarını sürdürdüğü gibi insanî yardımlara da engel olmuştur. Gazze'de yaşanan insanî krizi kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlayan yardım konvoyunu hedef alan saldırı bu durumu engellemiş ve Gazze'de yaşanan insanî kriz şiddetini artırarak devam etmiştir. Fakat Savcılık, Gazze Şeridi'ndeki sivillerle ilgili durumun mevcut değerlendirmenin dışında olduğunu, suçun ağırlığı açısından yapmış olduğu değerlendirmenin sınırlı bir değerlendirme olduğunu belirtmektedir.⁸⁶

Öte yandan saldırıyla birlikte Türkiye ve İsrail arasındaki ilişkiler bozulmuş ve hâlen devam eden bir kriz baş göstermiştir.⁸⁷ Bu bağlamda saldırıya yönelik ulusla-

⁸³ Buchan, s. 496.

⁸⁴ Vaid, s. 364.

⁸⁵ Açık denizlerde, bayrak farkı gözetilmeksizin tüm gemiler seyir serbestisi hakkına sahiptir. Açık denizlerin serbestliği şeklinde isimlendirilen bu ilke uyarınca, açık denizlerdeki gemiler üzerinde, kural olarak bayrak devleti münhasıran yetkilidir. Bayrak devleti dışındaki devletlerin söz konusu gemiye yönelik müdahalesi, ilgili devletin egemenliğinin ihlâl anlamına gelmektedir.

⁸⁶ OTP Report, para. 147.

⁸⁷ Palmer Raporu'nda dahi, İsrail ve Türkiye arasındaki ilişkilerin bir an önce düzeltilmesinin Or-

rarası tepkiler de dikkat çekicidir. Saldırının ardından toplanan Güvenlik Konseyi bir başkanlık açıklaması yayımlayarak can kaybına yol açan müdâhaleyi kınamış ve olayın güvenilir, bağımsız ve şeffaf bir şekilde soruşturulması çağrısında bulunmuştur.⁸⁸ Nitekim saldırının soruşturulması amacıyla BM bünyesinde iki ayrı araştırma komisyonu kurulmuştur.

Saldırı, başvuru araçları ve kapsam bakımından da bir dizi aşırılık içermektedir. Mavi Marmara'nın ve diğer gemilerin kontrolünü ele geçirmeye yönelik müdâhalede, ölüm ve yaralanmalardan kaçınmak mümkünken birçok sivil yolcu öldürülmüş ve yaralanmıştır.⁸⁹ Uyarı ateşi açmaktan dümeni devre dışı bırakmaya kadar çok sayıda mutad durdurma yöntemine başvurmayan İsrail, uzunca bir süre yardım gönüllülerini sindirme ve korkutma yoluna gitmiş, ardından gece karanlığında baskın düzenlemiştir. İsrail, gemidekilerin gösterdiği direniş karşısında geri adım atmadığı gibi daha da sert bir şekilde saldırmış, farklı seçenekleri dikkate almamıştır. Nitekim adli tıp raporlarına ve balistik incelemelere göre, en azından altı ölüm keyfi ve yaraysız infaz niteliğindedir.⁹⁰ Hudson-Phillips Raporu'nda, İsrail askerlerinin yaygın ve keyfi bir şekilde öldürücü güç kullanarak gereksiz ölümlere ve yaralanmalara yol açtığı ifade edilmiştir.⁹¹ Benzer şekilde Palmer Raporu'nda; abluka bölgesinden uzak bir bölgede seyreden gemiye yönelik müdâhaleden evvel nihâi uyarının yapılmadığı, gemidekilerin direniş göstereceği dikkate alınarak kayıpları asgariye indirmeye yönelik bir değerlendirmede bulunulmadığı, şiddet içermeyen seçenekler kullanılmadığı, müdâhalenin orantısız ve aşırı olduğu ifade edilmiştir.⁹²

Esasında UCM'nin yargı yetkisine dâhil her suç genel anlamda bir ağırlığa sahiptir. Statü'nün Giriş kısmında “uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar” ifadesine yer verildiği gibi, 1. maddede UCM'nin “uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde” yargı yetkisine sahip olduğu belirtilerek yargı yetkisi içinde yer alan suçların diğer suçlara nazaran daha ağır olduğu peşinen kabul edilmiştir.⁹³ Buna rağmen Statü'de ağırlık kıstasına yer verilmesinin

tadoğu'da istikrarın tesisi ve uluslararası barış ve güvenliğinin sağlanması bakımından taşıdığı öneme işaret edilmiştir. Bkz. Palmer Raporu, para. xii.

⁸⁸ UNSC, *Presidential Statement 9*, UN Doc S/PRST/2010/9, 1 June 2010, <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/IP%20SPRST%202010%209.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁸⁹ Hâlbuki Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi *Saiga Davası*'nda, gemilere el koyulurken bildiğince kuvvet kullanımına başvurmaktan kaçınılması gerektiği, başvurulduğu takdirde de makuliyet çerçevesinde gerektiği ölçüde kullanılması zorunluluğuna işaret etmiştir. Bkz. International Tribunal for the Law of the Sea, *The M/V Saiga (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, 1 July 1999, para. 155.

⁹⁰ Hudson-Phillips Raporu, para. 163, 172.

⁹¹ Hudson-Phillips Raporu, para. 167-168.

⁹² Palmer Raporu, para. 117.

⁹³ Soykırım suçu ile insanlığa karşı suçlar, unsurları itibarıyla zaten belli bir ağırlığa sahiptir. Örne-

sebebi; belirli bir ağırlığa ulaşmayan suçları, diğer bir ifadeyle basit sayılabilecek suç ya da ihlalleri yargı yetkisi dışında tutarak UCM'nin iş yükünün fazlaşmasına engel olmak ve etkinliğini artırmaktır.⁹⁴

Öte yandan Roma Statüsü'nün temel amacı olan cezasızlığın sona erdirilmesi ve caydırıcılığın sağlanması, ağırlık kıstasının geniş bir şekilde yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu kıstasın, Statü'nün Giriş kısmında yer alan “*Uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren en ciddi suçların cezasız kalmaması Bu suçların etkili bir şekilde kovuşturulması Faillerinin cezasız kalmasına son verme ve böylelikle söz konusu suçları önleme*” amaçlarıyla bağdaşır bir şekilde yorumlanması gerekir. Aksi takdirde Mavi Marmara Saldırısı örneğinde olduğu gibi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren suçları yargılamakla görevli Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar işlenmiş olmasına rağmen ağırlık kıstası şartı gerçekleşmediği gerekçesiyle uluslararası suçların kovuşturulmaması yoluna gidilebilecektir.

Sonuç

UCM'nin kurulmasıyla birlikte, bireylerin işledikleri uluslararası nitelikteki suçlar için statüsü ve görevi ne olursa olsun cezaî sorumluluğun tesis edilmesi, öngörülen cezaî müeyyidelerin işlenmesi muhtemel suçlar açısından caydırıcı bir rol oynaması, işlenen suçlar açısından da cezasızlığın sona erdirilmesi ve mağdurlar için adaletin temin edilmesi hedeflenmiştir. Ancak Savcılık, İsrail'in işlediği tespit edilen suçların saldırıyla ilgili olarak açılacak muhtemel dava veya davalarda Mahkemenin daha ileri bir işlem yapmasını gerektirecek yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kararda, saldırı neticesinde hayatını kaybeden ve yaralanan yardım gönüllerinin sayısının belirleyici olduğu görülmektedir.

Kuşkusuz ağırlık kıstasının değerlendirmesinde mağdur sayısının çokluğu önemlidir, ancak tek başına belirleyici değildir. Roma Statüsü'nün temel amacı olan cezasızlığın sona erdirilmesi ve caydırıcılığın sağlanması, söz konusu kıstasın geniş bir

ğın soykırım suçu, hedef grubu tamamen veya kısmen yok etme kastıyla gerçekleştirilmektedir. Benzer şekilde insanlığa karşı işlenen suçlardan bahsedebilmek için, suç teşkil eden fiiller sivil nüfusu hedef alan yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmelidir. Ancak savaş suçları için benzer bir ön şart bulunmamaktadır. Bu yüzden Statü'de yer verilen ağırlık kıstasının daha ziyade savaş suçları için geçerli olduğu, nisbeten küçük ölçekli veya basit sayılabilecek suçları Mahkemenin yargı yetkisi dışında tutmaya yönelik olduğu söylenebilir. Bkz. Margaret M. De Guzman, *Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court*, Fordham International Law Journal, Cilt 32, Sayı 5, 2009, s. 1408.

⁹⁴ William A. Schabas, *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, Journal of International Criminal Justice, Cilt 6, Sayı 4, 2008, s. 736. Böylece belli bir ağırlığa sahip olmayan suçların UCM tarafından değil de ilgili devletlerin iç hukukları kapsamında gerçekleştirilecek muhtemel bir yargı sürecine bırakıldığı söylenebilir. Bkz. BERGSMO, Morten & KRUGER, Pieter; *Investigation and Prosecution*, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Ed. Otto Triffterer, Hart Publishing, Oxford, 2008, s. 1071.

şekilde yorumlanmasını gerektirmektedir. Mağdur sayısının yanı sıra suç teşkil eden fiillerin işlenme tarzı, mağdur ve mağdur yakınlarının çektiği acı ve ıstırap, yaşadıkları çaresizlik, suç teşkil eden fiillerin neden olduğu korku ve vahşet, suçtan etkilenen toplulukların mâruz kaldığı zararlar, suçun uluslararası alanda yarattığı etkiler gibi diğer unsurlar da dikkate alınmalıdır. Mağdur sayısının çokluğu ise, suçu ağırlaştırıcı bir unsur olarak görülmelidir. Kaldı ki UCM'nin yargı yetkisine dâhil her suç genel anlamda bir ağırlığa sahiptir. Bu bağlamda ağırlık kıstası ile belirli bir ağırlığa ulaşmayan suçları UCM'nin yargı yetkisi dışında tutarak Mahkemenin iş yükünün fazlaşmasına engel olmak ve etkinliğini artırmak amaçlanmıştır.

Öte yandan kararla birlikte, Mavi Marmara Saldırısı'nın bağımsız ve tarafsız bir uluslararası yargı organı önünde ele alınabilmesi imkânı ortadan kalkmıştır. UCM'nin kuruluş sebebi olan suçların işlenmesine engel olmak ve cezazırlığı sona erdirmek amaçlarıyla bağdaşmayan kararın örnek teşkil edeceği ve İsrail örneğinde görüldüğü üzere saldırganları cesaretlendireceği açıktır.

Netice olarak verilen bu karar, uluslararası toplumdaki adalet beklentisini karşılamamış ve hayal kırıklığına yol açmıştır. Sorumluların İsrail tarafından yargılanmayacağı bilindiği hâlde yargı sürecinin sonlandırılması, ilgili kişilere yönelik bir tür koruma şeklinde nitelendirilebilir. Kimi devletlerin yaptıklarını görmezden gelerek çifte standart uygulamakla eleştirilen UCM, kendisine yöneltilen eleştirileri haklı çıkarmıştır. Hâlbuki uluslararası hukuk ve evrensel ilkeler doğrultusunda yürütülen ve sorumluların tespit edilerek cezalandırılmasını sağlayacak bir soruşturmanın, İsrail ve benzer devletleri uluslararası hukuk kuralları içinde kalmaya sevk edeceği açıktır. Aksi yönde verilen kararların da, adalet duygusunun tatmin edilmediği kitleleri hukuk dışı yollara yönelteceği, toplumlararası nefret ve şiddeti artıracığı unutulmalıdır.

Kaynakça

- AKSAR, Yusuf; *Birleşmiş Milletler Palmer (Mavi Marmara) Raporu ve Uluslararası Hukuk*, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt 9, Sayı 33, 2012, s. 23-40.
- BERGSMO, Morten & KRUGER, Pieter; *Investigation and Prosecution*, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Ed. Otto Triffterer, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- BUCHAN, Russel; *The Mavi Marmara Incident and the International Criminal Court*, Criminal Law Forum, Cilt 25, Sayı 3-4, 2014, s. 465-503.
- GUILFOYLE, Douglas; *The Mavi Marmara Incident and Blockade in Armed Conflict*, British Yearbook of International Law, Cilt 81, Sayı 1, 2010, s. 1-23.
- GUZMAN, Margaret M. De; *Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court*, Fordham International Law Journal, Cilt 32, Sayı 5, 2009, s. 1399-1465.

- ICC, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, ICC-BD/05-01-09, 23 April 2009, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BC-BE1E695/280253/ICCBD050109ENG.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).
- ICC, *The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia-Article 53(1) Report*, 6 November 2014, [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf) (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004.
- ICRC, *Gaza Closure: Not Another Year!*, 14 June 2010, <http://www.icrc.org/web/eng/site-eng0.nsf/htmlall/palestine-update-140610> (Erişim Tarihi 12 Kasım 2011).
- ICTY, *Prosecutor v. Naletilic & Marchinovic*, Case No: IT-38-94-T, Judgment, Trial Chamber, 31 March 2003.
- ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No: IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995.
- International Tribunal for the Law of the Sea, *The M/V Saiga (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, 1 July 1999.
- Israel Ministry of Foreign Affairs, *The Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan*, 6 June 2004, <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Revised+Disengagement+Plan+6-June-2004.htm> (Erişim Tarihi 29 Aralık 2014).
- Letter of Referral under Articles 14 and 12(2)(a) of the Rome Statute Arising from the 31 May 2010, Gaza Freedom Flotilla Situation (14 May 2013), <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf> (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- OTP, *Letter Concerning the Situation in Iraq*, 9 February 2006, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).
- OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%20%202013.pdf (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).
- SCHABAS, William A.; *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, Journal of International Criminal Justice, Cilt 6, Sayı 4, 2008, s. 731-761.
- TARHANLI, Turgut; *İnsan Hakları Aktivizmi Işığında Mavi Marmara Vakası*, Güncel Hukuk, Temmuz 2010, s. 39-40.
- The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, *The Turkel Commission Report, Part I (23 January 2011)* <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/8808report-eng.pdf>; *Part II, (February 2013)*, <http://www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20website.pdf> (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).

- TOPAL, Ahmet Hamdi; *İsrail'in Gazze Ablukası ve Mavi Marmara Saldırısı*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 32, Sayı 1, 2012, s. 103-154.
- TOPAL, Ahmet Hamdi; *Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askerî Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 4, 2011, s. 963-1021.
- Turkish National Commission of Inquiry, *Report on the Israeli Attack on the Humanitarian Aid Convoy to Gaza on 31 May 2010 (Ankara, 11 February 2011)*, <http://www.mfa.gov.tr/data/Turkish%20Report%20Final%20-%20UN%20Copy.pdf> (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- UN Human Rights Council, *Report of the International Fact-Finding Mission to Investigate Violations of International Law, Including International Humanitarian and Human Rights Law, Resulting from the Israeli Attacks on the Flotilla of Ships Carrying Humanitarian Assistance, A/HRC/15/21 (27 September 2010)*, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.21_en.pdf (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- UN, *Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident (July 2011)*, http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- UNSC, *Presidential Statement 9*, UN Doc S/PRST/2010/9, 1 June 2010, <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96F-F9%7D/IP%20SPRST%202010%209.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).
- VAID, Kaveri; *Discretion Operationalized Through Law: Proprio Motu Decision-Making at the International Criminal Court*, Florida Journal of International Law, Cilt 25, Sayı 3, 2013, s. 359-416.