

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ'NÜN 31. VE 33. MADDELERİNİN İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA ANALİZİ

Sibel SAFİ*

ÖZ

İnsan haklarının korunması ideali ve dolayısıyla insanlığa karşı işlenmiş en korkunç suçların cezalandırılması ve bu suçların ulusal yargı sistemlerinde cezalandırılmaması/cezalandırılmaması kaygısı Uluslararası Ceza Hukukunun gelişmesine vesile olmuştur. İnsan hakları hukuku, adil yargılanma ve sanığın ve mağdurun korunması fikrine dayanarak gelişmiştir, ancak uluslararası ceza hukukunun gelişiminde insan hakları bağlamında daha çok kovuşturma kavramına odaklanılmıştır. Hatta Uluslararası Ceza Mahkemesinin Roma Statüsü hazırlanırken, Statü'nün sanığın sorumluluğunu dışlayan savunmalara referans içermesi gerekip gerekmediği konusunda büyük tartışmalar yaşanmıştır. Bu makalede, UCM Statüsü'nün "Cezai Sorumluluktan Kurtulma Gereçekleri" başlığı altında düzenlenen 31.maddesi ve 'Üst Makamın Emrini' içeren 33.maddesi hükümlerinin insan hakları bağlamında analizi yapılacaktır. Bu bağlamda, modern ceza hukuku sistemlerinde kusur yeteneğini ortadan kaldıran nedenler ve hukuka uygunluk nedenlerinin düzenlenme şekline ve UCM öncesi uluslararası ceza mahkemelerinin yargılamalarına da atıf yapılarak, uluslararası

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: sibelsafi@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-6689-4639.
Makalenin Gönderim Tarihi : 27.10.2019.
Makalenin Kabul Tarihi : 02.12.2019.

ceza hukuku sisteminin en korkunç suçların cezalandırılması zorunluluğu ile insanların temel haklarına saygı gösterilmesi arasında bir denge kurup kuramadığı hususları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası ceza mahkemesi, UCM Statüsü 31. ve 33. maddeleri, hukuka uygunluk nedenleri, kusuru etkileyen nedenler, insan hakları.

AN ANALYSIS OF ARTICLES 31 AND 33 OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The ideal of the protection of human rights and therefore the punishment of the most horrific crimes against humanity and the failure to punish these crimes in national judicial systems have been reason in the development of International Criminal Law. Human rights law is based on the idea of fair trial and protection of the accused and the victim, but the development of international criminal law focuses on the concept of prosecution mostly. This article will provide an analysis of the provision of Article 31 of the ICC Statute under the heading of the 'Reasons for defences for the Criminal Liability' and Article 33 of the ICC under the heading of 'order of superior' in the context of human rights. It will also analyze whether the international criminal law system strikes a balance between the obligation to punish the most horrific crimes and the respect for the fundamental rights of humanity, referring to the reasons for excluding the responsibility of accused in modern criminal law systems and the way in which the justifications is regulated at the proceedings of the international criminal courts before the ICC and ICC.

Keywords: International Criminal Court, Article 31 and 33 of the ICC Statute, justifications, defences, human rights.

I. GİRİŞ

Son yıllarda, özellikle insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukuku, Uluslararası Hukukun gelişen iki alanıdır. Geleneksel olarak insan hakları hukuku, adil yargılanma ve sanığın hakları gibi kavramlara dayanarak gelişmiş, uluslararası ceza hukuku ise soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi ağır ihlallerden sorumlu kişileri kovuşturma

ihtiyacına yönelmiştir. İnsan hakları hukuku ile uluslararası ceza hukuku arasındaki bu yakınlık da, uluslararası adaletin intikam değil, uzlaşma idealine dayanmasını sağlamak için kovuşturma ve savunma arasında doğru dengeyi bulmakla ilgili temel yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Uluslararası düzeyde, sanığın cezai sorumluluktan kurtulması ile ilgili gerekçeli tartışmalar, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün kabul edilmesine ilişkin Roma Konferansı sırasında yoğun olarak görülmüştür. Konferansta Roma Statüsü'nü oluşturmak için, Anglo-Sakson Hukuku ve Kıta Avrupası Hukuku sistemlerine ait olan pek çok farklı ulusal ceza hukuku perspektifini bir araya getirme konusunun zorluğu görülmüş, ortak paydanın oluşturulabilmesi için tartışmalar yaşanmıştır.

Öte yandan devletlerin eşit ve egemen olması ilkesi gereğinin bir sonucu olarak, her devletin kendi yargı inhisarına giren suçlarda kendi yargılama yetkisine sahip olması karşısında, uluslararası ceza yargısının gerekliliği de tartışılabilir.¹ Uluslararası ceza mahkemelerinin adli kolluk gücüne sahip olmayışı, başka bir ülkede delilleri elde edebilmesi, tutuklama, arama, el koyma gibi koruma tedbirlerini gerçekleştirebilmesi oldukça zordur ve yine bu konularda ilgili devletin yetkililerine ihtiyaç duyacaktır. Tüm bu tartışmalara rağmen dünya üzerinde gerçekleşen insan hakları ihlallerinin önlenememesi, uluslararası suç düzeyindeki insan hakları ihlallerinin cezalandırılması gerekliliği, ulusal yargılamaların bu konuda kimi zaman yetersiz ya da isteksiz olması uluslararası ceza yargılamalarını doğurmuştur. İnsan hakları hukukunun temel amacı temel insan haklarının korunmasıdır, uluslararası ceza hukuku ise korunmak istenen temel insan haklarının ihlali halinde cezalandırmaya dayalı bir sistemdir. Dolayısıyla iki alan birbiriyle yakın ilişki halindedir. Bu yakınlıkta asıl ulaşılmaması gereken ideal; uluslararası adaletin bir intikam değil, uzlaşma idealine dayanması gerekliliği olup bunu sağlamak için kovuşturma ve savunma arasında doğru dengeyi bulmakla ilgili olmalıdır.²

¹ Bkz. Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin, 2009, 2. Baskı, s. 246.

² Gilbert Jérémie, Justice not revenge: The International Criminal Court and the 'grounds to exclude criminal responsibility' – defences or negation of criminality?, The International Journal of Human Rights, 2006, 10: 02, 143-160, DOI: 10.1080/13642980600608541, s. 143.

UCM Statüsünün hazırlık aşamasında, sanığın cezai sorumluluğun dışında tutulmasına ilişkin gerekçelerin kabul edilmesine ilişkin yoğun tartışmaların yaşanmasının bir nedeni³ de, mahkemenin yargı yetkisine giren suçların, doğası gereği en korkunç suçlardan olması ve sanığın savunulmasında cezai sorumluluktan kurtarmaya ilişkin gerekçelerin hüküm altına alınmasının zorluğu olmuştur. Bir taraftan insan haklarını korumak adına cezalandırma müessesesini getirme çabaları, diğer yandan bu ağır suçları işleyen kişilerin cezai sorumluluktan kurtulmasına yol açacak hükümleri getirmenin zorluğunun getirdiği tartışmalar anlaşılabilir bir durumdur. Ulusal yargı alanlarındaki farklı savunma sistemlerini ve farklı ceza hukuku perspektiflerini biraraya getirmek, aralarında uyumu sağlayarak ilerlemek zorluğunu yaşayan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü evrenselliği olan sürekli bir mahkemenin yasal mevzuatı olarak gerçekleştirilmiştir. Sonuç olarak UCM Roma Statüsü, Kıta Avrupası Hukuku ve Anglo-Sakson Hukuku sistemlerini biraraya getirebilmiş, aralarında uyumu sağlayabilmiş uluslararası, özgün ve kendisinden önceki diğer uluslararası ceza mahkemelerinden farklı olarak ad hoc olmayan, sürekli yapıda olan bir mahkemeyi kurmuştur. UCM Statüsü'nün 33. maddesi üst makamın emrini ve kanun hükmünü ve bu hükme ilişkin bireysel cezai sorumluluktan kurtulma halini düzenler. 31.maddesi ise, farklı yasal gelenekleri barındıracak kadar geniş bir terim olan “cezai sorumluluğun dışında tutulmaya ilişkin esaslar/cezai sorumluluktan kurtulma gerekçeleri” terimini kullanır. Statü'nün 31. ve 33.maddelerinde belirtilen cezai sorumluluğu ortadan kaldıran/ceza indirimine sebep olan nedenleri analiz ederken bu makalenin iki ana amacı vardır. Birincisi, UCM Statüsü cezai sorumluluğu dışlamak için mevcut yasaların kodifikasyonundan mı yararlanmıştı yoksa uluslararası hukuk zemininde kendisi mi bir çıkarım yapmıştır. Bu amaçla, çalışmada uluslararası hukukun ilgili kaynakları incelenecek ve içerikleri analiz edilecek, bu nedenle de 31.madde hükmünde yeralan akıl sağlığı, madde etkisi, zorunluluk hali, cebir, tehdit ve gereklilik ve 33.maddede yeralan amirin emri ‘savunmaları’ değerlendirilecektir. Burada ‘savunma’ derken kastedilen, Anglo-Sakson hukukundan kaynaklanan ‘defence’ kavramıdır. Anglo-Sakson Hukukunda gerek hukuka uygunluk nedenleri (*justifications*) gerekse kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (*excuses*) teknik bir ayırımı gidilmeksizin, (*defence*) savunma üst başlığı altında toplanmaktadır. Her ikisinin de bir suçun kovuşturulmasını ya da

³ ibid, s. 143.

cezalandırılabilirliğini önledikleri için *defence* ve *cezai sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler* kavramlarının eşanlamlı olduğu savunulmakta olup cezai bir isnada yöneltilen her türlü savunmayı ifade eder.⁴ Biz burada *defence* anlamında, hepsini ifade ettiğinden, *savunma* üst başlığını kullanacağız.

İkincisi, bu çalışma soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarında bu tür cezai sorumluluktan kurtulma gerekçeleriyle ilgili kafa karışıklığını incelemeyi amaçlamaktadır. Roma Konferansı'nda en çok zorlanılan konulardan birisi de, Statüde “en korkunç suçlardan” sorumlu olan kişilerin cezai sorumluluğunu dışlamak için ne tür bir savunmanın kabul edilebileceğini tanımlamak olmuştur. Bu makalede, cezai sorumluluğu dışlamak için uygun gerekçelerin tanınmasının ve suçların cezalandırılmasının inkar edilmesinin iki farklı kavram olduğu vurgulanmaya çalışılacaktır. Bu çalışmada, insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukuku yakınlığını destekleyecek bir yaklaşım sergilenecektir.

II. UCM STATÜSÜ ÖNCESİ YARGILAMALARDA CEZAI SORUMLULUKTAN KURTULMA

Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi Şartı, bu Şart ile kurulan ilk uluslararası savaş suçları mahkemesinde, sanığın ‘aleyhine yapılan suçlamalarla ilgili açıklama/savunma yapma hakkına sahip olmasına’ ilişkin hüküm içerir.⁵ Bununla birlikte, Nürnberg Mahkemesi Şartı, izin verilen savunmaların, yani cezai sorumluluktan kurtulmaya yardımcı olacak gerekçelerin tanımını veya listesini vermemiştir. Bunun tek istisnası, 30 Ekim 1943 tarihli Moskova Deklarasyonu ve 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması uyarınca deklare edilen ‘*Savaş Suçlarının Barişe ve İnsanlığa Karşı Suçlardan Cezalandırılmasına İlişkin Kontrol Konseyi*’ 10 Numaralı Kanunun II(4)(b) maddesinde belirlediği *Amirin*

⁴ Kittichaisaree, Kriangsak, International Criminal law, Oxford University Press, 2001, s. 258.

⁵ Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War criminals of European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT), (1951) 82 UNTS 279, madde 16 (b), (d) ve (e).

emri ⁶ hükmüdür. Madde hükmü; bir kimsenin konusu hükümetin veya daha üst, amir durumunda birisinin emrine göre hareket etmesinin onu bir suçun sorumluluğundan kurtaramayacağını, ancak cezada indirim sebebi olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.⁷

10 Nolu Kontrol Konseyi Kanunu, yalnızca üst düzey emirlerin savunmasıyla ilgili bir düzenlemeye sahip olmuştur. İçtihat açısından, BM için hazırlanan Savaş Suçları Yargılamalarının Hukuk Raporlarında, üç argüman kategorisi mevcuttur:

(a)Sanığın üst düzey emirler altında hareket ettiği argümanı (üst düzey emirler/Amirin emri);

(b)Sanığın kendisi için bir tehdit altında olduğu iddiası (baskı/zorlama savunması); ve (c)Suçun bir askeri misyonun, görevin gerçekleştirilmesi için olduğu iddiası (askeri gereklilik iddiası).⁸

BM 1949 tarihli Cenevre Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeleri, savaş suçları konusunda belirlenmiş ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran savunma gerekçelerine atıfta bulunmaz, bu konuda bir düzenlemeye sahip değildir.⁹ BM 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşmenin, 4.maddesinde devlet başkanının dokunulmazlığından söz eder ancak dokunulmazlık savunmasının ceza sorumluluğundan kurtulmak konusunda kabul edilemezliğine vurgu yapar ve bundan başkaca bir maddede cezai sorumluluktan kurtulma savunmasına yer vermez.¹⁰ BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun İnsanlığın Barış ve

⁶ Control Council Law No.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, Official Gazette of the Control Council of Germany, No.3, Berlin, 31 January 1946, ss. 50-5 <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/> (Son ziyaret tarihi: 01/10/2019).

⁷ İbid.

⁸ Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. XIV, XV, London, Published for the United Nations War Crimes Commissions by His Majesty's Stationery Office, 1949, s. 156.

⁹ 1949 Geneva Conventions, 12 August 1949, Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War.

¹⁰ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article 4, (1951) 78 UNTS 277.

Güvenliğine Karşı Suçlar Kanunu Tasarısı'nın 43.bölümünde, mahkemenin savunmaların kabul edilebilirliğini genel ilkelerine uygun olarak belirleyeceği öngörülmüştür.¹¹ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) Statüsü ise haklı gerekçeler zemininde sadece *askeri zorunluluk* 'tan hukuka uygunluk nedeni¹² ve *Amirin Emri* 'nden ise cezada indirim nedeni olarak bahsetmiştir.¹³ 1995 tarihli EYUCM Ad Hoc Komitesi cezai sorumluluktan kurtulma savunmalarını şu kategorilerde değerlendirmiştir: kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (excuses), hukuka uygunluk nedenleri (justifications), sorumluluğun reddi/inkarı (negation of liability) ve uluslararası kamu hukuku kapsamında savunma (defence).

Sonuç olarak aslında uzunca bir süre boyunca ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerin uluslararası ceza hukuku uygulamasında bir önemi olmamıştır.

III. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNDE CEZAI SORUMLULUKTAN KURTULMA

Uluslararası ceza mahkemesi (UCM) uluslararası ilgiye mazhar en ciddi suçlar olan soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları ile saldırı suçunun faillerini yargılamak ve cezalandırılmasını sağlamak amacıyla kurulan ilk sürekli mahkemedir.

Saldırı suçu, UCM Statüsünün 8. Maddesi ile getirilen değişiklikle üç ayrı savaş suçu olan mikrobik, biyolojik ve zehirli silahların kullanımı, x-ray cihazlarında tespit edilemeyen silahların kullanımı ve lazer silahlarının kullanımı mahkemenin yargı yetkisine dahil edilmiştir.¹⁴ UCM Statüsünün 31. maddesinde cezai sorumluluktan kurtulma halleri hüküm altına alınmış ve bu durumların eylemin

¹¹ Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its 43th Session, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1.

¹² International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, UN Doc. S/RES/827, Adopted 25 May 1993 article 2(d) and 3(b).

¹³ Ibid, article 7.

¹⁴ <http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa> (Son ziyaret tarihi: 05-10-2019).

gerçekleştiği sırada vuku bulması halinde kişinin cezai sorumluluk taşımayacağı belirtilmiştir.¹⁵

A. UCM Statüsü 31. Madde (1) (a) Bendinin Değerlendirilmesi

Kanunda yazılmış suç tipine uygun ve hukuka aykırı bir hareketin yapılmış olması failin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Sorumluluk için, sözkonusu hareketin faile atfedilebilecek bir kusuru da içermesi gerekir. Modern ceza hukukunu uygulayan bütün ülkelerde ve UCM Statüsünde de kusura dayalı sorumluluk benimsenmiştir.¹⁶ Kusur yeteneği irade özgürlüğü ya da iradi olarak davranabilme yeteneği ile birlikte değerlendirilir ve bu yönüyle kusur yeteneği irade özgürlüğünün bir sonucu olup, fiil yeteneği, rızaya ehil olmak gibi iradi davranabilme yeteneğinin görünüş şekillerinden birini oluşturur.¹⁷ Özgür irade, kişinin gerçekleştireceği eylemi herhangi bir dış etken veya zorlama olmaksızın gerçekleştirebilmesi yetisidir. TCK'da kusur yeteneği, '*işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılamak veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş olmak*' şeklinde ifade edilmiştir. (TCK 31,32, 33, 34. madde hükümleri) O halde fail haksızlığın anlam ve sonuçlarına akıl erdirebilecek ya da davranışlarını buna göre yönlendirebilecek yeteneğe sahipse kusur yeteneği vardır.¹⁸

UCM Statüsü, Cezai sorumluluktan kurtulma başlıklı, Akıl sağlığına ilişkin savunma gerekçesini 31. madde (1) (a) bendinde şu şekilde hüküm altına almıştır.¹⁹

(a) Gerçekleştirdiği eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir yeteneğini veya eyleminin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını kontrol yeteneğini ortadan kaldıracak bir zihni hastalığı ya da kusuru olması halinde;

¹⁵ <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf> (Son ziyaret tarihi: 05-10-2019).

¹⁶ Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 392.

¹⁷ Özbek, V.Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 2017, ,8. baskısı. 340.

¹⁸ ibid, s. 340.

¹⁹ https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm (Son ziyaret tarihi: 2-10-2019).

Akıl sağlığına ve madde etkisine dayalı savunmalar, suçluların, isnad edilen suçu işleme anındaki *Mens Rea* durumları ile açıkça bağlantılıdır. Suç işlemeye ilişkin niyetle ilişkilendirmek yerine, bu tür savunmalar suçu işleme bilinci ile daha çok ilintilidir. Bu takdirde suçu işleyen kişi, davranışının bilincinde değildir. UCM Statüsü, zihinsel hastalıkların veya zehirlenmelerin, kişinin davranışlarının hukuka aykırılığını veya niteliğini takdir etme kapasitesini veya yasaların gereklerine uygun davranma şeklini kontrol etme kapasitesini tahrir ettiğine işaret etmiştir.

İngiliz²⁰ ve Amerikan hukuk sistemi sanığın akıl sağlığından yoksunluğunu ispatı halinde, bu durumu ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebep olarak kabul etmişlerdir. Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından tanımlanan akıl sağlığından yoksunluğun kanıtlanması durumunda cezai sorumluluğun doğmayacağına ilişkin tanım çok sayıda ABD eyaleti tarafından Ceza Kanunlarında model olarak şu şekilde kabul edilmiştir;

‘Akıl hastalığı veya zihinsel kusur nedeniyle işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya isnad edilen olay sırasında bu fiile ilişkin davranışlarını hukuka uygun şekilde yönlendirme kapasitesini önemli derecede yitiren kişinin cezai sorumluluğu olmaz.’²¹

2001 yılında EYUCM (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi) temyiz mahkemesi, *Çelebici* davasında akıl sağlığı savunmasına binaen, UCM Statüsüne atıf yapmıştır. Dört sanıktan biri olan *Esad Landzo*, olay esnasında “azalan zihinsel kapasitesine” dayanan bir savunma yapmış ve hakim savunmayı redderek 15 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.²² Mahkeme *Landzo* ’yu 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerinden suçlu bulmuştur. Uluslararası Teamül Hukukuna atıf yapan Temyiz Mahkemesi, özellikle eylem esnasında *azalan zihinsel kapasiteye* dayanan savunmanın, UCM Statüsü’nde yer alan akıl hastalığı

²⁰ Bkz. M’Naghten’ davası, (1843) 10 Cl.& Fin 200, 8 E.R. 718.

²¹ Black’s Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, Henry Campbell black(ed), Fifth edition, St. Paul Minn, West Publishing Co., 1979, s. 714.

²² ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, Judgment, 20 February 2001, para. 446 <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgment/index.htm> (Son ziyaret tarihi: 01-11-2019).

savunmasından açıkça farklı olduğunu vurgulamıştır. Buradan çıkan sonuç; UCM Statüsü'ne göre, akıl hastalığı davalının zihinsel kapasitesinin imhası, tamamen yok olması anlamına gelir ve bu tür bir imha bir ceza almama sebebi olarak değerlendirilirken, azalmış zihinsel kapasite ise, zihinsel kapasitenin yok olmasına değil bozulmasına işaret eder ve böyle bir savunma sadece bir cezadan indirim sebebi olabilir. Bu noktada temyiz mahkemesi sanığın “eylemini kontrol etmekte oldukça başarılı” olduğu gerekçesiyle temyiz başvurusunu reddetmiştir. Bu mahkemeye göre, akıl hastalığı savunmasında suç isnad edilen kişi hukuka aykırı eylem sırasında hareketini kontrol edemediğini ispat etmek zorundadır.

Uluslararası ceza hukukunda tipe uygun ve hukuka aykırı bir hareketin varlığı failin ceza sorumluluğunun doğması için yeterli olmayıp, sorumluluğun olması için faile isnad edilebilecek bir kusurun varlığı aranmaktadır. İşlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamak veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş olmak, eylemini kontrol edebilmek kişinin *kusur yeteneği* olarak tanımlanır.²³ Ancak burada ayırıcı nokta kusur yeteneğini etkileyen durumların ortaya çıkmasında ulusal ceza hukuku sistemlerinin aksine UCM Statüsü'nde kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldıran nedenlerin kapsama alınması, ancak azaltan nedenlerin savunmada esas alınmamasıdır. *Landzo* davası savunmasında kusur yeteneğini azaltan sebeplerin varlığı ile suçun hukuki sonuçlarını yönlendirme olgusundan uzaklık iddiası kabul edilmemiştir. Ulusal hukuk sistemlerinde olan *yaş küçüklüğü* de kusuru etkileyen nedenlerden sayılmış, ancak UCM Statüsü'nde buna ilişkin bir hüküm konulmamıştır. Zira UCM Statüsü 26.madde uyarınca, fiilin işlendiği tarihte 18 yaşını doldurmamış olan kimseler üzerinde zaten mahkemenin yargı yetkisi yoktur. Bir diğer durum da sağır ve dilsizlik olup, kişinin kusur yeteneğini etkileyen patolojik bir durum olarak kimi ulusal hukuk sistemlerinde yer almasına rağmen UCM Statüsü'nde bu konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Başka bir deyişle ulusal hukuk sistemlerinin aksine algılama yeteneğinin tümüyle ortadan kalkmaması ancak işlenen suçla ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalması durumları UCM Statüsü'nde düzenlenmemiş, Statü sadece mental kapasitesinin tamamen ortadan

²³ TCK 31, 32, 33.madde tanımlarında da olduğu gibi.

kalkması, tümüyle tahrip edilmiş olması koşulunu bir savunma olarak kabul etmiştir.

Uluslararası Af Örgütü, bu konuda, “UCM Statüsü’nün, zihinsel hastalık veya özürden dolayı zarar görmeye devam eden kişilerin durumunu ele almak için uluslararası hukuk ve standartlarla tutarlı prosedürler oluşturmak zorunda kalacağını” vurgulamıştır.²⁴ Ulusal hukuk sistemlerinin çoğunda akıl hastalıkları ve kusur yeteneğinin azalma hali nedeniyle kişilerin durumunu ele almak için çeşitli kriterler belirlenirken, UCM Statüsü bu konuda sessiz kalmaktadır.

B. UCM Statüsü 31. Madde (1) (b) Bendinin Değerlendirilmesi

UCM Statüsü’nün “cezai sorumluluktan kurtulma” başlıklı, *madde etkisine* ilişkin savunma gerekçesini 31. madde (1)(b) bendinde şu şekilde hüküm altına almıştır:²⁵

“Sonucunda Mahkeme’nin yargı yetkisine giren bir suçu oluşturan eylemi gerçekleştirmesine yol açacağını bilerek ya da riskini göz ardı ederek, sarhoşluk ya da uyuşturucu madde etkisi altına kendi isteğiyle girme halleri dışında; yaptığı eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir yeteneğini veya eyleminin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını fark etme yeteneğini ortadan kaldıracak şekilde sarhoş olması ya da bir başka maddenin etkisinde olması halinde;”

Akıl hastalığı ya da madde etkisi altındaki kişinin eylemi hukuka uygun değil, hukuka aykırı bir eylemdir, ancak işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarının algılanamaması söz konusudur. Zehirlenme hali, alkol veya uyuşturucu/madde tüketme sebebi ile ifade, fiziksel veya zihinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğini normal şekilde kullanmadığı, dolayısıyla normal ve ihtiyatlı bir insan gibi hareket edemediği, algılama yeteneği olsaydı aynı şartlarda daha özenle hareket ederdi şeklindeki durumları ifade eder. 1946 tarihli *Yamamoto Chusaburo* davasında İngiliz uluslararası askeri ceza mahkemesi, zehirlenmenin savaş suçları durumunda kabul edilebilir bir savunma olduğunu ifade

²⁴ Amnesty International, 16 Fundamental Principles for a just, fair and effective international criminal court, AI-Index IOR 40/010/1998.

²⁵ https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm (Son ziyaret tarihi: 2-10-2019).

etmiştir.²⁶ Ancak davada failin sarhoşluk sebebiyle eyleminin sonuçlarını algılayamaması savunmasını madde kullanımı sebebinin iradi olması cihetiyle reddetmiştir. Burada irade dışı alınan madde ile iradi alınan madde arasındaki fark; birinde kendi isteğiyle kendi iradesini ortadan kaldırmış olmasıdır.

İradi alınan madde ile etkisinde olma durumunda failin önceden var olan bir amacı olduğu veya suça yol açan koşulların ortaya çıkabileceğini kestirebileceği fikrini desteklemek mümkündür. UCM Statüsü'nün hazırlık çalışmalarında, bazı delegasyonlar iradi alınan madde etkisinde olmayı cezai sorumluluk haricinde tutmak konusunda şüpheleri olduğunu, cezai sorumluluğu dışlamak konusunda bu durumun soykırım veya insanlığa karşı işlenen suçlar için geçerli olamayacağını, ancak savaş suçlarını teşkil eden izole edilmiş eylemler için geçerli olabileceğini belirtmişlerdir. Hazırlık çalışmalarında başka bir heyet ise suç türleri arasında ayırım yapılmaması gerektiği görüşünde olmuştur.²⁷

UCM Statüsü 31.madde (1)(b)'ye göre yargı yetkisine giren bir suç oluşturana eylemi gerçekleştirmesine yol açacağını bilmeyerek ya da riskini öngöremeyecek durumda, sarhoşluk ve uyuşturucu etki yapacak madde etkisine kendi iradesi dışında girdiği, yaptığı eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir yeteneğini veya eyleminin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını fark etme yeteneğini ortadan kaldıracak şekilde sarhoş olması ya da bir başka maddenin etkisinde olması halinde cezai sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmiştir. Eylemin gerçekleşmesine yol açacağını bilerek ve riski gözardı ederek madde etkisine kendi isteği ile girmişse bu bir savunma olarak kabul edilmeyecektir.

Diğer bir deyişle, fiilin işlendiği zamanda, failin, davranışlarının hukuka aykırılığını ya da niteliğini idrak edebilme yeteneğini yok edecek surette madde etkisinde olması halinde ve iradesi dışında bu etkiye girmesi halinde cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Fail madde kullanımı etkisinin bir sonucu olarak, Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suç teşkil eden bir davranışının suç oluşturan bir fiil olmasını bilerek

²⁶ British Military Court, United Kingdom v. Yamamoto Chusaburo, Law Report of of the trials of War Criminals, Vol.3, 1946, 1946 (UN War Crimes Commission 1948). https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-15.pdf (Son ziyaret tarihi: 04-10-2019).

²⁷ UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1/Rev.1, s. 4, n. 8.

veya bu tehlikeye itibar etmeyerek, kendi iradesi ile madde etkisi altına girmişse sorumluluktan kurtulamayacaktır. Burada *actio libera in causa* kuramına yer verilmiştir, fiilin işlendiği sırada kusur yeteneği bulunmayan kimse, bu durumu kendi kusuru ile yaratmışsa, sorumluluktan kurtulamayacaktır.²⁸ Yalnızca kusursuz olarak zehirleyici madde etkisi altına girmesi sonucu kusur yeteneğini kaybetmiş olan fail sorumluluktan kurtulabilecektir. Fakat, kronik zehirlenme durumunda akıl hastalığına dair hükme başvurmak mümkün olabilecektir.²⁹ Bu durum modern ceza hukuku sistemleri ile uyumludur.

Özbek'e göre; "Alkol ve/veya uyuşturucu madde bağımlılarının da alkol ya da uyuşturucuyu iradi olarak aldıkları söylenebilir. Ancak bu kişilerin alkol ya da uyuşturucu kullanmalarının bağımlılık etkisi ile alındığı gözden uzak tutulamaz. Dolayısıyla bağımlılık nedeniyle bu kişilerin de kusur yeteneklerinin ortadan kalktığı söylenmelidir. O halde bu kişilerin ceza sorumluluğu bulunmaz ise tümüyle yaptırımsız bırakmak doğru olmayacağından haklarında güvenlik tedbirlerine hükmedilmelidir."³⁰ TCK'nın 57. maddesinin son fıkrasına göre; "Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir." Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere; madde etkisinde olan kişilerin tedavisinin alkol ve uyuşturucu bağımlılığından kurtulmaya kadar devam eden bir rehabilite süreci öngörülmüştür. Keza, bu kişiler yerleştirildikleri kurumun sağlık kurulunca düzenlenecek bir rapora binaen mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilecektir.

²⁸ Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 394.

²⁹ Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., Wilmschurst, E., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2. Bası. 2010, s. 335.

³⁰ Özbek, V.Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe. İ., a.g.e. s. 359.

C. UCM Statüsü 31. Madde 1 (c) Bendinin Değerlendirilmesi

UCM Statüsünün 31. madde 1 (c) bendi meşru savunma sebebiyle cezai sorumluluktan kurtulma hallerini şu şekilde gerekçelendirmiştir:

'Kendisine ve başka bir şahsa veya eşyaya karşı yönelmiş bir tehlike ile orantılı bir şekilde; yakın ve kanunsuz bir kuvvet kullanımına karşı kendini veya başkasını ya da savaş suçlarında hayati öneme haiz eşyayı veya askeri bir görevin yerine getirilmesinde önemli olan bir eşyayı savunmak için makul hareket etmesi halinde. Askeri kuvvetler tarafından gerçekleştirilen savunma amaçlı bir harekate katılım, bu alt paragrafa göre cezai sorumluluğu kaldırmak için başlı başına bir neden oluşturmaz.'

UCM Statüsü devletin meşru müdafaa hakkı ve bireysel meşru müdafaa hakkı arasındaki farkı 31(c) maddesinde açıkça ortaya koymaktadır. Kişinin devletin yürüttüğü bir savunma operasyonunda yer alması cezai sorumluluğu dışlamak alt zeminini oluşturmaz, devlet bir savunma eyleminde bulunursa operasyona katılan kişi kendini savunmak noktasında hareket ettiğini iddia edemez. Ceza hukukunda meşru müdafaa hakkı çok sıklıkla karşılaşılan bir savunmadır ve hem Kıta Avrupası hem de Anglo-Sakson hukukunda tanınmaktadır. Buradaki hak, tehdit edilen başka bir hakkın korunmasına ilişkindir. Örneğin yaşam hakkı tehdit altında olan kişinin, bu hakkını tehdit eden kişinin aynı hakkını sonlandırmasında olduğu gibi tehdit edilen bir hak ve korunan bir hak mevcuttur.

1947 yılında Hamburg'da İngiliz Askeri Mahkemesi *Willi Tessmann ve diğerleri* davasında yargılama esnasında şunu ifade etmiştir:

*"Kanun, bir insanın hayatını kurtarabilmesi için başka birinin bu hakkını yok etmesine ancak son çare olarak izin veriyor. Saldıran kişinin elindeki silahın doğası, başka bir silaha sahip olup olmadığı, kaçabilme imkanının varlığı ve bunu değerlendirip değerlendirmedeği gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle bu son çare miydi? Başka bir insanın hayatına son vermeden önce en sonuna kadar direndi mi? Bütün bu sorular sorularak değerlendirilmelidir."*³¹

³¹ Weiss Erich and Wilhelm Mundo before United States Military government court, Law Report of trials of War Criminals, Vol. XIV; XV; s. 177.

Tokyo uluslararası askeri ceza mahkemesi, *Hirota ve diğerleri* yargılamalarında “uluslararası ya da ulusal olsun, kuvvet kullanmayı yasaklayan her sistem aynı zamanda meşru müdafaa hakkının³² kullanılmasının sınırlarını da belirlemelidir.” demiştir.

Ancak İkinci Dünya savaşı sonrasında yapılan yargılamalarda yaşam hakkının korunması yükümlülüğüne ilişkin bir savunma olarak çok az sayıda meşru müdafaa savunmasının başarılı olduğu görülmüştür.³³ EYUCM ilk derece mahkemesi *Kordic & Mario Cerkez* davasında kendini savunmanın uluslararası hukukun bir Teamül Hukuku kuralını oluşturabileceğini ifade etmiştir.³⁴

UCM Statüsü'nün 31.maddesi 1(c) hükmünden anlaşılan meşru müdafaa savunması için gerekli şu üç koşulun varlığı aranır:

(1) kişi “makul bir şekilde” hareket etmiş olmalı,

(2) “yakın ve hukuka aykırı bir güç kullanımına” yanıt olarak bu eylem gerçekleştirilmeli ve

(3) bu hareket “tehlike derecesi ile orantılı” olmalıdır.

Meşru müdafaa eyleminde bulunduğunu iddia eden kişi bunu *makul* olarak yapmalıdır. Kişinin saldırıdan başka türlü kurtulma olanağı olmamalıdır. Bundan kasıt meşru savunmaya başvurmaksızın bu saldırıdan kurtulmanın başka bir yolunun olmadığıdır. Aslında UCM Statüsü'nde, bu koşula ilişkin açık bir tanıma yer verilmemiştir, ancak madde hükmünde kendini veya başkasını ya da bir malı korumak için makul şekilde davranması gerektiğinden söz edilir. Burada savunma amacına yönelik davranışlar, hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Fail, kuvvet kullanımının ve dolayısıyla suç eyleminin kendisini veya başkasını korumak için yaptığını inanıyor olmalıdır, bu niyeti taşımalıdır. Mahkeme, kişinin tehlikeyi algıladığı ve eylemin ne ölçüde gerçekleştiğini kendisi takdir edecektir. Amerikan model ceza kanununun da neredeyse benzer hükümler içerdiğini vurgulayan Bassiouni, bunun Anglo-Sakson sisteminin, *hukuka aykırılık* ve *yakın tehlikeye* (imminent

³² Hirota and Others, International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, 1948, A.D. 356,364.

³³ ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Judgment, 26 Şubat 2001, para. 367.

³⁴ ibid.

threat) karşı savunma şartlarından kaynaklanan artı bir iddia şartının olduğunu ileri sürmüştür.³⁵ Bu anlamda UCM Statüsü Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemleri arasında bir denge kurmuştur. Saldırının *yakın* olmasından kastedilen saldırının, halen mevcut ve başlaması muhtemel olduğudur.³⁶

Burada ikinci koşulun gerçekleşmesi için yakın tehlike ve hukuka aykırı bir kuvvet kullanımı sözkonusu olmalıdır ve tehlikeye verilen karşılık eylemini yapan kişiye karşı gerçekleştirilmelidir. Başka bir deyişle savunma hareketi saldırgana karşı yöneltilmelidir. Eğer fail böyle bir güç kullanımına verdiği karşılık ile başka bir kimseye zarar vermişse bu meşru müdafaa olmayacak, failin eylemi hukuka aykırı bir saldırı olacaktır.³⁷

UCM Statüsü'nde konuya ilişkin yeterli açıklık olmadığından, meşru müdafanın koşulları daha geniş yorumlanmalıdır. Erdem'e göre; "özellikle savaş sırasında yaşanan fiillerin, bir grup olarak hareket eden taraflar arasında meydana geldiğini düşünürsek, savunma hareketinin, saldırıyı yapan kimsenin içinde bulunduğu topluluğa karşı yöneltilmiş olmasını yeterli saymak gerekecektir."³⁸

Üçüncü koşul çoğu ulusal ceza sisteminde olan klasik durum olup, saldırıya cevap vermek için kullanılan kuvvetin saldırı ile *orantılı* olmasıdır.

Saldırıya verilen karşılık, tehlikenin derecesinden üstün ise, bu durumda karşılık artık haklı değildir ve eylem hukuka aykırılık karakterini kazanır. Burada dikkate alınacak durum, failin savunma eyleminin sonucu değil, eylemi gerçekleştirme niyetinin sonucu bunu gerçekleştirmiş olduğudur. UCM Statüsü farklı durumlar için ayırıcı bir düzenleme yaparak, yetkisi alanına giren suçlarda başka birinin hayatını korumak için harekete geçen kişiyi de korumaktadır. Yine

³⁵ Bassionui C.and Paust, International Criminal Law, Durham, Carolina Academic Press, 1996, s. 1390.

³⁶ Werle, G. Principles of International Criminal Law, 2nd edition, The Hague, TMC Asser Press, 2009, s. 201.

³⁷ Gilbert Jérémie, Justice not revenge: The International Criminal Court and the 'grounds to exclude criminal responsibility' – defences or negation of criminality?, The International Journal of Human Rights,2006, 10:02, 143-160, DOI: 10.1080/13642980600608541, s. 148.

³⁸ Tezcan, D.,Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 400.

sadece savaş suçlarında “askeri görev için gerekli malı” korumak konusunda yapılan eylem de korunmuştur. UCM Statüsü’nün bu paragraf hükümleri oldukça tartışmaya açıktır³⁹ ve uluslararası hukukta bu konuda bir konsensus oluşmamıştır. Savaş suçları bakımından askeri bir hedefe ulaşmak için elzem olan eşyayı korumak için öngörülen meşru müdafaa hakkı Cassese tarafından da eleştirilmiş, bunun Uluslararası insancıl hukukunun prensiplerini yansıtmadığı ifade edilmiştir.⁴⁰ Zaten soykırım suçunun ya da insanlığa karşı suç işlenmesinin meşru müdafaa amaçlı olması mümkün değildir. Bununla birlikte, ne tür bir mülkün savaş suçunun işlenmesini “orantılı” bir şekilde haklı çıkardığını hayal etmek oldukça zordur. Bu tür bir savunma “sadece” savaş suçları durumunda mevcut olsa da, savaş suçları, örneğin işkence, zehirli silahların kullanımı veya kasabalara, köylere vb. saldırmak veya bombalamayı içeren suçlardır.

Askeri görev için zorunluluk kavramının kökeni, 1863 Lieber Kanunu’ndan gelmektedir,⁴¹ ancak bu kanunda askeri gereklilik için mülkiyetin korunması savaş suçlarında bir meşru müdafaa gerekçesi değil yalnızca askeri operasyonları sınırlamak için kullanılan bir kuraldır, bu savunma değil saldırıyı düzenler.⁴² Askeri gereklilik kapsamında mülkün korunması gerekçesiyle sivillerin kasıtlı olarak öldürülmesinin hukuk güvencesi altına alınması insan hakları bağlamında tartışılması gereken bir konudur.

Cenevre Sözleşmesi⁴³ 1 Numaralı Protokolün 48.maddesinin savaş alanındaki mallar için sadece sivil ve askeri nesne ayırımının yapılmasına ilişkin hükmü şu şekildedir: ‘*Çatışmaya taraf olanlar, her zaman sivil nüfusu ve savaşılanları ve sivil nesnelere ile askeri hedefler*

³⁹ Synthèse des débats, Revue Belge de Droit International, 2000/2, ss. 355-488.

⁴⁰ Cassese, A. , International Criminal Law, Oxford University Press, 2003,s. 230.

⁴¹ Amnesty International, 16 Fundamental Principles for a just, fair and effective International criminal Court, AI-index IOR 40/010/1998 part V.

⁴² Shane, Darcy, The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals’ 184 Military Law Review 175, 2003.

⁴³ Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International armed Conflicts, (Protocol I), 1125 U.N.T.S. 3.

arasında ayırım yapmalı ve bu nedenle onların operasyonlarını yalnızca askeri amaçlara karşı yönlendirmelidir.'

Nürnberg Mahkemesi Şartı, askeri gerekliliğe dayalı savunmayı kabul etmiştir.⁴⁴ EYUCM Statüsü'nün 2 (d).maddesi “askeri gereklilikle haklı bulunmayan, hukuka aykırı ve haksız yere yürütülen savaş suçlarıdır” ibaresi ile askeri gerekliliğe (military necessity) vurgu yapmıştır.⁴⁵ Dolayısıyla, *a contario* bir yorum yaparak, askeri gerekliliğin bu tür eylemleri haklı çıkarabileceği, hukuka uygun hale getirebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak bugüne kadar böyle bir hüküm gereği herhangi bir savaş suçlusunun savaş suçu işlemesi durumunda savunma olarak kabul edilmesine ilişkin bir dava olmamıştır. *Hostage* davasında, Birleşik Devletler Askeri Mahkemesi, savaş suçlarında askeri gereklilik savunması gerekçesiyle savunmayı reddetmiş ve red gerekçesini şu şekilde belirtmiştir: ‘Bir savaşın kaybedilmesine veya bir savaşa yol açsa bile, uluslararası hukuk kurallarına uyulmalıdır. Askeri gereklilik ve askeri gerekliliğe uygunluk uluslararası ceza hukuku ilkelerini ihlal etmeyi garantilemez’⁴⁶.

Aynı Mahkeme *High Command* Davasında askeri gereklilik sebebiyle yapılan savunmayı reddetmiş ve bu savunmanın kabul edilmesinin ‘tüm insanlığı etkileyecek, savaşın yürütülmesinde gerekli tüm yasaları ortadan kaldıracak ve hile yapmanın yolunu açacak bir sonuca götüreceğini belirtmiştir.’ Mahkeme, böyle bir askeri zorunluluğun savaşı kazanmaya katkıda bulunan her şeyi yapma hakkını içerdiğini açıkça belirtmiştir⁴⁷. EYUCM’de görülen *Kordic ve Çerkez* davasında mahkeme çoğunlukla UCM Statüsü'nün yorumuna dayanarak, savaş suçları durumunda askeri gereklilik ilkesinin olması gerektiğini vurgulamıştır. Söz konusu kararın 449. paragrafına göre; ‘kendisini veyahut mülkiyetini bir saldırıya karşı savunmak ya da korumak üzere

⁴⁴ Article 5(b) of the Nuremberg-IMT-Charter.

⁴⁵ United Nations War Crimes Commission, Law Reports of the Trials of the War Criminals, Hostages case, Vol.XI, s. 1272.

⁴⁶ http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_ListI.pdf (Son ziyaret tarihi: 12-09-2019).

⁴⁷ Law Records of the trials of the War Criminals, Vol. XII, s. 93.

*davranan kimse, davranışının saldırıya göre makul, gerekli ve orantılı bir tepki teşkil etmesi kaydıyla, meşru savunma hakkından yararlanır.’*⁴⁸

Öte yandan EYUCM Temyiz mahkemesi 368. paragrafta; askeri operasyonların ciddi insan hakları ihlallerine gerekçe teşkil etmediğini ifade etmiştir.⁴⁹

Uluslararası ceza mahkemeleri genelde silahlı çatışmaların sonrasında yargılamalar yaptığından, Glaser’in de ifade ettiği gibi, uluslararası ceza hukuku inşası askeri kovuşturmalar ve adalet arzusu arasındaki bir uzlaşmaya dayanarak gelişmiştir.⁵⁰ Maddeden çıkarılan iki kısıtlama mevcuttur; birincisi, UCM Statüsü meşru müdafaa savunmasının ancak hukuka uygun bir operasyon esnasında gerçekleşmiş bir eylem halinde haklı olacağı konusunda ısrar etmiştir.⁵¹ Örneğin Statü’nün 8. maddesinin ihlali anlamına gelen, bir savaş suçu olan insan kalkanı olarak kullanılmanın mülkiyeti korumak maksatlı kullanılması haklı gösterilemez. Burada mülkün korunması için insanların kalkan olarak kullanılmasından endişe duyulmuştur. Ayrıca Statü, “kişinin devletlerin yürüttüğü bir savunma operasyonuna dahil olduğu gerekçesini tek başına ileri sürmesinin cezai sorumluluktan kurtulmak için bir zemin oluşturmayacağını” ifade etmiştir. İkinci bir kısıtlama da, devletin kuvvet kullanması durumunda böyle bir savunmanın geçerli olamayacağıdır.⁵² Burada çatışmanın içerisinde bulunan kişinin bireysel olarak savunmaya ihtiyaç duyması ile devletin zafer kazanmasını isteyen bireyin askeri ihtiyaçlar sebebiyle savunmaya ihtiyaç duyması ayırımının yapılması gerekmektedir.

⁴⁸ ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, para. 449.

⁴⁹ İbid, para. 368.

⁵⁰ Glaser, S. Introduction to International Criminal Law, Etablissement Emile Bruylant, 1954, s. 106.

⁵¹ Rome Statute of the International Criminal Court, Article 8 para. 2(xxiii): utilizing the presence of civilian or other protected person tor ender certain points, areas or military forces immune from military operations.

⁵² UN Doc.A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.3, s. 2, fn.2.

D. UCM Statüsü 31. Madde 1 (d) Bendinin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

UCM Statüsü'nün 31.madde 1(d) bendi cezai sorumluluktan kurtulma hallerinden, 'zorunluluk halini' şu şekilde hüküm altına almıştır:

'Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçu oluşturduğu iddia edilen eylemin, kendisine veya başka bir şahsa karşı yakın ölüm veya sürekli veya yakın fiziksel zarar tehdidi kaynaklı bir baskı sonucu meydana gelmesi ve önlenmesi gereken zarardan daha fazlasına yol açmayı kastetmemiş olmak koşuluyla, bu tehdidi önlemek için, şahsın gereği kadar ve makul ölçüde davranması halinde. Böyle bir tehdit:

- (i) başka şahıslar tarafından yapılmış; veya*
- ii) o şahsın kontrolü dışındaki şart tarafından gerçekleşmiş olabilir.'*

Birçok ulusal ceza sistemlerinde, bir kişi kendisine veya bir akrabasına yönelik bir tehdidin etkisiyle serbest iradesini kullanma olasılığını etkin bir şekilde kaybetmiş ise, cezai sorumluluğunun ortadan kalktığı kabul edilir. Bu savunmada genellikle *gerekliklik*, *zorunluluk* veya *cebir* terimleri kullanılmaktadır.

Uluslararası Ceza Statüsü'nün 31 (1) (d) maddesinde öngörülen zorunluluk hali açısından, cezai sorumluluktan kurtulmak için şu koşullar aranır:

(1) Failin davranışı, yaşam veya vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleşecek ağır ve telafisi olmayan bir tehlike olmalıdır.

(2) Karşılaşılan tehlikeden kurtulmanın başka bir yolu olmamalıdır.

(3) İşlenen suç ile, sakınılmak istenen tehlike arasında orantı bulunmalıdır.

(4) Fail karşı konulan tehlikeye kendi iradesi ile yol açmış olmamalıdır.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından yapılan yargılamalarda zorlama/baskı savunması birkaç kez kullanılmıştır ve bu tür bir savunma için kullanılan terim “zorunluluk” olmuştur.⁵³ *Krupp* davasında mahkeme, zorunluluğun bir savunma olduğunu kabul etmiş, suç isnad edilen eylemin şiddetli ve telafi edilemez bir kötülükten kaçınmak için yapıldığını; yeterli başka kaçış yolu bulunmadığını ifade etmiştir.⁵⁴ ABD askeri ceza mahkemesi, *Einsatzgruppen* davasında, kötülüğün orantısız olmadığına karar vermiştir ve “hiçbir mahkeme, başında dolu bir tabancayla öldürücü bir kolu çekmeye zorlanan bir adamı cezalandırmaz” diyerek zorunluluk savunmasını kabul etmiştir.⁵⁵ 1949 tarihli Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu raporuna göre⁵⁶; ‘madde 31. (1) (d) zorunluluk halini, cezai sorumluluktan kurtulma sebebi olarak sınıflandırır ve dolayısıyla baskı/cebir tam bir savunma olarak kabul edilebilmektedir.’ UCM Statüsü’ne göre baskı ve cebir halinin “Mahkemenin yargı yetkisi dahilinde olan” tüm suçlar için kabul edilebilir olduğunu belirtmek gerekir; bu nedenle, bu savunma, “suçların suçu” (crimes of crimes) olarak görülse de soykırım durumunda dahi kabul edilebilir.⁵⁷ Bu görüşten hareketle; bir kimsenin ailesinin bireyleri ya da kendisinin üzerinde yaşamını kaybetme konusunda tehlike oluşturan bir baskı kurulması durumunda grup halinde işlenen suçlara katılması mümkün olabilir.

Öte yandan kendi iradesi ile, soykırım yapmayı amaçlayan bir örgüte üye olan ya da etnik temizleme amacı güden bir para-militer gruba kendi arzusuyla katılan fail, bu örgüt çerçevesinde işlenen uluslararası

⁵³ Dörmann Knut, LRTWC, Volume X, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Law, Cambridge University press, 2003, ss. 147-149.

⁵⁴ İbid.

⁵⁵ Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Under Control Council Law No. 10, Volume IV; (Washington D.C.:U.S.Government Printing Office).

⁵⁶ Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, Volume X, The I.G. Farben and Krupp Trials, London: Published for the United Nations War Crimes Commission by His Majesty's Stationary Office, 1949.

⁵⁷ LRTWC, Vol.X, Law Reports of Trials of War Crimes, s. 148. https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf (Son ziyaret tarihi: 04-10-2019).

suçlara katılması durumunda, bu suçları işlemek zorunda olduğu yönündeki bir savunmaya dayanamaz.⁵⁸

2. Zorunluluk Hali Sadece Bir Ceza İndirim Sebebi Midir?

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki uluslararası ceza yargılamalarına dayalı uluslararası ceza hukuku ve UCM Statüsü'nde hükme bağlanan uluslararası ceza hukuku arasındaki temel fark, zorunluluk savunmasının sonuçları ile ilgilidir. UCM Statüsü, cezai sorumluluktan kurtulmada bir faktör olarak zorunluluk savunmasını içerirken, savaş sonrası mahkemeler bu savunmayı cezadan indirim faktörü olarak kullanmışlardır. Bu konuda en net kararlardan biri, 1946'daki Kanada Askeri Ceza Mahkemesi'nde görülen *Hölzer* davasıdır. Mahkemenin yorumu şu şekilde olmuştur; 'zorunluluğun, suçun ağır bir nitelikte olmadığı durumlarda savunma olduğu konusunda hiçbir şüphe yoktur. Ancak hiçbir zorunluluk masum bir insanın öldürülmesini asla hukuka uygun hale getirmez.'⁵⁹ *Valentin Feursten and Others, Gustav Alfred Jepsen, Alfred Ohlendorf* davalarında da sonuç olarak, mahkeme, zorunluluğun ancak cezadan indirimde bir etken olabileceğine karar vermiştir.⁶⁰ İkinci Dünya Savaşı sonrası yargılamaları sırasında zorunluluk halinin tam bir savunma olarak kabul edildiği *Flick, IG ve Farben ve Krupp* davalarında, sanıklar zorunlu işçi çalıştırma ile suçlanan bazı Alman sanayicilerdi. Bu sanıklar toplama kamplarında Yahudileri zorla ve baskıyla çalıştırmaları sebebiyle yargılandıkları davada, savunmalarına temel olarak, hükümetin gerektirdiği kotaya ulaşamadıkları takdirde, hükümetin "zararlı ve karşı konulamaz sonuçlarına" maruz kalacaklarını savunmuşlardır. Mahkeme bu savunmayı yalnızca zorunlu çalışma istihdamı suçu bağlamında tam savunma⁶¹ olarak kabul etmiştir.⁶² EYUCM, *Erdemoviç* davasında ateş

⁵⁸ Cassese, A. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, s. 245-246.

⁵⁹ Benzer davalar için bkz: *Trial of Valentin Feursten and Others*, LRTWC, Vol. XV, s. 173, *Trial of Gustav Alfred Jepsen*, LRTWC, Vol. XV, s. 172, *Trial of Alfred Ohlendorf*, LRTWC, Vol. IV, s. 3.

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ Çok ağır ve korkunç suçların yargılanmasının sözkonusu olduğu davalarda, zorla çalıştırma suçunun diğer suçlar yanında daha masum görünmesinin kararda etkisi olmuştur.

eden bir ekibin üyesi olan Drazen Erdemoviç, Serebrenika’da BM’nin güvenli olarak adlandırılan bölgesinde silahsız sivillerin öldürülmesi olaylarına karışmıştır.⁶³ Sanık insanlığa karşı suçlardan dolayı suçlu bulunduğu savunmasında şunları söylemiştir:

“Sayın Hakim, bunu yapmak zorundaydım. Reddetmiş olsaydım, kurbanlarla birlikte öldürülecektim. Reddettiğimde bana şöyle dediler: ‘Onlar için üzgünsen, ayağa kalk, onlarla sıraya gir ve seni de öldürürüz.’ Kendim için üzülmedim, ailem için, eşim için ve oğlum o zaman dokuz aylıktı, reddedemedim çünkü o zaman beni öldürürlerdi.”

EYUCM Statüsü, zorunluluk halinden bahsetmediğinden dolayı mahkeme bu savunma karşısında uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerini gözden geçirmek zorunda kalmıştır. İlk derece mahkemesi; insanlığa karşı bir suçla ilgili değerlendirmede sanık ve mağdurun hayatının tamamen eşdeğerde olduğunu belirtmiş, buradaki durumda sanığın fiziksel refahının değil insan olarak varlığının tehdit altında olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme; baskı ve tehdit sebebiyle zorunluluk halinin insanlığa karşı suç ve masum insanların öldürülmesini içeren bir savaş suçu isnad edilen suçluya, tam bir savunma sağlayamayacağı değerlendirmesi ile sanığın cezasında indirim yapmıştır.

Statü, zorunluluk halinin kişinin kontrolü dışında, diğer şartlar/dışarıdan gelen koşullar tarafından meydana geldiğini kabul eder.

31. Maddedeki alt paragraf, *zorunluluk* (başka kişi tarafından oluşturulan tehdit) ve *gereklilik* (kanunun genel şartları ile gerekçelendirilmiş) arasında savunmaya ilişkin geleneksel bir bağlantı kurar. *Statton* davasında; eğer bir kişi bir eyleme zorlandığında, bir fiili işlemesi için baskı gördüğünde kişinin iradesi hareketine uymaz denilmiştir.⁶⁴UCM Statüsü’nde özellikle belirtilmese de, dışarıda oluşan koşulların varlığına bağlı zorunluluk savunmasının kabul edilebileceğine ilişkin bir sınırlama vardır. Uluslararası ceza hukukunda sanığın iradesinin olduğu durumlarda, kendisini veya akrabalarının yaşamının tehdit edildiği durumlarda zorunluluk savunması kabul edilmemiştir. Örneğin, Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesinin 9. maddesinde,

⁶² https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf
(Son ziyaret tarihi: 02-10-2019).

⁶³ ICTY; Trial Chamber, prosecutor v. Erdemovic, para.19.

⁶⁴ LRTWC, Statton, Lord Mansfield, Vol. XV.

Mahkeme'nin sanığın bir örgütün suçlu niteliğini tanınması durumunda, bu tür suç örgütüne katılmış olan bir kişinin, o örgüt içindeki davranışlarından sorumlu olarak kabul edileceği ifade edilmiştir.⁶⁵

1993 tarihli *Touvier* davasında, Fransız teyiz mahkemesi bu kuralı onaylamış ve şu şekilde ifade etmiştir; 'davada hükümeti tarafından baskıya uğradığından gereklilik ya da üçüncü kişi etkisiyle zorunluluk gerekçeleri bulunamamıştır, çünkü sanık kendi özgür iradesiyle Nazi milis memuru olarak çalışmayı, SD ve Gestapo operasyonlarında işbirliğini seçmiştir'.⁶⁶ *Erdemovic* davasında da bir gruba özgür iradesi ile üye olan bir kimsenin, bunun hukuki sonuçlarına katlanması gerektiği ve burada zorunluluk sebebiyle bir savunmanın kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Knoops'un da vurguladığı gibi; zorunluluk halinin bir savunma olarak kabul edilmesi iradenin kendi bilinci dışında sakatlanmasından geçmektedir.⁶⁷

UCM Statüsü, eylemin koşullarının değerlendirilmesine dayanarak, zorunluluk halinin savunma gerekçesi olarak kabulüne ilişkin uluslararası hukuka, insan hakları perspektifinde bir katkı sağlamıştır. Alman Ceza Kanunu'nun 52.maddesinde; zorunluluk sebebiyle işlenen eylemin dayanılmaz bir kuvvetle ve bununla bağlantılı kendisine veya akrabasına bir tehditle, yaşam ve vücut uzuvları için tehlike arzemesi durumunda suçun işlenmemiş kabul edileceğini hükme bağlamıştır.

Statü'deki bu madde hükmünün uygulanabilmesi için tehlikenin halen mevcut olması, tehlikenin hukukça korunan bir hakka zarar verecek olması ve kişiyi ağır bir zarara uğratacak olması gerekir. UCM Statüsü'nde sözkonusu zarar 'ölüm ya da ciddi bedensel zarar' olarak belirtilmiştir. Kişinin bu zarara kendi iradesi ile yol açmamış olması ve bu tehlikeden sakınmak için başka çaresinin olmaması da öngörülen

⁶⁵ German Supreme Court in the British Zone, *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, Vol.1, 1949, s. 201, Quoted in Dissenting Opinion of Judge Cassesse, footnote 12, translation of judge Cassesse.

⁶⁶ Paul Touvier and the crimes Against Humanity. http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5857&context=faculty_scholarship_ip& (Son ziyaret tarihi: 21-09-2019).

⁶⁷ Geert-Jan G.J. Knoops, *Defenses in Contemporary International Criminal Law* (New York: Transnational Publishers 2001), s. 63.

koşullardandır. Ayrıca Statü korunmaya ilişkin eylemi ile tehlike arasında bir orantının olması gerektiğine de vurgu yapar.

E. UCM Statüsü 33. Maddenin Değerlendirilmesi

Uluslararası düzeyde, UCM Statüsü'nden önce, *zorunluluk* savunması genellikle üst düzey emirler/amirin emri ile bağlantılı olmuştur ve böyle bir savunma, tam bir savunmadan ziyade cezadan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir.

Öte yandan, UCM Statüsü'nün 33.maddesinde, “üstün emri ve kanun hükmü” başlığı altında, yetkili mercinin emrinin ifasının cezai sorumluluktan kurtarmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Madde şu şekilde hükme bağlanmıştır:

“1. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun, bir hükümet veya askeri veya sivil bir üst makam emrine uyan bir şahıs tarafından işlenmiş olması, aşağıdaki haller dışında, şahsı cezai sorumluluktan kurtaramaz:

(a) şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk ise;

(b) şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde; ve

(c) emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde.

2. Bu maddenin amaçları bakımından, soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun açıkça bilindiği kabul edilir.”

Bu şartlar kümülatiftir, yani biri olmazsa koşullar yerine getirilmiş olmaz. Burada 2. fıkra ile getirilen mutlak karineye göre, *a contrario* yorumdan sadece 8. maddedeki savaş suçları bakımından savunmaya dayanılabilecektir.

Amirin emrini ifa bakımından ilk önemli uygulama, Birinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan Leipzig yargılamalarında görülmüştür. *Llandovery Castle* davasında, Leipzig Yüksek Mahkemesi, Alman Askeri Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye dayanarak, “emre itaat eden bir ast, üstünün verdiği emrin medeni veya askeri hukukun ihlalini gerektirdiğini bilmesi halinde ceza sorumluluğu altında olacaktır” hükmüne varmıştır.

Fakat böyle bir emrin sanık da dahil olmak üzere, evrensel olarak herkes tarafından, hukuka aykırı olduğunun bilinmesi durumunda buna riayet etmek gerekemeyecektir.⁶⁸

Amirin emrinin hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı anlayışı özellikle Nürnberg mahkemelerindeki yargılamalardan sonra yerleşmiştir. Nürnberg mahkemesi Statüsünün 8.maddesine göre; 'sanığın, hükümetin veya hiyerarşik amirlerinin emirlerine uygun olarak hareket etmesi onu sorumluluktan kurtaramaz'.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan Nürnberg yargılamalarından sonra, amirin emrini yerine getirmenin hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı anlayışı uluslararası ceza hukuku alanına hakim olmuştur. Amirin emrini ifanın sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı EYUCM Statüsü md 7/4'de, RUCM (Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi) Statüsü md. 6/4'de ve 1996 tarihli 'İnsanlığın Barışına ve Güvenliğine karşı İşlenen Suçlar Kanunu'Tasarısının 5.maddesinde de yer bulmuştur. Fakat Nürnberg, EYUCM, RUCM, Sierra Leone Özel Mahkemesi Statülerinde ve 1996 tarihli Kanun tasarısında, amirin emrini ifanın, adaletin gerektirmesi halinde cezadan indirim sebebi olarak uygulanabileceği de vurgulanmıştır.

EYUCM *Erdemovic* davasında da sanığın amirin emrini uygulaması savunması cezadan kurtulma sebebi olarak kabul edilmemiştir.⁶⁹ Mahkeme; 'bir kimse kendi iradesi ve niyeti olmadan bir eyleme zorlanırsa bu işlenen fiilde hukuka uygunluk sebebi yaratır ve o konuda irade ve niyeti olmayan kimsenin doğal zorunluluğundan değil zorlanan, baskıyla elde edilen zorunluluğundan bahsederiz' diyerek zorunluluk/cebiri savunmasının hukuka uygunluk nedeni oluşturacağını vurgulamıştır.⁷⁰

Bir ast-üst ilişkisinin varlığı, üstün kendi yetkisi dahilinde bulunan astların, bir suç işlediklerini veya işlemek üzere olduklarını

⁶⁸ Werle ve diğerleri, 2. Bası, s. 214 .

⁶⁹ ICTY, A ppeals Chamber, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, 7 October 1997, (Case no.IT-96-22-A)

⁷⁰ LRTWC, Vol.X, Law Reports of Trials of War Crimes, s. 149. https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf (Son ziyaret tarihi: 02-10-2019).

bilmesi yahut bilebilecek durumda olması gerekliliği ve suçun işlenmesini önlemek veya suç işleyen astları cezalandırmak için gerekli önlemleri alması gerekliliği üstün sorumluluğu bakımından olması gereken koşullardır.⁷¹ Diğer bir koşul da üstün, suçun işlenmesini önlemek veya işleyen astları cezalandırmak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğüdür. Dolayısıyla üstün astların eylemlerinden dolayı bilgi sahibi olmaması savunma gerekçesi olamayacaktır.⁷² Tokyo yargılamalarında daha çok yer alan *üstün sorumluluğu* kavramı İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Teamül Hukuku niteliği kazanmıştır.⁷³ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Akayesu* kararında fail, belediye başkanı olarak soykırım fiillerinin işlenmesine yardım etmek, göz yummak ve bu amaçla yerel vasıtaları temin etmekten mahkum olmuştur. *Akayesu*, bireysel sorumluluğunun dışında sivil bir üst olarak da sorumlu bulunmuştur.⁷⁴ Üstün sorumluluğu UCM Statüsü'nün 28.(b) maddesinde düzenlenmiş olup askeri ve sivil komuta arasında bir ayırıma gidilmiştir.

EYUCM Statüsü'nün 7/3. maddesi ve RUCM Statüsü'nün 6/3.maddesi uyarınca, bir ast tarafından işlenen suçta, bu suçun işlendiği veya işlenmek üzere olduğunun üst tarafından bilinmesi, bilmesi için haklı sebebi varsa ve üst bu fiilleri önlemek için veya cezalandırmak için gereken makul tedbirleri almamışsa, cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁷⁵ EYUCM, *Celebici* kararında 'bilmesi gerekiyor ise' şeklindeki Teamül Hukuku kuralını 'bilmesi için haklı sebebi var ise' olarak yorumlamış, *Blaskic* kararında Teamül hukukuna sadık kalmıştır.⁷⁶

UCM Statüsü'nün 33.maddesi hükmünün kapsamı geniş yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, her türlü yazılı, sözlü olabileceği gibi

⁷¹ Kirsten M.F. Keith, "The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence", LJIL, Vol.14, 2001, s. 619, n.7. <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=208011> (Son ziyaret tarihi: 04-10-2019).

⁷² İbid., s. 622.

⁷³ Töner, Şen., Semin, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, XII Levha, 2010, s. 205.

⁷⁴ The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgment, op.cit., para.698-734.

⁷⁵ Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü op.cit.,md.7/3, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, op.cit., md.6/3.

⁷⁶ Töner, Şen., Semin, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, XII Levha, 2010, s. 207.

belli bir davranış biçimini emreden zımnî eylemler de emir kapsamında değerlendirilmelidir.⁷⁷ Örneğin; Alman Askeri Ceza Kanunu'na göre emrin amir tarafından sadece yazılı olarak verilmesi şart değildir.⁷⁸

Emir, askeri bir makam tarafından veya güvenlik bürokrasisi içerisinde değerlendirilmesi gereken ama sivil mahiyetteki kurumlarda görevli şahıslar tarafından da verilmiş olabilir.⁷⁹ Ayrıca hükümette görevli olan veya devlette politika belirleyici makamların emri *Akayesu* davasında olduğu gibi bu kapsamda değerlendirilmektedir. Burada belirleyici olan, asker ve sivil olsun, başka bir kişinin emrine itaat etme yükümlülüğünün olması şartıyla, askeri personele olduğu kadar sivil görevlilere de uygulanabilecek bir hukuka uygunluk ve mazeret sebebi olmasıdır.⁸⁰

Amirin emri sebebiyle ihlalde Savaş Hukuku bakımından, failin emrin hukuka aykırı olduğunu bilmiyor olması ve emrin açık bir şekilde hukuka aykırılık taşımadığı hallerde, cezadan indirim sebebi olacağı belirtilmiştir.⁸¹ Nürnberg Mahkemesi Prensipleri'ne göre; failin amirin emrine uygun olarak hareket etmiş olması, davalıyı sorumluluktan kurtarmaz ancak mahkeme adaletin gerektirdiği hallerde cezadan indirim sebebi olarak değerlendirebilecektir.⁸²

Yanılmanın kusurluluğu kaldırabileceği uluslararası ceza hukukunda yargısal içtihatlarla desteklenmiş bir anlayıştır.⁸³ Bununla birlikte, esas olarak, kusurluluğu kaldıran bir durum olarak fiili yanılmaya itibar edildiği, bunun için de, failin yanılığının kendi kusuruna dayanmamasının arandığı söylenebilir.⁸⁴ Kendisine herhangi bir

⁷⁷ Değirmenci, Olgun, Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt no.10, sayı 120,2012,s. 81.

⁷⁸ *Deutsches Wehrrs-trafgesetzbuch*.

⁷⁹ Güneysu, G. *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, XII Levha, 2015, s. 150.

⁸⁰ *ibid.*, s. 150.

⁸¹ Schabas, William, A. *United Nations Hostility to the International Criminal Court: It's All About the Security Council*, *EJIL*, Vol.14, No.4, 2004,s. 325.

⁸² *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal,1950.* http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf (Son ziyaret tarihi: 05-10-2019).

⁸³ Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 404.

⁸⁴ Cassese, ICL, a.g.e. s. 251.

emir verilmeyen ve fakat bir emir aldığını zanneden personelin böyle bir yanılma konusunda savunma ileri sürmesi sözkonusu olamaz. Bu gibi durumlarda eğer şartları varsa, Statü'nün 'yanılma'ya ilişkin hükümlerine başvurulur. Buna benzer bir olay *Latza* davasında yaşanmıştır. İşgal halindeki Norveç'te, Norveçlilerin yeraltı direniş faaliyetlerini kontrol maksadıyla Almanlar tarafından *Standgericht* isimli bir teşkilat kurulmuştur. O dönemde Norveçli direnişçiler tutuklanmış, yargılamalarda idam cezası verilmiş ve ertesi gün cezaları infaz edilmiştir. İşgalden kurtulduktan sonra, Norveç vatandaşlarının idamına karar veren Helmuth Latza, diğer iki yargıç ve Alman subaylarının yargılandığı davada işgal altındaki Norveç'te yargıçlık yapan Latza görevin ifası sırasında ulusal hukuk düzenlemesinin bu yargılamada uygulanacağı konusunda hataya düşerek idam cezasını verdiğini savunmasında ileri sürmüştür.⁸⁵ Her ne kadar bu karar bugün tartışılmalı olsa da, Norveç yüksek mahkemesi, Alman yasalarının hukuka aykırı olduğunu ancak hukuk kurallarına (Rule of Law) uymayan bir kanunun uygulanması konusunda uluslararası hukukun net olmadığını belirterek beraat kararı vermiştir.⁸⁶

33. maddenin hükmü gereği kendisine verilmiş bir emrin hukuka aykırı olduğunu bilen kişi, amirin emrini bir hukuka uygunluk ya da savunma nedeni olarak ileri süremez. Sonuç olarak kural, savunmanın kabul edilmemesidir. Kabul edilmesi için 33.maddede sayılan üç koşulun kümülatif halde bulunması gerekir. Bunlar; hükümet veya üst makamın emirlerine uymanın kanuni zorunluluk olması, şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi ve emrin açıkça kanunsuz olması şartları birlikte olmalıdır. Aksi takdirde amirin emri savunması kabul görmeyecektir.⁸⁷

⁸⁵ Trial of Hans Paul Helmuth Latza and two others, case no:86.

⁸⁶ Van Verseveld, A. (2011). Mistake of law: excusing perpetrators of international crimes, UvA-DARE (Digital Academic Repository), University of Amsterdam, s. 118.

⁸⁷ Gaeta, Paola, "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law", European Journal International Law, Volume 10, 1999, s. 173.

IV. SONUÇ

UCM Statüsü'nde cezalandırma yönünden arada bir fark olmadığından, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenler biçiminde bir ayırıma gidilmemiştir. Bunun yerine her iki kategori de “cezaî sorumluluğu ortadan kaldıran nedenler” başlığı altında düzenlenmiştir. Statünün 31. maddesinin farklı fıkralarında, kusur yeteneğini etkileyen hallere, bazı hukuka uygunluk nedenlerine ve kusurluluğu kaldıran hallere bir arada yer verilmiştir. Statü'de kusurluluğu kaldıran hallerden sadece *yanılma* düzenlenmiştir.⁸⁸ Buna karşılık, kaza, tesadüf, mücbir sebep gibi ulusal hukuk sistemlerinde kusurluluğu kaldırdığı kabul edilen durumlar düzenlenmemiştir. Kıta Avrupası hukukunda, her ne kadar failin sonuçta cezalandırılmaması bakımından bir fark yaratmasa da, arada önemli farkların bulunması nedeniyle, hukuka uygunluk ve kusurluluğu kaldıran hal ayrımı hala katı bir şekilde uygulanmaktadır.⁸⁹ UCM Statüsü'nün 33. maddesi üst makamın emrini ve kanun hükmünü ve bu hükme ilişkin bireysel cezaî sorumluluktan kurtulma halini düzenler. 31.maddesi ise, farklı yasal gelenekleri barındıracak kadar geniş bir terim olan “cezaî sorumluluğun dışında tutulmaya ilişkin esaslar/cezaî sorumluluktan kurtulma gerekçeleri” terimini kullanır. Buradan hareketle, UCM Statüsü'nün hazırlanmasında Anglo-Sakson hukukunun daha ağırlıklı etkisinin olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, UCM Statüsü, mümkün olan en adil insan hakları adaletinin çok başarılı bir kodifikasyonudur. Bu Statü, cezalandırma gerektiren suçlar için kabul edilebilir savunmalara çok eski yargılamaların ve Teamül Hukuku'nun yansımaları gerçekleştirilmiş, aynı zamanda Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin bir sentezini yapmayı başarmıştır. İnsan haklarına saygı açısından ilk devrimlerden birinin, bireyi devletin ve hakimlerin tek gücüne karşı yasalarla korumak için ceza gerektiren suçların ve savunmaların yasalarla hüküm altına alınması olduğunu hatırlamak önemlidir. Yasalar, toplumun üyelerinden makul olarak ne bekleyebileceğini temel alır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11.(1) maddesine göre:

⁸⁸ Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 391.

⁸⁹ Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 390.

'Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır'.⁹⁰

UCM Statüsü hem caydırıcı ceza normlarını hem de ceza yargılaması ilkelerini ve ceza infaz ilkelerini birlikte ele alan, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku esaslarına (adil yargılama, ne bis in idem, tamamlayıcılık, kanunilik, masumiyet karinesi olmak üzere) yer veren Ad hoc mahkemelerdeki palyatif çözümler yerine yerleşik çareler üreten en ağır insanlık suçları için evrensel bir çare olmuştur. Böylesine hükümler içeren sürekli bir mahkemenin varlığının caydırıcı olacağı muhakkaktır.

Bu Statü, İnsan Hakları Hukuku'nun korumasına alınmış en temel insan haklarını ihlal eden, mahkemenin yargı yetkisine giren en ağır suçları işlemeyi planlayan kişiler üzerinde engelleyici bir rol oynayacaktır. Ayrıca, mahkemenin yargılama yapabilme yetkisi diğer uluslararası mahkemelere kıyasla daha geniş tutulmuştur. Yargı yetkisini tanımayan devletler olsa da, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin ve mahkeme savcısının re'sen bir davayı mahkemenin önüne getirebilmesi en ağır suçların önüne geçebilmek için uluslararası hukukun kararlılığını gösterir. Bu caydırıcı etki aynı zamanda ulusal savcılar da yargılama konusunda harekete geçirebilecek, mağdurların temel insan hakları konusunda adalete ulaşmalarına, cezalandırma ile manevi tatminin sağlanmasına vesile olacaktır.

Yasaların caydırıcılık gücü ve en kötü suçların önlenmesi konusundaki kovuşturmaya yönelik evrim, kesinlikle son yılların en olumlu gelişmelerinden biri olsa da, ceza hukuku açısından insan haklarının unutulmaması gerekir. Bu anlamda UCM Statüsü en korkunç suçların cezalandırılması zorunluluğu ile insanların temel haklarına saygı gösterilmesi arasında bir denge bulmayı başarmıştır.

⁹⁰ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf (Son ziyaret tarihi: 04-10-2019).

KAYNAKÇA

- BASSIONUI C.: International Criminal Law, Durham, Carolina Academic Press, 1996, s.1390.
- BLACK'S LAW DICTIONARY: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, Henry Campbell black(ed), Fifth edition, St. Paul Minn, West Publishing Co., 1979.
- CASSESE, A.: International Criminal Law, Oxford University Press, 2003.
- CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., WILMSHURST, E.: An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2. Bası. 2010.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu, Legal Hukuk Dergisi, Cilt no.10, sayı 120, 1-27, 2012.
- GAETA, Paola: "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law", European Journal International Law, Volume 10, s. 172-191, 1999.
- GERMAN SUPREME COURT IN THE BRITISH ZONE: Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen, Vol.1, 1949, s.201, Quoted in Dissenting Opinion of Judge Cassese, footnote 12, translation of judge Cassese
- GEERT-JAN G.J. Knoops: Defenses in Contemporary International Criminal Law (New York: Transnational Publishers 2001).
- GILBERT Jérémie: Justice not revenge: The International Criminal Court and the 'grounds to exclude criminal responsibility' – defences or negation of criminality?, The International Journal of Human Rights, 2006, 10:02, s. 143-160, DOI: 10.1080/13642980600608541.GLASER, S. Introduction to International Criminal Law, Etablissement Emile Bruylant, 1954.
- GÜNEYSU, G.: Uluslararası Hukukta Amirin Emri, XII Levha, 2015.

- KITTICHAISAREE, Kriangsak: International Criminal law, Oxford University Press, 2001.-Knut Dörmann, LRTWC, Volume X, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Law, Cambridge University press, 2003, ss.147-149.
- KIRSTEN M.F. Keith: “The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence”, LJIL, Vol.14, 2001, 602-621, s. 619, n. 7 <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=208011> --Schabas, William, A. United Nations Hostility to the International Criminal Court: It’s All About the Security Council, EJIL, Vol.14, No.4, 2004.
- SHANE, Darcy: The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals’ 184 Military Law Review 175, 2003.
- SYNTHESE DES DEBATS: Revue Belge de Droit International, 2000/2.
- ÖZBEK, V.Ö. / DOĞAN, K. / BACAĞIZ, P. / TEPE. İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 2017.
- TEZCAN, D. / ERDEM, M.R. / ÖNOK, R.M.: Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin, 2009, 2. Baskı.
- TÖNER, Şen Semir: Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, XII Levha, 2010.
- VAN VERSEVELD, A.: Mistake of law: excusing perpetrators of international crimes, UvA-DARE (Digital Academic Repository), University of Amsterdam, 2011.
- WEISS Erich and Wilhelm Mundo: before United States Military government court, Law Report of trials of War Criminals, Vol. XIV; XV.
- WERLE, G.: Principles of International Criminal Law, 2nd edition, The Hague, TMC Asser Press, 2009.

Belgeler

Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War criminals of European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT),(1951)82 UNTS 279, madde 16(b),(d) ve (e).

Amnesty International, 16 Fundamental Principles for a just, fair and effective international criminal court, AI-Index IOR 40/010/1998.

Article 5(b) of the Nuremberg-IMT-Charter.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm
(son ziyaret tarihi 2-10-2019).

British Military Court, United Kingdom v. Yamamoto Chusaburo, Law Report of the trials of War Criminals, Vol.3, 1946, 1946 (UN War Crimes Commission 1948).
https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-15.pdf (Son Ziyaret tarihi: 04-10-2019).

Control Council Law No.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, Official Gazette of the Control Council of Germany, No.3, Berlin, 31 January 1946, ss. 50-5 <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/> (Son Ziyaret tarihi 01/10/2019).

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article 4, (1951) 78 UNTS 277.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of -----International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, UN Doc. S/RES/827, Adopted 25 May 1993 article 2(d) and 3(b).

Law Records of the trials of the War Criminals, Vol. XII.

Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, Volume X, The I.G. Farben and Krupp Trials, London: Published for the United Nations War Crimes Commission by His Majesty's Stationary Office, 1949

LRTWC, Vol.X, Law Reports of Trials of War Crimes.

Sibel SAFİ

Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. XIV, XV, London, Published for the United Nations War Crimes Commissions by His Majesty's Stationery Office, 1949.

LRTWC, Vol.X, Law Reports of Trials of War Crimes. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf (son ziyaret tarihi 02-10-2019).

1949 Geneva Conventions, 12 August 1949, Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War.

Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, (Protocol I), 1125 U.N.T.S. 3.

Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its 43th Session, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm (son ziyaret tarihi 2-10-2019).

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf (son ziyaret tarihi 02-10-2019).

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf (Son ziyaret tarihi 04-10-2019).

<http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa> (Son ziyaret tarihi 04-10-2019).

<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf> (Son ziyaret tarihi 04-10-2019).

Rome Statute of the International Criminal Court, Article 8 para. 2 (xxiii): Utilizing the presence of civilian or other protected person for or under certain points, areas or military forces immune from military operations.

Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Control Council Law No. 10, Volume IV, Washington D.C.: U.S. Government Printing Office.

UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1/Rev.1, s.4,n.8.

UN Doc.A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.3,s.2,fn.2.

Davalar

ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, Judgment, 20 February 2001, para. 446. <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgment/index.htm> (Son ziyaret tarihi 01-11-2019).

http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf (Son ziyaret tarihi 12-09-2019).

Hirota and Others, International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, 1948, A.D. 356,364.

ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Judgment, 26 Şubat 2001.

ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, para.449.

ICTY; Trial Chamber, prosecutor v. Erdemovic, para.19.

M'Naghten' davası, (1843) 10 Cl.& Fin 200, 8 E.R. 718.

Paul Touvier and the Crimes Against Humanity. http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5857&context=faculty_scholarship& (Son ziyaret tarihi 21-09-2019).

The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgment, op. cit., para. 698-734.

Trial of Valentin Feursten and Others, LRTWC, Vol. XV, s.173; Trial of Gustav Alfred Jepsen, LRTWC, Vol. XV, s. 172; Trial of Alfred Ohlendorf, LRTWC, Vol. IV.

Trial of Hans Paul Helmuth Latza and two others, case no:86.

United Nations War Crimes Commission, Law Reports of the Trials of the War Criminals, Hostages case, Vol. XI.